



Hakemli Makaleler

Dr. Öğr. Üyesi Serkan EKİZ

İnsan Haklarının Evrenselliği ve Kültürel Görecelik

Av. Hakan ÖZDEMİR

Ar. Gör. Murat BİLDİR

Borçlunun İhale Alıcısına Karşı Tapu Sicilinin Düzeltmesini Talep Etmesinin Yerindeliği

Dr. Öğr. Üyesi Uğur BULUT

Yargıtay Uygulamasında "Borcu Söndüren Belge" ve İleri Sürülmesi Bakımından Usûfî Sorunlar

Av. Yakup GÜL

Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu

Prof. Dr. Murat BALCI

Dr. Öğr. Üyesi Kerim ÇAKIR

Yasa Dışı Kripto Para Madenciliğinde Ceza Sorumluluğu

Dr. Öğr. Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER

Yaşam Hakkının Vazgeçilmezliği ve Ötanazi

Dr. Öğr. Üyesi Gülümden ÜRCAN

"Diploma Kiralama" Sorunu ve İş Sözleşmesinin Geçersizliği

Dr. Öğr. Üyesi Dilara ELTİMUR

Anayasa Hukuku Kapsamında Sağlık Hakkı ve Dava Edilebilirlik Sorunu

Makaleler

Prof. Dr. Vural SEVEN

Türk Ticaret Kanunu'nun 1427. Maddesinin 3. Fıkrası Kapsamında Sigortacıdan Talep Edilen Avans Ödemesinin Hukuki Niteliği

Av. Elif SEVEN

İhtiyatî Tedbire İlişkin Güncel Yargı Kararları İşığında Bir Değerlendirme

Ahmet Ertan YILMAZTEKİN

İcra-İflas Hukukunda Şikâyet Sebepleri ve Süresi

İZMİR BAROSU DERGİSİ

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yılı: 87 • Ağustos 2022 • Sayı: 2 • Dört ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X
HAKEMLİ BİR DERGİDİR

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Özkan YÜCEL

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Ayşe KAYMAK
Av. Elçin KILINÇER OT

YAYIN KURULU

Av. Aydın SUNELCAN
Av. Cemal N. ERDEM
Av. Dicle ARAR
Av. Doğançan KIRAN
Av. Erdem OKTAR
Av. Gözde ÖNAL
Av. M. Hakan ERİŞ
Av. Müge ÇETİN
Av. Özcan ÇİNE
Av. Senem UYGUN KILIÇ
Av. Sinem TOP YAĞCI
Av. Tacettin ÜSTÜNDAĞ
Stj. Av. İpek ÖZMEN

DANIŞMA KURULU

Anayasa Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU	Ankara Bilim Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ece GÖZTEPE ÇELEBİ	Bilkent Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet MERDAN HEKİMOĞLU	Uluslararası Final Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yüksel METİN	Süleyman Demirel Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU	Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Osman KÖRKUT KANADOĞLU	İstanbul Okan Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdal ONAR	Bilkent Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Abdullah SEZER	Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK	Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Tolga ŞİRİN	Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Dilara ELTİMUR	İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fak.
Dr. Öğr. Ü. Ahmet Mert DUYGUN	İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Gonca EROL	İstanbul Gedik Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Serdar NARİN	Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Tijen DÜNDAR SEZER	Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Şafak Evran TOPUZKANAMIŞ	Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Füsün SOKULLU AKINCI	Hacettepe Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Çetin ARSLAN	Netkent Akdeniz Araştırma ve Bilim Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR	Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Bursa Uludağ Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zeynel Temel KANGAL	Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	İstanbul Kültür Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	Özyeğin Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT	Türk-Alman Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ	TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENÇİ	Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Burcu DÖNMEZ	Anadolu Üni. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA	Gedik Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Gülsün AYGÖRMEZ	Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Koray DOĞAN	Ufuk Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Seydi KAYMAZ	Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN	Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER	Koç Üni. Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat ÖNOK	Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Pınar BACAKSIZ	Kıbrıs İlim Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Tuğba BAYZİT	İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Selman DURSUN	İzmir Demokrasi Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Ahu KARAKURT EREN	Yeditepe Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Barış ERMAN	Altınbaş Üni. Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Ü. Fulya EROĞLU	

Dr. Öğr. Ü. Zekiye Özen İNCİ
Dr. Öğr. Ü. Timuçin KÖPRÜLÜ
Dr. Öğr. Ü. Serkan MERAĞLI
Dr. Öğr. Ü. Özgün ÖZYÜKSEL
Dr. Öğr. Ü. Candide ŞENTÜRK

On Dokuz Mayıs Üni. Hukuk Fakültesi
Atılım Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi

İdare Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER
Prof. Dr. Müslüm AKINCI
Prof. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Serkan ÇINARLI
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ
Dr. Öğr. Ü. Muhlis ÖGÜTÇÜ
Dr. Öğr. Ü. Yaşar Metin ÖZDEMİR

İstanbul Gedik Üni. Hukuk Fakültesi
Kocaeli Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Hacı Bayram Veli Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Sosyal Bilimler Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Ufuk Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
Selçuk Üni. Hukuk Fakültesi
Akdeniz Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi A.B.D.

Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ
Prof. Dr. Müslüm TURAN
Doç. Dr. Sevtap METİN
Doç. Dr. Ertuğrul UZUN

İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
Uluslararası Kıbrıs Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Mustafa ALP
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU
Prof. Dr. Serkan ODAMAN
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER
Prof. Dr. Melda SUR
Prof. Dr. Zeynep ŞİŞLİ
Doç. Dr. Gaye BAYCIK
Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU
Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ
Dr. Öğr. Ü. Sevil DOĞAN
Dr. Öğr. Ü. Erhan BİRBEN
Dr. Öğr. Ü. Canan ERDOĞAN
Dr. Öğr. Ü. Asiye ŞAHİN EMİR
Dr. Öğr. Ü. Ayça İZMİRLİOĞLU
Dr. Öğr. Ü. Meltem ÖZTÜRK
Dr. Öğr. Ü. Dilek Dulay YANGIN

Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Doğu Akdeniz Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Ekonomi Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Ekonomi Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
İbni Haldun Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Üni. Siyasal Bilgiler Fakültesi
Celal Bayar Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Demokrasi Üni. Hukuk Fakültesi
Pamukkale Üni. Hukuk Fakültesi
Celal Bayar Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Kamu Hukuku A.B.D. - Uluslararası HUKUK A.B.D.

Prof. Dr. Necdet BASA
Prof. Dr. Mesut Hakkı CAŞIN
Prof. Dr. Fevzi DEMİR
Prof. Dr. Yaşar GÜRBÜZ
Prof. Dr. Melda SUR
Av. Dr. Gülnur ERDOĞAN

Uluslararası Kıbrıs Üni. Hukuk Fakültesi
Yeditepe Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Özyeğin Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Ekonomi Üni. Hukuk Fakültesi
Adakent Üni. Hukuk Fak. Kamu Hukuku

Mali Hukuk A.B.D.

Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf KILDİŞ
Prof. Dr. Mustafa SAKAL
Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Çankaya Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üni. Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk A.B.D.

Prof. Dr. Faruk ACAR
Prof. Dr. Osman Gökhan ANTALYA
Prof. Dr. Murat AYDOĞDU
Prof. Dr. Ebru CEYLAN
Prof. Dr. Sezer ÇAPRI
Prof. Dr. Selma ÇETİNER
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA
Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL
Prof. Dr. Çağlar ÖZEL
Prof. Dr. Suat SARI
Prof. Dr. Muzafer ŞEKER
Prof. Dr. Herdem BELEN
Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER
Prof. Dr. Serkan AYAN
Prof. Dr. Sezer ÇABRI
Doç. Dr. Ayşe ARAT
Doç. Dr. Arzu GENÇ ARIDEMİR
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL
Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA
Doç. Dr. Emre CUMALIOĞLU
Doç. Dr. Damla GÜRPINAR
Doç. Dr. Ece Baş SÜZEL
Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ
Doç. Dr. Melek BİLGİN YÜCE
Doç. Dr. Özge YÜCEL
Dr. Öğr. Ü. Mehmet Beşir ACABEY

Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Aydın Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Girne Üni. Hukuk Fakültesi
Bahçeşehir Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Medipol Üni. Hukuk Fakültesi
TED Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Uluslararası Kıbrıs Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Ticaret Üni. Hukuk Fakültesi
Kocaeli Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Medeniyet Üni. Hukuk Fakültesi
Akdeniz Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
Selçuk Üni. Hukuk Fakültesi
Çankaya Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi
İstanbul Bilgi Üni. Hukuk Fakültesi
Süleyman Demirel Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Özyeğin Üni. Hukuk Fakültesi
Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Ü. Özlem ACAR ÜNAL
Dr. Öğr. Ü. İsmail ATAMULLU
Dr. Öğr. Ü. Meltem ERTUĞRUL
Dr. Öğr. Ü. Fatih GÜNDOĞDU
Dr. Öğr. Ü. Nalan KAHVECİ
Dr. Öğr. Ü. Tuba KUTOĞLU
Dr. Öğr. Ü. Cem ÖZCAN
Dr. Öğr. Ü. Ayşe Nilay ŞENOL
Dr. Öğr. Ü. Tuğçe TEK BEN
Dr. Öğr. Ü. Ali Haydar YAĞCIOĞLU

İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fakültesi
Erciyes Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Kültür Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Kıbrıs İlim Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Ekonomi Üni. Hukuk Fakültesi
Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yeditepe Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi

Medeni Usul Ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Oğuz ATALAY
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES
Prof. Dr. Meral ÖZKAN
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ
Prof. Dr. Bilge UMAR
Prof. Dr. Cenk AKİL
Prof. Dr. Mine AKKAN
Doç. Dr. Tolga AKKAYA
Doç. Dr. Efe DİRENİSA
Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN
Doç. Dr. Emel HANAĞASI
Doç. Dr. Nedim MERİÇ
Doç. Dr. Cumhuri RÜZGARESEN
Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN
Doç. Dr. Nur BOLAYIR
Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU
Dr. Öğr. Ü. Aslı ARAS
Dr. Öğr. Ü. Pınar ÇİFTÇİ
Dr. Öğr. Ü. Evrim ERİŞİR
Dr. Öğr. Ü. Taylan Özgür KİRAZ
Dr. Öğr. Ü. Çiğdem YAZICI TIKTIK
Dr. Öğr. Ü. Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL
Dr. Öğr. Ü. Uğur BULUT
Arş.Gör.Dr. Doğuş Taylan TÜRKEL

İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Ticaret Üni. Hukuk Fakültesi
Galatasaray Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Galatasaray Üni. Hukuk Fakültesi
Beykent Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Anadolu Üni. Hukuk Fakültesi
Türk-Alman Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Ü. Hukuk Fakültesi
Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Akdeniz Ü. Hukuk Fakültesi
Lefke Avrupa Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Kırıkkale Üni. Hukuk Fakültesi
Galatasaray Üni. Hukuk Fakültesi
Anadolu Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Bilgi Üni. Hukuk Fakültesi
Maltepe Üni. Hukuk Fakültesi
MEF Üni. Hukuk Fakültesi
Bahçeşehir Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi

Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.

Prof. Dr. Ziya AKINCI
Prof. Dr. Hacı CAN
Prof. Dr. Bahar Ceyda SÜRAL EFEÇİNAR
Prof. Dr. Bahattin Bahadır ERDEM
Prof. Dr. Sibel ÖZEL
Prof. Dr. Ayfer UYANIK

Galatasaray Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Okan Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
Marmara Üni. Hukuk Fakültesi
MEF Üni. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Rifat ERTEN
Doç. Dr. Musa AYGÜL
Doç. Dr. Anil ÇAMYAMAÇ
Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU
Dr. Öğr. Ü. Özlem CANBELDEK AKIN
Dr. Öğr. Ü. Kerem BİLGİN
Dr. Öğr. Ü. Cemil GÜNER
Dr. Öğr. Ü. Bengül KAVLAK
Dr. Öğr. Ü. Ayşe İpek SARIÖZ
Dr. Öğr. Ü. Hande ÜNSAL

Roma Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Halide Gökçe TÜRKÖĞLU
Doç. Dr. Kadir GÜRTEN
Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI
Doç. Dr. İrem KARAKOÇ
Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK

Ticaret Hukuku A.B.D.

Prof. Dr. Özge AYAN
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN
Prof. Dr. Mehmet HELVACI
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY
Prof. Dr. Ahmet TÜRK
Prof. Dr. Vural SEVEN
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL
Doç. Dr. Ecehan ARAS
Doç. Dr. Özge KARAEĞE
Doç. Dr. Ü. Hüsnü TURANLI
Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL
Dr. Öğr. Ü. Sami AKSOY
Dr. Öğr. Ü. Ebru TÜZEMEN ATİK
Dr. Öğr. Ü. Fatih AYDOĞAN
Dr. Öğr. Ü. Gülçin ÇAM
Dr. Öğr. Ü. Ramazan DURGUT
Dr. Öğr. Ü. Yaşar Can GÖKSOY
Dr. Öğr. Ü. Emin Cem KAHYAĞLU
Dr. Öğr. Ü. Nagehan KIRKBEŞOĞLU

Diğer

Prof. Dr. Ekin Özgür AKTAŞ
Prof. Dr. Melek GÖREGENLİ
Prof. Dr. Pınar KARACAN
Prof. Dr. Nilgün TOKER
Doç. Dr. Kutluhan BOZKURT

Av. Serkan CENGİZ
Av. Talih UYAR

Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Ü. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk
Hacettepe Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fak. Milletlerarası Hukuk/Hukuk Felsefesi
Selçuk Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Demokrasi Üni. Hukuk Fakültesi
Bahçeşehir Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fakültesi

İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üni. Hukuk Fakültesi
Anadolu Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Hacettepe Ü. Hukuk Fakültesi

Manisa Celal Bayar Üni.
Yeditepe Üni. Hukuk Fakültesi
Akdeniz Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi

Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Türk-Alman Üni. Hukuk Fakültesi
İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Erciyes Üni. Hukuk Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Katip Çelebi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Uluslararası Fırat Üni. Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi
Selçuk Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
Tekirdağ Namık Kemal Üni. Hukuk Fakültesi
İstanbul Üni. İşletme Fakültesi
Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi
Uluslararası Kıbrıs Üni. Hukuk Fakültesi
Muğla Sıtkı Koçman Üni. İşletme Fakültesi

Ege Üni. Tıp Fakültesi Adli Tıp A.B.D
Sosyal Psikoloji A.B.D
Dokuz Eylül Üni. İşletme Fakültesi, Devletler Hukuku ABD
Felsefe A.B.D.
Gedik Üni. Hukuk Fak., Milletlerarası Kamu Hukuku ve AB Hukuku A.B.D

İzmir Barosu, İnsan Hakları Hukuku
İzmir Barosu, İcra-İflas Hukuku

İZMİR
BAROSU
DERGİSİ

*İzmir Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Izmir Bar Association is being permanently indexed in*



*hukuk veritabanında taranmaktadır.
law database.*

İZMİR
BAROSU
DERGİSİ

YÖNETİM YERİ
İZMİR BAROSU
1456 Sokak No: 14
35220 Alsancak / İZMİR
Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14
Faks: 0232 463 66 74
e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr
yayin.kurul@gmail.com
www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK - BASKI
YABANERİ MATBAACILIK
AMBALAJ - YAYINCILIK SAN. TİC. LTD. ŞTİ.
Ümit Mah. 7408/1 Sk. No:1 Pınarbaşı - Bornova - İZMİR
Tel: 0232 472 07 77 (Pbx)

Baskı Tarihi:
30.09.2022

YAZI GÖNDERİM KURALLARI

1. Dergimizin "hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde "hakemli" ve "hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.

2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri, yabancı makale çevirileri, seminer çözümleri İzmir Barosu kurul raporları ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

4. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe'dir.

5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.

6. Yazıların, dergi formatında Times New Roman karakterinde 12 punto (dipnot, kaynakça, özet, kısaltmalar cetveli 10 punto) olması, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile birlikte, dijital olarak da gönderilmesi gerekmektedir. Dipnotlarda bold karakter kullanılmaz. Kaynakça bölümünde yazar soyisim ve isimleri bold karakterler kullanılarak yazılır.

7. Atıf yapılan online kaynaklarda muhakkak erişim tarihi belirtilmesi gereklidir.

8. Makalelerin en fazla 100 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca veya Fransızca özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

9. Her yazar ile ilgili dipnot konulmalı, sadece yıldız ile işaretlenmeli, bununla ilgili numaralandırma yapılmamalıdır.

10. Yazar adı ve varsa ikinci adı ilk harfi kısaltılmış olarak, soyadı aynen yazılmalıdır. Tümü bold olmalıdır.

11. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön inceleme yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının "hakemli makaleler" bölümünde basılmasına karar verilecektir.

12. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları “biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk” yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. “yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”. Yazının yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

13. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerektiğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarındandır istenecektir.

14. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.

15. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.

16. Dergi’ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın dijital ortamdaki biçimiyle yazısının yayımlanmasına “olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.

17. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.

İÇİNDEKİLER INDEX

HAKEMLİ MAKALELER

Araştırma Makalesi

İnsan Haklarının Evrenselliği Ve Kültürel Görecelik

Dr. Öğr. Üyesi Serkan EKİZ 15

Araştırma Makalesi

Borçlunun İhale Alıcısına Karşı Tapu Sicilinin Düzeltilmesini Talep Etmesinin Yerindeliği

Av. Hakan ÖZDEMİR - Ar. Gör. Murat BİLDİR 71

Araştırma Makalesi

Yargıtay Uygulamasında “Borcu Söndüren Belge” ve İleri Sürülmesi Bakımından
Usûlî Sorunlar

Dr. Öğr. Üyesi Uğur BULUT 113

Araştırma Makalesi

Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu

Av. Yakup GÜL 159

Araştırma Makalesi

Yasa Dışı Kripto Para Madenciliğinde Ceza Sorumluluğu

Prof. Dr. Murat BALCI - Dr. Öğr. Üyesi Kerim ÇAKIR 207

Araştırma Makalesi

Yaşam Hakkının Vazgeçilmezliği Ve Ötanazi

Dr. Öğr. Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER 235

Araştırma Makalesi

“Diploma Kiralama” Sorunu Ve İş Sözleşmesinin Geçersizliği

Dr. Öğr. Üyesi Gülümnden ÜRCAN 313

Araştırma Makalesi

Anayasa Hukuku Kapsamında Sağlık Hakkı ve Dava Edilebilirlik Sorunu

Dr. Öğr. Üyesi Dilara ELTİMUR 357

MAKALELER

Araştırma Makalesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 1427. Maddesinin 3. Fıkrası Kapsamında
Sigortacıdan Talep Edilen Avans Ödemesinin Hukuki Niteliği

Prof. Dr. Vural SEVEN 419

Araştırma Makalesi

İhtiyatî Tedbire İlişkin Güncel Yargı Kararları Işığında Bir Değerlendirme

Av. Elif SEVEN 441

Araştırma Makalesi

İcra-İflas Hukukunda Şikâyet Sebepleri ve Süresi

Ahmet Ertan YILMAZTEKİN 469

HAKEMLİ MAKALELER

■ Dr. Öğr. Üyesi Serkan EKİZ* ■

İNSAN HAKLARININ EVRENSELLİĞİ VE KÜLTÜREL GÖRECELİK

UNIVERSALITY OF HUMAN RIGHTS AND CULTURAL RELATIVITY

ÖZET

İHEB, ırk, cinsiyet, din ve siyasi görüş ayrımı gözetilmeksizin bütün insanların eşit ve özgür olduklarını ve bu hukuksal değerlerin insan onuruna dayandığını ilan etmektedir. Beyannamenin evrensel hak ve özgürlükleri ilan ettiği 1948 yılından bu yana, doktrinde insan haklarının gerçekten evrensel olup olamayacağı sorusu üzerinden bir tartışma yürütülmektedir. Bu tartışmanın özünde, bir toplumun önceliklerinin belirlenmesinde kültürünün oynadığı rol ve birey merkezli hukuksal sistemler ile toplumu önceleyen hukuksal sistemler arasındaki karşıtlık bulunmaktadır. Mevcut uluslararası insan hakları hukuku teorisi, evrensellik ile kültürel görecelik arasındaki bu tip bir karşıtlığa ilk kez İHEB'nin hazırlık çalışmalarında tanık olmuştur. Evrensellik taraftarlarına göre, kültürel görecelik, insan haklarını ihlal eden baskıcı rejimlere meşruiyet zemini sunmakta ve uluslararası insan hakları rejiminin sağladığı güveneyi zayıflatmaktadır. Kültürel görecelik taraftarları ise, evrensel nitelikteki insan haklarının Batı medeniyetinin kendi değerlerini Batı dışı medeniyetlere dayatmasının ve kültürel emperyalizmin yeni bir şekli olduğunu ileri sürmektedir. Doktrinde ise bu iki zıt görüşün birbiri ile uzlaşmasının ve uluslararası insan hakları rejiminde bir üçüncü yolun bulunmasının mümkün olduğunu savunan düşünürler bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, Evrensellik, Kültürel görecelik, İHEB, Amerikan Antropoloji Derneği.

ABSTRACT

UDHR, declares equality and freedom for every human person regardless of race, sex, belief and political thought and asserts that those values stem from human dignity. Since that was declared in 1948, an ongoing debate has existed within the human rights doctrine about whether those rights are actually universal. At the very core of that debate, there exist the role of the culture in determining the priorities of a society and the confrontation of individualistic and communal legal orders. International human rights doctrine witnessed the conflict between universality and cultural relativity for the first time during the preparatory works of UDHR. According to the defenders of universality of human rights, cultural relativism offers a firm ground for oppressive regimes for legitimizing their policies and practices which infringe universal human rights; thus undermining the protection provided by the international human rights regime. On the other hand, cultural relativists assert that universal human rights imply imposition of Western values to non-Western societies and present a new form of cultural imperialism. In human rights discourse, a new tendency accrued aiming to reconcile those contradicting claims and asserting the possibility of finding a third way for the implementation of international human rights.

Keywords: Human rights, universality, cultural relativism, UDHR, American Anthropological Association.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 01.03.2022 Kabul Tarihi: 29.04.2022

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8982-6946>

Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

serkan.ekiz@deu.edu.tr

GİRİŞ

Birbirleri ile çelişen farklı kültürel değerler sorunu, insan haklarının güvence altına alınması için uluslararası düzeyde gerçekleştirilen çalışmaların başlangıcından günümüze kadar devam etmekte olan kuramsal bir tartışmaya neden olmuştur. Tartışmanın temelinde insan haklarının evrensel olarak geçerli olup olamayacağı sorusu bulunmaktadır. Bu soru, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin (İHEB) taslak çalışmalarında başlayıp bugüne kadar devam eden, insan haklarının evrenselliği ilkesi ile kültürel görecelik arasındaki karşıtlıkta ilk ve en somut ifadesini bulmuştur. Tarihin farklı dönemlerinde -kavramsal olarak ifade edilmemiş olsa da- içerik olarak kültürel görecelik çeşitli şekillerde kendisini göstermiştir. Fakat Birleşmiş Milletlerin (BM) kurularak, insan haklarının bu örgütün şemsiyesi altında uluslararası bir boyut kazanmaya başlaması ile birlikte bu konu, antropologlar ve insan hakları uzmanları tarafından, insan hakları teorisinin baskın bir konusu haline getirilmiştir. İnsan haklarının evrenselliği ilkesi, insan haklarının zamandan, mekândan ve buna bağlı olarak kültürlerden, ideolojilerden, sosyal ve ekonomik şartlardan bağımsız olduğu fikri üzerine kurulmuştur. Bu düşünceye göre insan, salt insan olması nedeniyle doğuştan, vazgeçilmez ve devredilmez hak ve özgürlüklere sahiptir ve bu haklar her türlü koşuldan bağımsız olarak bütün insanlar için geçerlidir. Evrensellik ilkesinin, hukuksal bir değer olarak uluslararası düzeyde ifade edilmeye başlamasından itibaren insan haklarının Batı tarafından belirlenmiş içeriğiyle evrensel oldukları iddiasına karşı kültürel farklılıkları vurgulayan görecelik iddialar ileri sürülmüştür. Tartışma, Amerikan Antropoloji Derneğinin evrensel bir insan hakları bildirisi hazırlama çalışmaları içerisinde olan BM'ye 1947 yılında sunduğu bir beyan ile alevlenmiştir. Zira bu beyan, insan hakları konusunda kültürel bir bakış açısının benimsenmesine ilişkin bir çağrı özelliği taşımaktadır.

Bu makalenin konusunu da, İHEB'nin taslak çalışmaları sürecinde başlayan ve belirginleşen bu iki fikir akımı -insan haklarının evrenselliği ve kültürel görecelik- arasındaki kuramsal düzeydeki uyumsuzluk oluşturmaktadır. Makalenin genel çerçevesi, İHEB'nde kabul ve ilan

edilen insan haklarının evrenselliği ilkesi ile insan haklarının her toplumun kültürel özellikleri bakımından kavranması gerekliliğini ifade eden kültürel görecelik arasındaki karşıtlık olarak belirlenmiştir. Makalenin amacı, -makale boyutundaki bir bilimsel çalışmanın izin verdiği kadarıyla- insan haklarının evrenselliği ile kültürel görecelik arasında kuramsal düzeyde devam eden ve kanaatimizce insan hakları uygulamasının gelecekte alacağı şeklin belirleyicisi olacak bu uyumsuzluğun, küçük ama önemli bir parçasına ışık tutabilmek ve bu yolla sorunun karmaşıklığını ortaya koyabilmektir. Bu bağlamda makalede öncelikle evrensellik ilkesinin anlamı ve kuramsal temelleri açıklanacaktır. Ardından kültürel görecelik taraftarlarının temel iddiaları ve kültürel göreceliğin görünüm şekilleri ele alınacaktır. İnsan haklarına yönelik bu iki farklı yaklaşımın kuramsal genel çerçevesi böylece belirlendikten sonra bu iki yaklaşımın uzlaşmasının mümkün olup olmadığı ile ilgili olarak insan hakları teorisinde ileri sürülen görüşlere değinilecektir.

I. İNSAN HAKLARININ EVRENSELLİĞİ İLKESİNİN ANLAMI

İkinci Dünya Savaşından önce, devletlerarası ilişkilerde, Westfalya Anlaşması ile kurulan geleneksel sistem geçerli olmuş ve uluslararası ilişkiler bu sistem doğrultusunda yürütülmüştür. Bu sistem uyarınca, egemen devletlerin birbirleri arasındaki ilişkilerde “*siyasi egemenlik ve toprak bütünlüğüne saygı ilkesi*” diğer her şeye öncelikli ve üstün tutulmuştur.¹ Birbirleri ile ilişkileri bu ilkeler doğrultusunda tanzim edilen devletler, başka bir devletin siyasi egemenliğine ve toprak bütünlüğüne tehdit oluşturmadığı sürece, kendi yargı çevresi içinde yaşayan kişilere karşı takındıkları tavrın ve gerçekleştirdikleri işlemlerin insan haklarına uygunluğu kaygısı taşımamışlardır. Bu dönemde devletler, insan haklarına aykırı kararları ve işlemleri nedeniyle uluslararası bir yaptırıma maruz kalma endişesi taşımamışlardır.² İkinci Dünya savaşında meydana gelen

¹ Sinnott, Robert E.; “Universalism and Cultural Relativism in Roper v. Simmons”: Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, Vol.14 (2006), No.1, ss.132-154, s. 134.

² Binder, Guyora; “Cultural Relativism and Cultural Imperialism in Human Rights Law”: Buffalo Human Rights Law Review, Vol.5 (1999), ss.211-221, s.211.

gelişmeler, insan haklarının, devletlerin iç işlerine dâhil bir konu olduğu yönündeki klasik yaklaşımın sorgulanmasına neden olmuştur.³ Yapılan tartışmalar sonunda, insan haklarına sağlanan güvencenin devletlerin inisiyatifine terk edilmesinin, bireyleri savunmasız bıraktığı konusunda görüş birliğine varılmıştır.⁴ Bu görüş birliği, BM'nin kurulması ve onun kurumsal çatısı altında evrensel bir insan hakları rejiminin kabul edilmesi ile en yüksek ifadesini bulmuştur. Doktrinde bu yeni uluslararası hukuk rejiminin haklılık nedenleri olarak şunlar ileri sürülmektedir;

- Devletler mutlak yetkiyi kötüye kullanma eğiliminde olduğu için, hiçbir devlete kendi vatandaşları üzerinde mutlak bir yetki tanınmamalıdır.

- Bireylerin devletlere ve diğer üst düzey kuruluşlara karşı korunması için insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası bir rejime ihtiyaç vardır.

- Bütün bireyler, insanlığın bir parçası olması nedeniyle, temel ve asgari bir insan onuruna sahiptir.

- İnsan hakları evrensel, temel ve devredilemez niteliktedir ve bu nedenle kültürel ve dinsel geleneklerle geçersiz kılınamazlar ve kılınmamalıdır.

- Belli bir sosyal topluluk veya kültür içine doğmuş olmak, etik olarak insan hakları ile ilintili bir koşul değildir. Bu nedenle belli bir topluluğa ya da kültüre mensubiyet, bireye içkin insani değere sahip olma ve bir insan olarak muamele görme hakkı ile ilgili değildir.⁵

³ Sloane, Robert, D.; "Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense Of The Univerality Of International Human Rights": Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol.37(2001), ss. 527-595, s. 544.

⁴ Binder, s. 211,212.

⁵ Zechenter, Elizabeth M.; "In the Name of Culture: Cultural Relativism and The Abuse of Individual": Journal of Anthropological Research, Vol.53, No.3(Autumn,1997),ss.319-347, s.319,320.

İnsan hakları savunucuları, bu tespitlerden hareketle, devlet, hukuk ve birey arasındaki ilişkileri, devlet merkezli bir yaklaşım ile ele alan hukuki pozitivizme bir tepki olarak uluslararası insan hakları hukukunu, devletin üstünde bir otorite kaynağında temellendirme arayışı içinde olmuşlardır. Bu arayış sonunda Locke'un toplum sözleşmesi geleneğinden ve Wolff ve Vattel gibi doğal hukukçuların teorilerinden yararlanarak, kültür, etnik köken ve dinsel inanç ayrımı gözetilmeksizin herkesin, siyasi iktidara ve kurumlara üstün gelen ve onları nitelendiren doğal haklara sahip oldukları ileri sürülmüş ve böylece insan hakları, evrensel geçerliliğe sahip ahlaki bir ilkeye dayandırılmak istenmiştir.⁶ Bu kuramsal mantık üzerine inşa edilen insan haklarına atfedilen en önemli özellik, bu hakların evrensel olduğudur.⁷ İnsan haklarının evrenselliğinin coğrafi, öznel ve işlevsel olmak üzere üç boyutu ve anlamı vardır.⁸ Evrenselliğin coğrafi boyutu, insan haklarının dünyanın her yerinde hatta dünyanın dışında da uygulanmasını ifade eder. Öznel boyutu, insan haklarının, hiç kimsenin kapsam dışı bırakılmaksızın bütün insanlara eşit olarak uygulanması anlamına gelmektedir. İşlevsel boyutu da, insan haklarının korunması için herkes tarafından ulaşılabilir ve başvurulabilir evrensel araçların yaratılması gerekliliğine işaret eder.⁹

İnsan haklarının evrenselliği, herkesin bu haklara, salt insan olması nedeniyle sahip olduğu ve bu nedenle insanın olduğu her yerde uygulanması gerektiği kabulüne dayanır.¹⁰ Bu anlamda en yalın ifade ile insan haklarının evrenselliği, insan onuruna yapılan atıfla meşrulaştırılır. Evrensellik görüşüne göre, aralarındaki çeşitliliğe ve farklılıklara rağmen bütün kültürler insan onurunu, korunması gereken bir değer olarak görmektedir. Bu nedenle, kültürleri farklı dahi olsa bütün toplumlarda asgari düzeyde ortak bir değerler dizisi bulmak mümkündür.¹¹

⁶ Binder, s.212.

⁷ Orzeszyna,Krzysztof; "Universalism of Human Rights: Notion of Global Consensus or Regional Idea": Review of European And Comparative Law, Vol.XLVI (2021), S.3,ss.165-176, s. 166.

⁸ Orzeszyna, s. 166

⁹ Orzeszyna, s. 166

¹⁰ Orzeszyna, s. 166.

¹¹ Brennan, Katherine; "The Influence of Cultural Relativism on International Human Rights Law: Female Circumcision as a Case Study": Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice, Vol.7 (1989), Issue: 3, ss. 367-398, s.371.

İnsan haklarının evrenselliği ilkesine göre, bütün insanlar, saygı görmeyi eşit derecede hak eden varlıklardır.¹² Rasyonel bir varlık olarak insan, bu özelliğinin kendisine sağladığı bir gelişim potansiyeline sahiptir. Akıl sahibi tek varlık olarak sadece insana özgü olan bu gelişim ve değişim potansiyeli, ahlaken ve hukuken korunmayı hak eden bir değerdir.¹³ İnsanlığın bir bütün olarak kurtuluşu ve özgürlüğü, her insanda salt insan olmak nedeniyle doğal olarak bulunan işte bu gelişme potansiyeline insan hakları aracılığı ile sağlanacak olan güvence sayesinde mümkün olabilir.¹⁴ Evrensellik görüşü taraftarlarına göre, insan haklarına uluslararası düzeyde hukuksal bir güvence sağlanması gereklidir ve fakat bunun yapılması tek başına yeterli değildir. Çünkü eğer insan hakları insan olmaktan kaynaklanan haklar ise bu hakların herkese ve her yerde uygulanmasının sağlanması için gerekli mekanizmaların da kurulması gerekmektedir.¹⁵ Kurulacak olan bu mekanizmanın işletilmesi sürecinde de insan hakları, yerel ve bölgesel, kültürel ve dinsel uygulamalara göre öncelikli ve üstün tutulmalıdır.¹⁶ Çünkü insan hakları, kökü *“insan onuru”* kavramına dayanan ve bu nedenle de tartışmasız bir şekilde evrensel olan normlardır.¹⁷ Bu düşüncenin temelinde, insan haklarının, *“kültürden, dinden ideolojiden ve herhangi bir başka değerler sisteminden nesnel bir şekilde bağımsız”* olarak var olduğu varsayımı yatmaktadır.¹⁸ Öte yandan, iyi-kötü, doğru-yanlış, geçerli-geçersiz gibi ayrımların ve değerlendirmelerin yapılabilmesi, bu değerlendirmelerde kullanılacak bir dizi temel ahlaki standartların mevcudiyetini bir ön şart olarak gerektirir.¹⁹ İnsan haklarının evrenselliğini savunan görüşe göre, bu temel ahlaki standartlar evrensel olarak vardır ve kültürden kaynaklanan

¹² Lund,Christian; “Development and Rights: Tempering Universalism and Relativism”: The European Journal of Development Research, Vol.10 (1998), ss.1-6, s.2.

¹³ Lund, s.3.

¹⁴ Lund, s.3.

¹⁵ Binder, s.212.

¹⁶ Lakatos, Istvan; “Thoughts on Universalism versus Cultural Relativism, with Special Attention to Women’s Rights”: Pecs Journal of International and European Law, Vol.I, 2018, ss.6-25, s. 10.

¹⁷ Uygun,Oktay; Devlet Teorisi, XII Levha, 1.Baskı, İstanbul,, 2014, s. 500,501.

¹⁸ Uygun, s.501; Zada, Misal/ Zubair, Muhammad; “Universalism versus Cultural Relativism in Human Rights”: Journal of Law and Society,Vol.XXXV, No.48, July, 2006, ss.1-12, s.2.

¹⁹ Lund, s.3.

standartlardan üstündür. Çünkü bu standartların ne bir kültürel bağı vardır ne de ortaya çıkışları tarihsel olarak sabittir.²⁰ Eğer bütün insanlar aynı haklara sahipse, bu durumda her toplum, gelenekleri, yasaları, örfleri veya tercihleri ne olursa olsun, bu haklara saygı göstermelidir.²¹ Evrensellik görüşü taraftarları insan haklarının ve temel özgürlüklerin her insanın doğasına ve onuruna içkin olduğuna ve bütün kültürler, dinler ve siyasi sistemler tarafından kabul edilen temel ahlaki standartlar ve ilkeler dizesi olması gerektiğine inanmaktadırlar.²² Bu görüşe göre, insan haklarının tek kaynağı, insanlık ya da insan doğasıdır. Bu nedenle insan hakları normlarının geçerliliği ile kültür arasında bir zorunluluk ilişkisi yoktur.²³ İnsan hakları, farklı kültürlerin bu hakların evrensel niteliği hakkında takındıkları tavidan bağımsız olarak, bütün toplumların saygı göstermesi gereken ahlaki ilkelerdir.²⁴ Bu anlamda evrensellik görüşüne göre, insan hakları, tanımlayıcı olarak değil, emredici olarak evrenselidir.²⁵ Yani insan hakları, doğası gereği ve normatif olarak evrensel olma iddiası ve ideali taşır.²⁶ İnsan haklarının, bu tip bir iddia ve idealden yoksun olması halinde, kendisini reddeden ve varlığına son vermek isteyen kültürel çoğunluğun bu yöndeki tercihlerine üstün gelebileceği bir temel bulması mümkün olmayacaktır.²⁷

İnsan haklarının evrenselliğinin ifade ettiği anlamdan çıkartılabilecek nihai sonuca göre, insan hakları, evrensel, nesnel ve ahlaki bir taleptir.²⁸ İnsan haklarının evrenselliğine ilişkin bu tespit, insan haklarının iki temel iddiasının anlamlı olabilmesinin de ön şartını oluşturmaktadır. Bu

²⁰ Lund, s.3.

²¹ Uygun, s.502; Blumenson, Eric; How Are Human Rights Universal? Carr Center Discussion Paper Series, Harvard Kennedy School, Carr Center for Human Rights Policy Routledge, November, 2020, s. 3.

²² Uygun, s. 500; Lakatos, s.10.

²³ Lakatos, s.11.

²⁴ Blumenson, s.3.

²⁵ Blumenson, s.3.

²⁶ Uygun, s.502; Dhaliwal, Shveta; "Cultural Relativism : Relevance to Universal and Regional Human Rights Monitoring": The Indian Journal of Political Science , Vol. 72, No. 3 (JULY - SEPT., 2011), ss. 635-640, s.637.

²⁷ Blumenson, s.3.

²⁸ Blumenson, s.7.

iddialardan birincisine göre; tanım olarak, insan hakları kültürler arası normlardır ve bu nedenle -bazı kültürler öyle olmadığına inansa bile- doğru ve nesnelirler. Evrensel insan haklarının ikinci iddiası ve talebi, bağlayıcılık ile ilgilidir. Buna göre, insan hakları, bünyesinde, diğer bütün ahlaki normlar gibi, herkes için bağlayıcı olduğu iddiasını barındırır. İnsan haklarının evrensel olarak bağlayıcı olabilmesi için, kendisini oluşturan hak ve özgürlüklerin salt kültürel ve bireysel tercihler birliğinden oluşmadığını ikna edici bir şekilde ortaya koyması gerekir. Çünkü insan haklarının kültürler açısından bir tercih konusu olduğunun kabul edilmesi halinde, bu tercihlere sahip olmayan kültürler ve bireyler bakımından bağlayıcılık talebinde bulunması mümkün olmayacaktır.²⁹ Bu nedenle, insan haklarının ahlaki nesnellğine ve dolayısıyla evrenselliğine yönelik varsayım, toplumların pek çok farklı ahlaki kuralları geliştirmiş olduğu bilimsel gerçeğine dayalı olarak ileri sürülen görecelik iddiaları ile başa çıkmak zorundadır.

II –EVRENSELLİK İLKESİNİN KURAMSAL TEMELİ

Geleneksel olarak evrenselciler insan haklarının evrenselliğine ilişkin savunmalarını üç büyük ve temel hukuk teorisine dayandırmışlardır. Bunlar; doğal hukuk teorisi, rasyonel hukuk teorisi ve pozitivist hukuk teorisidir.³⁰ Doğal hukuk teorisinin geçmişi antik Stoa felsefesine dayanmakla birlikte Aquinalı Thomas'ın görüşlerinin, doğal hukuk teorisinin düşünsel tarihi için daha uygun bir başlangıç noktası olduğu kabul edilmektedir.³¹ Thomas, ilahi nitelikte olan ve bu nedenle insan yapımı hukuka üstün gelen bir doğal hukuk tasarlamıştır. Bu teoriye göre, bireyler, Tanrı tarafından her insana tanınan ilahi nitelikli belli devredilemez haklara sahiptir. İnsan aklının ürünü olan yasalar da bütün evrende geçerli olan bu ilahi doğal yasalarla çelişmediği sürece meşru ve geçerlidir. İnsanın doğuştan vazgeçilmez bazı haklara sahip olduğu yönündeki bu görüşün ilahi temelden sıyrılarak, derli, toplu ve açık bir siyasi doktrin

²⁹ Blumenson, s.7.

³⁰ Zechenter, s.320.

³¹ Kielsgard, Mark, D., "Critiquing Cultural Relativism: A Fresh View From The New Haven School of Jurisprudence": Cumberland Law Review, Vol.42 (2012), No.3, ss.441-487, s. 449..

haline gelmesi ve artık bir insan hakları doktrininden bahsedebilmesi 17. yy.da mümkün olmuştur.³² Doğal hukuk doktrini, çok göze çarpmayan farklılıklarla, insan haklarının egemenin bir bağıışı olmadığını, bütün insanların doğuştan sahip oldukları haklar olduğunu ve bu hakların doğaları gereği evrensel olduğunu, monarşiden önce var olduğunu ve monarşiden üstün olduğunu, devletin insan haklarından uzaklaşmasının hükümetin yetkisini aşması anlamına geleceğini ileri sürmüştür.³³ Doğal hukuk anlayışına göre, bütün insanların zihninde var olan adalet duygusu, onların “olanı” aşarak, “olması gerekene” yönelir. Bu nedenle, pozitif hukuk tarafından tanınmamış olsa da, bütün insanların nihai olarak ulaşacakları sonuç, insanın doğuştan ve salt insan olmaktan kaynaklanan hak ve özgürlüklere sahip olduğu düşüncesi olacaktır. İnsan olmaktan vazgeçilemeyeceğine göre insan haklarının evrensel, vazgeçilmez ve devredilemez olması da kaçınılmaz olacaktır.³⁴ Doğal haklar doktrini, modern insan hakları teorisindeki yorumlara çok benzemektedir çünkü her iki yaklaşım da insan haklarının evrensel olduğunu ve devletten bağımsız bir şekilde ortaya çıktıklarını ileri sürmektedir.³⁵

Rasyonalizm, insanın akıl yürütme ve akılcı düşünme yetisine olan inanca dayanan, insan aklını fiziksel dünyaya ilişkin bilgilerin tek kaynağı sayan bir felsefe türüdür.³⁶ Bu öğreti, bilgi edinmede aklın ilkelerini ya da doğuştan gelen fikirleri belirleyici sayar ve deneye başvurmaksızın salt akıl yürütme yoluyla dış dünyanın bilgisine ulaşılabilirliğini savunur.³⁷ Rasyonalizm, doğal hukuk teorisinde insan haklarının evrenselliliğine ilişkin ahlaki temelleri, her insanın evrensel olarak sahip olduğu akılcı düşünme yeteneği fikri ile değiştirmiştir.³⁸ Hem rasyonalizm hem

³² Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7.Baskı, Ankara 1993, s. 30.

³³ Kapani,s. 30; Kielsingard, s.159.

³⁴ Öğütçü, Muhlis: “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk İşığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar”: DEÜHFHD, C.7 (2005), Özel Sayı, ss.555-616, s. 570.

³⁵ Kielsingard, s.159.

³⁶ Söğütü, İlyas; “İki Farklı Epistemoloji İki Farklı Siyaset: Rasyonalist ve Ampirist Siyasetin Felsefi Kökenleri”: Liberal Düşünce Dergisi, Yıl 2008, S.52, ss.197-214, s.198.

³⁷ Söğütü, s.198.

³⁸ Zechenter, s.321.

de doğal hukuk teorisi modern insan hakları hukuku düşüncesinde genellikle birleştirilmiş ve evrensel insan haklarının kültürden, ideolojiden ve değerler sisteminden bağımsız olarak var olduğu yönündeki düşünce şeklini almıştır.³⁹ Hem rasyonalizm hem doğal hukuk düşüncesi Amerikan Bağımsızlık Bildirisinde “*bütün insanların eşit yaratıldığı ve yaratıcıları tarafından kendilerine aralarında yaşam, özgürlük ve mutluluğu arama hakkının bulunduğu bazı devredilemez haklar bahşedildiğinin*” kabul ve ilan edilmesi ile ifade edilmiştir.

Hukuki pozitivizm, toplumsal yasaların, doğa bilimlerindeki yöntemler kullanılarak saptanabileceğini ve bu yolla toplumsal düzenin yeniden kurgulanabileceğini ileri sürmektedir. Hukuki pozitivizm anlayışına göre, adil olan-olmayan değerlendirmesi, göreceli bir değer yargısıdır ve bu nedenle hukuk biliminin dışında tutulmalıdır. Pozitivist hukuk anlayışına göre hukuk belli bir toplumda yürürlükte olan, içeriği onu yaratanların açıkladıkları iradeleri ile belirlenmiş kurallar bütünüdür.⁴⁰ Bu nedenle hukuki pozitivizm, kanunun hukuki içeriğinin haklı veya haksız, iyi ya da kötü olmasıyla değil; kaynağıyla, kanun koymaya yetkili makam tarafından geçerli olarak yapılıp yapılmadığıyla ilgilendir.⁴¹ Çünkü adil olan-olmayan anlayışı, birbirlerine yakın kültürlerle sahip toplumlarda bile zamana göre değişkenlik gösterir.⁴² Bu teorik temelden hareketle hukuki pozitivizme göre insan hakları da belli bir zamanda, belli bir yerde; uluslararası alanda ve/veya herhangi bir devletin kendi içinde, genellikle yetkili organ tarafından yazılı olarak oluşturulan hukuk düzeninde yer alan haklardan ibarettir.⁴³ Bu mantık çizgisinden hareketle hukuki pozitivizm, insan haklarının evrenselliğini, insan hakları belgelerinin dünya çapında gördüğü kabule ve onaya yaptığı atıfla haklaştırmaktadır.⁴⁴ Bu nedenle uluslararası belgelerde düzenlenen insan haklarının evrenselliği, bu belgeyi imzalayan veya onaylayan taraf devle-

³⁹ Zechenter, s.321.

⁴⁰ Kielsingard, s.476.

⁴¹ Öğütçü, s.577.

⁴² Öğütçü, s.576 ve 577.

⁴³ Öğütçü, s.578.

⁴⁴ Kielsingard, s.476.

tin geleneklerinin ve kültürünün insan onuruna atfettiği değerle ilintili değildir.⁴⁵ Pozitivistlere göre, evrensel insan hakları normları uluslararası anlaşmalar ve uluslararası örf ve adet hukuku tarafından yaratılmıştır ve bunlarda yer almaktadır.⁴⁶ Pozitivistlere göre, kültürel farklılıklara rağmen bütün batılı ve batılı olmayan uluslar, insan hakları sözleşmelerinin büyük çoğunluğunu imzalamış ve onaylamıştır. Bu durum söz konusu sözleşmelerde düzenlenen insan hakları ilkelerinin dünya çapında kabul edildiğinin ispatıdır.⁴⁷ Pozitivistlere göre insan haklarının kaynağı tek tek kültürlerde değil, evrensel insan hakları düşüncesini ortaya çıkartan uluslararası hukukta yer almaktadır.⁴⁸ Hukuki pozitivizm taraftarlarına göre, BM bünyesindeki insan hakları sözleşmelerini kendi iradeleri ile imzalayan devletler, korumakla yükümlü hale geldikleri insan hakları standartlarından muaf tutulmalarını talep edemezler.⁴⁹ Sonuç olarak, pozitivistlere göre insan hakları, herhangi bir ulusal hukuk sistemi tarafından hükümsüz kılınamaz ve bu haklar farklı ulusal hukuk sistemlerinin kendisi ile çatışan normlarına üstün tutulmalıdır.⁵⁰

III. KÜLTÜREL GÖRECELİK TEORİSİ

A. Genel Çerçeve

Kültürel görecelik, 19.yy.da batı toplumlarını yücelten, buna karşın batı dışı kültürleri değersiz gören bilimsel yaklaşımın etno-merkezci varsayımlarına bir tepki olarak ortaya çıkmış⁵¹, 20.yy.ın ikinci yarısında da insan haklarına uluslararası hukuk alanında güvence sağlanması çabalarına karşı ileri sürülen bir sosyal teori olarak önem kazanmıştır.⁵²

⁴⁵ Brennan, s.372.

⁴⁶ Kielsingard, s.476.

⁴⁷ Brennan, s.372.

⁴⁸ Zechenter, s.321

⁴⁹ Brennan, s.372 ve 373.

⁵⁰ Zechenter, s.321

⁵¹ Prasad, Ajnesh; " Cultural Relativism in Human Rights Discourse" Peace Review, A Journal of Social Justice, Vol.19 (2007), No.4, ss.589-596, s. 589; Zechenter, s.324.

⁵² Işıldaklı, Başak; "İnsan Haklarının Evrenselliği ile Kültürel Rölativizmin Paradoksu": Tarsus Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.1(2020), S.1, ss.17-29, s.20; Lakatos, s.14.

Franz Boas ve onun iki öğrencisi; Ruth Benedict ve Melville Herskovits tarafından şekillendirilen bu teori, 1947 yılında Amerikan Antropoloji Derneği'nin, "İnsan Haklarına Dair Beyan" başlığını taşıyan bir metni, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonuna sunması ile insan hakları tartışmalarının bir parçası haline gelmiştir.⁵³ Herskovits tarafından kaleme alınan bu metin ile Amerikan Antropoloji Derneği, evrensel bir insan hakları bildirisinin hazırlanması sürecinde kültürel farklılıkların da göz önünde bulundurulması çağrısında bulunmaktadır. Dolayısıyla, "insan haklarının evrenselliği ve kültürel görecelik çatışması" tarihsel olarak bu noktadan itibaren görünür hale gelmiştir.⁵⁴ Bununla birlikte, kavramsal olarak değilse bile, nitelik olarak, kültürel göreceliğin geçmişi antik Yunan dönemine kadar eskiye gitmektedir.⁵⁵ Kültürel göreceliğin ilk şekli olarak nitelenebilecek açıklamalar Herodot'un kaleminden şu şekilde ifade edilmiştir;

*" eğer insanlara dünyadaki bütün gelenekler arasından kendilerine en uygun bulduklarını seçmeleri önerilse, bütün hepsini inceleyecekler ve (bu inceleme) kendi (gelenek) tercihi ile sonuçlanacaktır: böylece kendi geleneklerinin bütün diğerlerine üstün geldiğine ikna olmuş olacaklardır"*⁵⁶

Kısaca tanımlamak gerekirse kültürel görecelik, ister etik ister ahlaki ister kültürel olsun mutlak doğru olmadığını ve farklı kültürleri yargılayacak anlamlı bir yöntem bulunmadığını ileri süren, bütün yargıların etno-merkezci olduğunu savunan bir teoridir.⁵⁷ Bu teori, bireysel düzlemde, bir kişinin davranışlarının, düşüncelerinin, duygularının, kavrayışının ve algısının içinde yaşadığı topluluğun kültürüne bağlı olduğunu

⁵³ Prasad, s. 589; Işıldaklı, s. 20.

⁵⁴ Işıldaklı, s. 20.

⁵⁵ Işıldaklı, s. 20; Lakatos, s.13.

⁵⁶ Aktaran: Renteln, Alison, Dundes; International Human Rights, Universalism versus Relativism, Quid Pro Books, New Orleans, Louisiana, 2013, s. 62.

⁵⁷ Ibhawoh, Bonny; "Cultural Relativism and Human Rights: Reconsidering the Africanist Discourse": Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 19 (2001), No.1, ss.43-62, s. 46; Rachels, James; The Element of Moral Philosophy, 4th Edition, McGraw-Hill Higher Education, New York, 2003, s.16; Zechenter, s.323.

ve bu kültür bakımından göreceli olduğunu ileri sürmektedir.⁵⁸ Bu bağlamda kültürel görecelik taraftarları, bütün insanlar için geçerli bir ahlaki standartlar dizisi yaratmaya şüpheyile yaklaşmışlar, insan haklarının evrenselliğine başından itibaren olumsuz bir tepki vermişlerdir.⁵⁹ Kültürel görecelik taraftarları, kültürler arası anlayış ve farklı yaşam şekillerine saygı çağrısında bulunmaktadır. Bu nedenle toplumlarda var olan farklı gelenek ve yaşam biçimleri korunmalı ve bu çeşitliliğe saygı gösterilmelidir. Evrensellik taraftarlarının görüşlerini dayandırdıkları *“deneyimler ne olursa olsun, doğru bir akıl yürütmenin sonunda, akıl, insanı nerede olursa olsun aynı toplumsal kurumlara, ahlaki inançlara ve bilimsel teknik gerçeklere ulaştırır”*⁶⁰ düsturu, kültürel görecelik taraftarlarınca kategorik olarak reddedilmektedir.⁶¹ Bunun yerine kültürel görecelik taraftarları, toplumların kendilerine özgü örgütlenme biçimlerine ve kendilerini ifade etmek için seçtikleri farklı yöntemlere saygı gösterilmesi ve bu farklılıkların desteklenmesi için mücadele ederler.⁶² Kültürel görecelik taraftarlarına göre, herhangi bir kültürün ya da toplumun, o kültürün sahip olduğu değerler veya ilkeler dışında, yargılanabileceği mutlak değerler ve ilkeler yoktur.⁶³ Bu nedenle hiçbir ahlaki yargı evrensel geçerliliğe sahip değildir.⁶⁴ Kültürler, herhangi bir insan hak ve özgürlüğünün bütün zamanlarda ve mekânlarda tartışmasız bir şekilde geçerli olduğunu ileri sürmeyi imkânsız kılacak kadar çok ve çeşitli tercih, istek ve değerlendirme içerirler.⁶⁵ Kültürel göreceliğe göre, bütün değerlerin kaynağı, in-

⁵⁸ Kajit, John Bagu; “Ideological Refuge v Jurisprudence of Insurgency: Cultural Relativism and Universalism in the Human Rights Discourse,” Warwick Student Law Review, Vol. 1 (2011), ss. 1-18, s. 3.

⁵⁹ Sinnott, s.136. Ayrıca bkz. Rorty, Richard; An Ethics for Today: Finding Common Ground Between Philosophy and Religion (New York: Columbia University Press, 2010).

⁶⁰ Marvin, Harris; The Rise of Anthropological Theory: A History of Theories of Culture, Thomas Y.Crowell Company, Fourth Printing, April, 1971, s.13.

⁶¹ Sinnott, s.136.

⁶² Sinnott, s.136.

⁶³ Uygun, s. 502; Langlois, Anthony J.; “Human Rights Universalism”: The Ashgate Research Companion to Ethics and International Relations. Patrick Hayden (Ed.), Ashgate Publishing, 2009. ss. 201-214, s.206; Kajit, s. 3.

⁶⁴ Goodhart, Michael E. ; “Origins and Universality in the Human Rights Debates: Cultural Essentialism and the Challenge of Globalization”: Human Rights Quarterly, V.25(2003), No. 4, ss.935- 964, s. 939.

⁶⁵ Shestack, Jerome J.; “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri”: Liberal Düşünce, C.11, No.43, Yaz 2006, ss.87-119, s.113; Langlois, s.206.

sanın toplumsallığıdır ve bu nedenle toplumsallık-ötesi bir insan haklarından bahsetmek mümkün değildir.⁶⁶ Bu görüşe göre değerler, belli bir tarihsel ve toplumsal bağlam içinde hareket eden insanların ürünüdür.⁶⁷ Bu değerler, belli kültürlerin ürünü ve niteliğidir ve toplumdan ayrı var olamazlar.⁶⁸ Bir insan hakkının, bir toplum tarafından kabul ya da reddedilmesi, sadece diğer herhangi bir konuda ileri sürülen değer yargısı gibi, toplumsal bir değer yargısının ortaya konmasından ibarettir.⁶⁹ Bu nedenle insan hakları, devlet egemenliğine kategorik olarak daha üstün gelen ya da ondan daha mutlak bir kaynağa sahip değildir.⁷⁰ İnsan hakları kültürel ve toplumsal olarak belli bir bakış açısına sahip olan ve bu bakış açıları toplumsal normlar tarafından şekillendirilen insanların değer yargılarına dayanırlar.⁷¹ Bu nedenle, insan haklarının, insanın salt insan olması nedeniyle sahip olduğu haklar olduğu yönündeki inancın kendisi de, bir değer yargısının ifade edilmesidir ve bu nedenle kültürel olarak görecelidir.⁷² Sonuç olarak, eğer bir insan hakkı bir kültüre özgü değilse, onun geçerliliği ve uygulanabilirliği tartışmalı olacaktır.⁷³

B- Kültürel Göreceliğin Farklı Türleri

Kültürel göreceliğin farklı türleri, tek tip bir kültürel görecelik teorisinden bahsetmeyi imkânsız hale getirmektedir.⁷⁴ Esasen kültürel göreceliğin daha anlaşılabilir hale gelmesi, teorinin farklı türleri hakkında yapılacak genel bir açıklama ile mümkün olacaktır.⁷⁵ Doktrinde kültürel

⁶⁶ Binder, s.214.

⁶⁷ Uygun, s.502; Kajit, s. 3; Shestack, s.112.

⁶⁸ Binder, s.214.

⁶⁹ Dhaliwal, s.637.

⁷⁰ Binder ,s.214.

⁷¹ Ibhawoh, s.46; Binder, s.214.

⁷² Binder, s.214.

⁷³ Lakatos, s.14.

⁷⁴ Onwuatuegwu, Ignatius, Nnaemeka ; "Contemporary Relativism: A Question to Human Dignity": International Journal of Scientific Research in Easy and Case Studies, Vol.1 (2020), No.1, ss.1-11, s.4 ve 5; Galanos, Christos ; "Universal Human Rights in the Face of Cultural Relativism and Moral Objectivity: Preaching or Teaching," UCL Jurisprudence Review, Vol. 16 (2010), ss. 29-50, s.31.

⁷⁵ Adhikari, Kishor / Krippner, Stanley /. Pitchford, Daniel B. /. Davies, Jeannine A. ; "The Search for Universal Values": Journal of Humanities and Social Science, Volume 2 (Sep.-Oct.2012), Issue 1, ss. 69-72, s. 69.

görecelik, tanımlayıcı (descriptive), normatif ve epistemolojik olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır.⁷⁶ Tanımlayıcı kültürel görecelik, toplumsal ve psikolojik davranışın kültür tarafından belirlendiğini ve kültürler farklı olduğu için evrensel davranış kuralları olmayacağını savunmaktadır.⁷⁷ Batı medeniyetinin doğal üstünlüğü anlayışına itiraz eden tanımlayıcı kültürel görecelik, insanlar arasındaki sonsuz çeşitliliğe vurgu yapmış ve gelişme skalasının en alt basamağında yer alan insan topluluklarının bile, kültürel gelişimlerinin en azından belli yönlerinde ilerleme kaydettiklerini ve geliştiklerini ileri sürmüştür.⁷⁸ Normatif kültürel göreceliğe göre, “iyi- kötü”, “normal-anormal” yargısında bulunabilmemizi sağlayacak evrensel olarak kabul edilebilir, kültürler arası standartlar bulunmamaktadır.⁷⁹ Normatif görecelik taraftarlarına göre kültürler, oldukça çeşitlilik göstermekle birlikte, kültürlenme yolu ile toplum üyelerine, iradeleri dışında ahlaki ve etik kurallar öğretmektedir.⁸⁰ Buna ek olarak, toplumda az sayıda kişi, bu ahlaki ve etik normlara kendi özgür tercihleri ile tabi olma iradesi göstermektedir. Sonuç olarak, normatif görecelik taraftarlarına göre, diğer kültürlerin yargılanabilmesini sağlayacak kültür dışı hiçbir standart olamaz. Bu nedenle başkaları tarafından gerçekleştirilen bütün uygulamalara hoşgörü gösterilmelidir.⁸¹ Normatif kültürel göreceliğin hoşgörünün vurgusu, ağır ve haklı eleştirilere neden olmuştur.⁸² Çünkü normatif kültürel görecelik taraftarlarının ileri sürdüğü gibi farklı kültürlerin uygulamalarına mutlak bir hoşgörü gösterilmesi, kültürlerin bütün açığa vurum şekillerinin doğruluğunun kesin olarak kabul edilmesi anlamına gelecektir.⁸³ Bu durumda yamyamlık, kölelik, ırkçılık, çok eşlilik, çocuk yaşta evlilik, kadın sün-

⁷⁶ Tesón, Fernando R. ; “International Human Rights and Cultural Relativism”: Virginia Journal of International Law, Vol.25 (1985), No.4, ss. 869-898, s. 886; Adhikari/Krippner/Pitchford/Davies, s.69; Onwuatuegwu, s.5; Galanos, s.31.

⁷⁷ Li, Xiaorong; “A Cultural Critique of Cultural Relativism”: American Journal of Economics and Sociology, Vol. 66 (Jan.,2007), No. 1, ss. 151-171, s. 160 ve 161; Tesón, s. 886; Zechenter, s.323; Galanos, s.31.

⁷⁸ Zechenter, s.324.

⁷⁹ Li, s. 161 ve 162; Tesón, s. 888; Galanos, s.31.

⁸⁰ Zechenter, s.324.

⁸¹ Tesón, s. 888.

⁸² Normatif kültürel göreceliğe yönelik eleştiriler hakkında bkz. Tesón, s. 888-894.

⁸³ Li, s. 162, 163.

neti, kast sistemi gibi modern hukuk düzenleri tarafından kabul edilemez olan hatta bazıları ceza kanunlarında suç olarak düzenlemiş fiillerin kabul edilmesi gerekeceği gibi, bu uygulamaların ahlaken eleştirilmesi de engellenmiş olacaktır.⁸⁴ Epistemolojik kültürel görecelik de insan davranışları ile ilgili genelleştirmelerin doğru olmadığını, insan doğasını açıklamaya yönelik her türlü genel teorinin yanlış olduğunu savunmaktadır.⁸⁵ Epistemolojik kültürel görecelik 1970'li yıllarda ve kültürel göreceliğin en radikal şekli olarak ortaya çıkmıştır. Kültürel göreceliğin bu türüne göre, kültürlerin açığa vurumlarının kabul edilebilir olup olmadığı yönünde bir yargıda bulunulmasını sağlayabilecek kültürler arası standartlar yoktur. Bu nedenle kültürlerin karşılıklı olarak birbirlerini kavramaları mümkün değildir.⁸⁶ Epistemolojik kültürel görecelik taraftarlarına göre, bütün bilgi ve ahlak münhasıran kültüre bağlıdır.⁸⁷ Akılcı düşünce ve bilimsel yöntem, Batılı etno-bilimselliğin kültürden kaynaklanmış şeklinden başka bir şey değildir.⁸⁸

Kanaatimizce Donnelly'nin kültürel göreceliği müstakil bir teori olarak ele almayan fakat bu teorinin evrensellik ilkesine karşı takındığı tavrı göz önünde bulundurarak yaptığı tasnif, konuyu daha anlaşılır hale getirmektedir. Donnelly, kültürel göreceliği, insan haklarının evrenselliğine karşı takındıkları tavrın mutlaklığına göre *katı kültürel görecelik* ve ılımlı kültürel görecelik olmak üzere iki gruba ayırmaktadır.⁸⁹ Katı kültürel görecelik anlayışına göre, insan haklarının evrenselliğini savunanlar, eşit değerde geçerli olan diğer kültürel gelenekleri dışlayan baskın değerler dizisi dayatmaktadır.⁹⁰ Bu gruptakilere göre, hiçbir inanç, yargı, öğreti veya varsayım, nesnel olarak diğerlerine göre daha fazla geçerlilik talep etmemektedir. Katı kültürel görecelik taraftarları, nesnel herhangi

⁸⁴ Zechenter, s.324; Li, s.162.

⁸⁵ Tesón, s. 886, 887.

⁸⁶ Zechenter, s.325.

⁸⁷ Galanos, s.31.

⁸⁸ Zechenter, s.325.

⁸⁹ Donnelly, Jack; "Cultural Relativism and Universal Human Rights": Human Rights Quarterly, Vol. 6 (1984), No. 4, ss. 400-419, s. 401; Aynı yönde bkz. Sinnott, s.136.

⁹⁰ Sloane, s.540.

bir doğrunun var olmadığına inanmakta ve buna bağlı olarak da her kültürel bakış açısının geçerli olduğu sonucuna ulaşmaktadırlar.⁹¹ Katı kültürel görecelik anlayışına göre, kültür, ahlakın ve hukukun geçerliliğinin temel kaynağıdır. Diğer bir ifadeyle katı kültürel göreceliğe göre insan hakları ve diğer toplumsal değerler ve normlar, kültür tarafından belirlenir.⁹² Katı kültürel görecelik, temel olarak, kültürel ve siyasal geleneklerin kabul edilebilir ya da kabul edilemez olarak değerlendirilmesinde hangi ölçütlerin kullanılacağını ve bu ölçütlerin kim tarafından belirleneceğini sorgulamaktadır. Bu nedenle katı kültürel görecelik görüşüne göre, uluslararası insan hakları hukuku alanına çoğulcu bir bakış açısı ile yaklaşılmalı, dahası kültürel egemenlik ve çoğulculuk bu alanda gözlemlenen Batı hegemonyasından üstün tutulmalıdır.⁹³ Evrenselciler ise bu yaklaşıma şiddetle karşı çıkmaktadır. Evrenselcilere göre, kendisini “iyi değerlere” adanmış kültürlerin, kendisini “kötü değerlere” adanmış kültürlerden daha iyi olduğu kabul edilmelidir. Aksi takdirde, demokrasiyi Nazizm’e ya da İslamcı bir teokrasiye tercih edilmesini mümkün kılacak bir zemin bulunamayacaktır.

“Eğer kültürel görecelik taraftarları gerçekten bütün kültürlerin eşit değerinde hoş görülmesi gerektiğine inanıyorlarsa, bu durumda Batı-dışı toplumları kendilerini yönetmeye layık olmayan vahşiler olarak gören militan sömürgecileri de hoş görmek zorundadırlar.”⁹⁴

Bu nedenle, çoğu hukuk felsefecisi, katı kültürel göreceliğin mantıksal bir sonucu olan bu tip bir nihilizmin uluslararası kamu hukukunun gelişmesi için tercih edilen bir temel olmadığı konusunda hemfikirler.⁹⁵ Katı kültürel göreceliğin keskin tutumu, daha uzlaşmacı ve ılımlı bir kültürel göreceliğin mümkün olabileceğini savunan bazı düşünürleri insan haklarının evrenselliği tartışmasının bir parçası haline getirmiştir.⁹⁶ İlim-

⁹¹ Sinnott, s.137.

⁹² Donnelly, Cultural Relativism, s.401

⁹³ Sinnott, s.137.

⁹⁴ Bilder, s.215.

⁹⁵ Sinnott, s.137.

⁹⁶ Sinnott, s.137.

lı kültürel görecelik anlayışına göre kültür, hakların ve toplumsal normların geçerliliğinin önemli kaynaklarından birisi olabilir, fakat yegânesi değildir.⁹⁷ Diğer bir ifadeyle ılımlı kültürel görecelik, bünyesinde, evrenselliğe dair zayıf da olsa bir ön kabul barındırmaktadır.⁹⁸ Bu bakış açısına göre, bütün kültürlerde insan onuruna dayanan ve ondan kaynaklanan normlar vardır.⁹⁹ Yeniden yorumlanmaları, şekillendirilmeleri ve yönlendirilmeleri halinde bu normlar, kendine özgü ve kültürler arası bazı evrensel değerlerin ortaya çıkabileceği bir ham madde haline gelebilir.¹⁰⁰ İlimli kültürel görecelik, insan haklarının tüm insanlığın inkâr edilemez ve evrensel bir niteliği olduğunu kabul etmektedir.¹⁰¹ Bütün kültürlerde var olan bu haklar dizisinde kültürler arası evrensel haklar ve genel ilkeler de bulunmaktadır. Bu nedenle ılımlı kültürel görecelik taraftarlarına göre çözümlenmesi gereken asıl sorun, kültürler arası bu hakların ve genel ilkelerin nasıl keşfedilip ortaya çıkartılacağı sorunudur.¹⁰² Sinnott'a göre, bu sorunun çözümü ılımlı kültürel görecelik taraftarlarının ileri sürdüğü kadar basit değildir. Kültürler arası insan haklarını ve genel ilkeleri tespit etmek zaten oldukça zordur. Fakat bir kere bu sorunun çözüldüğü varsayılsa bile, bu çözüm, beraberinde, tespit edilen bu kültürler arası insan haklarının ve ilkelerinin uygulanmasında kullanılacak standartların belirlenmesi sorunu gibi daha büyük bir sorunu getirecektir.¹⁰³

IV- KÜLTÜREL GÖRECELİK TEORİSİNİN İHEB'NE İZDÜŞÜMLERİ

A- Genel Olarak

Evrensellik ilkesine karşı ileri sürülen kültürel görecelik itirazları, BM'nin kurulması ve insan haklarının bu örgüt çatısı altında uluslara-

⁹⁷ Donnelly, Cultural Relativism, s.401.

⁹⁸ Donnelly, Cultural Relativism, s.401.

⁹⁹ Blumenson s.8; Sloane, s. 578; Sinnott, s.138

¹⁰⁰ Sloane, s. 578.

¹⁰¹ Sinnott, s.138

¹⁰² Sinnott, s.138

¹⁰³ Sinnott, s.138.

rası bir boyut kazanması ile eş zamanlı ortaya çıkmıştır. BM Şartı'nın 1(3) maddesinde BM amaçları arasında, “*ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak*” olduğu belirtilmiştir. BM Şartı'nın 55. maddesine göre, BM, “*ırk, din, dil, cinsiyet ayrımı gözetmeksizin bütün insanlar için, insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklere saygıyı kolaylaştırmakla*”, 56. maddesine göre, üye devletler de söz konusu amaçlara ulaşmak için, gerek birlikte gerekse ayrı ayrı, BM ile işbirliği halinde hareket etmekle yükümlüdür. Bütün bu düzenlemeler birlikte okunduğunda, daha kuruluş aşamasında BM'nin amaçlarından birisinin insan haklarının korunması ve geliştirilmesi bakımından evrensel bir standart geliştirmek olduğu ve bu amacın gerçekleştirilmesinde BM'nin üstleneceği işlevin büyük bir öneme sahip olduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır.¹⁰⁴ Nitekim BM Şartı'nda belirtilen bu amaç ve işlev, insan hakları belgelerinin köşe taşı niteliğindeki İHEB'nin kabulü ile teyit edilmiştir. Doktrinde bazı yazarlar İHEB'nin, BM Şartı'nda insan haklarına yapılan atıfların genişletilmiş ve detaylandırılmış hali olduğunu ileri sürmüştür.¹⁰⁵ İHEB, BM tarafından kabul edilen belgeler arasında insan haklarının evrenselliği ilkesine yer veren ilk belge olma özelliğini taşımaktadır.¹⁰⁶ Beyannamede yer alan insan haklarının evrensel niteliği hem Beyanname için belirlenen başlıkla, hem de Beyanname metnine hâkim olan dil ile vurgulanmıştır.¹⁰⁷ Beyanname'nin başlangıç kısmında, bütün insanların “*onura ve eşit ve başkalarına devredilemez haklara*” sahip olduğu, üye devletlerin BM ile işbirliği içinde “*insan haklarına ve temel özgürlüklere bütün dünyaca saygı gösterilmesinin sağlanması*” için çaba sarf edeceği, bu nedenle Genel Kurulun “*bu hak ve özgürlüklerin evrensel ve etkin biçimde benimsenmesi ve*

¹⁰⁴ Çalık, Tacettin; “Birleşmiş Milletler Organlarının İnsan Hakları ile İlişkisi”: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2 (2015), Özel Sayı, ss.1091-1134, s. 1095.

¹⁰⁵ Morsink, Johannes; The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999, s.4'den aktaran: Birinci, Görkem; “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin Kısa Tarihi I: Milletler Cemiyeti'nden Birleşmiş Milletler'e”: Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 7 (2017), S 2, ss.50-81, s. 76.

¹⁰⁶ Demir, Esra; “İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.14 (2008), S.3, ss. 209-242, s.211.

¹⁰⁷ Langlois, s.202.

uygulaması için .. bütün halklar ve devletler için ortak standart olarak” bu Beyannameyi kabul ve ilan ettiği belirtilmiştir. Beyannamenin 2. Maddesinde “ırk, renk, cins, dil, din, siyasal ya da her hangi bir başka inanç, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğuş ya da herhangi bir başka ayırım gözetilmeksizin” herkesin Beyannamedeki hak ve özgürlüklerden yararlanabileceği ifade edilerek evrensellik ilkesine oldukça güçlü bir vurgu yapılmıştır.

B- İHEB’ nin Düşünsel Arka Planı

İHEB’ nin insan haklarının evrenselliğine atfettiği önem, Beyannamenin ilanından önce çeşitli kişi, kurum ve sivil toplum örgütlerince hazırlanan ve Beyannamenin içeriği ve hukuki niteliği konusunda etkili olduğu bilinen taslak çalışmalarında ve önerilerde de kendisini göstermektedir. Amerikan Hukuk Kurumu (American Law Institute), Milletler Cemiyeti Dernekleri (League of Nations Associations), Atlantik Şartı Topluluğu (Atlantik Charter Society), Federal Birlik Hareketi (The Movement for Federal Union), Uluslararası İnsan Hakları Birliği (the International League for the Rights of Man), Dünya Yurttaşları Derneği (World Citizens Association), Barış Örgütü Çalışmaları Komisyonu (the Commission to Study the Organization of Peace) gibi sivil toplum örgütleri, hem insan haklarının uluslararası bir boyut kazanması gerektiği fikrinin olgunlaşmasında, hem de bu fikrin İHEB gibi uluslararası bir belgede somutlaşması sürecinde önemli bir rol oynamışlardır.¹⁰⁸

İnsan haklarının evrensel doğası ilk defa ABD Başkanı Franklin Roosevelt’in, 6 Ocak 1941 tarihinde Kongre’ye sunduğu mesajda somut ve resmi ifadesini bulmuştur. Roosevelt bu mesajında, dört temel özgürlük- ifade özgürlüğü, ibadet özgürlüğü, yoksulluktan kurtulma özgürlüğü ve korkudan kurtulma özgürlüğü- üzerine kurulmuş ve bu özgürlüklerin bütün dünyada geçerli olacağı bir düzenden bahsetmiştir.¹⁰⁹ Roosevelt, bütün dünyada yankı uyandıran bu mesajından sonra

¹⁰⁸ Birinci, s. 69.

¹⁰⁹ Franklin Delano Roosevelt; “The State of the Union Address to Congress Delivered January 6, 1941”: <https://www.gilderlehrman.org/sites/default/files/inline-pdfs/Four%20Freedoms%20Speech%201941.pdf> (Erişim tarihi: 26.12.2021).

ABD Dışişleri Bakanlığı'na savaş sonrası dönem için bir uluslararası insan hakları bildirgesi olanağının araştırılması talimatını vermiştir.¹¹⁰ Bu talimat doğrultusunda kurulan “*Hukuki Sorunlara İlişkin Özel Alt Komitesi*”nin, kabul edilecek uluslararası bir insan hakları bildirgesinin taşınması gereken özelliklere ilişkin önerisi, sonraki yıllarda evrensellik ve kültürel görecelik tartışmaları bakımından dikkat çekici niteliktedir. Alt Komitenin önerisine göre;

*“İnsan hakları her devletin üst hukukunun bir parçası olarak tesis edilmeli ve güvence altına alınmalı, her devletin idari ve hukuki otoriteleri tarafından aksine bir hüküm bulursa bile milliyet, ırk, dil, siyasi görüş ya da dini inanç ayrımı olmaksızın riayet edilmeli ve yaşama geçirilmelidir.”*¹¹¹

İHEB'nin içeriğinde ve kabulünde etkili olan çalışmalardan bir diğeri İngiliz yazar Herbert G. Wells tarafından gerçekleştirilmiştir. Wells, hazırladığı insan haklar bildirgesini Nazilere karşı verilen savaşın bir meşruiyet nedeni olarak ileri sürmüştü ve bu insan hakları bildirgesi 1939 ile 1944 yılları arasında otuzdan fazla dile çevrilerek yayınlanmıştır.¹¹² Wells'in insan hakları bildirgesine, daha sonraki tarihlerde aralarında İHEB'nin taslak metninin hazırlanmasına da katkı sağlamış olan, ABD Başkanı Roosevelt, Güney Afrika Başbakanı Jan Christiaan Smuts, Çekoslovakya Dışişleri Bakanı Jan Masaryk ve Cumhurbaşkanı Edward Benes, Hindistan'dan Mohandas Gandhi ve Jawaharlal Nehru, sonradan İsrail'in ilk cumhurbaşkanı olan Chaim Weizman gibi tanınmış isimler destek vermiştir.¹¹³ Wells'in tartışmaya açtığı ve on bir maddeden oluşan insan hakları bildirgesinde, yaşam hakkı, küçüklerin korunması, topluma karşı sorumluluk, bilgilenme hakkı, ibadet ve düşünce özgürlüğü, çalışma hakkı, özel mülkiyet hakkı, seyahat özgürlüğü, kişi özgürlüğü, şiddetten korunma hakkı ve yönetime katılma hakkı gibi

¹¹⁰ Birinci, s. 64.

¹¹¹ Aktaran: Birinci, s. 64.

¹¹² Smith, David C. / Stone, William F.; “Peace and Human Rights: H.G. Wells and The Universal Declaration”: Peace Research, Vol. 21, No. 1 (January 1989), ss. 21-26, 75-78, s. 24.

¹¹³ Birinci, s. 62; Jan Christian Smuts, insan haklarının evrensel niteliğine vurgu yapan BM Şartı'nın 55. Ve 56. Maddelerinin yazarıdır. Birinci, dn. 10, s. 62.

batının siyasal ve hukuksal düşüncesine aydınlanma felsefesi ile girmiş olan klasik liberal ilkelere yer verilmiştir.¹¹⁴ Wells'e göre bu bildirge, *"on bir maddeyi her yerde anlaşılabilir bir dille ortaya koyma, ... hakların Batılılaştırılmasına engel olma ve evrenselleştirme girişimidir."*¹¹⁵

İHEB'nin metninin şekillenmesinde etkili olan bir diğer taslak da 1944 yılında Amerikan Hukuk Kurumu tarafından yayınlanmıştır.¹¹⁶ Amerikan Hukuk Kurumu, 1941 yılında uluslararası toplumun insan hakları hukuku ile ilgili durumunu araştırmak için bir komite oluşturmuştur. "Temel İnsan Hakları Bildirgesi (Statement of Essential Human Rights)" ¹¹⁷ başlığını taşıyan taslak metnin önsözünde, savaşın ve sanayileşmenin yarattığı *"... sınırsız yıkıcı güç çağında yaşamına devam etmek isteyen"* bir örgütün *"bireyi en yüksek değer olarak kabul etmesi gerektiği"* ifade edilmektedir.¹¹⁸ Önsözde, bu temel değerle nitelik kazanacak olan uluslararası bir örgütün atması gereken ilk adım, *"vazgeçilmez insan haklarının her ulusta bulunan iyi niyetli kişiler tarafından kabul edilebilecek şekilde"* tanımlanmış bir insan hakları bildirgesi hazırlamak olmalıdır.¹¹⁹ Amerikan Hukuk Kurumunun taslak metninin İHEB'nin şekillenmesinde oynadığı etki, bu metnin on üç farklı kültüre mensup temsilcilerden ve yirmi dört önde gelen hukukçudan oluşmuş bir Komite tarafından

¹¹⁴ Smith/Stone, s. 75-77; Birinci, s. 62.

¹¹⁵ Wells, H.G.; The Rights of Man: an Essay in Collective Definition, Poynings Press, Brighton, 1943, s. 14'den aktaran. Smith/Stone, s.75.

¹¹⁶ Statement of Essential Human Rights Records, American Law Institute Archives, ALL04.006, Biddle Law Library, University of Pennsylvania Law School, Philadelphia, PA, s.4, http://dla.library.upenn.edu/dla/pacscl/ead.pdf?id=PACSCL_UPENN_BIDDLE_USPULPULALI04006 (Erişim tarihi 28.12.2021).

¹¹⁷ Statement of Essential Human Rights, Drafted by a Committee Representing Principal Cultures of the World, Appointed by the American Law Institute. https://www.ali.org/media/filer_public/fc/ea/fcea8b14-8d49-4263-8cd9-e0133751ff64/statement-of-essential-human-rights.pdf (Erişim tarihi: 28.12.2021)

¹¹⁸ Statement of Essential Human Rights, Drafted by a Committee Representing Principal Cultures of the World, Appointed by the American Law Institute. https://www.ali.org/media/filer_public/fc/ea/fcea8b14-8d49-4263-8cd9-e0133751ff64/statement-of-essential-human-rights.pdf (Erişim tarihi: 28.12.2021)

¹¹⁹ Statement of Essential Human Rights Records, American Law Institute Archives, ALL04.006, Biddle Law Library, University of Pennsylvania Law School, Philadelphia, PA, s.4, http://dla.library.upenn.edu/dla/pacscl/ead.pdf?id=PACSCL_UPENN_BIDDLE_USPULPULALI04006 (Erişim tarihi 28.12.2021)

hazırlanmış olmasından kaynaklanmaktadır.¹²⁰ Komitenin amacı, farklı kültürlerin bünyelerinde insan haklarına yer verip vermediğini, insan haklarının farklı kültürlerde nasıl ifade edilip nasıl anlaşıldığını ortaya koymak olmuştur.¹²¹ Ancak, kısa bir süre sonra Komite üyeleri, tıpkı İHEB'nin taslak çalışmalarında olduğu gibi, iki karşıt gruba ayrılmıştır. Bir grup, din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü gibi klasik liberal hakları öne çıkarıp savunurken, diğer grup, çalışma, beslenme, barınma ve sosyal güvenlik gibi sosyal hakları öne çıkarmıştır.¹²² Bu ayrışmanın sonunda, ortaya, her iki yaklaşıma da yer veren on sekiz maddelik bir metin çıkmıştır.¹²³

C- Kültürel Görecelik Teorisinin İlk Görünüm Şekli: Amerikan Antropoloji Derneğinin İnsan Hakları Beyannamesi (1947 Beyanı)

Genel olarak, çeşitli sivil toplum örgütleri ve kişiler tarafından hazırlanan taslak metinlerde yer verilen hak ve özgürlüklerin, ırk, din, etnik köken, cinsiyet ve benzeri özelliklere dayalı ayırım gözetilmeksizin, “her ulus” ve “herkes” için güvence altına alınması gerektiğinin vurgulandığı görülmektedir. Bu bağlamda bu dönemde uluslararası alanda kabul ve ilan edilecek bir insan hakları belgesinin evrensel nitelikte olması gerektiği konusunda bir çoğunluk görüşünün bulunduğu gözlemlenmektedir. Ancak, UNESCO'nun 1947 yılında İHEB'nin hazırlanmasında yardımcı olmak üzere üye ülkelerdeki bazı düşünürlere ve sivil toplum

¹²⁰ Birinci, s. 70.

¹²¹ Birinci, s. 70.

¹²² Statement of Essential Human Rights Records, American Law Institute Archives, ALL04.006, Biddle Law Library, University of Pennsylvania Law School, Philadelphia, PA, s.4, http://dla.library.upenn.edu/dla/pacscl/ead.pdf?id=PACSCL_UPENN_BIDDLE_USPULPULALI04006 (Erişim tarihi 28.12.2021); Birinci, s. 70.

¹²³ Söz konusu on sekiz maddede, din özgürlüğü (md.1), düşünce özgürlüğü (md.2), ifade özgürlüğü (md.3), toplanma özgürlüğü (md.4), örgütlenme özgürlüğü (md.5), yasa dışı müdahale yasağı (md.6), adil yargılanma hakkı (md.7), keyfî tutuklama yasağı (md.8), ceza yasalarının geriye yürümezliği ilkesi (md.9), özel mülkiyet hakkı (md.10), eğitim hakkı (md.11), çalışma hakkı (md.12), uygun çalışma koşullarına sahip olma hakkı (md.13), besin ve barınma hakkı (md.14), sosyal güvenlik hakkı (md.15), devlet yönetimine katılma hakkı (md.16), ayrımcılık yasağı (md.17) gibi haklar düzenlenmiştir. Bildirgenin 18. maddesinde de bu haklardan yararlanmanın sınırı olarak başkalarının hak ve özgürlükleri ile demokratik devletin gerekleri belirtilmiştir (md.18).

Bkz. https://www.ali.org/media/filer_public/fc/ea/fcea8b14-8d49-4263-8cd9-e0133751ff64/statement-of-essential-human-rights.pdf (Erişim Tarihi: 29.12.2021)

örgütlerine yaptığı çağrıya verilen yanıtlardan birisi, insan haklarının evrenselliği ilkesine karşı kültürel görecelik tezine dayalı itirazın somut olarak ortaya çıktığı ilk belge olmuştur.¹²⁴ Haziran 1947’de, Amerikan Antropoloji Derneği’ne (AAD) evrensel bir insan hakları bildirgesi hazırlandığı bilgisi ulaştığında, AAD’nin yönetim kurulu, BM İnsan Hakları Komisyonu’na, hazırlanan belgenin bir “Batı Avrupa ve Amerika’daki ülkelerde geçerli olan değerleri içeren bir beyanname” olamayacağı uyarısında bulunan bir mektup göndermiştir.¹²⁵ Melville Herskovits tarafından kaleme alınan ve “İnsan Hakları Beyanı (1947 Beyanı)”¹²⁶ başlığını taşıyan bu belgenin ilk cümlesinde, BM İnsan Hakları Komisyonu’nun, hazırlayacağı insan hakları beyannamesinde bazı zorluklarla karşılaşacağı belirtilmiştir. 1947 Beyanına göre,

*“Bunlardan (zorluklardan) ilki, Beyannamenin genel olarak anlaşıldığı şekli ile bireye, bu sıfatla kişiliğine ve toplumun bir üyesi olarak (kişiliğini) tam anlamıyla geliştirme hakkına gösterilecek saygı ile ilgilidir. Bununla birlikte, küresel bir düzen içinde, farklı insan topluluklarının kültürlerine saygı gösterilmesi, aynı şekilde önemlidir.”*¹²⁷

Bu nedenle, hazırlanacak olan insan hakları beyannamesinin, insana insan olması nedeniyle gösterilmesi gereken saygıyı ifade etmenin ötesine geçmesi ve “bireyi, parçası olduğu, onaylanmış yaşam biçimlerinin davranışlarını şekillendirdiği ve bu nedenle kaderinin ayrılmaz bir şekilde bağlı olduğu sosyal grubun bir üyesi olarak” göz önünde bulundurması gerekmektedir.¹²⁸

1947 Beyanına göre, modern dünyada birbiri ile yakın ilişki içinde olan çok sayıda toplum vardır ve bu toplumların her birinde farklı

¹²⁴ Demir, s. 232.

¹²⁵ Le, Nhina; “Are Human Rights Universal or Culturally Relative?": Peace Review, Vol.28 (2016), No. 2, ss.203-211, s.203.

¹²⁶ Statement on Human Rights, Author(s): The Executive Board, American Anthropological Association, American Anthropologist, New Series, Vol. 49, No. 4, Part 1 (Oct. - Dec., 1947), ss. 539-543.

¹²⁷ Statement on Human Rights, s.539.

¹²⁸ Statement on Human Rights, s. 539.

yaşam biçimleri bulunmaktadır. Bu nedenle İHEB’ni hazırlayacak olan Komisyonun cevaplama gereken önemli bir soru bulunmaktadır: “*Tasarlanan Beyanname nasıl olur da sadece batı Avrupa ve Amerika’da yaygın olan değerler yönünden anlaşılabilir bir haklar bildirgesi olmaz da, bütün insanlara uygulanabilir nitelikte olabilir?*”¹²⁹

1947 Beyanına göre, hazırlanacak olan insan hakları beyannamesinin, insan ve onun yaşam biçimleri hakkında ulaşılan nihai bilgi düzeyinin gereklerine uygun olması gerekmektedir. Bu nedenle, bu tip bir beyannamenin hazırlanmasında insan kültürü hakkındaki çalışmalarda ortaya konan bilimsel verilerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.¹³⁰ 1947 Beyanında, insanların doğduğu andan itibaren düşüncelerinin, isteklerinin ve beklentilerinin, davranışlarına yön veren ve yaşamı onlar için anlamlı kılan ahlaki değerlerinin, üyesi olduğu toplum tarafından şekillendirildiği ileri sürülmüştür.¹³¹ Dolayısıyla bireyin kişisel gelişimini korumayı hedefleyen bir insan hakları beyannamesinin, aynı bireyin içinde yaşadığı kültürü de göz önünde bulundurmaksızın ve bu kültüre de güvence sağlamaksızın hedefine ulaşması mümkün değildir.¹³² 1947 Beyanına göre, Batı’nın farklı kültürlerle karşı takındığı tavır oldukça hatalıdır. Batı dışı toplumların kültürüne karşı takınılması gereken tavrda esas ölçü “hoşgörü” olmalıdır.¹³³ Bildirinin büyük bir kısmına yansıyan bu hoşgörü vurgusu nedeniyle 1947 Beyanı, “hoşgörü çağrısı” olarak da nitelendirilmektedir.¹³⁴ 1947 Beyanına göre, Batılılar, aşağı kültürler olarak nitelediği Batı dışı kültürleri medenileştirme sorumluluğuna sahip olduklarına inanmaktadır. Beyanda “beyaz adamın yükü” olarak kavramsallaştırılan bu sorumluluk, Batılılar tarafından farklı kültürlerin imha edilmesine, ekonomik istismara, içişlerine müdahaleye, dinlerin batıl, yanlış ya da ahlak dışı ilan edilerek yasaklanmasına gerek-

¹²⁹ Statement on Human Rights, s. 539.

¹³⁰ Statement on Human Rights, s. 539.

¹³¹ Statement on Human Rights, s. 539, 540

¹³² Statement on Human Rights, s. 540.

¹³³ Engle, Karen; “From Skepticism to Embrace: Human Rights and the American Anthropological Association from 1947–1999”: Human Rights Quarterly, Vol. 23, No. 3, August 2001, ss. 536-559, s.539.

¹³⁴ Engle, s.539.

çe olarak kullanılmıştır.¹³⁵ Bu nedenle 1947 Beyanı, Batı'nın hoşgörü konusunda uyarılmaya ihtiyacı olduğunu vurgulamaktadır:

“Esas itibariyle insanlar, özellikle hayatın idamesi konusunda bir çatışmanın olmadığı durumlarda, kendilerinininkinden farklı davranışları olan gruplara hoşgörü göstererek, yaşamak ve yaşatmak isterler. Bununla birlikte, Batı Avrupa ve Amerika'nın tarihinde ekonomik yayılma, silahlanma üzerindeki denetim ve Protestan bir gelenek, kültürel farklılıkların tanınmasını bir müdahale çağrısına (summons to action) çevirdi... Böylece özgürlük tanımları, insan haklarının niteliğine ilişkin kavramlar ve benzerleri dar bir şekilde belirlendi. Avrupalı olmayanların üzerinde tahakküm kurulan yerlerde, alternatifler kınandı ve bastırıldı.”¹³⁶

Bu nedenle 1947 Beyanı, bir insan hakları beyannamesinin kaleme alınması sürecinde insan psikolojisi ve kültürü üzerine yapılan bilimsel çalışmalardan elde edilen şu üç verinin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir:

1- Birey kişiliğini kendi kültürü aracılığı ile gerçekleştirir, bu nedenle bireysel farklılıklara saygı kültürel farklılıklara da saygıyı gerektirir.¹³⁷

Sömürgeciliğin yaygın olduğu ve büyük ölçüde sömürgeleştirilmiş halkların biyolojik olarak aşağı derecede olduğuna dair bir anlayışın olağan karşılandığı bir dönemde kaleme alınmış olan 1947 Beyanı, ırkçılık ve sömürgecilik karşıtı tavrını da bu tespiti ile çok açık bir şekilde ortaya koymuştur.¹³⁸ 1947 Beyanına göre, kişinin mensubu olduğu topluluğun özgür olmaması halinde kişisel özgürlük de var olamaz. İktidarı zorla elinde bulunduran muktedirler tarafından kendisine, içinde yaşadığı toplumun yaşam biçiminin aşağı seviyede olduğu söylenen bir kişi için, kişiliğin tam gelişimi söz konusu olamaz.¹³⁹ İnsan biyolojik olarak tek-

¹³⁵ Statement on Human Rights, s. 540; Demir, s. 234.

¹³⁶ Statement on Human Rights, s. 540.

¹³⁷ Statement on Human Rights, s. 541.

¹³⁸ Engle, s.539.

¹³⁹ Statement on Human Rights, s. 541.

tir. Homo sapiens, yetenekleri, becerileri ve ilgi alanları ne kadar farklı olursa olsun tek türdür. Her normal kişiye imkân tanınması halinde, bu kişinin başka bir kültürü öğrenebileceği bilinmektedir.¹⁴⁰

*2- Kültürler arasındaki farklılıklara saygı, kültürleri nitelik bakımından değerlendirebilecek herhangi bir tekniğin henüz icat edilmemiş olduğu bilimsel gerçeği ile teyit edilmiştir.*¹⁴¹

1947 Beyanına göre bu ilke bizleri bir sonraki ilkeye götürür. Yani her halkın yaşamına yön veren amaçlar, o halk için taşıdıkları önem nedeniyle tartışmasıdır.¹⁴²

*3- Standartlar ve değerler içinden doğdukları kültüre özgüdür ve bu nedenle bir kültürün ahlaki kurallarından ve inançlarından kaynaklanan önermeler formüleştirmeye yönelik her türlü çaba, bir bütün olarak insanlık için (kabul edilecek) bir İnsan Hakları Beyannamesi'nin uygulanabilirliğini o ölçüde zayıflatacaktır.*¹⁴³

Doğru ve yanlış, iyi ve kötü düşüncesi her toplumda vardır ve bunlar farklı halklar arasında farklı şekillerde ifade edilmektedir. Bir toplumda insan hakkı olarak kabul edilen şey, başka bir toplumda ya da aynı toplumun farklı bir tarihsel döneminde yaşayan üyelerince topluma zararlı bir olgu olarak değerlendirilebilir.¹⁴⁴ 1947 Beyanına göre, hazırlanmakta olan beyanname evrensel olarak geçerli olduğu iddiasını taşıması nedeniyle karşı karşıya kalınan sorun oldukça karmaşıktır. Bu beyanname oldukça farklı yaşam biçimlerinin geçerliliğini kabul etmek ve onları kapsamak zorundadır.¹⁴⁵ 1947 Beyanına göre, “20. yy.da insan hakları tek kültürün standartları ile sınırlanamaz ve tek ulusun isteklerinin bir

¹⁴⁰ Statement on Human Rights, s. 541,542.

¹⁴¹ Statement on Human Rights, s. 542.

¹⁴² Statement on Human Rights, s. 542.

¹⁴³ Statement on Human Rights, s. 542.

¹⁴⁴ Statement on Human Rights, s. 542.

¹⁴⁵ Statement on Human Rights, s. 542.

dayatması olamaz."¹⁴⁶ Bünyesinde bu tip olumsuzlukları barındıran bir insan hakları beyannamesi, insanların kişiliklerinin gerçekleştirilmesini sağlamayacak, aksine bir hayal kırıklığı yaratacaktır.¹⁴⁷

1947 Beyanının en tartışılan yönü, doktrinde "*Nazi paragrafı*" olarak adlandırılan kısmıdır. Beyanın genelinde kültür, kendi içinde farklılık taşımayan ve çatışma yaşamayan yekpare bir olgu olarak değerlendirilmiştir. "*Nazi paragrafı*", 1947 Beyanının bu yeknesak kültür anlayışının istisnasını oluşturmakta ve kültürlerin, kendi içinde de çatışma ve çelişkiler barındırabileceğine işaret etmektedir.

*"Vatandaşların yönetime katılma hakkını yok sayan ya da daha güçsüz halkları zapt etmeye çabalayan siyasi sistemlerin bulunduğu yerlerde dahi, bu tip devletlerin halklarını hükümetlerinin hareketlerinin sonuçlarını kavramalarını sağlamak ve böylece ayrımcılığa ve işgale zorla engel olmaya ikna etmek için temel kültürel değerlere başvurulabilir, Çünkü bir halkın siyasi sistemi, bütün kültürlerinin sadece küçük bir parçasıdır."*¹⁴⁸

1947 Beyanının yayınladığı tarihlerde bu paragraf, konu ile ilgilenen çevrelerde önemli tartışma ve eleştirilerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.¹⁴⁹ Bunun nedeni insan hakları teorisindeki evrensellik düşüncesi ile buna karşı ileri sürülen kültürel göreceliğe dayalı itiraz arasında günümüzde de devam eden mücadelenin yoğun olarak bu paragraf üzerinde gerçekleşmiş olan tartışmalardan kaynaklanıyor olmasıdır.¹⁵⁰ Doktrinde, paragrafta geçen, "*vatandaşların yönetime katılma hakkını yok sayan ya da daha güçsüz halkları zapt etmeye çabalayan siyasi sistemler*" ifadesinden hareketle bu paragrafta, Yahudileri, çingeneleri, eşcinselleri katleden Nazi Almanya'sının ima edildiği ileri sürülmektedir.¹⁵¹ 1947 Beyanına göre, Alman halkının "*temel kültürel değerlerine*" başvuru-

¹⁴⁶ Statement on Human Rights, s. 543.

¹⁴⁷ Statement on Human Rights, s. 543.

¹⁴⁸ Statement on Human Rights, s. 543.

¹⁴⁹ Engle, s. 542.

¹⁵⁰ Engle, s. 542.

¹⁵¹ Demir, s.236.

rulması, bu katliamın önlenmesine ve sosyal düzenin yeniden sağlanmasına yetecektir.¹⁵² 1947 Beyanının, anti demokratik rejimlere karşı “kültüre” yaptığı vurgu ve duyduğu güven, kültürün her zaman doğru olanı göstereceği yönündeki varsayıma dayandırılmış olması nedeniyle doktrinde eleştirilmiştir. Bu nokta 1947 Beyanının da yumuşak karnını oluşturmaktadır. Çünkü 1947 Beyanını kaleme alan Herskovits, kültürel değerlerin toplumları yanlış yönlere de sevk edebileceği ihtimalini göz önünde bulundurmamıştır.¹⁵³ İlk bakışta, göreceliğin “mutlak hoşgörü” inancıyla tutarlıymış gibi görünen bu ihmal, kültürel temel değerlerin öngörülen amacı gerçekleştirmemesi halinde ne olacağı sorusunu cevapsız bırakmaktadır.

1948 yılında *American Anthropologist* dergisinde, J. Steward ve H.G. Barnett tarafından kaleme alınmış ve 1947 Beyanını bilimsel özendenden yoksun olduğu gerekçesi ile eleştiren iki “Kısa Tebliğ (*Brief Communications*)” yayınlanmıştır.¹⁵⁴ Steward’ a göre, “insanın içinde yaşadığı toplumun özgürlüğe getirdiği tanıma uygun yaşaması halinde özgür olduğu” gerekçesine dayanarak farklı kültürel değerlere saygı gösterilmesini talep etmek, Hindistan’daki kast sisteminin, ABD’deki ırkçılığın veya dünyadaki farklı toplumsal ayrımcılıkların onaylanması sonucunu doğurmamalıdır.¹⁵⁵ Yazara göre, ilkel halkların, Batılılar tarafından sömürülmesine, onların kültürüne daha anlayışlı davranılmasını talep ederek göz yumulmamalı, Batı kültüründe bu sömürüye temel oluşturan değerlere karşı bir itirazın ortaya konması gerekmektedir.¹⁵⁶ Bununla birlikte, yazara göre, 1947 Beyanındaki Nazi paragrafı, antropoloji düşüncesi ile çelişmektedir. Bu paragraf, , 1947 Beyanının geneline hâkim olan hoş-

¹⁵² Demir, s. 236.

¹⁵³ Demir, s. 236.

¹⁵⁴ *American Anthropologist*, New Series, Vol. 50, No. 2 (Apr. - Jun., 1948), ss.351-355. <https://www.jstor.org/stable/pdf/664192.pdf?refreqid=excelsior%3A2ab9d2e79d1d1ccfef0a2d3964ad6f76d> (Erişim tarihi:04.01.2022).

¹⁵⁵ Steward, H.Julian; “Comments on the Statement on Human Rights”: *American Anthropologist*, New Series, Vol. 50, No. 2 (Apr. - Jun., 1948), ss.351-352, s. 351. <https://www.jstor.org/stable/pdf/664192.pdf?refreqid=excelsior%3A2ab9d2e79d1d1ccfef0a2d3964ad6f76d> (Erişim tarihi:04.01.2022)

¹⁵⁶ Steward, s. 351.

görü savunusu için “duvardaki ölümcül bir çatlak”tır.¹⁵⁷ Steward, 1947 Beyanının hoşgörü anlayışının götürdüğü mantıksal sonuçtan yola çıkarak şu haklı soruyu ileri sürmüştür; “Ya her şeyi hoş göreceğiz ve elimizi eteğimizi çekeceğiz, ya da hoşgörüsüzlüğe ve -siyasi, ekonomik ve askeri- her türlü fethe karşı mücadele edeceğiz. Sınır nerede çizilecektir?”¹⁵⁸

Barnett ise 1947 Beyanının Amerikan değerlerini temsil eden etno merkezci bir içeriğe sahip olduğunu düşünmektedir. Yazara göre, 1947 Beyanında, bir kişinin ancak içinde yaşadığı toplumun özgürlüğe getirdiği tanıma uygun yaşaması halinde özgür sayılabileceği yönündeki önerme, “Amerikan geleneğinin aşına olduğu bir değer ya da standarttır”.¹⁵⁹

Barnett’e göre 1947 Beyanı, getirdiği bu önerme ile evrensel değerlere karşı çıkarken kendisi evrensel bir pozisyon almaktadır. Yazara göre, bu nedenle “beyan, farkında olmadan eleştirdiği (şeyi) ileri sürmektedir: yani değerler festivalinde bir mutlak.”¹⁶⁰

Barnett’e göre, 1947 Beyanında bireysel farklılıklar için ileri sürülen saygı talebi, beraberinde kültürel farklılıklara da saygı duyulması gerekliliğini getirecektir. “Fakat her halükarda, saygı bir değer ölçüsüdür.”¹⁶¹ Bilim, saygının ne zaman ve nerede gösterilmesi gerektiğini değil, nerede ve ne zaman gösterildiğini belirleyecek araçları sağlayabilir.¹⁶² Bunun ötesi felsefecilerin işidir.¹⁶³ Barnett, belli bir topluluğun sorunları hakkında neyin “iyi” ya da “kötü” olduğuna dair değer yargılı yaklaşımlarda gözlemlenen zayıflığın, 1947 Beyannamesinin “Nazi paragrafı”nda da açıkça gözlemlendiğini ileri sürmektedir.¹⁶⁴ Çünkü 1947 Beyanının bu

¹⁵⁷ Steward, s. 351.

¹⁵⁸ Steward, s. 351.

¹⁵⁹ Barnett, H.G.; “On Science And Human Rights”: American Anthropologist , New Series, Vol. 50, No. 2 (Apr-Jun., 1948), ss. 352-355, s.354.

¹⁶⁰ Barnett, s. 354.

¹⁶¹ Barnett, s.354.

¹⁶² Barnett, s.354.

¹⁶³ Barnett, s.354.

¹⁶⁴ Barnett, s. 354,355.

paragrafında “gündeme taşınan, hakkında tavsiyelerde bulunulan, hiçbir mahcubiyet duyulmadan, kültürel kendi kaderini tayin öğretisine rağmen tartışmanın kalan kısmı boyunca savunulmuş olan totaliter devletler ve onların gerici politikaları”¹⁶⁵dır ve bu durum, antropologların ırkçılığın bütün türlerine karşı takındıkları geleneksel tutum ile çelişmektedir.

Her ne kadar kültürel göreceliğe dayalı ilk somut itirazı barındırıyor olsa da 1947 Beyanı, insan hakları ile ilgili uluslararası bir belgenin ilanına karşı değildir.¹⁶⁶ Kültürü en yüksek değer olarak nitelendiren 1947 Beyanı, sadece, insan haklarını konu edinen herhangi bir belgenin, bireyi içinde yaşadığı toplumun kültüründen ve standartlarından soyut bir şekilde ele almaması ve Batılı liberal hoşgörü anlayışının Batı dışı toplumların kültürlerini de kapsayacak şekilde genişletilmesi konusunda çağrıda bulunmaktadır.¹⁶⁷

D- İHEB’ne Karşı İleri Sürülen İtirazlar

İHEB, 1948 yılından bu yana, insan hakları konusunda uluslararası alanda asgari bir standart oluşturan ve her ne kadar bağlayıcı nitelikte olmasa da, insan haklarının ulusal hukuklara aktarılmasında kılavuz kabul edilen bir belge olagelmıştır.¹⁶⁸ Bu özellikleri nedeniyle İHEB, hem hazırlanış döneminde hem de kabul ve ilanının ardından insan haklarının evrenselliğini savunan görüş ile kültürel görecelik arasında devam edegelen tartışmanın da ana temasını oluşturmaktadır. Kültürel görecelik taraftarlarının, İHEB’ne karşı 1947 Beyanı ile başlattıkları ve sonrasında da devam eden eleştirileri dört başlık altında toplanmaktadır¹⁶⁹;

¹⁶⁵ Barnett, s.355.

¹⁶⁶ Engle, s.540.

¹⁶⁷ Engle, s.541.

¹⁶⁸ Sağlam, Fazıl; “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme”: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, ss. 1236-1252, s. 1238; Demir, s.211.

¹⁶⁹ Le,s. 203-204; Lakatos, s.8. Follesdal, insan haklarına yönelik itirazları Bankok Bildirisi’nden yola çıkarak dokuz başlık altında toplamaktadır. Bkz. Follesdal, Andreas; “Human Rights and Relativism”: Real World Justice. Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions, A. Follesdal and T. W. Pogge, (eds.), Springer, 2005, ss. s, 265- 283, s.265, 266.

1- İHEB, dünya nüfusunun büyük bir çoğunluğunun temsil edilmediği bir uluslararası örgüt tarafından kabul edilmiştir. Ayrıca Beyanname sıradan bireylerin gerçek ihtiyaçlarını ve endişelerini bilmeyen ve kendi toplumlarında da seçkin kabul edilen kişiler tarafından hazırlanmıştır.¹⁷⁰

Evrensellik taraftarları, 1948 yılındaki BM’de dünya nüfusunun büyük bir çoğunluğunun temsil edilmediği yönündeki görüşe katılmaktadır. Bu dönemde Afrika’nın büyük bir kısmı ve bazı Asya devletleri sömürge rejimine tabiydiler ve Japonya, Almanya, İtalya ve bu devletlerin müttefiki olan mağlup mihver devletler de örgütten dışlanmış durumdaydı.¹⁷¹ Bununla birlikte Beyannamenin taslak çalışmaları sürecine yakından bakıldığında, kültürel görecelik taraftarlarının bu eleştirilerinin doğru olmadığı görülecektir. İHEB’ni hazırlayan İnsan Hakları Komisyonu üyeleri farklı kültürlerle ve öz geçmişlere sahip kişilerdir. İnsan Hakları Komisyonu tarafından kurulan yazım kurulunun başkanı Eleanor Roosevelt’tir. Taslak metni hazırlayan üyeleri de Kanadalı bir hukuk profesörü olan John Peter Humprey, Musevi asıllı bir Fransız hukukçu olan R. Samuel Cassin, Lübnanlı bir felsefeci ve Ortodoks bir Hıristiyan olan Charles Habib Malik ve Çinli bir felsefeci, aynı zamanda Konfüçyüs inancı mensubu ve İslam dini alanında uzman olan Peng Chun Chang’dan oluşmaktadır. Bunlara ek olarak, yazım kurulunda Şili’den bir hukukçu ve sosyal demokrat olan Hernan Santa Cruz, İngiliz bir sendikacı Charles Dukes, Sovyet diplomat Alexander Efremovich Bogomolov, Avusturyalı diplomat ve eski bir subay olan William Roy Hodgson ve ülkesinin bağımsızlığı için sivil itaatsizlik eylemleri gerçekleştiren ve aktif bir kadın hakları savunucusu olan Hindistan temsilcisi Hansa Mehta da yer almıştır.¹⁷² Yazım kurulu üyelerinden Chang, Kolombiya Üniversitesinde, Malik de Harvard Üniversitesinde eğitim almış oldukları gerekçesi ile “Batılılaşmış” olmakla itham edilmişlerdir. Oysa bu üyeler, taslak çalışmalarında, hem yerel, hem de uluslararası normlara aşına

¹⁷⁰ Kajit, s. 7; Le, s. 203; Lakatos, s.8.

¹⁷¹ Le, s.205; Lakatos, s.8.

¹⁷² Stango, Antonio; “Human Rights Between Universalism and Cultural Relativism”: Chorzowskie Studia Polityczne, No.7(2014), Maria Ochwat (ed.), ss.157-171, s.160.

olduklarını ortaya koymuşlar, sadece kendi kültürlerine dayalı bir katkı sağlamakla kalmamış, diğer kültürleri anlama ve bazı kavramları bir kültürel kaynaktan diğerine taşıma imkânı sağlamışlardır.¹⁷³ Bu üyelerin sahip oldukları batı eğitimi, batı dışı bir kültürden gelmenin verdiği hassasiyet ile birleşince büyük bir avantaja dönüşmüştür. Taslak çalışmaları sürecinde bu üyelerin uyarı ve yönlendirmeleri sayesinde Komisyon, Avrupa dışı kültürler tarafından kabul edilmeyecek hukuksal çözüm ve kavramsallaştırma önerilerinden kaçınma imkânına sahip olmuştur.¹⁷⁴

2- Beyanname, sadece bireyi vurgulayan, aileyi ve toplumsal grupları göz ardı eden Batı değerlerini yansıtmaktadır.

İHEB'ne kültürel görecelik teorisine dayalı olarak getirilen eleştirilerden en yaygın ve sık rastlanılanı olan bu eleştiriye göre, Beyanname insan hakları konusuna sadece Batılı liberal bir bakış açısı ile yaklaşmaktadır. Bu eleştiri 1977 yılında BM Suudi Arabistan temsilcisi Baroodi tarafından da dile getirilmiştir.¹⁷⁵ 1984 yılında İran temsilcisi de Beyannamenin İran İslam Cumhuriyetinin değerleri ile uyuşmadığını belirterek “ülkesinin beyannamenin düzenlemelerini ihlal etmekte tereddüt göstermeyeceğini”¹⁷⁶ belirtmiştir. Malezya Başbakanı Mahathir bin Mohamad de, BM'den İHEB'nin kabul edilmesinin 50. yılında, toplumun haklarını yok saydığı ve büyük oranda bireysel haklara odaklandığı için İHEB'ndeki insan hakları düzenlemelerinin içeriğini yeniden ele almasını istemiştir.¹⁷⁷ Mutua'ya göre de, İHEB'ndeki çoğu madde ABD Anayasasını ve batı Avrupa devletlerinin hukukunu yansıtmaktadır.

¹⁷³ Le, 205.

¹⁷⁴ Lakatos, s.8.

¹⁷⁵ Roland Burke, Decolonization and the Evolution of International Human Rights, University of Pennsylvania Press, 2011, s.138'den aktaran: Lakatos, s.8.

¹⁷⁶ Roland Burke, Decolonization and the Evolution of International Human Rights, University of Pennsylvania Press, 2011, s.142'den aktaran: Lakatos, s.8.

¹⁷⁷ Lakatos, s.8.

Mutua, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir:

“İnsan hakları hareketi değişim fikrine kapalı olmamalı ve kendisinin ‘nihai’ yanıt olduğuna inanmamalı. Öyle değildir. Evanjelik anlamda dinsel nitelikte olan bu inanç, ‘tarihin sonu’ yargısına neden olmakta ve insanlığı ilerleyemez ve post liberal bir toplum tasavvur edemez bir şekilde liberalizmin kapısında mahsur bırakılmaktadır. Nihai doğruya dair bir açıklama olarak, bu reddedilmelidir.”¹⁷⁸

Mutua'nın cümlelerinde ifadesini bulan bu eleştiriye göre insan hakları, “her ne kadar açıkça ifade edilmese de Batı tarzı liberal demokrasinin dayatılması baskın amacını taşıyan liberal bir proje”¹⁷⁹ olarak kavranmaktadır.¹⁸⁰ İnsan hakları, çeşitliliği ve hoşgörüyü arttırmasına rağmen, bu değerler, ancak “liberal paradigma” ile kavranırsa anlamlı olmaktadır.¹⁸¹ Bu nedenle İHEB, Batının kendi değerlerinden derlediği insan hakları standartlarını evrenselleştirme çabasının bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır.¹⁸²

Bununla birlikte insan haklarının uluslararası bir boyut kazanması sürecine ilişkin tarihsel veriler, Mutua'yı ve insan haklarının Batı kültürüne ait bir kurum olduğunu savunanları yanlışlamaktadır. Genel kanının aksine, yirminci yüzyılda insan haklarının evrensel ve bağlayıcı bir uluslararası hukuk kurumu haline gelmesi yönündeki ilk talep Batılı devletlerden gelmemiştir. Bu konudaki ilk teşebbüs Asyalı bir devlet olan Japonya tarafından gerçekleştirilmiştir. Japonya, 13 Şubat 1919 tarihinde Milletler Cemiyeti Sözleşmesi'nin 21. maddesinde bir değişiklik yapılmasını önermiştir.¹⁸³ Bu değişiklik önerisine göre, halkların

¹⁷⁸ Mutua, M.; The Complexity of Universalism in Human Rights. In: A. Sajó (ed.). Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism. Dordrecht: Springer, 2004, ss.51-64, s. 54.

¹⁷⁹ Mutua, s. 56.

¹⁸⁰ Kacer Marek; “The Universality of Human Rights Against Cultural Relativism: Between Fiction and Reality”: The Lawyer Quarterly, Vol.11(2021), No.3, ss.506-517, s. 507.

¹⁸¹ Mutua, s. 55.

¹⁸² Kacer, s.507.

¹⁸³ De Varennes, Fernan ; “The Fallacies in the ‘Universalism Versus Cultural Relativism’ Debate in Human Rights Law”: Asia-Pacific Journal on Human Rights and Law, Vol.1(2006), ss. 67-84, s. 68.

eşitliği Milletler Cemiyetinin temel ilkesi haline gelecek ve taraf devletler kendi egemenlik sahalarında bulunan yabancı uyruklu kişilere karşı, ırk ve milliyet ayrımı yapmaksızın her bakımdan eşit ve adil muamelede bulunmayı taahhüt etmiş olacaklardır.¹⁸⁴ İnsan haklarının en temel ilkesi olan eşitlik ve ayrımcılık yaşağını hukuksal olarak yürürlük kazanmasını kabul edilemez bularak, karşı çıkan devletler, bugün çoğu kişinin insan hakları düşüncesini güçlü bir şekilde destelediğini düşündüğü Avusturya, İngiltere, Yunanistan, Polonya ve ABD gibi Batının önde gelen devletleri olmuştur.¹⁸⁵

Evrensellik taraftarlarına göre, Beyanname, bireye yönelik Anglo-Amerikan anlayışı ile Kıta Avrupası'nın ve Latin Amerika'nın modern "bütüncül" hak geleneğini sentezlemeyi başarmıştır.¹⁸⁶ Anglo-Amerikan yaklaşımı, Hobbes, Locke, Mill gibi Batılı düşünürlerin kaleminden ifadesini bulan, tek başına, toplumdan soyutlanmış ve kendi türdeşlerinin rakibi olan birey görüşünü yansıtmaktadır. Avrupa ve Latin Amerika'nın bakış açısı ise bireyin ve toplumun birbirine karşılıklı olarak bağlı olduğu bir kamusal alana atıf yapmaktadır.¹⁸⁷ Evrensellik taraftarlarına göre, Beyanname bu iki yaklaşımdan her hangi birisini tercih etmiş değildir.¹⁸⁸ İHEB'nin sıklet merkezinde birey özgürlüğü bulunmasına rağmen, Beyanname henüz birinci maddesinde "Bütün insanların...birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket etmesi" gerekliliği ile başlamaktadır ve 29. maddesinde de kişilerin şahsiyetlerinin "...ancak bir topluluk içinde" gelişebileceğini ve kişinin "bu topluluğa karşı görevleri" olduğunu belirterek sona ermektedir.¹⁸⁹ Beyanname, sosyal ve ekonomik hakları da belirterek batı liberalizmine ait olmayan unsurlara da yer vermektedir.¹⁹⁰ Beyannamenin sosyal ve ekonomik haklara açtığı alan 1966'da

¹⁸⁴ De Varennes, s. 68.

¹⁸⁵ De Varennes, s. 68.

¹⁸⁶ Sağlam, s. 1238; Le, s. 205; Lakatos, s.9.

¹⁸⁷ Le, s. 205.

¹⁸⁸ Le, s. 205.

¹⁸⁹ Le, s. 206.

¹⁹⁰ Sağlam, s. 1240.

kabul edilen MSHS ve ESKHS ile hukuksal ifadesini bulmuştur.¹⁹¹ 1993 yılında da Viyana Dünya İnsan Hakları Konferansı¹⁹², insan haklarının evrenselliğini ve bölünmezliğini açıkça belirtmiş ve siyasi, ekonomik ve kültürel sistemleri ne olursa olsun bütün devletlerin bütün insan haklarını ve temel özgürlükleri desteklemek ve korumak konusundaki yükümlülüklerinin altını çizmiştir.

3- Hükümetler, kendi toplumlarının kültürel değerleri veya siyasi çıkarları ile bağdaşmayan uluslararası normları kabul etmeyecekler ve İHEB'ndeki insan hakları standartlarının kendilerine dayatılmasına itiraz edeceklerdir.

Evrensellik taraftarlarına göre ise taraf devletlerin aralarındaki bütün farklılıklara rağmen, Beyannamenin kabulü aşamasında gözlemlenen mutabakat, Beyannamenin Batı dışı devletler tarafından da onaylandığının bir göstergesidir. İHEB'nin taslak çalışmalarına katılan elli sekiz ülkeden, yirmisinin Latin Amerika ülkesi, dördünün Afrika ve on dördünün de Asya ülkesi olduğu belirtilmelidir. Buna göre, Beyannameyi kabul eden ülkelerden sadece yirmi tanesinin Avrupa ve Batı dünyasına mensup olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca Beyanname sekiz çekimser oy ve hiç karşı oy olmaksızın kabul edilmiştir. Çekimser oylar, Soğuk Savaşın diğer kutbunu oluşturan sosyalist bloğa tabi altı ülke (Beyaz Rusya, Çekoslovakya, Polonya, Ukrayna, Sovyetler Birliği ve Yugoslavya), Güney Afrika ve dinsel gerekçelere dayalı olarak Suudi Arabistan tarafından kullanılmıştır. Güney Afrika, o dönemde uyguladığı apartheid politikaları ile Beyannamenin ilkelerinin bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Suudi Arabistan ise, Beyannamede evlenme ve boşanmada kadın ve erkeklere eşit haklar getirilmesini ve herkese din ve inanç özgürlüğü ve bu arada din değiştirme özgürlüğü sağlanmasını İslam dininin öğretisi ve emirleri ile bağdaşmadığını, İslam dininin din değiştirmeye izin ver-

¹⁹¹ Stango, s.161; Sağlam, s. 1239.

¹⁹² Viyana Dünya İnsan Hakları Konferansı, farklı kültür ve dinlere sahip 171 devletin mutabakatı ile insan haklarının evrenselliğinin tartışılmaz olarak kabul edildiği Viyana Bildirisi ve Eylem Planını kabul etmiştir. Viyana Bildirisi, Viyana Konferansının A/CONF.157/23 sayılı kararı ile 12 Temmuz 1993 tarihinde kabul edilmiştir. Viyana Bildirisi'nin İngilizce tam metni için bkz. <http://www.un-documents.net/ac157-23.htm> : (Erişim Tarihi:20.02.2022).

mediğini belirterek çekimser oy kullanmıştır.¹⁹³ Sosyalist blok ise, Beynamede yer alan ilkelerin sosyalist ilkeler ile uyumlu olmadığını ileri sürmüştür. Sosyalist ülkeler, eşitlik ilkesi, baskıya karşı direnme hakkı, gösteri yürüyüşü hakkı, ulusların self determinasyon hakkı, sosyal ve ekonomik haklar gibi bazı hakların Beynameye eklenmesi ve her ege-men devletin insan haklarını kendi ulusal hukuk sistemlerine uyarlamak suretiyle uygulamasına olanak sağlanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁹⁴ Bu çekinceler, 2. Dünya Savaşının hemen sonrasında, farklı devletlerin insan hakları konusunda farklı yaklaşımlara sahip olduklarını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, uluslararası ilişkilerin içinde bulunduğu durum, söz konusu çekincelerin bunları ileri süren devletlerin kültürleri ve rejimleri bakımından taşıdıkları öneme rağmen hiçbir şekilde açık çatışmaya neden olmamıştır.¹⁹⁵ Bunun yanı sıra söz konusu çekinceler, İHEB'nin nihai halinde değişiklik meydana getirecek bir etkiye de sahip olmamış, çekince ileri süren devletler bu nedenle ret oyu kullanmamışlardır. Bunlara ek olarak, Beynameyi imzalayan devletlerin çoğu, sonraki tarihlerde anayasalarında yaptıkları değişikliklerle, Beynamede yer alan ilkeleri ulusal hukuklarına aktarmışlardır. Evrensellik taraftarlarına göre, bu detaylar ve gelişmeler Beynamede yer alan değerlerin evrensel olduğu konusunda bir uzlaşmanın bulunduğu ve bu değerlerin farklı kültürel geleneklere büyük oranda entegre olduğunu ortaya koymaktadır.¹⁹⁶ Norchi'ye göre İHEB, "*insan onuru konusunda herhangi bir kültürün ya da geleneğin sağladığından daha geniş bir uzlaşmayı temsil etmektedir*"¹⁹⁷. Bu uzlaşma aynı zamanda insan haklarının korunması ve desteklenmesi işinin sadece Batı toplumlarının değil, herkesin görevi olduğu da göstermektedir.¹⁹⁸

¹⁹³ Demir, s.213.

¹⁹⁴ Demir, s.214.

¹⁹⁵ Lakatos, s.10.

¹⁹⁶ Lakatos, s.10.

¹⁹⁷ Aktaran: Ayton-Shenker, Diana; "The Challenge of Human Rights and Cultural Diversity": United Nations Background Note, DPI/1627/HR-March 1995, s. 2. (Erişim Tarihi: 16.01.2022).

¹⁹⁸ Le, s. 206.

4- *Özel mülkiyet, evlilik veya din özgürlüğü gibi belli haklar, Batı dışı toplumların geleneksel uygulamaları ve normları ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle Batının kültürel emperyalizminin bir emaresi olarak yorumlanacaktır.*

İHEB'ne yöneltilen bu eleştiriye göre, özel mülkiyet, eşitlik, evlilikte kadın ve erkek eşitliği ve din ve inanç özgürlüğü gibi bazı hak ve özgürlükler, Batı dışı toplumların geleneksel uygulama ve kültürel normlarına uygun değildir. Bu toplumlar, İHEB'nin söz konusu hak ve özgürlükler için çizdiği hukuksal çerçeveyi onaylamadıkları gibi, bu konuda benzer bir dil ve içeriği benimseyen sonraki insan hakları belgelerine karşı da benzer itirazlarını ileri sürmeye devam etmişlerdir. Bu itirazların süreklilik kazanmasının en önemli nedeni Batı dışı toplumların kanun koyucularının bazı hakların Batı kültürünün bir ürünü ve dayatması olarak yorumlamasıdır.¹⁹⁹

Örneğin Le, bazı Asyalı ve Afrikalı toplumlarda gözlemlenen ortaklaşa mülkiyet uygulaması nedeniyle özel mülkiyet hakkına mesafeli yaklaşıldığını belirtmektedir. Yine Hindistan'daki kast sistemi eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile uyumlu değildir. Nüfusunun baskın çoğunluğu Müslüman olan ve siyasi rejimin meşruiyetini dinden aldığı Suudi Arabistan gibi devletler de, kendilerine uluslararası toplumdan yapılan çağrılara ve uygulanan baskılara rağmen, kadın ve erkek eşitliğini ve din değiştirme özgürlüğünü, İslam dinini öğretileri ile bağdaşmadığı gerekçesi ile reddetmektedir. Evrensellik taraftarlarına göre söz konusu hak ve özgürlükler ile yerel kültürel normlar arasındaki bu çatışma "*bir tarafın kazanmasının diğer tarafın kaybetmesine bağlı olduğu bir oyun*"²⁰⁰ olarak değerlendirilmemelidir. Bu uyumsuzluk iddialarına rağmen, insan haklarının en yoğun ihlale maruz kaldığı 1940'lardan bu yana, insan hakları alanında yapılan yayınlarda ve araştırmalarda büyük bir artış yaşanmıştır.²⁰¹ Bu ilgi artışında insan haklarının evrensel standartları ile bazı ulusal ve yerel kültürel normlar arasındaki bu gerilimin büyük bir

¹⁹⁹ Le, s. 204.

²⁰⁰ Le, s.206. Lakatos, s. 9.

²⁰¹ Le, s.206.

payı bulunmaktadır. Bazı yazarlar, bu gerilimin, ulusal kurumlarda insan hakları lehine bazı değişikliklerin gerçekleşmesi imkânını ortaya çıkarılması nedeniyle gerekli ve yararlı olduğunu ileri sürmektedir.²⁰²

V- BİR UZLAŞMANIN SAĞLANMASI MÜMKÜN MÜ?

İnsan hakları teorisindeki evrensellik-kültürel görecelik zıtlığı bu iki yaklaşımın birbiri ile uzlaşım uzlaşamayacağı haklı sorusunu da beraberinde getirmektedir. Lund, bu soruya uzlaşmacı bir yaklaşım ile evrenselci görüş ve kültürel görecelik görüşünün karşılıklı etkileşim içinde olduklarını belirterek yanıt vermektedir. Lund'a göre "*Evrensellik ile kültürel görecelik görüşlerinden birisini onaylayıp diğerini bir kenara bırakmak yerine, belki de farklı uygulamalar ve onların idealleri arasındaki ilişkiyi araştırmalıyız*".²⁰³ Lund'a göre, evrensellik görüşü ile kültürel görecelik arasındaki gerilimi sona erdirmek için, insan haklarına aykırı uygulamalar ile hangi insan haklarının evrensel olarak kabul edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Lund'a göre, bunun yapılması halinde, aralarında somut bir bağlantı olmayan, belirsiz bazı kültürel değerlere atıf yaparak kendisine meşruiyet temeli sağlamaya çalışan rejimlerin uygulama ve politikaları da belirlenebilir hale gelecek ve bunların eleştirilebilmesine olanak sağlanacaktır.²⁰⁴

Zada/Zubair ise bir uzlaşımın mümkün olup olmadığı sorununu insan haklarının tarihsel bağlamı olan Batı modernizmi ve bireycilik anlayışı üzerinden açıklamaya çalışmıştır. Yazarlara göre modernizm öncesinde hem Doğu hem Batı toplumlarında gözlemlenen hiyerarşik yapılanma din ve aile tarafından meşrulaştırılarak doğal ve olması gereken bir durum olarak kabul edilmiştir. Modernizm ile gelişen bireycilik anlayışı ise bireylere içkin yeni bir "*eşitlik*" ve "*akılcılık*" anlayışı getirecek, bireyin doğal sınıfsal hiyerarşiye ya da kasta dayalı geleneksel bütün hegemonya şekillerinden "*özgürleşmesini*" sağlamıştır.²⁰⁵ İşte bu birey-

²⁰² Le, s.206.

²⁰³ Lund,s.5.

²⁰⁴ Lund,s.5.

²⁰⁵ Zada/Zubair, s.8.

cilik anlayışı tarafından şekillendirilen evrensel insan hakları da özgürleştirici ve baskın bir potansiyele sahip olarak gelişmiştir. Yazarlara göre, çok kültürlü bir dünyada evrensel insan haklarının bu iki yönlü niteliği göz önünde bulundurulmadan gerçek anlamda bir insan hakları teorisi inşa etmek mümkün olmayacaktır.²⁰⁶ Yirmi birinci yüzyılın çok kültürlü dünyasında evrensellik görüşü ile kültürel görecelik çatışmasının yarattığı açmazda gerçek bir insan hakları teorisi yaratmanın mümkün olup olmadığını sorgulayan yazarlara göre, bunu gerçekleştirebilmenin iki yolu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, insan haklarına yönelik mevcut anlayışın feminist perspektiften yeniden yapılandırılması ve insan haklarının “erkek” hakları olmaktan çıkartılıp “insan” hakkı haline getirilmesidir. Feminist eleştiri, evrensel olduğu iddia edilmesine rağmen, insan haklarının hala büyük oranda erkeğin hakları olduğu gerçeğini ortaya koymuştur. Bu eleştiriler, cinsiyet farklılığı bakımından daha hassas bir bireyciliğin yeniden kavramsallaştırılmasına katkı sağlamaktadır.²⁰⁷ Yazarlara göre evrensellik görüşü ile kültürel göreceliğin uzlaşmasının ikinci yolu da, Renteln’in “kültürler arası evrensellerin” belirlenmesi olarak adlandırdığı süreç sayesinde mümkün olabilecektir.²⁰⁸ Renteln’e göre, “dünyadaki bütün kültürler tarafından paylaşılan değerler” vardır.²⁰⁹ Renteln, klasik şeklinin aksine kültürel göreceliğin evrenselliğe karşı olmadığını ileri sürmektedir. Bunun da ötesinde, aslında kültürler arası evrensellikten başka gerçek anlamda evrensel değerler bulunmamaktadır. Renteln, evrensellik taraftarlarının, bireyden çok toplumu ön plana çıkararak geleneksel yaklaşımın olumlu yönlerini görmezden gelme veya hafife alma eğiliminde olduğunu ileri sürmekte ve tartışılması gereken sorunun farklı olduğunu belirtmektedir.²¹⁰ Yazara göre, üzerinde tartışılması gereken asıl soru, insan haklarına dair bazı evrensel değerlerin olup olmadığı sorusu değil, bireyciliğin insan hakları normlarının tek kuramsal temeli olup olmadığı sorusudur. Yazara göre insan hakları teo-

²⁰⁶ Zada/Zubair, s.8.

²⁰⁷ Zada/Zubair, s.10.

²⁰⁸ Zada/Zubair, s.10.

²⁰⁹ Renteln, Alison D., “International Human Rights: Universalism Versus Relativism”, London: Sage, 1990, aktaran: Zada/Zubair, s.10.

²¹⁰ Renteln, International Human Rights, aktaran: Zada/Zubair, s.10

risinin önündeki en önemli engel, modern batının bireyci anlayışı ile geleneksel toplumların toplumcu anlayışının olumlu yönlerinin bir araya getirilmesini sağlayacak yöntemler geliştirilememiş olmasıdır.²¹¹ Bunun başarılabilmesi halinde kültürlerin çoğulculuğunu kavrayan bir insan hakları hukuku geliştirmek mümkün olabilecektir.²¹²

*“Ahlak felsefecileri uzun süre doğal yaşam halini tartışmak yerine, evrensel temelde üzerinde uzlaşa sağlanabilecek bir insan hakları standardının gelişimine katkı sağlayabilirlerdi. Farklı bakış açılarını kapsayan daha geniş bir insan hakları anlayışına acil bir ihtiyaç bulunmaktadır. ... insan haklarının ve benzer eşdeğerlerinin zaferi bu konu ile ilgilenenlerin farklı bakış açılarını bir araya getirme becerisine bağlı olacaktır.”*²¹³

Lakatos ise iki görüş arasında bir uzlaşının ancak, uluslararası insan hakları standartlarının uygulanmasında dinsel, kültürel ve tarihsel nedenlerle ortaya çıkan sapmalar ile siyasi iktidarın insan hakları ihlallerini meşru göstermek amacıyla kültürel ve geleneksel nedenleri ileri sürmesi halinin birbirinden ayrılması ile mümkün olabileceğini savunmaktadır.²¹⁴ Yazara göre evrensellik görüşü ile kültürel görecelik tezi arasındaki çatışmanın olumlu etkileri olabilir. Çünkü *“bunlar aynı madalyonun iki yüzüdür ve karşılıklı olarak birbirlerini destekleyebilirler.”*²¹⁵ Örneğin yazara göre, belli bir toplumda insan hakları lehine geliştirilen kampanyalarda, toplumun olumsuz tepkisini önlemek için kültürel göreceliğin ortaya koyduğu kültürel hassasiyetin göz önünde bulundurulması faydalı olabilir.

“Bunun da ötesinde, evrensel insan hakları standartları katı kurallar değildirler ve bu nedenle bu hakların yorumları ve uygulamaları farklı kültürel normlara ve geleneklere dayalı olarak çeşitlilik gösterebilir. Yerel ve

²¹¹ Renteln, International Human Rights, aktaran: Zada/Zubair, s.10

²¹² Renteln, Alison D.; “The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights”, Human Rights Quarterly, Vol. 7, No. 4 (Nov., 1985), ss. 514-540, s.540.

²¹³ Renteln, The Unanswered Challenge, s.540.

²¹⁴ Lakatos, s.107.

²¹⁵ Lakatos, s.107.

uluslararası normların uzlaştırılması her zaman mümkün değildir fakat uluslararası normların ulusal normlar kadar detaylı olmadığı gerçeğine bağlı olarak çoğu durumda bu uzlaşma mümkündür.”²¹⁶ Lakatos’a göre insan hakları teorisindeki tartışma “radikal evrensellik ile radikal kültürel görecelik şeklindeki klasik karşıtlık” olmaktan çıkmıştır ve bu nedenle artık insan hakları teorisindeki kavramsallaştırmalar ve uygulamalar “hem evrensel insan hakları projelerinin asli değerini hem de kültürün önemini kabul ederek daha incelikli bir pozisyon”²¹⁷ almaktadır.

Evrensellik görüşü ile kültürel görecelik arasındaki gerilime dair en dikkat çekici görüşü bir siyaset bilimci olan Donnelly ileri sürmüştür. Donnelly’nin insan haklarının evrenselliği ile ilgili görüşünün gelişimi, farklı tarihlerde yayınladığı üç makalede gözlemlenebilmektedir. İnsan hakları ile insan onuru arasındaki bağdan yola çıkarak Batı dışı toplumların insan hakları ile olan ilişkisini ele alan yazara göre;

“ Batı dışı çoğu kültürel ve siyaset gelenek sadece insan hakları uygulamasından değil ayrıca bir insan hakları anlayışının kendisinden de yoksun bulunmaktadır. Tarihsel bir olgu olarak, insan hakları anlayışı modern Batı medeniyetinin bir ürünüdür.”²¹⁸ Donnelly, bu makalesinde “sınırlı, büyük oranda Batının tarihsel deneyime dayalı” işlevsel bir insan hakları tasarımında bulunmakta ve bununun sonucu olarak da aksi iddia edilmesine rağmen çeşitli kültürlerin insan hakları düşüncesinden yoksun olduklarını göstermeye çalışmaktadır.²¹⁹

Donnelly, Batı medeniyetinin insan hakları anlayışının, batı dışı toplumlardaki anlayışın aksine, temel olarak birey merkezli olduğunu belirtmekte ve batı dışı toplumların insan hakları anlayışını kabul etmenin ve bu hakları batılı insan hakları ile bir arada düşünmenin sakıncalı

²¹⁶ Lakatos, s.107.

²¹⁷ Lakatos, s.108.

²¹⁸ Donnelly, Jack: “ Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights”: The American Political Science Review, Vol.76, No.2, Jun.1982, ss.303-316, s.303.

²¹⁹ Donnelly, Human Rights and Human Dignity, s.313.

olduğunu ileri sürmektedir. Donnelly'e göre, Batı dışı toplumlar yaşam, ifade, din, çalışma, sağlık ve eğitim gibi haklarla ilgili konuları bir hak olarak değil, bir ödev olarak ele almaktadır. Bunun da ötesinde, bu ödevler "ne insan haklarından türemişlerdir ne de bu haklar ile bağlantılıdır"²²⁰. Yazara göre, insan onurunu koruma amacına yönelmiş insan hakları anlayışı, Batı dışı toplumlara "oldukça yabacıdır"²²¹. Bu insanlar "insan hakkı ile ne ifade edilmek istediğini kavramakta çok büyük bir zorluk"²²² çekiyor olabilirler. "Bu nedenle 3. Dünyanın görüşlerini dahil etmenin, muhtemelen insan haklarına çok büyük bedeli olacaktır."²²³

Donnelly bu makalesinde, Batı merkezli insan haklarının evrensellik iddiası ile Batı dışı toplumların kültürel farklılıklarına saygı gerekliliği arasındaki çatışmanın farkına varmış, ancak bu çatışmanın varlığını üstü kapalı bir şekilde tespit etmenin ötesine geçerek, çatışmanın hangi tarafında durduğuna dair bir değerlendirmede bulunmamıştır.

Donnelly, insan haklarının evrenselliği ile kültürel görecelik çatışmasının insan hakları teorisinde yarattığı açmazı çözümlenmeye dair ilk teşebbüsü 1984 yılında yayınladığı makalede göstermiştir. Yazar bu makalesinde, insan haklarının evrenselliği ile ilgili görüşlerini yeniden ele alarak, kültürel göreceliğin iddialar ile bir uzlaşma zemini arayışına girmiştir.²²⁴

Donnelly bu makalesinde, iki teori arasındaki çatışmayı net bir şekilde ortaya koyabilmek için hem kültürel göreceliğin hem de evrensellik düşüncesinin en radikal şekillerini kullanmıştır. Radikal kültürel görecelik, "kültürün, ahlaki bir hak ya da kuralın geçerliliğinin yegâne kaynağı" olduğunu iddia etmektedir. Radikal evrensellik görüşüne göre ise "kültürün, evrensel olarak geçerli olan ahlaki hakların ve kuralların geçerliliği ile ilgisi yoktur".²²⁵ İki görüş arasındaki çatışmayı oldukça net bir şekilde ortaya koyduktan sonra Donnelly, zayıf kültürel görecelik teorisi olarak adlandırdığı ve kültürün, hakların ve kuralların geçerliliğinin temel kaynağı

²²⁰ Donnelly, Human Rights and Human Dignity, s.306.

²²¹ Donnelly, Human Rights and Human Dignity, s.306.

²²² Donnelly, Human Rights and Human Dignity, s.313.

²²³ Donnelly, Human Rights and Human Dignity, s.312.

²²⁴ Donnelly, Jack; "Cultural Relativism and Universal Human Rights": Human Rights Quarterly, Vol.6, No. 4, Nov. 1984, ss.400-419.

²²⁵ Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, s. 400.

olabileceğini savunan teoriyi açıklamaktadır.²²⁶ Donnelly zayıf kültürel göreceliği “görünürde, kapsamlı bir evrensel insan hakları listesini tanıyan ve sadece, belli sayıda ve katı bir şekilde sınırlandırılmış yerel farklılıklara ve istisnalara izin veren” bir yaklaşım olarak açıklamaktadır.²²⁷

Buna göre, “yaşam hakkına, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına, hukuk kişiliğinin tanınması hakkına, kölelik yasağına, işkence, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı ceza veya muamele yasağına, keyfi tutuklama yasağına ve adil yargılama hakkına karşı kültüre dayalı bir görüşün ileri sürülmesi düşünülemez.”²²⁸ Bu haklar insan onurunun temel gerekleri ile çok yakından ilişkilidir ve günümüzde ahlaki olarak savunulabilir bütün toplumsal örgütler bu hakları tanımak zorundadır. Donnelly’ye göre “bu haklar ile bağdaşmayan insan doğası ve toplum anlayışları adeta tanım gereği savunulamaz niteliktedir; en azından bu haklar tamamen evrensel olmaya çok yakın hale gelmişlerdir.”²²⁹

Donnelly, evrensel ilan ettiği hakların hemen ardından, kültürel gerekçelere dayalı olarak evrensel standartlarından sapmalara göz yumulabilecek haklara örnekler vermektedir; “vicdan ifade ve örgütlenme özgürlüğü biraz daha göreceli olabilir çünkü bu özgürlükler, nispeten özerk bir bireyin olumlu gelişimini ve varlığını varsaymaktadır, güçlü geleneksel toplumlarda uygulanabilirlikleri kuşkuludur.”²³⁰

“Diğer bir ifade ile zayıf bir evrensellik ihtimali bulunmaktadır. Fakat insan doğasının, toplulukların ve hakların göreceliği, evrenselliğin potansiyel taşkımlıklarını kontrol altında tutmaya hizmet etmektedir”²³¹

Son tahlilde, bir önceki makalesine Üçüncü Dünyanın insan hakları anlayışı ile Batının modern insan hakları anlayışı arasına mesafe koyul-

²²⁶ Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, s. 401.

²²⁷ Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, s. 401.

²²⁸ Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, s. 417.

²²⁹ Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, s. 417.

²³⁰ Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, s. 417.

²³¹ Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, s. 401.

ması gerektiğini ileri süren Donnelly, bu makalesinde “sınırlı sayıdaki kültürel farklılıklara duyulan ihtiyaç olasılığının kabul edilmesi”²³² sayesinde yumuşatılmış bir evrensellik anlayışını ifade eden zayıf kültürel görecelik konusunda ısrarcı olunabileceğini ileri sürmektedir.

Donnelly, 2007 yılında yayınladığı diğer bir makalede ise, insan haklarının evrenselliği ile kültürel görecelik arasında sağlamaya çalıştığı uzlaşmayı detaylandırmış ve bunun da ötesinde kavramsallaştırmıştır. Donnelly, “*insan haklarının görece evrenselliği*” olarak kavramsallaştırdığı görüşünü, belli hakların evrenselliğinin savunulması ve (radikal olmayan) güçlü bir evrensellik ya da zayıf bir görecelik olarak tanımlamaktadır.²³³ Donnelly, kavramsal düzeyde insan hakları için oldukça güçlü bir evrensellik önerirken, aynı insan haklarının kuramsal düzeyde ve uygulamada kültürel göreceliğe olanak sağlayacak şekilde tasarlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Donnelly’e göre, insan haklarının görece evrenselliği tezi, “*daha adil ve insancıl ulusal ve uluslararası toplumlar oluşturulmasında ... kullanılacak güçlü bir kaynak*”tır.²³⁴ İnsan haklarının evrenselliği iddialarının kuramsal düzeyde ve uygulamada yumuşatılması, “*göreceliğin önemli talepleri için alan sağlamakta*”, evrensellik görüşünü daha makul, savunulabilir ve insan hakları için daha yararlı hale getirmektedir.²³⁵

SONUÇ

İnsan haklarının evrenselliği ile kültürel görecelik arasındaki kuramsal çekişme yarım asırdan fazla bir süredir çeşitli görünüm şekilleri ile insan hakları teorisinde önemli bir yer işgal etmiş, dahası bu alanın en popüler başlıklarından birisi haline gelmiştir. Tartışmanın insan hakları teorisi içinde edindiği bu haklı şöhretin şüphesiz çeşitli sebepleri vardır. Kanaatimizce bu sebepler arasında en önemli olanı, özellikle batı-dışı

²³² Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, s. 419

²³³ Donnelly, Jack; “Relative Universality of Human Rights”: Human Rights Quarterly, Vol.29, No. 2, May 2007, ss. 281-306, s.292, dn.27.

²³⁴ Donnelly, Relative Universality, s.306.

²³⁵ Donnelly, Relative Universality, s.282.

toplumların, kültürel göreceliği, kendilerini Batının etno merkezçiliğine ve ahlaki mutlakiyetçiliğine karşı korumanın tek yolu olarak görmüş olmalarıdır. Shestack da benzer bir vurguda bulunmaktadır. Yazara göre kültürel görecelik, Batı dışı toplumların, Batı emperyalizminden kurtulmalarında, kendi kültürel kimliklerini ortaya koymalarında ve “sömürgecilerin ayaklar altına aldıkları gururlarını geri kazanmalarında” çok önemli bir rol oynamıştır. Bununla birlikte, kültürel göreceliğin doğurduğu olumsuz sonuçlar da bulunmaktadır.

*“Fakat bazı ülkelerde kültürel kimlik arayışları zararlı sonuçlar doğurdu. Kültürel kimlik arayışı, sömürge yönetimlerine karşı bir direnç aracı olurken, daha sonra baskıcı bir politikaya dönüşerek, siyasette bireylerin önemini azaltan ve homojenleşmeyi zorlayan bir unsur haline gelmiştir.”*²³⁶

Yazara göre, baskıcı rejimler, insan hakları ihlallerine yönelik uluslararası itirazlara karşı, bu uygulamaların kendi kültürlerine özgü olduğunu ve bunlara saygı duyulması gerektiğini ileri sürmekte ve bu müdahaleleri Batı emperyalizminin bir uzantısı olmakla itham etmektedir. Böylece kültürel görecelik, baskıcı rejimlerin, ifade özgürlüğünü kısıtlamasının, kadın-erkek eşitsizliğinin, kadın sünnetinin ya da geleceklere dayalı olarak bazı uzuvların kesilmesinin meşrulaştırılmasında bir araç haline getirilmektedir.²³⁷ “Bu açıdan bakıldığında, insan haklarının kültüre bağlı olduğu düşüncesinin ‘kültürel göreceliğin tiranlara sunduğu bir hediye’ olduğunu söylemek yanlış olmaz.”²³⁸ Ve yine bu nedenle Shestack, “göreceliğin, evrenselci yaklaşım karşısında felsefi olarak çok az şansı olduğunu” belirtmektedir.²³⁹

Shestack’ın kültürel göreceliğe yönelik bizim de katıldığımız bu haklı eleştirilerine ek olarak kanaatimizce, kültürel görecelik taraftarlarının insan haklarının evrenselliğinin tek tipleştirici ve dayatmacı olduğu yönündeki eleştirinin de bir karşılığı yoktur. İnsan haklarının ilk olarak

²³⁶ Shestack, . 115.

²³⁷ Shestack, . 116.

²³⁸ Shestack, . 116.

²³⁹ Shestack, . 115.

Batıda geliştiği ve ilk defa bu coğrafyada hukuksal bir değer olarak tanındığı tarihsel bir olgudur. Bununla birlikte, bu tarihsel gerçeklik uluslararası insan haklar rejiminin etno-merkezci olduğu ve batı dışı kültürlerin insan haklarına bütünüyle yabancı olduğu anlamına gelmemektedir. Bu alanda yapılan bilimsel çalışmalarda batı dışı kültürlerin de, batı kültürü ile aynı değerler dizgesini kabul ettiği, farklılıkların insan doğasından kaynaklanmayan, çevresel ve değişken koşullara dayalı olarak uygulamada ortaya çıktığı belirtilmektedir. Mevcut uluslararası insan hakları rejiminin batı dışı kültürlerle tek tip bir elbise giymeye zorladığına dair hiçbir veri de bulunmamaktadır. Evrensel insan hakları rejiminin temel amacı, devletlerin, bireye yönelik davranış ve tasarruflarında gözetmesi gereken asgari standardı belirlemektir. Uluslararası insan hakları hukuku, insan haklarının en ideal standardının ne olması gerektiğine dair bir üst sınır koymamaktadır. Evrensel insan hakları, bireye yönelik muamelelerin asgari standartlarını belirleyerek aynı bireyi devletin ya da toplum çoğunluğunun keyfi muamelelerine karşı oldukça önemli bir koruma sağlamaktadır. Bu korumanın en temel bileşenleri, yaşam hakkı, vücut bütünlüğünün korunması, işkence ve kötü muamele yasağı, keyfi yargılama ve tutuklama yasağı, kölelik ve soykırım yasağı, ifade özgürlüğü, din ve inanç özgürlüğü gibi hak ve özgürlüklerdir. Başta İHEB olmak üzere insan hakları ile ilgili diğer uluslararası belge ve sözleşmeler, bireylere bu hak ve özgürlükler aracılığı ile tanınan asgari güvence standardını evrenselleştirme çabaları olarak değerlendirilmelidir. Uluslararası insan hakları rejimi, bireylere kendi kültürleri ve toplumları içinde giriştikleri hak ve eşitlik mücadelesinde başvurabilecekleri elverişli bir yol, sığınacak bir liman sağlamaktadır. Kültürler arasında önemli farklılıklar bulunduğu ve bu farklılıkların uzlaştırılmasının oldukça zor olduğu itiraz edilemez bir gerçektir. Kanaatimizce insan haklarının evrenselliğinden taviz vermek pahasına söz konusu farklılıkların uzlaştırılması ve bir orta yol bulma çabası gereksizdir. Zira evrensel insan hakları hukukunun bizzat kendisi, her bir kültürün kendi ahlaki ilkelerini uygulama hakkı ile bireylerin keyfi ve insan onuru ile bağdaşmayan geleneklere ve kültürel uygulamalara karşı korunması ihtiyacı arasında en uygun dengeyi sağlama çabasının bir ürünüdür. Bu tespitin kültürel görecelik teorisi üzerine izdüşümü ise, teorinin en zayıf noktasını oluşturmaktadır. Zira kültürel

görecelik insan haklarını hiçe sayan baskıcı ve totaliter rejimlerin aradığı meşruiyet zeminini onlara altın tepside sunmaktadır. Steward'ın cümlelerinde somutlaşan haklı soruya, kültürel görecelik teorisi yanıt vermekte zorlanmaktadır: *“Ya her şeyi hoş göreceğiz ve elimizi eteğimizi çekeceğiz, ya da hoşgörüsüzlüğe ve -siyasi, ekonomik ve askeri- her türlü fethetme karşı mücadele edeceğiz. Sınır nerede çizilecektir?”*²⁴⁰

Bu nedenle, kanaatimizce kültürel görecelik lehine insan haklarının evrensel standartlarından vazgeçilmesi, kültüre veya dine yaptıkları atıfla baskıcı yönetimlerinin devamını sağlamak isteyen rejimlere hayat öpücüğü vermek olacaktır. Kültürel farklılıklara saygı gereği ile insan haklarının evrensel standartlarının esnetilmesine ya da bu standartlardan sapılmasına göz yumulması, ilk olarak İHEB'nde somutlaşan insan haklarının uluslararası düzeyde güvence altına alınması yönündeki temel fikirden uzaklaşılması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle kültürel görecelik insan hakları ile ilgili herhangi bir sorunun çözümü ya da yanıtı olamaz, olmamalıdır. Bu bakımdan, kanaatimizce insan haklarının evrenselliğinin kültürel göreceliğin saldırılarına karşı korunması önemlidir. Son tahlilde, insan haklarının evrenselliğini savunanlar ile bu hakların kültürel olarak göreceli olması gerektiğini savunan düşünürler arasında teorik düzeyde devam eden bu tartışmalara rağmen, insan hakları, Batılı olan ve olmayan devletlerin mutabakatı ile uluslararası hukukun asli ve evrensel nitelikli bir parçası haline gelmiştir. Başka bir ifadeyle insan haklarının uluslararası hukukta kabul görmüş olan evrensel konumu karşısında, kültürel görecelik teorisi, kuramsal ve pratik avantajını kaybetmiş görünmektedir. Şüphesiz insan haklarının evrenselliği görüşünün de cevapsız bıraktığı sorular ve eleştirilebilir yönleri vardır. Ancak, bütün eksikliklerine rağmen, hala bütün insanlığa onurlu bir yaşam sürmenin en iyi şeklinin, uluslararası insan hakları rejimi ve onun evrensel niteliği tarafından sunulduğu akıldan çıkartılmamalıdır.

²⁴⁰ Bkz. dn.158.

KAYNAKÇA

Adhikari, Kishor / Krippner, Stanley /. Pitchford, Daniel B. / . Davies, Jeannine A. ; “The Search for Universal Values”: Journal of Humanities and Social Science, Vol. 2 (Sep.-Oct.2012), No.1, ss. 69-72.

American Anthropologist , New Series, Vol. 50, No. 2 (Apr. - Jun., 1948), ss.351-355. <https://www.jstor.org/stable/pdf/664192.pdf?refreqid=excelsior%3A2ab9d2e79d1dcccfe0a2d3964ad6f76d> (Erişim tarihi:04.01.2022).

Barnett, H.G. ; “On Science And Human Rights”: American Anthropologist ,New Series, Vol. 50, No. 2 (Apr-Jun., 1948), ss. 352-355.

Binder, Guyora; “Cultural Relativism and Cultural Imperialism in Human Rights Law”: Buffalo Human Rights Law Review, Vol.5(1999), ss.211-221.

Birinci, Görkem; “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin Kısa Tarihi I: Milletler Cemiyeti'nden Birleşmiş Milletler'e”: Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 7 (2017), S 2, ss.50-81.

Blumenson,Eric; How Are Human Rights Universal? Carr Center Discussion Paper Series, Harvard Kennedy School, Carr Center for Human Rights Policy Routledge, November, 2020.

Brennan, Katherine; “The Influence of Cultural Relativism on International Human Rights Law: Female Circumcision as a Case Study”: Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice, Vol.7 (1989), No. 3, ss. 367-398.

Çalık, Tacettin; “Birleşmiş Milletler Organlarının İnsan Hakları ile İlişkisi”: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2 (2015), Özel Sayı, ss.1091-1134.

De Varennes, Fernan ; “The Fallacies in the ‘Universalism Versus Cultural Relativism’ Debate in Human Rights Law”: *Asia-Pacific Journal on Human Rights and Law*, Vol.1(2006), ss. 67-84.

Demir, Esra; “İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”: *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.14 (2008), S.3, ss. 209-242.

Dhaliwal, Shveta; “Cultural Relativism : Relevance to Universal and Regional Human Rights Monitoring”: *The Indian Journal of Political Science* , Vol. 72, No. 3 (JULY - SEPT., 2011), ss. 635-640.

Donnelly, Jack: “Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights”: *The American Political Science Review*, Vol.76, No.2, Jun.1982, ss.303-316.

Donnelly, Jack; “ Cultural Relativism and Universal Human Rights”: *Human Rights Quarterly*, Vol.6, No. 4, Nov. 1984, ss.400-419.

Donnelly, Jack; “Relative Universality of Human Rights”: *Human Rights Quarterly*, Vol.29, No. 2, May 2007, ss. 281-306.

Engle, Karen; “From Skepticism to Embrace: Human Rights and the American Anthropological Association from 1947–1999”: *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, No. 3, August 2001, ss. 536-559.

Follesdal, Andreas; “Human Rights and Relativism”: *Real World Justice. Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions*, A. Follesdal and T. W. Pogge, (eds.), Springer, 2005, ss. s, 265- 283.

Franklin Delano Roosevelt; “The State of the Union Address to Congress Delivered January 6, 1941”:<https://www.gilderlehrman.org/sites/default/files/inline-pdfs/Four%20Freedoms%20Speech%201941.pdf> (Erişim tarihi: 26.12.2021).

Galanos, Christos ; "Universal Human Rights in the Face of Cultural Relativism and Moral Objectivity: Preaching or Teaching," UCL Jurisprudence Review, Vol. 16 (2010), ss. 29-50.

Goodhart, Michael E. ; "Origins and Universality in the Human Rights Debates: Cultural Essentialism and the Challenge of Globalization": Human Rights Quarterly, V.25(2003), No. 4, ss.935- 964.

Ibhawoh, Bonny; "Cultural Relativism and Human Rights: Reconsidering the Africanist Discourse": Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 19 (2001), No.1, ss.43-62.

Işıldaklı, Başak; "İnsan Haklarının Evrenselliği ile Kültürel Rölativizmin Paradoksu": Tarsus Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.1(2020), S.1, ss.17-29.

Kacer Marek; "The Universality of Human Rights Against Cultural Relativism: Between Fiction and Reality": The Lawyer Quarterly, Vol.11(2021), No.3, ss.506-517.

Kajit, John Bagu; "Ideological Refuge v Jurisprudence of Insurgency: Cultural Relativism and Universalism in the Human Rights Discourse," Warwick Student Law Review, Vol. 1 (2011),ss. 1-18.

Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7.Baskı, Ankara 1993.

Kielsgard, Mark, D., "Critiquing Cultural Relativism: A Fresh View From The New Haven School of Jurisprudence": Cumberland Law Review, Vol.42 (2012), No.3, ss.441-487.

Lakatos, Istvan; "Thoughts on Universalism versus Cultural Relativism, with Special Attention to Women's Rights": Pecs Journal of International and European Law, Vol.I, 2018, ss.6-25.

Langlois, Anthony J.; “Human Rights Universalism”: The Ashgate Research Companion to Ethics and International Relations. Patrick Hayden (Ed.), Ashgate Publishing, 2009. ss. 201-214.

Le, Nhina; “Are Human Rights Universal or Culturally Relative?”: Peace Review, Vol.28 (2016), No. 2, ss.203-211.

Li, Xiaorong; “A Cultural Critique of Cultural Relativism”: American Journal of Economics and Sociology, Vol. 66 (Jan.,2007), No. 1, ss. 151-171.

Lund,Christian; “Development and Rights: Tempering Universalism and Relativism”: The European Journal of Development Research, Vol.10 (1998), ss.1-6.

Marvin, Harris; The Rise of Anthropological Theory: A History of Theories of Culture, Thomas Y.Crowell Company, Fourth Printing, April, 1971.

Mutua, M.; The Complexity of Universalism in Human Rights. In: A. Sajó (ed.). Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism. Dordrecht: Springer, 2004, ss.51-64.

Onwuatuegwu, Ignatius, Nnaemeka ; “Contemporary Relativism: A Question to Human Dignity”: International Journal of Scientific Research in Easy and Case Studies, Vol.1 (2020), No.1, ss.1-11.

Orzeszyna,Krzysztof; “Universalism of Human Rights: Notion of Global Consensus or Regional Idea”: Review of European And Comparative Law, Vol.XLVI (2021), S.3,ss.165-176.

Öğütçü, Muhlis: “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar”: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7 (2005), Özel Sayı, ss.555-616.

Prasad, Ajnesh; “ Cultural Relativism in Human Rights Discourse” Peace Review, A Journal of Social Justice, Vol.19 (2007), No.4, ss.589-596.

Rachels, James; The Element of Moral Philosophy, 4th Edition, McGraw-Hill Higher Education, New York, 2003.

Renteln, Alison D.; “The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights”, Human Rights Quarterly , Vol. 7, No. 4 (Nov., 1985), ss. 514-540.

Renteln, Alison, Dundes; International Human Rights, Universalism versus Relativism, Quid Pro Books, New Orleans, Louisiana, 2013.

Rorty, Richard; An Ethics for Today: Finding Common Ground Between Philosophy and Religion (New York: Columbia University Press, 2010).

Sağlam, Fazıl; “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme”: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, ss. 1236-1252.

Shestack, Jerome J.; “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri”: Liberal Düşünce, C.11, No.43, Yaz 2006, ss.87-119.

Sinnott,Robert E.;”Universalism and Cultural Relativism in Roper v. Simmons”: Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, Vol.14 (2006), No.1, ss.132-154.

Sloane, Robert, D.; “Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense Of The Univerality Of International Human Rights”: Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol.37(2001), ss. 527-595.

Smith, David C. / Stone, William F.; “Peace and Human Rights: H.G. Wells and The Universal Declaration”: Peace Research , Vol. 21, No. 1 (January 1989), ss. 21-26/ 75-78.

Söğütlü, İlyas; “İki Farklı Epistemoloji İki Farklı Siyaset: Rasyonalist ve Ampirist Siyasetin Felsefi Kökenleri”: Liberal Düşünce Dergisi, Yıl 2008, S.52, ss.197-214.

Stango, Antonio; “Human Rights Between Universalism and Cultural Relativism”: Chorzowskie Studia Polityczne, No.7(2014), Maria Ochwat (ed.), ss.157-171.

Statement of Essential Human Rights Records, American Law Institute Archives, ALI.04.006, Biddle Law Library, University of Pennsylvania Law School, Philadelphia, PA, http://dla.library.upenn.edu/dla/pacscl/ead.pdf?id=PACSCL_UPENN_BIDDLE_USPULPULA-LI04006 (Erişim tarihi 28.12.2021).

Statement of Essential Human Rights, Drafted by a Committee Representing Principal Cultures of the World, Appointed by the American Law Institute. https://www.ali.org/media/filer_public/fc/ea/fcea8b14-8d49-4263-8cd9-e0133751ff64/statement-of-essential-human-rights.pdf (Erişim tarihi: 28.12.2021)

Statement on Human Rights, Author(s): The Executive Board, American Anthropological Association, American Anthropologist, New Series, Vol. 49, No. 4, Part 1 (Oct. - Dec., 1947), ss. 539-543.

Steward, H.Julian; “Comments on the Statement on Human Rights”: American Anthropologist , New Series, Vol. 50, No. 2 (Apr. - Jun., 1948), ss.351-352.

Tesón, Fernando R. ; “International Human Rights and Cultural Relativism”: Virginia Journal of International Law, Vol.25 (1985), No.4, ss. 869-898.

Uygun, Oktay; Devlet Teorisi, XII Levha, 1.Baskı, İstanbul, 2014.

Zada, Misal/ Zubair, Muhammad; “Universalism versus Cultural Relativism in Human Rights”: Journal of Law and Society, Vol. XXXV, No.48, July, 2006, ss.1-12.

Zechenter, Elizabeth M.; “In the Name of Culture: Cultural Relativism and The Abuse of Individual”: Journal of Anthropological Research, Vol.53, No.3 (Autumn,1997),ss.319-347.

■ **Av. Hakan ÖZDEMİR*** ■
Ar. Gör. Murat BİLDİR**

BORÇLUNUN İHALE ALICISINA KARŞI TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİNİ TALEP ETMESİNİN YERİNDELİĞİ

APPROPRIATENESS OF THE BORROWER TO REQUEST CORRECTION OF THE
LAND REGISTRY AGAINST THE TENDER BUYER

ÖZET

Takip hukukunda, borcunu ödememekte ısrar eden borçlunun malvarlığının paraya çevrilmesi yollarından biri cebri artırmalardır. Artırmada en yüksek peyi ileri süren alıcı, ihale anında mülkiyeti kazanmış olur. Bu durum, taşınmazların mülkiyetinin tes-cille kazanılmasının istisnasıdır. Bu şekilde kazanılan mülkiyet, ihalenin kesinleşmesiyle tapuya tescil edilir. Tescilin hukuki sebebinin de ihale oluşturur. İhale ortadan kaldırılmadıkça tapuda ihale alıcısı adına yapılan tescilin terkin edilmesi mümkün olmaz. İhale ortadan kaldırılması için ise icra mahkemesinden ihalenin feshi talep edilmelidir. İhale feshedilmeden açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasında, takip faaliyetindeki işlemlerin ve ihaledeki sakatlıkların inceleme konusu edilmesi pek çok açıdan mahzurdur. Nitekim böyle bir uygulama, geniş anlamda hukuki güvenliğe aykırı olacağı gibi mülkiyet hakkı açısından ise yeni sorunlara yol açacaktır.

Anahtar Kelimeler: İhale alıcısı, yolsuz tescil, tapu sicilinin düzeltilmesi davası, ihalenin feshi, icra mahkemesi, hukuki güvenlik, kesin hüküm, mülkiyet hakkı.

ABSTRACT

In the law of enforcement, one of the ways of converting the assets of the debtor, who insists on not paying his/her debt, into money is forceful auctions. The buyer who puts forward the highest bid in the auction wins the property at the time of the auction. This is an exception to the acquisition of ownership of immovables by registration. The property acquired in this way is registered in the title deed upon the finalization of the tender. The legal reason for the registration is the tender. Unless the tender is cancelled, it is not possible to cancel the registration made in the name of the tender buyer in the title deed. In order to cancel the tender, the termination of the tender must be requested from the enforcement court. In the lawsuit for the correction of the land registry, which was opened before the tender was terminated, it is objectionable in many respects to examine the proceedings in the follow-up activity and the defects in the tender. As a matter of fact, such a practice would be contrary to legal security in a broad sense and would lead to new problems in terms of property rights.

Keywords: Tender buyer, corrupt registration, case of rectification of the land registry, revocation of the tender, enforcement court, legal security, definitive judgment, right of property.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 22.03.2022 Kabul Tarihi: 08.08.2022

* Av. Hakan Özdemir ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6275-3532>

İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Hukuk Müşavirliği, hakan.ozdemir@istanbul.edu.tr

** Araş. Gör. Murat Bildir ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0242-7476>

İzmir Bakırçay Üni. Hukuk Fak. Dekanlığı, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, Araştırma Görevlisi, bildir1.murat@gmail.com

GİRİŞ

Taşınmazlarda mülkiyet, kural olarak tescille kazanılır. Tescilin hem kendisinin hem de hukukî sebebinin geçerli olması gerekir. Aksi hâlde, yapılan tescil yolsuz bir tescil olur ve tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla düzeltilmesi gerekir.

Taşınmazlarda mülkiyetin tescilden önce kazanıldığı durumlar da vardır. Bu durumlardan biri de cebri icra faaliyeti kapsamında yapılan ihale yoluyla mülkiyetin kazanılmasıdır. Buna göre, cebri icra faaliyeti kapsamında alacaklıların tatmin edilmesi için, borçlunun malvarlığının ve bu arada taşınmazlarının paraya çevrilmesi gerekir. Taşınmazların paraya çevrilmesi, kural olarak cebri artırma sürecinde yapılan ihale yoluyla gerçekleşir. Alacaklının alacağını elde etmesi için borçlunun malvarlığına yapılan bu müdahale, sıkı şekil şartları ile donatılmıştır. Böylece bir yandan alacaklı alacağına kavuşturulurken öte yandan da borçluya usûlî güvenceler sağlanmaktadır. Zira, borçlu takibin her aşamasında her türlü icra işlemi aleyhine şikâyet yoluna gidebilir.

Borçlunun sahip olduğu en önemli usûlî güvencelerden olan ihalenin feshini talep hakkı sayesinde, artırma sırasında ve öncesinde uyulması gereken kurallara aykırılık, ihalenin feshedilmesini ve ihale ile geçen mülkiyetin önceki malikine geri dönmesini sağlamaktadır. İhalenin feshi talebi üzerine icra mahkemesi, takip hukukundan ve maddi hukuktan kaynaklı ihalenin feshi sebeplerini, her türlü delille inceleyebilmektedir. Böylelikle borçlu, mülkiyet hakkına yapılan müdahaleye, etkin bir usûlî güvenceyle karşı çıkabilmektedir.

İcra mahkemesinin ihalenin feshi talebi üzerine verdiği red kararlarının maddî anlamda kesin hüküm oluşturduğu, 2010 yılına kadar Yargıtay tarafından genellikle kabul edilmekteydi. Ancak bu tarihten itibaren Yargıtay, icra mahkemelerinin dar yetkili bir yargı yeri olarak sınırlı bir inceleme yaptığını, bu nedenle taşınmazın mülkiyetini geçiren ihalenin dayandığı işlemlerin usûlsüz olup olmadığının doğrudan veya ihalenin feshi talebinin reddinden sonra tapu sicilinin düzeltilmesi davasında

incelenebileceğine hükmetmektedir. Yargıtay'ın anılan görüş değişikliğinden bu yana Hukuk Genel Kurulunda birlik sağlanamamış ve bu görüş değişikliği, öğretide de büyük ölçüde eleştirilmiştir. Öte yandan, Yargıtay'ın bu doğrultuda verdiği kararlar devam ettiğinden, tartışma güncelliğini korumaktadır.

Çalışmamıza tapu sicilinin düzeltilmesi davasının şartları açıklanarak başlanmış ve sonrasında ihalenin feshi talebinde hangi aşamadaki usûlsüzlüklerin incelenebileceği, bu incelemenin ne şekilde yapılacağı ve nasıl sonuçlandırılacağı ortaya konulmuştur. Bu hususlar böylece izah edildikten sonra ise, Yargıtay'ın bu konudaki kararları ve öğretinin yaklaşımı detaylandırılarak farklı açılardan görüşümüz ortaya konulmuştur.

I. YOLSUZ TESCİLİN DÜZELTİLMESİ

A. Yolsuz Tescilin Anlamı

Türk hukukunda taşınmazlara özel önem verilmiş, taşınmaz kayıtlarının devletin kontrolünde tapu sicilinde tutulması¹ ve bu sayede aleniyetin sağlanması², taşınmazlarda gerçekleşecek aynı hak kazanımlarının da bu sicil üzerinden yapılacak tescille gerçekleştirilmesi esası benimsenmiştir. Buna göre, taşınmaz üzerinde yapılmak istenen her türlü aynı hak değişikliğinin³ sicile yansıtılması anlamına gelen tescil ilkesi (TMK m. 1021) geçerli kılınmıştır. Tescilin, taşınmazdaki hak sahipliğini göstermesi şeklinde olumlu; tapu siciline tescil edilmeden taşınmazlar üzerinde aynı hakların kazanılamaması şeklinde ifade edilen olumsuz bir fonksiyonu vardır⁴. Tescilin olumsuz fonksiyonu gereğince, taşınmazlar-

¹ Kılıçoğlu, Ahmet Mithat; Eşya Hukuku, Ankara 2021, s.130; Nomer, Halûk Nami/ Ergüne, Mehmet Serkan; Eşya Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2020, s. 115.

² Tekinay, Selâhattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Halûk/ Altop, Atilla; Tekinay Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 242-243; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2018, s. 154; Sirmen, A. Lâle; Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2020, s. 124; Nomer, Ergüne, s. 115; Kurt, Ekrem; Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul 2004, s. 5.

³ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 197; Kılıçoğlu, s. 137; Nomer, Ergüne, s. 122, 135.

⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 343-344; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 230; Üstündağ, Saim; Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959, s. 2; Kılıçoğlu, s. 148-149; Nomer, Ergüne, s. 142 vd.

da mülkiyet hakkı başta olmak üzere aynı hak kazanımları kural olarak tescille gerçekleşir. Ancak, hukukumuzda tescil ilkesine mutlak bir şekilde bağlı kalınmamış; gerek mülkiyet hakkı açısından (MK m.705/2) gerek sınırlı aynı haklar açısından (TMK m. 780, m. 856) istisnalar getirilmiştir. Bu istisnaların varlığı hâlinde, taşınmazlara ilişkin aynı haklar tescilden önce, örneğin ihalede olduğu gibi ihale kararıyla birlikte gerçekleşir. Daha sonra yapılan tescil ise, açıklayıcı niteliktedir.

Tescilin gerçek hak sahipliği durumuna uygun olmadığı durumlarda⁵, bu tescil, yolsuz bir tescildir. Yolsuz tescil, tescil işleminin kendisinden kaynaklanabileceği gibi; sebebe bağlılık ilkesi gereği tescilin hukukî sebebinden, daha doğrusu tescilin hukukî sebebinin olmaması veya geçerli olmamasından da kaynaklanabilir (TMK m. 1024/2). Örneğin, bir kişinin tescil anında ayırt etme gücüne sahip olmaması yapılan tescili doğrudan sakatlar. Öte yandan, tescilin hukukî sebebini oluşturan işlemin yapıldığı anda ayırt etme gücüne sahip olunmaması ise hukukî sebebi sakatladığından, bu sakatlık dolaylı olarak tescile de etki eder. Söz konusu kişi, daha sonra tescil anında ayırt etme gücüne kavuşmuş olsa bile tescil, hukukî sebepteki sakatlıktan dolayı yolsuz bir tescil olmuştur. Bir diğer ifadeyle, tescilin hukukî sebebindeki sakatlık yalnızca kendisiyle sınırlı kalmaz ve tescile de sirayet ederek onu yolsuz tescil hâline getirir⁶.

B. Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davası

Yolsuz tescil, gerçek hak sahibinin hakkını ortadan kaldırmaz; ancak, yolsuz tescilin düzeltilmemesinin çeşitli sakıncaları vardır⁷. En başta, gerçek hak sahibi tapuda hak sahibi olarak görünmediğinden taşınmazın üzerinde tasarruf işlemleri yapamaz. Nitekim bu, tescilin olumsuz fonksiyonunun sonucudur. Sicilin hak sahipliğine karine olma-

⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 348, 410; Oğuzman, Seliçi, Özdemir, s. 259; Üstündağ, Tapu Tasahihî, s. 43; Nomer, Ergüne, s. 179; Kurt, s. 31.

⁶ Oğuzman, Seliçi, Özdemir, s. 260-261; Hatemi, Hüseyin; Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1995, s. 128; Kurt, s. 31.

⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 413-414; Oğuzman, Seliçi, Özdemir, s. 259-260; Sirmen, s. 242.

sı dolayısıyla yolsuz tescilden yararlanan kişi taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabilir. Öte yandan, sicile güvenin sağlanması amacıyla kabul edilmiş olan ve sicilde hak sahibi olarak görünen kişiden iyi niyetle aynı hak kazanımını koruyan (TMK m.1023) düzenleme gereğince gerçek hak sahibi, taşınmazdaki hakkını kaybedebilir.

Yolsuz tescil, bu tescilden yararlanan kişinin rızasıyla, tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmaksızın da düzeltilebilir⁸. Ancak anılan kişinin rızası olmaması durumunda, gerçek hak durumuna uymayan tapu sicilindeki görünüm, tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile düzeltilmelidir. Söz konusu dava, istihkak temeline dayalı aynı nitelikte bir dava olduğundan aynı hak devam ettiği sürece açılması mümkündür⁹. Bir diğer deyişle tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açma hakkı herhangi bir süreyle sınırlanmamıştır¹⁰.

Tapu sicilinin düzeltilmesi davasının hukukî niteliği tartışmalıdır. Öğretide çoğunlukla, anılan davanın tespit davası niteliğinde olduğu ve dava sonunda verilen kararın davacının hakkının mevcut olup olmadığını tespitten ibaret olduğu ifade edilmektedir¹¹. Bu şekilde tescilin yolsuzluğu tespit edildikten sonra ise, verilen karara istinaden yolsuz tescilin tapuda düzeltilmesi mümkündür¹². Öğretide aksi yönde bir görüşe göre ise¹³, tapu sicilinin düzeltilmesi davası, davalının, yalnızca davacıya ait bir hakkı tanımadığı için değil, tapu dairesine giderek resmî bir sözleşme

⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 414-416; Kılıçoğlu, s.189.Tapu memurunun hatasından kaynaklı yanlışlıkların düzeltilmesi (TMK m. 1027) ile özel kanunlarda yer alan yolsuz tescilin düzeltilmesi halleri (Oğuzman, Seliçi, Özdemir, s. 264 vd.; Kurt, s. 80-96) çalışmanın kapsamının dışında kaldığı için incelenmemiştir.

⁹ Hatemi, s. 29-30; Sirmen, s. 245-246; Nomer, Ergüne, s. 180; Kurt, s. 106.

¹⁰ Ertaş, Şeref; Eşya Hukuku, 15. Baskı, İzmir 2021, s. 191; Kılıçoğlu, s.194. Bu davayı açma süresinin kural olarak bir süreye bağlı olmadığı ancak dürüstlük kuralına aykırı olarak dava açma hakkının kullanılama- yacağı hakkında bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 422.

¹¹ Üstündağ, s. 38-40; Sirmen, s. 244-245; Nomer, Ergüne, s. 180. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasının kural olarak tespit davası niteliğinde olduğu, ancak taşınmazın fiili zilyetliğinin sağlanmasının da talep edildiği durumlarda eda davası niteliğinde olacağı hakkında bkz. Ertaş, s. 189; Kurt, s. 105.

¹² Üstündağ, s. 38-40; Sirmen, s. 244-245.

¹³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 416-417. Yazarlara göre, İİK 28 ve 29/1 göz önünde bulundurulursa tapu sicilinin düzeltilmesi davasında verilen hükmün, taşınmazın teslimini de sağladığından, anılan hükmün yalnızca tespit davası olarak görülmesi mümkün olmaz.

için irade beyanında bulunmadığı bir diğer ifadeyle olumlu bir eylemi yerine getirmediği için ikame edilir ve hâkim tarafından verilen karar bu kişinin iradesi yerine geçer. Nitekim, tapu sicilinin düzeltilmesi davası tespit davası niteliğinde olsaydı davalının davacıya ait hakkı inkârdan vazgeçmesi durumunda bu davaya ihtiyaç kalmazdı. Halbuki, tapu sicilinin düzeltilmesi davasında hâkim, davacının hakkını veya davalının inkârının haksızlığını tespit etmekle kalmaz, bunun yanında davalının iradesinin yerine geçen bir kararla hakkı yerine getirir. Ancak belirtilmelidir ki, mahkemeler tarafından verilen kararın gerçek hak durumunu veya tescilin yolsuzluğunu tespit etmekle sınırlı kalmamasının ve yolsuz tescilin iptal edilerek gerçek malik lehine tescil kararı verilmesinin sebebi; bir yandan kanunun lafzının hatalı bir biçimde bu tür bir karar vermeye müsait olması¹⁴, diğer yandan fiilî zilyetliği elinde bulundurana karşı istihkak davası açılabilme imkânının sağlanmasıdır¹⁵.

Tapu sicilinin düzeltilmesi davasının davacısı, aynî hakkı zarara uğrayan¹⁶ gerçek hak sahibi veya temsilcisidir (TMK m. 1025). Buna göre, en başta mülkiyet hakkı gibi aynî hak sahibi, ipotek veya irtifak hakları gibi sınırlı aynî hak sahibi ve son olarak da tapuya şerh verilmiş olan alım hakkı gibi aynî etkili nispi hak sahibi bu davayı açabilir¹⁷. Ancak, her türlü yolsuz tescil sebebine karşı, gerçek hak sahiplerinin her birinin dava açması mümkün değildir. Örneğin, sınırlı aynî hak sahipleri, mülkiyet hakkının gerçek malik aleyhine yolsuz tescil edilmiş olması halinde, kendi hakları zarara uğramış olmadığından dava açamaz¹⁸.

¹⁴ Üstündağ, s. 40; Nomer, Ergüne, s. 180.

¹⁵ Sirmen, s. 245. TMK m. 1025'te düzeltme anlaşması yapılmasına rıza gösterilmemiş olması hâlinde gündeme gelecek bir dava düzenlenmemiştir. Anılan düzenlemeye dayanarak açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının, karşı tarafın rızasının yerine geçecek bir hüküm olduğunu ve bu nedenle de davanın eda davası niteliğinde olduğu zorlama bir yorumdur. Bu yönüyle eda davası fikrine karşı çıkan açıklamalar için bkz. Kurt, s. 100, 105.

¹⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 420; Oğuzman, Seliçi, Özdemir, s. 263; Üstündağ, Tapu Tashihi, s. 73. Aynı etkili kişisel hakkın zarar görmüş olanların da şerh süresi içinde bu davayı açabileceği hakkında bkz. Hatemi, s. 112; Kurt, s. 108.

¹⁷ Hatemi, s. 112; Kılıçoğlu, s. 190; Kurt, s. 114 vd. Şahsi hak sahiplerinin de bu davayı açabilmesi gerektiği hakkında bkz. Ertaş, s. 190.

¹⁸ Kurt, s. 115.

Tapu sicilinin düzeltilmesi davasının davalısı, tapu kaydındaki görünüşe göre şekli olarak hak sahibi olmakla birlikte gerçekte hak sahibi olmayan (yahut sicilde görünen nitelikte bir hakkı olmayan) kişi veya bu kişinin külli halefleridir¹⁹.

Tapu sicilinin düzeltilmesi davasının başarıya ulaşabilmesi için davacının, davalı lehine olan kanunî hak karinesini (TMK m.992), karşı ispat veya aksini ispat yoluyla çürütmesi gerekir²⁰. Zira, tapuya güven ilkesinin bir sonucu olarak davalı, tapu siciline göre hak sahibi görünen kişidir ve bu hükümle (kanun gereği) lehine bir ispat kolaylığı tanınmıştır. Davalının, bu karineden yararlanabilmek için bunu ileri sürmesi yeterlidir. Bunun üzerine, karineyi hükümden düşürmeye çalışan davacının, karine sonucunu doğuran karine temeli hakkında yalnızca belirsizlik oluşturması yeterli olur. Karine temeli, tapu sicilindeki tescil olduğundan, örneğin sicildeki kaydın doğru okunmadığı aslında yapılan tescilin davalı adına olmadığı tespiti yeterli olabilir.²¹ Ancak bu durum, nadiren karşılaşılabilecek bir örnek olduğundan, genellikle karinenin aksinin ispatı gerekir. Aksini ispat faaliyeti ise bağımsız bir ispat faaliyeti olduğundan tescilin yolsuz olduğu hakkında şüphe oluşturmak yeterli olmaz ve tam olarak ispat edilmelidir. Bu durumda, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının davacısı, hak karinesini bertaraf edebilmek için tescil işleminin kendisinin veya hukukî sebebinin sakatlığını ispat etmeye çalışır. Bir diğer ifadeyle, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının başarıya ulaşması için ispatlanması gereken en önemli objektif şart²² yolsuz tescilin varlığıdır.

¹⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 421; Sirmen, s.221; Üstündağ, Tapu Tashihi, s. 94. Tapu silindeki yolsuz kayıttan hiç kimse yararlanamıyorsa tapu idaresinin davalı olacağı hakkında bkz. Ertaş, s. 191.

²⁰ Bilge Umar/Ejder Yılmaz, İsbat Yüklü, İstanbul, 1980, s.175; Kurt, s. 158.

²¹ Umar, Yılmaz, s. 174.

²² Üstündağ, Tapu Tashihi, s. 46; Kurt, s. 159.

II. İHALENİN KESİNLEŞMESİ

A. Genel olarak

Borçlunun taşınmazlarını da içeren malvarlığı değerleri, alacaklının alacağına güvencesini oluşturur. Ancak, alacaklının bu malvarlığı değerlerine doğrudan el atabilmesi mümkün değildir. Bunun yerine, alacağa yetecek miktarda bir malvarlığı değerinin paraya çevrilmesi ve elde edilen parayla alacaklının tatmin edilmesi gerekir. 7343 sayılı Kanun değişikliğiyle²³ birlikte, borçluya satış yetkisi verilmesi yoluyla da borçlunun malvarlığı değerleri paraya çevrilebilecektir (İİK m.²⁴ 111/a). Bu satışlara, niteliği gereği ihalenin feshi hükümleri uygulanamayacağından²⁵, ihalenin feshi hükümlerinin ve çalışma konumuzun uygulamadaki alanının ciddi bir biçimde azalabileceği düşünülebilir. Ancak bu satış, icra dairesi tarafından açık artırma suretiyle yapılacak satıştan farklı olarak, taşınmazın muhammen bedelinin yüzde doksanı ile satış isteyen alacaklının alacağı açısından rüçhanlı alacaklıları ve o aşamaya kadar olan masrafları karşılaması gerekir. Bir diğer deyişle, rüçhanlı alacakların varlığı bir tarafa bırakılırsa, borçlu tarafından yapılacak satışın icra satışına göre çok daha yüksek bir bedele yapılması gerekecektir. Dolayısıyla, muhtemel taşınmaz alıcıları açısından ihale ile taşınmazı iktisap etmek daha elverişli olacaktır. Öte yandan, borçlu tarafından yapılacak satışta borçlunun 15 gün gibi kısa bir zamanı vardır. Bu kadar kısa sürede taşınmazın satılarak bedelin dosyaya yatırılması da kolay olmayacaktır²⁶. Bu gibi sebeplerle, ilk bakışta, artırma yoluyla yapılan satışların yoğunluğunun çok fazla azalmayacağı ve çalışma konusu yapılmış sorunun bu kanun değişikliği sonrasında da devam edeceği söylenebilir.

²³ İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG, 30/11/2021-31675)

²⁴ Bu şekilde yalnızca *m.* kısaltması kullanıldığı durumlarda, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun hükümleri kastedilmektedir. Diğer kanunlara ilişkin maddeler kanun kısaltmasıyla birlikte verilmiştir.

²⁵ Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin; İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2022, s. 291; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet; İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul 2022, s. 233.

²⁶ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, Özekes, s. 231.

İcra dairesi tarafından açık artırma yoluyla taşınmazın paraya çevrilmesi (İİK m. 111/b)²⁷ ise takip hukukuna göre yapılan özel bir satış türüdür. Önceleri buradaki satışın özel hukuktaki satış sözleşmesinin bir türü olduğu ve satış sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmuştur²⁸. Bununla birlikte anılan satış, bir sözleşmenin varlığı için gerekli olan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını içermez. Zira borçlunun satış için rızası aranmadığı gibi icra dairesi de taşınmazda tasarruf etmeye yetkili malik, zilyet veya bunların temsilcisi değildir²⁹. Bu doğrultuda cebri artırma süreci sonunda yapılan ihaleyi³⁰, kamusal karakterli bir işlem³¹ veya cebri icra işlemi³² olarak ifade etmek gerekir. Cebri icra satışlarına uygulanacak hükümler ise sözleşmelere ilişkin kanun hükümleri değil, kural olarak İcra İflas Kanunu hükümleridir³³.

İhalenin hukukî niteliğinin sözleşme olmaması dolayısıyla ihaleden kaynaklı hukuka aykırılıklar, ilgililere sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi feshetme imkânı vermez. Bu durumda da yani cebri satış işleminin ortadan kaldırılması için, İcra İflas Hukuku hükümlerine göre ihalenin

²⁷ 7343 sayılı Kanununun 33. maddesiyle İcra İflas Kanununa eklenen geçici 18. maddede sayılan, bu hükmün de yer aldığı değişiklik hükümlerinin, öncelikle Adalet Bakanlığınca belirlenecek il ve ilçelerde yönetmeliğin çıkarılmasına itibaren uygulanacağı, en geç 1 yılın sonunda da ülke genelinde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan yönetmelik (İcra ve İflas Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik) Resmi Gazete’de yayınlanarak (RG, 08/03/2022-31772) değişiklik hükümlerinin pilot uygulaması başlatılmıştır.

²⁸ Arslan, Ramazan; İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s.52-53; Namlı, Mert; İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2019, s. 323.

²⁹ Akyazan, Sıtkı; Cebri İcra da İhale ve İhalenin Feshi, İstanbul 1959, s. 73.

³⁰ Artırma bir paraya çevirme türü olup bir süreci ifade ederken; ihale ise bu sürecin başarıya ulaşmasıyla satışın gerçekleşmesi anlamı ifade eder. Bkz. Özkes, Muhammet; İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebepiyle Yapılan Artırma (Tamamlayıcı Artırma), DEÜHFD 2003, C. 5, S. 1, s.168-169. 7343 sayılı Kanun değişikliği ile de artırma ve ihale kavramlarının hatalı olarak birbirinin yerine kullanılmaya devam ettiği hakkında bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, Özkes, s. 224 dn. 21. İhalenin, satış konusunun en yüksek bedeli verene bırakılması şeklinde ifade edilmesi gerektiği hakkında bkz. Bulur, Alper; İcra ve İflas Hukukunda İhalenin Feshi Kavramı ve Satışa Hazırlık İşlemleri Öncesi ile İlgili Fesih Nedenleri, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, DEÜHFD 2009, C. XI, Özel Sayı, s. 769.

³¹ Akyazan, s. 74; Arslan, s. 57; Aslan, Elif Kısmet; İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi, İzmir 2004, s. 104; Yıldırım, Mehmet Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis; İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2021, s. 265; Namlı, s. 326.

³² Çon, Ömer; İhalenin Feshi (İcra ve İflas Kanunu Madde 134), Ankara 2021.

³³ Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 265. Her ne kadar kamusal karakterli bir işlem olsa da ehliyet ve yarar ve hasarın geçişine ilişkin konularda özel hukuk hükümlerinin uygulanabileceği hakkında bkz. Arslan, s. 57.

feshi yoluna başvurulmalıdır³⁴. İhale feshi ise, ihale işleminin, bün-yesindeki kanuna veya hadiseye aykırılıklar dolayısıyla icra mahkemesi tarafından iptal edilmesi veya bozulması anlamına gelir³⁵.

A. İhale Feshi

1. İhale Feshi Sebepleri³⁶

Takip hukukunda kural olarak kesinleşen bir işlem, diğerine temel oluşturur³⁷. Takip bu şekilde aşamalar hâlinde ilerler³⁸ ve bir aşama önceki işlemi bir sonraki aşamada tekrarlamak veya tartışmaya açmak kural olarak mümkün olmaz. Alacaklı tarafından takip talebiyle başlatılan cebri icra faaliyetinde, takip kesinleşmeden haciz aşamasına ve diğer aşamalara geçilmez. Alacaklının hukuki korunma talebini karşılayan takip hukuku, borçluya ve diğer ilgililere takibe karşı koyma imkânı vererek menfaatleri dengelemiştir³⁹. Örneğin, ilamsız takiplerde ödeme emrini alan borçlu böyle bir borcu olmadığını düşünüyorsa takibe itiraz iradesini ortaya koyması yetecek; herhangi bir ispata dahi gerek kalmadan takibi durdurabilecektir. Böylece bir sonraki haciz aşamasına geçilebilmesi için, itirazın, borçlu tarafından icra mahkemesine veya genel mahkemelere yapılacak başvuru yoluyla ortadan kaldırılması gerekir.

³⁴ Kuru, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 700.

³⁵ Arslan, s. 73; Üstündağ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2004, s. 300; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel; İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021, s.348; Bulur, İhale Feshi, s. 770; KrenKostkiewiczJolanta, SchKGKommentarSchuldbetreibungskonkursgesetz mit weiterenErlassen, 20. Auflage, 2020, s.418 Rn.1.

³⁶ İhale feshi sebepleri çeşitli şekilde gruplandırılmaktadır. Temelde, artırmaya hazırlık işlemleri ve artırma sırasındaki işlemler olarak ikiye ayrılabilir gibi [Schlegel, Roger/Zopf, Markus; Kommentar zum BundesgesetzüberSchuldbetreibungsKonkursSchKG (JolantaKrenKostkiewicz, Dominik Vock), 4. Auflage, Zürich 2017, Rn. 3.] satış talebi ile ilgili (Kuru, El Kitabı, s. 701; Atalı, Ermenek, Erdoğan, İcra, s.320), ihaleye fesat karıştırılması (Kuru, El Kitabı, s. 704; Postacioğlu, İlhan/ Altay, Sümer; İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul 2010, s. 610; Arslan, s. 137; Atalı, Ermenek, Erdoğan, İcra, s.321) ve satılanın esaslı vasıflarında hataya düşülmüş olması (Postacioğlu, Altay, s. 611; Arslan, s. 147; Atalı, Ermenek, Erdoğan, İcra, s. 321; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, Özkes, s. 243.) şeklinde farklı gruplar da eklenebilir.

³⁷ Arslan, s. 76.

³⁸ Kuru, El Kitabı, s. 706; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz, Hanağası, s.81.

³⁹ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, Özkes, s. 12-13.

Ödeme emrinin kesinleşmesiyle birlikte borçlunun malvarlığı değerleri üzerinde haciz konulması için, alacaklının yeniden bir talepte bulunması gerekli ve yeterli olur (İİK m. 78). Alacaklının talebi üzerine, icra dairesi tarafından borçlunun alacağı karşılayacak miktarda (İİK m. 85) malvarlığı değeri üzerine haciz konulur. Gerçekleştirilen haciz işlemlerinin her biri, kanuna ve hadiseye aykırılık dolayısıyla borçlu tarafından icra mahkemesine şikâyet yoluna götürülebilir. Haczin kesinleşmesiyle birlikte paraya çevirme aşamasına geçilebilmesi için de kural olarak alacaklının talebi gerekir. Görüldüğü üzere, alacaklının talepleri ve borçlunun denetim imkânını kullanması neticesinde aşama aşama kesinleşerek ilerleyen işlemlerden sonra paraya çevirme aşamasına gelmektedir. Bu aşamaya kadar gerçekleştirilmiş olan işlemler, süresiz şikâyet imkânı veren kanuna ve hadiseye aykırılıklar dışında ihalenin feshi sebebi olamaz⁴⁰.

Taşınmazlar, kural olarak icra dairesi tarafından yapılacak açık artırma yoluyla satış suretiyle paraya çevrilir (İİK m. 111/b ve m. 123). Artırmayı gerçekleştirebilmek için İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş olan bazı hazırlıkların yapılmış olması gerekir. Geçerli bir satış talebi olmadan, artırma ilan edilmeden ve artırma şartnamesi ile mükellefiyetler listesi hazırlanmadan taşınmazın artırma yoluyla paraya çevrilmesi mümkün olmaz. Bu işlemler, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olan ve bu düzenlemelere uyulmaması hâlinde ihaleyi etkileyebilecek⁴¹ olan icra takip işlemleridir. Artırmaya hazırlık işlemlerinden bazılarının kesinleşmesi için özel düzenlemeler oluşturulmuştur. Örneğin, kıymet takdiri işlemine karşı şikâyet (İİK m. 128a) veya mükellefiyetler listesine itiraz üzerine istihkak prosedürünün işletilmesi (İİK m. 128/1) öngörülmüştür. Bunlar dışında da artırmaya hazırlık işlemlerinin kanuna veya hadiseye aykırı olması söz konusu olabilir ki, bu durumda da icra mahkemesine şikâyet başvurusu yapılması gerekir. Şikâyet yoluna başvurulmuş olması tek başına icrayı durdurmayacağından (İİK m. 22) satış dahil

⁴⁰ Arslan, s. 80-81; Çon, s. 30 vd.; Bulur, İhalenin Feshi, s. 773. Paraya çevirme aşamasından önceki işlemlerdeki kanuna aykırılıklardan kamu düzenine aykırı nitelikte olanların ancak genel şikâyet yoluyla ileri sürülebileceği, ihalenin feshi özel bir şikâyet yolu olduğundan bu yola başvurulamayacağı hakkında aksi görüş için bkz. Atalı, Ermenek, Erdoğan, İcra, s. 321.

⁴¹ Rekabeti önleyen hâllerin ve artırma sürecindeki usûle aykırılıkların, ihalenin feshi sebepleri olarak somut düzenlemelere dönüştürülmüş olduğu hakkında bkz. Çon, s.29.

tüm icra işlemlerine devam edilir. Bir diğer ifadeyle, şikâyet kesinleşmeden ihalenin gerçekleştirilmiş olması, ihalenin feshi sebebi sayılmaz⁴². Bununla birlikte, şikâyet üzerine verilen karar aleyhine kanun yoluna başvurulmuş ve bu tarihten sonra taşınmaz ihale edilmişse, bu durumun artık ihalenin feshi sebebi olması gerekir⁴³. Zira, şikâyet üzerine verilen karar aleyhine kanun yollarına başvurulmuşsa artık satışın yapılamaması (İİK m. 363/4 ve 364/3) kanunun emredici hükmü olduğundan, buna aykırı olarak ihalenin yapılmış olması ihalenin feshi sebebi olur.

Artırmaya hazırlık işlemlerinden haberdar olunmuş olmasına rağmen şikâyet yoluna başvurulmamışsa bu işlemler artık o kişiler için bağlayıcı olacağından ihalenin feshi sebebi yapılamaz⁴⁴. Nitekim bu durum, süresinde şikâyet yoluna gidilmemiş icra takip işlemlerinin genel sonucudur⁴⁵. Bununla birlikte, Yargıtay'ın her iki yönde de kararları mevcuttur. Örneğin, KDV oranının daha düşük gösterilmesi gerekirken yüksek gösterildiği ve bunun ihaleye katılımı azalttığı ileri sürülen bir davada, artırmaya hazırlık işlemlerinin ihaleden önce öğrenilmiş olmasına rağmen şikâyet konusu edilmemiş olmasının ihalenin feshi sebebi olamayacağı ifade edilmiştir⁴⁶. Öte yandan, satış ilanının ve şartnamesinin usûlüne uygun düzenlenmediği hususundaki iddiaların daha önce

⁴² “Borçluların ihalenin feshi nedeni olarak belirttiği bu husus İİK'nun 134. maddesinde düzenlenen ihalenin feshi nedenleri arasında yer almamaktadır. Kaldı ki; Antalya 3. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2012/815 Esas, 2013/108 Karar sayılı dosyasında İİK'nun 22. maddesi gereğince verilmiş icranın durdurulması kararı da bulunmadığından, taşınmazın ihaleye çıkartılabilmesi için meskeniyet şikâyetine konu ilanın kesinleşmesinin beklenilmesine gerek yoktur.” 12. HD, 24/04/2014, E. 2014/9157 K. 2014/11980 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴³ “borçlu, ihaleye konu taşınmaza istinaden 22.03.2014 tarihinde meskeniyet şikâyetinde bulunmuş, mahkemece şikâyetin reddine karar verilmiş, bu karar 12.04.2014 tarihinde temyiz edilmiştir. İhale tarihi 19.04.2014 olup, bu durumda satışın durdurulması gerekirken ihalenin yapılmış olması İİK'nun 364/3. maddesine aykırı bulunmaktadır. O halde mahkemece yukarıda anılan yasa maddesine istinaden ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” 12. HD, 21/10/2014, E. 2014/21324 K. 2014/24541 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Benzer bir karar için bkz. 12. HD, 28/09/2017, E. 2017/4587 K. 2017/11634 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴⁴ Arslan, s.107; Üstündağ, İcra Hukuku, s.286;Kuru, El Kitabı, s. 706;Uyar, Talih; Artırmaya Hazırlık Aşamasında Hatalı İşlemlerle İlgili Bozma Nedenleri, ABD 2007, C. I, S. 3, s. 138; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, Özekes, s.243;Jolanta, s. 420, Rn. 9.

⁴⁵ Süresi içinde şikâyet yoluna başvurulmamış olmasının sonuçları için bkz. Pekcanitez, Hakan/ Simil, Cemil; İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 142-143.

⁴⁶ 12. HD, 25/05/2017, E. 2017/2609 K. 2017/7983(Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

şikâyet konusu yapılmamış olsa bile, bu sebeplere dayanılarak ihalenin feshi talep edilebileceği ileri sürülmüştür⁴⁷. Belirtmek gerekir ki, bütün takip işlemlerinin kesinleşmesinin ihalenin feshi talep edilebilen bir aşamaya ertelenmesi mümkün olmamalıdır. Aksi takdirde takip hukukunun aşamalar halinde ve her bir işlemin kesinleşen diğer işleme dayanarak ilerlemesini temin etmek için öngörülen yolların bir anlamı kalmaz. Artırmaya hazırlık işlemleri, ihale tarihinden önce öğrenilmemişse, ihale günü öğrenilmiş sayılır (İİK m. 134/2) ve ihalenin feshi sebebi olabilir. İhale tarihinden önce öğrenilen artırmaya hazırlık işlemlerinin daha sonra ihalenin feshi sebebi olarak ileri sürülebilmesi için süresinde şikâyet yoluna gidilmiş olması gerekir⁴⁸. Nitekim, artırmaya hazırlık işlemlerindeki kanuna aykırılığa vâkıf olup şikâyet yoluyla ortadan kaldırmaya çalışan kişiyi, söz konusu hukuka aykırılığa vâkıf olmadığı için ihale tarihinde öğrenmiş sayılan kişiye karşı dezavantajlı duruma düşürmemek gerekir⁴⁹.

Artırmaya hazırlık işlemlerinin yanı sıra, artırma sırasındaki işlemler de ihalenin feshi sebebi olabilir. Örneğin, artırma şartnamesinde belirtilen günde ve yerde, artırma saatinde⁵⁰ artırma yapılmaması ihalenin feshi sebebidir⁵¹. Nitekim, ilanda açıkça yazılan şartlara uygun davranmak, artırmanın düzenli yapılmasına ve ilgililerin menfaatlerine en uygun şekilde yapılmasına yöneliktir.

⁴⁷ 12. HD, 18/02/2013, E. 2012/30007 K. 2013/4698 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴⁸ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, Özekes, s.243; Muşul, Timuçin; İcra ve İflâs Hukukunda; İhale ve İhalenin Feshi, 5. Baskı, Ankara 2016, s.445.

⁴⁹ Arslan, s.110; Uyar, Artırmaya Hazırlık, s.138,

⁵⁰ İhalenin başlangıç saatine uyulmuş olmakla birlikte bitiş saatinden önce sonlandırılmış olması, ihalenin feshi sebebi iken [12. HD, 29/01/2015, E. 2014/34448 K. 2015/2232 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)] ihalenin bitiş saatinin aşılması tarafların menfaatine uygun olduğundan[12. HD, 27/06/2013, E. 2013/17474 K. 2013/24290 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)] ihalenin feshi sebebi değildir.

⁵¹ Artırma sırasındaki fesih sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, s. 102-106; Yılmaz, Ejder; İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 730; 12. HD, 28/06/2012, E. 2012/7941 K. 2012/23024 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).Belirtmek gerekir ki, 7343 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte artırmanın icra dairelerinin artırma salonlarında fiziken yapılması usûlü ortadan kaldırılmıştır. Bunun yerine elektronik satış portalı üzerinden satış gerçekleştirilecektir (m. 111/b). Bu nedenle, artırma yerinden kaynaklı ihalenin feshi sebeplerinin, elektronik satış portalından kaynaklı ihalenin feshi sebepleri olarak anlaşılması gerekir.

Artırmanın yapılması sırasında gözetilmesi gereken karşılama prensibine aykırı olarak, asgari bedele uyulmadan taşınmazın ihale edilmiş olması, diğer bir ihalenin feshi sebebidir⁵². Asgari bedel ise, taşınmazın kıymet takdiri raporu sonucu elde edilen muhammen bedelin yarısına satış masraflarının eklenmesiyle bulunur (İİK m. 115)⁵³. Ancak, satış isteyen alacağına göre rüçhanlı (öncelikli) alacaklar varsa bu durumda artırmanın asgari bedeli, anılan alacaklara göre bulunur. Bu doğrultuda belirtmek gerekir ki, satış isteyen alacaklıdan önce haciz koydurmuş olan diğer haciz alacaklılarının herhangi bir rüçhan hakkı yoktur, ancak örneğin rehinli alacaklıların rüçhan hakkı mevcuttur ve satış bedelinin rüçhanlı alacaklıların alacağını karşılaması gerekir⁵⁴. Eğer ilk sıradaki rehinli alacaklı satış istemişse, onun açısından bir rüçhan hakkı söz konusu olmaz⁵⁵. Yani, satış bedelinin anılan rehinli alacaklının alacağını karşılaması gerekmez. Ancak sonraki derecedeki rehin alacaklılarından biri satış istemişse, satış bedelinin, önceki rehin alacaklılarının alacağını karşılaması gerekir. Herhangi bir haciz alacaklısının satış istemiş olması ihtimalinde ise satış bedeli, rehin hakkı sahibi tüm alacaklıların alacağını karşılaması gerekir. Bu şekilde, satış bedelinin, ifade ettiğimiz rüçhanlı alacaklıların⁵⁶ alacağını ve satış masraflarını karşılaması gerekir ki, karşı-

⁵² Bu fesih sebebinin resen gözetilmesi gerekir. Bkz. Aslan, s. 113; Yılmaz, s. 730; 12. HD, 02/10/2017, E. 2017/5366 K. 2017/117479165 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁵³ Satış ve paylaşırma masraflarının yalnızca rüçhanlı alacakların bulunması hâlinde eklenmesi gerektiği, diğer durumda zaten bu masrafların karşılanmaması gibi bir sakınca olmayacağı ve Kanunun lafzından da bu anlaşıldığı hakkında bkz. Kuru, El Kitabı, s. 621.

⁵⁴ Postacıoğlu, Altay, s. 563; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, Özkes, s. 225-226.

⁵⁵ Postacıoğlu, Altay, s. 563; Üstündağ, İcra Hukuku, 2004, s. 253.

⁵⁶ Rüçhanlı alacaklının bu haktan vazgeçip vazgeçemeyeceği yani rüçhanlı alacağın altında bir değere satışın yapılmasına muvafakat edip edemeyeceği sorusu, farklı şekillerde cevaplanmıştır. Yargıtay (yakın tarihli örnek bir karar için bkz. 12. HD, 16/06/2021, E. 2021/5071 K. 2021/6577) ve bazı yazarlar (Yılmaz, s. 642; Postacıoğlu, Altay, s. 563-564) bu soruya olumlu cevap vermektedir. Bu yönde bir görüşe göre (Postacıoğlu, Altay, s. 563-564), karşılama prensibinin ihlâl edildiğinden bahisle ihalenin feshini yalnızca rüçhan hakkı sahibi isteyebilir. Buna göre, anılan kişinin ihalenin feshini istemeyerek ihalenin ortadan kalkmasını önleyebilmesinin bir sonucu olarak daha ihale gerçekleşmeden karşılama prensibine aykırı bedele razı olması da mümkün olmalıdır. Aksi yönde bir görüşe göre (Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, Özkes, s. 225-226; Atalı, Ermenek, Erdoğan, İcra, s.302), rüçhanlı alacaklının rüçhan hakkından vazgeçebilmesi mümkün değildir çünkü bu gereklilik aynı zamanda borçluyu korumaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, rüçhan hakkı sahibinin, mahcuz malın kendi alacağını karşılamayacak bir bedele satılmasına rıza göstermemesi durumunda da borçlunun menfaatine aykırı sonuçlar doğabilir. Özellikle üzerindeki yüksek meblağlı bir rehinden dolayı uzun yıllar satışı yapılamayan bir mahcuz (örneğin yedieminde bir nevi çürümeye bırakılan bir araç veya yıllar geçtikçe eskidiği için değer kaybeden bir konut) değer kaybına uğrayabilecek ve bu durum da hem alacaklıların hem borçlunun menfaatine aykırı olacaktır.

lama prensibine uyulmaması sebebiyle ihalenin feshi sebebi gerçekleşmiş olmasın.

İhalenin feshi sebepleri içinde, satış ilanının tebliğ edilmemiş olması, satılanın esaslı vasıflarında hataya düşülmüş olması ve artırmaya fesat karıştırılmış olması özel bir yere sahip olup ihale tarihinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülebilir. Bunlardan, satış ilanının ilgililere tebliğ edilmemiş olması, ihalenin geçerliliğine etki eden esaslı bir şart⁵⁷ olup; başlı başına bir ihalenin feshi sebebidir⁵⁸. Nitekim kendisine tebliğ yapılmayan veya usûlsüz olarak tebliğ yapılan borçlu borcunu ödeyerek taşınmazı satıştan kurtarma imkânından yoksun bırakılmış olur⁵⁹. Tebliğ yapılmayan ya da usûlsüz tebliğ yapılan ilgililer de taşınmazın satışına kendileri katılmadıkları gibi artırmaya daha fazla kişinin katılımını sağlama imkânından mahrum edilmiş olurlar⁶⁰.

Satılanın esaslı vasıflarında hataya düşürülmüş olduğunun kabul edilebilmesi için ise, artırma şartnamesinin satılan eşyanın özelliklerini tam ve doğru bir şekilde yansıtmamış olması gerekir⁶¹. Bir başka deyişle, artırma şartnamesi ile ihale konusu taşınmaz örtüşmekteyse satılanın esaslı vasıflarında hataya düşülmüş olamaz. Esaslı hata, benzer işlemlerde geçerli dürüstlük kurallarına göre ihale alıcısının pey sürerken göz önünde bulundurduğu hususlarda⁶² eksik veya yanlış bir bilgiye sahip olması demektir. Son olarak, kanuna veya ahlâka aykırı bir şekilde artırmaya fesat karıştırılmış olması (TBK m. 281) da ihale tarihinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülebilen bir fesih sebebidir⁶³. Bu fesih sebebi,

⁵⁷ Üstündağ, İcra Hukuku, 2004, s. 261.

⁵⁸ 12. HD, 12/06/2017, E. 2016/27658 K. 2017/9165 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁵⁹ Arslan, s.94-95.

⁶⁰ Arslan, s.94-95.

⁶¹ Çon, s. 50.

⁶² Kuru, El Kitabı, s. 705; Jolanta, s. 419, Rn. 7. Esaslı hata teşkil edebilecek hâllere örnekler için bkz. Bulur, Alper; İcra ve İflas Hukukunda "Fesat Karıştırma" ve "Malın Esaslı Niteliklerinde Hata"ya Dayanan İhalenin Feshi Nedenleri, GÜHFD 2007, C. XI, S. 1-2, s. 64 vd.

⁶³ Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan; İİK Şerhi, C. III, Ankara-2007, s. 3238; Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 304; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz, Hanağası, s. 350; Kuru, El Kitabı, s. 704; Çon, s. 30; Staehelin, Bauer, Staehelin, s. 1228.

artırmanın amacına ulaşmasını ve şeffaf bir rekabet ortamını temin etmek için getirilmiştir. Öyle ki, hukuka ve artırmanın doğal seyrine aykırı hareketlerle artırmanın amacından bir nebze saptırılmış olduğu durumlar ihaleye fesat karıştırıldığına işaret eder⁶⁴.

2. İhalenin Feshi Usûlü

İhalenin feshi, icra mahkemesinden şikâyet yoluyla talep edilir. Yani, ihalenin ortadan kaldırılması amacıyla icra mahkemesinden talep edilen hukukî korumanın niteliği şikâyettir⁶⁵. Şikâyet ise, Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen dava türlerinden değildir⁶⁶; icra mahkemesi tarafından icra dairesinin işlemlerinin iptaline, düzeltilmesine veya gerçekleştirilmesine karar verilen takip hukukuna has bir hukukî çaredir⁶⁷. İcra mahkemesine yöneltilecek ihalenin feshi talebi de ihalenin feshi sebeplerinin varlığı gerekçesiyle ihale işleminin iptalinin şikâyet yoluyla istenmesidir.

İhalenin feshini talep etme süresi, ihale tarihinden itibaren yedi gündür (İİK m.134/2). Satış ilanının tebliğ edilmemiş olması, satılan malın esaslı vasıflarında hata hâli ve ihaleye fesat karıştırılmış olması hâllerinde bu süre, öğrenme tarihinden başlar; ancak ihalenin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilan edildiği (artır-

⁶⁴ Arslan, s. 137, 139; Üstündağ, İcra Hukuku, s. 285. Benzer şekilde bkz. Kuru, El Kitabı, s. 705; Yılmaz, s. 728. Artırmaya fesat karıştırma niteliğindeki eylem, artırma memuru, borçlu, artırmaya katılanlar ve üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilebilecektir. Örnekler için bkz. Bulur, s. 54 vd. HGK, 21.5.2019, E. 2017/12-2009 K. 2019/587 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Fesat karıştırma niteliğindeki fiillerin yeterli olduğu, artırma bedelinin, bu fiillerden etkilenmesi gereğinin aranmadığı; aksi takdirde iptalin son derece zorlaşacağı hakkında bkz. Staehelin, Adrian/Bauer, Thomas/Staehelin, Daniel; BundesgesetzüberSchuldbetreibungundKonkurs I, 2. Auflage, Basel 2010, s. 1229.

⁶⁵ Kuru, El Kitabı, s. 706; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz, Hanağası, s. 351; Çon, s.19; Staehelin, Bauer, Staehelin, s. 1228.

⁶⁶ Yılmaz, s. 722; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz, Hanağası, s. 75; Uyar, Talih/Uyar, Alper/Uyar, Cüneyt; İcra Hukukunda Şikâyet, 3. Baskı, Ankara 2020, s.3.

⁶⁷ Şikâyetin hukukî niteliği hakkında ayrıntılı tartışmalar için bkz. Pekcanitez, Simil, s. 27-49.Şikâyetin kendine has bir kanun yolu olduğu hakkında bkz. Muşul, Şikâyet, s.53;Postacıoğlu, Altay, s. 57; Yıldırım, Deren-Yıldırım, s.41.Şikâyetin, takip hukukuna ait bir kanun yolu olduğu hakkında bkz. Üstündağ, İcra Hukuku, s. 44-45; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz, Hanağası, s.75.

ma gününü takip eden ilk iş günü) tarihten itibaren bir yılı⁶⁸ geçemez (İİK m. 134/10)⁶⁹. İhalenin feshini talep etme süreleri, kamu düzeninden olduğundan mahkeme tarafından resen gözetilir⁷⁰. Bu süreler geçirilerek şikâyet yoluyla ihalenin feshi talep edilmemişse ihale, taraflar ve icra organı açısından kesinleşir⁷¹. Bir diğer deyişle, ihalenin feshi yoluna gidilmemesinin sonucu, ihaledeki muhtemel fesih sebeplerinin düzelmiş olduğunun ve ihalenin iptalinde yararı olan ilgililerin ihaleyi kabul etmiş olduğunun varsayılmasıdır⁷².

İhalenin feshini kimlerin talep edebileceği ise, ihalenin feshi sebebine göre değişir⁷³. Bir diğer ifadeyle, ihalenin feshini isteyebilecek kişiler, her durumda ihalenin feshini talep edemez; menfaatlerinin zarar gördüğünü ispat etmeleri gerekir (İİK m. 134/11). Buna göre örneğin, taşınmazın takdir edilen değerinden fazla bir bedele ihale edilmesi hâlinde, borçlunun ihalenin feshini talep etmekte hukuki yararı yoktur⁷⁴. Ancak, taşınmazın değeri alacağını karşılamayan haciz alacaklıları açısından hukuki yararın var olduğu kabul edilmelidir. Zira ilgili alacaklının iddia ettiği usûlsüzlük olmasaydı belki de taşınmazın ihale bedeli daha yüksek olabilecek ve alacaklının alacağı bir miktar da olsa fazla karşılanabilecektir. Bununla birlikte, kanunda (İİK m. 134/2) ihalenin feshini talep ede-

⁶⁸ Kamu düzenine aykırılık hâllerinin bulunması hâlinde ise, süresiz şikâyet söz konusu olur ki bu da üçüncü kişilerin kazanma anına veya en nihayetinde takibin sona ermesinden itibaren bir yıla kadar olan sürede şikâyet imkandır. Bkz. Postacıoğlu, Altay, s. 71-72; Arslan, s. 178-180; Pekcantez, Simil, s. 151-152. İhalenin feshinin 1 yıllık süreden sonra da istenebilmesinin, -kanunda yer almamasına rağmen- mümkün olduğu ancak bunun sınırlarının olduğu şekilde benzer açıklamalar için bkz. Staehelin, Bauer, Staehelin, s. 1227; Schlegel, Zopfi, Rn. 4.

⁶⁹ 7343 sayılı kanunla değiştirilen bu fıkra hakkında da geçici madde uygulama alanı bulacaktır. Bkz. yuk. dn. 27.

⁷⁰ Kuru, El Kitabı, s. 711; Pekcantez, Simil, s. 139.

⁷¹ Süreler geçtikten sonra ihalenin kesinleşmiş olacağı hakkında bkz. Kuru, El Kitabı, s. 108, 710-711. Sürelerin geçmesiyle birlikte ihalenin feshi talep edilemeyeceği hakkında bkz. Postacıoğlu, Altay, s. 69, 621; Pekcantez, Simil, s. 142-143. Şikâyet süresinin geçmesiyle icra işleminin kesinleşeceği hakkında bkz. Muşul, Şikâyet, s. 246-247; Staehelin, Bauer, Staehelin, s. 158.

⁷² Süresi içinde şikâyet yoluna başvurulmamış olmasının sonuçları için bkz. Pekcantez, Simil, s. 142-143.

⁷³ İhalenin feshini isteyebilecek kişilerin hangi sebeplere dayanarak ihalenin feshi talep edebileceğinin Federal Mahkeme içtihatlarına dayanarak ifade eden açıklama için bkz. Üstündağ, İcra Hukuku, s.289; Staehelin, Bauer, Staehelin, s. 1227; Schlegel, Zopfi, Rn. 2.

⁷⁴ 12. HD, 08/05/2017, E. 2017/30463K. 2017/7373 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

bilecekler sınırlı bir şekilde sayılırken, alacaklılar arasında da yalnızca satış isteyen alacaklının ihalenin feshi talep edebileceği belirtilmiştir. Bu durum taşınmazlar açısından bir sorun oluşturmaz. Zira satış talep etmemiş olsa bile taşınmaza geçerli bir haciz koydurmuş olan alacaklılar, tapu sicilindeki ilgililer kapsamında olacağından ihalenin feshini talep edebilir. Ancak taşınırlarda, satış talep etmeyen haciz alacaklıları, taşınır sicile kayıtlı olup da bu sicile haciz şerhi koydurmuş olsalar bile ihalenin feshi imkânından yararlanmayacaklardır. Alacaklılar arasında bu şekilde haklı bir sebep olmaksızın ayrıma gidilmesi hak arama hürriyetinin ihlâlüne sebep olabilecektir. Bu nedenle, sınırlı sayıma tâbi olmasına rağmen, bir kişinin ihalenin feshini talep edip edemeyeceği, hükmün amacından yani ihalenin feshinde hukukî yararı olan kişilere bu imkânın verilmesi gerekliliğinden yola çıkılarak belirlenmelidir⁷⁵.

İhalenin feshini talep eden kişinin ihalenin feshini talep etme yetkisi olan kişilerden olmaması veya menfaatinin ihlal edildiğini ispat edememiş olması ya da ihalenin feshi talebinden feragat edilmiş olması durumlarında, icra mahkemesi tarafından ihalenin feshi sebeplerinin incelemesine geçilmez⁷⁶. Esasa geçilmeden karar verilebilecek bu hâllerde duruşma yapılması gerekmez (İİK m.134/5). 7343 sayılı Kanun değişikliği öncesinde ise böyle bir ayrıma gidilmemişti ve hatta ihalenin feshi yargılaması duruşma yapılma zorunluluğu olan tek şikâyet yargılamasıydı⁷⁷.

⁷⁵ Kanunda ihalenin feshini isteyebilecek kişiler şu şekilde sayılmıştır: *Yalnız satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler*. Bu şekilde sınırlı sayım usulü 3494 sayılı Kanunla getirilmiştir. Zira, ihalenin feshi talebinde bulunma imkânı, kötüye kullanılmaktaydı ve sınırlama ihtiyacı duyulmuştu. Ancak, anılan düzenleme, pek çok açıdan sorunlar oluşturmıştır. Örneğin, borçlu ihalenin feshini talep edebilecekken, kefil veya kendi ihaleden artan alacak için kendi sorumluluklarına gidilebilecek şirket ortakları ihalenin feshi yoluna başvuramayacaktır. Hâlbuki ihalenin ortadan kaldırılmasında bu kişilerin de hukukî yararı vardır. Hukukî yararın varlığına rağmen bu kişiler arasında ayırım yapılması, hak arama hürriyetine ve ihalenin feshi kurumunun amacına aykırı olacaktır. Bu nedenle anılan düzenlemede lafzen yer almamasına rağmen, ihalenin feshini talep edebilecek kişiler hakkında detaylı açıklama için bkz. Erdönmez, Güray; İcra ve İflâs Hukukunda İhalenin Feshini İsteyebilecek Kişiler, MİHDER 2008, C. 4, S. 10, s. 360 vd.

⁷⁶ Bu durumlarda şikâyetin usûlden reddi gerektiği ifade edilmişse de (Kuru, El Kitabı, s.720-721) bu sayılan sebeplerin hepsi usûlelişkin hususlar değildir. Ayrıca şikâyet bir dava olmadığından şikâyetin usûlden reddinden de bahsedilemez.

⁷⁷ Kanuna duruşma yapılması gerektiğine ilişkin cümle eklenmeden önce de Yargıtay tarafından ihalenin feshi talebinin duruşmalı incelenmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Bu konudaki kararlar için bkz. Pekantez, Simil, s. 341.

Şikâyet, kamu yararına değil kişisel yararların korunmasına hizmet ettiğinden kural olarak tasarruf ilkesi geçerlidir⁷⁸. Bu nedenle ihalenin feshinde de tasarruf ilkesi geçerlidir⁷⁹. İhalenin feshi sebepleri, kural olarak taraflarca gösterilecek olmakla birlikte, kamu düzenine aykırılık hâllerini gösteren vakıalar mahkeme tarafından kendiliğinden araştırılabilecektir⁸⁰. Vakıaların şikâyet konusu edilmesinden sonra ise bu vakıalar hakkında yapılacak araştırma ve delillere başvurulması bakımından icra mahkemesi de kendiliğinden araştırma yapabilir⁸¹. Bu doğrultuda, gösterilen vakıalarla ilgili araştırma ve delillere başvurma noktasında mahkemenin etkinliğinin bir davadakinden daha fazla olduğu söylenebilir. İhalenin feshi sebeplerinin varlığını araştıran icra mahkemesi, bu inceleme sırasında tanık dinleyebileceği gibi⁸² yemin dâhil⁸³ her türlü delile başvurabilecektir⁸⁴. Dolayısıyla icra mahkemesinin, genel kuraldan farklı olarak ihalenin feshi talebi üzerine yaptığı incelemede, sınırlı/dar yetkili olmadığı ifade edilmelidir. Hatta, ihalenin feshi talebinin kabulünün neticelerinden dolayı mahkemenin, tarafların ikrarı ile bağlı olmaması gerektiği de ifade edilebilir⁸⁵.

İhalenin feshi incelemesi üzerine, fesih talebinin kabul edilmesiyle birlikte ihale, tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkar⁸⁶. Bir diğer ifadeyle-

⁷⁸ Pekcanitez/Simil, s.374. Yazarlara göre, icra mahkemesi kamu düzenine aykırılık hâllerinde, denetim yetkisinin gereği olarak kendiliğinden harekete geçebilmelidir.

⁷⁹ Çon, s.112.

⁸⁰ Pekcanitez/Simil, s.377; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, Özkes, s.247.Benzer şekilde Çon, s.114.

⁸¹ Kuru, s.324.Şikâyet konusu vakıaların araştırılması açısından kendiliğinden araştırma ilkesi de tam olarak geçerli değildir; zira, en nihayetinde vakıalar tam olarak aydınlatılmış değilse ispat yükü kurallarına göre karar verilir. Bu konuda bkz. Pekcanitez, Simil, s.378-379.

⁸² Postacıoğlu, Altay, s. 612; Oskay, Koçak, Deyneki, Doğan, İİK şerhi, s.3239. İhalenin feshinde fesat iddiası hakkında tanık dinlenebileceği hakkında bkz.Pekcanitez, Simil, s. 370.

⁸³ İhaleye fesat karıştırılmış olması aynı zamanda bir suç oluşturduğundan bu vakıa hakkında yemin teklif edilemez. Bkz. Kuru, El Kitabı, s.720; Uyar, Uyar, Uyar, s. 429.

⁸⁴ Arslan, s.202.İhalenin feshi sebeplerinden fesat iddiası hakkında her türlü delile başvurulabileceği hakkında bkz. Yılmaz, s. 725; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz, Hanağası, s.352; Atalı, Ermenek, Erdoğan, İcra, s. 328; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, Özkes, s.247.

⁸⁵ Arslan, s.191; Kuru, El Kitabı, s. 720.

⁸⁶ Arslan, s. 202-203.

le ihalenin feshi kararı, ihale ile ihale alıcısına geçen mülkiyetin, ihalenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasıyla önceki malike geri dönmesini sağlar⁸⁷.

C. İhalenin Kesinleşmesi ve Taşınmazın Tapuya Tescili

Taşınmazın mülkiyetinin ihale alıcısına geçmesi için ihalenin kesinleşmesi gerekli değildir. Nitekim artırmanın sona erdiği gün ve saatte, karşılama prensibine uygun olarak en yüksek peyi sürene, taşınmaz ihale edilmiş ve mülkiyet geçmiştir (İİK m. 115/2 ve m. 134/1). İhalenin kesinleşmesi, taşınmazın tapuya tescili için gereklidir. Bu doğrultuda, ihale için şikâyet süresinin geçirilmesi veya bu süre içinde ihalenin feshi talep edilmiş olup da bu talebin reddi kararı kesinleşmiş olunca (İİK m. 115/2 ve m. 134/12) ihale kesinleşmiş olur⁸⁸. Şikâyet süresinin geçirilmiş sayılması için ihale tarihinden itibaren başlayan yedi günlük sürenin geçmesi yeterlidir; ihale kararının elektronik satış portalında ilan edildiği tarihten başlayan ve üç fesih sebebi için getirilmiş olan bir yıllık çatı sürenin geçmesi gerekmez⁸⁹. İhale bedelinin ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde (İİK m. 130) ödenmemesi durumunda ise artırma iptal edilmiş olacağından (İİK m. 114/6-10 ve m. 115/6) tapuya tescil için yazı yazılmayacaktır⁹⁰.

⁸⁷ Üstündağ, İcra Hukuku, s. 300; Kuru, Baki; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2016, s. 326; Schlegel, Zopf, Rn. 6.

⁸⁸ Kuru, El Kitabı, s. 718, 722; Yılmaz, s. 715; Sirmen, A. Lâle/ Taşınmaz-İcra ve İflas Hukuku, s. 715; Yargıtay Kararlarına Göre İhale Feshedilmeksizin Sicilin Düzeltilmesi Davası Açılması, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, Ed. Tuğçe Tuzcuoğlu, A. Hulki Cihan, İstanbul 2019, s. 508.

⁸⁹ Kuru, El Kitabı, s. 718; İİK m.134/12'de tapu siciline tescil için muayyen müddet ile kastedilenin, madde metninin geçirdiği tarihsel gelişim, komisyon gerekçesi ve Mevaz İsviçre düzenlemesi dikkate alınarak yedi günlük süre olması gerektiği hakkında bkz. Budak, Ali Cem; Cebri İcra Satışlarda Taşınmazın Alıcı Üzerine Tescili İçin Tapu Dairesine Yazılacak Müzekkerenin Ne Zaman Gönderileceği, DEÜHFD 2009, C. XI, Özel Sayı, s. 918-920. Yedi günlük sürede henüz tescil için yazı yazılmamış ve bu arada ihalenin feshi talep edilmişse tescil için bu fesih talebinin reddi kesinleşmesi gerekecektir. Bkz. Aslan, s. 136; Atalı, Ermenek, Erdoğan, İcra, s. 324.

⁹⁰ 7343 sayılı kanunla değiştirilen bu hükümler (m. 114, 115, 130) hakkında da geçici madde uygulama alanı bulacaktır. Bkz. yuk. dn. 27.

İhalenin feshi için süresinde şikâyet yoluna başvurulmuşsa ihalenin kesinleşme anı, bu talep hakkında verilecek kararın kesinleşmesi anına ötelenmiş olur. İhalenin feshi talebi kabul edilmiş ve bu karar kesinleşmişse ihale ortadan kalkmış olduğundan ihalenin kesinleşmiş olmasından da bahsedilemez⁹¹. İhalenin feshi talebi reddedilip de bu karar kesinleşmişse ihale, kesinleşmiş olur⁹². İhalenin feshi talebinin reddi kararının kesin hüküm etkisi, yalnızca ihalenin feshini talep eden kişinin gösterdiği ihalenin feshi sebebiyle sınırlıdır⁹³. Bunun sonucu olarak, ihalenin feshini talep eden kişi, farklı bir sebebe dayanarak ihalenin feshini talep edebileceği gibi, diğer ilgililer de süre başta olmak üzere diğer şartlara uymak kaydıyla ihalenin feshini isteyebilir⁹⁴. Bu ihtimallerde ise ihalenin kesinleşmesi her bir ihalenin feshi talebinin reddi kararının kesinleşmesiyle gerçekleşir.

İhalenin feshi talebinin reddi kararı kesinleşmeden taşınmaz bir şekilde tescil edilmiş olup da ihale feshedilirse bu ihtimalde yapılan tescil yolsuz bir tescil olur. Ayrıca, yedi günlük süre geçtiği için taşınmaz tapuya tescil edildikten sonra, bir yıllık üst süre dolmadan ihalenin feshi talep edilerek ihale ortadan kaldırılmışsa bu ihtimalde de ihale alıcısı adına yapılmış tescil, yolsuz tescil olur. Nitekim bu hâllerde tescilin hukukî sebebi olan ihale ortadan kalkmış olur⁹⁵.

III. İHALE ALICISININ EDİNİMİNİN TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİ DAVASINDAKİ DURUMU

A. Yargıtay'ın Yaklaşımı

İcra mahkemesi kararlarının, kural olarak maddi anlamda kesin hüküm etkisi olmayacağı ancak ihalenin feshi talebinin reddi kararlarının, bu kuralın istisnalarından biri olduğu Yargıtay'ın önceki kararlarında

⁹¹ Kuru, İcra-İflâs, s. 327; Çon, s.145.

⁹² Arslan, s. 200; Kuru, İcra-İflâs, s. 325.

⁹³ Kuru, El Kitabı, s. 722-723.

⁹⁴ Arslan, s. 201.

⁹⁵ Yolsuz tescil, tescilsiz iktisap hâllerinde de söz konusu olabilecektir. Bkz. Hatemi, s. 111; Sirmen, s. 218.

vurgulanmaktaydı⁹⁶. Ancak Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 2010 tarihli kararıyla⁹⁷ birlikte, icra hukuku kapsamında ve basit yargılama usûlüne tâbi bir yargılamada, mülkiyet hakkının sebebinin varlığı-yokluğu hakkında bir sonuca varılamayacağı belirtilerek mevcut içtihattan dönülmüştür. Karara göre, ihalenin geçersiz işlemlere (usûlsüz tebligata) dayanması dolayısıyla yapılan tescil, yolsuz olduğundan mülkiyet hakkına dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davasının her zaman açılabilmesi gerekir. Böylece, ihalenin dayandığı bir işlemin (hak düşürücü sürede hareketsiz kalınmış veya icra mahkemesine yapılan şikâyet reddedilmiş olsa bile) geçersizliği ileri sürülerek tapu sicilinin düzeltilmesi davasında tekrardan ele alınabilmesinin mümkün olacağı bir yaklaşım benimsenmiştir.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin kararından sonra Hukuk Genel Kurulunda da benzer şekilde bir karar verilmiştir⁹⁸. Karara göre, ihale alıcısı adına yapılan tescilin yolsuzluğu sonucunu doğuran tüm vakıalar (örneğin takibin dayanağı olan borç ilişkisinin gerçek olup olmadığı, takibin usûlüne uygun olarak yapılıp yapılmadığı ve ihalenin feshi sebeplerinin mevcut olup olmadığı) tapu sicilinin düzeltilmesi davasında incelenebilir. Kararda iki ihtimal ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Buna göre, daha önce icra mahkemesinin incelemesinden geçmeyen hususların, tapu si-

⁹⁶ “İcra Mahkemelerinin kararları ilke olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezse de, ihalenin feshi (İİK m.134), İstihkak davaları (İİK m.97, 99 ve 228), ilamın zamanaşımına uğramış olduğu (İİK m.33/a, II) hususunu karara bağlayan İcra Mahkemesi kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederler.” HGK, 07/03/2007, E. 2007/21-111 K. 2007/109 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). “sicilin dayanağını oluşturan icra ihalesi iptal edilmedikçe doğurduğu sonuçların korunması gerekeceği kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken” 1. HD, 13/03/2007, E. 2007/5635 K.2007/6783 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Benzer kararlar için bkz.12. HD, 13/06/2000, E. 2000/8866 K. 2000/9783; 12. HD, 01/04/2011, E. 2010/24399 K. 2011/5319; 11. HD, 26/05/2003, E. 2002/13102 K. 2003/5435 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁹⁷ 1. HD, 12/05/2010, E. 2010/5029 K.2010/5612(Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 2010 yılından önceki bir kararında daihalenin feshi talebinin reddi kararlarının kesinleşmesine rağmen, ihalenin dayanağı olan takipteki alacağın kaynağı olan idari işlem iptal edildiği için tescilin yolsuz hâle geldiği ve tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılacağı ifade edilmişti. Bir başka ifadeyle, ihale ortadan kaldırılmamış olmasına rağmen, hatta ihalenin feshi talebinin reddi kararları kesinleşmiş olmasına rağmen, ihalenin feshi talebinde yalnızca şekli bir inceleme yapıldığından tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılacağı, yani ihalenin feshi talebinin reddi kararının kesin hüküm teşkil etmeyeceği örtülü biçimde kabul edilmişti. Bu karar için bkz. 1. HD, 13/07/2009, E. 2009/5479 K.2009/8221 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

⁹⁸ HGK, 01/06/2011, E. 2011/321 K. 2011/382 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

cilinin düzeltilmesi davasında inceleme konusu yapılabileceği oy birliği ile benimsenirken; icra mahkemesi tarafından incelenmiş hususların, tapu sicilinin düzeltilmesi davasına konu olup olamayacağı noktasında oy birliği sağlanamamıştır. Kurul çoğunluğuna göre icra mahkemesi, daha şekli bir incelemeyle araştırma ve inceleme alanı sınırlı şekilde karar vermektedir. Öte yandan bazı üyeler ise, icra mahkemesindeki incelemenin sınırlı olmadığı, icra mahkemesinin tanık dâhil her türlü delile başvuru imkânı olduğu ve tarafların ikrarı veya kabulü ile de bağlı olmaksızın ihalenin feshi sebeplerinin mevcudiyetinin araştırdığı gerekçeleriyle çoğunluk görüşüne karşı çıkmışlardır.

Yargıtay'ın içtihat değişikliğine rağmen Hukuk Genel Kurulunda şimdye kadar verilmiş kararlarda oy birliği sağlanamamış⁹⁹; aksine, ihalenin feshi talep edilmemiş olması durumunda tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilmesi noktasındaki oy birliği de ortadan kalkmıştır. Bir diğer deyişle, önceki genel kurul kararında, ihalenin feshi talep edilmemişse tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilmesi şeklindeki muhalefet görüşü; ihale, icra mahkemesi kararı ile feshedilmiş olmadıkça tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmayacağı şeklinde genişletilmiştir. Hukuk Genel Kurulunda bu şekilde görüş ayrılığı sürerken, icra mahkemesi kararlarının temyiz incelemesinde görevli olan 12. Hukuk Dairesi de ihalenin feshi taleplerinin reddi kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği yönündeki içtihadından dönmüş değildir¹⁰⁰.

B. Öğretinin Yaklaşımı

Öğretide, Yargıtay'ın içtihat değişikliğini doğrudan ele alan üç yaklaşım olduğu ileri sürülebilir. Bunlardan ilkinde göre, takip hukuku ve başka sebeplerden kaynaklı olarak sınırsız sürelerle tapu sicilinin düzeltilmesi davasının açılması imkânı cebri artırmaları imkânsız kılacaktır. Bu nedenle icra mahkemesinin kararını denetleyecek türde

⁹⁹ HGK, 11/02/2021, E. 2018/511 K. 2021/69 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); HGK, 17/10/2019, E. 2017/1279 K. 2019/1070 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); HGK, 4/11/2020, E. 2020/431 K. 2020/836 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹⁰⁰ Bu görüşün açıkça ifade edildiği bir karar için bkz. 12. HD, 19/11/2019, E. 2019/12690 K. 2019/16729 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

bir yola hangi sebeple olursa olsun imkân tanınmaması, ihale konusu taşınmazın önceki malikinin mülkiyet hakkının usûlsüzlüğe sebep olan kişiye yapacağı başvuruyla korunması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰¹ Aynı doğrultuda olan başka bir görüşe göre¹⁰² ise, icra mahkemesinin yaptığı her inceleme, Yargıtay'ın ifade ettiği gibi şekilci ve yüzeysel değildir. Şekilci ve yüzeysel inceleme yapılması, şikâyet yolunun genel bir özelliği değildir; yalnızca, icra mahkemesinin alacağın esasına yönelik inceleme yaptığı itirazın kaldırılması usûlü şekilci ve yüzeysel olarak nitelenebilir. Bu hâlde de zaten bizatihi İcra İflas Kanunu tarafından genel mahkemelerde alacağın esasına yönelik bir inceleme imkânı saklı tutulmuştur. Hâlbuki ihalenin feshi yargılamasında icra mahkemesi, diğer hukuk mahkemelerinin sahip olduğu yetkiden daha fazlasına sahiptir. Nitekim, tarafların ikrarıyla bağlı olmadığı gibi taraflardan ayrı olarak da kendiliğinden araştırma yapabilecektir.

Yargıtay'ın içtihat değişikliği hakkındaki ikinci yaklaşım ise, bu değişikliği kural olarak doğru bulmamakla birlikte, bazı durumlarda isabetli olabileceğini ileri sürmektedir. Bu yöndeki ilk görüşe göre¹⁰³, ihalenin feshi talebinin reddi kararı kesin hüküm oluşturduğundan yalnızca yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılabilir. Nitekim, icra mahkemesince yapılan ihalenin feshi yargılamasında, deliller serbestçe değerlendirilmesine rağmen verilen karara kesin hüküm etkisi tanımamak usûl ekonomisine aykırı olur. Ancak bu görüşe göre, ihalenin feshi talebinin engellenmesi durumunda tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilmesi gerekir. Bununla birlikte, ihalenin feshi talebinin engellenmesi ile kastedilenin ne olduğu anlaşılammaktadır. Örneğin, bu engelleme, irade sakatlığı şeklinde ise zaten bu durumda ihale tarihinden itibaren bir yıllık bir süre söz konusudur. Ancak hak düşürücü süreler boyunca devam eden bir tehdit hâli gibi bir engelleme söz konusu ise, hak düşürücü süreye tâbi tüm durumlarda böyle bir engelleme mümkündür

¹⁰¹ Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s.325.

¹⁰² Sirmen/ Taşpınar-Ayvaz, s.519. İcra mahkemesinin yaptığı incelemenin genellikle sınırlı olduğu ancak ihalenin feshi incelemesinin bunun istisnası olduğu hakkında bkz. Karşlı, Abdurrahim; İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, İstanbul 1995, s. 64-65.

¹⁰³ Uyar, Alper; İhalenin Feshi Talebinin Reddedilmesinden Sonra Tapu İptali ve Tescil Davası Açılabilir Mi?, İBD 2011, C. LXXXV, S.1, s. 167, 170.

ve bu engellemenin doğurduğu sonuçları hukuken tazmin etme yolları mevcuttur. Benzer şekilde başka bir görüşe göre¹⁰⁴ ise, ihalenin feshi talebinin reddi kararının kesinleşmesi hâlinde, ihale konusu taşınmazın mülkiyeti, tapu sicilinin düzeltilmesi davasına konu olamaz; ancak, bazı durumlarda, ihalenin feshinde hak düşürücü süreler geçirilmiş olduğundan tapu sicilinin düzeltilmesi davasına ihtiyaç doğabilir. Bununla birlikte, hak düşürücü sürelerin geçirildiği hangi durumlarda, böyle bir ihtiyacın açığa çıkacağı belirsizdir. Ayrıca, böyle bir durumda, hak düşürücü nitelikteki ihalenin feshini talep etme süreleri önemsizleşecek, bu da hukukî güvenliği sarsabilecektir¹⁰⁵.

Yargıtay'ın içtihat değişikliği hakkındaki son yaklaşımına göre ise, bu değişiklik isabetlidir. Bu görüşe göre ise¹⁰⁶, tapu sicilinin düzeltilmesi davası bir süreye tâbi değilken, ihalenin feshi talebinin hem dava niteliğinde olmaması hem de hak düşürücü nitelikte bir süreye bağlı olması dolayısıyla ihaleye dayanılarak yapılmış olan tescilin düzeltilmesi için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilir. Yargıtay'ın içtihat değişikliği ile paralel olan bu görüş hakkındaki değerlendirmeler ise bir sonraki başlıkta ele alınmıştır.

C. Görüşümüz

1. Genel Olarak

Yargıtay'ın içtihat değişikliğiyle birlikte borçlu, ihalenin feshini talep etmeden veya ihalenin feshi talebi reddedilmiş olsa bile ihale alıcısına karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilecektir. Tapu sicilinin düzeltilmesi davası açma hakkı bir süreyle sınırlandırılmadığı için ihalenin feshi talep etme süresini kaçıran borçlu, dilediği zaman ihaledeki bir sakatlığı denetlettirebilecektir. Böylece, ihalenin feshi sebeplerinin hatta icra takip işlemlerindeki herhangi bir sakatlığın, ihaleye etki ederek tescilin hukukî sebebini yolsuz hâle getirdiğinden bahisle tapu sicilinin

¹⁰⁴ Çon, s. 146 vd.

¹⁰⁵ Bkz. aş. III/C-2.

¹⁰⁶ Ertaş, s.323.

düzeltilmesine karar verilebilecek ve bu işlemler için geçerli sürelerin bir anlamı kalmayabilecektir. Öte yandan bu içtihat değişikliğiyle birlikte, İcra İflas Kanunu gereğince icra mahkemesinin görev alanına bırakılmış işler, genel mahkemelerde inceleme konusu yapılabilecektir. Ayrıca, ihaleye ve takibe güvenin korunması gereğine de aykırı davranılmış olacaktır. Nitekim, gerek ihale alıcısının ihale ile elde ettiği mülkiyet gerek alacaklıların, ihale bedeliyle alacakları oranında tatmin olması, her zaman ortadan kaldırılabilir tereddütlü bir hukukî duruma dönüşecektir. Dolayısıyla, Yargıtay'ın içtihat değişikliğinin pek çok açıdan sorunlar oluşturacağı kanaatindeyiz. Bu sorunlar aşağıda ayrı başlıklar altında ve ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

2. Hukukî Güvenlik İlkesi Açısından

Hukukî güvenlik ilkesi, kuralların, uygulamanın ve yargı kararlarının belirli, istikrarlı ve öngörülebilir olmasını gerektirir¹⁰⁷. Bu gerekliliğin sağlanabilmesi için hukukun genelinde ve bu arada özel hukukta bazı araçlar veya güvenceler oluşturulmuştur¹⁰⁸. Bunlar arasında, tabii hâkim ilkesine, kesin hüküm kurumuna ve hak düşürücü sürelerle riayet çalışma konumuzla doğrudan ilgili olanlardır. Bu güvencelerden tabii hâkim ilkesi ve kesin hüküm kurumu, önemi dolayısıyla ayrı başlıklar olarak incelendiğinden bu başlık altında hak düşürücü sürelerle riayet açısından olaya yaklaşılmıştır.

Yargıtay'ın içtihat değişikliğine gerek muhalif üyelerce gerek öğretilerdeki bazı yazarlarca, ihalenin feshi sürelerinin şikâyet yoluna başvurulmaksızın geçirildiği durumlar açısından olumlu bakılmıştır. İhalenin feshini talep etme süreleri, genel olarak icra hukukundaki sürelerde olduğu gibi hak düşürücü niteliktedir¹⁰⁹. Bu süreler içinde şikâyet yoluna gidilmemiş olmasının sonucunun, muhtemel kanuna aykırılıkların düzelmesi ve söz konusu işlemin hem taraflar hem de icra organı açısından kesin-

¹⁰⁷ Köküsarı, İsmail; Anayasa Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 20-21.

¹⁰⁸ Köküsarı, s. 38.

¹⁰⁹ Arslan, s. 180; Kuru, El Kitabı, s. 711. İcra İflas Kanununun 20. maddesinde, süreleri değiştiren sözleşmelerin hükümsüz olduğu kabul edilerek sürelerin emredici niteliği pekiştirilmiştir.

leşmesi olduğunu ifade etmiştik¹¹⁰. Öyle ki, hak düşürücü süreler geçmiş olmasına rağmen, geçerli olup olmadığı belirsiz olan bu tür işlemlerin varlığı hâlinde hukukî güvenliğin sağlandığından söz edilemez¹¹¹.

Şikâyetin süreye bağlanmadığı süresiz şikâyet hallerinde de bir üst süre sınırı olması gerekir. Aksi hâlde süresiz şikâyet imkânı, hukukî güvenliği¹¹² veya takibe olan güveni¹¹³ sarsacak bir yetkiye dönüşür. Kamu düzenine aykırılıkların da yer aldığı süresiz şikâyet hallerinde bile bir sınırlama söz konusuysen¹¹⁴ hak düşürücü süreler geçirilmiş olduktan sonra genel mahkemelerde ihalenin ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak bir dava açılması hukukî güvenliğe aykırı olur¹¹⁵.

İhalenin feshi için öngörülen yedi günlük süre, ihale tarihinden itibaren başlarken, üç fesih sebebinin varlığı hâlinde öğrenme tarihinden itibaren başlamaktadır. Öğrenme tarihinden itibaren başlayacak bu süre, ihale alıcısını, uzun ve belirsiz bir zaman boyunca ihalenin feshi taleplerine maruz bırakmaması ve güveninin korunması amacıyla bir yıllık zaman dilimiyle sınırlandırılmıştır¹¹⁶. Ancak Yargıtay'ın içtihat değişikliği ile birlikte, ihale alıcısına karşı, süresiz bir şekilde tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılması imkânı verilerek hem yedi günlük hem bir yıllık süreler ve bu süreler getirilirken hedeflenen güven oluşturma amacı görmezden gelinmiş olur. Zira, ihale alıcısına karşı açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında, hak düşürücü sürelerde ileri sürülmesi gereken ihalenin feshi sebepleri ileri sürülebilmiş olacaktır. Hatta takip sürecindeki ve öncesindeki işlemlerden kaynaklı sakatlıklar da denetlenebileceğinden takip süreci boyunca öngörülmüş olan tüm hak düşürü-

¹¹⁰ Bkz. yuk. II/B-2, dn. 70-71.

¹¹¹ Staehelin, Bauer, Staehelin, s. 158.

¹¹² Jolanta, s. 346, Rn. 13. Süresiz şikâyet imkânının, her hâlde mümkün olmaması ve hükümsüzlüğün tespitinin gereğinden fazla uzatılmaması (Staehelin, Bauer, Staehelin, s. 1227-1228) da hukukî güvenliğin ihlâlini önlemeye dönük tedbirlerdir.

¹¹³ Arslan, s. 180; Pekcanitez, Simil, s. 150.

¹¹⁴ Bkz. yuk. dn. 68.

¹¹⁵ Benzer şekilde bkz. Sirmen/ Taşpınar-Ayvaz, s. 523.

¹¹⁶ Arslan, s. 171.

cü sürelerin borçlu açısından canlandırılması imkânı doğmuş olacaktır. Bu durumda ise hukukî güvenlik ilkesinin önemli güvencelerinden olan hak düşürücü sürelere riayet etme gerekliliği ve dolayısıyla da hukukî güvenlik ilkesi ihlal edilmiş olur.

3. Kesin Hüküm Etkisi Bakımından

Yargıtay'ın içtihat değişikliği açısından en belirgin tartışmanın, icra mahkemesinin ihalenin feshinin reddi kararlarının kesin hüküm etkisi bakımından olduğunu söylemek yanlış olmaz. İhalenin feshi talebinin reddi kararları ile icra mahkemesi, ihalenin feshini talep edenin gösterdiği ihalenin feshi sebeplerinin ve kendiliğinden araştırdığı kamu düzeninden kaynaklı fesih sebeplerinin mevcut olmadığına karar vermiş olur. Bu karar, olağan kanun yollarına başvurulmasıyla veya bu başvuru süresinin geçirilmesiyle şekli anlamda kesinleşir. Maddî anlamda kesin hüküm etkisi ise bu aşamadan sonra ortaya çıkar. İcra mahkemesi kararları, kural olarak şekli anlamda kesinleşse de maddî anlamda kesin hüküm etkisi oluşturmaya müsait değildir. Ancak, ihalenin feshi talebinin incelenmesinde icra mahkemesi, bir hukuk davası gibi¹¹⁷ hatta bir hukuk davası hâkiminin yargılamada sahip olmadığı usûli yetkilerden de geniş bir yargılama yürüttüğünden¹¹⁸, böyle bir yargılama sonucunda varılan kararın maddî anlamda kesin hüküm etkisi oluşturması gerekir. Bir diğer ifadeyle, ihalenin feshi talebinin reddine ilişkin kararlar, icra mahkemesi kararlarının genel niteliğinden¹¹⁹ farklı olarak kesin hüküm etkisi doğurur¹²⁰. Aksi durum, yani icra mahkemesince her türlü incelemeyle

¹¹⁷ Arslan, s.202.

¹¹⁸ Sirmen, Taşpınar-Ayvaz, s.520.

¹¹⁹ İcra mahkemesinin şikâyet üzerine verdiği kararlar kural olarak yalnızca takibin taraflarını ve ilgililerin bağlar; takip hukuku içinde kesin hüküm etkisi doğurur. Bkz. Gürdoğan, Burhan; Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 39. İcra mahkemesi kararlarının birbirine karşı takip hukuku içinde kesin hüküm oluşturması mümkündür. Bunun için, tarafları, konusu, icra işlemi ve/veya icra müdürlüğünün aynı olması gerektiği hakkında bkz. Muşul, Şikâyet, s. 609,631.

¹²⁰ Arslan, s. 201-202; Kuru, İcra-İflâs, s. 326; Kuru, El Kitabı, s. 722; Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, s. 3232; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz, Hanağası, s. 352; Muşul, Şikâyet, s. 637; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, İstanbul 2021, s. 516; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, Özekes, s. 251; Atalı, Ermenek, Erdoğan, İcra, s. 328; Yıldırım, Deren-Yıldırım, s.305.; Uyar, Uyar, s. 429; Çon, s. 134, 146.

verilen kararın kesin hüküm oluşturmaması, hukukî güvenlik ilkesine ve yargı kararlarının sonuçlarının ne olacağına ve ne gibi etkiler doğuracağına muhataplarınca bilinmesi gerekliliğine¹²¹ aykırı olur.

Maddî anlamda kesin hüküm etkisinin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki işlevi söz konusudur¹²². Olumsuz işlev, aynı davanın tekrar açılmaması anlamına gelir ve ikinci davanın, kesin hükmün varlığı sebebiyle reddi sonucunu doğurur¹²³. Buna göre iki davanın tarafları, dava sebepleri ve ilk davanın hüküm sonucu ile ikinci davanın talep kısmı aynıysa ilk davada verilen hüküm ikinci davanın görülmesini engeller (HMK m.303). Bir başka deyişle ikinci davanın usûlden reddi sonucunu doğurur. Belirtmek gerekir ki, ihalenin feshi talebinin reddi kararı, tapu sicilinin düzeltilmesi davasında kesin hüküm itirazı olarak ileri sürülemez. Zira, en başta ihalenin feshi talebi dava olmadığından iki taraf sistemi üzerine kurulmamıştır ve hatta karşı tarafın kim olduğu da tartışmalıdır. Ayrıca, dava sebepleri ve dava konusu açısından da tam olarak bir ayniyetten bahsedilemez. İhalenin feshinde usûlî talep, ihale işlemindeki sakatlığın iptaline yönelikken; tapu sicilinin düzeltilmesi davasında usûlî talep, taşınmazın gerçek durumunu yansıtmayan sicil kaydını düzeltmeye yöneliktir.

İhalenin feshi talebinin reddi kararı, tapu sicilinin düzeltilmesi davası açısından kesin hüküm itirazı olarak dikkate alınamayacak olsa da anılan kararın bu davaya hiçbir tesirinin olmayacağı söylenemez. Maddî anlamda kesin hükmün olumlu etkisi de denilen bu duruma göre; önceki davada, bir hakkın varlığı veya bir hukukî işlemin geçerliliği gibi bir sonuca varılmışsa ve bu sonuç ikinci davada karar verilebilmesi için bir ön şartsa ilk davada verilen kararın ikinci davada tartışmaya açılmama-

¹²¹ Uyuşmazlıkların mahkemelerce ve kesin hüküm oluşturacak biçimde çözümlenmemesi yargı kararlarının hukukî güvenliği sağlamasını imkansızlaştırır. Bkz. Köküarı, s. 135.

¹²² Bu konuda bkz. Gürdoğan, s. 50-52; Meriç, Nedim; Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükmün Objektif Sınırları, MİHDER 2007, C. III, S. 7, s. 379; Özkaya Ferendeci, Hamide Özden; Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, s. 98-99; Atalı, Ermenek, Erdoğan, Usûl, s. 563 vd.

¹²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gürdoğan, s. 59 vd.; Özkaya Ferendeci, s. 98-100; Pekantez, Atalay, Özkes, s. 462; Atalı, Ermenek, Erdoğan, Usûl, s. 563 vd.

sı gerekir¹²⁴. Örneğin bir davada bir hakkın varlığı sonucuna varılmışsa artık ikinci davada bu hakkın var olup olmadığı tekrardan incelenmemelidir. Bu doğrultuda, ihalenin feshi talebi üzerine her türlü inceleme-ye başvurularak değerlendirilen husus, ilgililerce ileri sürülen fesih sebeplerinin ve kamu düzeni gereği hâkim tarafından dikkate alınan fesih sebeplerinin var olup olmadığı; daha geniş bir ifadeyle, ihalenin bir sakatlık barındırıp barındırmadığıdır. Böyle bir araştırma sonucunda, ihalenin feshi talebi reddedilerek ihale kesinleşmiş olmasına rağmen, tapu sicilinin düzeltilmesi davasında dava sebebi olarak tescilin dayanağı olan ihalenin inceleme konusu yapılması maddî anlamda kesin hüküm etkisinin ihlâlî anlamına gelir. Zira tapu sicilinin düzeltilmesi davasında düzeltme kararı verilebilmesi için tescilin kendisinin veya sebebinin geçersizliğinin tespiti, bir ön şart veya anılan hukuk kuralının (TMK m. 1025) hukukî sonucu için bir unsur niteliğinde¹²⁵ olup, bu husus daha önce ihalenin feshi talebinin reddi kararıyla kesinleşmiştir. Bu nedenle ihalenin geçerliliğinin tekrardan inceleme konusu yapılmaması gerekir. Aksi takdirde, yeni bir kanunla veya içtihadı birleştirme kararıyla bile ortadan kaldırılamayan kesin hüküm etkisi ihlâl edilmiş olur.

4. Tabîi Hâkim İlkesi Açısından

Anayasal bir ilke olan tabîi hâkim ilkesine göre, mahkemelerin görev, yetki ve yargılama usûlleri önceden ve kanunla belirlenir¹²⁶. Bu doğrultuda icra mahkemesi de icra dairelerinin işlemlerine karşı yapılan şikâyet ve itirazları karara bağlamakla görevlendirilmiş özel bir mahkeme olarak kanunla kurulmuştur (İİK m. 4). Ancak icra mahkemesi, icra dairesinin iş ve işlemlerine karşı yapılan şikâyet ve itirazları incelemekle görevli tek mahkeme değildir. Zira İcra iflas Kanununda düzenlenen

¹²⁴ Bloomeyer, Arwed; Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları, Çev. İrfan Yazman, AÜHFHD 1968, C. XXV, S. 3, s. 229-230; Özkaya Ferendeci, s. 102, 130; Atalı, Ermenek, Erdoğan, Usûl, s. 565.

¹²⁵ Unsur etkisi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Yıldırım, Nevhis Deren; Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, Alfa Yayınevi, İstanbul 1996, s. 55-58; Meriç, s. 404-406; Akkan, Mine; Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği, DEÜHFHD 2009, C. XI, Özel Sayı, s. 26-27.

¹²⁶ Kuru, Baki; Medenî Usûl Hukuku El Kitabı, Ankara 2020, s. 120; Tanrıver, Süha; Tabîi Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı, TBB Dergisi 2013, C. 0, S. 104, s. 13; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin; Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 113-114.

bazı durumlarda, icra mahkemesinin yanında genel mahkemelere de başvurulabilirken, bazen de yalnızca genel mahkemelere başvurmak gerekir. Örneğin, borçlu tarafından ödeme emrine itiraz edilmesi üzerine, alacaklı tarafından icra mahkemesinde itirazın kaldırılması (İİK m. 68-70) talep edilebileceği gibi, genel mahkemelerde (İİK m. 67) itirazın iptali davası da açılabilir. Öte yandan bir başka örnek olarak sıra cetveline itiraz için ise yalnızca genel mahkemelere başvuru yolu düzenlenmiştir (İİK m. 142). Sıra cetvelinde, takip hukukundan kaynaklı, kanuna ve hadiseye aykırılıklara karşı icra mahkemesine şikâyet yoluna gidilebilirken maddî hukuka dair yapılacak bir inceleme hakkında genel mahkemeler görevlendirilmiştir. Görüldüğü üzere İcra İflas Kanunu, bazı durumlarda icra mahkemesinin yanında genel mahkemeleri de görevlendirirken özellikle maddî hukuka dair bir inceleme yapılacak olan bazı durumlarda yalnızca genel mahkemeleri görevlendirmiştir.

İcra İflas Kanununda, ihalenin feshi talebini incelemekle görevli bir genel mahkeme öngörülmediği¹²⁷ gibi; hata ve fesat gibi maddî hukuk itirazlarının da icra mahkemesi tarafından incelenip karara bağlanacağı açıkça ifade edilmiştir (İİK m. 134). Buna rağmen, bir başka mahkemenin ihalenin feshi sonucuna ulaşmayı sağlayacak nitelikte karar verebilmesi kanun koyucunun iradesine aykırı olur. Böyle bir davanın görevsizlikle sonuçlandırılması gerekir¹²⁸. Nitekim, mehaz İsviçre’de de ihalenin feshinin genel mahkemelerden istenmesinin mümkün olmadığı kabul edilir¹²⁹.

İhalenin feshi talep edilmeden veya ihalenin feshi talebinin reddinden sonra açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında, ihalenin feshi sebeplerinin mevcut olup olmadığı, genel mahkemelerde incelenmek-

¹²⁷ Ancak satış ortaklığın giderilmesi kararına dayalı olarak yapılmışsa, icra müdürü tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile görevli mahkeme sulh mahkemesidir. Bu konuda bkz. Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, s.3231; Kuru, El Kitabı, s. 707.

¹²⁸ Arslan, s.160 dn.15; Kuru, El Kitabı, s. 700, 708.İhalenin feshi talebini genel mahkemeler inceleyemez. Bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan, Özkes, s.244.

¹²⁹ Eggen, Gerhard; Der Zuschlag in der Zwangsversteigerung, Bern-1932, s.87, 96; Budak, s.916.Hatalı ihale işlemini geri almak bakımından icra dairesinin de yetkili olduğu hakkında bkz.Jolanta, s. 418, Rn. 2.

tedir¹³⁰. Böylece kanunla ve önceden icra mahkemesinin görev alanına dâhil edilmiş olan ihalenin ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağına dair karar verme yetkisi, genel mahkemeye devredilmiş olur ki bu da görev kurallarına ve tabîi hâkim ilkesine aykırı olur. Ayrıca, bu kararlarda daha da geniş bir çerçeve çizilerek, taşınmazı “usûlsüz takip ve buna bağlı olarak yapılan ihale” sonucu elinden çıkan malik tarafından tapu sicilinin düzeltilmesi davasının bir seçenek olarak ikame edilebileceği ifade edilmiştir. Bu durumda, takibin her aşamasında, icra mahkemesine ve genel mahkemelere başvuru imkânı tanıyan hükümler yok sayılarak, takipteki bir usûlsüzlüğe dayalı olarak, ihale yoluyla edinilen taşınmazın tescilinin yolsuz olduğundan bahisle dava açılabilir. Aynı şekilde bu durumda da kanunla, önceden icra mahkemesine ve ilgili icra işlemleri açısından diğer mahkemelere verilen görev ve yetkiler tabîi hâkim ilkesine aykırı olarak tapu sicilinin düzeltilmesi davasına bakan mahkemenin görev alanına dahil edilmiş olur.

4. Mülkiyet Hakkı Açısından

İcra ve iflas hukukunda alacaklının alacağının karşılanması için borçlunun mülkiyet hakkına müdahalede bulunulur. Ancak bu müdahale, kural olarak borçlu tarafından alacaklının mülkiyet hakkına¹³¹ yönelik daha önceden gerçekleştirilmiş müdahalenin devletin icra organları tarafından giderilmesidir. Bu sayede alacaklının alacağı bakımından mülkiyet hakkı korunmakta ve hukukî koruma talebi yerine getirilmektedir¹³². Öte yandan alacaklının talebi gereğince giderim sağlayacak icra faaliyetinin etkili bir şekilde işlememesinden¹³³ dolayı alacağı uzun zaman kavuşulamaması mülkiyet hakkı ihlali oluşturur. Belirtmek gerekir ki, ihalenin, kesinleşmiş olmasına rağmen tapu sicilinin düzeltilmesi

¹³⁰ İhalenin feshi sebepleri de dahil olmak üzere şikâyete tabi bütün işlemlerin geçerli olup olmadığının tapu sicilinin düzeltilmesi davasında incelenebileceği yönünde kararlar için bkz. yuk. III/A.

¹³¹ Alacak haklarının mülkiyet hakkı bakımından korunması için sözleşmeden, haksız fiil mevzuatından, kanundan, yargı kararlarından ve bazen idari kararlardan kaynaklanmış olabileceği hakkında bkz. Gemalmaz, Burak; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, s.78 vd.; Namlı, s. 116.

¹³² Özekes, Muhammet; İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 182.

¹³³ AYM, 15.09.2021, Vedat Oğuz Başvurusu, No: 2018/35120, p. 59; Gemalmaz, El Kitapları, s. 194.

davasında incelenebilmesi de alacaklının mülkiyet hakkının teminatı olan icra faaliyetinin etkili bir biçimde işlemesine engel olacaktır. Zira sınırsız sürelerle ihalenin ve ihaleyle edinilen mülkiyetin ortadan kaldırılabilir olması, cebri artırmalara olan ilgiyi azaltacaktır. Bu durumda ise, taşınmaz, daha uzun sürede (örneğin karşılama prensibine uygun bir pey ileri sürülmediğinden ikinci artırmada veya satış düştükten sonra yapılan yeni artırmada) ve katılımın azalmasına paralel olarak istenilen rekabet ortamının elde edilememesinden dolayı daha düşük bedele paraya çevrilebilecektir.

Alacaklı, icra faaliyetinde alacağına kavuşurken borçlunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin de ihlâl şeklini almaması gerekir. Mülkiyet hakkına müdahalenin, ihlâl şeklini almaması için kanunla düzenlenmesi ve müdahalenin amacı ile ortaya çıkan sonuç arasında denge kurulması gerekir¹³⁴. Nitekim, icra faaliyeti ayrıntılı olarak kanunla düzenlenmiş ve bunun yanında alacaklı ve borçlunun menfaatleri de dengelenerek yapılan müdahalenin ihlâl niteliği almasını önleyecek tedbirler öngörülmüştür. Zira, bir yandan alacaklıya icra sürecini ilerletmeyi talep hakkı tanınırken bir yandan da borçluya, yapılan icra takip işlemlerinin her birini, ayrıntılı kanunî düzenlemelere uygunluğu açısından icra mahkemesinde denetleme imkânı verilerek usûlî güvence sağlanmıştır¹³⁵. Örneğin taşınmazın, İcra İflas Kanununda ölçülülük ve menfaat dengesi açısından en genel ölçüyü koyan¹³⁶ emredici nitelikteki¹³⁷ düzenlemeye (İİK m.85) aykırı olarak haczedilmesi durumunda borçlunun süresiz şikâyet hakkı vardır. Takibin her aşaması gibi artırma aşaması da son derece ayrıntılı şekilde düzenlenmiş ve borçluya, taşınmazını satılmaktan kurtarma veya kanunî düzenlemelere aykırılığı şikâyet ve ihalenin feshi yoluyla ileri sürme imkânları tanınmıştır. Örneğin artırmada, karşılama prensibi gereği ihale konusu malın değerinin belli bir yüzdesinin altına satılmamasının borçlunun mülkiyet hakkının korunması anlamında

¹³⁴ Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s. 184.

¹³⁵ Gemalmaz, El Kitaplar, s. 160.

¹³⁶ Özekes, Haklar ve İlkeler, s. 207 vd.

¹³⁷ Özekes, Haklar ve İlkeler, s. 214-215.

önemli olduğu söylenebilir¹³⁸. Bu gibi sebeplerle borçlunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin genel olarak ihlâl niteliğini almayacağı ve bu nedenle takip sürecindeki usûlî güvenceleri anlamsız hâle getirmenin yeni ihlâller doğurmaktan başka bir işe yaramayacağı söylenebilir.

Alacaklı ve borçludan sonra ihale alıcısının da mülkiyet hakkının korunması gerekir. Nitekim, ihale alıcısının da kesinleşen ihaleye dayalı olarak edindiği mülkiyetin korunması gerekir. Zira yargı kararlarına ve hatta bazen idari kararlara dayalı kazanımların mülkiyet hakkı korumasına girdiği düşünüldüğünde¹³⁹, gerek kamusal bir işlem olan ihale kararı gerekse de ihalenin feshi talebini her türlü araştırmayla reddeden icra mahkemesi kararı gereğince ihale alıcısının elde ettiği mülkiyet hakkının da korunması gerekir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında¹⁴⁰, ihale edilen taşınmazın paydaşlarından biri haberdar edilmemiş olmasına rağmen ihale alıcısının, ihaleyle mülkiyeti kazandığı ve bu sebeple mülkiyet hakkı açısından başvuru hakkının varlığına işaret edilmiştir. Bu doğrultuda, ihale yoluyla kazanılan mülkiyet, hak düşürücü sürelerin geçmesiyle veya ihalenin feshi talebinin reddi kararının kesinleşmesiyle ihale alıcısı açısından evleviyetle bir başvuru hakkı doğurur.

Özel kişilerin mülkiyet hakkının çatıştığı durumlarda bu kişiler arasında dengeyi gözeten ve bu dengenin bir taraf aleyhine aşırı bir şekilde bozulmasına sebep olacak çözümlerden kaçınılmalıdır¹⁴¹. Yargıtay'ın içtihat değişikliği ile birlikte, borçlu, alacaklı ve ihale alıcısının mülkiyet hakları bağlamındaki çatışma, borçlu malik lehine çözülmektedir. Ancak bu çözüm, anılan kişiler arasındaki dengeyi ihale alıcısı ve alacaklılar aleyhine aşırı şekilde bozmaktadır. Nitekim, en başta, kesinleşen ihale sonucu edinilen mülkiyet, tapu sicilinin düzeltilmesi davasına konu edilerek ihale alıcısı aleyhine düzeltildiğinde, ihale alıcısının

¹³⁸ Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 10; Namlı, s. 113. İlk artırmada daha yüzde kırk oranında bir kaybı razı olunmasının mülkiyet hakkı ihlâlî oluşturacağı (Özekes, Haklar ve İlkeler, s. 185) ve ihale konusunun rüçhanlı bir alacak varken daha değerli rüçhanlı alacak yokken daha değersiz olması kabul edilemez olduğu hakkında bkz. Özekes, Haklar ve İlkeler, s.186.

¹³⁹ Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, s. 152-153.

¹⁴⁰ AYM, 24.03.2016, Necdet Çetinkaya Başvurusu, No: 2013/7725

¹⁴¹ AYM, 14.09.2021, Cahide Demir Başvurusu, No: 2018/25663

ödediği bedelin tazmini noktasında sorunlar ortaya çıkabilir. Özellikle ihale bedelinin alacaklılara ödendiği durumlarda, ilk bakışta, alacaklılara karşı bir sebepsiz zenginleşme davası açmak akla gelse de bu pek çok açıdan problemlidir. Zira alacaklılar, ortadan kaldırılmamış bir ihaleye dayanarak ihale bedelini elde etmişlerdir. Bir diğer deyişle, alacaklılara karşı açılan sebepsiz zenginleşme davasında, ihalenin ortadan kaldırılmamış olmasının bir haklı sebep oluşturabileceği ve sebepsiz zenginleşme şartlarının oluşmayacağı yönünde bir değerlendirme yapılabilir. Ayrıca sebepsiz zenginleşme davasının kabul edilmesiyle birlikte alacaklılar tekrardan borçluya başvurup aynı taşınmazı paraya çevirmek için tekrardan takip sürecini işletecektir. Böylelikle, borçlu korunmaya çalışılırken hem ihale alıcısına ödediği bedeli geri alma bakımından türlü problemlerle karşılaşabileceği bir dava açma yükü yüklenmekte hem de alacaklılara, alacaklarına kavuşmak için borçluyu yeniden takip ederek ilgili taşınmazı tekrardan paraya çevrime yükü yüklenmektedir. Öte yandan, anılan içtihat değişikliğindeki çözüm benimsenirse de borçlu açısından pek çok tazmin imkânı mevcuttur¹⁴². Örneğin icra iflas dairesi görevlilerinin kusuruyla sebep oldukları usûlsüzlükler nedeniyle mülkiyet hakkı kaybedilmişse devlet aleyhine tazminat davası (İİK m. 5) açılabilir. Bunun dışında, başta alacaklı olmak üzere mülkiyet hakkının usûlsüz bir biçimde kaybına sebep olan kişiler aleyhine tazminat davası açılabilir. Sonuçta borçlu, alacaklı ve ihale alıcısı arasındaki çatışma, borçlu lehine çözümlenirken alacaklılar ve ihale alıcısı aleyhine pek çok açıdan problem doğurabilecek külfetler getirilmektedir. Hâlbuki böyle bir çözüm belirlenmeseydi de borçlu açısından pek çok tazmin imkânı söz konusu olurdu.

SONUÇ

İhale alıcısı tarafından ihale anında taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescilsiz iktisap hâllerinden biridir. İhaleyle kazanılan mülkiyet, ihalenin kesinleşmesiyle tapuya tescil edilir. Yapılan tescilin yolsuz olduğunu ileri süren borçlunun, doğrudan tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilmesi yerinde değildir. Zira ihale geçerli bir şekilde varlığını

¹⁴² Bu konuda bkz. Sirmen/ Taşpınar-Ayvaz, s. 524-525

sürdüğünden, ihalenin ortadan kaldırılmasından sonra ancak ihale alıcısı adına yapılan tescilin düzeltilmesi talep edilebilir. İhalenin ortadan kaldırılmasının yolu ise ihalenin feshi talebi üzerine icra mahkemesi tarafından geniş bir inceleme sonucu verilecek fesih kararıdır.

Yargıtay'ın kökleşmiş denilebilecek içtihadını değiştirmesine kadar devam eden bu uygulama; ihalenin feshinin talep edilmesinden bağımsız olarak, tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açma seçeneğinin bulunduğu şekline dönmüştür. Ancak öğretisi ve uygulamada bu içtihat değişikliği çoğunlukla benimsenmemiştir. Nitekim ihale alıcısının, süresiz bir şekilde tapu sicilinin düzeltilmesi davasına maruz kalabileceği bir cebri icra faaliyetinin etkin ve güvenilir olmasından bahsedilemez.

Cebri icra faaliyetinin etkinliğinin ve güvenilirliğinin azalmasının yanı sıra, böyle bir uygulamanın devam ettirilmesi, pek çok problemi de beraberinde getirecektir. Zira en başta, ihalenin ortadan kaldırılması için verilen sürelerin anlamı kalmayacak ve bu sürelerin hizmet ettiği hukuki güvenlik zedelenecektir. Ayrıca, ihalenin ortadan kaldırılması açısından görevlendirilmiş tek mahkeme olan icra mahkemesinin yargı yetkisi de ihlâl edilmiş olur. Öte yandan icra mahkemesi tarafından ihalenin feshi üzerine, gerekirse tanık dinlenerek verilen kararın kesin hüküm etkisinin dikkate alınmaması ise kesin hüküm kurumuna zarar verecektir. Bunların yanında, borçlu, takip hukukunun niteliğine aykırı süresiz-sınırsız bir imkâna kavuşturulurken; takip alacaklılarının alacağı kavuşması, ihale alıcılarının ihale bedelini geri alması ölçüsüz şekilde zorlaştırılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

Akkan, Mine; Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği, DEÜHFD 2009, C. XI, Özel Sayı, s. 3-61.

Akyazan, Sıtkı; Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi, İstanbul 1959.

Arslan, Ramazan; İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema/Ha-nağası,

Emel; İcra ve İflâs Hukuku, 7.Baskı, Ankara 2021.

Aslan, Elif Kısmet; İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi, İzmir 2004.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin; İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2022 (İcra).

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin; Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2021 (Usûl).

Bloomeyer, Arwed; Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları, Çev. İrfan Yazman, AÜHFD 1968, C. XXV, S. 3, s. 225-238.

Budak, Ali Cem; Cebri İcra Satışlarda Taşınmazın Alıcı Üzerine Tescili İçin Tapu Dairesine Yazılacak Müzekkerenin Ne Zaman Gönderileceği, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, DEÜHFD 2009, C. XI, Özel Sayı, s. 913-920.

Bulur, Alper; İcra ve İflas Hukukunda “Fesat Karıştırma” ve “Malın Esaslı Niteliklerinde Hata”ya Dayanan İhalenin Feshi Nedenleri, GÜHFD 2007, C. XI, S. 1-2, s. 45-69 (Fesat ve Hata).

Bulur, Alper; İcra ve İflas Hukukunda İhaleinin Feshi Kavramı ve Satışa Hazırlık İşlemleri Öncesi ile İlgili Fesih Nedenleri, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, DEÜHFD 2009, C. XI, Özel Sayı, s. 767-776 (İhaleinin Feshi).

Çon, Ömer; İhaleinin Feshi (İcra ve İflas Kanunu Madde 134), Ankara 2021.

Eggen, Gerhard; Der Zuschlag in der Zwangsversteigerung, Bern 1932.

Erdönmez, Güray; İcra ve İflâs Hukukunda İhaleinin Feshini İsteyebilecek Kişiler, MİHDER 2008, C. 4, S. 10, s. 357-408.

Ertaş, Şeref; Eşya Hukuku, 15. Baskı, İzmir 2021.

Gemalmaz, Burak; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, (Mülkiyet Hakkı).

Gemalmaz, Burak; Mülkiyet Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Ankara 2018, (El Kitapları).

Gürdoğan, Burhan; Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.

Hatemi, Hüseyin; Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1995.

Jolanta, KrenKostkiewicz; SchKGKommentarSchuldbetreibungs- undKonkursgesetz mit weiterenErlassen, 20. Auflage, Basel 2020.

Karlı, Abdurrahim; İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, İstanbul 1995

Kılıçoğlu, Ahmet Mithat; Eşya Hukuku, Ankara 2021.

Köküarı, İsmail;Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, 4. Baskı, Ankara 2015.

Kurt, Ekrem; Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul2004.

Kuru, Baki;İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, İstanbul2016, (İcra-İflas).

Kuru, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013 (El Kitabı).

Kuru, Baki; Medenî Usûl Hukuku El Kitabı, Ankara 2020 (Usûl).

Meriç, Nedim; Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükmün Objektif Sınırları, MİHDER 2007, C. III, S. 7, s. 377-434.

Muşul, Timuçin; İcra ve İflâs Hukukunda; İhale ve İhalenin Feshi, 5. Baskı, Ankara 2016 (İhale).

Muşul, Timuçin; İcra ve İflâs Hukukunda; Şikâyet, 5. Baskı, Ankara 2016, (Şikâyet).

Nomer, Halûk Nami/ Ergüne, Mehmet Serkan; Eşya Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2020.

Namlı, Mert;İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2019.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir,Saibe; Eşya Hukuku, 21. Baskı,İstanbul2018.

Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan; İİK Şerhi, C. III, Ankara-2007.

Özekes, Muhammet;İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, (Haklar ve İlkeler).

Özekes, Muhammet;İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle Yapılan Artırma (Tamamlayıcı Artırma), DEÜHFD 2003, C. 5, S. 1, s.167-184 (Tamamlayıcı Artırma).

Özkaya Ferendeci, Hamide Özden;Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul 2021.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul 2022.

Pekcanitez, Hakan/ Simil, Cemil; İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul 2017.

Postacıoğlu, İlhan/ Altay, Sümer; İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul 2010.

Schlegel, Roger/Zopfi, Markus;Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs (Jolanta Kren Kostkiewicz, Dominik Vock), 4. Baskı, Zürich 2017.

Sirmen, A.Lâle; Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2020.

Sirmen, A.Lâle/ Taşpınar-Ayvaz, Sema; Yargıtay Kararlarına Göre İhale Feshedilmeksizin Sicilin Düzeltilmesi Davası Açılması, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, Ed. Tuğçe Tuzcuoğlu, A. Hulki Cihan, İstanbul 2019, s. 505-525.

Stahelin, Adrian/Bauer, Thomas/Stahelin, Daniel;Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs I, 2. Auflage, Basel 2010.

Tanrıver, Süha; Tabiî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı, TBB Dergisi 2013, C. 0, S. 104, s. 11-35.

Tekinay, Selâhattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Halûk/ Altop, Atillâ; Tekinay Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1989.

Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder; İsbat Yükü, İstanbul 1980.

Uyar, Alper; İhale nin Feshi Talebinin Reddedilmesinden Sonra Tapu İptali ve Tescil Davası Açılabilir Mi?, İBD 2011, C.LXXXV, S.1, s. 165-171.

Uyar, Talih/ Uyar, Alper/ Uyar, Cüneyt; İcra Hukukunda Şikâyet, 3. Baskı, Ankara 2020.

Uyar, Talih; Artırmaya Hazırlık Aşamasında Hatalı İşlemlerle İlgili Bozma Nedenleri, ABD 2007, C. I, S. 3, s. 138-160, (Artırmaya Hazırlık).

Üstündağ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2004, (İcra Hukuku).

Üstündağ, Saim; Tapu Kütüğünün Tashihi Dâvası, İstanbul 1959, (Tapu Tashihi).

Yıldırım, Mehmet Kâmil/ Deren- Yıldırım, Nevhis; İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2021.

Yıldırım, Nevhis Deren; Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, Alfa Yayınevi, İstanbul 1996.

Yılmaz, Ejder; İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara 2016.

■ Dr. Öğr. Üyesi Uğur BULUT* ■

YARGITAY UYGULAMASINDA “BORCU SÖNDÜREN BELGE” ve İLERİ SÜRÜLMESİ BAKIMINDAN USÛLÎ SORUNLAR

DOCUMENTS EXTINGUISHING THE DEBT IN THE PRACTICE OF THE COURT OF CASSATION AND ITS PROCEDURAL PROBLEMS

ÖZET

Yargıtay daireleri ve Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen çeşitli kararlara göre, borcun sona erdiğini gösteren belgelerin yargılamanın her aşamasında ve bu kapsamda temyiz aşamasında da sunulması mümkündür. Yargıtay kararlarında bu belgeler, *borcu söndüren belge* olarak ifade edilmektedir.

Kullanılan terminoloji bakımından dahi eleştiriye açık olan ilgili kararların, kanunî bir şekilde düzenlenmiş olan dava malzemesinin sunulmasına dair kurallara uygun olduğu söylenemez. İlgili hükümler uygulanmaksızın, istenilen her aşamada delil sunulması mümkün değildir. Dahası, usûlüne uygun bir şekilde ileri sürülmemiş bir vakanın delilinden de söz edilemez. Bu nedenle, Yargıtay tarafından verilen bu yöndeki kararların gerek şekil gerekse içerik olarak kanunî düzenlemelerle bağdaştırılması oldukça zordur.

Anahtar Kelimeler: Borcu söndüren belge, delil, itfa, temyiz, Yargıtay.

ABSTRACT

According to several decisions given by various Civil Chambers and the Assembly of Civil Chambers, documents proving the retirement of the debt can be submitted in any instance, i.e. appellate instance. Those kind of documents are called *as documents extinguishing the debt* in the decisions of the Court of Cassation.

These decisions which are also open to criticism in respect of the terminology used, cannot easily be accepted in compliance with the clear legal rules related to submitting of pleadings. Without complying those regulations, it is not possible to submit evidences in any instance. Furthermore, in civil procedure law, evidences are shown in order to prove asserted pleas; there cannot be an evidence of a plea that is not asserted accordingly. Therefore, it is nearly impossible to explain those decisions within the scope of legal rules, both formally and contextually.

Keywords: Documents extinguishing the debt, evidence, retirement, appeal, Court of Cassation.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 10.03.2022 Kabul Tarihi: 29.06.2022

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4347-1799>

İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

ugur.bulut@bakircay.edu.tr

GİRİŞ

Medenî usûl hukuku sistemimizde geçerli olan teksif ilkesinin bir sonucu olarak dava malzemesi olan iddia ve savunma konusu vakıaların belirli bir usûl aşamasına kadar sunulması gerekmektedir. Bununla bağlantılı olarak, delillerin de kanunî sınırlamalara uygun bir şekilde sadece belirli bir aşamaya kadar gösterilmesi ve sunulması mümkündür. Nitekim, teksif ilkesi uyarınca, dilekçeler aşamasının tamamlanmasıyla birlikte iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı başlamakta; bu andan itibaren istisnâî düzenlemeler olan ıslah ve karşı tarafın açık rızası haricinde, yeni bir vakıa ileri sürülememektedir. Dava malzemesi olan delillerin de kural olarak dilekçeler aşamasında sunulması gerekmekte olup; bu aşamada beyan edilen ve fakat henüz sunulmayan deliller için ise, ön incelemeye davet aşamasında ikinci bir imkân tanınmaktadır (HMK m. 139/1-ç, m. 140/5). Ancak, tahkikat aşamasında da delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyor veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkemece ilgili delilin sunulmasına izin verilmesi mümkündür (HMK m. 145). Bu istisnâî düzenlemeler haricinde, daha önce ileri sürülmeyen yeni bir vakıanın ileri sürülmesi veya daha önce sunulmayan bir delilin sonradan sunulması hukuken mümkün değildir.

Bu yöndeki kanunî düzenlemelere rağmen, çeşitli Yargıtay kararlarında *borcu söndüren belge* olarak ifade edilen delillerin her aşamada ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Böylece, âdeta teksif ilkesi ile delil gösterilmesine ilişkin sınırlamalara tâbi olmayan ve bu nedenle, sonradan yeni vakıa ve delil sunulmasına ilişkin istisnâî düzenlemelerin uygulanmasına da ihtiyaç duyulmayan yeni bir istisnâî kategori yaratılmıştır.

Çalışmamızda, öncelikle ilgili Yargıtay kararlarında yapılan açıklamalara yer verilerek bu kararlarda yer verilen gerekçeler ile varılan sonuçlar ortaya konulmuştur. Daha sonra ise, vakıaların ve delillerin sunulmasına yönelik kanunî düzenlemelere, kısaca ve ilgili kararları değerlendirmek için gerekli olduğu ölçüde değinilmiştir. Son olarak, kanunî düzenlemeler çerçevesinde Yargıtay kararlarında yer verilen her

bir gerekçe ve sonucun değerlendirmesi yapılarak bu yöndeki kararlara ilişkin görüşümüz açıklanmıştır.

I. YARGITAY KARARLARINDA BORCU SÖNDÜREN BELGE

A. Borcu Söndüren Belge Konusunda Yargıtay Kararlarının Genel Çerçevesi

Yargıtay, çeşitli kararlarında *borcu söndüren belge*¹ ifadesine yer vererek bu tür belgelere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarının ortak noktası, alt derece yargılaması aşamasında sunulmamış ve bu nedenle de incelenmemiş birtakım delillerin ilk defa temyiz aşamasında sunulabilmesine olanak sağlanmasıdır.

Yargıtay kararlarına göre, anlam ve kapsamı aşağıda özel olarak açıklanan nitelikteki *borcu söndüren belgeler*in, temyiz aşamasında ilk defa ileri sürülmesi ve bu kapsamda savunma yapılması mümkündür. İlgili kararlar çerçevesinde, bu nitelikteki belgelerle ispat edilmek istenen vakianın, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ilkesine rağmen ileri sürülebilmesinde ayrı özellikler kabul edilmiştir. Örneğin, yıllık ücretli izin hakkının olmadığı iddiasını ispat için izinlerin kullanıldığını gösteren belge² veya işçilik alacağının olmadığı iddiasını ispat kapsamında ödeme makbuzları ve ibraname³ sunulabileceği sonucuna varılmıştır. Böylece ilgili belgelerin, davalının, dava konusu alacak hakkının mevcut olmadığı savunmasının ispatına yönelmiş olarak ve ilk defa temyiz aşamasında ileri sürülebileceği ifade edilmiştir. Benzer şekilde, tüm işçilik alacaklarının ödendiği iddiası kapsamında sunulan ödeme belgeleri⁴; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre süresinde teslim edilmeme hâlinde, talep edilen kira bedellerinin ödendiğini

¹ Kanaatimizce, bu delillerin "*borcu söndüren belge*" şeklinde ifade edilmesi dahi hatalıdır. Bu konudaki gerekçelerimize aşağıda değinilmiş olmasına rağmen, çalışmamızda değerlendirilen Yargıtay kararlarında kullanılan bu ifade, mecburen çalışmamıza da aynen aktarılmıştır. Bkz. aşağıda III, A.

² 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³ 9. HD, 25.02.2021, 2579/4905 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴ HGK, 24.02.2016, 22-735/166 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

gösterir ibraname⁵; idarece yapılan bir ihalede sunulan teminatının irat kaydına karar verildiği iddiası kapsamında teminatın ödendiğini gösterir belge⁶; borçlu olunmadığı iddiası kapsamında borcun ödendiğini gösterir banka dekontları⁷; talep edilen kira bedellerinin ödendiğine dair iddia çerçevesinde ödemeye yönelik çek suretleri ve banka dekontları⁸ gibi belgelerin sunulması da bu kapsamda kabul edilmiştir. Ayrıca, özel olarak davacının alacağına sona erdiğine yönelik bir iddia ileri sürülmemiş olsa dahi, davaya süresinde cevap verilmeyerek davacının tüm iddialarının inkârı kapsamında (HMK m. 128) borcun ödendiğine dair dekontun⁹ da *borcu söndüren belge* niteliğinde olduğuna ve bu nedenle temyiz aşamasında ileri sürülebileceğine karar verilmiştir.

B. Borcu Söndüren Belgenin Anlamı ve Kapsamı

Yargıtay'ın borcu söndüren belgelere ilişkin kararlarına göre, bu kapsamda kabul edilecek bir delilin borcu söndüren¹⁰ nitelik taşıması gerekmektedir. Bu çerçevede borcun ödenerek sona erdirildiğini gösteren makbuz veya ibranameler¹¹ bu niteliği haiz kabul edilmektedir.

Diğer yandan Yargıtay, borcun sona erdiğini gösteren nitelikte olmayan, aksine borcun hiç doğmadığına yönelik belgelerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine de karar vermiştir¹². Yargıtay'a göre, bu tür

⁵ 15. HD, 25.11.2019, 1382/4802 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶ 15. HD, 10.07.2019, 1401/3286 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷ 22. HD, 02.07.2020, 1937/8508 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 19. HD, 21.06.2019, 1686/3992 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸ 8. HD, 18.04.2019, 2092/4296 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹ 3. HD, 05.03.2020, 270/2099 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰ "Borcu söndüren belge" ifadesine yönelik açıklama ve eleştirilerimiz için bkz. aşa. III, A.

¹¹ 9. HD, 25.02.2021, 2579/4905 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹² "Nitekim temyiz dilekçesi ekinde ibraz edilen yıllık izin belgelerinin, yargılamanın devamı sırasında gerek davacı işçinin beyanlarında gerekse davalı işveren şirketin savunmalarında yer almadığı, kaldı ki davalı işveren tarafından belgelerin yargılama aşamasında sunulmamasına yönelik bir mazeretin dahi ileri sürülmediği, yine bahsi geçen belgelerin davacı işçinin imzasını taşıdığı, bu yönü ile söz konusu belgelerden izin hakkının kullanıldığının ve bu itibarla hakkın doğmadığının tespit edildiği, dolayısıyla sonradan dosyaya eklenen bu belgelerin borcu söndüren bir belge niteliğinde bulunmadığı, tam aksine bu nitelikteki belgelerin borcun doğmadığını gösteren belge olduğu açıktır ... Buna göre yasal düzenlem-

belgeler, borcun doğduktan sonra sona erdiğini değil; aksine, borcun hiç doğmadığını göstermektedir. *Borcu söndürme olgusuna* sıkı bir bağlılık neticesinde, borcun hiç doğmadığına yönelik bu belgeler kapsam dışında kabul edilmiştir. Böylece, örneğin, yıllık izin ücretlerinin ödenecek sona erdiğine ilişkin belgeler *borcu söndüren belge* kapsamında kabul edilmesine rağmen, yıllık izinlerin kullanılmış olduğu ve bu nedenle yıllık izin ücreti hakkının hiç olmadığına dair belgeler *borcu söndüren belge* kapsamına dahil edilmemiştir. Ancak Yargıtay'ın, daha yeni tarihli kararlarında borcun hiç doğmadığına yönelik bu tür belgeleri de *borcu söndüren belge* kapsamında kabul ettiği görülmektedir¹³. O hâlde, güncel Yargıtay uygulamasına göre, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu hakkın hiç doğmadığını veya doğmuş olsa dahi sona ermiş olduğunu gösterir nitelikteki belgelerin *borcu söndüren belge* kapsamında kabul edildiği sonucuna varılabilir.

eler ve yıllık izin belgelerinin niteliği dikkate alındığında, davalı işverenin, borcun doğmadığını gösteren yıllık izin belgelerine dayanması mümkün değildir." HGK, 25.01.2017, 7-1556/129 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararı, Yargıtay'ın *borcu söndüren belgelerin* temyiz aşamasında sunulabileceği yönündeki içtihadından döndüğü şeklinde yorumlanmıştır (Bkz. **Tutumlu**, **Mehmet Akif**: "İstinaf Aşamasında Yeni Delil Gösterme ve Temyiz Aşamasında Belge İbrazi Sorunu", (TeraziHD 2017, S. 129, s. 142-147), s. 144-147). Oysa Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, somut olaya konu belgenin *borcu söndüren belge* kapsamında kabul edilemeyeceği gerekçesiyle farklı bir sonuca varmıştır. Bu kararda, borcun ödenerek sona erdiğini gösteren belgeler için kabul edilen sonuçların, borcun hiç doğmadığını gösteren belgelere tanınmamış olması daha da ilginç bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, temel bir yorum ilkesi olan evleviyet ilkesi gereği, çoğun için de az da vardır (**Güriz**, **Adnan**: Hukuk Başlangıcı, 19. Baskı, Ankara 2019, s. 102; **Serozan**, **Rona**: Hukukta Yöntem ve Mantık, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 108-109; **Atay**, **Ender Ethem**: Hukuk Başlangıcı, 9. Baskı, Ankara 2021, s. 288; **Özekes**, **Muhammet**: Temel Hukuk Bilgisi, 11. Baskı, İstanbul 2021, s. 108). Bir borcun var olmasına rağmen sonradan sona erdiğini gösteren belgelere bağlanan hukukî sonuçlar, o borcun hiç mevcut olmadığını gösteren belgeler için evleviyetle kabul edilmelidir. Ancak, daha yeni tarihli kararlarda (bkz. sonraki dipnotta verilen karar), borcun hiç doğmadığını gösteren belgeler de *borcu söndüren belge* kapsamında kabul edildiği için, bu ilginç, hukuken ve mantıken açıklanması zor durum üzerinde daha fazla değerlendirme yapmamayı tercih ediyoruz. Bu karara ilişkin diğer değerlendirmelerimiz için bkz. aşağıda dn. 70-71.

¹³ "Temyiz aşamasında, yıllık izin kullanıldığına dair yıllık izin belgesi suretinin davalı tarafça dosyaya sunulduğu anlaşılmıştır. Sözü edilen belgeler ilk kez temyiz aşamasında sunulmuş ise de; ödeme belgesi mahiyetinde kabul edilmelidir. Ödeme belgesinin hakkı ortadan kaldıran özelliği nedeni ile yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gereklidir. Bu sebeple davalı tarafa yıllık izin belgesinin aslını sunması için süre verildikten sonra davacının imza itirazı olduğu da gözetilerek yıllık izin dilekçeleri üzerinde imza incelemesi yaptırılarak imzanın davacıya ait olup olmadığı kesin olarak belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir." 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

C. Borcu Söndüren Belgelere Bağlanan Sonuç ve Gerekçeler

Hangi tür belgelerin borcu sona erdiren belge tanımına dahil edildiği tespit edildikten sonra, bu nitelikteki belgelere bağlanan sonuçlara ve gerekçelere değinmek gerekmektedir. Yargıtay, bu tür belgelerin temyiz aşamasında dahi sunulabilmesi ve incelenmesi konusunda çeşitli gerekçeler ileri sürmekte ve bu kapsamda birçok hukukî değerlendirme ve nitelendirmede bulunmaktadır. İlgili kararların tamamı dikkate alındığında, *borcu söndüren belgelere* Yargıtay tarafından bağlanan hukukî nitelik ve bununla bağlantılı hususlar şu şekilde sıralanabilir:

- *Borcu söndüren belgeler*, ödeme def'i niteliğindedir¹⁴.

- *Borcu söndüren belgeler*, yargılamanın her aşamasında sunulabilir¹⁵, Kararın kesinleşmemiş olması gerekli ve yeterlidir¹⁶.

- Davanın inkârı borcun bulunmadığı savunmasını da içerdiğinden, davacının iddialarının inkârı durumunda da *borcu söndüren belgeler* sunulabilir¹⁷ ve bu durumda *borcu söndüren belgelerin* sunulması, savunmanın genişletildiği veya değiştirildiği anlamına gelmez¹⁸.

¹⁴ "Sözü edilen belgede 'Alacağımız olan arsa karşılığı 60.000 Dolar aldım' ibaresi yazılmakta olup, **bu ibare uyarınca sunulan belge ödeme def'i niteliğinde olup, borcu söndüren sebeplerdendir** ve bu nedenle davanın her aşamasında ileri sürülmesi mümkündür." 13. HD, 20.02.2020, 374/2498 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 10. HD, 02.04.2015, 7153/6349 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); HGK, 27.02.2013, 9-842/291 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵ "Sözü edilen belgeler ilk kez temyiz aşamasında sunulmuş ise de; ödeme belgesi mahiyetinde kabul edilmelidir. **Ödeme belgesinin hakkı ortadan kaldıran özelliği nedeni ile yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gereklidir.**" 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 13. HD, 20.02.2020, 374/2498 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 22. HD, 14.11.2019, 25147/21154 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 15. HD, 25.11.2019, 1382/4802 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 8. HD, 18.04.2019, 2092/4296 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 19. HD, 21.06.2019, 1686/3992 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 15. HD, 10.07.2019, 1401/3286 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); HGK, 24.02.2016, 22-735/166 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶ "Sonuç itibari ile; yargılama aşaması henüz tamamlanmamış böyle bir durumda, borcu itfa eden belgenin veya dava şartının söz konusu olduğu hallerde, **dava sonuçlanıp kesinleşmemiş ise, ibraz edilen ve borcu söndüren yazılı belgenin dikkate alınması gerekir.**" 3. HD, 25.06.2020, 5842/3500 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 3. HD, 05.03.2020, 270/2099 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷ "**Gerçekten de, yargılamada davayı inkar eden davalının savunması borcun bulunmadığı savunmasını da kapsar.** O nedenle, davalının borcun ne sebeple bulunmadığını açıklama ve iddianın aksine, delillerini ikame etme hakkının ortadan kalktığından söz edilemez." HGK, 24.02.2016, 22-735/66 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 22. HD, 02.07.2020, 1937/8508 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 3. HD, 05.03.2020, 270/2099 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁸ "O nedenle, davalının borcun ne sebeple bulunmadığını açıklama ve iddianın aksine delillerini ikame

- *Borcu söndüren belgeler*, ödenmiş alacak için davacının dava açmakta hukukî yararı bulunmadığını gösterdiğinden ve hukukî yarar da dava şartı olduğundan, daha önce ileri sürülmemiş olsalar dahi kendiliğinden incelenebilir¹⁹.

- *Borcu söndüren belgeler*, temyiz aşamasında sunulabilirse de, dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumlu tutulmayı engellemeyebilir²⁰.

- *Borcu söndüren belgeler*, alt derecedeki tahkikat aşamasında ileri sürülüp sunulmayan delillerin temyiz ve karar düzeltme²¹ aşamasında sunulmaması kuralının tek istisnasıdır²².

etme hakkının ortadan kalktığından söz edilemez. *Belirtilen nedenlerle, temyiz aşamasında sunulan ve borcu söndüren bir belgenin varlığı karşısında savunmanın genişletilmesi yasağından söz edilemeyeceğinin kabulü de zorunludur.*" HGK, 24.02.2016, 22-735/66 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 22. HD, 02.07.2020, 1937/8508 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 3. HD, 05.03.2020, 270/2099 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 8. HD, 18.04.2019, 2092/4296 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹ "*Ödenmiş alacak hakkında davacının dava açmakta hukukî yararı yoktur.* Bu halde, 6100 Sayılı Kanun'un 115. maddesi gereğince, dava şartının varlığı ya da yokluğunun incelenmesi, doğrudan mahkemeye verilmiş ödevlerden olması karşısında, *önceden ileri sürülmemiş olsa bile temyiz aşamasında dava şartının var olup olmadığını kendiliğinden gözetilmesinde bir usulî engel bulunmamaktadır.*" 9. HD, 25.02.2021, 2579/4905 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 3. HD, 25.06.2020, 5842/3500 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); HGK, 24.02.2016, 22-735/166 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁰ "Ancak, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 'Dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluk' başlıklı 327. maddesinin 1. bendinde, 'Gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir.' düzenlemesi mevcuttur. Şu halde, *Mahkemece davada rapor alındıktan sonra yeni belgeler sunmak suretiyle davanın uzamasına ve davada gider yapılmasına sebep vermiş olan davalı yönünden 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 327. maddesinin 1. bendi dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerektiği de gözetilmelidir.*" 22. HD, 14.11.2019, 25147/21154 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²¹ Karar düzeltme yolu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamaktadır. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi uyarınca, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 5236 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 444. madde hükümlerinin uygulanmasına devam edilecektir. Bu nedenle, bölge adliye mahkemelerinin göreve başladığı tarih (RG, 07.11.2015, S. 29525) olan 20.07.2016 tarihinden önce verilen kararlar hakkında hâlen mülga kanun yolu sisteminin ve bu kapsamda karar düzeltme yolunun uygulanması mümkündür. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Kuru, Bakı:** Medenî Usûl Hukuku El Kitabı, C. II, Ankara 2020, s. 1465-1468; **Özekes, Muhammet:** Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 2161-2166.

²² "Kural olarak, yargılama aşamasında dayanılıp sunulmayan deliller, temyiz veya karar düzeltme aşamasında sunulamazlar; sunulmuş olsalar bile, bu aşamalarda inceleme sırasında dikkate alınmazlar. **Bu**

II. MEDENİ USÛL HUKUKUNDA DAVA MALZEMELERİNİN SUNULMASINA DAİR KURALLAR

A. Vakıalar

Medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerden olan teksif ilkesi, tarafların bütün iddia ve savunmalarını belirli bir usûl aşmasına kadar ileri sürebilmeleri anlamına gelmektedir²³. Bu ilke, usûl ekonomisine hizmet eder ve tarafların gereksiz yere, kötü niyetle yargılamayı uzatmalarını engellemeyi amaçlar²⁴. Teksif ilkesinin somut düzenlemesi olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141. maddesine göre, taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez²⁵. Basit yargılama usûlüne tâbi dava ve işlerde ise, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ise, cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle

kuralın tek istisnası, dayanılıp sunulan delillin, o davaya konu borcu söndüren bir nitelik taşıması; örneğin, davaya konu borcun ödenmiş olduğunu gösteren makbuz, ibraname gibi bir belge olmasıdır." 9. HD, 25.02.2021, 2579/4905 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

- ²³ **Üstündağ, Saim:** Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 253; **Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer:** Medeni Usûl Hukuku Dersleri, 7. Baskı, İstanbul 2015, s. 169; **Karşlı, Abdurrahim:** Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020, s. 259; **Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis:** Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 185; **Erdönmez, Güray:** Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 809; **Tanrıver, Süha:** Medeni Usûl Hukuku, C. I, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 375; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin:** Medeni Usûl Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 107; **Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol:** Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 203. Ayrıca bkz. **Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. II, İstanbul 2001, s. 1786; **Mazlum, Nagihan:** "Medeni Usul Hukukunda Teksif İlkesi", (AÜHFHD 2021, S. 70, s. 107-144), s. 109.
- ²⁴ **Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 156-157; **Üstündağ,** Medeni Yargılama, s. 252; **Postacıoğlu/Altay,** s. 169; **Erdönmez,** Pekcanitez Usûl, s. 809-810; **Tanrıver,** Usûl Cilt 1, s. 375; **Mazlum,** s. 111-112. Alman hukukunda da benzer şekilde sonradan yeni iddialar ileri sürülmesinin engellenmesinin amaçları için bkz. **MüKo-ZPO/Prittting,** § 296, Rdnr. 2.
- ²⁵ **Berkin, Necmeddin M.:** Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 148; **Üstündağ, Saim:** İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 83; **Postacıoğlu/Altay,** s. 475-476; **Kuru,** Usul Cilt 2, s. 1786; **Kuru, Baki:** Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, C. I, Ankara 2020, s. 510, 523; **Yılmaz, Ejder:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 3015; **Karşlı,** s. 441, 465; **Pekcanitez,** Pekcanitez Usûl, s. 1261; **Tanrıver,** Usûl Cilt 1, s. 693; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 406; **Budak/Karaaslan,** s. 203; **Bolayır, Nur:** Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, s. 311.

başlar (HMK m. 319). İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.

Yukarıda verilen açık ve net kanunî düzenlemeler uyarınca, ilk derece mahkemesindeki yargılamada dilekçeler (teatisi) aşamasında yeni iddia ve savunmalar ileri sürülebilir. Dilekçeler aşamasının tamamlanmasını müteakiben, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşamalarında iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasaklanmıştır²⁶. Bu yasağın amacı, teksif ilkesinin amacına paralel bir şekilde, tarafların sürekli yeni iddia ve savunmalar ileri sürerek yargılamayı uzatmalarını engellemek, hâkim tarafından incelenecek vakıaların belirli bir aşamaya kadar sunulmasını sağlamaktır. Diğer taraftan, bu amaç ile taraf menfaatleri arasındaki dengeyi sağlamak adına karşı tarafın açık muvafakatiyle yeni iddia ve savunmalar ileri sürülebilmesi kabul edilmiştir. Çoğu zaman karşı tarafın böyle bir muvafakati vermeyeceği dikkate alınarak, tahkikatın sona ermesine kadar ıslah yoluyla yeni iddia ve savunmalar ileri sürülebilmesi düzenlenmiş (HMK m. 177/1); ancak, yine menfaatler dengesini korumak için ıslah da her davada sadece bir defa kullanılacak şekilde sınırlandırılmıştır (HMK m. 176/2).

İlk derece mahkemesinde tahkikat aşamasının tamamlanmasından sonra ve kanun yolları aşamasında, ıslah yoluyla dahi iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi mümkün değildir. Bu çerçevede istinaf aşamasında, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen yeni iddia ve savunmalara dayanılmaz, ıslah yapılamaz (HMK m. 357/1). Keza, tahkikat işlemleri dahi yapılmayan temyiz aşamasında da yeni iddia ve savunmalar ileri sürülemez ve ıslah yapılamaz. Hatta, kanun yolları aşamasından sonra dosyanın tekrar ilk derece mahkemesine gönderilerek tahkikat işlemlerine yeniden başlandığı durumlarda dahi ıslah ile yeni iddialar ileri sürülmesi sınırlandırılmıştır. Buna göre, Yargıtay'ın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra

²⁶ İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Üstündağ, Saim**: İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 17 vd; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 522 vd; **Postacıoğlu/Altay**, s. 475-490; **Kuru**, Usul Cilt 2, s. 1692 vd, 1801 vd; **Bilge, Necip/Önen, Ergun**: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 465-473; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1249 vd; **Tanriver**, Usul Cilt 1, s. 692 vd; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 405 vd.

dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde, tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukukî durum ortadan kaldırılamaz (HMK m. 177/2).

Görüldüğü gibi, yargılamada vakıaların ileri sürülüşüne ilişkin olarak birçok kanunî düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeler, bir yandan yargılamanın belirli bir düzen içerisinde yürütülmesine hizmet ederek vakıaların belirli bir aşamaya kadar yargılamaya getirilmesini sağlamakta; bir yandan ise, taraf menfaatlerini dikkate alarak istisnâî durumlar öngörmektedir. Ancak, bu istisnâî düzenlemelerin dahi hiçbir zaman kanun yolları aşamasında yeni iddia ve savunmalar ileri sürülmesine imkân tanımadığını yeniden vurgulamak gerekir.

B. Deliller

Türk hukukunda kabul edilen deliller, belge, senet, kesin hüküm, yemin, bilirkişi, keşif, tanık ve kanunda düzenlenmeyen diğer deliller olarak sayılabilir²⁷. Bir delil olarak her senet, belge niteliğinde olmasına rağmen; her belge, senet niteliğini haiz olmayabilir²⁸.

İddia edilen vakıaların hangi delillerle ispat edileceğine dava ve cevap dilekçesinde yer verilmesi gerekmektedir (HMK m. 119/1-f, 129/1-e, m. 194)²⁹. Taraflar, kural olarak Kanun'da gösterilen bu süre-

²⁷ **Berkin**, s. 169. Delil türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Belgesay, Mustafa Reşit**: Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1940, s. 94 vd; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 628 vd; **Postacıoğlu/Altay**, s. 608 vd; **Kuru**, Usul Cilt 2, s. 2032 vd; **Kuru**, Usul El Kitabı 1, s. 643 vd; **Bilge/Önen**, s. 492 vd; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 317 vd; **Karlı**, s. 532 vd; **Atalay, Oğuz**: Pekcanitez Usül Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 1734-1740 ve özellikle 1765 vd; **Tanrıver**, Usül Cilt 1, s. 840 vd; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 483 vd; **Budak/Karaaslan**, s. 261 vd.

²⁸ **Postacıoğlu/Altay**, s. 625; **Yılmaz**, Cilt 3, s. 3672; **Erdönmez**, Pekcanitez Usül, s. 1771; **Tanrıver**, Usül Cilt 1, s. 841; **Budak/Karaaslan**, s. 262.

²⁹ Alman Usül Kanunu'nun 130. paragrafından hareketle, Alman hukukunda da delillerin, bu delillerle ispat edilecek vakıalar arasındaki bağlantı kurularak somutlaştırılmak suretiyle, dilekçelerde gösterilmesinin gerektiği ifade edilmektedir. Esasen, bu hukuk sisteminde, tahkikat işlemlerinin yürütüldüğü yargılama aşamasında (*mündliche Verhandlung*) delillerin gösterilmesi mümkün olup (ZPO § 282/1) bu aşamadan sonra ileri sürülen iddia, savunma, delil ve karşı deliller reddedilebilmektedir (ZPO § 296/2-3; **Wieczorek/Schütze/Weth**, § 296, Rdnr. 172-174). Ancak, buna rağmen, delillerin neler olduğuna dava ve cevap dilekçelerinde yer verilmesi gerektiği tavsiye edilmektedir (**Wieczorek/Schütze/Gerken**, §

den sonra yeni bir delil gösteremezler (HMK m. 145). Dilekçelerde yer verilen bu delillerin hangi aşamada ve nasıl sunulacağı ise, başka bir husustur. Daha açık bir ifadeyle, delillerin sadece dilekçelerde gösterilmesi yetmez; gösterilen delillerin, usûlüne uygun olarak sunulması da gerekir. Delillerin gösterilmesi ve sunulmasına dair bu kanunî sınırlamalar³⁰, yine açık bir şekilde hükme bağlanmış olan ispat hakkının Kanun'da belirtilen süre ve usûllere uygun olarak kullanılabilmesiyle uyum içerisindedir (HMK m. 190/1)³¹.

Belge niteliğindeki delillerin mahkemeye sunulmasına dair aşağıda kısaca açıklayacağımız kurallar haricinde, dilekçede gösterilen diğer delillerin mahkemeye nasıl sunulacağı ve mahkemece nasıl inceleneceği her bir delil için ayrı ayrı hükme bağlanmıştır. Bu noktada, yemin (m. 227 vd.), tanık (m. 240 vd.), bilirkişi (m. 266 vd.) ve keşif (m. 288 vd.) delili bakımından, her bir delilin niteliği ve başvurulma şekli dikkate alınarak özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu tür delillerin dilekçede gösterilmesi hâlinde, mahkemeye nasıl ve ne zaman sunulacağı ile mahkemece ne çerçevede bu delillere başvurulabileceği ilgili özel hükümler dikkate alınarak tespit edilmelidir³².

130, Rdnr. 17; **Jäckel, Holger**: Das Beweisrecht der ZPO, 2. Auflage, Stuttgart 2014, s. 49, Rdnr. 215; **Laumen, Hans-Willi**: "Der Beweisantrag im Zivilprozess", (MDR 2020, s. 145-153), s. 146, Rdnr. 3. Benzer şekilde İsviçre hukuku için bkz. **Groner, Roger**: Beweisrecht Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011, s. 328; SchwZPO Art 221-222). İstinaf aşamasında ise, ilk derecede gösterilen bu delillere göre tespit edilen olaylarla bağlantılı esas olduğundan, istinaf talebinde sadece bu delillere atıfta bulunulması dahi yeterli görülmemekte; ilk derece mahkemesi tespitlerinin yenilenmesi için, ileri sürülmesine rağmen incelenmeyen ve bu nedenle karara etki edecek delillerin nelerden ibaret olduğunun açıkça vurgulanması gerektiği belirtilmektedir (ZPO § 529/1). Bu konuda bkz. **Jäckel**, s. 49, Rdnr. 217; **Laumen**, s. 146, Rdnr. 2.

³⁰ Çalışmamızın giriş bölümünde açıkladığımız üzere, delillerin belirli bir usûl aşamasına kadar sunulmasına dair kurallar da teksif ilkesiyle bağlantılı ve bu ilkenin sonuçlarından kabul edilmelidir. Doktrinde teksif ilkesi, genel olarak vakıaların sunulmasına dair kurallar kapsamında ele alınmaktaysa da (**Kuru**, Usul Cilt 2, s. 1708-1709; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 252-258; **Üstündağ**, Yasak, s. 2-3; **Tanrıver**, Usul Cilt 1, s. 375-376; **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 809-812), delillerin sunulmasına dair kanunî sınırlamaların da bu ilkeyle bağlantılı olduğu kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. **Postacıoğlu/Altay**, s. 169-172; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 185; **Atalı/Ermek/Erdoğan**, s. 107; **Mazlum**, s. 127.

³¹ Delillerin sunulmasına ilişkin kuralların, ispat hakkının sınırları çerçevesinde değerlendirilmesi için bkz. **Çiftçi, Pınar**: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s. 277-290.

³² Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Ansay**, s. 266 vd; **Postacıoğlu/Altay**, s. 694 vd; **Kuru**, Usul Cilt 3, s. 2483 vd; **Kuru**, Usul El Kitabı 1, s. 737 vd; **Yılmaz**, Cilt 3, s. 3959 vd; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1761-1763; **Tanrıver**, Usul Cilt 1, s. 876 vd; **Karşlı**, s. 577 vd; **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 1872 vd.

Delillerin sunulması kapsamında, dilekçelerde gösterilen ve tarafların elinde bulunan belge niteliğindeki delillerin asıllarıyla birlikte dilekçeye³³ eklenerek sunulması kuraldır (HMK m. 121, 135)³⁴. Ön inceleme davet tutanağında daha önce kanuna uygun şekilde dilekçelerle birlikte sunulmamış belge niteliğindeki deliller için iki haftalık kesin süre verilir. Bu düzenlemeye göre, davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde tarafların dilekçelerinde gösterdikleri³⁵, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları gerekmekte olup bu hususların verilen süre içinde yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaklarına karar verilmektedir (HMK m. 139/1-ç)³⁶. O hâlde, dilekçelerde gösterilen belge niteliğindeki delillerin, kural olarak, dilekçelerle birlikte mahkemeye sunulması; sunulma-

³³ Dava ve cevap dilekçesi (m. 121, 135) haricinde, yazılı yargılama usulünde cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi bakımından da dava ve cevap dilekçesine ilişkin hükümler, niteliğine aykırı düşmediği sürece kıyasen uygulanır (m. 136/2). Buradan hareketle, tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde de delil göstermeleri ve sunmaları mümkündür (**Erdönmez, Güray**: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrası”, (İBD 2013, S. 5, s. 15-53), s. 22; **Erdönmez, Güray**: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin İbrası”, (Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X, 1-2 Ekim 2012, İzmir, s. 348-376), s. 354-355; **Bolayır, Nur**: “Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Temyiz İncelemesi Sırasında Yeni Delil Gösterilip Gösterilemeyeceği Sorunu”, (GÜHFD 2012, S. 2, s. 131-149), s. 138; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 227-228).

³⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 219. maddesinde de belgeleri ibraz zorunluluğu başlığı altında tarafların, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorunda oldukları hükme bağlanmıştır. Böylece taraflarca, diğer tarafın elinde olan bir belgeye delil olarak dayanılmış olması hâlinde de o belgenin mahkemeye ibrazı zorunluluğu düzenlenmiş ve belgenin sunulmaması hâlinde gerekirse o belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanının esas alınabileceği düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. **Belgesay**, Deliller, s. 74-75; **Bilge/Önen**, s. 586; **Şengün, Kemâl Oğuz**: “Hukuk Davalarında Delillerin Gösterilmesi”, (AD 1970, S. 3, s. 190-204), s. 195; **Erdönmez**, Pekcanitez Usul, s. 1813-1823; **Tanrıver**, Usul Cilt 1, s. 826-827; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 495; **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 29-30; **Erdönmez**, Delillerin İbrası, s. 361-362; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 331 vd.

³⁵ Ön inceleme duruşmasına davet aşamasında sunulabilecek deliller, sadece dilekçelerde gösterilmiş ancak henüz mahkemeye sunulmamış belge niteliğindeki delillerdir. Yoksa, dilekçelerde hiç gösterilmeyen yeni bir delilin bu aşamada serbestçe sunulması kabul edilmemelidir. Bkz. **Atalay**, Pekcanitez Usul, s. 1758; **Tanrıver**, Usul Cilt 1, s. 703; **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 32-33; **Erdönmez**, Delillerin İbrası, s. 364; **Ulukapı, Ömer/Yardımcı, Taner Emre**: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi”, (DEÜHFD 2014, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, İzmir 2015, s. 483-507), s. 487-488; **Çiftçi**, s. 282; **Tutumlu, Mehmet Akif**: “Cevap Dilekçesi Vermeyen Davalının Delil Gösterme Hakkı Düşer Mi?”, (TeraziHD 2016, S. 120, s. 134-138), s. 136, 138.

Dilekçelerde hiç gösterilmemiş delillerin sunulmasına ilişkin tartışmalar ve değerlendirme için bkz. **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 32-33; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 233-235.

³⁶ **Kuru**, Usul El Kitabı 1, s. 635; **Karslı**, s. 452; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1757; **Tanrıver**, Usul Cilt 1, s. 703; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 429; **Budak/Karaaslan**, s. 256; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 68; **Bolayır**, Sorun, s. 138; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 232; **Tutumlu**, Yeni Delil, s. 144.

diği durumlarda ise, ön incelemeye davet tutanağında verilen iki haftalık kesin süre içerisinde sunulması gerekmektedir. Aksi hâlde, belge niteliğindeki o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmaktadır.

İstisnaî olarak, bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme, o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir (HMK m. 145). Bu istisnaî düzenleme uyarınca, tahkikat³⁷ aşamasında da³⁸ belirli çerçevede ve mahkemenin uygun bulunması şartıyla delil ve bu kapsamda belge sunulması mümkündür. Ancak, bu şekilde sonradan delil sunulabilmesi için, o delilin süresinde ileri sürülememesinde ilgili tarafın kusurunun olmaması ve³⁹ sonradan delil sunulmasının yargılamayı geciktirme amacı taşımaması gerekmektedir. Tarafın salt ihmalkârlığı, önemsememesi ve yeterince araştırmadan hızlı bir cevap vermiş olması gibi sebeplerle sonradan delil sunulması kabul edilmemeli; mahkemece, tarafların durumu ve delilin sonradan tahkikat aşamasında ileri sürülme sebebi titiz bir şekilde incelenmelidir⁴⁰.

İlk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller haricinde, bölge adliye mahkemesinde yeni delil sunulması ve incelenmesi mümkün değildir (HMK m. 357/3). Bu çerçevede, ilk derece mahkemesinde gösterilmeyen veya dilekçelerde gösterilmesine rağmen verilen kesin sürede sunulmadığı için vazgeçil-

³⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesinin tahkikat aşamasından önceki aşama olan ön inceleme aşamasında da uygulanabileceği hakkında bkz. **Tanrıver**, Usûl Cilt 1, s. 824; **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 33; **Ulukapı/Yardımcı**, s. 488; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 235.

³⁸ Yargıtay tarafından bozma kararı verilmesinden sonra alt derece mahkemesinde tahkikat devam ediyorsa, bu aşamada da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesinin uygulama alanı bulunması mümkündür (**Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1762; **Ulukapı/Yardımcı**, s. 501; **Bolayır**, Sorun, s. 145; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 306; **Çiftçi**, s. 286). Ancak, dava malzemelerinden olan vakialara ilişkin istisnalardan olan ıslaha ilişkin düzenlemeye paralel bir şekilde (HMK m. 177/2), delillerin sunulmasına ilişkin bu hüküm de bozma kararına uyulmasıyla ortaya çıkan hukukî durum dikkate alınarak uygulanmalıdır. Karş. **Bolayır**, Sorun, s. 145; **Çiftçi**, s. 286.

³⁹ Kanunî düzenlemede "veya" ifadesi kullanılmış olmasına rağmen, tarafların kendi kusurlarıyla zamanında delil sunamamış olmaları hâlinde, sonradan delil göstermelerine imkân tanınmaması gerektiği gerekçeleriyle bu ifadenin ve olarak anlamlandırılması gerektiği hakkında bkz. **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 239.

⁴⁰ **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1760. Ayrıca bkz. **Şengün**, s. 198; **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 38-40.

miş sayılmasına karar verilen deliller, artık istinaf aşamasında da sunulmaz ve bölge adliye mahkemesi tarafından incelenemez⁴¹. Diğer yandan, istinaf aşamasında ilk derece mahkemesinin sonradan delil gösterilmesi talebine yönelik kararının (HMK m. 145) denetlenmesi mümkündür⁴². Bu çerçevede mahkemenin delil gösterilmesi talebinin reddi kararı yerinde bulunmazsa ya da mücbir sebeple ilk defa istinaf aşamasında delil sunulması talebi bölge adliye mahkemesi tarafından uygun görülürse⁴³, istinaf aşamasında da istisnâ olarak yeni delil sunulması mümkün olabilir.

Alt derece yargılamasında sunulmayan veya yukarıdaki istisnâ hükümler çerçevesinde sonradan gösterilmeyen delillerin ilk defa temyiz aşamasında sunulması ise, mümkün değildir. İstinafa benzer şekilde, temyiz aşamasında da alt derece mahkemesinin (ilk derece veya istinaf) delillerin sunulmasına yönelik kararları ile sonradan delil gösterilmesine yönelik takdiri belirli çerçevede incelenebilirse de⁴⁴, alt derece aşı-

⁴¹ **Kuru**, Usul El Kitabı 2, s. 1378; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2250; **Tanrıver**, **Süha**: Medenî Usûl Hukuku, C. II, Ankara 2021, s. 72; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 624; **Ulukapı/Yardımcı**, s. 496; **Akkaya**, **Tolga**: Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 290-291; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 284.

⁴² İstinaf aşamasında, deliller bakımından yapılabilecek incelemenin kapsamı oldukça geniştir. İncelenen bir delile ilişkin hâkim tarafından yapılan değerlendirme ve gerekçeler denetlenebileceği gibi, kabul edilerek incelenmesi gereken bir delilin kabul edilmemiş veya incelenmemiş olması da denetlenebilir (**Kuru**, Usul El Kitabı 2, s. 1347; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2207; **Akkaya**, s. 269-272). Bu noktada, alt derece mahkemesinin takdir yetkisinin objektif ilkeler çerçevesinde istinaf aşamasında incelenmesi mümkündür. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2206 vd; **Akkaya**, s. 187 vd.

⁴³ Karş. **Tutumlu**, Yeni Delil, s. 142-143.

⁴⁴ Temyiz aşamasında, alt derece mahkemeleri tarafından incelenmesi gereken bir delilin hiç değerlendirilmemesi veya incelenmeksizin reddedilmiş olması hâlinde, bu konudaki kararın hukuken incelenmesi mümkündür (**Belgesay**, **Mustafa Reşit**: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul 1935, s. 193; **Berkin**, s. 218; **Ansay**, s. 353; **Kuru**, **Baki**: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. V, İstanbul 2001, s. 4542; **Kuru**, Usul El Kitabı 2, s. 1399; **Bilge/Önen**, s. 654; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 546; **Umar**, **Bilge**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 1068; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2284; **Postacıoğlu/Altay**, s. 892; **Karslı**, s. 844; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 640; **Akcan**, **Recep**: Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999, s. 104). Hatta, alt derece mahkemesi hâkminin delillerin değerlendirilmesi noktasındaki takdir yetkisini objektif ve gerekçeli olarak kullanıp kullanmadığı dahi temyiz aşamasında denetlenebilir. İşte bu kapsamda, ilk derece ve istinaf aşamasında istisnâ hükümlerden faydalanılmak suretiyle delil sunulması talebi mahkemece reddedilmiş ise, bu ret kararın objektif hukuk kuralları ile takdir yetkisi kapsamında denetlenebilmesi gerekir. Yargıtay'ın temyiz aşamasındaki bu yetkisi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Üstündağ**, Medenî Yargılama, s. 843; **Umar**, s. 609; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2297-2302; **Akcan**, s. 32, 39.

masında hiçbir şekilde sunulmayan ve sunulmasına izin verilmesi talep edilmeyen bir delilin ilk defa temyiz aşamasında gösterilmesi, sunulması ve Yargıtay tarafından incelenmesi mümkün değildir⁴⁵. İstinaf aşamasında olduğu gibi (bkz. HMK m. 367/3), temyiz aşamasında bu şekilde istisnâ bir delil sunumuna izin veren herhangi bir pozitif düzenleme de söz konusu değildir.

III. YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ ve GÖRÜŞÜMÜZ

C. Kullanılan Terminoloji Bakımından

Yukarıda değinilen Yargıtay kararlarının tamamında *borcu söndüren belge* ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca, yine bu kararları bir kısmında⁴⁶, bu tür belgelerin birer ödeme def'i niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.

Her şeyden önce söz konusu kararlarda, 1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nda da yer verilen (İİK m. 33, 71, 169/a) ve *borcun sona ermesi* olarak şeklinde ifade edilebilecek terimin güncel karşılığı olarak *sönme* kelimesinin kullanılması ilgi çekicidir. Yeni tarihli mevzuat hükümlerinde de hâlen itfa terimi kullanılabilmekteyse de (Örneğin bkz. HMK m. 200/1), tespit edebildiğimiz kadarıyla bu ibarenin doğrudan karşılığı olarak *sönme* şeklinde bir kullanım tercih edilmemektedir. Nitekim, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda borçların sukutu olarak düzenlenen birinci kısmın üçüncü babına, güncel terimler kullanılarak yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda üçüncü bölümün birinci ayırımında sona erme şeklinde yer verilmiştir. Güncel Yargıtay kararlarında neden kanunî terim olarak *sona erme* ifadesi yerine *sönme* kelimesinin tercih edildiği izaha muhtaçtır. Zira, bu tür kararlar haricinde başka ka-

⁴⁵ Atalay, Pekantez Usûl, s. 1762; Ulukapı/Yardımcı, s. 500; Çiftçi, s. 285; Tutumlu, Yeni Delil, s. 147. Ayrıca bkz. aşa. III, D.

⁴⁶ "Sözü edilen belgede 'Alacağımız olan arsa karşılığı 60.000 Dolar aldım' ibaresi yazılmakta olup, *bu ibare uyarınca sunulan belge ödeme def'i niteliğinde olup, borcu söndüren sebeplerdendir* ve bu nedenle davanın her aşamasında ileri sürülmesi mümkündür." 13. HD, 20.02.2020, 374/2498 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 10. HD, 02.04.2015, 7153/6349 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); HGK, 27.02.2013, 9-842/291 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

rarlarda ve doktrinde borcu söndüren belge ifadesi kullanılmamakta; güncel kanunî düzenlemelere uygun olarak borcu sona erdiren belge terimi tercih edilmektedir.

Bu şekli ilginçlik haricinde, kararlarda kullanılan diğer ifadeler de eleştiriye açıktır. Zira, söz konusu kararlarda, ödeme belgelerine dayanan iddiaların, *ödeme def'i* niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Oysa, olsa olsa, ilgili belgelerin içeriği, ispat edilmek istenen vakıa def'i niteliğinde olabilir; belge ise, bu vakıanın delili niteliğinde olabilir. Ayrıca def'i, borçlu olunan bir edimi özel bir sebeple yerine getirmekten kaçınma anlamına gelmekte olup ödeme, borcu sona erdiren bir vakıa olarak itiraz niteliğindedir⁴⁷. O hâlde ödeme, kararlarda belirtildiği gibi def'i değil itiraz niteliğindedir⁴⁸. Yargıtay gibi, adli yargının en üst merciinin kararlarında *ödeme def'i* ifadesiyle eski tarihlerde kullanıldığı şekliyle ödeme itirazını kastettiği yönünde masum bir açıklama kabul edilemez. Günümüzde, def'i ve itiraz terimlerinin hukuken karşılıkları açık, net ve tartışmasızdır. Yakın tarihlerde verilen kararlarda bu terimlerin yanlış ve eski kullanımlarının tercih edilmesinin sebebini anlamak ve açıklamak güçtür. Nitekim Yargıtay'ın bazı daireleri tarafından verilen kararlarda, yine aynı sonuçlara varılmasına rağmen en azından bu sebebin itiraz niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁴⁹.

Bu delillerin belge niteliğinde kabul edilmesi bakımından ise, terminolojik bir sorun olmadığı kanaatindeyiz. Zira belge, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile benzer tüm bilgi taşıyıcılarını kapsar şekilde geniş

⁴⁷ **Berkin**, s. 135-136; **Kuru**, Usul Cilt 2, s. 1761; **Kuru**, Usul El Kitabı 1, s. 486, 488; **Bilge/Önen**, s. 453, 455; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 253; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 1208-1209; **Karslı**, s. 363; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 393; **Canbolat, Ferhat**: "Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları", (EÜHFD 2008, S. 1, s. 255-270), s. 263.

⁴⁸ **Bolayır**, Sorun, s. 145-146.

⁴⁹ "Somut olayda, davalı temyiz aşamasında davacı imzasına ödemeler yapıldığını gösteren bir kısım makbuzları dosyaya sunmuştur. İbraz edilen bu belgeler itiraz mahiyetinde olup, ödeme belgelerinin hakkı ortadan kaldıran özelliği nedeni ile yargılanmanın her safhasında nazara alınması gerekir." 22. HD, 20.01.2020, 27690/628 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

bir anlama sahiptir (HMK m. 199)⁵⁰. Ancak Yargıtay kararlarında, bu kapsamdaki her belge değil, sadece *borcu söndüren belge* olarak yazılı bazı belgeler bakımından ilgili gerekçeler ileri sürülerek değindiğimiz sonuçlara varılmıştır.

D. İleri Sürülen Gerekçeler Bakımından

Yukarıda değinilen Yargıtay kararlarında aynen,

“Kural olarak, yargılama aşamasında dayanılıp sunulmayan deliller, temyiz veya karar düzeltme aşamasında sunulamazlar; sunulmuş olsalar bile, bu aşamalardaki incelemeler sırasında dikkate alınamazlar. Bu kuralın tek istisnası, dayanılıp sunulan delillin, o davaya konu borcu söndüren bir nitelik taşıması; örneğin, davaya konu borcun ödenmiş olduğunu gösteren makbuz, ibraname gibi bir belge olmasıdır.”⁵¹

şeklinde ifadelere yer verilmiştir. Burada, Yargıtay’ın deyimiyle *borcu söndüren belgeler*in temyiz ve karar düzeltme aşamasında sunulabileceği belirtilmiş; kararlarda değinilen diğer hususlar ise, bu temel kabulden yola çıkılarak ileri sürülmüştür. Bu nedenle, ilgili kararlarda kabul edilen bu sonuçlara, kararlarda ulaşılan sonuçlara ilişkin açıklamalarımız kapsamında aşağıda ayrı ayrı değineceğiz.

Çalışmamızın bu bölümünde, Yargıtay tarafından bu tür belgelerin, yine Yargıtay tarafından kural olarak kabul edildiği şekliyle alt derece yargılama gösterilip sunulmayan delillerin, temyiz aşamasında sunulamayacak olmasından farklı bir hukukî rejime tâbi tutulmasındaki gerekçe üzerinde durulacaktır. Ancak, ne yazık ki, ilgili kararlar üzerinde

⁵⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Belge” başlıklı 199. maddesinin tasarıdaki karşılığı olan 203. maddenin gerekçesinde belge konusunda sınırlayıcı bir tanım yapmaktan özellikle kaçınıldığı vurgulanmıştır. Buna göre, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli her bilgi taşıyıcısının hukuken belge olarak kabulü gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bir delil olarak belge hakkında detaylı bilgi için bkz. **Koç, Evren:** Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı, İstanbul 2021, s. 13 vd; **Sarıgül Ata, Bersun:** “Belge ve Belgenin Delil Kuvveti”, (ABD 2020, S. 1, s. 1-40), s. 5 vd.

⁵¹ 9. HD, 25.02.2021, 2579/4905 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 3. HD, 25.06.2020, 5842/3500 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 3. HD, 05.03.2020, 270/2099 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

durulacak bir gerekçeden yoksundur. Zira Yargıtay, nihaî olarak belge niteliğinde bu delilin diğer delillerden farklı olarak temyiz aşamasında ileri sürülebileceği sonucuna varırken, herhangi bir kanunî düzenleme veya hukukî ilkeye değinmemiştir. Kanaatimizce, böyle bir düzenleme veya ilke olmadığından, Yargıtay da bu yöndeki kararlarına hukukî bir gerekçe bulamamış, genel ifadelerle sonuca varmıştır.

Yargıtay kararlarında yapılan gerekçelendirme şekli aslında hukuk metodolojisinde temel bir mantık hatası olarak kabul edilmektedir. Şöyle ki, Yargıtay tarafından verilen bu yöndeki kararlarda yer alan genel kabul, *borcu söndüren* belgelerin her aşamada sunulabilecek bir delil olduğudur. Bu tür belgelerin neden her aşamada sunulabilecek bir belge olduğu sorusuna verilen cevap ise, bu belgelerin *borcu söndüren belge* olması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Görüldüğü gibi, böyle bir gerekçelendirme faaliyeti, sonucu sebeple, sebebi de sonuçla açıklama döngüsü içerisinde. Bu ise, hukukun uygulanması sürecinde döngüsel kanıtlama (*petitio principii*) olarak ifade edilen bir mantık hatası olarak karşımıza çıkmaktadır⁵².

Nitekim, dava malzemesi olarak vakıaların ve delillerin sunulmasına ilişkin yukarıda⁵³ değindiğimiz hukukî kurallar, böyle bir karara gerekçe yapılamayacağı gibi; aksine, böyle bir kararın hukuken yanlış ve temelsiz olduğunu göstermektedir.

⁵² Serozan, s. 28-29; Joerden, Jan C.: Logik im Recht, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 2010, s. 364-365; Woods, John/Walton, Douglas: "Petitio Principii", (Synthese 1975, Vol. 31, No. 1, s. 107-127), s. 107 vd. Bu mantık hatasına düşülmesi hâlinde, sonucu haklı çıkarma çabası o kadar ileri gidebilir ki bizzat hataya düşenin kendisi de kendini ikna edebilmek adına çeşitli yollar deneyebilir. Örneğin, açık ve net bir şekilde birbirinin tamamen aynısı olan iki hususun sebep ve sonuç ilişkisi içerisinde açıklanmasından kaçınılarak özünde aynı anlama gelen hususlar farklı şekillerde ifade edilmeye çalışılabilir. Böylece hataya düşen, aslında bir döngüye girilmiş olduğunu, sonuç olarak açıklanın aynı zamanda gerekçe de olduğunu gizlemeye çalışır. Ancak, bu tür çabaların hiçbiri, özünde aynı husus olan ifadelerin birbirinin sebep ve sonucu olarak kabul edilerek mantık hatası yapıldığı gerçeğini değiştirmeyecektir (Woods/Walton, s. 108).

⁵³ Bkz. yuk. II.

E. Ulaşılan Sonuçlar Bakımından

1. Genel Olarak

Yargıtay kararlarında zikredilen sonuçlar kapsamında değinebilecek olan, *borcu söndüren belge* ifadesi ile bu belgelerin ödeme def'i niteliğinde olması ve karar kesinleşmediği müddetçe her aşamada sunulabilecek olması konusunda çalışmamızın önceki bölümlerinde⁵⁴ açıklamalar yapılmıştır. Bu nedenle, bu bölümde tekrar bu hususlara değinilmeyecektir.

Çalışmamızın bu bölümünde ilgili Yargıtay kararlarında zikredilen ve yukarıda⁵⁵ bir bütün olarak ifade edilmiş bulunan hususlar, hukuken tâbi tutuldukları sonuçlar esas alınarak belirli başlıklar altında ayrı ayrı incelenecektir. Bu çerçevede,

- *Borcu söndüren belgelerin* sunulmasında savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağından söz edilemeyeceği⁵⁶,

- Davacının iddiaları tamamen inkâr edilmişse dahi *borcu söndüren belgeler* sunulabileceği⁵⁷,

- Hukukî yararın kalmadığını gösterir nitelikteki *borcu söndüren belgelerin*, hukukî yarar dava şartı kapsamında ileri sürülmemiş olsa dahi kendiliğinden incelenebileceği⁵⁸,

⁵⁴ Bkz. yuk. III, A ve B.

⁵⁵ Bkz. yuk. I, C.

⁵⁶ HGK, 24.02.2016, 22-735/66 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 3. HD, 05.03.2020, 270/2099 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 8. HD, 18.04.2019, 2092/4296 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁷ HGK, 24.02.2016, 22-735/66 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 3. HD, 05.03.2020, 270/2099 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁸ 9. HD, 25.02.2021, 2579/4905 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 3. HD, 25.06.2020, 5842/3500 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); HGK, 24.02.2016, 22-735/166 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

- Temyiz aşamasında *borcu söndüren belge* sunulmasının, dürüstlük kuralına aykırılık kapsamında yargılama giderlerine mahkûm edilmeyi engellemeyebileceği⁵⁹, şeklindeki sonuçlar üzerinde ayrı ayrı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

2. Borcu Söndüren Belgelerin Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağına Tâbi Olmaması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi" başlıklı 141. maddesine göre, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. Aynı maddede karşı tarafın açık rızası ve ıslah bu yasağın istisnaları olarak düzenlenmiş (HMK m. 141/2); dava konusunun devri (HMK m. 125) gibi çeşitli hükümlerde de yasağın istisnaî uygulamalarına yer verilmiştir. Bu düzenlemeler haricinde, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda ve re'sen incelenmesi gereken dava şartları gibi kamu düzenine ilişkin hususlarda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı uygulanmamaktadır. Bu istisnaî düzenlemeler haricinde, belirli bir tür iddianın yasağın istisnası olduğuna dair herhangi bir pozitif düzenleme söz konusu değildir⁶⁰.

Belge, bir delil olarak⁶¹, ispatın konusunu oluşturan çekişmeli vakıalar (HMK m. 187) için ileri sürülür (HMK m. 194/2). Taraflarca usûlüne uygun bir şekilde ileri sürülerek taraflar arasında çekişmeli hâle gelmeyen bir vakanın ispatı da söz konusu olamayacağından bu konuda bir delil gösterilmesi de kabul edilemez. Daha açık bir ifadeyle, herhangi bir delilin ve bu delilin sunulmasının iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının istisnası olması mümkün değildir. Delille-

⁵⁹ 22. HD, 14.11.2019, 25147/21154 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁰ Daha eski tarihlerde, borcun sona erdiğine dair iddiaların sonradan da ileri sürülebileceği (Berkın, s. 148), bu tür iddiaların iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tâbi olmadığı (Bilge/Önen, s. 454) görüşleri ifade edilmişse de; iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına dair açık kanun hükümleri karşısında bu görüşe katılmamaktayız. Bu konuda ayrıca bkz. aşağı, III, C, 3.

⁶¹ Bkz. yuk. dn. 50.

rin sunulması ile yasak kapsamında vakıaların ileri sürülmesi birbirinden farklı hususlardır⁶².

Her şeyden önce, ilgili Yargıtay kararlarında ifade edilmiş şekliyle, bir delilin savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına tâbi olmadığından söz edilmesi hukuken hatalıdır. Zira, yukarıda zikredilen kanun hükümlerinde de açıklandığı gibi, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı vakıalar için geçerli olup delillerin sunulmasına ilişkin ispat hakkı bu yasak kapsamında değil, daha önce değinilen⁶³ özel hükümler uyarınca sınırlandırılmıştır.

Borcu söndüren belgelerin, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kapsamında olmadığı yönündeki ifadeyle aslında anlatılmak istenenin, bu delil ile ispat edilmek istenen vakıanın yasak kapsamında olmadığı söylenebilir. Ancak, böyle bir sonuç da hukuken hatalıdır. Zira, yasağın istisnaları olarak düzenlenen hususlara yukarıda değinilmiş olup, bu istisnalar arasında belirli bir yöndeki savunma şekli gibi bir hususa yer verilmemiştir. Bu noktada, dava malzemesinden anlaşılması şartıyla, taraflarca açıkça ileri sürülmesi dahi hâkim tarafından dikkate alınabilecek itiraz niteliğindeki savunma sebeplerine de değinilmelidir. Maddî hukuka ilişkin savunma sebepleri def'i ve itiraz olarak ikiye ayrılmakta⁶⁴; def'iler dava malzemesinden anlaşılmalı dahi davalı tarafından açıkça ileri sürülmemişse, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmamaktadır. İtiraz niteliğinde olan borcu sona erdiren sebepler ise, davalı tarafından açıkça ileri sürülmemiş olsa dahi dava malzemesi hâline gelen vaka ve delillerden anlaşıldığı takdirde, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınarak incelenebilmektedir⁶⁵. Ancak, usûlüne uygun

⁶² Bolayır, Sorun, s. 145; Bolayır, Delillerin Toplanması, s. 314. Nitekim, örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesinde yer alan istisnai imkân ile tahkikat aşamasında bir delil sunulabilmesi için, o delil ile ispat edilmek istenen vakıanın usûlüne uygun bir şekilde davaya getirilmiş olması gerekir (Çiftçi, s. 290).

⁶³ Bkz. yuk. III, B.

⁶⁴ İtiraz ve def'i ayrımı hakkında detaylı bilgi için bkz. Canbolat, s. 256 vd.

⁶⁵ Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 344-346; Postacioğlu/Altay, s. 479; Kuru, Usul Cilt 2, s. 1812; Kuru, Usul El Kitabı 1, s. 489, 525; Bilge/Önen, s. 454; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 254; Yılmaz, Cilt 3, s. 3009; Karşlı, s. 445; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1208; Tanrıver, Usûl Cilt 1, s. 529, 677, 698; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 408; Budak/Karaaslan, s. 195; Canbolat, s. 261.

olarak dava malzemesi hâline getirilmeyen ödeme gibi itiraz niteliğindeki bir vakıanın, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı başladıktan sonra ileri sürülmesi, savunmayı genişletme yasağına tâbi olacaktır⁶⁶. Bu nedenle bu kapsamdaki itiraz sebepleri, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınamayacağı gibi yasağın istisnaları haricinde taraflarca da ileri sürülemez. İşte bu çerçevede inceleme konusu Yargıtay kararları dikkate alındığında, dava malzemesi hâline gelen itiraz sebeplerinin hâkim tarafından dikkate alınabilmesi ile dava malzemelerinin toplanması aşaması için öngörülen sınırlamaların birbirine karıştırıldığı sonucuna varılabilir. Zira, itiraz niteliğindeki savunma sebeplerinin hâkim tarafından incelenebilmesi, bu hususların sadece usûlüne uygun bir şekilde dava malzemesi hâline getirilmiş olmasına bağlıdır. Hâkimin, itirazları kendiliğinden dikkate alabilmesi, bu sebeplerin her aşamada ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tâbi olmaksızın ileri sürülebileceği anlamına gelmez. Bu iki hususun birbirisiyle bağlantılı olduğu gerçeği inkâr edilemez olsa da dava malzemesinin toplanması ile incelenmesine dair kuralları birbirinden ayırt etmek gerekir. Bu nedenlerle, inceleme konusu Yargıtay kararlarında, *borcu söndüren belgeler* için savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı bakımından ulaşılan sonuçlara da katılmıyoruz⁶⁷.

3. Borcu Söndüren Belgelerin “İnkâr” Savunması Kapsamında Sunulabilmesi

Yukarıda incelendiği şekliyle *borcu söndüren belgeler*, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tâbi olmaksızın ileri sürülebileceğine ilişkin -kanaatimizce hatalı- sonuç geçerli kabul edilirse, zaten bu belgelerin inkâr savunması kapsamında ele alınıp alınamayacağını incelemeye de gerek yoktur. Zira bu belgeler, savunmanın genişletilmesi ve yasağına tâbi olmaksızın ileri sürülebilecekse, belirli bir yöndeki savunmanın kapsamı içerisinde kalıp kalmadıklarının da esasen bir önemi

⁶⁶ Postacıoğlu/Altay, s. 479; Kuru, Usul Cilt 2, s. 1814; Kuru, Usul El Kitabı 1, s. 489, 525; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 259-260; Tanrıver, Usul Cilt 1, s. 529, 677, 698; Atalı/Ermemek/Erdoğan, s. 408. Karş. Canbolat, s. 264.

⁶⁷ Aynı yöndeki eleştiriler için bkz. Kuru, Usul Cilt 2, s. 1818; Kuru, Usul El Kitabı 1, s. 526-527; Umar, s. 447; Budak/Karaaslan, s. 205.

yoktur. Ancak Yargıtay kararlarında, esasen hukuken tatmin edici olmayan bu yöndeki sonuçları diğer hukukî argümanlarla da destekleme gereği hissedilmiş ve bu nedenle, ilgili sonuçlara varmaya yönelik başka gerekçeler de ileri sürülmüştür. Bu nedenle, çalışmamızda bu konudaki gerekçeleri de değerlendirme gereği hissedilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 128. maddesine göre, süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır. Vakıaların inkârı, davacı tarafından ileri sürülen vakıaların hiç doğru olmadığı, bu vakıaların gerçekleşmediği anlamına gelmektedir. Bu nedenle, bir vakıanın doğru olarak gerçekleşmesine rağmen, o vakiaya bağlanan hukukî sonucun başka bir sebeple talep edilemeyeceği yönündeki iddialar o vakıanın inkârı kapsamında değerlendirilemez. Zira, aksi hâlde, vakıanın doğru olmadığı yönündeki inkâra rağmen, sonradan o vakiaya karşı olarak başka bir vakıa ileri sürülmek suretiyle hukukî sonucun talep edilemeyeceği iddia edilebilir hâle gelir. Bu ise, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamında mümkün değildir. Örneğin, hiç borç ilişkisinin doğmadığı yönündeki bir savunmaya rağmen, sonradan o borcun ödenerek sona erdirildiği ileri sürülemez⁶⁸.

Yukarıdaki hukukî açıklamalar doğrultusunda değerlendirme yapıldığında, Yargıtay kararlarında varılan bu sonucun ciddi şekilde eleştirilebilir olduğu görülmektedir. Hatta, ilginç bir şekilde Yargıtay'ın bazı kararlarında⁶⁹ borcun hiç doğmadığına dair delilleri, bu kapsamda son-

⁶⁸ **Kuru**, Usul Cilt 2, s. 1846, 1856; **Kuru**, Usul El Kitabı 1, s. 502; **Umar**, s. 447; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 1206; **Şengün**, s. 197; **Budak/Karaaslan**, s. 206.

⁶⁹ "Nitekim temyiz dilekçesi ekinde ibraz edilen yıllık izin belgelerinin, yargılamanın devamı sırasında gerek davacı işçinin beyanlarında gerekse davalı işveren şirketin savunmalarında yer almadığı, kaldı ki davalı işveren tarafından belgelerin yargılama aşamasında sunulmamasına yönelik bir mazeretin dahi ileri sürülmediği, yine bahsi geçen belgelerin davacı işçinin imzasını taşıdığı, bu yönü ile söz konusu belgelerden izin hakkının kullanıldığının ve bu itibarla hakkın doğmadığının tespit edildiği, dolayısıyla sonradan dosyaya eklenen bu belgelerin borcu söndüren bir belge niteliğinde bulunmadığı, tam aksine bu nitelikteki belgelerin borcun doğmadığını gösteren belge olduğu açıktır... Buna göre yasal düzenlemeler ve yıllık izin belgelerinin niteliği dikkate alındığında, davalı işverenin, borcun doğmadığını gösteren yıllık izin belgelerine dayanması mümkün değildir." HGK, 25.01.2017, 7-1556/129 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aksi yönde 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

radan ileri sürülebilir kabul etmemesi de oldukça düşündürücüdür⁷⁰. Zira Yargıtay, *borcu söndüren belge* ve bu kavrama atfettiği sonuçlara o derece bağlanmış ki, borcun hiç doğmadığını gösterir nitelikteki belgeler⁷¹ sonradan ileri sürülemezken, borcun sona erdiğini gösterir belgeler, aslında inkâr kapsamında bir vakıa dahi olmamasına rağmen ileri sürülebilir kabul etmiştir. Bu çelişkili ve ilginç sonuçlara hukukî bir gerekçe bulmak oldukça güçtür.

Bu nedenlerle, ister süresinde cevap dilekçesi verilmeyerek vakıalar inkâr edilmiş olsun, ister cevap dilekçesi verilerek savunma vasıtaları doğrultusunda vakıalar açıkça inkâr edilmiş olsun, sadece o vakıaların hiç gerçekleşmediği, doğru olmadığı doğrultusunda deliller ileri sürülebilir. Bu tür durumlarda, o vakıaya bağlanan sonuç daha önce gerçek-

⁷⁰ Çalışmamızda yaptığımız değerlendirme ve görüşlerimiz çerçevesinde, bu konudaki kanaatimizi burada tekrar vurgulamak isteriz. İster borcun hiç doğmadığını gösteren bir belge olsun isterse borcun sonradan sona erdiğini gösteren bir belge olsun, bu delillerin yukarıda değinilen (bkz. yuk. II, B) kanuni sürelerde ve o sınırlamalara uygun olarak dava malzemesi hâline getirilmesi gerekir. Bu iki tip belge türü arasında delillerin sunulması noktasında herhangi farklı bir uygulama yapmayı gerektiren hukukî bir gerekçe yoktur. Bu noktada, Yargıtay kararlarında düşündürücü olarak ifade ettiğimiz durum, Yargıtay'ın bu iki belge arasında bir ayırma gitmesidir. Mantıksal olarak, evleviyet ilkesi gereği, bir borcun sona erdiği her aşamada ileri sürülebiliyorsa o borcun hiç olmadığı da her aşamada ileri sürülebilir. Daha açık bir ifadeyle, borcun var olmasına rağmen sona erdiğini ileri sürmek, iddia ve savunmanın genişletilmesi ya-sağının istisnası olarak uygulanabiliyorsa, o borcun hiçbir zaman doğmadığını ileri sürmek evleviyetle istisna kapsamında kabul edilmelidir. Hukuk kurallarının yorumlanmasında kullanılan bu mantık ilkesi hakkında bkz. **Güriz**, s. 102; **Serozan**, s. 24-25; **Atay**, s. 288-289; **Özkes**, Temel Hukuk, s. 108-109. **Karş. Gözler, Kemal**: "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara 29.9.2012 (www.anayasa.gen.tr, Erişim: 12.10.2021), s. 61-62.

⁷¹ Yukarıdaki dipnottaki görüşlerimiz baki kalmak kaydıyla, Yargıtay tarafından ilgili kararda yer verilen "söz konusu belgelerden izin hakkının kullanıldığının ve bu itibarla hakkın doğmadığının tespit edildiği" şeklindeki ifade de eleştiriye açıktır (Bkz. HGK, 25.01.2017, 7-1556/129). Yargıtay, işçinin yıllık ücretli izin hakkının kullanıldığına dair belgeleri, borcu sona erdiren belge niteliğinde kabul etmemiş; zira, bu belgelerin, borcun hiç doğmadığını gösteren belgeler olduğunu vurgulamıştır. Ancak, bu yöndeki kabule sebep olarak görünen durum, uyumsuzluğun sadece davacı işçinin para alacağı talebi açısından değerlendirilmesidir. Oysa, işveren için yıllık ücretli izin kullandırma bir borç olarak kabul edilebilir (bu konuda bkz. **Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat**: İş Hukuku Dersleri, 33. Baskı, İstanbul 2020, s. 802 vd; **Akyiğit, Ercan**: İş Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2021, s. 421-434) ve bu iznin kullandırıldığına dair belgeler de işveren bakımından bu yükümlülüğün/borcun sona erdiğini gösteren belgelerdir. İzin kullanıldığına dair belgeler işçi açısından değerlendirildiğinde ise, bu belgeler, işçinin yıllık ücretli izin hakkının sona erdiğini ve bunun bir sonucu olarak iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte ücretli izin alacağı hakkının olmadığını/doğmadığını gösteren belgeler olarak ele alınabilir. Bu nedenle, somut karara konu olayda sunulan belge, dava konusu talep olarak para alacağı hakkının hiç doğmadığını gösteren bir belge niteliğinde olsa dahi, aynı zamanda ilgili para alacağı talebinin temelinde yer alan hakkın kullanılmak suretiyle sona erdiğini gösteren bir belge niteliğindedir. O hâlde, ilgili kararda yapılan değerlendirmenin yüzeysel olarak ve sadece davacı açısından ileri sürülen talep bakımından yapılması da eleştirilebilir diğer bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır.

leşmesine rağmen sonradan başka bir sebeple sona erdiği yönünde bir vakıa ileri sürülmediğinden⁷², öyle bir vakıa ileri sürülmüş gibi işlem yapılarak bu yönde delil sunulması kabul edilemez⁷³. Daha açık bir ifadeyle, borcun ödenerek sona erdiği iddiası inkâr kapsamında bir iddia olamayacağından, davada ileri sürülmemiş bir vakıa için delil gösterilmesi de düşünülemez. Bu nedenlerle, ilgili Yargıtay kararlarında varılan bu yöndeki sonuçlara da katılamamaktayız.

4. Borcu Söndüren Belgelerin Hukukî Yarar Dava Şartı Kapsamında İleri Sürülmemiş Olsa Dahî İncelenebilmesi

Yargıtay, *borcu söndüren belgelerin*, yukarıda açıklandığı üzere daha doğru bir ifadeyle borcun sona erdiğine dair iddiaların, inkâr kapsamında ileri sürülebileceğini ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı kapsamında kalmaksızın ileri sürülebileceğini kabul etmekle kalmamış, *bu tür belgelerin hukukî yarar dava şartı kapsamında incelenebileceği sonucuna da varmıştır*. Yargıtay'a göre, davalı tarafından borcun sona erdirildiği yönünde bir vakıa ileri sürülmemişse, bu yöndeki bir vakıaya ilişkin delil, hem inkâr savunması kapsamında incelenebilir, hem savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına tâbi değildir, hem de mahkemece kendiliğinden dikkate alınabilir. Yargıtay, burada da usûlî kuralları oldukça esneterek ve hatta yok sayarak *borcu söndüren belge* kavramına bağlılığını ortaya koymuştur.

Yargıtay kararlarında ifade edilen bu sonucu değerlendirebilmek için, öncelikle ve kısaca dava şartları kavramına değinmekte fayda vardır. Doktrinde, dava şartları, davanın esası hakkında inceleme yapılarak karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu mutlaka gerekli olan şartlar olarak tanımlanmaktadır⁷⁴. Dava şartları, kamu düzenine ilişkin husus-

⁷² **Kuru**, Usul Cilt 2, s. 1846; **Budak/Karaaslan**, s. 206. Böyle bir vakıanın ileri sürülmesi savunmanın genişletilmesi yasağına tâbidir (**Üstündağ**, Yasak, s. 104, dn. 180; **Kuru**, Usul El Kitabı 1, s. 504; **Umar**, s. 448; **Tutumlu**, **Mehmet Akif**: "Hukuk Yargılamasında Delil İkamisinin Kapsamı, Şekli ve Zamanı", (TBBD 1989, S. 6, s. 924-934), s. 928; **Şengün**, s. 197; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 396).

⁷³ **Kuru**, Usul Cilt 2, s. 1855-1856; **Kuru**, Usul El Kitabı 1, s. 502; **Umar**, s. 448.

⁷⁴ Bkz. **Ansay**, s. 202; **Üstündağ**, Medenî Yargılama, s. 281; **Postacıoğlu/Altay**, s. 206; **Kuru**, Usul Cilt 2, s. 1343; **Kuru**, Usul El Kitabı 1, s. 377; **Kuru**, **Baki**: "Dava Şartları", (Makaleler, İstanbul 2006, s.

lar olarak davanın her aşamasında kendiliğinden araştırılır ve taraflarca da dava şartı eksikliği her aşamada ileri sürülebilir (HMK m. 115/1). Bu kapsamda hukukî yarar dava şartı, mahkemeye yöneltilen her talepte bulunması gereken, ideal veya ekonomik bir yarardan öte ileri sürülen hakkın korunabilmesi için mahkeme kararının gerekli ve yeterli olması şeklinde anlaşılabilir genel bir dava şartıdır⁷⁵. Nitekim hukukî yarar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde dava şartları arasında da özel olarak ifade edilmiştir (HMK m. 114/1-h). Bu dava şartı, inceleme konusu Yargıtay kararlarında şu şekilde anlaşılmış ve açıklanmıştır:

“Ödenmiş alacak hakkında davacının dava açmakta hukuki yararı yoktur. Bu halde, 6100 Sayılı Kanun’un 115. maddesi gereğince, dava şartının varlığı ya da yokluğunun incelenmesi, doğrudan mahkemeye verilmiş ödevlerden olması karşısında, önceden ileri sürülmemiş olsa bile temyiz aşamasında dava şartının var olup olmadığını kendiliğinden gözetilmesinde bir usuli engel bulunmamaktadır.”⁷⁶

Hukukî yararın bir dava şartı olduğu açık olmakla beraber (m. 114/1-h), ödenerek sona erdirilen bir alacak hakkında tahsil talebiyle dava açılmasının bu dava şartı kapsamında değerlendirilmesi mümkün

147-188), s. 149; **Bilge/Önen**, s. 402; **Yılmaz, Ejder**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 2562; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 190; **Karslı**, s. 395; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 927; **Tanrıver**, Usûl Cilt 1, s. 635; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 317; **Budak/Karaaslan**, s. 157.

⁷⁵ Hukukî yarar dava şartı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 277-278; **Postacıoğlu/Altay**, s. 216-227; **Kuru**, Usul Cilt 2, s. 1363-1388; **Kuru**, Usul El Kitabı 1, s. 387-392; **Kuru**, Dava Şartları, s. 177-184; **Bilge/Önen**, s. 406-410; **Umar**, s. 345-351; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 193-196; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 946-949; **Yılmaz**, Cilt 2, s. 2600-2621; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 319-320; **Budak/Karaaslan**, s. 162-166; **Hanağası, Emel**: Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 136 vd.

⁷⁶ “Ödenmiş alacak hakkında davacının dava açmakta hukuki yararı yoktur. Bu halde, 6100 Sayılı Kanun’un 115. maddesi gereğince, dava şartının varlığı ya da yokluğunun incelenmesi, doğrudan mahkemeye verilmiş ödevlerden olması karşısında, önceden ileri sürülmemiş olsa bile temyiz aşamasında dava şartının var olup olmadığını kendiliğinden gözetilmesinde bir usuli engel bulunmamaktadır.” 9. HD, 25.02.2021, 2579/4905 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 9. HD, 13.01.2021, 3919/693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 3. HD, 25.06.2020, 5842/3500 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); HGK, 24.02.2016, 22-735/166 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

değildir. Zira, tarafların dava konusuyla maddî hukuktan kaynaklanan bağı; daha açık bir ifadeyle, davacının gerçekten alacaklı, davalının gerçekten borçlu olup olmadığı hususu, sıfat kavramıyla ifade edilmekte olup maddî hukuka ilişkin bir meseledir⁷⁷. Zaten borcun ödenmiş olması durumu, alacaklının dava açmaktaki hukukî yararını sona erdiren dava şartı noksanlığına sebep olacak olsa idi, davanın esastan değil usûlden reddedilmesi gerekirdi (m. 115/2). Ödeme hâlinde ve Yargıtay kararlarına konu durumlarda davanın esastan reddine karar verildiğine göre, konunun dava şartı noksanlığı olarak değerlendirilmediği aşikârdır. Zira, dava şartlarına aykırılık hâlinde, davanın esası hakkında inceleme yapılamayacağı için, ilgili dava şartı noksanlığı nedeniyle davanın usûlden reddine karar verilmektedir⁷⁸. Bu karar, dava şartlarına aykırılık hâlinin doğal bir sonucudur. O hâlde, bir dava şartında noksanlık söz konusu ise, dava şartlarının niteliği gereği davanın esası hakkında karar verilemeyeceği için davanın esastan reddi de söz konusu olamaz. Bu nedenle, inceleme konusu Yargıtay kararlarında değinilen bu sonuca katılmak da hukuken mümkün görünmemektedir⁷⁹.

⁷⁷ Üstündağ, Medenî Yargılama, s. 311; Postacıoğlu/Altay, s. 207; Kuru, Baki: Hukuk Muhakemele-ri Usulü, 6. Baskı, C. I, İstanbul 2001, s. 1159; Kuru, Usul El Kitabı 1, s. 333; Kuru, Dava Şartları, s. 170; Yılmaz, Cilt 2, s. 1720; Umar, s. 339; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 121; Pekcanitez, Hakan/Taş Korkmaz, Hülya: Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 607; Tanrıver, Usûl Cilt 1, s. 528; Karşlı, s. 290; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 230.

⁷⁸ Berkin, s. 61; Kuru, Usul Cilt 2, s. 1344, 1391; Kuru, Usul El Kitabı 1, s. 377, 396; Kuru, Dava Şartları, s. 185; Bilge/Önen, s. 402; Yılmaz, Cilt 2, s. 2562, 2647; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 200; Karşlı, s. 406; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 953; Tanrıver, Usûl Cilt 1, s. 637; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 324.

⁷⁹ Yargıtay kararlarında hukukî yarar dava şartı kapsamında açıklamalar yapılmıştır. Ancak, kararlarda yer verilen ifadelerin "dava hakkı" kapsamında incelenmesi de mümkündür. Yargıtay, dava hakkının mevcut bir hakka bağlı olduğunu ve bu hak sona ermişse, dava hakkının da artık mevcut olmadığı ve bu durumun re'sen dikkate alınacak bir husus olduğu yönünde gerekçelere yer vermiştir. Yargıtay kararlarında yer verilen gerekçeler, hukukî yarar dava şartı haricinde dava hakkı kapsamında değerlendirildiği takdirde de aynı sonuçlar karşımıza çıkmakta ve aynı gerekçelerle Yargıtay kararlarına katılmak mümkün görünmemektedir. Zira, bugün kabul edilen görüşlere göre dava hakkı, asıl hakka bağlı olmakla beraber bizatihi bir iddianın mahkemeye yöneltilmesi kapsamında kabul edilen bir temel hak olarak karşımıza çıkmaktadır (Ansay, s. 201-202; Berkin, s. 59; Tanrıver, Usûl Cilt 1, s. 465-466; Hanağası, s. 47-48). Diğer yandan, dava hakkının asıl hakka bağlı olduğu, ondan ayrılamayacağı ve asıl hak doğmamışsa veya sona ermişse dava hakkının da mevcut olmadığı ifade edilmektedir (Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1112; Karşlı, s. 394. Ayrıca bkz. Üstündağ, Medenî Yargılama, s. 268-270; Postacıoğlu/Altay, s. 181-195; Kuru, Usul Cilt 1, s. 872; Kuru, Usul El Kitabı 1, s. 289; Bilge/Önen, s. 384-387). Ancak, asıl hakkın mevcut olup olmadığının veya sona erip ermediğinin davada ileri sürülen iddia ve savunmalar incelenerek davanın sonunda anlaşılacağı hâllerde, dava takip yetkisinin bağlantılı olduğu dava hakkı da var kabul edilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, dava takip yetkisi de asıl hakka bağlı olmakla beraber, maddî hukuka göre hak sahibi olunmasa dahi, kendi adına hak iddia edenin dava takip yetkisi var kabul edilmektedir

5. Borcu Söndüren Belgelerin Delillerin Gösterilmesi ve Sunulması Bakımından Değerlendirilmesi

Yargıtay kararlarına göre, borcu söndüren belgeler, âdeta delillerin gösterilmesi ve sunulmasına ilişkin kurallardan bağımsız olarak temyiz aşamasında sunulabilmektedir. Bu kabulün doğal bir sonucu olarak, bu kapsamda yer alan belgeler ilk derece mahkemesi ve istinaf aşamasında da sunulabilir. Zira Yargıtay, temyiz aşamasında bu kapsamda bir belgenin sunulması üzerine ilgili belgeyi inceleyerek esasa ilişkin bir karar veremeyeceği için, o belge kapsamında inceleme yapmak üzere dosyayı alt derece mahkemesine göndermektedir. O hâlde, borcu söndüren belgelerin ilk derece yargılaması aşamasında sonradan veya istinaf aşamasında sunulabileceği sonucuna varılabilir.

Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere⁸⁰, yargılamada dayanılan delillerin dilekçelerde gösterilmesi (HMK m. 119/1-f, 129/1-e) ve belge niteliğindeki delillerin dilekçelerle birlikte sunulması (HMK m. 121, 135) gerekmektedir. Dilekçelerle birlikte sunulmayan belgelerin ön incelemeye davet tutanağı ile verilen iki haftalık kesin süre içerisinde sunulmaması hâlinde o delile dayanılmaktan vazgeçilmiş sayılmaktadır (HMK m. 139/1-ç). O hâlde, dilekçelerde gösterilen belge niteliğindeki delillerin, kural olarak, dilekçelerle birlikte mahkemeye sunulması; su-

(**Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, s. 595; **Dişel, Buse**: Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020, s. 9). Böylece, şekli taraf kavramının bir gereği olarak taraflar ile dava konusu edilen hak arasındaki maddi hukuka ilişkin bağ olan sıfat ile dava şartı olarak dava takip yetkisi arasındaki ayrım yapılabilmektedir. Benzer durum, dava hakkının asıl hakka bağlı bir hak olarak kabul edilmesi hâlinde de karşımıza çıkmaktadır. Dava hakkı, dava takip yetkisiyle birlikte değerlendirilecek olan hukukî yarar dava şartından bağımsız olarak kullanılabilir ve aslında davada hukukî yarar bulunmayan bir kimse de dava hakkını kullanarak mahkemeye başvurabilir. Kuşkusuz böyle bir durumda, dava hakkını kullanmanın lehe esasa ilişkin bir hüküm alması düşünülemez (**Hanağası**, s. 57-58). Bu nedenlerle, inceleme konusu kararlara konu olan olaylarda, dava yoluyla ileri sürülen hakkın esasen mevcut olmaması ya da sona ermesi, davanın sonunda anlaşılacak bir husus olup dava hakkının davanın başından itibaren hiç mevcut olmadığı ve bu hususun dava şartları gibi kendiliğinden incelenerek taraflarca da her aşamada ileri sürülebileceği gibi bir sonuca varılmamalıdır. Aksi hâlde, şekli taraf teorisiyle birlikte maddi hukuka ilişkin bir mesele olan sıfat kavramını açıklamak oldukça güçleşecektir. Ayrıca, dava hakkı asıl hakka bağlı bir hak olarak ele alınarak asıl hakkın mevcut olmadığı durumlarda dava hakkının da olmadığı kabul edilse dahi, dava hakkı dava şartı niteliğinde değildir (**Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 280-281; **Kuru**, Usul El Kitabı 1, s. 290). Bu nedenle, dava hakkı dava şartlarının sonuçlarına tâbi tutulamaz. Dava hakkı, hukukî yarar ve dava takip yetkisi konusunda detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **Hanağası**, s. 45-60.

⁸⁰ Bkz. yuk. II, B.

nulmadığı durumlarda ise, ön incelemeye davet tutanağında verilen iki haftalık kesin süre içerisinde sunulması gerekmektedir. Aksi hâlde, belge niteliğindeki o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmaktadır. İstisnaî olarak, bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir (HMK m. 145). Ancak, bu şekilde sonradan delil sunulabilmesi için, o delilin süresinde ileri sürülememesinde ilgili tarafın kusurunun olmaması ve sonradan delil sunulmasının yargılamayı geciktirme amacı taşımaması gerekmektedir⁸¹. Benzer şekilde, istinaf aşamasında da ilk derece aşamasında gösterilerek sunulmayan yeni bir delilin sunulması kabul görmemektedir. İlk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller haricinde, bölge adliye mahkemesinde yeni delil sunulması ve incelenmesi mümkün değildir (HMK m. 357/3)⁸². Bu sınırlamaların amacı, asıl yargılamanın yapıldığı mahkemede ileri sürülerek incelenmesine imkân tanınmayan delillerin, kanun yolu aşamasında ileri sürülerek kanun yolunun amacı dışına çıkarılmasını engellemektir⁸³.

Kanunî düzenlemelerde yer verilen sınırlama ve istisnalar açık ve net olup belgenin niteliğine göre delil gösterilmesine ilişkin kurallardan bağımsız başka bir prosedür kabul edilmemiştir. Kanun, tarafların elindeki belgelerin dilekçelerle birlikte sunulmasını; bunun mümkün olması hâlinde ise, en geç ön incelemeye davet tutanağının tebliğinden itibaren iki haftalık süre içerisinde sunulmasını öngörmüştür. Bu kural, sadece ve istisnaî olarak, delilin zamanında gösterilmemesinin tarafın kusurundan kaynaklanmaması veya yargılamayı geciktirme amacı taşı-

⁸¹ Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde de bu yönde açık bir kanunî düzenleme olmasına rağmen, sonradan delil gösterilmesi konusunda çok titiz davranılması gerektiği kabul edilmekteydi. Buna göre, sadece daha önce gösterilmesi mümkün olmayan delillerin davayı geciktirme amacı taşımamak şartıyla sonradan sunulmasına hâkim tarafından izin verilebileceği ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. **Kuru**, Usul Cilt 2, s. 2031.

⁸² Bu kapsamda, istinaf aşamasında borcun sona erdirilmesi hâlinde, bu aşamada ortaya çıkan borcun sona ermesine ilişkin vakıa ve delilin ileri sürülebileceği ve bölge adliye mahkemesi tarafından incelenebileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Umar**, s. 1035-1036.

⁸³ **Özkes**, Pekcanitez Usul, s. 2247. Bu konuda ayrıca bkz. yuk. II, B.

maması hâlinde mahkemece sonradan delil gösterilmesine izin verilmesiyle aşılabilir. Benzer şekilde, istinaf aşamasında da mücbir bir sebep nedeniyle alt derece aşamasında gösterilerek sunulamayan deliller haricinde yeni bir delil sunulması kabul edilmemiştir. Ayrıca Kanun, bu istisnâ hükümler uyarınca sunulabilecek delillerin niteliğinin borcu sona erdirmeye yönelik olup olmadığı ya da yazılı olup olmadığı konusunda herhangi bir sınırlama da yapmamıştır.

Delillerin gösterilmesi ve sunulmasına dair kanunî hükümler, çok istisnâ hâllerde sonradan delil gösterilebilmesine imkân tanımaktadır. Bu istisnalar haricinde, belirli bir yöndeki delilin her aşamada ve delil sunulmasına dair kurallardan ayrık olarak sunulabilmesine dair herhangi bir kanunî düzenleme söz konusu değildir. Aksine kanun, çok açık bir şekilde böyle bir sonucu yasaklamıştır (HMK m. 139/1-ç, 357/3). Bu nedenlerle, *borcu söndüren belge* kapsamındaki kararlarda varılan sonuçların, delillerin gösterilmesi ve sunulmasına dair açık kanun hükümlerine aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz.

Bu noktada, yargılama sırasında elde edilemeyen bir belgenin sonradan ele geçirilmiş olmasına dair yargılamanın yenilenmesi sebebi çerçevesinde (HMK m. 375/1-ç) dahi, hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın belge gösterilmesine izin verilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira bu yargılamanın yenilenmesi sebebi, kararın verilmesinden sonra ele geçirilen belgelere ilişkin olup; yargılama aşamasında tarafların elinde olmasına rağmen usûlüne uygun bir şekilde sunulmayan belgeler, bu kapsamda bir sebep olarak kabul edilmemektedir⁸⁴. O hâlde, henüz yargılama sona ermeden elde edilen belgeler, yukarıda değinilen kurallar çerçevesinde mümkün olan en erken yargılama aşamasında mahkemeye sunulmalıdır. Belge, ön inceleme aşamasından sonra ele geçirilmiş ise, buna dair istisnâ hükümler çerçevesinde ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesine sunulmalıdır. Bu aşamalarda ele geçirilmesine rağmen, ilgili belgenin bekletilerek temyiz aşamasında sunulması kabul edilmemelidir. Diğer taraftan, sadece bölge adliye mahkemesi kararından

⁸⁴ **Kuru**, Usul Cilt 5, s. 5181; **Bilge/Önen**, s. 711; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 573; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2330.

sonra ele geçirilen deliller bakımından, temyiz aşamasında bu delilin sunulması mümkün kabul edilebilir⁸⁵. Zira aksi hâlde, böyle bir belge nedeniyle sonradan yargılamanın yenilenmesi davası⁸⁶ söz konusu olabilir⁸⁷. Ancak bu durumda da, ilgili yargılamanın yenilenmesi sebebi-ne benzer şekilde, belgeyi sunan tarafın, belgenin temyiz aşamasından önce elde edilememesinde kusuru olmadığını ispat etmesi gerekmektedir⁸⁸. Bu nedenle, sadece bu çok istisnâî hâlde ve belgenin niteliği önemli olmaksızın, sonradan ele geçirilen bu belgenin temyiz aşamasında sunulabilmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle, bu çok istisnâî durum

⁸⁵ Karşı görüşte **Kuru**, Usul Cilt 5, s. 5181; **Kuru**, Usul El Kitabı 2, s. 1536; **Ulukapı/Yardımcı**, s. 502-503; **Bolayır**, Sorun, s. 143; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 277. *Kuru*, kararın verilmesinden sonra ve fakat kesinleşmesinden önce elde edilen belgelerin de yargılamanın yenilenmesi kapsamında kullanılabilceğini; zira, temyiz veya karar düzeltme aşamasında yeni bir delil sunulmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir. Hatta, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 377. maddesi uyarınca, yargılamanın yenilenmesi süresi, yeni belgenin elde edildiği tarihten itibaren üç ay olmasına rağmen, belgenin hükmün kesinleşmesinden önce elde edilmesi halinde, hüküm kesinleşmedikçe yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmayacağı için, yargılamanın yenilenmesini talep süresinin de hükmün kesinleşmesiyle birlikte başlaması gerektiği belirtilmiştir (**Kuru**, Usul El Kitabı 2, s. 1538). Benzer görüşte **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 573-574. Karş. **Yılmaz, Ejder**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. IV, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 5155; **Tanrıver**, Usul Cilt 2, s. 147.

⁸⁶ Hükmün kesinleşmesinden önce elde edilen belgeler nedeniyle yargılamanın yenilenmesinin talep edilemeyeceği hakkında bkz. **Tanrıver**, Usul Cilt 2, s. 147. Karş. **Kuru**, Usul Cilt 5, s. 5181; **Kuru**, Usul El Kitabı 2, s. 1536; **Yılmaz**, Cilt 4, s. 5155; **Ulukapı/Yardımcı**, s. 502-503; **Bolayır**, Sorun, s. 143; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 277. Alman hukukunda da, bizatihi bir yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının temyiz aşamasında yeni vakua ve delil ileri sürülebilmesi yasağının istisnası olmadığı belirtilmektedir. Diğer yandan, bu genel kurala çeşitli istisnalar da kabul edilmektedir. Kendiliğinden dikkate alınabilecek hususlar yanında, temyiz aşamasında verilen kararın daha önce kesinleşen bir kararla çelişecek olması veya yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması mümkün olan derdest bir davada hatalı bir hüküm verilmesine sebep olabilecek olması durumunda, ilgili yargılamanın yenilenmesi sebebinin (ve buna ilişkin delilin) temyiz aşamasında ileri sürülerek dikkate alınabileceği ifade edilmektedir. Bkz. **MüKo-ZPO/Krüger**, § 559, Rdnr. 33-34; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 559, Rdnr. 56.

⁸⁷ "Öncelikle davacının sunduğu belgenin niteliğini belirlemek gerekir. Sözü edilen belgede 'Alacağımız arsa karşılığı 60.000 Dolar aldım' ibaresi yazılmakta olup, bu ibare uyarınca sunulan belge ödeme def'i niteliğinde olup, borcu söndüren sebeplerdendir ve bu nedenle davanın her aşamasında ileri sürülmesi mümkündür. Ancak Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin temyiz incelemesi aşamasında sunulan bu belgeyi temyiz incelemesi sırasında dikkate alıp almadığı ilam içeriğinden anlaşılamamaktadır. Davacı tarafca yargılamanın yenilenmesine konu olan ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2012/391 Esas sayılı dava dosyasında sunulan ödeme def'ine ilişkin bu belge, hüküm verilmesinden sonra ve fakat kesinleşmiş olmasından önce ele geçirilmiş olsa bile, esasen istinaf ve temyiz aşamasında yeni delil sunulamayacağından dolayı söz konusu delilin sunulma imkanının ortadan kalkması nedeniyle yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmektedir." 13. HD, 20.02.2020, 374/2498 (Kazanca İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁸ Nitekim, yargılama sırasında aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmesine ilişkin yargılamanın yenilenmesi sebebi (HMK m. 375/1-ç) bakımından, talepte bulunan tarafın bu durumu ispat etmesi gerekmektedir (**Berkin**, s. 225; **Kuru**, Usul Cilt 5, s. 5184; **Kuru**, Usul El Kitabı 2, s. 1537; **Bilge/Önen**, s. 711; **Umar**, s. 1091; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2247).

için *borcu söndüren belge* gibi özel bir adlandırma ve nitelermeye ihtiyaç yoktur. İstinaf aşamasından sonra ele geçirilen bir belge, Yargıtay tarafından yapılan *borcu söndüren belge* kapsamında kalmasa dahi, ilk defa temyiz aşamasında sunulabilmelidir⁸⁹. Diğer yandan, bu istisnaî durum haricinde de, delilin niteliği ne olursa olsun, delil sunulmasına ilişkin usûl kuralları gözardı edilerek temyiz aşamasında yeni delil sunulması kabul edilmemelidir.

6. Temyiz Aşamasında Borcu Söndüren Belge Sunulmasının Dürüstlük Kuralına Aykırılık Nedeniyle Yargılama Giderlerinin Paylaşılmasında Dikkate Alınması

Yargıtay, her aşamada ileri sürülebilecek, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tâbi olmayan ve hatta dava şartları kapsamında mahkemece kendiliğinden incelenmesi gereken bir husus olarak kabul ettiği *borcu söndüren belgenin*, ilk defa temyiz aşamasında ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğini ifade etmiştir. Bu karara göre, alt derece yargılamasında bilirkişi incelemesi yapılarak hüküm verildikten sonra yeni bir iddia dile getiren davalı, gereksiz yere gider yapılmasına ve davanın uzamasına sebebiyet vermiş kabul edilerek karar ve ilâm harcı haricindeki yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir (HMK m. 327/1)⁹⁰.

⁸⁹ Nitekim, yargılama sırasında aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmesine ilişkin yargılamanın yenilenmesi sebebi (HMK m. 375/1-ç) bakımından, söz konusu belgenin yazılı veya senet niteliğinde olmasının gerekmediği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199. maddesi anlamında belge niteliğinde olmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir (Umar, s. 1091; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2247; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 573; Karşlı, s. 821; Tanrıver, Usûl Cilt 2, s. 147; Ulukapı/Yardımcı, s. 502). Ancak, bu durumda dahi, ilgili belge ispat edilmek istenen ödeme vakasının usûlüne uygun bir şekilde dava malzemesi hâline getirilmiş olması gerekir. Zira, burada kıyasen dikkate aldığımız yargılamanın yenilenmesi yolunda dahi sonradan yeni vakıaların elde edilmesi bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilememektedir. Bkz. Karşlı, s. 823.

⁹⁰ “..dairemizin yerleşik hale gelen içtihatları uyarınca, bilirkişi raporu alındıktan ve hatta karar verildikten sonra istinaf ve temyiz kanun yolları aşamasında yeni belgeler sunmak suretiyle davanın uzamasına ve davada gider yapılmasına sebep vermiş olan taraf yönünden bu madde bendi dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerektiği gözetilmelidir. (Bkz. Dairemizin 24.09.2020 tarih, 2016/24346 Esas-2020/9217 Karar sayılı bozma ilamı)Şu halde; davada reddedilen miktarın tamamının sonradan sunulan belgelerin dikkate alınması sebebiyle olduğu anlaşıldığından davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmemesi gerekirken, bu husus gözetilmeden karar verilmesi hatalı ise de; yanılığının giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmedığından, hükmün 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 370/2. mad-

Her şeyden önce, her aşamada taraflarca ileri sürülebileceği ve mahkemece dikkate alınabileceği, hatta dava şartı niteliğinde dahi olduğu ifade edilen bir durumun, taraflarca temyiz aşamasında dile getirilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağını kabul etmek çelişkilidir. Bir durum, dava şartı niteliğinde ise, taraflarca özel olarak dikkat çekilmese dahi mahkemece gerekli karar verilmek zorunda olduğundan, bu durumun temyiz aşamasında ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı kabul edilemez. Örneğin, görevsiz bir mahkemede dava açılmış ve davalı tarafından mahkemenin görevsiz olduğu ilk defa temyiz aşamasında ileri sürülmüş ise, davalının kötüniyetli olması sebebiyle yargılama giderlerine mahkûm edilmesi söz konusu olmaz. Zira görev, bir dava şartı olarak yargılamanın her aşamasında kendiliğinden incelenmesi gereken, usûlî bir husustur. Benzer bir sonucun diğer dava şartları için de kabul edileceğinden şüphe duymamak gerekir. O hâlde, ya *borcu söndüren belge* her aşamada ileri sürülebilecek bir dava şartı değildir ya da Yargıtay, orta yolda bir çözüm bulmak adına dürüstlük kuralına aykırılığa ilişkin hükümleri de bu uğurda kullanma çabası içerisinde. Kanaatimizce, ilk ihtimâlî kabul etmek istemeyen Yargıtay'ın ikinci ihtimâl çerçevesinde hareket ettiği sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Ancak, usûlî hükümleri gözardı ederek kanuna aykırı birtakım sonuçları kabul etmek uğruna, başka kanunî düzenlemeleri bu kanuna aykırı sonuçları dengelemek adına kullanmak, hukuk kurallarını bir kez değil iki kez ihlâl etmekten başka bir şey değildir. Eğer yargı organları, kanun hükümleriyle değil de sadece kendi hak ve nesafet anlayışları⁹¹ doğrultusunda karar verebilecekler ise, ne maddî ne usûlî hükümlere ihtiyacımız yoktur.

desi uyarınca aşağıda belirtilen şekilde düzeltilerek onanması uygun bulunmuştur." 9. HD, 14.01.2021, 8865/914 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde 9. HD, 24.09.2020, 24346/9217 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 22. HD, 20.01.2020, 27690/628 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 22. HD, 14.11.2019, 25147/21154 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹¹ *Borcu söndüre belgeler* için kabul edilen durumların kötüye kullanıma oldukça müsait olduğu da açıktır. Örneğin, davalı, aslında borcu ödemiş olmasına rağmen temyiz aşamasında bu yönde bir belge ihdas etmek ve Yargıtay'a sunmak suretiyle kötüniyetli olarak süreci oldukça uzatabilir. Zira Yargıtay, bu belgeyi inceleyemeyeceği için bu çalışmaya konu içtihatlar doğrultusunda bozma kararı verilecek ve alt derece mahkemesi tarafından belge incelemesi yapılacaktır. Bu inceleme neticesinde aynı karar verilebilecek olmasına rağmen, sırf kötüniyetli olarak davalı tarafından uzun bir sürecin uzaması sağlanacaktır. Davalı, aynı kötüniyetli davranışı alt derece yargılamasında gösterirse, bunun anlaşılması ve bertaraf edilmesi çok daha kısa sürebilecekken, işbu çalışmaya konu kararlar nedeniyle temyiz aşamasına kadar beklemeyi tercih edebilir. Bu ise, bu yöndeki kararlarda yer verilen hak ve nesafet anlayışının, kanun hükümleriyle objektifleştirilmiş olması gerekliliğinin ne derece önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Böyle bir sonucu kabul etmeyerek kanun hükümleriyle objektifleştirilmiş vicdanî kanaat anlayışı doğrultusunda yargılama yapılacaksa (AY m. 138/1), öncelik kanunî düzenlemelere verilmelidir.

F. Görüşümüz

Yargıtay tarafından kabul edilen temyiz aşamasında yeni bir delil sunulmasına ilişkin içtihatlar, gerek kararlarda kullanılan dil ve ifadeler gerekse yeni delillerin sunulması uğruna dayanak yapılmaya çalışılan gerekçeler ile varılan sonuçlar bakımından ciddi hukukî sorunlar barındırmaktadır.

Türk hukuk doktrininde ittifakla kabul edildiği üzere, dar temyiz sistemi olarak adlandırılan⁹² Türk hukuku temyiz kanun yolunda alt derece yargılamasında sunulmayan yeni bir delil sunulması ve incelenmesi mümkün değildir⁹³. Delillerden başka, kendiliğinden incelenebilecek kamu düzenine ilişkin hususlar haricinde, alt derece aşamasında iddia edilmemiş olan bir vakianın ilk defa temyiz aşamasında ileri sürülmesi de mümkün değildir⁹⁴. O hâlde, temyiz aşamasında ne yeni bir vakıa ileri sürülmesi⁹⁵ ne de alt derecede ileri sürülmüş bir vakianın ispatı için

⁹² **Tanrıver**, Usûl Cilt 2, s. 82.

⁹³ **Kuru**, Usul Cilt 5, s. 4498; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 447; **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1762; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2298; **Karlı**, s. 799; **Tanrıver**, Usûl Cilt 1, s. 693; **Tanrıver**, Usûl Cilt 2, s. 81; **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 44; **Ulukapı/Yardımcı**, s. 500; **Bolayır**, Sorun, s. 141; **Çiftçi**, s. 285; **Tutumlu**, Yeni Delil, s. 147. Benzer şekilde istinaf kanun yolunda da yeni bir delil sunulması, kural olarak mümkün değildir. Bkz. **Kuru**, Usul El Kitabı 2, s. 1337; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 514; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2247; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 624; **Ulukapı/Yardımcı**, s. 496-500; **Akkaya**, s. 290-291; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 284. Vakıa ve delillerin getirilmesine dair sınırlandırmalar nedeniyle Türk hukukunda istinaf kanun yolu da sınırlı bir kanun yolu olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Tanrıver**, Usûl Cilt 2, s. 43.

⁹⁴ **Belgesay**, Şerh Cilt 2, s. 192; **Ansay**, s. 357; **Kuru**, Usul Cilt 5, s. 4498; **Kuru**, Usul El Kitabı 2, s. 1387; **Bilge/Önen**, s. 644; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 447; **Karlı**, s. 799; **Tanrıver**, Usûl Cilt 2, s. 81; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2298; **Bolayır**, Sorun, s. 140; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 304. Alman hukukunda da temyiz aşamasında yeni bir vakıa veya delil ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. İstisnai olarak, sadece hâkimin kendiliğinden dikkate alabileceği konular ile temyiz kabiliyetine ilişkin konularda yeni vakıalara dayanılması mümkündür. Bu konuda bkz. **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 559, Rdnr. 41-46; **Schilken, Eberhard**: Zivilprozessrecht, 6. Auflage, München 2010, s. 426, Rdnr. 943; **Meller-Hannich, Caroline**: "Die Beweiserhebung und die Kontrolle in Berufung und Revision", (Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 2016, S. 65, s. 151-169), s. 169.

⁹⁵ Karar verilmesinden sonra meydana gelen ve kararın esası hakkında temyiz incelemesi yapılmasını engelleyici nitelikteki vakıaların ilk defa temyiz aşamasında ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Örneğin,

yeni bir delil ileri sürülmesi mümkündür. Temyiz aşamasında, istisnai bir düzenleme olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesi şartları kapsamında dahi yeni bir delil sunulamaz⁹⁶. Kaldı ki, inceleme konumuz bakımından özel olarak vurgulamak isteriz ki, usûlüne uygun bir şekilde ileri sürülmemiş *ödeme* vakiasının sadece delilinin sonradan ileri sürülmesi, zaten hukuken hiçbir şekilde kabul edilemeyecek bir durumdur. Daha açık bir ifadeyle, dava malzemesi olarak mevcut olmayan bir iddiaya ilişkin delil sunulması mümkün değildir.

Bu usûlî sonuçları kabul etmeyerek borcu sona erdiren delillerin temyiz aşamasında ileri sürülebileceğini kabul etmek; hem de bu kabulü yukarıda değerlendirildiği gibi usûl kurallarının tamamen yanlış yorumlamalarına dayandırmak, birçok başka kuralı da ihlâl etmektedir. Örneğin, ispat hakkının kanunda belirtilen süre ve usûle uygun kullanılması zorunluluğu, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, ıslah kurumu ile bu kurumun her davada bir kez kullanılabilmesi, delillerin sunulmasına yönelik emredici düzenlemeler⁹⁷ ile delile dayanılmaktan vazgeçilmiş sayılma, istinaf aşamasında yapılamayacak işlemler ve temyiz sebepleri gibi birçok usûl kuralı ihlâl edilmektedir⁹⁸, *borcu söndüren belge* uğruna ilgili kuralların içi boşaltılmaktadır. Dahası, temyiz aşamasına kadar yürütülen alt derecedeki işlemlerinin birçoğu gereksiz yere yapılmış sayılmakta ve alt derece mahkemeleri

kararın verilmesinden sonra meydana gelen davayı sona erdiren taraf işlemleri ile karar verilmesinden sonra hükmün zamanaşımına uğradığına dair iddiaların temyiz aşamasında ileri sürülmesi mümkündür (**Kuru**, Usul Cilt 5, s. 4502-4503). Bu gibi istisnai durumlarda, temyiz incelemesi yapılmasına dair hukuki yararın ortadan kalktığı belirtilmektedir (**Bolayır**, Sorun, s. 140; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 304, dn. 265). Ancak, inceleme konumuz olan ödeme iddiasına dair vakıaların, kararın verilmesinden sonra meydana gelmesi hâlinde dahi temyiz aşamasında ileri sürülemeyeceği, sadece İcra ve İflâs Kanunu'nun 33. maddesi uyarınca icra mahkemesinde icranın durdurulması talebine konu edilebileceği ifade edilmektedir (**Kuru**, Usul Cilt 5, s. 4503). Daha açık bir ifadeyle, kararın verilmesinden sonra meydana gelmiş olsa dahi ödeme vakiasının ilk defa temyiz aşamasında ileri sürülmesi kabul görmemektedir.

⁹⁶ **Atalay**, Pekcanitez Usûl, s. 1762; **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi, s. 44; **Erdönmez**, Delillerin İbrası, s. 370; **Ulukapı/Yardımcı**, s. 501; **Tutumlu**, Yeni Delil, s. 142. Alt derece yargılaması aşamasında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesi uyarınca ileri sürülmek istenen bir delilin reddedilmesi hâlinde, bu konudaki değerlendirme ve takdir yetkisi Yargıtay tarafından denetlenerek gerekirse bozma kararı verilebilir. Ancak, ilk defa temyiz aşamasında 145. maddeye dayanılarak bir delil sunulmak istenmesi kabul edilemez (**Ulukapı/Yardımcı**, s. 501).

⁹⁷ **Bolayır**, Sorun, s. 143-144.

⁹⁸ **Tutumlu**, Yeni Delil, s. 147.

işlevsiz kılınmaktadır. Eğer çeşitli usûl kuralları ihlâl edilerek Yargıtay aşamasına kadar yapılmayan usûl işlemleri bu aşamada yapılabilecekse, temyiz mercii olarak Yargıtay'ın da kendisinden beklenen aslî görevleri yapması zorlaşacaktır⁹⁹. Bu uygulamaya güvenen taraflar, elindeki bilgi ve belgeleri temyiz aşamasına kadar bekletmekte hiçbir sakınca görmezler. Elinde böyle bir belge olan taraf, bu belgeyi usûlüne uygun bir şekilde yargılamada ileri sürüp tartışma ve incelemeye açmayıp temyiz aşamasına kadar bekletebilir. Bu durum, o tarafın lehine hükmedilecek vekâlet ücretinden mahrum bırakılması haricinde başka bir hiçbir yaptırıma da tâbi tutulmamaktadır. Aksine, yaptırıma tâbi tutulan ve erozyona uğratılan yine usûl hukukunun emredici kuralları olarak karşımıza çıkmaktadır.

İnceleme konumuzu oluşturan kararlar temyiz aşamasına ilişkin olsa dahi istinaf aşaması bakımından da yukarıda değindiğimiz görüş ve sonuçlar geçerlidir. Zira, Türk hukukunda istinaf aşamasında da, ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller haricinde, bölge adliye mahkemesinde yeni delil sunulması ve incelenmesi mümkün değildir (HMK m. 357/3)¹⁰⁰. Bu nedenle, bu istisnâ hüküm kapsamında sunulmak istenen ve mücbir sebep ispat edilerek hâkim tarafından sunulmasına izin verilen deliller haricinde, borcu söndüren belge kapsamında kalsa dahi bir belgenin ilk defa istinaf aşamasında da sunulması da hukuken mümkün değildir.

Tüm bu nedenlerle, ya en kısa zamanda bu hukuka aykırı içtihatlardan dönülmesi ya da Yargıtay'ın usûl kurallarıyla bağlı olmaksızın uyuşmazlığı hak ve nesafet kuralları çerçevesinde çözme yetkisinin kanunî dayanağının oluşturulması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, yukarıda detaylı olarak değerlendirilen içtihatları mevcut herhangi bir hukuk kuralımızın yorum ve uygulama şekli çerçevesinde izah etmek müm-

⁹⁹ Temyiz kanun yolunun amaç ve görevleri çerçevesinde konunun detaylı bir şekilde değerlendirilmesi için ayrıca bkz. **Bolayır**, Sorun, s. 141 vd.

¹⁰⁰ **Kuru**, Usul El Kitabı 2, s. 1378; **Özeker**, Pekcanitez Usûl, s. 2247, 2250; **Tanrıver**, Usûl Cilt 2, s. 72; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 624; **Ulukapı/Yardımcı**, s. 496; **Akkaya**, s. 290-291; **Bolayır**, Delillerin Toplanması, s. 284.

kün görünmemektedir. Diğer taraftan, ancak istinaf kararından sonra ele geçirilen bir delilin, yargılamanın yenilenmesi sebepleri de dikkate alınarak temyiz aşamasında sunulabileceği kabul edilebilir (bkz. HMK m. 375/1-ç). Bu durum haricinde, ilk derece veya istinaf aşamasında tarafların elinde olmasına rağmen, usûlüne uygun bir şekilde ve gerekirse istisnâ hükümlerden faydalanılmak suretiyle sunulmamış herhangi bir belgenin temyiz aşamasında sunulması da mümkün değildir. İstinaf aşamasından sonra ele geçirilen bir belgenin ise, borcu sona erdiren nitelik taşıması önemli olmaksızın, temyiz aşamasında sunulmasına izin verilerek sonradan karşılaşılabilecek bir yargılamanın yenilenmesi başvurusunun önüne geçilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ancak burada dahi, ilk derece veya istinaf aşamasında tarafların elinde olan bir belgenin, niteliği ne olursa olsun, sonradan ileri sürülmesine imkân tanımamalıdır. Nitekim hukukumuzda, böyle bir uygulamaya imkân tanıyan açık veya örtülü hiçbir hukuk kuralı olmadığı gibi, bu uygulamayı yasaklayan açık ve net usûl kurallarına yer verilmiştir.

SONUÇ

Medenî usûl hukukunda geçerli olan teksif ilkesi gereği iddia ve savunmaların sunulabileceği yargılama aşaması kanunen sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamayla bağlantılı olarak, ileri sürülen iddia ve savunmaları ispat araçlarının sunulmasına dair de sıkı kurallar benimsenmiştir. Böylece, iddia ve savunmalar bakımından, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı; ileri sürülen iddiaların ispat aracı olarak deliller bakımından ise, delillerin gösterilmesi ve sunulmasına dair esaslar getirilmiştir. Bununla birlikte, bu kuralların sıkı bir şekilde uygulanması hâlinde taraf menfaatlerinin zarar görebileceği düşünülerek bir kısım istisnalar kabul edilmiştir. Buna göre, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve değiştirilmesi yasağına getirilen istisnalar ile sonradan delil sunulmasına imkân tanıyan düzenlemeler yoluyla taraf menfaatleri dengelenmiştir. Bu istisnâ düzenlemeler haricinde, belirli bir tür iddia veya delilin teksif ilkesinden ve delillerin sunulmasına dair sınırlamalardan bağışık olduğu, her aşamada sınırsız bir şekilde ileri sürülebileceği yönünde istisnâ bir hüküm yoktur.

İddia, savunma ve delillerin sunulmasına dair bu açık kurallara rağmen, Yargıtay uygulamasında, âdetâ bu kurallardan tamamen bağımsız olduğu kabul edilen ve *borcu söndüren belge* olarak ifade edilen bir delil kategorisi yaratılmıştır. İlgili Yargıtay kararlarına göre, *borcu söndüren belgelerin*, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tâbi olmaksızın her aşamada ve hatta davacı iddialarının inkârı kapsamında dahi ileri sürülebilmesi mümkündür. Dahası, bu tür belgeler, davacının dava açmakta hukukî yararının olmadığını gösteren belgeler olarak kendiliğinden dahi dikkate alınabilir. Yargıtay, bu tür sonuçlar bahsettiği belgelerin, ödeme def'i niteliğinde olduğunu da vurgulamaktan çekinmemiştir.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, borcun sona erdiğine, Yargıtay'ın ifadesiyle söndüğüne, dair iddialar bir itiraz niteliğindedir. İtirazlar da, def'ilerden farklı olarak, dava malzemesi hâline gelmişse hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınabilir. Oysa def'iler, taraflarca ileri sürülmedikçe dava malzemesinden anlaşılrsa dahi dikkate alınamaz. Ancak, önemle vurgulamak gerekir ki, bir savunma sebebi olarak itirazlar da sadece usûlüne uygun bir şekilde dava malzemesi hâline gelmişse kendiliğinden dikkate alınabilir. Aksi hâlde, hâkimin itiraz sebeplerini kendiliğinden araştırması ve uygulaması mümkün değildir (m. 25). Dava malzemesi olarak iddiaların, savunmaların ve delillerin ne zaman ve nasıl ileri sürülebileceği konusunda açık ve net kanunî düzenlemeler vardır. Bu düzenlemelerin hiçbirinde, Yargıtay uygulamasında kabul edildiği şekilde belirli bir tip belgenin istisnâ olarak her aşamada ileri sürülebileceği izlenimi uyandıran bir ifade tarzı dahi yoktur. Kaldı ki, borcun ödenmiş olması durumunun dava şartı olarak hukukî yarar kapsamında değerlendirilmesi de mümkün değildir. Zira, tarafların dava konusuyla maddî hukuka göre tespit edilecek bağı sıfat kavramıyla ifade edilmekte olup usûlî bir mesele değildir. Bu nedenledir ki, sıfat konusundaki eksikliklerde usûle ilişkin değil esasa ilişkin bir karar verilmektedir. O hâlde, gerçekten alacaklı olup olmama durumunun usûlî bir mesele olmadığı ve bu nedenle dava şartlarından olmadığı da açıktır. Tüm bu nedenlerle, sözü edilen *borcu söndüren belgelerin* her aşamada ileri sürülebilmesi uygulamasından en kısa zamanda vazgeçilmesi ve

hatta böyle bir belge nitelendirmesinin dahi sonlandırılması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi hâlde, dava malzemelerinin sunulmasına ilişkin usûl kurallarının ihlâli yanında, alt derece yargılamasında yürütülen yargılama faaliyetinin önem ve niteliği de zedelenmekte; Yargıtay'ın temyiz incelemesinin hukukî sınırları kapsamında kendisinden beklenen aslî görevleri yerine getirmesi de güçleşmektedir.

KAYNAKÇA

Akcan, Recep: Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999.

Akkaya, Tolga: Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2021.

Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011.

Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960.

Atalay, Oğuz: Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin: Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020.

Atay, Ender Ethem: Hukuk Başlangıcı, 9. Baskı, Ankara 2021.

Belgesay, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul 1935 (Şerh Cilt 2).

Belgesay, Mustafa Reşit: Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1940 (Deliller).

Berkin, Necmeddin M.: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969.

Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.

Bolayır, Nur: "Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Temyiz İncelemesi Sırasında Yeni Delil Gösterilip Gösterilemeyeceği Sorunu", (GÜHFD 2012, S. 2, s. 131-149) (Sorun).

Bolayır, Nur: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014 (Delillerin Toplanması).

Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020.

Canbolat, Ferhat: "Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları", (EÜHFD 2008, S. 1, s. 255-270).

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 33. Baskı, İstanbul 2020.

Çiftçi, Pınar: Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018.

Dişel, Buse: Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020.

Erdönmez, Güray: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin İbrazı", (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X, 1-2 Ekim 2012, İzmir, s. 348-376) (Delillerin İbrazı).

Erdönmez, Güray: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", (İBD 2013, S. 5, s. 15-53) (Delillerin Gösterilmesi).

Erdönmez, Güray: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017 (Pekcanitez Usûl).

Gözler, Kemal: "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara 29.9.2012 (www.anayasa.gen.tr, Erişim: 12.10.2021).

Groner, Roger: Beweisrecht Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011.

Güriz, Adnan: Hukuk Başlangıcı, 19. Baskı, Ankara 2019.

Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009.

Jäckel, Holger: Das Beweisrecht der ZPO, 2. Auflage, Stuttgart 2014.

Joerden, Jan C.: Logik im Recht, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 2010.

Karslı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020.

Koç, Evren: Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı, İstanbul 2021.

Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band I, 6. Auflage, München 2020 (MüKo-ZPO/Yazar).

Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band II, 6. Auflage, München 2020 (MüKo-ZPO/Yazar).

Kuru, Baki: “Dava Şartları”, (Makaleler, İstanbul 2006, s. 147-188) (Dava Şartları).

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. I, İstanbul 2001 (Usul Cilt 1).

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. II, İstanbul 2001 (Usul Cilt 2).

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. V, İstanbul 2001 (Usul Cilt 5).

Kuru, Baki: Medenî Usûl Hukuku El Kitabı, C. I, Ankara 2020 (Usul El Kitabı 1).

Kuru, Baki: Medenî Usûl Hukuku El Kitabı, C. II, Ankara 2020 (Usul El Kitabı 2).

Laumen, Hans-Willi: “Der Beweisantrag im Zivilprozess”, (MDR 2020, s. 145-153).

Mazlum, Nagihan: “Medeni Usul Hukukunda Teksif İlkesi”, (AÜHFHD 2021, S. 70, s. 107-144).

Meller-Hannich, Caroline: “Die Beweiserhebung und die Kontrolle in Berufung und Revision”, (Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul 2016, S. 65, s. 151-169).

Özekes, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017 (Pekcanitez Usûl).

Özekes, Muhammet: Temel Hukuk Bilgisi, 11. Baskı, İstanbul 2021 (Temel Hukuk).

Pekcanitez, Hakan/Taş Korkmaz, Hülya: Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017.

Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Baskı, İstanbul 2015.

Sarıgül Ata, Bersun: “Belge ve Belgenin Delil Kuvveti”, (ABD 2020, S. 1, s. 1-40).

Schilken, Eberhard: Zivilprozessrecht, 6. Auflage, München 2010.

Serozan, Rona: Hukukta Yöntem ve Mantık, 2. Baskı, İstanbul 2017.

Şengün, Kemâl Oğuz: “Hukuk Davalarında Delillerin Gösterilmesi”, (AD 1970, S. 3, s. 190-204).

Tanrıver, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. I, 3. Baskı, Ankara 2020 (Usûl Cilt 1).

Tanrıver, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. II, Ankara 2021 (Usûl Cilt 2).

Tutumlu, Mehmet Akif: “Cevap Dilekçesi Vermeyen Davalının Delil Gösterme Hakkı Düşer Mi?”, (TeraziHD 2016, S. 120, s. 134-138) (Cevap Dilekçesi).

Tutumlu, Mehmet Akif: “Hukuk Yargılamasında Delil İkamesinin Kapsamı, Şekli ve Zamanı”, (TBBD 1989, S. 6, s. 924-934) (Delil İkamesi).

Tutumlu, Mehmet Akif: “İstinaf Aşamasında Yeni Delil Gösterme ve Temyiz Aşamasında Belge İbrazi Sorunu”, (TeraziHD 2017, S. 129, s. 142-147) (Yeni Delil).

Ulukapı, Ömer/Yardımcı, Taner Emre: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi”, (DE-ÜHFD 2014, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, İzmir 2015, s. 483-507).

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.

Üstündağ, Saim: İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967 (Yasak).

Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000 (Medenî Yargılama).

Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A.: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band III, 4. Auflage, Berlin/Boston 2013 (Wieczorek/Schütze/*Yazar*).

Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A.: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band IV, 4. Auflage, Berlin/Boston 2013 (Wieczorek/Schütze/*Yazar*).

Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A.: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band VII, 4. Auflage, Berlin/Boston 2014 (Wieczorek/Schütze/*Yazar*).

Woods, John/Walton, Douglas: "Petitio Principii", (Synthese 1975, Vol. 31, No. 1, s. 107-127).

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, 4. Baskı, Ankara 2021 (Cilt 2).

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, 4. Baskı, Ankara 2021 (Cilt 3).

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. IV, 4. Baskı, Ankara 2021 (Cilt 4).

■ Av. Yakup GÜL* ■

BULAŞICI HASTALIKLARA İLİŞKİN TEDBİRLERE AYKIRI DAVRANMA SUÇU

ÖZET

Koronavirüs salgın hastalığıyla (COVID-19) mücadele ve toplumu koruma amaçlı birtakım idari tedbirler uygulanmaya konulmaktadır.

Koronavirüs salgın hastalığıyla mücadelede uygulanacak idari tedbirlerin dayanaklarından birisinin de Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 195 olduğu ileri sürülmektedir.

5237 sayılı TCK m. 195 “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma” suçunu düzenlemektedir.

Koronavirüs bulaşıcı hastalığı sırasında başvuruyla özellikle karantina tedbiri başta olmak üzere bu tedbirlere uyulmaması halinde nasıl olması gerektiğine TCK m. 195’te yer verilmemektedir.

Bununla birlikte TCK m. 195’te yer alan suçun oluşabilmesi için bulaşıcı hastalığın fenni ve tıbben tespit edilmesi, bu bulaşıcı hastalığa yakalanmış veya bulaşıcı hastalıktan ölmüş bir kişinin bulunduğu yere ilişkin yetkili makamlar tarafından karantina uygulamasına başlanmış olması ve bu yere ilişkin alınan karantina tedbirine kişi tarafından uyulmaması gerekir. Ör. Bulaşıcı hastalığa yakalanan kişinin evine gönderilmesi ve ancak kişinin evine gitmemesi halinde TCK m. 195’teki suç oluşmayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Koronavirüs, Kanunilik, Bulaşıcı Hastalık, Karantina Tedbirleri, Yetkili Makam, Kamu Sağlığı, Tedbirlerin Aykırı Davranma

ABSTRACT

Several administrative measures have been taken in the context of the fight against the corona virus/covid-19 pandemic and for the protection of the society.

Article 195 of the Turkish Penal Code (TPC) is stated to be one of the grounds in respect of the administrative measures applied in the fight against the Coronavirus pandemic disease.

Article 195 of the TPC (no.5237) regulates the crime titled “Acts contrary to the measures taken in connection with contagious diseases”

Article 195 of the TPC does not prescribe the circumstances which shall constitute acts of in compliance with the measures in particularly the quarantine applied in connection with the coronavirus pandemic disease.

However for existence of crime under Article 195 of the TPC it is necessary to determine contagious disease both medically and scientifically or to impose quarantine measure by the competent authorities for an area where either an individual was diagnosed with the disease or an individual dies as a result of the said disease and to be an individual who does not comply with the quarantine measure taken in this context. For example when an individual is sent to his home but refuses to obey it after having diagnosed with the Covid-19, he cannot be regarded as an offender under this provision.

Keywords: Infectiousdisease, Principle of Legality, Publichealth, Quarantinemeasures, Violation of Measures, Competent Authorities

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 31.01.2022 Kabul Tarihi: 03.08.2022

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000>

GİRİŞ

Son dönemlerde Türkiye'yi ve tüm dünyayı etkisi altına alan Koronavirüs¹ olarak adlandırılan bulaşıcı hastalığın yayılmasını önlemek, insan ölümlerinin önüne geçmek veya ölümlerin sayısını azaltmak, bulaşıcı hastalığa yakalananların iyileşmesini sağlamak için tedavilerin yürütülmesine yönelik yasama organı tarafından yasal düzenlemelerin² yapılması yanında, yürütme organı tarafından da özellikle Koronavirüs bulaşıcı hastalığıyla mücadeleye yönelik birtakım idari nitelikte eylem veya işlemler gerçekleştirilmektedir.

Yürütme organı tarafından, Koronavirüs bulaşıcı hastalığı gerekçe gösterilerek zaman zaman tüm ülkede geçerli olmak üzere alınan tedbir nedeniyle bulaşıcı hastalığa yakalansın veya yakalanmasın, kişi hak ve özgürlüklerine yönelik müdahaleyi doğuran birtakım kısıtlamalara gidilmiştir.

Yürütme organı tarafından alınan bu tedbirlerin uygulanması sırasında bu tedbirlere aykırı davranışlarda bulunan kişilerin eylemlerinin, kabahat veya suç sayılıp sayılmayacağı hususu da tartışma konusu olmuştur.

Bu tartışmalardan biri de Koronavirüs nedeniyle idare tarafından alınan tedbirleri ihlal edenler açısından, 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 195'te yer alan "*bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma*" suçunun oluşup oluşmayacağıdır.

¹ Yeni Koronavirüs Hastalığı (COVID-19), ilk olarak Çin'in Vuhan Eyaleti'nde Aralık ayının sonlarında solunum yolu belirtileri (ateş, öksürük, nefes darlığı) gelişen bir grup hastada yapılan araştırmalar sonucunda 13 Ocak 2020'de tanımlanan bir virüstür. Salgın başlangıçta bu bölgedeki deniz ürünleri ve hayvan pazarında bulunanlarda tespit edilmiştir. Daha sonra insandan insana bulaşarak Vuhan başta olmak üzere Hubei eyaletindeki diğer şehirlere ve Çin Halk Cumhuriyeti'nin diğer eyaletlerine ve diğer dünya ülkelerine yayılmıştır. Koronavirüsler, hayvanlarda veya insanlarda hastalığa neden olabilecek büyük bir virüs ailesidir. İnsanlarda, birkaç koronavirüsün soğuk algınlığından Orta Doğu Solunum Sendromu (MERS) ve Şiddetli Akut Solunum Sendromu (SARS) gibi daha şiddetli hastalıklara kadar solunum yolu enfeksiyonlarına neden olduğu bilinmektedir. Yeni Koronavirüs Hastalığına SAR-CoV-2 virüsü neden olur (<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html> E.T.: 05.03.2021).

² Bu amaçla, 7226 sayılı "*Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*", 26.03.2020 tarihli, 31080 (mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

5237 sayılı TCK m. 195'te yer alan "*bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma*" suçu üzerinde Koronavirüs öncesinde doktrin de yeterince tartışma yürütülmüş bir konu olmadığı gibi yine uygulamada da karşılaşılmış bir suç tipi olmaması nedeniyle, gerek ilk derece gerek istinaf mahkemelerinde gerekse Yargıtayda inceleme konusu olmamıştır.

Koronavirüs bulaşıcı hastalığın ortaya çıkması ve yayılmasıyla, yürütme organı tarafından alınan idari nitelikteki karantina tedbirine uyulmaması hali, Türkiye'nin birçok yerinde faillere isnat edilen TCK m. 195'te yer alan suç olarak, ceza yargılamasının konusunu³ oluşturmuştur.

Çalışmamızda 5237 sayılı TCK çerçevesinde "*Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma*" suçuna ilişkin genel açıklamalar ile Koronavirüs bulaşıcı hastalık sonrasında bu suçun öğretilerdeki yerine ve yargı kararlarındaki yansımalarına değinilecektir.

I. GENEL OLARAK BULAŞICI HASTALIKLARA İLİŞKİN TEDBİRLERE AYKIRI DAVRANMA SUÇUYLA İLGİLİ KAVRAMLAR VE MEVZUAT

5237 sayılı TCK m. 195'te yer alan "*Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma suçu*", TCK'nın özel hükümleri düzenleyen ikinci kitabın üçüncü kısmındaki **topluma karşı suçları** düzenleyen üçüncü bölümdeki **kamunun sağlığına karşı suçlar** içerisinde yer almaktadır.

TCK m. 195'te yer alan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu; "*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi*,

³ Kayseri 1. Asliye Ceza Mahkemesi ... hakimi sanık Ç.Ö.'yü, TCK'nın 195'inci maddesindeki, 'bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma' suçundan 2 ay hapis cezasına çarptırdı (<https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/karantinayi-ihlal-etti-hapis-cezasina-carptirildi-6121390/> E.T.: 06.03.2021).

iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Yukarıda da belirtilen, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, kısa bir suç tipidir. Tek paragraftan oluşan bir maddedir. Suçun nitelikli hallerine yer verilmediği gibi ileride tartışılacak ve madde içerisinde bulaşıcı hastalıktan kastedilenin veya karantinanın ne olduğu da açıklanmamıştır. Yine madde içerisinde, yetkili makamın idari mi yoksa adli mi olduğuna ilişkin bir açıklama da yer almamaktadır.

Yasa koyucu, madde gerekçesini “*Maddede, bulaşıcı hastalıklara yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş bulunan kimselerin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uyulmaması, suç olarak tanımlanmıştır. Böylece kamu sağlığının korunması amacı güdülmektedir.*” şeklinde oluşturmuştur. Madde gerekçesinde de yukarıda belirtilen kavramlardan anlaşılması gerekenin ne olduğu yer almamaktadır.

Bununla birlikte 5237 sayılı TCK m.195 düzenlenmesinden önce yürürlükte bulunan 765 sayılı ETCK m. 263’e karşılık gelmekte idi. Bu madde ise “**Kolera ve sair bulaşık hastalıklardan musab veya vefiyat zuhur eden ev ve sair mahallerin kordon altına alınmasına dair Hükümetçe verilen emirlere ve yapılan icraata fiillen mümanaat edenler hareketlerinin derecesine göre bir aydan bir seneye kadar hapsolunur.**” şeklinde düzenlenmiştir.

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun (UHK) m. 72. ve m. 73. uyarınca kolera ve sair bulaşıcı ve insan sağlığı için tehlikeli hastalıklardan birinin meydana gelmesi halinde, bu hastalıklardan birine yakalanan hastalar tıbbi koşullara uygun yerlere kapatılarak görevliler tarafından denetim altında tutulurlar⁴. ETCK m. 263’te kolera ve sair bulaşık hastalık ile kordon altına alma ve doğrudan idare tarafından verilen bir

⁴ GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Genişletilmiş 5. Bası, Kazancı Hukuk yayımları, İstanbul, 1980, s.1054., SAVAŞ,Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU,Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu II. Cilt, İkinci Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara, Mayıs 1998, s.2726.

emir içermesi sebebiyle her iki maddenin unsurları açısından farklılıkların olduğu açıktır⁵. Dolayısıyla TCK m. 195, ETCK m. 263'ten ayrılan yönleriyle kendine özgü bir suç tipi olduğu söylenebilir⁶.

Bununla birlikte 24.04.1930 tarihli 1593 sayılı UHK şu anda yürürlükte olan bir kanundur. Koronavirüs bulaşıcı hastalığı öncesinde yargıya yansımış bir eylem olmaması nedeniyle başvurulmayan TCK m. 195 ancak Koronavirüs bulaşıcı hastalığının ortaya çıkması ve UHK'nin da uygulanmasına bağlı olarak UHK'nin ilgili düzenlemeleri doktrinde, uygulamada ve yargıda tartışılır olmuştur.

5728 Sayılı Kanun'un 50. maddesiyle değişiklik yapılarak 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan UHK'nin değişik m. 284'te yer alan, "66 ve 67. maddelerde zikredildiği üzere **sari hastalıklar hakkında tetkikatta bulunmağa salahiyyettar memurlara muhalefet eden kimseler Türk Ceza Kanunu'nun 195 inci maddesi mucibince cezalandırılır.**" şeklindeki düzenleme ile TCK m. 195'e atıfta bulunduğu görülmektedir.

Dolayısıyla UHK'de yer alan gerek m. 284 ve gerekse bu maddenin atıfta bulunduğu m.57, m. 66, m.67 ve 72. hükümleri de dikkate alınarak dar kapsamda da olsa TCK m. 195 ile birlikte incelenmesi gerekecektir⁷.

⁵ ACAR, Hüseyin, Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK. MD. 195), TBB Dergisi, S.159, Y:2022, ss. 185-227, s. 197.

⁶ ÖNOK, R. Murat, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK M. 195)" Anayasa Hukuku Dergisi, C.9, S.17, Y. 2020/, ss. 147-186, s. 149, (<http://anayasadergisi.org/anayasa-hukuku-dergisi-17-sayi-2020-1/> E.T.: 06.03.2021).

⁷ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun m.57, m.65, m. 66, ve m.67 hükümleri aşağıdaki gibidir; "Madde 67 - 57 nci maddede zikrolunan sari ve salgın hastalıklar vakaları hakkında tetkikat yapan tabip bu tetkikati kolaylaştırmak üzere hastanın yanına girmeğe ve hastayı ve icabına göre evin sair sakinlerini muayeneye ve hastalığın sureti zuhur ve seyrine dair izahat ve malumat talebine salahiyyettardır. Bu hususta mümaneatı görülenler bu kanunda zikredilen ahkamı mahsusa mucibince cezalandırılır. Madde 57 - Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, kara humma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümüti, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiati dahi - sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduz müptela hastaların

II. BULAŞICI HASTALIKLARA İLİŞKİN TEDBİRLERE AYKIRI DAVRANMA SUÇUYLA İLGİLİ AÇIKLAMALAR

A. Korunan Hukuki Değer

Korunan hukuki değer açısından, fail tarafından yapılan eylemin hukuken değerli sayılan yararları ihlal etmesi nedeniyle cezalandırıldığı belirtilmiştir⁸. Ceza hukuku, son çare olarak uygulanırken hakların korunması aracılığıyla toplumun ve kişilerin mutluluğunu anayasal güvence altına alarak kişilerin barış ve özgürlük içerisinde yaşamalarına hizmet eder⁹. Ceza hukukunun ve cezalandırmanın son çare olmasını esas alan TCK m.1 de ceza hukukunun amacını öncelikli olarak Anayasada yer alan hukuki değerleri koruma amacını üstlenmiştir¹⁰.

Kanun koyucu TCK m. 195'te yer alan suç, TCK'nin ikinci kitap üçüncü kısmındaki **topluma karşı suçları** düzenleyen üçüncü bölümdeki **kamunun sağlığına karşı suçlar** içerisinde düzenlenmektedir. TCK m. 1'de belirtilen amaçların içerisinde kamu sağlığının korunması amacının da olduğu açıkça görülmektedir.

Any. m. 5 uyarınca Devletin temel amaç ve görevleri içerisinde; “... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel

veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.

Madde 66 - 65 inci maddede zikredilen tahkikat, sari ve istilai bir maraz zuhuru ihbar olunmadığı ve fakat Hükümetçe sari bir hastalık vukuundan şüphelenildiği takdirde dahi yapılabilir. Bu surette sari hastalık tetkikati yapan sıhhat memurları lüzum gördükleri mahallerde hastaları veya maraz amillerini ve sebeplerini taharriye salahiyettardır.

Madde 65 - Sari bir hastalık zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği veya sari ve salgın bir hastalıktan vefat vuku bulduğu veyahut vefatın sari ve salgın bir hastalık tesiri ile husule geldiğinden şüphe edildiği ihbar olunur olunmaz hükümet tabipleri veya bulunmadığı mahallerde belediye tabipleri mahallinde lazım gelen tetkikati icra ve hastalığın muhakkak olup olmadığını ve zuhuru sebeplerini tahkik ile mafevce işaretler. Sari hastalıklar tetkikati yapan tabiplere bütün Devlet kuvvetleri müzaherete mecburdurlar.

Madde 284 - 66 ve 67 nci maddelerde zikredildiği üzere sari hastalıklar hakkında tetkikatta bulunmağa salahiyettar memurlara muhalefet eden kimseler (DEĞİŞİK İBARE RGT: 08.02.2008 RG NO: 26781 KANUN NO: 5728/50) (KOD 1) Türk Ceza Kanunu'nun 195 inci maddesi mucibince cezalandırılır.”

⁸ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Nisan 2016, s.545.

⁹ DEMİRBAŞ, s.50.

¹⁰ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuk Özel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018, s.47.

hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” Yine Any. m. 56’da yer alan herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğuna ilişkin düzenlemeler çerçevesinde TCK m. 195’te yer alan suçta korunan hukuki yararın **kamu sağlığı** olduğu öğretide de ifade edilmektedir¹¹.

Maddede yer alan **kamu** kavramından anlaşılması gereken, bir ülkedeki halkın bütünü, halk olduğudur¹².

Bu amacı gerçekleştirmek üzere ve Koronavirüs gibi bulaşıcı hastalıklarla mücadele etmek için TCK m. 195’te belirtilen yetkili makamlar tarafından alınmış olan tedbirlerin ihlal edilmesi halinde bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu oluşacaktır¹³.

TCK m. 195’in gerekçesinde de bulaşıcı hastalıklar nedeniyle alınan tedbirlere uyulmamasının cezalandırılması ile kamu sağlığının korunması amaçlanmıştır. Kaldı ki bu suçun TCK sistemi içerisinde kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmemesi de¹⁴ korunan hukuksal değerinin tüm toplum olmasından kaynaklanmaktadır.

Bir başka deyişle, hükümde belirtilen yaptırım ile amaçlanan ve korunmak istenen hukuki değerinin toplumu oluşturan tüm bireylerin sağlığı olduğudur¹⁵. Doktrinde TCK’nin şerh olarak incelenen eserlerde

¹¹ KANGAL, T. Zeynel, in: Bayraktar Köksal ve diğerleri, Özel Ceza Hukuku, Cilt V (Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 435, ÖNOK, s.159.

¹² <https://sozluk.gov.tr/> E.T.: 07.03.2021.

¹³ KAHRAMAN, Recep, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md. 195)” İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 78(2), Y.2020, ss. 737-767, s.744, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/57316/812437> E.T.: 06.03.2021).

¹⁴ ÖNOK, s.159.

¹⁵ GÜNDÜZ, Hakan, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Karantina Tedbirlerine Uymamanın Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi S. 2021/1, Y. 6, ss. 87-118, s.97, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1306108> E.T.: 07.03.2021).

TCK m. 195’te korunan hukuki değerin kamu sağlığının korunmasının amaç olduğu ortaya konulmaktadır¹⁶.

Bir diğer görüş ise *kamu sağlığının* soyut bir kavram olması sebebiyle hukuki yarar olarak değerlendirilemeyeceği, ayrıca kamu (halk) gerçek anlamda bir vücuda sahip olmadığı için de kelimenin dar anlamıyla kamu sağlığı kavramının da söz konusu olamayacağıdır. Olması gereken, halka mensup birden fazla bireyin sağlığının korunmasıdır. Dolayısıyla bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun koruduğu hukuki yarar, toplumu oluşturan her bir bireyin sağlığıdır¹⁷. Bir diğer deyişle öğretide soyut tehlike suçu olarak değerlendirilen TCK m. 195’te yer alan suç, kamu sağlığını korumayı amaçladığı için bu suçun sağlıklı bir fail tarafından karantina bölgesine girmesi suretiyle işlenmesi halinde aslında failin de kendi sağlığını tehlikeye atmış olacağı ifade edilmiştir¹⁸.

Bununla birlikte idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı dikkate alındığında, kamu gücünü kullanma yetkisine sahip yetkili makamlar tarafından alınacak tedbirlerin hukukun evrensel ilkelerine, Anayasa’ya ve kanunlara uygun olması, Any. m.2’de yer alan insan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devletinin gereğidir.

¹⁶ YURTCAN, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, 3. Bası, Ufuk Matbaası, Ocak 2005, s. 286., ŞAHİN, Turgay, Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, Sena Ofset Matbaacılık, Afyonkarahisar, Mart 2006, s. 510., GERÇEKER, Hasan, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt-2, Beşinci Baskı, Seçkin yayınları, Ankara, Şubat 2020 s.1836, EROL, Haydar, Açıklamalı ve En yeni İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Yayın Matbaacılık, Ankara, Temmuz 2015, s. 2107, BAYZİT, Tuğba, “*Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md. 195)*”, 29.05.2020, s.3, (<https://blog.lexpera.com.tr/bulasici-hastalıklara-iliskin-tedbirlere-aykiri-davranma-sucu-tck-m-195/> E.T.: 02.03.2021). ACAR, s. 199.

¹⁷ KANGAL, s. 435-436.

¹⁸ ÖZGENÇ, İzzet, “COVID-19 Salgınının Ceza Hukuku Alanındaki Etkileri” TUBA Bilimler Akademisi Tuba COVID-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, TÜBA Raporları No: 36, Ankara, Temmuz 2020, ss. 11-32, s. 19 (<http://www.tuba.gov.tr/tr/yayinlar/suresiz-yayinlar/raporlar/tuba-covid19-global-outbreak-report-on-judicial-changes-and-interactions> E.T.:02.03.2021).

B. Suçun Maddi Unsuru

1. Fail ve Mağdur

a. Fail Açısından

Suç teşkil eden eylemi gerçekleştiren kişiye fail denir¹⁹. Bir diğer deyişle kanunda belirtilen suç tipini ihlal eden kişi suçun failidir²⁰. TCK m. 195'te yer alan suçta “*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi...*” şeklindeki düzenleme ile fail olmak için herhangi bir niteliğin aranmadığı bu suç, özgü suçlardan değildir. Dolayısıyla bu suçun faili herkes olabilir²¹. Suçun faili ancak gerçek kişiler olabilir, tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar²².

Kamu görevlisi görevini yerine getirirken yetkili makamlar tarafından alınan karantinaya ilişkin tedbirlere uymaması halinde TCK m. 195'te yer alan suçun faili kamu görevlisi de olabilir²³.

TCK'nin uygulanması açısından kamu görevlisi deyimini, TCK m. 6/1-c'de “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak belirtilmiştir.

b. Mağdur Açısından

TCK m. 195'te yer alan suçun TCK sisteminde düzenlendiği yer de dikkate alındığında korunmak istenen hukuki değer toplumu oluşturan tüm bireylerin sağlığı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu suçun

¹⁹ DEMİRBAŞ, s.480.

²⁰ ÖZBEK/DOĞAN/ BACAĞSIZ/TEPE, s.513.

²¹ GERÇEKER, s. 1837, KANGAL, s. 436, GÜNDÜZ, s.97, BAYZİT, s. 5, KAHRAMAN, s.749.

²² TANERİ, s. 137, KANGAL, s. 437.

²³ KANGAL, s. 436, ÖNOK, s.160.

mağduru tüm toplumdur, kamudur, herkestir. Bir diğer deyişle, bu suç belli kişilere karşı işlenmediğinden, toplumdaki herkesin zarar görme ihtimali olduğundan, bu suçun mağduru toplumdaki tüm bireyler olduğunun kabul edilmesi gerektiği söylenebilir²⁴.

TCK m. 195'te yer alan suçta, mağdurun kamu olarak kabul edilmesi nedeniyle, kamuyu temsilen kamu kuruluşlarının ve kamu görevlilerinin katılan sıfatı almaları mümkün müdür? ETCK m. 263'ün aksine TCK m. 195'te yer alan suçun kamu idaresine karşı işlendiği kabul edilmediği için aldığı tedbire uyulmamış olan kamu görevlisini suçun mağduru olarak görülmeyecektir²⁵.

Bu duruma ilişkin olarak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 28. Ceza Dairesinin 2020/327 E. -573 K. sayılı ve 27.10.2020 tarihli kararında "... sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nin 195. maddesinde düzenlenen "Bulaşıcı hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma" suçunu oluşturduğu dikkate alındığında, bu suçun 5237 sayılı TCK'nin ikinci kitabının topluma karşı suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "kamu sağlığına karşı suçlar" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde düzenlenmiş olması; belirtilen özelliği gereğince, mağdurun CMK'nin 237. maddesi uyarınca mağdur veya suçtan zarar gören sıfatıyla bu suçlarla ilgili davalara katılmasına olanak bulunmaması nedeniyle davaya katılma ve hükmü istinaf etme hakkının olmadığı anlaşılmakla..."²⁶ kamu kuruluşlarının mağdur veya katılan sıfatlarının olmadığını ortaya koymuştur.

2. Suçun Hukuki Konusu

Suçun konusu, suç teşkil eden hareketin üzerinde gerçekleştiği maddi şey ya da kişidir²⁷. İnceleme konusu TCK m. 195'te yer alan suçun maddi konusu ise bizim de katıldığımız *bulaşıcı hastalıklar nedeniyle*

²⁴ GERÇEKER, s. 1837, GÜNDÜZ, s.97, BAYZİT, s. 5, TANERİ, s. 138.

²⁵ KANGAL, s. 437, ÖNOK, s.161, ACAR, s. 201.

²⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 28. Ceza Dairesinin 2020/327 E. -573 K. sayılı ve 27.10.2020 tarihli yayımlanmamış kararı.

²⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.211, ÖNOK, s.161.

yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerdir²⁸. Suçun oluşabilmesi için bu tedbirlere aykırı davranılması yeterlidir²⁹.

Ancak öğretide suçun konusunu, failin davranışlarının bulaşıcı hastalıklara ilişkin alınan karantina tedbirlerine uymama niteliğinde olması nedeniyle “bulaşıcı hastalıklar” olduğunu ileri süren görüş de mevcuttur³⁰.

Bununla birlikte suçun konusu; bulaşıcı hastalığa yakalanan kişilerin bulunduğu yer, ilgili tedbirler ve karantina olup hayvan hastalıkları nedeniyle uygulanan karantina ve uyulmayan tedbirler TCK m.195 kapsamı dışındadır³¹.

Bulaşıcı hastalığın olmadığı bir yerin başka bir nedenle karantina altına alınmasının da suçun konusunu oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

Yine herhangi bir yerde bulaşıcı hastalığa yakalanmış kimselerin olması, hatta bulaşıcı hastalık nedeniyle ölümler olması nedeniyle yetkili makamlar tarafından tedbir alınması ve bu tedbirlere aykırı hareket edilmesi suçun konusunu oluşturmaz. Suçun konusunu oluşturabilmesi için aynı zamanda o yerin karantina altına alınmış olması da gerekir.

3. Fiil-Hareket

a. Genel Olarak

Suçun ve cezanın kanuniliği Any. m. 38 ve TCK m. 2/1’de yer almaktadır. Bu hükümlerde kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir.

²⁸ BAYZİT, s.3, GÜNDÜZ, s.98, ÖNOK, s.161, KAHRAMAN, s.750, TURHAN, Engin, “Salgın Dönemlerinde Ortaya Çıkabilecek Ceza Sorumlulukları -Korona Tecrübesi” Suç ve Ceza Dergisi Y. 2020, S.1, ss.197-222 (<https://www.tchd.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/20201.pdf> E.T.:07.03.2021), s. 206.

²⁹ KANGAL, s. 437.

³⁰ TANERİ, Gökhan, “Kanunilik İlkesi ve Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu” Leges Hukuk Dergisi, C. 1, S. 128, Ağustos 2020, ss. 101-166 (<https://www.legesdergi.com/makale/485> E.T.: 06.03.2021), s, 137.

³¹ MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Sözkesen Matbaacılık, 4. Baskı, Ankara, 2013, s. 3232.

Suçun gerçekleşmesi için ancak failin tipe uygun hukuka aykırı bir hareketinin bulunması gerekir. Ceza hukuku düşüncüyü cezalandırmaz. Suç teşkil eden kişi iradesinin dış dünyaya yansıtması da ancak hareket şeklindeki bir davranışla mümkündür³².

Any. m. 38 uyarınca suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi ve TCK m.2/3 gereği suç ve cezaların uygulanmasında kıyas yapılamayacağı, suç ve ceza içeren hükümlerin, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı yer almaktadır. Yine Any. m. 13 uyarınca, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeple de bağlı olarak ve sadece kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir³³. TCK 195'te yer alan suçta yer alan *karantina, yetkili makam, bulaşıcı hastalık, alınacak tedbir* kavramlarının tanımlanmamış olması belirsizlik oluşturmaktadır. Bununla birlikte suçun konusunun idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenmesi, yani suçun konusunu belirleme yetkisinin idari makamlara bırakılması, Any. m.13'de yer alan kanunilik ilkesinin alt ilkesi olan kanunların belirli olma, açık olma ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması başlıklı 56. maddesinde değişikliğe gidilerek, tehlikeli salgın hastalıkların önlenmesi amacıyla temel hak ve özgürlüklerde meşru amaç yönünde sınırlama yapılabileceğine ilişkin düzenleme yapılabilir³⁴.

Dolayısıyla TCK m. 195'te belirtilen suçun maddi konusundan, madde içerisinde yer alan ancak tanımlanmamış *bulaşıcı hastalık, yetkili makamı, karantina, alınacak tedbir* kavramlarının "fil-hareket" yönünden irdelenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

³² DEMİRBAŞ, s.219-220.

³³ DEMİRBAŞ, s.118-119, ÖZBEK/DOĞAN/ BACAĞSIZ/TEPE, s.69-70.

³⁴ ŞİRİN, Tolga, Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt: 9/Sayı:17, Yıl:2020, ss. 43-146, s. 132.

b. Bulaşıcı Hastalık

TCK m. 195'te yer alan *bulaşıcı hastalıklardan* anlaşılması gereken nedir? Ya da bulaşıcı hastalık nasıl tanımlanacaktır? Suçun oluşması için bulaşıcı hastalığın türü, yayılma şekli, kapsadığı alanın önemli olup olmadığı hususlarının açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır.

Sağlık Bakanlığı tarafından 30.05.2007 tarih ve 26537 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği (Koronavirüs Tedbirleri) (Sürveyans Yön.) m. 4/1c'de bulaşıcı hastalık tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre ***bulaşıcı hastalık***; “Enfekte olmuş bir kişi ile doğrudan temas yoluyla veya bir vektör, hayvan, ürün veya çevreye maruz kalma gibi dolaylı yollardan veya bulaşıcı madde ile kirlenmiş olan sıvı alışverişi yolu ile insandan insana bulaşan, bir mikroorganizma veya onun toksik ürünlerine bağlı olarak ortaya çıkan hastalığı” ifade etmektedir.

Bir başka deyişle bulaşıcı hastalık ya da enfeksiyon hastalıkları; herhangi bir yol ile insana geçme özelliğindeki hastalık yapıcı mikropların veya parazitlerin vücuda girmesiyle veya temasla ortaya çıkan hastalıklardır³⁵.

Sürveyans Yön.'nin Ek-I Bildirme Esas Bulaşıcı Hastalıklar Listesinde bulaşıcı hastalıklar yer almaktadır. Aynı yönetmeliğin 10. maddesinde de *sağlık hizmeti veren bütün kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler* bulaşıcı hastalıkları bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Sürveyans Yön. “Bildirme Esas Bulaşıcı Hastalıklar Listesi” başlıklı EK-1'ine 22.04.2020 tarihinde 81. bulaşıcı hastalık olarak “Covid-19 (yeni koronavirüs hastalığı)” eklenmiştir.

Sürveyans Yön. m. 6/1 uyarınca ilde görülen bulaşıcı hastalıkları izlemek, bu konuda yürütülen çalışmalarını değerlendirmek, önerilerde bulunmak, koordinasyonu sağlamak üzere il sağlık müdürlüklerinde İl Bulaşıcı Hastalık Danışma Komisyonu oluşturulmuştur.

³⁵ GERÇEKER, s. 1837.

TCK m. 195’te yer alan suç açısından, bulaşıcı hastalığın insan dışında bir başka canlıda tespit edilmesi yeterli değildir. Bu hastalığa yakalanmış veya bu hastalıktan ölmüş bir insanın da olması gerekmektedir. Bulaşıcı hastalığın türü veya yayılma şekli ve kapsadığı alan önem arz etmemekle birlikte, karantina tedbirinin uygulanmasını gerektiren sebeplerin varlığı da önem arz etmektedir³⁶.

Bununla birlikte TCK m.195’te yer alan suçun oluşabilmesi için tanısı konulmuş bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimse olmalıdır³⁷. Eğer ölümlerin veya hastalığın tanısı yapılmamışsa TCK m. 195’te yer alan suçun oluşmayacağı kanaatindeyiz. Örneğin Sürveyans Yön. “Bildirime Esas Bulaşıcı Hastalıklar Listesi” başlıklı EK-1’e 22.04.2020 tarihinde Koronavirüs hastalığının 81. bulaşıcı hastalık olarak tanısı konularak eklendiği görülmektedir.

Koronavirüs ölümlerinin tanısı konulmadan önce hastalık belirtilerini gösterir şekilde ölümlerin gerçekleşmiş olmasını, şüpheli ölüm olarak değerlendirilecek ve ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmesi gerekecektir³⁸.

Konuyla ilgilisi bakımından günlük yaşantımızda nezle olarak bilinen soğuk algınlığı veya grip (Sürveyans Yön.’nin Ek-I Bildirme Esas Bulaşıcı Hastalıklar Listesinde yer alan influenza) bulaşıcı hastalıkları için de karantina kararı alınabilmesinin söz konusu olabileceğini, böylece yetkili makam tarafından alınan tedbirlere uyulmaması fiilleri TCK m. 195’te yer alan suçun konusu olabileceğini ifade etmek isteriz.

c. Karantina

Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde **karantina**; “*Bulaşıcı bir hastalığın yayılmasını önlemek için belli bir bölgenin veya yerin kontrol altında tutu-*

³⁶ ÖZGENÇ, s. 19.

³⁷ TANERİ, s. 141.

³⁸ TANERİ, s. 141.

lup giriş çıkışların engellenmesi biçiminde uygulanan sağlık önlemi"³⁹ olarak tanımlanmıştır. Yine bir diğer kaynak olan *Hukuk Sözlüğü'nde de karantina* kavramı "*Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla kuşkulu olan kimselerin (şeylerin veya hayvanların) başkaları ile temas etmelerini önlemek için bir yerde tutulmaları*". şeklinde benzer bir tanımlama yapılmıştır⁴⁰.

Karantina, kavram olarak UHK'de yer almamakla birlikte, UHK'nin 54, 72, 73, 74, 83, 107, 119, 129 ve 136. maddelerinde *tecrit* kavramı yer almaktadır⁴¹. *Tecrit* kavramı TDK Sözlüğü'nde "*Ayırma, ayrı bir tarafta tutma, soyutlama*" şeklinde tanımlanmıştır.

Bununla birlikte uygulamada karantina yerine izolasyon teriminin de kullanıldığı olmaktadır. İzolasyon halihazırda enfekte olmuş kişileri diğerlerinden ayırmayı anlatması nedeniyle yukarıda açıklanmaya çalışılan karantina teriminden farklıdır⁴². **Karantina** altına alınacak yer, *bulaşıcı hastalığına yakalanan veya bulaşıcı hastalıktan ölen kişinin olduğu yer ile ilgili olurken; izolasyon kişi üzerinde yapılmaktadır*⁴³.

UHK m. 72 uyarınca bulaşıcı bir hastalık ortaya çıktığında veya bulaşıcı hastalığın ortaya çıkmasından şüphelenilmesi halinde, hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin gerekli bir süre için sağlık memurları tarafından evlerinde veya uygun sağlık kuruluşlarında *tecrit* ve gözlem altında tutulacağı düzenlenmiştir.

Öğretide tecridin bu yönüyle karantina ile özdeş olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁴

³⁹ <https://sozluk.gov.tr/> E.T.: 07.03.2021.

⁴⁰ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Altıncı Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2001, s. 479.

⁴¹ TURHAN, s. 207.

⁴² HAKERİ, Hakan/SÖĞÜT, İpek Sevda, "Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı hastalıklar" Adalet Dergisi, Y. 2020/1, S. 64, s.62 (<https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adaletdergisi/2020/sayi-64.pdf> E.T.: 08.03.2021), TURHAN, s. 208.

⁴³ ÖNOK, s.162-163.

⁴⁴ TURHAN, s. 208, BAYZİT, s.4.

d. Tedbirler

TCK m. 195’te yer alan suçta “... karantina altına alınmasına *dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan...*” ibarelerinde yetkili makamlar tarafından alınan **tedbirlerin** neler olduğu belirtilmemiştir⁴⁵.

Bununla birlikte UHK m. 72’de yer alan tedbirler UHK m. 57’de belirtilen hastalıkların varlığı halinde uygulanabilecektir. Örnek olarak, aşı yapılması, serum verilmesi, hastalığı yayan hayvanların yok edilmesi, hastalığın bulunduğu çevrenin ve eşyaların temizlenmesi, ilaçlanmasını ifade edebiliriz.

Ayrıca UHK m. 72/7 uyarınca, “bulaşıcı hastalıklardan birinin ortaya çıkması halinde genel mahallerde tehlike geçinceye kadar ilgili yerlere giriş çıkışları engellenmesi söz konusu olacaktır” şeklindeki düzenlemeden, tedbirlerden birinin kolluk güçleri tarafından karantina bölgesinin kontrol altında tutulması olduğunu söyleyebiliriz.

Dolayısıyla bulaşıcı hastalıklar nedeniyle yetkili makamlar tarafından alınan karantina tedbirlerinin uygulamasına ilişkin tüm aşamalar-daki önlemlerin de örneğin belirli veya belirsiz kişilerin karantina bölgesine girmesi, karantina bölgesinden çıkması, bu kişiler tarafından bir eşyanın veya hayvanın bölgeye sokulması veya çıkarılması vb., bu suçun kapsamına gireceğini ifade edebiliriz⁴⁶. Bu nedenle, karantina uygulaması ve alınan tedbirler kolluk güçleri ve diğer kamu görevlilerinin gözetimi ve denetimi altında uygulanacaktır⁴⁷.

Ancak alınacak bu tedbirler kişi özgürlüğüne müdahaleyi doğuracağından, bu tedbirler bulaşıcı hastalıkların giderilmesine veya kontrol altına alınmasına yönelik olmalıdır.

⁴⁵ ACAR, s. 195.

⁴⁶ TURHAN, s. 207.

⁴⁷ ÖZGENÇ, s. 19.

Koronavirüs bulaşıcı hastalığına yakalanmış kişinin, kendi evinde tutulması veya tedavi edilmesi halinde, eğer bu ev karantina altına alınmamışsa tedbir nedeniyle evde tutulan kişinin evden ayrılması TCK m. 195'te yer alan suç oluşturmayacaktır.

e. Yetkili Makam

TCK m. 195'te yer alan suçta karantina altına alma kararının yetkili makamı ile karantina altına alınan yerlere ilişkin tedbirlerin alınmasına ve uygulanmasına ilişkin yetkili makamlar konusunda da öğretide farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre; UHK m. 69 uyarınca, “Sari ve salgın bir hastalığın vukuu tahakkuk eylediği takdirde sıhhat memurları derakap lazım gelen tedbirlerin ittihazına ve bütün idari makamlar bu tedbirlerin tatbik ve icrası hususunda muavenete mecburdurlar.” şeklindeki düzenlemede yer alan sağlık memurlarının bulaşıcı hastalıklara ilişkin alınacak tedbirlerle ilgili karar verme yetkisine sahip olduklarıdır⁴⁸. Ayrıca, UHK m. 69'da yer alan sıhhat memurlarından anlaşılması gerekenin ise aynı kanunun 303. maddesinde düzenlendiği belirtilmiştir⁴⁹.

Bir başka görüş ise; karantina kararının kimin tarafından alınacağına ilişkin UHK'de açık bir düzenlemenin bulunmadığını, bu nedenle karantina kararı genel idari yetkiler çerçevesinde mülki idari amirleri olan ilçelerde kaymakam illerde ise valiler tarafından verebileceklerine ilişkindir⁵⁰.

Bununla birlikte diğer bir görüş ise, gerek UHK m. 69 gerek m. 72 ve gerekse de m.64'ün atıfta bulunduğu, m.57'de yer alan hastalıklar için **cebri olmayan tecrit** tedbiri bakımından sağlık memurlarının yetkili olduğudur. Bununla birlikte UHK m. 73'te yer alan bulaşıcı hastalıklar

⁴⁸ GERÇEKER, s. 1838, BAYZİT, s. 4.

⁴⁹ KAHRAMAN, s. 749, ÖNOK, s.168-169.

⁵⁰ KANGAL, s. 439.

için **ceبری tecrit** niteliğinde bir tedbir kararı ancak Sağlık Bakanlığı tarafından alınabilecektir⁵¹.

Bir diğer görüşe göre ise UHK m. 69'da yer alan sıhhat memurlarının karantina kararı almasında yetkili olmadığı, karantinaya ilişkin karar alınmasında UHK m. 23 ve m. 27 uyarınca Umumi Hıfzısıhha Meclisi olduğudur⁵².

Bununla birlikte bir diğer görüş ise UHK m.64 uyarınca ve bu maddenin “57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık...” ibaresinden yola çıkarak UHK'nin 57 ila 96 maddeleri arasında sayılan tedbirlerin Sağlık Bakanlığı tarafından karar verilmesi şartıyla UHK'de sayılmamış olan salgın hastalıklar bakımından da uygulanabileceğidir⁵³.

Uygulamada da örneğin Şanlıurfa İl Hıfzısıhha Kurulu tarafından UHK m. 23, m.27 ve m. 72 uyarınca İl Hıfzısıhha Kurulu kararlarıyla karantina tedbirlerinin uygulanmasına veya karantina tedbirlerinin kaldırıldığına karar verildiği görülmektedir. Örneğin, Şanlıurfa İl Hıfzısıhha Kurulu tarafından 25.05.2020 tarih 2020 Yılı 64 No.lu Kararı ile ayrı ayrı adreslerde bulunan binalarda birer kişinin Koronavirüs hastalığına yakalanmaları üzerine bu binaların karantina altına alınması veya daha önce alınmış karantina tedbirlerinin kaldırılmasına ilişkin kararlar bulunmaktadır⁵⁴.

Ayrıca İçişleri Bakanlığının Koronavirüsle Mücadele kapsamında 07.08.2020 tarihli duyurusunda “... il ve ilçelerde mülki idare amirleri başkanlığındaki umumi hıfzısıhha kurullarınca yerleşim yerlerine ilişkin karantina kararları alınmakta...” olduğuna yer verilmiştir⁵⁵.

⁵¹ TURHAN, s. 210.

⁵² HAKERİ/SÖĞÜT, s. 80-81.

⁵³ BULUT, Karabağ Bulut, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, (2020) 78(2), ss. 517-561, s. 555 (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihtm/issue/57316/812413> E.T.: 11.03.2021).

⁵⁴ <http://www.sanlıurfa.gov.tr/il-hifzissihha-kurulunun-2020-yili-64-nolu-karari> E.T.:10.03.2021.

⁵⁵ <https://www.icisleri.gov.tr/koronavirusle-mucadele> E.T.: 10.03.2021.

Bununla birlikte, UHK m. 2 uyarınca “*Umumi sıhhat ve içtimai muavenet hizmetlerine ait Devlet Vazaiî Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti tarafından ifa ve hususi idarelerle belediyelere ve sair mahalli idarelere bırakılan hizmetlerin sureti icrası murakabe olunur. Milli Müdafaa teşkilatına ait sıhhi işler müstesna olmak üzere bütün sıhhat ve içtimai muavenet işlerinin mercii ve murakıbu bu Vekalettir.*” şeklindeki düzenlemeden de görüleceği üzere UHK çerçevesinde yapılan tüm işlemlerin tamamı Sağlık Bakanlığının kontrolü, denetimi ve onun yetkilendirilmesiyle yapılmaktadır. Bu durumda karantina kararı İl Hıfzısıhha Kurulu tarafından alınmış olsa da nihai ve asıl yetkili makamın Sağlık Bakanlığı olduğu söylenebilir⁵⁶.

Bununla birlikte UHK m. 57, m.64, m. 66, m. 67, m.69, m. 72 vd. maddelerinde yer alan hükümler bakımından TCK m. 195’te yer alan hüküm uygulanabilecek midir?

UHK’de suçun konusunu oluşturan tedbirler, her ne kadar kanunlarda öngörülmüşse de yetkili makamlar tarafından somut olayda hastalığın yapısı, türü, yaygınlığı gibi faktörler dikkate alınarak karara bağlandığından; kanunilik ilkesiyle, özellikle de kanunilik ilkesinin alt ilkeleri olan belirlilik ve açıklık alt ilkeleriyle bağdaştığını söylemek mümkün değildir. Çünkü UHK’de belirtilen suçların konusu yürütme organı tarafından genel düzenleyici, hatta bireysel idari işlemlerle belirlenebilmektedir. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde, TCK m. 195 tamamen yürürlükten kaldırılarak maddede belirtilen suçun özel kanunlarda kabahat olarak tanımlanması gerekir⁵⁷.

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, TCK m. 195’te yer alan bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu açısından bulaşıcı hastalıkların UHK m. 23 ve m. 27 uyarınca, her ilde toplanan umumi hıfzısıhha meclisi ciddi nitelikte salgın hastalık hakkında bilgi toplamak, hastalıktan korunmanın çareleri ve sağlıklı bir yaşamın faydaları hakkında halkı bilgilendirmekle ve aynı zamanda salgın hastalıkların

⁵⁶ GÜNDÜZ, s.100, TURHAN, s. 210.

⁵⁷ KANGAL, s. 440.

giderilmesi için alınan tedbirlerin yerine getirilmesi bakımından da yükümlü tutulmuşlardır⁵⁸.

UHK'nin çeşitli maddelerinde salgın hastalıklarla mücadeleye ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere bu düzenlemelerden biri de “*memleket dahilinde sari ve salgın hastalıklarla mücadele*” başlıklı UHK m. 57'dir. Bu maddede birtakım bulaşıcı ve salgın hastalıkla mücadeleye ilişkin birtakım hastalıklar sayılmıştır. UHK m. 64 uyarınca da “*57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşir ve ilana ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkur tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika **Sihhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyyettardır.***” şeklindeki düzenleme ile gerek m. 57'de gerekse başka herhangi bir hastalıkla ilgili tedbirler Sağlık Bakanlığı tarafından alınacaktır.

Yargıtay 19. CD 2020/4354 E., 2020/14250 K. sayılı ve 09.11.2020 tarihli kararında; “... 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde; ülke genelinde görüldüğünde ihbar edilmesi zorunlu salgın ve bulaşıcı hastalıkların tek tek sayılmak suretiyle (numerus clausus) açıkça yazıldığı, madde metninde “gibi, ve benzeri” şeklinde ifadelere yer verilmediği görülmektedir. Ancak aynı Kanun'un 64. maddesinde, 57. maddede sayılanlar dışında (başkaca) bir salgın veya bulaşıcı hastalık başgöstermesi halinde, bu hastalığın da salgın ve bulaşıcı bir hastalık olarak ilan edilmesi ve bu hastalığa karşı, yine aynı Kanun'da açıkça yazılı tedbirlerin alınması hususunda Sağlık Bakanlığının yetkili olduğu belirtilmektedir...”⁵⁹ şeklindeki gerekçesiyle bulaşıcı hastalıklar nedeniyle tedbirlerin alınmasında Sağlık Bakanlığının yetkili olduğu ortaya konulmuştur.

f. Hareket

TCK m. 195'te yer alan suçun maddi unsurunu oluşturan hareket,

⁵⁸ BULUT, s. 553.

⁵⁹ <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/E.T.:21.03.2021>

tedbirlere uymamaktır. Failin tedbirlere ne şekilde uymaması gerektiği madde metninde belirtilmemiştir. Dolayısıyla bu tedbirlere uymamanın nasıl olması gerektiğinin bir önemi bulunmamaktadır⁶⁰. Tedbirlere uymama hali icrai bir hareketle olabileceği gibi ihmali bir hareketle de olabilir⁶¹. Bir diğer deyişle, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu serbest hareketli bir suçtur⁶².

Dolayısıyla TCK m. 195'te yer alan suçun hareket unsurunun oluşabilmesi için bulaşıcı bir hastalığın fenni olarak ve tıbben tespit edilmesi, bu bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş bir kişi bulunması, bu kişinin bulunduğu yerin yetkili makamlar tarafından karantina uygulanmasına başlanması ve karantina altına alınan bu yere ilişkin alınan tedbirlere fail tarafından uyulmaması gerekmektedir⁶³. Bununla birlikte öğretide, bu suçun icrai hareketle işlenmesi söz konusu olabileceği gibi, ihmali hareketle de işlenebileceği ortaya konulmuştur⁶⁴. Bu durum, suçun soyut tehlike suçu ve serbest hareketli bir suç olmasının sonucudur⁶⁵.

Karantina alınan yerde olmak üzere, karantina uygulanmasını ve alınan diğer tedbirleri protesto etmek amacıyla gösteri düzenlemek ve düşünce açıklamak TCK m. 195 'teki suçu oluşturur mu? Any. m. 34 ve m. 26 uyarınca Anayasal birer hak olan bu davranışlar, silahsız ve silahsız olarak kullanıldığı takdirde herhangi bir suçun konusunu oluşturmayacağı açıktır.

Bununla birlikte yetkili makam tarafından alınmış karantina kararının veya tedbirlerinin fail tarafından bilinir veya bilinebilir olması ge-

⁶⁰ GERÇEKER, s. 1838.

⁶¹ HAKERİ/SÖĞÜT, s. 81.

⁶² BAYZİT, s. 5.

⁶³ TANERİ, s. 145, GERÇEKER, s. 1837.

⁶⁴ HAKERİ/SÖĞÜT, s. 81, ÖNOK, s.171.

⁶⁵ KANGAL, s. 442, ERDEM, Mustafa Ruhan, "COVID-19'la Bağlantılı Ceza Hukuku Sorunları" Yaşar Hukuk Dergisi, C.2, Özel Sayı 2020, s. 2 (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/yhd/issue/57555/817115> E.T.: 09.03.2021).

rekmetedir. Yetkili makam tarafından alınmış ancak duyurulmamış bir karantina kararına veya tedbire uyulmaması, fail açısından suç oluşmayacaktır.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu, failin tedbirlere aykırı davrandığı anda tamamlanır; failin eylemi devam ettiği sürece, başka bir deyişle failin tedbirlere aykırı davranış sonuçlanıncaya kadar suç işlenmeye devam edilir. Bu kapsamda inceleme konumuz olan suçun kesintisiz (mütemadi) bir suç olduğunu söyleyebiliriz⁶⁶.

Bununla birlikte tedbirlere aykırı davranan failin taşıdığı bulaşıcı hastalığı bir başkasına bulaştırmasının TCK m.195'te yer alan suçun oluşmasına herhangi bir etkisi bulunmadığını ifade edebiliriz. Burada hastalık fail tarafından başkasına bulaştırılmış ise, “tüketen-tüketilen norm” ilişkisi içerisinde TCK m. 195'te yer alan suç, yaralama veya öldürme suçlarının gerisine çekilir⁶⁷. Örneğin hakkında tedbir kararı verilen kişi kendisinde bulunan bulaşıcı hastalığın yaralayıcılığını veya öldürücülüğünü bildiği halde insanlarla temasa geçiyorsa, burada genel güvenliği tehlikeye sokan TCK m. 195'te yer alan tedbirlere aykırı davranma suçu açısından değil; mağdurun yaşam veya beden bütünlüğünü zarara uğratacağından, yaralama veya öldürme suçu çerçevesinde değerlendirilecektir.

TCK m. 195'te yer alan suçun oluşması için alınan tedbirlere uymama yeterlidir. Ayrıca tedbiri alanlara karşı cebir, şiddet veya tehdit kullanılmasına gerek yoktur. Bu tip hareketlerde bulunulması halinde, sağlık görevlisine veya kolluk güçlerine karşı hakaret, yaralama, görevi yaptırmamak için direnme gibi suçlar oluşabilir⁶⁸.

Bununla birlikte TCK m.195'te yer alan suçun hareketinin, tedbirleri alan ve uygulayan sağlık veya kolluk görevlilerinin önünde gerçek-

⁶⁶ GÜNDÜZ, s.100.

⁶⁷ ERDEM, s. 2.

⁶⁸ GERÇEKER, s. 1838, BAYZİT, s. 6, TANERİ, s. 143, HAKERİ/SÖĞÜT, s. 81, MALKOÇ, s. 3233.

leştirilmesi de aranmamaktadır⁶⁹.

Suçun oluşması için bulaşıcı hastalıklara yakalanmış veya bulaşıcı hastalıktan ölen kimse olması gerekir. Bu kimsenin olduğu yer de karantina altına alınabilir. Dolayısıyla karantina altına alınacak yerin herhangi bir niteliği bulunmamaktadır. Bir diğer deyişle, bulaşıcı hastalığa yakalanmış veya bulaşıcı hastalıktan ölmüş kişinin bulunduğu her yer, karantina bölgesi olabilir⁷⁰.

Failin karantina bölgesinin sınırlarını yanlış şekilde değerlendirmesi suçun maddi koşullarında hata hükmünü düzenleyen TCK m.30/1 çerçevesinde failin kastının olup olmadığının değerlendirilmesini gerektirebilecektir⁷¹. Bir diğer deyişle, eylemin maddi unsurlarında yanlışlık, TCK m.30/1 çerçevesinde kastı ortadan kaldıracaktır⁷².

Bununla birlikte bulaşıcı hastalıklar nedeniyle yetkili makamlar tarafından alınan sokağa çıkma kısıtlamalarına uyulmayarak, kişilerin bulunduğu yerden ayrılması ya da sosyal mesafe kuralları çerçevesinde kişilerin birbirleriyle temas kurmalarının engellenmesine uyulmaması, yukarıda açıklanmaya çalışılan unsurlar çerçevesinde karantina uygulaması sayılmadığı için TCK m. 195'te yer alan suç oluşmayacaktır⁷³.

Ancak konuya ilişkin olarak İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17. Ceza Dairesinin 2020/2567 E. -2021/94 K. sayılı ve 25.01.2021 tarihli kararı şöyledir: “ ... sanık hakkında; 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 69. Ve 72. Maddeleri kapsamında, sağlık otoritelerince hastaneye yatışının gerekmediğine ve evde izlemine karar verilerek, hastalığın seyrinin takibi, genel durumunda bozulma olması halinde erken müdahale edilebilmesi, hastalık görülmesi halinde yayılmasının engellenmesi amacıyla 14 gün süre ile izolasyon/karantina altına alınmasına karar verildiği, uyulması gereken kuralların tebliğ edildiği, kurallara uyulmaması halinde hakkında TCK m.

⁶⁹ KANGAL, s. 442.

⁷⁰ TANERİ, s. 141.

⁷¹ KANGAL, s. 443.

⁷² ÖNOK, s.174.

⁷³ ÖZGENÇ, s. 20.

195/1. Maddesi gereğince işlem yapılacağına dair bilgilendirmenin yazılı olarak yapıldığı anlaşılan sanığın 05.04.2020 tarihinde izolasyon/karantina altında bulunduğu ikametinden ayrılarak karantina kurallarına uymadığı nedeniyle... sanığın istinaf başvurusu reddedilmiştir... ”⁷⁴ İstinaf Mahkemesi, kararını oluştururken TCK m. 195’te yer alan karantina kararının yetkili makam tarafından “kişi” hakkında değil de ancak bulaşıcı hastalığa yakalanan veya bulaşıcı hastalıktan ölen kişinin bulunduğu “yer” ile ilgili verileceğini dikkate almadan; sanığın bulaşıcı hastalığı nedeniyle gönderildiği kendi konutunu, on dört günlük süre sona ermeden terk etmesi sebebiyle cezalandırmasına yönelik ilk derece mahkemesinin kararını yerinde bulan İstinaf Mahkemesi kararının hatalı olduğu kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, sanığın kalması gereken ev karantina altına alınmışsa⁷⁵, bu durumda gerek ilk derece mahkemesi kararının gerekse istinaf mahkemesi kararının yerinde olacağını da ifade etmek yerinde olacaktır. Bu noktada, pandemi sürecinde hastalığa yakalandığı veya temaslı olduğu gerekçesiyle riskli sayılmanın ve karantina altına alınmamış evden çıkamamanın, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa’da yer alan sebeplere bağlı olarak ancak kanunla sınırlanabilmesi nedeniyle, kişiye hukuki bir yükümlülük getirmediği inancındayız.

g. UHK m. 284 Yönünden TCK m. 195’in Uygulanması

UHK m.284’te uyarınca, “66 ve 67. maddelerde zikredildiği üzere sarı hastalıklar hakkında tetkikatta bulunmağa salahiyyettar memurlara muhalefet eden kimseler Türk Ceza Kanunu’nun 195 inci maddesi mucibince cezalandırılır.” şeklinde düzenleme yer almaktadır.

UHK’nin 284. maddesi, aynı kanunun 66 ve 67 maddelerinde yer alan eylemleri gerçekleştirenleri cezalandırılacağı belirtmekle birlikte, m. 66’nın, aynı kanunun 67. maddesine atıf yapması ve m.67’nin ise yine aynı kanunun 57. maddesine atıfta bulunması nedeniyle UHK m. 284

⁷⁴ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17. Ceza Dairesinin 2020/2567 E. -2021/94 K. sayılı ve 25.01.2021 tarihli yayımlanmamış kararı.

⁷⁵ KAHRAMAN, s.751.

çerçevesinde TCK'nin 195.maddesinin uygulanıp uygulanmaması hususu; bu dört maddenin birlikte değerlendirilmesini elzem kılmaktadır.

UHK m. 67 uyarınca UHK m. 57'de yer alan salgın hastalıklar hakkında araştırma ve inceleme yapan doktorun, araştırmaları bakımından gerekli olması halinde, hastayı ve hasta ile birlikte yaşayanları muayene etmeye, hastalığın belirtileri ile seyrine dair açıklama ve bilgi talep etmeye yetkili kılınmıştır⁷⁶.

UHK m. 67'de, bu kanunun m. 57'de ifade edilen salgın hastalıklara müdahale sırasında görevli doktorun bu yetkilerine karşı koyanların UHK m. 284'ün atfıyla TCK m. 195 uyarınca cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Bununla birlikte UHK m.72/b-1 uyarınca ise hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı yaydığı bilimsel raporlarla tespit edilenlerin bilimsel olarak gereken müddet boyunca ve sağlık görevlileri tarafından evlerinde ya da tıbbi veya bilimsel şartları haiz yerlerde tecrit ve müşahede altında bulundurulabilecekleri düzenlenmiştir. UHK m.72/b-2'de ise hastalara veya hastalığa maruz kalanlara serum ve aşı uygulaması yapılabileceği düzenlenmiştir. Nitekim yedinci bentte ise bulaşıcı ve salgın hastalıkların baş gösterdiği kamuya açık yerlerin tehlike sona erinceye kadar tahliye edilmesi ve bu yerlere girişin engellenmesi mümkün kılınmıştır⁷⁷.

Açık alanda maske takmama, failinin eyleminin UHK'de yer alan 57, 64, 72, 282 maddeleri ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin Yargıtay 19. CD 2020/4354 E., 2020/14250 K. sayılı ve 09.11.2020 tarihli kararının; "... Ülkemizde toplum sağlığının korunması ile bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadele amacıyla hazırlanan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 06.05.1930 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1593 sayılı Kanun, tüm kamu kurum ve kuruluşlarıyla, gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken kuralları, alınacak tedbir-

⁷⁶ BULUT, s. 554.

⁷⁷ BULUT, s. 554.

leri düzenleyen temel bir kanun olmakla birlikte gerek ülke genelinde gerekse yerelde yetkili makamlarca alınacak tedbirlerin tüm muhataplar tarafından uygulanmasında mer'idir.

Genel bir salgın tehlikesi gösteren COVID-19 hastalığı konusunda alınacak tedbirlerin ve bu meyanda tedbirlere uyulmaması halinde uygulanacak cezai yaptırımların neler olduğunu açıklamak için öncelikle özel norm (lex specialis) mahiyetinde hükümler içeren 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na bakılması gerekmektedir. 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde; ülke genelinde görüldüğünde ihbar edilmesi zorunlu salgın ve bulaşıcı hastalıkların tek tek sayılmak suretiyle (numerus clausus) açıkça yazıldığı, madde metninde "gibi, ve benzeri" şeklinde ifadeler yer verildiği görülmektedir. Ancak aynı Kanun'un 64. maddesinde, 57. maddede sayılanlar dışında (başkaca) bir salgın veya bulaşıcı hastalık baş göstermesi halinde, bu hastalığın da salgın ve bulaşıcı bir hastalık olarak ilan edilmesi ve bu hastalığa karşı, yine aynı Kanun'da açıkça yazılı tedbirlerin alınması hususunda Sağlık Bakanlığının yetkili olduğu belirtilmektedir.

1593 sayılı Kanun'un 72. maddesinde, salgın ve bulaşıcı hastalıklardan birinin görülmesi veya şüphelenilmesi halinde uygulanabilecek tedbirler, yine sınırlı sayıda sayılmak suretiyle (numerus clausus) düzenlenmiştir...⁷⁸ şeklindeki gerekçesinden de anlaşılacağı üzere UHK m. 57'de belirtilen salgın ve bulaşıcı hastalık nedeniyle alınacak tedbirlerin, sınırlı şekilde sayıldığı ifade edilmiştir.

UHK m. 284'te ve aynı yasanın bağlantılı 57, 66, 67. ve m.72 maddelerinde karantinaya ilişkin bir düzenleme bulunmaması ve ayrıca bu maddelerde TCK m. 195'te yer alan suçun hareket unsurunu içeren bir düzenlemenin olmaması nedeniyle; UHK m. 284'ün, TCK m. 195'e atfının sadece sonuç ceza kısmı için olduğunun kabul edilmesinin yerinde olacağını söyleyebiliriz⁷⁹.

⁷⁸ <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/E.T.:21.03.2021>

⁷⁹ TANERİ, s. 146.

C. Manevi Unsur

TCK m. 195'te yer alan suç, ancak kasten işlenebilen suçlardandır. Madde metninde taksirle işlenebileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁸⁰. Suçun işlenmesinde failin saikinin veya amacının ne olduğunun da bir önemi bulunmamaktadır⁸¹. Suçun işlenmesi için genel kast yeterlidir. Özel kast aranmaz⁸².

Bununla birlikte öğretilde, ülkeye giriş yapan kişilerin, karantina uygulaması yapılan belli yerlerde belli süre bekletilmeleri zorunluluğu bulunmasına rağmen belirlenmiş yerlere gitmemeleri hali ise ihmali hareketle bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuna örnek olarak gösterilmektedir⁸³.

TCK m. 195'te yer alan suç açısından, karantina uygulaması ve bu tedbire bağlı diğer önlemlerin uygulanmasında toplumun bilgilendirilmiş, aydınlatılmış olması suçun manevi unsuru açısından oldukça önem arz etmektedir⁸⁴. Uygulanacak tedbirlerin mülki amirlikler tarafından yazılı ve görsel basın ile diğer tüm teknolojik olanaklar kullanılarak tedbirin uygulanacağı yerde duyurulması ya da bilgi ve uyarı afişleri asılarak veya levhaları konularak⁸⁵ yöre halkının bilgilendirilmesinin sağlanabilmesi halinde alınan tedbirlere aykırı davranan kişiler, bilerek ve isteyerek kasten hareket etmiş olacakları için fail açısından bu suç oluşabilecektir⁸⁶.

Konuya ilişkin olarak Van Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesinin 2020/2377 E. -2021/404 K. sayılı ve 16.02.2021 tarihli kararında tedbirin uygulanmaya başlayacağı zamanın muhatabına bildirilmesi hususu tartışılmıştır.

⁸⁰ ÖNOK, s.173, TANERİ, s. 147, BAYZİT, s. 7.

⁸¹ KANGAL, s. 443.

⁸² GERÇEKER, s. 1838.

⁸³ KAHRAMAN, s. 752.

⁸⁴ ÖZGENÇ, s.20.

⁸⁵ BAYZİT, s. 7.

⁸⁶ GÜNDÜZ, s.105.

Kararda yer alan “ ... Ancak fail hakkında uygulanacak ve uygun davranmaması halinde suç teşkil edecek tedbirin niteliği ve sonuçlarının faille önceden bildirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Uygulamada bu bildirim; muhatabına onay kodunun gönderildiği SMS onam formunu içeren bir internet adresine dair link eklemek suretiyle yapılmaktadır. Oysa muhatabın telefonuna gönderilen SMS onam koduna dair link eklenmesi muhatabın bu linke erişip tedbirin içeriğinden haberdar olduğunu kabul etmeye elverişli ve yeterli değildir. Dolayısıyla her somut olayda failin uygulanan tedbirin niteliği ve sonuçlarından haberdar olup olmadığının araştırılması gerekmektedir... ”⁸⁷ şeklindeki gerekçeyle faildeki manevi unsurun (bilme ve istemenin) suçun oluşumundaki önemi ortaya konulmuştur.

Bununla birlikte tedbirlere aykırı davranmasının sonuçları hakkında faille usulüne uygun olarak ve onun anlayabileceği bir şekilde yapılmış bilgi ve uyarıya rağmen, failin “bilmiyordum” şeklindeki savunmasının TCK m. 4’de yer alan ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz düzenlemesi karşısında korunmayacağı ancak ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan hallerin varlığı halinde değerlendirilebileceği düşünülebilir.

Karantina uygulamalarının yapılacağı yerlerde bulunan kişilerin bilgisine sunulmayan önlemlere fail tarafından uyulmaması halinde, failin kastından söz edilemeyeceğini ifade edebiliriz⁸⁸.

D. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, hukukça korunmuş hak ve yarara saldırdır. Suç tipini ihlal eden hareketin sadece ceza hukukuyla değil tüm hukuk düzeni ile çelişki halinde bulunması demektir. Ancak hukuka aykırılık karşılığında uygulanan yaptırımın daha ağır sonuçlarının olması nedeniyle, ceza hukuku diğer hukuk dallarından ayrılmaktadır⁸⁹.

⁸⁷ Van Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesinin 2020/2377 E. – 2021/404 K. sayılı ve 16.02.2021 tarihli yayımlanmamış kararı.

⁸⁸ KANGAL, s. 443.

⁸⁹ DEMİRBAŞ, s.262-263.

TCK m. 195 kapsamında bulaşıcı hastalıklara ilişkin alınan karantina ve diğer tedbirlere aykırı davranma suçunun oluşması, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır⁹⁰. Bir diğer deyişle failin eylemi, kanunda belirtilen tipe uygun ise hukuka aykırılık varsayılır⁹¹.

Bununla birlikte eylem, TCK m. 24/1’de yer alan kanun hükmünün yerine getirilmesi suretiyle hukuka uygun olabilir. Görevlerinin gereğini yerine getirmek üzere karantina bölgesine giren veya bu yerden ayrılan kamu görevlilerinin veya kamusal hizmet (temizlik görevlileri, fırın vb. yerlerde çalışanlar) gören kişilerin eylemleri, görevin ifası kapsamında hukuka uygun olarak kabul edilmelidir⁹².

Bununla birlikte bir kamu görevlisinin, görevi olmadan karantina bölgesine girmek istemesi veya alınan tedbirlere aykırı hareket etmesi, görevli olmayan kamu görevlileri açısından da TCK m. 195’te yer alan suçun oluşacağını ifade edebiliriz⁹³.

Hukuka uygunluk sebepleri çerçevesinde meşru savunma; bulaşıcı hastalıklara karşı yetkili makamlar tarafından mevzuata uygun olarak alınan karantina uygulamaları ve önlemlerinden kaynaklanabilecek haksız bir saldırı olasılığı bulunmadığından TCK m. 195’te yer alan suç açısından meşru savunmanın, hukuka uygunluk nedeni olarak uygulama alanı bulmayacağı, öğretide ifade edilmiştir⁹⁴.

Bununla birlikte yetkili makamlar tarafından alınan ve uygulanan tedbirlerle görev sınırları aşılmışsa veya görevlerinin kapsamında olmayan bir tedbirin uygulanması söz konusu ise ya da görevlilerin keyfi davranışlarda bulunmaları halinde, bu davranışların haksız davranış olarak değerlendirilebileceği ve bu hallerde tedbirlere uyulmamasının meşru savunma kapsamında olabileceği değerlendirilmiştir⁹⁵.

⁹⁰ BAYZİT, s. 6.

⁹¹ GÜNDÜZ, s.106.

⁹² KAHRAMAN, s. 753, ÖNOK, s.174, TURHAN, s. 211, ACAR, S.209.

⁹³ GÜNDÜZ, s.108.

⁹⁴ GÜNDÜZ, s.107, KAHRAMAN, s. 753, ÖNOK, s.174, KANGAL, s. 445.

⁹⁵ KANGAL, s. 445.

Ancak öğretideki bir diğer görüşle ise yukarıda belirtilen durumların varlığı halinde hukuka uygunluk sebebi olan meşru savunma nedene başvurulmadan failin eyleminin TCK m. 195'te yer alan suçu oluşturmayacağıın kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁹⁶.

Bir diğer hukuka uygunluk sebebi olan TCK m. 25/2'de yer alan zorunluluk hali açısından öğretide, failin aile içi şiddete maruz kaldığı için ya da yiyecek içecek gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla veya yangın vb. nedenlerle karantina bölgesini terk etmesi suretiyle yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlere aykırı hareketin zorunluluk hali kapsamında, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir⁹⁷.

E. Suça Etki Eden Sebepler

TCK m. 195'te yer alan hükümde ağırlaştırıcı veya hafifletirici herhangi bir nedene yer verilmemekle birlikte, TCK m. 266 uyarınca kamu görevlisi görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri alınan tedbirlere aykırı biçimde kullanmışsa ya da kullanmamışsa kamu görevlisinin cezası artırılabacaktır⁹⁸.

F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Bir suçun icra hareketlerine elverişli koşullarda başlanmakla birlikte failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanmayan suçlara, teşebbüs halinde kalmış suçlar denir⁹⁹.

Hareket suçlarında hareket tamamlandığında suç da tamamlanmış olur. Ancak hareket kısımlara bölünebildiği takdirde, teşebbüs de mümkün olur.

⁹⁶ ÖNOK, s.175.

⁹⁷ TURHAN, s. 211, KANGAL, s. 445.

⁹⁸ ÖNOK, s.177, KANGAL, s. 446, BAYZİT, s. 6.

⁹⁹ DEMİRBAŞ, s. 448, ÖZBEK/DOĞAN/ BACAKSIZ/TEPE, s.448.

Bu suça teşebbüs mümkündür¹⁰⁰. TCK m. 195'te yer alan suç bir hareket suçudur. Hareketten bağımsız bir netice aranmaz. Yetkili makam tarafından karantina uygulaması yapılan bölgede alınan tedbirlere uymama halinde suç gerçekleşmiş olur. Bununla birlikte hareketin bölünebileceği hallerde suça teşebbüs de mümkün olabilecektir. Örneğin karantina bölgesini terk etmek isteyen kişinin sağlık memurları tarafından engellenmesi ya da alınan tedbire aykırı hareketi tamamlanmadan failin kolluk güçleri tarafından yakalanması¹⁰¹ halinde suç, teşebbüs aşamasında kalacaktır¹⁰².

Bununla birlikte öğretide *Taneri*; TCK m. 195'te yer alan suç, tehlike niteliğinde olduğundan; teşebbüse elverişli olmadığını ifade etmiştir¹⁰³. Ancak biz de çoğunluğun görüşüne katılarak, bu suçun soyut tehlike suçu olması ve suçun icrai hareketlerinin kısımlara ayrılmaya uygun olması nedeniyle teşebbüsün mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Öğretide, fail TCK m. 195'te yer alan suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse TCK m. 36 uyarınca teşebbüsten cezalandırılmayacağı ancak tedbire aykırı davranışı sırasında başkaca suçlar meydana gelmişse o suçlardan dolayı sorumlu olabileceği vurgulanmaktadır¹⁰⁴.

Önok; UHK m. 284'ün atfıyla TCK m. 195'in uygulandığı hallerde de teşebbüsün mümkün olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁵.

2. İştirak

Suç tipleri kural olarak, bir kişi tarafından ihlal edileceği göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmiştir. Ancak bazen failin eylemi

¹⁰⁰ GERÇEKER, s. 1838.

¹⁰¹ GÜNDÜZ, s.109.

¹⁰² KANGAL, s. 443, KAHRAMAN, s. 756.

¹⁰³ TANERİ, s. 150.

¹⁰⁴ KANGAL, s. 442, KAHRAMAN, s. 756.

¹⁰⁵ ÖNOK, s.177.

sırasında, failin hareketine, kendi bağımsız hareketiyle katılan kişiler de olabilir. Bu durumu suçta iştirak olarak ifade edebiliriz¹⁰⁶.

TCK m. 195'te yer alan suçta, fail veya şerik olarak iştirak mümkündür¹⁰⁷. Öğretide; bu suç tipi iştirak açısından herhangi bir özellik göstermediği ve madde içerisinde de özel bir düzenlemeye yer verilmemesi sebebiyle, iştirakin her çeşidinin mümkün olduğu belirtilmiştir¹⁰⁸.

Bu suçta iştirak iradesiyle katılan her kişi, müşterek fail olarak davranışlarından sorumlu olacaktır¹⁰⁹. Örneğin failin kaçması için kapıda duran kamu görevlisini oyalayan, onun dikkatini başka yere çeken kimse, yardım eden olarak hareketinden sorumlu olabilecektir.

Bununla birlikte failde, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma konusunda suç işleme iradesi yokken, suç işleme kararını verdimen üzere faile yardım etme de suçta azmettiren kişi yönünden işlenen suçun cezasıyla sorumlu olabilecektir¹¹⁰.

3. İçtima

Kanun koyucu, korumak istediği her hukuki yarar için TCK'de ayrı bir suç tipi düzenlemiştir. Dolayısıyla fail tarafından TCK'ye uygun gerçekleştirilen her eylem, ayrı bir suç oluşturur. Bazen fail tarafından yapılan bir eylem birden çok kanun hükmünü veya birden fazla eylem aynı kanun hükmünü ihlal etmiş olabilir. Bu durumda suçların içtması söz konusu olabilir¹¹¹.

TCK m. 195'te yer alan suçta, özel bir içtima düzenlemesi yer almamaktadır. Dolayısıyla fail hakkında suçların içtımını düzenleyen genel hükümler uygulanacaktır.

¹⁰⁶ ÖZBEK/DOĞAN/ BACAĞIZ/TEPE, s. 513.

¹⁰⁷ TANERİ, s. 150, GERÇEKER, s. 1838.

¹⁰⁸ ÖNOK, s.177, KAHRAMAN, s. 757, KANGAL, s. 449.

¹⁰⁹ KANGAL, s. 449, BAYZİT, s. 9.

¹¹⁰ GÜNDÜZ, s.110.

¹¹¹ DEMİRBAŞ, s. 524.

Yetkili makam tarafından verilen karar ile bulaşıcı hastalığa yakalanmış veya bulaşıcı hastalıktan ölmüş kimsenin bulunduğu yerde karantina uygulamasına ve alınan diğer tedbirlere aykırı davranma suçu, failin aynı suç işleme kararlığıyla suçu değişik zamanlarda birden fazla gerçekleştirmesi durumunda, TCK m. 43 uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir¹¹².

Bununla birlikte karantina çerçevesinde birden fazla önlem alınmış olabilir. Failin icrai hareketleri birden çok tedbiri ihlal edebilir. Örneğin; karantina bölgesinden ayrılması, aynı zamanda karantinaya ilişkin bir ilanın yerinden sökülmesi veya karantina altında olan diğer kişilerle sosyal mesafe kurallarını gözetmeden ilişkiye geçmesi, temas etmesi gibi birçok tedbirin ihlali ortaya çıkabilir. Failin her hareketi farklı bir suç olarak düşünülebilse de burada failin kastının yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlere aykırı davranmak olması nedeniyle TCK m. 195 uyarınca tek suç olarak değerlendirilmesi gerektiği inancındayız¹¹³. Dolayısıyla failin birden fazla hareketinin ortak amacının, alınan bu tedbirlere aykırı hareket edeceğinden zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

TCK'nın 195. maddesi içerisinde cezanın ağırlaştırılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte yargılamayı yürüten mahkeme tarafından TCK m. 61 uyarınca suça karşılık gelen ceza belirlenirken, yukarıda yer verdiğimiz failin hareketlerinin yoğunluğu suçun işleniş biçimi açısından dikkate alınarak cezanın alt sınırı aşılma suretiyle bir ceza verilmesi söz konusu olabileceği kanaatindeyiz.

Ancak fail eylemiyle, TCK m. 195'te yer alan suçla birlikte başka suçların oluşmasına da neden oluyorsa örneğin fail karantina bölgesinden çıkmak için kapalı kapıya zarar vermişse ya da kilidi kırmışsa bu durumda aynı zamanda mala zarar verme suçu (TCK m. 152/1) da ger-

¹¹² GÜNDÜZ, s.111, KANGAL, s. 446.

¹¹³ KANGAL, s. 446.

çekleşmiş olacağından, gerçek içtima söz konusu olabilecektir¹¹⁴. Yine fail karantina bölgesinden ayrılmak için kamu görevlisine (kolluk gücü, doktor, sağlık memuru veya diğer şekilde görevlendiren kişi) direnmiş (TCK m. 265), hakarete bulunmuş (TCK m. 125/3), tehdit etmiş veya yaralamışsa failin cezai sorumluluğu eyleminin türüne göre ortaya çıkacaktır. Bu durumda fail hakkında hem TCK m. 195'te yer alan ceza yaptırımını hem de (direnme fiilinin gerçekleşmesi halinde) diğer fiillerde yer alan ceza yaptırımları ayrı ayrı uygulanacaktır. Yani ceza belirlenirken gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasının gerekeceği inancındayız¹¹⁵.

Bununla birlikte sayılanların dışında, karantina bölgesinde failin bir kimseyle kavga etmesi ve mağdura vurmak suretiyle kasten yaralama suçunu işlemesi, ancak yaralamaya yönelik "temas ve yakınlaşma" içeren hareketin aynı zamanda tedbirlere aykırılık oluşturması halinde, gerçek içtima kuralı gereğince her bir eylem için failin ceza sorumluluğu soruşturma ve kovuşturma konusu olabilecektir.

Önok; TCK m. 195 uyarınca alınan tedbirlere fail tarafından uyulmama hali cebir ve tehdit kullanmak suretiyle kamu görevlisine karşı direnilme şeklinde gerçekleşmişse, bu durumda artık TCK m. 265'te yer alan hükmün uygulanacağını ve ancak fikri içtima hükümlerinin başvurulması gerekeceğini ifade etmiştir¹¹⁶.

Bununla birlikte karantina uygulamasına ve tedbirlere aykırı olarak bulaşıcı hastalığı taşıyan failin, karantina bölgesinden ayrılarak taşıdığı hastalığı bir başkasına bulaştırması halinde ise suçun türüne ve failin kastına göre yaralama veya öldürme suçlardan da fail sorumlu olacak ve TCK m. 195'te yer alan suçun yaptırımı ile birlikte gerçek içtima hükümleri uygulanabilecektir¹¹⁷. Yine *Hakeri* tarafından; failin tedbirlere uymaksızın bulaşıcı hastalığı örneğin, Koronavirüsü başkalarına bulaştırması halinde nedensellik bağının kanıtlanmasındaki güçlüklerle birlikte

¹¹⁴ KAHRAMAN, s. 757.

¹¹⁵ GERÇEKER, s. 1838.

¹¹⁶ ÖNOK, s.178.

¹¹⁷ ÖZGENÇ, s.20.

fiil nedeniyle ortaya çıkan neticeye göre taksirli yaralamadan veya öldürme suçlarından sorumluluğunun olabileceği belirtilmiştir¹¹⁸.

Yine *Erdem de* benzer gerekçelerle enfekte olduğunu bilen failin başkasıyla teması sonucunda bu kişinin de enfekte olması sonucunda fail tarafından kişinin sağlığını bozmayı istediği veya istemese bile kişinin sağlığının bozulmasını göze aldığı veya gerekli dikkat ve özeni göstermediği nedeniyle öngörülebilir bir netice de ortaya çıkacağı için failinin sonucuna göre kasten veya olası kastla, bilinçli veya taksirle sorumluluğu ortaya çıkabileceğini ortaya koymuştur¹¹⁹.

G. Muhakeme

1. Soruşturma Aşaması

Ceza yargılamasında soruşturma, CMK m. 158 ve m.160 uyarınca ihbar, şikayet veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimi üzerine CMK m.164 veya m.165 uyarınca yer itibarıyla yetkili adli kolluk marifetiyle Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülür.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu açısından özel soruşturma ve/veya kovuşturma şartı öngörülmediğinden, suçun soruşturulması ve/veya kovuşturulması şikayet veya izne tabi değildir.

TCK m. 195'te yer alan suç şikayete tabi olmadığından, dava zamanasını süresine uymak kaydıyla bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması her zaman ve resen yürütülür. Suç ön ödemeye ve uzlaştırmaya tabi olmadığı gibi bu suç için seri yargılama usulü de uygulanmaz¹²⁰.

TCK m. 195'te yer alan suçla ilgili olarak, CMK m. 91/4-(a)-8 uyarınca suçüstü haliyle sınırlı olmak kaydıyla mülki amirlerce belirlenecek

¹¹⁸ HAKERİ/SÖĞÜT, s. 82.

¹¹⁹ ERDEM, s. 4-5.

¹²⁰ ÖNOK, s.180, TANERİ, s. 151.

kolluk amirleri tarafından fail hakkında 24 saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda ise 48 saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir¹²¹.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun yaptırımının üst sınırı bir yıla kadar hapis cezası olduğu için CMK m.171/2 uyarınca soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı bu suç için kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir¹²².

CMK m.100/4 uyarınca *“Sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.”* şeklindeki düzenleme ve TCK m. 195’te yer alan suça karşılık gelen yaptırımın üst sınırının bir yıl hapis cezası olduğu dikkate alındığında, bu suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma aşamasında tutuklama kararı verilemez¹²³.

Bununla birlikte CMK m. 109/2 uyarınca tutuklama yasağı öngörülen hallerde adli kontrole ilişkin hükümlerin uygulanabileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar TCK m. 195’te yer alan suç nedeniyle tutuklama kararı verilemeyecekse de adli kontrol hükümleri uygulanabilecektir. Bununla birlikte fail adli kontrol hükümlerini ihlal ederse CMK m. 112’de yer alan *“Adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilebilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir...”* şeklindeki hüküm uyarınca, tutuklanabilecektir¹²⁴.

İnfaz başlığı altında kısa bir değerlendirme yapmakla birlikte failin bu suç nedeniyle tutuklanması halinde, suçun cezasının peşin infazını doğuracak sonuçlar yaratabileceğini ifade etmek isteriz.

¹²¹ HAKERİ/SÖĞÜT, s. 81.

¹²² KAHRAMAN, s. 761, GÜNDÜZ, s.114.

¹²³ TANERİ, s. 152.

¹²⁴ TANERİ, s. 152, KAHRAMAN, s. 760.

Bununla birlikte adli kontrol tedbirini düzenleyen CMK m.109/3-e uyarınca failin tedavi ve muayene amaçlı hastaneye yatmaya zorlama tedbirinin uygulanması da söz konusu olabileceği söylenebilse de ilgili maddede, “Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek” ten söz edilmiştir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı uygulamalar ancak Any. m. 13 uyarınca “...özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir...” düzenlemesi karşısında ve CMK m. 109/3-e’de yer alan düzenleme sadece “...uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek...” için uygulanacağından, anılan maddeyi genişleterek bulaşıcı hastalıklarla mücadele kapsamında alınan tedbirlere aykırı davranan kişinin tedaviye veya muayeneye tabi tutulmayacağı kanaatindeyiz.

2. Kovuşturma Aşaması

TCK m. 195’te yer alan suçta, görevli mahkeme 5235 sayılı Kanun’un 11. maddesi uyarınca asliye ceza mahkemesidir¹²⁵. Yer bakımından yetkili mahkeme ise failin uymadığı tedbirin uygulandığı karantina bölgesindeki yer mahkemesidir¹²⁶.

Bununla birlikte bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli yaralama, öldürme gibi suçlarla bağlantılı olarak işlenmesi durumunda ise görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi olabilecektir.

CMK m. 251 uyarınca basit yargılama usulü, adli para cezası veya üst sınırı 2 yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanabilir. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunun yaptırımının üst sınırı bir yıla kadar hapis cezası olduğu için asliye ceza

¹²⁵ GERÇEKER, s. 1838, TANERİ, s. 152, BAYZİT, s. 10, ÖNOK, s.180, KANGAL, s. 450.

¹²⁶ ÖNOK, s.180.

mahkemesi tarafından iddianamenin kabul edilmesinden sonra mahkeme tarafından CMK m. 251 uyarınca basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir¹²⁷.

3. Yaptırım

a. Hapis Cezası

TCK m. 195'te yer alan suçun yaptırımı, iki aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Bu suç açısından adli para cezasının uygulanması öngörülmemiştir.

TCK m. 195'te öngörülen cezanın kısa süreli hapis cezası olması nedeniyle, cezanın TCK m. 50'de yer alan seçenek yaptırımlara çevrilmesi de mümkündür¹²⁸.

TCK m. 195'te etkin pişmanlığa ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması söz konusu değildir¹²⁹.

b. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçundan mahkûmiyet hükmü verilen sanıkların CMK m.231'de yer alan hükümün açıklanmasının geri bırakılması düzenlemesinden yararlanabilmeleri için haklarında hükmedilen cezanın miktarı CMK m.231/5 uyarınca, "*... iki yıl veya daha az veya adli para cezası...*" niteliğinde olmalıdır. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçuna karşılık gelen hapis cezasının üst sınırının bir yıl olduğunu dikkate aldığımızda, bu suç nedeniyle belirlenecek sonuç ceza hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanabileceğini ifade edebiliriz¹³⁰.

¹²⁷ BAYZİT, s. 10.

¹²⁸ KANGAL, s. 449, GÜNDÜZ, s.113.

¹²⁹ KAHRAMAN, s. 757.

¹³⁰ GÜNDÜZ, s.113, KAHRAMAN, s. 760.

c. Hapis Cezasının Ertelenmesi

TCK m. 51/1'de işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezasının ertelenebileceği düzenlenmiştir. TCK m. 195'te öngörülen hapis cezasının üst sınırının bir yıl olması nedeniyle fail hakkında verilecek hapis cezasının ertelenmesi de mümkün olabilecektir¹³¹.

d. Kanun Yolu

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçu nedeniyle sanık hakkında mahkûmiyet hükmü (CMK m. 223) verilmesi halinde, fail CMK m. 272 uyarınca istinaf kanun yoluna başvurabilecektir. Ancak suçun kovuşturulmasının CMK m. 251 uyarınca basit yargılama usulüne göre yapılması halinde, fail CMK m. 252 ve m. 267 uyarınca itiraz kanun yoluna başvurulabilecektir.

e. Zamanaşımı

Zamanaşımının tespiti bakımından dikkat edilmesi gereken husus, suçun maddi unsurunu oluşturan eylem ve/veya eylemlerin gerçekleştirildiği tarihin tespit edilmesidir.

Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunda öngörülen ceza miktarı gözetildiğinde, TCK m.66/1-e uyarınca olağan dava zamanaşımı süresi 8 yıl,¹³² uzamış zamanaşımı süresi ise m. 67/4 uyarınca 12 yıldır.

TCK m. 68'de ise ceza zamanaşımı düzenlenmiştir. TCK m.68/1-e uyarınca 5 yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl geçmesiyle cezalar infaz edilmez. Ceza zamanaşımı süresi yargılama sonucunda hüküm kesinleşmesiyle veya herhangi bir suretle infazın kesintiye uğramasıyla başlar.

¹³¹ KAHRAMAN, s. 760.

¹³² KAHRAMAN, s. 760.

H. İnfaz

TCK m. 195'te yer alan cezanın üst sınırı, bir yıla kadar haptir. Faile uygulanan ceza nedeniyle, CMK m. 231'de yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya TCK m. 50'de yer alan kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların uygulanması veya TCK m. 51 uyarınca hapis cezasının ertelenmesinin uygulanması halinde farklı bir infaz biçimi söz konusu olabilecektir. Ancak mahkeme tarafından yukarıda belirtilen kurumların uygulanmaması halinde ve bir ihtimal olarak faile üst haddeden ceza verildiği kabulüyle bu cezanın infazının fail açısından doğuracağı sonuçların aşağıda değerlendirilmesinin örnekleyici olacağı inancındayız.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 7242 sayılı Kanun ile 15.04.2020 tarihinde yapılan değişiklikler ile denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazını düzenleyen m. 105/A açısından koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan (bununla birlikte suç 30.03.2020 tarihinden önce işlenmişse , 5275 sayılı yasanın geçici 6. madde uyarınca bu süre üç yıl olarak uygulanacaktır) iyi halli hükümlülerin talebi halinde cezalarının koşullu salıverilme tarihinde kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazı söz konusu olabilecektir.

TCK m. 195'te yer alan cezanın üst sınırı bir yıla kadar haptir. Dolayısıyla fail, üst sınırdan ceza alması halinde denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilecektir. Yine değişiklik sonrası CGTİHK m. 107 uyarınca süreli hapis cezası olanlar cezalarının ½ infaz kurumunda çektikleri halinde koşullu salıverilmeden yararlanabilecektir. Yine fail hakkında üst sınır olan bir yıl ceza verilmesi halinde koşullu salıverilme süresi düşüldüğünde, infaz süresi altı ay olacak ve yine denetimli serbestlik hükümlerinden yararlanabilecektir.

Dolayısıyla TCK m. 195'te yer alan eylem nedeniyle faile üst sınırdan bir ceza verilmesi halinde dahi cezanın infaz edilmesi açısından caydırıcı olabilecek bir noktada olmadığını da ifade etmek isteriz.

SONUÇ

Bulaşıcı hastalıklarla mücadele kapsamında gerek bireylerin gerekse toplumun sağlığını korumak için kamu gücü kullanılarak birtakım tedbirlerin idare tarafından alınması kaçınılmazdır. Kaldı ki, Any. m. 5'te Devletin temel amaç ve görevlerinden biri de kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve özgürlüklerini korumak olduğu düzenlenmektedir. Yine Any. m. 56 uyarınca herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığını sürdürmesini sağlamak için birtakım önlemler almak ve bu konuda hizmet vermek yükümlülüğündedir. Ayrıca Any. m. 19/3'te hastalık yayabilecek kişinin bir müessesede tedavi edilmek amacıyla tutulması bir hukuka uygunluk sebebi olarak sayılmış olup kişi özgürlüğüne müdahaleye izin verildiği görülmektedir.

Bununla birlikte herhangi bir bulaşıcı hastalığın yayılması ve ölümlerin meydana gelmesinin kamu sağlığı ve güvenliği için tehlike oluşturması halinde, kamu idaresi tarafından bulaşıcı hastalıklara mücadele kapsamında alınan tedbirler kişinin özgürlük ve güvenlik hakkına müdahaleyi doğuracağından, bu tedbirlerin, Any. m. 13'te yer alan *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* hükmüne uygun olarak alınması ve uygulanmasını da zorunlu kılmaktadır.

Kaldı ki, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi Any. m. 38 ve TCK m. 2/1 yer almaktadır. Bu hükümlerde kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir.

Ayrıca suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi ve TCK m.2/3 gereği suç ve cezaların uygulanmasında kıyas yapılamayacağı, suç ve ceza içeren hükümlerin, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı açıktır. TCK m.195'te yer alan *karantina, yetkili makam, bulaşıcı hastalık, alınacak tedbir* kavramlarının tanımlanmamış olmasının, belirsizlik oluşturduğu inancındayız.

TCK m. 195'te yer alan eylem "*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" Bu eylem dışında kalan bulaşıcı hastalıklara karşı alınan tedbirlere uymama, örneğin Koronavirüs bulaşıcı hastalığıyla mücadele çerçevesinde sokakta maske takmayan failin eyleminin bu suçun kapsamı dışında olduğunu ifade edebiliriz.

Yine örnek olarak suçun konusu "*...bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasın...*"ı oluşturmaktadır. Yani bulaşıcı hastalığın tanısı konulmadan ya da kişinin bulaşıcı hastalıktan öldüğü belirlenmeden karantina tedbirine karar verilmesinin de bu suçun konusunu oluşturmayacağı düşüncesindeyiz.

Ya da sokağa çıkma yasağı veya kısıtlaması şeklinde ifade edilen idari makamlar tarafından alınan tedbirlere uyulmama eyleminin de yine TCK m. 195'te yer alan suçun kapsamında olmadığını ifade etmek isteriz.

TCK m. 195'te yer alan suçun konusunun idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenmesi, ya da suçun konusunu belirleme yetkisinin idari makamlara bırakılmasının, Any. m.13'de yer alan kanunilik ilkesinin alt ilkesi olan kanunların belirli olma ilkesiyle bağdaşmadığı düşüncesindeyiz.

Bulaşıcı hastalıklarla kanunilik ilkesine dayanmadan mücadele etmek, ilk bakışta makul görünse de sorunun çözülmesinden sonra temel hak ve özgürlüklere müdahale de idarenin denetimsiz ve keyfi hareket etmesine yol açabilir.

Özellikle UHK'de suçun konusunu oluşturan tedbirler, her ne kadar kanunlarda öngörülmüşse de yetkili makamlar tarafından somut olaylar bağlamında hastalığın yapısı, türü, yaygınlığı gibi faktörler dikkate alı-

arak karara bağlandığından; kanunilik ilkesiyle özellikle de kanunilik ilkesinin alt ilkeleri olan belirlilik ve açıklık alt ilkeleriyle bağdaştığını söylemek mümkün değildir. Çünkü UHK’de belirtilen suçların konusu, yürütme organı tarafından genel düzenleyici, hatta bazen bireysel idari işlemlerle belirlenebilmektedir. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde TCK m. 195’in tamamen yürürlükten kaldırılarak maddede belirtilen suçun özel kanunlarda kabahat olarak tanımlanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

KISALTMALAR

TCK	Türk Ceza Kanunu
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
m.	madde
s.	sayfa
ss	sayfa sayısı
S.	Sayı
C.	Cilt
Y.	Yıl
E.	Esas
K.	Karar
vb.	ve benzeri
E.T.	Erişim Tarihi
Sürveyans Yön.	Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans Ve Kontrol Esasları Yönetmeliği (Koronavirüs Tedbirleri)
UHK	Umumi Hıfzıshha Kanununun
ETCK	Eski Türk Ceza Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu

KAYNAKLAR

Kitaplar

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Nisan 2016.

EROL, Haydar, Açıklamalı ve En yeni İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Yayın Matbaacılık, Ankara, Temmuz 2015.

GERÇEKER, Hasan, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt-2, Beşinci Baskı, Seçkin yayınları, Ankara, Şubat 2020.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Genişletilmiş 5. Bası, Kazancı Hukuk yayımları, İstanbul, 1980.

KANGAL, T. Zeynel, in: Bayraktar Köksal ve diğerleri, Özel Ceza Hukuku, Cilt V (Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Sözkese Matbaacılık, 4. Baskı, Ankara, 2013.

ÖZBEK, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuk Özel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018.

SAVAŞ, Vural/**MOLLAMAHMUTOĞLU**, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu II. Cilt, İkinci Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara, Mayıs 1998.

ŞAHİN, Turgay, Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, Sena Ofset Matbaacılık, Afyonkarahisar, Mart 2006

YURTCAN, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu yayınları, 3. Bası, Ufuk Matbaası, Ocak 2005.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Altıncı Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara 2001.

Elektronik Kaynaklar (Makaleler)

ACAR, Hüseyin, Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK. MD. 195), TBB Dergisi, S.159, Y:2022, ss. 185-227, s. 199 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi159/196/>, E.T:03.04.2022).

BAYZİT, Tuğba, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md. 195)”, 29.05.2020, s.3, (<https://blog.lexpera.com.tr/bulasici-hastalıklara-iliskin-tedbirlere-aykiri-davranma-sucu-tck-m-195/>).

BULUT, Karabağ, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, (2020) 78(2), ss. 517-561, s. 553 (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/57316/812413> E.T.: 11.03.2021).

ERDEM, Mustafa Ruhan, “COVID-19’la Bağlantılı Ceza Hukuku Sorunları” Yaşar Hukuk Dergisi, C.2, Özel Sayı 2020, ss.87-93 (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/yhd/issue/57555/817115> E.T.: 09.03.2021).

GÜNDÜZ, Hakan, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Karantina Tedbirlerine Uymamanın Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi S. 2021/1, Y. 6, ss. 87-118, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1306108> E.T.: 07.03.2021).

HAKERİ, Hakan/**SÖĞÜT**, İpek Sevda, “Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı hastalıklar” Adalet Dergisi, Y. 2020/1, S. 64, ss. 57-85 (<https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adaletdergisi/2020/sayi-64.pdf> E.T.: 08.03.2021).

KAHRAMAN, Recep, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md. 195)” İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 78(2), Y.2020, ss. 737-767 (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/57316/812437> E.T.: 06.03.2021).

ÖNOK, R. Murat, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK M. 195)” Anayasa Hukuku Dergisi, C.9, S.17, Y. 2020/, ss. 147-186, (<http://anayasader.org/anayasa-hukuku-dergisi-17-sayi-2020-1/> E.T.: 06.03.2021).

ÖZGENÇ, İzzet, “COVID-19 Salgınının Ceza Hukuku Alanındaki Etkileri” TUBA Bilimler Akademisi Tuba COVID-19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, TÜBA Raporları No: 36, Ankara, Temmuz 2020, ss. 11-32, (<http://www.tuba.gov.tr/tr/yayinlar/suresiz-yayinlar/raporlar/tuba-covid19-global-outbreak-report-on-judicial-changes-and-interactions>).

ŞİRİN, Tolga, Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt: 9/Sayı:17, Yıl:2020, ss. 43-146 (<https://app.trdizin.gov.tr/dergi/T0RNeE1RPT0/anayasa-hukuku-dergisi> E.T.: 02.01.2022).

TANERİ, Gökhan, “Kanunilik İlkesi ve Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu” Leges Hukuk Dergisi, C. 1, S. 128, Ağustos 2020, ss. 101-166 (<https://www.legesdergi.com/makale/485> E.T.: 06.03.2021).

TURHAN, Engin, “Salgın Dönemlerinde Ortaya Çıkabilecek Ceza Sorumlulukları-Korona Tecrübesi” Suç ve Ceza Dergisi Y. 2020, S.1, ss. 197-222 (<https://www.tchd.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/20201.pdf> E.T.:07.03.2021).

İnternet Siteleri

<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html>
E.T.: 05.03.2021.

<https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/karantinayi-ihlal-etti-hapis-cezasina-carptirildi-6121390/> E.T.: 06.03.2021.

<https://sozluk.gov.tr/> E.T.: 07.03.2021

<http://www.sanliurfa.gov.tr/il-hifzissihha-kurulunun-2020-yili-64-nolu-karari> 10.03.2021

<https://www.icisleri.gov.tr/koronavirusle-mucadele> E.T.:
10.03.2021

Prof. Dr. Murat BALCI*
Dr. Öğr. Üyesi Kerim ÇAKIR**

YASA DIŞI KRİPTO PARA MADENCİLİĞİNDE CEZA SORUMLULUĞU

CRIMINAL LIABILITY IN ILLEGAL CRYPTO MINING

ÖZET

Kripto para madenciliği, blok zincir üzerinde yapılan işlemleri doğrulamak ve yeni kripto para birimleri oluşturmak anlamına gelen bir faaliyettir. Kripto para madencileri özel donanıma sahip bilgisayarlarla yeni bir kripto para değeri elde eder ve bunun karşılığında kripto para ile ödüllendirilir. Esasında bireysel veya toplu halde yapılan kripto para madenciliği suç teşkil etmez. Ancak kripto para madenciliğinin yüksek elektrik maliyeti ve madenciliğin güçlü donanıma sahip bilgisayarlar gerektirmesi kötü niyetli kişilerin zararlı yazılımlar marifetiyle bilişim alanında birtakım suçları işlemesine neden olur.

Çalışmada, bilişim sistemleri üzerinden yapılan yasa dışı kripto para madenciliğinin suç teşkil eden yönleri ele alınıp konu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bilişim sistemine girme suçu ile sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu temelinde tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kripto para, kripto para madenciliği, bilişim sistemi, veri, zararlı yazılım.

ABSTRACT

Cryptocurrency mining is an activity which means verifying transactions on the blockchain and creating new cryptocurrencies. Cryptocurrency miners get a new cryptocurrency value with specially equipped computers and are rewarded with cryptocurrency in return. In fact, individual or collective cryptocurrency mining does not constitute a crime. However, the high electricity cost of cryptocurrency mining and the fact that mining requires computers with powerful hardware cause malicious people to commit some crimes in the field of informatics by means of malicious software.

In the study, the criminal aspects of illegal cryptocurrency mining through information systems will be reviewed and the matter will be discussed based on the crime of accessing a data processing system and the crime of preventing the functioning of a system and deletion, alteration or corrupting of data in the Turkish Penal Code numbered 5237.

Keywords: Cryptocurrency, cryptocurrency mining, IT system, data, malware.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 22.02.2022 Kabul Tarihi: 30.05.2022

* Prof. Dr. Murat Balcı ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8506-7911>

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

Öğretim Üyesi, balci53@hotmail.com;

** Dr. Öğr. Ü. Kerim Çakır ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1821-9935>

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,

kerimcakir@marmara.edu.tr;

Giriş

Kripto paralar, madencilik olarak bilinen kriptografik görevlerin çözülmesi ile ortaya çıkar¹ ve kripto para birimi kodunda belirtilen algoritma temelinde madenciler tarafından oluşturulur². Bu faaliyette bulunan kişiler madenci (miner) olarak isimlendirilir. Kripto para madenciliğinde karmaşık algoritmaları çözerek işlemleri doğrulama ve bu hizmetten ötürü ödeme alma ve blok zincire (Blockchain) doğrulanmış işlemler ekleme söz konusudur³. Burada işlemlerin doğrulanması ve onaylanması için çok hızlı matematik problemleri çözen bilgisayarlara ihtiyaç vardır. Karmaşık matematiksel formüllerin bilgisayar gücü ile çözülmesi süreci madencilik olarak isimlendirilir⁴. Yeni kripto paraların üretilmesinin tek yolu budur.

Kripto paralar, dünya çapında kullanılabilen merkezi bir otoritenin olmadığı sanal para biriminin adıdır. Kripto para aktarımı, bilgisayarların internet üzerinden birbirine bağlanması ile ve özel bir eşler arası uygulama yardımıyla, banka olarak hizmet veren merkezi bir katılım olmadan gerçekleşir⁵. Örneğin, Bitcoin'ler blok zinciri adı verilen kamuya açık bir işlem kaydında saklanır. Katılımcılara tahsis edilmeleri, kişisel dijital cüzdanlar üzerinden gerçekleşir⁶.

¹ Müller, Eckhart-Schlothauer, Reinhold-Knauer, Christoph, Münchener Anwalts Handbuch Strafverteidigung, 3. Auflage 2022, § 50, kn.7.

² Wenger, Tobias-Tokarski, Kim Oliver, Kryptowährungen, (Jochen Schellinger, Kim Oliver Tokarski, Ingrid Kissling-Näf Digitale Transformation und Unternehmensführung Trends und Perspektiven für die Praxis), Springer Gabler, 2020, s.269.

³ Report of the Attorney General's Cyber Digital Task Force, s. 4.

⁴ Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış, İÜHF, C. LXXIII, S. 2, (173-220), Yıl: 2015, s. 201; Agin, Nurşen Selen, Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu (TCK md.158/1-f), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 75.

⁵ BGH: Illegales Bitcoinschürfen, NStZ, 2018, s. 401.

⁶ Bitcoin madenciliği, sisteme yeni Bitcoin arz etmenin, hileli işlemleri engellemenin, olmayan Bitcoin'leri harcatmamanın ve çifte harcamayı engellemenin yoludur. Henüz onaylanmış Bitcoin transfer işlemlerinin, Blok-Zincir'e yani küresel hesap defterine işlenmesini Bitcoin madencileri yaparlar. Blok-Zincir'de bir bloğa yazılmış olan bir işlem onaylanmış demektir ve artık transfere konu olan alıcı tarafından kendisine gönderilen Bitcoin kullanılabilir durumdadır. Blok-Zincir'e bloğunu ekletecek olan madenci, yeni blokla arz edilen parayı ve Bitcoin işlemlerindeki işlem masrafını alarak ödüllendirilir. Bkz. Çarkacıoğlu, s. 46; Stabile, Daniel T.-Prior, Kimberly A.- Hinkes, Andrew M., Digital Assets and Blockchain Technology: U.S. Law and Regulation, Edward Elgar Publishing, USA 2020, s. 17.

Kendine özgü bir yapıya sahip olan kripto paralar, kendi borsalarında ve platformlarında işlem görür. Kripto para birimlerinin ilki olan Bitcoin somut bir para birimi olmayıp kriptografik verilerden oluşmaktadır. Ne yeni Bitcoin'lerin oluşturulması ne de işlemlerin yürütülmesi merkezi bir otorite gerektirmez. Yetkilendirme de kriptografik teknikler kullanılarak gerçekleştirilir⁷. Kripto para sisteminin geleneksel para sistemine kıyasla farklı bir güven düzeyi gerektirdiği açıktır. Merkez bankalarının itibari para biriminin işleyişi için kefil olma görevi, kripto para sisteminde kripto para birimi kodu ve kriptografik prosedür kripto para madenciliği tarafından yerine getirilir. Böylece kripto para sisteminde sosyal güvenin bir kısmı teknolojik güven düzeyine kaydırılmış olur⁸.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, kripto paraların üretilmesi ve piyasada bulundurulması bakımından kripto para madenciliğinin yasal olduğunu belirtmemiz gerekir. Yüksek performansla sahip özel yazılımlı bilgisayarlarla kripto para madenciliği yapmak mümkündür. Kripto para madenciliği konusunda tartışmalara neden olan husus, enerji kaynaklarının hızla tükendiği bir dünyada kripto para madenciliği için çok fazla enerji tüketilmesi ve bu enerjinin bazı ülkelerin enerji ihtiyaçlarına ve tüketimlerine eşdeğer olmasıdır⁹. Bu durum ülkeleri kripto para madenciliği konusunda tedbirler almaya ve enerjiden tasarruf edilmesi konusunda düzenlemeler yapmaya sevk etmektedir.

I. Kripto Para Madenciliği

Kripto para madenciliği özel donanımlı, yüksek performanslı ve güçlü ekran kartına sahip bilgisayarlar marifetiyle üretilir. Madencilikle blok zincir oluşturulur ve yeni blok zinciri için matematiksel tabanlı işlemleri çözmek gerekir¹⁰. Diğer bir ifadeyle kripto para madenciliği, blok

⁷ Goger, Thomas, Bitcoins im Strafverfahren-Virtuelle Wahrung und reale Strafverfolgung, MMR 2016, s. 433; Bozkurt Yüksel, s. 200.

⁸ Lewis, Antony, The Basics of Bitcoins and Blockchains, USA 2018, s. 21; Wenger-Tokarski, Kryptowahrungen, s.276.

⁹ Tahan, Özge, Kripto Paraların Türk ve Alman Ceza Hukuku Düzenlemeleri Yönünden Değerlendirilmesi, Suç ve Ceza Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, Mart 2021, s. 122.

¹⁰ Çarkacıoğlu, Abdurrahman, Kripto-Para Bitcoin, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi Araştırma Raporu, 2016, s.13; İmamogđlu, Deniz Alp, Kripto Para Birimleri Ve Türk Hukukunda Düzenlenmesi, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 52. Ayrıca bkz. https://www.chip.com.tr/haber/mining-kripto-para-madenciligi-nedir-nasil-yapilir-turleri-nelerdir_96470.html

zincirine yeni bloklar eklemek için çeşitli şifreleme yöntemini çözme işidir. Blok zincirin oluşturulmasına katkı sunan kullanıcılar kripto para ile ödüllendirilir¹¹. Kripto paralar, transfer işlemlerini doğrulama aşamalarına katılarak (madencilik faaliyetiyle kazılan ödül), başka bir kripto para sahibinden doğrudan kripto para olarak ya da kripto para borsaları veya platformlarını aracı kılarak elde edilir¹².

Kripto para madenciliği için çözülmesi gereken algoritmalar, artan kripto para sayısı ile giderek daha karmaşık bir hal alır ve giderek daha fazla hesaplama zamanı ve performansı gerektirir. Kullanılan bilgisayarın performansı ne kadar yüksek olursa, doğru sonuca ulaşma imkanı o nispette artar. Ancak burada dikkat çeken husus, ortaya çıkan elektrik masraflarının yeni üretilen kripto paraların değer artışını azaltmasıdır.

Madencilik faaliyetinde, blok zincire yeni bloklar ekleyebilmek için bir tür kriptografik bulmaca çözülmesi gerekmektedir. Bu işlemde, sistemde kayıtlı bulunan önceki verilerden yararlanılır. Önceki verilerin kullanılması, çok daha fazla miktarda verinin hesaplanmasını gerektirdiğinden işlemler daha da karmaşık bir hal alır. Bu karmaşık işlemleri ve eldeki verileri hesaplama sırasında da çok fazla elektrik enerjisine ihtiyaç duyulur¹³.

Yapılan işlemleri sisteme entegre etmek, blok zinciri veya Bitcoin ağındaki blokları güvence altına almak ve senkronize etmek amacıyla yapılan madencilikte bilgi işlem gücü önemli bir yere sahiptir. Bu kapsamda örneğin, Bitcoin blok zincirindeki blokların en az %99'u madencilik havuzları tarafından oluşturulmaktadır¹⁴.

¹¹ Goger, s. 433. Ayrıca bkz. https://www.chip.com.tr/haber/mining-kripto-para-madenciligi-nedir-nasil-yapilir-turleri-nelerdir_96470.html

¹² Tomrukçu, Tuğçe, Kripto Varlıkların Konu Olduğu Dolandırıcılık Suçları, Kripto Para ve Ceza Hukuku, (Editörler; Yener Ünver, Kayıhan İçel, Kerem Öz), Ankara 2022, s. 265.

¹³ Balcı, Umut, Kripto Paraların Ceza Hukuku Boyutu ve Türk Mevzuatındaki Muhtemel Düzenlenme Yeri, TBB Dergisi 2021 (155), s. 210.

¹⁴ Wenger-Tokarski, Kryptowährungen, s.7.

Cambridge Üniversitesinin son verilerine göre Amerika Birleşik Devletleri, Çin'in yerine geçerek Bitcoin madenciliğinde hakim ülke konumuna gelmiştir. Son yayımlanan rapora göre, ülkelere göre dağılımı yapılan Bitcoin hash oranı¹⁵ verileri, ABD'nin en büyük pazar payına sahip olduğunu göstermektedir.

Cambridge Alternatif Finans Merkezi (Cambridge Center for Alternative Finance-CCAF) tarafından yayımlanan Ağustos (2021) dönemi Bitcoin madencilik haritası, ABD'nin yüzde 35,4 oranında aylık ortalama hash oranına sahip olduğunu göstermektedir. Çin hükümetinin 2021 yılında madencilik faaliyetlerine yasak getirmesinin ardından başlayan madencilik göçü neticesinde Kuzey Amerika kıtası, ABD önderliğinde Bitcoin madenciliğinde hakim bölge konumu haline geldi¹⁶. Geçen yılın aynı dönem verilerine göre ise ABD, hash oranı payında Ağustos 2020'de sadece yüzde 4,2'lük bir paya sahipti. Güncel verilere göre yüzde 35,4'lük oranla ABD, pazar payını 8 kat artırmıştır. Aynı dönemde Bitcoin madenciliğinin hakim ülkesi Çin, pazarın yüzde 66,86'sına sahipti. Çin'in madencilik hakimiyeti, 2021 yılının ikinci çeyreğine kadar yüzde 34 seviyelerine kadar azalarak devam ettikten sonra Temmuz ayıyla birlikte Çinli madencilerin toplu halde faaliyetlerini sonlandırdığı görülüyor. CCAF'nın son olarak Ağustos ayı verilerine dayanarak hazırladığı Bitcoin madencilik haritasına göre ABD'yi sırasıyla yüzde 18,1 pazar payı oranıyla Kazakistan, yüzde 11,23 ile Rusya ve yüzde 9,55 ile Kanada izliyor. Türkiye ise hash oranına göre gösterilen dağılımda toplam madencilik pazarının sadece yüzde 0,06'sını oluşturmaktadır¹⁷.

II. Yasa Dışı Kripto Para Madenciliğinin Yapılışı

Kripto para birimi oluşturmak için başkasına ait bir bilgisayarın yetkisiz olarak kullanılması, yasa dışı kripto para madenciliği (crypto-

¹⁵ Bitcoin ağında bir blok üretmenin zorluk derecesini de belirleyen 'hash oranı' Bitcoin ağının anlık işlemci gücünü gösteren bir ölçme sistemidir. Bkz. <https://www.barimeks.com/sss/hash-orani-nedir> Ayrıca bkz. Lewis, Antony, The Basics of Bitcoins and Blockchains, USA 2018, s. 136.

¹⁶ Bkz. https://ccaf.io/cbeci/mining_map

¹⁷ Bkz. <https://tr.investing.com/news/cryptocurrency-news/abd-bitcoin-madenciliginde-lider-konumayukseldi-turkiyenin-pay-ne-kadar-2203532>

jacking) olarak adlandırılmaktadır¹⁸. Bu işlem sıklıkla üçüncü taraf bilgisayarının kripto madencilik kodunu çalıştırmasına neden olan zararlı yazılım¹⁹ veya gizliliği ihlal edilmiş web sitelerinin kullanımı aracılığıyla gerçekleştirilir²⁰. Üçüncü kişilerin veya kuruluşların bilgisayarının gizlice kullanılmasındaki nispi kolaylığa kıyasla kripto para birimlerinin (özellikle Bitcoin) değeri göz önüne alındığında yasa dışı kripto para madenciliğinin kötü niyetli kişilere cazip geldiğini söylememiz gerekir²¹. Yasa dışı kripto para madenciliği üçüncü taraf bilgisayarları kullanılarak veya üçüncü tarafın bulut erişimini kullanarak yapılmaktadır. Bu işlemler çoğu zaman çok yüksek bilgi işlem gücüne sahip üçüncü taraf bilgisayarlarında veya sunucularında gerçekleşir²². Fail, komuta ve kontrol sunucusuna (Command-and-Control-Server) bağlandığında madencilik faaliyeti başlamış olur²³.

Madencilik olarak adlandırılan kripto para üretiminde, kriptografik görevlerin çözülmesi gerektiğinden yüksek bilgi işlem gücüne ihtiyaç duyulur.

Yeni Bitcoin'lerin üretimi büyük bilgisayar gücü gerektirir. Bu nedenle, Bitcoin madenciliği (mining) yüksek elektrik fiyatları ve pahalı donanımlar yüzünden oldukça masraflı hale gelir. Kötü niyetli kimseler kripto para üretimi için veri değişikliğine sebebiyet vererek girdikleri bilgisayarları üçüncü tarafın bilgisi olmaksızın gizlice kullanmaya başlar. Bu durum verilere karşı suç işlenmesi sonucunu doğurur²⁴. Üçüncü taraf

¹⁸ Tahan, s. 122.

¹⁹ Zararlı yazılım, bilgisayar ve mobil cihazların işlevlerini bozmak, kritik bilgileri toplamak, özel bilgisayar sistemlerine erişim sağlamak ve istenmeyen reklamları göstermek amacı ile kullanılan yazılımdır. Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Malware>

²⁰ Balci, Umut, Kripto Paraların Ceza Hukuku Boyutu ve Türk Mevzuatındaki Muhtemel Düzenlenme Yeri, TBB Dergisi 2021 (155), s. 218.

²¹ Report of the Attorney General's Cyber Digital Task Force, s.16.

²² Grzywotz, Johanna, Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche, Internetrecht und Digitale Gesellschaft, Band 15, Berlin 2019, s.180, 181.

²³ Grzywotz, s.165.

²⁴ Boehm, Franziska– Pesch Paulina, Bitcoin: Bir İlk Hukuki Analiz- Alman ve Birleşik Devletler- Amerikan Hukuku, (Çeviren, Doğa Satı), Kripto Para ve Ceza Hukuku, (Editörler: Yener Ünver, Kayhan İçel, Kerem Öz), Ankara 2022, s. 87.

bilgisayarları Botnet'ler (robot network)²⁵ yardımıyla kötüye kullanılır²⁶. *Botnet*, bilgisayarlar aracılığıyla birbirine bağlanan bir grup zararlı yazılımı ifade eder. Bilgisayar sahipleri çoğu zaman bilgisayarlarının bir Botnet'in parçası olduğunu ve Botnet'lerin kripto para madenciliği için kullanıldığını bilmezler²⁷. Böylece bot gözetmeni²⁸ bağlı bilgisayarları uzaktan kontrol edip kendi amaçları için kullanabilir. Botnet'ler genellikle bilgisayar kullanıcıları tarafından, Truva Atı (Trojan)²⁹ adında kamufle edilmiş zararlı bir yazılımı açarak, bilinçsiz bir şekilde kurulur veya işletim sistemindeki, web tarayıcısındaki veya programdaki bir güvenlik boşluğu ile bilgisayara bulaşmış olur³⁰.

İnternette indirilen müzik, video veya program dosyaları şeklinde kamufle edilmiş olan Truva Atı niteliğindeki zararlı yazılımlarla üçüncü

²⁵ Botnet (robot network) bilgisayar bilimciler tarafından kullanılan bir sözcüktür. Botnetler birçok yazılım ajan programından oluşur. Her yazılım ajan programı uzaktan kontrol edilir. Botnetler bir birim olarak hareket etme yeteneklerine sahiptir. Bir botnet tekrarlanan görevleri ve hedeflerini tamamlamak için bir çaba ile diğer benzer makinelerle iletişim kuran internet bağlantılı bilgisayarların bir dizisidir. Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Botnet> Botnet sözcüğü, "robot" ve "network" (ağ) sözcüklerinin birleşiminden türetilmiştir. Siber suçlular, çok sayıda kullanıcının bilgisayar güvenliğini ihlal etmek, her bir bilgisayarın kontrolünü ele geçirmek ve tüm virüslü makineleri suçlunun uzaktan yönetebildiği bir "bot" ağı halinde organize etmek için özel Truva atı virüsleri kullanır. Bkz. <https://www.kaspersky.com.tr/resource-center/threats/botnet-attacks>

²⁶ Grzywotz, Johanna-Köhler, Olaf-Rückert, Christian, Cybercrime mit Bitcoins– Straftaten mit virtuellen Währungen, deren Verfolgung und Prävention, Strafverteidiger, 2016, s. 753; Beukelmann, Stephan, Virtuelle Währungen, NJW-Spezial 2019, s. 184.

²⁷ Müller-Schlothauer-Knauer, § 50, kn.7; Heine, Sonja, Bitcoins und Botnetze– Strafbarkeit und Vermögensschöpfung bei illegalem Bitcoin-Mining, NSTZ 2016, s. 444. Ayrıca bkz. Heine, Sonja, Bitcoinler ve Botnetler- Yasadışı Bitcoin Madenciliğinde Cezalandırılabilirlik ve Malın Müsaderesi (Çev. Mehmet Karatepli), Kripto Para ve Ceza Hukuku, (Editörler; Yener Ünver, Kayıhan İçel, Kerem Öz), Ankara 2022, s. 250.

²⁸ Botnet, aynı kişi veya gruplarca yönetilen bir bot hesabı ağıdır. Botnet yöneten bu kişilere, botların yayılması öncesinde gerekli özgün insan girdisini sağladıkları için bot gözetmeni denir. Bkz. <https://medium.com/dfirlab/trolltracker-bots-botnets-and-trolls-31d2bdf4c13>

²⁹ Truva yazılımları ismini "Truva Atı"ndan almaktadır. Bir bilgisayar programına bağlanarak saklanan, tahribatını yaparken ise, programın olağan çalışmasına izin veriyormuş gibi gözükten virüslere "Truva atı" denir. Truva atları çoğunlukla, bulaştıkları bilgisayarlarda kullanılan şifre, kullanıcı adı gibi özel bilgileri ele geçirmek amacıyla kullanılır. Bkz. Dolandırıcılık Eylemleri ve Korunma Yöntemleri, Türkiye Bankalar Birliği, Aralık 2015, s.14. Truva atı (Trojan), bilgisayar yazılımı bağlamında Truva atı zararlı program barındıran veya yükleyen programdır. (Bazen "zararlı yük" veya sadece "truva" ibareleriyle de nitelendirilmektedir.) Terim klasik Truva Atı mitinden türemiştir. Truva atları masum kullanıcıya kullanışlı veya ilginç programlar gibi görünebilir ancak yürütüldüklerinde zararlıdır. [https://tr.wikipedia.org/wiki/Truva_at%C4%B1_\(bilgisayar\)](https://tr.wikipedia.org/wiki/Truva_at%C4%B1_(bilgisayar))

³⁰ BGH: Illegales Bitcoinschürfen, s. 401.

taraf bilgisayarına erişim sağlanır³¹. Aslında bu durum Botnet'lerin yasa dışı kripto para madenciliğindeki etkisini ve rolünü gösterir niteliktedir³². Bu noktada güvenlik duvarlarının önemi de ortaya çıkmaktadır. Güvenlik duvarı, kullanıcının bilgisayarında internetten gelen saldırıları önlemeye yarayan ağ erişim korumasıdır. Belirtelim ki bilişim sistemine girme suçu bakımından bilişim sistemine erişimin bazı tedbir veya uygulamalarla sınırlandırılmış olması önem arz eder³³. Kullanıcının kendisi tarafından indirilen bu zararlı yazılım bir müzik, video veya program dosyası olarak gizlenmemiş olsaydı komuta ve kontrol sunucusunun bilgisayara erişmesine izin veren program, güvenlik duvarı tarafından denetime tabi tutulup erişim reddedilebilirdi³⁴.

Belirtelim ki yasa dışı kripto para madenciliğiyle elde edilen malvarlığı değeri, aslında suçtan kaynaklanan bir malvarlığı değeridir. Bu sebeple bahse konu gelirin kaynağını gizlemek amacıyla çeşitli işlemlere tabi tutulması gerekir. Kripto para ekosisteminin özellikleri incelendiğinde suç gelirlerinin aklanmasını nasıl kolaylaştırdığı anlaşılacaktır. Herhangi bir coğrafi kısıtlamaya maruz kalmayan ve online olarak sınır ötesi işlem yapma imkanı sağlayan kripto paralar, suç işleyerek gelir elde eden ve bu gelirleri kripto paralar marifetiyle aklarak yasal ekonomik sisteme dahil etmek isteyen kişilere önemli avantajlar sunmaktadır³⁵.

Yasa dışı kripto para madenciliğinden elde edilen gelirle terörizmin finanse edildiği de görülmektedir. Madencilik, terörü desteklemek amaçlı işlemlerde doğrudan kullanılabilir gibi yasa dışı eylemlerle ilişkili finansal faaliyetleri teşvik etmek için de kullanılabilir. Terörizmin finansmanının önlenmesi ve siber suçla mücadele için yasa dışı kripto para madenciliğine engel olmak gerekmektedir.

³¹ BGH: Illegales Bitcoinschürfen, s. 401.

³² BGH: Illegales Bitcoinschürfen, s. 401.

³³ Özbeç, Veli Özer-Doğın, Koray-Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2021, s. 960.

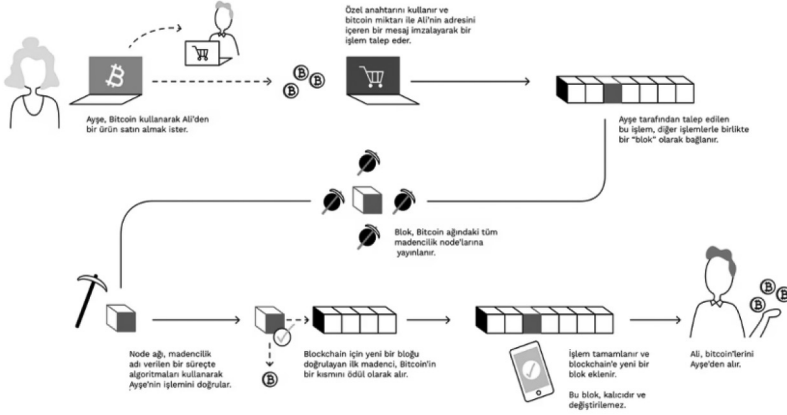
³⁴ BGH: Illegales Bitcoinschürfen, s. 402. Söz konusu olayda 86 adet şifrelenmemiş Bitcoin'e el konulurken, 1,730 Bitcoin geçici olarak güvence altına alınabilmiştir, çünkü erişimleri şifre ile korunuyordu ve sanık şifreyi açıklamadığı için deşifre edilmeleri mümkün değildi.

³⁵ Gbi bkz. Balcı, Murat- Çakır, Kerim, Kripto Paraların Karapara Aklama Yöntemi Olarak Kullanılması, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 16, Sayı:46, Ağustos 2021, (ss. 311-332), s. 316 vd.

Aşağıda kripto para madenciliğinin işleyişi Bitcoin üzerinden şematik olarak gösterilmiştir³⁶.

Bitcoin madenciliği (Bitcoin mining)

Bir Bitcoin işlemi nasıl yapılır?



III. Başlıca Kripto Para Madenciliği Yöntemleri

1. Toplu Madencilik: Kripto paraların bireysel olarak üretilmesi mümkündür. Ancak karmaşık problemlerin çözülmesi için yüksek donanımlı bilgisayarlara ihtiyaç duyulduğundan çoğu zaman bilgisayarların güçlerinin birleştirildiği toplu madencilik faaliyetlerine rastlanır. Toplu madencilik, madencilerin gücünü birleştiren bir sunucudur. Burada madencilerin gücünü birleştiren bir sunucu ve yeni blokların oluşturulmasıyla uğraşan ortak bir bilgi işlem ağı mevcuttur³⁷. İlgili gören kripto para birimlerinin artan ağ karmaşıklığı toplu halde yapılan kripto para madenciliğini teşvik etmektedir.

2. ASIC Madenciliği: ASIC (Application Specific Integrated Circuit)³⁸, yani Uygulamaya Özel Entegre Devreler, kripto para maden-

³⁶ Şema için bkz. <https://www.bitpanda.com/academy/tr/dersler/bitcoin-madenciligi-nedir-ve-madencilik-nasil-calisir/> Erişim tarihi: 12.01.2022.

³⁷ https://www.chip.com.tr/haber/mining-kripto-para-madenciligi-nedir-nasil-yapilir-turleri-nelerdir_96470.html

³⁸ ASIC, bilgisayar programcılığında kullanılan özel entegre devrenin adıdır. Açılımı, "Application Specific Integrated Circuit" olan tanımının dilimizdeki karşılığı, "Uygulamaya özel tümleşik devre"dir. Bkz. <https://www.paribu.com/blog/sozluk/asic-nedir/>

ciliği odaklı sistemlerdir. İçlerindeki yazılım ve özel donanımlar, bu devreleri kripto para madenciliği gerçekleştirmek üzere özel birer donanım haline getirmektedir. Çok sayıda işlemciden oluşan ASIC cihazlar, yüksek hesaplama kapasitesine sahip olmalarına rağmen çok fazla enerji tüketmektedir. Bu nedenle ASIC cihazlar ile madencilik yapan madencilerin elektrik tüketimini karşılayacak güçlü elektrik altyapılarına ihtiyacı vardır. Bitcoin, Litecoin gibi kripto paralar yüksek hesaplama kapasitesi ihtiyacı nedeniyle artık sadece ASIC madencilik cihazları ile üretilmektedir.

3. GPU Madenciliği: GPU madenciliği de ekran kartlarının hesaplama yaparak işlemleri doğruladığı madencilik türüdür. Grafik kartlarının işlemcileri, bilgisayarların işlemcilerine göre çok daha güçlüdür ve hesaplama odaklıdır. Bu nedenle Ethereum, Zcash gibi kripto paraların işlemlerinin doğrulanmasında grafik kartları kullanılmaktadır.

4. CPU Madenciliği: Merkezi işlem birimiyle yani bilgisayarlarımızdan bildiğimiz ismiyle işlemci ile yapılan madencilik türüdür. Bu madencilik türünde transferler için kullanılan matematiksel denklemler CPU ile çözülür. Evlerde kullanılan bilgisayarlara bir madencilik yazılımı kurarak kolaylıkla CPU madenciliği yapılabilir. Ancak günümüzde bu yöntem, diğer yöntemlere göre çok düşük performanslı olması sebebiyle artık neredeyse hiç kullanılmamaktadır. Popüler kripto paraların büyük çoğunluğu için işlemcilerle madencilik yapmak imkansız hale gelmiştir. Bu madencilik türünde, yazılımın çalışması için ihtiyaç duyulan şey ise sanal kripto para cüzdanında belirli bir miktar kripto para bulunmasıdır.

5. Bulut Madenciliği: Kripto para madenciliğini yapmak için kullanıcıların bir diğer tercihi de bulut madenciliğidir. Bulut madenciliğini genellikle teknik donanımı ve zamanı kısıtlı olan kullanıcılar tercih eder. Bulut madenciliği yapmak isteyen kullanıcılar bazı şirketler tarafından satışa sunulan işlem gücünü kiralayarak belirli oranda bir komisyon ücreti öder ve şirket kullanıcılar adına kripto para madenciliği yapar. Bulut madenciliği en az 12 ay süreli sözleşmeler ile güvence altına alınır

ve kripto para madenciliğinde bu yöntem sıklıkla tercih edilmektedir. Bulut madenciliği, kripto para madenciliği yapmak isteyen ancak yeterli donanım, zaman, bilgi birikimi ya da sermayesi olmayanlar için sunulan alternatif bir madencilik yöntemidir.

IV. Yasa Dışı Kripto Para Madenciliğiyle İlgili Suç Tipleri

1. Genel Olarak

Yasa dışı kripto para madenciliği bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle yapıldığından, TCK bakımından öncelikle “bilişim sistemine girme” (m. 243) suçu olur. Bununla birlikte bilişim sistemindeki işlemlere veri niteliği atfedildiğinden “verileri değiştirme” suçu (m. 244) ile yüksek donanımlı bilgisayarlar duyuulan ihtiyaç sebebiyle “yasak cihaz veya programlar” suçu (m. 245/A) da yasa dışı kripto para madenciliğinde önem taşır. Madencilik faaliyetinde ciddi miktarda enerji kullanımı söz konusu olduğundan malvarlığına karşı suçlar arasında yer alan “karşılıksız yararlanma” suçunun da (m. 163) üzerinde durulması gerekir.

Bu kapsamda aşağıda yasa dışı kripto para madenciliğiyle işlenen suçlar değerlendirilecektir.

2. Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK m. 243)

5237 sayılı TCK'nun 243'üncü maddesine göre, bir bilişim sisteminin³⁹ bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya

³⁹ Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik madde 3/1-b'ye göre, bilgisayar, çevre birimleri, iletişim altyapısı ve programlardan oluşan veri işleme, saklama ve iletmeye yönelik sistem, “bilişim sistemi”ni ifade eder. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin “Tanımlar” başlıklı 1. maddesine göre bilişim sistemi; bir veya birçok unsuru, bir programın işleyişi aracığıyla verilerin otomatik olarak işleme tabi tutulmasını sağlayan, birbirine bağlanmış veya benzeŐen tek veya toplu tertibattır. YCGK'nun 2.3.2021 tarih ve 23-51/68 sayılı kararında bilişim sistemiyle ilgili; “Bilişim teknolojisi, yazılım, donanım, hizmetler ve ekipmanlar gibi 4 temel kategoriden olur. Öğretide yer alan bu bilgilere göre bilişim sistemi Şöyle tanımlanabilir: Yazılım, donanım, hizmetler ve ekipmanlardan oluşan teknolojiyi içinde barındıran sisteme bilişim sistemi denir. Bu tanıma göre bilişim sistemi alet veya cihazdan ibaret olmayıp birden fazla bileŐenden olur. Dikkat edilirse hem TCK'nın 243. maddesinin gerekçesinde hem de Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde yer alan tanımlarda bir alet, makine veya teçhizatın söz edilmeyip, sistem ve tertibat kavramlarına yer verilmektedir. Bu nedenle bilişim sisteminin kullanılması, bilişim sistemine dahil olan bileşenlerin bir kaçıının kullanılmasından yahut bilişim

orada kalmaya devam eden kimse suç işlemiş olur⁴⁰. Bilişim sistemine girmenin ne şekilde gerçekleştiğinin önemi bulunmamaktadır⁴¹. Bununla birlikte çoğu zaman zararlı yazılımlarla bilişim sistemine girildiği görülmektedir. Suçun oluşabilmesi için failin bilişim sistemine girdiğini bilincinde olması gerekir. Kanun koyucu, madde metninde sisteme “hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden” şeklinde bir ifadeye yer verdiğinden failinin haksızlık teşkil ettiğini bilmesi gerekir. Bu sebeple suç tipi doğrudan kastla işlenebilir⁴².

Suç teşkil eden bu fiil, Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) 202a maddesinde “veri casusluğu” başlığı altında düzenlenmiştir. Suçun oluşması bakımından mutlaka sistemdeki verilerin ele geçirilmesi aranmamaktadır⁴³. Bahse konu hükümler, tasarruf hakkına sahip kişinin saklanan veya iletilen verilerinin kullanım hakkını korur⁴⁴. Ayrıca bu düzenleme tasarruf sahibinin gizlilik menfaatini⁴⁵, bilişim sisteminin güvenliğini, özel hayatını, haberleşme hürriyetini ve şahsiyetini de korumaktadır⁴⁶.

teknolojisini barındıran bir aletin kullanılmasından ibaret olmayıp, sistemi oluşturan temel bileşenlerin kullanılmasıyla oluşur” denilmektedir.

40 TCK’nın 243’üncü maddesine göre, “(1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. (2) Yukarıdaki fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. (3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. (4) Bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini, sisteme girmeksizin teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Söz konusu suç tipi Alman Ceza Kanunu’nun “veri casusluğu” başlıklı 202a maddesinde düzenlenmiştir. Madde, “(1) Her kim, yetkisi olmaksızın, kendisinin bilgisine sunulmuş olmayan ve hak sahibi olmayanların girişine karşı özel olarak korunmuş bulunan verileri bu korumayı aşarak kendisine veya bir başkasına giriş yapma olanığı sağlarsa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Birinci fıkrada belirtilen veriden, sadece elektronik, manyetik veya sair doğrudan doğruya algılanamayacak bir şekilde kaydedilmiş veya aktarılmış olan veriler anlaşılır” şeklindedir.

41 Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2020, s. 901.

42 Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 903.

43 Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2021, s. 1148.

44 Heine, s. 444.

45 BGH: Illegales Bitcoinschürfen, s. 403.

46 Tezcan-Erdem-Önok, s. 1148, 1149; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 956; Erdoğan, Yavuz, Bilişim Sistemine Girme ve Kalma Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, Özel S., 2010, s. 1363-1433 (Basım Yılı: 2012), s. 1364.

243'üncü maddeye göre cezalandırılan ve bilişim sistemine girme olarak ifade edilen hareket, hukuka aykırı olarak bir bilişim sisteminin bir kısmına veya bütününe girmektir. Madde gerekçesinde bilişim sistemi; *"verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işleme tabi tutma olanağını veren manyetik sistem"* şeklinde açıklanmıştır. TCK'nın 243'üncü maddesinde yer alan bilişim sistemine girme suçunun madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, sistem içindeki bütün soyut unsurlar, fıkrada geçen "veri" teriminin kapsamındadır. Hukuki nitelikleri konusunda tartışmalar⁴⁷ bulunsa da blok zincir üzerinde işlem gören kripto paralar da veri olarak değerlendirilebilir⁴⁸.

Kripto para madenciliğinde gerekli bilgi işlem gücü, "Botnet-work" adı verilen bir sistem aracılığıyla sağlanır. Birkaç bilgisayarın bilgi işlem gücü bir araya getirilerek, bireysel cihazların tüm bilgi işlem gücüne sahip bir tür bilgi işlem ağı, merkezi olmayan bir şekilde oluşturulur. Böyle bir Botnet, örneğin dosyalara Truva atları gizlenerek kurulabilir. Truva atı daha sonra mağdurun bilgisayarını failin istediği amaçlar için kullanmasına imkan verir⁴⁹. Bilgisayar donanımlarının kullanılması ile mağdurun kullandığı elektrik enerjisinin ciddi şekilde arttığı görülür. Bu işlem dolayısıyla madencilik faaliyeti kapsamında 243'üncü maddedeki suç tipi ihlal edilmiş olur. Örneğin, e-posta yoluyla gönderilen zararlı yazılım casus bir program barındırıyor ve böylece doğrudan bilişim sistemine girmek mümkün oluyorsa, 243'üncü maddedeki bilişim sistemine girme suçu oluşur⁵⁰.

⁴⁷ Kripto paraların hukuki niteliğiyle ilgili görüş ve değerlendirmeler için bkz. Balcı, Murat-Çakır, Kerim, Kripto Paralara El Konulması ve Kripto Paraların Müsadere Edilmesi, Mali Hukuk Dergileri, 17.198 (2021), (1503-1534), s. 1512 vd.; Özdemir, Gençler, Kripto Paraların Eşya Niteliği, SDÜHFD C: 11, S: 1, Y: 2021, s. 302; Durdu Erdal, Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 11; Turanboy, Asuman, Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 35, Sayı:3, Eylül 2019, s. 47. Ayrıca bkz. Simmler, Monika-Selman, Sine-Burgermeister, Daniel, Beschlagnahme von Kryptowährungen im Strafverfahren, AJP/PJA 8/2018, s.968.

⁴⁸ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un tanımlar başlıklı 2'nci maddesine göre de veri, *"bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri"* ifade eder.

⁴⁹ Heine, s. 445. Ayrıca bkz. Baier, Johannes, Kriminalpolitische Herausforderungen durch Bitcoin und andere Kryptowährungen – Teil 1, CCZ 2019, s. 128.

⁵⁰ Tezcan-Erdem-Önok, s. 1153.

Bir başkasının bulut erişimini⁵¹ kullanarak kripto para madenciliği yapılması halinde de bilişim sistemine girme suçu işlenir. Bilişim sistemi üzerinden üçüncü taraf bilgisayarının kimliği kullanılır ve bulut erişimiyle kripto para madenciliği yapılırsa 243'üncü maddede yer alan bilişim sistemine girme suçu oluşur.

3. Verileri Değiştirme Suçu (TCK m. 244)

TCK'nun 244'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yaptırıma bağlanan fiil; *“bilişim sistemindeki verileri bozmak, yok etmek, değiştirmek veya erişilmez kılmak, sisteme veri yerleştirmek, var olan verileri başka bir yere göndermek”* tir. Fıkırada belirtilen seçimlik hareketlerden herhangi birinin yapılması ile suç tamamlanır. Verilerin değiştirilmesi şeklindeki seçimlik harekette, verinin içeriğinin değiştirilmesi, bir verinin yerine başka bir verinin konması, verinin başka biçimlere sokulması, niteliğinin değiştirilmesi ya da verinin başka bir görünümüne sahip olması söz konusudur. Diğer bir ifadeyle veriler üzerinde manipülasyon yapılmaktadır⁵². Değiştirme ancak orijinal verilerde söz konusudur. Kopya olan verilerin değiştirilmesi bu madde kapsamında cezalandırılmaz⁵³.

Kripto para madenciliği yapanlar alınan tedbirlere rağmen yüksek maliyetlere katlanmamak için üçüncü kişilerin bilgisayarlarına zararlı yazılımlarla girmekte ve bu bilgisayarların işlem gücünü yetkisiz olarak kullanmaktadır⁵⁴. Suçun faili ise veriler üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan kişidir⁵⁵.

⁵¹ Grzywotz, s. 181. Bulut bilişim (İngilizce: Cloud computing), bilgisayarlar ve diğer cihazlar için, istendiği zaman kullanılabilen ve kullanıcılar arasında paylaşılan bilgisayar kaynakları sağlayan, internet tabanlı bilişim hizmetlerinin genel adıdır. Bulut bilişim bu yönüyle bir ürün değil, hizmettir; temel kaynaktaki yazılım ve bilgilerin paylaşımı sağlanarak, mevcut bilişim hizmetinin; bilgisayarlar ve diğer aygıtlardan elektrik dağıtıcılara benzer bir biçimde bilişim ağı üzerinden kullanılmasıdır. Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Bulut_bili%C5%9Fim

⁵² Koca- Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 918; Akbulut, Berrin, Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme Veya Değiştirme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2016, Cilt 24, Sayı 2, (ss. 7- 55), s. 34; Alp, Barış Emre, Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme Veya Değiştirme Suçu, Ankara 2019, s. 94.

⁵³ Akbulut, Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme Veya Değiştirme, s. 35.

⁵⁴ Tahan, s. 123.

⁵⁵ Akbulut, Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme Veya Değiştirme, s. 19. Ayrıca bkz. “(...) suç

Kripto paralar belli algoritmalarla matematiksel işlemler sonucunda üretilen ve benzeri bulunmayan veriler olarak bilişim sistem araçlarında tutulmaktadır⁵⁶. Veriler, etkinleştirilmiş güvenlik duvarı ile yetkisiz erişime karşı özel olarak korunur. Verilerin değiştirilmesinden bahsedebilmek için üçüncü tarafın verilere erişimini engelleyecek veya en azından bunu önemli ölçüde zorlaştıracak şekilde kurgulanmış bir erişim emniyetinin mevcut olması gerekir⁵⁷. Veri değişikliği sonucunda, ilgili bilgisayar sistemi üzerinde internet aracılığıyla komuta kontrol sunucusuna bağlanılmış olur⁵⁸.

Kötü niyetli kişiler kripto para madenciliğinde, üçüncü taraf bilgisayarlarını kullanarak 244'üncü madde uyarınca veri değiştirme suçunu da işlemiş olabilir⁵⁹. Belirtelim ki bu durum fidye yazılımlar⁶⁰ vasıtasıyla

ile var olan sistem ve sistemdeki verilerin korunması, hem sistemin hem de sistem içerisindeki verilerin zarar görmemesi amaçlanmıştır, ancak sistemdeki verilere zarar verme dışında bu maddede tehlike suçu olarak nitelendirilebilecek iki seçimsel hareket daha düzenlenmiştir. Bunlar, sisteme veri yerleştirmek veya sistemdeki mevcut verilerin başka yere gönderilmesidir. Sistemdeki verilere müdahale niteliğindeki bu eylemleri gerçekleştiren kişiyi (faili) tespit için ise; mülkiyet, tasarruf ve kullanım yetkisine bakmak gerekecektir. Sisteme veri yerleştirme suçunun oluşması için; hukuka aykırı olarak girilen sisteme, veri sağlayıcısı tarafından izin verilmeyen şekilde veri girişi yapmak ya da veri taşıma araçları ile yüklemeye yapmak gerekir. Fail ise açıklandığı gibi veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmayan, sisteme hukuka aykırı olarak giren kişidir" (Yarg., 11. CD., 18.3.2021, 6165/2805).

⁵⁶ Değirmenci, Olgun, Cryptolocker; Bir Fidyeye Virüsünün Ceza Hukuku Açısından Analizi, Yaşar Hukuk Dergisi, C.1, S.2, Temmuz 2019, s.197.

⁵⁷ BGH: Illegales Bitcoinschürfen, s. 403.

⁵⁸ 2017 yılında Almanya'da *Kempen Eyalet Mahkemesi*, iki kişinin Bitcoin ile para kazanmak için Botnet aracılığıyla başkalarının bilgisayarlarını kötüye kullandığı bir davaya bakmıştır. Sanıklar 29.10.2014 tarihinde StGB 202a, 303a ve 263a maddeleri uyarınca üç yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. Bkz. BGH: Illegales Bitcoinschürfen, s. 401 vd.

⁵⁹ TCK'nın "Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme" başlıklı 244'üncü maddesi, "(1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükümlenir" şeklindedir.

⁶⁰ Fidyeye yazılımı, şantaj yazılımı veya fidye virüsü (İngilizce): ransomware) olarak adlandırılan fidye yazılımlarına verilen genel bir addir. Fidyeye virüsleri bulunduğu bilişim sistemleri üzerinde dosyaları erişimi engelleyerek kullanıcılardan fidye talep eden zararlı yazılımlardır. Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Fidyeye_vir%C3%BCs%C3%BC

la mağdurun bilişim sistemine veri yerleştirilmesine benzemektedir. Başlangıçta fidye yazılım mağdur tarafından indirildiğinde herhangi bir suçun oluşmadığı düşünülse de verinin başkasının sistemine yerleştirilmesiyle birlikte örneğin, zararsız bir elektronik posta görüntüsü ile 244'üncü maddenin ikinci fıkrasındaki sisteme veri yerleştirme suçu oluşacaktır⁶¹.

244'üncü maddede yer alan suçun konusunu bilişim sistemindeki veriler oluşturmaktadır. Verilerin sağlıklı kullanımını engellemeye yönelik bu fiil, 244'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca cezalandırılır. TCK'nun 244'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında; *“Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, (...) cezalandırılır”* denilmektedir. Verilere müdahaleyi yaptırım altına alan bu hüküm, Alman Ceza Kanunu'nun 303a maddesinde “verilerin değiştirilmesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, hukuka aykırı olarak verileri silen, erişilmez veya kullanılmaz hale getiren veya değiştiren kişi iki yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

Bilişim sistemine zararlı yazılım içeren dosya veya e-posta gönderilmesi halinde bilişim sistemine girme (m. 243) değil, veri gönderimi sözü konusu olduğundan 244'üncü maddedeki veri değiştirme suçu oluşur⁶². Kripto para madenciliği bakımından da fidye yazılımlarla ya da phishing (oltalama) tuzakları ile bilgisayara zarar veriliyorsa fail 244'üncü maddede göre cezalandırılır.

Bilişim sistemine girme suçunun işlenmesinden sonra (m. 243) fail ayrıca veri değiştirme suçunu da işlerse fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir⁶³. Gerçekten de bilişim sistemine girme fiili ile verileri

⁶¹ Değirmenci, s.193; Dülger, Murat Volkan, Bilişim Suçları Ve İnternet İletişim Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2020, s. 122.

⁶² Tezcan-Erdem-Önok, s. 1153.

⁶³ Koca- Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 906; Akbulut, Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme Veya Değiştirme, s. 44.

değiştirme fiili, tek fiil kapsamında örtüŐmektedir⁶⁴. Kripto para madenciliğinde üçüncü taraf bilgisayarındaki verileri bozarak veya deđiŐtirerek kriptografik Şifreyi çözen ve özel anahtarları ele geçiren kişi de 244'üncü maddenin 2nci fıkrası uyarınca sorumlu tutulur⁶⁵.

Verilere yönelik müdahale bilişim sisteminin işleyişini engeller veya bozarsa 244'üncü maddenin birinci fıkrası uygulama alanı bulur⁶⁶. Verilerin değiştirilmesinden bilişim sistemindeki verilerin niteliklerinin değiştirilmesi veya verilere yeni içerik kazandırılması anlaşılmalıdır. Kripto para madenciliğinde bilişim sistemindeki verilerde manipölasyon yapmakta ve veriler başka biçimlere sokulmaktadır⁶⁷. Kripto para madenciliğinde sistemin işleyişini engelleme ve bozma söz konusu olmadığında, fail 244'üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca cezalandırılır. Aslında burada verinin kullanım amacı dışında başka bir formata dönüştürülmesi söz konusudur⁶⁸.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, virüs bulaŐtırılan bilgisayarın işletim sistemine kayıt defteri üzerinden giriş yapılması gerektiğidir. Kayıt defteri, işletim sistemi için merkezi bir öneme sahiptir. Merkezi bir öneme sahip kayıt defterine giriş yapıldıktan sonra bilgisayar kullanıcısının bir Botnet Truva atının iŐlevselliğini fark etmeksizin failin komuta kontrol sunucusu ile gizlice internet bağlantısı kurması gerekir⁶⁹. Aksi halde, Truva Atı sisteminin kayıt defterine girişi ile veri değişikliği suçu iŐlenmiŐ olmaz. Bunun nedeni, bir veri tabanına başka bir girişin eklenmesinin mevcut verileri veya bir bilgisayar programını deđiŐtirmemesi, yalnızca veri tabanını bütünüyle büyütmesi ve artırmasıdır⁷⁰.

⁶⁴ Koca- Üzölmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 906.

⁶⁵ Aksoy Retornaz, E. Eylem, "Ceza Hukuku Perspektifinden Blokzincir." GeleŐen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, 2020, ss. 307-309, s. 309.

⁶⁶ Tezcan-Erdem-Önok, s. 1169.

⁶⁷ Grzywotz, s. 334.

⁶⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 976.

⁶⁹ Heine, s. 445.

⁷⁰ Heine, s. 445.

Kişi, üçüncü taraf bilgisayarına kripto para madenciliği yapılabilecek bir yazılım yerleştirir ve bu bilgisayarın hem işlemci gücünü hem de elektrik enerjisini kullanırsa 244'üncü maddenin 4'üncü fıkrası tatbik edilir⁷¹. Fıkırada, bilişim sisteminin işleyişini engellemek, bozmak, sistemde yer alan verileri bozmak, yok etmek, değiştirmek, erişilmez kılmak, sisteme ek veriler yerleştirmek, var olan verileri başka bir yere göndermek suretiyle kendisi veya başkasının yararına haksız menfaat sağlanması yaptırma bağlanmıştır.

Kripto para madenciliği yapmak maksadıyla bilişim sistemde yer alan verilere erişimi engelleyen ve bu suretle mağdurdan menfaat temini etmeye çalışan kişinin 244'üncü maddenin dördüncü fıkrasından sorumlu tutulması gerekir⁷². Kanun koyucu 244'üncü maddenin dördüncü fıkrasındaki suçu tamamlayıcı tali bir norm olarak düzenlemiş ve maddede tanımlanan fiillerin başka bir suç oluşturmaması halinde bu hükmün uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁷³.

4. Yasak Cihaz veya Programlar Suçu (TCK m. 245/A)

Yasa dışı kripto para madenciliğinde “yasak cihaz veya programlar”ın kullanılması suçunun işlenmesi de mümkündür. 2016 yılında 6698 sayılı Kanunla TCK'nın bilişim alanında suçlar başlıklı onuncu bölüme eklenen 245/A maddesi⁷⁴, münhasıran bilişim alanında yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçlardan bahsederek TCK kapsamında bilişim suçlarının işlenmesinde kullanılan cihazların veya bilgisayar programlarının yapılmasını, oluşturulmasını, başkalarına verilmesini veya bulundurulmasını yaptırım altına almıştır.

⁷¹ Aksoy Retornaz, s. 309.

⁷² Değirmenci, s.194, 195.

⁷³ Tezcan-Erdem-Önok, s. 1170.

⁷⁴ TCK'nun “Yasak cihaz veya programlar” başlıklı 245/A maddesinde; “(1) Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” denilmektedir.

Bireysel veya toplu halde bilişim teknolojisi ile yapılan yasa dışı kripto para madenciliğinde yüksek donanımına sahip bilgisayarların kötü amaçlı yazılımlarla tehdit edildiği ortadadır. Bilgisayarları koruma amaçlı olan programların güvenlik duvarlarını aşabilmesi yasak cihaz veya programlarla mümkün olabilmektedir⁷⁵. Bir linkin tıklanmasıyla ya da bir verinin bilgisayara indirilmesi veya kaydedilmesiyle bilgisayara zarar verilmekte ve bu sayede yasa dışı kripto para madenciliği yapılmaktadır. Bu fiilin birden fazla kişi tarafından irade ve fikir birlikteliği ile yapılması halinde müşterek fail olarak sorumluluktan bahsedilir.

245/A maddesi kapsamında bilgisayar teknolojisiyle ilgili unsurların yasa dışı faaliyetlerde kullanılması cezalandırılmaktadır. Yasa dışı kripto para madenciliği için bir cihazın, programın, şifre veya sair güvenlik kodunun üretilmesi halinde, kişi 245/A maddesi uyarınca cezalandırılır. Özellikle kripto para madenciliğinde tarayıcı seviyesinde çalışan program ve uygulamalarla kullanıcının sistemine erişilmekte ve üçüncü taraf bilgisayarının işlemci gücünün kullanılması mümkün olmaktadır⁷⁶.

Kişi, 245/A maddesinde yasaklanan fiillerden biri ile kripto para madenciliği yaparsa hem yasak cihaz veya program suçundan hem de 244'üncü maddede yer alan verileri değiştirme suçundan gerçek içtima hükümleri uyarınca ayrı ayrı cezalandırılır.

5. Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163)

Yasa dışı kripto para madenciliğinde, TCK'nun "Malvarlığına Karşı Suçlar" bölümünde yer alan "karşılıksız yararlanma" suçunun da tartışılması gerekir⁷⁷.

⁷⁵ Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 1021.

⁷⁶ Kaya, Mehmet Bedii, Hukuki Açından Bilişim Suçları, Siber Güvenlik ve Adli Bilişim (Siber Güvenlik ve Savunma: Problemler ve Çözümler), (Editörler; Şeref Sağıroğlu, Mustafa Şenol), Ankara 2019, s. 227.

⁷⁷ Bilişim sistemleri kısmında yaptığımız açıklamalarda bilişim sistemine girmekle kripto paraların veri olarak değerlendirilmesi ve veri değişikliği suçuna konu olduğunu belirtmiştik. Buradan hareketle kripto paraların malvarlığına karşı suçların konusunu oluşturduğunu da söylememiz gerekir. Bu konuda ayrıca bkz. Değirmenci, s. 197, 198. Yargıtay 6. CD'nin, 7.7.2020 tarih ve 1158/2598 sayılı kararında kripto paraların hukuki niteliğini tartışmasa da yağma suçuna konu olabileceğini belirtmiştir. Söz konusu kararda, "Oluş ve dosya içeriğine göre; kendilerini polis olarak tanıtan ve silah gösteren sanıklar ... ve ...'ın dijital para borsası sahibi mağdur ...>i zorla araca bindirip, ellerini kelepçeledikten sonra bir otoparka götürdük-

Belirtelim ki, TCK'nun 141'inci maddesinin ikinci fıkrasında "ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınır sayılır" şeklindeki hükümle maddi varlığı bulunmasa da her türlü enerjinin hırsızlık suçunun konusunu oluşturabileceği kabul edilmiş ve suçun elektrik enerjisi hakkında işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmişti. Ancak 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunla bahse konu hüküm yürürlükten kaldırılmış ve elektrik enerjisinin sahibinin rızası olmaksızın kullanılması hırsızlık suçu olmaktan çıkarılmıştır. Değişiklikle eş zamanlı olarak 163'üncü maddenin üçüncü fıkrasına "Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur" şeklinde bir hüküm eklenmiştir. Buna göre, abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi hırsızlık suçunun değil, karşılıksız yararlanma suçunun konusunu oluşturur⁷⁸.

TCK'nın 163'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre, abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi suçtur⁷⁹. Gerçekten de üçüncü taraf kişi ve kuruluşlara ait bilgisa-

leri, telefonda görüştükleri ...'ın da yönlendirmesi ile mağdura ait dizüstü bilgisayar ve cep telefonunu alıp beklemeğe başladıkları, sanıklar ... ve ...>un başka bir araba ile otoparka geldikleri, sanık ...>ın mağdurdan zorla bilgisayar şifresi ile bitcoin işlemlerinde kullandığı şifreleri aldığı ve mağdura ait bilgisayar ile işlem yapmaya çalıştığı, internet bağlantısının zayıflığı nedeniyle işlem yapmakta zorlanınca internet bağlantısının daha güçlü olduğu bir mekana gitmek istediği, bu sırada mağdurun içinde bulunduğu aracın da başka bir otoparka geçerek beklemesini kararlaştırdıkları, mağdurun kaçırıldığı aracın izinin sürülebilmesi için sanık ...'un aracın plakalarını değiştirdiği, sanık ...'la birlikte internet bağlantısı kuvvetli bir mekana giderek ...'in işlem yapmasını beklediği" denilmektedir.

⁷⁸ Konuyla ilgili Alman Ceza Kanunu'nun StGB, § 248c maddesinde de hüküm bulunmaktadır. Maddede, bir "iletken" vasıtasıyla enerji çekme suç olarak düzenlenmiştir. Kablo ve metal gibi akımı iletmeye uygun olan şeyler iletken olduğundan kötü amaçlı yazılımlarla yapılan yasa dışı kripto para madenciliğinde § 248c maddesindeki suç oluşmaz. Bkz. Tahan, s. 124, 125.

⁷⁹ TCK'nın "Karşılıksız yararlanma" başlıklı 163'üncü maddesinde, "(1) Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Telefon hatları ile frekanslardan veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayımlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur" denilmektedir.

yararlarda izinsiz olarak kripto para madenciliğinin yapılması karşılıksız yararlanma suçunu gündeme getirir. Ancak kripto para madenciliğinde üçüncü taraf bilgisayarının izinsiz kullanımı ile enerji tüketimi için failin enerjinin tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde hareket etmesi şarttır. Bu şart mevcut değilse karşılıksız yararlanma suçu oluşmaz⁸⁰.

Karşılıksız yararlanma bağlı hareketli bir suçtur. “Engelleme” ve “tüketme” şeklindeki iki fiil gerçekleşmeden eylem suç teşkil etmez. Fail, sahibinin rızası olmadan bir düzenek vasıtasıyla kendi tüketim miktarının belirlenmesini bir takım manipülatif hareketlerle engellemelidir⁸¹. Yasa dışı kripto para madenciliğinde failin enerjinin tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde hareket etmesi şart olduğundan pratikte bu fiilin işlenmesinin çok güç olduğunu belirtmemiz gerekir. Bu şart gerçekleşmeksizin üçüncü taraf kişi ve kuruluşlara ait bilgisayarlar da izinsiz olarak yapılan kripto para madenciliği karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaz.

Sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyici hareketlerle elektrik enerjisinin tüketim miktarını gösteren sistem, tüketilen miktarı hiç göstermez veya olandan daha az gösterirse, yasa dışı kripto para madenciliği bakımından karşılıksız yararlanma suçu oluşur. Bu halde fail hem bilişim sistemine girme hem de karşılıksız yararlanma suçundan ayrı ayrı cezalandırılır. Belirtelim ki, fail tüketim miktarını engelleyici bir hareket yapmaksızın elektrik enerjisinden karşılıksız olarak yararlanırsa 163’üncü maddedeki suç oluşmaz. Bu ihtimalde özel hukuk uyuşmazlığı niteliğinde bir haksız fiilden bahsedilir.

⁸⁰ Fail, enerjinin yetkisiz kullanımı için fiziksel bir iletken kullanmadığından Alman CK’nun 248c maddesi uyarınca, elektrik enerjisinde maliyet yaratan artış nedeniyle kendisini kovuşturmaya maruz kalmaz. Bkz. Baier, Johannes, Bitcoin ve Diğer Kripto Para Birimlerinden Kaynaklanan Suç Politikası Zorlukları- Bölüm 1, (Çeviren, Yener Ünver), Kripto Para ve Ceza Hukuku, (Editörler; Yener Ünver, Kayhan İçel, Kerem Öz), Ankara 2022, s. 159.

⁸¹ Yılmaz, Zahit- Apış, Özge, Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 1761; Tahan, s. 125.

Sonuç

Kripto para madenciliği konusunda tartışmalara neden olan husus, enerji kaynaklarının hızla tükendiği bir dünyada kripto para madenciliği için çok fazla enerji tüketilmesi ve bu enerjinin bazı ülkelerin enerji ihtiyaçlarına ve tüketimlerine eşdeğer olmasıdır. Bu durum ülkeleri kripto para madenciliği konusunda tedbirler almaya ve enerjiden tasarruf edilmesi konusunda düzenlemeler yapmaya sevk etmektedir. Kötü niyetli kişiler artan elektrik masraflarına katlanmamak için üçüncü taraf bilgisayarları üzerinden yasa dışı kripto para madenciliği yapar. Ancak bu durum bilişim suçlarının işlenmesi sonucunu doğurur.

Bilişim sistemine girilerek değiştirilen veriler, hukuki tanımlamaya uygun olarak elektronik, manyetik veya başka bir şekilde hemen algılan(a)mayacak bir biçimde saklanan veya iletilen türden suç objekteleridir. Bilgisayar kullanıcısı farkına varmadan zararlı yazılım otomatik olarak başlatılır. Bunun sonucunda, aslında internete kapalı olan bir erişim açılmış ve bunun üzerinden bilgisayar sistemi yasa dışı kripto para madenciliği yapmaya başlamış olur. Böylece fail tarafından işletim sistemindeki komuta ve kontrol sunucusu ele geçirilir ve veriler veri bankasına aktarılır. Bu şekilde hareket eden fail, TCK'nun 243'üncü maddede yer alan bilişim sistemine girme suçunu işler. Üçüncü tarafın bilgisayara girilmesi ve kripto para üretilinceye kadar diğer bir ifadeyle kripto para madenciliği süresince bilişim sisteminde kalınması 243'üncü maddede kapsamında bilişim sistemine girme suçunu oluşturur. Sisteme bir Truva atı yüklenmesi, ancak verilerin değiştirilmemesi halinde ise bilişim sistemindeki verilerin değiştirilmesi suçu oluşmaz.

Zararlı yazılımlarla sisteme girilmesi ve sonrasında üçüncü tarafın fark etmeyeceği bir biçimde bilgisayarın komuta ve kontrol sunucusuna bağlanması verilerin değiştirilmesi suçuna da sebebiyet verir. Kripto para madenciliğinde sistemin işleyişini engelleme ve bozma söz konusu olmadığında, fail 244'üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca cezalandırılır. Aslında burada verinin kullanım amacı dışında başka bir formata dönüştürülmesi söz konusudur.

Kötü niyetli kimseler, kripto para madenciliği yapmak için üçüncü taraf bilgisayarına 245/A maddesinde yer alan seçimlik hareketler marifetiyle bir cihaz veya programla erişim sağladıklarında yasak cihaz veya programlar suçundan ayrıca cezalandırılır.

Karşılıksız yararlanma suçu bakımından ise failin enerjinin tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde hareket etmesi şarttır. Bu şart gerçekleşmeksizin üçüncü taraf kişi ve kuruluşlara ait bilgisayarlarda izinsiz olarak yapılan kripto para madenciliği karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmaz.

Sonuç olarak, zararlı yazılım kullanarak kripto para madenciliğinin yapılması halinde öncelikle teknik analiz yapılmalı ve bu kapsamda fiil, TCK'nun 243 ve/veya 244'üncü maddeleri uyarınca değerlendirilmelidir.

Kaynakça

Agin, Nurşen Selen, Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu (TCK md.158/1-f), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Akbulut, Berrin, Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme Veya Değişirme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2016, Cilt 24, Sayı 2.

Aksoy Retornaz, E. Eylem, “Ceza Hukuku Perspektifinden Blokzincir.” Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, 2020.

Alp, Barış Emre, Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme Veya Değişirme Suçu, Ankara 2019.

Baier, Johannes, Bitcoin ve Diğer Kripto Para Birimlerinden Kaynaklanan Suç Politikası Zorlukları- Bölüm 1, (Çeviren, Yener Ünver), Kripto Para ve Ceza Hukuku, (Editörler; Yener Ünver, Kayıhan İçel, Kerem Öz), Ankara 2022.

Baier, Johannes, Kriminalpolitische Herausforderungen durch Bitcoin und andere Kryptowährungen – Teil 1, CCZ 2019.

Balcı, Murat-Çakır, Kerim, Kripto Paralara El Konulması ve Kripto Paraların Müsadere Edilmesi, Mali Hukuk Dergileri, 17.198 (2021), (1503-1534).

Balcı, Murat- Çakır, Kerim, Kripto Paraların Karapara Aklama Yöntemi Olarak Kullanılması, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 16, Sayı:46, Ağustos 2021, (ss. 311-332).

Balcı, Umut, Kripto Paraların Ceza Hukuku Boyutu ve Türk Mevzuatındaki Muhtemel Düzenlenme Yeri, TBB Dergisi 2021 (155).

Beukelmann, Stephan, Virtuelle Wahrungen, NJW-Spezial 2019.
BGH: Illegales Bitcoinschurfen, NStZ, 2018.

Boehm, Franziska– Pesch Paulina, Bitcoin: Bir İlk Hukuki Analiz- Alman ve Birleşik Devletler- Amerikan Hukuku, (Çeviren, Doğa Satı), Kripto Para ve Ceza Hukuku, (Editörler; Yener Ünver, Kayıhan İçel, Kerem z), Ankara 2022.

Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış, İÜHFM C. LXXIII, S. 2, (173-220), 2015.

Çarkacıoğlu, Abdurrahman, Kripto-Para Bitcoin, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi Araştırma Raporu, 2016.

Değirmenci, Olgun, Cryptolocker; Bir Fidye Virüsünün Ceza Hukuku Açısından Analizi, Yaşar Hukuk Dergisi, C.1, S.2, Temmuz 2019.

Dolandırıcılık Eylemleri ve Korunma Yöntemleri, Türkiye Bankalar Bilirliği, Aralık 2015.

Durdu Erdal, Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.

Dülger, Murat Volkan, Bilişim Suçları Ve İnternet İletifim Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2020.

Erdoğan, Yavuz, Bilişim Sistemine Girme ve Kalma Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, zel S., 2010, s.1363-1433 (Basım Yılı: 2012).

Goger, Thomas, Bitcoins im Strafverfahren-Virtuelle Wahrung und reale Strafverfolgung, MMR 2016.

Grzywotz, Johanna- Köhler, Olaf- Rückert, Christian, Cybercrime mit Bitcoins– Straftaten mit virtuellen Währungen, deren Verfolgung und Prävention, Strafverteidiger, 2016.

Heine, Sonja, Bitcoinler ve Botnetler- Yasadışı Bitcoin Madenciliğinde Cezalandırılabilirlik ve Malın Müsaderesi (Çev. Mehmet Karatepeli), Kripto Para ve Ceza Hukuku, (Editörler; Yener Ünver, Kayıhan İçel, Kerem Öz), Ankara 2022.

Heine, Sonja, Bitcoins und Botnetze – Strafbarkeit und Vermögensabschöpfung bei illegalem Bitcoin-Mining, NStZ 2016.

<https://tr.investing.com/news/cryptocurrency-news/abd-bitcoin-madenciliginde-lider-konuma-yukseldi-turkiyenin-pay-nekadar-2203532>

https://www.chip.com.tr/haber/mining-kripto-para-madenciliginedir-nasil-yapilir-turleri-nelerdir_96470.html

İmamoğlu, Deniz Alp, Kripto Para Birimleri Ve Türk Hukukunda Düzenlenmesi, 2. Baskı, Ankara 2021.

Kaya, Mehmet Bedii, Hukuki Açından Bilişim Suçları, Siber Güvenlik ve Adli Bilişim (Siber Güvenlik ve Savunma: Problemler ve Çözümler), (Editörler; Şeref Sağiroğlu, Mustafa Şenol), Ankara 2019.

Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2020.

Lewis, Antony, The Basics of Bitcoins and Blockchains, USA 2018.

Müller, Eckhart-Schlothauer, Reinhold-Knauer, Christoph, Münchener Anwalts Handbuch Strafverteidigung, 3. Auflage 2022.

Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2021.

Özdemir, Gençler, Kripto Paraların EŞya Niteliği, SDÜHFD C: 11, S: 1, Y: 2021.

Report of the Attorney General's Cyber Digital Task Force.

Simmler, Monika-Selman, Sine-Burgermeister, Daniel, Besc-hlagnahme von Kryptowährungen im Strafverfahren, AJP/PJA 8/2018.

Stabile, Daniel T.-Prior, Kimberly A.-Hinkes, Andrew M., Digital Assets and Blockchain Technology: U.S. Law and Regulation, Edward Elgar Publishing, USA 2020.

Tahan, Özge, Kripto Paraların Türk ve Alman Ceza Hukuku Düzenlemeleri Yönünden Değerlendirilmesi, Suç ve Ceza Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, Mart 2021.

Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2021.

Tomrukçu, Tuğçe, Kripto Varlıkların Konu Olduğu Dolandırıcılık Suçları, Kripto Para ve Ceza Hukuku, (Editörler; Yener Ünver, Kayıhan İçel, Kerem Öz), Ankara 2022.

Turanboy, Asuman, Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 35, Sayı:3, Eylül 2019.

Wenger, Tobias-Tokarski, Kim Oliver, Kryptowährungen, (Jochen Schellinger, Kim Oliver Tokarski, Ingrid Kissling-Näf Digitale Transformation und Unternehmensführung Trends und Perspektiven für die Praxis), Springer Gabler, 2020.

Yılmaz, Zahit-Apiş, Özge, Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2013, Cilt 19, Sayı 2.

■ Dr. Öğr. Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER* ■

YAŞAM HAKKININ VAZGEÇİLMEZLİĞİ VE ÖTANAZİ

THE INALIENABLE RIGHT TO LIFE AND EUTHANASIA

ÖZET

Bu çalışmanın temel amacı yaşam hakkının vazgeçilmezliğine dair farklı düşüncelerden yola çıkılarak, ötanazinin yaşam hakkı ya da diğer haklar kapsamında kabul edilip edilemeyeceğine yanıt aramaktır. Yaşam hakkı diğer hakların kullanılabilmesinin koşuludur. Doğal hukuk doktriniyle birlikte yaşam hakkının vazgeçilmezliği ortaya konmuştur ve bu anlayışın yansımaları halen bazı hukuk metinlerinde yer almakta; vazgeçilmezlik, doktrinde savunulmaya devam etmektedir. Onurlu bir biçimde ölme hakkı çerçevesinde ötanazi olgusunun karşımıza çıkmasıyla birlikte yaşam hakkının vazgeçilmezliği görüşü esnetilmekte ya da vazgeçilebilirliği savunulmaktadır. Bu bağlamda ötanazi -farklı türleri dikkati alınarak- özel yaşam üzerinde hak, özerklik hakkı veya yaşam hakkı kapsamında görülebilmektedir. Çalışmamızda bu konudaki farklı görüşlere ve mahkeme kararlarına yer verilmesinin ardından Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer alan yaşam hakkı ve diğer temel haklar çerçevesinde Türk Hukukunda ötanaziye ilişkin durumu değerlendirdik. Türk Hukuku açısından ötanazinin yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ancak belirli koşullarda farklı temel haklar kapsamında kabul edilebileceği kanaatine vardık. Bununla birlikte ötanaziye ilişkin düzenlemeler için yaşam hakkı sınır oluşturacak ya da ötanaziye kapsayan hak ile yaşam hakkı birlikte değerlendirilerek dengelenecektir. .

Anahtar Kelimeler: Yaşam hakkı, ötanazi, vazgeçilemez haklar, ölme hakkı.

ABSTRACT

The main purpose of this study is to seek answers to whether euthanasia (the right to die) can be considered within the scope of the right to life or other rights. The right to life is a requirement for the enjoyment of other rights. With the natural law doctrine, the inalienability of the right to life has been revealed and the reflection of this understanding still takes place in some legal texts; inalienability continues to be defended in the doctrine. With the emergence of the phenomenon of euthanasia, the view of the inalienability of the right to life is stretched or its alienability is defended. In this context, euthanasia can be seen within the scope of the right to private life, the right to autonomy or the right to life. In our study, after examining this issue in the light of doctrine and Court decisions, we evaluated the situation regarding euthanasia in Turkish Law within the framework of the right to life and other fundamental rights in the Constitution of the Republic of Turkey. We have come to the conclusion that it is not possible to evaluate euthanasia within the scope of the right to life in terms of Turkish Law, but it can be considered within the scope of different fundamental rights under certain conditions. However, the right to life will create a limit for the regulations regarding euthanasia, or the euthanasia will be evaluated and balanced together with the right to life..

Keywords: Right to life, euthanasia, inalienable rights, right to die.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 10.05.2022 Kabul Tarihi: 26.08.2022

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1944-1186>

Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, tijen.sezer@deu.edu.tr,

GİRİŞ

Günümüzde ötanazi uygulaması -bir diğer deyişle ölme hakkı- açık bir şekilde herhangi bir Anayasada ya da uluslararası insan hakları sözleşmesinde temel hak olarak garanti edilmemektedir. Ötanazi, bir insan hakkının/temel hakkın kapsamında değerlendirilebilir mi? Ya da onurlu bir biçimde ölme hakkının bağımsız bir insan hakkı olduğu ileri sürülebilir mi? Ötanazi dediğimiz zaman öncelikle akla gelen insan hakkı hiç kuşkusuz yaşam hakkıdır. Yaşam hakkı doğal hukuk doktrininin ortaya koyduğu en temel insan hakkıdır ve doktrinin ortaya konduğu 17.-18. yüzyıllardan bu yana insan haklarının yanı sıra yaşam hakkının da vazgeçilmezliği ileri sürülmüştür. Günümüzde de insan haklarının vazgeçilmezliği gerek bazı uluslararası insan hakları belgelerinde gerek 1982 Anayasası'nda yer almaktadır. Yaşam hakkının vazgeçilmezliğinin mutlak olduğu kabul edildiğinde, ötanazinin herhangi bir türünün yaşam hakkı kapsamında kabul edilememesi bir yana, bir başka hak kapsamında değerlendirildiğinde yaşam hakkıyla bağdaşması mümkün görünmemektedir. Çalışmamızda, öncelikle insan haklarından vazgeçme ve özelde yaşam hakkından vazgeçme konusundaki görüşlere yer verilerek, vazgeçmenin ne anlama geldiği ortaya konmaya çalışılmıştır. Ardından ötanazi kavramının anlamı ve türleri kapsamında, ötanazinin bir insan hakkının/temel hakkın kapsamına girip girmeyeceği ya da ölme hakkının müstakil bir hak kabul edilip edilemeyeceği doktrin ve yargı kararları ışığında tartışılmıştır. Son olarak Türk Hukuku açısından ötanazinin herhangi bir türünün Anayasamızda yer alan temel haklar kapsamında kabul edilip edilemeyeceği ve sınırı yaşam hakkı ışığında değerlendirilmiş ve sonuçlara varılmıştır.

I. YAŞAM HAKKINDAN VAZGEÇME SORUNU

İnsanların doğuştan, devredilmez, vazgeçilmez insan haklarına sahip oldukları düşüncesi 17. ve 18. yüzyıllarda doğal hukuk düşüncesi içinde ortaya konmuştur.¹ Doğal hukuk düşüncesi içinde bazı yazarlar savlarını kanıtlamak için “tabiat hali” ve “toplum sözleşmesi” şeklinde

¹ Zafer Gören, *Temel Hak Genel Teorisi*, (Temel Hak), Ankara-2022, s. 77.

iki temel faraziye dayandırmışlardı.² Bu akımın başlıca temsilcisi olan John Locke'a göre, "tabiat hali"nde yaşayan insanlar birtakım haklara sahiptiler ve bu hakların en başında hayat, hürriyet ve mülkiyet hakları gelmekteydi; ayrıca cezalandırma hakkına da sahiptiler. Ancak tabii kanunların uygulanmasında karışıklıklar çıkmasından dolayı bir toplum sözleşmesi ile üstün bir otorite -devlet- kuruldu ve bu otoriteye tabiat halinde sahip olunan haklardan "cezalandırma hakkı" devredildi. Devlet öncesinde sahip olunan hakların en esaslı olanları ise devlete devredilmedi. Bu bağlamda, devlet her daim, kendisinden önce var olan, kendisi tarafından bağışlanmamış olan tabii haklarla bağlıdır, onlara saygı göstermek zorundadır ve bu hakları ortadan kaldıramaz. Devletin oluşturulmasındaki temel amaç, devlet öncesinde insanların sahip oldukları hakların korunmasıdır.³ Doğal hukuktan kaynaklanan bu görüşler ışığında, insan hakları doğuştan kazanıldığı ve insan kişiliğine doğrudan bağlı olduğu için bu haklara ilişkin devredilemezlik ve vazgeçilemezlik özellikleri ortaya konmuştur.⁴

Doğal hukuktan kaynaklanan insan hakları düşüncesi Amerikan ve Fransız insan hakları bildirilerine doğrudan etki etmiştir. Bu bildirimler herkesin doğuştan, devredilmez ve vazgeçilmez insan haklarına sahip olduklarını teyit etmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi⁵ de doğal hukuktan kaynaklanan vazgeçilmez haklar görüşüne yer vermektedir.⁶ Bugün insan haklarının temellendirilmesinde doğal hukuktan kaynak-

² Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara-1993, s. 141.

³ Kapani, s. 31, 32; Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul-2003, s. 54, 55.

⁴ Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara- 2010, s. 42; Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara-2017, s. 41.

⁵ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Birleşmiş Genel Kurulunda 10 Aralık 1948 tarihinde kabul ve ilan edilmiştir.

⁶ Amerikan Bağımsızlık Bildirisinde geçen kavram "unalienability" iken daha sonra "inalienability" ifadesi kullanılmıştır. Her ikisi de vazgeçilmezlik/devredilmezlik anlamını taşımaktadır. İnsan hakları belgeleri hem vazgeçilmezlik hem devredilmezliği içermek üzere tek bir kavrama (inalienability) yer vermektedirler. 1982 Anayasası ise bilindiği gibi, 12. maddesi ile (kanaatimce anlamı tam karşılamak üzere) hem vazgeçilmezlik hem de devredilmezlik ifadesine yer vermektedir. "Inalienability" kavramının vazgeçilmezlik ve devredilmezlik anlamını taşıdığı konusunda bkz. Akıllıoğlu, s. 42 vd.

lanan görüş dışında farklı fikirler de kabul edilmekle⁷ birlikte, halen pek çok anayasada bu görüşün izlerine rastlanmakta, özellikle insan haklarının vazgeçilmezliğine gönderme yapılmaktadır. Bir diğer deyişle, insan haklarının kaynağı konusunda artık doğal hukuk görüşü eski önemini yitirmiş olsa bile, insan haklarının ve bu bağlamda yaşam hakkının vazgeçilmezliği konusunda temel düşünce ve tartışma varlığını sürdürmektedir.

Günümüzde her ne kadar insan haklarının kaynağının pozitif hukuk olduğu yolunda görüş ağırlık kazansa da “herkesin kişiliğine bağlı, doğuştan, devredilmez, vazgeçilmez haklara sahip olduğu” söylemi etkisini devam ettirmektedir.⁸ Bu söylem, iktidarların pozitif hukukla da olsa, insan haklarını ortadan kaldıramayacağı düşüncesine yapılan bir vurgu niteliğini taşımaktadır. Pozitif hukukla temellendirilse de halen insan haklarının kutsal, doğuştan, devredilmez ve vazgeçilmez olduğunun belirtilmesi, bu hakların daha güçlü bir şekilde korunması için etkili bir ifade şekli olarak da değerlendirilebilir.⁹ Bir şekilde mistisize edilecek, insan haklarının daha güçlü/kalıcı kılındığını, ahlaki ve felsefi temellere dayandırılarak çoğunluğun uzlaşısının sağlandığını görmekteyiz.¹⁰

⁷ Kuşkusuz doğal haklar öğretisine yönelik en önemli eleştiri pozitivist hukuka bağlı hukukçular tarafından yapılmıştır. Bu akımın savunucularına göre, toplumdan önce, toplu yaşama dışında bir hak düşünülemez. Kişisel hakları da kamu özgürlüklerini de toplumun ortaya koyduğu kurallar yaratır. Haklar ve özgürlükler, ancak yasaların ortaya koyduğu ölçüde vardır. İlhan Akın, *Kamu Hukuku, Devlet Doktrinleri, Temel Hak ve Özgürlükler*, Ankara-1980, s. 380.

⁸ Akın, s. 383.

⁹ Çalışmamızda “insan hakları” ve “temel hak” kavramlarına yer verilmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, insan haklarının kaynağına ve temellerine yönelik farklı görüş ve anlayışlar bulunmaktadır. Çalışmamızda yer alan “insan hakları” kavramı, pozitif hukuktan bağımsız olarak Anayasalar ya da uluslararası sözleşmelerde garanti altına alınsın ya da alınmasın, salt insan olmak sıfatıyla sahip olunan, herkesin insan onuruna uygun yaşamasını sağlayan haklar bütününe ve bir ideale işaret etmektedir. “Temel hak” veya “temel hak ve özgürlük” ise Anayasalar veya uluslararası sözleşmeler tarafından garanti edilen insan haklarını ifade etmektedir. Bu bağlamda belirli insan hakları pozitif hukuk tarafından temel hak olarak garanti edilmiş olmakla birlikte, henüz ileri sürülme aşamasında olan ve temel hak niteliği kazanmamış insan hakları da bulunmaktadır. Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, İstanbul-2014, s. 481; Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara-2004; Kapani, s. 14; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa-2020, (Avrupa), s. 94 vd; Aydan Surlu, *İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansımaları*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2010, S. 87, s. 150.

¹⁰ Uygun, s. 492, 493.

Gerek insan hakları düşüncesinde gerekse pozitif hukuk metnindeki haklar içinde en başta sayılan yaşam hakkına ilişkin olarak da bu hakkın vazgeçilmezliği pek çok yazar ve düşünür tarafından savunulmaya devam etmektedir.

Çalışmamızda bu bağlamda ilk olarak insan haklarının ve yaşam hakkının vazgeçilmezliğine yer veren başlıca hukuk metinleri belirtilecek, insan haklarının vazgeçilmezliğine ilişkin görüşler ile vazgeçilmezliğin ne anlama geldiği ortaya konmaya çalışılacak ve ardından spesifik olarak yaşam hakkının vazgeçilmezliğine ilişkin görüşler ele alınacaktır.

A. İnsan Haklarının ve Yaşam Hakkının Vazgeçilmezliğine Yer Veren Hukuksal Metinler

Gerek Amerikan kurucu babaları gerekse Fransız Devrimi'ni yapanlar doğal hukuktan kaynaklanan insan hakları düşüncesini benimsemişlerdir ve vazgeçilmez insan hakları düşüncesi Amerikan insan hakları belgeleri ile Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'ne yansıtılmıştır. 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nde *"kişilerin vazgeçilmez/devredilmez (unalienable) hakları olduğu ve bunların arasında yaşam özgürlük ve mutluluğu elde etmenin bulunduğu"* belirtilmektedir. 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisi'nin 1. maddesi *"bütün insanlar (...) topluluk haline geçtikleri zaman hiçbir sözleşme ile gelecek nesiller adına vazgeçemeyecekleri ve onları yoksun bırakamayacakları, yaratılıştan bir takım haklara sahiptir; bunlar başlıca hayat ve hürriyetten yararlanma, mülkiyet (...) haklarıdır."* hükmünü içermektedir. 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin başlangıcında *"insanların doğal, vazgeçilmez/devredilmez (unalienable) kutsal haklarının önemi"*ne yer verilmektedir. 2. madde uyarınca *"Her bir politik birleşmenin amacı; doğal ve dokunulmaz insan haklarını korumaktır. Bunlar; özgürlük hakkı, mülkiyet hakkı, güvenlik hakkı ve baskıya karşı direnme hakkıdır."*

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin başlangıç bölümünde, "insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan onur ve onların eşit ve vazgeçilmez (inalienable) haklarının tanınmasının dünyada öz-

gürlük, adalet ve barışın temeli olmasına” ifadesine yer verilmektedir. 1. maddede ise, “Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar” hükmü bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler (BM) Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin başlangıç kısımlarında “(...) insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insanlık onurunu ve eşit ve vazgeçilmez (inalienable) haklarını tanımanın, yeryüzündeki özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu dikkate alınarak” ifadelerine yer verilmiş; Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 6. maddesinde yer alan “Her insan doğuştan yaşam hakkına sahiptir” hükmü ile doğal hukuk düşüncesine gönderme yapılmıştır. Yaşam hakkı, Sözleşme’de “doğuştan” kazanıldığı belirtilen tek haktır.¹¹

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 12. maddesinde “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” hükmü bulunmaktadır. İnsan haklarının vazgeçilmezliği/devredilmezliği (inalienable rights) pek çok anayasada düzenlenmektedir: Arnavutluk Anayasası’nın 15., Alman Anayasası’nın 1., Azerbaycan Anayasası’nın 24., Bulgaristan Anayasası’nın 57., Çek Cumhuriyeti Anayasası’nın 1., Ekvator Anayasası’nın 11., Etiyopya Anayasası’nın 11., Gabon Anayasası’nın 1., Macaristan Anayasası’nın 1., Kazakistan Anayasası’nın 12., Kosova Anayasası’nın 21., Kırgızistan Anayasası’nın 16., Liberya Anayasası’nın 11., Rusya Federasyonu Anayasası’nın 17., Senegal Anayasası’nın 7., Sırbistan Anayasası’nın 3., Slovakya Anayasası’nın 12., Ukrayna Anayasası’nın 21. maddelerinde insan haklarının vazgeçilmezliği farklı ifadelerle yer almaktadır. Belize ve Seyşeller anayasalarının başlangıç bölümünde insan haklarının vazgeçilmezliği düzenlenmektedir. Haiti Anayasası’nın başlangıç bölümünde yaşam, özgürlük ve mutluluğu arama hakkının vazgeçilmezliği, Saint Lucia Anayasası’nın başlangıcında hakların ve insan onurunun vazgeçilmezliği, Andora Anayasası’nın 4. ve Polonya Anayasası’nın 30.

¹¹ Euthanasia, Human Rights and the Law, Australian Human Rights Commission, Sydney-2016, s. 26; Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Germany-2005, s. 122.

maddelerinde insan onurunun vazgeçilmezliği kayıt altına alınmaktadır.¹²

Ayrıca Liberya Anayasası'nın 11., Etiyopya Anayasası'nın 14., Ukrayna Anayasası'nın 27., Kırgızistan Anayasası'nın 21., Kuzey Makedonya Anayasası'nın 10. ve Özbekistan Anayasası'nın 24. maddesinde *yaşam hakkının* vazgeçilmezliği açıkça garanti edilmektedir.¹³

B. İnsan Haklarının Vazgeçilmezliğinin Anlamı ve İnsan Haklarının Vazgeçilmezliğine İlişkin Farklı Görüşler

İnsan haklarından vazgeçilememesi ne anlama gelmektedir? Anayasa ve uluslararası metinlerde geçen bu genel ifade söz konusu olduğunda, insan hakkına sahip olan bireyin bu hak sahipliği üzerinde tasarruf edip edemeyeceği ya da ne derece tasarruf edebileceği önem taşımaktadır.

Vazgeçilemez hak, hak sahibi tarafından kesinlikle feragat ve transfer edilemeyen hak anlamına gelmektedir.¹⁴ Günümüzde, bir doğal hakka, vazgeçilmezlik niteliği vermek bir sosyal politika olarak da değerlendirilebilir. Bu bağlamda vazgeçilmez nitelik taşıyan haklara yapılan müdahalelerin meşruiyet kazanması farklılaşmaktadır.¹⁵

Savcı'ya göre, "*Kişi olmaya son vermedikçe, insan bu hak ve özgürlüklerini kendisi bile feda edemez. Bunlardan kendisi bile vazgeçemez. Kendisi istese bile buna ne kendisi ne de başkası dokunamaz*".¹⁶ Akıllıoğlu'na göre,

¹² <https://www.constituteproject.org/constitutions?key=inalienable&lang=en>, 30.04.2022 Söz konusu Anayasaların İngilizce metinleri esas alınmıştır. Yukarıda yer alan Anayasalar ve ilgili maddelere, bu dipnotta yer alan web sitesinde yapılan taramada, "inalienable rights"/"inalienable" anahtar kelimeleriyle ulaşılmıştır.

¹³ <https://www.constituteproject.org/constitutions?key=inalienable&lang=en>, 30.04.2022. Yukarıda yer alan Anayasalar ve ilgili maddelere, bu dipnotta yer alan web sitesinde yapılan taramada, "inalienable rights"/"inalienable" anahtar kelimeleriyle ulaşılmıştır.

¹⁴ Terrance McConnell, "The Nature and Basis of Inalienable Rights", *Law and Philosophy*, April- 1984, s. 25.

¹⁵ McConnell, s. 59.

¹⁶ Bahri Savcı, *Yaşam Hakkı, Felsefi Açıldan Pratiğe Doğru*, Ankara-1980, s.11.

doğal hukuktan kaynaklanan insan haklarının vazgeçilmezliği ilkesi uyarınca, kişi hakları bağlamındaki temel haklardan vazgeçme yasağı mutlak nitelik taşır.¹⁷ Erdoğan'a göre, "insan haklarının vazgeçilmez veya devredilmez olduğunu iddia etmek onlardan gönüllü olarak bile vazgeçilemeyeceğini ve onların sözleşmelerle ortadan kaldırılamayacağını iddia etmektir. Çünkü insan hakları doğrudan bizim kişiliğimize bağlıdır." Bununla birlikte yazar, ötanaziye hakların vazgeçilmezliğini ilgilendiren kafa karıştırıcı bir sorun olarak nitelendirmektedir. Yazara göre, acılı ve ölümcül hastalarla ilgili birçok durumda hastanın hayatına son vermesinin hukuken imkânsız olması, onun haklarını ortadan kaldıracaktır. Kişinin yaşamına devam edip etmemesine izin vermek, onu tercihler yapabilen, rasyonel bir hukuk öznesi olarak görmek anlamına gelir; ancak ötanaziye yasaklamak ve acının sürmesine neden olmak, belirli bir tür ahlak yasasının bireysel özerkliğe ve ona eşlik eden haklara üstün tutulduğu anlamını taşır.¹⁸

Gören, anayasalarda geçen felsefi ve şiirsel anlatımın temel haktan vazgeçmenin meşru olup olmadığı konusunda bir dayanak vermediğini, bu yüzden temel hakların fonksiyonu konusundaki genel görüşlere başvurmanın gerekli olduğunu belirtmektedir. Yazar söz konusu görüşleri şöyle sıralamaktadır: Klasik temel hak anlayışına göre, "temel hak statülerinden vazgeçmek, özgürlüğün bir kullanım biçimi olarak görülebilir. Temel haktan vazgeçmek de bir temel hak kullanımıdır." Bir diğer görüş uyarınca, "temel haklar, içinde tüm hukuk düzeninin değer yargısı niteliğini taşıyan ilke normları olarak görülür ve temel haklar vatandaşları korumaktan öteye giden içerikleri nedeniyle vazgeçilebilir değillerdir." Yazara göre, bireyin tasarruf yetkisi tümünden bir vazgeçme anlamını taşıyacak kadar öteye gitmemeli ve vazgeçmenin belirgin bir şekilde anlaşılır ve serbest irade ile yapılması gereklidir. Ayrıca, eğer temel hak kişiliği serbestçe geliştirme özgürlüğüne hizmet ediyorsa vazgeçmenin meşru olduğu konusunda bir hipotez bulunmaktadır. Vazgeçmenin meşruluğunun değerlendirilmesi için; saldırının ağırlığı ve devamı, vazgeçme

¹⁷ Akılhoğlu, s. 44.

¹⁸ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara-2007, s. 85, 86; Norman Barry, *Modern Siyaset Teorisi*, Çev. Erdoğan, Mustafa, Ankara-2003, s. 265, 266.

olanağının kötüye kullanılma tehlikesi ile serbestçe geri alınabilen bir vazgeçmenin söz konusu olup olmadığı hususlarının da dikkate alınması gereklidir.¹⁹

Feinberg, vazgeçilemez haklar söz konusu olduğunda haktan tüümüyle vazgeçme ile geçici olarak vazgeçme arasında fark bulunduğunu ve geçici olarak haktan vazgeçilebileceğini belirtir. Örneğin fiziksel özgürlük hakkınızdan bir süre vazgeçebilir ve fakat tamamen elinizden alınmadığı için bu hakkı tekrar kullanabilirsiniz. Yaşam hakkı konusunda bu mümkün olmamakla birlikte; yazar, -aşağıda belirtileceği üzere- yaşam hakkı kapsamında yaşama son vermeye izin verilebileceği sonucuna varmıştır.²⁰

Mc Connell'e göre, vazgeçilemeyen haklar söz konusu olduğunda, hak sahibinin izin vermiş olması, o hakka yapılan müdahaleyi başlı başına meşru kılmamaktadır. Müdahalenin meşru kılınması için iznin yanı sıra farklı unsurların da söz konusu olması gereklidir.²¹ McConnell ayrıca, vazgeçilemez hakların kime ödevler yüklediğini, bu ödevlerin neler olduğunu ve kime karşı yerine getirileceğini sorgulamaktadır. Eğer vazgeçilemez haklarla kişinin kendisine ödev yükleniyor ise paternalist (babasal/koruyucu) tez²² haklı çıkmaktadır. Bunun dışında ödev yüklenen

¹⁹ Gören, Temel Hak, s. 77-82.

²⁰ Joel Feinberg, "Voluntary Euthanasia and Inalienable Right to Life", *The Tanner Lecture on Human Values* delivered at Michigan University, 01.04.1977, https://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/f/feinberg80.pdf, 30.12.2021, s. 246 vd- 255 vd.

²¹ McConnell, s. 31; Oysa ki, vazgeçmenin mümkün olduğu haklarda, salt izin verilmesi müdahaleyi meşru kılar.

Yazar vazgeçilemeyen haklar doktrinine ilişkin olarak, dar ve geniş olmak üzere iki farklı yorum bulunduğunu belirtmektedir. Birinci yorum uyarınca, vazgeçilemeyen hak söz konusu olduğunda hak sahibinin izin vermiş olması, hakka yapılan müdahaleyi başlı başına meşru kılmaz. Müdahalenin meşru olması için farklı koşulların devreye girmesi gerekir. Geniş yorum uyarınca ise, hak sahibinin izni hakka yapılan müdahaleyi meşru kılmak için ne gereklidir ne de yeterlidir. (Örneğin bilinci açık olmayan bir hasta için, ağır hastalıktan dolayı biyolojik ölüm kaçınılmaz ise, ailesinin izni ile pasif ötanazinin uygulanması gibi). Yazar, -özellikle yaşam hakkı söz konusu olduğunda- birinci yorumu benimsemektedir ve izin şartını mutlaka gerekli görmektedir.

²² Paternalist görüş uyarınca, yaşam hakkı emredici bir haktır; ölme hakkı bulunmamaktadır ve fakat sadece yaşamı sürdürme hakkı bulunmaktadır. "Yaşam hakkı" hak biçiminde formüle edilmiş de olsa temelde bir ödevdir. Söz konusu hak yerine getirilmeli ve asla kendisinden vazgeçilmelidir. Bu haktan vazgeçmek isteyen kişi, kendisi için neyin iyi olduğunu bilmeyen bir kimsedir. Bu bağlamda yaşam hakkı/ödevi, çocukların okula gitme ödevine ya da hükümlünün ceza çekme yükümlülüğüne benzetilebilir. Ayrıntılı bilgi konusunda bkz. Feinberg, s. 254. Bu yaklaşım, kişilerin ölüm kararının, kendileri için kötü bir karar olacağını ortaya koyar ve devletin koruyucu rol üstlenmesini, insanların kendi menfaatlerini koruyamadıkları zamanlarda onların menfaatlerini koruması gerektiğini savunur. İnceoğlu, Ölme Hakkı, s. 109.

diğer kişiler hak sahibine mi yoksa topluma karşı mı yükümlüdür sorusu da hak sahibinin talebini dikkate alan üçüncü kişiler açısından önem taşımaktadır.²³ Bu bağlamda yazar, vazgeçilemez hakların sahibine bir ödev yüklediği, başkalarına ödev yüklediği sonucuna varmıştır. Ödev yükümlüsü olan üçüncü kişiler ise, salt hak sahibinin iznine/talebine dayanarak hakka müdahale etmemek ödevi ile yükümlüdür. Taleple birlikte, başka unsurların bulunması ise müdahaleyi meşru kılabilir.²⁴

C. Yaşam Hakkının Vazgeçilmezliği

1. Yaşam Hakkı ve Kapsamı

Yaşam hakkı, doğal hukuk düşüncesi içinde devlet öncesinde kişilerin sahip olduğu ileri sürülen hakların başta gelenidir. Bu düşünce sistemi içindeki insan hakları kataloğu -yaşam, hürriyet, mülkiyet, mutluluğu arama hakkı gibi hakları içerecek şekilde- son derece sınırlıydı. Yaşam hakkı gerek ilk insan hakları bildirileri ve anayasalarda gerekse günümüz anayasaları ile uluslararası sözleşmelerde en başta garanti edilen insan hakkıdır. Yaşam hakkı diğer hak ve özgürlüklerin kullanılmasının koşulu olduğundan, bazı yazarlarca, diğer insan haklarından hiyerarşik olarak da üstün görülebilmektedir.²⁵

Yaşam hakkının öne sürülen temel özellikleri, hiyerarşik olarak diğer hakların üzerinde kabul edilebilirliği,²⁶ onların önkoşulu olması,

²³ McConnell, s. 41.

²⁴ McConnell, s. 56.

²⁵ İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul-1998, s.154.

²⁶ Her ne kadar yaşam hakkının hiyerarşik olarak diğer hakların üzerinde olduğu uzun yıllar genel olarak kabul görmüş olsa da özellikle İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin kabulünden itibaren tüm insan haklarının birbirlerini tamamladığına işaret eden insan haklarının bütünselliğine ilişkin anlayış ön plana çıkmaya başlamıştır. BM Genel Kurulu kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik ve sosyal hakları iki ayrı Sözleşme içinde garanti etme kararı olsa da eşzamanlı olarak insan haklarının bütünselliğine ilişkin karar almıştır. Akabinde Genel Kurul, insan haklarının bütünselliğine vurgu yapan farklı kararlar almıştır. (bkz. BM Genel Kurul Kararı 543(IV), 1952; BM Genel Kurul Kararı 41/181, 1986); 1969 yılında Uluslararası İnsan Hakları Konferansı sonucunda kabul edilen "Ekonomik Gelişme ve İnsan Hakları"na ilişkin Karar'da, 1969 tarihli Tahran Bildirisi'nde ve 1993 yılında 171 ülke temsilcilerinin katıldığı Dünya Konferansında kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı'nda bütün insan haklarının bölünmezliği ilkesi teyit edilmiştir.

evrenselliği, insanları eşitleyici özelliği ve vazgeçilmezliği şeklinde karşımıza çıkmaktadır.²⁷

Günümüzde insan haklarının dinamik bir kavram olduğu kabul edilmektedir. Bir yandan yeni insan hakları ileri sürülerek pozitif hukuk metinlerine geçirilmekte, diğer yandan hakların kapsamı doktrin ve yargı kararları ile daha geniş olarak yorumlanmaktadır. Yaşam hakkı ilk ortaya konuş biçimi ile ve negatif/pozitif/aktif statü hakları ayrımı uyarınca uzun yıllar salt dokunulmaması gereken bir hak olarak görülmüştür. Yaşam hakkı konusunda devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu olgusu 20. yüzyılın sonlarına doğru kabul edilmiştir.²⁸

Bu bağlamda yaşam hakkının kapsamı konusunda üç temel görüş bulunmuştur. Birinci görüş yaşam hakkını salt öldürülmeme hakkı olarak yorumlarken, ikinci görüş uyarınca devletin salt öldürmeme yükümlülüğü dışında yaşam hakkının sağlanması konusunda pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Üçüncü görüşü savunanlara göre, yaşam hakkının kapsamında, beslenme hakkı, sağlık hakkı, iyi bir çevrede yaşama hakkı, konut hakkı gibi yaşamı onurlu bir biçimde sürdürmek için gerekli olan haklar da bulunmaktadır.²⁹

1990'lerden itibaren yargısal içtihat uyarınca yaşam hakkının salt öldürülemezlik hakkı olduğu anlayışı terkedilmiştir ve hukuksal metinlerde pozitif yükümlülüklerle ilişkin düzenleme olmasa da; devletlerin yaşamı koruma, yaşam hakkı ihlallerini önleme, soruşturma yapma, cezalandırma ve tazmin etme yükümlülükleri olduğu anlayışı kademeli olarak kabul edilmiştir.³⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat-

²⁷ Tijen Dündar, *Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Hakkı*, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Zafer Gören), İzmir-1998, s. 7 vd.

²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaşam hakkı konusunda devletin pozitif yükümlülüklerini ortaya koyan ilk kararları için bkz. Dündar, s. 37 vd.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dündar, s. 3 vd.; Feinberg, s. 224.

³⁰ BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi'nin 2018 tarihli ve 36 no'lu Genel Yorumu Sözleşme'nin 6. maddesinde garanti edilen yaşam hakkına ilişkindir. Genel Yorum'da, yaşam hakkının kapsamının dar yorumlanmaması gerektiği belirtilerek, devletlerin pozitif önlemler alması gerektiği belirlenmiştir. p. 7, 21 vd; Bu konuda geniş bilgi için bkz. Elizabeth Wicks, *The Right to Life and Conflicting Interests*, Oxford-2010, s. 67 vd.

ları doğrultusunda devletlerin yaşamı koruma konusundaki yükümlülükleri bir sonuç değil bir araç ve imkân yükümlülüğüdür.³¹ Yaşam hakkının kapsamı henüz üçüncü görüş doğrultusunda kabul edilmese de yargısal kararlarla gün geçtikçe yaşam hakkının -sağlık, çevre, konut haklarının farklı unsurlarını da içinde barındıracak şekilde- daha geniş yorumlandığını görmekteyiz.³²

Yaşam hakkı -çoğu kez düşünülenin aksine- mutlak haklar arasında değildir.³³ Mutlak haklar (örneğin, işkence yasağı, kölelik yasağı) herhangi bir şekilde sınırlandırılmayan ya da müdahale edilemeyen haklardır. Yaşam hakkına ilişkin olarak ise uluslararası sözleşmeler ve anayasalarda -meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararının yerine getirilmesi durumlarında meydana gelen öldürme fiilleri ve hatta ölüm cezası gibi- sınırlar/istisnalar yer almaktadır.³⁴

Yaşam hakkı açısından gelinen son noktada karşımıza çıkan durum, yaşam hakkının onurlu bir yaşam sürme bağlamında ölme hakkını içerip içermeyeceği ya da ötanazi ile yaşam hakkının bağdaşır bağdaşmayacağıdır. Yaşam hakkının vazgeçilmezliği mutlak olarak kabul edildiğinde, bu hususların kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

2. Yaşam Hakkından Vazgeçilebilir mi?

İnsan haklarının vazgeçilmezliği söz konusu olduğunda, akla ilk gelen hak, doğal hak olarak ortaya konulan ve devlet üstü haklar arasında sayılan yaşam hakkı olmaktadır.

³¹ Feyyaz Gölcüklü, İnsan Hakları ve İnsancıl hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı Seminerinde Sunulan Tebliğ, *İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Araştırmaları Merkezi Yay.*, İzmir-1997, s. 45.

³² Bkz. Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", *Uluslararası İlişkiler*, Y. 2020, C.7, S.27, s. 121 vd.

³³ McConnell s. 29, 30.

³⁴ Bkz. Dündar, s. 137 vd.

a. Yaşam Hakkının Vazgeçilmezliğine İlişkin Görüşler

Yaşam hakkının vazgeçilemez nitelikte olduğu özellikle bu hakkın doğasından kaynaklanan nedenlerle savunulmaktadır. İnsan haklarından vazgeçilemeyeceğini ortaya koyan düşünürlerden John Locke, kimsenin kendisine ait yetkilerden fazlasını başkasına veremeyeceğini; kişinin kendi hayatına son verme yetkisinin bulunmadığı gibi, öldürülmesine izin vermesinin de mümkün olmadığını belirtmişti.³⁵ Hobbes'a göre, kişinin kendi hayatına zarar vermesi veya onu korumaması yasaktır ve bu durum akıl yoluyla tespit edilebilecek genel bir kuraldır.³⁶

Savcı'ya göre, "kişinin kendisi bile bireysel kişilik hakkı kuramının bu, ilki ve sonsuzluğu kapsayan yaşam ve yaşamını sağlık bütünlüğü içinde sürdürme olgusuna zarar verecek hiçbir eylemde bulunamaz", "İnsan insan olarak kaldıkça böyle bir vazgeçme ve rıza söz konusu olamaz. Hukuk insanı kendisine karşı da korur", "Birey kendini öldürme yoluyla kişiliğinden tümünden vazgeçemez".³⁷ Akıllıoğlu'na göre, yaşam hakkı gibi kişiliğe sıkı sıkıya bağlı haklardan vazgeçilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte yazar, insan haklarının vazgeçilmezliği ile insan onuru ve ölümcül hastaların durumu gibi konularda çatışma yaşandığını da tespit etmektedir.³⁸

Kişinin bedeni üzerinde sahip olduğu bu hak kendi vücut varlığını sona erdirmeye yetkisi vermemektedir. Hayat üzerinde tasarruf hiçbir surette caiz değildir.³⁹ Kişi, kendi yaşam hakkını gözetmek zorundadır. İnsanın yaşama hakkına son verme özgürlüğü bulunmamaktadır.⁴⁰

³⁵ John Locke, *Two Treatise of Government*, London-1823, s. 114, <https://www.yorku.ca/comminel/courses/3025pdf/Locke.pdf>, 19.08.2022; Ayrıca bkz. Mc Connell, s. 45.

³⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Reprinted version of 1651, Oxford, 1965, s. 99. https://files.libertyfund.org/files/869/0161_Bk.pdf, 19.08.2022; Ayrıca bkz. John Fleming, "Euthanasia: Human Rights and Inalienability", *The Linacre Quarterly*, Y. 1996, V. 63, N.1, s. 48.

³⁷ Savcı, s.18, 19, 32.

³⁸ Akıllıoğlu, s. 44.

³⁹ Aytekin Ataay, "Vücut (Beden) ve Ceset Üzerindeki Hak", *İÜ- Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 1996, C. 20, s. 23, 25.

⁴⁰ Ahmet Mumcu, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Ankara-2003, s. 147; Fleming, s. 44, 53; Rajesh Kumar Pathak, Right to Die: International Perspective, *Criminal Law Journal*, Y. 2009, V. 2, s. 92; Arzu Beşiri, "Ötanazi ve Yaşam Hakkı", *Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2009, S. 86, s. 202.

Gürcan, çeşitli insan hakları arasında vazgeçilmezlik bakımından alt sınıflandırma yapılmasının mümkün olduğu kabul edilse bile, yaşam hakkı açısından vazgeçilmezlik/devredilmezlik özelliğinin genel olarak kabul edildiğini, bu konuda fazla bir itiraz bulunmadığını belirtmektedir.⁴¹

Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesi açısından da "kimse hak ve ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez ve onları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz". Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükmü uyarınca kişilik haklarından vazgeçmek mümkün değildir ve yaşam hakkı kişilik haklarının en başta gelenidir. Bu madde uyarınca kişi kendi yaşamına son verme hakkına sahip olmadığı gibi, kendisinin öldürülmesine rıza da gösteremez. Yaşam hakkı gibi kişilik haklarından veya kişiliğe sıkıca bağlı haklardan vazgeçilmesi mümkün ve geçerli değildir.⁴² Medeni Kanun'un 23. ve Anayasamızın 17. maddesi karşısında iyileşmesi mümkün olmayan hastaların kendi rızaları dahi olsa, ötanazinin kabul edilmesi mümkün değildir.⁴³

Yaşam hakkının vazgeçilmez oluşu, toplumdaki her insanın hayatının hiçbir kıymetle ölçülemeyecek derecede önemli olmasının yanında, toplumun menfaatlerinin korunması açısından da gerekli görülmüştür. Türk Ceza Kanunu'ndaki insan öldürmeye ilişkin normlar ile sadece kişilerin yaşam hakkı değil, aynı zamanda toplumsal bir değer olan insan hayatı korunmaktadır. Hukuk düzeni, hayat varlığının kaldırılması konusunda rızaya etki tanımamaktadır. Fiziki bütünlük sadece bireyin kendisi için değil, aileye, topluma ve devlete olan görevlerin yerine getirilmesi açısından da önem taşımaktadır.⁴⁴ İlginin rızasının hukuka

⁴¹ Ertuğrul Cenk Gürcan, "Ötanazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, C. 60, S. 2, s. 263.

⁴² Aysun Altunkaş, "Ötanazinin Türleri ve Ötanazinin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi" içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), *III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu*, Seçkin- 2017, s. 84.

⁴³ Jale Akipek-Turgut/Akıntürk-Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, İstanbul-2014, s. 360, 361.

⁴⁴ Muhtar Çağlayan, "Ötanazi ve İntihar", *Adalet Dergisi*, Y. 57, 1966, S. 1, s. 3, 4; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara- 2008, s. 176-178.

uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle kişinin mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkının söz konusu olması gereklidir. Yaşam hakkı, vazgeçilmez olup, üzerinde tasarruf edilebilecek bir hak değildir.⁴⁵ Türk Ceza Hukuku'nda ağırlıklı olarak, kişinin yaşam hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin kapsamına yaşam hakkına karşı gerçekleştirilecek fiillere rıza göstermenin girmediği ve yaşam hakkına son verilmesine gösterilen rızanın geçerli olmadığı kabul edilmektedir.⁴⁶ Yaşam hakkı en üstün değerdir ve bu hakka yapılan her müdahale hakkın özünü ortadan kaldıracığı için, üzerinde başkasının fiiline rıza gösterecek tasarruf etmeye elverişsiz bir haktır.⁴⁷

Anayasamızın 17. maddesinde de yaşam hakkının istisnaları sınırlı olarak sayılmaktadır. Burada sayılan nedenler arasında kişinin rızası ile başkası tarafından yaşamına son verilmesi yer almamaktadır. Yaşam hakkı başkalarından gelecek saldırılara karşı mutlak surette korunmaktadır.⁴⁸

Yaşamın kutsallığı ya da dokunulmazlığı tezi uyarınca, insan onura, iradeye sahip olduğu için doğadaki diğer varlıklardan farklıdır ve insan yaşamının dokunulmaz, üstün bir anlamı bulunmaktadır. İnsan olmanın özel değeri, insan yaşamının ve bedeninin korunmasını zorunlu kılmaktadır. İnsan bedeninin varlığı diğer hakların kullanılması için de vazge-

⁴⁵ Toroslu'ya göre, yaşam hakkının tasarruf edilemez olduğuna hiç kuşku yoktur. Zira Ceza Kanunu ölümlenilen rızasına herhangi bir etki tanımamıştır. Toroslu, s. 162; Meral Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul-2012, s. 120; Özge Demirörs/Sevinç Arslan Hızal, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 1505, 1510: Bu bağlamda Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edilebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez." hükmü uyarınca, kişinin ancak üzerinde mutlak tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak geçerli bir şekilde rızasını açıklayabilir. Yaşam hakkı kişinin üzerinde mutlak tasarrufta bulunabileceği bir hak değildir.

⁴⁶ Ekici Şahin, s. 122, 123: Yaşam hakkına rıza ile son verilmesi, pek çok hukuk sisteminde normal adam öldürme suçlarından ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmektedir. Genellikle talep üzerine adam öldürme olarak isimlendirilen bu suç tiplerinde, rıza fiili hukuka uygun hale getirmesiz ancak rıza cezaı hafifleten bir neden olarak ele alınır.

⁴⁷ Ekici Şahin, s. 263.

⁴⁸ Ekici Şahin, s. 262.

çilmezdir.⁴⁹ Söz konusu tez, özet olarak, yaşam hakkının diğer haklardan önemli olduğunu ve hiçbir gerekçeyle bu haktan vazgeçilemeyeceğini öngörmektedir.⁵⁰

b. Yaşam Hakkının/Yaşamın Vazgeçilebilirliğine İlişkin Görüşler

Yaşam hakkının vazgeçilebilirliğini savunan yazarlardan Güven, kişinin kendisi dahil herkesin, bu hakka saygı göstermek ve onu ihlal etmemekle yükümlü kılındığını belirtmiştir.⁵¹ Bununla birlikte, Güven'e göre, hak ve özgürlüklerin olumlu yönleri olduğu gibi olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Hangi felsefi düşünce benimsenirse benimsensin, yaşam hakkının olumsuz yönünü oluşturan yaşamama hakkı da kişinin özerklik alanına dahil sayılmalıdır.⁵² Devletin yaşam hakkını koruma konusundaki görevinin sınırı, bir kimsenin açık iradesi aleyhine sonuç doğuracak şekilde yorumlanmamalıdır. Kişinin yaşam hakkının korunmamasındaki menfaati ile devletin yaşamı koruma konusundaki menfaati karşılaştırıldığında, kişinin menfaatine ağırlık verilmelidir.⁵³ Güven ayrıca, Medeni Kanun'daki kişilik haklarından feragat yasağının, Anayasa'nın 12. maddesi doğrultusunda yorumlanması gerektiğini ve 12. maddenin iki fıkrasının⁵⁴ beraber değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. 12. maddenin ikinci fıkrası, temel hak ve özgürlüklerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları da ihtiva edeceğini düzenlemektedir. Yazara göre, bu fıkra uyarınca, temel hak ve özgürlükler kişinin kendisine karşı değil, üçüncü şahıslara karşı ödev yüklemektedir. Hak ve özgürlükler, sahibine başkalarına zarar vermeyecek ödev ve sorumluluklar yüklemektedir. Bu bağlamda yazar,

⁴⁹ Bkz. İnceoğlu, Ölme Hakkı, s. 65.

⁵⁰ İnceoğlu, Ölme Hakkı, s. 112.

⁵¹ Kudret Güven, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, Ankara-2000, s. 2, 5.

⁵² Güven, s. 96.

⁵³ Güven, s. 109.

⁵⁴ Anayasa md. 12: *Temel hak ve hürriyetlerin niteliği* "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."

yaşama hakkının yaşama ödevi doğurmadığı sonucuna varmaktadır.⁵⁵

Eroğul'a göre, "özgürlük insanın kendisini belirleyen koşulların bilincine ulaşarak, bu koşulların elverdiği çerçevede kendi yazgısını belirlemesidir". Yazara göre, kişinin kendi doğumunu belirlemesi söz konusu olamaz; buna karşılık yaşamını sürdürme ya da yaşamına son verme olanağına sahiptir. Ölümün zamanını ve biçimini seçmek her birey için bir özgürlük sorunudur.⁵⁶

Ünver, yaşamak bir hak ise bunun üzerinde tasarruf edilebileceğini; bir hakkın bireye sıkı sıkıya bağlı hak olmasının o hak üzerinde tasarruf edilmeyeceği anlamını taşımadığını belirtmektedir.⁵⁷ Yazar, TCK md. 26/2⁵⁸ üzerinden tartışmaya katkı sağlamaktadır. Yazar, Türk Hukuku'nda bu hükme dayanılarak kişinin kendi yaşamı üzerinde mutlak surette tasarruf hakkının bulunmadığının savunulduğuna dikkat çekmektedir. Bununla birlikte yazara göre, TCK Md. 26/2'de yer alan ifade, daha çok suçla korunan hukuksal değer taşıyıcısının toplum ve devlet olduğu, bireyin rızasının hukuken geçerli olmadığı suçların maddi konusunu ifade etmek için kullanılmıştır ve bu nedenle, yaşam hakkının -salt bu maddedeki ifade nedeniyle- tasarruf edilemeyecek bir hak olmadığını belirtmektedir.⁵⁹ Yaşamak bir hak ise, onun üzerinde tasarruf etmek de mümkündür. Hukuken geçerli rıza, üçüncü kişinin eylemini de hukuka uygun hale getirir.⁶⁰ Farklı yazarlara göre, yaşam hakkı üye-

⁵⁵ Güven, s. 98, 99.

⁵⁶ Cem Eroğul, "Ölüm Hakkı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Y. 1993, C. 48, S.1, s. 53.

⁵⁷ Ünver, s. 67.

⁵⁸ Md. 26/2: "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez". Bu bağlamda Yazar, pasif ötanazinin yanı sıra aktif ötanaziye ilişkin eylemlerin de cezalandırılmaması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Ünver, s. 42.

⁵⁹ Ünver, s. 40, 41.

⁶⁰ Ünver, s. 66. Öztürk ve Erdem, Türk Ceza Kanunu'nda ilgilinin rızasının düzenlenmekle, ötanaziye yasal bir zemin hazırlanmış olduğunu belirtmektedirler. Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara- 2015, s. 231; Ünver, TCK md. 26/2'deki "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere" ifadesinin anlamının ne olduğun öğretide tartışmalı olduğunu, genel olarak yaşam üzerinde mutlak surette tasarruf hakkının bulunmadığının ifade edildiğini belirtir. Ancak yazara göre, 26/2'de yer alan ifadeden yaşam hakkı üzerinde bireyin tasarruf edemeyeceği sonucu çıkarılamaz. Maddede yer alan ifade, daha çok ilgili suçla

rinde tasarruf edilemeyeceğini söylemek, devletin ve toplumun bu hak-ki kişi adına elinde tuttuğunu söylemek anlamına gelecektir.⁶¹

Feinberg, ötanazi söz konusu olduğunda kişilerin, -18. yüzyıl doktrininin ortaya koyduğu vazgeçilmez haklar fikrini reddetmek ya da ahla-ken makul gelmesine rağmen ötanaziyi savunmaktan vazgeçmek şeklinde- bir ikileme karşılaştığını belirtmektedir. Yazar ölme hakkı ile yaşam hakkının vazgeçilmezliğinin uygun bir yorumla uzlaştırılarak, iki alter-natif arasında orta bir yol bulunabileceğini savunmaktadır.⁶² Ölme hak-ki ve yaşam hakkının vazgeçilmezliği konusunda üç temel görüş bulun-maktadır. Birinci görüş, paternalist görüştür. Bu görüş uyarınca, yaşam hakkı vazgeçilmez ve emredici bir haktır. Yaşam hakkı, -eğitim hakkının bir çocuğa okula gitme görevi yüklemesi gibi- sahibine görev yükler. Takdire dayalı haklarda yapma ve yapmama hakkı bir arada bulunmak-tadır. Ancak, yaşam hakkı emredici hak olduğu için, hak sahibinin yaşa-mını sürdürme hakkı vardır; yaşamına son verme hakkı yoktur.⁶³ İkinci görüş uyarınca yaşam hakkı takdire dayalı bir haktır. Ölme hakkı, -bir paranın iki yüzü gibi- yaşamı sürdürme hakkının bir diğer görünüm bi-çimidir. Yaşam hakkı, diğer kişilere nasıl öldürmeme yükümlülüğü veri-yorsa, ölmeye ilişkin seçimi engellememe görevi de yüklemektedir. Kişi ölme konusunda kendi seçimini gerçekleştirdiğinde yaşam hakkından vazgeçmemekte, yaşam hakkının bir başka görünüm biçimini gerçekleşt-irerek hakkını kullanmaktadır. İntihar eden kişi, diğer kişilerin müdahale etmemesini talep etmektedir. Kişi kendisini öldüremediği durumda ise, bir başka kişinin kendisini öldürmeme ödevini kaldırmakta ve ölme hakkını gerçekleştirmek için yaşam hakkı bırakılmaktadır (waive). Hak-tan vazgeçmek, hakka ilişkin takdir hakkını bırakmak anlamına gelmek-tedir. Bu bağlamda, yaşam hakkından yani takdir hakkını kullanmaktan

korunan değer taşıyıcısının toplum veya devlet olduğu suçların maddi konusunu belirtmek için kul-lanılmıştır. Yener Ünver, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi" içinde: Centel, Nur (Der.), Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Disiplinler arası Hukuk Çalışmaları Serisi* No.1, İstanbul-2011, s. 41.

⁶¹ Ünver, s. 68; Erika Biton Serdaroğlu, "Ötanazi-Ölme Hakkı", *Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 487.

⁶² Feinberg, s. 223.

⁶³ Feinberg, s. 254.

vazgeçilemez ancak yaşamdan vazgeçilebilir.⁶⁴ Feinberg'e göre, Amerikan kurucu babalarının yaşam hakkının vazgeçilmezliği ile kastettikleri anlam da bu idi.⁶⁵ Üçüncü görüş olan aşırı antipaternalist görüşe göre de yaşam hakkı takdire dayalı (emredici olmayan) bir haktır. İkinci görüşten farkı yaşamdan vazgeçebilmenin yanı sıra yaşam hakkından da vazgeçileceğini ortaya koymasıdır. Bu görüş uyarınca, özgür ve özerk bir kişi tam olarak bilgilendirilmiş ve etki ya da baskı altında kalmamış ise herhangi bir hakkından vazgeçebilir. Böylelikle Feinberg, vazgeçilmez yaşam hakkına ilişkin son iki yorum uyarınca, isteğe bağlı ötanazinin yaşam hakkını ihlal etmediğini ileri sürmektedir.⁶⁶ Yazar ikinci görüşü benimsenmekte ve *isteğe bağlı* ötanazi yoluyla yaşam hakkından vazgeçilmediğini ve yaşam hakkının ihlal edilmediğini belirtmektedir.⁶⁷

Mc Connell, Feinberg'ın görüşünün aksine, yaşam hakkından vazgeçmek için sadece kişinin isteğinin/izninin olmasını yeterli görmemektedir. Yaşam hakkına yapılan müdahalenin meşru olması için izin dışında farklı unsurların da eklenmesi gereklidir. Yaşama son verme/ötanazi söz konusu olduğunda, yaşam hakkına yapılan müdahaleyi sadece kişinin izni meşru kılmaz, ağır hastalık durumunda doğal ölümün çok yakın olması gibi unsurların da bulunması gereklidir.⁶⁸ Yaşam hakkı söz konusu olduğunda sadece hak sahibinin talebinin öldürmeyi meşru kılmaması genel olarak topluma verilen *zararla* da açıklanmaktadır. Bu bağlamda yaşam hakkı diğer haklardan farklıdır ve özel bir yere sahiptir. Yazar, yaşam hakkının haklı olarak vazgeçilemez hak olarak nitelendiğini vurgulamakta ve vazgeçilmez yaşam hakkı söz konusu olduğunda, hak sahibinin talebine eklenen (dayanılmaz acılar ve ölümcül hastalık

⁶⁴ Bu görüş uyarınca, vazgeçilemez hakları tamamen bırakmak/bu haklardan feragat etmek (relinquish) mümkün değildir; ancak bu hakları geçici olarak bırakmak mümkündür. Örneğin tüm mülkünüzü satabilir, paranızı başkasına başılayabilirsiniz; ancak bu durum tekrar mülk edinmenizi engellemeyecektir. Bu akıl yürütme yaşam hakkı söz konusu olduğunda kolay işletilememekle birlikte, yazar yaşam hakkı söz konusu olduğunda ve intihar ya da ötanazi gerçekleştiğinde yaşam hakkından değil yaşamdan vazgeçildiğini savunur. Feinberg, s. 249, 255.

⁶⁵ Feinberg, s. 254, 255.

⁶⁶ Feinberg, s. 254-257.

⁶⁷ Feinberg, s. 257.

⁶⁸ Mc Connell, s. 32.

gibi) şartların varlığı halinde ötanazinin meşru olduğu sonucuna varmaktadır.⁶⁹ Bu halde toplum zarar görmeyecek midir? Örneğin, ötanazi kabul edildiğinde, yaşlılar ve ağır hastalar ölümlerinin istendiğini hissedebileceklerdir. Yazar, hukuk kurallarıyla sıkı tedbirlerin alınması durumunda zararın ortaya çıkmayacağını savunmaktadır.⁷⁰

Benatar, yaşam hakkının vazgeçilemez hak olduğu kabul edilse dahi bu haktan feragat edilebileceğini (waive) belirtmektedir. Yaşam hakkı öldürülmemeyi talep etmeyi içerir ve bu durum üçüncü kişilere ödev yükler⁷¹. Ancak kişi öldürülmemeyi talep etmekten feragat edebilir. Bu bağlamda bir mal bağışlanırken mülkiyet hakkından feragat edilir ya da ameliyata izin verilirken kişisel bütünlük hakkından feragat edilir.⁷² Vazgeçilemez kabul edilen yaşam hakkı üçüncü kişiler açısından öldürmeme yükümlülüğü yüklemektedir; çünkü yaşamakta çıkarımız bulunmaktadır. Bununla birlikte, acılar içinde yaşayan bir kişinin yaşamak konusunda yararı/çıkarı bulunmayabilir. Yazara göre, yaşamın ne zaman dayanılmaz hale geleceğinin kararını ise kişi kendisi vermelidir. Yazar, hakların menfaatleri koruduğunu ve bir haktaki güç unsurunun hak sahibinin menfaati olduğunu belirtmektedir.⁷³ Yazar, intihara yardım ve ötanazinin ahlaki olarak izin verilebilir olduğunu belirtmekte ve belirli koşullarla yasal olarak düzenlenmesini önermektedir.⁷⁴

Yaşamın dokunulmazlığı/vazgeçilmezliği tezine karşı ortaya konan yaşamın niteliği tezi uyarınca ötanazi farklı temellere dayanılarak savunulmuştur ve savunulmaktadır. Bu bağlamda kişinin özerklik hakkı ve insan onuru kavramları ön plana çıkmaktadır.⁷⁵

⁶⁹ Mc Connell, s. 54-56, 57.

⁷⁰ Mc Connell, s 58.

⁷¹ David Benatar, "Assisted Suicide, Voluntary Euthanasia, and the Right to Life" in: *The Right to Life and the Value of Life*, (Ed. Jon Yorke), England-2020, s. 296, 298.

⁷² Benatar, s. 298.

⁷³ Benatar, s. 296, 298.

⁷⁴ Benatar, s. 293.

⁷⁵ İnceoğlu, Ölme Hakkı, s. 83 vd; s. 103.

Günümüzde, ABD'deki eyaletlerden başlayarak farklı ülkelerde ötanazi uygulamalarının içtihat ve yasalarla kabul edilmesi; en azından bu hukuk sistemleri açısından yaşam hakkının vazgeçilemez bir hak olmaktan çıkması anlamını taşımaktadır.⁷⁶

II. ÖTANAZİ

Ötanazi, farklı biçimleriyle yüzyıllardır gündeme gelmiş ve çok farklı açılardan tartışmaların konusu olmuştur. Ötanaziyi tartışmalı hale getiren en önemli faktör yaşam hakkıyla ve yaşam hakkının vazgeçilmezliği ile bağdaşmadığına dair düşüncedir. Yukarıda yaşam hakkının vazgeçilmezliğinin pek çok yazar tarafından mutlak olarak yorumlanmadığını gördük. Şu hâlde ötanazi yaşam hakkının/bir diğer hakkın kapsamında ya da müstakil bir hak olarak kabul edilebilir mi? Bu sorunun yanıtını vermeden önce ötanazi kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konmak durumundadır. Bugün farklı ülkelerde yasal hale getirilmiş ötanazi olgusuna bakıldığında, farklı ötanazi tanımlarının bulunduğu ve ötanazinin gerçekleştirilmesi için farklı koşulların arandığı görülmektedir.⁷⁷

A. Tanım ve Koşullar

Ötanazi, Yunanca kökenli bir sözcüktür ve “eu” ve “thanatos” kelimelerinden oluşmaktadır. “Eu” iyi, tatlı; “thanatos” ise ölüm anlamına gelmektedir. Dolayısıyla ötanazinin Türkçe karşılığı iyi ölüm ya da tatlı ölüm anlamına gelmektedir.⁷⁸ Ötanazi, Nazi döneminde Almanya'da, değerli görülmeyen hayatlara son verilmesi anlamında kullanılarak tamamen negatif bir anlama bürünmüştür.⁷⁹

⁷⁶ İnceoğlu Ölme Hakkı, s. 113.

⁷⁷ Benatar, s. 303.

⁷⁸ Eroğul, s. 49; Eroğul, Türkçe karşılık olarak, “gönüllü ölüm” kavramını önermektedir.; İrena Shala/Gilda Gusha, “The Debate Over Euthanasia and Human Rights”, *European Scientific March*, Y. 2016, V. 12, N. 8, s. 74.

⁷⁹ Mariana Parreiras Reis De Castro/Guilherme Cafure Antunes and Others, “Euthanasia and Assisted Suicide in Western Countries: A Systematic Review”, *Revista Bioetica*, Y. 2016, C. 24, N. 2, s. 356.

Yukarıda da belirtildiği gibi ötanazi çok farklı şekillerde tanımlanıp, günümüzde farklı biçimleriyle çeşitli ülkelerde uygulamaya konmuştur; genel olarak şu şekilde tanımlanmaktadır: “Ötanazi, tıp biliminin verilerine göre, iyileşme olanağı bulunmayan hastaların, dayanılmaz ve sürekli acılardan kurtarılması için açıkça rıza göstermeleri üzerine, hekim tarafından yaşamlarına son vermek, ölmelerini kolaylaştırıcı yöntemler uygulamak ya da tıbbi yardımı keserek ölüme terk etmektir.”⁸⁰ Bir başka deyişle dayanılmaz ağrılar çeken hastanın, istemi üzerine ihmali ya da icrai bir davranışla, acılarına son verme amacıyla, yaşamına son verilmesidir.⁸¹ Çalışmamızda ötanazi bu anlamıyla kullanılmaktadır.

Bu tanım kapsamında, ötanazinin söz konusu olması için belirli koşulların gerçekleşmesi gereklidir.

İlk olarak, tedavi edilemez ve ölümcül nitelikte hastalığın söz konusu olması gereklidir. Sağlıklı bir insanın karşılaştığı -trafik kazası gibi- bir olay da tedavisi imkânsız ve ölümcül bir duruma yol açabilir.⁸² Tedavi edilmesi mümkün olan kişiler ötanazi kapsamında değildir; örneğin depresyon geçiren bir hastanın ötanazi kapsamında değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün olmamalıdır.⁸³

İkinci koşul, hastalığın dayanılmaz ağrı ve acı vermesidir.⁸⁴ Acıların devamlı olması şart olmayıp, kuvvetli olması yeterlidir.⁸⁵

⁸⁰ Mehmet Emin Artuk/Caner Yenidünya, “Ötanazi”, Prof. Dr. Turan Tufan Yüce’ye Armağan, DEU Yay., 2001, (Ötanazi 1), s. 298; Muharrem Özen/Meral Ekici Şahin, “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, 2020, S. 4, s.17; Violeta Besirevic, “The Discourses of Autonomy in the International Human rights Law: Has the Age of Right to Die Arrived?”, Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadrique Ceriol, N. 62/63, s. 21.

⁸¹ De Castro/Antunes and Others, s. 356.

⁸² Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 303.

⁸³ Dündar, s. 110.

⁸⁴ Eroğul, s. 49.

⁸⁵ Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 303; Mehmet Emin Artuk/Caner Yenidünya, “Ötanazi” içinde: Centel, Nur (Der.), Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1, İstanbul-2011, (Ötanazi 2), s. 119.

Üçüncü koşul, hastanın ölüm istemini herhangi bir kuşkuya bırakmayacak şekilde açıkça dile getirmesidir. Örneğin herhangi bir sancı nöbeti sırasında ortaya çıkan ölüm isteği kabul edilemez. Hasta, bütün bilgiler kendisine tam olarak verildikten sonra, ölüm istemini tam bir bilinç içinde ve düşüncesini değiştirmesine olanak tanınarak birkaç kez yenilemiş olmalıdır.⁸⁶ Bu bağlamda, acı içinde kıvranan kişilerin ne kadar sağlıklı düşünebilecekleri tartışmaya açıktır.⁸⁷ Bilinci kapalı ya da temyiz kudretine sahip olmayan kişilerin yaşam destek ünitelerinin kapatılması ya da beslenmelerinin kesilerek ölümlerine yol açılması da tartışmalı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda bu duruma tekrar yer verilecektir. İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya’da görülen özürlü, hasta, yaşlı veya çingenelerin sistematik bir şekilde öldürülmesi ve bunun ötanazi olarak meşrulaştırılması kabul edilemez olduğundan, bu tarz dezavantajlı kişilerin öldürülmesi her şekilde tartışma ve konu dışında kalmaktadır.⁸⁸

Son koşul ötanaziyi kimin yerine getireceği ile ilgilidir. Ötanaziyi sadece hekim gerçekleştirebilmelidir.⁸⁹ Hekim dışında, -akrabalar gibi- kişilerin ölümüne neden olması ötanazi kapsamında değerlendirilmez.⁹⁰

B. Türleri

Öncelikle, hastanın iradesinin bulunup bulunmadığı esas alınarak iradeye/isteme bağlı ötanazi ve irade/istem dışı ötanazi ayrımı yapılmaktadır. Ötanazinin tanımı gereği hastanın iradesi ötanazinin bir ko-

⁸⁶ Eroğul, s. 49.

⁸⁷ Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul-2002, s. 153.

⁸⁸ Özen/Ekici Şahin, s. 18.

⁸⁹ John Keown, *Euthanasia, Ethics and Public Policy, An Argument Against Legislation*, Cambridge-2002, s. 10; Eroğul, s. 49; Yenerer Çakmut, s. 153.

⁹⁰ Besirevic, s. 21; Özen/Ekici Şahin, s. 17.

şuludur.⁹¹ Hastanın bilincinin tamamen kapalı olduğu,⁹² temyiz kudretinin olmadığı veya yaşının küçük olduğu durumlarda, ailenin, hastayı kanunen temsil eden kişinin veya hastanın varsayılan istemi üzerine gerçekleşen ötanazi irade dışı ötanazi olarak adlandırılmaktadır⁹³. Yaşam destek ünitelerine bağlı hastaların, destek ünitesinin kapatılması durumunda çoğunlukla irade dışı ötanazi söz konusudur.

Ötanazi konusunda yapılan en yaygın tasnif, aktif ötanazi ve pasif ötanazi ayrımıdır. Aktif ötanazi, iyileşme olanağı bulunmayan hastaları dayanılmaz ve sürekli acılardan kurtarmak amacıyla icrai bir hareketle öldürmek anlamına gelmektedir.⁹⁴ Burada hareketin niteliği de önemlidir; hareket, -öldürücü bir ilacın iğne yapılarak verilmesi gibi- hekimlik faaliyetleri sırasında gerçekleştirilecek bir eylem olmalıdır.⁹⁵

Pasif ötanazide ise hastanın iradesine uygun olarak yaşamı uzatan bir tedavinin uygulanmasını veya buna devam edilmesini ihmal etmek söz konusudur. Hayatı uzatan müdahale yapılmayarak hastanın ölümü gerçekleşmektedir. Pasif ötanazide ölüm, bir şey yapmamanın sonucu iken, aktif ötanazide somut olarak bir öldürme söz konusudur.⁹⁶ Yaşam destek sistemlerinin çekilmesi ya da beslenmenin kesilmesi de çoğunlukla pasif ötanazi kapsamında değerlendirilmektedir.⁹⁷ Ancak, yaşam

⁹¹ Nuno Ferreira, Euthanasia, Latest Legal and Social Developments in the Euthanasia Debate: Bad Moral Consciences and Political Unrest, *Medicine and Law, Medicine and Law*, Y. 2007, N. 26, s. 390; De Castro/Antunes and Others, s. 356; Sevtap Metin, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, İstanbul-2019, s. 286, 287.

⁹² Andrea Nakaya, *Thinking Critically: Euthanasia*, San Diago-2015, s. 6.

⁹³ Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 301; Artuk/Yenidünya, Ötanazi 2, s. 115; Biton Serdaroglu, s. 465; İrade dışı ötanazi, hastanın irade açıklamasında bulunamayacağı durumlarda (ör. Hastanın bilincinin kapalı olması, temyiz kudretine sahip olmaması, yaşının küçük olması gibi), yakınlarının irade açıklamasıyla gerçekleştirilen ötanazidir. Bkz. Bilal Kılınç, *Mukayeseli Hukukta Ötanaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötanazinin Yeri Sorunu*, Ankara- 2019, s. 33; Berat Özsarı, *Hollanda Hukukunda Ötanazi Düzenlemesi ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*, Adalet-2017, s. 61.

⁹⁴ Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, (Anayasa), Ankara-2020, s. 514.

⁹⁵ Özen/Ekici Şahin, s. 19.

⁹⁶ Eroğul, s. 49-51

⁹⁷ Besirevic, s. 22; Euthanasia, Human Rights and the Law, Australian Human Rights Commission, Sydney-2016, s. 3, 4; Fatih Selami Mahmutoğlu, "Ötanazi ve Yaşam Desek Ünitelerine Bağlı Hastaların Durumu, 21. Yüzyıl Başında Yaşama Destek Tedavileri Etik ve Hukuksal Yönler", *II. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, Bildiri Kitabı*, Ankara 2009, s. 4; Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 302;

destek ünitesinin çekilmesi bir icrai hareketi gerektirdiği için bu uygulamanın aktif ötanazi olduğunu belirten yazarlar da vardır.⁹⁸ Hastanın bilincinin kapalı olması, temyiz kudretinin olmaması ya da yaşının küçük olması durumunda yaşam destek sistemlerinin çekilmesi durumu ise, hastanın iradesi olmadığı için daha sorunlu bir durum ortaya çıkartmaktadır.

Belirtmek gerekir ki pasif ötanazi ağırlıklı olarak kabul edilen bir uygulama olup, pek çok ülkede yasal niteliktedir. Günümüzde pasif ötanazi tedaviyi reddetme hakkı kapsamında da değerlendirilmekte⁹⁹ ve tedaviyi reddetme hakkı kişisel özerklik alanı içinde kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Aktif ötanazi söz konusu olduğunda ise durum değişmektedir ve bu ötanazi türü sadece birkaç ülkede yasal kabul edilmiştir.¹⁰¹ Aktif ötanazinin yasal olduğu ülkeler Hollanda, Belçika, İspanya ve Lüksemburg'dur.¹⁰² Aktif ötanazi ile pasif ötanazi arasında kabul edilebilirlik açısından bir fark bulunmadığı da bazı yazarlar tarafından savunulmakta, hatta aktif

Özen/Ekici Şahin, s. 19; Arın Namal, "Türk Tıp Etiği Çevrelerinde Ötanazi Tartışmaları- Neden Henüz Küçük Bir Alev": Centel, Nur (Der.), Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Disiplinler arası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1*, İstanbul-2011, (Türk Tıp), s. 77; Artuk/Yenidünya, *Ötanazi 2*, s. 117.

98 Altunkaş, s. 65, 66; Biton Serdaroglu, s. 467; Demirörs/Hızal s. 1509; Metin, *Biyo-Tıp*, s. 389: Metin'e göre, ismi kadar pasif olmayan pasif ötanazi bir örtmececi ibarettir. Bir kalp-akciğer cihazının kapatılması, zehir enjekte etmekten daha az bir aktiflik gerektirmemektedir. Bir respiratörün kapatılması aktif olarak bir şey yapmak olarak anlaşıldığında, aktif ötanazi söz konusudur ancak yabancı doktrinde bu durumun cezalandırılmayacağı düşüncesi hakimdir; ayrıca bkz. Artuk/Yenidünya, *Ötanazi 2*, s. 117; Keown, s. 12.

99 Kutluhan Bozkurt, "Ötanazi ve Destekli İntihar-Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 14, N. 2, s. 250.

100 Besirevic, s. 23; Bozkurt, s. 245; Biton Serdaroglu, s. 467; Artuk/Yenidünya, *Ötanazi 1*, s. 302.

101 Besirevic, s. 24.

102 Hollanda, Belçika, İspanya ve Lüksemburg'ta aktif ötanazi yasal olmakla birlikte, hekim yardımlı ya da destekli intihar daha yaygın olarak yasal kabul edilmektedir. Ö. İsviçre'nin yanı sıra Kanada, Yeni Zelanda ve ABD'de bazı eyaletlerde destekli intihar kabul edilmiştir. Destekli intiharın hangi ülkelerde kabul edildiği konusunda bkz. <https://www.bma.org.uk/media/4402/bma-where-is-pad-permitted-internationally-aug-2021.pdf>.03.03.2022;

Ayrıca bkz. Lings/ Danimarka, no. 15136/20, 12.04.2022, p. 28; Natalia Akhtyrskaya/Yuriy Grodetskiy, *The Right to Life From the Point of View of Personal Autonomy in Decision-Making on Euthanasia*, *Wiad Lek*, Y. 2021, 74 (11 p.2), s. 3109; Aktif ötanazinin Hollanda ve Belçika'da kabul edilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. John Griffiths-Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford-2008.

ötanazi durumunda acılara hemen son verildiği için, bu türün de yasal kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁰³ Kanaatimizce, aktif ötanazi ile pasif ötanazi farklı koşullar taşıdığı için tasnif yerindedir ve ikisi ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Dolaylı ötanazi söz konusu olduğunda zorunlu olarak kullanılan ağrı dindirme yöntemleri hastanın yaşamını kısaltmaktadır. Hekim, ağrıyı dindirme amacıyla, hastasına danışarak ölümün çabuklaşmasına yol açacak yöntemler kullanabilir. Hastaya bu durum mutlaka açıklanmalıdır. Bu uygulama ahlaken haklı bulunmakta ve hastanın rızasının hekimin eylemini meşru kıldığı kabul edilmektedir.¹⁰⁴

Ötanazi ile ilgili bir kavram olan destekli intihar¹⁰⁵ (assisted suicide) söz konusu olduğunda, kişi kendisini bizzat öldürmekle birlikte, medical bilgiye sahip bir kişi tarafından yardım almaktadır. İntihara yardım eden kişi intihar için gerekli olan bilgi ve malzemeyi hasta olan kişiye vermektedir.¹⁰⁶ Avrupa'da bazı ülkelerde aktif ötanazinin yanı sıra destekli intiharın da yasal kabul edildiği görülmektedir. İsviçre'de aktif ötanazi suç olmakla birlikte, destekli intihar cezalandırılmamaktadır. Bu ülkede, intihara yardım eden birtakım kuruluşlar bulunmakta; bu kuruluşlar intihar isteminin özgür iradeye dayalı olup olmadığını araştırmakta ve intihara yardım etmektedir. İsviçre uygulamasında intihar edecek kişinin ölümcül hasta olması ya da dayanılmaz ağrı çekmesi ve intihara yardım eden kişinin hekim olması şartları da aranmamaktadır.¹⁰⁷ ABD'de bazı eyaletlerde hekim destekli intihar yasal olarak mümkündür.¹⁰⁸ Bu bağlamda genel olarak destekli intiharın ötanazinin şartlarını taşımadığını ve ötanazi olarak kabul edilmediğini¹⁰⁹ ancak bazı durumlarda ortak noktalarının bulunduğunu söyleyebiliriz.

¹⁰³ Biton Serdaroglu, s. 467.

¹⁰⁴ Artuk/Yenidünya, s. 302; Özen/Ekici Şahin, s. 21.

¹⁰⁵ Yardımlı (destekli) ölüm ise daha üst bir kavram olup hem ötanaziyi hem de destekli intiharı kapsamına almaktadır. De Castro/Antunes and Others, s. 356.

¹⁰⁶ Bozkurt, s. 246.

¹⁰⁷ Bozkurt, s. 246.

¹⁰⁸ Bozkurt, s. 247.

¹⁰⁹ Biton Serdaroglu, s. 464.

Ötanazi türlerini birbirinden ayırmak önem taşımaktadır. Günümüz itibariyle pasif ötanazi, tedavinin iradi olarak reddedilmesi bağlamında ağırlıklı olarak yasal kabul edilmekle birlikte, asıl tartışmalar aktif ötanazi üzerinde yürütülmektedir.¹¹⁰

C. Ötanaziyi Reddeden ve Savunan Görüşler

Ötanazi söz konusu olduğunda bazı yazarlar hem pasif hem de aktif ötanaziyi reddetmekte, bazı yazarlar ise sadece aktif ötanaziye karşı çıkmaktadır ve fakat pasif ötanaziyi makul bulmaktadır. Ötanazinin iki biçimini aynı nitelikte göyerek savunan yazarlar da bulunmaktadır. Ötanazinin lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşlerden başlıcaları şunlardır:¹¹¹

1. Ötanaziyi Reddeden Görüşler

Ötanazinin reddedilmesinin temel sebebi yaşam hakkının vazgeçilmezliği prensibi ve ötanazinin yaşam hakkını ihlal etmesidir.

Bu olgunun dışında, ötanazinin şartlarının tespitine yönelik itirazlar da yapılmaktadır. Örneğin, ötanazinin şartlarından bir tanesi ölümcül ve tedavisi mümkün olmayan hastalığın olması iken, bugün tedavi edilemez nitelikte bir hastalığın kısa süre içinde bile tedavisinin bulunması mümkündür. Ayrıca yaşamından ümit kesilen hastaların iyileşebilmesi de olasıdır. Bu bağlamda, hastalığın tedavisinin imkânsız olduğunun mutlak olarak tespit edilemeyeceği, ayrıca teşhiste hataların yapılabileceği ileri sürülmüştür.¹¹²

Ağrı ve ıstırabın ortadan kaldırılması için ötanazinin uygulanması karşısında ise, günümüzün tıbbi olanakları ile ağrının giderilmesinin ya da azaltılmasının mümkün olacağı belirtilmektedir. Hekimin görevi hastanın hayatını uzatmaya çalışmaktır.¹¹³

¹¹⁰ Besirevic, s. 22.

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tark Gündüz/Öner Setenay/Tuncay Çınar/Hasan Din, "Hekimler Ötanaziyi Savunuyor mu?", *Adli Tıp Bülteni*, Y. 1996, C. 1, S. 2, s. 86-87.

¹¹² Çağlayan, s. 9, 10.

¹¹³ Adnan Öztürel, "Ötanazi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1957, C. 14, Sayı: 1-4, s. 268.

Ötanazinin bir diğer unsuru olan hastanın açık iradesi konusunda da sıkıntılar yaşanacağı doktrinde ileri sürülmektedir. Kişiler aile üyelerinin baskısı altında kalabilecekleri gibi, başkalarına yük olmamak için ya da acının etkisi altında karar verebilirler. Hastaların ümitsizlik anında ölüm kararı verebilmesi ya da hastalıktan ötürü akli melekelerini kaybetmesi mümkündür.¹¹⁴ Ölüm korkusu içindeki bir kişinin özellikle aktif ötanazi isteğinin geçerliliğinden hiçbir zaman emin olunamayacağı; ölümün korku, yalnızlık, işe yaramama duygularından dolayı istenebileceği belirtilmektedir.¹¹⁵ Acı çeken insanların iradesi daima belirsizlik içereceği için ötanazinin yasallaşmasına karşı çıkmaktadır. Acı çekmek, o andaki koşullar sebebiyle kişinin ölümü istemesine yol açmaktadır. Ötanazinin yasallaşmasıyla, aslında gerçekten ölmeyi istemeyen kişilerin de ölmesi beklenenecek ve bu durum kişiler üzerinde baskı oluşturacaktır.¹¹⁶

Ötanaziye kötüye kullanabilecek hasta yakınları ve doktorlar olabilir.¹¹⁷ Kişilerin yardım almadan da ölebilecekleri ve vatandaşlardan toplanan vergilerin ötanazi için kullanılacak olması diğer itirazlardır.¹¹⁸ Bunların yanı sıra, ötanaziye karşı kaygan zemin argümanı ileri sürülmektedir.¹¹⁹ Bu argüman uyarınca, iradeye bağlı ötanazi kendisi yanlış olmasa da yasal hale getirilmesi doğru değildir. Bu argümanı savunanlar, ötanazinin yasallaşmasıyla birlikte, zamanla aslında ölmek istemeyen kişilerin de farklı nedenlerle ötanaziye mahkûm olacaklarını ya da ötanazinin kapsamının zamanla makul olmayan koşulları içerecek şekilde genişletileceğini ileri sürmektedir. Örneğin, ötanazi uygulaması zaman içinde ölümcül hastalardan psikolojik sorunları olanlara, iradesini açıkça belirten yetişkinlerden çocuklara uzanacaktır. Hollanda ve Belçika'da bunun örnekleri şimdiden görülmektedir.¹²⁰

¹¹⁴ Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 306; Öztürel, s. 269.

¹¹⁵ Namal, Türk Tıp, s. 84.

¹¹⁶ Benatar, s. 306.

¹¹⁷ Artuk/Yenidünya, Ötanazi 1, s. 306; Çağlayan, s. 8; Özen/Ekici Şahin, s. 25.

¹¹⁸ Bkz. Eugene Anne Gifford, "Artes Moriendi: Active Euthanasia and The Art of Dying", *UCLA Law Review*, Y. 1993, C. 40, N. 6, s. 1579 vd.

¹¹⁹ Kaygan zemin argümanı ve savunusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Keown, s. 70 vd; 170.

¹²⁰ Keown, s. 149, Keown özellikle Hollanda'da uygulanan aktif ötanazi uygulamasını kaygan zemin ar-

Ötanazi karşıtları, günümüz koşullarında, hastaların karşı karşıya olduğu dayanılmaz ağrılar için tıbbın çözüm olanakları sunabileceğini, hastalara yatıştırıcı tedaviyle, kaliteli bir yaşam sonu bakımı sağlanabileceğini belirtmektedirler.¹²¹ Bu bağlamda palyatif bakımın önemine dikkat çekilmekte¹²² ve palyatif bakım ile ötanazi taleplerinin azaltıldığı belirtilmektedir.¹²³

2. Ötanaziye Savunan Görüşler

Ötanaziye savunanlar, acılar içinde yaşamaktansa, yaşama son vermenin kişisel özerklik ve özel yaşam alanı içinde olduğunu¹²⁴ ve insan onuruna uygun ölmenin bir hak olduğunu savunmaktadır.¹²⁵ Modern tıp tedavi edilemeyecek bir hastalığı, özellikle ilerleyen safhalarda tespit edebilir.¹²⁶ Ötanazinin kötüye kullanılabilmesi görüşüne karşı, hasta yakınlarının istediği sonuca ötanaziye başvurmadan da ulaşabilecekleri ve bu kurumu kötüye kullanacak hekimlerin yalnızca istisna olacağı belirtilmiştir.¹²⁷ Whiting, ötanaziye ilişkin hukuksal ve ahlaki tartışmalar süredursun, gerçek hayatta ötanazinin yasal düzenleme olmadan fiilen uygulandığını belirtmektedir.¹²⁸ Ötanaziye ilişkin yasal düzenleme yapılması, uygulamada fiilen gerçekleşen ötanazilere ilişkin kötüye kullanımı engelleyecek, yasalar çerçevesinde daha güvenceli bir zemin oluşacaktır.¹²⁹ Kişinin kendi kendisini öldürmesinin ise ağır hastalık

gümanına destek olarak göstermektedir; Benatar, s. 301- 303; Ayrıca bkz. Nakaya, s. 10, 11, 21; Aynı yönde bkz. B.V. Ostrovska, Should Euthanasia be a Solution to the Problem of Decent Death? (On the Example of the Case Lambert and Others v. France, *Actual Problems of International Relations*, Y. 2019 (141), s. 59.

¹²¹ Ötanaziye muhalif tezler için bkz. Metin, *Biyo-Tıp*, s. 288, 289.

¹²² Nakaya, s. 47.

¹²³ Namal, *Türk Tıp*, s. 84;

¹²⁴ Raymond Whiting, *A Natural Right to Die, Twentey-Three Centuries of Debate*, London-2002, s. 155-158; Keown, s. 53.

¹²⁵ Bkz. Gifford, s. 1585; Gündüz/Öner/Çınar/Din, s. 87.

¹²⁶ Gündüz/Öner/Çınar/Din, s. 87.

¹²⁷ Artuk/Yenidünya, *Ötanazi 1*, s. 309.

¹²⁸ Whiting, s. 169; Aynı yönde bkz. Griffiths/Weyers/Adams, s. 520, s. 520.

¹²⁹ Benatar, s. 305; Bu bağlamda kaygan zemin argümanına yönelik karşı görüş için bkz. Griffiths/Weyers/Adams, s. 513 vd.

durumunda çoğu kez gerçekleşmeyeceği tespit edilmiş ve buna çeşitli somut örnekler verilmiştir. Ayrıca yardım almadan hastanın kendisini öldürmesini beklemek, hasta için ölümü adeta işkenceye dönüştürecektir.¹³⁰ Ötanazi için yapılacak harcamaların vergilerden karşılanacak olmasına yönelik olarak, eğer vergi mükelleflerinin tartışmalı konulara itirazlarının bunları geçersiz kıldığı farz edilse idi, hükümetlerin karar alamaz hale geleceği belirtilmiştir.¹³¹ Ötanazinin yasalaşmasının kaygan zemin yaratacağı argümanına karşı ise Benatar, arabaların kullanılmasının da kazalara ve ölümlere yol açmakla birlikte yasal olduğu ve buna karşı önlemler alındığı örneğini vermektedir.¹³²

Son tahlilde, kişilerin acı çekmemek ve sevdiklerine acı çektirmek istediğine, insan onuruna uygun ölme arzusuna saygı gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹³³ İnsanlar sadece yaşam hakkına değil, onurlu bir şekilde yaşam hakkına sahiptir. Yaşam hakkının içeriğini onurlu bir şekilde yaşamak oluşturur.¹³⁴ Ölme hakkının yaşam hakkını ihlal etmediği ve bağımsız bir hak olduğu; yaşam hakkının bir diğer görünüm biçimi olduğu ya da özerklik hakkı içinde değerlendirilmesi gerektiğine dair farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bu bağlamda, günümüzde, insana verilen değer artmasıyla, tedavisi mümkün olmayan ve acı çeken hastaların istemli ölme taleplerine yönelik olarak sınırları iyi belirlenmiş kurallar çerçevesinde, ötanazinin suç olmaktan çıkarılması gerektiği savunulmaktadır.¹³⁵

¹³⁰ Gifford, s.1579 vd.

¹³¹ Gifford, s. 1581.

¹³² Benatar, s. 305.

¹³³ Gündüz/Öner/Çınar/Din, s. 87.

¹³⁴ Özen/Ekici Şahin, s. 22; Biton Serdaroğlu, s. 470.

¹³⁵ Whiting, s. 160-170; Özen/Ekici Şahin, s. 18.

III. ÖTANAZİNİN YAŞAM HAKKI VE DİĞER HAKLAR KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Yaşam hakkının vazgeçilmezliği prensibinin pek çok yazar tarafından mutlak olarak değerlendirilmediğini ortaya koyduktan sonra, birbirinden farklı ötanazi tanımlarının ve türlerinin bulunduğunu belirttik. Söz konusu ötanazi türleri yaşam hakkının ya da bir başka insan hakkının kapsamında görülebilir mi? Ölme hakkı müstakil bir hak olarak kabul edilebilir mi? Bu sorun, aşağıda, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında değerlendirilmektedir.

A. Ötanazi ve Yaşam Hakkı

1. Doktrin

Bazı yazarlar yaşam hakkının ölme hakkını içerdiğini savunmaktadır. Nasıl derneğe üye olma özgürlüğü üye olmama hakkını, çalışma hakkı çalışmama hakkını içeriyor ise yaşam hakkının ölme hakkını içerdiği de iddia edilebilir.¹³⁶ Yaşam hakkından feragat edebilmenin kabul edilmesinin nedeni, yaşam kalitesinin çok kötüleştiği durumlarda kişinin ölümü yaşama tercih etmesinin haklı bulunmasına ilişkin ahlaki dayanaktır.¹³⁷ Haklar menfaatleri gerçekleştirilmenin aracı olduğuna göre, eğer yaşamakta kişinin menfaati bulunmuyorsa (yaşam kişinin menfaatine olmaktan çok kişiye zarar veriyorsa) ötanazi, yaşam hakkının kapsamında kabul edilmelidir; bu bağlamda yaşam hakkından bağımsız olarak ölme hakkı ileri sürmek gereksizdir.¹³⁸ Biton Serdaroğlu, yaşam hakkını savunurken bunun kapsamına ölme hakkının girmeyeceğini savunmanın, devletin ve toplumun bu hakkı kişi adına tuttuğunu söylemek anlamına geleceğini belirtmektedir.¹³⁹ Ayrıca ötanazinin yaşam hakkına aykırı olmadığı çünkü yaşam hakkının yaşam veya ölümün tercih edil-

¹³⁶ Benatar, s. 294; Biton Serdaroğlu, s. 483.

¹³⁷ Benatar, s. 295.

¹³⁸ Benatar, s. 308.

¹³⁹ Biton Serdaroğlu, s. 487.

mesine ilişkin koruma getirdiği belirtilmektedir.¹⁴⁰ Bu bağlamda, kişinin yaşamının kendisine rağmen korunmaması gereklidir. Kişi yaşam hakkı üzerinde tasarruf edemeyecekse, bu durum hakkın reddedilmesi anlamını taşır. Yaşam hakkı bireye devlet veya toplum tarafından verilmemiş olduğu için, bu hak üzerindeki tasarruf da yasaklanamaz. Ünver, ölme hakkını yaşam hakkının mütemmim cüzü olarak görmektedir.¹⁴¹

Ölme hakkının yaşam hakkı kapsamında görülemeyeceğini belirten yazarlar,¹⁴² yaşam hakkının vazgeçilmezliğinin yanı sıra yaşam hakkı söz konusu olduğunda devletin yaşamı koruma görevi bulunduğunu vurgulamaktadır.¹⁴³ Özellikle aktif ötanazi söz konusu olduğunda, yaşama son verilmesini talep etmek, yaşam hakkı kapsamında kabul edilemez.¹⁴⁴

Özen ve Şahin, yaşam hakkının vazgeçilemez nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Kişinin yaşamına son verilmesini başkasından talep etme gibi bir hakkı yoktur. Bu noktada yazarlar, pasif ve aktif ötanazi arasında ayırım yapmaktadır. Pasif ötanaziye ilişkin olarak, salt insan olduğu için saygıyı hak eden insanın kendi yaşamına ilişkin verdiği kararlara saygı gösterilmelidir. Devletin yaşatma hakkı bulunmakla birlikte, kişi açıkça tedaviyi reddediyorsa, hastanın kararına saygı gösterilmelidir. Bedeni, sağlığı ve yaşamı konusunda kararı verecek olan kişinin kendisidir.¹⁴⁵ Aktif ötanazi söz konusu olduğunda ise, kişi yaşam hakkı üzerinde bu hakkı ihlal eden fiile rıza gösteremeyeceğinden, rıza aktif ötanaziye meşru hale getirmemektedir. Ötanazi talep etmek, yaşam hakkı kapsamında değerlendirilemez. Ancak, cezalandırma ve hekim açısından, ötanazinin talep edilmiş olması, takdiri bir indirim nedeni olabilir.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Shala/Gusha, s. 78.

¹⁴¹ Ünver, s. 57-68, 69.

¹⁴² Wicks, yaşam hakkının ölme hakkını kapsamadığını belirtmektedir. Wicks, s. 242.

¹⁴³ Biton Serdaroglu, s. 486.

¹⁴⁴ Özen/Ekici Şahin, s. 32, 33.

¹⁴⁵ Özen/Ekici Şahin, s. 31.

¹⁴⁶ Özen/Ekici Şahin, s. 32, 33.

2. Uluslararası Belgeler

BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi 2018 yılında, Sözleşme'nin 2. maddesinde garanti edilen yaşam hakkına ilişkin 36 no'lu Genel Yorum kabul etmiştir.¹⁴⁷ Buna göre *“Sözleşmeci devletler, insan onurunun ve kişisel özerkliğin merkezi önemini tanımakla birlikte, özellikle kırılğan durumdaki kişilerin Sözleşmedeki diğer hakları ihlal etmemek koşuluyla- intihar etmelerini önlemekle yükümlüdür. Ciddi şekilde fiziki ya da psikolojik acı çeken ve insan onuruna uygun bir şekilde ölmek isteyen ölümcül hastalar için, hekimler tarafından uygulanacak yaşama son verilmesini kolaylaştıran tıbbi yöntemlere izin veren devletlerin; hastaların baskı ve istismardan korunması amacıyla özgür, açık, bilgilendirilmiş şekilde karar vermelerine ilişkin katı ve kurumsal güvenceler getirmeleri gereklidir”*.¹⁴⁸ Söz konusu Genel Yorum ile devletler tarafından ötanazinin kabul edilmesi, belirli şartlara uyulması şartıyla, meşru kabul edilmektedir. BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde insan haklarının vazgeçilmezliğine ve yaşam hakkının doğuştan kazanılan bir hak olduğuna ilişkin açık düzenleme bulunması karşısında, Genel yorumun ötanaziye ilişkin düzenleme yapılabileceğine yer vermesi, İnsan Hakları Komitesi'nin yaşam hakkının vazgeçilmezliğini mutlak olarak kabul etmediğini göstermektedir.

BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin, BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinde yer alan sağlık hakkına ilişkin 2000 tarihli 14 no'lu Genel Yorumu'nda yaşlıların sağlık hakkı söz konusu olduğunda, alınması gereken önlemler arasında şunlar sayılmıştır: Kronik ve ölümcül hastalığı olan kişilere dikkat ve özen gösterilmesi, onların önlenebilir acılardan korunarak onurlu bir şekilde ölmelerinin sağlanması.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Genel Yorumlar bağlayıcı özellik taşımamakla birlikte, Sözleşme bu Genel Yorumlar yoluyla Komite tarafından açıklanmakta ve yorumlanmaktadır.

¹⁴⁸ p. 9.

¹⁴⁹ p. 24.

3. Yargı Kararları

a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. maddesinin birinci fıkrasında yaşam hakkı garanti edilmekte, ikinci fıkrada ise yaşam hakkının istisnaları sayılmaktadır.¹⁵⁰

AİHM'nin Pretty/İngiltere¹⁵¹ kararına konu olan olayda, tedavisi olmayan ve kaslarını etkileyen motor nöron hastalığı olan başvuru¹⁵² kendisi intihar edemediği için, eşinin yardımını istemiş ancak eşinin ceza almamasının garanti edilmemesi nedeniyle AİHM'e başvuruda bulunmuştu. AİHM, öncelikle yaşam hakkının öldürülmemeye karşı koruma sağlamasının yanı sıra, yaşamın korunması konusunda devlete pozitif yükümlülük yüklediğini hatırlatmaktadır. AİHM, yaşam hakkının ne bu hakkın tam tersi olan ölme hakkını kapsayacak ne de bireye yaşamayı değil ölmeyi seçme konusunda bir yetki verecek şekilde yorumlanabileceğini belirtmiştir. Üçüncü kişinin ya da kamu otoritesinin yardımıyla ölme hakkı, 2. maddeden çıkarılamaz.¹⁵³

Görüldüğü üzere, Pretty kararı ile ölme hakkı yaşam hakkının kapsamı içinde görülmemekte¹⁵⁴ ve ölmeye yardımın cezasız bırakılması yaşam hakkı bağlamında değerlendirilmemektedir.

¹⁵⁰ 1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasa-ya uygun olarak bastırılması

¹⁵¹ Pretty/İngiltere, başvuru no. 2346/02, 22.01.2002.

¹⁵² Başvurucunun hastalığı nedeniyle boyundan aşağısı tutmamakta ve yaşam beklentisi çok kısadır. Buna karşılık karar verme yetisinde bir problem bulunmamaktadır.

¹⁵³ Kararda yaşam hakkının kutsallığına da gönderme yapılmaktadır. p. 65.

¹⁵⁴ Wicks, s. 197. Wicks, ölme hakkını yaşam hakkının kapsamında görmemektedir. İntihara yardımın ise özerklik hakkı kapsamında görülebileceğini ancak yaşamın korunması yükümlülüğü ile bağdaşmadığını belirtmektedir. İntihara yardımın yaşam hakkıyla bağdaşması için söz konusu olabilecek tek ve tartışmalı istisna ise, ölmek isteyen kişinin dayanılmaz acılar içinde olup kendi kendine intihar edememesi durumudur. Bu durumu meşrulaştıracak değer ise yaşamın kalitesidir. s. 197.

Lambert ve Diğerleri/Fransa¹⁵⁵ başvurusunda, başvuruçular bir motosiklet kazasında başından yaralanan ve tetrapleji durumunda bulunan (hareket edemeyip konuşamayan ve herhangi bir iletişim kuramayan) Vincent Lambert'in anne babası ve kardeşidir. Ulusal mahkemenin esas aldığı rapora göre, Lambert bitkisel hayattadır. Lambert'in eşi, beslenme ve sıvı alma ünitelerinin çekilmesini talep etmektedir. Bu ünitelerin çekilmesi Lambert'in yaşamının son bulmasına neden olacaktır. Üç doktordan oluşan heyet, eşin talebi yönünde karar vermiş ve bu karar -her ne kadar idare mahkemesi yaşam hakkının ihlal edildiği yönünde karar verse de- Fransız Danıştay tarafından haklı bulunmuştur. Danıştay kararında, Lambert'in eşi ve kuzeninin Lambert'in kazadan önce, bu şekilde yaşamını sürdürmek istemeyeceğine dair ifadeleri olduğunu belirtmeleri dayanak teşkil etmiştir. Danıştaya göre, beslenme ve sıvı alınmasına son verilmesi kararı, kanunun öngördüğü şartlara uygun olarak alınmıştır. Ancak başvuruçular, Lambert'in bakım ve acı karşısında bazı tepkiler verdiğini belirtmektedir. Başvuruçulara göre, Fransa 2. maddeden kaynaklanan yaşam hakkı konusundaki yükümlülüklerini ihlal etmiştir. Beslenme ve sıvı alımına ilişkin ünitelerin çekilmesi 3. ve 8. maddeleri¹⁵⁶ de ihlal edecektir.

AİHM, Vincent Lambert'in yaşam destek ünitelerinin çekilmesine izin verilmesine ilişkin olarak, esasa ilişkin kararında sırasıyla üç hususu değerlendirmiştir. Birinci husus Fransız Hukuku'nda konuya ilişkin bir yasal çerçeve bulunup bulunmamasıdır. İkinci nokta, konuyla ilgili tarafların iradelerinin karar aşamasında dikkate alınıp alınmamış olmasıdır. Üçüncü nokta ise yargıya başvurma imkanının bulunup bulunmamasıdır.¹⁵⁷ AİHM, Sözleşmeciler devletlerde yaşam desteğinin çekilmesine yönelik koşullar konusunda konsensüs olmadığını ve devletlere bir taktir marjı verilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁸ AİHM kararı uyarınca, söz konusu üç koşul değerlendirildiğinde Fransa'da 2005 tarihli kanun, konu-

¹⁵⁵ Lambert ve Diğerleri/Fransa, başvuru no. 4603/14, 05.06.2015.

¹⁵⁶ İşkence ve kötü muamele yasağı ile özel yaşam üzerindeki hak.

¹⁵⁷ Akhtyrskaya/Grodetskiy, s. 3110.

¹⁵⁸ AİHM, 2. maddenin sözleşmedeki en önemli haklardan birisi olduğunu hatırlatmış, bununla birlikte, devletin pozitif yükümlülükleri söz konusu olduğunda, özellikle yaşamın başına ve sonuna ilişkin kompleks bilimsel, hukuki, etik konularda ve Sözleşmeciler devletler arasında konsensüs bulunmadığında devletlerin belirli bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. p. 144. Bu bağlamda konsensüs olmadığı tespit edildiğinde, devletlere daha geniş takdir marjı verilmektedir. Julia Kapelanska-Pregowska, European Court of Human Rights, Case of Lambert and Others v. France, *Comparative Law Review*, Y. 2016, V. 21, s. 169.

ya ilişkin düzenleme getirmekte ve hastaların yaşamlarının korunmasını sağlamaktadır. Karar verme sürecinde -her ne kadar Lambert'in yazılı bir beyanı/vasiyeti bulunmasa da- tarafların iradeleri dikkate alınmıştır. Üçüncü hususa ilişkin olarak ise, yargıya başvurma yolları bulunmaktadır.

Sonuç olarak, AİHM konunun tıbbi, etik ve hukuki açılardan karmaşık olduğunu belirtmekte; tedavinin sona erdirilmesinin ulusal kanunlara ve sözleşmeye uygunluğunu belirlemenin öncelikle ulusal makamların görevi olduğunu tespit etmektedir. Sözleşmecî devletin öldürmeme yükümlülüğüne ilişkin olarak, yaşam destek ünitelerinin çekilmesinin yaşama son verme kastı taşımadığı, aksine acı çekmenin önlenmesi amacına yönelik olduğu belirlenmiştir. Sözleşmecî devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin olarak AİHM, Ulusal Mahkemenin Lambert'in eşinin ve kuzeninin ortaya koyduğu Lambert'in iradesini yeterli derecede açık bulduğuna vurgu yapmıştır; ayrıca Pretty/İngiltere kararında yaptığı, yaşamı kısaltsa ya da ölümcül sonuçlara yol açsa dahi, tedavinin reddedilmesine ilişkin yaptığı tespiti hatırlatmıştır. (Bu tespit uyarınca, sonucu ölümcül dahi olsa tedavinin reddedilmesi durumunda, akli melekeleri yerinde bir hastanın rızası olmadan tedavi uygulanması 8. maddede garanti edilen kişisel bütünlük hakkına müdahale oluşturmaktadır.) AİHM, doktorların karar verme sürecinin ve ulusal mahkeme tarafından yorumlanan yasal çerçevenin 2. maddenin gereklerine uygun olduğu ve ulusal mahkeme kararının yerine getirilmesinin 2. maddeyi ihlal etmeyeceği sonucuna varmıştır.¹⁵⁹

AİHM kararında yaşam destek ünitelerinin çekilmesi konusunda, yaşamın kutsallığı ile yaşamın niteliği ve özerklik hakkı arasında denge kurulmaya çalışıldığı gözlenmektedir.¹⁶⁰ Nitekim, kararda, her ne kadar 2. maddeye ilişkin değerlendirme yapılsa da sözleşmenin bütünlüğü

¹⁵⁹ Ayrıca bkz. Arend Corneils Hendriks, End of Life Decisions. Recent Jurisprudence of the European Convention on Human Rights, *ERA Forum*, 2019, 19, s. 568.

¹⁶⁰ <https://strasbourgobservers.com/2015/07/06/from-therapeutic-abstention-to-the-right-to-die-the-case-of-lambert-and-others-v-france/>, 01.12. 2021

çerçevesinde 8. maddeye de referans yapılmıştır.¹⁶¹ Karar, ölme hakkının yaşam hakkı kapsamında değerlendirildiğini göstermemekte, yapay beslenme araçlarının çekilmesinin 2. maddeden kaynaklanan olumlu yükümlülükleri ihlal etmediğini tespit etmektedir.

Kararda on iki yargıç yaşam hakkının ihlal edilmediğine hükmederken beş yargıç muhalif kalmıştır. Muhalif yargıçlar, Lambert'in ölme iradesine ilişkin yeterli delil bulunmadığının, katı ve sıvı beslenmenin olağan bakım kapsamında olduğunun ve bilinci kapalı olan bir hastanın yaşamının korunması konusunda devletin pozitif yükümlülüğü bulunduğu altını çizmişlerdir.

Kararda özellikle Fransız mevzuatı uyarınca, karara konu olan durumun ötanazi ya da intihara yardım olmadığı ve fakat makul olmayan uzunluktaki tedavinin sürdürülmemesine ilişkin olduğu vurgulanmaktadır.¹⁶² Ancak karşı oy yazan yargıçlar, mahkemenin önüne gelen olayın ötanazi olduğunu belirtmişlerdir.

Kararda iradeye dayalı olmayan pasif ötanazi düzenlemesi ve uygulaması devletin takdir marjı içinde görülmüştür. AİHM, yaşam desteğinin çekilmesine ilişkin koşul ve usuller konusunda Avrupa devletleri arasında konsensüs bulunmadığını ancak hastaların iradelerinin göz önüne alınması konusunda konsensüs olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, belirtmemiz gerekir ki pasif ötanazi kural olarak bilinci açık kişilerin açık iradesi var ise söz konusu olmaktadır. Bilincin kapalı olması durumunda hastanın en yakın akrabalarının görüşlerine başvurulması¹⁶³ ya da yaşarken açık bir beyanının bulunup bulunmadığına bakılması da söz konusu olabilmekle birlikte¹⁶⁴, somut olayda hastalık öncesi ortaya konulan yazılı bir irade beyanı bulunmadığı gibi anne babanın ötanazi

¹⁶¹ p. 142.

¹⁶² p. 141; Ancak başvuruçular, kanundaki kriterlerin gerçekleşmediğini ve mevcut durumun ötanaziye tekabül ettiğini belirtmektedir. p. 119.

¹⁶³ Arın Naman, "Pro ve Contra Argümanlarla Etik Açısından Ötanazi", içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), III. Ulusal Sağlık Hukuku, *Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu*, Seçkin- 2017, (Pro ve Contra), s. 17; bkz. Dünya Hekimler Birliği Venedig Bildirisi (1983).

¹⁶⁴ Özen/Ekici Şahin, s. 22, 32.

uygulanmasına açıkça karşı çıktıkları görülmektedir. Lambert'in iradesini ortaya koymasının mümkün olmaması karşısında, beslenme ve sıvı alımının kesilmesinin 2. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerle uygun görülmesi tartışmaları da beraberinde getirmiştir. AİHM, kararını gerekçelendirirken özellikle prosedürel gerekliliklere uyulup uyulmadığını tespit etmiş,¹⁶⁵ yasanın gereken açıklıkta olması ve ulusal mahkeme önündeki işleyişin değerlendirilmesi kararın temellendirilmesi için yeterli bulunmuştur.¹⁶⁶

Kanaatimizce, ölme hakkı özerklik hakkı kapsamında kabul edilse dahi, Lambert'in iradesini açıkça ortaya koymamış olması ve acı çektiğinin tespitinin mümkün olmaması olgusu karşısında,¹⁶⁷ beslenme ve sıvı verilmesinin kesilmesi, devletin yaşam hakkından ve 3. maddeden kaynaklanan yükümlülükleriyle bağdaşır görünmemektedir. Kararın, daha önce Haas kararında ortaya konan prensibe uygun olmadığı da söylenebilir. Bu prensip, 2. madde uyarınca devletlere, kırılğan kişileri -özgürce almadıkları kararlara karşı- koruma yükümlülüğü yüklemektedir.¹⁶⁸

Kararda devletin takdir marjı kapsamında, yaşam hakkı ile özerklik hakkı arasında bir denge kurması gerektiği belirlenmektedir. Ancak daha önce hemşire olan Lambert'in önceden verilmiş yazılı bir beyanı bulunmamaktadır. Karşı oy yazısında belirtildiği gibi, iradesini ortaya koyamayan kırılğan kişiler için yaşam hakkı söz konusu olduğunda devlete bırakılan takdir marjının daralacağını düşünmekteyiz.¹⁶⁹ Kope-lanska-Pregowska, bu kararda, adil bir denge kurulup kurulmadığı, mü-

¹⁶⁵ Sartori, s. 38.

¹⁶⁶ Kapelanska-Pregowska, s. 174.

¹⁶⁷ Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının söz konusu olması için kendi kararının verebilecek durumda olması hakkında bkz. Hamide Tacir, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), *III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanza Sempozyumu*, Seçkin- 2017, s. 45 vd.

¹⁶⁸ Haas/İsviçre, başvuru no. 31322/07, 20.01.201, p. 54.

¹⁶⁹ Ostrovska, böylesi önemli bir konuda, AİHM'nin Sözleşmeciler devletler arasında bir konsensus bulunmaması nedenine dayanarak Lambert'i açlık ve susuzlukla ölüme mahkûm etmesini eleştirmektedir. Ostrovska, s. 63.

dahalenin gerekli/oranlı olup olmadığı konusunda AİHM'in tespitine ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir.¹⁷⁰

Gard ve Diğerleri/İngiltere¹⁷¹ kararına konu olan olayda henüz bir yaşını doldurmamış olan Charlie Gard'ın mahkeme kararı ile yaşam destek ünitesinin çekilmesine karar verilmesi söz konusudur. AİHM'e başvuruyu bebek için anne ve babası yapmıştır. Charlie Gard'da doğumunu takiben çok nadir görülen bir hastalık ortaya çıkmış ve beyin kasları ile solunum yeteneği ciddi şekilde etkilenmiştir. Bebek, zaman içinde hareket edemez, gözlerini açamaz, uyarıcılara tepki veremez hale gelmiştir. Zaman içinde, diğer organları da hastalıktan etkilenmiştir ve bebek yaşam destek ünitesine bağlı olarak yaşayabilmektedir.

Hastane Yönetimi, mahkemeye başvurarak yaşam destek ünitesinin çekilmesine karar verilmesini istemiştir. Anne ve baba ise ABD'de uygulanan deneysel bir tedaviye başlamak istemektedir. Süreç içinde mahkeme, çocuğun yüksek yararını objektif bir şekilde gözetmesi için, bebeğe bir vasi atamıştır. İngiliz mahkemeleri, uzman kuruluş ve kişiler ile çocuğun vasisinin görüşüne başvurarak deneysel bir tedavinin uygulanmasının İngiliz kanunları ve Çocuk Hakları Sözleşmesi uyarınca çocuğun yüksek yararına olmayacağına kanaat getirmiştir. Ölümcül bir hastalığı olan Charlie Gard için tedavinin uzatılması onun daha fazla acı çekmesine neden olacaktır. Böylelikle yaşam destek ünitesinin çekilmesine karar verilmiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi de çocuğun yararı ile ailenin yararı çatıştığında çocuğun yararının üstün tutulacağını belirtmiştir.

Başvurucular (ikinci ve üçüncü başvuru), bebeğin yaşam destek ünitesinin çekilmesinin, onun yaşam hakkı ile kişi güvenliği hakkını ihlal edeceğini iddia etmektedir; ayrıca, yaşam destek ünitesinin çekilmesi konusunda kendi iradelerinin dikkate alınmamasının ebeveyn haklarını koruyan Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Başvuruculara göre, İngiliz mahkemelerinin çocuğun önemli bir acı çekip çekmediğini değerlendirmesi gerekirdi.

¹⁷⁰ Kapelanska-Pregowska, s. 173.

¹⁷¹ Gard ve Diğerleri/İngiltere, Başvuru No. 39793/17, 27.06.2017.

AİHM, Lambert ve Diğerleri Kararı'nın bir emsal karar olduğunu ve o kararda ortaya konulan ilkelerin uygulanacağını belirtmiş ve tıbbi tedavinin sonlandırılmasında, ilgili kararda ortaya konan üç ilkenin dikkate alınacağını belirlemiştir. Tekrar belirtmek gerekirse bu ilkeler:

1. Sözleşmenin 2. maddesiyle uyumlu bir düzenleyici çerçevenin ve uygulamanın bulunması;

2. Tıbbi personelin fikirlerinin yanı sıra, başvuruçunun önceden ortaya konan iradesinin ve yakınlarının görüşlerinin dikkate alınmış olması.

3. Hastanın yararını sağlayacak en iyi kararın ne olacağı konusunda şüphe duyulduğunda mahkemeye başvurma imkanının bulunmasıdır.

AİHM, sözleşmeciler devletlerin hem yaşam destek ünitesinin çekilmesi ve buna ilişkin düzenlemeler hakkında hem de hastanın yaşam hakkı ile özel yaşam hakkı ve kişisel özerkliği arasında denge kurulması yolları konusunda geniş bir takdir marjına sahip olduklarını da hatırlatmıştır. Kuşkusuz bu takdir marjı sınırsız değildir ve Sözleşme'nin 2. maddesine uygun kullanılıp kullanılmadığı Mahkeme tarafından denetlenmektedir.¹⁷²

Bu bağlamda AİHM birinci koşul çerçevesinde İngiliz kanunlarının ve uygulamasının¹⁷³ yaşamın korunması yükümlülüğü konusunda bir açık içermediğini tespit etmiştir. İkinci koşul çerçevesinde, bebeğin iradesini ortaya koyamaması karşısında, ulusal mahkemelerde, bu amaçla bebek için mahkeme tarafından atanan bağımsız ve profesyonel vasi aracılığıyla dileklerinin ortaya konulmasının sağlandığı kaydedilmiştir. Ayrıca, tıbbi görevlilerin görüşleri ayrıntılı biçimde değerlendirilmiştir. Hem ülke içindeki hem de başka bir Avrupa ülkesindeki uzmanların

¹⁷² p. 84.

¹⁷³ AİHM kararında BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde (Oviedo Sözleşmesi) düzenlenen rızaya ilişkin hükme gönderme yapılmıştır. Biyotıp Sözleşmesi md. 6/2 uyarınca "müdahaleye izin verme ehliyeti bulunmayan küçük söz konusu olduğunda, müdahale yasal temsilcilerinin ya da kanunun yetki verdiği kişinin izniyle yapılabilir."

görüşleri ile ABD'deki doktorun ve anne babanın fikirleri değerlendirilmiştir. Üçüncü koşula ilişkin olarak, sorunun çözümü için mahkemeye başvurma olanaklarının sağlandığı belirlenmiştir. Böylelikle, her üç koşulun da gerçekleştiği sonucuna varılmıştır. Bundan dolayı, devletin takdir marjı ışığında, başvuru 2. madde açısından açıkça temelsiz kabul edilerek, kabul edilmezlik kararı verilmiştir.

Söz konusu karar, iradesini ortaya koyamayan bir yaşındaki bebeğin yaşamının sona erdirilmesine ilişkin olup, karara konu olan olayda anne babanın yaşamı sona erdirme iradesi de bulunmamaktadır. Devletin atadığı vasi ile uzman görüşlerine dayanarak yaşamın sona erdirilmesi Lambert ve Diğerleri Kararı'nın da bir adım ötesine geçildiğini göstermektedir. Anne-babanın iradesinin dahi bulunmaması karşısında pasif ötanazinin uygulanmasının yaşam hakkıyla bağdaşmasının çok zor olduğunu düşünmekteyiz.¹⁷⁴ Karar verme yeteneği bulunmayanlar konusunda kimin yaşayıp kimin yaşamayacağını toplumun karar verme noktasına getirme, istemsiz ötanazi uygulamasına kapı aralayabilmektedir.¹⁷⁵ Kararda, başvuruya konu olan olayda devletin takdir marjına sahip olduğu ve bu takdir marjı kullanılırken yaşam hakkı ile kişisel özerklik arasındaki dengenin gözetileceği belirtilmişti. İradesini ortaya

¹⁷⁴ Biton Serdaroğlu'na göre, temyiz kudreti olmayan küçük veya kısıtlı için ölme hakkının temsilci kanalıyla kullanılması zor hatta imkansızdır. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar temsilci kanalıyla kullanılamaz. Ötanazi sadece kişilerin kendi özerklik hakkı çerçevesinde kabul edilebilir. Kaldı ki Hasta Hakları Yönetmeliği'nin de 24/1 maddesi uyarınca tıbbi müdahalelerde veli ya da vasi'nin izni aranırken, Yönetmelik uyarınca hayati tehlike bulunduğu tedaviye başlamadan veya tedaviye başladıktan sonra tedaviyi reddetmek konusunda veli veya vasiye yetki tanınmamıştır. Biton Serdaroğlu, s. 466; Türk Hukukunda veli ya da vasi'nin izni olsa dahi çocuklar ve akıl hastaları için ötanazinin uygulanamayacağı belirtilmektedir. Veli ya da vasi'nin talebi üzerine çocuk veya akıl hastasına müdahalede bulunmayarak hastanın ölmesinin talep edildiği durumlarda Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/4 maddesi uyarınca hekimin Mahkemeye başvurması gereklidir. Aksi halde hekimin TCK md. 83 uyarınca ihmal suretiyle insan öldürme suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir. Bkz. Altunkaş, s. 94. Artuk /Yenidünya'ya göre, Türk Hukuku açısından iradesini ortaya koyamayan kişiler için yaşam destek ünitelerinin çekilmesi, açık bir düzenleme bulunmadığı için kasten adam öldürme suçunu oluşturur. Artuk /Yenidünya, Ötanazi 1, s. 140; Mahmutoğlu'na göre, bilinci kapalı olan kişiler için hasta yakınları yaşam destek ünitelerinin çekilmesine karar veremezler. Yaşam hakkı başkasına devredilemez ve bu haktan vazgeçilemez. Hasta, bilincini kaybetmeden önce vekaletname verse dahi, bu vekaletname yokluk sebebiyle geçersiz sayılacaktır. Mahmutoğlu, s. 9, 10.

¹⁷⁵ Namal, Pro ve Contra, s. 31.

koyamayan bir bebek için özerklik hakkından söz edilmesi doktrinde eleştirilmiştir.¹⁷⁶

Bu kararın ardından geri dönüşü bulunmayan ölümcül hastalığı olan iki çocuğun daha, yaşam destek ünitelerinin çekilmesi kararları AİHM önüne getirilmiştir. Her iki başvuruda da anne-babanın, çocuklarının yaşatılmasını istemesi söz konusudur. Başvurular, Gard ve Diğerleri kararı doğrultusunda kabul edilmezlik kararı ile sonuçlanmıştır.¹⁷⁷ Gard ve Diğerleri ve onu izleyen aynı yöndeki kararlarda Lambert ve Diğerleri kararında ortaya konan prensipler uygulanmıştır.¹⁷⁸ Böylelikle prosedürel garantilere uyulup uyulmadığı konusundaki belirleme, bu kararların da temelini oluşturmuştur.¹⁷⁹

b. Ulusal Düzeyde Seçili Kararlar

Ulusal düzeyde verilen bazı kararlara baktığımızda, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 2015 tarihli kararı¹⁸⁰ önem taşımaktadır. Karara konu olan olayda, ölümcül nitelikte neurodegenerative hastalığı bulunan kişinin hekim yardımıyla intihar talebi Ceza Kanunu'ndaki yasaklayıcı hüküm uyarınca reddedilmiştir. Mahkemeye göre, her ne kadar kanunun amacı, kırılğan durumdaki kişileri korumak olsa da hekim yardımıyla intiharın

¹⁷⁶ Nitekim İngiliz Mahkemeleri özerklik hakkından ziyade yaşamın niteliğine vurgu yapmışlardı. AİHM, ötanaziye ilişkin kararlarında, hastaların isteklerinin dikkate alınacağı konusunda Avrupa devletleri arasında konsensüs olduğunun altını çizmektedir. Gard ve Diğerleri kararında bu isteğin bebeğin vasisi aracılığıyla ortaya konabileceği kabul edilmiş olmaktadır. Bkz. Sartori, s. 42.

¹⁷⁷ Afri ve Biddari /Fransa, başvuru no.1828/18, 21.01.2018; Hastrup /Birleşik Krallık, başvuru no.9865/18, 06.03. 2018; Ayrıca bkz. Hendriks, s. 569.

¹⁷⁸ Sartori, s. 42; Gard ve Diğerleri kararına ilişkin olarak Hammond-Browning, bu zor konuda karar vermek için sosyal medyaya değil, yasal sisteme bakmanın doğru olacağını belirtmektedir. Yazara göre, ulusal Mahkeme böylesine hassas bir konuda, çocuğun yararını gözetmek için arabulucu görevi görür. Mahkeme tüm ilgililerin görüşünü almakla birlikte bebeğin çıkarlarını ön plana çıkartmıştır. Natasha Hammond-Browning, When Doctors and Parents Don't Agree: The Story of Charlie Gard, *Bioethical Inquiry*, Y. 2017, V. 14, s. 468.

¹⁷⁹ Sartori, devlete bırakılan geniş taktir marjı ışığında, Lambert ve Diğerleri kararında (ve daha sonra Lambert ilkelerinin uygulandığı kararlarda) esasa ilişkin meseleden ziyade prosedürel garantilere uyulup uyulmadığının denetlendiğini tespit etmektedir. Sartori, s. 38 vd.

¹⁸⁰ Supreme Court of Canada, Carter v. Canada (Attorney General), No. 35591, 6 February 2015; Ayrıca bkz. Euthanasia, Human Rights and the Law, Australian Human Rights Commission, Sydney-2016, s. 24.

tümüyle yasaklanmış olması her zaman amaca hizmet etmemektedir. Yasa, mahkeme tarafından oransız görülmüş ve düzenlemenin Kanada Haklar Şartı'nın 7. maddesinde yer alan yaşam, özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal ettiği tespit edilmiştir. Yaşam hakkının ihlal edilmesinin sebebi, intiharın acemice ve daha sonra intihar edilemeyeceği kaygısıyla daha önceden yerine getirilebilecek olmasıdır. Bireyin, ağır tıbbi duruma tepkisi, insan onuru ve özerklik açısından kritik bir meseledir. Kanunun getirdiği yasak, bu durumdaki kişilerin vücut bütünlükleri ve tıbbi bakımları ile ilgili karar verme haklarını reddetmekte ve dolayısıyla kişi güvenliğini ihlal etmektedir. İlgili yasanın iptal edilmesinin ardından, 2016 yılında intihara tıbbi yardım, belirli durumlarda -Ölüme Tıbbi Yardım Kanunu ile- yasal hale getirilmiş ve 2021 yılında çıkarılan kanunla intihara yardımın alanı genişletilmiştir.¹⁸¹

Kanada Yüksek Mahkemesi 2015 tarihli kararına konu olan kanunu 1993 yılında verdiği Rodriguez davasında¹⁸² anayasaya uygun bulmuştu. O dönemde karar, yaşamın kutsallığına ve devletin insan yaşamını korumadaki yararına dayanmaktaydı. Karar uyarınca, hekim yardımlı intiharın kabul edilmesi beraberinde -özellikle kırılgan kişilere karşı- kötüye kullanılmaları da beraberinde getirebilecekti. Bununla birlikte, mahkemenin 1993 tarihli kararında da yardım almadan intiharın mümkün olmadığı durumlarda, böyle bir yasak getirilmesinin, hastayı özerklikten mahrum bırakacağı tespit edilmişti.¹⁸³

Güney Afrika Pretoria Yüksek Mahkemesi'nin 2015 tarihli bir kararına konu olan olayda¹⁸⁴, başvuru 4. evre kanser hastası olup, birkaç hafta ömrü kalmıştır ve bakanlıktan ölümüne yardım etmesi için doktor veya intihar edebilmek için öldürücü dozda ilaç talep etmektedir. Mah-

¹⁸¹ <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/rodriguez-case-1993>, 02.12.2021.

¹⁸² Rodriguez v. Attorney General of Canada, 1993. Ayrıca bkz. Shala/Gusha, s. 79; Heirwegh Tess, *Euthanasia, One's Final Human Right, The Case of Euthanasia For Children*, Uppsala University, European Master's Degree in Human Rights and Democratesation. (Supervisor: Lind Anna-Sara), Uppsala-2016, s. 28.

¹⁸³ Bkz. Besirevic, s. 25.

¹⁸⁴ Pretoria High Court, Stransham-Ford v. Minister of Justice and Correctional Services and Others, no. 27401/15, 04.05.2015.

keme, yaşam hakkının insan onuruyla güçlü bir bağının olduğunu; insan onurunun soyut bir kavram olmakla birlikte, kanserin son aşamalarının onurlu bir şekilde ölmeye izin verdiğine inanıldığını belirtmektedir. Mahkemeye göre, yaşam hakkı, yaşamın kalitesine hiç bakılmaksızın, yaşamaya zorunlu olmak anlamına gelmemelidir. Mahkemenin kararı uyarınca, ölümcül ve acı çeken hasta, doktorunun yardımıyla intihar edebilir ve doktor herhangi bir cezai ya da idari yaptırıma uğratılamaz. Karar uyarınca, isteğe bağlı aktif ötanazi ya da hekim yardımlı intihar belirli durumlarda meşru kabul edilebilir.

Macaristan Anayasa Mahkemesi 2003 tarihinde *ötanaziye* ilişkin bir karar vermiştir.¹⁸⁵ Sağlık Kanunu'nun 15. maddesi tedavinin reddedilmesi hakkını düzenlemekte, ayrıca yaşam destek ünitelerinin çekilmesini belirli şartlarla mümkün kılmaktadır. Yasa, pasif ötanaziye ilişkin belirli şartlar getirdiği/ aktif ötanaziyi mümkün kılmadığı için anayasada garanti edilen insan onuruna aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüştür. Macaristan Anayasası'nın 54. maddesinde yaşam hakkı ve insan onuru, 8. maddesinde ise kendi kaderini belirleme hakkı düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre yaşam hakkı ve insan onuru mutlak haklar iken insan onurundan türetilen kendi kaderini belirleme hakkı sınırlandırılabilen bir haktır. Yaşam hakkı ve insan onuru birbirinden ayrılamaz ve ikisi de mutlak haktır. Bu bağlamda yasa ile pasif ötanazinin şartlara bağlanarak, aktif ötanazinin öngörülmemiş olması Anayasaya uygun bulunmuştur.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi 1997 tarihinde verdiği bir kararla¹⁸⁶ aktif ötanaziyi kasten insan öldürmeye göre daha düşük biçimde cezalandıran kanunu anayasaya uygun görmüştü. Başvuruda, ilgili düzenlemenin yaşam hakkına ve eşitlik ilkesine aykırılığı ileri sürülmüştü. Başvurucuya göre, söz konusu düzenleme uyarınca, devlet yaşamın ko-

¹⁸⁵ HUN-3003-2-003; [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-2003-2-003?fn=document-frameset.htm&f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-2003-2-003?fn=document-frameset.htm&f=templates$3.0), 14.11.2021.

¹⁸⁶ <https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Decision.php?IdPublicacion=9214>, 12.01.2022; Ayrıca bkz. Bertil Emrah Oder s. "Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme" içinde: Centel, Nur (Der.), Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Disiplinler arası Hukuk Çalışmaları Serisi* No.1, İstanbul-2011, (Ötanazi), s. 5 vd.

runması konusundaki yükümlülüğünü yerine getirmeyecektir. Anayasa Mahkemesi'ne göre hastanın açık rızası ile acısını dindirmek ve acıma saikiyle öldürülmesi durumunda ceza indirimi uygulanması yaşam hakkına aykırılık oluşturmaz. Mahkemeye göre, yaşam hakkı, elverişli ve saygın koşullarda yaşamayı içeren bir haktır ve bundan dolayı yaşamaya devam etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Eğer bir kişi yaşamına son vermek istiyorsa ve yaşamını değersiz buluyorsa, sınırlama olmaksızın bunu gerçekleştirme hakkına sahiptir. Bu noktada devletin yükümlülüğü hastanın aydınlatılmış onamı ve onura uygun ölmeyi istemesine odaklıdır. Bu koşulların sağlanması durumunda saygın koşullarda yaşama temel hakkı onurlu bir şekilde ölme hakkını içermektedir. Bir kişiyi acı içinde yaşamaya zorlamak, bu kişinin onur ve özerkliğini yok ederek, ona kötü muamelede bulunmak anlamını taşır. Anayasa Mahkemesi, aydınlatılmış ve açık onam üzerine yaşama son verecek kişinin hekim olması gerektiğine de kararında yer vermektedir. Kararda hekimin sadece daha az ceza alması değil, hiç ceza almamasının da -yasa çıkarılması şartıyla- Anayasaya aykırı olmayacağı belirtilmiştir.¹⁸⁷ Kolombiya Anayasa Mahkemesi Anayasanın yaşamın ve sağlığın korunmasına ilişkin hükümlerini bireysel özerklik ve insan onuru ile bağlantılı olarak yorumlamıştır. Yaşam hakkına ilişkin koruyucu düzenlemeler mutlak değil, bu düzenlemelerle çatışan diğer haklar ile uyumlu ve bağlantılı olarak değerlendirilmiştir.¹⁸⁸ Oder, Mahkemenin yaşam hakkının sınırlarına ilişkin olarak, yaşam hakkı ile özerklik hakkı arasında, her iki hakka da optimal yürürlük imkânı sağlayan pratik uyum yöntemine benzeyen bir yorum yapıldığı sonucuna varmıştır. Burada devletin yaşamı koruma yükümlülüğü ihlal edilmemektedir. Yaşam hakkından, acı çeken insanlar için yaşama zorunluluğu türetilemez; aksi halde kötü muamele yasağı ihlal edilmiş olur.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Kolombiya Anayasa Mahkemesi, yasa koyucuya altı kez ötanazi konusunda düzenleme yapma çağrısında bulunmuştur. Bu çağrı son olarak, 16 Ekim 2021 tarihinde ötanaziye ilişkin yasal düzenlenin reddilmesi ile olumsuz sonuçlanmıştır. Kolombiya'da ötanaziye ilişkin şartları Sağlık ve Sosyal Koruma Bakanlığı ilk kez 2015 tarihinde belirlemiştir. Bakanlığın son düzenlemesi 2021 tarihlidir. (Resolution of 917 of 2021) https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20971%20de%202021.pdf, 12.1.2022.

¹⁸⁸ Oder, Ötanazi, s. 7.

¹⁸⁹ Oder, Ötanazi, s. 7, 8.

Yukarıda örnekleri verilen yargısal kararlarla, günümüzde yaşam hakkı vazgeçilmez bir hak olmaktan çıkmıştır.¹⁹⁰

c. Değerlendirme

Ötanazi ve yaşam hakkı birlikte değerlendirildiğinde pek çok tartışmalı husus karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle doğal hukuktan kaynaklanan yaşam hakkının vazgeçilmezliği pek çok yazar tarafından savunulduğu gibi, bu husus yukarıda belirtilen bazı pozitif hukuk belgelerinde de yer almaktadır. Doğal hukuk kaynaklı vazgeçilmezliği/devredilmezliği savunmak, aslında iktidarların insan haklarını ortadan kaldırmalarına bir kalkan vazifesi de görmektedir. Ancak bugün gelinen noktada vazgeçilmezlik çoğu kez mutlak olarak yorumlanmamaktadır.¹⁹¹ Onurlu bir şekilde ölme hakkı söz konusu olduğunda yaşam hakkından vazgeçilebileceği, yaşam hakkının onurlu biçimde ölme hakkını içerdiği ya da yaşam hakkından vazgeçmenin söz konusu olamamasına rağmen yaşama son vermeye izin verilerek yaşamdan vazgeçilebileceğine ilişkin görüşlere yukarıda yer vermiştik.

Şu hâlde, birkaç farklı soru/sorun karşımıza çıkmaktadır. Birinci soru; ötanazinin yaşam hakkı kapsamında kabul edilip edilemeyeceği, farklı ve daha spesifik ifade edecek olursak yaşam hakkının, ölümcül ve acı çeken hastalar için hekim yardımıyla insan onuruna uygun biçimde ölme hakkını içerip içermeyeceğidir.

AİHM kararlarına bakıldığında ölme hakkının yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmediği görülmektedir. Bununla birlikte AİHM, iradesini ortaya koyamayanlar açısından yaşam destek ünitelerinin çekilmesini- yakınlarının istemi ya da mahkeme kararı var ise- belirli koşullarda yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülöklere aykırı görmemektedir. Bu konuda 2. maddenin 8. madde ile birlikte değerlen-

¹⁹⁰ İnceoğlu, s. 113.

¹⁹¹ Diego Zannoni, "Right or Duty to Live, Euthanasia and Assisted Suicide From the Perspective of the European Convention On Human Rights", *European Journal of Legal Studies*, Y. 2020, V. 12, N. 2, s. 182, 183.

dirildiğini de görmekteyiz.¹⁹² Avrupa'da yaşam desteğinin çekilmesine ilişkin koşullar konusunda konsensüs bulunmaması devlete geniş takdir marjı bırakılmasının gerekçesini oluşturmuştur.

Seçili mahkeme kararlarına bakıldığında -Kolombiya Anayasa Mahkemesi ya da Güney Afrika Pretoria Yüksek Mahkemesi gibi- ölme hakkının yaşam hakkı kapsamında değerlendirildiği ifadeler göze çarpmaktadır.

Kanaatimizce, yaşam hakkının kapsamının yaşam hakkının tam tersi olan ölme hakkını içerecek biçimde yorumlanması mümkün değildir. Yaşam hakkı kişilerin yaşamlarını sürdürmesini mümkün kılan bir haktır. Yaşamın sürdürülmesi konusunda devletin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Ölme hakkı gerek AİHS'de gerekse anayasamızda yaşam hakkına getirilmiş istisnalar arasında da yer almamaktadır. Bize göre, yaşam hakkının vazgeçilmezliğinin mutlak olmaması kabul edilse dahi, bu durum ölme hakkının yaşam hakkının kapsamında kabul edilmesi ya da istisnaları arasına sokulmasını yine de mümkün kılmaz.

Bununla birlikte yaşam hakkını bir anayasada ya da uluslararası insan hakları sözleşmesinde diğer haklardan bağımsız düşünmek mümkün değildir. Bu bağlamda ölme hakkı başka hakların kapsamında kabul edilebilir mi? Onurlu biçimde ölme hakkı başka hakların kapsamında kabul edilirse bu durum yaşam hakkı ve devletin yaşamı koruma yükümlülüğünün kabulü ile bağdaşabilir mi? Söz konusu sorunlar aşağıda tartışılmaktadır.

B. Ötanazi ve Diğer Haklar

Günümüzde pasif ötanazi -tedavinin reddilmesi bağlamında- tüm Common Law ülkeleriyle diğer ülkelerin büyük bir bölümünde özerklik hakkı/ kişinin kendine ilişkin kararları alması kapsamında tanınmaktadır.¹⁹³ Ancak, konu aktif ötanazi olduğunda, konu kişisel

¹⁹² p. 142.

¹⁹³ Besirevic, s. 23.

özerklik kapsamında değerlendirilse bile, yaşam hakkı ile çatışma söz konusu olmaktadır. Çünkü devletin yaşamı ve kırılğan grupları, kötüye kullanmalara karşı koruma görevi bulunmaktadır.¹⁹⁴ Bu bağlamda ötanazinin genel olarak özel yaşam üzerindeki hak/özerklik hakkı kapsamında kabul edilip edilmeyeceği veya kabul edilse bile yaşam hakkı ile çatışma sorunu karşımızı çıkmaktadır.

Bir diğer husus, ölme hakkının tanınmamasının ve kişilerin acı içinde ölmesinin, işkence ve kötü muamele yaşağını ihlal edip etmeyeceği ya da ölme hakkının kötü muamele görmeme hakkı kapsamında kabul edilip edilmeyeceği konusudur.

Belirtmek gerekir ki devletlerin hem özel yaşam üzerinde hak hem de işkence ve kötü muamele yaşağına ilişkin olarak negatif yükümlülüklerinin yanı sıra pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır.

1. Doktrin

Ötanazinin suç olmaktan çıkarılmasını savunan görüşler, ağırlıklı olarak kişinin kendi kaderini kendisinin belirleme hakkı olduğuna veya özel yaşam üzerindeki hakka dayanmaktadır.¹⁹⁵ Günümüzde pek çok yazar, istemli ötanazi taleplerinin kişi özerkliği kapsamında kabul edilmesi gerektiğini savunulmaktadır.¹⁹⁶

Kişinin yaşamına ne zaman son vereceğine dair kararı vermesinin insan onuru ile de ilişkisi kurulmaktadır.¹⁹⁷ Bir diğer argüman ötanazinin yasaklanmasının kötü muamele yaşağını ihlal edecek olmasıdır.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Besirevic, s. 26; Wicks, s. 243.

¹⁹⁵ Gifford, s. 1575; Ekici Şahin, s. 270.

¹⁹⁶ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Bakımından Ötanazi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2006, C. III, S. 2, Özel Sayı: Türk Alman Hukuku Sempozyumu, (İnsan Hakları), s. 290; Shala/Gusha, s. 79.

¹⁹⁷ Shala/Gusha, s. 79.

¹⁹⁸ Shala/Gusha, s. 80; Güven, s. 115.

Gören, intiharın yaşam hakkı kapsamına girmemekle birlikte, Anayasamızın 17. maddesinde garanti edilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının kapsamına girdiğini belirtmektedir. Yazar, insan onuruna yakışır bir ölüm konusunda kişinin hak sahibi olup olmadığını, anayasamızın Başlangıç kısmında güvence altına alınmış olan insan onurunun korunması ilkesine göre değerlendirileceğini belirtmektedir.¹⁹⁹

Özen ve Şahin, pasif ötanazi konusunu -kişinin iradesi olmak koşuluyla yaşam destek ünitelerinin çekilmesi dahil- kişinin kendi kaderini belirlemesi ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı kapsamında görmektedir. Bu hakların ihlal edilmesi, hiçbir mesleki görev düşüncesi ile kabul edilemez. Hatta, hekim, hastanın tedaviyi reddetme beyanına rağmen tedaviye devam ederse, cezai sorumluluğu ortaya çıkacaktır.²⁰⁰ Ünver, hastanın tedaviyi reddetme hakkını hastanın beden bütünlüğü üzerindeki hakkı ve kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında görmektedir.²⁰¹ Bilinci yerinde olmayan kişilerin, rıza ehliyeti olmayan küçüklerin ve akıl hastalarının durumu ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bu noktada bazı yazarlar, hastanın kendi kaderini belirleme hakkının ortadan kalkmadığını, ancak ehliyetsiz kişi adına kanuni temsilcisinin karar vereceğini belirtirler. Rıza ehliyetinin sonradan yitirilmesi halinde, kişinin rıza ehliyetini kaybetmeden önce kendisine bir vekil bırakıp bırakmadığına bakılır. Bununla birlikte, yetkili kılınan kişi kararı neye göre verecektir? Bu kişinin hastanın bilinci yerinde olsa idi, nasıl karar vereceğini ve hastanın iyiliğinin neyi gerektirdiğini objektif olarak değerlendirmesi gereklidir. Eğer hastanın tedaviyi reddedeceğine dair bir bilgi var ise buna göre davranılmalıdır.²⁰²

Metin'e göre ötanazinin bireysel otonomi kapsamında değerlendirilmesi isabetlidir. Ancak bunun için hastanın bilincinin açık olması ön koşuldur.²⁰³

Oder, 1982 Anayasası bağlamında, ötanazinin kişinin maddi ve ma-

¹⁹⁹ Gören, Anayasa, s. 514.

²⁰⁰ Özen/Ekici Şahin, s. 21, 31.

²⁰¹ Ünver, s. 39.

²⁰² Özen/Ekici Şahin, s. 22, 32; Ekici Şahin, s. 271.

²⁰³ Metin, *Biyo-Tıp*, s. 291.

nevi varlığını geliştirme hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı veya özel yaşama saygı hakkı haklarının norm alanlarına girebileceğini belirtmektedir.²⁰⁴

Whiting, devletin yaşamı koruma yükümlülüğünün bulunduğu dikkat çekmekle birlikte, yaşamı ağır biçimde tehdit eden pek çok faaliyetin devlet tarafından yasaklanmadığını belirtmektedir. Motor yarışları, yüksekten atlama ya da sigara içilmesi gibi. Yaşam hakkının vazgeçilmezliğiyle bu faaliyetlerin bağdaşabilmesinin sebebi ise kişinin kişisel özerkliği ve özel yaşam üzerindeki hakkıdır. Özel yaşam üzerindeki hak, başkalarının hakları etkilenmediği sürece, kişileri devlet müdahalelerine karşı korur. Yazar, iradesini ortaya koyabilen kişiler açısından yaşama son vermeyi de bu bağlamda değerlendirmektedir.²⁰⁵

2. Yargı Kararları

a. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHM'in verdiği Pretty/İngiltere²⁰⁶ Kararı'na konu olayda, yukarıda belirtildiği gibi, İngiltere'de yardımcı intiharın reddedilmesi durumu söz konusu idi. Başvurucu, ölmeye ilişkin yardım alamamasının 3. maddeyi (işkence ve kötü muamele yasağı) ihlal ettiğini belirtmektedir. Başvurucuya göre, 3. madde mutlak bir hak olduğundan, diğer haklarla bir denge kurulması mümkün değildir; denge kurulsa dahi, kendisine uygulanan muamelenin oransız olduğunu ileri sürmektedir. AİHM, 3. maddeye ilişkin olarak, bu maddenin 2. maddeyle uyum içinde yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Her ne kadar başvurunun ölümü acı verecek şekilde gerçekleşse de devlet yaşama son veren eylemleri cezalandırma yükümlülüğü altında olup, pozitif yükümlülük ihlal edilmiştir. Mahkemenin 3. maddeye ilişkin vardığı sonuç değerlendirildiğinde, 3. madde mutlak bir hak olmakla birlikte yine de 2. madde ile birlikte değerlendirildiği, bir dengeleme yapıldığı görülmektedir.

²⁰⁴ Oder, Ötanazi, s. 22.

²⁰⁵ Whiting, s. 155, 156.

²⁰⁶ Pretty/İngiltere, başvuru no. 2346/02, 22.01.2002.

Başvurucu, 8. maddeye (özel yaşam üzerindeki hak) ilişkin olarak, bu maddenin, ne zaman öleceğine karar vermeyi içermek üzere bedeni üzerinde karar vermeyi kapsadığını ileri sürmüştür. Başvurucuya göre, devletin 8. maddeye ilişkin müdahalesi oranlı değildir çünkü içinde bulunduğu durum göz önüne alınmamıştır. AİHM, “özel yaşam”ın geniş bir kavram olduğunu ve kişisel özerkliğin bu hakka ilişkin garantilerin altını çizen önemli bir ilke kabul edildiğini belirtmiştir. Ayrıca özel yaşam üzerindeki hak, yaşamın niteliğine ilişkin kavramları da içermektedir. Bu bağlamda, yetişkin ve temyiz kudreti olan bir hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda, yaşam süresini kısaltsa ve ölümcül sonuçlara yol açsa dahi, hastaya müdahale edilmesinin onun 8. maddede korunan kişisel bütünlük hakkına müdahale oluşturacağı tespit edilmiştir. Karara konu olan olayda, tıbbi tedavi söz konusu olmasa dahi, başvuru hastasının hastalığı kendisinin artarak daha fazla acı çekmesine neden olmaktadır. Mahkeme, Sözleşme’nin özünün insan onuru ve özgürlüğüne saygı göstermek olduğunu vurgulamış; yaşam hakkının kutsallığına saygı göstermenin yanı sıra, 8. madde uyarınca yaşamın kalitesinin de dikkate alınacağını vurgulamıştır. Bu bağlamda mahkeme, 8. maddeye ilişkin bir müdahale olduğunu kabul etmektedir ve müdahalenin meşru olup olmadığı değerlendirmeye alınmıştır. Son tahlilde, intihara yardımın suç kabul edilmesine ilişkin müdahale, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla hizmet etmesi ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması nedeniyle haklı bulunmuştur. Pretty/İngiltere Kararı’nda, insan onuruna uygun biçimde ölme, yaşam hakkı kapsamında değil ama özel yaşam üzerindeki hak kapsamında değerlendirilmiştir.²⁰⁷ Bununla birlikte, devlet özel yaşam üzerindeki hakka ilişkin yükümlülükleri kapsamında ölüme yardımcı serbest bırakma yükümlülüğü altında değildir.²⁰⁸

Haas /İsviçre²⁰⁹ başvurusuna konu olan olayda bipolar olan başvuru intihar etmek için gerekli olan özel bir maddenin reçete ile yazılması için psikiyatriklere başvurmuş ancak talebi reddedilmiştir. Başvurucu

²⁰⁷ Oder, Ötanazi, s. 16.

²⁰⁸ Wicks, s. 197.

²⁰⁹ Haas/İsviçre, başvuru no. 31322/07, 20.01.2011.

8. maddede yer alan özel yaşam üzerindeki hakka haksız müdahale edildiğini ileri sürmektedir. AİHM, bir kişinin hangi yollarla ve ne zaman yaşamına son vereceğine karar vermenin, özgürce karar verme yeteneğine sahip olma şartıyla, özel yaşam üzerindeki hakkın görünüm biçimlerinden birisi olduğunu belirtmektedir. Ancak bu kararın Pretty/İngiltere kararından ayrılan yönü, kişinin kimseden yardım almadan intihar edecek olmasıdır. AİHM, 8. maddeye ilişkin olarak, devletin onurlu bir intihar için bazı önlemler alma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilse dahi, İsviçre otoritelerinin takdir marjı bulunduğunu ve sözleşmenin ihlal edilmediğini belirtmiştir. İsviçre makamları başvurucuya intihar için farklı alternatifler sunmuştur; başvurucunun istediği spesifik ilacın başvurucuya verilmemesinin sebebi, tehlike arz eden söz konusu maddenin farklı amaçlarla da kullanılabilir olmasıdır. Son tahlilde mahkemeye göre, sözleşmecî devletin onurlu bir şekilde ölme konusunda pozitif yükümlülüğü olduğu kabul edilse dahi, bu yükümlülük ihlal edilmemiştir. Haas başvurusunun koşulları ötanazinin koşullarından ziyade intihara ilişkindir ve Mahkeme, devletin geniş takdir marjı²¹⁰ göz önüne alındığında, onurlu bir intihar konusunda 8. maddenin ihlal edilmediği kanaatine varmıştır. Her ne kadar ötanazinin unsurları olayda bulunmasa da fiziksel acı ve ölümcül hastalık bulunmaması durumunda bile, onurlu bir ölümün koşullarının sağlanmasına yönelik “karar hakkının” 8. madde kapsamında görülmesi dikkat çekicidir. 8. maddeye ilişkin değerlendirme yapılırken, Sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi gereği vurgulanarak, sözleşmenin 2. maddesine gönderme yapılmış²¹¹ ve haklar arasında dengeleme yapılmıştır.²¹²

Koch/Almanya kararına konu olan olayda, başvurucu bedeni top-tan felç olan eşi için ulusal makamlardan intihara yönelik ilaç talep et-

210 p. 55.

211 Kararda 2. Maddeye ilişkin şu tespit yapılmıştır: 2. Madde devlet otoritelerine, kendi hayatlarını tehlikeye atmaları söz konusu olsa bile, yine de kırılğan kişileri koruma yükümlülüğü yüklemektedir. 2. madde bu kişileri, özgür iradeleri ile alınmayan kararlara karşı korumaktadır. p. 54.

212 Sartori’ye göre, kararın iki önemli yönünden birisi yaşama ne zaman ve ne şekilde son verileceğine dair karar hakkının 8. madde kapsamında görülmesidir. Mahkeme kararında açıkça “karar alma hakkı” ifadesi bulunması, diğeri ise yaşam hakkı ve özel yaşam üzerindeki hak arasında dengeleme yoluna gidilmesidir. Daria Sartori, End-of-Life Issues and the European Court of Human Rights, The Value of Personal Autonomy a “Proceduralized” Review, *Questions of International Law*, Y. 2018, V. 52, s. 30.

miş ancak talebi reddedilmiştir. Alman yargısal makamları başvuru-
nun talebini esastan incelemeyi reddetmiştir. Sonrasında başvuru ve
eşi İsviçre'ye giderek intihar için yardım almıştır. AİHM, bu kararda da
kendi iradesini ortaya koyabilmesi koşuluyla kişinin hangi yollarla ve ne
zaman yaşamına son vereceğine karar verme hakkının 8. maddenin gö-
rünüm biçimlerinden birisi olduğunu belirtmiştir. Başvurucuyla eşinin
yakın ilişkisi göz önüne alındığında, Alman yargısal makamlarının baş-
vuruyu incelemeyi reddetmesinin, intihara yardıma izin verilsin ya da
verilmesin, 8. maddeyi ihlal ettiğine karar verilmiştir.

Gross/İsviçre²¹³ başvurusunda, ölümcül hastalığı bulunmayan baş-
vurucu İsviçre otoriteleri tarafından kendisine ölümcül dozda ilaç ve-
rilmediği için 8. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM ilgili
dairesi, 8. maddenin ihlal edildiğini çünkü İsviçre kanunlarında hangi
hallerde intihara yardıma izin verildiğinin belirli olmadığını tespit et-
miştir. Ancak başvuru Büyük Daire'nin önüne geldiğinde, başvuru-
nun mahkemeye yanlış bilgi verdiği anlaşılmış ve başvuru hakkının kö-
tüye kullanımı sebebiyle başvuru reddedilmiştir.

Yukarıda yer alan tüm kararlar değerlendirildiğinde, başvuru-
cunun ölümü ilişkin kararlarının 8. madde kapsamında kabul edilerek in-
celendiği ve bu kararların özel yaşam üzerinde hak²¹⁴ kapsamında kabul
edildiği görülmektedir. Müdahalelerin ihlal oluşturup oluşturmamasını
ise, hem 8. maddede yer alan kriterler hem de 2. madde ile yapılan den-
geleme belirlemektedir. Son tahlilde, yardımcı intiharın Sözleşme kapsa-
mında kabul edilmesi gerektiğine dair bir sonuç ortaya çıkmamıştır.

AİHM'in Lings/Danimarka²¹⁵ kararında “yardımlı intihar” düşün-
ceyi açıklama özgürlüğü açısından değerlendirme konusu olmuştur ve

²¹³ Gross/İsviçre, başvuru no. 67810/10, 14.05.2013.

²¹⁴ Özel hayatın gizliliği hakkının kapsamı, AİHS'nde yer alışı ve Sözleşme kapsamında devletin yüküm-
lülükleri konusunda ayrıntılı bilgi ile bireyin tedaviyi reddetme ve ölme hakkı konusunda bkz. Sultan
Üzeltürk, 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İs-
tanbul- 2004, s. 4 vd; s. 157 vd. ve 187.

²¹⁵ Lings/Danimarka, no. 15136/20, 12.04. 2022.

Büyük Daire, Nisan 2022 tarihinde karar vermiştir. Karara konu olan olayda emekli doktor olan başvuru üç ayrı olay sebebiyle intihara yardım etmek suçundan mahkûm olmuştur. Başvuru intihara yardım için bir rehber hazırlayıp internet sitesinde yayınlamıştır; ancak mahkûm olmasının sebebi hastalarla birebir ilişki içine girerek tavsiyeler vermesidir. Hastalardan ikisi intihar sonucu ölmüştür. İntihar eden bir diğer hasta ise kurtarılmıştır ve hastalıklarının tedavi edilmesiyle hayatını sürdürmektedir. Başvuru altmış gün hapis cezası almış ve bu ceza ertelenmiştir. Başvuru düşünceyi açıklama özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmektedir. AİHM, Danimarka’da yer alan intihara yardım yasasına ilişkin kanun maddesini soyut olarak inceleyemeyeceğini ancak kanunun uygulanmasının Sözleşme’yi ihlal edip etmediğini tespit edebileceğini belirtmektedir. Kararda, ötanazi ve intihara yardım konusunda sözleşmeciler devletler arasında bir konsensüs bulunmadığı ve bu konularda devletlerin geniş bir takdir marjına sahip oldukları hatırlatılmıştır. Başvurucunun cezası -erteleme de göz önüne alındığında- demokratik toplumun gerekleri açısından incelenmiş ve sağlığını/başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması açısından oransız görülmemiştir.

AİHM’in ölme hakkına ilişkin kararlarında, yaşamın sonuna ilişkin meselelerde devletlerin geniş bir takdir marjına²¹⁶ sahip oldukları hatırlanmaktadır ve devletlerin düzenleme ya da uygulamaları -ister ölme hakkı korunsun isterse korunmasın- kural olarak Sözleşme’ye uygun bulunmaktadır. Ölme hakkı, AİHM’in devletlere geniş takdir marjı bıraktığı spesifik bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır²¹⁷ ve bu konuda geniş takdir marjı bırakılmasının başlıca sebepleri ahlaki boyutun olması ile devletler arasında konsensüs bulunmamasıdır.²¹⁸

²¹⁶ Takdir marjı doktrini, AİHM içtihadı ile geliştirilmiştir. Bununla birlikte, 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe giren 15 no’lu protokol ile, “Sözleşmeciler devletlerin takdir marjına sahip oldukları” ibaresi Sözleşmenin başlangıç bölümüne eklenmiştir. Takdir marjı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gölcük- lü, Avrupa, s. 146; Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Boston-1996; Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford-2013.

²¹⁷ Michaela Simion, Euthanasia, Pros and Cons in the Jurisprudence of the European Court on Human Rights, *Fiat Iustitia*, Y. 2019 (2), s. 174.

²¹⁸ Lings/Danimarka, no. 15136/20, 12.04.2022, p. 60; Devletlere bu denli geniş takdir marjı bırakılmasının bir sebebi de Simion’a göre, Avrupa’da ötanaziye karşı veya taraftar olan kamuoyunun baskısıdır. Simion, s. 182.

b. Ulusal Düzeyde Seçili Kararlar

ABD’de pasif ötanazi Yüksek Mahkeme kararları ile anayasa kapsamında görülen özel yaşam hakkının (özerklik /kendi kaderini belirleme hakkı) bir parçası olarak görülmektedir.²¹⁹ Böylelikle yaşam hakkının vazgeçilmez bir hak olarak kabul edilmemesi söz konusu olmuştur.²²⁰

Kolombiya Anayasa Mahkemesi aktif ötanaziye kasten adam öldürmeye oranla daha hafif ceza öngören norma ilişkin olarak verdiği -yukarıda yer verilen- kararda²²¹, yaşamın kutsallığından bağımsız olarak, kişilerin kendi yaşamlarını belirleyebileceklerini tespit etmiştir. Kişiyi acının devamına zorlamak anayasada yer alan kötü muamele yasağı anlamına gelir ki bu durum kişi onurunu ve özerkliğini yok eder. Anayasa Mahkemesi, bireysel özerklik ve insan onuruna dayalı bir kanıtlama ile aktif ötanaziye ilişkin normların anayasaya uygun olduğu sonucuna varmıştır.²²² Mahkeme tarafından, devletin yaşam hakkına ilişkin yükümlülüğünü, kişinin onuru ve özerkliğini gözardı ederek yerine getiremeyeceği değerlendirilmiştir.²²³

Kanada Yüksek Mahkemesi ise, hekim yardımcı intihara ilişkin ceza öngören kanun hükmünün yaşam hakkının yanı sıra kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını da ihlal ettiğini tespit etmiştir ki sözü edilen ikinci hak özerklik ve yaşam kalitesine ilişkindir.²²⁴ Yasa ile öngörülen müdahale her ne kadar meşru amaca dayanmaktaysa da oransız bulunmuştur.

Macaristan Anayasa Mahkemesi aktif ötanaziyi özerklik hakkı kapsamında bulmamıştır.²²⁵

²¹⁹ Inceoğlu, İnsan Hakları Bakımından Ötanazi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2006, C.III, S.2, Özel Sayı: Türk Alman Hukuku Sempozyumu, (İnsan Hakları), s. 290; Besirevic, s. 25.

²²⁰ Inceoğlu, Ölme Hakkı, s. 113.

²²¹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Decision.php?IdPublicacion=9214>, 12.01.2022.

²²² Oder, Ötanazi, s. 7.

²²³ Oder, Ötanazi, s. 8.

²²⁴ Supreme Court of Canada, Carter v. Canada (Attorney General), No. 35591, 06.02.2015.

²²⁵ Besirevic, s. 25.

3. Değerlendirme

AİHM kararları da dikkate alındığında kişinin kendi yaşamı üzerinde karar alma hakkının özel yaşam üzerinde hak/kişi özerkliği kapsamında kabul edildiği görülmektedir.²²⁶ Ancak bu durum, ötanazinin kabul edilmesi gerektiği anlamını taşımamaktadır.²²⁷ AİHM kararları çerçevesinde, devletin özel yaşama ve özelde ölme istemine yönelik müdahaleleri, meşru amaç bulunması ve müdahalenin oranlı olması durumunda kuşkusuz haklı bulunabilecektir. AİHM özel yaşam üzerinde hak ile yaşam hakkı arasında çatışma bulunduğu için haklar arasında dengeleme/uyumlaştırma yoluna gitmektedir.²²⁸ Öyle ki mutlak hak olan kötü muamele yasağı söz konusu olduğunda dahi, Pretty/İngiltere Kararı'nda 3. madde ile 2. madde arasında dengeleme yoluna gidilmiş ve 3. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Kararların tümünde -sözleşmeci devletler arasında konsensüs bulunmadığı ve ölme hakkı pek çok açıdan tartışmalı bir konu olduğu için- devletlere geniş takdir marjı bırakılmıştır.²²⁹ AİHM, irade dışı pasif ötanazi düzenleme ve uygulamalarını devletlerin takdir marjı içinde bulmuştur; aktif ötanaziye ilişkin bir karar bulunmamaktadır.

Dünya üzerinde seçili mahkeme kararlarına bakıldığında da onurlu bir biçimde ölme hakkının özerklik hakkı/özel yaşam üzerinde hak kapsamında görüldüğü göze çarpmaktadır. Kuşkusuz ölme hakkının bu hakların kapsamına girmesi, devletin çıkarttığı sınırlayıcı kanunların söz konusu hakları her durumda ihlal edeceği anlamına gelmemektedir.

Ölme hakkı, özerklik hakkı kapsamında kabul edilse dahi, yaşam hakkı daima bu hakka sınır çizmektedir.²³⁰ Kanaatimizce bu sınır çer-

²²⁶ Oder, Ötanazi, s. 16.

²²⁷ Zannoni, s. 196.

²²⁸ Simion, s. 174; Zannoni, s. 183.

²²⁹ Simion, s. 174.

²³⁰ Yardımlı intiharin özerklik hakkı kapsamında değerlendirilebileceği ancak intihara yardımın devletin yaşam hakkı konusunda pozitif yükümlülüğü ile bağdaşmayacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Wicks, s. 177 vd. Bu bağlamda yazar, devletin özerklik hakkı konusunda pozitif yükümlülükleri olduğunu kabul etmekle birlikte, yaşam hakkıyla birlikte değerlendirildiğinde, bu yükümlülüğün intihara yardımı yasallaştırmayı gerektirmediği sonucuna varmaktadır.

çevesinde, iradeye bağlı pasif ötanazi haklar arasında adil bir denge kurulmasına müsait olmakla birlikte aktif ötanazinin devletin yaşam hakkı konusundaki pozitif yükümlülükleri ile bağdaşması mümkün görünmemektedir.²³¹ Her ne kadar yukarıda belirtilen bazı ülkelerde aktif ötanazi kabul edilmiş olsa da bu ülkeler sağlık hizmetlerinin ve palyatif bakım hizmetlerinin ileri düzeyde sağlanmış olduğu ülkelerdir²³² ve bu ülkeler açısından da kırılğan grupların yaşam hakkı açısından endişeler varlığını sürdürmektedir.²³³

Belirli durumlarda ötanazinin diğer haklar kapsamında görülmesi ve yaşam hakkı ile dengelemeye gidilmesi, kuşkusuz yaşam hakkının/yaşamın vazgeçilmezliğinin mutlak olarak kabul edilmemesi anlamına gelmektedir. Ölme hakkı bir başka hakkın kapsamında kabul edilse dahi yaşam hakkı/devletin yaşamı koruma yükümlülüğü ile çatışma olmaması için, ölme hakkına ilişkin düzenlemelerin açık/belirli olması ve güvenceler içermesi gereklidir.

C. Müstakil Bir İnsan Hakkı Olarak Ötanazi

Eroğul, insan haklarının zaman içinde genişleyen bir kavram olduğuna gönderme yaparak, ölme hakkının tıpkı çevre ve barış hakları gibi son zamanlarda belirlemeye başlayan bir özgürlük alanı olduğunu belirtmektedir.²³⁴ Metin ise hak/ödev korelasyonu bağlamında, ölme hakkı şeklinde bir hakkın bulunmadığını ve ötanazinin bireysel otonomi kapsamında değerlendirilmesinin daha isabetli olduğunu belirtmektedir.²³⁵ Hollanda'da aktif ötanazi yasal olarak kabul edilmekle birlikte, ölme hakkının bulunup bulunmadığı şeklinde bir formülasyon yapılmamış, ötanazi yasal bir medikal prosedür olarak ele alınmıştır.²³⁶

²³¹ Euthanasia, Human Rights and the Law, Australian Human Rights Commission, Sydney-2016, s. 34, Güven, s. 113.

²³² Griffiths/Weyers/Adams, s. 17, 269;

²³³ Keown, s. 149.

²³⁴ Eroğul, s. 53.

²³⁵ Metin, *Biyo-Tıp*, s. 291.

²³⁶ Besirevic, s. 26.

Ölme hakkı veya ötanazi uygulaması herhangi bir Anayasada/uluslararası belgede müstakil bir hak olarak kabul edilmemektedir. Sadece bazı ulusal hukuklarda yasal düzenlemeler yapılması, ölme hakkının şartlarının belirlenmesi veya ötanazi uygulayan kişilere yönelik cezaların kaldırılması/hafifletilmesi söz konusudur. İnsan hakları dinamik bir kavramdır; ölme hakkının bağımsız bir insan hakkı olarak ileri sürülmesi ve gelecekte pozitif hukuka aktarılması da mümkündür.

IV. 1982 ANAYASASI IŞIĞINDA TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ÖTANAZİYE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

1982 Anayasası'nın 12. maddesinde herkesin vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtilmekte, 17. maddede yaşam hakkı garanti altına alınmaktadır. 17. maddenin dördüncü fıkrasında yaşam hakkının istisnaları sayılmakta olup bu istisnalar arasında ölme hakkı ya da insan onuruna uygun biçimde ölme hakkı yer almamaktadır.²³⁷ Yaşam hakkının en temel insan hakkı olması, yaşam hakkının bulunmaması durumunda diğer hakların kullanılmasının mümkün olmaması ve istisnalarının 17. maddede sınırlı olarak sayılı oluşu karşısında, yaşam hakkının/yaşamın vazgeçilmezliği mutlak kabul edilmese dahi, ölme hakkının yaşam hakkı kapsamında kabul edilmesini mümkün görmekteyiz. Devletin yaşam hakkının korunması konusunda pozitif yükümlülükleri bulunmakta olup, en önemli görevi kişilerin yaşamlarının devamının sağlanmasıdır.

Ölümcül ve tedavisi mümkün olmayan hastalar için insan onuruna uygun biçimde ölme hakkı/ötanazi Anayasamızın 20. maddesinde garanti edilen özel yaşam üzerindeki hak veya 17. maddede yer alan maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkı kapsamında kabul edilebilir. İnsan haklarının kapsamı zaman içinde genişleyebilmektedir. Ancak bu durum diğer haklar kapsamında görülebilecek insan onuruna uygun ölme hakkının/ötanazinin koşulsuz kabul edileceği ve sınırlandırılmayacağı anlamına gelmemektedir.

²³⁷ Anayasa md. 17/4: "meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili mercinin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."

Anayasamızda ötanaziyi kapsayabilecek sözü edilen her iki hakka ilişkin olarak 17. ve 20. maddelerde özel sınırlama sebepleri bulunmamaktadır. Bununla birlikte temel hakların doğalarına içkin bir takım nesnel sınırları olduğu gibi özel sınırlama sebepleri bulunmayan hakların Anayasada yer alan diğer hüküm veya temel haklarla sınırlı olarak kabul edilmeleri söz konusudur.²³⁸ Bu bağlamda ötanazi, kanuni düzenleme ile ilgili haklar kapsamında görülse dahi, yaşam hakkı düzenlemeye bir sınır oluşturacak²³⁹ ya da ölme hakkını içerecek şekilde yorumlanan ilgili hak (özel yaşam üzerindeki hak ya da maddi manevi varlığın geliştirilmesi hakkı) çatışma yaşanan yaşam hakkı ile birlikte değerlendirilerek dengelenecektir.²⁴⁰

Türk Hukuku'nda ötanaziye ilişkin düzenlemelere bakıldığında, öncelikle Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un²⁴¹ ve taraf olduğumuz İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin²⁴² ilgili hükümlerini dikkate almak gereklidir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu için, hiyerarşik olarak kanunun üzerinde yer almaktadır.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi uyarınca *"Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muva-*

²³⁸ Oder, Ötanazi, s. 23; Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukusal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Çalışma*, İstanbul-2010, (Yorum Yöntemleri), s. 64 vd; Fazıl Sağlam, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı*, Y. 2002, C.19, s. 288 vd.; Tijen DüNDAR Sezer, "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y. 2014, C. 3, S. 5, s. 390 vd; Örnek Anayasa Mahkemesi kararları: Esas Sayısı. 2001/309, Karar Sayısı. 2002/9, K.G. 15.10.2002; Esas Sayısı. 2009/67, Karar Sayısı. 2009/119, K.G. 01.10.2009; Esas Sayısı. 2006/21, Karar Sayısı. 2006/38, K.G. 13.03.2006; Metin Özdemir, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası'nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y. 2014, C. 3, S. 5, s. 413 vd.

²³⁹ Söz konusu sınırların 13. maddedeki ilkelere uygun olması gereklidir.

²⁴⁰ Bkz. Oder, Ötanazi, s. 22, 23.

²⁴¹ 1219 sayılı Kanun. Kabul Tarihi. 11.04.1928, R.G. 14.04.1928.

²⁴² Türkiye Sözleşmeyi 04.04.1997 yılında imzalamıştır. Sözleşme 02.07.2004 tarihinde onaylanmış ve Türkiye açısından 01.11.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

fakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)”

Kanun tıbbi uygulamalar için onam aramakta, yaşam riski oluştursa dahi başlamış olan bir tedavinin reddedilmesi ya da durdurulması konusunda herhangi bir açıklık getirmemektedir.

İnsan Hakları ve Biotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca: “Sağlık alanında herhangi bir girişim, ilgili kişinin bu girişime özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza(onam) vermesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye önceden, girişimin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgi verilecektir.

İlgili kişi, verdiği onamı her zaman, serbestçe geri alabilir”

Sözleşme'nin 6. maddesi rıza verme yeteneği bulunmayanların korunmasına ilişkindir. Maddede, küçükler ile akıl hastalığı ya da başka bir hastalık sebebiyle temsilcisinin veya yasa ile belirlenen kişi veya makamın izni ile girişimde bulunabileceği belirtilmektedir. Onamın geri çekilmesine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.

9. maddede ise “Girişim sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi girişim ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır” hükmü yer almaktadır.

Sözleşme, tedaviye başlanması için ya da tedavinin devamı için hastanın onamını aramaktadır. Dolayısıyla pasif ötanazi Sözleşme'yle bağdaşmaktadır. Bununla birlikte, küçükler, akıl hastaları ya da bilinci yerinde olmayanlar açısından tedaviden vazgeçilmesine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Tek istisna hastanın bilincini yitirmeden önce iradesini ortaya koymuş olmasıdır.

Tıbbi Deontoloji Nizannamesi²⁴³ md. 13/3 uyarınca “Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.” Bununla birlikte 14. madde uyarınca hekimin, hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükellef olduğu düzenlenmektedir. Nizamnamenin sadece dolaylı ötanaziye cevaz verdiği söylenebilir.²⁴⁴

Hasta Hakları Yönetmeliği’ne²⁴⁵ bakıldığında, Yönetmeliğin 13. maddesi 1. fıkrası uyarınca “ötanazi yasaktır.” Maddenin 2. fıkrasına göre “Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimseinin hayatına son verilemez.”

13. madde ile her ne kadar ötanazi yasaklansa da 24. ve 25. maddeler ile tedaviyi ret ve tedaviden vazgeçme hakkı tanınmaktadır. Madde 24/1 uyarınca, “Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz”. 24/5 uyarınca ise, “Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır”. 2014 yılından önce rızanın geri alınması tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıydı. Ancak bu hüküm 24. maddeden çıkarılmış ve tedavi sırasında da tedavinin reddedilmesi veya durdurulmasını isteme hakkı verilmiştir.

Bu bağlamda Biyotıp Sözleşmesi’ne paralel olarak ister tedavinin başında isterse tedavi sırasında pasif ötanazi Türk Hukuku’nda kabul edilmiştir. Bu bağlamda Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 13. maddesinde yer alan ötanazi yasağı aktif ötanazi yasağı olarak anlaşılmaktadır. Teda-

²⁴³ Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 13.01.1960, No. 4/12578; R.G. tarihi. 19.02.1960, No. 10436.

²⁴⁴ Bkz. Namal, Pro ve Contra, s. 18; Özen-Ekici Şahin, s. 31.

²⁴⁵ R.G. tarihi. 01.08.1998, R.G sayısı. 23420.

vinin reddi bağlamında pasif ötanazi, iradesini açıklayabilenler açısından kabul edilmektedir.

Yönetmelik md. 24/4 uyarınca “Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu’nun 346’ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.” Bu hüküm uyarınca, hastanın veli veya vasisinin müdahaleye rızası yok ise ve hastanın hayatı bakımından derhal müdahale edilmesini gerektiren bir durum var ise hekimin Mahkemeye başvurması gereklidir.²⁴⁶ Küçük ve mahcurlar için tedavinin başında veli veya vasinin izni aranmakla birlikte, tedavi sırasında veli veya vasinin tedaviden vazgeçmesi Yönetmeliğin 25. maddesinde düzenlenmemektedir.

Sonuç olarak Biyotıp Sözleşmesi, Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliği birlikte değerlendirildiğinde en ayrıntılı düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği’nde bulunmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği uyarınca, iradesini ortaya koyabilen kişiler açısından pasif ötanazi tanınmıştır. Bilinci kapanan kişiler açısından önceden belirtilen istekler dikkate alınmakta; küçük ve mahcurlar için tedaviye izin verilmesinde veli ve vasinin izni aranırken; kanuni temsilcinin izni bulunmaması durumunda Mahkeme kararına başvurulması esası kabul edilmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24/1 tıbbi müdahalelerde küçük ve mahcurlar için veli ya da vasinin iznini ararken, maddenin 3. ve 4. fıkraları, hayati tehlike olduğunda tedaviye başlamadan veya başladıktan sonra tedaviyi reddetmek konusunda veli veya vasiye herhangi bir yetki tanınmamıştır.²⁴⁷ Bu durumda ağırlıklı olarak pasif ötanazi kapsamında değerlendirilen yaşam destek ünitelerinin çekilmesi de iradesini ortaya koyabilen kişiler veya önceden iradesini açıklamış kişiler açısından tedavinin reddi bağlamında mümkün olacaktır.²⁴⁸ Bununla birlikte önceden iradesini ortaya koymayıp bilinci

²⁴⁶ Altunkaş, s. 93.

²⁴⁷ Biton Serdaroğlu, s. 466.

²⁴⁸ Namal’a göre yaşam destek ünitelerinin kapatılması tıbbi müdahaleye izin verilmemesi ya da verilen iznin geri alınması kapsamında değerlendirilir. Namal, Pro ve Contra, s. 15; Karşı görüş için bkz. Altunkaş, s. 66.

kapalı hastalar ile temyiz kudreti bulunmayanlar açısından pasif ötanazinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Türk Ceza Hukuku açısından Türk Ceza Kanunu'nda ötanaziye ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ağırlıklı olarak, iradesini ortaya koyabilenler açısından²⁴⁹ pasif ötanazinin suç teşkil etmediği,²⁵⁰ bilinci kapalı olanlar açısından daha önce açık bir beyanı ya da vasiyetnamesi bulunup bulunmadığının dikkate alınması gerektiği,²⁵¹ ancak küçükler ve akıl hastaları açısından veli veya vasi istese de ötanazi uygulanmayacağı kabul edilmektedir.²⁵² Aktif ötanazi ise her halükârda suç teşkil etmektedir.²⁵³

Her ne kadar Biyotıp Sözleşmesi ile Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun tedavi için onam öngörse de Hasta Hakları Yönetmeliği, ilgili Sözleşme ve Kanun'da yer alan düzenlemelerin kapsamını genişletmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla sı-

²⁴⁹ Rıza gösteremeyecek durumda olanlar açısından yaşam destek ünitesinin çekilmesi hususunda hukumuzda düzenleme bulunmadığı için, bu durum kasten insan öldürme suçu kapsamında değerlendirilecektir. Altunkaş, s. 87. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24/7 uyarınca: "*Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.*"

²⁵⁰ Ünver, s. 40; Altunkaş, s. 90; Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 2016-Ankara, s. 440, 441; Ekici Şahin, s. 279; Özen-Ekici Şahin, s. 19, 31; Türk Hukuku'nda pasif ötanazinin de suç teşkil ettiğine dair görüş için bkz. Artuk/Yenidünya, Ötanazi 2, s. 137. Bu görüşün temel dayanağı, mutlak tasarruf yetkisi bulunmayan yaşam hakkı konusunda mağdurün rızasının hukuka aykırılığı kaldırmayacak oluşudur. Bununla birlikte tedavinin reddedilmesi anlamında pasif ötanazi söz konusu olduğunda hekimin cezai sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir. s. 139; Biton Serdaroğlu, s. 482.

²⁵¹ Ekici Şahin, s. 281; Ünver'e göre, pasif ötanazi ve dolaylı ötanazi söz konusu olduğunda, rıza ve tıbbi müdahalenin geçerli koşulları söz konusu olduğunda konu tedaviyi ret hakkı kapsamında değerlendirilmelidir ve bu hususun ceza hukukunu ilgilendiren bir boyutu bulunmamaktadır; burada suç teşkil eden bir durumdan söz etmek mümkün değildir. Ünver, s. 39.

²⁵² Artuk/Yenidünya, Ötanazi 2, s. 140; Altunkaş, s. 94: Veli veya vasinin müdahalede bulunulmuyarak ölmeye izin verilmesini talep etmesi durumunda hekimin Hasta Hakları Yönetmeliği md. 24/4 uyarınca Mahkemeye başvurma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen hekim açısından TCK md. 83 uyarınca ihmal suretiyle adam öldürme suçu söz konusu olacaktır.

²⁵³ Aktif ötanazi TCK md. 81 uyarınca kasten insan öldürme suçunu oluşturacaktır. Altunkaş, s. 87; Ekici Şahin, s. 281; Metin, *Biyo-Tıp*, s. 387; Ünver, s. 39, 67; Namal, Pro ve Contra, s. 26.

nırlandırılabilmesi, yürütmenin işlemlerinin kanuna dayanma zorunluluğu²⁵⁴ söz konusu olduğundan ve tereddütlerin giderilmesi açısından Türk Hukuku'nda tedavinin reddedilmesi hakkı ile küçük, mahcur ve bilinci kapalı kişiler açısından konuya ilişkin hassas düzenlemeler mutlaka kanunla ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.²⁵⁵

Kanaatimizce kanuni düzenleme ile getirilecek olan tedavinin reddedilmesi bağlamında ötanazi, Anayasamızda yer alan özel yaşam üzerinde hak ile maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu haklar kapsamında ele alınacak insan onuruna uygun ölme hakkının varlığının kabul edilmesi gerekli olmakla birlikte, kuşkusuz sınırsız olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ötanaziyi içeren haklar (özel yaşam üzerinde hak ile maddi veya manevi varlığın geliştirilmesi hakkı) için yaşam hakkı ve sağlık hakkının sınır getirdiği kabul edilmeli ya da ilgili haklar yaşam hakkı ve sağlık hakkıyla dengelenerek sınırları belirlenmelidir.²⁵⁶ Getirilen sınırlar ise anayasamızın 13. maddesindeki ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve hakkın özü gibi kriterlere uygun olmalıdır.

Bu bağlamda kanaatimizce iradesini ortaya koyabilenler açısından pasif ötanazi kabul edilmeli ancak küçükler, akıl hastaları ve bilinci kapalı olup önceden iradesini belirtmeyenler açısından²⁵⁷ pasif ötanazi yasal olmamalıdır.²⁵⁸ Ötanazi ancak kişinin kendi iradesi kapsamında özerklik haklarından yola çıkılarak kabul edilebilecek bir olgudur. İradesi olma-

²⁵⁴ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa-2021, s. 292. Anayasamızın 124. maddesi uyarınca yönetmelikler kanunların ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla çıkarılabilir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kanuna dayanmadan ve fakat yürütmeye ilişkin konularda çıkarılabilir. Ayrıca Anayasa 104/17 uyarınca Anayasamızın 2. kısmının 1., 2. ve 4. bölümünde yer alan kişi hakları ve siyasal haklar cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenemez.

²⁵⁵ Oder, *Ötanazi*, s. 24; Metin, *Biyo-Tıp*, s. 388, 389; Biton Serdaroğlu, s. 483.

²⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oder, *Ötanazi*, s. 22, 23.

²⁵⁷ Şebnem Akipek Öcal, "Hastanın Tedaviyi Reddetmesi ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu" içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), *III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu*, Seçkin-2017, s. 124.

²⁵⁸ Bu noktada bir diğer görüş önceden açıklanmış irade olmasa ya da vasiyetname olmasa bile; yakın akrabaların veya yasal temsilcinin görüşünün dikkate alınmasıdır. Ekici Şahin, s. 281.

yan hastanın yerine geçilerek yaşamına son verilmemesi gerekir.²⁵⁹ Bu noktada son kararı ise Mahkeme verebilmelidir.

Pasif ötanazinin kabulü ile yaşam hakkının/yaşamın vazgeçilmezliğinin mutlak olarak kabul edilmediği bir gerçekliktir. Ancak bu noktada kişinin iradesinin yanı sıra, ötanazinin tüm koşullarının sıkı sıkıya aranacağı dikkate alınmalıdır. Ayrıca pasif ötanaziye ilişkin şartları içeren kanun, tedaviyi reddeden hastalar açısından sağlık hakkı güvencelerinin söz konusu olup olmadığı, acı dindiren ve palyatif bakım²⁶⁰ imkanlarının sağlanıp sağlanmadığının denetimini öngörmelidir. Söz konusu şartların sağlanmadığı hastalar açısından gerçek ve sağlıklı bir iradenin ortaya konamayacağı kanaatindeyiz. İradesini ortaya koyabilenler ve bilinci kapanmadan önce iradesini ortaya koyanlar için yaşam destek ünitelerinin kapatılması söz konusu olduğunda ise hastanın kararının ardından belli bir süre geçmesi, etik kurulun inceleme yapması ve itiraz hakkının bulunması gibi ek güvenceler getirilmelidir.²⁶¹ Kanuni düzenleme ile fiilen uygulanan istemsiz ötanazi uygulamalarının da önüne geçilebilecektir.²⁶²

Aktif ötanazi ise, beraberinde kötüye kullanılmaları getirebileceğinden ve özellikle kırılgan grupların yaşam hakkına tehdit oluşturabileceğinden, kabul edilmemelidir. Kanaatimizce aktif ötanazinin kabul edilmesi ancak sosyal devletin ve sağlık hakkının tam anlamıyla sağlandığı, hastaların fiziksel ve psikolojik açıdan acı çekmemeleri için tüm tedbirlerin uygulandığı, yaşama bağlanma açısından tüm olanakların ortaya konduğu ütopyik bir ortamda söz konusu olabilir. Aksi halde yaşamın sonunda acı çeken pek çok kişi yaşam yerine ölümü yeğleyecektir. Bu durumun temel hak ve özgürlüklerin ve yaşam hakkının sağlanması konusunda devletin pozitif yükümlülüklerine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

²⁵⁹ Biton Serdaroğlu, s. 466; İnceoğlu, İnsan Hakları, s. 290.

²⁶⁰ Aktif ötanazinin kabul edildiği Hollanda'da ve Belçika'da sağlık ve palyatif bakım hizmetlerinin diğer ülkelerle kıyaslandığında, ileri düzeyde olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Griffiths/Weyers/Adams, s. 17, 269.

²⁶¹ Önceden belirtilmiş isteklere yönelik hasta talimatnameleri konusunda da kanuni düzenlemeye yer verilmelidir. Bkz. Ünver, s. 66.

²⁶² Türkiye'de fiilen uygulanan istemsiz ötanazi uygulamaları konusunda bkz. Namal, Tıp, s.102, 103.

SONUÇ

Doğal hukuk kaynaklı insan hakları düşüncesinde insan haklarının doğuştan, vazgeçilmez haklar olduğu kabul edilmiş ve başta yaşam hakkının vazgeçilmez bir hak olduğu kabul edilmiştir. İnsan haklarının vazgeçilmezliği bir temel prensip olarak ilk insan hakları belgelerine, bazı insan hakları sözleşmelerine ve anayasalara girmiştir.

Günümüzde yaşam hakkının vazgeçilmezliği konusundaki mutlak görüş, etkinliğini yitirmekte ya da biçim değiştirmektedir. Bu bağlamda yaşam hakkından koşulsuz vazgeçilebileceğini savunanlar olduğu gibi, sadece ötanazinin veya pasif ötanazinin şartlarının gerçekleşmesi durumunda yaşam hakkından veya yaşamdan vazgeçmenin söz konusu olabileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır.

Çalışmamızda yaşam hakkının vazgeçilebilir bir hak olup olmadığının başlangıç noktası olarak kabul edilmesinin sebebi, vazgeçilmezlik kabul edildiğinde ötanazinin herhangi bir türünün yaşam hakkı kapsamında kabul edilemeyeceği veya başka bir hak kapsamında kabul edilse dahi bu durumun yaşam hakkıyla bağdaşmayacak olmasıdır.

Yaşam hakkından belirli durumlarda vazgeçileceği kabul edilse dahi, hangi durumda vazgeçmenin kabul edilebileceği konusunda ötanazinin içermesi gereken şartlar ve türleri önem taşımaktadır. Aktif ötanazi, ölümcül ve acı içinde olan hastanın açık iradesi üzerine hekimin icrai bir hareketini gerektirmekte iken, pasif ötanazide hastanın iradesi üzerine hekim tedaviye başlamamakta ya da tedaviyi durdurmaktadır. Bu noktada hastalık sebebiyle iradesini açıklayamayan hastalar ile küçükler ve temyiz kudreti bulunmayanların durumu ise ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur ki bu son noktada irade dışı ötanazi söz konusudur.

Bugün geldiğimiz noktada, insan haklarının vazgeçilmezliğini ve yaşam hakkının doğuştan niteliğini tespit eden BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi açısından dahi İnsan Hakları Komitesi'nin bir Genel

Yorumu ile ötanazinin belirli şartlar altında kabul edilebileceği düzenlenmiştir. AİHM kararlarına bakıldığında ise ötanazi yaşam hakkı kapsamında görülmemekle birlikte, kişinin kendi yaşamına son verilmesine karar verme hakkı özel yaşam üzerinde hak kapsamında kabul edilmekte ve bu durumda -aralarında çatışma bulunan- özel yaşam üzerinde hak ile yaşam hakkı arasında dengeleme yapılmaktadır. AİHM, ölme hakkı söz konusu olduğunda devletlere geniş takdir marjı tanımakta; belirli şartlar gerçekleştiğinde, pasif ötanaziye ve -hatta iradi dışı pasif ötanaziye- Sözleşme'ye aykırı bulmamaktadır. Bu bağlamda bilinci yerinde olmayan ya da küçük olan ölümcül hastalar açısından yaşam destek ünitelerinin veya beslenme araçlarının çekilmesi yaşam hakkına aykırı görülmemiştir. İlgili AİHM kararlarında devletlere bırakılan geniş takdir marjı içinde prosedürel garantilere uyulup uyulmadığı odak noktası olmuştur. Kanaatimizce, bilincin yitirilmesinden önce iradesini açıkça ortaya koymamış hastalar ile küçükler ve temyiz kudretine sahip olmayanlar açısından yaşam destek ünitelerinin çekilmesi ile devletin yaşamı koruma yükümlülüğünün bağdaşması çok zordur. Onurlu biçimde ölme hakkı özel yaşam üzerindeki hak kapsamında kabul edilmektedir; -iradesini ortaya koyamayanlar açısından- yapılan dengelemede yaşam hakkına üstünlük tanınmalıdır.

Farklı ülkelerin aktif ve pasif ötanaziye ilişkin yüksek mahkeme kararlarına bakıldığında da onurlu ölme hakkının yaşam hakkı veya farklı insan hakları kapsamında görülmesi konusunda gelişmeler bulunmaktadır.

Günümüzde dünyadaki ülkelere bakıldığında tedavinin reddedilmesi anlamında pasif ötanazinin ağırlıklı olarak kabul edildiği, aktif ötanazinin ise dünyada sadece birkaç ülkede yasal olduğu görülmektedir. Her halükârda pasif ötanazinin kabul edilmesi yaşam hakkının/yaşamın vazgeçilmezliği prensibinin mutlak kabul edilmediği anlamını taşımaktadır.

Kanaatimizce her ne kadar günümüzde yaşam hakkının vazgeçilmezliğinin mutlak olmadığına dair yaklaşım yaygınlaşmakta ise de ya-

şam hakkının ölme hakkını içerecek şekilde yorumlanması mümkün değildir. Bununla birlikte onurlu biçimde ölme hakkı, başta özel yaşam üzerinde hak, kişinin varlığını geliştirme hakkı, kötü muamele yasağı gibi haklar kapsamında kabul edilebilir. Bu halde dahi yaşam hakkı ile çatışma yaşanacağından, yaşam hakkı göz önüne alınmadan ötanazinin kabul edilmesi düşünülemez. Yaşam hakkı, ötanaziyi içerdiği kabul edilen haklara bir sınır getirecek veya yaşam hakkı ile söz konusu hakların dengelenmesi gerekecektir. Böylelikle ötanazinin her türünün ve biçiminin meşru kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Sadece iradeye bağlı pasif ötanazi ile yaşam hakkının bağdaşabileceğini düşünmekteyiz.

Türk Hukuku'na ilişkin değerlendirme yaptığımızda; onurlu biçimde ölme hakkı Anayasamızda garanti edilen özel yaşam üzerinde hak (md. 20) ya da maddi ve manevi geliştirme hakkı (md. 17) kapsamında değerlendirilebilecektir. Özel sınırlama sebebi içermeyen bu haklar açısından, söz konusu haklar anayasanın bütünü içinde -çatışma yaşanılan- yaşam ve sağlık hakları ile sınırlı olarak değerlendirilecek ya da yaşam ve sağlık hakları ile dengelenecektir.

Türk Hukukunda pasif ötanaziye ilişkin olarak Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde belirli düzenlemeler bulunmakta ve fakat en ayrıntılı düzenleme Kanun ve Nizamname'nin sınırlarını aşacak şekilde Yönetmelik'te bulunmaktadır. Bu hükümler arasında çelişki ve çatışmalar da bulunmakla birlikte, ağırlıklı olarak hukukumuzda iradeye bağlı pasif ötanazinin hukuka uygun olduğu ve meşru olduğu edilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılabilmesi ve yürütmenin işlemlerinin kanuna dayanması gereği göz önüne alındığında, yaşam hakkının korunması ve kötüye kullanmalarının engellenmesi için açık kanuni düzenleme mutlaka yapılmalıdır.

İradeye bağlı pasif ötanazi öngören kanunların ilke olarak Anayasamıza ve yaşam hakkına aykırılık taşımayacağı kanaatindeyiz.²⁶³ Yaşam hakkının vazgeçilmezliği günümüzde mutlak olma özelliğini yitirmiş ve bu hakkın onursuz bir yaşam sürme pahasına her koşulda kabul edilemeyeceği ağırlıklı olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte pasif ötanazi durumunda dahi, kanunun öncelikle ölümcül hastalara ağrı giderici ve bakım hizmetleri sağlayan çözümler getirmesi gerektiğini savunmaktayız. İradesini ortaya koyabilen ya da bilinci kapanmadan önce iradesini açıklayanlar açısından yaşam destek ünitelerinin kesilmesi konusunda ise, kanuni düzenleme -hastanın kararının ardından belirli bir süre geçmesi, talebi etik kurulun incelemesi gibi- ek güvenceler getirmelidir. Açık, belirli ve güvenceler içeren kanuni düzenleme ile hem kötüye kullanmalar önlenerek yaşam hakkının korunmasını sağlayacak hem de yaşam hakkı ile özerklik hakkı arasında adil bir denge kurulmuş olacaktır.

²⁶³ İradesini ortaya koyamayacak durumda olanlar için pasif ötanazi ile aktif ötanazi öngörebilecek kanunların ise öncelikle yaşam hakkına aykırı olacağı kanaatindeyiz. Onurlu biçimde ölme hakkı, özel yaşam üzerindeki hakkın ya da maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkının kapsamında görülse dahi bu haklara yaşam hakkı sınır çizecek ya da söz konusu hakların yaşam hakkı ile dengelenmeleri söz konusu olacaktır. Kanaatimizce iradesini ortaya koyamayanlar için pasif ötanazi söz konusu olduğunda eğer ölümcül hastalık ve acı çekmeye ek olarak insan onurunun açıkça zedelenmesi söz konusu ise bu konudaki nihai karar Mahkeme tarafından verilebilir.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin, *İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara-2010.

Akın, İlhan, *Kamu Hukuku, Devlet Doktrinleri, Temel Hak ve Özgürlükler*, Ankara-1980.

Akipek, Jale-Akıntürk/Turgut- Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, İstanbul-2014.

Akipek Öcal, Şebnem, “Hastanın Tedaviyi Reddetmesi ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu” içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), *III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu*, Seçkin- 2017, ss. 112-124.

Altunkaş, Aysun, “Ötanazinin Türleri ve Ötanazinin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi” içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), *III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu*, Seçkin- 2017, ss. 59- 99.

Akhtyrska, Nataliia/Grodetskiy, Yuriy, The Right to Life From the Point of View of Personal Autonomy in Decision-Making on Euthanasia, *Wiad Lek*, Y.2021, 74 (11 p.2), pp. 3108-3112.

Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Caner, “Ötanazi”, *Prof. Dr. Turan Tufan Yüce’ye Armağan*, DEU Yay., 2001, ss. 297-319, (Ötanazi 1).

Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Caner, “Ötanazi” içinde: Centel, Nur (Der.), *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1, İstanbul-2011, ss.107-141, ss. 107-141, (Ötanazi 2).

Ataay, Aytekin, “Vücut (Beden) ve Ceset Üzerindeki Hak”, *İÜ-Mukayaseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y.1996, C. 20, S. 23, ss. 25-29.

Barry, Norman, *Modern Siyaset Teorisi*, Çev. Erdoğan, Mustafa, Ankara-2003.

Benatar, David, “Assisted Suicide, Voluntary Euthanasia, and the Right to Life” in: *The Right to Life and the Value of Life*, (Ed. Jon Yorke), England-2020, pp. 291-310.

Besirevic, Violeta, “The Discourses of Autonomy in the International Human Rights Law: Has the Age of Right to Die Arrived?”, *Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadrique Ceriol*, N. 62/63, pp. 19-34.

Beşiri, Arzu, “Ötanazi ve Yaşam Hakkı”, *Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2009, S. 86, ss. 188-203.

Biton Serdaroğlu, Erika, “Ötanazi -Ölme Hakkı”, *Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 465-491.

Bozkurt, Kutluhan, “Ötanazi ve Destekli İntihar-Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 14, N. 2, ss. 241-270.

Çağlayan, Muhtar, “Ötanazi ve İntihar”, *Adalet Dergisi*, Y. 57, 1966, S. 1, ss. 3-33.

De Castro, Mariana Parreiras Reis/Antunes, Guilherme Cafure and Others, “Euthanasia and Assisted Suicide in Western Countries: A Systematic Review”, *Revista Bioetica*, Y. 2016, C. 24, N. 2, pp. 355-367.

Demirörs, Özge/Hızal, Sevinç Arslan, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. 65, S. 4, ss. 1481- 1516.

Dündar, Tijen, *Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Hakkı*, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Zafer Gören), İzmir-1998.

Dündar Sezer, Tijen, “1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y. 2014, C. 3, S. 5, ss.375-411.

Ekici Şahin, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul-2012.

Erdoğan, Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara-2007.

Eroğul, Cem, “Ölüm Hakkı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Y. 1993, C.48, S.1, ss. 47-56.

Feinberg, Joel, “Voluntary Euthanasia and Inalienable Right to Life”, *The Tanner Lecture on Human Values* delivered at Michigan University, 01.04.1977,

https://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/f/feinberg80.pdf

Ferreira, Nuno, Euthanasia, Latest Legal and Social Developments in the Euthanasia Debate: Bad Moral Consciences and Political Unrest, *Medicine and Law, Medicine and Law*, Y. 2007, N. 26, pp. 387-407.

Fleming, John I., “Euthanasia: Human Rights and Inalienability”, *The Linacre Quarterly*, Y. 1996, V. 63, N.1, pp. 44-56.

Gemalmaz, Semih, *Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul-2003.

Gifford, Eugene Anne, “Artes Moriendi: Active Euthanasia and The Art of Dying”, *UCLA Law Review*, Y. 1993, C. 40, N.6, ss. 1545-1585.

Griffiths, John-Weyers, Heleen- Adams, Maurice, Euthanasia and Law in Europe, Oxford-2008.

Gölcüklü, Feyyaz., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara-2004 (Avrupa).

Gölcüklü, Feyyaz., İnsan Hakları ve İnsancıl hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı Seminerinde sunulan Tebliğ, *İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Araştırmaları Merkezi Yay.*, İzmir-1997.

Gören, Zafer, *Temel Hak Genel Teorisi*, (Temel Hak), Ankara-2022.

Gören, Zafer., *Anayasa Hukuku*, (Anayasa), Ankara-2020.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa-2021.

Gözler, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa-2020.

Gündüz, Tarık/Setenay Öner/Tuncay Çınar/Hasan Din, “Hekimler Ötanaziyi Savunuyor mu?”, *Adli Tıp Bülteni*, Y.1996, C.1, S.2, ss. 82-88.

Gürcan, Ertuğrul Cenk, “Ötanazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, C. 60, S. 2, ss. 255-280.

Güven, Kudret, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, Ankara-2000.

Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara-2016.

Hammond-Browning, Natasha, When Doctors and Parents Don't Agree: The Story of Charlie Gard, *Bioethical Inquiry*, Y. 2017, V. 14, pp. 461-468.

Hendriks, Arend Cornelis, “End of Life Decisions. Recent Jurisprudence of the European Convention on Human Rights”, *ERA Forum*, 2019, 19, pp. 561-570.

Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Reprinted version of 1651, Oxford, 1965. https://files.libertyfund.org/files/869/0161_Bk.pdf.

İnceoğlu S., *Ölme Hakkı, Ötanazi*, İstanbul-1999, (Ölme Hakkı).

İnceoğlu S., “İnsan Hakları Bakımından Ötanazi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2006, C.III, S.2, Özel Sayı: Türk Alman Hukuku Sempozyumu, (İnsan Hakları), ss. 289-307.

Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul-1998.

Kalabalık, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara-2017.

Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara-1993.

Kapelanska-Pregowska, Julia, European Court of Human Rights , Case of Lambert and Others v. France, *Comparative Law Review*, Y. 2016, V. 21, pp. 157-174.

Keown, John, *Euthanasia, Ethics and Public Policy, An Argument Against Legislation*, Cambridge-2002.

Kılınç, Bilal, *Mukayeseli Hukukta Ötanaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötanazinin Yeri Sorunu*, Ankara- 2019.

Legg, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford-2013.

Locke, John, *Two Treatise of Government*, London-1823. <https://www.yorku.ca/comminel/courses/3025pdf/Locke.pdf>.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, “Ötanazi ve Yaşam Desek Ünitelerine Bağlı Hastaların Durumu, 21. Yüzyıl Başında Yaşama Destek Tedavileri Etik ve Hukuksal Yönler”, *II. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, Bildiri Kitabı*, Ankara 2009, ss. 1-10.

McConnell, Terrance, “The Nature and Basis of Inalienable Rights”, *Law and Philosophy*, April- 1984, pp. 25-59.

Metin, Sevtap, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, İstanbul-2019, (Biyo-Tıp).

Metin, Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, Y. 2020, C.7, S.27, ss. 111-132.

Mumcu, Ahmet, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Ankara-2003.

Nakaya, Andrea, *Thinking Critically: Euthanasia*, San Diago-2015.

Namal, Arın, “Türk Tıp Etiği Çevrelerinde Ötanazi Tartışmaları- Neden Henüz Küçük Bir Alev”: Centel, Nur (Der.), *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Disiplinler arası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1*, İstanbul-2011, ss. 71-107, (Türk Tıp).

Namal, Arın, “Pro ve Contra Argümanlarla Etik Açısından Ötanazi”, içinde: Tacir, Hamide ve Altunkaş, Aysun (Ed.), *III. Ulusal Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi” Sempozyumu*, Seçkin- 2017, ss. 11-45 (Pro ve Contra).

Nowak, Manfred, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Germany-2005

Oder, Bertil Emrah, “Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme” içinde: Centel, Nur (Der.), *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Hukuk Fa-*

kültesi, *Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1*, İstanbul-2011, (Ötanazi), ss.1-27.

Oder, Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukusal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Çalışma*, İstanbul-2010, (Yorum Yöntemleri).

Ostrovka, B.V., Should Euthanasia be a Solution to the Problem of Decent Death? (On the Example of the Case Lambert and Others v. France, *Actual Problems of International Relations*, Y. 2019 (141), pp. 57-66

Özdemir Metin, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası’nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Y. 2014, C. 3, S. 5, ss. 413-443

Özen, Muharrem-Meral Ekici Şahin, “Ötanazi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 68, 2020, S. 4, ss. 15-36.

Öztürel, Adnan, “Ötanazi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.1957, C. 14, Sayı: 1-4.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara- 2015.
Özsarı, Berat, *Hollanda Hukukunda Ötanazi Düzenlemesi ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*, Adalet-2017.

Pathak, Rajesh Kumar, “Right to Die: International Perspective”, *Criminal Law Journal*, Y. 2009, V. 2.

Sağlam, Fazıl, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, *Anayasa Yargısı*, Y. 2002, C.19, ss. 288-310.

Sartori, Daria, End-of-Life Issues and the European Court of Human Rights, The Value of Personal Autonomy a “Proceduralized” Review, *Questions of International Law*, Y. 2018, V. 52, pp. 23-43.

Savcı, Bahri, *Yaşam Hakkı, Felsefi Açıdan Pratiğe Doğru*, Ankara-1980.

Shala, Irena/Gusha, Gilda, “The Debate Over Euthanasia and Human Rights”, *European Scientific March*, Y. 2016, V. 12, N. 8, pp. 73-81.

Simion, Mihaela, Euthanasia, Pros and Cons in the Jurisprudence of the European Court on Human Rights, *Fiat Iustitia*, Y. 2019 (2), pp. 174-182.

Surlu, Aydan, İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2010, S. 87, ss. 150-194.

Tess, Heirwegh, *Euthanasia, One's Final Human Right, The Case of Euthanasia For Children*, Uppsala University, European Master's Degree in Human Rights and Democratesation. (Supervisor: Lind Anna-Sara), Uppsala-2016.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara- 2008.

Uygun, Oktay, *Devlet Teorisi*, İstanbul-2014.

Ünver, Yener, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi” içinde: Centel, Nur (Der.), *Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1*, İstanbul-2011, ss. 27-71.

Whiting, Raymond, *A Natural Right to Die, Twentey-Three Centuries of Debate*, London-2002.

Wicks, Elizabeth, *The Right to Life and Conflicting Interests*, Oxford-2010.

Yenerer Çakmut, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul-2002.

Yourow, Howard Charles, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Boston-1996.

Zannoni, Diego, “Right or Duty to Live, Euthanasia and Assisted Suicide From the Perspective of the European Convention On Human Rights”, *European Journal of Legal Studies*, Y.2020, V.12, N.2, ss.181-212.

Üzeltürk, Sultan, *1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, İstanbul- 2004.

RAPOR

Euthanasia, Human Rights and the Law, Australian Human Rights Commission, Sydney-2016.

■ Dr. Öğr. Üyesi Gülümden ÜRCAN* ■

“DİPLOMA KİRALAMA” SORUNU VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN
GEÇERSİZLİĞİ

THE PROBLEM OF ‘LEASING OF A DIPLOMA’ AND INVALIDITY OF EMPLOYMENT CONTRACT

ÖZET

İş sözleşmesi işçinin işverene bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise bunun karşılığında ücret ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir. İş görme, işçinin başlıca borcudur. Ücret; yapılan veya yapılacak olan bir iş veya hizmet için işveren tarafından işçiye, her ne nam altında ve hangi hesaplama şekli ile olursa olsun ödenmesi gereken bedel veya kazançları ifade etmektedir. Günümüzde, diploma/sertifika kiralama pek çok sektörde karşılaşılan büyük bir sorundur. Burada taraflar gerçekten bir iş ilişkisi kurmak istememekte ve işçi fiilen çalışmamaktadır, ancak üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünüşte bir işlem yapmaktadırlar. Aslında bu tür muvazaalı iş sözleşmeleri geçersizdir. Sözleşmenin geçersizliğini bilen ve fiili çalışması olmayan bir kimse, geçersiz bir sözleşmeye dayanarak herhangi bir hak talep edemez. Buna rağmen aksi yönde birçok yargı kararı bulunmaktadır. Bu çalışmada söz konusu sorun ele alınacak ve kararlar eleştirilecektir.

Anahtar Kelimeler: İş sözleşmesi, iş sözleşmesinin geçersizliği, iş görme, diploma kiralama, muvazaa.

ABSTRACT

An employment contract is an agreement in which the employee agrees to work under the authority of an employer and in exchange, the employer agrees to pay the employee a wage. The main duty of the employee is to perform work. A wage means all payments requiring to be paid by the employer (under whichever name and calculation they are paid) in lieu of any work or services carried out by an employee.

Nowadays, leasing of a diploma/work licence has become a major problem. In such situations (where an unlawful lease of a diploma takes place) the parties neither intend to establish an employment relationship, nor does the party who leases his diploma/certificate perform any type of work or service. Instead, such contracts are arranged with the intention of deceiving third parties whilst pretending to be lawful. In reality, such contracts are deceptive and are not legally valid. Therefore, an employee who is aware of such an invalid agreement and never performed any work/services is unable to request any rights arising from such an agreement. Nevertheless, there are many judicial judgements to the contrary. In this study, the problem will be discussed, and the judgements will be criticised.

Keywords: Employment contract, invalidity of employment contract, perform work, leasing of a diploma, collusion.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 25.02.2022 Kabul Tarihi: 12.08.2022

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3460-537X>

DEÜ. İİBF. Hukuk Bilimleri ABD. Öğretim Üyesi, gulumden.urcan@deu.edu.tr

GİRİŞ

Bir iş sözleşmesi ister yazılı şekilde akdedilsin, ister sözlü veya örtülü olarak kurulsun bağımlı bir çalışan olan işçinin başlıca borcu fiilen, bizzat iş görmesi; işverenin de bunun karşılığında ücret ödemesidir. Tarafların gerçekte bir iş sözleşmesi kurmak ve iş ilişkisi içine girmek iradesi bulunmaksızın sırf dışa karşı, üçüncü kişileri aldatmak, kanunî bir gerekliliği yerine getirmiş gibi görünmek vb. sebeplerle danışıklı olarak bu sözleşmeyi bağtılamış göründükleri hallerde muvazaalı bir iş sözleşmesinden söz edilir. Uygulamada “diploma kiralama” olarak adlandırılan durum da buna bir örnektir. Elbette bir kimsenin diploması yahut meslekî yeterlilik belgesi kira/ödünç sözleşmesi gibi kullandırma amacı taşıyan sözleşmelere konu olabilecek bir meta değildir, devre de elverişli değildir. Ne var ki, çeşitli gerekçelerle bu belgeler para karşılığı internette dahi pazarlanmakta, istihdamı zorunlu personel için getirilen düzenlemelerdeki amaç, bu arada kamu sağlığı göz ardı edilmekte, “işçi” görünümündeki kişi fiilen çalışmadan, emek harcamadan kazanç elde ederken, “işveren” görünümündeki kişi de görece daha düşük maliyetle üretim yapıp kurallara aykırı faaliyetini sürdürmektedir. Meselenin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurdukları bir iş sözleşmesinde, örneğin ücretin düşük gösterilmesi gibi, kısmî muvazaa ile ilgisi bulunmayıp kast edilen; iş sözleşmesinin bütünüyle görünürde akdedilerek gerçek bir iş ilişkisi içine girilmeyen hallerdir. Burada konu, iş ilişkisi ve iş akdinin geçersizliği bağlamında değerlendirilmektedir.

Çalışmamızda öncelikle söz konusu durum çeşitli ilan ve teklif örnekleri, diploma kiralamaya tevessül edenlerin dile getirdikleri gerekçeler, keza meslek örgütlerinin soruna yaklaşımları ile birlikte ele alınmış, akabinde iş sözleşmesinin unsurlarına yer verilmiş ve konumuz bakımından önem taşıyan fiilî çalışma, işçinin bizzat iş görmesi hususu daha geniş incelenmeye çalışılmıştır. Hukuken, fiilî çalışma olmaksızın ücrete hak kazanılması imkânı da bulunduğundan, bu konuya ayrıca yer verilmiştir. Son olarak iş ilişkisinde muvazaa ve iş sözleşmesinin geçersizliği meselesi, TBK m. 394/son fıkra da göz önünde bulundurulmak suretiyle ele alınmış, adeta diploma kiralamaya geçerli bir iş sözleşmesi değeri atfeden yargı kararları ise eleştirilmiştir.

1. DİPLOMA KİRALAMA SORUNUNA GENEL BAKIŞ

Çalışma hayatında da sözleşme özgürlüğü prensibi geçerli olmakla birlikte bazı hallerde hukuk düzeni "sözleşme yapma zorunluluğu" getirebilir. Liberalizme dayalı klasik hukuk sistemi sözleşme akdeden bireyleri tamamen serbest bırakır iken, zamanla sosyal düşüncenin egemen olmaya başlamasıyla ferdî çıkarların yanında toplu menfaatler de gözetilmektedir. Kamu gücünü elinde bulunduran devlet; güçsüzlerin, kamu yararının ve/veya kamu düzeninin korunması amacıyla sözleşmelere müdahale edebilmektedir. Bu bağlamda bazı sözleşmelerin bazı kişilerle yapılması yasaklanabileceği gibi sadece bireyleri değil kamu yararını da yakından ilgilendiren işlemlerin yapılması bir ruhsat veya izne de tâbi tutulabilir. Yine devlet birtakım sözleşmelerin meydana getirilmesini emredebilir ve bu durumda emrin muhatabı; konusu, türü kanunen belirlenmiş bir sözleşmeyi meydana getirmeye mecburdur¹. İlk bakışta sözleşme özgürlüğüne yönelik en ağır sınırlamalardan biri olarak değerlendirilebilecek sözleşme yapma zorunluluğu bir sözleşmeyi kurmaya, bazı hallerde sözleşmeyi belirli bir kişiyle kurmaya dair normlarla dışarıdan dayatılan bir yükümlülüktür².

Bu zorunluluk; örneğin toplu işçi çıkarma kapsamında işten çıkarılanlar, (İş K. m. 29), işyerinden malulen ayrılanlar (İş K. m. 30) ile askerlik yahut kanunî bir ödev nedeniyle işinden ayrılanlar (İş K. m. 31) bakımından getirilen ve işverenin fert olarak belirli eski işçilerini yeniden işe alma yükümlülüğü olabileceği gibi belirli bir diplomaya, unvana ve sığara sahip uzman kişilerin çalıştırılması gereğinden de kaynaklanabilir. İnceleme konumuz bakımından önem taşıyan, bu son duruma ilişkin mevzuattan kaynaklanan zorunlu istihdam alanları ve istihdamı zorunlu personeldir.

¹ Ferit H. Saymen/Halid K. Elbir, Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, Birinci Cilt, İstanbul 1958, s. 134-135.

² Barış Demirsatan, Türk Borçlar Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu, İstanbul 2022, s. 3, 26-29.

Örneğin 5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'na ekli listelere göre gıda üreten işyerleri gıda mühendisi, ziraat mühendisi, kimya mühendisi, kimyager; kombinalar, kesimhaneler veteriner hekim; yem işletmeleri ziraat mühendisi (zootekni), veteriner hekim, kimyager, kimya mühendisi, biyolog çalıştırmak zorundadır. 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un ilk maddesine göre, eczane açmak ve işletmek ile ecza deposu mesul müdürlüğü yapmak için eczacı olmak şarttır. Aynı Kanun'un emredici düzenlemesi uyarınca "eczananın hizmet verdiği saatlerde mesul müdür eczacı, varsa ikinci eczacı ve yardımcı eczacılar, görevi başında bilfiil bulunmak mecburiyetindedir" (m. 35)³. İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'e göre konutlardan ve insan ikametine mahsus diğer yerlerden mutlaka uzak bulundurulmaları gereken müesseseleri ifade eden birinci sınıf gayrisihhî müesseselerde, işletmenin faaliyet alanında meslekî yeterliliğe sahip bir sorumlu müdür çalıştırılması zorunludur (m.4/c, 25/f. 1). Ayrıca, bu Yönetmelik kapsamında işyeri açılabilmesi için, (işyeri sahibinin veya) işyerinde her bir meslek dalında en az birer çalışanın, 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu kapsamında alınan ustalık belgesine ya da meslekî veya teknik okulların ilgili alanlarından mezun olduğunu gösterir diplomaya ya da üniversitelerin ilgili lisans ve ön lisans alan ve dalından mezun olduğunu gösterir diplomaya ya da 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'na göre faaliyet gösteren kurumlardan alınan kurs bitirme belgesine sahip olması gerekir (Ek madde-2). Özel eğitim okullarında; ... okulun seviye ve türüne uygun sınıf ve branş öğretmeni, bakanlıkça belirlenen destek eğitim programlarını uygulayacak zorunlu özel eğitim personeli, rehber öğretmen veya psikolog görevlendirilir (Özel Eğitim Kurumları Yönetmeliği m. 7). Asansör Periyodik Kontrol Yönetmeliği'ne göre A tipi muayene kuruluşunun yetki süresi içerisinde en az bir teknik yöneticiyi ve en az beş muayene elemanını tam zamanlı olarak istihdam etmesi gerekir. Teknik yöneticinin, en az üç yıllık kıdem şartının yanında, makina veya elektrik veya elektronik veya elektrik-

³ Ayrıca Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik'in 16. maddesinde belirtilen reçete sayısı veya ciro tutarının aşılması halinde ikinci eczacı çalıştırılmasının zorunlu olduğu; yardımcı eczacıların, il sağlık müdürlüğü veya eczacı odası tarafından yapılan denetimlerde üç kez eczanede görevi başında mazeretsiz olarak bulunmadığının tespiti hâlinde çalışılan sürenin dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir.

elektronik veya elektronik ve haberleşme veya mekatronik alanlarında mühendislik/teknoloji fakültelerinin birinde yükseköğrenimini tamamlamış olması; muayene elemanının makina veya elektrik veya elektronik veya elektrik-elektronik veya elektronik ve haberleşme veya mekatronik alanlarında mühendislik/teknoloji fakültelerinden birinde yükseköğrenimini tamamlamış olması gerekir (m. 15). *Madenî Yağların Ambalajlanması ve Piyasaya Sunumu Hakkında Tebliğ*'in 15. maddesine göre madenî yağ üretim faaliyetinin yürütüldüğü tesislerde; üniversitelerin kimya, petrol, çevre, makine, endüstri mühendisliği veya 4 yıllık kimya bölümlerinden mezun ve işletmenin faaliyet alanında mesleki yeterliliğe sahip bir sorumlu müdürün tam zamanlı çalıştırılması zorunludur. *Kozmetik Yönetmeliği*'nin 13. maddesine göre üreticinin uygun seviyede profesyonel yeterliğe ve gerekli tecrübeye sahip bir sorumlu teknik eleman bulundurması gerekir. Eczacı veya kozmetik alanında iki yıl fiilen çalışmış olduğunu belgelemek kaydıyla kimyager, biyokimyager ve kimya mühendislerinin, biyolog veya mikrobiyologların sorumlu teknik eleman olarak görevlendirilebilmesi mümkündür.

Uygulamada ise zaman zaman fiilen çalışmak, gerçek bir iş ilişkisi içine girmek yerine mevzuatın istihdamı zorunlu personel düzenlemeleriyle gözettiği amaç bir yana bırakılarak, sırf şeklen bu meslek unvanlarına sahip kişiler ile görünürde sözleşmeler akdedilmesi yoluna gidildiğine rastlanabilmektedir. Diploma kiralama olarak adlandırılan bu vahim durum maalesef öylesine yaygınlaşmıştır ki, taraflar internet üzerinden bile rahatça ilanlar verir hale gelmiştir. Kimisi illere göre sınırlamaya giderken, Türkiye geneline yaygın şekilde bağlantı kurmaya hazır kişiler de bulunabilmektedir. Bazı ilanlarda diplomanın aylık yerine yıllık kiralması halinde iskonto imkânının da tanındığı görülmektedir. Örneğin⁴; *"kiralık anaokulu diploması 20 yıllık öğretmenden anaokulu diploması*

Ankara Mamak;

Fiyat : ₺3,000.00(Aylık) Tür: Aylık Kiralık Tarih: 13 Ocak 2021 Konum: 155. sok.

su ürünleri mühendisliği diplomamı kiralamak istiyorum.

⁴ İlanlar <https://www.ilanversen.com> ve <https://bencekiralama.com/kiralik/kiralik-diploma> internet sayfalarından yazım hatalarıyla birlikte aynen alıntılanmıştır (erişim tarihi: 15.09.2021).

kiralik diploma

Selçuk üniversitesi veteriner fakültesi mezunuyum 2017. Diplomamı kiraya vermek istiyorum

Kiralık diploma mühendis asansör

Asansör Yetkili Servisi Teknik Sorumlusu Yetkilendirme Belgesi kiralıktır. Elektrik mühendisi diploması kiralıktır. eposta:elektrik...@gmail.com

Kiralık diploma

Çocuk gelişimi ön lisans diplomamı kiralityorum. İlgilenen arkadaşlar iletişime geçebilir.

KİRALIK DİPLOMA MÜHENDİS

DİPLOMA GIDA MÜHENDİSİ OLARAK RESMİ İŞLEMLERDE YARDIMCI OLUNUR İZMİR-DENİZLİ-MUĞLA-AYDIN-MANİSA İLLERİ İÇİN GEÇERLİDİR. 0532 460...

GÜZELLİK UZMANLIĞI KİRALIK DİPLOMA İŞ YERAÇMA BELGESİ MESUL MÜDÜRLÜK KİRALIK DİPLOMA 400₺ YILLIK KİRALMADA YARDIMCI OLUYORUM

Kimyager diplomam kiralıktır

Kozmetik mesul müdürlük ve Sorumlu Teknik Eleman için kullanılabilir sağlık bakanlığı uts kaydı içinde kullanılır uts kaydım ve e imzam vardır ilgilenenler tel:530279... Tüm Türkiyeye her konuda yardımci olurum".

Diplomasını kiraya verenler ile yapılan röportajlarda işsizlik, işyerlerindeki koşullar, ek kazanç ihtiyacı gibi sebepler öne sürülmektedir: "Ülkemizin şartları ortada. Benim işim olmasına rağmen kimyager diplomam vardı ve ek gelire ihtiyacım olduğu için kiraya veriyorum"; "Ben neden 2 bin liraya işe girip sonra her işi yapmak zorunda bırakılayım ki? Mesleğim mühendislikken ayak işi yapayım? Ne gerek var, olursa böyle olsun diyorsunuz ve kiraya çıkarıyorsunuz diplomanızı..."⁵

⁵ Bkz. Ayşegül Özbek, İşsizlik, Diploma Kiralamayı Sektöre Dönüştürdü, İstanbul 2019 <https://bianet.org/bianet/yasam/211009> (erişim tarihi: 20.04.2022).

Basına yansıyan haberlerde de dile getirildiği üzere örneğin kendisi yurt dışında olup diplomasını Türkiye’de kullandıranlara, inşaatın yerini bile görmeden çeşitli işlemlere imza atan mühendislere rastlanmaktadır: *“Kiralık diploma sorunu uzun yıllardır Türkiye’de kuaförlerden eczanelere, inşaatlardan gıdaya kadar pek çok sektörde kendini gösteriyor. Hile ve haksız kazanç yanı sıra can, mal ve çevre güvenliğini tehlikeye atan imzacılar, daha çok yeni mezunlardan oluşuyor. Ek kazanç yolu olarak görenler ve durumu kullanan emekliler de var. Yine tanıdığı, akrabası ricasıyla, onların firmalarında ve işlerinde imzacı olanlar da mevcut. Hatta yurt dışında yaşamaya başlayacağını belirtip Türkiye’de diplomasını kullandırmak isteyenlerin oranı da küçümsenir sayıda değil. Adeta bir sektör haline gelen diploma kiralama işi, pek çok sektöre yönelik şekilde sosyal medya hesapları ve bloglar gibi her türlü internet mecrasında talep görüyor, karşılık buluyor. Deprem gerçeğiyle yaşayan Türkiye’de inşaatlarda da imzacılık büyük tehdit oluşturuyor. Bakanlıkların çok sıkı denetimleriyle inşaat sektöründe imzacılık azalsa da kullananlar var. İnşaat Mühendisleri Odası İstanbul Şubesi Başkanı Nusret Suna, yapı denetim şirketleri ve müteahhit firmalar tarafından tercih edilebilen bu ‘imzacılık’la, inşaatın yerini bile bilmeden çeşitli işlemlerde imzası bulunan mühendisler olduğunu söyledi. İmzacıların öne çıktığı ilk meslek grubunun mühendisler olduğu görülürken; catering firmaları da gıda mühendisi diploması arıyor. Laborant/veteriner sağlık diplomasından muhasebeye, aşçı/kalfalık belgesine kadar seçenekler ilanlarda var. Kuaförler ve estetik merkezleri de saç bakım ve güzellik hizmetleri alanında eğitim diploması alıyor. Eczacı meslek örgütlerinin başlattıkları büyük mücadele sayesinde kiralık eczacılık diploması ve dükkan açma belgelerine daha az rastlanıyor”⁶.*

Bu şekilde faaliyet gösteren işyerlerinin aslında mal ve hizmet üretimi noktasında standartlara aykırı, iç kontrol ve denetim sisteminden

⁶ <https://www.ntv.com.tr/turkiye/diploma-kiralayanlara-agir-cezalar-geliyor> (erişim tarihi: 13.03.2022). “Kimyageri, mimarı, diş teknisyeni, eczacısı... Kiralık diploma pazarında çeşit bol, talep yüksek. Türkiye’nin dört bir yanından verilen bu ilanlara ulaşip, altına aleni olarak yazılan telefon numaralarından ilan sahibiyle irtibata geçebiliyorsunuz. Arz ve talep o kadar yüksek ki bu duyurular için açılmış özel internet siteleri dahi mevcut... <https://www.diken.com.tr/kiralik-diploma-pazari> (erişim tarihi: 15.09.2021). Ayrıca Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası’nın diploma kiralamaya karşı basın açıklaması için bkz. <http://www.tmmob.org.tr/icerik/hkmo-diploma-kiralama-suclari-hakkinda-bilgilendirme> (erişim tarihi: 15.09.2021).

yoksun, merdiven altı işletmelerden farkı yoktur. Bakanlıkların denetimlerinin yanında, çok sayıda sektörde karşılaşılan bu sorunla meslek örgütleri, odalar da mücadele etmeye çalışmaktadırlar. Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik'e dayalı olarak il sağlık müdürlükleri ile Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu bünyesinde muvazaa denetleme komisyonları oluşturulmuştur. TMMOB Disiplin Yönetmeliği'nin 9. maddesinde “*mühendislik mimarlık ve şehir planlama disiplininini ilgilendiren plan, proje veya hizmetlerde, bir mühendis mimar ya da şehir plancısı tarafından ya da sorumluluğunda yapılması gereken, ancak yetkisiz kişilerce üretilen plan, proje ve hizmetlerden birine imza atmak ya da attırmak, imzacılık yapmak*” on beş günden altı aya kadar meslek uygulamasının yasaklanması cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir (-ç bendi). Tekerrür halinde odadan ihraç cezasına varan ağırlaştırılmış yaptırımlar uygulanır (Yönetmelik m. 10). Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nin m.116/f. 3 hükmüne göre, mesleğinin ve diplomasının başkalarının rant sağlaması amacına uygun kullanılmasına imkân vermek, disiplin suçudur (bent b/18).

Sorunla mücadelede yargı organlarının kararları da önem taşımaktadır. Diploma kiralayanlar ile bunları kullananlar hakkında nitelikli dolandırıcılık, resmî belgede sahtecilik suçlarından ceza davaları⁷ açıldığı gibi mesele işçilik alacağı talebiyle açılan davalarda iş yargısının önüne de gelmektedir. Konu sırf “işçi – işveren” arasındaki ferdi bir ilişkiden ibaret olmayıp kamu yararını ve sağlığını da doğrudan ilgilendirmektedir. Örneğin gıda güvenliği, FAO/WHO Codex Alimentarius Uzmanlar Komisyonu tarafından “*sağlıklı ve kusursuz gıda üretimini sağlamak amacıyla gıdaların; üretim, işleme, muhafaza ve dağıtımları sırasında gerekli kurallara uyulması ve önlemlerin alınması*” olarak tanımlanmıştır⁸. Aynı zamanda bir süreci tanımlayan gıda güvenliğinin sürdürülebilirli-

⁷ Örneğin Y. 15. CD. 22.05.2017 T., 2014/23647 E., 2017/11177 K.; Y. 15. CD. 23.10.2017 T., 2017/ 1504 – 20970 (lexpera.com.tr erişim tarihi: 15.09.2021).

⁸ <https://www.fao.org/fileadmin/templates/faaitaly/documents/pdf> (erişim tarihi: 08.05.2022).

ğın sağlanmasında sürecin temel unsurlarının etkisi de önemlidir⁹. Gıda (beslenme) hakkı her insanın ayırım gözetilmeksizin yeterli, kaliteli ve sağlıklı gıdaya ulaşabilmesidir¹⁰. Pozitif statü hakları içerisinde yer alan gıda hakkı, bir isteme hakkıdır. Dolayısıyla devlet kaliteli ve güvenli gıda sunma, hem gıdayı sağlama hem de "tarladan sofraya" tüm süreç boyunca gıdanın korunması için gerekli bütün önlemleri almalıdır¹¹. İstihdamı zorunlu personel fiilen iş görmeyip sırf kayden diploması kullanıldığında gıdaların tüketilmesini fiziksel, biyolojik ve kimyasal olarak güvensiz hale getiren her türlü etkenin ve faaliyetin üretim safhasında önüne geçilmesi, gıdaların güvenli bir şekilde piyasaya ve tüketiciye arzı amacına ulaşmak çok güçleşecektir.

Bu bağlamda adeta muvazaalı ilişki içine girerek emek harcamadan, iş görmeden kazanç sağlamayı hedef tutanları koruyup kollayıcı sonuçlar, bu yola tevessül edecek diğerlerini de cesaretlendirebilmektedir. Yine işçi lehine yorum ilkesi, her durumda başvurulabilecek bir klişe değildir ve kanımızca bu kişilerin zaten işçi sıfatı taşıdıklarından söz edilmemek gerekir.

2. İŞ SÖZLEŞMESİNDE ÜCRETE HAK KAZANMA

2.1. Genel Olarak İş Sözleşmesinin Unsurları

Bilindiği gibi kira sözleşmesi "kullandırma amacı güden" sözleşmeler arasında iken, iş/ hizmet sözleşmesi "iş görme amacı güden" sözleşmelerdendir. İş Kanunu'nun 8. maddesindeki tanıma göre *iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.* 6098 sayılı Türk Borçlar

⁹ Emin Koç, Gıda Güvenliği ve Kamu Sağlığının Korunması, TAAD, Yıl. 6, S. 22, Temmuz 2015, s. 400; Laís M. Zanin/Diogo T. Cunha/Veridiana V. Rosso/Vanessa D. Capriles/Elke Stedefeldt, Knowledge, attitudes and practices of food handlers in food safety: An integrative review, <https://doi.org/10.1016/j.foodres.2017.07.042> (erişim tarihi: 08.05.2022).

¹⁰ Tunç Demircan, Türk Ceza Kanunu'nda Gıda Suçları, Ankara 2020, s. 37.

¹¹ Koç, s. 405.

Kanunu'nun 393. maddesinde hizmet sözleşmesi, *işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme* olarak tanımlanmıştır (f. 1). Yasal tanımlardan hareketle, iş görme borcu doğuran sözleşmeler arasında yer alan iş sözleşmesinin unsurları; iş görme, zaman, ücret ve bağımlılıktır. Bir insan fiili olarak "iş edimi" iş sözleşmesinin başlıca unsuru olmakla birlikte vekalet, eser sözleşmesi gibi başkaca hukukî ilişkilerde de taraflardan biri iş görme borcu üstlendiğinden, bu unsur tek başına iş sözleşmesinin ayırt edici unsuru değildir¹². Öncelikle bir çalışma ediminin ifasını gerekli kılan iş (hizmet) sözleşmesinde önem taşıyan "iş" kavramı herhangi bir şey ortaya koymak, bir sonuç elde etmek için çalışmak, güç harcanarak yapılan etkinliktir ve özünde bedenî veya fikrî insan emeği bulunan ekonomik bir değerdir¹³. İşin bedensel, düşünsel, bilimsel, sanatsal, teknik vb. bir iş olması mümkündür¹⁴. İş sözleşmesi belirli veya belirsiz bir süreyle zamana yaygın sürekli bir ilişkiyi ifade ettiğinden "zaman" da bu sözleşmenin unsurları arasındadır. İşçi, işverene karşı bir defalık belirli bir sonucu yerine getirmeyi değil, sürekli biçimde çalışmayı üstlenmektedir¹⁵. İşçinin iş görmesi bir hatırı işi olmayıp işverence "ücret" ödenmesi gerekmektedir. Ücretin zaman esasına göre yahut parça başı veya yüzde usulü belirlenmesi, aylık veya haftalık periyotlarla ödenmesi mümkündür (İş K. m. 32, 49, 51). Bir bedel karşılığında iş görme, başkaca hukukî işlemlerde de karşımıza

¹² Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2021, s. 80.

¹³ Ali Güzel, Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, s. 95 (www.tuhis.org.tr/pdf/426 erişim tarihi: 19.12.2021).

¹⁴ Sarper Süzek, İş Hukuku, Genel Esaslar – Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2021, s. 233.

¹⁵ Kapıcılık hizmetlerinde görüldüğü gibi işçi zaman zaman ifa yardımcısıyla birlikte işi yerine getirebilir. Ancak yardımcının çalışması sürekli bir niteliğe büründüğünde, asıl işçinin işçi sıfatının halen devam edip etmediği ve şahsen, fiilen çalışmaya bağlı hak ve alacakları kimin elde edeceği sorunuyla karşılaşılabilir (Ercan Akyiğit, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2020, s. 100). ... Somut olayda davacının eşinin davalı apartman ile taahhütname bağtıladıktan sonra çeşitli işlerde (nakliyecilik, bakkallık) çalıştığı ileri sürülmüştür. Davacının eşi S. Kızılğöz'ün çalıştığı işlerin neler olduğu, bakkal dükkânını ne zaman açtığı SSK ve Bağ Kur kayıtlarından araştırılarak belirlenmelidir. Gerektiği takdirde tamklar yeniden celbedilerek taahhütnameden sonra eşi S. Kızılğöz'ün kapıcılık hizmetini fiilen yapıp yapmadığı tespit edilerek, elde edilecek sonuç tüm dosya kapsamı ile birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak karar verilmesi gerekir. Y. 9.HD. 17.06.2010 T., 2008/33104 E., 2010/19295 K. (Çalışma ve Toplum, 2011/1, S. 28, <https://calismatoplum.org/yargitay-karari> erişim tarihi: 13.05.2022).

çıkabilecek ise de iş sözleşmesini onlardan ayıran karakteristik öge "bağımlılık" unsurudur.

İş sözleşmesini karakterize eden bağımlılık unsuru, işin işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak, onun gözetim ve denetimi altında yapılmasını ifade etmektedir. Sürekli bir hukukî ilişki kuran iş sözleşmesinde bu bağımlılık, esasen kişisel/hukukî bağımlılık olarak anlaşılmaktadır¹⁶. İşçi işverenin iş organizasyonunda, işverenin yönetim yetkisi kapsamında vereceği talimatlarla ve işverence belirlenen mesai süresi doğrultusunda, hiyerarşik bir ilişki içinde, kendisine bağlı çalışanları ve ayrı bir müşteri çevresi olmadan işini şahsen yerine getirmektedir¹⁷. Teknolojik gelişmeler, yeni çalışma modellerinin ortaya çıkması, işçinin uzmanlığı gibi sebeplerle bu bağımlılığın nispeten gevşek bir hal alması, iş sözleşmesinin varlığına engel teşkil etmemektedir ve tanınan serbesti ne derecede olursa olsun iş görmenin işverenin yönetimi altındaki bir iş organizasyonu kapsamında (bağımsız, kendi nam ve hesabına faaliyet yürütmeksizin) yerine getirilmesi, söz konusu unsurun varlığını kabul etmeyi gerektirmektedir¹⁸. İşin sayıyla ya da zamanla sınırlı olarak yapıp yapılmaması ise, iş ilişkisinin varlığını tespitinde münferit bir unsur olmayıp ancak bağımlılığın varlığını saptamaya yardımcı bir unsur mahiyetinde dikkate alınmalıdır¹⁹.

"İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukukî-kişisel bağımlılıktır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini, işçinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenme-

¹⁶ Can Tuncay, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Milli Komite, Ankara 2013, s. 4-5; Süzek, s. 235; Wilhelm Dütz, Arbeitsrecht, München 2005, s. 19 vd.; Andreas Wien/Normen Franzke, Personalrecht, Wiesbaden 2014, s. 6.

¹⁷ Akyiğit, s. 101; Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2008, s. 50; Folke Schmidt, The Law of Labour Relations in Sweden, Uppsala 1962, s. 54 vd.

¹⁸ Polat Soyer, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Milli Komite, Ankara 2010, s. 20; Fevzi Şahlanan, "İşçi Sifatının Belirlenmesinde Bağımlılık Unsuru", İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, s. 22-23; Fevzi Demir, Hukuka Giriş ve Temel Kavramlar, İzmir 2012, s. 250.

¹⁹ Ömer Ekmekçi, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Türk Milli Komitesi, Ankara 2005, s. 17.

si oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, işçinin bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin ölçüt teşkil etmez. İşçinin işverenin belirlediği şartlarda çalışırken kendi yaratıcı gücünü kullanması ve işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kâr ve zarara katılıp katılmaması, karar verme özgürlüğüne sahip bulunup bulunmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir”²⁰.

“İş sözleşmesini eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayırt eden en önemli kıstas bağımlılık unsurudur. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye karşı ekonomik bağılılığı vardır. Ancak, iş sözleşmesinde işçi, belirli veya belirsiz süreli olarak işveren için çalışır. İş sözleşmesini belirleyen başka bir kriter hukukî-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukukî bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi, edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmek durumundadır. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı da bulunmaktadır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır... İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi, bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz... İşçi, işverenin yönetim ve denetim sorumluluğu altında bulunan bir organizasyon içinde yer alır. Çalışma saatleri ve işin yapılacağı yer işverence belirlenir. İş araçları ve dokümantasyonu genelde işverence sağlanır. Bu konudaki alt bir kriter ise çalışanın kendisi, başkası ya da bir hizmet organizasyonu kapsamında iş yapması olgusudur... Çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş gör-

²⁰ Y. 22. HD. 30.05.2016 T., 2015/19491 E., 2016/15249 K. (lexpera.com.tr erişim tarihi: 20.04.2022).

me borcunun bir ifadesidir) durumunda, çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir"²¹.

2.2. Fiilen Çalışma Karşılığında Ücrete Hak Kazanma

Roma hukukunda "kiralama" mahiyetinde değerlendirilen iş ilişkisinde, "hizmetin kiralanması" esastır²². Mecelle'de icare-i âdemi başlığı altında düzenlenen iş ilişkisinde işçinin işi bizzat görmesi, ücret borcunun doğumu için çalışmak üzere hazır bulunması gerekli idi²³. Günümüzde iş sözleşmesinde işverenin asli edim yükümü olan ücret ödeme borcu, işçinin bizzat iş görmesinin karşılığını oluşturmaktadır²⁴. Diğer bir ifadeyle işçinin ücrete hak kazanması, kural olarak iş sözleşmesinin konusu olan işi bizzat, fiilen yerine getirmesine bağlıdır. Sözleşme konusu işin görülmesinde işçinin kişiliği, bilgisi, yetenekleri, tecrübesi, öğrenim durumu, uzmanlığı gibi bireysel nitelikleri önem taşıdığından, işçinin iş görme borcunu şahsen yerine getirmesi gereklidir²⁵.

Anayasa'nın 55. maddesine göre ücret, emeğin karşılığıdır. Emek, üretime beşerî bir çabayla çalışan insanın taşıdığı, kattığı unsurdur; tabiatıyla emek ve emek sahibi insanı birbirinden ayırmak mümkün değildir²⁶. Genel anlamda ücret ise yasal tanıma göre bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır (İş K. m. 32/1). İki tarafa borç yükleyen bir hukukî işlem olan

²¹ Y. 9. HD. 08.05.2014 T., 2012/25403 E., 2014/14949 K. (lexpera.com.tr erişim tarihi: 07.05.2022).

²² Güzel, Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı, s. 83, 92; Geniş bilgi için bkz. Özgür Türksever, Roma Hukukunda ve Günümüz Hukukunda İş Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi SBE YL Tezi, Ankara 2011.

²³ Aykanat Mehmet, Mecelle'de İş Sözleşmesi, Akademik Bakış Dergisi, Ocak-Şubat 2015, S. 47, s. 57-58 <http://www.akademikbakis.org> erişim tarihi: 10.10.2021; Adil İzveren/Erol Akı, İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, C. I, İzmir 1999, s. 23.

²⁴ Soyer, s. 49; M. Fatih Uşan, Parça Başına Ücret, Ankara 2003, s. 19; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016, s. 252.

²⁵ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2021, s. 553; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021, s. 401; Ufuk C. Kurşun, Genel Hizmet Sözleşmesi ve İşçinin Borçları, İstanbul 2022, s. 64; Wien/Franzke, s. 77; Manfred Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 1979, s. 38-39. Vasıfsız işlerde dahi işçinin işi bizzat yapma borcu bulunduğu gibi, işin işçinin kendisi tarafından yerine getirilmesi zorunluluğunun, nitelikli işçi çalıştırılmasının gerekli olduğu durumlardaki önemi açıktır (Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s. 224).

²⁶ Zeyyat Hatiboğlu, Ücret Teorisi, İHD, C. I, 1969/2, s. 133.

iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 8. maddesindeki tanımına göre işçinin asli edim yükümü, bağımlı olarak iş görme; işverenin de ücret ödemedir. ILO'nun 95 No.lu Ücretlerin Korunması Sözleşmesi'ne göre ücret, “yapılan veya yapılacak olan bir iş veyahut görülen ve görülecek olan bir hizmet için yazılı veya sözlü bir iş akdi gereğince bir işveren tarafından bir işçiye, her ne nam altında ve hangi hesaplama şekli ile olursa olsun ödenmesi gereken ve nakden değerlendirilmesi kabil olup karşılıklı anlaşma veya milli mevzuatla tesbit edilen bedel veya kazançları ifade eder” (m. 1).

Türk Borçlar Kanunu'ndaki hizmet sözleşmesi tanımında da işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği vurgulanmaktadır (m. 393/1). Hizmet sözleşmesinin kurulmuş sayılması için bir kimsenin durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görmesi ve bunun da işveren tarafından kabul edilmesi gerekir (TBK m. 394/2). İşçinin kanunda sayılan borçlarının başında “bizzat çalışma borcu” gelmektedir. İşçi, sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, yüklediği işi bizzat yapmakla yükümlüdür (TBK m. 395/1). Maddî edimlerin aksine şahsî edimler borçlunun aklî ve bedenî gücüyle ifa edilir²⁷. İş sözleşmesinde işçinin iş görme borcu “şahsî edim yükümü” olup borçlunun kendisi tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. Fikir işçileri fikrî bir emek; beden işçileri ise bedenî bir emek harcamak zorundadır²⁸. Tunçomağ'ın ifadesiyle “hizmet edimi bir mal değildir. Çünkü hizmet edimi bedeni ve insani güç ve kabiliyetlerin dışı vuran biçimi ve kişiliğin bir ifadesidir. İşgücü ve emek kişinin şahsından ayrılamazlar”²⁹. Yine işçi, yüklediği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır (TBK m. 396/1).

²⁷ Saymen/Elbir, s. 47; Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Ankara 1983, (Çeviren: Cevat Edege), s. 45.

²⁸ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, s. 105.

²⁹ Kenan Tunçomağ, Borçlar Kanunu'na ve İş Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü, İHD, C. I, 1969/2, İstanbul, s. 114.

Genel bir tanımla iş görme, ihtiyaçların giderilmesine yönelik her tür planlı, bedenî ve/ veya fikrî insan emeğidir³⁰. Sırf bir katlanma ya da çekinme, iş olarak kabul edilmez; iş görme borcundaki iş edimi, müs-pet/olumlu bir eylemdir. Ancak bunun her zaman aktif hareketlerle dışa yansıtılması şart olmayıp örneğin bir ressama modellik yaparken sabit bir şekilde durmak, hatta işin ifası için çıkacak, verilecek işi beklemek de işin ifası kapsamındadır³¹. İşçinin işverene karşı taahhüt ettiği iş edimi, belirli bir amaca, bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik belirli bir eylemi gösterme yükümünü ifade eder ve bu yönüyle az çok süreklilik taşıyan söz konusu beşerî faaliyet, emek harcanarak bir uğraşıda bulunmaktır³².

İşçinin ücret talep edebilmesi için öncelikle kendisinin temel borcu olan hizmetini ifa etmesi veya bunu yerine getirmeye hazır olduğunu iş-verene bildirmiş olması gereklidir³³. İhtihatlarda da ücrete çalışarak hak kazanılacağı, kural olarak çalışma olmaksızın ücrete hak kazanılamayacağı, aksinin yasadan veya sözleşmeden kaynaklanabileceği vurgulanmaktadır: *"Ücret ve eki sosyal haklar ve ikramiye bir çalışma karşılığıdır... filen çalışılmadan bu alacaklara hak kazanılması mümkün değildir"*³⁴. *"Davacının filen çalışmadığı iş karşılığı ücrete hak kazanması mümkün değildir"*³⁵.

³⁰ Eren, Özel Hükümler, s. 546.

³¹ Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara 2005, s. 205.

³² Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2001, s. 231; Aydın Zevkliler, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002, s. 306; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 81; Kurşun, s. 21 – 23.

³³ Erol Akı, "Ferdî İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, Türk Millî Komitesi, İstanbul 2000, s. 23; A. Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Kaplan-Senyen, İş Hukuku, Ankara 2007, s. 126; Hediye Ergin, Yabancı İşçinin Çalışma İzni Alamamasının İş Sözleşmesine Etkisi, Legal YKİ, Cilt: 2 2007/4, s. 240.

³⁴ Y. 9. HD. 21.05.2001 T., 2001/5538-8633; aynı yönde Y. 9. HD. 10.06.1998 T., 1998/7428-10202 (Şahin Çil, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2004, s. 782, 795). Y. 9. HD. 02.05.2006 T., 2005/32859 E., 2006/ 12340 K. (Şahin Çil, İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara 2010, s. 24).

³⁵ Y. 22. HD. 25.04.2014 T., 2013/9028 E., 2014/9988 K. (lexpera.com.tr erişim tarihi: 26.02.2022); aynı yönde Y. 9.HD. 22.02.2008 T., 2007/10763 E., 2008/1733 K. (Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, İstanbul 2008, s. 491); Y. 9. HD. 15.05.1996 T., 1995/36684 E., 1996/10554 K. (Cevdet İlhan Günay, İş Davaları, Ankara 2008, s. 843).

İş ilişkisinin kurulması katılma teorisi bağlamında ele alındığında, iş sözleşmesi işçiye çalışma, işverene işçiyi işe alma borcu yüklemekte, iş ilişkisi işçinin işyerine fiilen katılmasıyla kurulmaktadır ve sözleşme bağtlanmış olsa da işyerinde fiilen çalışmayan işçi açısından ücrete hak kazanma, iş mevzuatının işçiyi koruyucu hükümlerinden yararlanma imkânı bulunmamaktadır³⁶. İş Kanunu'nun uygulanması, işçinin işyeri kurallarına tâbi olması, yükümlülük ve hakların gündeme gelmesi iş sözleşmesinin yapılmasına değil, işçinin işyerinde fiilen çalışmaya başlamasına yahut işyerinde işverenin emir ve talimatlarına hazır halde ifa teklifinde bulunup çıkacak işi beklemesine bağlıdır. İş ilişkisi işçinin işverenin işyerinde çalışmaya başlaması ile kurulduğundan, taraflar arasında iş hukukundan kaynaklanan borçların doğması için sadece iş sözleşmesinin tanzimi yeterli olmayıp fiilî çalışma ve dolayısıyla işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin doğumu dikkate alınmalıdır³⁷. İş sözleşmesi düzenlenmiş olsa da iş ilişkisini başlatan, işçinin işyerinde eylemli olarak çalışmaya başlamasıdır (hiç değilse ifaya hazır olmasıdır); işyerinde çalışmaya başlamayan birinin işçi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir³⁸. İşçinin kıdem başlangıcı da iş sözleşmesinin tanzim tarihi olmayıp fiilen çalışmaya başladığı yahut başlamış sayıldığı tarihtir³⁹.

Elbette iş sözleşmesi işçi ile işveren arasındaki hukukî bağın temelidir⁴⁰. Her sözleşme gibi iş sözleşmesi de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmaktadır ve iradenin beyan yerine geçen davranışlarla ortaya konması da mümkündür. Ortada yazılı bir iş sözleşmesi bulunmasa bile, yukarıda belirtildiği gibi asıl olan fiilî çalışma ilişkisidir. Sözleşmenin örtülü olarak kurulmasına dair TBK 394/2. fıkra

³⁶ Bkz. Ergin, s. 219; Ali Güzel, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, s. 127 vd.

³⁷ Seda Arslan Durmuş, İş Hukukunda Kıdem Kavramı, Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul 2018, s. 144-145. İş ilişkisi ile iş sözleşmesi kavramları sadece teorik bir ayrımı ifade etmemektedir, sözleşmenin hükümsüzlüğü hallerinde ortaya çıktığı üzere bunun pratik önemi ve yararı da vardır (Çelik/Canıklıoğlu/ Canbolat, s. 114).

³⁸ Arslan Durmuş, s. 149.

³⁹ Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, s. 307; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 344; Arslan Durmuş, s. 152.

⁴⁰ Güzel, s. 139; Dütz, s. 56.

uyarınca "bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir -işi belli bir zaman için görür- ve -bu iş de işveren tarafından kabul edilirse-, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır". Şeklen bir sözleşmenin kaleme alınıp alınmamış olması değil, işçinin fiilen işi yerine getirmesi, hizmet sözleşmesinin hukuken kurulmuş sayılması için başlıca şarttır.

Yasa maddelerinde, örneğin kıdem tazminatına hak kazanma bakımından hizmet süresinin başlangıcının işçinin işyerinde işe başlama tarihi olduğu (1475 sayılı İş K. m. 14), yıllık ücretli izin bakımından da fiilen işe başlamanın esas alındığı açıkça belirtilmiştir (İş K. m. 53 /f. 1). 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4. maddesinin –a bendine göre, hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların sigortalılığı çalışmaya başladıkları tarihten itibaren başlar (5510/m. 7). Dolayısıyla sigortalılık yönünden iş sözleşmesinin akdedildiği tarih değil, fiilen işe başlama tarihi esas alınmaktadır⁴¹ ve bir işe giriş bildirgesi verilmiş bulunması yeterli olmayıp ayrıca fiili çalışmaların aranması da gereklidir⁴².

2.3. Çalışma Karşılığı Olmayan Ücret

2.3.1. Farazi İş Süreleri ile İzin ve Tatil Günleri

Elbette emek bir meta olmayıp ücreti de bir malın fiyatı gibi değerlendirmek doğru değildir. Ücrette işçinin geçimini sağlaması, hayatını

⁴¹ Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s. 127; Demet Belverenli, 5510 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Sigortalılık, İstanbul Üniversitesi SBE YL Tezi, İstanbul 2015, s. 12; Salih H. Günler, 5510 Sayılı Kanun Kapsamında 4/1-A Sigortalılar, İstanbul 2020, s. 43.

⁴² Y. 10. HD. 01.10.2018 T., 2018/3494-7254 (Çalışma ve Toplum, 2019/1, S. 60, s.713); aynı yönde Y.HGK 22.03.2006 T., 2006/21-43 E., 2006/98 K. (Kamu-İş Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 2008, s. 1043-1045). "... davacının, davalılara ait hangi taşınmazlarda, ne iş yaptığı hususunda somut beyanı alınmalı, çalışma olgusunun hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde ispatlanabilmesi açısından, davacı ile davalılar arasındaki hizmet akdinin varlığı irdelenerek, varlığı halinde tapu kayıtlarına göre komşu parsel malikleri belirlenip dinlenmeli, ayrıca muhtar ve ihtiyar heyeti üyelerinin de, tanık olarak bilgi ve görgülerine başvurulmak suretiyle, davanın nitelikçe kamu düzenini ilgilendirdiği nazara alınıp araştırma genişletilerek, toplanan kanıtlar değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır" Y. 10. HD. 08.04.2019 T., 2016/18841 E., 2019/3166 K. (lexpera.com.tr erişim tarihi: 22.03.2022).

idame ettirmesi yönü bulunmaktadır⁴³. Sosyal düşüncelerle, mevzuatta ücretin çalışma karşılığı olması kuralına istisnalar getirilmiştir. Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. Maddesindeki çalışma süresi “işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir” şeklindeki tanımlamanın ardından İş Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasında, yazılı sürelerin de çalışma süresinden sayıldığı belirtilmiştir. İşçinin günün tamamını çalışarak geçirmesi kişilik haklarına, insan takatine aykırı olduğu gibi iş sağlığı ve güvenliği açısından da kabul edilebilir değildir. İşçinin dinlenmesi, kendisine ve ailesine zaman ayırabilmesi, çeşitli aktivitelere katılıp sosyalleşebilmesi gibi sebeplerle, çalışma süreleri sınırlandırılmıştır⁴⁴. Kanunun 66. maddesinde sayılan süreler: a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler ile f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen sürelerdir.

Ayrıca İş Kanunu'nun 55. maddesine göre aşağıdaki süreler, yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılmaktadır:

a) İşçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (Ancak, 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlası sayılmaz).

⁴³ Çenberci, s. 457; Günay, s. 737.

⁴⁴ Akyiğit, s. 365.

b) Kadın işçilerin 74. madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler.

c) İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz).

d) Çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın on beş günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla).

e) 66. maddede sözü geçen zamanlar.

f) Hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil günleri.

g) 3153 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliğe göre röntgen muayenehanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler.

h) İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler.

ı) Ek 2. maddede sayılan izin süreleri.⁴⁵

j) İşveren tarafından verilen diğer izinler ile kısa çalışma süreleri⁴⁶.

⁴⁵ İşçiyeye; evlenmesi veya evlat edinmesi ya da ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü hâlinde üç gün, eşinin doğum yapması hâlinde ise beş gün ücretli izin verilir. İşçilerin en az yüzde yetmiş oranında engelli veya süregelen hastalığı olan çocuğunun tedavisinde, hastalık raporuna dayalı olarak ve çalışan ebeveyninden sadece biri tarafından kullanılması kaydıyla, bir yıl içinde toptan veya bölümler hâlinde on güne kadar ücretli izin verilir.

⁴⁶ Kısa çalışmada kısa çalışma ödeneği ödenir (İşsizlik Sigortası Kanunu Ek Madde 2).

k) Bu Kanunun uygulanması sonucu olarak işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresi.

Bu yasal kabuller, birer fiksiyondur. Öyle ki, kanunî varsayım olarak da ifade edilebilecek fiksiyonda, kanun belli bir olaya doğrudan sonuç bağlamakta yahut belirli bir olaya bağladığı sonucu diğer bir olay yönünden de benimsemektedir; yani eşit olmayan olgulara bilinçli bir biçimde hukuken aynı etki tanınmaktadır⁴⁷. Kanunda sayılan hallere bağlı olarak işçinin çalış(a)maması, hukukî açıdan çalışmış gibi nitelenmektedir.

Fiilen çalışma olmadığı halde, işçinin çalışmış sayıldığı farazî iş sürelerinin yanı sıra işçiye ücretinden mahrum kalmaksızın kullandırılması gereken izin/tatil günleri de bulunmaktadır. Örneğin çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir (İş K. m. 46). Keza bir iş karşılığı olmayan ulusal bayram ve genel tatil günü ücreti (İş K. m. 47), yıllık izin ücreti (İş K. m. 57) böyledir. Ayrıca iş güvencesi kapsamındaki işçiler yönünden feshin geçersizliğinin tespitinin malî sonuçları kapsamında hükmedilen en çok 4 aya kadar belirlenen boşta geçen süre ücreti (İş K. m. 21); İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinin (III) numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışamayan veya çalıştırılmayan işçiye bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenmesi (İş K. m. 40) de çalışılmadan ücrete hak kazanılan durumlarıdır⁴⁸.

2.3.2. İşverenin Temerrüdü

Alacaklı temerrüdünü düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 106. maddesine göre yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun bor-

⁴⁷ Sema Taşpınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s.155; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2020, s. 339-340.

⁴⁸ "İlke olarak ücret çalışma karşılığıdır. Çalışılmadan ücret ödenecek haller İş Kanunu'nda gösterilmiştir. Davalının davacıya verdiği üç aylık ücretsiz izinli süre, çalışılmadan ücret ödenecek hallerden değildir" Y. 9. HD. 27.02.1981 T., 108 E., 2900 K. (Çenberci, s. 458).

cunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur (f. 1). Genel olarak alacaklı temerrüdünde muaccel veya ifa edilebilir bir borcun ifası alacaklıya usulüne uygun olarak teklif edildiği halde alacaklının haklı bir neden olmadan bunu reddetmesi yahut borcun ifasına katılım zorunluluğunun bulunduğu durumlarda bu iş birliğinden, ifa için gerekli hazırlık fiillerinden kaçınması söz konusudur⁴⁹. Elbette borçlunun ifaya hazır ve istekli olması gerekir⁵⁰. Konu iş ilişkisinde işverenin temerrüdü yönüyle özel olarak ayrıca düzenlenmiştir.

İşverenin temerrüdünde işçi fiilen çalışmaya başlamamasına, iş görme borcunu ifa etmemesine rağmen işverenin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak işveren temerrüdünden ve işçinin ücrete hak kazandığından söz edebilmek için işçi iş görmeye hazır olmasına, kendi edimini yerine getirmeyi teklif etmesine karşın işverenin ona çalışacağı bir iş vermemesi, ifa teklifini haklı ya da objektif bir neden olmaksızın reddi gereklidir⁵¹. Türk Borçlar Kanunu'nun işverenin temerrüdünü düzenleyen 408. maddesine göre "*işveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuraıyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez*". Bu durumda dahi öncelikli şart işçinin iş görme edimini ifa yerinde ve zamanında şahsen yerine getirmeye hazır olması, iş görme teklifini işverene sunmasıdır⁵². İş Kanunu'nun çalışma süresinden sayılan halleri düzenlediği 66. maddesinin –c bendine bakıldığında, işçi tarafından bu teklifin "*işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla*" fiilen yapılması gerekir. Ayrıca geçerli bir iş sözleşmesinin

⁴⁹ Mehmet Üçer, Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2007, s. 49, 57 vd. Alacaklının ifayı kabulü ya da ifayı engellememesi gereği sözleşmenin niteliğine göre, iş sözleşmesinde işverenin iş verme borcunda olduğu gibi, aynı zamanda onun için bir borç teşkil ediyorsa, karşı taraf isterse alacaklı temerrüdü hükümlerine isterse borçlu temerrüdüne dayanabilir (M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 265, 269).

⁵⁰ Üçer, s. 82.

⁵¹ Kenan Tunçomağ, Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/9450>, s. 94 vd. (erişim tarihi: 06.05.2022); Süzek, s. 411; Mollamahmutoglu/Astarlı/ Baysal, s. 182.

⁵² Tunçomağ, s. 105; Soyer, P., İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 1981, s. 103; Süzek, s. 410, 411.

kurulmadığı hallerde işverenin işi kabulde temerrüdünden, işçinin de taahhüt ettiği işi yapmak zorunda olmadan ücrete hak kazandığından söz edilememektedir⁵³. Örneğin A ile B'nin, A'nın kredi almasını sağlamak için görünüşte bağittadıkları hizmet sözleşmesi muvazaalıdır ve taraflar arasında sonuç doğurmaz, yani bu işlemde herhangi bir alacak/borç doğmaz⁵⁴. Tabiatıyla temerrütten söz edilemez.

3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN MUVAZAALI OLARAK AKDEDİLMESİ VE GEÇERSİZLİĞİ

3.1. Genel Olarak

Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler, kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 27/f. 1). Düzenleme, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına ve bu sınırlamalara aykırılığın yaptırımına yer vermektedir. Genel olarak, iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğüne (geçersizliğine) yol açan sebepler; ehliyetsizlik, akdin konusunun kamu düzenine, buyurucu hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına, genel ahlaka aykırı ya da imkânsız olması ile muvazaa halleridir⁵⁵. Muvazaa (danışıklılık), tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hiçbir hüküm ifade etmeyeceğini kararlaştırdıkları

⁵³ Aki, s. 25; Alacaklı temerrüdü, akdin bağlayıcılığı mevcut ise söz konusu olur (Oğuzman/Öz, s. 267).

⁵⁴ Eraslan Özkaya, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2004, s. 181; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s. 106; Eren, Genel Hükümler, s. 367, 373. "muvazaalı işlemin hiçbir hüküm doğurmayacağı (butlanı) konusu gerek uygulamada ve gerekse bilimsel görüşlerde oybirliği ile benimsenmiş bulunduğu, hakim in muvazaayı resen göz önünde tutması gerektiğine, muvazaa sebebinin ortadan kalkması veya bir zamanın geçmesi ile görünüşteki işlemin geçerli hale gelmeyeceği kuşkusuz bulunduğu, muvazaa gerek def'an gerekse dava yoluyla her zaman ileri sürülebileceğine göre..." Y.HGK. 22.06.1983 T., 1983/1-497 E., 1983/719 K. (Özkaya, s. 247).

⁵⁵ Tunçomağ, Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s. 128; Ercan Akyiğit, Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul Üniversitesi SBE YL Tezi, İstanbul 1989, s. 19-20; M. Özgür Avcı, İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, Legal İSGHD, Yıl: 2010, Cilt: 7, S. 28, İstanbul 2011, s. 1413; Sarper Süzek, İş Akdinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, Seminer-28 Mayıs 2011, İstanbul 2012, s. 82 vd.; Wien/Franzke, s. 37 vd. "yasal koşulları taşımayan sözleşme ile hak ve alacak talep etmek mümkün değildir. Ayrıca davacı 1.9.2000 tarihinden itibaren bir başka okul işyerinde işe başlamasına karşılık bu durum değerlendirilmeden... ücret alacağına hükmedilmesi hatalıdır" Y. 9. HD. 27.01.2003 T. 2002/11889 E., 2003/161 K. (Kılıçoğlu/Şenocak, Cilt 1, s. 245).

görünürde bir işlem yapmaları (mutlak, adi muvazaa) yahut inceleme konumuzda olduğu gibi böyle bir sözleşmenin ardına gerçekte arzu ettikleri başka bir sözleşmeyi gizlemeleridir (nisbî, mevsuf muvazaa)⁵⁶. Muvazaada irade ile beyan arasındaki uyumsuzluk bilerek, isteyerek meydana getirilmektedir. *Soyer*'in dile getirdiği gibi, diğer sözleşmelere nazaran iş sözleşmesinin muvazaalı olması daha az rastlanabilecek bir durum ise de imkânsız değildir. Örneğin işverenin, sendikanın toplu sözleşme yetkisi almasını engellemek amacıyla bazı kişilerle muvazaalı iş sözleşmeleri yapması, ihtimal dahilindedir ve butlanla ilgili tüm prensipler muvazaalı işlemler hakkında da uygulanacaktır⁵⁷. Özellikle toplu sözleşme yetki dönemlerinde ihtiyaç fazlası yahut yetki düşürme amacıyla muvazaalı olarak işe alınan işçilerin çalışan sayısına dahil edilmeyeceği, dürüstlük kuralına aykırı, muvazaalı alımların işyerindeki işçi sayısını değiştirmeyeceği kabul edilmektedir⁵⁸. Muvazaanın varlığı için bu amacı işçinin de bilip kabul etmesi gerekmektedir. Yoksa sadece işverenin sendikanın yetki elde edememesi için gerçekleştirdiği işe alımlarda, esasen işveren sözleşme yapma hakkını amacından saptırarak kötüye kullanmaktadır⁵⁹.

⁵⁶ Sulhi S. Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 407; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 141 vd.; Reisoğlu, s. 104 vd. *Eren*, görünürdeki muvazaalı işlemin taraflarının iradesinin işlemin meydana gelmemesi noktasında birbirine uyduğunu, taraflarda işlem iradesi ile beyan iradesinin bulunmadığını, birbirine uygun ortak irade ve gerçek amacın işlemin "yok" olması, hüküm-sonuç doğurmaması yönünde birleştiğini, dolayısıyla muvazaalı işleme yokluk sonucu bağlanmasının da mümkün görülebileceğini, ancak sonuç itibarıyla bu görüş ile hakim görüşteki butlan yaptırımının pratik sonuçları arasında önemli bir fark bulunmadığını belirtmektedir (Eren, Genel Hükümler, s. 373-374).

⁵⁷ Polat Soyer, "Ferdî İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, Türk Milli Komitesi, İstanbul 1999, s. 11-12. Ayrıca bkz. Başak Ozan Özparlak, Türk İş Hukukunda İşe Alım ve İş Sözleşmesinin Kurulması, Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 210 (https://tez.yok.gov.tr/Ulusal_Tez_Merkezi/ erişim tarihi: 06.05.2022).

⁵⁸ Y. 9. HD. 29.09.1989 T., 7408/7747 (Fevzi Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 68-69); Fevzi Demir, Sorularla Toplu İş Hukuku, 2. Cilt, Ankara 2006, s. 260-261.

⁵⁹ İpek Kocagil Ersoy, Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, İstanbul 2019, s. 232 "*Mah-kemece, öncelikle davacıya ait işyerlerine ilişkin kayıt ve belgeler ile başvuru tarihi itibarıyla çalışan işçileri gösterir bordrolar Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan istenilmeli, söz konusu 49 işçinin hizmet dökümü cetvelleri getirtilerek, başvuru tarihinden önce ve sonraki döneme ilişkin davacıya ait işletmedeki çalışma süreleri araştırılmalı, tarafların bu hususta gösterecekleri deliller toplanmalı ve bu suretle söz konusu işçilerin muvazaalı olarak işe alınıp alınmadıkları hususunun duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi gerekir...*" Y. 22. HD. 10.02.2014 T., 2014/1967 – 1792 (www.calismatoplum.org/yargitay-karari/ erişim tarihi: 24.04.2022).

İşçi olarak nitelendirilmedi ve ücret ile diğer işçilik alacaklarına hak kazanmada yukarıda açıklandığı üzere fiilen iş görmeyen yerine getirilmesi, bağımlı çalışma olgusu belirleyicidir. Fakat kişinin, fiilen çalışmamış olsa da (hatta diploma kiralama açıkça zikredilerek), mevzuatın yüklediği sorumlulukları taşıdığı gerekçesiyle ücrete hak kazandığına ilişkin birçok içtihat bulunmaktadır. Örneğin “*davacı ziraat mühendisi olarak sorumlu yönetici belgesine sahiptir. Taraflar arasında Noterden yapılan sözleşme ile davacı, davalı işveren tarafından fırın işyerine sorumlu teknik müdür olarak atanmıştır. Bu sözleşme ile davacı artık kanun, tüzük ve yönetmeliklerin kendisine yüklediği sorumluluk ve vecibeleri üstlenmiştir. Bu tarihten itibaren davacı sözleşmede belirlenen asgarî ücrete hak kazanmıştır*”⁶⁰. “*Mahkemece davacının işyerinde fiilen çalışmadığı, sadece yasal yükümlülük sebebiyle isminin bildirildiği, ücrete hak kazanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacının işyerinde fiilen çalıştığı kanıtlanamamış olsa da davalı tarafından çalışanlar listesinde adına yer verildiği, bir kısım belgelerin davacı adına işleme konulduğu, bir dönem Sosyal Sigortalar Kurumuna primlerinin de yatırıldığı anlaşılmaktadır. Böyle olunca davacı davalıya ait işyerinde fiilen çalışmamış olsa dahi, meslek unvanı sebebiyle sorumluluk üstlendiği anlaşılmalı taahhütname ile belirtilen ücrete hak kazandığı kabul edilmelidir. Böyle olunca davacının yapı denetim şirketine mimar bulundurma zorunluluğunun bulunduğu dönem için ücrete hak kazandığının kabulü gerekir*”⁶¹. “*... Mahkemece, davacı ve davalı tanıklarının anlatımlarından, davacının işverenin mesai ve iş konusunda her hangi bir talimatı olmadan diplomasını vermek suretiyle işi gördüğü, işverenle hukuki ve fiili bir bağımlılığı olmadığı, işverenin talimatları, denetim ve gözetim altında çalışmasının bulunmadığı dolayısı ile taraflar arasındaki ilişkinin yasanın aradığı bağımlılık şartını taşımadığı ayrıca taraflar arasında salt ücretin kararlaştırılmış olmasının ilişkiye hizmet ilişkisi niteliği kazandırmayacağı bu sebeple aradaki ilişkinin hizmet ilişkisi nite-*

⁶⁰ Y. 9. HD. 09.03.2006 T., 2005/21169 E., 2006/5835 K. (Çil, Ücret, s. 25).

⁶¹ Y. 9. HD. 17.04.2007 T., 2007/2602-11122 (<https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/> erişim tarihi: 15.09.2021). *Ekonomi*'ye göre, başka bir mimar çalıştırılmamışsa, yüksek mahkeme, dosya içeriğini isabetli bir şekilde değerlendirmek suretiyle mimar ile yapı denetim şirketi arasında iş sözleşmesine dayalı bir ilişkinin kurulduğu sonucuna varmıştır (Münir Ekonomi, “İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, Türk Milli Komitesi, İstanbul 2009, s. 4-5).

liğinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir... Davacının diploması kiralanmak suretiyle devreden şirket tarafından çalıştırıldığı davalı işyerini devralan şirketin de kabulündedir. Davacının devreden şirket tarafından diplomasının kiralanmış olması, işe her gün gitme zorunluluğu olmasa bile laboratuvar sorumluluğunun davacıda olması, yaptığı iş karşılığı ücret ödeneceğinin kararlaştırılmış olması, devralan şirketin resmi kayıtlara göre davacıyı tam zamanlı çalışan olarak bildirmesi, davacı tanıklarının beyanları ve işyeri devri birlikte değerlendirildiğinde davacının davalılar nezdinde hizmet ilişkisine bağlı olarak çalıştığının kabulü dosya kapsamına uygun düşecektir"⁶².

3.2. Muvazaalı İş Sözleşmelerinde Geçersizliğin Etkisi

Batıl bir iş sözleşmesi ifa edilmediğinde; işçi, işverenin işinde henüz çalışmaya başlamadığında, giderilmesi olanaksız bir durum olmadığından borçlar hukukundaki geçersizliğin baştan itibaren etkili olması kuralı uygulanacaktır⁶³. Prensipten, batıl bir iş sözleşmesine rağmen işçi işverenin emrinde çalışmış ise, iş ilişkisi geçersiz iş sözleşmesine değil, ancak işçinin işverenin işletmesine katılmasına dayalı olarak, işverenin onun emeğinden yararlanması sebebiyle doğmaktadır ve böyle bir ihtimalde çalışan, yaptığı iş için ücret isteyebilecektir. Nitekim TBK m. 394/son fıkra, geçersizliğin sonradan anlaşılması halinde geçersizliğin ileriye etkili olacağı kuralıyla bu esası benimsemiştir. Fakat iş sözleşmesindeki ahlaka ve hukuka aykırılığın sözleşme taraflarınca bilindiği, kamu düzeni, kamu yararı için getirilmiş bir normun açıkça, ağır biçimde ihlal edildiği durumların geçerli bir iş ilişkisi olarak nitelenip değerlendirilmesi,

⁶² Y. 7. HD. 17.09.2015 T., 2015/32333 – 15859 (www.lexpera.com.tr erişim tarihi: 15.09.2021). "T.C. Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının il ve ilçe müdürlüklerine müzekkere yazılarak davacının sorumlu gıda mühendisi olarak bildirilip bildirilmediği, bildirilmiş ise bunun tarihini gösteren belge ve bu konuya ilişkin sair belgeler celbedilmelidir. Davalı işyerinin talebe konu dönem içinde yemek üretimi yapıp yapmadığı, yapmış ise davacının sorumlu gıda mühendisi olarak herhangi bir kurum veya kuruluşa bildirilip bildirilmediği, gıda mühendisi sıfatı ile herhangi bir sorumluluk altına sokulup sokulmadığı tespit edilmeli, böyle bir sorumluluk altına sokulmuş ise şimdiki gibi karar verilmeli... sorumluluk altına sokulmadığı anlaşılıyorsa dava reddedilmelidir" Y. 9. HD. 07.06.2018 T., 2015/23770 E., 2018/12915 K. (lexpera.com.tr erişim tarihi: 26.02.2022).

⁶³ Tunçoğlu, Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s. 129; Kenan Tunçoğlu/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013, s. 90.

bundan akde dayalı haklar çıkarılması kabul edilemez; iş sözleşmesi her iki tarafın anlaşmasıyla muvazaalı olarak, sırf görünüşte yapıldığında da aynı esas geçerlidir ve geçerli bir iş sözleşmesinin varlığından, geçerli bir hizmet ilişkisinin meydana gelmesinden bahsedilemez.⁶⁴ Sigorta ilişkisi bakımından da söz gelimi mevzuatta kişinin cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu gibi, görülen işin niteliği dikkate alınarak getirilen işçiyi koruyucu düzenlemelere aykırılığa rağmen durumun tespit edildiği ana kadarki fiilî çalışma ilişkisine sonuç bağlanır ve işçi, sosyal güvenlik hukukunun sağladığı haklardan bu çerçevede yararlanır.⁶⁵ Fakat mutlak butlan söz konusu olduğunda, örneğin suç işlemek amacıyla, konusu suç teşkil eden yahut muvazaalı bir iş sözleşmesi kurulduğunda, iş sözleşmesi de ona dayalı sigorta ilişkisi de geçersizdir.⁶⁶ İşyerinde gerçekte çalışmayan kişilerin sosyal sigorta yardımlarından yararlanabilmek amacıyla yahut başka sebeplerle çalışıyormuş gibi kuruma bildirildiği, sigortalı ile işveren haksız eylemi ya da suç sayılır davranışıyla sigortalı kişinin üyelik sıfatını kazandığı bu durum, geçersiz sigorta ilişkisidir ve sosyal sigorta ilişkisinin fiilî bir çalışmaya dayanmadığı belirlendiğinde, sigortalının tescil kaydı iptal edilmekte, varsa bağlanan aylık ve gelirler, yapılan yardımlar yasal faiziyle geri alınarak sosyal sigorta ilişkisi geriye dönük

⁶⁴ Tunçomağ, Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s. 131; Akyiğit, Kesin Hükümsüzlük, s. 57-58; Tunçomağ/ Centel, 91-92; Sarper Süzek, Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği, MÜHF-HAD, C. 20, S. 1, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, İstanbul 2014, s. 139-140; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014, s. 245; Rehbindir, s. 38. "Davacı görünüşü bakımından işçidir. Şayet mahkemenin kanaatına göre davacı aslında işçi değilse, bu takdirde görünüşü yalanlayacak ve gerçeği yansıtacak deliller toplanmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir" Y. 9. HD. 08.12.1969 T., 9251 E., 11565 K. (Çenberci, s. 81).

⁶⁵ Yaşı veya kadın oluşu gibi sebeplerle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçinin yasağa rağmen çalıştırılmış olması halinde işçi sayılacağına ve bundan dolayı İşçi Sigortalıları Kanunlarının işçilere tanıdığı haklardan istifade edeceğine dair İBK 18.06.1958 T., 20 E., 9. K. (RG. 30.09.1958 T., 10020 S.). Kararda açıkça zikredilmemekle birlikte, fiilî hizmet ilişkisi kavramını kabul eden katılma görüşünün varlığı sonuçlar benimsenerek, uygulamada yasaya aykırı olarak çalıştırılan çocuk ve kadın işçiler korunup iş yasalarının güvencesi altına sokulmaktadır (Tankut Centel, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkileri, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/ya/ocak1989.pdf> s. 369 erişim tarihi:07.05.2022).

⁶⁶ A. Nazım Sözer, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2019, s. 29; Belverenli, s. 57; Günler, s. 45. Çalışma yaşına ilişkin sınırlamalarla küçükleri koruyucu emredici düzenlemelere aykırılık halinde dahi küçük, çalışmaya hiç başlamamış ise veya fuhuş, kaçakçılık gibi sözleşme konusu kamu düzenini ağır şekilde ihlal ettiğinde, geçersizlik baştan itibaren hüküm doğurur. Keza, baştan itibaren geçersizlikle küçüğün kişilik haklarının sömürülmesinin önüne geçilebilir (Ercüment Özkaraca/Canan Ünal, Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu, MÜHF-HAD, C. 20, S. 1, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, İstanbul 2014, s. 384).

şekilde tasfiye edilmektedir⁶⁷. Muvazaalı hizmetlere ilişkin bildirilen primlerin ödenmiş olması da sahte sigortalılık nitelemesine engel olmamaktadır⁶⁸.

Yine, geçersiz bir işlemde edimin taraflardan birince iyiniyetle ifası halinde, diğer tarafın geçersizliği ileri sürmesinin dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı esası bakımından değerlendirildiğinde; diploma kiralamada, muvazaalı işlemin tarafı "işçinin" iyi niyetli olmasından söz edilememektedir ve o zaten kendi edimini ifa etmemiştir. Taraflar bir iş ilişkisi içine girmek iradesi taşımaksızın görünürde bir sözleşme akdettiklerinden, muvazaalı sözleşme geçersiz olup bir kimsenin işçi sayılması ve bu sığata bağı haklardan yararlanabilmesi için *sözleşme görüşüne*; işçi işyerinde fiilen çalışmaya başlamadığından ve edimin ifasını dahi teklif etmediğinden, *katılma görüşüne* dayanılamayacaktır. Diploma kiralamada, işçinin başta ücret olmak üzere işçilik alacaklarına hak kazandığının kabulü, sözleşmenin geçersizliğinin sırf ileri etkili mi yoksa baştan itibaren mi kabul edileceği tartışmasının ötesinde, adeta sözleşmeye ve iş ilişkisine geçerlilik tanıyan bir mahiyettedir. Kaldı ki iş sözleşmesi, işçinin kişiliğine bağı iş görmenin sürece yaygın biçimde devam ettiği, istisna akdinden farklı olarak -edim sonucunu- değil -edim fiilini- borçlandığı sürekli bir ilişkidir⁶⁹. İctihatlarda ücrete hak kazanma noktasında yer verilen işçinin hukukî/cezaî yaptırımla karşılaşma ihtimali gerekçesi ise iş sözleşmesinin bu temel unsurunu ve edim fiilinin şahsen yerine getirilmediği gerçeğini bir yana bırakmaktadır.

TBK 394. maddenin son fıkrasındaki "geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar,

⁶⁷ Meltem Öztürk, Hizmet Akdine Dayanan Sosyal Sigorta İlişkisinin Dava Yoluyla Tespiti, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İzmir 2010, s. 35-36. "... göstermelik bir sigortalılık değil, gerçek anlamda hizmet akdine göre oluşmuş bir sigortalılık yasanın aradığı sigortalılıktır. Bu tür bir sigortalılığın olup olmadığı ise hizmet akdinin koşulları ve eylemlerle çalışmanın varlığının ortaya konması durumunda mümkündür" Y.21. HD. 20.02.2003 T., 2003/604-1127 (lib.kazanci.com.tr erişim tarihi: 05.05.2022).

⁶⁸ Arzu Hacıoğlu, Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda Yersiz Ödemelerin Geri Alınması, İstanbul 2017, s. 48.

⁶⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 547. "Hizmet akdinde... çalışan, emeğini iş sahibinin emrine hazır bulundurmaktadır ve ücret, faaliyetin meydana gelmesinin sonucu için değil, bizzat yapılan faaliyetin karşılığı olarak ödenmektedir" Y. HGK. 21.02.2018 T., 2015/139 E., 2018/316 K. (lexpera.com.tr erişim tarihi: 23.04.2022).

geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur” hükmünün de burada uygulama alanı bulunmamaktadır. Düzenlemede açıkça ifade edildiği haliyle, geçersizliğin ileriye etkili olması “geçersizliğin sonradan anlaşılması” şartına bağlıdır. İş sözleşmesinde geçersizliğin baştan itibaren değil, ileriye etkili hüküm doğurması, iş ilişkilerine özgü menfaatler dengesinin dikkate alınmasıyla getirilmiş bir uyarlamadır ve yerine getirilmiş bir iş görmenin iadesinin söz konusu olamayacağı açıktır⁷⁰. Doğan Yenisey’e göre burada *normun koruma amacından hareketle “geçersizliğin sonradan ortaya çıkması” ifadesi dar yorumlanarak, işçinin iş görme borcunu iyiniyetle ifa etmesi yeterli görülmelidir*⁷¹. İş ilişkisini mümkün mertebe ayakta tutmayı amaçlayan bu düzenlemede “iyiniyet”/geçersizliğin sonradan anlaşılması hususu, TMK m.3’te bir hakkın kazanılmasını sağlayan iyiniyet anlamında değil, sözleşmenin geçersizliğine yol açan sebebi hukuka aykırı olarak bizzat işçinin yaratmaması şeklinde yorumlanmalıdır⁷².

Tarafların geçersizliği başlangıçtan beri bildikleri hallerde ise bu hüküm uygulanmaz⁷³. Madde gerekçesinde, işçinin geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir sözleşme gereğince işveren için -bir iş gördüğü takdirde-, sözleşmenin iki tarafının da geçersizlik sebebiyle hizmet ilişkisine son verilmeye kadar geçerli bir sözleşme varmışçasına doğan borçları ifayla yükümlü oldukları; maddeye göre hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilen işçinin iyiniyetli sayılmayacağı, bu durumda ise geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edileme-

⁷⁰ Özkaraca/Ünal, s. 385.

⁷¹ Kübra Doğan Yenisey, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, Türk Millî Komitesi, İstanbul 2015, s. 14.

⁷² Polat Soyer, Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15. Yıl Toplantıları, 3/4 Haziran 2011, İstanbul 2012, s. 168.

⁷³ Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 397; Süzek, s. 347. Ayrıca, muvazaalı alt işverenlik ilişkisinde muvazaadan kaynaklanan geçersizliğin geçmişe etki göstermesi ve alt işveren ile işçiler arasındaki iş sözleşmelerinin de bundan etkilenecek geçersiz kabul edilmesi hakkında bkz. Seda Ergüneş, İş Hukukunda Kanundan Doğan Hukuki Yaptırımlar, Borçlar Hukukundaki Yaptırımlar ile Bir Karşılaştırma, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE YL Tezi, İstanbul 2011, s. 122-124 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> erişim tarihi: 09.05.2022).

yeceğinden bu hükümden yararlanamayacağı; geçersizliği bilerek -işçi çalıştıran- bir işverenin sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyeceği belirtilmektedir⁷⁴. Gerekçede devamlı, -işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek- kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 320. maddesindeki "iyiniyetle" iş görme koşuluna yer verilmediği açıklanmaktadır. İnceleme konumuz bakımından da hem "işçi" hem "işveren" muvazaalı bir şekilde, fiilî bir iş ilişkisi içine girme iradeleri olmaksızın görünürde bir sözleşme akdetmektedirler ve geçersizliğin sonradan anlaşılması söz konusu değildir. Diploma kiralamada, işçi görünümündeki kişi işverenin emir ve talimatlarına bağlı şekilde sürekli iş görme, onun işyerine, iş organizasyonuna dahil olma iradesi taşımamakta, hatta ilan örneklerinde de görüldüğü üzere görünürde bir iş sözleşmesi akdedilmesine dair kendisi icapta ya da icaba davette bulunmaktadır. Yukarıda ele alınan doktrindeki görüşlerde ve madde gerekçesinde de vurgulanan ve belirleyici olan, işçinin iş görmüş olması, harcadığı emeğin korunmasıdır. Diploma kiralayan ise fiilen çalışarak emek harcamamaktadır⁷⁵. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinde de (OR m. 320/III) işçinin iş görme borcunu ifa etmiş olması başlıca şarttır⁷⁶.

Mevzuatın istihdamı zorunlu personel şartı getirdiği hallerde, çalışanın işyerindeki faaliyete bizzat ve aktif olarak katılımı, iş görme ediminin sürece yaygın olarak yerine getirilmesi daha da önem taşımaktadır. Kamu sağlığının korunması, bu amaçla gerekli tedbirlerin alınıp dene-

⁷⁴ Bu doğrultuda işverenin iyiniyetli olmaması halinde sözleşmenin geçerli bir sözleşme gibi değerlendirilmesi; işçinin iyiniyetli olmaması halinde sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılması gerektiği görüşü (Başak Güneş /Faruk B. Mutlay, Yeni Borçlar Kanunu'nun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, *Çalışma ve Toplum*, S. 30, 2011/3, s. 237).

⁷⁵ Butlan ile geçersiz olan hizmet sözleşmesi henüz ifa edilmemiş veya işçi işine daha başlamamış ise butlanın baştan itibaren sözleşmeyi geçersiz kılması sonucu, yerine getirilen edim olmadığı için telafisi imkânsız sonuçlar doğurmayacaktır ((İbrahim Aydın, İş Hukukunda Butlan (Geçersizlik)'in Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789932>. Pdf.s.6. Erişim tarihi: 06.05.2022)). Geçersizliğin baştan itibaren etkili olduğu durumlarda bu sürelerin kıdeme dahil edilmesi, işçinin başka hizmet süreleriyle birleştirilmesi de mümkün değildir. Akdın hiç ifa edilmediği, herhangi bir çalışmanın veya çalışılmış sayılmanın bulunmadığı sürenin kıdeme yansıtılması beklenemez (Ercan Akyigit, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Ankara 2006, s. 2405).

⁷⁶ Theo Guhl/Hans Merz/Max Kummer, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich 1972, s. 388; Rehbinder, s. 37; Özkara/Ünal, s. 393.

timlerin yapılması idarenin görev ve yetki alanında olduğu kadar, yargı organı da bu hususta hassas davranmalıdır. İş mevzuatının iş ilişkisinde güçsüz taraf olan işçiyi koruma amacı, işçi lehine yorum ilkesiyle örtüşmekle birlikte, şüphesiz bu alandaki tüm düzenlemelerin işçileri korumayı amaçladığı söylenemez ve her normun somut amacı göz önünde bulundurulur⁷⁷. Fiilen çalışmadığı, görev ve sorumluluklarını süreç boyunca yerine getirmedeği halde ücret talep eden bir kişinin maddi menfaatleri ile kamu sağlığı karşı karşıya geldiğinde, üstün tutulması gereken halkın menfaatidir. Ortada gerçek anlamda bir iş ilişkisi ve işçi olmadığından, konunun işçi lehine yorum ilkesi ile ilgisi bulunmadığı değerlendirilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine göre, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Burada her iki tarafın da amacı sürekli bir iş ilişkisi içine girmek, çalışmak, istihdam etmek değildir; danışıklı bir biçimde görünürde bir sözleşme akdedilerek idare ve kamu aldatılmaktadır. Zaten öncelikle idareye, kamu otoritesine karşı muvazaalı iş sözleşmesi kurulup görünürde iş ilişkisi içine girildiğinden, kişinin adının bakanlığa ya da başka bir kamu kurum/kuruluşuna bildirilmesi tabiidir. Dolayısıyla içtihatlarda söz konusu bildirimden, iş akdinin geçerliliği ve alacaklara hak kazanma bakımından belirleyici bir kriter olarak hareket edilmesi isabetli değildir.

Kanımızca, ücret alacağının (ve iş sözleşmesinden kaynaklanan diğer alacakların) tahsili talebiyle ortaya çıkan uyumsuzluklarda ücretin tahsili yönünde karar verilmesinin, esasen caydırıcılığı bulunmamakta, adeta diploma kiralamayı cesaretlendirmektedir. İşveren açısından bakıldığında o, işçiyi fiilen çalıştırdığında da ücreti zaten ödeyecektir. Oysa fiilen çalışmaksızın, emek harcamadan, yükümlülüklerini yerine getirmeden, üretim süreçlerini izleyip kontrol etmeden para (“ücret”) talep eden kişiler, bunu elde edemeyeceklerinin ayırdına vardıklarında

⁷⁷ Süzek'in ifadesiyle “bazı yasa hükümlerinde toplumsal yararlar (kamu düzeni) çalışanların çıkarlarına üstün tutulmuş veya hassas dengeleri gözetken düzenlemeler öngörülmüş... olabilir. Anılan hükümler söz konusu olduğunda işçi lehine yorum yönteminde ısrar etmek yorumlanacak normun amacına ters düşer” (Sarper Süzek, İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum, *Sicil*, S. 34, Yıl: 2015, s. 17).

bu yola girişmekten kaçınabileceklerdir⁷⁸. Hiç kimsenin kendi muvazaalı işleminin sonuçlarından yararlanamayacağı, dürüstlük kuralı mucibince bilhassa gizli sözleşmenin şekle aykırılığının dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülememesini ve muvazaalı sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği halleri ifade etmektedir⁷⁹. Bu durum muvazaalı işlemin tarafları arasındaki her uyumsuzluğa teşmil edilirse, muvazaalı işlemin geçersizliği, bu işlemde taraflar açısından haklar ve borçlar doğmadığı gerçeği görmezden gelinip bir kenara bırakılmış olur. İşveren görünümündeki taraf kadar, işçi görünümündeki kişi de muvazaalı sözleşmenin tarafı olup ücret ve diğer işçilik alacaklarına hak kazanamaz. Çalışmadığına, bizzat iş görmediğine göre işverenin onun çalışmasından istifade edip sonradan muvazaayı dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürmesi söz konusu değildir⁸⁰.

Bu tür ilişkilere geçerlilik tanınıp hukukî sonuç bağlanması, meslekî gelişim ve tecrübe açısından da sorunludur. Bizzat iş akışında yer almayan, üretim süreçlerine katılmayan, ortaya çıkan sorunlara çözüm üretme çabası olmayan kişilerin kariyerlerini ilerletme, yaratıcılık ve uyum becerilerini geliştirme imkânları da neredeyse tamamen ortadan kalkmaktadır. Diğer taraftan, fiilî ve gerçek iş ilişkileri bakımından kendi dinamikleri içinde yaşanacak işçi giriş-çıkış hareketliliği de bir bakıma bloke edilmiş olmakta, görevini emek harcıyarak bilfiil yerine getirmeye hazır kişilerin önü kesilmektedir.

Kararlarda yer verilen meslek unvanı sebebiyle sorumluluk üstlenmenin de tatmin edici bir gerekçe olmadığı düşünülmektedir. Kişinin hukuken bir sıfatı gerçekten taşıması (ki bu sayede hak da elde etmesi) ile dışa karşı yarattığı zahirî durumdan ötürü sorumlu olması fark-

⁷⁸ Benzer şekilde, iş akdinin geçersizliği konusunda katılma görüşünün sakıncasına "...işçiler nasıl olsa kanunen yasaklanan bir işte çalışsak bile haklarımızdan mahrum kalmıyoruz düşüncesine kapılabilirler. Böylece yasak işlerde çalışılması bir bakıma ödüllendirilmiş olmaktadır" şeklinde işaret edilmektedir (Aydın, pdf.s.11).

⁷⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 378; Özkaya, 198. Ayrıca borçlunun, yazılı bir borç tanımına güvenerek aldığı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamayacağı düşünülmesi (TBK m.19/f. 2), muvazaalı işlemin taraflarını değil, iyiniyetli üçüncü kişileri korumaktadır.

⁸⁰ İş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü herkese karşı ileri sürülebilir ve herkes kavramına öncelikle sözleşmenin karşı tarafı girer (Akyiğit, Kesin Hükümsüzlük, s. 62; Avci, s. 1414); von Tuhr, s. 274.

lı konulardır ve birbirine karıştırılmamalıdır. Örneğin Türk Ticaret Kanunu'nun 12. maddesine göre "bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur" (son f.). İşletmeyi fiilen işletmeyip sırf üçüncü kişiler nezdinde öyleymiş gibi görünüş yaratan ve tacir sayılmayan bu kişiler, tacirlere özgü sorumluluk rejimine tâbi şekilde tacir olmanın yalnız külfetlerine katlanırlar, yoksa haklarından istifade edemezler⁸¹.

Sezgin olup da kastî ya da ihmali davranışıyla bir zarara yol açan herkes, zaten bundan sorumludur (TBK m. 49 vd.). Türk Borçlar Kanunu'nun 400. maddesinde de işçinin işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Sadece haksız fiil sorumluluğu taşımak, idarî ve/veya cezaî takibata maruz kalabilecek olmak, iş sözleşmesinin kurulmasıyla da iş görme kavramıyla da ilgili değildir. Elbette bir iş ilişkisi içinde fiilen çalışan her işçi üstlendiği iş görme edimini özenle yerine getirmek zorunda olduğuna, kusuruyla yol açtığı zarardan sorumluluk da taşıdığına göre, diplomasını kiralamak suretiyle görünürde bir iş sözleşmesinin tarafı olan kişinin bir zarardan sorumlu tutulabilecek olması, ücrete ve diğer işçilik alacaklarına hak kazanmasına gerekçe teşkil etmemelidir. İşçiye ücret, bir risk üstlendiği için değil, emeğinin sonucundan istifade edildiği, çalıştığı için ödenmektedir. Yine ücretin adeta muhtemel bir giderim borcunu fonlama aracı gibi görülüp değerlendirilmesi de isabetli değildir. Üstelik istihdamı zorunlu personel bağlamında düşünüldüğünde bu kişilerin fiilen iş görmeleri, riskleri azaltmak, bir zararın önüne geçebilmek, üretim süreçlerinde ve çıktılarında ortaya çıkabilecek zararları en aza indirebilmek amacıyla önem arz ettiğinden, deyim yerinde ise "fiilen çalışmasa da olur, nasıl olsa bir zarar doğarsa sorumlu tutulacak" yaklaşımı, tüm bu düzenlemelerin amacıyla da çelişmektedir.

⁸¹ Hüseyin Ülgen, Hukuki Görünüş Nazariyesi, İstanbul 2005, s. 103-104; Ercin Baydak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2018, s. 62; Emre Türkmen, Ticareti Terk Kavramı ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul 2020, s. 18.

SONUÇ

Bir kimseye herhangi bir okulu veya öğrenim programını başarıyla tamamladığını, bir derece veya unvanı kullanmaya hak kazandığını, bir iş, sanat veya meslek dalında çalışabilme yetkisi elde ettiğini belirtmek için bir öğrenim kurumu tarafından düzenlenip verilen resmi belge olarak tanımlanan⁸² diploma şahsa özgüdür ve kiralama, ödünç sözleşmesi gibi işlemlerle bir başkasına kullanılması mümkün değildir. İş sözleşmesi işçiye, ücret karşılığında işverene bağımlı bir biçimde bizzat iş görme borcu yüklediğinden ve diploma, işçinin sözleşme konusu iş dair öğrenim gördüğünü, meslekî unvana sahip olduğunu ortaya koyduğundan; iş hukukunda (ve daha geniş bir ifadeyle tüm çalışma ilişkilerinde) büyük bir öneme sahiptir. Yine bir işyerinin ruhsatlandırılmasında, faaliyet izni verilmesinde, personelin meslekî eğitim ve yeterliliklerinin diploma, kurs bitirme belgesi gibi belgelerle ortaya konması gerekli olup bazı alanlarda da belirli unvanda kişilerin istihdam edilmesi mevzuatla zorunlu tutulmuştur.

Uygulamada ise zaman zaman taraflarca gerçek bir iş ilişkisi içine girme niyetleri olmaksızın "diploma kiralama" olarak adlandırılan görünürde iş sözleşmeleri akdedilmektedir. Söz konusu muvazaalı işlemde işçi görünümündeki kişi fiilen çalışmak, bağımlı iş görmek iradesi taşımadığı gibi işveren görünümündeki gerçek veya tüzel kişi de onu gerçekten istihdam etmek iradesi taşımamaktadır. Bu yola gerekli ruhsat ve izinlerin alınabilmesi, kanunun istihdamını zorunlu kıldığı personelin şeklen işyerinde var olduğu izlenimi yaratılması için başvurulmaktadır. Eş dost aracılığıyla hatta internet ortamında ilanlar verilerek, diplomalar kendi deyimleriyle kiraya çıkarılmaktadır. İşveren görece daha düşük işçilik maliyetiyle faaliyetini sürdürmekte, diplomasını para karşılığı kullandıran da emek harcamadan, işyerini bile görmeden kazanç elde etmektedir.

İşçi sıfatının belirlenmesinde aranan fiilen ve şahsen iş görme, işverenin çalışma yeriyle ilgili talimat yetkisinin bulunması, işçinin esnek

olsa da mesai saatlerine genel olarak bir bağımlılığının olması, işin niteliğine ve işçinin uzmanlığına göre sınırlı uygulansa dahi meslekî açıdan talimatlara bağımlılığı, işletme organizasyonuna dahil olması gibi unsurlardan yoksun bu ilişki, iş sözleşmesinin unsurlarını taşıyamamaktadır ve muvazaalı işlemler geçersizdir. Keza meslek etiğine aykırı, disiplin suçu hatta somut olayın özelliklerine göre TCK anlamında suç teşkil eden söz konusu fiiller ve ilişki sosyal sigorta mevzuatı yönünden de geçersiz, sahte bir sigortalılık ilişkisidir. Başta ücret olmak üzere işçilik alacağı talebiyle iş yargısının önüne gelen uyuşmazlıklarda ise ilişkinin gerçek anlamda bir iş ilişkisine değil, diploma kiralamaya dayandığı saptanmış olduğu halde buna “işçi” lehine sonuç bağlanan kararlara yahut yerel mahkemelerin red kararlarının ortadan kaldırıldığı, bozulabildiği içtihatlarla rastlanmaktadır. Oysa yine hukukî esaslar ve yerleşik içtihatlar doğrultusunda ücret, fiilî çalışma karşılığıdır. Fiilî bir çalışma olmadan ücrete hak kazanılabilmek açısından da kanun veya sözleşme gereği “fiilen çalışılmış sayılma” hallerinin bulunması gerekir iken, inceleme konumuz olan meselede bu yön yoktur. Konu, işveren temerrüdü ile de izah edilememektedir. Zira işçi, iş görmeye hazır değildir veya en azından kendi edimini yerine getirmeyi teklif etmesine karşın işverenin ona çalışacağı bir iş vermemesinden, ifa teklifini haklı ya da objektif bir neden olmaksızın reddinden söz edilememektedir. Üçüncü kişileri aldatma kastıyla gerçekte var olmayan, görünürde bir iş sözleşmesinin danışıklı olarak tanzim edilmesinde, işçinin bizzat, fiilen iş görmesi olgusu zaten bulunmadığından genel olarak iş sözleşmesinde geçersizliğin baştan itibaren değil, ileriye etki göstermesinin benimsenmesindeki gerekçelere de dayanılmamaktadır.

Sırf kişinin adının ilgili makam ve mercilerine bildirilmesinden, bir zarar ortaya çıkarsa sorumluluk taşıyacağından bahisle de bu tür ilişkilere geçerlilik tanınamayacağı kanısındayız. Bir sığfata hukuken sahip olmak, işçi niteliği taşımak ile sorumluluk hukukunun dayanakları birbiriyle özdeşleştirilmelidir ve ücret, bir risk üstlenmenin karşılığı olmayıp Anayasa'nın ifadesiyle emeğin karşılığıdır.

KAYNAKÇA

AKI Erol, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, Türk Millî Komitesi, s. 11 – 40, İstanbul 2000.

AKTAY A. Nizamettin/ARICI Kadir/KAPLAN-SENYEN E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2007.

AKYİĞİT Ercan, Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul Üniversitesi SBE YL Tezi, İstanbul 1989. (Kesin Hükümsüzlük)

AKYİĞİT Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Ankara 2006.

AKYİĞİT Ercan, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2020.

ARSLAN DURMUŞ Seda, İş Hukukunda Kıdem Kavramı, Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul 2018.

AVCI M. Özgür, İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, Legal İSGHD, Yıl: 2010, Cilt: 7, S. 28, s. 1397 – 1423, İstanbul 2011.

AYDINLI İbrahim, İş Hukukunda Butlan (Geçersizlik)'ın Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789932>

AYKANAT Mehmet, Mecelle'de İş Sözleşmesi, Akademik Bakış Dergisi, Ocak-Şubat 2015, S. 47. <http://www.akademikbakis.org>

BAYDAK Ecrin, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2018.

BELVERENLİ Demet, 5510 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Sigortalılık, İstanbul Üniversitesi SBE YL Tezi, İstanbul 2015.

CENTEL Tankut, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkileri, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ocak1989.pdf>

ÇELİK Nuri/CANIKLIOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.

ÇENBERCİ Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984.

ÇİL Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2004.

ÇİL Şahin, İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara 2010. (Ücret)

DEMİR Fevzi, Sorularla Toplu İş Hukuku, 2. Cilt, Ankara 2006.

DEMİR Fevzi, Hukuka Giriş ve Temel Kavramlar, İzmir 2012.

DEMİRCAN Tunç, Türk Ceza Kanunu'nda Gıda Suçları, Ankara 2020.

DEMİRSATAN Barış, Türk Borçlar Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu, İstanbul 2022.

DÜTZ Wilhelm, Arbeitsrecht, München 2005.

EKMEKÇİ Ömer, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Türk Milli Komitesi, s. 9 - 57, Ankara 2005.

EKONOMİ Münir, “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, Türk Milli Komitesi, s. 1 – 64, İstanbul 2009.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017. (Genel Hükümler)

EREN Fikret, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 2021.
(Özel Hükümler)

ERGİN Hediye, Yabancı İşçinin Çalışma İzni Alamamasının İş Sözleşmesine Etkisi, Legal YKİ, C. 2, s. 215 – 244, 2007/4.

ERGÜNEŞ Seda, İş Hukukunda Kanundan Doğan Hukuki Yaptırımlar, Borçlar Hukukundaki Yaptırımlar ile Bir Karşılaştırma, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE YL Tezi, İstanbul 2011. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>

GUHL Theo/MERZ Hans/KUMMER Max, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1972.

GÜNAY C. İlhan, İş Davaları, Ankara 2008.

GÜNEŞ Başak/MUTLAY B. Faruk, Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, *Çalışma ve Toplum*, S. 30, s. 231 – 288, 2011/3.

GÜNLERH. Salih, 5510 Sayılı Kanun Kapsamında 4/1-A Sigortalılar, İstanbul 2020.

GÜZEL Ali, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987.

GÜZEL Ali, Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme www.tuhis.org.tr/pdf/426.pdf. (Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı)

HACIOĞLU Arzu, Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda Yersiz Ödemelerin Geri Alınması, İstanbul 2017.

HATİBOĞLU Zeyyat, Ücret Teorisi, *İHD*, C. I, s. 132 – 152, İstanbul 1969/2.

İZVEREN Adil/AKI Erol, İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, Cilt I, İzmir 1999.

KILIÇOĞLU M. Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2010.

KILIÇOĞLU M. Ahmet, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 2021. (Özel Hükümler)

KILIÇOĞLU Mustafa/ŞENOCAK Kemal, İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2008. (Cilt 1)

KILIÇOĞLU Mustafa/ŞENOCAK Kemal, İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, İstanbul 2008.

KOCAGİL ERSOY İpek, Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, İstanbul 2019.

KOÇ Emin, Gıda Güvenliği ve Kamu Sağlığının Korunması, TAAD, Yıl. 6, S. 22, s. 395 – 426, Temmuz 2015.

KURŞUN C. Ufuk, Genel Hizmet Sözleşmesi ve İşçinin Borçları, İstanbul 2022.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2005.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2021.

NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014.

ÖĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995.

OZAN ÖZPARLAK Başak, Türk İş Hukukunda İşe Alım ve İş Sözleşmesinin Kurulması, Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul 2013. https://tez.yok.gov.tr/Ulusal_Tez_Merkezi

ÖZBEK Ayşegül, İşsizlik, Diploma Kiralamayı Sektöre Dönüştürdü, İstanbul 2019 <https://bianet.org/bianet/yasam/211009>

ÖZKARACAERCÜMENT/ÜNAL Canan, Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu, MÜHF-HAD, C. 20, S. 1, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, s. 355 – 410, İstanbul 2014.

ÖZKAYA Eraslan, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2004.

ÖZTÜRK Meltem, Hizmet Akdine Dayanan Sosyal Sigorta İlişkinin Dava Yoluyla Tespiti, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İzmir 2010.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2020.

REHBINDER Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 1979.

REİSOĞLU Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014.

SAYMEN H. Ferit/ELBİR K. Halid, Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, Birinci Cilt, İstanbul 1958.

SCHMIDT Folke, The Law of Labour Relations in Sweden, Uppsala 1962.

SOYER Polat, İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku, DEÜ Hukuk Fakültesi Dersi, C. 2, S. 2, s. 101 – 126, 1981.

SOYER Polat, “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, Türk Milli Komitesi, s. 11 – 55, İstanbul 1999.

SOYER Polat, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Milli Komite, s. 11 – 85, Ankara 2010.

SOYER Polat, Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15. Yıl Toplantıları, 3/4 Haziran 2011, s. 165 – 203, İstanbul 2012.

SÖZER A. Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2019.

SÜZEK Sarper, Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği, MÜHF-HAD, C. 20, S. 1, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 123 – 141, İstanbul 2014.

SÜZEK Sarper, İş Akdinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, Seminer -28 Mayıs 2011, s. 59 – 98, İstanbul 2012.

SÜZEK Sarper, İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum, *Sicil*, S. 34, s. 9 – 25, Yıl: 2015.

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, Genel Esaslar – Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2021.

ŞAHLANAN Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992.

ŞAHLANAN Fevzi, "İşçi Sıfatının Belirlenmesinde Bağımlılık Unsuru", İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri, İstanbul 2011.

TAŞPINAR Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TUNCAY Can, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Milli Komite, s. 1 – 98, Ankara 2013.

TUNCAY Can/EKMEKÇİ Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2012.

TUNÇOMAĞ Kenan, Borçlar Kanununa ve İş Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü, *İHD*, C. I, s. 113 – 131, İstanbul 1969/2. (Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü)

TUNÇOMAĞ Kenan, Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/9450>

TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013.

TÜRK DİL KURUMU, Türkçe Sözlük 1, İstanbul 1992.

TÜRKMEN Emre, Ticareti Terk Kavramı ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar, İstanbul 2020.

TÜRKSEVER Özgür, Roma Hukukunda ve Günümüz Hukukunda İş Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi SBE YL Tezi, Ankara 2011.

UŞAN M. Fatih, Parça Başına Ücret, Ankara 2003.

ÜÇER Mehmet, Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2007.

ÜLGEN Hüseyin, Hukuki Görünüş Nazariyesi, İstanbul 2005.

von TUHR Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Ankara 1983, (Çeviren: Cevat EDEGE).

WIEN Andreas/FRANZKE Normen, Personalrecht, Wiesbaden 2014.

YAVUZ Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2001.

YENİSEY DOĞAN Kübra, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, Türk Milli Komitesi, s. 9 – 145, İstanbul 2015.

ZANİN M. Laís/CUNHA T. Diogo/ROSSO V. Veridiana/CAPRILES D. Vanessa/STEDDEFELDT Elke, Knowledge, attitudes and practices of food handlers in food safety: An integrative review, <https://doi.org/10.1016/j.foodres.2017.07.042>

ZEVKLİLER Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002.

KISALTMALAR

Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
c.	Cümle
DEÜ	Dokuz Eylül Üniversitesi
E.	Esas
f.	Fıkra
FAO	Food and Agriculture Organization
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
İBK.	İçtihadı Birleştirme Kararı
İHD	İş Hukuku Dergisi
ILO	International Labour Organization
İSGHD	İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İş K.	İş Kanunu
K.	Karar
m.	Madde
MÜHF-HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
OR	Schweizerische Obligationenrecht
RG.	Resmî Gazete
S.	Sayı No
s.	Sayfa No
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	Türk Borçlar Kanunu

TCK	Türk Ceza Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TMMOB	Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği
vd.	ve devamı
WHO	World Health Organization
Y.	Yargıtay
YKİ	Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi
YL	Yüksek Lisans

■ Dr. Öğr. Üyesi Dilara ELTİMUR* ■

ANAYASA HUKUKU KAPSAMINDA SAĞLIK HAKKI VE DAVA EDİLEBİLİRLİK SORUNU

THE RIGHT TO HEALTH AND THE ISSUE OF JUSTICIABILITY
UNDER CONSTITUTIONAL LAW

ÖZET

İnsan onuruna yaraşır bir hayat sürdürmenin asgari standardı olarak sağlanması gereken sağlık hakkının, yaşam hakkı, maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakkı, eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ve sosyal güvenlik hakkı ile oldukça yakın ilişkisi bulunmaktadır. Sağlık hakkının diğer temel haklarla girift ilişkisi, dava edilebilirliğinin ve etkili korunmasının anayasal önemini gündeme getirmektedir. Bu sebeple de sağlık hakkının kapsamı, hukuki niteliği ve dava edilebilirliği sorunu çalışmamızın temel araştırma alanlarını oluşturmaktadır. Ayrıca sağlık hakkının sağlanması çoğu kez devletin olumlu edimine bağlı olduğundan, Anayasa'nın 2., 5., 10., 17. ve 56. maddesi çerçevesinde devletin sorumluluğu ve bu sorumluluğu sınırlayan anayasal ölçütler, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hakkı, Sosyal Hak, Sağlıklı Çevrede Yaşama Hakkı, Sosyal Devlet, Devletin Yükümlülükleri, Anayasanın Bütünselliği İlkesi.

ABSTRACT

The right to health, which should be provided as the minimum standard of living a life worthy of human dignity; it has a very close relationship with the right to life, the right to physical and moral integrity, equality principle, prohibition of discrimination, and the right to social security. The intricate relationship of the right to health with other fundamental rights raises the constitutional importance of justiciability and effective protection. Therefore, the scope, legal nature and justiciability of the right to health constitute the main research areas of our study. In addition, since the provision of the right to health is mostly dependent on the positive action of the state, the responsibility of the state and the constitutional criteria limiting this responsibility within the framework of Articles 2, 5, 10, 17 and 56 of the Constitution have been evaluated in the light of the decisions of the Constitutional Court.

Keywords: Right to Health, Social Right, Right to Live in a Healthy Environment, Social State, State Obligations, Principle of the Integrity of the Constitution.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 18.07.2022 Kabul Tarihi: 01.09.2022

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1398-8938>

İzmir Bakırçay Üniversitesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, dilara.eltimur@bakircay.edu.tr,

Giriş

Bireylerin bedensel, sosyal ve zihinsel açıdan tam anlamıyla sıhhat ve esenlik içinde bulunmaları olarak ifade edebileceğimiz sağlık kavramına ilişkin doktrinde üzerinde uzlaşa sağlanmış bir tanım olmasa da günümüzde genel kabul gören anlayış, sağlığın salt sakatlık ya da hastalığın olmamasına indirgenemeyeceğidir.

19. yüzyılın ortalarında sanayi devrimi sonucunda, sağlıksız yaşam ve çalışma koşullarının bireylerin ve toplumun sağlığını kötü etkilemesiyle sağlık, bir hak olarak uluslararası sözleşmelerde ve anayasalarda koruma altına alınmıştır. Pozitif hukukta güvence altına alınan sağlık hakkının, jürisprüdansiyel yaklaşım ile birlikte kapsamı genişlemiş ve bu minvalde devletin yükümlülükleri ön plana çıkmıştır.

İnsan hakları hukuku uygulaması ve sosyal devlet anlayışının güçlenmesi ile beraber sosyal ve ekonomik haklar kategorisinde yer alan sağlık hakkının sağlanmasında Anayasamızda benimsenen “amaca uygun öncelik” ve “mali kaynaklarının yeterliliği” ölçütleri tartışmaya açık hale gelmiştir. Dolayısıyla anayasal çerçevede devletin sağlık hakkını sağlama sorumluluğu ve bu sorumluluğun sınırlarını ortaya koymak gerekmektedir. Bu bağlamda 1982 Anayasası'nın 2., 5., 10., 17. ve 56. maddesi devlete sağlık hakkını sağlamada yükümlülük getiren düzenlemelerdir.

Sosyal bir hak olarak sağlık hakkını diğer sosyal haklardan ayıran en temel özellik hakkın içeriğinde korunan menfaatlerin özelliği ve aynı zamanda bu hakkın özgürlük vurgusu içeren niteliğidir. Sağlık hakkının diğer temel haklarla yakın ve sıkı ilişkisi, bu hakkın etkili şekilde sağlanmasının da önemini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda insan onurunun ve diğer temel hakların da sağlanmasının ilk basamağı olarak değerlendirilebileceğimiz sağlık hakkının etkili şekilde sağlanmadığı durumlarda, bağlantılı olduğu diğer temel hakların da pratikte etkin korunması mümkün olmayabilir.

Neo-liberal görüşler çerçevesinde sosyal hakların dava edilebilirliği sorunu sıkça gündeme gelmekle birlikte bu sorunun sağlık hakkının hukuki niteliği, insan haklarının bütünlüğü/bölünmezliği ve anayasanın bütünselliği ilkesi temelinde ele alınması gerekmektedir. Sağlık hakkının dava edilebilir yahut dava edilemez niteliğine ilişkin öne sürülen tezlerin tartışılabilmesi için öncelikle sağlık hakkının konusunun ve kapsamının ortaya konulması gerekmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle sağlık hakkının kapsamı ve hukuki niteliği incelenmiştir. Akabinde ise sosyal bir hak olarak sağlık hakkının dava edilebilirliği sorunu ele alınmıştır. Ayrıca devlete yükümlülük getiren ve devletin sorumluluğunu sınırlayan anayasal normlar, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değerlendirilmiştir.

I. Sağlık Hakkının Konusu

Sağlık hakkının konusunu tespit etmek için öncelikle sağlık kavramını tanımlamak gereklidir. TDK'ye göre sağlık kavramı: “*bireyin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik halinde olması, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet ve sağ, canlı, diri olma durumu*” olarak ifade edilmiş olsa da¹ bu kavram hakkında doktrinde görüş birliği sağlanmış bir tanımlama olmadığını söyleyebiliriz².

Demokratik yaşamın en temel unsurlarından birisi olarak kabul edilen sağlık hakkı³ hem uluslararası belgelerde yer almış⁴ hem de ana-

¹ Türk Dil Kurumu, Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluKgov.tr/>, E.T:20.12.2020.

² Ünal Er, *Sağlık Hukuku*, (Savaş Yayınları 2008), s. 14.

³ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku* (4. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015), s. 554.

⁴ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Madde 25/1 “Herkesin, kendisinin ve ailesinin sağlığı ve iyi yaşaması için yeterli yaşama standartlarına hakkı vardır; bu hak, beslenme, giyim, konut, tıbbi bakım ile gerekli toplumsal hizmetleri ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ya da kendi denetiminden dışındaki koşullardan kaynaklanan başka geçimini sağlayamama durumlarında güvenlik hakkını da kapsar.” Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi Madde 12 “Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler. 2. Bu Sözleşme’ye taraf Devletlerin, bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirler şu amaçlara yönelik olacaktır: (a) Ölü doğum ve çocuk ölümleri oranlarının düşürülmesini ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak; (b) Çevresel ve sinai sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi; (c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü; (d) Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması.”

yasalarda⁵ devlete belirli ödevler yükleyecek mahiyette korunmuştur⁶. Türk hukukunda sağlık hakkı, 1961 Anayasası'nın 49. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 56. maddesi kapsamında temel bir hak olarak korunsun da sağlık kavramının sarıh bir tanımı Anayasalarımızda yapılmamıştır. Sağlık, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) Anayasası'nda ise "sadece hastalığın ya da sakatlığın yokluğu değil, fiziksel, zihinsel ve sosyal anlamda tam bir iyi olma hali"⁷ olarak tanımlanmıştır. ESKHK'nin 14 Sayılı Genel Yorumu'nda da DSÖ Anayasası'na atıf yapılarak paralel şekilde tanımlanmıştır.⁸ Bu tanım da sağlık, fiziksel ya da zihinsel hastalığın yokluğunun çok daha ötesinde ifade edilmiştir⁹. Sağlığı, insan refahı ile

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı madde 35 "Herkes, ulusal hukuk ve uygulamalar uyarınca koruyucu sağlık hizmeti alma ve tıbbi tedaviden yararlanma hakkına sahiptir. Birliğin tüm politikaları ve eylemlerinin tanım ve uygulamasında, daha üst düzeyde bir insan sağlığı koruması hedeflenir."

Avrupa Sosyal Şartı Madde 11 "Akit Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılması sağlamak amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde diğer önlemlerin yanı sıra; 1- Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak; 2- Sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak; 3- Kazalar açısından olduğu gibi, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı; taahhüt ederler."

⁵ 1993 Rusya Anayasası Madde 41 "1. Herkes sağlığının korunması ve tıbbi yardım almak hakkına sahiptir. Devlet ve belediye sağlık kurumlarında vatandaşlara tıbbi yardım ilgili bütçe kaynakları, sigorta primleri ve diğer gelirlerden karşılanarak hesabına ücretsiz yapılır. 2. Rusya Federasyonu'nda toplum sağlığının korunması ve güçlendirilmesiyle ilgili federal programlar finanse edilir; devlet, belediye ve özel sağlık hizmetleri sisteminin geliştirilmesi yönünde önlemler alınır; insan sağlığının güçlendirilmesine, beden eğitimi ve sporun geliştirilmesine, ekolojik ve hıfzı sıhhat konusundaki faaliyetleri teşvik edilir. 3. İnsanın yaşam ve sağlığı için tehlike oluşturan gerçeklik ve durumların yetkili kişiler tarafından saklanması federal kanunlar uyarınca sorumluluk altına alınmasını gerektirir." (<https://rm.coe.int/constitution-of-the-russian-federation-en/1680a1a237>) (erişim tarihi 10.04.2022).

1958 Fransa Anayasası'nın bir parçası olarak kabul edilen Çevre şartı madde 1 "Herkes dengeli ve sağlığa saygılı bir çevrede yaşama hakkına sahiptir". Metin için bkz. (https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-03/20190304_charter_environment_0.pdf) (erişim tarihi: 10.04.2022).

1999 Tarihli İsviçre Anayasası Madde 11" 1. Çocuklar ve gençler, sağlıklarının korunması ve gelişmelerinin özendirilmesi için özel önlemler alınmasını isteme hakkına sahiptir. 2. Bu haklar, çocukların ve gençlerin temiz kudretine sahip olmaları çerçevesinde kullanılır. Anayasa metni için bkz. (<https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1999/404/20210101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-1999-404-20210101-en-pdf-a.pdf>) (erişim tarihi: 10.04.2022)

⁶ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (7. Baskı, Yetkin Yayınları 1993) 55; Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Seçkin 2007), s. 37; Nihat Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar* (On İki Levha Yayıncılık 2009), s. 52.

⁷ Steven D Jamar, 'The International Human Right to Health', (1994/22) Southern University Law Review, s. 17.

⁸ CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art 12) par 4. (<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>) (erişim tarihi: 15.04.2022)

⁹ Audrey R Chapman, 'Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach', (1998) 65 (2) Tennessee Law Review, s. 391.

neredeyse eş anlamlı bir norm olarak kavramsallaştıran bu tanımın çok geniş ve kapsayıcı olması sebebiyle bir insan hakkı olarak sorunlu bir dayanak olduğu da iddia edilmektedir¹⁰. Kimi eleştirmenler ise devletin yükümlülüklerinin açıkça belirlenmesine imkân vermemesinden ötürü bu tanımı bir “istek listesi” olarak nitelendirmektedirler¹¹. Öte yandan bu tanımın sağlık hakkını anlamsızlaştırdığı da ileri sürülmektedir.

Devletin sorumluluğunun ortaya konulması sağlık hakkı için özellikle önemlidir. Çünkü bu hakkın sağlanması çoğu kez devletin olumlu edimine bağlıdır¹². Bu bağlamda sağlık hakkı, “kişinin devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkanlardan faydalanabilmesini”¹³ gerektirmektedir. Kanaatimizce sağlığa ilişkin olarak bir ideali ulaşılmaya hedefleyen DSÖ’nün tanımı muğlak olmakla birlikte sağlığı, hastalığa ya da sakatlığa sahip olmamaya indirgemeyip daha kapsamlı ele alması yerindedir. Günümüzde yaşanan sosyal, siyasi, ekonomik, bilimsel ve teknolojik gelişmeler sağlık alanındaki çalışmaların gelişmesine zemin hazırlamanın yanında sağlık hakkının kapsamının daha da genişlemesine de sebebiyet vermiştir¹⁴. Bugün, sağlık hakkı denildiğinde; salt hastalık ve sakatlığın olmaması değil, cinsel sağlığı, üreme sağlığını, hasta haklarını, çevre sağlığını, sağlık hizmetlerine erişimi, sağlık hizmetlerinin yönetimi ve finansmanını da barındıran kapsamlı bir içeriğe ulaşılmaktadır. Dolayısıyla da sağlık hakkını genel olarak, “toplumda sağlığı koruyucu koşulları” talep etme hakkı olarak tanımlamak mümkündür¹⁵. Bu bağlamda sağlık hakkı; bireyin toplumdan ve devletten sağlığının korunmasını, bozulmuş ise tedavi edilmesini, sağlığına kavuşturulmasını isteyebilmesi ve

¹⁰ Chapman, s. 391; Jamar, s. 7.

¹¹ Jamar, s. 9; F. Michael Willis, ‘Economic Development, Environmental Protection, and the Right to Health’ (1996/9) The Georgetown Int’l Environmental Law Review, s. 198.

¹² Willis, s. 198.

¹³ Er, s. 31 vd.

¹⁴ Kahan Onur Arslan, ‘Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı’, (2015) 19 (1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 41.

¹⁵ Şule Özsoy Boyunsuz, ‘İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı’, (2014) 4 (124) Güncel Hukuk 52.

toplumun bu yönde sağladığı imkânlarla erişebilmesi ve bu imkânlardan yararlanabilmesi şeklinde tanımlanabilir¹⁶.

Yaşam, soluklanmaktan ve hayata devam edebilmekten fazlasını ifade ettiği gibi sağlık da kişinin sağlığını ihlal eden bir durumun yokluğundan daha fazlasını ifade etmektedir¹⁷. Yani sağlık hastalık ya da sakatlığın bulunmayışından öte, bir bireyin beden, ruhen ve sosyal açıdan iyi olmasını ifade etmektedir¹⁸. Tüm bu açıklamalar ışığında sağlık hakkının, sağlıklı olma hakkı ile konu bakımından aynı olmadığı sonucuna ulaşmaktayız¹⁹. Nitekim BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri *Robinson'un* da belirttiği üzere sağlık hakkı ne sağlıklı olma hakkı ne de ekonomik kaynakları güçsüz ülkelerin pahalı sağlık hizmetlerini devreye sokması demektir. Fakat bu hak kamu otoritelerinin elde edilebilir ve ulaşılabilir sağlık hizmetlerine dayanan politika ve eylem planlarını mümkün olan en kısa sürede hayata geçirmesini gerektirir²⁰. ESKHK'ye göre ise güvenli içme suyu ve yeterli temizlik, güvenli yemek, yeterli beslenme ve barınma, sağlıklı çalışma ve çevre koşulları, sağlıkla ilgili eğitim ve bilgi, cinsiyet eşitliği faktörleri sağlık hakkının belirleyicileri olarak²¹ konusu kapsamına girmektedir.

Sağlık hakkının uygulamasında; fiziksel, zihinsel ve sosyal deneyimlerin karmaşık etkileşimi ve bunları değerlendirmek için kullanılan çeşitli kültürel ve sosyal normlar da göz önünde tutulmalıdır²². Öte yan-

¹⁶ Er, s. 31-32.

¹⁷ Özge Yücel Dericiler, 'AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması', *VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyum Kitabı* (Petrol İş 2014), s. 369.

¹⁸ Enver Bozkurt, 'İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı' *Sağlık Hukuku Kurultayı* (Ankara Barosu 2007), s. 14.

¹⁹ World Health Organization, The Fact Sheet No. 31, Right to Health 5 (<https://www.refworld.org/docid/48625a742.html>) (erişim tarihi: 20.05.2022).

²⁰ Nygren-Krug H, *25 Questions and Answers on Health and Human Rights, Health & Human Rights Publication Series* (2002/1) World Health Organization 11, (https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42526/924154_5690-eng.pdf) (erişim tarihi: 05.02.2022).

²¹ Birgitta Rubenson, *Health and Human Rights* (Swedish International Development Cooperation Agency 2002) 11 (<https://silo.tips/download/health-and-human-rights-4>) (erişim tarihi: 07.02.2022), s. 19; WHO, s. 3.

²² Willis, s. 197.

dan kişinin sağlığını kontrol edilebilen ve edilemeyen çeşitli faktörler de belirlemektedir²³. Sağlığın belirleyicisi olarak kişinin biyolojik/genetik faktörleri, kişinin, sosyo-ekonomik durumu, kişinin bünyesinin kuvvetli ya da güçsüz olması ve riskli yaşam koşulları gibi çok çeşitli faktörler de söz konusu olup, bu faktörler devletin kontrolü dışındadır²⁴. Dolayısıyla da sağlık hakkı bu haktan yararlanabilmek için gerekli imkân ve hizmetlerin karşılanmasını da içermektedir²⁵. Sonuç olarak, sağlık hakkını koşulsuz bir haktan öte ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standartlarına ulaşma hakkı olarak tanımlamak daha yerindedir²⁶. Nihayetinde de sağlık hakkının kapsamının ne denli kompleks olduğu ortaya çıkmaktadır.

II. Sağlık Hakkının Kapsamı

Günümüzde sağlık hakkının kapsamı insan hakları hukukunun yarattığı etki, toplumsal hayattaki gelişmeler ve sosyal devlet anlayışının güçlenmesi ile oldukça genişlemiştir²⁷. Sağlık hakkının kapsamını temel olarak sağlıklı yaşam koşullarına sahip olmak ve sağlık hizmeti almak oluşturmaktadır. Pozitif statü hakkı kategorisinde yer alan sağlık hakkının, özel boyutu tıbbi bakım hakkını, genel boyutu ise sağlıklı yaşam koşullarına ulaşmayı ifade etmektedir²⁸. Her iki boyutun da sağlanmasıyla mümkün olan en yüksek sağlık standardına erişim gerçekleşebilir. Sağlıklı yaşam koşullarına sahip olmanın ise hakkın öncül unsuru olduğunu söylemek mümkündür. Zira yaşam koşullarının sağlığı olumsuz etkilediği koşullarda haktan yararlanmanın gerçekleşmesi daha ilk aşamada güçleşecektir. Sağlık hizmeti alma açısından ise bu hizmetlerin coğrafi ve ekonomik bakımdan ulaşılabilir olması ve ayrıca adil şekilde sunulması gerekmektedir.

²³ Yücel Dericiler, Sağlık Hakkı, s. 367.

²⁴ Yücel Dericiler, Sağlık Hakkı, s. 367.

²⁵ WHO, s. 5.

²⁶ WHO, s. 5.

²⁷ Bulut, Sosyal Haklar, s. 207.

²⁸ Korkut Kanadoğlu/Kutluhan Bozkurt, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Hukuk Ekseninde Sağlık Hakkı', Prof. Dr. Metin Günay Armağanı, (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020), s. 575

Sağlık hakkı içeriğinde birtakım hakları, özgürlükleri ve yükümlülükleri kapsamaktadır. Bir temel hak olarak sağlık hakkının kapsamını belirlemek, bu hakkın korunmasında devletin yükümlülüklerinin neler olduğunu tespit etmek açısından da önem taşımaktadır. Çünkü sağlık hakkının kapsamına baktığımızda hak ve özgürlüklerin yanı sıra yükümlülüklerin de söz konusu olduğunu ifade edebiliriz. Sağlık hak boyutu, insanların ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından eşit şekilde faydalanmasına imkân tanıyan bir sağlık sistemine sahip olma taleplerini içermektedir²⁹. Sağlık hakkının sosyal yönü ise tüm insanlığın mümkün olan en yüksek sağlık standartlarına erişiminin sağlanmasını gerektirir³⁰. Sağlık hakkının özgürlük yönü, kişilerin cinsiyet ve üreme özgürlüklerine sahip olmasını, kendi sağlığını ve bedenini kontrol etme, kendi geleceğini belirleme³¹ ve müdahaleye maruz kalmamayı içermektedir³². Özgürlük yönüyle sağlık hakkı, devletin müdahale etmemesini gerektirir³³.

Sağlık hakkı ve koruma kapsamı anayasa ve insan hakları uygulamasında sosyal ve ekonomik haklar için geleneksel olarak kabul edilen, devlete pozitif yükümlülükler yükleyen ve ancak devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde gerçekleştirilebilecek sınırların aşılmasında ön plana çıkmıştır³⁴. Bu bağlamda sağlık hakkının kapsamı itibarıyla sosyal ve ekonomik haklar kategorisindeki haklardan farklı yönlerinin de mevcut olduğu ortadadır.

²⁹ Lema Uyar *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları*, (1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2006), s. 239.

³⁰ Nihat Bulut, 'Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağı'na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış' (2008) 12 (3) *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 2; Bulut, *Sosyal Haklar*, s. 206.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hamide Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı* (12 Levha Yayınları 2011).

³² Uyar, s. 239; Bulut, *Sosyal Haklar*, s. 206.

³³ Bulut, *Sosyal Haklar*, s. 206.

³⁴ Selman Karakul, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı- II', (2017) 4 (1) *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 171.

A. Sağlık Hakkının Öznesi

Anayasamızın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi bireyler arasında herhangi bir fark gözetilmeksizin her bireyin bu haktan yararlanma talebine sahip olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla hükümdeki “herkes” kavramının her gerçek kişiyi kapsadığı ve gerçek kişilerin 56. madde ile sağlanan koruma sisteminden doğal olarak yararlandığı ifade edilebilir³⁵.

Ekonomik kaynakların asıl ihtiyaç sahipliği önceliğine göre dağıtılması, sosyal haklardan yararlanan kişilerin kapsamını fiili eşitsizliklerin düzeltilmesi düşüncesiyle sınırlandırmaktadır. Sağlık hakkının öznesinin herkes olması hakkın korunmasında eşitlik ilkesinin ve beraberinde ayrımcılık yasağının gözetilmesini daha da önemli kılmıştır. Kişilerin sahip olduğu hakları buldukları statüye (kadın, erkek, çocuk, vatan-
daş, yabancı) göre farklılaşabilir. Dolayısıyla Anayasa'nın 56. maddesi nazarında bazı kimseler (çocuk, engelli, mahpus) özellik arz etmektedir. Fakat herkes sağlık hakkının korunmasını talep etme bakımından eşittir. Bunun sebebi, insan olarak her kişinin haklara sahip olma değerini taşımasından ileri gelmektedir³⁶.

Çocukların, engellilerin, mahpusların ya da yabancıların sağlık hakkının sağlanmasında hakkın koruma alanından ziyade devletin yükümlülükleri değişebilecektir. Örneğin, vatandaşlık bağı bulunmayan bireylerin sağlık hakkına ilişkin olarak devletin yükümlülükleri farklılaşabilecektir³⁷. Bu bağlamda hakkın korunmasında belirli kategoriler için özel düzenlemelere ve uygulamalara gidilmesi, bu kişilerin haklardan yararlanmada diğer kişilere göre dezavantajlı konumda bulunmalarından

³⁵ Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* (May Yayınları 1978), s. 84.

³⁶ Abdurrahman Eren, *Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, (Turhan Kitabevi 2007), s.129.

³⁷ Özgür Temiz, 'Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı', (2014) 69 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 174.

kaynaklandığından³⁸, eşitlik yahut ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmeyecektir. Herkesin eşit olarak hakkın öznesi olduğu şüphe götürmese de hakkın öznesinin bulunduğu statüye göre devletin yükümlülükleri meşru ölçütler temelinde değişebilecektir³⁹.

B. Sağlık Hakkının Yükümlülükleri

Sosyal hakların öznesini ve konusunu anayasaya uygun olarak düzenlemek zorunda olan yasama, yükümlülüklerini de anayasaya uygun olarak seçmek zorundadır⁴⁰. Bu bağlamda Anayasamızda sosyal bir hak olarak güvence altına alınan sağlık hakkının temel yükümlüsü devlettir. Sağlık hakkının pozitif hukukta tanınması yeterli olmamakta aynı zamanda devletin bazı yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir⁴¹. Devlet ise yükümlülüklerini yetkili kamu otoriteleri marifetiyle yerine getirir. Devlet hem merkezi hem de mahalli idari teşkilatı ile hakkın yerine getirilmesinde yükümlüdür. Öte yandan sağlık hizmetlerinin sunumunda görevli kamu kurumları da (örn. Sosyal Güvenlik Kurumu) hakkın sağlanmasında etkin rol oynamaktadır.

Özel kişilerin (üçüncü kişilerin) bu hakkın yükümlüsü olup olamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Sosyal hakların yükümlüsünün yalnızca devlet olabileceği bu sebeple de özel kişilerin yükümlü olamayacağı görüşünün⁴² karşısında sosyal hakların özel kişiler açısından olumlu edim ve katlanma yükümlülüğü doğurabileceği görüşü öne sürülmüştür⁴³. Kanaatimizce özel kişilerin de dolaylı olarak sağlık hakkının yükümlüsü olması söz konusu olabilir. Örneğin, salgın hastalık dönemlerinde iş yerinde bulaşının önlenmesi için işveren tarafından alınması gereken

³⁸ Erkan Duymaz, 'Çocuk Haklarına San Jose'den Bir Bakış: Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çocuğun Korunması ve Çocuk Hakları', *Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları, Sosyal Haklar* (TODAİE 2014), s. 134.

³⁹ Temiz, s. 174.

⁴⁰ Tanör, s. 341.

⁴¹ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı* (Legal Yayıncılık 2012), s. 17.

⁴² Kemal Gözler, 'İnsan Hakları Normlarının Anayaüstülüğü Sorunu' (2000) *Türkiye'de İnsan Hakları* 298.

⁴³ Tanör, s. 357-358; Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 142.

tedbirler, bu bağlamda özel kişi olan işverenin, çalışanın sağlık hakkını korumada önleyici yükümlülükleri olduğunu göstermektedir. Özel hastane ve okulların hijyen sağlamak amacıyla aldığı tedbirler de bu bağlamda olumlu edim yükümlülüğü olarak değerlendirilebilir. Özel kişilerin sağlık hakkına halel getirici eylemlerini denetlemek yahut yaptırma bağlamak suretiyle sağlık hakkını koruma yükümlülüğü nihai olarak devletindir. Bu bağlamda sağlık hakkının temel yükümlüsü kamu otoriteleri ise de bu hakka ilişkin özel kişilerin de yükümlülükleri olduğunu gözetmek, hakkın daha nitelikli korunmasına hizmet eder.

III. Anayasalarımızda Sağlıkın Bir Temel Hak Olarak Kabulü ve Hukuki Niteliği

A. 1961 Anayasası

Sağlığın bir temel hak olarak kabulü, 19. yüzyılın ortalarında sanayi devrimi sonucunda sağlıklı yaşam ve çalışma koşullarının toplum sağlığını olumsuz etkilemesi sonucunda söz konusu olmuştur. 19. yüzyıl itibarıyla özgür olma hakkının tek başına hakların gerçek anlamda kullanılmasına imkân vermediği ortaya çıkmış ve sosyal devlet anlayışı gündeme gelmiştir. Sanayi devrimiyle oluşan yeni sınıfsal mücadeleler ikinci kuşak hakların gelişiminde etkin rol oynamıştır. Bu dönemde ikinci kuşak haklar gerçekleştirilmeden birinci kuşak hakların tam manasıyla kullanılabilirliğinin mümkün olmadığı ve bu hakların anlamsızlaşacağı fikri ağır basmaya başlamıştır⁴⁴. İkinci Dünya Savaşı sonrası BM tarafından başlatılan insan haklarını koruma ve geliştirme anlayışı birçok ülkenin anayasasında sosyal hakların tanınması ile güçlenmiş⁴⁵ ve İHEB, 1961 Anayasası'nın hazırlanmasında doğrudan etkili olmuştur⁴⁶. Bu süreçte hak ve özgürlük alanında artarak devam eden düşünsel birikim

⁴⁴ Kapani, s. 8.

⁴⁵ D. M. Davis 'Socio- Ecomic Rights' (Ed) Michel Rosenfeld, Andrés Sajó *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford 2012), s. 1021.

⁴⁶ Örneğin, 1961'de yayımlanan Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un ilk maddesinde "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde bir hak olarak tanınan sağlık hizmetlerinin sosyal adalete uygun bir şekilde ifasını sağlamak" amacı ortaya konulmuştur. Rona Aybay, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye (1945-1948)* (İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2016), s. 87.

sonucu insan hakları kataloğu genişlemiş, eğitim hakkı, konut hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, beslenme hakkı, sağlık hakkı gibi haklar kazanılmıştır. Akabinde anayasalarda da sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler yer bulmuştur. Dolayısıyla konusu bakımından sosyal haklar arasında yer alan sağlık hakkı, tarihsel gelişim yönünden “ikinci kuşak haklar” arasında yer almaktadır⁴⁷.

1924 Anayasası’ndan kopma olarak ifade edilebilecek en büyük yenilik sosyal haklarda kendini göstermektedir⁴⁸. Çünkü sosyal haklar sistematik şekilde ilk kez 1961 Anayasası’nda düzenlenmiştir⁴⁹. Bu bağlamda sağlık, ilk defa düzenlendiği 1961 Anayasası’nın 49. maddesinde “sağlık hakkı” başlığı altında düzenlenmiştir. 1961 Anayasası’nın 49. maddesinin içeriğinde sağlık hakkı kavramına yer verilmeyip bu konuda devletin ödevleri ifade edilse de madde başlığının sağlık hakkı olması bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmaktadır⁵⁰. 1961 Anayasası çerçevesinde devlet açık bir biçimde insanların beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesi ve tıbbi bakım görmesi hususlarında ödevli tutulmuştur.

B. 1982 Anayasası

Sağlık hakkı, 1982 Anayasası’nda “sosyal haklar ve ekonomik haklar” bölümünde, 56. maddede “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlığıyla düzenleme alanı bulmuştur. Sağlık hakkı, Anayasamızda bağımsız bir düzenleme ile ayrıntılı biçimde korunmamış⁵¹ olsa da bu düzenleme Anayasa’nın sosyal devletin gerçekleşmesine yönelik amacını belirgin kılmaktadır⁵².

⁴⁷ Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku*, (2. Baskı İstanbul Bilgi Ü. 2015), s. 62.

⁴⁸ İbrahim Özden Kaboğlu, ‘Anayasa’da Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları’ (Ed) İbrahim Kaboğlu, *Anayasal Sosyal Haklar* (Legal Yayıncılık 2012), s. 16.

⁴⁹ Arslan, s. 52.

⁵⁰ Bulut, *Sosyal Haklar*, s. 211.

⁵¹ Korkut Kanadoğlu, ‘Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar’, (2015/19) *TBB Dergisi*12.

⁵² Zafer Gören, ‘Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi’, (1997/14) *Anayasa Yargısı Dergisi*, s. 111.

1961 Anayasası'nın aksine 1982 Anayasası'nın sağlık hakkını düzenleyen 56. maddesinin kenar başlığında sağlık hakkı kavramına yer verilmemiştir. Yaşam hakkı ve insan onuruyla yakın ilişkide olan ayrıca uluslararası düzeyde sosyal haklarla ilgili düzenlenen sözleşmelerde korunup, konferanslarda gündeme getirilen ve tüm bu sebeplerle çok önemli olduğu ileri sürülen sağlık hakkının 1982 Anayasası'nda başlı başına bir hak olarak değil de sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıyla birlikte düzenlenmesi doktrinde eleştirilmiştir⁵³.

1961 ve 1982 Anayasası'nda özellikle aynı olan düzenleme tekniği ise sosyal hakların bir kısmında, hak tanıyan norma eşlik edecek biçimde devletin ödevi veya hakka ilişkin düzenleme yetkisinin öngörülmesidir⁵⁴.

İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde yer alan haklar, 1982 Anayasası'nda sübjektif kamu hakkı olarak düzenlenmiştir. Bu etkinin doğrudan yansımalarından biri ise sağlık hakkıdır⁵⁵. Sağlık hakkının 1982 Anayasası çerçevesinde korunmasıyla ilintili hükümler (m. 17, m. 20) mevcut olsa da⁵⁶ Anayasa'nın 56. maddesi bu dayanakların esas temelini teşkil etmektedir. Hükme göre;

*“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.
Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.
Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.*

⁵³ Algan, s. 267.

⁵⁴ Bertil Emrah Oder, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, (2008/1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 208.

⁵⁵ Fazıl Sağlam, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin BM’de Kabulününün 60. Yıldönümünde Sosyal Haklar’ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 60. Yılında İnsan Hakları (Maltepe Üniversitesi Yayınları 2011) 114; Arslan, (n 18), s. 53.

⁵⁶ Genel sağlığın korunması öte yandan Anayasa’da korunan birçok temel hak ve özgürlüğün (m. 20,21,22,23, 33, 51) sınırlandırmasına ilişkin özel sebeplerden biridir.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.”

Sağlık hizmetlerinin planlanmasında devletin ödevini vurgulayan ve bu sebeple de herkese sağlık hakkı sağlanmasının daha geri planda tutulduğu izlenimi doğuran 56. madde, bu yönüyle doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir⁵⁷. Çünkü sağlık hakkı ile beraberinde sağlık hakkından yararlanılabilmesini sağlayacak hakların, evrensel standartlar göz önünde bulundurularak, bu haktan yararlanmaya ihtiyacı olan herkese mutlak bir hak olarak tanınması gerekmektedir⁵⁸.

Anayasanın 56. maddesinin ilk fıkrasında sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı çerçevesinde devletin saygı yükümlülüğüne doğrudan işaret edilmiştir. Hükümde sağlık hakkı ve bağlantılı olarak çevrenin korunması negatif boyutuyla öne çıkmıştır. Devlet bu bağlamda müdahaleden kaçınma yükümlülüğü altındadır. İkinci fıkrada düzenlenen çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek ise devletin koruma yükümlülüğünü ortaya koymaktadır. Görüldüğü üzere devletin özel kişiler eliyle yürütülen sağlık hizmetleri çerçevesinde kişilerin sağlık hakkını koruma yükümlülüğü iki şekilde gerçekleşmektedir. Bu yükümlülük sağlık ve sosyal kurumları planlama ve denetleme faaliyetleri ile gerçekleştirilmektedir.

1982 Anayasası'nda çevrenin giderek artan önemine, sağlık ile bağlantı kurularak vurgu yapılması, sağlık hakkının kapsamını uluslararası belgelere kıyasen daha genişletmiştir⁵⁹. Buna karşın anayasal açıdan sosyal hak kategorisindeki sağlık hakkının diğer kişisel ve siyasal haklar karşısında zayıflığına bir başka ifadeyle diğer temel haklardan farklı şekilde ve daha az güvenceli şekilde korunmasına sebep olan hususlardan

⁵⁷ Algan, s. 268; Bulut, Sosyal Haklar, s. 212.

⁵⁸ İbrahim Şahbaz, 'Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı' (2009) 22 (86) TBB Dergisi, s. 421.

⁵⁹ Er, 32; Bulut, Sosyal Haklar, s. 211.

biri Anayasanın 65. maddesinde öngörülen mali kaynakların yeterliliği ölçütüdür⁶⁰. Bir diğeri ise 2017 Anayasa değişikliğinden⁶¹ önce sağlık hakkının kanunlardan daha az güvenceli olan mülga 91/I uyarınca kanun hükmünde kararnameler ile düzenlenebilmesi idi⁶². Günümüzde ise Anayasanın 104. maddesi gereği Anayasnın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle, dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemezken, üçüncü bölümde yer alan sosyal ve ekonomik haklar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecektir. Bu bağlamda Anayasa hukuku açısından sağlık hakkının da kanuni düzenlemelere kıyasen daha az güvenceli şekilde korunduğu ifade edilebilir.

IV. Sağlık Hakkının İnsan Onuru ve Diğer Temel Haklarla İlişkisi

Sağlık hakkının diğer temel haklarla arasındaki ilişki kapsayıcı ve kuşatıcı bir hak niteliği taşımasından⁶³ ileri gelmektedir. Sağlık hakkı, kişinin yaşama hakkı maddi ve manevi bütünlüğü, özel hayatına ve aile hayatına saygı, ayrımcılık yasağı ve çevre hakkı gibi birçok hakkın önkoşulu olarak görülmekte⁶⁴ ve bu niteliği itibarıyla da ehemmiyet arz etmektedir⁶⁵. Sağlık hakkının diğer haklarla ilişkisi iki temelde oluşur. İlki, sağlık hakkının diğer hakların kullanılması açısından büyük önem ifade etmesi bir diğeri ise sağlık hakkının gerçekleşmesinin bazı hakların sağlanmasına bağlı olmasıdır⁶⁶. Sağlık hakkını güvence altına almadan diğer hakların varlığını yahut güvence altına alınmış olduğunu iddia et-

⁶⁰ Tolga Şirin, 'Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)' *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu VI. Anadolu Üniversitesi 13-14 Kasım 2014 Bildiri Kitabı* (Petrol İş Yayınları İstanbul 2014), s. 342.

⁶¹ 21/1/2017-6771/16 md.

⁶² Şirin, s. 342.

⁶³ WHO, s. 3.

⁶⁴ Seda Uçar Akbulut ve Emre Akbulut, 'BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. Maddesi Çerçevesinde Sağlık Hakkı ve İdarenin Sorumluluğu', (2010/86) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, s. 408.

⁶⁵ Uyar, s. 36; Bulut, *Sosyal Haklar*, s. 206.

⁶⁶ Bulut, *Sosyal Haklar*, s. 206.

mek mümkün değildir⁶⁷. Çünkü sağlıklı olmayan bireylerin diğer hak ve özgürlüklerinden yararlanabilmeleri mümkün değildir. Sonuç olarak sağlık hakkının aşağıda belirtilen her bir hakla korunmak istenen hukuki yararların oluşturduğu kümenin ortak alt kümelerinden birini teşkil ettiğini ileri sürmek yerinde olacaktır.

A. Sağlık Hakkının İnsan Onuru ile İlişkisi

Anayasamızın kurduğu temel hak ve özgürlükler düzeni başlangıç kısmında yer alan insan onurunun korunmasına hizmet etmektedir⁶⁸. Bu sebeple de sağlık hakkının diğer temel haklarla ilişkisini ortaya koymadan evvel bu hakkın korunması bakımından insan onurunun rolüne ve değerine değinmek gerekir. Anayasamızın başlangıç kısmında her Türk vatandaşının *“hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu”* belirtilmiştir. Buradan hareketle bir insanın, onurlu bir yaşam sürdürebilmesi için öncelikle en yüksek sağlık standardına sahip olması gerekmektedir⁶⁹.

Anayasa hukukunun en soyut kavramlarından biri olarak nitelendirilen insan onuru kavramını⁷⁰, somut olarak insanların davranış ve yaşam ilişkilerine indirgemek doğru değildir. Zira insan onuru kavramı yaşamın ve davranışların daha geniş boyutunu kapsamaktadır⁷¹. Bu yönüyle sağlık hakkının da insan onurunun hak temelinde korunma biçimlerinden biri olarak tezahür ettiği görülmektedir.

⁶⁷ Şahbaz, s. 409.

⁶⁸ Gören, s. 95.

⁶⁹ Uyar, s. 236.

⁷⁰ Nazmi Zengin, Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu, 2020 1 (1) Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, s. 74.

⁷¹ Şimşek O, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1999), s. 51.

İnsan onurun bireyin devlete karşı korunması ve devletin bireyi koruması olmak üzere iki yönü bulunmaktadır⁷². Dolayısıyla da bir hukuk devletinde bireylerin nesne düzeyine düşürülmesini önlemek ve sosyal devlet özelliğini yaşama geçirmek için sağlık hakkının her iki yönde de korunması gerekmektedir.

Anayasamızda insan onurunu koruyan normatif bir düzenleme sözü konusu olmasa da temel hakları, insan onurunun anayasalar özelinde farklı hukuki menfaatler çerçevesinde somutlaşmış biçimi olarak yorumlamak mümkündür. Bir kimseyi sağlık imkânlarını gerçekleştirilecek şekilde muamele görmesine layık kılan değer de insan onurudur⁷³. Bu sebeple bir kimseyi sağlıksız kötü koşullarda yaşamaya zorlamak ya da sağlıklı yaşama koşullarından mahrum bırakmak insan onurunu zedelemektedir⁷⁴. Dolayısıyla sağlık hakkı kapsamında insan onuru ön plana çıkmaktadır⁷⁵. Sağlık alanında sosyal adaletin sağlanıp, bireyleri ekonomik güçlükten kurtarmak insan onurunun da bir gereğidir⁷⁶. Bu yaklaşımla sağlık hakkını koruma anlayışı da öncelikle insanın onurlu bir varlık olduğu gerçeği temelinde düşünülmelidir.

Sosyal haklar, genel çerçevede ekonomik anlamda güçsüz kişilerin insan haklarından yararlanmalarını sağlamak ve bu sayede insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürebilmeleri amacıyla doğan haklar olarak tanımlandığında⁷⁷, sağlık hakkı bakımından da insan onurunun korunması amacının önemi anlaşılmaktadır.

⁷² Bulut, Sosyal Haklar, s. 21.

⁷³ İoanna Kuçuradi, *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları* (2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu 2011), s. 72.

⁷⁴ Jamar, s. 8.

⁷⁵ Bozkurt, s. 14.

⁷⁶ Bulut, Sosyal Haklar, s. 23.

⁷⁷ Bulut, Sosyal Haklar, s. 62.

B. Sağlık Hakkının Yaşam Hakkı ile İlişkisi

Sağlık, insan yaşamının devamını sağladığından bu yönüyle insan haklarının da temeli olan yaşam hakkı⁷⁸ ile doğrudan ve sıkı şekilde bağlantılıdır⁷⁹. Devletin sosyal yükümlülüklerinden birini “*en geniş anlamda yaşam güvencesini*” sağlama oluşturmaktadır⁸⁰. Sağlık hakkı da bu yaşam güvencesinin odağıdır. Bu bağlamda tıbbi hata ve ihmallerin en yoğun şekilde hem sağlık hem de yaşam hakkının ihlaline yol açması sebebiyle devletin bu alanda sorumluluğu sıkça gündeme gelmektedir.

Anayasanın 56. maddesinin ilk fıkrasında sağlığın, “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*” ifadesi çerçevesinde korunması da bu bağlamda sağlığın yaşam hakkı ile bağlantısını doğrudan ortaya koymaktadır. Bu sebeple de sağlık hakkının en yakın ilişkide olduğu hak yaşam hakkı olmakla birlikte sağlık, yaşamın ayrılmaz bir parçasıdır⁸¹. Fakat sağlık hakkının yaşam hakkı içeriğinde eritilmemesi gerekmele⁸² birlikte çoğu durumda yaşamın devamlılığı sağlık hakkının sağlanmasına bağlıdır. Bu sebeple de her iki hakkın bir zincirin iki halkası gibi birbirine bağlı olduğu açıktır. Aşağıda ayrıntılı açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi de sağlık hakkını Anayasa’nın yaşama hakkını düzenleyen 17. maddesiyle bağlantılı şekilde ele alıp, değerlendirme yapmaktadır⁸³. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 5. maddesinde sağlık hizmetlerinin sunulmasında “*Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu*” düzenlemesi de sağlık hakkı ile yaşam hakkı arasındaki girift ilişkiyi ortaya koyacak niteliktedir.

⁷⁸ Anayasa Madde 17 “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

⁷⁹ Bulut, Sosyal Haklar, s. 206; Kanadoğlu, s. 11-12; Akbulut ve Akbulut, s. 261; Şahbaz, s. 408-409 İzzet Mert Ertan, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı*, (Legal Yayıncılık 2012), s. 130.

⁸⁰ Gören, s. 100.

⁸¹ Bulut, Sosyal Haklar, s. 207.

⁸² Kanadoğlu/Bozkurt, s. 581; Korkut Kanadoğlu/Bozkurt Kutluhan, *Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AİHM İçtihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı* (On iki Levha Yayıncılık 2021), s. 135.

⁸³ Bkz Aşa VIII. Başlık.

Yaşam hakkının koruma alanından yararlanmak için bir olayın ölümle sonuçlanması zorunlu değildir. Zira bazı durumlarda bir bireyin yaşamının ciddi ölçüde tehlike altına girmesi yeterlidir. Bu nedenle mağdura yönelen eylemin ağırlığı ve niteliği, failin niyeti, amacı ve somut olayın koşulları çerçevesinde bazı durumlar yaşam hakkı kapsamında incelenebilir⁸⁴. Örneğin, boş alanda bulduğu roketatar mermisinin patlaması sonucu yaralı olarak kurtulan başvurusunun şikayetini Anayasa Mahkemesi roketatar mermisinin öldürücü niteliği ve başvurusunun atlattığı hayati tehlikeyi göz önünde tutarak yaşam hakkı çerçevesinde incelemiştir⁸⁵.

Sağlık ve yaşam hakkı arasındaki bu sıkı ilişki bir hakkın diğerinin koruma kapsamında yok olmasına sebebiyet vermemelidir. Bu bağlamda her iki hakkın da koruma alanını iyi belirlemek gerekmektedir. Aksi durumda sağlık hakkının varlık nedeni ortadan kalkıp, yaşam hakkı içeriğinde yok olma riskiyle karşılaşılabilir⁸⁶.

C. Sağlık Hakkının Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ve Geliştirilmesi Hakkı ile İlişkisi

Sağlık, bir kimsenin maddi ve manevi varlığının özünü teşkil etmektedir. Bu sebeple de sağlık hakkının kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesinin asgari şartlarından birini olduğunu söylemek mümkündür. Zira sağlıklı olmayan bireyin hem fiziken hem de ruhen kendini geliştirmesi pek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'nin de vurguladığı üzere *"Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin, mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım ihtiyacı duydukları oranda bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir."*⁸⁷.

⁸⁴ İlhan/Türkiye, 22277/93, 27.06.2000, par. 76; Paşa ve Erkan Erol/Türkiye, 51358/99, 12.12.2006, par. 27; Makaratzis/Yunanistan, 50385/99, 20.12.2004, par. 52; Mehmet Karadağ, 2013/2030, 26.06.2014, par. 20-21.

⁸⁵ Mehmet Karadağ, 2013/2030, 26.06.2014, par. 20-21.

⁸⁶ Ertan, s. 106.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi E 2005/10, K 2008/63, 21.02.2008, RG, T 07.11.2008, S 27047.

Bireylerin maddi ve manevi varlığı, Anayasa'mızın 17. maddesinde korunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, bireylerin tıbbi ihmal ya da hata sonucu zarara uğraması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlali iddialarını 17. madde kapsamında değerlendirmektedir⁸⁸. AİHS çerçevesinde maddi ve manevi bütünlük hakkı ise 8. madde kapsamında korunmaktadır⁸⁹. Bu bağlamda AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayat, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü de kapsadığından bu yönüyle sağlık hakkı ile ilişkisi de ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın 17. maddesinin temel amacı, bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerinin önlenmesidir. Öte yandan devletin tıbbi müdahaleler ya da ihmaller nedeniyle kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili olarak koruma yönünde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır⁹⁰.

Sağlık hakkı, bireylerin sosyal ve fiziki olarak içinde bulunduğu koşullarla yakından ilişkilidir. Çevre kirliliğinin de sağlık üzerindeki etkisi söz konusu olduğundan, 8. madde kapsamında koruma alanı bulmuştur. Bireylerin içinde yaşadığı çevre, maddi ve manevi bütünlüklerine doğrudan tesir ettiğinden, çevre hakkının sağlık hakkı ile doğrudan ilişkili olduğu ortadadır⁹¹. Görüldüğü üzere bireylerin fiziki ve psikolojik açıdan iyi olma halini olumsuz yönde etkileyen tüm müdahalelerin aynı zamanda sağlık hakkını da ihlal ettiği gerçeği yadsınamaz. Bu bağlamda bireylerin içinde yaşadığı çevrenin korunmasının insan sağlığının korunmasına da hizmet ettiği söylenebilir⁹². Çünkü sağlık hakkından ancak temiz çevre koşullarının sağlandığı bir ortamda yararlanılması

⁸⁸ Hüseyin Özhan Başvurusu, 2019/4121, 26.05.2022; Bilal Güvendi, Şevket Güvendi Başvurusu, 2018/1571, 04.07.2022; Türkan Ateş Başvurusu, 2018/6711, 11.05.2022; Meral Korkmaz Başvurusu, 2018/26949, 15.06.2002.

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dilara Yüzer Eltimur, *AİHS Kapsamında Özel Hayat ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri* (On İki Levha 2019), s. 21 vd.

⁹⁰ Veysi Özcan Başvurusu, 2017/32272, 10.02.2021, par. 29; Ahmet Acartürk Başvurusu, 2013/2084, 15.10.2015, par. 49.

⁹¹ Çevrenin korunmasının sağlık hakkı üzerindeki etkileri hakkında bkz. Willis, s. 195-220.

⁹² Ertan, s. 170.

mümkündür. Öte yandan sağlık hakkı, ekonomik kalkınma ve çevrenin korunması arasındaki çatışmayı ortaya çıkaran ve aynı zamanda da bu çatışmayı uzlaştırma aracı olarak kullanılan bir haktır⁹³.

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında korunan temel hukuki değerlerden biri de vücut bütünlüğüdür. Sağlık hakkının vücut bütünlüğü hakkı ile olan yakın ilişkisi ise tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. Çünkü tıbbi müdahalelerin her biri ancak bireyin vücut bütünlüğüne yönelik bir eylem sonucunda gerçekleşmektedir. Bedenin doğal yapısının bölünmezliği vücut bütünlüğünü ifade ederken, bu bütünlüğün işleyişinde hastalığın, sakatlığın olmaması ve tam bir iyilik ve esenlik halinde işlemesi sağlığı ifade etmektedir. Özetle, vücut bütünlüğü hakkı, vücut sağlığının bozulmasından uzak olma anlamına gelir⁹⁴. Bireyin bedeninde yer alan hücre, doku ve organ gibi biyolojik tüm organizmalar vücut bütünlüğü hakkının koruma alanındadır⁹⁵. Bu bağlamda vücut bütünlüğü hakkı, bireyin bedeni üzerinde karar verme hakkını ifade etmektedir⁹⁶. Birey, bedeni üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmakla birlikte bu yetki sınırsız değildir⁹⁷.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 1. maddesinde de vücut bütünlüğü hakkı düzenlenmiştir. Hükme göre, *"Bu Sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır."* Vücut bütünlüğü hakkı, aynı zamanda ruhsal sağlığı da koruma altına almaktadır⁹⁸. Bu bağlamda devletin, bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme ödevi ise negatif yükümlülüklerindedir⁹⁹.

⁹³ Willis, s. 196.

⁹⁴ Kanadoğlu, s. 23; Kanadoğlu/Bozkurt, Sağlık Hakkı, s. 70.

⁹⁵ Kanadoğlu, s. 23.

⁹⁶ Kanadoğlu, s. 23; Kanadoğlu/Bozkurt, s. 576, dp. 5.

⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, E 2012/103, K 2013/105, 03.10.2013, RG T 17.12.2014, S 29208.

⁹⁸ Kanadoğlu, s. 23; Kanadoğlu/Bozkurt, Sağlık Hakkı, s. 70.

⁹⁹ Cezmi Demir ve diğerleri, 2013/293, 17.07.2014, par. 81; Vetha Oğru, 2018/25614, 16.06.2022, par. 69.

Anayasa Mahkemesi, kadının bedeni üzerindeki tasarruf yetkisine bağlı olan gebeliğin sonlandırılması kararına izin verilmemesine ilişkin olarak kürtajın “*kişisel özerklik ve ruhsal veya bedensel sağlık yönünden vücut bütünlüğü*” ile ilgili olması sebebiyle başvuruyu Anayasanın 17/I’de düzenlenen maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında değerlendirmiştir¹⁰⁰. Bu doğrultuda Anayasa’nın 17/II. maddesi fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı açısından özel bir güvence hükmü olarak yorumlanmaktadır¹⁰¹. Bu hüküm objektif bir değer hükmü niteliğinde anayasal bir ilke olup, hukukun tüm alanlarında mutlak şekilde geçerlidir¹⁰². Fakat Anayasa Mahkemesi’nin tıbbi müdahaleler bakımından özel güvence hükmü olan 17/II’yi göz ardı ederek, 17/I genel hükmü çerçevesinde değerlendirme yapması eleştirilmektedir¹⁰³.

Aydınlatılmış rızası alınmaksızın bireyin bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaması bedeninin bütünü üzerinde karar verme hakkına sahip olmasından kaynaklanır. Anayasanın 17/II hükmü uyarınca tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller vücut bütünlüğüne dokunulmasının istisnalarıdır. Örneğin, delil elde etmek amacıyla kanuna aykırı şekilde yapılan beden muayenesi vücut bütünlüğü hakkının ihlalidir. Vücut bütünlüğü hakkı, kamu otoritelerinin müdahalesine karşı önleyici işlevinin yanı sıra koruma yükümlülüğü de içermektedir¹⁰⁴.

D. Sağlık Hakkının İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ile İlişkisi

Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında yasaklanan işkence ve kötü muameleye yönelik eylemler bireylerin hem ruhsal hem de fiziksel sağlığına doğrudan tesir edecek niteliktedir. Bir kimsenin sağlık hizmetlerine erişimine imkân tanınmaması ya da sağlığına kavuşacağı ölçüde bu hizmetlerden yararlanmasına yönelik tedbir alınmaması in-

¹⁰⁰ R.G. Başvurusu, 2017/31619, 23.07.2020, par. 74.

¹⁰¹ B. P. O. Başvurusu, 2015/19012, 27.03.2019, par. 47; Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11.11.2015, par. 47.

¹⁰² Kanadoğlu/Bozkurt, Sağlık Hakkı, s. 66.

¹⁰³ Kanadoğlu/Bozkurt, Sağlık Hakkı, s.73.

¹⁰⁴ Kanadoğlu/Bozkurt, Sağlık Hakkı, s. 66.

san haysiyetiyle bağdaşmayacak muamele olarak değerlendirilebilir. Örneğin, bir kimsenin ciddi sağlık sorunları bulunmasına rağmen öz-gürlüğünden yoksun bırakılması yoluyla sağlık hizmeti alma hakkının engellenmesi sonucu kötü muamele yasağının ihlal edilmesi söz konusu olabilir. AİHM, sağlık durumunun endişe verici olduğu durumlarda alıkonulmanın devamını değerlendirirken üç hususu dikkate almaktadır. Bunlar mahpusun sağlık durumu, sağlanan bakımın kalitesi ve sağlık durumu açısından başvuruçunun tutulmasına devam edilmesinin gerekip gerekmediğidir¹⁰⁵. Bu bağlamda bireylerin sağlık durumları ile tutulma koşulları arasındaki uyumsuzluğun ortaya çıkardığı fiziksel ve psikolojik sonuçların kötü muamele düzeyine ulaşmaması için bazı tedbirlerin alınması gerekmektedir¹⁰⁶. Dolayısıyla fiziksel ve psikolojik rahatsızlıklardan kaynaklanan sorunların yetkililerin sorumlu tutulabileceği tutukluluk koşullarından dolayı artması durumu ve tıbbi bakım yetersizliği kötü muamele yasağının ihlaline sebebiyet verebilir¹⁰⁷.

Anayasa Mahkemesi, cezaevlerinin fiziki ve tıbbi imkânlarının sağlık durumuna elverişli olmadığına yönelik şikayetleri kötü muamele yasağı kapsamında incelemektedir¹⁰⁸. Tutulma koşullarının bireylerin sağlığına uygun şekilde organize edilmesi aynı zamanda bireylere tıbbi uygulama kurallarına uygun ve yeterli şekilde sağlık hizmeti sağlanması devletin pozitif yükümlülüklerindedir. Devletin pozitif yükümlülüğü, sonuç yükümlülüğü değil, uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Bu noktada sağlık hakkı ile kötü muamele yasağı arasındaki ilişki ortaya çıkmaktadır. Bireylerin sağlığına yönelik müdahalelerin kötü muamele olduğunun tespiti için “minimum ağırlık eşliğini”¹⁰⁹ aşması

¹⁰⁵ Zarzycki/Polonya, 15351/03, 12.03.2013, par. 103, (<https://hudoc.echr.coe.int>) (erişim tarihi: 18.03.2022).

¹⁰⁶ Hayati Kaytan, 2014/19527, 16.11.2016, par. 45.

¹⁰⁷ Sibel Çapraz Başvurusu, 2017/19418, 12.01.2021, par. 124; Fatih Hilmioğlu, 2014/648, 18.09.2014, par. 66.

¹⁰⁸ Mete Dursun, 2012/1195, 18.11.2015; Serdar Öztürk, 2013/7532, 04.02.2016; Sabri Kaya, 2014/8482, 29.06.2016; Ergin Aktaş, 2014/14810, 21.09.2016; Hayati Kaytan, 2014/19527, 16.11.2016; İmam Çelikdemir, 2014/20289, 05.12.2017.

¹⁰⁹ Gafgen/Almanya, 22978/05, 01.06.2010, par. 88-90; Erdoğan Yağız/Türkiye, 27473/02, 06.03.2007 par. 35-37; Raninen/Finlandiya, 20972/92, 16.12.1997, par. 55; Costello-Roberts/Birleşik Krallık, 13134/87, 25.03.1993, par. 30.

beklenmektedir. Eylemlerin asgari ağırlık derecesine ulaşip ulaşmadığının somut olayda değerlendirilmesinde ise bireylerin sağlık durumu da gözetilir. Bu husus, kötü muamele yasağının maddi boyutu kapsamında değerlendirilir. Kötü muamele yasağının usul boyutu kapsamında ise soruşturmanın etkili yürütülüp yürütülmediği incelenir¹¹⁰.

A. Sağlık Hakkının Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı ile Olan İlişkisi

Sağlık hakkının eşitlik ve ayrımcılık yasağı ile olan ilişkisi toplumun ayrımcılığa uğrayan dezavantajlı ve korunmasız gruplarının sağlık sorunlarının daha yoğun olduğu durumlarda göze çarpmaktadır¹¹¹. Sosyal hakların, insan haklarından özellikle ekonomik yahut sosyal açıdan güçsüz durumda olanların da yararlanabilmesini ve bu yolla bireyler arasında eşitliği sağlamak amacıyla ortaya çıktığı gözetildiğinde¹¹² sağlık hakkı bakımından eşitliğin önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Bazı dezavantajlı kişi ve gruplar için sağlık programları ve sağlık hizmetlerine erişimin kısıtlılığı eşitsiz uygulamalara yol açmaktadır. Bu bağlamda eşitlik ve ayrımcılık yasağının sağlık hakkı ile ilişkisi noktasında çocuklar, yaşlılar, engelliler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınması gereken tedbirler gündeme gelmektedir. Anayasa'nın 10. maddesi gereğince sağlık hakkının korunması kapsamında bu kişiler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacaktır. Çünkü Anayasamız eylemli değil hukuksal eşitliği amaçlamaktadır. Bu eşitlik anlayışında da farklı hukuksal durumlar farklı, aynı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulur¹¹³.

Anayasamızın başlangıç kısmı uyarınca her Türk vatandaşının temel hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanması öngörüldüğünden, sağlık hakkından yararlanan tüm bireyler açısından

¹¹⁰ Cihan Koçak, 2014/12302, 21.09.2017, par. 46; Naim Aslan Başvurusu, 2018/31207, 16.06.2022, par. 27; Deniz Şah Başvurusu (2), 2018/29836, 14.04.2022, par. 35.

¹¹¹ WHO, s. 13; Karakul, s. 195.

¹¹² İbrahim Özden Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku* (6. Baskı, İmge Kitabevi 2002), s. 43.

¹¹³ Anayasa Mahkemesi, E 2005/10, K 2008/63, 21.02.2008, R.G, T 07.11.2008, S 27047.

eşitliğin sağlanması ve ayrımcı uygulamaların engellenmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük aynı zamanda Anayasa'nın 10. maddesinin de bir gereğidir. Bu bağlamda kadınlar ve erkekler eşit haklara sahip olduğundan¹¹⁴, devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Sağlık hakkının korunmasına yönelik olarak devletin sağlık bakımı ve sağlık hizmetlerinde eşitliği sağlayıcı uygulamalar yapması ve tedbirler alması gerekir. Nitekim eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, sağlık hakkının korunması kapsamında devletin sorumluluğunun belirlenmesinde özel öneme sahiptir.

Sağlık hakkının anayasal çerçevede tanınması bu haktan etkin şekilde yararlanılmasını maalesef doğrudan sağlamamaktadır. Bu nedenle bireylerin haklara ulaşabilmeleri, insanca yaşayabilmeleri için devlet tarafından bazı destekleyici tedbirlerin alınması elzemdir¹¹⁵.

Anayasanın 65. maddesinde öngörülen amaca uygun öncelik ve mali kaynakların yeterliliği kıstası sağlık hakkının devlete negatif edim yükleyen boyutu bakımından haklı bir gerekçe teşkil etmemektedir. Örneğin, eşit ve ayrımcı olmayan bir şekilde sağlık hakkını sağlamayı garanti altına almak bu kapsamdadır.

B. Sağlık Hakkının Sosyal Güvenlik Hakkı ile İlişkisi

Herkese sosyal güvenlik hakkını tanıyan ve devleti bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alma ve teşkilatı kurmakla yükümlü kılan Anayasanın 60. maddesi ile bireylerin toplumsal yaşamdan kaynaklanan risklerden korunması amaçlanmıştır¹¹⁶. Sosyal güvenlik hakkı iş kazalarına ve meslek hastalıklarına karşı koruma sağladığından sağlık hakkı ile

¹¹⁴ BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (KKAÖS) 12. maddesinde de sağlık bakım hizmetlerinden erkeklerin ve kadınların eşitlik şekilde yararlanmalarını sağlamak üzere sağlık alanında kadınlara karşı ayrımcılık yasağına uygun önlemlerin alınması öngörülmüştür. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, (On İki Levha Yayınları 2017).

¹¹⁵ Kapani, s. 52

¹¹⁶ Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 19.

yakın ilişkili ve bağlantılı haklardandır¹¹⁷. Sosyal güvenlik hakkının sağlanamadığı durumlarda sağlık hizmetlerine erişim pratikte pek mümkün değildir. Özellikle gelir seviyesi düşük olan gruplar başta olmak üzere herkesin bu haktan yararlanabilmesi için devletin sosyal yardım ve sosyal güvence politikaları yürüterek imtiyazlı olmayan kesimin sosyal durumunu iyileştirme ödevini yerine getirmelidir¹¹⁸. Devletin sosyal yükümlülüklerini yerine getirmesi, kanun ile yapılan düzenlemenin ötesine geçerek, uygulamaya yönelik gerekli ve yeterli yönetim organizasyonu sağlaması, tedbirler alması ve denetim yapması ile mümkün olur¹¹⁹. Sosyal güvenlik hakkı kapsamında özel olarak korunması gereken kişiler söz konusu olduğunda sağlık hakkının korunmasının önemi artmaktadır. Anayasa'nın 61. maddesi uyarınca harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malül ve gazileri korunması ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlanması için sağlık haklarının öncelikle sağlanması gerekmektedir. Sakatların korunmaları ve toplum hayatına intibaklarını sağlamak üzere sağlık hizmetlerine ulaşma ve hizmetlerden yararlanma imkânları arttırılmalıdır. Keza yaşlıların da sağlığının korunması için sağlık hizmetlerinden faydalanmalarını destekleyici ve kolaylaştırıcı uygulamalar sunulmalıdır.

Sosyal güvenlik hakkının yaşam, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkıyla bağlantısını sağlık hakkı oluşturmaktadır. Devletin, bireylerin yaşamlarını sağlıklı biçimde sürdürmesini sağlaması sosyal güvenlik kuruluşları aracılığıyla mümkün olur. Bireyler için bir hak, devlet için ise bir görev olan bu amaca yönelik hareket edilirken, hakkı sınırlayıcı ve haktan yararlanmayı zayıflatıcı düzenlemeler ise Anayasanın 56. maddesine aykırı olacaktır¹²⁰.

Sosyal hakların temel amaçlarından biri de ekonomik yönden güçsüz durumda bulunan kişilerin desteklenerek, maddi ve manevi varlıklarının geliştirmesini sağlamak olduğundan, ekonomik imkânı sağlık

¹¹⁷ Şahbaz, s. 410.

¹¹⁸ Gören, s. 100.

¹¹⁹ Şahbaz, s. 405-423.

¹²⁰ Anayasa Mahkemesi, E 1990/27, K 1991/2, 17.01.1991, RG, T 19.08.1991, S 20965.

hizmetlerine ulaşmaya yetmeyecek kişilerin sosyal güvenlik programları ile desteklenmesi de gerekmektedir. Bu gereklilik aynı zamanda sosyal devlet olmanın da gereğidir¹²¹.

V. Sağlık Hakkının Dava Edilebilirlik Sorunu

Dava edilebilirlik (justiciability)¹²², bir konunun yahut ihtilafın yargısal denetime tabi olup olmayacağına ilişkindir¹²³. Bu kavramın aksine dava edilemezlik (nonjusticiability) ise “*bir hakkın korunması amacıyla dava edilememesi ya da yargısal uygulamaya açık olmaması*” şeklinde tanımlanmaktadır¹²⁴.

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği¹²⁵ ile Türk hukukunda tanınan bireysel başvuru yolunda Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma imkânı getirilmiştir. Bu anayasal düzenleme ile kişisel ve siyasal haklar bireysel başvuruya konu edilebilirken sosyal haklar dışlanmıştır. Soyut/somut norm denetiminin temel hakların etkin korunmasında yetersiz kaldığı göz önünde tutulduğunda, sosyal hakların dava edilebilirliğine ket vuran bu düzenleme sonucu sosyal hakların korunması açısından aleyhe bir durum söz konusu olmuştur¹²⁶.

121 “Güçlüler karşısında güçsüzleri koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak ve böylece devlet sosyal niteliğine ulaşacaktır. Sosyal devlet, yaşama hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Yaşama hakkının korunması ve sosyal güvenliğin sağlanması, sosyal devlet olmanın gereğidir. Sosyal güvenlik kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerin ‘yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını, zedeleyecek veya ortadan kaldıracak kuralları içermemesi gerekir.” E 1996/17, K 1996/38, 16.10.1996, RG, T 09.08.1997, S 23075.

122 Dava edilebilirlik kavramı ile kazailik ve uygulanabilirlik kavramları karıştırılabilmektedir. Kazailik, bir konunun münhasıran yargı organları önüne getirilebilmesini ifade ettiğinden, dar anlamda dava edilebilirliklidir. Dava edilebilirlik ise yargı organlarının yanı sıra yargı benzeri işlev gören denetim mercilerine de başvurabilmeyi ifade etmektedir. Uygulanabilirlik ise hukuk düzeni tarafından öngörülen ve icra edilmesi gereken yetki ve görevlerin saptanması ve insan haklarının uygulanması ile ilgilidir. Algan, s. 144.

123 Serkan Yolcu, *Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması* (Seçkin Yayınları 2018), s. 92.

124 Algan, s. 144 vd.

125 7.5.2010-5982/18 md.

126 Şirin, s. 343.

Anayasamızda sosyal bir hak kategorisinde düzenlenen sağlık hakkının dava edilebilirliği sorunu, bu hakkın ihlâli iddialarına ve bu hak kapsamında taleplere ilişkin olarak yargısal yahut benzeri organlara başvurulup başvurulamayacağı noktasında kilitlenmektedir¹²⁷. Bu bağlamda sosyal hakların dava edilebilir yahut edilemez olduğuna ilişkin tezler çerçevesinde soruna yaklaşılmalıdır.

A. Sosyal Bir Hak Olarak Sağlık Hakkının Dava Edilemez Nitelikte Olduğuna İlişkin Görüşler

Sosyal hakların dava edilebilir nitelikte olmadığına ilişkin görüşler doktrinde farklı gerekçelere dayanılarak ileri sürülmüştür. Bu gerekçeler genel olarak sosyal hakların muğlak olmasına, program hüküm niteliğinde olmasına, kademeli olarak gerçekleştirilebilmelerine, dava edildiklerinde hükümetin uyguladığı sosyal politikalara yönelik olarak yargı organlarının karar vermesinin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olacağını ve sosyal hakların pozitif yükümlülük getirmesine dayanmaktadır.

Sosyal hakların dava edilemez olduğunu savunan görüşler, temelde bu hakların klasik hak ve özgürlüklerden doğası ve normatif niteliği açısından farklılık göstermesine dayanmaktadır¹²⁸. Bu görüş çerçevesinde sosyal hakların niteliksel farklılıkları sebebiyle dava edilebilirliğinin önu tıkanmaktadır¹²⁹.

Sağlık hakkının dava edilebilirliği tartışmalarına ilişkin olarak en çarpıcı örneklerden biri olan Brezilya’da, 1988 yılında Brezilya Anayasası’nın kabulünden sonra, on yıldan fazla süre boyunca Anayasasının sosyo-ekonomik normlarının pozitif haklar mı yahut salt programatik normlar mı olduğu tartışılmıştır. Fakat Federal Anayasa Mahkemesi bu tartışmayı sağlık hakkına ilişkin bir dizi karar alarak sonuçlandırmıştır¹³⁰. Brezilya’da ilaç ve tedavinin ücretsiz sağlanmasına ilişkin sağlık-

¹²⁷ Algan, s. 144.

¹²⁸ Yolcu, s. 92.

¹²⁹ Algan, s. 146.

¹³⁰ Matthias Klatt, ‘Positive rights: Who decides? Judicial review in balance’, (2015) 13 I-CON, s. 355.

la ilgili davaların sayısında dikkate değer artış oranları göstermektedir. Artış oranları 2002 yılına kıyasla 2006-2009 yılları arasında yüzde 505 ila 1412 arasında değişirken, aynı zamanda davacıların başarı oranı da yüzde 80'in çok üzerinde olmuştur. Bu artış ise genellikle "sağlık hakkının yargılanması" olarak anılmaktadır¹³¹.

1. Sağlık Hakkının Pozitif Hak Niteliği Bağlamında Davaya Edilebilirliği

Kamu hukuku doktrinde benimsenen ölçüte göre, sosyal haklar devletin pozitif edimini gerektiren haklardır¹³² ve bütçeden kaynak tahsisini gerektirir¹³³. Buna karşın klasik haklar ise ilgili alanda devlete kaçınma, müdahale etmeme, gölge etmeme gibi negatif edimler getiren haklardır¹³⁴. Bu doğrultuda hakların negatif statü hakları ve pozitif statü hakları şeklindeki kategorizasyonu, esas olarak Alman Hukukçusu Jellinek'in yaptığı sınıflandırmaya dayanmaktadır¹³⁵. Türk hukuk doktrininde de hâkim olan görüş sosyal hakları ve klasik hakları edimlerin niteliğine göre ayırt etme ve tanımlamadır. Dolayısıyla da bu ayırımın temeli bireyin devlet karşısındaki konumu ve devletten beklediği edimin niteliğine dayanmaktadır¹³⁶. Negatif haklar, yalnızca devlete karşı ileri sürülebilen ve bu amaçla devleti sınırlandıracak nitelikte kayıtlar içerecek şekilde formüle edilerek, herkese eşit olarak uygulanan haklardır¹³⁷. Pozitif haklar ise devletin olumlu edimini gerektiren haklardır¹³⁸.

¹³¹ Klatt, s. 358.

¹³² C. Fabre, 'Constitutionalising Social Rights' (1998) 6 (3) The Journal of Political Philosophy, s. 263; Tanör, s. 14; Klatt, s. 354.

¹³³ Özge Yücel Dericiler, *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme* (On İki Levha Yayıncılık 2014), s. 223.

¹³⁴ Fabre, s. 264; Tanör, s. 14.

¹³⁵ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press 2010) 163; Kapani, s. 6; Abdülkadir Pekel, *Aile hayatına Saygı Hakkı* (Liberte Yayınları 2016), s. 40

¹³⁶ Algan, s. 38; Alexy, s. 164 vd; Pekel, s. 40.

¹³⁷ Ida Elisabeth Koch, 'The Justiciability of Indivisible Rights', (2003) 72 (1) Nordic Journal of International Law, s. 3.

¹³⁸ Tanör, s. 14; Alexy, s. 169.

Klasik yaklaşıma göre devletin negatif statü hakları konusunda negatif yükümlülükleri, pozitif statü hakları konusunda ise pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Nitekim devletin yükümlülüğünün pozitif ya da negatif olması, ilgili hakkın negatif statü hakkı ya da pozitif statü hakkı olarak nitelendirilmesinde kullanılmaktadır¹³⁹. Fakat klasik görüş geçerliliğini büyük ölçüde yitirmiştir. Zira AİHM uzun süreden beri AİHS’te düzenlenen ve negatif statü hakkı olduğu kabul edilen hakların devletin pozitif yükümlülüklerini de içerdiğini vurgulamaktadır¹⁴⁰. Anayasa Mahkemesi de AİHM’nin içtihatlarıyla aynı yönde kararlar vermektedir. Jürisprüdansiyel bağlamda hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi negatif ve pozitif haklar arasındaki kesin ayrımı esnetmiştir. Dolayısıyla artık devlete yüklenen edimin niteliğine göre kesin sınırlar çizilmesi mümkün görünmemektedir¹⁴¹. Bu durumda bir hakkın devlete pozitif yükümlülük getirdiğinden bahisle dava edilemeyeceğini ileri sürmek AİHS sistemini de anlamsız hale getirecektir¹⁴².

Sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirilmesinin temel aracı pozitif yükümlülükler olmakla birlikte¹⁴³ doktrinde negatif hakların da devletin pozitif eylemini gerektirdiğinden bahisle negatif-pozitif hak ayrımının tutarlı olmadığı ileri sürülmektedir¹⁴⁴. Nitekim AİHS sisteminde de klasik haklar bağlamında taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri

¹³⁹ Fabre, s. 263-264.

¹⁴⁰ D. Harris, M. O’Boyle, CM Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Second Edition Oxford University Press 2009), s. 342; R. QC Singh, ‘Using Positive Obligations in Enforcing Convention Rights’ (2008) Hart Judicial Review Conference, s. 94.

¹⁴¹ Algan, s. 38; Pekel, s. 41.

¹⁴² Şirin, s. 343.

¹⁴³ Elisabeth Fura, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında Aile İçi Şiddet’, (Ed) Ahmet Taşkın *50. yılda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2009), s. 72.

¹⁴⁴ Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, (Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut) (Yetkin Yayınevi 1995), s. 43; Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, (Second Edition, Princeton University Press 1996) s. 155; M. Payne, ‘Henry Shue on Basic Rights’ (2008) 9 (2) *Essays in Philosophy A Biannual Journal*, s. 1 vd; Mehmet Semih Gemalmaz *Devlet, Birey ve Özgürlük*, (Genişletilmiş 2. Baskı Legal Yayınevi 2012), s. 516.

olduğu kabul edilmiştir¹⁴⁵. *Fredman*¹⁴⁶, *Shue*¹⁴⁷, *Khosla*¹⁴⁸, *Mowbray*¹⁴⁹ ve *Donnelly*'e¹⁵⁰ göre yani özetle doktrindeki baskın görüşe göre tüm haklar hem negatif hem de pozitif yükümlülükler içermektedir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlükler konusunda devletin karışmama, gölge etmeme gibi negatif bir tutum sergilemesi teorik düzeyde eleştirilmekte ve bu ayrımın ahlaki öneminin olmadığına işaret edilmektedir¹⁵¹. Aynı doğrultuda *Gemalmaz*, negatif ve pozitif statü hak sınıflandırmasının geçerliliğinin yapaylığına göz yumulduğu ölçüde söz konusu olabileceğini savunmuştur¹⁵². *Kaboğlu* ise hakların gerçekleşmesinin geleneksel anlayışın ileri sürdüğü isteme ve kaçınma hakları ayrımının terk edilmesi yoluyla mümkün olacağını belirtmiştir. Ayrıca tüm bu hakların güvence altına alınmasına yönelik pozitif önlemler alma gerekliliğine işaret etmiştir¹⁵³. Zira yetkili otoritelerin müdahale etmemesi kriteriyle belirlenmeye çalışılan negatif haklar listesi içindeki hakların da esasında kurumsallaşıp uygulanabilmesi ve hak sahipleri tarafından bu haklardan yararlanılabilmesi için devletin olumlu edimi ve katkısı gerekmektedir¹⁵⁴.

Kanaatimizce pozitif-negatif hak ayrımı, sosyal hakların dava edilemezliğine ilişkin tezlerin ve hakların nitelik farklılıklarının temel dayanak noktasını oluştursa da yükümlülüklerin kesin sınırlarla belirli hak

¹⁴⁵ Qc Singh, s. 94; İbrahim Özden Kaboğlu, 'İnsan Hakları Belgeleri ve Koruma Mekanizmaları' *İnsan Hakları Konferansları* (Ankara Barosu Yayınları 2006), s. 229; Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 130; Oktay Uygun O, *Devlet Teorisi* (On İki Levha Yayıncılık 2014), s. 529.

¹⁴⁶ Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties* (Oxford 2008), s. 65.

¹⁴⁷ Shue, s. 155.

¹⁴⁸ Madhav Khosla, 'Making Social Rights Conditional: Lessons from India', (2010) 8 *Int'l J. ConsT L.*, s. 739, 741.

¹⁴⁹ A. R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (*Human Rights Law in Perspective*), (Hart Publishing 2004), s. 224

¹⁵⁰ Donnelly, s. 43.

¹⁵¹ Shue, s. 155; Payne, s. 6-7.

¹⁵² Gemalmaz, s. 516.

¹⁵³ Kaboğlu, *İnsan Hakları*, s. 229.

¹⁵⁴ Pekel, s. 41.

kategorisine özgülenememesi, bu ayırımın tutarlı olmaması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla da pozitif-negatif hak ayırımına dayanarak sosyal bir hak olarak sağlık hakkının dava edilemezliğini savunmak yerinde olmayacaktır.

2. Sağlık Hakkının Muğlaklığı Bağlamında Dava Edilebilirliği

Pozitif haklar, dava edilebilirliği, içerikleri ve nitelikleri itibarıyla bir dizi sorunu gündeme getirmektedir¹⁵⁵. Sosyal hakların dava edilemezliğine ilişkin bir tez olarak klasik hakların içeriğinin belirlenebilir ve öngörülebilir olmasına karşın sosyal hakların içeriğinin muğlak olması öne sürülmektedir¹⁵⁶.

Hakların içeriğinin muğlaklığı hakkın özüne yahut pozitif hukukta formüle edilmiş biçimine ilişkin olabilir¹⁵⁷. Bu muğlaklığın hakların statüsünü zayıflatacak şekilde kullanılmaması gerekmektedir¹⁵⁸. AİHM içtihatlarına da bakıldığında hakların maddi unsurlarının açık ve net olmadığı ve içeriklerinin somutlaştırılmasının yargı organlarının kararlarıyla ve yorumlarıyla olduğu ortadadır¹⁵⁹. Her hakkın kapsamını ve içeriğini pozitif metinlerde apaçık surette ortaya koymak her zaman mümkün değildir. Zira güncel gelişmeler ışığında mahkemelerin dinamik yorumu yoluyla da hakların kapsamı belirginleştirilmektedir. Örneğin, kişisel hak kategorisinde yer alan özel hayata saygı hakkının da koruma kapsamı oldukça geniştir ve özel hayat kavramının net bir şekilde ortaya konulması pek mümkün değildir. Yine aynı yönde “aile” kavramı da toplumdaki değişimden dolayı toplumla değişmektedir. Bu çerçevede de salt hakkın kapsamının genişliğinden bahisle ve dolayısıyla sınırlarının belirlenmesindeki güçlükten yola çıkarak, dava edilebilir olmadığı sonucuna ulaşmak isabetli değildir.

¹⁵⁵ Klatt, s. 355.

¹⁵⁶ Algan, s. 137.

¹⁵⁷ Algan, s. 138.

¹⁵⁸ Yücel Dericiler, s. 225.

¹⁵⁹ Yücel Dericiler, s. 225.

Sosyal hakların muğlak olması ve net bir tanımının yapılmasındaki güçlük sosyal hakların dava edilebilirliğine etki etmeye yetecek bir argüman değildir. Bu bağlamda sosyal haklarının içeriğinin muğlaklığı dava edilemezliği tezine haklı gerekçe olmamalıdır¹⁶⁰.

Tüm bu açıklamalar ışığında sağlık hakkının kapsamının muğlaklığından bahisle dava edilemezliğini savunan tezler de kanaatimizce yerinde değildir. Ayrıca hakların kapsamının yargı kararlarıyla somutlaştığını göz önünde bulundurduğumuzda da tüm sosyal hakların dava edilebilir olduğunu kabul etmek, hakkın kapsamını ve sınırlarını da somutlaştırmak açısından önem arz etmektedir.

3. Sağlık Hakkının Aşamalı Gerçekleştirilmesi Bağlamında Dava Edilebilirliği

Sosyal haklar devletin olumlu edimini gerektirdiğinden, bu hakların sağlanması mali kaynak tahsisi ile mümkün olmaktadır. Dolayısıyla da bu haklar mali kaynaklarının yeterli olduğu ölçüde ve bütçe yönetimi ile yani devletin bu hususta vereceği siyasi kararlar çerçevesinde belirlendiğinden, ancak belli bir program dahilinde yürürlük kazanabilmekte ve hayata geçirilebilmektedir¹⁶¹. Sosyal haklar hükümetler politika oluştururken yol gösterici nitelikte program hükümler/haklar¹⁶² olarak nitelendirildiğinden, bu yönüyle hukuki değeri en çok tartışılan hak grubunu oluştururlar¹⁶³. Bu minvalde de sosyal hakların aşamalı olduğu tezi ileri sürülerek dava edilemezliği savunulmaktadır.

Kişisel ve siyasal haklar devletin saygı gösterme yükümlüğünü yerine getirerek yani negatif edimiyle gerçekleştiğinden “derhal”, sosyal hakların ise ancak “aşamalı” şekilde gerçekleştiğinden bahisle dava edilemezliğinin ileri sürülmesi yerinde değildir. Zira kişisel ve siyasal hakların birçoğundan yararlanmak için de devletin olumlu edimine ihtiyaç

¹⁶⁰ Şirin, s. 343.

¹⁶¹ Yücel Dericiler, s. 223-224.

¹⁶² Yücel Dericiler, s. 223-224.

¹⁶³ Tanör, s. 339.

duyulmaktadır. Örneğin, hak arama özgürlüğü için meşru vasıta ve yolların sağlanması ve bu yolları kolaylaştıracak tedbirlerin alınması hatta bireylerin mahkemeye başvurabilme imkânlarını hukuka aykırı şekilde tıkayan engellerin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu yönde mahkemelerin kurulup, yargı mensuplarının atanması da devletin pozitif adımını gerektirmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki sağlık hakkı aşamalı şekilde gerçekleşmesi kabul edilebilecek haklardan biri değildir. Aksine sağlık hakkının derhal gerçekleştirilmesi gereken hakların en başında geldiği açıktır. Bu sebeple de kanaatimizce sosyal hakların program hüküm olduğundan bahisle sağlık hakkının dava edilemez nitelikte olduğu sonucuna varmak doğru değildir.

4. Sağlık Hakkının Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Dava Edilebilirliği

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin katı yorumu, sosyal hakların dava edilemez olduğu iddiasını güçlendirmektedir¹⁶⁴. Sosyal hakların dava edilebilirliği, hakların kapsamı ve içeriğine demokratik yasama organları yerine mahkemelerin karar vermesi sorunu nedeniyle eleştirilmektedir¹⁶⁵. Bu bağlamda doktrinde sosyal hakların muğlak niteliğinden ötürü anayasalarda tanınmasının bir değeri olmadığı öne sürülmektedir. Bu görüş, niteliği itibarıyla muğlak bu haklar için yargı yoluna gidildiğinde, yargıcın yorum yoluyla belirli bir sonucu elde etmeye yönelik bir program ortaya koymasını eleştirmektedir. Mali kaynakların yeterli sağlanmadığına ilişkin bir davada, yargıcın hakkı tanıma yönünde karar vermesi durumunda, yargıcın sosyal hakların telafi mekanizmalarını değerlendirebilecek nitelikte olmadığı ileri sürülmektedir¹⁶⁶. Bu doğrultuda devletin olumlu edimini gerektiren hakların, yargı yoluyla uygulanamayacağı görüşün-

¹⁶⁴ Yücel Dericiler, s. 227.

¹⁶⁵ Klatt, s. 354.

¹⁶⁶ Frank B Cross, 'The Error of Positive Rights' (2001/48) UCLA Law Review, s. 858.

den hareketle bu hakların anayasalara girmemeleri yönünde tartışmalar gündeme gelmiştir¹⁶⁷.

Sosyal hakların dava edilebilirliği konusunda yetkinlik sorunu bakımından tartışma doğmaktadır. Bu sorunun yargısal uzmanlık ve meşruiyetin sınırlarını zorlayan iki yönü bulunmaktadır. Yargısal uzmanlık sorunu, yüksek siyasi etkiye sahip karmaşık meseleleri ele almak için mahkemelerin genellikle yetersiz donanımına sahip olduğuna ilişkindir. Yasama organından farklı olarak mahkemelerin, çok çeşitli konu ve disiplinlerde bilgiler oluşturan ve işleyen büyük bürokrasiler tarafından desteklenmediği belirtilir¹⁶⁸. Mahkemelerin sadece etik ve politik teo-ride sınırlı uzmanlığa sahip oldukları vurgulanır. Bir başka ifadeyle kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesine endişe, hakimlerin sosyal hakların içeriği belirleme ve somut duruma uygulamada yeterli donanımına sahip olup olmadıklarına ilişkindir¹⁶⁹. Meşruiyet açısından ise hakimlerin ne seçilmiş ne de hesap verebilir oldukları için sosyal hakların uygulanmasında anlamlı bir rolü olduğu reddedilir¹⁷⁰. Bu görüşe göre, pozitif haklara müdahale gerekçesiyle mahkemelere yasama işlemlerini inceleme yetkisinin verilmesi, güçler dengesini bozmuştur¹⁷¹. Devletteki gerçek gücün, siyasi süreçten ve demokratik olarak seçilmiş temsilcilerden mahkemelere kaydırılması ile parlamenter yasama devletinin bir “anayasal yargı devleti” veya bir “yargı iktidarı” haline gelmesine neden olduğu ileri sürülür. Bu dönüşüm, ancak mahkemelerin pozitif hakları gözden geçirme yetkisini reddederek önlenemez¹⁷². Tüm bu sebeplerle mali kaynak dağılımı sorununa ilişkin olarak, seçimle iş başına gelip, politika üretmekle görevli yasama organının yetkili olduğu savunulur¹⁷³.

¹⁶⁷ Cross, s. 857.

¹⁶⁸ Klatt, s. 358.

¹⁶⁹ Cross, s. 857-858; Yücel Dericiler, s. 227.

¹⁷⁰ Klatt, s. 358.

¹⁷¹ Klatt, s. 358.

¹⁷² Klatt, s. 359.

¹⁷³ Oder, Olumlu Edim, s. 204.

Yargıçlar sosyal hakların içeriğini somutlaştırmada yeterli donanıma sahiptirler. Pozitif haklara ilişkin olarak yargıçlara değerlendirme yapma yetkisi tanımak meşruiyeti zedelemes. Zira modern demokrasiler salt halk egemenliği anlayışıyla tanımlanamaz. Bu bağlamda kuvvetler ayrılığı ilkesi de katı yorumlanmamalıdır¹⁷⁴. Çünkü anayasal demokrasilerde egemenlik insan hakları lehine sınırlandırılabilir. Bu sebeple de yargıçların yasama ve yürütmenin tercihlerini denetleyebilmesi mümkündür. Zira yargı organı da yasama gibi egemenlik yetkisini kullanmaktadır¹⁷⁵.

5. Amaca Uygun Öncelik ve Mali Kaynakların Yeterliliği Ölçütü Bağlamında Dava Edilebilirlik

Anayasanın 65. maddesi uyarınca “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun önceliklerini gözeterek mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” Devlete subjektif hak doğurmayan, somut bir yükümlülük yüklemeyen, ulaşılması gereken hedefleri belirten ve daha çok Anayasa’nın yorumunda gözetilen program hüküm¹⁷⁶ niteliğinde değerlendirilen sosyal hakların devletin ekonomik gelişimi doğrultusunda mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yararlanana katkıda bulunması kabul edilmiştir¹⁷⁷. Devletin sosyal haklardan doğan ödevlerinin genel sınırını 65. madde oluştursa da¹⁷⁸, Tanör’e göre bu sınırlama kaydı Anayasamızın sosyal ve ekonomik haklar kısmında düzenlenen tüm haklar bakımından geçerli değildir¹⁷⁹.

Mali kaynakların yeterliliği ölçütü sosyal hakların yerine getirilmesinde ve somutlaştırılmasında öngörülen anayasal bir sınır olarak karşımıza çıksa da aslında diğer temel hakların da hayata geçirilmesi ve

¹⁷⁴ Ece Göztepe, *Anayasa Şikâyeti* (AÜHF Yayınları 1998), s. 7.

¹⁷⁵ Şirin, s. 343.

¹⁷⁶ Tanör, s. 191.

¹⁷⁷ Şahbaz, s. 405.

¹⁷⁸ Kaboğlu, *Sosyal Haklar*, s. 16.

¹⁷⁹ Tanör, s. 375-376.

bu konuda devletin yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için de mali kaynaklarını kullanması gerekmektedir¹⁸⁰. Buradan hareketle mali kaynakların yeterliliği ölçütünün de sosyal hakların dava edilmelerine engel nitelikte bir argüman olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Nitekim kişisel bir hak olarak adil yargılanma hakkından yararlanabilmek için devletin mahkemeler kurması, yargı mensuplarını ataması, savunma hakkı için devletin yargıya başvuru yolları oluşturması, gerekli araç ve donanımı sağlaması gerekmektedir¹⁸¹. Sağlık hakkından yararlanmak için de tıpkı adil yargılanma hakkından yararlanmak için gerekli olduğu gibi tesis, istihdam ve donanım imkânlarının sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda tüm hakların sağlanmasının ön koşulu haktan yararlanmaya imkân tanıyacak şartların geliştirilmesidir.

Kanaatimizce mali kaynakların yeterliliği ölçütü özellikle sağlık hakkının negatif boyutu bakımından uygulanabilir değildir. Örneğin, sağlık hakkının 17. maddede korunan değerlerle ilgili boyutunda, 65. maddede sınırlayıcı hükümlerin uygulanmaması gerekir¹⁸². Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan mali kaynakların yeterliliği ölçütü, sosyal hakların doğrudan talep edilememesi sonucunu doğurduğundan ve bu kapsamda tek yetkili olarak yasama organını gösterdiğinden bu hakların dava yoluyla talep edilemeyeceği tezini desteklese de¹⁸³ sağlık hakkının dava edilmesine hukuki bir engel teşkil etmemektedir.

B. Sosyal Bir Hak Olarak Sağlık Hakkının Dava Edilebilir Nitelikte Olduğuna İlişkin Görüşler

1. İnsan Haklarının Bütünlüğü/Bölünmezliği

İnsan hakları doktrininde insana yaraşır şekilde yaşamının asgari standartları olarak insan hakları bir bütündür¹⁸⁴. Çağdaş insan hakları

¹⁸⁰ Algan, s. 131.

¹⁸¹ Gemalmaz, s. 516; Kalabalık, s. 59.

¹⁸² Temiz, s. 170. Aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesi karar örnekleri; Anayasa Mahkemesi, E. 2010/29, K 2010/90, 16.07.2010, RG, T 04.12.2010, S 27775; Anayasa Mahkemesi, E1990/27, K1991/2, 17.01.1991, RG, T 19.08.1991, S 20965; Anayasa Mahkemesi, E 1972/2, K 1972/28, 23.05.1972, RG, T 21.11.1972, S 14368.

¹⁸³ Uygun, s. 499.

¹⁸⁴ Uygun, s. 548.

anlayışı, bütünsel bir başka ifadeyle bölünmez olarak tasavvur edilen bu hakların evrenselleşmesi ile karakterize edilir¹⁸⁵. 1993 yılında Viyana İnsan Hakları Konferansında da insan haklarının bütünselliği ilkesi teyit edilmiştir. Konferans Deklarasyonunun 5. maddesine göre, “*Bütün insan hakları, bütünsel, evrensel ve birbirleriyle ilişkili ve birbirlerine bağlıdır. Uluslararası toplum insan haklarına küresel ölçekte, aynı temelde ve aynı duyarlılıkla adil ve eşit bir şekilde davranmalıdır*”¹⁸⁶

Bölünmezlik, insan haklarının temel özelliklerinden biridir. Bu bağlamda birbirinin koruma çemberini tamamlayan nitelikteki bu hakların her biri kişisel, sosyal ya da siyasal niteliğinin önemi olmaksızın diğeriyle eşit değer ve önemdedir. İnsan hakları birbiriyle bağlantılı olup, birinin sağlanmaması diğeri de korunmasına engel olabilir. Hakların karşılıklı şekilde birbirini tamamlamadığı ortamlarda özgürlükten de söz edilmesi mümkün değildir.¹⁸⁷ Çünkü hakları bir bütün olarak değerlendirmek gerekir¹⁸⁸. Örneğin, sağlık hakkı ile insan yaşamının devamı sağlandığından bu yönüyle yaşam hakkı ile doğrudan ve sıkı şekilde bağlantılıdır¹⁸⁹.

İnsan hakları arasında hiyerarşinin varlığının kabul edilmemesi, insan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılıklarının en önemli sonucudur¹⁹⁰. Dolayısıyla da insan haklarının nitelikleri yahut diğer özellikleri baz alınarak, kategorize edilmesi sebebiyle aralarında hiyerarşi ya da önem sıralaması olduğu ileri sürülemez¹⁹¹. Nitekim kategorize etme, inceleme ve araştırma kolaylığı sağlama amaçlıdır¹⁹².

¹⁸⁵ Flavia Piovesan, ‘Social, economic and cultural rights and civil and political rights’ (2004) 1 (1) Sur International Journal on Human Rights, s. 25.

¹⁸⁶ Piovesan, s. 25.

¹⁸⁷ Kapani, s. 7.

¹⁸⁸ Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 34.

¹⁸⁹ Akbulut ve Akbulut, s. 261; Bulut, Sosyal Haklar, s. 206; Şahbaz, s. 408-409; Ertan, s. 130.

¹⁹⁰ Ömer Anayurt, ‘Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi’, *Türkiye’de İnsan Hakları* (TODAİE 2000), s. 48.

¹⁹¹ Algan, s. 74.

¹⁹² Uygun, s. 499.

Dolayısıyla da sosyal hakların dava edilebilir nitelikte olmadığına ilişkin görüşler insan haklarının bölünmezliği ve bütünselliği ilkesiyle çelişmektedir. Zira bu ilkeler çerçevesinde tüm haklar aralarında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin aynı hukuki değere haizdir¹⁹³.

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların koruduğu değerleri klasik haklardan bağımsız görmediğini ifade etmektedir¹⁹⁴. İnsan haklarının bütünlüğü/bölünmezliği ve karşılıklı olarak birbirine bağlı olduğu görüşüne dayanarak, AİHM de sosyal hak ihlallerini de konu edinmektedir. Nitekim AİHM, Sözleşme'nin yorumunun sosyal ve ekonomik haklar alanına uzanabileceğini ve bu alanı Sözleşme'nin kapsamından ayıracak sızdırmaz bir bölme olmadığını vurgulamıştır¹⁹⁵. Sosyal bir hak olan sağlık hakkının, “yaşam hakkı”, “işkence yasağı” ve “özel hayatın korunması hakkı” kapsamında korunması da bu yaklaşıma örnek teşkil etmektedir.

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'ne bireysel başvuru usulünün¹⁹⁶ ve Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol'de Toplu Şikâyet Sistemi'nin öngörülmesi¹⁹⁷ uluslararası alanda eğilimin sosyal hakların dava edilebilirliği yönünde olduğunu göstermektedir¹⁹⁸. Dava edilebilirliğe ilişkin tartışmaların geçmişte klasik haklar için de yapıldığı ve artık gündem dışı kaldığı göz önünde tutulduğunda¹⁹⁹ sosyal haklar için yapılan bu tartışmaların da aynı yönde sonuçlanması muhtemeldir.

¹⁹³ Algan, s. 143.

¹⁹⁴ “... 60. madde ile tanınan ‘sosyal güvenlik hakkı’ yine Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen ‘yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı’ ile bağlantılıdır.” E 1996/17, K 1996/38, 16.10.1996, RG, T 09.08.1997, S 23075; Aynı yönde E 1990/27, K 1991/2, 17.1.1991, RG, T 19.08.1991, S 20965.

¹⁹⁵ Airey/Ireland, . 6289/73, 9 October 1979 (<https://hudoc.echr.coe.int>) (erişim tarihi: 06.02.2022)

¹⁹⁶ Optional Protocol to the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, 10 December 2008, (<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-international-covenant-economic-social-and>) (erişim tarihi: 07.05.2022).

¹⁹⁷ Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, Strasbourg, 9.XI.1995 (<https://rm.coe.int/168007cdad>) (erişim tarihi: 03.01.2022).

¹⁹⁸ Şirin, Tolga; “Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)”, Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu VI. Anadolu Üniversitesi 13-14 Kasım 2014 Bildiri Kitabı, Petrol İş Yayınları, İstanbul 2014, s. 343- 344.

¹⁹⁹ Koch, s. 6.

Hakların bütünselliği yaklaşımı ile devletin görevlerinin amaçlarına uygun önceliklerini dikkate alarak, sosyal ve ekonomik hakların sınırlarını belirlemesini kolaylaştırarak bu ölçütü daha işlevsel hale getirebilir²⁰⁰. Sağlık hakkının korunmasının klasik hakların korunmasında gördüğü önemli işlev göz önünde bulundurulursa insan hakları hukukunun yerleşik bir ilkesi olan bütünlük ve bölünmezlik ilkesinin anlamı daha da belirginleşir²⁰¹.

2. Anayasanın Bütünselliği

Anayasanın normatifliği ve bütünlüğü anayasanın yorumunu yönlendiren özellikleridir²⁰². Anayasa hukukuna özgü bir yorum yöntemi olarak bütünsellik ilkesi, anayasanın somutlaştırılmasında kullanılan en önemli ilkedir. Anayasanın bütünselliği, anayasa yorumunun tek bir norm baz alınarak yapılmamasına, her kuralın içinde yer aldığı normlar bütününe temel ilişkisi içinde yorumlanması gerektiğine işaret eder²⁰³. Burada kastedilen Anayasa'nın tümel içeriği değildir. Kurallar arasındaki çelişkiler ahenkli bir denge oluşturacak biçimde çözülmelidir. Bu bağlamda anayasanın bütünselliği ilkesi sistematik yoruma dayanmaktadır²⁰⁴.

Anayasa Mahkemesine göre “Anayasa hükümlerinin anayasanın bütünlüğü (*Die Einheit der Verfassung*) ilkesi gözönünde tutularak yorum-

²⁰⁰ Oder, Olumlu Edim, s. 225.

²⁰¹ Temiz, s. 171.

²⁰² İnsan hakları öğretisinin, klasik yorum yöntemlerinin ciddi bir biçimde sorgulanmasını zorunlu kılmasıyla beraber anayasa hukukuna özgü yorum yöntemleri gündeme gelmiştir. Bu bağlamda anayasa hukukuna özgü yorum yöntemlerini (temel haklar lehine yorum, anayasaya uygun yorum ilkesi, pratik uyum ilkesi, fonksiyonel doğruluk ilkesi, dinamik yorum ilkesi ve anayasanın bütünselliği ilkesi) klasik yöntemlerden ayıran en önemli özellik, insan hakları öğretisiyle kurduğu yakın ilişkidir. Dolayısıyla da anayasa hukukuna özgü yorum ilkeleri, Alman hukukçu Hesse, tarafından klasik yorum yöntemlerinden ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hesse, Konrad, *Grunzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (20. Auflage, C. F. Müller Verlag 1995); Ayrıca Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri* (Beta Yayınevi 2010).

²⁰³ Emin Memiş, *Anayasaya Uygun Yorum*, (Filiz Kitabevi 2007), s. 55; Oder, s. 56.

²⁰⁴ Oder, s. 56.

lanması zorunludur.”²⁰⁵ Anayasa Mahkemesi “Anayasanın bütünselliği ilkesi” ifadesine 2013 yılından bu yana bireysel başvuru kararlarında sıkça yer vermektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında bütünsellik ilkesinin gereklilikleri olarak “Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak” uygulanması zorunluluğundan bahsetmiştir²⁰⁶.

Sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler soyut ve somut norm denetimine tabi iken aynı düzenlemelerin bireysel başvuru denetimi kapsamının dışında bırakılması anayasanın bütünsel yorumunu güçleştirir²⁰⁷. 1982 Anayasası’nın sosyal hakları ikincil hak kategorisi olarak düzenleme konusu yapması bu anlamda sistematik sorun oluşturmaktadır²⁰⁸. Her ne kadar Anayasanın 148/III hükmü açık olsa da Anayasanın tüm normlarının bir arada gözetilmesini gerektiren bütünsellik ilkesi uyarınca, insan haklarına saygılı, sosyal devlet niteliği ve sağlık hakkının diğer kişisel haklarla doğrudan ilişkisi de göz önünde bulundurulmalıdır.

VI. Anayasal Çerçeve de Devletin Sağlık Hakkını Sağlama Sorumluluğu

A. Devlete Yükümlülük Getiren Anayasal Normlar

Devlete sağlık hakkını sağlamada yükümlülük getiren düzenlemeler temel olarak Anayasanın 2., 5., 10., 17. ve 56. maddesidir. Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere “Anayasanın, 2., 5., 17. ve 56. maddeleriyle

²⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, Tülay Tuğcu, Fazıl Sağlam Karşioy, E 2002/143, K 2004/46, 31.03.2004 (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 05.02.2022).

²⁰⁶ Hilmi Yıldız Başvurusu, 2013/299, 04.02.2016; Yılmaz Öner, 2013/7535, 14.04.2016; Bülent Polat, 2013/7666, 10.12.2015, Hakan Erdoğan Başvurusu, 2013/9481, 24.03.2016, par 71; Tefik Türkmen Başvurusu, 2013/9704, 03.03.2016, par 60; Hüseyin Yelkenci Başvurusu, 2013/9706, 10.03.2016, par 59; Veysel Kaplan Başvurusu, 2015/9192, 2.12.2015, par 38; Hüseyin Yelkenci Başvurusu, 2013/9706, 10.03.2016, par 59; Güzide Defne Samyeli Başvurusu, 2014/4399, 21.09.2016, par 74; İlnur Yüksel Başvurusu, 2014/7738, 13.07.2016, par 35; Ö. Ç. Başvurusu, 2014/8203, 21.09.2016, par 60; N. Ö. Başvurusu, 2014/19725, 19.11.2015, par 43 (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 10.02.2022).

²⁰⁷ Şirin, s. 346.

²⁰⁸ Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 34.

kişilere, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ve hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürebilme hakkı tanınmış ve Devlete de, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir."²⁰⁹ Bu normlar temelinde ve 10. madde gereğince kamu otoritelerinin, sosyal hukuk devleti niteliğine ve eşitlik ilkesine uygun şekilde, bireylerin maddi ve manevi varlıklarının gelişmesi için gerekli şartları hazırlayarak, sağlık hakkını sağlama sorumlulukları bulunmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde devletin, sosyal bir hukuk devleti niteliği belirtilmiştir. Bir devletin sosyal devlet olarak nitelendirilebilmesi için güçlüler karşısında güçsüzleri koruyarak, gerçek eşitliği sağlayıp, toplumsal dengeyi kurmalı ve korumalıdır²¹⁰. Bu çerçevede sosyal devlet ve sosyal hakları sadece pozitif hukukta korumanın ötesine geçmek için sosyal devletin zorunlu olarak yerine getireceği asgari ödevler somutlaştırılmalıdır²¹¹. Örneğin, vatandaşların eşit şekilde temel sağlık hizmetlerine erişim imkânından yoksun bırakılmayacağı düzenlemesi buna örnektir²¹². Nitekim sağlık hakkı pozitif statü hakkı olması dolayısıyla da sosyal alanda da devlete bazı yükümlülükler getirmektedir²¹³. Örneğin, sosyo-ekonomik bakımdan yetersiz kişilere gıda desteği sağlamak da devletin bu kapsamda yükümlülüklerindedir. Sosyal devlet niteliği gereği, kamu otoriteleri ekonomik kaynaklarının sınırlı yahut az olduğu dönemlerde dahi mevcut mali kaynaklarını eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri uyarınca kullanmak zorundadır²¹⁴. Çünkü bu ilkelerin korunmasını sekteye uğratabilecek politikaların yürütülmesi anayasal yükümlülüklerin de

²⁰⁹ Anayasa Mahkemesi, 2005/10 E 2008/63, 21.02.2008, RG, T 07.11.2008-, S 27047.

²¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 1996/17 E 1996/38, 16.10.1996, RG, T 09.08.1997, S 23075.

²¹¹ Sağlam, s. 117.

²¹² Sağlam, s. 117.

²¹³ Kapani, s. 6.

²¹⁴ Mesut Gülmez, 'Türkiye'de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa'da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar' (Ed) İbrahim Kaboğlu Anayasal Sosyal Haklar (Legal Yayıncılık 2012), s. 144.

yerine getirilmemesi anlamına gelir²¹⁵. Bu sebeple devletler kaynakları sınırlı olsa dahi mevcut kaynaklarla sağlık hakkını en üst düzeyde sağlamakla yükümlüdürler²¹⁶.

Anayasanın 5. maddesi²¹⁷ çerçevesinde ise “*insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Bu hüküm çerçevesinde sağlığın da maddi ve manevi varlıkla ilişkisi temelinde devletin sağlık hakkının gereklerini yerine getirme yükümlülüğünün olduğu söylenebilir²¹⁸. Bireylerin sahip olduğu haklar ve devletin yükümlülükleri birbiriyle doğrudan bağlantılıdır²¹⁹. Zira kamu otoriteleri yükümlülüklerini yerine getirmediğinde kişilerin hak talebi doğmaktadır²²⁰. Bu bağlamda sağlık hakkı kapsamında kişilerin hak talepleri öte yandan devletin yükümlülüklerine işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesi de kişilerin ihtiyaçları oldukları anda sağlık hizmetlerine ulaşmalarını devlet için bir yükümlülük, bireyler için ise bir hak olarak nitelendirmiştir. Ayrıca bu amacın gerçekleştirilmesine ilişkin olarak sağlık hakkından yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemelerin de Anayasaya aykırı düşeceğini vurgulamıştır²²¹. Bu kapsamda bazı önemli hastalıkların (örn.

²¹⁵ Gülmez, s. 144.

²¹⁶ WHO, s. 5.

²¹⁷ 1961 Anayasası'nın 10/II fıkrası yerine devletin temel amaç ve görevlerine öngülenen 5. madde devletin normatif yükümlülüğünü gevşettiğinden bahisle eleştirilmektedir. (Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 16.) Nitekim 1961 Anayasası'nın “özgürleştirme normu” olarak benimsediği devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin 10/II fıkrası, 1982 Anayasası'nın 5. maddesinde devletin ödevini yerine getirmek değil, getirmeye çalışmak ile sınırlı tutulması düzenlemenin daha zayıf biçimde yinlendiğini göstermektedir. Fakat 5. maddenin gerekçesinde doğrudan devletin görevi vurgulanarak, sözel bakımdan zayıf ifade kullanılmamıştır. “Ferdin hayatında onun temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir.” (Oder, OlumluEdim, s. 208).

²¹⁸ “Kişinin maddi ve manevi varlığının koruması hakkı, Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete pozitif ve negatif ödevler yükler.” A.Z.Ö. Başvurusu, 2014/546, 19.12.2017, RG, T 28.02.2018, S 30346, par 62; “Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlüdür” Serpil Kerimoğlu ve diğerleri Başvurusu, 2012/752, 17.09.2013, par 51, Anayasa Mahkemesi, E 2005/151, K 2008/37, 03.01.2008; Anayasa Mahkemesi, E 201058/, K 2011/8, 06.01.2011 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/6/1/2011>) (erişim tarihi 10.03.2022).

²¹⁹ Shue, s. 51.

²²⁰ Shue, s. 51.

²²¹ “Aile hekiminin sevk oranı ile kendisine yapılacak ödeme tutarı arasında bağlantı kuran dava konusu

SMA ve bazı kanser hastalıklarının ilaçlarının) ve aşuların (örn. HPV) ilaç bedelinin SGK tarafından karşılanamaması ve bazı ilaçlara erişimin sağlanamaması sağlık hakkı ihlallerine sebebiyet verebilecek niteliktedir²²².

B. Devletin Sorumluluğunu Sınırlayan Anayasal Norm

Sosyal haklar bakımından ülkemizde yargısal koruma benimsenmiş olsa da Anayasanın 65. maddesi devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların özellikle de sağlık hakkının ileri sürülmesini güçleştirici niteliktedir²²³. Devletin sağlık hakkını sağlama sorumluluğunun sınırı bakımından Anayasanın 65. maddesinin düzenleyici işlevi mali kaynakların kullanılışı ve tahsis önceliği ile ilgilidir. Öncelikler ödevlerin niteliğine göre yorum yoluyla belirlenebilir²²⁴. Anayasa'nın 65. maddesine, 2001 Anayasa Değişikliği Kanunu ile²²⁵ "ekonomik istikrarın korunmasını gözetme" kaydı yerine "bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetme" kaydının getirilmiş olması, kısmi bir iyileştirme olarak değerlendirilebilirse de Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında yargı önünde talep edilebilirlik açısından yeterli açılımı yapamadığı görülmektedir²²⁶.

Sosyal ve ekonomik haklar konusunda devletin yerine getirme yükümlülüğü talep üzerine her durumda her hakkı finanse etme yönünde

düzenleme, ihtiyacı olan kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşmalarını ve bu hizmetlerden gereği gibi yararlanmalarını güçleştirecek öte yandan Devletin kişilerin yaşamını ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak görevini gereği gibi yerine getirmesini zorlaştıracak nitelikte bir düzenleme olduğundan Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır." Anayasa Mahkemesi, E 2005/10 K 2008/63, 21.02.2008, RG, T 07.11.2008, S 27047.

222 Kanser hastalarının bazı ilaç bedellerinin SGK tarafından karşılanması talebiyle açılan davada yerel mahkeme, davacının ödeme gücünün bulunmadığı ve ilaç bedellerinin SGK tarafından karşılanmadığı takdirde tedavide kullanılmayacağı ve bu durumun telafisi mümkün olmayacak hayati tehlikelere yol açacağından bahisle ilaç bedellerinin SGK tarafından karşılanması yönünde ihtiyati tedbir kararı vermiştir. İzmir 9. İş Mahkemesi E. 2021/248. Aynı yönde İzmir 16. İş Mahkemesi, (<https://www.sondakika.com/ekomi/haber-mahkemeden-emsal-niteliginde-karar-sgk-37-bin-14807537/>) (erişim tarihi: 15.05.2022).

223 Oder, Olumlu Edim, s. 210.

224 Sağlam, s. 116.

225 3.10.2001-4709/22 m.

226 Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 29.

mutlak şekilde yükümlülük yüklemesiz²²⁷. Fakat sağlık hakkının en başta yaşam hakkı ve diğer temel haklarla yakın ilişkisi göz önünde tutulduğunda öncelikli olarak korunması gereken haklardan olduğu ortadadır. Dolayısıyla da devletin temelde sağlık hakkını koruma önceliğine uymadan mali kaynaklarını başka alanlara özgülmesi ve kaynak yetersizliğini gerekçe yapması doğru değildir. Bu sebeple 65. madde gereği devlet, sağlık hakkının korunma amacına uygun olarak önceliğini gözetme yükümlülüğü altındadır. Bu noktada sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkı arasındaki ilişki de gündeme gelmektedir. Nitekim sosyal güvenlik hakkının sağlanmadığı ülkelerde maddi güçlük çeken kesimler bakımından sağlık hakkı yararlanılamaz bir hak haline dönüşme riskini taşır²²⁸. Dolayısıyla sağlık hakkı ve koruma alanının mali kaynakların öncelikle tahsis edilmesi gereken alanlardan biri olduğu ortadadır.

Anayasanın 65. maddesi, devletlerin, her durum ve koşulda kaynak yetersizliği gerekçesiyle yükümlülüklerini yerine getirmemesine haklı dayanak teşkil etmez. Çünkü 65. maddede öngörülen sınır devletin önlem alma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamakta ve bu yükümlülüğün öngörülemeyecek şekilde ertelenmesine imkân vermemektedir²²⁹. Devlet, ekonomik olarak güçlüğü düşmüş olsa dahi bu zor durum onu bireyleri sağlık hakkından yararlandırmak için harekete geçme yükümlülüğü bulunmaktadır²³⁰.

Özen prensibi çerçevesinde devletler mevcut kaynaklar dahilinde sağlık hakkını gerçekleştirmek ve gecikme olmaksızın bu yönde adımlar atmak için mümkün olan her türlü çabayı göstermelidir²³¹. Bu sebeple devlet kaynak kısıtlamaları söz konusu olsa dahi bazı yükümlülüklerini gecikmeksizin yerine getirme taahhüdü altındadır. Dolayısıyla da sağlık hakkı kapsamında özel yasal düzenlemeler ve eylem planları geliştirerek, bu haktan tam anlamıyla yararlandırmak için gerekli adımları atmaktadır²³².

²²⁷ Fabre, s. 263, 279; Davis, s. 1025.

²²⁸ Şahbaz, s. 410.

²²⁹ Gülmez, s. 143.

²³⁰ WHO, s. 5.

²³¹ WHO, s. 5.

²³² WHO, s. 5.

Anayasa Mahkemesinin devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklar bakımından tutumu “hak” ile “mali kaynakların yeterliliği” ölçütlerini uyumlaştırma yönündedir²³³. Anayasa Mahkemesi de sağlık hizmet talebini en doğru şekilde karşılamanın devlet için kamusal bir zorunluluk ve sosyal bir devlet olmanın gereği olarak yorumlamış olsa da²³⁴ sağlık hizmetlerine devletçe bir bedelin saptanması ve sağlık hizmeti giderine bireylerin belirli ölçüde katılımı bu hizmetlerin eksiksiz ve yaygın şekilde yerine getirilmesi için zorunluluk olarak değerlendirilmiştir²³⁵. Nitekim AİHM de sağlık güvencesi olan bir şahsın kullandığı ilaç ücretinin belirli bir miktarının kendisi tarafından karşılanması

²³³ Oder, Olumlu Edim, s. 221.

²³⁴ Anayasa Mahkemesi, E 2013/50, K 2015/38, 01.04.2015 RG, T 15.4.2015, S 29327 “... sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dâhil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımı kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.”

²³⁵ Anayasa Mahkemesi, 52/35, 03.04.2007, RG, T 18.03.2008, S 26820. “Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında vurgulandığı gibi, sağlık hizmetlerinin devletçe saptanan bir bedelinin olması, bu hizmetlerin Anayasa’nın öngördüğü düzeyde yerine getirilmesi için zorunludur. Anayasa’nın 65. maddesinde belirtilen mali kaynakların yeterliliği ölçüsü Devleti kimi düzenlemeler yapmak zorunda bırakmaktadır. Anayasa’nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında Devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü olduğu, son fıkrasında da sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabileceği öngörülmüşken, bu maddede Devlete verilen görevin Anayasa’nın 65. maddesinde belirtilen mali kaynakların yeterliliği ölçüsü ile sınırlı olduğu kuşkusuzdur. Diğer taraftan, sağlık yardımları için sigortalıdan katkı payı alınabileceği uluslararası sözleşmelerde de öngörülmüştür. Nitekim “Sosyal Güvenliğin Asgari normlarına İlişkin” Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 102 sayılı Sözleşmesi’nin 10. maddesinde, sağlık yardımından faydalananlar veya bunların aile reislerinin, hastalık halinde yapılacak sağlık yardımı masraflarına iştirak ettirilebileceği, bunun ilgilie ağır bir yük getirmeyecek şekilde tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Avrupa Konseyi çerçevesinde oluşturulan Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesine göre de, korunan kimselerin doğrudan katkıda bulunmaları olanaklıdır. Türkiye, belirtilen iki sözleşmeye de katılarak onaylamıştır. Sağlık hizmetlerinin gerektirdiği tıbbi alet, cihaz ve diğer malzemelerin teknolojik gelişmeler karşısında artan bedellerinin mevcut gelir kaynaklarıyla karşılanmasının zorluğu gözetildiğinde, kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi, bu hizmetin satışı anlamına gelmez. Sosyal Devlet ilkesi gereğince sağlık hizmetlerinden herkesin faydalanmasının gerçekleştirilebilmesi ve sürdürülebilmesi, sunulan hizmete bazı durumlarda katkı yapılmasını zorunlu kılabilir. Bu nedenle sağlık hizmetlerinden herkesin yaygın ve eksiksiz olarak faydalanma amacını gerçekleştirmek için sunulan hizmete katkı sağlanmasını öngören kuralın, sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülemez. Kaldı ki sağlık sigortası dışında kalanlar içinde 3816 ve 4736 sayılı Yasalarda ücretsiz tedaviye ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.”

zorunluluğunun yaşam hakkını ihlal ettiğine ilişkin başvuru, sağlık hizmetinin ekonomik kaynaklara bağlı olması nedeniyle AİHM tarafından kabul edilemez bulunmuştur²³⁶. Anayasa Mahkemesi sağlık alanında yürütülen işlem ve faaliyetlerde önceliklerin ve kaynakların değerlendirilerek pozitif yükümlülüğün kamu otoriteleri üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini vurgulamaktadır²³⁷. Fakat devletin katkısının azaltılıp, haktan yararlananlara ek yükümlülükler getiren düzenlemelerin sağlık hizmetlerine erişim bakımından 56. madde çerçevesinde de değerlendirilmesi gerekmektedir.

VII. Sağlık Hakkının Korunmasına Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'ne göre sağlık hakkı, “insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanma hakkıdır”²³⁸. Sağlık hakkına ilişkin devletin negatif yükümlülüklerinin yanı sıra Anayasa'nın 17. maddesiyle bağlantılı şekilde devletin pozitif yükümlülükleri de gündeme gelmektedir. Bu bağlamda gerek Anayasa Mahkemesi²³⁹ gerekse Danıştay kararlarında²⁴⁰ tüm vatandaşların yaşam haklarının, devlet güvencesi ve onun pozitif yükümlülüğü kapsamı altında koruma altında olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda sağlıklı olma hakkının kişilerin bir kamusal korumaya tabi olduklarını ortaya koyduğu ifade edilmektedir.

²³⁶ Nitecki/Polonya, 65653/1, 21.03.2002 (<https://hudoc.echr.coe.int>) (erişim tarihi: 18.03.2022).

²³⁷ Serpil Kerimoğlu ve diğerleri Başvurusu, 2012/752, 17.09.2013, par 53.

²³⁸ Anayasa Mahkemesi, E 2012/103, K 2013/105, 03.10.2013, RG, T 17.12.2014, S 29208.

²³⁹ Engin Karabaşlar ve Esra Karabaşlar Başvurusu, 2016/4790, 04.07.2019; Dilek Dönmez ve diğerleri Başvurusu, 2015/13090, 12.09.2018; Mehmet Şerif Karakoyun ve diğerleri Başvurusu, 2015/12128, 17.04.2019, RG, T 15.5.2019, S 30775; İlker Başer ve diğerleri Başvurusu, 2013/1943, T 9/9/2015 RG, T 4.11.2015, S 29522; Zeki Kartal Başvurusu, 2013/2803, 21.1.2016; Saadet Ergün ve diğerleri Başvurusu, 2013/4194, 14.10.2015 RG, T 3.12.2015, S. 29551; Birgül İçin ve diğerleri Başvurusu, 2014/200, 8.2.2018 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>) (erişim tarihi: 05.01.2022).

²⁴⁰ Danıştay 15 D, 1241/7019, T 18.10.2018; Danıştay 15 D, 9326/6067, T 26.06.2018; Danıştay 15 D, 8367/1190, 06.02.2018; Danıştay 10 D, 9164/832, 01.03.2011; Danıştay 15 D, 2124/665, 14.02.2017; Danıştay 15 D, 4526/3551, 16.05.2016 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 20.05.2022).

Anayasa Mahkemesinin kararlarında toplumsal yaşamın zorunlu ihtiyaçlarından olması ve bununla birlikte düzenlilik ve süreklilik gerektirmesi nedenleriyle sağlık hizmeti kamu hizmeti²⁴¹ olarak nitelendirilmekle birlikte²⁴² Anayasa'nın 56. maddesine ilişkin yorumunda sağlık alanında devletin yükümlülüklerine işaret edilmiştir. *Anayasa'nın 56. maddesinin 3., 4. ve 5. fıkraları yine devlete, kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak için sağlık kuruluşlarının hizmetlerini, düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler yüklemiştir. Anlaşılmaktadır ki, devlet, kişilerin yaşamlarını sağlıklı biçimde sürdürmeyi sağlamak amacını çeşitli sosyal güvenlik kuruluşları ile gerçekleştirecektir. Devlet için bir görev, kişiler için de bir hak olan bu amaç gerçekleştirilken bu hakkı sınırlayıcı, bu haktan yararlanmayı zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'nın 56. maddesine de aykırıdır*²⁴³.

Tıbbi müdahalelerde bireylerin sağlığının zarar görmesi nedeniyle açılan tazminat davalarının reddi dolayısıyla özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları Anayasa Mahkemesi, Anayasa madde 17/I yönünden incelemektedir²⁴⁴. AİHM de sağlık hizmetleri alanında yürütülen faaliyetleri devletin yaşam hakkını koruma kapsamında pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi adli ve idari yargı mercilerinin etkililiğine ilişkin iddiaları da adil yargılanma hakkı kapsamında değil, 17. madde çerçevesinde devletin pozitif yükümlülükleri temelinde ele almıştır. Ayrıca etkili bir yargısal sistem kurmanın usule ilişkin pozitif yükümlülük olduğunu belirtmektedir.

²⁴¹ Anayasa Mahkemesi kararlarında kamu hizmeti kavramı için bkz. Turgut Tan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, (1991) 8 Anayasa Yargısı Dergisi ss. 233-252.

²⁴² "... kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir." Anayasa Mahkemesi, E 2004/114, K 2007/85, 22.11.2007; Anayasa Mahkemesi, E 2005/145, K 2009/112, 23.07.2009 (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 02.02.2022).

²⁴³ Anayasa Mahkemesi, E 1990/27, K 1991/2, T 17.01.1991, RG, T 19.08.1991, S 20965.

²⁴⁴ Hasan Tahsin Gökcan, 'Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması' (Ed) Özge Yücel, Gürkan Sert Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları (2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2021), s. 178.

Sağlık hizmetleri alanında devletin pozitif yükümlülüklerini değerlendiren, Anayasa Mahkemesi AİHM'e paralel şekilde, tıbbi müdahale ve ihmal suretiyle meydana gelen ölüm yahut yaralama olaylarında kamusal makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek, riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda pozitif yükümlülüklerin ve buna bağlı olarak yaşam hakkının ihlalinin söz konusu olacağı kanaatinde²⁴⁵. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin sağlık hakkını 17. madde ile bağlantılı olarak ele alıp, bu hususta devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği değerlendirmesi yapması yerindedir. Fakat kanaatimizce sağlık hakkı, ihlali durumunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna doğrudan konu edilebilecek haklar arasında yer almasa da koruma alanı ve diğer kişisel haklarla sıkı ilişkisi gözetildiğinde, daha etkili şekilde korunması için doğrudan bireysel başvuru yoluna konu edilebilmelidir. Ayrıca Anayasa'da korunan haklar arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin tüm haklar için bireysel başvuru yolunun açık olması hak arama hürriyetinin de gereğidir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında AİHM kararlarıyla aynı doğrultuda²⁴⁶ sağlık alanında yürütülen faaliyetler çerçevesinde kamusal makamların hem özel kişilerin hem de kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yönünde pozitif yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir²⁴⁷. Kişilerin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlike, tehdit ve şiddetten korumak devletin yükümlülüğüdür²⁴⁸.

²⁴⁵ Saadet Ergün ve diğerleri Başvurusu, 2013/4194, 14.10.2015 RG, T 3.12.2015, S 29551; Hamdullah Aktaş ve diğerleri Başvurusu, 2015/10945, 19.07.2018, RG, T 5.10.2018, S 30556; Bircan Çelik ve Meryem Çelik Başvurusu, 2015/8572, 12.09.2018 (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 02.02.2022).

²⁴⁶ Calvelli ve Ciglio/İtalya, 32967/96, 17.1.2002, par 49, Sevim Güngör/Türkiye, 75173/01, 14.4.2009 (https://hudoc.echr.coe.int) (erişim tarihi: 18.03.2022).

²⁴⁷ Turgay Çamlı Başvurusu 2012/1266, 17.9.2014 RG, T 5.11.2014, S 29166, par 38; Serpil Kerimoğlu ve diğerleri Başvurusu, 2012/752, 17.9.2013, par 51; İlker Başer ve diğerleri, 2013/1943, 09.09.2015, par. 44; Anayasa Mahkemesi, E 1999/68, K1999/1, KT 6.1.1999, (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 02.02.2022); Danıştay 15 D, 7136/413, 30.01.2015 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi 20.05.2021).

²⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, E 2005/151 K 2008/37, T 3.1.2008; E 2010/58, K 2011/8, T 6.1.2011; Serpil Kerimoğlu ve diğerleri Başvurusu, 2012/752, 17.9.2013, par 51 (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 02.02.2022).

Danıştay'ın konu ile kararlarının birçoğunda da AİHS'e ve AİHM kararlarına atıf yapıldığı görülmektedir²⁴⁹. Kararlara göre "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin devlete yüklediği pozitif yükümlülükler, devlet tarafından, özel ya da kamu hastanelerine hastaların yaşamını koruyacak nitelikteki tedbirleri alma zorunluluğu getiren yasal ve düzenleyici çerçevenin konulmasını gerektirmektedir. Bu yükümlülük, hastaları, tıbbi müdahalelerin bu bağlamda meydana getirebileceği ağır sonuçlardan mümkün olabildiğince koruma gerekliliğine dayanmaktadır"²⁵⁰

Anlaşıldığı üzere devletin kişinin sağlığını koruma yükümlülüğü, özel kişilerin eylemlerini denetlemek suretiyle ihlali önlemek doğrultusunda ön plana çıkmaktadır. Nitekim sağlık alanında koruma yükümlülüğü çerçevesinde devletin sorumluluk sınırını çizen yargı kararları da bu yöndedir²⁵¹. Fakat bunun yanı sıra kamu personellerinin bizzat sebep olduğu eylemler de koruma yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmektedir. Zira Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir. Örneğin, sağlık hakkına haksız müdahalelerin resmi görevliler tarafından gerçekleşmesi durumunda kişilerin uğradığı zararın devlet tarafından karşılanması yükümlülüğü söz konusudur²⁵². Bu bağlamda kişilerin sağlık hakkına yönelen ihlallerden doğan maddi ve manevi zararlarını karşılama devletin düzeltici koruma yükümlülüğü kapsamında yer almaktadır. Öte yandan idarenin mali sorumluluğuna işaret eden bu düzenleme hukuk devletinin de bir gereğidir. Sağlık hizmetinin sağlanmasında yeterli özenin ve ehemmiyetin gösterilmemesi ise idarenin hizmet kusurunu teşkil etmektedir²⁵³. İdarenin sağlık hizmetini yükümlülüklerine uygun şekilde ifa etmemesi durumunda hizmetin

²⁴⁹ Codarcea/Romanya, 31675/04, 02.06.009 (<https://hudoc.echr.coe.int>) (erişim tarihi: 18.03.2022).

²⁵⁰ Danıştay 15 D, 2194/6549 2.10.2018; Danıştay 15 D, 9326//6067, 26.06.2018; Danıştay 15 D, 12134/3308, 03.04.2018, Danıştay 15 D, 13008/3265, 03.04.2018; Danıştay 15 D, 2124/665, 14.02.2017 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 05.02.2002).

²⁵¹ Bu yönde bkz. Danıştay 15 D, 4526/3551, 16.05.2016 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 05.02.2002).

²⁵² Eren, s. 140.

²⁵³ İdarenin sağlık hizmetinden doğan hukuki sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Çınarlı, *İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu* (Orion Yayıncılık 2013).

kötü işlemesi söz konusu olmaktadır. Bu hususta sağlık çalışanlarının sorumluluğuyla ilgili hukuki belirsizliğin sürdüğü ve etkin yargılama sisteminin de henüz geliştirilemediği görülmektedir²⁵⁴. Nitekim içtihat-
larda görüldüğü üzere tıbbi ihmal ve müdahalelerden doğan davaların
uzun sürmesi²⁵⁵ gibi idari yargı alanındaki yapısal sorunlar sağlık alanın-
da ihlallerin etki alanının genişlemesine sebebiyet vermektedir.

Özetle, sağlık hakkının bireysel başvuru yolunda korunmasında en yoğun şekilde sağlık hizmeti nedeniyle yaşama hakkı ihlali iddiaları gündeme gelmektedir. Ayrıca işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağ-
daşmayan muamele yaşağının²⁵⁶, özel hayata ve aile hayatına saygı hak-
kının²⁵⁷ ve adil yargılanma hakkının ihlali iddiaları²⁵⁸ da gündeme gelen diğer önemli konulardır.

SONUÇ

Klasik liberal görüşler çerçevesinde sosyal hakların dava edilebilir-
liği sorunu sıkça tartışılrsa da sağlık hakkının insan onuru ve diğer temel
haklarla yakın ilişkisini göz önünde bulundurduğumuzda, dava edile-
mezliği tezini savunmak yerinde değildir. Çünkü sağlık hakkının kap-
samı ve diğer temel haklarla ilişkisi, bu hakkın hem kamu otoritelerinin
hem de özel kişilerin eylemlerine karşı yargı yoluyla korunmasının ne
denli önemli ve kaçınılmaz olduğunu ortaya koymaktadır. Sağlık hakkı,
bireysel başvuru yolunda diğer haklarla bağlantılı şekilde koruma alanı
bulsa da, bireylerin maddi ve manevi bütünlüğüne bölünmeyecek suret-

²⁵⁴ Karakul, s. 182-183.

²⁵⁵ Anayasa Mahkemesi tıbbi ihmal ve hatalara ilişkin tam yargı davalarında yedi yıl ve üzeri süren yargı-
lamalarda makul olmayan bir gecikmenin olduğu kanısına ulaşmıştır. Bkz. Naime Bayracı Başvurusu,
2013/7017 8.9.2014; Melahat Sönmez Başvurusu, 2013/7528, 9.9.2015, RG, T 22.10.2015, S 29510;
Melik Uzun Başvurusu, 2013/8905, 8.9.2014 (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 02.02.2022).

²⁵⁶ Turan Günana Başvurusu, 2013/3550, 19.11.2014, RG, T 07.03.2015, S 29288.

²⁵⁷ Binali Özkaradeniz ve diğerleri Başvurusu, 2014/4686, 01.02.2018, RG, T 04.05.2018, S 30411.
“Başvurucuların ikamet ettiği bölgede belediyece öngörülen sürede su arıtma tesisi inşaatının tamamlama-
namaması nedeniyle uğramış oldukları zararların tazmini amacıyla açtıkları davanın makul bir gerekçe
olmadan reddi özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ihlal eder.”

²⁵⁸ Ahmet Acartürk Başvurusu, 2013/2084, 15.10.2015 (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 02.02.2022).

te değer atfedilmesi gerektiğinden ve sağlık hakkının daha etkin korunması ve somutlaşması için dava edilebilirlik özelliğinin doğrudan kendisine özgülmesi yerinde olacaktır.

Sağlık hakkının insan haklarının bütünlüğü/bölünmezliği ve Anayasanın bütünselliği ilkelerine dayanarak dava edilebilir nitelikte olduğunu savunmak, sosyal bir hak olarak sağlık hakkının uygulamada da korunmasının önünü açacaktır. Nitekim sosyal hakların ancak yargı yoluyla korunması ile birlikte toplumsal eşitsizlikler giderilerek sosyal adalet gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda ekonomik ve sosyal hakların, kişisel ve siyasal haklardan doğaları, nitelikleri, düzenleniş biçimleri yahut bu haklardan yararlanılmasında kullanılan araçların farklılığı sebebiyle keskin bir ayrıma gidilerek, ikincil önem atfedilmesi ve geri plana itilmesi doğru değildir. Dolayısıyla da sağlık hakkının korunmasında devletin sorumluluğu belirlenirken bu hakkın nitel özelliklerinden öte bu hakkın içeriğinde korunan tümel hukuki menfaatler nazara alınarak değerlendirilmede bulunulmalıdır.

Sağlık hakkı kapsamında kamu otoritelerinin yükümlülüklerini yerine getirmesinde devletin sosyal ve kültürel politikalarının yanı sıra malî politikaları büyük rol oynamaktadır. Bu bağlamda devletin pozitif edimini içeren sosyal haklar bakımından Anayasanın 65. maddesinde düzenlenen “mali kaynakların yeterliliği” ölçütü sağlık hakkının ileri sürülmesini bir ölçüde güçleştirse de “amaca uygun öncelik” ölçütü kapsamında sağlık hakkı ayrı değerlendirilmelidir. Çünkü sağlık hakkının en başta yaşam hakkı ve diğer temel haklarla yakın ilişkisi göz önünde tutulduğunda her koşulda öncelikli olarak korunması gerektiği açıktır. Sosyal ve ekonomik haklar bakımından devletin her hakkı, her durumda, koşulsuz ve eksiksiz şekilde finanse etme yönünde mutlak bir yükümlülüğü olmasa da sağlık hakkını koruma önceliğine uymadan mali kaynaklarını başka alanlara özgüleyerek, ekonomik kaynak yetersizliğini gerekçe yapması yerinde değildir. Bu çerçevede özellikle kanser, SMA gibi hayati risk taşıyan hastalıkların ilaç bedelleri ile bazı hastalıkların önlenmesine yönelik aşı bedellerinin karşılanmasına ilişkin ivedilikle politikalar geliştirilmelidir.

Bibliography/Bibliyografya

Akbulut SU, Akbulut E 'BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. Maddesi Çerçevesinde Sağlık Hakkı ve İdarenin Sorumluluğu', (2010/86) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, ss. 261-279.

Alexy R, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press 2010).

Algan B, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Seçkin 2007).

Anayurt Ö, 'Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi', *Türkiye'de İnsan Hakları* (TODAİE 2000), ss. 47-58.

Arslan KO, 'Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı', (2015) 19 (1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 35-59.

Aybay R, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye (1945-1948)* (İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2016)

Aybay R, *İnsan Hakları Hukuku*, (2. Baskı İstanbul Bilgi Ü. 2015).

Bozkurt E, 'İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı' *Sağlık Hukuku Kullantı* (Ankara Barosu 2007), ss. 13-17.

Bulut N, 'Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağı'na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış' (2008) 12 (3) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1-12.

Bulut N, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar* (On İki Levha Yayıncılık 2009) (Sosyal Haklar)

Chapman AR, 'Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach', (1998) 65 (2) *Tennessee Law Review*, ss. 389-418.

Cross FB, 'The Error of Positive Rights' (2001/48) *UCLA Law Review*, ss. 858-923.

Davis DM, 'Socio- Economic Rights'(Ed) Michel Rosenfeld, András Sajó *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford 2012).

Duymaz Erkan; 'Çocuk Haklarına San Jose'den Bir Bakış: Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çocuğun Korunması ve Çocuk Hakları', *Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları, Sosyal Haklar* (TODAİE 2014) , ss. 133-152.

Donnelly J, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, (Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut) (Yetkin Yayınevi 1995).
Er Ü, *Sağlık Hukuku*, (Savaş Yayınları 2008).

Eren A, *Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, (Turhan Kitabevi 2007).

Ertan İM, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı*, (Legal Yayıncılık 2012).

Fabre C, 'Constitutionalising Social Rights' (1998) 6 (3) *The Journal of Political Philosophy*, ss. 263-284.

Fredman S, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties* (Oxford 2008).

Fura, E, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında Aile İçi Şiddet', (Ed) Ahmet Taşkın *50. yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye*, (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2009) , ss. 72-79.

Harris D., O'Boyle M, Warbrick, CM, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Second Edition Oxford University Press 2009).
Jamar SD, 'The International Human Right to Health', (1994/22) Southern University Law Review, ss. 1-68.

Gemalmaz MS, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, (Genişletilmiş 2. Baskı Legal Yayınevi 2012).

Gökcan HT, 'Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması' (Ed) Özge Yücel, Gürkan Sert *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021), ss. 155-190.

Gören Z, 'Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi', (1997/14) Anayasa Yargısı Dergisi, ss. 89-153.

Gözler K, 'İnsan Hakları Normlarının Anayaüstülüğü Sorunu' (2000) *Türkiye'de İnsan Hakları*, ss. 25-46.

Göztepe E, *Anayasa Şikâyeti* (AÜHF Yayınları 1998).

Gülmez M, 'Türkiye'de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa'da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar' (Ed) İbrahim Kaboğlu, *Anayasal Sosyal Haklar* (Legal Yayıncılık 2012), ss. 117-156

Kaboğlu İÖ, 'Anayasa'da Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları' (Ed) İbrahim

Kaboğlu, *Anayasal Sosyal Haklar* (Legal Yayıncılık 2012), ss. 15-34.

Kaboğlu İÖ, *Özgürlükler Hukuku* (6. Baskı, İmge Kitabevi 2002) (Özgürlükler Hukuku).

Kaboğlu İÖ, ‘İnsan Hakları Belgeleri ve Koruma Mekanizmaları’ *İnsan Hakları Konferansları* (Ankara Barosu Yayınları 2006), ss. 199-232. (İnsan Hakları).

Kalabalık H, *İnsan Hakları Hukuku* (4. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015).

Kanadoğlu K, ‘Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar’, (2015/19) *TBB Dergisi*, ss. 11-35.

Kanadoğlu K/Kutluhan B, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Hukuk Ekseninde Sağlık Hakkı’, *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020), ss. 575-594.

Kanadoğlu K/Kutluhan B, *Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AİHM İçtihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı* (On iki Levha Yayıncılık 2021). (Sağlık Hakkı).

Kapani M, *Kamu Hürriyetleri* (7. Baskı, Yetkin Yayınları 1993).

Karakul S, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı– II’, (2017) 4 (1) *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ss. 17-58.

Klatt M, ‘Positive rights: Who decides? Judicial review in balance’, (2015) 13 *I-CON*, ss. 354-382.

Koch IE, ‘The Justiciability of Indivisible Rights’, (2003) 72 (1) *Nordic Journal of International Law*, ss. 3-39.

Kuçuradi İ, *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları* (2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu 2011).

Khosla M, ‘Making Social Rights Conditional: Lessons from India’, (2010) 8 *Int’l J. Const. L.*, ss. 739-765.

Memiş E, *Anayasaya Uygun Yorum*, (Filiz Kitabevi 2007).

Mowbray AR, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (Human Rights Law in Perspective)*, (Hart Publishing 2004).

Oder BE, ‘Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar’, (2008/1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 199-231. (Olumlu Edim).

Oder BE, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri* (Beta Yayınevi 2010).

Payne M, ‘Henry Shue on Basic Rights’ (2008) 9 (2) *Essays in Philosophy A Biannual Journal*, ss. 1-8.

Özsoy Boyunsuz Ş, ‘İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı’, (2014) 4 (124) *Güncel Hukuk*.

Pekel A, *Aile hayatına Saygı Hakkı* (Liberte Yayınları 2016).

Piovesan F, ‘Social, economic and cultural rights and civil and political rights’ (2004) 1 (1) *Sur International Journal on Human Rights*, ss. 20-45.

QC Singh, R, ‘Using Positive Obligations in Enforcing Convention Rights’ (2008) Hart Judicial Review Conference, ss. 94-100.

Sağlam F, ‘İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin BM’de Kabulünün 60. Yıldönümünde Sosyal Haklar’ *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 60. Yılında İnsan Hakları* (Maltepe Üniversitesi Yayınları 2011).

Shue H, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, (Second Edition, Princeton University Press 1996).

Şahbaz İ, 'Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı', (2009) 22 (86) *TBB Dergisi*, ss. 405-423.

Şirin T, 'Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)' *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu VI. Anadolu Üniversitesi 13-14 Kasım 2014 Bildiri Kitabı* (Petrol İş Yayınları İstanbul 2014), ss. 341-366.

Şimşek O, *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması* Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1999).

Tahmazoğlu Üzeltürk, S, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı* (Legal Yayıncılık 2012).

Tanör B, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* (May Yayınları 1978).

Temiz Ö, 'Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı', (2014) 69 (1) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, ss. 165-188.

Uyar L, *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları*, (1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2006).

Uygun O, *Devlet Teorisi* (On İki Levha Yayıncılık 2014).

Willis FM, 'Economic Development, Environmental Protection, and the Right to Health' 1996/9) *The Georgetown Int'l Environmental Law Review*, ss. 195-220.

Yolcu S, *Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması* (Seçkin Yayınları 2018).

Yücel Dericiler, Ö, ‘AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması’, *VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyum Kitabı* (Petrol İş 2014), ss. 367-384. (Sağlık Hakkı)

Yücel Dericiler Ö, *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme* (On İki Levha Yayıncılık 2014). (Sosyal Haklar).

Yüzer Eltimur D, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayat ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri* (On İki Levha 2019).

Zengin N, Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu, 2020 1 (1) Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, ss. 44-52.

İnternet Kaynakları

Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, Strasbourg, 9.XI.1995 (<https://rm.coe.int/168007cdad>) (erişim tarihi: 03.01.2022).

CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) (<https://www.refworld.org/pdfile/4538838d0.pdf>) (erişim tarihi: 15.04.2022)

Nygren-Krug H, *25 Questions and Answers on Health and Human Rights, Health & Human Rights Publication Series* (2002/1 World Health Organization, 1-32 (<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42526/9241545690-eng.pdf>) (erişim tarihi: 05.02.2022).

Rubenson B,, *Health and Human Rights* (Swedish International Development Cooperation Agency 2002) 1-24 (<https://silo.tips/download/health-and-human-rights-4>) (erişim tarihi: 07.02.2022).

World Health Organization, The Fact Sheet No. 31, Right to Health, (<https://www.refworld.org/docid/48625a742.html>) (erişim tarihi: 20.05.2022).

<https://rm.coe.int/constitution-of-the-russian-federation-en/1680a1a237> (erişim tarihi 10.04.2022).

(https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-03/20190304_charter_environnement_0.pdf) (erişim tarihi 10.04.2022).

(<https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1999/404/20210101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-1999-404-20210101-en-pdf-a.pdf>) (erişim tarihi 10.04.2022).

(www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 10.02.2022).

(<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>) (erişim tarihi: 10.02.2022).

(<https://hudoc.echr.coe.int>) (erişim tarihi: 10.02.2022).

MAKALELER

■ Prof. Dr. Vural SEVEN* ■

TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 1427. MADDESİNİN 3. FIKRASI KAPSAMINDA SİGORTACIDAN TALEP EDİLEN AVANS ÖDEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

THE LEGAL NATURE OF THE ADVANCE PAYMENT DEMANDED FROM THE INSURER ACCORDING TO
THE ARTICLE 1427/3 OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1427 f. 3'te sigortacının tazminat için avans ödeme yükümlülüğüne ilişkin esaslar düzenlenmektedir. İlgili hükümde, sigortacının edimine ilişkin araştırmaların gecikmesi sonucu tazminat alacağına kavuşamayan sigorta ettirene/sigortalıya, sigortacıdan avans talep etme hakkı tanınmaktadır. Hükmün gerekçesinde ise, avans ödemesiyle sigorta ettirenin/sigortalının mağduriyetinin bir an önce giderilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Ancak sigortacıdan avans talep etme hakkının şartlarına veya avans ödemesinin hukuki niteliğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Gerçekleşen riziko nedeniyle mağdur durumda bulunan sigorta ettiren/sigortalı için tazminat alacağının önemi gözetildiğinde, sigorta ettirenin/sigortalının menfaatinin etkin ve ivedilikle korunmasına yarayan avans ödemesine ilişkin söz konusu hususların netleştirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avans ödemesi, geçici ödeme, sigorta tazminatı, geçici hukuki koruma, ihtiyati tedbir.

ABSTRACT

Article 1427 clause 3 of Turkish Commercial Code, Act No. 6102 sets out the principles regarding the insurer's obligation to pay advances for compensation. In the relevant provision, the policyholder/insured, who cannot obtain compensation due to the delay in the investigations regarding the performance of the insurer, is entitled to demand advance payment from the insurer. In the justification of the provision, it is stated that the advance payment is aimed at eliminating the grievances of the policyholder/insured as soon as possible. However, there is no clarity regarding the terms of the right to demand advance payment from the insurer or the legal nature of the advance payment. Considering the importance of compensation for the policyholder/insured who has suffered due to the risk realized, the mentioned issues regarding the advance payment, which serves to protect the interests of the policyholder/insured effectively and promptly, should be clarified.

Keywords: Advance payment, provisional payment, insurance compensation, temporary legal protection, preliminary injunction.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 07.05.2022 Kabul Tarihi: 21.08.2022

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8241-3196>

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, seven@tau.edu.tr,

I. SİGORTA HUKUKUNDA TAZMİNAT İÇİN AVANS ÖDEMESİ

A. Genel Olarak

Sigortacı ve sigorta ettiren, aralarında akdettikleri sigorta sözleşmesiyle karşılıklı birtakım borç ve yükümlülükler altına girmektedir. Söz konusu borç ve yükümlülüklerden sigortacı açısından en önemli olanı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”)¹ m. 1427’de öngörülen tazminat ödeme borcudur. Sigortacının tazminat ödeme borcunu yerine getirebilmesi için, sırasıyla sigorta teminatı kapsamına alınan riziko konusu olayın gerçekleşmesi, rizikoya ilişkin gerekli belgelerin sigortacıya sunulması ve sigortacının edimine ilişkin araştırmaların tamamlanması gerekmektedir². Hüküm uyarınca, tazminat ödeme borcu, ilgili araştırmaların sona ermesiyle ve her halde TTK m. 1446’ya uygun yapılacak ihbarın ardından zarar sigortalarında kırk beş gün, can sigortalarında on beş gün geçmesiyle muaccel hale gelmektedir³. Ancak, araştırmaların sigortacının kusuru olmaksızın geciktiği hallerde⁴, tazminat ödeme borcunun muacceliyetine ilişkin ilgili üst süreler işlemeyecek, dolayısıyla sigortacıdan tazminat talep edilemeyecektir.

¹ Kabul Tarihi: 13.01.2011; Resmî Gazete: 14.02.2011/27846.

² Rayegan Kender, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş On İkinci Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 316 vd.; Samim Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C.I. Genel Hükümler, (Madde 1401-1452), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 275 vd.; Aslıhan Sevinç Kuyucu, “Zarar Sigortalarında Sigortacının Ödeme Yükümlülüğü ve Sınırları”, Sigorta Hukuku Sempozyumları, Editör: Samim Ünan, Emine Yazıcıoğlu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 44 vd.; Mustafa Çeker, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, 23. Bası, Adana, Karahan Kitabevi, 2021, s. 83 vd.; Ali Haydar Yıldırım, Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti (TTK 1427), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 105 vd.; Emine Yazıcıoğlu, Zehra Şeker Öğüz, Sigorta Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s.160 vd.

³ Can sigortaları için belirtilen üst sürenin zarar sigortalarından farklı olmasının nedeni hükmün gerekçesinde “can sigortalarında ise araştırma yapılacak şeylerin kapsamının daha dar ve zarar sigortasına göre daha net olması” olarak gösterilmiştir.

⁴ Hükümde yer alan “sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı” ifadesi yerine “Sigorta ettirene yüklenebilecek sebeplerin varlığı halinde” ifadesinin daha uygun olacağı hususunda bkz. Ünan, Genel Hükümler, s. 285; Sevinç Kuyucu, a.g.e., s. 51.

Tazminat alacağına kavuşamayan sigorta ettirenin⁵, hâlihazırda gerçekleşmiş olan riziko sebebiyle mağdur olmasının üstüne, bir de araştırmaların sona ermesine kadar bekleyecek olması, kendisi için ekonomik olarak çekilmez bir hal alabilecektir. Özellikle büyük çapta gerçekleşen riziko olaylarında araştırmaların tamamlanması süreci aylara hatta yıllara yayılabilmektedir. Oysaki sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi yapmasındaki asıl amacı, uğradığı zararının “bir an önce” telafi edilmesini ve mağduriyetinin doğmamasını sağlamaktır⁶. Bu kapsamda, sigorta ettirenin menfaatinin korunması amacıyla TTK m. 1427 f. 3'te, sigorta ettirene sigortacıdan tazminat için avans ödemesi talep etme hakkı tanınmaktadır.

TTK m. 1427 f. 3 uyarınca, sigortacının edimine ilişkin araştırmaların, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbardan itibaren başlayan üç aylık süre içerisinde tamamlanmaması halinde, sigortacının avans ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Hükme göre avans tutarı, tarafların anlaşmasıyla veya anlaşmazlık halinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre tespit edilen hasar miktarı veya bedelin en az yüzde ellisi olarak belirlenebilecek ve tazminattan veya bedelden mahsup edilmek üzere ödenecektir.

⁵ Sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi ile kendi menfaatini veya üçüncü bir şahsın menfaatini sigorta ettirmesi mümkündür. Sigorta ettirenin kendisine ait menfaati teminat altına almak için sigorta sözleşmesi akdetmesi halinde “kendi hesabına sigorta”, kendisinden başka bir şahsa ait menfaati sigorta ettirmesi halinde ise “başkası hesabına sigorta” gündeme gelir. Kendi hesabına sigortanın söz konusu olduğu hallerde sigorta ettiren aynı zamanda sigortalı konumundadır. Başkası hesabına sigortanın mevcut olduğu hallerde ise sözleşmeden doğan haklar, menfaati sigortalanan şahsa, yani sigortalıya ait olacaktır (bkz. Yazıcıoğlu, Şeker Öğüz, a.g.e., s. 83-84).

Dolayısıyla tazminat için avans ödemesini talep hakkı kendi hesabına sigortada sigorta ettirene, başkası hesabına sigortada ise sigortalıya aittir. Bu nedenle çalışmamızda geçen “sigorta ettiren” ifadeleri, başkası hesabına sigorta bakımından “sigortalı” şeklinde okunmalıdır. Hayat sigortalılarında ise sigortadan yararlanacak olan şahıs lehtar olduğundan (bkz. Yazıcıoğlu, Şeker Öğüz, a.g.e., s. 85) ve sigortacıdan edimi istem ve tahsil yetkisi kural olarak lehara ait olduğundan (TTK m. 1493/7), çalışmamızda geçen “sigorta ettiren” ifadeleri, hayat sigortalı bakımından da “lehtar” şeklinde okunmalıdır.

⁶ Hükümün gerekçesinde bu husus “Tazminat veya can sigortalı bakımından bedel ödemesi için tüm bilgi ve belgeler sigortacıya verilmiş olmakla birlikte incelemeler bitirilememiş olabilir. Ancak, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesini yaparken de amacı zararının bir an önce telafi edilmesi ve karşılaştığı tehlikeden dolayı herhangi bir mağduriyetinin doğmamasıdır. Bu durumda da sigorta ettirenin menfaati korunması gerekeğinden madde ile sigortacıya ödenecek tazminat veya bedelden mahsup edilmek üzere avans verme mecburiyeti getirilmiştir” şeklinde belirtilmektedir.

B. Tazminat İçin Avans Ödemesinin Şartları

1. TTK m. 1446 Uyarınca Rizikonun Gerçekleştiğinin İhbar Edilmesi

Sigortacıdan tazminat için avans ödemesi talep edilebilmesi için ilk olarak rizikonun gerçekleştiği bilgisinin kendisine iletilmesi şarttır. Gerek tazminat ödemesi gerek tazminat için avans ödemesi bakımından TTK m. 1427’de belirtilen ilgili sürelerin başlaması, söz konusu ihbarın yapılmış olmasına bağlıdır⁷. İhbar, hüküm içerisinde yer verilen atıf gereği TTK m. 1446’ya uygun olarak yapılacaktır⁸. Buna göre, sigorta ettiren rizikonun gerçekleştiğinin öğrenmesi halinde gecikmeksizin sigortacıya bu durumu bildirmelidir⁹. Sigortacı rizikonun gerçekleştiğinin ihbar edilmesi üzerine edimine ilişkin araştırmaları başlatabilecek ve menfaati için gerekli hallerde koruma tedbirleri alabilecektir¹⁰.

İhbarın şekline ilişkin hükümde açık bir düzenlemeye yer verilmediği için yazılı veya sözlü yapılması mümkündür¹¹. Burada önemli olan husus, ihbarın gecikmeksizin yapılmasıdır. Bu bakımdan, sigorta ettirenin ihbar görevi kapsamında rizikonun gerçekleşme sebebi, zamanı, yeri ve sonuçlarına ilişkin bilgileri genel hatlarıyla sigortacıya iletmesi

⁷ Sevinç Kuyucu, a.g.e., s. 50.

⁸ Sorumluluk sigortaları bakımından uygulanacak hüküm TTK m. 1475 olup, buna göre sigortalının kendisine yöneltilen istemi aksi öngörülmedikçe derhal sigortacıya bildirmesi gerekecektir.

⁹ Yazıcıoğlu, Şeker Öğüz, a.g.e., s. 154; Yıldırım, a.g.e., s. 273; Theo Langheid, Roland Rixecker, VVG-Versicherungsvertragsgesetz mit EGVVG und VVG-InfoV, 6. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, 2019; Theo Langheid, Manfred Wandt, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1: §§ 1-99, VVG-InfoV, 2. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, 2016 §14, Nr.15.

¹⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Kender, a.g.e., s. 298 vd.; Ünan, Genel Hükümler, s. 502; Şaban Kayıhan, Habib Yıldız, “Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü”, HKÜHFD, 2018, S.15, s. 19; Yıldırım, a.g.e., s.274; Şaban Kayıhan, Özcan Günergök, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 5. Bası, İstanbul, Umuttepe Yayınları, 2020, s. 223; Ernst Bruck, Hans Möller, Versicherungsvertragsgesetz Grosskommentar, Erster Band- Einführung §§ 1-32, 9. Aufl., Berlin, De Gruyter, 2008 § 30, Nr. 3; Wilfried Riffer, Dirk Halbach, Peter Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, 4. Aufl., München, Nomos, 2020, § 30, Nr. 1.

¹¹ İhbarın yazılı olarak yapılmasının ispat kolaylığı sağlaması açısından daha uygun olacağına ilişkin bkz. Yıldırım, a.g.e., s. 317; İrem Aral Endeleklioğlu, “Tarafların Yükümlülükleri”, Sigorta Davaları, Editör: Mustafa Topaloğlu, Mutlu Dinç, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.158; Ali Ayli, İnşaat Bütün Riskler Sigortasında Riziko, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 281.

yeterlidir. Ancak sigortacının talep etmesi halinde sigorta ettiren ilgili hususlara ilişkin ayrıntıları da içeren bilgi ve belgeleri de vermekle görevli olacaktır¹².

2. İhbar İtibariyle Üç Aylık Sürenin Geçmesi

Sigorta teminatı kapsamında yer alan rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın yapılmasının ardından başlayan araştırmaların, üç aylık süre içerisinde tamamlanamaması halinde, sigortacıdan tazminat için avans talep edilebilecektir. Hükümde sürenin üç ay olarak belirtilmesi, bu süre öncesinde sigorta ettirenin avans talep edemeyeceğine işaret etmektedir¹³. Bununla birlikte, tarafların ilgili süre dolmadan avans ödeneceğini kararlaştırmaları önünde bir engel yoktur. Bu yönde yapılacak bir anlaşma sigorta ettiren lehine bir değişiklik arz etmektedir. Ancak ilgili sürenin taraflar arasında üç aydan daha fazla olarak belirlenmesi mümkün değildir. Zira TTK md. 1452 f.3 gereği, tazminat için avans ödemesine ilişkin hükümler sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyecek, aksi takdirde yapılan değişiklik geçersiz kabul edilecek ve bunun yerine ilgili Kanun hükümleri uygulanacaktır¹⁴.

3. Üç Aylık Süre İçerisinde Araştırmaların Tamamlanamaması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”)¹⁵ m. 90 uyarınca bir borcun doğduğu anda muaccel olması esastır. Ancak girilen hukuki ilişkiye

¹² Haydar Arseven, Sigorta Hukuku, İstanbul, BETA, 1987, s. 142; Kayıhan, Günergök, a.g.e., s. 224; Ünan, Genel hükümler, s. 502; Yıldırım, a.g.e., s. 280; Dirk Looschelders, Petra Pohlmann, VVG- Versicherungsvertragsgesetz, 3. Aufl., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2017, §30, Nr.16; Ansgar Staudinger, Wolfgang Halm, Domenik Wendt, Versicherungsrecht Kommentar, 2. Aufl., Neuwied, Luchterhand, 2017, §30, Nr.8.

¹³ Avans talep edilebilmesi için gerekli olan “üç aylık” sürenin dolması şartı, ilgili sürenin fazla uzun olması sebebiyle öğretilerde eleştirilmektedir. Bu husustaki eleştiriler için bkz. Ünan, Genel Hükümler, s. 285; Sevinç Kuyucu, a.g.e., s. 50; Tekin Memiş, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Sigorta Hukukuna Dair 6. Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, Sayı:1, 2005, s. 99.

¹⁴ Yarı emredici hükümler hakkında ve tazminat için avans ödemesine ilişkin hükümlerin yarı emredici nitelikte olmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tekin Memiş, “Türk Ticaret Kanunu'nun 1264'üncü Maddesinin Kapsamı ile İlgili Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VII, Sayı: 1-2, 2003, s. 450; Ünan, Genel Hükümler, s. 561; Yıldırım, a.g.e., s. 338.

¹⁵ Kabul Tarihi: 11.01.2011; Resmî Gazete: 04.02.2011/27836.

göre muacceliyet anı her zaman borcun doğum anına tekabül etmeyebilir. Tarafların borcun muaccel olacağı anı kendi aralarında kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi, muacceliyet anına ilişkin özel hükmün bulunması da söz konusu olabilir¹⁶. Nitekim, sigortacının tazminat ödeme borcunun muacceliyetine ilişkin esasların düzenlendiği TTK m. 1427 özel hüküm niteliği göstermektedir. Gerek özel hükmün uygulanması önceliği prensibi, gerek sigorta ilişkisinin niteliği gözetildiğinde sigortacının tazminat ödeme borcunun muacceliyet anı TTK m. 1427'deki kurala göre belirlenecektir. Buna göre, sigortacının tazminat ödeme borcunun doğum anı rizikonun gerçekleştiği an olarak, muacceliyet anı ise sigortacının edimine ilişkin araştırmaların tamamlandığı an olarak kabul edilecektir¹⁷.

Araştırmanın içeriğini, gerçekleşen rizikonun teminat kapsamında olup olmadığı, sigortacının bu riziko dolayısıyla tazminat ödemekle yükümlü tutulup tutulmayacağı ve ödenecek tazminatın kapsamı ve tutarı oluşturacaktır¹⁸. Araştırma sürecinin üç aylık süre içerisinde tamamlanmaması halinde, sigorta ettiren sigortacıdan tazminat için avans talep edebilecektir. Ancak sigorta ettirenin avans talep edebilmesi, ilgili araştırmanın ödenecek tazminatın kapsam ve tutarının belirlenememesi sebebiyle uzaması haliyle sınırlı olarak gündeme gelebilecektir. Diğer bir deyişle, rizikonun teminat kapsamında olup olmadığına ve sigortacının gerçekleşen rizikodan sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkin araştırmaların devam ettiği bir süreçte, üç aylık süre geçmiş olsa da sigortacı-

¹⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bs, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 1993, s. 800 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 25. Bası, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020, s. 1062 vd.; M. Kemal Oğuzman, Turgut M. Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 332 vd.

¹⁷ Sigorta ilişkisinde, borcun doğduğu anda muaccel olacağı kuralının uygulanması halinin hakkaniyete aykırı sonuçlar oluşturacağına ilişkin bkz. M. Roland Beckmann, Annemarie Matusche Beckmann, VersicherungsrechtsHandbuch, 3. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, 2015, §21, Nr. 7; eTTK m. 1299 hükmü gereği tazminat ödeme borcunun, rizikonun ihbarı borcunun doğmasıyla muaccel hale gelmesi söz konusuydu. Bu hükmün sigorta ilişkisine aykırı olduğuna ilişkin öğretiler yer alan eleştiriler için bkz. Ali Bozer, Sigorta Hukuku, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965, s. 243; Rayegan Kender, "Sigorta Tazminatının Muacceliyeti Meselesi", THYKS 1992, C. IX, s. 91-92; Emine Yazıcıoğlu, Tekne Sigortası Sözleşmesi, İstanbul, BETA, 2003, s. 268.

¹⁸ Araştırma sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ünan, Genel Hükümler, s. 281; Yıldırım, a.g.e., s. 25; Looschelders, Pohlmann, a.g.e., §14, Nr. 12; Langheid, Wandt, a.g.e., §14, Nr. 10.

dan avans talep edilemeyecektir¹⁹. Zira, sigortacının tazminat için avans ödeme yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için, her şeyden önce ilgili rizikodan dolayı tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunduğu hususunda bir belirsizlik olmamalıdır²⁰.

4. Avansa İlişkin Talebin İleri Sürülmesi

Tazminat için avans ödenebilmesinin son şartı, avans talebinin sigortacıya karşı ileri sürülerek bu yöndeki iradenin ortaya konulmasıdır²¹. Talep hakkının kullanımı isteğe bağlı olup, ileri sürülmesi herhangi bir şekil şartına bağlı değildir²². Araştırma esnasında ortaya çıkan her yeni bir tutar için tekrar avans talep edilmesi mümkündür. Bu anlamda, avans talep hakkının kullanımı sınırlı değildir ve birden fazla kez avans talep edilmesinin önünde bir engel yoktur²³.

II. AVANS ÖDEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNİN TESPİTİ

A. TBK m. 76'da Düzenlenen Geçici Ödeme Kurumu ile İlişkilendirilmesi

Yukarıda da açıklandığı üzere, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi yaparken sigortacıdan en büyük beklentisi, sigorta teminatı kapsamında gerçekleşen rizikodan dolayı ortaya çıkan zararlarının tazmin edilmesi ve mağduriyetinin giderilmesidir. Sigorta ettiren açısından söz konusu tazminat (veya bedel) alacağının miktarı kadar bu alacağını elde edeceği zaman da önemlidir. Zira, talep anından çok daha sonra yapılan bir

¹⁹ Ünan, Genel Hükümler, s. 287; Memiş, Yargısal Denetim, s. 101; Sevinç Kuyucu, a.g.e., s. 52; Yıldırım, a.g.e., s. 323.

²⁰ Taraflar arasında bu yönde maddi ve hukuki bir uyumsuzluğun bulunması halinde sigortacıdan tazminat için avans ödemesi talep edilemeyeceğine ilişkin bkz. Langheid, Wandt, a.g.e., §14, Nr. 83; Jürgen Prölls, Anton Martin, Versicherungsvertragsgesetz, mit Nebengesetzen, Vermittlerrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, 30. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, 2018 § 14 Nr. 24; Ünan, Genel Hükümler, s.288; Yıldırım, a.g.e., s. 323.

²¹ Prölls, Martin, a.g.e., §14, Nr. 23; Langheid, Wandt, a.g.e., §14, Nr. 85.

²² Bruck, Möller, a.g.e., §14, Nr. 23; Langheid, Wandt, a.g.e., §14, Nr. 85.

²³ Looschelders, Pohlmann, a.g.e., §14, Nr. 41; Hans Peter Schwintowski, Christoph Brömmelmeyer, Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl., ZAP Verlag, 2017, §14, Nr. 25.

ödemenin, sigorta ettirenin menfaatini koruduğu ve mağduriyetinin oluşmasını engellediğinden bahsedilemeyecektir. Bu bakımdan, sigorta ettirenin sigorta ilişkisindeki menfaati gözetilerek alacağına bir an önce kavuşması sağlanmalıdır. Nitekim, tazminat için avans ödemesine ilişkin düzenlemenin gerekçesinde de bu ödemenin sigorta ettirenin bir an önce mağduriyetinin ortadan kaldırılması maksadıyla yapılacağı belirtilmektedir.

Her ne kadar yukarıda bahsettiğimiz şartların gerçekleşmesi halinde sigorta ettirene avans talep etme hakkı tanıyan bir düzenlemeye Kanun'da yer verilmiş olsa da, ilgili düzenlemede bu hakkın nasıl kullanılacağına yönelik bir açıklık bulunmamaktadır. Bu kapsamda, avans ödemesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi önem arz etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, sigorta hukukunda tazminat için yapılan avans ödemesi, TBK m. 76'da düzenlenen geçici ödemeye yakından ilişkilidir²⁴. TBK m. 76 uyarınca geçici ödemenin yapılabilmesi için zarar görenin, iddiasının haklılığına ilişkin inandırıcı kanıtlar sunması, ekonomik durumunun ilgili ödemeyi gerektirmesi ve bu ödeme için talepte bulunması gerekmektedir²⁵. Geçici ödemeye ilişkin hükümde yer verilen bu şartlar, her ne kadar sigorta hukukundaki tazminat için avans ödemesinin şartlarıyla örtüşmese de, her iki ödemeye ulaşılmak istenen nihai amaç, taraflardan birinin (haksız fiil sonucu zarara uğrayanın/ rizi-konun gerçekleşmesi sonucu zarara uğrayanın) menfaatinin korunması

²⁴ TTK m. 1427 f.3 'de düzenlenen avans ödemesiyle, sigorta hukukunda geçici ödemenin varlığının kabul edildiğine ilişkin bkz. Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, "Geçici Ödemeler", TBB Dergisi, S.110, 2014, s. 124.

²⁵ Geçici ödemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, "Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler", Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuch, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girişininin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara, 2006, s. 173 vd.; Nihat Yavuz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, 2. Bası., Ankara, 2015, s. 589 vd.; Murat Topuz, "6098 Sayılı TBK Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler (TBK m.76)", MÜHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, No.III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2012, s. 253 vd.; Aslı Makaracı Başak, Gülen Sinem Tek, "Türk Borçlar Kanunu'nda Getirilen Geçici Ödeme Hakkında Düşünceler", DEÜHFD, C:15, Özel Sayı, 2013, s. 1111; Gökhan Antalya, "Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi : Geçici Ödeme", Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 8, Prof. Dr. Aydın Zevkilere Armağan, C.I, 2014, s. 185 vd.; Kılıçoğlu Yılmaz, a.g.e., s. 109 vd.; Mert Namlı, Makbule Serra Korkut, "Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Geçici Ödemelerin Hukuki Niteliği", Sorumluluk Hukuku Seminerler, Editör: Başak Baysal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 311 vd.

ve mağduriyetinin önüne geçilmesidir. Keza, söz konusu ortak amaç dışında her iki ilişkide de ödemenin talep üzerine yapılacak olması ve daha sonra tespit edilen tazminat tutarından mahsup edilecek olması, bu iki kurumun benzer mahiyette olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan, geçici ödemenin hukuki niteliğine ilişkin öğretide yer alan görüşlerin sigorta hukukundaki tazminat avansı ödemesi için de ileri sürülebileceğini düşünmekteyiz.

Geçici ödemenin hukuki niteliği hakkında öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kimi yazarlar, konuyu maddi hukuk açısından ele almakta ve geçici ödemeyi ya ön ödeme olarak ya da ön tazminat olarak kabul etmekte ya da nafakayla ilişkilendirerek sonuca varmaktadır²⁶. Kimi yazarlar ise, konuyu usul hukuku açısından değerlendirip geçici ödemeyi ya adli yardımla kıyaslamakta ya geçici hukuki koruma türü olarak kabul etmekte ya da geçici ödemenin eda tedbiri niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir²⁷.

Kanaatimizce, sigorta hukukundaki tazminat için avans ödemesinin hukuki niteliğinin tespitinde usul hukuku kapsamında inceleme yapmak uygun olacaktır. Maddi hukukun verdiği hakkın elde edilmesi ve kullanılması, usul hukukuna ilişkin hükümlerin işletilmesiyle mümkün olacaktır. Bu gerekçeyle, geçici ödemenin hukuki niteliğini usul hukuku üzerinden değerlendirerek ilgili ödemenin geçici hukuki koruma olduğunu ileri süren görüşe katıldığımızı ve tazminat için avans ödemesinin de “sigorta hukukuna özgü geçici hukuki koruma” olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmek isteriz.

²⁶ Ön ödeme ile ilişkilendiren görüşler için bkz. Topuz, a.g.e., s. 269; Antalya, a.g.e., s.190; Ön tazminat ile ilişkilendiren görüş için bkz. Turgut Öz, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 14; Nafaka ile ilişkilendiren görüş için bkz. Kılıçoğlu, a.g.e., s. 182; Topuz, a.g.e., s. 268.

²⁷ Adli yardım ile ilişkilendiren görüşler için bkz. Makaracı Başak, Tek, a.g.e., s. 1116, dn. 18; Geçici hukuki koruma olarak değerlendirildiği görüşler için bkz. Topuz, a.g.e., s. 277; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 179; M. Kemal Oğuzman, Turgut M. Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 134 vd.; Makaracı Başak, Tek, a.g.e., s. 1122; Eda tedbiri niteliğinde olduğuna ilişkin görüşler için bkz. Cengiz Serhat Konuralp, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 44; Evrim Erişir, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 421 vd.

B. Sigorta Hukukuna Özgü Geçici Hukuki Koruma Olarak Nitelendirilmesi

Geçici hukuki koruma, başta ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespiti olmak üzere özel kanunlarda öngörülen diğer geçici nitelikteki tüm korumaları kapsayan genel ve üst başlıktır²⁸. Geçici hukuki koruma türlerinin tamamında amaç, tarafların içinde buldukları mevcut durumdaki değişikliğin ortaya çıkaracağı aleyhe sonuçların ortadan kaldırılması ve bu değişikliğe karşı tarafların korunmasının sağlanmasıdır. Bu amaca yönelik olarak da geçici hukuki korumanın ivedilikle uygulanması önem arz etmektedir²⁹.

Sigorta hukukunda tazminat için avans ödemesinin amacı ve şartları incelendiğinde, bir nevi geçici hukuki koruma özelliği taşıdığı görülmektedir. Zira, avans ödemesi, rizikonun gerçekleşmesi sonucu zarara uğrayan ve mağduriyet yaşayan sigorta ettirenin tazminat alacağına kavuşana kadarki süreçte içinde bulunduğu zor durumun giderilmesini sağlamaktadır. Avans ödemesinin yapılabilmesi için sigorta ettirenin zaruret halinde bulunması şartı aranmamaktadır. Bununla birlikte, gerçekleşen rizikonun ihbarının üzerinden üç aylık bir süre geçmesine rağmen tazminat ödemesi alamayan sigorta ettirenin, yaşadığı mağduriyet üzerine bu kadar uzun bir süre bekletilmiş olmasının, kendisini aciliyet arz eden bir durumda bırakabileceği yadsınamayacaktır. Bu sebeple, avans ödemesinin ivedilikle yerine getirilmesi gerekecektir. Bu gereklilik, TTK m. 1427 f.3'te yer alan hasar miktarı veya bedelinin “*süratle*” belirleneceğine ilişkin ifadeden de anlaşılmaktadır.

Tazminat avansı ödemesinin hangi geçici hukuki koruma türü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin doğru bir şekilde tespiti önem

²⁸ Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku C. III, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2445; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 694; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku Cilt II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 205; Erişir, a.g.e., s. 1 vd.

²⁹ Ejder Yılmaz, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s. 32 vd.

arz etmektedir. Zira her bir geçici hukuki koruma değişik ihtiyaçlar için kabul edilmiştir ve farklı usullere tabidir³⁰.

Para alacakları bakımından geçici hukuki koruma kural olarak ihtiyati haciz talep edilmesi olmakla birlikte, özel bazı şartlar altında ihtiyati tedbir şeklinde de geçici hukuki korumalara karar verilebildiği doktrinde kabul edilmektedir³¹. Konusu para alacağı olan ihtiyati tedbir, eda tedbiridir³².

Eda tedbirlerinin başlıca varlık gerekçesini, temelini hukuk devleti ilkesi ve hak arama hürriyetinde bulan *etkin hukuki koruma* kavramı oluşturur. Özel birtakım şartların mevcut olması halinde alacaklının geçici bir şekilde tatmin edilmesi etkin hukuki korumanın gereğidir. İkinci olarak, hakkın teminat altına alınması hiçbir şekilde mümkün olmayabilir (örn. yapmama edimleri). Eda tedbirlerinin gereği ile ilgili son gerekçe ise, alacaklının içinde bulunduğu özel durumun hakka derhal kavuşulmasını zorunlu kılması ve böyle bir halde yalnızca teminat tedbiri ile yetinmenin arzu edilen sonucu sağlayamamasıdır³³.

Nafaka alacakları gibi özel düzenlemeler dışında, herhangi bir ayırım yapılmaksızın para alacakları dâhil tüm haklar bakımından eda tedbiri kararı verilmesi mümkündür³⁴.

Kanaatimizce tazminat için avans ödemesinin de geçici hukuki koruma türlerinden biri olan ihtiyati tedbirle ilişkilendirilmesi mümkündür. Sigorta ettirenin avans ödemesi talebiyle ulaşmak istediği sonucun bir miktar paranın kendisine bir an önce ödenmesi olduğu gözetildiğinde, avans ödemesinin ihtiyati tedbirin bir alt türü olan eda tedbiri niteliği taşıdığı kabulü gerekir. Nitekim eda tedbirinin uygulanmasıyla, bir

³⁰ Muhammet Özkes, Evrim Erişir, Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi, S. 3, 2006, s. 1238.

³¹ Özkes, Erişir, a.g.e., s. 1238.

³² Özkes, Erişir, a.g.e., s. 1238.

³³ Özkes, Erişir, a.g.e., s. 1240.

³⁴ Özkes, Erişir, a.g.e., s. 1244-45.

miktar paranın zor durumda bulunan alacaklıya geçici olarak ödenmesi suretiyle ilgili zor durumun ivedilikle giderilmesi veya bir işin yapılması ya da yapılmamasına ilişkin tedbir hükmünün verilmesiyle ilgili edimin yerine getirilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır³⁵.

Bu noktada, eda tedbiri olarak nitelendirdiğimiz avans ödemesi yerine, bir diğer geçici hukuki koruma türü olan ihtiyati hacze ilişkin hükümlerin uygulanması hususu tartışılabilir. Zira ihtiyati haciz talebinin konusunu da para alacağı teşkil etmektedir. Ancak eda tedbirinden farklı olarak, ihtiyati haciz ile sigorta ettirenin para alacağına bir an önce kavuşması söz konusu olmamaktadır. Zira ihtiyati haciz maddi hakkın müstakbel icrasını güvence altına alır, oysa eda tedbiri maddi hakkın kısmen veya tamamen geçici olarak gerçekleştirilmesini sağlar³⁶. Gerçekten de eda tedbirinin amacı, sigorta ettirene alacağın ödenmesi iken, ihtiyati haczin amacı, para alacağının ödenmesinden ziyade yargılama sonunda elde edilecek olan para alacağının teminat altına alınmasını sağlamaktır³⁷. Bu bakımdan, ihtiyati haciz ile sigorta ettirenin mağduriyetinin bir an önce giderilmesi suretiyle geçici olarak tatmin edilmesi mümkün görülmemektedir³⁸. Özellikle, sigortacının edimine ilişkin araştırmaların uzun bir sürece yayıldığı riziko olaylarında, mağduriyetinin ortadan kaldırılması için bir an önce para alacağına kavuşmak isteyen sigorta ettirenin ihtiyati haciz talep etmesi, söz konusu amacına ulaşması bakımından makul ve yeterli olmayacaktır.

İhtiyati hacizde hukuki koruma teminat ile sınırlı olduğundan³⁹, ihtiyat haciz tazminat avansı bakımından kanun koyucunun arzu ettiği so-

³⁵ İhtiyati tedbir ve ihtiyati tedbirin bir türü olan eda tedbiri hakkında bkz. Saim Üstündağ, İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukuki Himaye Önlemleri), İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülter Matbaası, İstanbul, 1981, s. 15; Erişir, a.g.e., s. 376 vd.; Özkes, Erişir, a.g.e., s. 1240 vd.; Namlı/Korkut, a.g.e., s. 345; Konuralp, a.g.e., s. 42 vd.

³⁶ Özkes, Erişir, a.g.e., s. 1249.

³⁷ Bu hususta bkz. Özkes/Erişir, a.g.e., s.1246; Baki Kuru, İcra İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınları, 2013, s. 1033 vd.

³⁸ Erişir, a.g.e., s. 408; Namlı/Korkut, a.g.e., s.346.

³⁹ Özkes, Erişir, a.g.e., s. 1248.

nucun sağlanması için yeterli değildir⁴⁰. Tazminat avansının, alacaklının asıl dava hakkında karar verilene kadar geçici olarak kısmen veya tamamen tatmin edilmek suretiyle hukuken korunduğu eda tedbiri⁴¹ olarak ileri sürülmesi kanun koyucunun gözettiği menfaatler ve tazminat avansının kanuni koşulları değerlendirildiğinde kanaatimizce en yerinde çözümdür. TTK m. 1427/3 hükmünde yer alan özel düzenleme ile kanun koyucu sigorta ettirenin alacağına kısmen veya tamamen vaktinde kavuşmaması ihtimalinde uğrayabileceği zararları gözeterek, burada sigorta ettiren ile sigortacının menfaatlerini özel olarak tartarak, eda tedbiri olarak ileri sürülebilecek olan tazminat avansını düzenlemiştir.

Diğer yandan avans ödemesinin eda nitelikli ihtiyati tedbir özelliği taşıdığı kabulü halinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("HMK")⁴² m. 389 ve devamında öngörülen ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerin avans ödemesine uygulanması söz konusu olabilecektir (Tahkim için HMK m. 414). Bu kabulde, sigortacı avans ödemekten kaçınması halinde HMK m. 398 uyarınca yaptırma tabi tutulabilecektir. Buna göre, avans ödeme kararına uymayan veya bu karara aykırı davranan sigortacı bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılacaktır. Söz konusu yaptırım, sigortacıyı avans ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeye teşvik edecektir. Böylelikle, TTK m. 1427 f.3'te öngörülen avans ödemesine ilişkin hüküm uygulamada daha işlevsel hale gelecek ve sigorta ettirenin mağduriyetinin bir an önce giderilmesi sağlanacaktır.

SONUÇ

TTK m. 1427 f. 3 hükmü gereği, sigortacının edimine ilişkin araştırmaların rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbardan itibaren başlayan üç aylık süre içerisinde tamamlanmaması halinde, sigortacı tazminat için

⁴⁰ Bununla birlikte, avans miktarının dışında kalan kısmının teminat altına alınması için ihtiyati hacizde talep edilebilir. Başka bir ifade ile, avans miktarı için eda niteliğinde ihtiyati tedbir, geri kalan tazminat miktarı için ise, ihtiyati haciz talep edilmesinde hukuki bir engel yoktur.

⁴¹ Özkes, Erişir, a.g.e., s. 1248.

⁴² Kabul Tarihi: 12.01.2011; Resmî Gazete: 04.02.2011/27836.

avans ödemekle yükümlüdür. Tazminat için avans ödemesinin şartları; rizikonun gerçekleştiğinin TTK m. 1446 uyarınca ihbar edilmesi, ihbar itibariyle üç aylık sürenin geçmesi, üç aylık süre içerisinde sigortacının araştırmalarının tamamlanamaması ve avansa ilişkin talebin ileri sürülmesidir.

Sigorta hukukunda tazminat için yapılan avans ödemesi, TBK m. 76'da düzenlenmiş olan geçici ödemeye yakından ilişkili bulunmaktadır. Geçici ödemeye ilişkin şartlar her ne kadar sigorta hukukundaki tazminat için avans ödemesinin şartlarıyla örtüşmese de, her iki ödemeye de ulaşılmak istenen nihai amaç, taraflardan birinin menfaatinin korunması ve mağduriyetinin önüne geçilmesidir. Geçici ödemenin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar konuyu maddi hukuk açısından ele almakta ve geçici ödemeyi ya ön ödeme olarak ya da ön tazminat olarak kabul etmekte veya nafakayla ilişkilendirerek sonuca varmaktadır. Diğer bazı yazarlar ise konuyu usul hukuku açısından değerlendirip geçici ödemeyi ya adli yardımla kıyaslamakta ya geçici hukuki koruma türü olarak kabul etmekte ya da geçici ödemenin eda tedbiri niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Kanaatimizce sigorta hukukundaki tazminat için avans ödemesinin hukuki niteliğinin tespitinde usul hukuku kapsamında inceleme yapmak uygun olacaktır.

Avans ödemesi, rizikonun gerçekleşmesi sonucu zarara uğrayan ve mağduriyet yaşayan sigorta ettirenin tazminat alacağına kavuşana kadar ki süreçte içinde bulunduğu zor durumun giderilmesini sağlamaktadır. Bu nedenle sigorta hukukunda tazminat için avans ödemesinin amacı ve şartları dikkate alındığında bir nevi geçici hukuki koruma özelliği taşıdığı görülmektedir. Her bir geçici hukuki koruma değişik ihtiyaçlar için kabul edilmiş olduğundan ve farklı usullere tabi olduğundan; tazminat avansı ödemesinin hangi geçici hukuki koruma türü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin doğru bir şekilde tespit edilmesi önemlidir. Para alacakları bakımından geçici hukuki koruma kural olarak ihtiyati haciz talep edilmesidir. Bununla birlikte özel bazı şartlar altında ihtiyati tedbir şeklinde de geçici hukuki korumalara karar verilebildiği doktrinde kabul edilmektedir. Konusu para alacağı olan ihtiyati tedbir, eda ted-

biridir. Eda tedbirlerinin başlıca varlık gerekçesini, temelini hukuk devleti ilkesi ve hak arama hürriyetinde bulan etkin hukuki koruma kavramı oluşturur. Nafaka alacakları gibi kanunlarda yer alan özel düzenlemeler dışında, herhangi bir ayırım yapılmaksızın para alacakları dahil tüm haklar bakımından eda tedbiri kararı verilmesi mümkündür.

Sigorta ettirenin avans ödemesi talebiyle ulaşmak istediği sonucun bir miktar paranın kendisine bir an önce ödenmesi olduğu gözetildiğinde, avans ödemesinin ihtiyati tedbirin bir alt türü olan eda tedbiri niteliği taşıdığı kabulü gerekir. Zira eda tedbirinin uygulanmasıyla elde edilmek istenen amaç, bir miktar paranın zor durumda bulunan alacaklıya geçici olarak ödenmesi suretiyle ilgili zor durumun ivedilikle giderilmesi veya bir işin yapılması ya da yapılmamasına ilişkin tedbir hükmünün verilmesiyle ilgili edimin yerine getirilmesinin sağlanmasıdır.

İhtiyati hacizde hukuki koruma teminat ile sınırlı olduğundan, ihtiyat haczin tazminat avansı bakımından kanun koyucunun arzu ettiği sonucun sağlanması için yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Zira etkin hukuki koruma ancak tazminat için avans ödemesinin bizzat sigorta ettirene ödenmesi ile gerçekleşebilir. TTK m. 1427/3 hükmünde yer alan özel düzenleme ile kanun koyucu sigorta ettirenin alacağına kısmen veya tamamen vaktinde kavuşamaması ihtimalinde uğrayabileceği zararları gözeterek, burada sigorta ettiren ile sigortacının menfaatlerini özel olarak tartarak, eda tedbiri olarak ileri sürülebilecek olan tazminat avansını düzenlemiştir. Bu nedenle tazminat avansının eda tedbiri olarak değerlendirilmesinin, kanun koyucunun gözettiği menfaatler ve tazminat avansının kanuni koşulları değerlendirildiğinde en yerinde çözüm olacağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla HMK m. 389 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan ihtiyati tedbire ilişkin hükümler, TTK m. 1427/3 hükmünde belirtilmiş olan özel şartlar gözetilerek uygulama alanı bulacaktır.

KISALTMALAR

a.g.e. : adı geçen eser

Auf. : Auflage

bkz. : bakınız

C. : Cilt

dn. : dipnotu

HKÜHFD : Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

MÜHAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

Nr. : Nummer

s. : sayfa

S. : Sayı

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TTK : Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve devamı

Vol. : Volume

VVG : Versicherungsvertragsgesetz

KAYNAKÇA

Antalya, Gökhan: “Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: Geçici Ödeme”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol.8, Prof. Dr. Aydın Zevklilere Armağan, C.I, 2014, s.185-200.

Aral Endeleklioğlu, İrem: “Tarafların Yükümlülükleri”, Sigorta Davaları, Editör: Mustafa Topaloğlu, Mutlu Dinç, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.117-161.

Arseven, Haydar: Sigorta Hukuku, İstanbul, BETA, 1987.

Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin: Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Ayli, Ali: İnşaat Bütün Riskler Sigortasında Riziko, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Beckmann, M. Roland / Matusche Beckmann, Annemarie: VersicherungsrechtsHandbuch, 3. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, 2015.

Bozer, Ali: Sigorta Hukuku, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965.

Bruck, Ernst/ Möller, Hans: Versicherungsvertragsgesetz Grosskommentar, Erster Band- Einführung §§ 1-32, 9. Aufl., Berlin, De Gruyter, 2008.

Çeker, Mustafa: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, 23. Bası, Adana, Karahan Kitabevi, 2021.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 25. Bası, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020.

Erişir, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Kayihan, Şaban/ Günergök, Özcan: Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 5. Bası, İstanbul, Umuttepe Yayınları, 2020.

Kayihan, Şaban/Yıldız, Habib: “Zarar Sigortalarında Sigorta Et-tirenin Beyan Yükümlülüğü”, HKÜHFD, 2018, S.15, s.11-25.

Kender, Rayegan: “Sigorta Tazminatının Muacceliyeti Meselesi”, THYKS 1992, C. IX, s.79-92.

Kender, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleş-tirilmiş On İkinci Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Kılıçoğlu, Ahmet: “Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler”, Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttre-tens des Türkischen Zivilgesetzbuch, Türk Medeni Kanunu’nun Yürür-lüğe Girişinin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara, 2006, s. 163-182.

Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru: “Geçici Ödemeler”, TBB Dergisi, S.110, 2014, s. 109-128.

Konuralp, Cengiz Serhat: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Ted-birler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Kuru, Baki: İcra İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara, Adalet Ya-yınları, 2013.

Langheid, Theo/ Rixecker, Roland: VVG- Versicherungsvert-ragsgesetz mit EGVVG und VVG-InfoV, 6. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, 2019.

Langheid, Theo/ Wandt, Manfred: Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1: §§ 1-99, VVG- InfoV, 2. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, 2016.

Looschelders, Dirk/ Pohlmann, Petra: VVG- Versicherungsvertragsgesetz, 3. Aufl., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2017.

Makaracı Başak, Aslı/ Tek, Gülen Sinem: “Türk Borçlar Kanunu’nda Getirilen Geçici Ödeme Hakkında Düşünceler”, DE-ÜHFD, C:15, Özel Sayı, 2013, s.1111-1141.

Memiş, Tekin: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Sigorta Hukukuna Dair 6. Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı, Sayı:1, 2005, s.88-108.

Memiş, Tekin: “Türk Ticaret Kanunu’nun 1264’üncü Maddesinin Kapsamı İle İlgili Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VII, Sayı: 1-2, 2003, s.449-466.

Namlı, Mert/ Korkut, Makbule Serra: “Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Geçici Ödemelerin Hukuki Niteliği”, Sorumluluk Hukuku Seminerler, Editör: Başak Baysal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.311-355.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021.

Öz, Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

Özekes, Muhammet/ Erişir, Evrim: Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, S.3, 2006, s. 1235-1274.

Pekcanitez, Hakan/ Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya: Medeni Usul Hukuku Cilt III, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Prölss, Jürgen/ Martin, Anton: Versicherungsvertragsgesetz, mit Nebengesetzen, Vermittlerrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, 30. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, 2018.

Rüffer, Wilfried/Halbach, Dirk/Schimikowski, Peter: Versicherungsvertragsgesetz, 4. Aufl., München, Nomos, 2020.

Schwintowski, Hans Peter/Brömmelmeyer, Christoph: Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl., ZAP Verlag, 2017.

Sevinç Kuyucu, Aslıhan: “Zarar Sigortalarında Sigortacının Ödeme Yükümlülüğü ve Sınırları”, Sigorta Hukuku Sempozyumları, Editör: Samim Ünan, Emine Yazıcıoğlu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.31-67.

Staudinger, Ansgar/Halm, Wolfgang/Wendt, Domenik: Versicherungsrecht Kommentar, 2. Aufl., Neuwied, Luchterhand, 2017.

Tanrıver, Süha: Medeni Usul Hukuku Cilt II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 1993.

Topuz, Murat: “6098 Sayılı TBK Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler (TBK m.76)”,

MÜHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, No.III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2012, s. 253-292.

Ünan, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C.I. Genel Hükümler, (Madde 1401-1452), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Üstündağ, Saim: İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukuki Himaye Önlemleri), İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.

Yavuz, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, 2. Bası., Ankara, 2015.

Yazıcıoğlu, Emine/ Şeker Öğüz, Zehra: Sigorta Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.

Yazıcıoğlu, Emine: Tekne Sigortası Sözleşmesi, İstanbul, BETA, 2003.

Yıldırım, Ali Haydar: Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti (TTK 1427), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Yılmaz, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001.

■ Av. Elif SEVEN * ■

İHTİYATİ TEDBİRE İLİŞKİN GÜNCEL YARGI KARARLARI IŞIĞINDA BİR DEĞERLENDİRME

IN THE LIGHT OF RECENT DECISIONS OF THE TURKISH COURT OF CASSATION REGARDING PRE-
LIMINARY INJUNCTION

ÖZET

İhtiyati tedbir, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 389 ilâ 399. maddelerinde düzenlenmiş olan, medeni usul hukukuna özgü bir geçici hukuki korumadır. Bu makalede ihtiyati tedbir konusu, güncel Yargıtay kararları ışığında ele alınacaktır. Ayrıca konuyla ilgili doktrindeki güncel gelişmelere de değinilecektir. Uygulamada karşılaşılan sorunlar da ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Medeni usul hukuku, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Yargıtay, geçici hukuki koruma, ihtiyati tedbir.

ABSTRACT

Preliminary injunction is a kind of temporary legal protection peculiar to civil procedure law, which is regulated under the Turkish Code of Turkish Civil Procedure between the articles 389 and 399. In this essay the topic of preliminary injunction will be examined in the light of recent decisions of the Turkish Court of Cassation. Also related developments in the area of the preliminary injunction in the legal doctrine will be analyzed. The legal problems in the court practice will be considered as well.

Keywords: Civil procedure law, the Code of Turkish Civil Procedure, the Turkish Court of Cassation, temporary legal protection, preliminary injunction.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 07.05.2022 **Kabul Tarihi:** 21.08.2022

* **ORCID ID:** <https://orcid.org/0000->

* İzmir Barosu Avukatlarından. City, University of London, Yüksek Lisans (LL.M) öğrencisi; Türk-Alman Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans (LL.M), öğrencisi, sevenelif97@hotmail.com

GİRİŞ

Dava yoluyla talep edilen hukukî korumanın sağlanmasını ve dava sonucunda icra edilebilmesini güvence altına alan tedbirlere geçici hukukî koruma denilmektedir. Geçici hukukî koruma tedbirlerinin bir türü olan ihtiyatî tedbir, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 389 ilâ 399. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu çalışmada geçici hukukî koruma kavramının bir alt başlığı olan ihtiyatî tedbir konusu, Hukuk Muhakemeleri Kanununun ihtiyatî tedbirle ilgili maddelerine paralel olarak ayrıntılı biçimde işlenecek; özellikle Kanunun Hükümet Gereğesinden de yararlanılacak ve Yargıtay içtihatlarından örneklerle açıklanacaktır.

I. İHTİYATÎ TEDBİR

A) İhtiyatî Tedbir Kavramı ve Türleri

İhtiyatî tedbir, yargılama başlamadan önce veya yargılama sırasında, davacı ya da davalının kesin hüküm verilene kadarki süre boyunca hukukî durumlarında veya dava konusu şeyde meydana gelebilecek zararlara karşı öngörölmüş, geçici nitelikte bir hukukî korumadır.¹

İhtiyatî tedbirlerin genel amacı, asıl hukukî korumaya kadar dava konusu hak veya şeyin korunmasıdır. İhtiyatî tedbirler amaçlarına

¹ Yargıtay 1.HD., E.:2012/436, K.:2012/7, T.: 10.01.2012 "...kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörölmüş geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır." şeklinde tarif edilmiştir. Anılan tarihten de anlaşılacağı üzere ihtiyatî tedbir diğer fonksiyonları yanında davanın devamı sırasında ve verilecek hükmün kesinleşmesine kadar olan süreç içerisinde dava konusu şey üzerinde yeni birtakım ihtilafların çıkmasını da önleyici niteliği itibarıyla geçici bir hukuki korumadır..."; (Kazancı Hukuk) Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, Beta Yayıncılık, 2011, s. 405; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, 2017, s. 5 69; İlhan Postacıoğlu, Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 995; Efe Dörenisa, "İhtiyatî Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlenmesinin (HMK md.389) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Derisi, cilt 11, Sayı 25, 97-176, 2019, s. 99; Hakan Pekcantez, Oğuz, Atalay, Muhammet Özkes, Medeni Usul Ders Kitabı, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 554.

göre: teminat amaçlı ihtiyatî tedbirler, eda amaçlı ihtiyatî tedbirler ve düzenleme amaçlı ihtiyatî tedbirler olmak üzere üçe ayrılır.²

Teminat amaçlı ihtiyatî tedbirlerin neler olduğuna dair doktrinde görüş birliği yoktur; ancak asıl davada verilecek hükmün dava sonrası icra edilebilmesi için alınacak tüm tedbirlerin bu kapsamda olduğu genel olarak kabul edilmelidir. Fikrî ve sınai haklar bakımından markanın, patentin, endüstriyel tasarımın, coğrafi işaretlerin veya eserlerin korunmasına ilişkin sınai hakkın ya da eserin üretiminde, çoğaltılmasında kullanılan aletlere ve söz konusu hakları ihlal edecek üretilen her türlü mallara el konulması bu tür tedbirlere örnek olarak gösterilebilir. Yok olması söz konusu olan mal veya zarar görmesi söz konusu hakkın muhafaza altına alınması için gerekli her türlü tedbir, teminat amaçlı tedbirler arasındadır.³

Eda amaçlı ihtiyatî tedbirler; doktrindeki bazı yazarlara göre teminat amaçlı ihtiyatî tedbirler kategorisinde sayılsa da, aslında geçici olarak asıl dava sonucunu öne çekme etkisine sahip, talebin icrasının güvence altına alınması yanında, geçici olarak icrasını hedefleyen bir ihtiyatî tedbir türüdür.

Düzenleme amaçlı tedbirlerin amacı tarafların arasındaki uyuşmazlığı geçici olarak düzenlemektir; tedbir, şahsın varlığı ya da malvarlığı haklarına ilişkin olabilir. Bir hakkın geçici olarak güvenceye

² Vural Seven, "Kıymetli Evrakın Zıyai Halinde Uygulanabilecek Önleyici Tedbirler", İzmir Barosu Dergisi, Sayı 4, 1996, 8-22, s.10; Alangoya/Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 405; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 569; Saim Üstündağ, İhtiyati Tedbirler, 1. Bası, Fakülteler Matbaası, 1981, s. 10; Direnisa, a.g.e., s. 102; Pekcamitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 554.

³ "Senedi zayi olan hamil iptal kararı almak için mahkemeye müracaat ettiğinde, yargılamanın sonuna kadar beklenir ise hakkına kavuşamama tehlikesi ile karşılaşabilir. Çünkü, borçlu şeklen hak sahibi olduğu anlaşılan hamilin senedi ibraz etmesi halinde, borcu ifa etmekle yükümlüdür. Bu nedenle başkası tarafından ele geçirilen senedin ibraz edilerek hakkın talep edilmesi halinde, borcun, şeklen hak sahibi görünen kişiye ifa edilmesi ile borçlu borcundan kurtulacak ve senedi zayi eden hamil gelecekte bu alacağını senedi iptal ettirmiş olsa bile borçludan tahsil edemeyecektir. Halbuki, önleyici tedbir kararı alınır ve karar borçluya tebliğ edilirse, borçlu senedi getiren kişiye ödemedede bulunamayacak ve hamilin hakkı teminat altına alınmış olacaktır." Seven, a.g.e., s. 10.

alınması ya da hakkın geçici olarak yerine getirilmesine hizmet etmeyen tüm tedbirler düzenleme amaçlı tedbirler başlığı altında toplanabilir.⁴

B. İhtiyatî Tedbirin Şartları

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389. maddesinin 1. fıkrası uyarınca mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilebilir. Anılan hükümde ihtiyatî tedbirin şartları genel olarak düzenlenmiştir. Ancak fıkranın lafzından da anlaşılacağı üzere ihtiyatî tedbirler açısından temel iki şartın bulunduğu söylenebilir.

İhtiyatî tedbir talebine konu olan bir hakkın mevcut olması ve bu hakkı veya hakka konu olan şeyi tedbiren korumayı gerekli kılan sebep veya sebeplerin bulunması, ihtiyatî tedbir kararı verilebilmesi için gereken iki temel şarttır.⁵

⁴ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi, 4. HD, E.:2018/2079, K.: 2018/1512, T.: 10.10.2018, Muhammet Özkes, "İhtiyatî Tedbir ve İhtiyatî Hacizde Yargıtay Kararlarıyla Uygulama Sorunları ve Çözümleri, İzmir Barosu Medeni Yargıda Geçici Hukuki Korumaların Güncel Sorunları 2020, "6100 Sayılı HMK'nun 389/1. fıkrası gereğince mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkansız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut bir ciddi zararın doğacağından endişe edilmesi halinde uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilebilir. Davacının hindi çiftliğinde elektrik kullandığı, elektriğin kesilmesiyle hayvanların telef olacağını ileri sürerek ihtiyatî tedbir istemiştir. İDM'ce aboneliğin tesisine ilişkin dava sebebiyle tedbiren davacıya elektrik verilmiş olmasında usul ve yasaya aykırı bir yön görülmemiştir."

⁵ Erhan Günay, "Usul Hukukunda İhtiyatî Tedbir", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 13, Sayı 148, 2018, 109-115, s. 110.; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, 1. Bası, 2015, s. 499; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Yetkin Hukuk Yayınevi, 2018, s. 568; Cengiz Serhat Konuralp, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyatî Tedbirler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, Sayı 2, 225-274, 2013, s. 227; Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 999; Direnisa, a.g.e., s. 104; Pekcanitez/Atalay/ Özkes, a.g.e., s. 555; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 1. Bası, 2018, s. 694.

1. İhtiyatî Tedbire Esas Olan Hak

Yukarıda bahsedildiği üzere HMK md. 389/1’de vurgulanan “... uyuşmazlık konusu hakkında...” lafzı belirtmektedir ki taraflar arasında uyuşmazlık bulunan hak veya yargılama konusunu oluşturan şey ihtiyatî tedbirin konusu olan hakkı da oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki maddeden de anlaşılacağı üzere sadece uyuşmazlık konusu hak üzerinde ihtiyatî tedbir kararı verilebilir.⁶ Aynı maddenin ikinci fıkrasında “Birinci fıkra hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır.” denilmekte, bu noktada da çekişmesiz yargıda da ihtiyatî tedbire esas olan hakkı çekişmesiz yargı işi veya çekişmesiz yargının konusu olarak algılamak gerekmektedir.

2. İhtiyatî Tedbir Sebebi

Mahkemenin ihtiyatî tedbire karar verilebilmesi için aradığı bir diğer şart ihtiyatî tedbir sebebinin bulunmasıdır. Bahsi geçen maddeden de anlaşılacağı üzere; mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle, bir hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde ihtiyatî tedbir kararı verilebilir. İhtiyatî tedbir talep eden taraf belirtilen üç durumdan en az birinin somut olayında mevcut olduğunu talebinde ileri sürmelidir.⁷

Kanun koyucu hâkimin takdir yetkisini son derece geniş tutmuştur. Hâkim, uygun görebileceği herhangi bir ihtiyatî tedbire karar verebilir; hâkimin ihtiyatî tedbire karar vermesi için mutlaka bir tehlikenin veya zararın doğmuş olması ya da halen var olması gerekmez. Hâkim hali hazırda ortaya çıkmamış ancak ortaya çıkabilecek tehlike ve zararın

6 Yargıtay 2. HD, E.: 2016/14961, K.:2017/129, T.: 10.01.2017, Muhammet Özkes, “İhtiyatî Tedbir ve İhtiyatî Hacizde Yargıtay Kararlarıyla Uygulama Sorunları ve Çözümleri, İzmir Barosu Medeni Yargıda Geçici Hukuki Korumaların Güncel Sorunları,2020, s. 18 “Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre sadece uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilebilir (HMK m.389/1). Uyuşmazlık konusu olmayan ve davalı erkek adına kayıtlı bulunan araç üzerine ihtiyatî tedbir konulması doğru değildir.”

7 Pekcanitez/Atalay/ Özkes, a.g.e., s. 555.

önlenmesi için de her türlü tedbire karar verebilir. Lakin, ihtiyatî tedbiri talep eden tarafın, belirtilen sebeplerden birisinin gerçekleşme ihtimalinin bulunduğunu yaklaşık olarak ispat etmesi gerekmektedir. Bu noktada yaklaşık ispat yeterlidir⁸, hâkim hiçbir zaman ihtiyatî tedbir talebi hakkında karar verirken talep edilen tedbirin şartlarının oluşup oluşmadığını tam ispat seviyesinde ispat edilmesini aramamalıdır.⁹

8 Hâkimin bir vakıayı aydınlanmış sayabilmesi için o vakıanın doğruluğu hakkında bir kanaate sahip olması gerekmektedir. Bu kanaatin derecesini de ispat ölçüsü belirlemektedir. İspat ölçüsü; bir vakıayı düzenleyen normun, o vakıa hakkındaki ispatın yeterliliği konusunda beklediği düzeydir. Hâkimin karar verebilmesi için bir vakıanın gerçekliği konusunda sahip olması gereken kanaat derecesi ispat ölçüsüdür. İspat ölçüsünde asıl olan, iddia edilen vakıanın gerçekliği ve doğruluğu konusunda hâkimde tam bir kanaatin oluşmasıdır; yargılamada kural olarak aranan ve asıl olan ispat çeşidi tam ispattır. Yaklaşık ispatta, hâkim tam ve kesin bir kanaate sahip olmaz veya bu işin niteliği gereği mümkün değildir. Bu durumda, iddia edilen vakıanın kuvvetle muhtemel görülmesi, o vakıanın mevcut olup olmadığı konusunda yaklaşık bir kanaatin oluşması yeterli olacaktır. Belirtilmelidir ki; yaklaşık ispatta, zayıf değil kuvvetli bir ihtimal aranmaktadır ve bu noktada da ispat faaliyeti gerekli ve zorunludur. Daha detaylı bilgi için bkz. Hakan Albayrak, Yaklaşık İspat, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Konya 2012, s. 7.

9 Yargıtay 19. HD, E.:2016/12324, K.:2016/14117, T.:31.10.2016, "İcra ve İflas Kanunu'nun 258/1 maddesine göre, ihtiyatî haciz kararı verilebilmesi için "mahkemenin alacağın varlığı hakkında kanaat edinmiş olması" yeterlidir. Mahkemenin alacağın varlığına kanaat getirmesinden anlaşılması gereken alacağın usul hukuku kurallarına göre kesin bir şekilde ispat edilmesi değildir. Bu hükme göre alacaklının, alacağın varlığını ve muaccel olduğunu tam ve kesin şekilde ispat etmesi aranmamakta, bu konuda mahkemeye kanaat verecek delilleri göstermesi yeterli kabul edilmektedir. Öte yandan, ihtiyatî haciz kararı verilebilmesi için "alacağın yargılamayı gerektirmemesi" şeklinde bir koşul da kanunda öngörülmemiştir. Aksine, ihtiyatî hacze konu her alacağın, kural olarak İİK'nun 264. maddesi kapsamında itirazın kaldırılmasına veya itirazın iptali davasına ya da menfi tespit-istirdat davasına konu olması kanunda öngörülen bir olasıktır. İİK'nun 257. maddesine göre, rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borçlunun alacaklısı ihtiyatî haciz isteyebilir. Somut olayda ihtiyatî haciz isteyen I... A.Ş. ile O... Ltd. Şti. arasındaki bayilik sözleşmesinden kaynaklanan hesaba yönelik 11/11/2015 tarihli ihtarname gönderilmiştir. Bu durumda mahkemeye, ihtiyatî haciz koşullarının varlığı gözetilerek ihtiyatî haciz kararı verilmesi gerekirken yanlışlı gereke ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir."; (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 15.HD, E.: 2017/655, K.:2017/409, T.:04.07.2017, "İhtiyatî tedbirin şartları HMK 389/1. Maddesinde genel olarak düzenlenmiştir. Bu yasa hükmüne göre, mevcut durumda meydana gelebilecek değişme sebebiyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilebilir. İhtiyatî tedbire esas olan bir hakkın varlığı ve bir ihtiyatî tedbir sebebinin bulunmasıdır. HMK md.390/3 hükmüne göre, talep eden taraf, öncelikle tedbir istemine dair dilekçesinde dayandığı ihtiyatî tedbir sebebinin ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak yasal delillerle ispat etmek zorundadır. Burada sözü edilen ispatın ölçüsü ise, "yaklaşık ispat kuralına göre belirlenir. Yaklaşık ispat kuralının uygulanmasında hâkim, iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğruluğunu kabul etmekle birlikte, aksinin mümkün olduğu ihtimalini de gözetmelidir. Bu nedenle, ihtiyatî tedbire karar verilirken, haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan kural olarak teminat alınır." (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>)

Çalışma konumuz Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında ihtiyatî tedbir olsa da özel yasalarda öngörülen geçici önemlerin şartları ve uygulanması HMK hükümlerine göre değil, özel yasasındaki şartlara göre değerlendirileceğinin belirtilmesinde fayda vardır.¹⁰

C. İhtiyatî Tedbir Talebi ve Yargılanması

1. İhtiyatî Tedbir Talebi

Öncelikle belirtmelidir ki, ihtiyatî tedbir bir dava değildir; bu sebeptendir ki özellikle dava açılmadan önce ihtiyatî tedbir talep edildiği durumlarda ihtiyatî tedbir yargılamasında taraflar, “ihtiyatî tedbir talep eden” ve “karşı taraf”tır.¹¹

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 390. maddesinin 1. fıkrasında ihtiyatî tedbirin, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebileceği öngörülmüştür. Anılan maddeden de anlaşılacağı üzere ihtiyatî tedbir, dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra talep edilebilir. Dava açılmadan önce ihtiyatî tedbir talebinde bulunulacaksa bu talebin esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeye, dava açıldıktan sonra talepte bulunulacaksa asıl davanın görüldüğü mahkemeye yönlendirilmesi gerekir. Eğer ki ihtiyatî tedbir talebinde bulunan taraf, görevsiz veya kesin yetki kurallarına aykırı şekilde yetkisiz bir mahkemeye talebini yöneltirse, mahkeme bu talebi reddetmelidir. Öte yandan kesin olmayan yetki söz konusu ise, karşı taraf yetki itirazında bulunursa mahkemenin bu konuda karar vermesi gerekmektedir.¹²

10 Örneğin, boşanma ve ayrılık davalarında hâkim re'sen Türk Medeni Kanun'u madde 169'a göre geçici tedbirler alabilecektir. “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin önemleri re'sen alır.

11 Kuru, a.g.e., s. 502; Alangoya/Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 410; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 570; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 570; Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 1006; Direnisa, a.g.e., s. 106; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, a.g.e., s. 557.

12 A.e.; Mikail Bora Kaplan, Sinai Mülkiyet Kanun'unda İhtiyatî Tedbirler, 1. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, 2018, s. 93; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, a.g.e., s. 557.

Anılan maddenin birinci fıkrasında kanun koyucu, geçici koruma talebinde bulunacak tarafın, hiç ilgisi olmayan mahkemelerden ihtiyatî tedbir istenmesinin önüne geçmek istemiştir. Bu amaç doğrultusunda geçici hukukî korumaların görevine ve niteliğine uygun olarak, ihtiyatî tedbirin dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden, dava açıldıktan sonra asıl davanın görüldüğü mahkemeden istenebileceği hususu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle ihtiyatî tedbir konusunda yetki ve görevle ilgili belirsiz ve kötüye kullanıma açık olan bir durum oluşmasının önüne geçilmiştir.¹³

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 390. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, genel olarak bir dilekçede bulunması gereken temel unsurlar dışında, ihtiyatî tedbire esas olan hak ile hangi ihtiyatî tedbir sebebine dayanıldığının açıkça belirtilmesi gerektiği, aynı zamanda bu hak ve sebeplere dayanak olarak delillerin belirtilmesi ve hazırda bulunan delillerin mahkemeye sunulması gerektiği ifade edilmiştir. Sayılanlara ek olarak tedbir talebinde bulunan taraf, ne tür bir tedbir istediğini de tedbir talebinde belirtmelidir.¹⁴ Ayrıca tedbire ilişkin gerekli harç ve giderlerin de yatırılması gereklidir; ancak dava açılırken ihtiyatî tedbir talep edilmişse, bu durumda tedbir için ayrıca harç ödenmez.¹⁵

İhtiyatî tedbir talebinin hangi süreler içinde yapılacağına dair bir yasal süre veya kısıtlama bulunmamaktadır; bir diğer deyişle ihtiyatî tedbir talebi herhangi bir zaman kısıtlaması bulunmadan, talepte bulunanın istemine bağlı olarak her zaman yapılabilir.¹⁶

İhtiyatî tedbir talep eden tarafın, haksız çıkması ihtimaline karşı, karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacağı muhtemel zarar-

¹³ Günay, a.g.e., s. 112; Kuru, a.g.e., s. 502; Alangoya/Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 410; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 570; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 570; Konuralp, a.g.e., s. 231; Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 1007; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 557.

¹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 557.

¹⁵ Direnisa, a.g.e., s. 107.

¹⁶ Alangoya/Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 410; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 570; Konuralp, a.g.e., s. 231; Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 1007; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, a.g.e., s. 557.

lara karşılık teminat göstermek zorunluluğu Hukuk Muhakemeleri Kanununun 392. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu zorunluluğun istisnaları bulunmaktadır. Talebin, resmî belgeye veya başkaca kesin bir delile dayanıyor olması veya durum koşullarının teminat vermeyi gerektirmemesi durumunda gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla mahkeme, teminat alınmamasına da karar verebilir. Ayrıca adli yardımdan yararlanan tarafın teminat göstermesi gerekmez.¹⁷

Aynı kanun maddesinin ikinci fıkrasında alınan teminatın ne zaman iade edileceği hususu da açıkça belirtilmiştir. Asıl davaya ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyatî tedbir kalkmasından itibaren, bir ay içinde tazminat davasının açılmaması halinde teminat iade edilir¹⁸

2. İhtiyatî Tedbir Yargılaması

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 316. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca kanunlarda açıkça belirlenen haller dışında ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz, delil tespiti gibi geçici hukukî koruma talepleri ile deniz raporlarının alınması, dispeççi atanması talepleri ve buna karşı yapılacak olan itirazlarda basit yargılama usulü uygulanır.

İhtiyatî tedbir yargılamasının en önemli iki özelliği, karşı taraf dinlenilmeden de hâkimin karar verebilmesi ve yaklaşık ispatın yeterli görülmesidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 390. maddesinin 2. fıkrasında talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebileceği düzenlenmiştir. Anılan hükümde belirtildiği üzere hâkim geçici hukukî korumalarda, davadan farklı olarak, karşı tarafı dinlemeden de geçici hukukî korumaya karar verebilir. Burada hukukî dinlenilme hakkına bir istisna getirilmiştir. Şöyle ki; hukukî dinlenilme hakkı temel yargısal ve vazgeçilmesi mümkün olunmayan bir haktır. Hukukî dinlenilme hakkı, adil yargılama hakkının bir parçasıdır. Avrupa İnsan Hakları

¹⁷ Alangoya/Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 410; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 571.

¹⁸ Konuralp, a.g.e., s. 231, Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 1008; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, a.g.e., s. 557.

Sözleşmesinin 6. maddesi¹⁹ ve hukukumuzda Anayasanın 36. maddesi adil yargılanma hakkını düzenleyerek güvence altına almıştır. Adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olan hukukî dinlenilme hakkı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 27. maddesinde düzenlenmiştir.

Anılan maddeden de anlaşılacağı üzere hukukî dinlenilme hakkı, yargılama ile ilgili bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını ve mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirilmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir.²⁰

Belirtilmelidir ki, kanun koyucu bu istisnayı “talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâller...” ile sınırlandırmıştır. Başka bir deyiş ile hâkim, talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâller dışında, karşı tarafı da dinleyerek ihtiyatî tedbir talebi hakkında kararını vermesi gerekmektedir.²¹

İhtiyatî tedbire karşı taraf dinlenilmeden de karar verilebilmesi, hukukî dinlenilme hakkının tamamen bertaraf edildiği anlamına gelmemektedir. Şöyle ki; ileride daha detaylı işleneceği üzere, karşı taraf dinlenilmeden karar verildiği durumlarda, karşı tarafa itiraz hakkı tanınmıştır. Tanınan bu itiraz imkânı kullanılarak hukukî dinlenilme hakkı gerçekleştirilir. Bu noktada karşı tarafın hukukî dinlenme hak-

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erol Çiçek, AİHS m.6 “Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 72, 2007, 234-246.

²⁰ Hukukî dinlenilme hakkı en eski yargılama ilkesidir. Bu hak, kişinin yargı organları önünde “olmak veya olmamak” meselesidir. Hukukî dinlenilme hakkı, yargılamada ilgilinin basit bir dinlenilmesinden ya da isticvaptan çok daha kapsamlı bir hakkı ifade eder. Bu sebeptendir ki, sadece dinlenme değil, hukukî dinlenilme terimi kullanılmakta, bunun da bir hak olduğu özel olarak vurgulanmaktadır. Hukukî dinlenilme hakkı, genel özellikleri dikkate alınarak, “yargılamada hukukî durumu etkileyecek kişilerin, yargılamanın süjesi olarak, yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargı mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli şekilde karar vermesini sağlayan, sürpriz kararla karşılaşmanın önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesidir şeklinde tanımlanabilir.” Hukukî dinlenilme hakkının tanımı ve detaylı bilgi için bkz. Muhammet Özeker, “Medeni Usul Hakkında Hukukî Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları”, Adil Yargılanma Hakkı, Nergis Yayınları, Sayı 4, 2003, 264-276. Hukukî dinlenilme hakkı ile ilgili Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2. HD. E.: 2016/21776, K.: 2018/8970, T.:11.09.2018; Yargıtay 9. HD. E.: 2027/ 8624, K.: 2018/ 15528, T.: 11.09.2018. (Kazanıcı Hukuk)

²¹ Günay, a.g.e., s. 112; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 571; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 570; Pekcanitez/Atalay/ Özeker, a.g.e., s. 558.

kı ortadan kaldırılmamakta, sadece hukukî dinlenilme hakkı itiraza bağlanarak geçici hukukî koruma kararından sonraya bırakılmaktadır.²² İhtiyatî tedbir yargılamasının diğer bir ayırt edici özelliği, ihtiyatî tedbir yargılamasında tam ispat aranmaması, yaklaşık ispatın yeterli kabul edilmesidir. Asıl olan, hâkimin mevcut ispat ve delil kuralları içerisinde tarafların iddia ettiği bir vakıa konusunda tam bir kanaate varmadan, o vakıanın doğruluğunu kabul etmemesidir. İhtiyatî tedbir kararı bakımından, ihtiyatî tedbirlerin asıl hukukî korumanın gerçekleşebilmesini güvence altına alan bir tedbir olarak uyumsuzluğu çözen nihai bir karar olmadığı ve işin niteliği ve olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak, kanun koyucu ispat ölçüsünü düşürmüştür.²³

İhtiyatî tedbir yargılamasında bazı durumlarda karşı tarafın dinlenmemesi, tüm delillerin ayrıntılı bir biçimde incelenmesine yeterli zamanın olmaması gibi nedenlerden ötürü, yaklaşık ispat yeterli görülmüştür. İhtiyatî tedbir kararının verilebilmesi için yaklaşık ispatın yeterli bulunması, hâkimin sadece ileri sürülen iddialar ile karara varacağı anlamına gelmemektedir. Hâkimin iddia edilen vakıanın doğruluğunu kabul edilebilmesi için, ispat yükü üzerine düşen tarafın hala kanundaki delil sistemi içinde ve kanunun aradığı ispat ölçüsü çerçevesinde iddiasını ispat etmesi gerekir. Yalnızca tam ispatın arandığı, doğruluğun tereddütsüzce ortaya konduğu durumlar yerine hâkimin ihtiyatî tedbir kararı verebilmesi için ihtiyatî tedbir talep eden tarafın iddiasının ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmesi yeterli bulunacaktır. Dikkat edilmelidir ki; ispat ölçüsünün düşürülmesi, ispat vasıtalarının değiştiği anlamına gelmez. Şöyle ki, kesin delil ile ispat edilmesi gereken hususlar yine kesin delillerle ispat edilecektir.²⁴

²² Günay, a.g.e., s. 112; Kuru, a.g.e., s. 503; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 571; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 570.

²³ Albayrak, a.g.e., s. 70.

²⁴ Günay, a.g.e., s. 112; Kuru, a.g.e., s. 504; Alangoya/Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 411; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 572; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 571; Konuralp, a.g.e., s. 238; Pekcanitez/Atalay/ Özkes, a.g.e., s. 559.

D. İhtiyatî Tedbir Talebi Hakkında Karar

1. İhtiyatî Tedbir Talebinin Reddi Kararı

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 391. maddesinin 3. fıkrası uyarınca ihtiyatî tedbir talebinin reddi kararı gerekçeli olarak verilir ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Yüzüne karşı aleyhine ihtiyatî tedbir kararı verilen taraf da kanun yoluna başvurabilir. Bu başvurular öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Mahkemenin yaptığı inceleme sonucunda ihtiyatî tedbir şartları mevcut değilse veya Kanun'un öngördüğü ölçüde ispat edilmemişse, hâkimin ihtiyatî tedbirin reddi yönünde karar verdiği takdir de bu kararı gerekçeli olarak vermeleri gerektiği belirtilmiştir. Aynı maddenin devamında belirtildiği üzere ihtiyatî tedbir talebi reddedilen tarafın kanun yolu açıktır. Ancak belirtilmelidir ki; burada başvurulacak kanun yolu istinaf kanun yoludur ve istinaf incelemesi üzerine verilen bu karar kesindir. İhtiyatî tedbir talebi Bölge Adliye Mahkemesi tarafından da reddedilen taraf, artık bu karara karşı temyiz yoluna gidemez.²⁵

2. İhtiyatî Tedbir Talebinin Kabulü Kararı

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 391. maddesinin 1. fıkrasında ihtiyatî tedbir kararıyla hükmedilebilecek tedbirler örnekseme yoluyla gösterilmiştir. Kanun koyucu, ihtiyatî tedbirleri tahdidi olarak belirle-

²⁵ Yargıtay 8. H.D., E.: 216/20969, K.: 2016/17213, T:19.12.2016 “[...] Bilindiği üzere, ihtiyati tedbir, HMK’da “Geçici Hukuki Korumalar” üst başlığı altında taraflar arasındaki ihtilafın çözümüne katkı sağlayan ve asıl yargılamada verilen hükmün gerçekleştirilmesini temin eden ve hakların korunması bağlamında aynı zamanda Hukuk Devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası olarak hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirilebilecek bir usul hukuku müessesesi olduğunda kuşku yoktur. Temyiz yolu da, açık bir şekilde hatalı veya kanuna aykırı biçimde ortaya çıkmış kararların düzeltilmesini amaçlayan olağan bir kanun yoludur. Bu anlamda temyiz “hukukun hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması” sebebine dayanır. Zira temyiz, hem kararın daha üst seviyedeki bir mahkeme tarafından denetlenmesinin sağlanması, hem de şekli bakımdan kesinleşmesini ertelemesi itibarıyla tam bir kanun yoludur. Oysa istinaf, yukarıda belirtildiği gibi hukuki denetim yanında (vakıa) yerindelik denetimi de yapan bir kanun yoludur... Talep, ihtiyati tedbir talebinin reddine dair ara karara ilişkin olup, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun [...] sayılı ilamı uyarınca ilk derece mahkemelerince verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi veya bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olduğuna karar verildiğinden ihtiyati tedbire ilişkin kararların temyizi kabul değildir.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

meyi tercih etmemiş, aksine örnekseyici bir tutum sergilemiştir. Bunun sebebi her durum ve somut olay için alınacak tedbirleri kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılmasının mümkün olmamasıdır. Kanun koyucu uygulamada en çok karşılaşılabilen tedbirleri örnek kabilinden saymış ancak bu nedenle verilebilecek tedbirleri sınırlandırmamıştır.²⁶

Bu noktada, kanun koyucu hâkime geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Belirtilen örnekler dışında da gerekli her türlü tedbirin mahkemece verilebileceği hususu açıktır. Hâkimin tedbir kararını verirken taraflar arasındaki menfaat dengesini koruması ve ihtiyatî tedbirin amacını göz önünde bulundurması gerekmektedir.²⁷

Sakıncayı ortadan kaldıracak ya da zararı engelleyecek tedbirlerin dışına çıkılmamalı, ihtiyatî tedbir kararını verirken ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmelidir. Hâkimin, engellenecek ya da ortadan kaldırılacak zarar ile ileride aleyhinde ihtiyatî tedbir kararı verilen kişinin asıl yargılama sonucunda haklı çıkması durumunda, verilmiş ihtiyatî tedbir yüzünden uğrayabileceği zararları dengeleyecek şekilde karar vermesi gerekmektedir.²⁸

İhtiyatî tedbir kararında ihtiyatî tedbir talep edenin, varsa kanunî temsilcisi ve vekilinin ve karşı tarafın adı, soyadı ve yerleşim yerleri ile talep edenin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası yazılmalıdır. Bunların dışında, tedbirin açık ve somut olarak hangi sebebi ve delillere dayandığı, tereddüde yer vermeyecek şekilde, neyin üzerinde ve ne tür bir tedbire karar verildiği, talepte bulunanın ne tutarda ve ne türde bir teminat göstereceği yazılır. Kanun koyucu mahkemeye, ihtiyatî tedbir kararını sadece genel bir karar olarak değil, uyumsuzluk konusu ile bağlantılı olarak verme, aynı zamanda sebebini açıklama ve belirtme görevi yüklemiştir. Mahkemenin verilecek ihtiyatî tedbir türüne ilişkin geniş bir takdir yetkisi olduğu için, vereceği ihtiyatî tedbiri ve tedbirin sebeplerini açıklayarak kararda anlatması, hem vereceği kararın uygu-

²⁶ Günay, a.g.e., s. 114; Kuru, a.g.e., s. 505; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 572.

²⁷ Günay, a.g.e., s. 114; Kuru, a.g.e., s. 505; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 572.

²⁸ Kuru, a.g.e., s. 505; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 572.

lanması hususunda rahatlık sağlayacak hem de karşı tarafın haklarının ihlal edilmediğinin bir göstergesi olacaktır.²⁹

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 391. maddesinin 3. fıkrasında belirtildiği üzere yüzüne karşı aleyhine ihtiyatî tedbir kararı verilen taraf da kanun yoluna başvurabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, kanun koyucu burada yüzüne karşı aleyhine ihtiyatî tedbir kararı verilen ile gıyabında ihtiyatî tedbir verilen kişiyi ayrı tutmuştur. Bu konu ileride detaylıca işleneceği için bu noktada sadece bu ayrımı belirtmek ile yetiniyoruz.³⁰

Bu hususla ilgili son olarak değinmek istediğimiz husus, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 397. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere ihtiyatî tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam edeceğidir. Ancak tedbir karardan sonra durumun değişmesi sebebiyle kaldırılabilme ihtimaline de Hukuk Muhakemeleri Kanununun 396. maddesinde yer verilmiştir. Bu husus da ileride detaylı olarak işleneceği için bu noktada üzerinde durmamaktayız.³¹

E. İhtiyatî Tedbir Kararını Tamamlayan İşlemler

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 397. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği üzere ihtiyatî tedbir kararı dava sırasında talep edilmişse, yapılacak başka bir işlem yoktur. Ancak ihtiyatî tedbir dava açılmadan önce talep edilmiş ve tedbire karar verilmişse, o zaman ihtiyatî tedbiri talep eden taraf anılan maddede belirtildiği üzere bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde esas hakkındaki

²⁹ Kuru, a.g.e., s. 505; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 572.

³⁰ Günay, a.g.e., s. 115; Kuru, a.g.e., s. 504; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 572; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, a.g.e., s. 571.

³¹ Yargıtay 2. HD, E.:2013/25697, K.:2014/536, T.:15.01.2014 "Nihai kararlar verilen davalıya babasından intikal eden gayrimenkullerdeki taksim edilmemiş miras payı üzerine konulan ihtiyatî tedbirin, kararda aksi belirtilmediğinden, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam edeceğinin yasa gereği olmasına göre, davalının bu yöne yaptığı temyiz itirazı yetersizdir." (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi-BankasiIstemciWeb/>)

davasını açmak ve dava açtığına ilişkin belgeyi kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında belge almak zorundadır.³² Aksi halde tedbir kendiliğinden kalkacaktır.

İhtiyatî tedbir nihai bir karar değildir. Dolayısıyla etkisi, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder ve nihai kararın kesinleşmesi ile birlikte kalkar (HMK md. 397/2). Dava açmadan önce ihtiyatî tedbir talep eden tarafın asıl dava açma zorunluluğu olmasaydı; ihtiyatî tedbirin nihai kararın kesinleşmesi ile birlikte kalkması da mantıksız olacak ve uygulanabilirliği kalmayacaktı. Kanun koyucu tarafların arasındaki uyuşmazlığın oluşturduğu hukukî durumun uzun süre askıda kalmasının ve tedbirin karşı taraf üzerinde baskı unsuru olarak kullanılmasının önüne geçmek istemiştir.³³

F. İhtiyatî Tedbir Kararının Uygulanması

1.İhtiyatî Tedbir Kararının Uygulanması

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 393. maddesinin 1. fıkrasında ihtiyatî tedbir kararının uygulanması için bu kararın, tedbir isteyen tarafa tefhim veya tebliğinden itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Aksi hâlde, kanunî süre içerisinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar. Dolayısıyla ihtiyatî tedbir kararı verildikten sonra, bunun icra edilmesi gerekmektedir.³⁴ Maddede belirtilen süre kanunî ve niteliği itibarıyla hak düşürücü bir süredir.³⁵ Bu noktada ayrıca üzerinde durulması gerekir ki; ihtiyatî tedbir kararının uygulanmasını talep etmek için verilen süre, kesin ve usule

³² Kuru, a.g.e., s. 507; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, a.g.e., s. 411; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s.573; Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 1011; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 563.

³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 563.

³⁴ Günay, a.g.e., s. 114; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s.406; Mustafa Göksu, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyatî Tedbir Talebinin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan Özel Sayı, 2015, s. 1253-1273, s. 1262; Konuralp, a.g.e., s. 257.

³⁵ Yargıtay 8. HD., E.:2014/18929, K.:2016/4784, T.: 17/03/2016; Yargıtay 2. HD, E.: 2014/17647, K.:2015/6324, T.:04.05.2015.

ilişkin olduğu için bu süre elde olmayan sebeplerle kaçırılırsa, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 95. maddesinde düzenlenen eski hale getirme hükmünden yararlanılabilir.³⁶

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 393. maddesinin 2. fıkrasında tedbir kararının uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çerçevesinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edileceği, mahkemenin kararında belirtmek suretiyle tedbirin uygulanmasında yazı işleri müdürünü de görevlendirebileceği düzenlenmiştir. İhtiyatî tedbirin nerede ve hangi organ tarafından yerine getirileceği böylelikle açıklığa kavuşturulmuştur. Esasen tedbirin uygulanması yargı çerçevesinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu icra dairesinden talep edilecekken, istisnai olarak eğer mahkeme, kararında belirttiyse tedbirin uygulanması yazı işleri müdürü tarafından da sağlanabilir.³⁷

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 393. maddesinin 3. fıkrasında ihtiyatî tedbirin nasıl yerine getireceğini açıklamıştır. Kanunun 393. maddesinin 4. fıkrasında ihtiyatî tedbiri uygulayan memurun bir tutanak düzenleyeceği belirtilmiştir. İhtiyatî tedbir uygulamasının sağlıklı ve kanuna uygun şekilde yürütüldüğünün denetlenebilmesi için ihtiyatî tedbiri uygulayan memurun tutanak düzenlemesi zorunluluk haline getirilmiştir. Tutanağa maddede açıkça belirtildiği üzere tedbir konusu ve bulunduğu yer, ayrıca tedbir konusu ile ilgili her türlü iddianın geçirilmesi gerekmektedir. Aynı zamanda tedbiri uygulayan memurun, tutanağın bir örneğini orada hazır bulunan taraflara ve ilgili üçüncü kişiye vermesi, hazır bulunmuyorsa, tebliğ etmesi gerekmektedir.³⁸

³⁶ Gökse, a.g.e., s. 1262; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 573; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, a.g.e., s. 563.

³⁷ Günay, a.g.e., s. 114; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 406; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 573; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 572; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, a.g.e., s. 564.

³⁸ Günay, a.g.e., s. 114; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 411; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 573; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 572.

2. İhtiyatî Tedbir Kararına Muhalefet

Anayasa Mahkemesi, 11.7.2018 tarih ve E.2018/1, K. 2018/83 sayılı kararıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 398. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinin (ihtiyatî tedbir kararına muhalefetin cezasını düzenleyen hükmün) iptaline, iptal hükmünü, kararın Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Karar, ihtiyatî tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davrananın, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılması öngörülen maddenin iptaline ilişkindir. Yargılamanın yapıldığı mahkeme hukuk mahkemesi ancak iptal itiraz konusu kural kapsamında verilen kararın ceza hukuku alanında sonuç doğuruyor olması, suçun kanuniliği ilkesi gereği hangi eylemlerin yaptırıma bağlandığının, suçun yasal unsurlarının, ağırlaştırılmış hallerinin yeterince anlaşılır biçimde düzenlenmemesi başvurunun sebepleridir. Anayasa Mahkemesi hükmü iptal ettikten sonra 7251 sayılı Kanun³⁹ ile Hukuk Muhakemeleri Kanununda değişiklik yapılmıştır.⁴⁰

G. İhtiyatî Tedbir Kararına Karşı Konulması

Daha önce işlendiği üzere; Hukuk Muhakemeleri Kanununun 391. maddesinin 3. fıkrasında göre ihtiyatî tedbir talebinin reddi kararına karşı talep eden taraf kanun yoluna başvurulabilir. Çalışmamızın bu bölümünde mahkemenin ihtiyatî tedbir kararının kabulüne karar vermesi durumunda karşı tarafın ihtiyatî tedbir kararına karşı koyabilme imkanları işlenecektir.

1. İhtiyatî Tedbir Kararına İtiraz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 394. maddesinin 1. fıkrasında karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyatî tedbir kararlarına itiraz edilebileceği, aksine karar verilmedikçe itirazın icrayı durdurmayacağı

³⁹ RG, 28.07.2020, S. 31199.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, E.: 2018/1, K:2018/83, T.11.07.2018 (Lexpera); Drenisa, a.g.e., s. 132.

hükme bağlanmıştır. Daha önce bahsedildiği üzere, ihtiyatî tedbire karşı tarafın dinlenilmesinde sakınca bulunan durumlarda mahkeme, karşı tarafı dinlemeden de karar verebilir. Böyle bir durum söz konusu ise, karşı taraf verilmiş olan ihtiyatî tedbir kararına itiraz yoluna başvurabilir. İhtiyatî tedbir kararı verilirken dinlenilmeyen tarafın hukukî dinlenilme hakkı itiraz yolu ile sağlanmış olur. Tekrar belirtmek gerekir ki, ihtiyatî tedbir kararı, karşı taraf dinlenilerek verilmişse bu durumda itiraz yoluna başvurulamaz; ancak istinaf kanun yoluna başvurusu mümkündür. Bu noktada önemle belirtilmelidir ki; karşı taraf dinlenilmeden ihtiyatî tedbir kararı verilmişse, karşı taraf önce itiraz yoluna başvuracak, bu itiraz üzerine ortaya çıkan karar hala aleyhine ise o zaman kanun yoluna başvurabilecektir.⁴¹

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 394. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, itiraz süresi bir haftadır. Bir haftalık süre, karşı taraf ihtiyatî tedbirin uygulanması sırasında hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren, hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın kendisine tebliğinden itibaren başlar. Üçüncü kişi itiraz yoluna başvuracaksa, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 394. maddesinin 3. fıkrasında belirtildiği üzere tedbiri öğrenmesinden itibaren bir hafta içinde itiraz edebilirler. Buradaki bir haftalık süre hak düşürücü bir süredir; süreyi geçirenin artık itiraz hakkı olmayacaktır. Belirtilmelidir ki, ihtiyatî tedbir kararına itiraz bir ön kanun yolu olmayıp, hukukî dinlenilme hakkını sağlamaya yönelik bir hukukî çaredir.⁴²

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 394. maddesinde dinlenilmeden aleyhinde ihtiyatî tedbir kararı verilen tarafın hangi sebeplere dayanarak itiraz edebileceği sıralanmıştır. Bunlar: ihtiyatî tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata itirazdır. Üçüncü kişiler yalnızca ihtiyatî tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler, mahkemenin

⁴¹ Kuru, a.g.e., s. 508; Alangoya/Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 412; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 573; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 572-573; Konuralp, a.g.e., s. 246; Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 1012; Direnisa, a.g.e., s. 111; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 564; Atalı/Ermenek/Erdoğan, a.g.e., s. 702.

⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 564; Atalı/Ermenek/Erdoğan, a.g.e., s. 702.

yetkisine itiraz etme hakları yoktur.⁴³ Hukuk Muhakemeleri Kanununun 394. maddesinin 4. fıkrasında itirazın nasıl yapılacağını açıklamıştır. İhtiyatî tedbir kararına karşı itiraz Hukuk Muhakemeleri Kanununun 394. maddesinin 2. fıkrasında da belirttiği üzere tedbir kararını veren mahkemeye yapılır. Bu noktada, eğer ihtiyatî tedbir kararını ilk derece mahkemesi vermiş ise itiraz talebi ilk derece mahkemesine yapılmalıdır.⁴⁴ İtiraz kararı istinaf derecesinde verildiyse, o zaman ihtiyatî tedbire itiraz talebi bölge adliye mahkemesinin ilgili hukuk dairesine yapılmalıdır. İhtiyatî tedbire itiraz talebi iletilen mahkeme, itirazı duruşma yaparak inceler. Taraflar davet edilmelerine rağmen duruşmada hazır bulunmazlarsa, mahkeme itirazı dosya üzerinden inceleyerek kararını verebilir.⁴⁵

HMK md. 394/1'e göre aksine karar verilmedikçe, itiraz icrayı durdurmaz. İtirazı inceleyen mahkeme doğal olarak ya itirazı reddedecektir ya da itirazı kabul ederek ihtiyatî tedbir kararını değiştirecek ya da kaldıracaktır. İtiraz hakkında verilen karara karşı kanun yolu açıktır; burada bahsedilen kanun yolu istinaftır. Bölge adliye mahkemesinin vereceği karar kesindir.⁴⁶

43 Konuralp, a.g.e., s. 246.

44 Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 573; Konuralp, a.g.e., s.2 47.

45 Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 573; Konuralp, a.g.e., s.2 47.

46 Yargıtay 12. HD., E.: 2016/12911, K.:2017/5129, T.: 20.03. 2017, "Şikayetçinin, sair şikayeti ile birlikte ... 2. İcra Müdürlüğü'nün 2013/4971 Esas sayılı dosyasından düzenlenen 28/02/2013 tarihli tutanağın iptali amacıyla icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece; ... 9. Asliye Hukuk Mahkemesi' nin 2012/527 Esas sayılı dosyasından verilen 19.12.2012 tarihli tedbir kararının infaz edildiği gerekçesiyle şikayetin reddine karar verildiği, anılan kararın temyizi üzerine Dairemizin 03.09.2013 tarih ve 2013/24479 E. 2013/27296 K. sayılı ilamı ile; HMK.nun 394. maddesine göre ihtiyatî tedbirin infazına ilişkin itiraz ve şikayetleri inceleme yetkisinin kararı veren mahkemeye ait olduğu, ihtiyatî tedbir kararının icra müdürünce uygulanmış olmasının bu durumu etkilemeyeceği, zira icra müdürünün anılan konuda ihtiyatî tedbir infaz memurluğu görevini yapmakta olduğu ve icra mahkemesince re'sen görevsizlik kararı verilmesi gerektiğine değinilmek suretiyle karar bozulmuş, mahkemece, 26.11.2013 tarihli tensip tutanağı ile bozma ilamına uyulmasına karar verilmiştir. Mahkemece, Yargıtay bozma ilamına uyulmasına karar verilmesi halinde ise, (HMK' nun 373. maddesi) mahkeme artık bu uyma kararı ile bağlıdır. Bozmaya uyulmakla, bozma, lehine olan taraf yararına usulü kazanılmış hak doğmuş olur (HGK 2010/9-71 E., 2010/87 K.).Somut olayda, mahkemenin hükmü, Dairemizce görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmuş, mahkemece bozma ilamına direnilmeyerek uyma kararı verilmiş, ancak, sonuçta yine şikayetin reddine hükmedilmiştir. Ne var ki, yukarıda açıklandığı üzere, mahkeme; bozma ilamına uyması ile bu uyma kararı ile bağlı hale gelmiştir. Bu durumda, mahkemece yapılacak iş, uyduğu bozma ilamında gösterilen esas çerçevesinde işlem yapmak ve hüküm kurmaktan ibarettir. Hal böyle olunca, mahkemece, hükmüne uyduğu bozma ilamı doğrultusunda, görevsizlik kararı vermesi gerekirken, yeniden şikayetin reddine hükmedilmesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir."; (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>). Pekcantez/Atalay/ Özkes, a.g.e., s. 565; Atalı/Ermenek/Erdoğan, a.g.e., s. 705.

2. Durum ve Şartların Değişmesi Sebebiyle İhtiyati Tedbire İtiraz

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 396. maddesi hükmünün kapsamına göre; ihtiyatî tedbirin verildiği tarihten sonra, tedbirin verilmesini zorunlu tutan şartlarda bir değişiklik olduğu kesinse, bu değişikliğe paralel olarak ihtiyatî tedbirinde değiştirilmesi veya kaldırılması gerekmektedir. Belirtilmelidir ki hal ve şartların değişmesi nedeniyle ihtiyatî tedbire, dinlenilmeden yokluğunda aleyhinde tedbire karar verilen tarafta, tedbir kararı verilirken dinlenen tarafta yararlanır bu itiraz yolu bakımından bir ayırım gözetilmemiştir. Daha önce itiraz etmiş olan taraf dahi şartların değişmesi sebebiyle itiraz edebilir. Hâl ve şartlar değiştiğinde tedbirin değiştirilmesi ya da kaldırılması için talepte bulunulması şart olarak aranmıştır.⁴⁷

Ayrıca belirtmek gerekir ki bu noktada mahkeme, daha önce verilen kararın durum ve şartlara uygunluğunu araştırmayacak, durum ve koşullardaki değişme somut olay bakımından aynı tedbirin devam etmesi gerekliliğini ortadan kaldırıp kaldırmadığını inceleyecektir.⁴⁸

47 İdil Tavşancıl, "Geçici Hukuki Korumalar", Ankara Barosu Dergisi Hukuk Gündemi, Sayı 8, 2007, 93-98, s.96; Özkan, a.g.e, s. 133; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 14.HD, E.: 2018/454, K.:2018/360, T.:06.04.2018, "HMK 341/1. maddesi uyarınca, ilk derece mahkemelerinin nihai kararları ile ihtiyatî tedbir talebinin reddine dair kararlarına ve ihtiyatî tedbire itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bir başka deyişle, HMK md. 391/3. maddesi uyarınca, ihtiyatî tedbir kararının reddi kararına karşı ve HMK md. 394/5. Maddesi uyarınca, ihtiyatî tedbire itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir. İstinafa konu edilen ek karar teminatın iadesi talebinin reddine dair karar olup, istinafi mümkün değildir."

48 Yargıtay 23. HD. E. : 2014/1474 K.: 2014/4876, T.: 25.06.2014, "Davacı vekili müvekkili şirketin, 1985 yılında İbrahim A... adlı şahsın şahıs işletmesi olarak kurulan ve inşaat işiyle iştigal eden bu işletmenin en büyük maliyet kalemi olan akaryakıt konusunda avantaj sağlamak üzere petrol istasyonu işletmek amacıyla kurulduğunu ve 2010 yılında tescil edildiğini; 29.08.2012 tarihinde adı geçenin şahsi işletmesinin de aynı sermaye olarak eklenmesiyle şirkete katıldığını; bu haliyle şirketin bir petrol istasyonu ve üç şantiyede devam eden inşaat işi bulunduğunu, tahsil edilemeyen piyasa alacakları ve kışın uzaması nedeniyle hakedişlerin gecikmesine bağlı olarak darboğaza girdiklerini; düşen kârlılığa çözüm bulunması, sermaye arttırımı, yeni ortak bulunması suretiyle borca batıklıktan kurtulabileceklerini ileri sürerek, iflasın bir yıl süreyle ertelenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemeye iddia, müdahil beyanları, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre; davacı şirketin borca batık durumda bulunduğu; birleşen gerçek kişi işletmesinin mamelekinde bulunan araçların davacı adına tescil edilmediği, petrol istasyonunun atıl vaziyette beklediği ve bu faaliyet ile hedefleri yakalamanın mümkün olmayacağını anlaşıldığı gerekçesiyle, iflasa karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili ve müdahil T. İş Bankası AŞ. vekili katılma yolu ile temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 397/2. maddesi uyarınca aksi belirtilmedikçe ihtiyatî tedbi-

Tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması durumunda da mahkemenin değiştirme ve kaldırma gerekçesini edilen taleple bağlantı olarak ortaya koyması gerekmektedir.⁴⁹

Belirtilen maddenin devamında Hukuk Muhakemeleri Kanununun 394. maddesinde atf yapılmış, bu maddedeki ortak yönler dikate alınmıştır. Ancak aralarındaki fark itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulması noktasındadır. Durum ve koşullarda değişiklik bakımından verilen karara karşı kanun yolu kapalıdır çünkü; durum ve koşulların değişmesi, hukukî bir değerlendirmeden daha çok, maddî şartlarla yakından ilgilidir, nispeten sübjektif ve doğrudan mahkemenin takdirine bağlı bir durum olması ve aynı zamanda aynı yargılama sürecinde, birden fazla durum ve koşulların değişmesi sebebiyle, tedbirde değişiklik yapılması veya kaldırılması ihtiyatî tedbirin amacına aykırılık oluşturacaktır. Ancak belirtmekte yarar var ki; durum ve koşullarda değişiklik bakımından o anda kanun yoluna başvurulmaması, daha sonra işin esasıyla ilgili kanun yoluna başvurulması durumunda, bu hususun incelenmeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun yolu incelemesinde bu husus da değerlendirilerek bir karar verebilme imkânı kapalı değildir.⁵⁰

3. Teminat Karşılığı İhtiyatî Tedbirin Değiştirilmesi ve Kaldırılması Talebi

İhtiyatî tedbir talebine karşı konulmasının son yolu, aleyhine tedbir kararı verilen veya uygulanan kişinin teminat göstererek mahkeme-

rin kararın kesinleşmesine kadar devam edeceği sabit olmakla birlikte iflasın ertelenmesi davaları sonunda verilen iflas kararları üzerine oluşan yeni hukuki durumun özellikle müflisin tasarruf yetkisi ve rehinle temine edilmiş alacakların tahsili için girilmiş takipler bakımından farklı bir rejim ortaya koyduğu ve aynı Yasa'nın 396/1. maddesi uyarınca yapılacak başvuru üzerine mahkemeye tedbirin kaldırılmasının her zaman mümkün bulunmasına göre, müdahil T. İş Bankası A.Ş.'nin temyiz itirazının ayrı bir bozma sebebi yapılmasına gerek görülmemiş, davacı vekilinin temyiz itirazlarının da reddi gerekmiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı ve müdahil T. İş Bankası A.Ş. vekillerinin temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün (ONANMASINA), aşağıda yazılı onama harçlarının temyiz edenlerden alınmasına, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, oybirliğiyle karar verildi." (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>)

⁴⁹ Kuru, a.g.e., s. 509; Günay, a.g.e. s. 117; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 575; Özkan, a.g.e, s. 134.

⁵⁰ Kuru, a.g.e., s. 509; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 575.

den ihtiyatî tedbirin değiştirilmesini veya kaldırılmasını talep etmesidir. Sadece aleyhine tedbir kararı alınan kişi değil aynı zamanda hakkında ihtiyatî tedbir kararı uygulanan üçüncü kişi de bu imkândan yararlanabilmektedir.⁵¹

Mahkeme durumun gerektirdiğine göre tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına karar verebilir; ancak mahkeme teminat gösterildiği takdirde tedbiri değiştirmeye ya da kaldırmaya zorunlu değildir. Gerekçelendirerek, teminat karşılığı ihtiyatî tedbirin değiştirilmesi ve kaldırılması talebini reddedebilir.⁵²

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 395. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, teminatın tutarı, tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasına göre; türü ise Kanun'un 87. maddesine göre tayin edilir. Gösterilecek teminatın tür ve miktarını mahkeme belirleyecektir. Mahkemenin teminat gösterilerek ihtiyatî tedbirin kaldırılması ve değiştirilmesi hakkında vereceği karara karşı kanun yoluna başvurulamaz.

H. İhtiyatî Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davası

İhtiyatî tedbir kararı, niteliği ve amacı gereği bütünüyle bir inceleme yapılmadan, daha önce birçok kez üzerinde durulduğu gibi yaklaşık ispat yeterli bulunarak ve çoğu kez karşı taraf dinlenilmeden verilmektedir. Dolayısıyla mahkemenin ihtiyatî tedbir kararını vermekte haksız çıkması mümkündür.⁵³

HMK md. 399/1 maddesiyle tedbir talebinde bulunan tarafın nihaî yargılamanın sonucunda haksız olduğu anlaşılırsa aleyhine haksız ihtiyatî tedbir verilen tarafın zararını tazmin ile yükümlü olacağı açıklanmıştır.

⁵¹ Kuru, a.g.e., s. 509; Günay, a.g.e. s. 117; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 575; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 574; Konuralp, a.g.e., s. 266; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 565; Atalı/Ermenek/Erdoğan, a.g.e., s. 705.

⁵² Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 565; Atalı/Ermenek/Erdoğan, a.g.e., s. 705.

⁵³ Kuru, a.g.e., s. 510; Alangoya/Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 414; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s.575; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s.5 75; Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 1016; Özkan, a.g.e., s.136; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, a.g.e., s. 571; Atalı/Ermenek/Erdoğan, a.g.e., s. 710.

1. Tazminat Davasının Şartları

İhtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasının şartları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun⁵⁴ haksız fiil hükümlerine dayanarak belirlenir; ancak ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasında sorumluluk kusursuz sorumluluk olduğu için kusur şartı aranmaz.⁵⁵

Öncelikle ihtiyatî tedbir kararının icra edilmiş olması gerekir; ancak örneğin sadece tedbir kararının alındığının duyulmasının üzerine taraf zarara uğramışsa bu şart gerçekleşmiş sayılır.⁵⁶

İhtiyatî tedbir haksız olmalıdır. Şöyle ki; ihtiyatî tedbir talebinde bulunan taraf, ihtiyatî tedbir talebinde bulunduğu anda bu talebinde haksız olduğunun anlaşılması ya da tedbirin itiraz üzerine kaldırılmış olması gerekmektedir. İhtiyatî tedbirin uygulanması sebebi ile aleyhinde ihtiyatî tedbir kararı verilen tarafın zarara uğramış olması gerekir; bu zarar maddi olabileceği gibi manevi bir zarar da olabilir. Son olarak, uygulanan haksız tedbir ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.⁵⁷

2. İhtiyatî Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davasında Yargılama ve Karar

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 399. maddesinin 2. fıkrasında da belirtildiği üzere haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır. Haksız ihtiyatî tedbirden dolayı tazminat davasını, aleyhinde ihtiyatî tedbir kararı verilen ve tedbirden zarar gören üçüncü kişi açabilir.⁵⁸

⁵⁴ RG, 04.02.2011, S. 27836.

⁵⁵ Kuru, a.g.e., s. 510; Alangoya/Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 414; Arslan/Yılmaz/Ayvaz, a.g.e., s. 576; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 575; Konuralp, a.g.e., s. 267; Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 1016; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 571; Atalı/Ermenek/Erdoğan, a.g.e., s. 710.

⁵⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 571; Atalı/Ermenek/Erdoğan, a.g.e., s. 710.

⁵⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 571; Atalı/Ermenek/Erdoğan, a.g.e., s. 710.

⁵⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 571.

Mahkeme dava sonunda, şartların oluşturduğu kanaatine varırsa, tazminat talebini kabul ederek haksız yere ihtiyatî tedbir talep eden tarafın, davalının, aleyhine karar verecektir. Bu noktada önemli olan şudur ki; öncelikle tazminat talep eden, alacağını tedbir kararı verilirken tedbir talep edenin yatırdığı teminattan alacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 392. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen asıl davaya ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyatî tedbir kararının kalkmasından itibaren bir ay içinde tazminat davasının açılmaması üzerine teminat iade edileceği unutulmamalıdır.

Son olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun 399. maddesinin 3. fıkrasında davanın zamanaşımı süresini belirtmiştir. Anılan hüküm uyarınca tazminat davası açma hakkı, hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyatî tedbir kararının kalkmasından itibaren, bir yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

SONUÇ

Çalışmamızda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun'un ihtiyatî tedbirle ilgili maddelerini (md. 389-399) tek tek incelemeye ve ayrıntılı biçimde açıklamaya çalıştık.

İhtiyatî tedbir talebinde bulunabilmek için, öncelikle taraflar arasında uyumsuzluk konusu olacak bir hak ve bu hak üzerinde ihtiyatî tedbir talep edilebilecek bir ihtiyatî tedbir sebebi bulunmalıdır. Bu tedbir sebepleri ilgili maddelerde sıralanmamış mevcut olaya en uygun tedbirin uygulanması için oldukça geniş tutulmuştur; ancak bahsi geçen hakkın ve sebeplerin yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmesi gerekmektedir. İhtiyatî tedbire karar verilmesi konusunda mahkeme için niteliğine ve somut olaya uygun olarak her türlü tedbire karar verebilecektir.

İhtiyatî tedbir esas dava açılmadan önce de talep edilebilir; ancak ihtiyatî tedbire kabul kararı verilirse, talep eden tarafın esas davayı iki hafta içinde açması gerekmektedir; aksi takdirde ihtiyatî tedbir kendiliğinden kalkacaktır.

İhtiyatî tedbiri için görevli ve yetkili mahkeme genel hükümlere göre tespit edilecektir, esas hakkında hangi mahkeme görevli ve yetkili olursa ihtiyatî tedbir de o mahkemeden talep edilecektir.

İhtiyatî tedbir kararı verildiğinde, ihtiyatî tedbir talep eden taraf, karşı tarafın ve üçüncü kişilerin tedbir sebebiyle uğraması muhtemel zararların tazminini güvence altına almak için teminat göstermelidir.

İhtiyatî tedbir yargılamasında, karşı taraf dinlenilmede de ihtiyatî tedbir kararı verilebilir. Acil durumlarda ve karşı tarafın haberdar olmasının yargılamayı negatif yönde etkileyerek talepte bulunan taraf için zorlaştırdığı hallerde karşı taraf dinlenilmeden de ihtiyatî tedbir kararı verilebilmektedir. Ancak zorunluluk bulunmadığı hallerde tedbir talebi hakkında her iki taraf da dinlenilerek karar verilmesi gerekmektedir.

Mahkeme ihtiyatî tedbiri reddederse, karşı taraf dinlenilirse doğrudan kanun yoluna başvurabilir, buradaki kanun yolu istinaf kanun yoludur. Mahkeme karşı tarafı dinlemeden ihtiyatî tedbir kararı verirse, bu durumda karşı taraf öncelikle tedbire karşı itiraz yoluna başvurmalıdır. İtirazı reddedildiği takdir de bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir. İtiraz sebepleri olarak, ihtiyatî tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin itirazlar ileri sürülebilir; ancak eğer üçüncü kişi itiraz halindeyse, sadece tedbirin şartlarına ve teminata ilişkin itirazlarını ileri sürmesi mümkündür.

Mahkeme, ihtiyatî tedbirin kabulüne karar verirse, kararın verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde ihtiyatî tedbirin uygulanması talep edilmelidir; aksi taktirde tedbir kendiliğinden kalkacaktır. Tedbirin uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çerçevesinde ya da tedbir konusu mal veya hakkın bulunduğu yer icra dairesinden istenecektir.

İtiraz sonucu tedbirin kaldırılması mümkündür. Teminat karşılığı veya durum ve şartların değişmesinden dolayı da tedbirin kaldırılması mümkündür.

İhtiyatî tedbirin etkisi aksi kararda belirtilmediği sürece nihai karar kesinleşinceye kadar devam edecektir.

İlgili maddede de belirtildiği üzere, lehine ihtiyatî tedbir kararı verilen tarafın, ihtiyatî tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır ya da tedbir kendiliğinden kalkar ya da kaldırılırsa, aleyhine ihtiyatî tedbir verilen taraf tedbir yüzünden uğradığı zararların tazmini ni talep etmesi de mümkündür.

KAYNAKÇA

ALANGOYA, YAVUZ/ YILDIRIM, KAMİL/ YILDIRIM, DEREN NEVHİS, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8.Bası,Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.

ALBAYRAK, HAKAN, “Yaklaşık İspat”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Konya, 2012.

ARSLAN, RAMAZAN/YILMAZ, EJDER/ TAŞPINAR, SEMA/HANAĞASI, EMEL, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Yetkin Hukuk Yayınevi, Ankara, 2018.

ARSLAN, RAMAZAN/ YILMAZ, EJDER, AYVAZ TAŞPINAR, SEMA, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2017.

ATALI, MURAT/ ERMENEK, İBRAHİM/ ERDOĞAN, ERSİN, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 1.Bası, İstanbul, 2018.

DIRENİSA, Efe, “İhtiyatî Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK M. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt No.: 11, Sayı No.: 25, s. 97-176,2019.

GÖKSU, MUSTAFA, “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyatî Tedbir Talebinin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan Özel Sayı, 1253-1273, 2015.

GÜNAY, ERHAN, “Usul Hukukunda İhtiyatî Tedbir”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 13, Sayı 148, s.109-115, 2018.

ÖZEKES, MUHAMMET, “Medeni Usul Hakkında Hukukî Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları,” Adil Yargılanma Hakkı, Nergis Yayınları, Sayı 4, s. 264-276,2003.

PEKCANITEZ, HAKAN/ ATALAY, OĞUZ/ ÖZEKES, MUHAMMET, Medeni Usul Ders Kitabı, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

POSTACIOĞLU, İLHAN/ ALTAY, SÜMER, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

SEVEN, VURAL, “Kıymetli Evrakın Zıyai Halinde Uygulanabilecek Önleyici Tedbirler”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 4, s. 8-22, 1996.

TAVŞANCIL, İDİL, “Geçici Hukuki Korumalar”, Ankara Barosu Dergisi Hukuk Gündemi, Sayı 8, s. 93-98, 2007.

ÜSTÜNDAĞ, SAMİ, İhtiyati Tedbirler, 1.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.

■ Ahmet Ertan YILMAZTEKİN* ■

İCRA-İFLAS HUKUKUNDA ŞİKÂYET SEBEPLERİ VE SÜRESİ

REASONS AND DURATION OF GRIEVANCE IN EXECUTION-BANKRUPTCY LAW

ÖZET

Şikâyet, takip hukukunda yer alan kuralların yanlış uygulanması, kanuna aykırı oluşu ya da somut olaya uygun olmamasından dolayı icra ve iflas dairelerinin icra hukukuna ilişkin işlemlerinin iptali veya düzeltilmesini sağlamak için kabul edilmiş bir hak arama yoludur. Şikâyet yoluna başvuruda amaç, hatalı olduğu öngörülen icra işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini veya bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz yere sürüncemede bırakılmasına engel olunmasını sağlamaktır.

Bu çalışmada, icra ve iflas hukukunda önemli bir yere sahip olan şikâyet sebepleri ve süresi açıklanmıştır. Bu çerçevede bu çalışmada; şikâyet kurumu, tanımını ve amaçları ile şikâyetin hukuki niteliğinden bahsettikten sonra ikinci kısımda şikâyet nedenleri açıklanmış olup, üçüncü ve son kısımda ise şikâyet süresi konuları ele alınarak adı geçen konular hakkında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Şikâyet, Şikâyet Sebepleri, Şikâyet Süresi, Süresiz Şikâyet, Kamu Düzeni.

ABSTRACT

Grievance is an acknowledged means of seeking right in order to abolish or correct the procedures of the execution and bankruptcy offices regarding enforcement due to the malpractice of enforcement rules unlawfulness or their inconsistency with the concrete case. The purpose for issuing a grievance is to invalidate and correct an enforcement deemed to be false or avoid a violation or delay of a particular right.

In this study, the reasons and duration of grievance bearing a pivotal position in the laws of enforcement and bankruptcy have been explained. In this respect, the study begins with the definition, body, legitimacy and purposes of grievance, followed by its reasons and the issues of grievance duration, concluding with the remarks as to the aforementioned issues.

Keywords: Grievance, Reasons For Grievance, Duration Of Grievance, Indefinite Grievance, Public Order.

GİRİŞ

Yargı organları tarafından hak arayan fertler lehine karar verilmesi ve verilen kararın aleyhine karar verilen tarafça gönüllü olarak yerine getirilmemesi durumunda hakkın icrası devlet organları vasıtasıyla gerekirse zorla yerine getirilir. Böylesi bir durumda takip hukuku devreye girer.

Devlet, cebri icra görevini icra organları aracılığıyla yerine getirir. İcra organlarının görevlerini yerine getirirken yapmış oldukları işlemler veya aldıkları kararlar hukuk kurallarına ve somut olayın gereklerine uygun olmalıdır. Ancak icra organlarının adı geçen işlemleri veya kararları hukuk kurallarına veya somut cebri icra talebinin gereklerine aykırı olabilir. Hukuk devleti olmanın gereği olarak icra organları hukuka bağlı olmalı ve yapmış olduğu işlemler veya aldığı kararlar hukuka uygun olmalıdır.

Türk hukuk düzeninde, İcra İflas Hukuku bağlamında icra organlarının işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlendiği yol şikâyetdir. Bu nedenle şikâyet kurumu icra iflas hukukunda önemli bir yere sahiptir. Bu çalışmamızın birinci kısmında şikâyet kurumu, tanımını ve amaçlarıyla hukuki niteliğinden bahsettikten sonra ikinci kısımda şikâyet nedenleri ve son olarak üçüncü kısımda şikâyet süresi konuları ele alınarak, adı geçen konular hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. ŞİKÂYET KAVRAMI, TANIMI, AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak Şikâyet ve Tanımı

Arapça kökenli bir kelime olan “şikâyet”¹ sözlükte, “hoşnutsuzluk belirtilen söz veya yazı, sızlanma, yakınma” olarak tanımlanmaktadır².

¹ “Şikâyet İsviçre hukukunda Almanca ‘Beschwerde’; Fransızca ‘Plainte’; İtalyanca ‘Ricorsa’ olarak adlandırılmaktadır”. Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s.5

² Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (27.02.2022).

Şikâyet, takip hukukunda yer alan kuralların yanlış uygulanması, kanuna aykırı oluşu ya da somut olaya uygun olmamasından dolayı icra ve iflas dairelerinin icra hukukuna ilişkin işlemlerinin iptali veya düzeltilmesini sağlamak için kabul edilmiştir³. Şikâyet yolu ile icra mahkemesinde icra veya iflas dairesindeki görevlilerin takip hukukuna ilişkin görevlerini “hiç yapmadığı” veya “yanlış yaptığı” ileri sürülür.⁴ Şikâyet takip hukukuna ilişkin işlemlerin icra mahkemelerince düzeltilmesi veya iptal edilmesini sağlamak amacıyla takibin taraflarına veya hukuki yararı bulunan ilgililere tanınan bir hak arama yoludur. Şikâyet, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu’nun (İİK) 16’ncı ve devamı maddelerinde yer almaktadır. Ancak İcra İflas Kanunu’nda şikâyetin tanımına yer verilmemiştir. Doktrinde ise şikâyet farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bu tanımlardan bazıları şu şekildedir:

Kuru’ya göre, “İcra ve iflas dairelerinin, kanuna aykırı olan ve hadiseye uygun bulunmayan işlemlerinin iptali veya düzeltilmesi veya yerine getirilmeyen veya sebepsiz sürüncemede bırakılan bir hakkın yerine getirilmesi için başvuru kendine özgü bir kanun yoludur”⁵.

Pekcanitez-Simil’e göre; “Şikâyet icra takibinin taraflarına veya hukuki yararı bulunan diğer kişilere tanınmış ve bu yolla icra ve iflas dairelerinin (veya diğer icra organlarının) kanuna ve olaya uygun olmayan işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesi ya da yapmadıkları veya geciktirdikleri işlemlerin yapılmasını sağlayan hukuki çaredir”⁶.

Postacıoğlu-Altay’a göre, “Şikâyet, icra müdürünün uymakla yükümlü olduğu yasal koşullara ya da işin gereklerine aykırı olarak yaptığı işlemlerin iptalini veya düzeltilmesini sağlamak üzere işlemden zarar gören kişi tarafından icra müdürünün bağlı olduğu icra mahkemesine belirli bir süre içinde yapılan başvurudur”⁷.

³ Hakan Pekcanitez vd., *İcra-İflas Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s.103; Süleyman Burak Gündoğdu, “Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflas Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukuki Dinlenme Hakkı Açısından Yaklaşımı”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 18 (2021), s.95.

⁴ Talih Uyar, “İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet Sebepleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 50 (2004), s. 97.

⁵ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s.103.

⁶ Pekcanitez ve Simil, *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet*, s. 49.

⁷ İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 57

Muşul'a göre; "Cüz'i icrada şikâyet, icra dairesinin işlemleri aleyhine, kanunda öngörülen sebeplere dayanarak işlemin iptal edilmesi veya düzeltilmesi ya da yapılmayan işlemin yapılmasının sağlanması için, o icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine (icra hukuk mahkemesine) belirli şartlarla başvurabilme imkanının takibin taraflarına ve/veya hukuki menfaati bulunan ilgililerine tanındığı, kendine has özellikleri olan bir takip hukuku müessesidir"⁸.

Ercan'a göre, "Mahkeme ya da yardımcı organ niteliğinde bir icra veya iflas organının yaptığı hukuka aykırı işlemlerin iptalini veya düzeltilmesini ya da yapmadığı veya geciktirdiği işlemlerin yapılmasını sağlamak için tanınmış bir haktır. Şikâyet, takip hukukuna özgü bir başvuru olanağıdır"⁹.

Adı geçen tanımlardan da faydalanarak şikâyeti; icra ve iflas dairelerinin veya kanunda aleyhine başvuru hakkı tanınmış olan diğer icra ve iflas organlarının, kanuna veya hadiseye uygun olmayan işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini yada bunların yapmadıkları yahut sürüncemede bıraktıkları bir hakkın yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, takibin taraflarına veya hukuki yararı bulunan diğer ilgililere icra mahkemesine başvurma imkanı sunan ve kendine özgü özelliklere sahip hak arama yolu olarak tanımlayabiliriz.

B. Şikâyetin Amacı

Şikâyet yoluna başvuruda amaç, bir hakkın veya haksızlığın tespit edilmesi, takibe konu olayla ilgili bir mahkeme kararı elde etmek, işlemi yapan kamu görevlisinin kusurlu olup olmadığını tespit ettirmek veya işlemi yapan kamu görevlisi hakkında disiplin yaptırımını uygulanmasını sağlamak değildir¹⁰. Şikâyet yoluna başvuruda amaç, hatalı olduğu ön-

⁸ Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s.55.

⁹ İsmail Ercan, *Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s.147.

¹⁰ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 7-9.

görülen icra işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini¹¹ veya bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz yere sürüncemede bırakılmasına engel olunmasını sağlamaktır¹².

C. Şikâyetin Hukuki Niteliği

Şikâyetin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup, bu hususta genel bir mutabakat bulunmamaktadır. Doktrinde şikâyetin hukuki niteliği hakkında; şikâyetin kanun yolu olduğu görüşü, idari bir yol olduğu görüşü, şikâyetin kendine has bir yol olduğu görüşü olmak üzere başlıca üç görüş ön plana çıkmaktadır¹³.

1. Şikâyetin Bir Kanun Yolu Olduğu Görüşü

Bu görüşü savunan yazarlara göre şikâyet, icra ve iflas hukukuna özgü bir kanun yoludur. Türk hukukunda şikâyetin icra ve iflas hukukuna özgü kanun yolu olduğu görüşü hakimdir¹⁴. Şikâyetin icra ve iflas hukukuna özgü bir kanun yolu olduğu görüşünü savunanlardan Kuru/Arslan/Yılmaz'a göre şikâyet medeni usul hukukundaki kanun yollarında farklı olarak, takip hukukuna özgü bir kanun yoludur¹⁵. Muşul'a göre ise şikâyet, teknik anlamda bir dava olmayıp, cebri icra hukukuna has özellikleri olan bir nevi kanun yoludur¹⁶. Yargıtay da bazı kararlarında şikâyetin icra ve iflas hukukuna özgü bir kanun yolu olduğu görüşün-

¹¹ "... şikâyetteki amaç, hatalı olan işlemlerin düzeltilmesi olduğundan..." (Yargıtay HGK., T. 17.10.2012, E.2012/368, K. 2012/725), www.lexpera.com.tr (27.02.2022).

¹² Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 7; Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*, s.55; Gündoğdu, "Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflâs Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukuki Dinlenilme Hakkı Açısından Yaklaşımı", s.95.

¹³ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 11; Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*, s.56; Talih Uyar, *(İcra Hukukunda) Şikâyet*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2018, s.2.; Esmâ Hande Boztosun, "İcra Hukukunda Süresiz Şikâyet Sebepleri", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2020, s.5.

¹⁴ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 16; Boztosun, "İcra Hukukunda Süresiz Şikâyet Sebepleri", s.5-6

¹⁵ Baki Kuru vd., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s.66; Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, s. 103.

¹⁶ Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*, s.57.

dedir¹⁷. Yargıtay bazı kararlarında ise şikâyeti genel olarak kanun yolu olarak kabul etmektedir¹⁸.

Bu görüşe karşı çıkanlar, icra ve iflas memurlarının şikâyete konu işlemleri yaparken maddi hukuk açısından bir araştırma yapmadığını, yargısal işlemlerin en önemli özelliğinin karşı tarafa savunma hakkının tanınması olduğunu halbuki bazı işlemlerde icra memurunun diğer tarafı dinlemeden karar verdiğini, icra ve iflas memurlarına takdir yetkisi tanınmış olsa da bu takdir yetkisinin yargısal nitelikte olmadığını belirterek, şikâyetin bir kanun yolu olduğu görüşünün kabulünün mümkün olmadığını ileri sürmektedirler¹⁹.

Kanun yolu yargısal bir yoldur. Bu yolda yargı organınca verilmiş kararlar bir üst yargı merci tarafından kural olarak hukuka uygunluk yönünden denetlenir. Oysa şikâyet başvurusunda icra mahkemesi icra organlarıncaya verilen bir idari kararı denetlemektedir. İcra mahkemesinin denetimi idari nitelikteki bir işlem üzerinde olduğundan, bu denetimi yargı yolu denetimi olarak değerlendirmek kanaatimizce doğru değildir.

17. 2004 sayılı İİK'nun 16. maddesine göre; 'Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere icra ve iflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikâyet olunabilir' hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi şikâyetteki amaç, hatalı olan icra işlemlerinin düzeltilmesi olduğundan burada bilinen anlamda bir dava bulunmamaktadır. Şikâyet; icra ve iflas hukukuna özgü bir yasa yoludur. Dolayısıyla şikâyette davalı ve davacı değil şikâyet eden ve şikâyet olunan bulunur. Buna rağmen uygulamada şikâyet eden yerine davacı, şikâyet olunan yerine davalı denilmektedir. Sadece alacaklı ve borçlu değil hukuki yararı olan herkes şikâyet yoluna başvurabilir". (Yargıtay HGK. T. 17.10.2012, E.2012/368, K. 2012/725), www.lexpera.com.tr (27.02.2022).

"... Şikâyet, İcra (ve İflas) Daireleri'nin kanuna aykırı olan veya hadiseye uygun bulunmayan işlemlerinin düzeltilmesi veya yerine getirilmeyen ya da sebepsiz sürüncemede bırakılan bir hakkın yerine getirilmesi için başvuru olan bir kanun yoludur. Şikâyet ve şartları İİK'nun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Şikâyet icra ve iflas dairelerinin işlemlerine karşı başvuru olan kendine özgü bir kanun yolu olup, bir dava değildir". (Yargıtay 8. H.D. T. 25.03.2013, E.2013/3678, K. 2013/4219), www.lexpera.com.tr (27.02.2022).

18 " ... icra müdürlükleri birer adli memur olup, yaptıkları işlemler de 'adli işlem' dir ve icra müdürlüklerince tutulan tutanaklar alenilik özelliği taşıdığı gibi ispat gücüne de sahiptir. Kısacası, icra müdürlüklerince tutulan tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. İcra daireleri icra hakimliklerinin daimi gözetimi ve denetimi altında olup, işlemlerine karşı icra hakimliklerine şikâyet yoluna başvurulur. Şikâyet, icra dairelerinin icra hukukuna aykırı olan ve hadiseye uygun bulunmayan işlemlerinin iptali ve düzeltilmesini veya yerine getirilmeyen veya sebepsiz sürüncemede bırakılan bir hakkın yerine getirilmesini sağlamak için kabul edilmiş bir kanun yoludur". (Yargıtay HGK. T. 06.02.2013, E.2012/703, K. 2013/214), www.lexpera.com.tr (27.02.2022).

19 Pecantez ve Simil, *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet*, s. 17-18; Boztosun, "İcra Hukukunda Süresiz Şikâyet Sebepleri", s.6

2. Şikâyetin İdari Bir Yol Olduğu Görüşü

Şikâyetin hukuki niteliği hakkında ileri sürülen bir diğer görüş şikâyetin idari bir yol olduğu görüşüdür. Bu görüş Türk doktrininde kabul görmemiştir. Ancak icra ve iflas hukukumuza temel teşkil eden mehz İsviçre’de icra ve iflas hukukunda icra ve iflas memurlarının yaptığı iş ve işlemlerin yargısal nitelikte olmadığı dolayısıyla şikâyetin yargısal değil idari bir yol görüşü savunulmaktadır.²⁰

Bu görüşü savunan yazarlara göre icra iflas memurları bir uyumsuzluğu çözmek için değil bir prosedürün yürütülmesi amacıyla bununla alakalı işlemlerin uygulanması hakkında karar verir. Yargı görevini yerine getirenler, maddi hukuka ilişkin uyumsuzluk hakkında karar verirler. Oysa icra memurları takip hukukuna ilişkin usul işlemleri hakkında karar verirler²¹.

Şikâyetin şekli açıdan idari bir yol olduğunu savunan görüşe göre, icra tetkik mercileri mahkemeler gibi bağımsız değildirlir. Tetkik mercilerinin bağlı olduğu bir üst tetkik merci vardır. Tetkik mercileri üst teknik mercilerin talimatlarına bağlıdırlar. Bu görüşü ileri süren yazarlar, tetkik merciinin organizasyonundan yola çıkarak tetkik mercilerin idari merci olduğu dolayısıyla yaptıkları işlemlerin de idari olduğunu, bu işlemlerin icra mahkemesi tarafından incelenmesinin idari bir kontrol olduğunu ve buna bağlı olarak şikâyetin de şekli açıdan idari bir yol olduğunu savunmaktadırlar²².

Bu görüşe karşı olan yazarlar, icra iflas memurlarının sadece idari değil yargısal nitelikte işlemler de gerçekleştirdiklerini, bu sebeple şikâyetin; tam olarak ne idari bir yola ne de usul hukukuna ilişkin bir

²⁰ Sorg, H., Das Beschwerdeverfahren in Schuldbetreibung- und Konkursachen im Kanton Zürich, Diss, Winterhurl, 1954, s.2, Nötzli, P.: Die Analoge Anwendung zivilprozessualer Normen auf das Beschwerdeverfahren nach SchKG, Zürich, 1980, aktaran, Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 18; Boztosun, “İcra Hukukunda Süresiz Şikâyet Sebepleri”, s.7-8

²¹ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 18.

²² Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 19; Boztosun, “İcra Hukukunda Süresiz Şikâyet Sebepleri”, s.8

yola benzemediğini, dava açılmayan durumlarda başvuru bir yol olmasının idari yol olarak kabul edilmesi için yeterli olmadığını belirtmişlerdir²³. Ayrıca yazarlar, bu görüşe hukukumuz açısından katılmanın mümkün olmadığını zira bizim hukukumuzda icra dairelerinin icra mahkemelerine bağlı olmadığını²⁴, icra mahkemelerinin icra daireleri üzerinde sadece hukuki denetime (İİK m.13) sahip olduğunu, bunun yanı sıra icra mahkemelerinin bağımsız olması ve istihkak davası gibi bazı davalara bakan özel mahkeme olması sebebiyle şikâyetin idari bir yol olduğu görüşünün kabulünün mümkün olmadığı görüşünü dile getirmişlerdir²⁵.

Kanaatimizce şikâyetin idari bir yol olduğu görüşü yerinde değildir. Zira şikâyeti inceleyen merci mahkemedir. İncelemeyi yapan mahkeme başvuruya konu uyuşmazlığı çözmekle görevlidir. Gerçekleşen faaliyet yargısal bir denetim faaliyetidir. Yargısal denetimde denetim, teminatlı ve meslekten hakimlerden oluşan bağımsız yargı organlarınca gerçekleştirilmektedir. Nihai karar olmayan ve yargı denetimine tabi idari kararlara karşın, yargısal denetim neticesinde bir hüküm ortaya çıkmakta, çıkan hüküm kanun yolluna başvuru sonucunda kesin hüküm halini almaktadır.²⁶ Bu açıklamalar ışığında icra mahkemesinin faaliyetinin yargısal bir faaliyet olması, bu faaliyet neticesinde mahkemenin uyuşmazlığın çözümüne yönelik hüküm kurması nedeniyle şikâyetin idari bir yol olmadığı kanaatindeyiz.

3. Şikâyetin Kendine Has Bir Yol Olduğu Görüşü

Şikâyetin hukuki niteliği hakkından ileri sürülen bir diğer görüş ise şikâyetin kendine has (özgü) bir yol olduğu görüşüdür. Bu görüşü savunan yazarlara göre şikâyet, tam anlamıyla ne yargısal ne de idari bir yoldur. Şikâyet, icra ve iflas hukukunda düzenlenmiş, kendine has özel-

²³ Pekcanitez ve Simil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 19-20.

²⁴ Pekcanitez vd., *İcra-İflâs Hukuku*, s. 103.

²⁵ Pekcanitez ve Simil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 20.

²⁶ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2014, s. 812-813.

likleri olan bir yoldur²⁷. Bu görüşü savunan yazarlara göre icra-iflas memurları sadece idari değil aynı zamanda yargısal nitelikteki görevleri de yerine getirirler. Ayrıca, bu görüşte olan yazarlar, şikâyetin idari nitelikte bir yol olduğunun kabulü için İcra İflas Kanunu'nda dava yoluna başvurulmasının mümkün olmadığı hallerde başvurulacak bir yol olmasının yeterli olmadığı, zira şikâyet ile dava yoluna başvurulabilecek hallerin sınırının tespitinin bazı durumlarda zor olduğunu belirtmektedirler²⁸.

Bu görüşü eleştiren yazarlar, bu görüşü savunan yazarların şikâyetin neden yargısal niteliğe bunun yanı sıra hangi işlemlerin yargısal niteliğe sahip olduğunu açıklayamadıklarını belirtmektedirler. Bu görüşe göre, icra iflas memurlarının işlemleri yargısal nitelikte değil sadece idari niteliktedir²⁹. Bu görüşü savunanlara göre, şikâyetin medeni usul hukukundaki dava çeşitlerinin hiç biriyle eşdeğer olmadığını, icra iflas dairelerinin işlemlerinin idari nitelikte olduğunu, icra mahkemelerinin adli yargı alanında özel mahkeme statüsüne sahip olduğunu, icra iflas dairelerinin işlemlerinin idari işlem olmasına rağmen idari yargıda olduğu gibi işlem yapan tüzel kişinin taraf olmadığını, icra iflas dairelerinin işlemlerinin yargısal niteliğe sahip olmadığını, bu sebeplerden ötürü şikâyetin kanun yolu değil hukuki çare olduğunu ileri sürmektedirler³⁰.

Kanaatimizce şikâyet, icra ve iflas dairelerinin veya kanunda aleyhine başvuru hakkı tanınmış olan diğer icra ve iflas organlarının, kanuna veya hadiseye uygun olmayan işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini ya da bunların yapmadıkları yahut sürüncemede bıraktıkları bir hakkın yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, takibin taraflarına veya hukuki yararı bulunan diğer ilgililere icra mahkemesine başvurma imkânı sunan ve kendine özgü özelliklere sahip hak arama yoludur.

²⁷ Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, s. 63; İbrahim Akın ve Tansu Akın, *İcra Müdürlüğü İşlemlerinin Şikâyet Yolu ile Denetimi*, Ankara: 1997; Boztosun, "İcra Hukukunda Süresiz Şikâyet Sebepleri", s.10 Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s.103; Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 20; Naegeli, *Die Entwicklung der Bundesrechtspflege seit 1815*, Zürich, 1920, s. 95, aktaran Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 20.

²⁸ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 20-21

²⁹ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 22-21; Boztosun, "İcra Hukukunda Süresiz Şikâyet Sebepleri", s.11.

³⁰ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 48-49

II. ŞİKÂYET NEDENLERİ

İcra ve İflas kanununda 16'ncı maddesinde yer alan düzenlemeye göre şikâyet nedenleri dört tür olarak düzenlenmiştir. İlk iki şikâyet nedeni, işlemin kanuna aykırı olması ve işlemin olaya (hadiseye) uygun olmamasıdır. Her iki şikâyet nedeni de icra iflas memurunun olumlu bir hareketine veya işlemine yöneliktir. Kanunda düzenlenen diğer iki şikâyet nedeni ise, bir hakkın yerine getirilmemesi ve bir hakkın sebepsiz yere sürüncemede bırakılmasıdır. Bu iki şikâyet nedeninde icra iflas memurlarının herhangi bir davranışı veya işlemi bulunmamaktadır³¹.

Kamu düzenine aykırılık hali şikâyet nedeni olarak kanunda düzenlenmemiştir. Ancak gerek doktrin de gerekse Yargıtay kararlarında kamu düzenine aykırılık hallerinde şikâyetin süreye bağlı olmadığı kabul edilmektedir³². Bu nedenden ötürü biz de kamu düzenine aykırılık halini şikâyet süreleri bölümünde ele alacağız. Şikâyet nedenleri olarak işlemin kanuna aykırı oluşu, işlemin olaya uygun olmaması, bir hakkın yerine getirilmemesi ve bir hakkın sürüncemede bırakılması hallerini ise çalışmamızın bu bölümünde inceleyeceğiz.

A. İşlemin Kanuna Aykırı Olması

Şikâyet nedenlerinin düzenlenmiş olduğu İcra ve İflas kanununun 16'ncı maddesinde, işlemin icra ve iflas dairelerinin yaptığı işlemler hakkında “*kanuna muhalif olma*” bahsedilmektedir. Mevzuat İsviçre kanununda kanuna aykırılık hali “*İcra ve iflas Kanunu'na aykırılık*” şeklinde düzenlenmiştir. Oysa kanunumuzda yer alan “*kanuna muhalif (aykırı) olma*” şeklinde ifade mevzuat İsviçre kanununda yer alan ifadeye göre daha doğru bir ifadedir.³³ Ancak gerek İsviçre hukukunda gerekse bizim hukukumuzda bu ifadelerin geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmek-

³¹ Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 104; Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 82; Uyar, “İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet Sebepleri”, s. 97-98; Ercan, *Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, s.151-152.

³² Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 109; Filiz Beberoglu Yenipınar, *İcra Takibinde Şikâyet*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.26

³³ Uyar, “İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet Sebepleri”, s. 98.

tedir. Zira ifadenin dar yorumlanması halinde şikâyete konu icra ve iflas memuru işlemlerinin sadece İcra ve İflas kanunu hükümlerine aykırı olması hali anlaşılacaktır. Oysaki bu ifadelerden anlaşılması gereken, yalnızca icra ve İflas kanununda yer alan hükümler değildir. İcra ve İflas kanunu ile birlikte icra ve iflas hukukuna ilişkin hükümleri içeren diğer kanun ve yönetmelik hükümlerinin bu kapsamındadır³⁴. O halde, icra organları tarafından uygulanan diğer kanun ve yönetmelikte yer alan takip hukukuna ilişkin hükümler de kanuna aykırılık hali kapsamında yer almalı ve şikâyete konu olmalıdır³⁵. Şüphesiz içtihadı birleştirme kararları ile taraf olunan uluslararası sözleşmelere aykırılık da kanuna aykırılık kavramı içinde yer alır.³⁶

Diğer şikâyet nedenlerine göre genel şikâyet nedeni olan kanuna aykırılık halinden anlaşılması gereken, kanun hükmünün hiç veya eksik ya da gereği gibi uygulanmamasıdır³⁷. Maddi bir olayın hukuki nitelenmesinde hata edilmesi de kanuna aykırılık hali içinde değerlendirilmelidir³⁸.

Kanuna aykırılık halleri çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, takip talebine aykırı ödeme emrinin gönderilmesi, icra memurunun alacaklının talebi olmadan haciz yapması, haczedilen malın ilan şartlarına uyulmadan satışa çıkarılması, aynı haklara ilişkin ilamın kesinleşmeden ilamlı takibe konu edilmesi, ilama aykırı icra emri gönderilmesi gibi birçok neden kanuna aykırılık hali teşkil edecektir³⁹.

³⁴ Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, s. 105; Pekcantez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 82-83; Pekcantez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 105; Uyar, "İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet Sebepleri", s. 98; Muşul, *İcra ve İflâs Hukukunda; Şikâyet*, s.251.

³⁵ Pekcantez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 83; Uyar, "İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet Sebepleri", s. 98; Muşul, *İcra ve İflâs Hukukunda; Şikâyet*, s.251.

³⁶ Pekcantez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 83.

³⁷ Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, s. 105; Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2021, s. 33; Pekcantez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 104-105; Pekcantez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 90.

³⁸ Pekcantez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 90; Pekcantez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 104-105.

³⁹ Pekcantez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 87-89; Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 34; Pekcantez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 104-105.

Bir işlemin şikâyet yoluyla kanuna aykırılık iddiasıyla ileri sürülebilmesi için, kanuna aykırılığın ağır olması gerekli değildir. Herhangi bir seviyede olan aykırılık şikâyete konu olabilir.⁴⁰ İşlemin kanuna aykırı olması halinde işlemi yapan memurun kusurlu hareket etmesi gerekli değildir. Ayrıca işlem neticesinden bir zararın doğmasına da gerek yoktur.⁴¹ Dolayısıyla kanun hükmünün hiç veya eksik yahut gereği gibi uygulanmaması ya da maddi bir olayın hukuki nitelendirilmesinde hata edilmesi kanuna aykırılık halinin ortaya çıkması için yeterlidir.

B. İşlemin Olaya (Hadiseye) Uygun Olmaması

Bir diğer şikâyet nedeni İcra ve İflas Kanununun 16'ncı maddesinde düzenlenmiş olan icra organları tarafından yapılan işlemin olaya (hadiseye) uygun olmamasıdır. İcra mahkemesi icra organları tarafından gerçekleştirilen işlemlerin sadece kanuna aykırı olup olmadığını inceleyecek aynı zamanda işlemin somut olayın mahiyetine uygun olup olmadığını da inceleyecektir⁴². İşlemin olaya uygun olamama hali, işlemi yapan icra organlarına kanundan kaynaklanan takdir yetkisi tanınan hallerde söz konusu olabilir⁴³. İcra ve İflas Kanunu'nun birçok maddesinde işlemi yapan icra organlarına takdir yetkisi tanınmıştır⁴⁴. Bu yetkilerinin birçoğu İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak Türk Ticaret Kanunu⁴⁵ ve Türk Borçlar Kanunu'nu⁴⁶ gibi kanunlarda da icra organlarına takdir yetkisi veren düzenlemeler yer almaktadır⁴⁷.

⁴⁰ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 90.

⁴¹ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 90-91.

⁴² Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 90-91; Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*, s.289.

⁴³ Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, s. 105; Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 91; Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 34; Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 105.

⁴⁴ Detaylı Bilgi için bkz. Volkan Özçelik, "İcra Müdürünün Takdir Yetkisi", Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2013, s.198-265. İcra ve İflas Kanunu'nda icra organlarına takdir yetkisi tanınan kanun maddelerine örnek olarak, İİK. m. 9, 24, 55, 61, 79, 82, 83, 85,92,110, 112, 113/2, 114, 119maddeleri gösterilebilir.

⁴⁵ Türk Ticaret Kanunu'nun 1384 ve 1386'nci maddeleri icra organlarına takdir yetkisi verilen kanun hükümlerine örnek olarak gösterilebilir.

⁴⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun 338'inci maddesi icra organlarına takdir yetkisi verilen kanun hükmüne örnek olarak gösterilebilir.

⁴⁷ Özçelik, "İcra Müdürünün Takdir Yetkisi", s.6-7.

Takep hukukundaki kurallar hem çok fazladır hem de karmaşıktır. Bu nedenle kanun koyucu icra organlarınca uygulanacak işlemleri tüm detaylarıyla emredici biçimde düzenlememiştir. Bunun yanı sıra kanun koyucu tarafından icra organlarına değişen hayat koşullarına ve somut olaya göre; hadiseye ve ilgililerin menfaatlerine uygun çözüm önerisi getirmesi hususunda takdir yetkisi tanınması, kanunun amacıyla bağdaşacaktır⁴⁸. Ancak icra memurları takdir yetkisini kanunun çizdiği sınırlar içerisinde ve kanunun amacına uygun olarak kullanmalıdır⁴⁹. Bunun yanı sıra icra memurları takdir yetkilerini ilgililerin menfaat dengesini gözeterek genel yaşam deneyimine ve somut olayın özelliklerine uygun kullanmalıdır.

İcra organlarına tanınan takdir yetkisi bazı durumlarda kanunda açıkça düzenlenmiştir. Örneğin İİK'nın 24/4'üncü maddesinde düzenlenen taşınır teslimine ilişkin düzenlemede⁵⁰ ve yine aynı kanunun 87'nci maddesinde kıymet taktirine ilişkin düzenlemede takdir yetkisi yasada açıkça düzenlenmiştir⁵¹. Adı geçen veya benzer düzenlemelerde

⁴⁸ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflas Hukukunda Şikâyet*, s. 92; Özçelik, "İcra Müdürünün Takdir Yetkisi", s.9-12.

⁴⁹ "2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun konuya ilişkin Artırma hazırlık tedbirleri başlıklı 114.maddesinde; Satış açık artırma ile yapılır. Birinci ve ikinci artırmanın yapılacağı yer, gün ve saat daha önceden ilân edilir. İlanın şekli, artırmanın tarzi, yer ve günü ve gazete ile yapılıp yapılamayacağı icra memurluğunca alacakdarların menfaatlerine en muvafık geleni nazarı dikkate alınarak tayin olunur. (Ek cümle: 17.07.2003-4949/27 md.) İlanın yurt düzeyinde yayımlanan bir gazete ile yapılmasına karar verilmesi hâlinde bu ilân satış talebi tarihinde tirajı ellibinin (50.000) üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biriyle yapılır. (Ek: 18.02.1965-538/57 md.) Gazete ile yapılacak ilanlara satış şartnamesi eklentisiyle geçirilmeyip, satılacak şeyin cinsi, mahiyeti, önemli vasıfları, muhammen kıymeti, bulunduğu yer ve ikinci artırmanın gün ve saati, satış şartnamesinin ve sair bilginin nereden ve ne suretle öğrenilebileceği, talep halinde ve ilanda gösterilen masrafı verilmek şartıyla şartnamenin bir örneğinin gönderilebileceği hususları yazılmakla iktifa olunur. İcra dairesince yapılması zaruri ilanlar dışında, taraflar şartnamenin tamamını, masrafı kendilerine ait olmak üzere, diledikleri vasıtalarla ilân edebilirler. Ancak hususi mahiyetteki bu ilân resmi muameleye tesir etmez. (Ek cümle: 02.07.2012-6352/24 md.) Satış ilanı elektronik ortamda da yapılır ... düzenlemesine yer verilmiş, ikinci fıkrada yer alan "yurt düzeyinde tirajı en yüksek beş gazeteden" ibaresi 12.02.2004 tarihli ve 5092 sayılı Kanun'un 1.maddesiyle tirajı ellibinin (50.000) üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden şeklinde değiştirilmiştir. Görüldüğü üzere menkul malların artırma ile satışına dair ilanın ne şekilde yapılacağını, ilgililerin menfaatlerine en uygun geleni dikkate alarak icra müdürü takdir edecektir". (Yargıtay HGK. T. 18.02.2015, E.2013/1369, K. 2015/817, www.lexpera.com.tr 03.03.2022).

⁵⁰ İİK'nın 24/4'üncü maddesinde yer alan düzenleme, "... Taşınır malın değeri, ilamda yazılı olmadığı veya ihtilafı bulunduğu takdirde, icra memuru tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur" şeklindedir.

⁵¹ İİK'nın 87'nci maddesinde yer alan düzenleme, "Haczi yapan memur, sicile kayıtlı mallar hariç olmak üzere haczettği malın kıymetini takdir eder. ..." şeklindedir.

kanun metni okunduğunda bir yoruma gerek kalmadan icra organlarının takdir yetkisi olduğu açıkça anlaşılır. Bazı durumlarda ise takdir yetkisi kanun hükümleri yorumlanarak, yorumlanan kanun hükümlerinin amacından ortaya çıkarılır⁵². Örneğin İİK'nın 55'inci maddesinde yer alan borçlunun ağır hastalığı halini ilişkin düzenlemede⁵³ ve yine aynı kanunun 85'inci maddesinde taşınır ve taşınmaz malların haczine ilişkin düzenlemede⁵⁴ taktir yetkisi kanun hükümleri yorumlanarak, yorumlanan kanun hükümlerinin amacından ortaya çıkmaktadır. Ancak kanun hükümleri yorumlanırken yapılacak yorum yerinde olmalıdır. Kanunda açıkça bir kuralın öngörülmemiş olması kanun koyucu tarafından icra organlarına takdir yetkisi verildiği anlamına gelmeyecektir. Öncelikle kanun hükmü yorumlanarak burada icra memuruna takdir yetkisi verilip verilmediği tespit edilmelidir. Kanunun amacına uygun olarak takdir yetkisinin verildiği sonucunu ulaşırsa, memurun takdir yetkisi kullanılmadığıdır. Ancak takdir yetkisi verilmediği halde takdir yetkisi verildiği varsayılarak bu yetki kullanılırsa, gerçekleşen işlem kanuna aykırı olacaktır⁵⁵.

⁵² Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 92; Özçelik, "İcra Müdürünün Takdir Yetkisi", s.31.

⁵³ İİK'nın 55'inci maddesinde yer alan düzenleme, "Takip borçlunun mümessil tayin edemeyecek derecede ağır hastalığı halinde muayyen bir zaman için icra memurluğunca talik olunabilir. Ağır hastalığın resmi belge ile tahakkuku lazımdır. Mal kaçırılması ihtimali olan hallerde hastalığın devamı sırasında da haciz yapılabilir" şeklindedir.

⁵⁴ İİK'nın 85'inci maddesinde yer alan düzenleme, "Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklarının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı hacz olunur. (Değişik fıkra: 9/11/1988-3494/8 md.) Borçlu yahut borçlu ile birlikte malı elinde bulunduran şahıslar, taşınır mal üzerinde üçüncü bir şahsın mülkiyet veya rehin hakkı gibi sınırlı bir ayni hakkının bulunması veya taşınır malın üçüncü şahıs tarafından haczedilmiş olması halinde bu hususu haciz yapan memura beyan etmek ve beyanının haciz tutanağına geçirilmesini talep etmek, haczi yapan memur da borçluyu yahut borçlu ile birlikte malı elinde bulunduran şahısları bu beyana davet etmek zorundadır. Bu tür mallar ile üçüncü şahıs tarafından ihtiyaten haciz veya istihkak iddia edilmiş bulunan malların haczi en sonraya bırakılır.(1) Ancak hacz olunacak taşınmaz artırmaya çıkarılmadan borçlu borcun itfasına yetecek taşınır mal veya vadesi gelmiş sağlam alacak gösterirse taşınmaz üzerinde haciz baki kalmak üzere önce gösterilen taşınır veya alacak da hacz olunur. Şu kadar ki, bu suretle mahcuz kalan taşınmazın idare ve işletmesine ve hasılat ve menfaatlerine icra dairesi müdahale etmez. Hasılatı paraya çevirme masraflarını ve icabında muhafaza ve idare masraflarını tecavüz etmeyeceği muhakkak olan şeyler hacz olunmaz. Haczi koyan memur borçlu ile alacaklarının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir" şeklindedir.

⁵⁵ Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 105; Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s.92.

İcra organlarına tanılan takdir yetkisi icra memuru tarafından olaya uygun olarak yerine getirmelidir. Eğer icra memuru yetkinin kullanılmasında olaya uygun davranmazsa işlemin olaya aykırı olması nedeniyle işlem şikâyete konu olur⁵⁶.

İcra organları kendilerine tanılan takdir yetkilerini keyfi olarak kullanamazlar. Zira kanun koyucu tanımış olduğu bu yetkinin sınırlarını bazı düzenlemelerde kanunda belirlemiştir⁵⁷. Örneğin, maaş hacizlerinde haczedilebilecek miktarın maaş veya ücretin 1/4 'den az olamayacağı İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiştir (İİK m. 83/2). Buradaki düzenleme icra memurlarının takdir yetkisini kullanırken uyması gereken sınırı göstermektedir. Bu sınırlama yürürlükte olduğu müddetçe icra memurları, 1/4 tutarında maaş veya ücret miktarı haczetmelidir. Bu sınırlamaya uyulmaması durumunda, gerçekleşen işlem kanuna aykırılık nedeniyle şikâyete konu olacaktır.

İcra memurları takdir yetkilerini kullanırken ilgililerin menfaatlerini en iyi şekilde gözeterek ilgililerin yararlarını korumak durumundadırlar⁵⁸. Bazı kanun hükümlerinde icra memuruna takdir hakkı hususunda herhangi bir sınırlama olmayabilir. Böyle bir sınırlama olmasa dahi, icra memuru, takdir yetkisini kullanırken işlemin hukuka, kanunun amacına ve tarafların yararına uygun olmasını sağlamaya çalışmalıdır⁵⁹.

⁵⁶ Özçelik, "İcra Müdürünün Takdir Yetkisi", s.49.

⁵⁷ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 92; Özçelik, "İcra Müdürünün Takdir Yetkisi", s.190; Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 105.

⁵⁸ "Borçların zorla yerine getirilmesini sağlayan, bu çerçevede zor kullanma yetkisi de olan ve yetkileri kanunla belirlenen icra dairelerinin sorumlu amiri durumundaki icra müdürleri, icra işlerinde birinci derecede görevlidir ve yaptıkları işlemlerin bazılarında hiçbir takdir yetkisi yokken, bazı işlemlerinde ise takdir yetkisi tanınmıştır. Takdir yetkisi tanınan hâllerde takdir yetkisini kullanırken, ilgililerin menfaatini en iyi şekilde gözetmek zorundadır. Ayrıca kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin kendisine verdiği görevleri yapıp yapmama konusunda serbestiye sahip olmayıp; kendisine yapılan her talep hakkında olumlu veya olumsuz bir işlemde bulunmak, karar vermek zorundadır. İcra hukukunun ilk uygulandığı yer icra daireleridir" (Yargıtay HGK. T. 02.07.2019, E.2017/347, K. 2019/837, www.lexpera.com.tr 03.03.2022).

⁵⁹ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s.93-94.

Haciz konusunda icra memurunun sahip olduğu takdir hakkı, bir hakkın veya malın haczinin uygun olup olmadığıyla ilişkilidir⁶⁰. İcra memurunun alacaklının haciz talebini yerine getirmek hususunda bir takdir yetkisi bulunmamaktadır⁶¹. İcra memuru süresinde ve kanuna uygun haciz talebini yerine getirmek durumundadır⁶².

⁶⁰ “2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 82. maddesinin 1. fıkrasının 12. bendi gereğince; borçlunun ‘haline münasip’ evi haczedilemez. Bir meskenin borçlunun haline uygun olup olmadığı adı geçenin haciz anındaki sosyal durumuna ve borçlu ile ailesinin ihtiyaçlarına göre belirlenir. Buradaki ‘aile’ terimi, geniş anlamda olup, borçlu ile birlikte aynı çatı altında yaşayan, bakmakla yükümlü olduğu kişileri kapsar. İcra mahkemesince, borçlunun sözü edilenlerle birlikte barınabileceği haline münasip meskeni temin etmesi için gerekli bedel bilirkişilere tespit ettirildikten sonra, haczedilen yerin kıymeti bundan fazla ise İİK’nun 82/3. maddesine göre satılmasına karar verilmeli ve satış bedelinden yukarıda nitelikleri belirlenen mesken için gerekli olan miktar borçluya bırakılmalı, kalanı hak sahiplerine ödenmelidir. Bu kistasları aşan nitelik ve evsafaiki yerlerle, makul ölçülerini geçen oda ve salonu kapsayan ve ikamet için zorunlu unsurları içeren bir meskenin dışındaki yerler, maddede öngörülen amaca aykırıdır. Borçlunun görev ve sıfatı, kendisinin yukarıda belirlenenden daha görkemli bir meskende ikamet etmesini gerektirmez. Borçlunun, şikâyete konu taşınmazın bulunduğu yerde oturması zorunlu olmadığından, daha mütevazı semtlerde edinebileceği meskenin değerinin bilirkişi marifeti ile tespit edilerek sonucuna göre karar verilmelidir”. (Yargıtay 12. H.D. T. 03.02.2020, E.2019/4347, K. 2020/684, www.lexpera.com.tr 03.03.2022).

⁶¹ “HGK’nun 31.3.2004 tarih ve 2004/12-202 E.- 2004/196 K. sayılı kararında da vurgulandığı üzere icra müdürünün alacaklının haciz talebinin yerine getirilmesi konusunda takdir yetkisi yoktur. Başka alanlarda tanımlanmış takdir yetkisinin yorum yoluyla kapsamı genişletilemez. Haciz ihbarnamesinin muhatabı olan üçüncü kişinin şikâyeti halinde göz önünde bulundurulabilecek bir konuda icra müdürünün karar verme yetkisi yoktur”. (Yargıtay 12. H.D. T. 06.03.2012, E.2011/21639, K. 2012/6460, www.lexpera.com.tr 03.03.2022).

“... alacaklı tarafından gösterilen adresinde menkul mallarına yönelik haciz işlemi yapılmak istendiğinde icra müdürlüğünce borçlunun adresten taşındığına dair site yöneticisi ile site görevlisinin beyanı ile oturduğu taşınmazı 3. kişiye sattığına dair 3. kişi vekilinin beyanlarının haciz tutanağına geçirilerek suretiyle haciz işleminin gerçekleştirilmediği anlaşılmıştır. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 79/1. maddesi gereğince, icra dairesinin, haciz talebinden itibaren en geç 3 gün içinde haczi yapması gerekir. Yine aynı Kanunun 85/1 maddesi gereğince, icra müdürlüğünce, borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta bulunan menkul malları ile gayrimenkullerinden ve alacak ve haklarından alacaklının ana para, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı, haczedilecektir (HGK’nun 10.06.2009 tarih, 12-213/244 sayılı kararı). Buna göre kural olarak icra müdürünün haciz talebini yerine getirme konusunda herhangi bir taktir yetkisi bulunmadığının kabulü gerekir. Ancak kural bu olmakla birlikte, İİK’nun 82.maddesine 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun’un 16.maddesi ile eklenen son fıkra da yer alan ‘İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir.’ Düzenlemesi karşısında, icra memurunun haczi talep edilen malın bu madde uyarınca haczinin kabil olup olmadığını değerlendirerek, bu doğrultuda haciz talebini yerine getirip getirmeme konusunda takdir yetkisi vardır. Görüldüğü gibi burada tanınan takdir yetkisi, İİK’nun 82.maddesi kapsamında malın haczi kabil olup olmadığı ile sınırlı olup, icra müdürünün bunun dışında, haciz istenen menkul malların bulunduğu taşınmazın 3. kişiye ait olduğu, borçlunun buradan taşındığı gerekçesiyle haciz talebini reddetme yetkisi yoktur. Böyle bir durumda yapılması gereken iş, 3.kişinin istihkak iddiasının tutanağına geçirilip İİK’nun 97 ve 99. maddeleri uyarınca istihkak prosedürünü işletmektir”. (Yargıtay 12. H.D. T. 23.03.2015, E.2014/32796, K. 2015/6907, www.lexpera.com.tr 03.03.2022).

⁶² Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflas Hukukunda Şikâyet*, s. 100.

İcra organları takdir yetkilerini kullanırken yaptıkları işlemler bazen sadece olaya aykırı olmaz aynı zamanda kanuna da aykırı olabilir. Kanunun icra memuruna takdir yetkisi verdiği hallerde takdir yetkisinin aşılması aynı zamanda kanuna aykırılık teşkil eder. Bunun yanı sıra icra memurunun takdir yetkisini verilen sınırların altında kullanılması durumu da kanuna aykırıdır. Ancak takdir hakkının kötüye kullanılması durumunda yapılan işlem sadece kanuna aykırılık teşkil edecektir⁶³.

C. Bir Hakkın Yerine Getirilmemesi

İcra Mahkemesinde ileri sürülebilecek bir diğer şikâyet nedeni ise bir hakkın yerine getirilmemesidir. Bir hakkın yerine getirilmemesi yetkili icra organındaki görevli memurun görev alanına giren ve yapmakla yükümlü olduğu bir işi veya işlemi yerine getirmeyi reddetmesi olarak tanımlanabilir⁶⁴. Yetkili icra organında görev alan memurların bir işlemi yanlış veya eksik yapması durumunda işlemin kanuna aykırılığı veya olaya uygun olmaması nedeniyle şikâyet yoluna gidilebilir. Oysaki bir hakkın yerine getirilmemesi nedeniyle şikâyet yoluna başvurabilmek için, görevli memurların hareketsiz kalarak görev alanına dahil olan işlemi yapmayı reddetmesi gerekir⁶⁵. İcra organındaki memur açık veya zımni şekilde hareketsiz kalabilir. Bu nedenle şikâyet yoluna başvurabilmek için memurun açık veya zımni şekilde hareketsiz kalması arasında bir fark yoktur. Her iki halde de yapılmayan işlem nedeniyle şikâyet yoluna

⁶³ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 95-97.

⁶⁴ Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, s. 105.

⁶⁵ “Şikâyetçinin kendileri tarafından da haczedilen menkullerin Bursa 18. İcra Müdürlüğünün 2011/16340 esas sayılı dosyasından haczedilip satılarak paraya çevrilmesinden sonra sıra cetveli yapılmadan satış bedelinin bu dosyanın alacaklısına ödendiğini, oysa satış bedelinin tüm alacaklıların alacaklarını karşılamaması nedeni ile sıra cetveli yapılmasının gerektiği halde bu yöndeki taleplerinin icra müdürlüğüne reddedildiğini ileri sürerek memurluk işleminin iptali talebi ile icra mahkemesine başvurduğu anlaşılmıştır. İİK'nun 140. maddesinde «Satış tutarı bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmezse icra dairesi alacaklıların bir sıra cetvelini yapar» hükmü getirilmiştir. İcra müdürünün anılan yasa hükmüne aykırı şekilde sıra cetveli yapmadan ödeme yapması ve sıra cetveli yapılması talebini reddetmesi bir hakkın yerine getirilmesi ile ilgili olup, bu konudaki şikâyet İİK'nun 16. maddesi uyarınca süresizdir. O halde mahkemece şikâyetin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin süre aşımı nedeniyle reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir. Şikâyetçinin temyiz itirazlarının kabulü ile...” (Yargıtay 12. H.D. T. 25.03.2013, E.2013/2571, K. 2013/11044, www.lexpera.com.tr 04.03.2022).

başvurulabilir⁶⁶. Ancak talep edilen işlem yapılırsa artık hakkın yerine getirilmemesi söz konusu olmayacaktır. Böylesi bir durumda gerçekleşen işlem kanuna aykırılık veya olaya uygun olmama nedeniyle şikâyete konu olabilir. Yargıtay bazı kararlarında icra memuru tarafından yapılan kanuna aykırı işlemleri, bu işlemin kamu düzenine aykırılık nedeniyle süresiz şikâyete konu olduğunu belirtmek için isabetsiz şekilde hakkın yerine getirilmemesi olarak nitelendirmektedir⁶⁷.

İcra organının yapmakla yükümlü olduğu kanuna uygun bir talebi yerine getirmemek şeklinde ortaya çıkan bir hakkın yerine getirilmemesi birçok şekilde karşımıza çıkabilir. Örneğin icra organının usulüne uygun olarak kendilerine yapılan bir takip talebi üzerine borçluya ödeme emri göndermemesi durumu bir hakkın yerine getirilmemesidir⁶⁸. Yine icra organının kendi yetki alanında olan ve kendiliğinden yapması gereken iş ve işlemleri yapmaması veya almakla yükümlü olduğu tedbirleri almaması bir hakkın yerine getirilmemesidir⁶⁹. Haczin kaldırılması talebi,

⁶⁶ Ercan, *Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, s.152; Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 101; Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 105-106; Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 34.

⁶⁷ “Borçlu aleyhinde menkul rehininin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip başlatılması ve borçluya örnek 44 nolu icra emrinin 14.01.2014 tarihinde tebliği üzerine, borçlu 29.04.2014 tarihinde icra mahkemesine başvurarak; menkul rehi sözleşmesinin para borcu ikrarı içerir noter senedi olmadığını, İİK.nun 150/h maddesi doğrultusunda tesis edilmediğinden borçlu olarak görünen şirketlerine icra emrinin çıkarılmasının usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek icra takibinin iptalini talep etmiş, mahkemece icra emrinin tebliğinden itibaren 7 günlük şikâyet süresinin geçtiği gerekçesiyle şikâyetin süreden reddine karar verildiği anlaşılmıştır. İİK.nun 150/h maddesinde; alacağın veya rehin hakkının yahut her ikisinin bir ilamda veya ilam mahiyetini haiz belgelerde tespit edilmiş olması halinde, ilamların icrasına dair hükümlerin kıyasen uygulanacağı, aynı Yasanın 38. maddesinde ise, ilam mahiyetindeki belgelerin; mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re’sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletlerin olduğu belirtilmiştir. İlam niteliğinde olmayan bir belgenin icra müdürlüğüne ilamlı takibe konu yapılması İİK.nun 16/2. maddesi gereğince bir hakkın yerine getirilmemesi niteliğindeki bir işlem olup borçlunun süresiz şikâyet hakkı vardır. Somut olayda borçlu, takip dayanağı menkul rehni sözleşmesinin para borcu ikrarı içeren noter senedi olmadığını, İİK 150/h maddesinde öngörülen biçimde tesis edilmediğini, icra emri gönderilemeyeceğini ileri sürdüğüne göre, bu başvurunun süresiz şikâyet olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Mahkemece, borçlunun bu yöndeki başvurusunun süresiz şikâyete tâbi olduğu gözetilerek işin esası incelenip oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken istemin süre aşımı nedeniyle reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir”. (Yargıtay 12. H.D. T. 27.06.2014, E.2014/16804, K. 2014/18865, www.lexpera.com.tr 04.03.2022). Bkz. Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 105.

⁶⁸ Yargıtay 12. H.D. T. 10.05.1993, E.5281, K. 8579.

⁶⁹ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 101; Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 105-106; Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 34.

kanuna ve usulüne uygun olarak yapıldığı halde bu talebin reddedilmesi de bir hakkın yerine getirilmemesi nedeniyle şikâyet başvurusuna örnek olarak gösterilebilir⁷⁰.

D. Bir Hakkın Sürüncemede Bırakılması

Bir hakkın sürüncemede bırakılması icra mahkemesinde ileri sürülebilecek bir diğer şikâyet nedenidir. Bir hakkın gereksiz yere sürüncemede bırakılması, icra organlarında görev yapan memurların kendiliğinden veya ilgililerin talebi üzerine yapmakla yükümlü iş ve işlemleri, haklı bir sebep olmaksızın kanunun öngördüğü veya makul sürede yerine getirmemesi halidir⁷¹. Burada amaç icra memurlarının yapmakla yükümlü oldukları işlemleri gereksiz yere geciktirmelerini engelleyerek ilgilileri korumaktır. Bir hakkın yerine getirilmemesi veya sürüncemede bırakılması birbirleriyle yakın ilişkide olan kavramlardır. Süresinde gerçekleşmeyen bir işlemin bir hakkın yerine getirilmemesi mi yoksa sürüncemede bırakılması mı olduğunu anlamak her zaman kolay değildir. Bunun anlaşılması için zamanında işlemi yerine getirmeyen memurun iradesini bilmek gerekir. İcra memuru kendi iradesini açıkça ortaya koymadıkça bunun tespiti kolay olmayacaktır⁷².

⁷⁰ "Alacaklı tarafından bir adet bonoya dayalı olarak başlatılan kambyo senetlerine mahsus haciz yolu takibe karşı borçlu vekilinin icra mahkemesine başvurusunda; alacaklı tarafca takipten feragat edilmesi üzerine müvekkili adına kayıtlı araçlar üzerindeki hacizlerin kaldırılması talebiyle icra müdürlüğüne başvurduğunu, icra müdürlüğüne hacizlerin kaldırılması için tahsil harcı istendiğini ileri sürerek söz konusu icra müdürlüğü işleminin kaldırılmasını talep ettiği; mahkemece, şikâyetin yasal yedi günlük süresi içerisinde yapılmadığı gerekçesiyle süre aşımı nedeniyle reddine karar verildiği anlaşılmıştır. İcra müdürlüğüne bir hakkın yerine getirilmemesi sebebine dayalı olarak yapılan borçlunun bu başvurusu, İİK>nun 16. maddesi kapsamında şikâyet niteliğindedir. Bu konudaki şikâyet kamu düzenine ilişkin olup İİK>nun 16/2. uyarınca da süreye tabi değildir. O halde, takip alacaklısının icra takibinden feragat ettiği de göz önünde bulundurulduğunda; mahkemece işin esasınagirilerek şikâyete konu hacizlerin kaldırılıp kaldırılmayacağı hususunda inceleme yapılması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken süre aşımı nedeniyle şikâyetin reddine karar verilmesi isabetsizdir". (Yargıtay 12. H.D. T. 13.04.2014, E.2013/35016, K. 2014/151, www.lexpera.com.tr 04.03.2022).

⁷¹ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Dersleri*, Ankara: Legal Yayıncılık, 2016, s.56; Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, s. 105-106; Pekcantez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 108; Pekcantez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 106; Alper Bulur, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara: Monopol Yayınları, 2017, s.36; M. Refik Korkusuz, *İcra Hukuku ve uygulaması*, Ankara: Roma Yayınları, 2004, s.24; Nazif Kaçak, *Açıklamalı ve İctihatlı İcra ve İflas Kanunu Uygulamasında Şikâyet*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011, s.44.

⁷² Pekcantez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 107-109; Pekcantez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 106-107.

Kanaatimizce, icra memuru yapmakla yükümlü olduğu işlemi haklı bir gerekçe olmaksızın yasal veya makul sürede yapmayarak geciktirir ve geciktirme kastı olduğunu açıkça beyan eder veya davranışlarından bu durum açıkça anlaşılır ise bir hakkın sürüncemede bırakılması söz konusu olacaktır. Ancak, icra memuru geciktirme kastı olduğunu açıkça beyan etmez, böyle bir kastının olduğu koşullardan açıkça anlaşılmaz bu sırada yasal süre dolar ve işlem süresinde hiç gerçekleşmezse bu durumda bir hakkın yerine getirilmemesi söz konusu olacaktır. Şikâyet yoluna başvuran ilgiliye tanınan hukuki yardımın yerine getirilmemesi her iki şikâyet nedeninin ortak yönüdür. Hakkın yerine getirilmemesinde icra memuru yapmakla yükümlü olduğu görevi hiç yerine getirmemektedir. Hakkın sürüncemede bırakılmasında ise icra memuru yapmakla yükümlü olunan işlem haklı bir sebep olmaksızın zamanında veya makul sürede yerine getirmeyerek geciktirmektedir⁷³.

Hakkı sürüncemede bırakma icra organlarının hem talep üzerine hem de kendiliğinden yapmakla yükümlü olduğu işlemleri kapsamaktadır. Sürüncemede bırakılan bir işlem şikâyet yoluna başvurulmadan yerine getirilse, bu durumda artık şikâyet yoluna başvurulamaz. Şikâyet yoluna başvurulduktan sonra, şikâyete konu işlem icra organlarınca yerine getirilirse bu durumda ise şikâyet başvurusu konusuz kalacaktır. Koşulların olması durumunda icra mahkemesi işlemi geç yapan memur için disiplin yaptırımını uygulanmasını talep edebilir. Bunun dışında zamanında yapılmayan işlem dolayısıyla bir zarar söz konusuysa, işlemin zamanında yapılmaması dolayısıyla zarar gören ilgili bu zararın karşılanması amacıyla tazminat davası açabilir⁷⁴ (İİK. m. 5).

III. ŞİKÂYET SÜRESİ

İcra organlarına işlemlerine karşı şikâyette süre, süreli ve süresiz şikâyet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde şikâyet süresi ile ilgili önce süreli şikâyeti genel olarak açıkladıktan sonra süresiz şikâyeti, bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz yere sü-

⁷³ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 108.

⁷⁴ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 108.

rüncemede bırakılması ile kamu düzenine aykırılık alt başlıkları ile ayrı ayrı inceleyeceğiz.

A. Süreli Şikâyet

Şikâyet kural olarak belirli bir sürede ileri sürülmez. Şikâyete konu işlemler bakımından belirli bir süre içinde şikâyet yoluyla başvuruda bulunma, hukuki güvenliğin sağlanması ve icra işlemlerinin çabuk ilerlemesi bakımından gereklidir. Kanun koyucunun şikâyeti süreye bağlamasındaki amaç, gereksiz gecikmeleri engellemektir. Bu nedenle şikâyet kural olarak süreye bağlıdır. Bu süre genel olarak şikâyete konu işlemi öğrenmeden⁷⁵ itibaren yedigündür⁷⁶ (İİK. m. 16/1, 134, 225). Bazı durumlarda ise şikâyet süresinin başladığı tarih kanunda açıkça düzenlenmiştir. Bu duruma örnek olarak İİK'nın 134/2'nci maddesi gösterilebilir. Adı geçen düzenlemeye göre, ihale ile ilgili yolsuzlukları ilgililerin ihale günü öğrendiği kabul edilir.

Şikâyete konu işlemin ilgiliye tebliğ edilmesi durumunda, süre tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır. İşlem ilgiliye tebliğ edilmemişse süre ilgilinin ilgili işlemi öğrendiği tarihten itibaren başlayacaktır. Şikâyet konusu işlemin ilgiliye tebliğ edilmediği hallerde, şikâyet eden

⁷⁵ “Alacaklı tarafından borçlular hakkında örnek 7 takip başlatıldığı, borçluların icra mahkemesine başvurusunda, takipten 23.10.2018 tarihinde haberdar olduğunu, ödeme emri tebliğinin usulsüz olduğunu, tebligat tarihinin irtıla tarihi olacak düzeltilmesini talep ettiği, ilk derece mahkemesince şikâyetin kabulü ödeme emri tebliğ tarihinin 23.10.2018 düzeltilmesine karar verildiği, alacaklının istinaf başvurusu üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği, alacaklı tarafından temyize başvurulduğu anlaşılmıştır. 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 32. maddesi gereğince tebliğ, usulüne aykırı yapılmış olsa bile muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi olarak kabul edilir. Borçlunun kendisine gönderilen tebligatların usulsüz olduğunu ileri sürerek icra mahkemesine başvurması şikâyet niteliğindedir. İİK'nun 16/1. maddesi gereğince şikâyetin öğrenme tarihinden itibaren 7 günlük sürede yapılması zorunludur. Takip dosyasının incelenmesinde; ödeme emri tebligatlarının usulsüz olduğu ancak, borçlulara ödeme emri tebligatı dışında kıymet takdiri raporu tebligatı çıkarıldığı anlaşılmıştır. Borçluların şikâyet dilekçesinde kıymet takdir raporu tebliğ işleminin usulsüzlüğüne yönelik bir iddiasının bulunmadığı anlaşılmıştır. Buna göre, Tebligat Kanunu'nun 32. maddesi gereğince borçluların ödeme emrinden en geç kıymet takdir raporunun tebliğ edildiği 27.08.2018 tarihinde haberdar olduğu kabul edilmelidir”. (Yargıtay 12. H.D. T. 16.11.2020, E.2020/2151, K. 2020/9785, www.lexpera.com.tr 05.03.2022).

⁷⁶ Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, s. 108; Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 110; Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 108; Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku Esasları*, s. 69; Gündoğdu, “Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflâs Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukukî Dinlenilme Hakkı Açısından Yaklaşımı”, s.95.

o işlemi hangi tarihte öğrendiğini ispat etmek zorunda değildir. Bu durumda şikâyet edenin öğrenme tarihi olarak bildirdiği tarih dikkate alınacaktır. Ancak diğer taraf, şikâyet edenin işlemi daha önce öğrendiğini iddia ve ispat edebilir⁷⁷.

Şikâyet süresini düzenleyen hükümler emredici niteliktedir. Bu yüzden şikâyet süresinin sözleşmeye taraflarca değiştirilmesi mümkün değildir⁷⁸.

Şikâyet süresi hak düşürücü nitelikte süredir⁷⁹. Bu sürenin dolmasıyla birlikte şikâyet hakkı sona erer. İcra mahkemesi şikâyetin süresi içinde yapılıp yapılmadığını araştırmak zorundadır. Kanunda öngörülen yedi günlük süre geçtikten sonra şikâyet dinlenilmez. Kanunun öngördüğü yedi günlük süre sonunda şikâyet gerçekleşmezse icra dairesinin yapmış olduğu işlem kesinleşir⁸⁰.

Kambiyo senetlerine özgü icra ve iflas yoluyla takipte şikâyet süresi beş gündür. Bu takip yolunda amaç takibin hızlı bir şekilde yürütülmesidir. Bu amaca uygun olarak kambiyo senetlerine özgü icra ve iflas yoluyla takipte şikâyet süresi yedi gün olarak değil beş gün olarak belirlenmiştir. Ancak burada düzenlenen beş günlük şikâyet süresi, ödeme emrinin tebliğinden itibaren ve takibin dayanağı olan kambiyo senedinin vafına

⁷⁷ Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, s. 108; Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 108; Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 115; Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku Esasları*, s. 69; Bulur, *İcra ve İflâs Hukuku*, s.36.

⁷⁸ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 114.

⁷⁹ "İİK'nun 16/1. maddesi gereğince şikâyetin öğrenme tarihinden itibaren 7 günlük sürede yapılması zorunludur. ... 7 günlük hak düşürücü sürede yapılmaması nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken..." (Yargıtay 12. H.D. T. 16.11.2020, E.2020/2151, K. 2020/9785, www.lexpera.com.tr 05.03.2022).

⁸⁰ Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, s. 108; Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 108-109; Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 113; Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 37; Gündoğdu, "Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflâs Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukukî Dinlenilme Hakkı Açısından Yaklaşımı", s. 95-96.

ilişkin şikâyet bakımından düzenlenmiştir. Ödeme emrine şikâyet dışındaki şikâyet hallerinde ise⁸¹ şikâyet süresi yedi gündür⁸².

B. Süresiz Şikâyet

İcra ve İflas Kanunu'nda şikâyet süresi kural olarak yedi olarak belirlenmiştir. Genel hukuk kurallarına uygunluk ve hakkaniyeti sağlamak adına bazı istisnai hallerde yedi günlük şikâyet süresi uygulanmamaktadır. Bu istisnai haller bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz yere sürüncemede bırakılması ile kamu düzenine aykırılık halidir. İcra İflas Kanunu'nda düzenlenen süresiz şikâyet nedenleri bir hakkın yerine getirilmemesi veya sürüncemede bırakılmasıdır. Kamu düzeninde aykırılık halinde ise, kanunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen kamu düzenine aykırı işlemlere karşı şikâyetin süreye bağlı olmadığı kabul edilmektedir⁸³.

Bir hakkın yerine getirilmemesi veya sürüncemede bırakılması durumunda şikâyete konu ihlal kesintiye uğramadan devam ettiğinden, şikâyetin süreye tabi tutulması hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Ayrıca kamu düzenine aykırılık halinde de doktrin ve yargı kararlarında kabul edilen görüş şikâyetin süreye tabi olmamasıdır. Bizde bu bölümde bu iki süresiz şikâyet hali olan bir hakkın yerine getirilmemesi veya sürüncemede bırakılması hali ile kamu düzenine aykırılık halini ayrı ayrı başlıklar halinde inceleyeceğiz.

⁸¹ “Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla ilamsız icra takibinde, borçlunun meskeniyet iddiası ile taşınmaz konulan 27.8.2019 tarihli haczin kaldırılması istemiyle icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, aynı taşınmaz 16.03.2017 tarihinde haciz konulduğu, alacaklının 1 yıllık satış isteme süresi içinde satış avansını yatırdığı, haczin geçerli ve ayakta olduğu, ilk hacze ilişkin meskeniyet şikâyetinde bulunduğu ve şikâyetin kısmen kabulüne karar verildiği ve kararın kesinleştiği, bu şikâyete konu ve somut olayda taşınmazın üzerine 27.08.2019 tarihinde konulan haczin, düşmüş bir haciz bulunmadığı için haciz konulmasını gerektirir bir durum olmadığı halde yeniden meskeniyet incelemesinin yapılarak bu konuda değerlendirme yapılmasında davacının hukuki yararı bulunmadığı gerekçeyle davanın reddine karar verildiği, borçlunun istinaf talebinde bulunması üzerine Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. İİK'nun 82. maddesinde yer alan haczedilmezlik şikâyeti, İİK'nun 16/1. maddesi uyarınca 7 günlük süreye tâbidir. Bu süre öğrenme tarihinden başlar”. (Yargıtay 12. H.D. T. 22.06.2021, E.2020/2301, K. 2021/6764, www.lexpera.com.tr 05.03.2022).

⁸² Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 111-113.

⁸³ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 145; ; Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*, s.289.

1. Bir Hakkın Yerine Getirilmemesi veya Sebepsiz Sürüncemede Bırakılması

Bir hakkın yerine getirilmemesi veya sürüncemede bırakılması halinde, ilgililer herhangi bir süreye bağlı olmaksızın her zaman şikâyet yoluna başvurabilir⁸⁴. İİK'nın 16/2'inci maddesi “*bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir*” şeklindedir. Adı geçen düzenlemede yer alan “*her zaman*” ifadesinden, şikâyete konu işlemin yerine getirilmediği veya sürüncemede bırakıldığı andan takip sona erinceye kadarki zaman dilimini anlamak gerekir⁸⁵. Bu düzenlemenin amacı, icra memurlarının bir hakkı yerine getirmekten kaçınarak hareketsiz kalmalarına karşı ilgilileri korumaktır. İcra dairesinin hareketsiz kalması durumunda şikâyet süresinin ne zaman başlayacağını tespiti mümkün değildir. Zira icra dairesinin hareketsiz kalması durumunda şikâyete konu ihlal kesintiye uğramadan devam eder; bu durum daima yeni bir vakıya oluşturur, bunun sonucunda da sürenin başlangıcının tespiti mümkün olmaz ve her zaman şikâyet yoluna gidilebilir⁸⁶.

Bunun yanı sıra ilgilinin talebine konu işlemin yapılmaması durumunda, belirli bir sürede şikâyet yoluna başvurmaması hakkın esasından vazgeçildiği anlamına gelmez. Hak devam ettiği müddetçe haktan kaynaklanan yetkilerde devam eder. Bu hak kapsamında cebri icraya imkân veren talep yetkilerinin de hak kapsamında devam ettiğinin kabulü gerekir. Bu nedenledir ki bir hakkın yerine getirilmemesi ve sürüncemede bırakılması halinin devamı süresince şikâyet yoluna gidilebilir⁸⁷.

⁸⁴ “Ayrıca haciz isteminin reddi, bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz sürüncemede bırakılması niteliğinde olduğundan şikâyete konu işlemin süresiz şikâyete tabi olması nedeniyle, şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine dair hüküm tesisi isabetsizdir. (Yargıtay 12. H.D. T. 12.03.2012, E.2011/22796, K. 2012/7704, www.lexpera.com.tr 05.03.2022).

⁸⁵ Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*, s.289.

⁸⁶ Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, s. 108-109; Pekcantez ve Simil, *İcra- İflas Hukukunda Şikâyet*, s. 145; Pekcantez vd., *İcra- İflas Hukuku*, s. 109; Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku Esasları*, s. 73; Gündoğdu, “Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflas Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukuki Dinlenilme Hakkı Açısından Yaklaşımı”, s.95.

⁸⁷ Pekcantez ve Simil, *İcra- İflas Hukukunda Şikâyet*, s. 145; Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku Esasları*, s. 73.

2. Kamu Düzenine Aykırılık

Kanunda kamu düzenine aykırılık hali açıkça düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde ve yargı kararlarında⁸⁸ kamu düzenine aykırılık halinin süresiz şikâyete tabi olduğu kabul edilmektedir. Kamu düzenine aykırılık⁸⁹; kamunun, tarafların ve üçüncü kişilerin yararını korumak maksadıyla konulan emredici kurallara aykırılık halidir⁹⁰.

İcra dairesinin gerçekleştirdiği işlem kamu düzenine aykırı ise işlemin her an iptal edilmesi durumu söz konusu olduğundan bu durumda takibin devam etmesinde yarar yoktur ve süresiz şikâyet yoluna gidilebilir. Bu nedenledir ki yasada bu konuda açık bir düzenleme olmamasına rağmen doktrin ve Yargıtay yerleşik içtihadında kamu düzenine aykırılık halinde şikâyete konu işlem hakkında süresiz şikâyet yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir. Ancak icra dairesinin gerçekleştirdiği işlem sadece kanuna aykırı olur kamu düzenine aykırı olmazsa bu durum süresiz şikâyet nedeni oluşturmayacaktır. Bu durumda şikâyet, kanunun öngördüğü süreye tabi olacaktır⁹¹.

⁸⁸ “Kamu düzenine aykırı olan işlemlere karşı da süresiz şikâyet yoluna gidilebilir. Anılan ilke doktrinde benimsenmiş ve Yargıtay uygulamalarında kabul edilmiştir. Borçlunun, üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatini korumak için konulmuş “amir hükümlere” aykırı olarak yapılmış işlemler kamu düzenine aykırıdır. Her zaman şikâyet yoluna gidilebilir” (Yargıtay 12. H.D. T. 02.06.2003, E.2003/10617, K. 2003/12729, www.lexpera.com.tr 09.03.2022).

“Somut olayda, 3. kişinin mahkemeye başvurusu, haciz ihbarnamesinin İİK’nun 89/3. maddesinin emredici hükmüne uygun düzenlenmediğine ilişkindir. Yasanın emredici nitelikteki kuralına aykırılıktan kaynaklanan bu şikâyet, kamu düzeniyle ilgili olup, İİK’nun 16/2. maddesi uyarınca süreye tâbi değildir”. (Yargıtay 12. H.D. T. 13.01.2014, E.2013/34936, K. 2014/165, www.lexpera.com.tr 08.03.2022).

⁸⁹ İcra müdürünün icra mahkemesin görev alanına giren üçüncü kişinin istihkak iddiasıyla ilgili karar vermesi veya borçluya icra/ödeme emri gönderilmeden haciz işlemi uygulanması ya da tarafların takip ehliyetine sahip olmaması kamu düzenine aykırılık halleri kamu düzenine aykırılık hallerine örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, s. 109; Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 109; Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 146; Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*, s.290; Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 35.

⁹⁰ Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, s. 109; Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 109; Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 146; Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*, s.290; Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 35.

⁹¹ Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, s. 110; Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 146.

Kamu yararı amacıyla konulmuş, maddi hukukun emredici hükümlerini ihlal eden işlemler aleyhine kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle süreye tabi olmadan şikâyet yoluna gidilebilir. Örneğin borçlunun muvafakati alınmaksızın emekli maaşına haciz konulması halinde süreye tabi olmadan şikâyet yoluna gidilebilir. Bunun yanı sıra hukuken var olmayan ve hiçbir şekilde hukuki sonuç doğurmayan işlemlere karşı da süresiz şikâyet yoluna gidilebilir. Örneğin icra mahkemesine ait bir yetkinin icra memuru tarafından kullanılması halinde süreye tabi olmadan şikâyet yoluna gidilebilir⁹².

Hangi işleme konu düzenlemenin kamu düzeni amacıyla yapıldığının tespiti kolay değildir. Kamu düzenine aykırı işlemin tespitinde iki koşulun var olması gerektiği ileri sürülen görüşe göre, işlemdeki aykırılık basit bir incelemeyle anlaşılabilir düzeyde açık olmalı ve aynı zamanda işlemdeki kanuna aykırılık ağır bir biçimde olmalıdır. Ancak birçok kamu düzenine aykırılık halleri olabilir. Kamu düzenine aykırılık hallerini kesin sınırlar içine hapsedmek, hatalı değerlendirmelere sebep verebilir. Bu yüzden her somut olayda kamu düzenine aykırılık olup olmadığı etraflıca değerlendirilmelidir, bu değerlendirme sonucunda karar verilmelidir.

Yargıtay birçok kararında kamu düzenine aykırılık halinde süresiz şikâyet yoluna başvurulabileceğini belirtmektedir. Ancak Yargıtay bazı kararlarında ise kamu düzenine aykırılık halinde şikâyetin İİK'nın 16/2'inci maddesi uyarınca süreye bağlı olmadığını belirtmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına katılmak mümkün değildir. Zira İİK'nın 16'ıncı maddesinde düzenlenen şikâyet nedenleri bir hakkın yerine getirilmemesi veya sürüncemede bırakılmasıdır. Kamu düzenine aykırılık hali yasada açıkça düzenlenmiş değildir. Kamu düzenine aykırılık hali hukukun genel prensipleri dikkate alınarak doktrinde ve yargı kararlarında kabul görmüş bir süresiz şikâyet nedenidir⁹³. Hukukun genel prensipleri de hukukun bir parçasıdır. Hal böyle iken genel kabul çerçevesinde oluşan içtihatlarla birlikte kamu düzenine aykırılık halinin

⁹² Pekcanitez vd., *İcra- İflâs Hukuku*, s. 110.

⁹³ Pekcanitez ve Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, s. 146-148.

süresiz şikâyete tabi olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenlerle bu iki süresiz şikâyet halinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir: bir hakkın yerine getirilmemesi veya sürüncemede bırakılması hali varsa artık şikâyete konu işlemin kamu düzenine aykırı olup olmadığını değerlendirmekte hukuki bir yarar bulunmamaktadır.

Kamu düzenine aykırılık sayılan başlıca hallere, ödeme veya icra emri tebliğ edilmeden icra işlemi yapılması, önce rehne başvurma kuralının ihlal edilmesi, tarafların takip ehliyetinin ve icra takip yetkisinin olmaması, devlet mallarının haczedilmesi, takip talebinin usulüne uygun olmaması, kesinleşmeden icraya konulmayacak ilamların kesinleşmesi beklemeden icraya konulması örnek olarak gösterilebilir⁹⁴.

SONUÇ

İcra ve İflas Kanunu'nda bir hak arama yolu olarak düzenlenen şikâyet müessesesi bağlamında birden fazla şikâyet nedeni yer almaktadır. Bu şikâyet nedenlerinden ilk ikisi işlemin kanuna aykırı olması ve olaya (hadiseye) uygun olmamasıdır. Bu nedenlere dayalı şikâyetler kanunda öngörülen süre içerisinde yapılmalıdır. Bu süre hak düşürücü süre niteliğindedir. Ancak kanunda öngörülen diğer iki şikâyet nedeninde şikâyet süreye tabi olmadan ileri sürülebilmektedir. Bu şikâyet nedenleri ise bir hakkın yerine getirilmemesi ve bir hakkın sebepsiz yere sürüncemede bırakılmasıdır. Burada yer alan süresiz şikâyet ifadesinden şikâyete konu işlemin yerine getirilmediği veya sürüncemede bırakıldığı andan takip sona erinceye kadarki zaman dilimini anlamak gerekir. Bu iki süresiz şikâyet nedenlerinin yanı sıra kanunda açıkça düzenlenmeyen, doktrin ve yargı kararlarıyla kabul edilen kamu düzenine aykırılık halinde de şikâyetin süreye tabi olmadığı kabul edilmektedir. Yargıtay uygulaması ve doktrinde kabul edilen görüş çerçevesinde kamu düzenine aykırılık halinde şikâyet süreye tabi değildir. Kamu düzenine aykırılıktan kamunun, tarafların ve üçüncü kişilerin yararını korumak mak-

⁹⁴ Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, s. 109-110; Pekcanitez vd., *İcra-İflas Hukuku*, s. 109-110; Pekcanitez ve Simil, *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet*, s.152-222; Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*, s.293; Kodaçoğlu, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 35-36.

sadıyla konulan emredici kurallara aykırılık hali anlaşılmaktadır. Kamu düzenine aykırılık hali hukukun genel prensipleri dikkate alınarak doktrinde ve yargı kararlarında kabul görmüş bir süresiz şikâyet nedenidir. Kamu düzenine aykırılık hali kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Hukukun genel prensipleri de hukukun bir parçasıdır. Hal böyle iken genel kabul çerçevesinde oluşan içtihatlarla birlikte kamu düzenine aykırılık halinin süresiz şikâyete tabi olduğu kabul edilmektedir. Sonuç olarak kanunda düzenlenen işlemin kanuna aykırı olması ve olaya uygun olmaması hali süreli şikâyete tabiyken, kanunda düzenlenen diğer şikâyet nedenleri bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz yere sürünce-medede bırakılması hali ile doktrin ve yargı kararlarıyla kabul edilen işlemin kamu düzenine aykırı olması hali süresiz şikâyet sebepleridir.

KAYNAKÇA

Akın, İbrahim ve Tansu Akın. *İcra Müdürlüğü İşlemlerinin Şikâyet Yolu ile Denetimi*, Ankara: 1997

Beberoğlu Yenipınar, Filiz. *İcra Takibinde Şikâyet*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Boztosun, Esmâ Hande “İcra Hukukunda Süresiz Şikâyet Sebepleri”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2020.

Bulur, Alper. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Monopol Yayınları, 2017.

Ercan, İsmail. *Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Gündoğdu, Süleyman Burak. “Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflâs Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukukî Dinlenilme Hakkı Açısından Yaklaşımı”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 18 (2021).

Kaçak, Nazif. *Açıklamalı ve İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Uygulamasında Şikâyet*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011

Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2014.

Kodakoğlu, Mehmet. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 11. Baskı, 2021.

Korkusuz, M. Refik. *İcra Hukuku ve uygulaması*. Ankara: Roma Yayınları, 2004.

Kuru, Baki, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku Dersleri*. Ankara: Legal Yayıncılık, 2016.

Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013

Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

Özcelik, Volkan. “İcra Müdürünün Takdir Yetkisi”. Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2013

Pekcanitez, Hakan ve Cemil Simil. *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özkes. *İcra-İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. *İcra Hukuku Esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Uyar, Talih. *(İcra Hukukunda) Şikâyet*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2018.

Uyar, Talih. “İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet Sebepleri”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 50 (2004).

KISALTMALAR

B	: Başvuru
Bkz./bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İİK	: İcra İflâs Kanunu
K	: Karar
No	: Numara
S	: Sayı
s.	: sayfa
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Medeni Kanun
vd.	: Çok Yazarlı Eserlerde İlk Yazardan Sonrakiler

