

# Erzurumluoğlu Armaganı

Editör

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ANKARA-2012

ISBN 978-605-5316-30-3

## **ANKARA BAROSU**

Ankara Barosu Başkanlığı 2012

Tüm hakları saklıdır

## **ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI**

Adliye Sarayı Kat : 5 Sıhhiye / ANKARA

Tel : (0.312) 416 72 00

Faks : (0.312) 309 22 97

[www.ankarabarusu.org.tr](http://www.ankarabarusu.org.tr)

[ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr](mailto:ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr)



## **(ABEM)**

## **ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ**

İhlamur Sokak No: 1 Kızılay / ANKARA

Tel : (0.312) 416 72 00

Fax: (0.312) 418 77 04

## **GRAFİK - TASARIM**

Yasir KORKMAZ

(Ankara Barosu)

## **FOTOĞRAF**

Erhan ÇETİNKAYA

(Ankara Barosu)

## **BASKI**



— my —

## YAYIN KURULU\*

Av. Salih AKGÜL

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

Ar. Gör. Gamze TURAN BAŞARA

Ar. Gör. Burcu ERTEM

## DANIŞMA KURULU\*

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Canan ATEŞ EKŞİ (Gazi Üniversitesi İİBF)

Yrd. Doç. Dr. Ozan ERGÜL (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Uğur ERİŞ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Nadi GÜNAL (AÜHF)

Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Öğr. Gör. İlker KILIÇ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU (AÜHF)

Prof. Dr. Cengiz KOÇHISARLIOĞLU (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Mehmet TURHAN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Cemal OĞUZ (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Fırat ÖZTAN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Yahya K. ZABUNOĞLU (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Bu kitapta yer alan makalelerdeki görüş ve değerlendirmeler, yazarların kendi fikirleri olup, bu kitabı yayına hazırlamış olan yayın kurulunun, editörün ve Ankara Barosu'nun görüşleri olarak nitelendirilemez ve makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı yayın kurulu, editör ve Ankara Barosu sorumluluk kabul etmez.

---

\* Soyadına göre alfabetik sırayla düzenlenmiştir.



## İÇİNDEKİLER

Av. AHMET EMRAH AKYAZAN

Av. Ali ALTAY

Prof. Dr. MUSTAFA ALTINTAŞ

Ar. Gör. DİLHUN AYAYDIN

Yrd. Doç. Dr. EMEL BADUR

İZZET BAŞARA

Ar. Gör. GAMZE TURAN BAŞARA

Doç. Dr. SELDAĞ GÜNEŞ CEYLAN

Dr. SEDAT ÇAL

Ar. Gör. BEQÜM DİLEMRE

Av. GÜLMELAHAT DOÇAN

9 Kanunilik İlkesi Çerçevesinde  
Cumhurbaşkanının Cezaî Sorumluluğu

İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması  
19 Nedeniyle Yapılan Suç Duyurularında  
“Soruşturma İzni” Kurumunun İrdelenmesi

67 Prof. Dr. Erzurumluoğlu ve YÖK Hukukunda  
Yargının Aklının Tutulması

2004 Tarihli 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi  
Kanunu ile 1984 Tarihli Eski 3030  
85 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun  
Karşılaştırılması Üzerine Bir İnceleme

99 Hastanın Özel Yaşamına Saygı  
Gösterilmesini Talep Hakkı

123 Tüzel Kişilerin Organlarının Haksız  
Fiillerinden Sorumluluğu

Türk Hukuku Bakımından Mirasın  
141 Kazanılmasında Kabul Edilen Prensipler  
ve Mirası Ret Hakkı

Roma Hukukundan, Pandekt Hukuku  
181 Aracılığıyla, Alman Medeni Kanunu'na  
(BGB) Geçiş

199 İktidar, Hukuk ve Yargı: Eleştirel Bir Deneme

261 Rekabet Hukuku'nda Sigorta Sektörüne  
Yönelik Grup Muafiyeti

275 Zorunlu Unsur Doktrini ve Fikri Mülkiyet  
Hakları Açısından Uygulanabilme Koşulları

|                                                                                                                                                     |     |                                               |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|-----------------------------------------------|
| 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile<br>Şirketler Hukukuna Getirilen Yeniliklerin<br>Mali Hukuka Yansıması                                      | 331 | Av. Tayfun ERCAN                              |
| Uluslararası Vergi Uyuşmazlıkları ve<br>Çözüm Yolları                                                                                               | 353 | Av. Tayfun ERCAN                              |
| 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair<br>Kanun'a İlişkin Tespit ve Değerlendirmeler                                                                  | 373 | Ar. Gör. Burcu ERTEM                          |
| Saldırgan Satış Yöntemleri ve Reklamlar                                                                                                             | 395 | Öğr. Gör. Dr. Şirin GÜVEN                     |
| Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin<br>6. Maddesi Çerçevesinde Yasayla Kurulmuş<br>Yetkili, Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme<br>Önünde Yargılanma Hakkı | 409 | Ar. Gör. M. Serhat KAŞIKARA                   |
| Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme                                                                                                                     | 465 | Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU<br>Olca SÖNMEZ |
| Anayasa Hukuku Açısından Bir Kararın<br>Kabulünde Aranılan Nitelikli Çoğunluk<br>O Kararın Görüşmelerine Geçilmesi<br>İçin De Şart Mıdır?           | 487 | Yrd. Doç. Dr. Ömer KESİNSOY                   |
| Aile Konutu ve Ev Eşyasında Sağ Kalan<br>Eşin Mülkiyet Hakkı<br>(Konusunda Bir Davada Yapılan Hatalar)                                              | 499 | Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU                  |
| Üçüncü Kişinin Rehinden Kurtarma Hakkı                                                                                                              | 513 | Av. KUMRU KILIÇOĞLU                           |
| Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Üçlü<br>İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri<br>Üzerine Bir Değerlendirme                                               | 529 | Prof. Dr. Arif B. KOCAMAN                     |
| Yargısal Konularda Dilekçe Hakkının<br>Sınırlandırılması                                                                                            | 549 | Yrd. Doç.<br>Dr. Nesibe KURT KONCA            |
| Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda<br>İhtiyati Tedbir                                                                                               | 565 | Ar. Gör. İsmet MAZLUM                         |

Prof. DR.  
HAMdi MOLLAMAHMUTOĞLU

TUĞÇE ORAL

ÖĞR. GÖR.  
DR. LEVENT ERSİN ORALLI

Prof. DR. E. SABA ÖZMEN  
AR. GÖR. EMEL ÜNAL

AR. GÖR.  
EMİNE KOÇANO RODOSLU

Prof. DR. DOĞAN SOYASLAN

Av. DR. CAHİR SULUK  
Prof. DR.  
ÖZLEM (ERZURUMLUOĞLU) ER

Doç. DR. METİN TOPÇUOĞLU

Prof. DR. MEHMET TURHAN

Ali SEDAT ULUÇ

ÖĞR. GÖR. DR. ESER US

ÖĞR. GÖR. DR.  
H. TOLUNAY OZANEMRE YAYLA

581 Türk Borçlar Kanunu'nun Kabulünden Sonra  
İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

595 Hekimin Hukuki Sorumluluğunun  
Değerlendirilmesi Kapsamında Malpraktis  
ile Hastalıktan Kaynaklanan Komplikasyon

617 Küreselleşen Hukukun Devletin Egemenlik  
Unsuruna Etkisi

637 Kamulaştırmasız El Atma Sonucu Dava  
Hakkının Kaybolmasına Dayalı Hakların  
5999 Sayılı Değişiklikle Korunması

679 Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde  
Kesin Hükümsüzlük Kavramı

711 Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi

719 Türkiye'de Tasarım Tescil Sistemine Yönelik  
Bir Değerlendirme

739 Yeni Çek Kanununa Göre Çekin Niteliği  
ve Türleri

765 Anayasa Hukukunda Hükümet Sistemi  
Tartışmaları

785 Rehinli Tahvil

799 İdari Denetim Altında Bağımsız İdari  
Otoriteler: RTÜK Örneği ve İfade Özgürlüğü

839 Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin  
Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali Davası  
Açması



## ÖNSÖZ

### **Değerli Öğrencim, Meslektaşım Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu İçin...**

Değerli öğrencim ve meslektaşım Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu'na Armağan çıkarılması hakkındaki Ankara Barosu kararını yerinde bir girişim olarak memnuniyetle karşıladım. Bu Armağan'a benim önsöz yazmam hususundaki talep de ayrıca memnuniyetimi mucip oldu. Bu vesileyle bana bu zevkli görevi verenlere ve Erzan'a içten teşekkürlerimi sunarım.

Gerçekten değerli öğrencim Erzan Erzurumluoğlu, böyle bir Armağan'a konu ve muhatap olmayı hak etmiştir. Çünkü değerli öğrencim, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olduğu 1959 yılından itibaren yaşamını akademik çalışmalara ve hukuk alanında uygulamalara adanmış bulunmaktadır. Kaldı ki batı üniversitelerinde kendini bu denli akademik alana adanmış olan öğretim üyeleri için armağan çıkarmak âdet haline gelmiştir.

Meslektaşım Erzan Erzurumluoğlu'nun öğrencilik yaşamından söz ederken, Erzan'ın bulunduğu son sınıf hakkında hala hatıramda yerini muhafaza eden bir anıma değinmeden geçemeyeceğim: Erzan'ların sınıfı, müstesna öğrencilerden oluşan bir sınıftı. Ben de o zaman meslek hayatımın başlarındaydım. O sınıf öğrencileri, yalnız derslere karşı duydukları ilgi ile değil; aynı zamanda çağdaş davranışları ile de beni çok etkilemişlerdi; hepsini çok sevmiştim. Bu sınıf öğrencilerinin önemli bir kısmı çok üst düzey mevkilere ulaştılar ve ülkeye hizmet fırsatını buldular. Erzan da işte o sınıfın seçkin öğrencilerinden biriydi. Bu vesileyle yanlış bir anlaşılmaya sebebiyet vermemek için Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin benzeri düzeydeki sınıflarına, fakülte'deki yaşamım boyunca çok rastladığımı ifade etmek isterim. Fakültemle gurur duyduğumu belirtmekten ayrı bir haz duyarım.

Gelelim o sınıfın seçkin bir öğrencisi olan Erzan'ın yaşam öyküsüne... Bu hususa özet bir biçimde değineceğim; çünkü yaşamı öyküsü, Erzan kardeşimin biyografyasını ilgilendirir.

Erzan, aslen Yozgatlıdır; Yozgat Akdağmadeni'nde 1936 yılında doğmuştur. 1955 yılında Fakülte'ye kaydolmuş ve hiç sene kaybetmeden

Fakülte'den mezun olmuştur. Mezuniyetini müteakip Muhabere Okulu'nda vatani görevini tamamladıktan sonra o zaman ki adı Ankara İktisadi Ticari İlimler Akademisi, şimdiki adı Gazi Üniversitesi olan müstesna bir akademik kuruluşumuzda asistan olarak 1963 yılında mesleki yaşamına başlamıştır. Öğrencilik dönemini müteakip tarih bizi bu akademik kuruluştaki da buluşturdu. Ben, Akademi'de gece öğretimi yapıldığı dönemde Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler derslerini vermeye başlamıştım ve büyük bir zevkle bu görevimi siyasete atıldığım 1980 tarihine kadar sürdürdüm.

Söz Ankara İktisadi Ticari İlimler Akademisi'nden açılmışken, bu Kuruluşumuz'un kuruluş yıllarına ilişkin bir anımı da dile getirmek isterim: Bu Akademik Kuruluş'umuzun kurulacağı yıla tekaddüm eden günlerde, böyle bir kuruluşa gerek olmadığı şeklindeki görüşler hâkimiyetini ciddi bir surette hissettiriyordu. Hatta bazı öğretim üyeleri de üniversite ve yüksek okullara giremeyen gençlerin sayısının çıkış gibi büyüdüğünü dikkate almadan, yeterli derecede öğretim üyesi bulunmadığı gerekçesine dayanarak bu kuruluşun kurulmasına karşı ciddi bir kampanya yürütmekteydiler. Öğretim üyesi sayının durumu, bu görüşleri hiç de haklı çıkaracak durumda değildi. Akademi başlangıçta gece öğretimini Hukuk Fakültesi'nde öğleden sonradan itibaren boş bırakılmış salonlarda, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ve Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi'nin öğretim elemanları ile ve mütevazı bir biçimde kadrosuna aldığı elemanlarla da sürdürüyordu. Ancak böyle kalmadı; kısa bir zaman sonra Akademi kendi kadrosuna ve binasına sahip oldu. Halen de Gazi Üniversitesi haline gelerek tam teşekküllü ve seçkin öğretim elemanlarından oluşan saygı değer bir Üniversitemiz olarak her dalda doyurucu faaliyetlerini sürdürmektedir. Bu Akademik Kuruluş'umuzda o dönemki meslektaşlarımla birlikte görev yapmış olmanın hazzını taşımaktayım.

Ankara İktisadi Ticari İlimler Akademisi'nde Erzan'la birlikte aynı kürsüde çalıştık ve o zamanın öğrenci olaylarının hep beraber şahidi olduk. O öğrenci olaylarının üniversite ve eğitim kuruluşlarında aynı boyutta tekrarlanmamasını dilerim.

Erzan, Gazi Üniversitesi'nden 1983 yılında emekli olmak suretiyle ayrıldı. Serbest avukatlık mesleğini icra etti ve bu arada 1988-1990 seneleri arasında başarılı bir şekilde Ankara Barosu Başkanlığı görevini yaptı. Sonra tekrar akademik hayatına dönerek Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tam zamanlı olarak hukuk dersleri vermeye devam etti. Bir süre sonra ben de Borçlar Hukuku Genel Hükümler derslerini vermek üzere Çankaya

Üniversitesi'ne intikal ettim. Bu kez yine bu Üniversite'nin çatısı altında buluştuk. Bu tesadüfler bana Erzan'ın öğrencilik hayatından itibaren O'nu daha yakın tanıma imkânını verdi ve O'nun meziyetlerini yakından görmek fırsatını buldum.

Akademik yaşamı boyunca Erzan'ın ülke sorunlarına karşı çok duyarlı olduğunu müşahede ettim. Farklı siyasal görüşlere sahip olmamıza rağmen, Erzan'ın bu duyarlılığını takdirle karşıladığımı ifade etmek isterim.

Erzan akademik yaşamında, bir taraftan eleman yetiştirmek hususunda caba gösterirken, diğer taraftan da mesleki eserler yayınlamak hususundaki faaliyetlerini de sürdürdü. Bu cümleden olarak “Borçlar Hukuku Genel Kuralları”, “Borçluya İsnat Edilemeyen Nedenlerle Sözleşmenin Yerine Getirilememesi”, “Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi”, “Özel Borç İlişkileri” gibi eserler ve önemli ölçüde makaleleri yayın hayatına intikal ettirdi.

Sevgili Erzan böylesine dolu bir mesleki yaşam geçirdi; fakat kendisi henüz genç veya olgunluk çağında, yaşamındaki bu verimini devam ettirebileceğine inanıyorum. Bu vesileyle Erzan'a özel ve mesleki yaşamında sağlık, mutluluk ve başarı dileklerimi sunarım.

Prof. Dr. Ali BOZER  
Ankara, 25.07.2011





## SUNUŞ

Çok kıymetli Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku öğretim üyesi ve Ankara Barosu önceki başkanlarından olan Sayın Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU'nun 75. yaş günü nedeniyle hazırlanan bu Armağan'a önsöz yazmak şahsıma büyük gurur ve mutluluk vermektedir.

Sayın Erzan ERZURUMLUOĞLU, ulusal ve uluslararası alanda tanınmış yetkin bir bilim insanı olmasının yanı sıra, avukatlık mesleğine yıllarını vermiş bir üstadımızdır. Başarıyla yürüttüğü Ankara Barosu Başkanlığı döneminde Baromuza yapmış olduğu hizmetler ve sağladığı kazanımlar halen takdirle anılmaktadır. Kendisinin de *“Meslek yaşamımın bana kazandırdığı en büyük onur ve zenginliğimdir.”* diye nitelediği Ankara Barosu Başkanlığı görevinin tarafımdan ifa edildiği bu dönemde Erzurumluoğlu Armağanı'nın Ankara Barosu'nca hazırlanması bizim için bir vefa borcunun ödenmesinden çok, onur vesilesi olmuştur.

Erzan ERZURUMLUOĞLU, büyük bir disiplin ve özveriyle yürüttüğü akademik hayatında birçok esere imza atmıştır. Sayın ERZURUMLUOĞLU, Türk bilim hayatına sadece eserleriyle hizmet etmekle kalmamış, aynı zamanda birçok bilim insanı yetiştirmiştir ve yetiştirmeye de devam etmektedir. Hukuk eğitiminin kuramsal ve uygulamaya dönük sorunlarını gören ve gözlemleyen biri olarak, sayısız öğrenci, stajyer ve asistanın mesleki yaşamına ışık tutmuştur.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU, iyi bir hoca olmanın ötesinde, aynı zamanda öğrencilerine her konuda yardımcı olmayı adeta görev edinmiş ve hatta zaman zaman baba şefkatine sahip bir dert ortağı olmuştur. Bu açıdan bakıldığında klasik bir üniversite hocasından ayrılan bir kimliğe ve ilgiye sahip olduğu, öğrencileri tarafından da sıklıkla dile getirilmektedir. Hocamız öğrencilerine karşı her zaman anlayışlı, adil ve sabırlı bir tutum sergileyerek, onlara hukuki bilginin yanında, hayata bakış açısı ve toplumsal duyarlılık kazandırmaya çalışmıştır. Tüm bu özellikleriyle, yalnız öğrencilerince değil, tüm akademik camiada ve avukat camiasında her zaman sevilen ve sayılan bir hoca olmuştur.

Bu vesileyle, onuruna çıkarılan Armağan'da, Erzan ERZURUMLUOĞLU'nun gelecek nesillere örnek olacak kişilik özelliklerinden de bahsedilmesini zorunlu buluyorum. Üstadımız, Atatürkçü düşünce yapısına sahip, çağdaş hukuk devletine

gönül vermiş, sosyal demokrat bir bakış açısına sahiptir. Politik bilinci ve tecrübeleri gündelik hayatında gündemi yakından takip etmesine ve ülke sorunlarına kayıtsız kalmamasına neden olmaktadır. Erzan ERZURUMLUOĞLU, sadece hukuki değil, sosyal duyarlılığa da sahip olduğundan, yardıma gereksinim duyanlara elini uzatmaktan ve bu anlamda pozitif ayrımcılık yapmaktan hiçbir zaman çekinmemiştir.

Son olarak bu Armağan'ın hazırlanmasında zaman ve emeklerini esirgemedi, büyük bir motivasyon ile çalışan Yayın Kuruluna ve Ankara Barosu Personeline teşekkürlerimi bildirmek isterim.

Av. Metin FEYZİOĞLU  
Ankara Barosu Başkanı  
Ankara 2011

## EDİTÖRDEN

Erzan Hoca'yı herkes sever...

Öğrencileri, meslektaşları, asistanları ve arkadaşları...

Ama bazıları daha çok sever... O'nu daha yakından tanıma fırsatına sahip olanlar. Çünkü Hocam iyi bir insan olduğu ilk bakışta anlaşılanlardan olsa da, O'nu kendisi yapan özellikleri tanıdıkça öğrenilen kişilerdendir.

Ben, çok değerli Erzan ERZURUMLUOĞLU Hocam'ı, 1999 yılında Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nce açılan ilk araştırma görevliliği mülakat sınavına katılmamla birlikte tanıdım. Tüm mülakat boyunca yüzündeki şefkatli gülümsemeyle yanıtlarımı dinleyen ve bana cesaret veren Hocam, soru sorma sırası kendisine geldiğinde bana, “Borcun kaynaklarını ve sebeplerini anlatınız” sorusunu yöneltmiş ve sonunda muhtemeldir ki cevabımdan hoşnut kalmıştı. O tarihten bu yana, bu kez juri üyesi sıfatıyla bir çok defa yan yana oturma şansına eriştiğim mülakatlarda, Hoca'nın aynı soruyu sorduğuna tanık olmak bana her defasında hocamı ilk tanıdığım günü anımsatır.

Sevgili Erzan Hocam öğrencileri kadar asistanlarına da aynı ölçüde sevgi, saygı ve sıcaklıkla yaklaşır. Akademisyenlik mesleğine dair bildiğim pek çok şeyi bana öğreten ve gün geldiğinde keşke onun gibi olabilsem dediğim başlıca kişilerden birinin Erzan Hocam olduğunu büyük bir gururla söylemek isterim.

Üzerimde sayısız emeği olan Hocam için bu Armağan'ın çalışmalarını en başından beri yürütmek, kendisine olan şükran borcumu bir miktar da olsa ifa edebilmiş olmanın onurunu ve mutluluğunu yaşatmıştır.

Bu vesileyle öncelikle Erzurumluoğlu Armağan'ını yayınlamak üzere yola çıkan Ankara Barosu'na ve yayın kurulu üyelerine, Armağan'ın hazırlanmasında özverili emeklerini esirgemeyen danışma kurulu üyelerine ve makaleleriyle katkıda bulunan tüm yazarlara kalpten teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Armağanda yer alan makaleler şekle ilişkin bazı hususlar dışında, üslup ve içerik yönünden herhangi bir müdahalede bulunulmadan, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla düzenlenmiştir.

Sevgi, saygı ve şükranlarımla...

Her zaman asistanınız  
Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR  
Ankara 2011



---

KANUNILIK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE  
CUMHURBAŞKANININ CEZAÎ SORUMLULUĞU

---

AV. AHMET EMRAH AKYAZAN\*

\* *Ankara Barosu, İstanbul Üniversitesi Doktora Öğrencisi*



## 1. Genel Olarak

Parlamente h k met sistemleri yürütme erkini Devlet Başkanı ile Bakanlar Kurulu arasında paylaştırmıştır (Any. m. 8). Yürütme erkinin bir kişi ile bir kurul arasında paylaştırılması modern parlamente sistemin temel bir özelliğidir. Parlamente sistemin bir diğ r temel  zelliğ  de Devlet Başkanının siyas i bakımdan sorumsuz, Bakanlar Kurulunun ise yasama organına karşı siyas i bakımdan sorumlu olmasıdır.<sup>1</sup>

Devletin başı olan (Any. m. 104/1) Cumhurbaşkanı siyas i bakımdan sorumsuzluğunun temelinde, onun yetkisizliğı yatar. Yetki, sorumluluğı gerektirdiğinden yetkisiz olan Cumhurbaşkanı aynı zamanda sorumsuzdur.<sup>2</sup> Bu durum *karşı imza kuralı* ile somutlaşır (Any. m. 105/1). Parlamente sistemlerde Cumhurbaşkanı kural olarak bütün işlemleri sorumlu olan Başbakan ve ilgili bakanlar tarafından imzalanır. Cumhurbaşkanı, siyas i sorumsuzluğunun doğal sonucu olarak, ne parlamento, ne de seçmen tarafından görevden alınamaz.

Ancak siyas i bakımdan sorumsuz olan Cumhurbaşkanı, ceza i bakımdan mutlak bir sorumsuzluğına sahip değıldir. Ceza i sorumluluk, ceza hukukuna ilişkin sorumluluktur. Bu noktada, Cumhurbaşkanı göreviyle ilgili suçları ile kişisel suçları arasında bir ayırım yapılmaktadır. Göreviyle ilgili suçlarından dolayı Cumhurbaşkanı kural olarak sorumsuzdur, bu kuralın istisnası ise; *“vatana ihanet”* teşkil eden suçlardan dolayı sorumlu tutulmasıdır. Kişisel suçlarından dolayı ise, Cumhurbaşkanı diğ r herkes gibi sorumlu olduğı kabul edilir.

1 Bakanlar Kurulunun siyas i sorumluluğı kolektif ve bireysel olmak üzere iki türlüdür. Kolektif (ortak) sorumluluk, genel siyasetin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluktur (Any. m. 112/1). Bireysel sorumluluk ise, genel siyasetin yürütülmesiyle ilgili olmayan, her bakanlığın kendi görev alanına ilişkin konularda söz konusu olabilir (Any. m. 112/2).

2 Parlamente sistemde, Cumhurbaşkanı siyas i sorumsuzluğunun kabul edilmesinin nedeni, ona kişisel ayrıcalık tanımak değıldir. Sorumsuzluk, görevin niteliğinden kaynaklanan özel statünün bir gereğidir. Cumhurbaşkanı siyas i partilerin üstünde, tarafsız bir konumda olmalıdır.



Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğu, *kanunîlik ilkesi* çerçevesinde değerlendirilmelidir (Any. m. 38/1, AİHS m. 7, TCK m. 2/1). Ceza hukukunun en temel ilkesi olan kanunîlik ilkesine göre; yasada gösterilmeyen bir fiil suç oluşturmaz ve suça ancak yasada gösterilen ceza uygulanabilir.<sup>3</sup> İlkenin özellikle, Cumhurbaşkanının vatana ihanet ile suçlandırılmasındaki usul açısından dikkatle yorumlanması gerekmektedir.

## 2. Cumhurbaşkanının Kişisel Suçlarından Dolayı Cezaî Sorumluluğu

Anayasa'da Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili olmayan kişisel suçlarından sorumlu olduğu konusunda hüküm bulunmamaktadır.<sup>4</sup> Bununla birlikte, böyle bir hükme gerek de yoktur.<sup>5</sup> Zira, kanun önünde eşitlik (Any. m. 10, TCK m. 3/2) ve ceza kanunlarının mecburiliği<sup>6</sup> ilkelerinden hareketle, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğu sonucuna varılır.<sup>7</sup>

Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğu konusunda bir tereddüt olmamakla birlikte, bu sorumluluğun gerçekleştirilmesi için izlenmesi gereken usulün ne olacağı konusunda görüş birliği yoktur. Bu konuda nasıl hareket edileceği Anayasa'da düzenlenmemiştir. Konuyla ilgili olarak değişik görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre; Cumhurbaşkanı hakkında da, milletvekili dokunulmazlığına ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Buna göre, Anayasa'nın, milletvekillerine (m. 83), TBMM dışından atanan bakanlara ve Cumhuriyet Konseyi üyelerine (geçici m. 2/3) tanıdığı dokunulmazlık, Cumhurbaşkanı için de geçerli olmalıdır.

Bir diğer görüş ise, Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı suçlanmasına ilişkin usulün, kıyas yoluyla, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarına da uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, Cumhurbaşkanı hakkında vatana ihanet nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için

3 “Nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege.” Latince olarak ifade edilmekle birlikte, kanunîlik ilkesi Roma Hukuku'na dayanmaz. İlkeyi Latince olarak ifade eden, Alman hukukçu *Anselmo Feuerbach* olmuştur.

4 1924 Anayasası'nda (Teşkilât 1 Esâsiyye Kanunu) ise, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olacağı ve milletvekili dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanacağı belirtilmişti (m. 41/2).

5 Anayasa'da Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olacağına ilişkin bir hükmün bulunmamasının nedeninin, makama saygı ve onun suç işleyecek bir kimse olmadığına duyulan güven olduğu söylenir. Ancak bu söylem pek inandırıcı değildir. Bunun nedeni Anayasa'nın 105/3 maddesinde yer alan hükmüdür. Bir taraftan Cumhurbaşkanlığı makamına saygı gösterilerek, Cumhurbaşkanının suç işlemeyeceğine inanılırken; diğer taraftan onun vatana ihanet gibi en ağır bir suçu işleyebileceği öngörülemez.

6 *Ceza kanunlarının mecburiliği ilkesi* uyarınca, ceza kanunları yürürlüğe girdikleri andan itibaren, hükümlerini ihlâl eden bütün kişiler hakkında zorunlu olarak uygulanır.

7 Uygulamamız da, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumluluğunu kabul ederek, Cumhurbaşkanı Celal Bayar'ın Amerika Birleşik Devletleri'nden beraberinde getirdiği silah ve mermilerini gümrüksüz yurda sokması fiili sebebiyle cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. 5. Yargıtay Ceza Dairesi, 4.10.1962 tarih ve 3607/3348 sayılı karar.

nasıl TBMM kararına gereksinim varsa, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı yargılanabilmesi için de aynı biçimde TBMM karar vermelidir.

Bir başka görüşe göre; Cumhurbaşkanı, görevde olduğu süre boyunca hakkında kovuşturma yapılamayan bir kimse olarak kabul edilmeli ve kişisel suçlarından dolayı yargılanabilmesi için görev süresinin (Any. m. 101) bitmesi beklenmelidir.

Bir diğer görüşe göre; Anayasa'da bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmadığı için, Cumhurbaşkanı, kişisel suçlarından dolayı bütün vatandaşların tâbi olduğu aynı kurallara tâbidir. O hâlde, Cumhurbaşkanı hakkında normal bir vatandaş gibi işlem yapılmalıdır.

Düşünceme göre, mevcut Anayasal düzenleme karşısında, Cumhurbaşkanı hakkında kişisel suçlarından dolayı, milletvekili dokunulmazlığına ilişkin hükümlerin veya vatana ihanete ilişkin usulün uygulanması mümkün değildir. Bu iki istisnai düzenleme, konuldukları özel durumlar için geçerlidir. Zaten istisnai hükümlerde, bu nedenle, kıyas yasağı söz konusudur. O hâlde bu iki uygulama kıyasen genişletilemez. Cumhurbaşkanı'nın yargılanabilmesi için görev süresinin bitmesi gerektiği görüşü ise, hukuksal dayanaktan yoksundur. Bu uygulamanın hangi hukuksal gerekçeye dayanacağı belirsizdir. Bu görüş, Anayasa'da ve yasalarda yer almayan bir uygulamayı önermenin ötesinde, Cumhurbaşkanı'na Anayasal eşitlik ilkesine (Any. m. 10) aykırı bir *ayrıcılık* tanınması gerektiğini öne sürmektedir.

Kanımcı, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumluluğunun gerçekleştirilmesi için izlenmesi gereken usul konusunda özel bir düzenleme yapılmadığı müddetçe, Cumhurbaşkanı hakkında normal bir vatandaş gibi işlem yapılması zorunludur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, böyle bir uygulama ile Cumhurbaşkanı'nın korumasız bırakılması, birçok soruna yol açacağından, doğru değildir. O hâlde yapılması gereken, bu konuda Cumhurbaşkanı'nın makamına ve statüsüne uygun özel bir düzenlemenin getirilmesidir. Böyle bir Anayasal düzenlemenin varlığı hâlinde, kanun önünde eşitlik ilkesine özel bir *istisna* getirilmiş olacaktır.<sup>8</sup> Örneğin, Portekiz Anayasası'na göre, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı yargılanabilmesi için görev süresinin sona ermesi beklenmek zorundadır (m. 133/4). Yunan Anayasası'nda ise, soruşturmanın görev süresinin sonuna kadar

8 Belirtmek gerekir ki, Anayasal eşitlik ilkesi, mutlak bir eşitliği değil, aynı durumda bulunan kişiler açısından eşitliği ifade eder. Bu nedenle, mevzuatta özel bazı durumlara ilişkin olarak, bunların yapısına uygun, özel düzenlemeler yapılmış ve kovuşturma usulleri öngörülmüştür.

ertelenmesi öngörülmüştür (m. 49/1).

Bu noktada, Yeni Anayasa Taslağı ile getirilen düzenleme önem taşımaktadır. Taslağın 82/3 maddesinde, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından doğan sorumluluğu yasama dokunulmazlığı hükümlerine tâbi tutulmuştur. Konunun özel bir düzenleme ile açıklığa kavuşturulması isabetli olmuştur. Ancak diğer taraftan, Cumhurbaşkanının milletvekilleri ile aynı hükümlere tâbi tutulması çeşitli uygulama sorunlarını ve sakıncaları da beraberinde getirecektir. Örneğin, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı yasama dokunulmazlığı hükümleri uygulanacaksa, bu dokunulmazlık, TBMM tarafından kaldırılabilir mi? Eğer kaldırılabilir ise, bu durumun Cumhurbaşkanı üzerinde siyasî bir baskı unsuru olarak kullanılması tehlikesi söz konusu olmayacak mıdır? Bunun gibi pek çok soru sorulabilir.

Netice itibariyle, düşünceme göre, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarına ilişkin olarak özel bir Anayasal düzenleme yapılmalıdır. Ancak bu düzenleme, Cumhurbaşkanının makamına ve statüsüne uygun özel hükümler içermelidir. Bu konuda soruşturmanın görev süresinin sonuna kadar ertelenmesi bir çözüm olabilir. Buna göre, Cumhurbaşkanı, görevi dışında işlediği kişisel suçlardan dolayı sorumlu tutulmalı, ancak bu suçlardan dolayı yapılacak soruşturma görev süresinin sonuna kadar askıya alınmalıdır. Ayrıca Cumhurbaşkanının görev süresi boyunca, zamanaşımının işlemeyeceği de hükme bağlanmalıdır. Bu şekilde, Cumhurbaşkanının görev süresince korunması sağlanmış olacak ve Cumhurbaşkanlığı makamının yıpratılması da önlenilebilecektir.

### **3. Cumhurbaşkanının Göreviyle İlgili Suçlarından Dolayı Cezai Sorumluluğu**

Parlamentar sistemlerde, devlet başkanlarının, görevleriyle ilgili suçlarından dolayı kural olarak sorumlu olmadıkları kabul edilmektedir. Ancak, bu sorumsuzluk mutlak değildir. Bunun tek istisnası, devlet başkanının, “*vatana ihanet*” teşkil eden suçlarından dolayı sorumlu tutulmasıdır.<sup>9</sup>

1961 Anayasası, Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili işlemlerden dolayı sorumlu olmadığını açıkça belirtiyordu (m.98/1). Ancak, 1982 Anayasası'nda bu konuda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, Anayasanın 105/3 maddesinde, Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı Türkiye Büyük

9 Örneğin; Fransız Anayasası'na göre, Cumhurbaşkanı, görevini yerine getirirken işlediği fiillerden dolayı “yüksek ihanet” hâli hariç, sorumlu değildir (m. 68). Yunan Anayasası'nda ise, Cumhurbaşkanının görevine ilişkin işlemlerden dolayı, “yüksek ihanet” ve “Anayasayı ihlâl” suçları dışında sorumsuz olduğu hükme bağlanmıştır (m. 49). Ancak belirtmek gerekir ki, Yunan hukukunda yüksek ihanet ve Anayasayı ihlâl, 265 sayılı kanun ile suç olarak düzenlenmiştir. İtalyan Anayasası'nda da benzer şekilde, Cumhurbaşkanı görevini yerine getirirken yaptığı işlemlerden dolayı, “yüksek ihanet” ve “Anayasaya karşı cürüm” hâlleri dışında sorumlu değildir (m. 90).

Millet Meclisi tarafından suçlandırılabilceği hükme bağlanmıştır. Bu özel düzenlemenin karşıt anlamından, Cumhurbaşkanının vatana ihanet kapsamına girmeyen göreviyle ilgili fiillerinden dolayı cezaî sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Hükümün gerekçesi de bu görüşü doğrular niteliktedir.<sup>10</sup>

Anayasa, Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı sorumlu olduğunu belirtmekle birlikte, vatana ihanetin ne anlama geldiği ve içeriği konusunda bir düzenleme getirmemiştir.<sup>11</sup> Aynı şekilde, Ceza Kanunu'nda da “vatana ihanet” adı altında bir suç tipi yer almamaktadır.<sup>12</sup> Bu durumda Cumhurbaşkanının vatana ihanet sorumluluğu, “*kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi*” ile ne şekilde bağdaştırılacaktır? Bu konuda çeşitli görüşler söz konusudur.

Bir görüşe göre; vatana ihanet, kanunîlik ilkesi dışındadır. Suç ve yaptırım, suçlandırma aşamasında, öncelikle TBMM tarafından ve nihai olarak da Yüce Divan tarafından belirlenmelidir. Yüce Divan, suçun nitelendirilmesine ilişkin olarak, TBMM'nin kararıyla bağlı olmadığı gibi, ceza hukuku ilkeleriyle de bağlı olmayıp, tam bir serbestiye sahiptir. Bu görüşe göre, suçlandırma siyasî nitelikte bir işlemdir, o hâlde yaptırımın da siyasî nitelikte olması gerekir.

Bir diğer görüşe göre; kanunîlik ilkesi vatana ihanet için de geçerlidir. Buna göre, ceza kanunu vatana ihanet suçunu tanımlamadığı sürece, Cumhurbaşkanı vatana ihanet ile suçlandırılmaz ve yargılanamaz. Bu görüşe göre, “*kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi*” Anayasal bir ilke (m. 38/1) olduğuna göre, TBMM, Cumhurbaşkanını kanunda düzenlenmeyen bir suç ile itham edemez. Aynı şekilde, Yüce Divan da kanun tarafından düzenlenmeyen bir fiili suç olarak kabul edip, bu fiile kanun tarafından düzenlenmemiş bir ceza öngöremez.

Bir başka görüşe göre; TBMM, Cumhurbaşkanını vatana ihanet ile itham etme yetkisine sahiptir, bu yetki meclise Anayasa tarafından verilmiştir (m. 105/3). Ancak TBMM, bu yetkinin kullanılmasında tam bir serbestiye sahip değildir. TBMM, fiilin vatana ihanet niteliğinde olup olmadığını belirlerken kanunîlik ilkesi ile bağlıdır. Yani TBMM'nin, Cumhurbaşkanının fiilini vatana ihanet olarak değerlendirmesi, somut olayla sınırlı subjektif bir karar niteliğindedir. Dolayısıyla vatana ihanet suçlaması, ancak ceza kanunlarında

10 Gerekçeye göre; “Devlet başkanının görevi sırasında Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde vatan hainliği dışında herhangi bir sorumluluğu yoktur.”

11 Vatana ihanet; siyasî/cezaî bir kavram olup, Cumhurbaşkanının başkanlık görevlerini ve ülkenin yüksek çıkarlarını esaslı şekilde ihlâl eden fiillerdir. Burada bir tür siyasî suç söz konusudur.

12 Buna karşılık, Alman, İngiliz ve İsviçre Hukuklarında, belirli suç tipleri vatana ihanet olarak kabul edilmektedir. Örneğin Alman hukukunda, vatana ihanet (*hochverrat*) suç tipleri; devletin varlığı, ülkesinin bütünlüğü ve Anayasasına yönelik ihanet suçları olarak üçe ayrılmaktadır.

düzenlenmiş bulunan suç tiplerine dayandırılabilir. TBMM İçtüzüğünde yer alan hüküm de bu yöndedir (m. 114/son).<sup>13</sup> Bu görüşe göre, Yüce Divan, Cumhurbaşkanının görevden alınmasına karar verebilir, ancak cezaî bir yaptırıma hükmedebilmesi için Cumhurbaşkanının vatana ihanet oluşturduğu kabul edilen fiilinin, ayrıca ceza kanunu tarafından belirlenmiş bir suç kapsamına girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Yüce Divan, Cumhurbaşkanının siyasî ve cezaî sorumluluğuna hükmedebilir, kanunîlik ilkesi ise, sadece cezaî sorumluluk açısından söz konusudur.<sup>14</sup>

Kanımca, mevcut Anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında, *vatana ihanet*, siyasî/cezaî nitelikte bir kavramdır ve Cumhurbaşkanının başkanlık görevlerini ve ülkenin yüksek çıkarlarını esaslı şekilde ihlâl eden fiilleri ifade etmektedir. Bu bakımdan, Anayasa'da yer alan “vatana ihanet” kavramının, teknik anlamda belirli bir suç tipini ifade etmediği ve kanunlarımızda yer alan birçok suçu içerebilecek<sup>15</sup> genel ve üst bir terim olduğu anlaşılmaktadır. Buradaki sorun, vatana ihanet teşkil eden fiillerin hangileri olduğunun belli olmamasıdır.<sup>16</sup> Buna karşılık, *kanunîlik ilkesi*, *açıklık ve belirlilik ilkelerini* de gerektirmektedir. Yani kanunda yer almayan bir fiil suç oluşturmadığı gibi, yer alan bir fiilin de kanunî tipi açık ve belirgin biçimde tespit edilebilmelidir. O hâlde yapılması gereken; vatana ihanet kapsamına giren fiillerin ve bunların yaptırımlarının yasal bir düzenleme ile belirlenmesidir.

Yeni Anayasa Taslağı da, bu yönde bir hüküm getirmiştir. Buna göre; “*Hangi fiillerin vatana ihanet suçu oluşturacağı kanunla belirlenir*” (m. 82/2 son cümle). Hükmün gerekçesinde ise; “*Cumhurbaşkanının sorumluluğu konusunda hangi suçların vatana ihanet suçu teşkil edeceğinin kanunla belirlenmesi öngörülerek, suç ve cezaların kanunîliği ilkesine uygunluk sağlanmıştır*” denilmektedir. Böyle bir yasal düzenleme henüz yapılmamıştır,

---

13 “Yüce Divana sevk kararında, hangi ceza hükmüne dayandığı ve suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanınca işlendiği ileri sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği belirtilir.”

14 Bu görüşe göre, Yüce Divan'ın, Cumhurbaşkanının görevden alınmasına karar vermesi siyasî bir yaptırımdır ve kanunîlik ilkesi dışındadır. Düşünceme göre, bu belirleme isabetli değildir. 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 35. maddesine göre; “Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken, yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir.” TCK m. 2/1 hükmüne göre de; “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez” Bu yasal düzenlemeler karşısında, Yüce Divan, görevden alma şeklinde bir siyasî yaptırım uygulama yetkisine sahip değildir.

15 Örneğin; TCK m. 302 309, 311 315 ve 320'nci maddelerde yer alan suçlar, vatana ihanet kapsamında sayılabilir.

16 Kanımca, bu belirlemeyi yapabilme yetkisi, TBMM veya Yüce Divan'da olmayıp, münhasıran yasa koyucuya aittir. Yani, “vatana ihanet” kapsamına giren fiiller, ancak yasa ile belirlenebilir.

ancak Anayasa Taslağında yer alan bu hükmün olumlu bir adım olduğu söylenmelidir.

Yeni Anayasa Taslağında yer alan diğer bir önemli düzenleme de, Yüce Divan'a sevk edilen Cumhurbaşkanı'nın görevinin sona ereceğinin hükme bağlanmış olmasıdır (m. 82/2 c. 2). Böylece bu konudaki belirsizliğe ve tartışmalara son verilmiş olmakla birlikte, bu hükmün masumiyet karinesine (Any. m. 38/4, AIHS m. 6/2, İHEB m. 11/1) uygun olmadığı da belirtilmelidir. Kanımca, Cumhurbaşkanı'nın görevinin sona ereceği şeklindeki hüküm, Yüce Divan'a sevk durumunda değil, yargılama sonunda suçlu bulunması hâlinde geçerli olacak şekilde düzenlenmeliydi. Ayrıca, “*Cumhurbaşkanına vekâlet*”e ilişkin hükümlere; “*Cumhurbaşkanının Yüce Divan'da yargılanması hâli*” özel ve istisnai bir durum olarak eklenebilirdi. Böylece, yargılama süresince TBMM Başkanı'nın Cumhurbaşkanlığına vekâlet etmesi sağlanarak, hem masumiyet karinesine gereken önem verilmiş olur, hem de Cumhurbaşkanlığı makamı korunabilirdi.

#### **4. Cumhurbaşkanının Milletlerarası Hukuktan Doğan Cezâ Sorumluluğu**

Konuyla ilgili olarak Anayasa'da herhangi bir düzenleme olmadığı gibi, kabul edilmiş bir milletlerarası sözleşme de bulunmamaktadır. Devlet başkanının yabancı ülkedeki hukukî durumuna ilişkin kurallar, teamül biçiminde gelişmiştir.

Devlet başkanının yabancı bir ülkeye yaptığı gezi iki şekilde olabilir; özel gezi veya resmî gezi (görev gezisi). Devlet başkanı özel gezilerde, kimliğini gizlemişse, başkanlık statüsünün getirdiği ayrıcalıklardan yararlanamaz. Ancak kimliğini bildirmiş ise, statüsüne bağlı ayrıcalıklardan yararlanır. Bu ayrıcalıklar, kişi dokunulmazlığı ve yargı bağımsızlığı olarak ortaya çıkar.

Devlet başkanı, kimliğini bildirdiği özel geziler ile resmî gezilerde, bulunduğu yabancı ülkede kovuşturulamaz, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Bu uygulamaya; “birbirine tâbi olmayan eşit devletlerarasında yargı yetkisi yoktur” kuralına dayanır.<sup>17</sup> Bununla birlikte, devlet başkanı yabancı ülkede dilediği gibi hareket edemez. Bulunduğu ülkenin güvenlik ve şerefini ihlâl edici hareketlerde bulunan devlet başkanının ülkeyi terk etmesi istenebilir.

---

17 “*Par in parem non habet jurisdictionem.*”



---

İDARI YARGI KARARLARININ UYGULANMAMASI NEDENİYLE  
YAPILAN SUÇ DUYURULARINDA “SORUŞTURMA İZİNİ”  
KURUMUNUN İRDELENMESİ

---

Av. Ali ALTAY\*

\* *Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü Üyesi*





*“İdari yargı düzeni tarafından verilen kararların, idare tarafından uygulanmaması önemli bir sorun olarak varlığını sürdürmektedir. / Sorun, idari yargının varlık nedenini sarsacak bir noktaya doğru ilerlemektedir. / İdare, artık istediği kadar denetlenebilen bir kuruma dönüşmüştür. Yargısal denetimin anlamı, denetim sonucunda verilecek kararın, tarafların iradesine rağmen uygulanabilmesidir. 'Hüküm' bu anlama gelir. Aksi takdirde, idari yargının 'tavsiye'sinden söz edilebilir.”<sup>1</sup>*

*“Yargı kararlarının uygulanması konusunda tek istisna 'yargı kararlarının uygulanmasının kamu düzenini sarsması, kolektif ve kişisel özgürlüklere ağır şekilde zarar vermesi, hukuk devleti ve demokrasi için ciddi bir tehdit oluşturması' hallerinde hukuk sisteminin ve toplumsal gelişim koşullarının etkisiyle Mali'de karşımıza çıkmaktadır.”<sup>2</sup>*

*“Şurayidevlet ilamlarının bila te'hir infazı zaruri olması dolayısıyla .. şayet böyle bir tehir mevcut ise failleri hakkında mesuliyeti cezaiyenin tahriki suretiyle meselenin intacı lazım gelir...”<sup>3</sup>*

**A. Yazının amacı,** “Devletin asli ve sürekli görevlerini gören” Devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin, görece sahip oldukları (kimi yazarların “dokunulmazlık” olarak adlandırdıkları)<sup>4</sup> “dokunulmazlık”ı eleştirmek ya da bu yöndeki düzenlemelerin kaldırılmasını istemek değildir. Yazı özü itibarıyla, en az memur dokunulmazlığı kadar önemli ve hatta giderek, memur dokunulmazlığının varlık sebebi olan İdari Yargı Kararlarını, uygulanmama

1 **Dr. Onur KARAHANOĞULLARI**, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorununa Danıştay Başsavcılığının Müdahale Olanakları”, **Mülkiye**, cilt XXIX, sayı 279, (Kış/2005), sayfa 89-97

2 *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, (Genel Rapor) Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Derneği VIII. Kongresi, Madrid, 26-28 Nisan 2004, (Çeviri: **Namık Kemal ERGANİ, Özlem ERDEM KARAHANOĞULLARI, Şehnaz GENÇAY KARABULUT, Mustafa KARABULUT**). Danıştay İnternet Sitesi.

3 Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti, **1934**, k.100 (Der. 2 s.18), **Dr. Yıldırım ULER**, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, s.142; AÜHF Yay., 1970/Ankara.

4 **Prof. Dr. Vahit BIÇAK**, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s.339 vd; Seçkin Yay., 2010/Ankara

halinin, sözü edilen dokunulmazlığı da ortadan kaldıracak bir tutuma dönüştüğünü ortaya koymak, İdari Yargı Kararlarının daha etkili bir biçimde uygulanması uğruna, yasal hiçbir temeli olmayan İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması sebebiyle yapılan suç duyurularında “soruşturma izni istemek” kurumunu irdelemektir. Tehlike odur ki, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması ile ilgili *sıradanlaşan* bu tutum, Hukuk Devleti İlkesini (AY md. 2) fazlasıyla geriletmiş, Hukuk Devleti İlkesi kâğıt üzerinde kalmaya mahkûm bir ilkeye dönüşmüş, *anlamanın olmadığı yerde sözcükler elini kolunu sallayarak gezmeye başlamıştır*.<sup>5</sup> Kâğıt üzerinde kalan [ya da yazan] ile yaşam biçimine dönüşen bir ve aynı şey ol(a)madığından son tahlilde insanların, Ceza Hukukunun yarattığı “korku” üzerinden terbiye edilmesi üzücüdür. Verili “insanlık hali”nde, Ceza Hukukunun da “davranış kuralları oluşturduğu”<sup>6</sup> bir gerçeklik olmakla; Hukuk Devleti İlkesinin “olmazsa olmaz”ı olan İdari Yargı Kararlarının, uygulanmaması yönünde *sıradanlaşan* tutumun, Ceza Hukuku eliyle ve gelinen tarih itibarıyla, yeniden eğitilmesi ne yazık ki bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır: “... ceza normunun ilk ve asıl muhatabı savcılar ve yargıçlar olmayıp toplum bireyleridir. Yasa öncelikle onlar tarafından okunup öğrenilecek ve günlük yaşam disiplini olarak benimsenecektir. (...)” (CGK, 23.11.2004 T. ve E: 2004/8-130, K:2004/206).<sup>7</sup> İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması olarak ortaya çıkan eylem türlerinin ihlal ettiği değerler Anayasa'nın 2. ve 138. maddesinde hüküm altına alınan değerlerdir. Her iki madde üzerinden koruma altına alınan hukuksal değerlerin doğrudan doğruya Devletin Egemenlik Hakkı'na ilişkin değerler olduğu açık olmakla; İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması sebebiyle ortaya çıkan “portre”, Devletin egemenlik hakkını “yetkili organları eliyle” kullanırken,<sup>8</sup> yürütme organı ile yargı organı arasında ortaya çıkan bir çatışmanın da portresidir. Çatışmada, yürütmeye üstünlük verilmesini gerektirecek yasal bir düzenleme yoktur.

5 **Goethe**, *Faust*, s.87; Yazko Yay., 1983/İstanbul [Çev.: Hasan İzzettin DİNAMO].

6 “... ceza normu daima toplum içerisindeki ilişkileri temel almakta ve oluşturduğu davranış normlarıyla yani formlarla toplumsal yaşamı düzenlemekte, toplum düzenini sağlamaktadır. Yasa koyucu ceza normları yoluyla bunu temin ederken, toplum içinde oluşmuş bulunan davranış kurallarının hangilerini norm koyma faaliyetine esas alacağını, yeni davranış kuralları oluşturup oluşturmayacağını değerlendirme yaparak belirleyecektir. Bu değerlendirme Petrocelli'nin söylediği gibi, menfaatler çatışmasını düzenlemek amaçlı davranış kuralları oluşturmaya yönelik, hem etik hem de politik bir faaliyet olmayıp, hukuk düzenini oluşturan faaliyetir (PETROCELLI (1959), (...))” **Dr. Ömer ÖMEROĞLU**, *Ceza Hukuku Açısından Hukuksal İlişki Kavramının İncelenmesi (Öznel Arası İlişkiler Boyutuyla Ceza Hukuku)*, s.50; Yetkin Yay., 2010/Ankara.

7 **ÖMEROĞLU**, y.a.g.y., s.55.

8 Anayasa Md. 6/2.

## B. “Soruşturma İzni Kurumu” ve Anayasa'nın 138, İYUK'nun 28. Maddeleri İle İdari Yargı Kararlarını Uygulamamak Suçu

1. Yargı kararlarının geciktirilmeksizin uygulanması gerektiğine ilişkin Anayasal düzeyde hüküm altına alınan ve doğrudan uygulanması için başkaca bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duymayan; Anayasa'nın, “Mahkemelerin Bağımsızlığı” başlıklı 138. maddesinin son fıkrasında, açıkça “... *Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*” denilmiş ve aktarılan bu hüküm, Anayasa'nın “değiştirilmesi dahi teklif edilemeyecek olan” 2. maddesinin (“*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk*

9 “... İzin, Devlet iddia makamının sorması üzerine, bir diğer Devlet makamınca müşahhas olayda dava açılmasında kamu menfaati (yani maslahata uygunluk) görüldüğünde, belli suçlar bakımından kamunun koymuş olduğu engelin kaldırılmasıdır. (...) Bizce, muhakeme şartı olan izin, sadece pasif dedikleri zindir, yani belli suçlardan dolayı ceza davası açılıp yürütülmesinde kamu yararının bulunup bulunmadığı konusunda kanun koyucunun duyduğu tereddüdün yenmek üzere yetkili kalınan makamın her dava bakımından kamu yararı gördüğünü belirtmesidir. (...)” **Prof. Dr. Nurullah KUNTER**, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 85, 86; Kazancı Hukuk Yay., 1986/İst.

10 “... Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda eşitliği gözeten, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Anayasa'da, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Yargı denetimi, hukuk devletinin “olmazsa olmaz” koşuludur. (...)” (**DİDDGK.**, 12.10.2009 Tarih, E:2007/736, K:2009/1793); “... Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti Demokratik, Sosyal bir Hukuk Devleti'dir. Hukuk Devleti insan hak ve özgürlüklerine ön planda tutan, bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yönetenlerin her türlü işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olan bir devlettir. Gerçekte de, bireylerin devlete karşı güven duyabilmeleri, maddi ve manevi varlıklarını serbestçe, korkusuzca geliştirebilmeleri, ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir sistem içinde olanaklıdır. Şu durum karşısında Hukuk Devleti ilkelerinin yaşamda tutulması, amacının sağlanması için bağımsız yargı kararlarına uymak kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu açıktır, işte bu nedenledir ki, yasa koyucu, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine yargı yolunu açık tutmuş, yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunu hükme bağlamıştır (Anayasa Md.125, 138 ). (...)” (YHGK., 2000/4-843 E., 2000/856 K., 03.05.2000 T.); “...Anayasa kuralları, buyurucu ve bağlayıcı Hukuk kurallarıdır. Mahkeme kararlarının geciktirilmeden yerine getirilmesi zorunludur. İnsan hak ve özgürlüklerini; sosyal adaleti, toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlamış demokratik bir Hukuk Devletinde, açıklanan Anayasa ve kanun kurallarına rağmen bir Mahkeme kararının yerine getirilmemesi düşünülemez. Aksi halde bu kanun kuralları kağıt üzerinde kalmaya zorunlu, değersiz sözcükler olmaktan öteye gidemez. (...)” (**İYBGK**, 1978/7 E., 1979/2 K., 22.10.1979 T.).

*Devletidir.”<sup>10</sup> zorunlu bir gereği olarak düzenleme altına alınmıştır. Anayasa'nın 2 ve 138/son maddelerinde açıkça ve amir düzeyde hüküm altına alınan düzenlemeye ve İdari Yargılama Usul Kanununun 28. maddesinde “... Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.” yer verilen hükmüne rağmen İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında soruşturma izni istenilmesi yönündeki uygulamanın değiştirilmesi, Anayasaya rağmen Anayasanın ihlal edilemeyeceği, Anayasaya rağmen Anayasadan ödün verilemeyeceği gerçekliği karşısında, bir zorunluluktur.*

**2. İdari Yargı Kararlarının (yürütmenin durdurulması ve işlemin iptali) uygulanmaması eyleminden anlaşılması gereken olgular yönünden gerek doktrin ve gerekse uygulama, tanımlamada kullanılan sözcük farklılıkları<sup>11</sup> hariç, görüş birliği içindedir. İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması olarak ortaya çıkan tüm bu eylemler, kararı uygulaması gerekip de uygulamayanlar yönünden (hukuki ve cezai) sorumluluğa sebep olmaktadır. Bunlar “... a- Hiç uygulamama: idarenin yargı kararına göre yapması gereken işlem ve eylemleri hiç yapmaması halinde bu halin gerçekleştiği kabul edilir. Örneğin görevden alınma işleminin iptal edilmesine karşın ilgilinin göreve başlatılmaması, / b- Geç uygulama: Bu halde karar uygulanmıştır. Ancak makul süre veya azami süre aşılmıştır.<sup>12</sup> / c-Eksik uygulama: Bu halde eksik uygulanan kısım yönünden kararın uygulanmaması hali oluşur. / d- Hatalı uygulama: Bu halde idare kararı uygulamakta ancak bilmeden hatalı davranmaktadır. Hesap hatası yapılarak eksik ödeme yapılması gibi. İdarenin hatasını düzeltmemesi halinde kararı uygulamamaktan dolayı sorumlu olur. / e- Şekli uygulama: Bu halde idare önce makul sürede karar gereklerini yerine getirir, hemen arkasından bu kararı etkisiz kılacak işlem ve eylemlerde bulunur.”<sup>13</sup> Özellikle kamu**

11 Örneğin, “şekli uygulama”ya Sayın Turgut CANDAN haklı olarak “muvazaalı uygulama” demektedir

12 “... Kanunda belirlenen otuz günlük süre, olanakları derhal infaza imkân vermeyen idarenin yararlanabileceği azami bekleme süresidir. Yani, idare, 'Kanun bana idari yargı yerince verilen kararların icaplarına göre işlem tesis etmek veya eylemde bulunmak için otuz günlük süre tanımıştır. Ben, bu süreyi istediğim gibi kullanırım. Kimse, beni son günden önce işlem tesisine veya eylemde bulunmaya zorlayamaz...' diyemez. İdareye böyle bir olanağın tanınmasının, Hukuk Devleti İlkesi ile bağdaşmayacağını söylemeye gerek olmadığını sanıyoruz. (...)” Turgut CANDAN, Açıklamalı İdari Yargılama Usul Kanunu, s.648, 649; Maliye ve Hukuk Yay., 2005/Ankara.

13 “...Yargı kararı gereğince uygun işlem tesis edilmekle beraber, kısa bir süre sonra tesis edilen bir başka

görevlilerinin görevden alınma işleminin iptali kararı üzerine önce eski görevine iade edilmesi ve çok kısa bir süre sonra haklı neden olmaksızın görevden alınması işlemlerinde Danıştay, uygulamanın biçimsel bir nitelik taşıdığını, bunun Anayasanın 2., 138. maddeleri ile İYUK 28. maddesine aykırı olduğuna karar vermektedir.”<sup>14</sup> olarak sayılmakta ve tanımlanmaktadır. İdari davalarda, taraflardan biri mutlak surette İdare olduğuna göre

3. İdari Yargı Kararlarını uygulaması gerekip de uygulamayanlar kimlerdir? Sorunun yanıtını Yüksek Mahkemeler, uygulamada tutarlılık kazanan ve yerleşik hale gelen bir biçimde vermiştir:

[3.1.] “... Anayasa kuralları, buyurucu ve bağlayıcı Hukuk kurallarıdır. Mahkeme kararlarının geciktirilmeden yerine getirilmesi zorunludur. İnsan hak ve özgürlüklerini; sosyal adaleti, toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlamış demokratik bir Hukuk Devletinde, açıklanan Anayasa ve kanun kurallarına rağmen bir Mahkeme kararının yerine getirilmemesi düşünülemez. Aksi halde bu kanun kuralları kâğıt üzerinde kalmaya zorunlu, değersiz sözcükler olmaktan öteye gidemez. (...) Bir bakan ya da Danıştay kararlarını uygulama durumunda bulunan diğer Kamu görevlilerinin yukarıda açıklanan Kanuni kuralları bilmedikleri ileri sürülemez. (...)” (YİBGK, E:1978/7, K:1979/2, 22.10.1979 T.),

[3.2.] “... Dava yargı kararına uyulmaması nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. (...) davalılar davanın reddini savunmuşlar; yerel mahkemeye davacının daire başkanı olması nedeniyle göreve atanması teklif ve prosedürün taktir yetkisinin tamamen Milli Eğitim Bakanına ait olduğundan, davalıların mahkeme kararının uygulanması konusunda sıfatları bulunmadığından husumet nedeniyle davanın reddine karar vermiştir. (...) Davacı ile ilgili tayin aşamaları ve

---

işlemler yargı kararı gereğinin ve bu doğrultuda tesis edilen işlemin ortadan kaldırılması, biçimsel uygulama olarak adlandırılmaktadır. Oysa yargı kararlarının uygulanması, bir formalitenin yerine getirilmesi demek değildir. Bu tür uygulamalar; yargı kararını anlamsız kılmaya, onu yok saymaya yöneliktirler. Şekil olarak ortada bir işlem mevcut olmakla birlikte, bu işlem aslında 'hiç uygulamama'nın değişik bir görüntüsü olarak karşımıza çıkmaktadır. Kararın biçimsel uygulanması, hukuka aykırılığının saptanması nedeniyle iptal edilen işlemin yürürlüğünü sağlayacak bir yöntem olarak kullanılmaktadır (...)” Evren ALTAY, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, s.187, Turhan Kitabevi, 2004/Ankara.

14 Ekrem ATICI (Savcı, Danıştay Başkanlığı) “Yürütmenin Durdurulması ve İptal Kararlarının Uygulanmaması ve Sonuçları” isimli makalesinden (internet ortamından, 27.10.2010 tarihinde) alınmıştır.

*yürütmeyi durdurma kararı incelendiğinde davalıların yargı kararının uygulanmasına karşı eylemli olarak direndikleri görülmektedir. Bir kez yürütmeyi durdurma kararını uyguladıktan sonra davacının aynı gün yeniden görevinden alınmış olması hukuka aykırılık oluşturur ve yargı kararının uygulanmadığı sonucunu doğurur. Direnmenin bakan adına yapılmış olması davalıların da haksız eyleme katılmış olmaları nedeniyle sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. (...)" (4.H.D.,1998/3393 E.,1998/7243 K.,29.09.1998 T.),*

*[3.3.] "... zarar gören, davalının kasten uygulamadığını kanıtlamakla yükümlü olmadığı gibi davalı da kastının bulunmadığını kanıtlamakla sorumluluktan kurtulamaz. (...) Anayasanın 129/5. maddesinin nitelikçe kapsamı; memur ve kamu görevlilerinin 'yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarla' sınırlıdır. Bu nedenle, memur güvencesi için, öncelikle idareye izafe edilebilecek bir idari işlem ve eylemin bulunması zorunludur. Oysa, idarenin ve dolayısıyla kamu görevlisinin yargı kararını yerine getirmesi bir idari işlem ve eylem niteliğinde değildir; aksine uyulması gerekli bir Anayasa emridir. Bu nedenle mahkemenin Anayasada 'hizmet kusuru-kişisel kusur şeklinde bir ayırım yapılmamış olmasından' hareketle sonuca gitmesi doğru olmamıştır. Anayasanın memur ve kamu görevlileri için öngördüğü teminatın 'idari işlem ve eylem' olarak nitelendirilebilecek davranışlarda sözkonusu olduğu maddenin açık sözünde olduğu gibi özünde de vardır; ancak bu gibi eylem ve davranışlardan doğan şahsi kusurundan dolayı memurlar ve diğer kamu görevlileri aleyhine dava açılmaz. Memurun kamu görevini yerine getirirken zararı oluşturan davranışı, bir idari eyleme yabancı ise, çoğu kez suç teşkil eden bu davranışlar nedeniyle, memur zarar görene karşı doğrudan doğruya ve kişisel kusurundan dolayı sorumlu olacak (...)" (Y.4.H.D., 13.05.1986 T., 1986/1995 E., 1986/4064 K.),*

*[3.4.] "... Kamuda yapılan ortak çalışmalarda, bu ortak çalışmaya belli ölçüde katılan tüm görevlilerin doğan sonuçtan sorumlu olmaları asıldır. Bu görevliler, görevlerini yaparken yazılı ve sözlü kuralları işin gereğine göre uygulamak durumundadırlar. Özellikle emir almak durumunda olanlar sırf kendilerine emredileni, emredildiği biçimde yaptıkları savunmasında bulunamazlar. Bazı durumlarda emri verenin yazılı emrinin uygulayıcıyı sorumluluktan kurtardığı halde,*

*diğer bazı hallerde yazılı emir bulunsa da görevlinin o işi emre göre değil yazılı kurallara göre yapması gerekir. Yapılması suç olan bir işin yapılması emre uygun da olsa, işi yapan memuru cezadan ve sorumluluktan kurtaran bir neden değildir. Belirtilen durumlarda dikkat edilmesi gereken husus, görevlinin görevini yaparken kendisine de belli ölçüde yetki ve sorumluluk verilmiş olmasıdır. (...)” (4.H.D., 2000/4065 E., 2000/4250 K., 01.05.2000 T.),<sup>15</sup>*

*[3.5.] “... Şu durumda davalılardan R.K., N.B. ve B.E.’in da yargı kararlarının yerine getirilmemesi için gerçekleştirilen işlemlerin zeminini oluşturan işlemlerde imzaları bulunduğundan davacının zararından Bakanla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaları gerekir. (...)” (4.H.D., E:2007/3114, K:2008/3142, 11/03/2008 T.).<sup>16</sup>*

#### **C. “Soruşturma İzni Kurumu” ve “görev sebebiyle işlenen suç” Terimi**

Uygulama, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması sebebiyle yapılan suç duyurularında, şüphelinin “Devlet Memuru/kamu görevlisi” olmasını, suçun “kurucu unsur”u olarak değerlendirmektedir.<sup>17</sup> Suçun kurucu unsurunun Devlet memuru/kamu görevlisi olmak olduğu her suç yönünden soruşturma izni istenilmesi yoluna gidilmediği (ve bunların, Ağır Cezalık suçlar haricinde kalanlarının sayılarak tüketilmediği, hangi suçlar yönünden soruşturma izni kurumunun çalıştırılacağı hususunun uygulamanın değerlendirilmesine terk edildiği) ve fakat “idari yargı kararlarının uygulanmaması” bağlamında yapılan suç duyurularında (neden) soruşturma izni istenilmesi yoluna gidildiği, yasal karşılığı olan bir uygulama değildir. 4483 s.K.’nın “Amaç” başlıklı 1. maddesinde “*Bu Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir.*” denilmiş,

<sup>15</sup> Kazancı Bilişim.

<sup>16</sup> Özel Arşiv.

<sup>17</sup> Bunun yanında yalnızca “yargı kararları”nın uygulanmaması bağlamında yapılan suç duyurularında; Anayasa’nın 138. maddesi ve Anayasa’nın 11. maddesine rağmen, kamu görevlisi olmayan şüpheliler yönünden 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri (md. 32) uygulanmak suretiyle sonuca ulaşılmaktadır ve fakat bu uygulamanın doğru bir uygulama olduğunu söylemek zordur: Anayasa’nın 11. maddesi bağlamında, 138. maddesinin ihlali, “kabahat” değildir. Öyle ki, 11. maddede “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. / Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” denilmiş “Kabahat” deyimi ise, “*kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.*” olarak açıklanmıştır. Anayasa emrinin [138. maddenin] ihlali, yalnızca, “karşılığında idari yaptırım uygulaması öngörülen bir haksızlık” olarak değerlendirilemez.



hükmün lafzında geçen “görevleri sebebiyle işledikleri suç” terimi yoğun tartışmalara sebep olmuştur. Yüksek Danıştay'a göre bu terim “... Görev sebebiyle işlenen suçlar memuriyet görevinin ifası nedeniyle işlenen suçları içermektedir. Suçun memuriyet görevinden doğmuş sayılması için memuriyet işleriyle ilgili olması, diğer bir anlatımla suçu doğuran fiil ile kişinin görevi arasında illiyet bağı bulunması (...)”<sup>18</sup> anlamına gelmekte, Yüksek Yargıtay'a göre bu terim “... Yasada geçen 'görev sebebiyle işlenen suç' kavramının memuriyet görevinden doğan, görev ile ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçları, başka bir anlatımla sadece memurlar tarafından işlenebilen, failin memur olmasının suç tipinde kurucu unsur olarak görüldüğü suçları”<sup>19</sup> ifade etmekte, kimi yazarlar ise bu terimi “... Görev sebebiyle işlenen suç, memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevlerinden doğan ve bu görevleriyle ilgili olan suç demektir. Bunlarda işlenen suçla görev arasında bir nedensellik bağı vardır ve suç görevin sonucu olarak ortaya çıkar. (...)”<sup>20</sup> olarak ve “... Memurun görevindeki yetkilerini kullanması veya kullanmaması yoluyla işlediği suçtur. Memuriyet işleri ve işlemlerinin yapılması veya yapılmaması, gereken koşul, zaman ve şekillerde yapılıp yapılmaması bu suçların memuriyet görevinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını gösterebilir (TCK md.261). (...)”<sup>21</sup> olarak açıklamaktadır.

#### D. “Soruşturma İzni Kurumu” ve “Adliye İle İlgili Görev” Terimi

1. “Anayasa Sözlüğü”nün “görev” maddesinde “görev Vazife: Devletin temel amaç ve görevleri ... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ... için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” denilmiş ve bu tanıma uygun bir biçimde Anayasa maddeleri sıralanırken, Anayasa'nın 138. maddesine de yer verilmiştir.<sup>22</sup> Bu tanım bağlamında, “Anayasa'nın 138. maddesinde düzenleme altına alınan 'yargı kararlarının gecikmeksizin uygulanması, bu kararlara yasamanın, yürütmenin ve idari mercilerin uymak zorunda' olmaları, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak bağlamında Devletin 'görev'idir” demek, tanım'ın zorunlu sonucu olarak ortaya

18 Danıştay 1.D., 17.4.2000 Tarih ve E:2000/29, K:2000/59; Kazancı Bilişim.

19 YCGK, 17.02.2004 T., E:2004/2-10, K:2004/40; Kazancı Bilişim.

20 Erol ÇETİN, Açıklamalı İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, s.500; Seçkin Yay., 2003/Ankara.

21 İsmail MALKOÇ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun Karşısında Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, s.23; Malkoç Kitabevi, 2006/Ankara.

22 Prof. Dr. Hasan EREN-Doç. Dr. Hamza ZÜLFİKAR, Anayasa Sözlüğü, s.68; Türk Dil Kurumu Yayınları (519), 1985/Ankara.

çıkılmaktadır.

2. İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında, suçu işlediği iddia edilen Devlet memuruna ilişkin olarak “soruşturma izni” istenip/istenmeyeceğine ilişkin yapılacak değerlendirmelerde, 4483 sayılı Kanun'da geçen “görev sebebiyle işlenen suç” teriminin, 5271 sayılı CMK'nun 161. maddesinde geçen “adliye ile ilgili görev” terimiyle birlikte irdelenmesi de zorunludur. 4483 s. K.'nun “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde “*Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır. / Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır. / Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir. (...)*” denilmiş, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun “Cumhuriyet Savcısının Görev ve Yetkileri” başlıklı 161. maddesinin 5. fıkrasında da “*... Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri (...) hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. (...)*” denilmiş olması karşısında, İdari Yargı Kararlarının uygulamamak suçunun şüphelisi olan Devlet memurunun bu eylemi sebebiyle yapılacak soruşturmada, “Anayasa ve kanun tarafından Devlet memuruna verilen (AY. Md. 2, 138; İYUK Md. 28) İdari Yargı kararını uygulamak görev<sup>23</sup> ve emri”nin<sup>24</sup> açıkça ihlal edilmiş olması nedeniyle, “doğrudan doğruya soruşturma” yapılmasının önünde herhangi bir engel olmadığı açıktır.

**3. İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Yapılan Suç Duyurularında, Hukukun Koruma Altına Aldığı Değerler:** İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması suçu 765 s. [eski] TCK'nun “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” başlıklı “Üçüncü Bab”ının, “Memuriyet ve Mevki

23 “... Kanunlar, bir kamu hizmetinin icrasının, kime ve ne gibi sınırlar içinde verildiğini saptamaktadır. Bir kamu hizmetiyle görevlendirilen kişi açısından bu 'hizmetin icrası', 'hem hak-yetki', 'hem görev-yükümlülük' teşkil etmektedir. (...)” **Çetin ÖZEK**, *Türk Ceza Kanunun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar*, s.211; Sulhi Garan Matbaası, 1976/İstanbul.

24 “... Yürütmenin durdurulması kararları gibi iptal kararları da idarece yerine getirilmesi gereken 'emir'dir.” (Lütfi DURAN, *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, s.112), **Uğur MUMCU**, *Türk Hukukunda İptal Kararlarının Yerine Getirilmesi ve Sorumluluk*, s.115; AÜHF, 1970/Ankara

Nüfuzunu Suistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar” başlıklı Dördüncü Faslında 228. maddesi üzerinden hüküm altına alınmış olmasına rağmen, 5237 s. [yeni] TCK'da bu suç, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı Dördüncü Kısımın, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı Birinci Bölümünün, *Görevi Kötüye Kullanma* başlığı ile 257. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Sistematikteki sorun, İdari Yargı Kararını uygulamak görevinin “adliye ile ilgili bir görev” olup olmadığı sorunu ise; kuşkusuz, çözümü bağlamında bu sorun, *İdari Yargı Kararlarını uygulamamak görevi adliye ile ilgili bir görevdir* olarak da değerlendirilebilecektir. Aksi takdirde, Anayasa'nın 138. maddesinde yalnızca “yargı kararları” lafzına değil, “idari yargı kararları hariç diğer yargı yerlerinden verilen yargı kararları” lafzına yer verilmesi gerektiği düşünülecektir. Ancak buna rağmen İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması (Millete ve Devlete Karşı İşlenen suç) sebebiyle yapılan suç duyurularında, şüpheli yönünden soruşturma izni istenilmekte ve açılan kamu davaları 257. madde uyarınca açılmaktadır. Bu bağlamda,

- Ceza Hukuku terminolojisinde “Adliye, Adli Makamlar” teriminden maksat, “*devletin yargı yetkisini kullanmakla görevli olan makamlardır. Buna göre adli, idari ve askeri yargı makamları adli makamlardan*”dır.<sup>25</sup>
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi göre de, “*idari yargı yerlerinden verilen kararların uygulanması yargılamanın bütünleyici parçasıdır*” [İHAM, Hornsby-Yunanistan, 19.03.1997-18357/91 (Esas Hk.)]. Demek ki, “adliye ile ilgili görev” tanımına “yargılamanın bütünleyici parçası” olan, yargılama sonunda verilen kararın uygulanması görevi de dâhildir ve bunu böyle anlamak, böyle tanımlamak, böyle uygulamak için yasal hiçbir engel yoktur.
- Adliyeye karşı işlenen cürümlerde koruma altına alınan hukuksal değer'i “*adaletle olan itimadın sarsılmaması, fertlerin adaletle tabi oluşlarına ilişkin ve aynı zamanda bu faaliyetin teminatı*”,<sup>26</sup> hak arama hürriyetinin [mahkemelere ulaşma hakkının] korunması, hukuk devleti

---

25 Dr. iur. Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, C.3, s.4, Kazancı Huk. Yayınları, İstanbul; “*Türk Ceza Kanununda Yargının manevi kişiliği korunmuş bu kişiliğe yapılan saldırılar cezalandırılmıştır (5237 s TCK md 301/2, b.n.). Adliye kavramına Ceza Hukukunda genişlik verip, Ceza Muhakemeleri Usulünde bu kavramı daraltmak mümkün değildir. Bu maddeye göre, iptal kararlarını uygulamamak 'adliye müteallik vazifenin' yerine getirilmemesi demektir. (...)*” MUMCU, y.a.g.y., s.123.

ilkesinin yaşayan bir ilke olarak varedilmesi, hukuki güvenlik ilkesinin korunması, adil yargılanma hakkının korunması, hukuka bağlı Devletin bir gereği olarak adaletin gereği gibi yerine getirilmesinin sağlanması, (...) olarak açıklamak mümkündür. Soruşturma izni kurumu ile koruma altına alınan hukuksal değer'in, sayılan bu değerler ile yarıştırılması ve tartıma tabi tutulması mümkün değildir.

**3.1.** Yukarıda yapılan açıklamalardan olarak; “adliye ile ilgili görev” tanımı, adaletin sağlanması uğruna yürütülen soruşturma ve yargılama faaliyeti ile ilgili günlük/pratik görevleri işaret ettiği gibi, yargılamanın ayrılmaz parçası olan her türlü yargı kararının uygulanması görevini de içermektedir.<sup>27</sup> Aksi takdirde, kurucu iradenin (Anayasa Koyucu'nun) ve yasakoyucunun, “adliye ile ilgili görev”i ihlal edenlere ilişkin öngördüğü yaptırımlar üzerinden, yalnızca “[pratik] yargılama” sürecini güvence altına aldığını, yargılamanın ayrılmaz parçası olarak kabul edilen ve yargılama sonunda verilen kararların infazını/uygulanmasını güvence altına almadığını söylemek gerekecektir ve bu doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

**3.2.** Pratik soruşturma ve yargılama sürecinin gerektirdiği adliye ile ilgili görevlerin ihlali halinde, ihlal edenler hakkında “doğrudan doğruya soruşturma” yapılması ve fakat yargılama sonunda verilen kararların uygulanmaması suretiyle ortaya çıkan suç yönünden doğrudan doğruya soruşturma yapamamak/ita amirinden soruşturma yapmak için izin istemek, izin verilmesi halinde ancak soruşturma yapmak, gerçekten de “yargılamanın bütünlüğü” ilkesine aykırı olup, bu bütün'lüğe yargılama sonunda verilen kararların infazı / uygulanması aşamasının dahil edilmediği sonucunu doğurmakla birlikte, bu aşamaya ilişkin soruşturma izni verilmesi halinde yaptırım öngörmek, yargılama ile ulaşılmak istenilen amaç ve hukuksal değer

26 **GÖZÜBÜYÜK**, y.a.g.y., s.1; aynı yönde, “... Yargı kararlarının uygulanabilirliği, hükmün infaz edilebilmesi, yargı fonksiyonu dışında kalmakla ve idari bir fonksiyon almakla beraber, esasında 'yargı organı kararlarının otoritesini' ilgilendirir ve kökeni itibarıyla adli nitelik taşır.(...)” **ÖZEK**, y.a.g.y., s.61.

27 Aynı sonuç, farklı bir yaklaşım: “... (G)ünümüzde adli fonksiyonların korunması sorununa ilişkin yaklaşım, ölçüt olarak insan haklarından hareket etmekte, bireyin haklarının, özgürlüğünün ve kişiliğinin korunmasını merkezi noktaya yerleştirilerek, korunan hukuksal değeri adil yargılanma hakkı olarak belirlemektedir. Bu yaklaşım, adliye karşı suçların tasnifi ve suç olarak düzenlenmesi nedenini kuvvetler ayrılığı ilkesine dayandırmamakta, adil yargılanma üst başlığı altında toplanan tüm insan ve sanık haklarını dayanak olarak almaktadır. (...) bu görüş, kanımızca da haklı olarak, adil yargılanma hakkını korumayı amaçlayan suçların kapsamını sadece yargılama tamamlanuncaya veya yargı kararı kesinleşinceye kadar değil, infaz aşamasını da kapsar biçimde ele almaktadır. (...)” **Prof. Dr. Yener ÜNVER**, *Adliye Karşı Suçlar*, s.30, 31; Seçkin Yay., 2010/Ankara.

(adaletin tecellisi) herhangi bir güvenceye bağlanmadığı, yargı kararının uygulanması aşamasından Hukuka Bağlı Devlet'in el çektiği sonucunu da doğuracaktır. Öyle ki, yargı kararının uygulanmaması halinde öngörülen yaptırıma “soruşturma izni” aşaması aşıldıktan sonra ulaşılabilecek olması; yargı kararının uygulanıp uygulanmadığını idari mercilere denetletmek/ soruşturma izni istemek (bu hususu tamamen İdari Mercilerin inisiyatifine terk etmek), idari merciin soruşturma izni vermesi halinde ancak soruşturma aşamasına geçebilmek, [idari] yargı kararı ile koruma/güvence altına alınan hukuksal değer'in, bir tür, tasfiye edilmesi anlamına da gelmektedir. Hukuka Bağlı Devlet, *ben yalnızca yargı organım eliyle yargılamayı yaparım, yaptığım yargılama sonunda yargı organımın verdiği kararın uygulanmamasına bağladığım yaptırımı yürütme organımın/idari merciimin vereceği soruşturma iznine bağlı olarak uygulayam diyemeyecektir:*

*“bir mahkeme tarafından verilen hükmün yerine getirilmesi, yargılamanın bütünleyici bir parçası olarak görülmelidir. (...) bir davada davacının etkili biçimde korunması ve hukuki durumun düzeltilmesi için, idari makamların bu mahkemenin kararına uyma yükümlülüğünün bulunmasını gerektirir. Mahkeme bu bağlamda idari makamların, hukuka bağlı Devletin bir unsurunu oluşturduğunu ve bu nedenle idari makamların menfaatlerinin adaletin gereği gibi yerine getirilmesiyle örtüşüğünü gözlemlemektedir. (...)”<sup>28</sup>*

**3.3. İdari Yargı Yerlerinden verilen yürütmenin durdurulması ya da iptal kararlarının icaplarına uygun işlem tesis edilmesi (hükmün yerine getirilmesi), yargılamanın bütünleyici parçası olarak kabul edilmekle birlikte, İHAM'ın İdari Yargı Kararlarına ilişkin bu yöndeki kabulü'nün, adli yargı yerlerinden verilen kararlarda olduğu gibi, “kesinleşmiş idari yargı kararları”na ilişkin olduğu ileri sürülmüşse de,<sup>29</sup> iç hukukumuzda İdari Yargı Yerlerinden verilen yürütmenin**

28 İHAM, Hornsby-Yunanistan, 19.03.1997-18357/91 (Esas Hk.), karar, aşağıda F. bendi altında ayrıntılı bir biçimde irdelenmiştir.

29 “... Md 6/1, her yargı kararının uygulanmasını değil, temyiz aşamaları da dâhil olmak üzere yargılamanın sonunda verilen kesin hükmün uygulanmasını güvence altına almaktadır. (...)” **SİBEL İNCEOĞLU**, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, s.153, Beta Yay., 2005/İstanbul; “Yargı kararlarının uygulanmasını denetlemekle görevli yargısal organ açısından hukuk sistemleri arasında farklılıklar olduğunu belirtmek gerekmektedir. Örneğin, (...) Yunanistan'da Danıştay bünyesinde görev yapan 'Kararların Uygulanmasını İzleme Komitesi' mevcuttur. Sözü edilen Kurul'un yetkileri oldukça sınırlıdır. Sözgelimi Kurul, yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmesi için gerekli önlemlerin alınması konusunda bir yetki ile donatılmış değildir. (...)” (Çev.: **ERGANİ, KARAHAÑOĞULLARI, GENÇAY KARABULUT**).

durdurulması ve iptal kararlarının *verilmekle muhkem kaziye mertebesinde olduğu*<sup>30</sup>, temyiz ya da itirazların sözü edilen bu kararlarının uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği yasal düzenleme (İYUK md.28) üzerinden güvence altına alınmış olması karşısında, sözü edilen “kesinleşme”nin, “iç hukuk yollarının tüketilmesi” bağlamında okunması gerekir. Dolayısıyla iç hukukun idari yargı kararlarının uygulanması için “kesinleşme” aramadığı bir aşamada, İHAM'nin, iç hukuka rağmen “kesinleşme” aradığından ve iç hukuk hükümleri ile İHAM kararının çatıştığından söz edilemeyecek, kararların uygulanması/yerine getirilmesinin yargılamanın bütünleyici parçası olduğu kuralı yönünden de kesinleşme aranmayacak, idari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında da, kararın kesinleşmemesi suçun oluşmasının önünde bir engel sayılamayacak, soruşturma aşamasında ise kararın kesinleşmemiş olması hali “soruşturma izni” kurumunun işletilmesi için bir sebep olarak ileri sürülemeyecektir. (Örneğin, bir idari davada, *yürütmenin durdurulması* kararı verilmiş, bu karar makul süre içinde uygulanmamış ve fakat yargılama sonunda *davanın reddi* yönünde karar verilmiş ise, uygulanmayan yürütmenin durdurulması kararı yönünden İHAM'a başvurulamayacak mıdır?). İHAM idari yargı kararlarının uygulanmasını yargılamanın bütünleyici bir parçası olarak kabul ederken, bu yöndeki kararın Anayasa'nın 90. maddesi gereği “kanun hükmünde olduğu” düzenleme altına alınabilirken, idari yargılama bakımından yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının mahiyeti konusunda hiçbir tartışma ve uyuşmazlık yokken, halen “adli görevi” yalnızca pratik/günlük soruşturma ve yargılama etkinliği bağlamında açıklamak, pratik/günlük soruşturma ve yargılama faaliyeti bağlamında “... *Adli görev, soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı, Kovuşturma aşamasında Hakim veya Mahkeme tarafından verilen görev. (...)*”<sup>31</sup> olarak açıklamak, bu aşamalarda verilen görevler yerine getirilmezse “doğrudan doğruya soruşturma” yapmak ve fakat tüm bu

30 “Bir hukuk devletinde, idarenin, idare hukuku ve muhkem kaziye ilkelerine bağlı kalarak; uyuşmazlıkları kesin hükme bağlayan yargı kararlarının maksadına uygun şekilde işlem tesis etmesi zorunludur. Bu mümkün olmadıkça cemiyette korunması icabeden hukuk düzeninin ve idari işlemlerde bulunması gerekli denge (istikrar) unsurunun varlığından söz edilemez. Kesin hükiümle nihaî olarak çözümlenmiş ve ortadan kalkmış bulunan bir uyuşmazlığın yeniden dava konusu yapılması, idare ile hak sahipleri arasındaki çekişmeleri sonu gelmez bir hale getirecektir. Bu itibarla idarenin yargı kararlarının gereklerini mutlak bir saygı ile yerine getirmek zorunda bulundukları üzerinde tartışma yapılamayacak bir esastır. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 132 inci maddesi bu prensibi-yasama ve yürütme organlarıyla idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadırlar; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez-şeklinde formüle etmiş bulunmaktadır.” [D. 12 13.5.1968 e. 1692 k. 1099 (Der. 123-126 s. 443); D. 12 30.9.1968 e. 158 k. 1727 (DÇN. II s. 49 no. 103)]; ULER, y.a.g.y., s.84,85, kararın İYUK'nun yürürlük tarihi (20 Ocak 1982) öncesine ait bir karar olduğu anımsanmalıdır.



aşamalardan sonra verilen kararlar yerine getirilmediğinde “soruşturma izni” istemek suretiyle (ancak) soruşturma yapılabileceğini söylemek mümkün müdür?

**3.4.** Yukarıda sorulan soruların yanıtları, soruşturma izni (ön izin, özel soruşturma yöntemi) kurumu ile İdari Yargı Kararlarının uygulanmasına bağlanan hukuksal değerler bağlamında, Memurin Muhakematı Hakkında Muvakkat Kanun'un yürürlükte olduğu tarihlerde verilmiştir: “... *Hukuk Devletinden söz edilebilmesi için, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması zorunludur. Ancak; yalnızca bu, etkin bir hukuk devleti için yeterli değildir; ayrıca, yargı denetimi sonunda verilen kararların, zamanında ve değerlendirilmeden, yaşama geçirilebilmeleri de gereklidir. Eğer, bir yargı kararı yaşama geçirilemiyorsa; bu durum, idare edilenlerin, yargı denetimine, hukuka ve hukuk devletine olan inançlarını sarsar. Bu inancın yeniden güçlendirilebilmesi ve diğer uygulamalarda caydırıcı etki yaratılarak Hukuk Devleti'nin noksansız işlemesinin sağlanabilmesi, yargı kararını uygulama konusunda ihmali ya da kastı görülen kamu görevlilerinin bu nedenle Devlet'e karşı işlemiş olduğu suçtan dolayı yargılanmasına bağlıdır. Muvakkat Kanunun 2 nci maddesinde yazılı amir ve idarecilere kovuşturmanın başlatılması konusunda tanınan yetki, uygulamada, idari yargı kararlarını uygulamayan ve uygulamamakta da ısrarlı olan kamu görevlilerinin yargılanmalarına, özellikle, kimi siyasi tercih ve korumalar nedeniyle, ya engel olmakta ya da kovuşturmanın başlamasını geciktirmektedir. Söz konusu yetki, idari makamlara, kamu görevlilerinin iftira ve gerçek dışı isnadlardan korunmalarındaki kamu yararı gözetilerek verilmiştir. Oysa; idari yargı kararlarının uygulanması bağlamında, böyle bir yetkinin varlığı ve amacı dışında kullanılması, etkin yargı denetimine, hukuka ve hukuk devletine güven duygusuyla ve hukuka bağlı idare anlayışının yerleşmesindeki kamu yararı ile çatışmaktadır. (...)*”<sup>32</sup>. Sayın CANDAN, çözümün, Anayasa'nın 129. maddesinin son fıkrasına uygun olmayan MMHMK'nun yürürlükten kaldırılmasıyla sağlanabileceğini belirtmişlerdir. Muvakkat Kanun yürürlükten

31 **İbrahim ÇİÇEK**, (Şişli Cumhuriyet Savcısı) *Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında 4483 Sayılı Kanun*, s.86; Kazancı Hukuk Yayınevi, 2008/İstanbul. (Kaldı ki, Sayın Çiçek “Hangi görevin adli, hangi görevin idari görev olduğu ise bazı yasalarda açıkça belirtildiği gibi, bazen de yapılan işin özelliğine göre ayrıca belirlenmesi gerekebilir.” de demektedir.)

32 **Turgut CANDAN**, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Bağlamında Memurin Muhakematı Hakkında Kanuna Bakış”, Yeni Türkiye, “Siyasette Yozlaşma” Özel Sayısı, C:II, s.894, 895; Mart-Nisan 1997, Sayı:14.

kaldırılmış, 4 Aralık 1999 tarihinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş olmasına, yeni Kanun'da İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması sebebiyle yapılan suç duyurularında da “soruşturma izni” istenilmesi gerektiği yönünde bir düzenleme olmamasına karşın, uygulamada değişen bir şey olmamıştır. Oysa İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında koruma altına alınan hukuksal değerler bağlamında “*Hukuk Devleti'nin noksansız işleminin sağlanabilmesi, yargı kararını uygulama konusunda ihmali ya da kastı görülen kamu görevlilerinin bu nedenle Devlet'e karşı işlemiş olduğu suçtan dolayı yargılanmasına bağlıdır*” yaklaşımı, güncelliğini, daha yakıcı bir biçimde, korumaktadır. Nitekim İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması “Devlete Karşı Suçlar” kapsamında olarak da değerlendirilebilmiştir:

**3.5.** “... Devlet egemenliğinin gerektirdiği fonksiyonların bir kısmı 'adli' nitelik taşımaktadır. Adli fonksiyonların görülmesiyle ilgili menfaatlerin korunması da, devletin korunması anlamına gelmektedir. (...) Sadece şunu belirtmek gerekir ki, 'adli menfaatler'in korunması, adli organların ve fonksiyonların icrasının korunmasından çok bu organların fonksiyonlarının sonucu olan 'yargı'nın korunması anlamını taşımaktadır. (...) / Yargı'nın, kurallarına uygunluğu ve yargı kararlarının kurallara uygun gerçekleştirilmesi devletin devlet olarak en büyük sorumluluğu olup, devlete güven bir açıdan yargı kararlarının haklılığına güvene bağlıdır. Bu açıdandır ki, 'yargının' adil ve hakikate uygun bir biçimde oluşmasının sağlanması, infazının sağlanması devletin başta gelen menfaatlerindendir ve güçlü devletin bunu sağlaması gerekir (Pro. Definitivo, II, 161 v.s. no. 403-404). Yargı kararı içeriği itibariyle idari fonksiyonlardan ayrı olmakla beraber, yargının oluşması ve yargı kararının uygulanması, gerçekte idari iktidar sistemi içinde yer alan kişiler tarafından ve adli nitelikte idari faaliyetler, işlemler sonucunda olmaktadır. Bu açıdandır ki, 'adliye aleyhinde cürümler' sadece salt 'adli işlemlerin içeriği' ile ilgili olan ve bu içeriğin norma, gerçeklere uygunluğunu engelleyen fiillerdir. Bu açıdan, 'adliye aleyhine cürümler'de ayırıcı ölçü, 'sübjektif' olmayıp, yapılan fonksiyonun niteliğine dayanan 'objektif ölçü' olmaktadır. (...) / Yargı kararlarının uygulanabilirliği, hükmün infaz edilebilmesi, yargı fonksiyonu dışında kalmakla ve idari bir fonksiyon almakla beraber, esasında 'yargı organı kararlarının otoritesini' ilgilendirir ve kökeni itibariyle adli nitelik taşır. (...)”<sup>33</sup>

33 ÖZEK, y.a.g.y., s.58,59,61.



**3.6.** “... Anayasanın 138.maddesi yargı kararlarının uygulanması için, tüm organlara yönelen bir emirdir. Bu anayasal emrin yerine getirilmemesinin, Anayasanın ihlali olacağı ileri sürülmektedir. Hatta EREM'e göre, Anayasayı ihlale, onun tatbik edilmemesinden daha iyi bir örnek bulmak zordur. Yazara göre, Anayasanın metin olarak muhafaza edilmesi, Anayasayı ihlal eden fiili durumu, yasak dışı bırakamaz (Faruk EREM, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, 1985,s.85). ÖZEK, Anayasa değiştirilmeden, onu geçersiz kılıcı uygulamaların Anayasayı ihlal suçunu oluşturacağını (Çetin ÖZEK, 'Anayası ihlal ve anayasa aykırılık', Milliyet, 1.3.1966), onun, nazari varlığını korumakla birlikte, fiili bakımdan tatbikini önlemek veya savsaklamak Anayasayı değiştirmek anlamına geleceğini (Çetin ÖZEK, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul 1967, s.127), ifade etmektedir. Buna göre Anayasanın hükmünün, emrinin salt uygulanmaması bu suçun oluşması için yeterli olmaktadır. Yüksek Adalet Divanı da Anayasanın fiilen tatbik edilemez hale getirilmesini, Anayasayı ihlal suçu olarak telakki etmiştir (YAD, Yassıada 1960-1961, MUMCU, agm., s.118). (...)”<sup>34</sup>

**E. “Soruşturma İzni Kurumu” ve Anayasa'nın 129/Son Maddesi, 657 s. DMK'nun 6, 25. Maddeleri, 4483 s. K.'nun “Genel Gerekçe”si İle 15. Maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi**

1. İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması (eksik uygulanması, biçimsel uygulanması, geç uygulanması, İdari Yargı Kararının etkisizleştirilmesi, vb) nedenlerinden herhangi birine dayalı olarak yapılan suç duyurularında, ilgili idareden, şüpheli(-ler) hakkında “soruşturma izni” istenilmesi uygulamasının, 657 s. Devlet Memurları Kanununun “Sadakat” başlıklı 6. maddesine<sup>35</sup> oranla

34 Yrd. Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, s.312, Asil Yay., 2004/Ankara.

35 Devlet Memurunun “And”ı ve İdari Yargı Kararlarını Uygulamamak Suçu: İdari Yargı Kararlarını uygulamamak suçunun şüphelisi olan Devlet Memurları “... Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına sadakatla bağlı kalmak ve milletin hizmetinde Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını sadakatla uygulamak zorundadırlar.” olan ve “bu hususu 'Asli Devlet Memurluğuna' atandıktan sonra en geç bir ay içinde kurumlarınca düzenlenecek merasimle yetkili amirlerin huzurunda yapacakları yeminle” belirten, bu yeminine ilişkin belgeyi imzalayarak bunun özlük dosyasında yer almasını sağlayanlardır. İdari Yargı Kararlarını uygulamamak suçunun şüphelisi olan Devlet memurları “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına, Atatürk İnkılâp ve İlkelerine, Anayasada ifadesi bulunan Türk Milliyetçiliğine sadakatla bağlı kalaca”klarına, “Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını milletin hizmetinde olarak tarafsız ve eşitlik ilkelerine bağlı kalarak uygulayaca”klarına, “Türk Milletinin millî, ahlakî, insanî, manevî ve kültürel değerlerini benimseyip, koruyup bunları geliştirmek için çalışaca”klarına, “insan haklarına ve Anayasanın temel ilkelerine dayanan millî, demokratik, laik, bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilerek, bunları davranış halinde gösterecek”lerine namusları ve şerefleri üzerine yemin edenlerdir [657 s. DMK'nun “Sadakat” başlıklı 6. Maddesi]. Şayet ortada, idari yargı kararlarını uygulamamak eylemi varsa, bir “sadakat”sizlik de vardır. O sadakatsizlik ki, Anayasa'nın, değiştirilmesi dahi teklif

da Y a s al dayanağının olmadığını söylemek mümkün olduğu gibi, bu yöndeki uygulamanın, Anayasa'nın 2, 11, 14 ve 90. maddeleri bağlamında, Ülkemizin “taraf devlet” sıfatıyla imzaladığı uluslararası sözleşmelere, Anayasa'nın 137 ve 138, İYUK'nun 28. maddesine de aykırı olduğunu söylemek aşırı bir değerlendirme olmayacaktır. Öyle ki, idari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularına oranla, İdari Yargı Yerleri haricinde başkaca yargı yerlerinden verilen “karar” ya da “ara kararları”nın dahi uygulanmaması, bu kararların icaplarına uygun işlem tesis edilmemesi nedeniyle yapılan suç duyuruları sonucu ya da resen harekete geçilmek suretiyle doğrudan soruşturma yapılabilir. İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında da soruşturma izni istenilmeksizin doğrudan soruşturma yapılabilir. İdari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılacak kamu davalarında, “soruşturma izni yargılama koşulu/dava açma koşulu” olmaktan çıkarılmalıdır.

**2. 4483 sayılı Kanunun “Genel Gerekçe”sinde** “... Ancak, etkili, verimli, sür'atli ve saygın bir kamu yönetimi de toplumun vazgeçemeyeceği bir olgudur. Kamu yönetiminin hizmet görürken bunu memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yapacağı tabiidir. Bu noktada, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kamusal yetki ve usuller kullanmak suretiyle ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tabi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara<sup>36</sup> ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabilir. Bu sakıncaları gidermek, memurlar ve diğer kamu görevlilerini asılsız isnat ve iftiralar karşısında korumak için bunların görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında adli makamların kovuşturma yapmasından önce idarenin bir inceleme yapmasını ve bu incelemenin

---

edilemeyecek olan 2. maddesinde yer alan “Hukuk Devleti”ne sadakatsizliktir. O sadakatsizlik ki, yargı kararlarının geciktirilmeksizin uygulanması gerektiğini emreden 138. maddesine yönelik bir sadakatsizliktir ve bu sadakatsizliğe ilişkin eylem (idari yargı kararlarının uygulanmaması) nedeniyle yapılan suç duyurularında “soruşturma izni” istenilmektedir!

- 36 **Hizmetin işleyişinde aksamalara sebep olan unsur, yargı kararının uygulanmamasıdır:** “... Yasalar ve yargı kararları yanlış olabilir ve bilimsel açıdan eleştirilebilir, ancak bunları uygulamakla görevli kişiler yasaların ve yargı kararlarının yanlış ve hukuka aykırı oldukları, hizmetin yürütülmesine engel oluşturdıkları özrüne sığınarak, kişisel yorum ve gerekçelerle yerine getirilmesinden kaçınamazlar ve ne olursa olsun yasalar ve yargı kararlarını uygulamak zorundadırlar. Zira, yasaların doğru oldukları için değil, yasa oldukları için, yargı kararlarının da haklı oldukları için değil, yargı kararı oldukları için uygulanmaları zorunludur. Bunun dışındaki tutum ve davranışlar keyfiliktir. (...)” (4. C.D., 2005/14 E., 2006/23 K., 28.9.2006 T.)

*sonucuna göre olayın yetkili ve görevli adli mercie intikal ettirilmesini öngören sistemler geliştirilmiştir. Nitekim Anayasamızın 129'uncu maddesinin son fıkrasında da 'Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır' hükmüne yer verilmek suretiyle sözü edilen sistem, Anayasal güvence altına alınmıştır. (...)''<sup>37</sup> denilmiş ve 4483 sayılı Kanun ile “soruşturma izni” kurumunun gerekçeleri*

- Kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara yol açmamak ve kamu otoritesinin saygınlığını zedelememek,
- Memurlar ve diğer kamu görevlilerini asılsız isnat ve iftiralar karşısında korumak olarak açıklanmıştır. 4483 sayılı Kanunun “soruşturma izni” kurumunun neden ihdas edildiği hususunu açıklayan “genel gerekçesi”nde yer verilen “*memurlar ve diğer kamu görevlilerini asılsız isnat ve iftiralar karşısında korumak*” bağlamı, 657 sayılı DMK'nun “İsnat ve İftiralar Karşı Koruma” başlıklı 25. maddesi ve yine 4483 s.K.'nun 15. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde; 4483 sayılı Kanunun “Genel Gerekçe”sinin Memur lehine olarak, 4483 s.K.'nun 15. maddesine ve DMK'nun 25. maddesine oranla daha da genişletildiğini söylemek mümkündür.

**2.1. 657 s.K.'nun 25. maddesinde** “Devlet memurları hakkındaki ihbar ve şikâyetler, garaz veya mücerret hakaret için, uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı ve soruşturma veya yargılamanın tabi olduğu kanuni işlem sonucunda bu isnat sabit olmadığı takdirde, merkezde bu memurun en büyük âmiri, illerde valiler, isnatta bulunanlar hakkında kamu davası açılmasını Cumhuriyet Savcılığından isterler” denilmiş ve Devlet Memurları hakkında yapılan “ihbar ve şikâyetler”in, “soruşturma veya yargılamanın sonucunda”, bu isnatların garaz veya mücerret hakaret için, uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığının anlaşılması/ihbar veya şikâyetlerin “sabit olmadığı”nın anlaşılması halinde DMK'nun 25. maddesi uygulama alanı bulabileceği belirtilmiştir. DMK'nun 25. maddesinin uygulanabilmesi için bir soruşturma veya yargılama süreci ile soruşturma (Cumhuriyet Savcılıkları) veya yargılama mercilerinin (Ceza Mahkemeleri), [atılı suçun] “sabit olmadığı”na ilişkin kararlarına ihtiyaç vardır. Aksi takdirde, DMK'nun 25. maddesi uygulama alanı bulamayacaktır. Oysa 4483 sayılı K.'nun “Genel Gerekçe”sinde, Devlet Memurunun “isnat ve

37 ÇETİN, y.a.g.y., s.485, 486.

iftiralara karşı korunabilmesi” için “soruşturma izni” kurumunun getirildiği belirtilmiştir ve Devlet Memurlarının görevleri sebebiyle işledikleri suçlarda, *adli makamların kovuşturma yapmasından önce*, bir inceleme yapılması görevi, idari mercilere verilmek suretiyle Devlet Memuru, DMK'nun 25. maddesine oranla “daha sıkı bir memuriyet güvencesi”nden yararlandırılmak istenilmiştir. Öyle ki, DMK'nun 25. maddesi, Devlet Memurunu “isnat ve iftiralara karşı korumak” uğruna “soruşturma veya yargılamanın sonucunda” verilecek bir karar'a ihtiyaç duyarken, 4483 sayılı K.'nun “Genel Gerekçe”si, henüz *soruşturmaya* başlamazdan önce [ve yargılamanın bir koşulu olarak], “soruşturma izni” kurumunu düzenlemek suretiyle, soruşturma izni istemine konu edilen eylemle ilgili değerlendirme yapmak görevini, Ceza Yargılama Hukuku ve Ceza Hukuku ile ilgisi olmayan İdari Mercie (soruşturma izni verecek olan amire) vermiş olmakla, DMK 25. maddesini de “aşkın” bir düzenleme yoluna gidilebilmiştir.<sup>38</sup>

**2.2. 4483 sayılı Kanunun “Cumhuriyet Başsavcılığınca resen dava açılacak haller” başlıklı 15. maddesinde** “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkındaki ihbar ve şikâyetlerin 'ihbar veya şikâyet edileni mağdur etmek amacıyla ve' (...) uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı hazırlık soruşturması sonucunda anlaşılır veya yargılama sonucunda sabit olursa haksız isnatta bulunanlar hakkında yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığınca re'sen soruşturmaya geçilir. / Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yukarıdaki fıkrada belirtilen durumlarda kamu davası açılması için Cumhuriyet başsavcılığına başvurma ve haksız isnatta bulunanlar hakkında genel hükümlere göre tazminat davası açma hakları saklıdır*”

38 “... Erkler ayrılığı ilkesi, hukuk devletinin karkasıdır; omurgasıdır. (...) Yönetmelik güvence sistemi, yargılamanın bir bölümü yürütmeye/yönetime bırakarak, ilkin bu omurgayı çatlatmıştır. Özellikle bu, ilk soruşturma evresini benimseyen yargılamada çok daha çarpıcı olarak ortaya çıkmakta, yargı yetkisinin bir bölümü yönetime aktarılmış bulunmaktadır. Böylece, yargı daha güçlü kılınacak yerde, marjinalleştirilmiş, alanı daraltılmış, yönetim yargının önüne geçmiş ve daha güçlü kılınarak yargının harimi ismetine girmiştir. Oran ne olursa olsun, yargıya başka bir güç, yabancı bir katkı maddesi/girdi sızarsa, adalet bütünüyle kirlenir: (...) yargısal erkin bir bölümünü yürütmeye/yönetme erkine vermek, bir istisna değil, yargı birliği ilkesinden sapmadır (detournement); yer yer de ilkenin çarpıtılmasıdır (distortion). Vacip mi yoksa caiz mi sorularıyla oyalanmak ve böylelikle bilimin vurgularını saf dışı etmeye çalışmak boşunadır. (...) Hukuk devletinde sokaktaki insandan Cumhurbaşkanına dek herkes, hukukun ne üstündedir; ne dışındadır; yalnızca içindedir. Hiç kimseye suç işleme lüksü, ayrıcalığı tanınmaz. Devlet, her suçla savaşmak, onu bağımsız ve yansız yargının önüne getirmek zorundadır. Yönetmelik soruşturma ya da izin bahanesiyle bir ayrıcalıklar küresi yaratarak suçluyu yargının önüne getirmeyen bir devlet/yönetim, yalnızca görevini savsaklamakla kalmaz, o suça kendisi de katılmış; suçlu özendirilmiş olur. (...)” Dr. Sami SELÇUK, “Memur Yargılaması Bütünüyle Adli Yargıya Verilmeli”, Yeni Türkiye, “Siyasette Yozlaşma” Özel Sayısı, C:II, s.875, 876; Mart-Nisan 1997, Sayı:14.

denilmek suretiyle yapılan suç duyurusunun “ihbar ve şikâyet edileni (şüpheliyi)” *mağdur etmek amacıyla uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı hazırlık soruşturması* sırasında ya da *yargılama sonucunda* anlaşılırsa/sabit olursa, Cumhuriyet Başsavcılarının “doğrudan doğruya/re'sen soruşturmaya” geçebilecekleri bir kez daha hüküm altına alınmış, Devlet memuru bir kez daha güvence altına alınmıştır.

**2.3.** 4483 sayılı Kanunun 15. maddesinde, yapılan ihbar ve şikâyet, ihbar ve şikâyet edilen'i mağdur etmek amacıyla ve uydurma suç isnadı suretiyle yapıldığı'nın ortaya çıkması/ortaya konulması, bir Cumhuriyet Savcısı tarafından yürütülüp sonuçlandırılan “hazırlık soruşturması” ya da bir Ceza Mahkemesi Yargıcı tarafından yürütülüp sonuçlandırılan “ceza yargılaması”na bağlanabilirken, yine 657 s. DMK'nun 25. maddesinde Devlet Memurunun isnat ve iftiralara karşı korunması “*Devlet memurları hakkındaki ihbar ve şikâyetler, garaz veya mücerret hakaret için, uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı*” Cumhuriyet Savcısı tarafından yürütülüp sonuçlandırılan “[hazırlık] soruşturması” ya da bir Ceza Mahkemesi Yargıcı tarafından yürütülüp sonuçlandırılan “[ceza] yargılaması”nın sonucuna bağlanabilirken; 4483 s.K.'nın “Genel Gerekçe”si üzerinden, Devlet Memurlarına yönelik olarak İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularının “soruşturma izni” prosedürüne tabi tutulması, üstelik soruşturma izninin, henüz ortada bir hazırlık soruşturması ya da ceza yargılaması olmadan çok önce idari amirin “incelemesi”ne terk edilerek, soruşturma izni verilmesi/verilmemesi yönünde sonuca ulaşılması, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyuruları bağlamında, bu suç duyurularını sonuçsuz bırakacak bir uygulama olarak ortaya çıkmaktadır.

**2.4.** 4483 sayılı Kanunun “Genel Gerekçe”sinde “soruşturma izni” kurumuna neden yer verildiği hususu açıklanırken, *[bu suretle] Devlet Memurunu isnat ve iftiralara karşı korumak* yaklaşımının benimsenmesi, Devlet Memurunun İdari Yargı Kararlarını uygulamamak nedeniyle şüpheli tahtında olduğu suç duyurularında da soruşturma izni istenileceği şeklinde kabul edilemez. Kabul edilemez nitelikteki bu durum, “yakıncı”nın da bir Devlet Memuru olduğu durumlarda daha da hassas bir özellik kazanmakta, “soruşturma izni” kurumu “mağdur Memur” aleyhine, “fail Memur” lehine sonuçlar doğuran bir “kurum” olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun yanında, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında, istisnasız bir biçimde, lehine olarak verilen İdari Yargı Kararlarının

uygulanmasını isteyen mağdur memurun [yakınıcı] “ast”, bu kararı uygulamayanın da [şüpheli] “üst” konumunda olduğu dikkate alındığında, İdari Yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında 4483 s. K.'da yer verilen “soruşturma izni” kurumunun işletilmesi, ast'ın aleyhine, üst'ün lehine olan bir kuruma dönüşmekte; soruşturma izni vermek/vermemek merciinde olan amir ise, genellikle, İdari Yargı Kararının uygulanmaması eyleminin “şerik”lerinden olmakla (örneğin, bir müsteşar hakkında yapılan suç duyurusu sonucunda soruşturma izni isteği ilgili Bakan tarafından karara bağlanmaktadır), soruşturma izni istemek, iznin verilmeyeceğine ilişkin akıbeti baştan belirlenmiş bir sürece dönüşmektedir.

**2.5. 657 s. DMK'nun, Anayasa'nın “Kanunsuz Emir” başlıklı 137. maddesine koşut bir biçimde düzenleme altına alınan, “Devlet Memurlarının Görev ve Sorumlulukları” başlıklı 11. maddesinde** *“Devlet memurları kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar. / Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir. / Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. / Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır”* denilmek suretiyle Devlet Memurunun “görevi”ni kanun, tüzük, yönetmelik hükümlerine göre yerine getireceği açıkça hüküm altına alınmış, Kanunun “Tarafsızlık ve Devlete Bağlılık” başlıklı 6.maddesi ile de bu yönde Devlet Memuruna “and” zorunluluğu getirilmiş, yine Kanunun “Uygulamayı İsteme Hakkı” başlıklı 17. maddesinde *“Devlet memurları, bu kanun ve bu kanuna dayanılarak yayınlanan tüzük ve yönetmeliklere göre tâyin ve tesbit olunup yürürlükte bulunan hükümlerin kendileri hakkında aynen uygulanmasını istemek hak”*ları olduğu da hüküm altına alınmıştır. Devlet memurları, kesintisiz bir biçimde ve genel idare esaslarına göre yürütmek zorunda oldukları kamu hizmetlerini, yukarıda kısaca açıklanan, “kamusal yetki ve usulleri kullanmak suretiyle ifa” etmektedirler. Devlet Memurlarının bu görevleri arasında; Anayasa'nın 2, 11, 14, 90, 137 ve 138. maddelerine, Devlet Memurları Kanununun 6, 11, 17. maddelerine ve İYUK'nun 28. maddesine rağmen, (...) İdari Yargı Kararlarını uygulamamak



görevleri yoktur;<sup>39</sup> aksine, bu kararları uygulamak zorunlulukları vardır. Başka bir anlatımla, Anayasa'nın 137. maddesinin “*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. / Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. (...)*” hükmü uyarınca, “konusu suç teşkil eden bir emir”i yerine getirmemek Devlet memurunun “hakkı” ve “görev”idir. Devlet memurunun bu hak ve görevine rağmen, konusu suç teşkil eden İdari Yargı Kararını uygulamamak fiilini işlemesi halinde, artık ortada “görevi sebebiyle” işlediği bir suç'un varlığından söz etmek mümkün değildir. Devlet memuru, İdari Yargı Kararını uygulamak görevi ile yükümlüken ve kendisine İdari Yargı Kararını uygulamaması yönünde, konusu suç teşkil eden bir emir verilmesi halinde dahi bu emri yerine getirmemek hak'k'ı verilmişken ve üstelik bu husus Anayasa'nın 137.maddesinde açıkça hüküm altına alınmışken; İdari Yargı Kararlarını uygulamayan Devlet memuruna yönelik bu yönde yapılan suç duyurusunda Anayasa'nın 129.maddesi hükmünün (“... Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır”) böylesi bir suç duyurusunda uygulanacağını düşünmek, şüpheli memur hakkında “soruşturma izni” istenilmesi, Anayasa'nın hükümleri eliyle Anayasa'yı yok saymak, etkisiz hale getirmek olacaktır. İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında, Anayasa'nın 129. maddesi ile koruma altına alınan “değer” ile, Anayasa'nın 2 ve 138. maddeleri ile koruma altına alınan “değer”, yarıştırılabilir durumda olmadığı gibi, her şeye rağmen yapılacak bir tartımda, Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine oranla 129. maddesine üstünlük vermek, yalnızca “yanlış yorum/yanlış tartım” bağlamında açıklanabilecektir. Anayasa,

39 “... Yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlilerinin sorumluluğu ise; kişisel kusura 'haksız eyleme dayanır. (...) Bu nedenle; kamu görevlisine, hukuk mahkemelerinde maddi ve manevi tazminat davası açılabilmesi kökleşmiş bir uygulama olarak güncelliğini korumaktadır. Bu uygulama Anayasamızın 129/4. Maddesinde öngörülen 'memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan açılan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılır' buyruğuna aykırı değildir. Çünkü Anayasanın, memurun sorumluluğunu Devlet'e kanalize eden bu buyruğu 'memurun yetkilerini kullanırken işlediği kusurlu eylemler için'dir. Oysa memur ya da kamu görevlisinin yargı kararlarını uygulamama gibi bir yetkisi olmadığı için hukuka aykırı kişisel bir kusur söz konusudur. (...)” **Çetin AŞÇIOĞLU**, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sorumluluk”, Cumhuriyet Gazetesi Bilim ve Teknoloji Eki, s.14-15, S.1028, 1 Aralık 2006.

kendisine rağmen kendisinin ihlaline cevaz veren bir norm olmadığı gibi kendisine rağmen kendisini uygulanamaz hale getiren bir hukuki metin de değildir.

**2.6. Uygulamada Yanılsama ve Üç Soru:** İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında Devlet Memurları hakkında kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmemesi [genel] gerekçesi ile soruşturma izni istenilmesi uygulamasında “koruma” altına alınan “değer”ler, gerçekten de, “kamu hizmetinin aksamaması” ve “kamu otoritesinin saygınlığı” olabilir mi? İdari Yargı Kararı tüm hüküm ve sonuçları ile birlikte uygulanınca, “kamu hizmetinin aksadığından”, ya da, İdari Yargı Kararları tüm hüküm ve sonuçları ile birlikte uygulanınca “kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmediğinden” söz etmek mümkün müdür ki, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında şüpheli memur yönünden soruşturma izni isteniliyor olsun? Kamu otoritesinin saygınlığı idari yargı kararlarını uygulamakla mı korunabilecektir yoksa idari yargı kararlarını uygulamayan memur hakkında yapılan suç duyurusunda soruşturma izni istenilerek mi korunabilecektir?

**2.7. İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Yapılan Suç Duyurusunda Hukuken Koruma Altına Alınan Değerler ve Yasal Düzenleme Çatışma Halinde Olmadığından, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Yapılan Suç Duyurularında Soruşturma İzni İstenilemez Durumdadır:** Anayasa'nın Kamu Hizmeti Görevlileriyle ilgili düzenlemelere yer verilen Bölüm'nün, “Görev ve Sorumlulukları, Disiplin Soruşturmasında Güvence” başlıklı 129. maddesinin son fıkrasında “... Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır” denilmiş olup, 4483 sayılı Kanunun “Genel Gerekçe”sinde de bu hüküm anılmış, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun “Cumhuriyet Savcısının Görev ve Yetkileri” başlıklı 161. maddesinin 5. fıkrasında açıkça “... Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri (...) hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. (...)” denilebilmiş, 4483 sayılı Kanunun 15. maddesinde “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkındaki ihbar ve şikâyetlerin 'ihbar veya şikâyet edileni mağdur etmek amacıyla ve' (...) uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı hazırlık



*soruşturması sonucunda anlaşılır veya yargılama sonucunda sabit olursa haksız isnatta bulunanlar hakkında yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığınca re'sen soruşturmaya geçilir. / Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yukarıdaki fıkra da belirtilen durumlarda kamu davası açılması için Cumhuriyet başsavcılığına başvurma ve haksız isnatta bulunanlar hakkında genel hükümlere göre tazminat davası açma hakları saklıdır*” denilebilmiş olması ve Devlet Memurunun bu denli “sıkı” koruma altına alınmış olması karşısında, bir Devlet Memuruna yönelik olarak İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurusunda, “*kamusal yetki ve usuller kullanmak suretiyle ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tabi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol aç[mamak]*” uğruna “soruşturma izni” istenilmesi prosedürüne başvurulması, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması eyleminin doğrudan zedelediği, ihlal ettiği “değerler” olan kamu otoritesinin saygınlığı, hak arama hürriyeti, hukuki güvenlik ilkesi, Hukuk Devleti İlkesi karşısında, Anayasa ve yasal düzenlemeye uygun bir tutum değildir.

#### **F. “Soruşturma İzni Kurumu” ve “Yargılama”nın Nihayetle Verilen Kararın Uygulanmasını da İçeren “bütün”lüğü**

1. Bu bütünlük İdari Yargı Kararları aleyhine olarak bozamaz; yargılama sırasında kurulan ara kararlarının yerine getirilmemesi halinde “doğrudan doğruya” soruşturmaya geçmek kurumu, ara kararı olmayan nitelikteki İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması halinde “soruşturma izni istenilmek” suretiyle, y.d. ya da iptal niteliğindeki İdari Yargı Kararlarından esirgenemez. “Ara Kararı”nın bu anlamda, “Nihai Karar”a ya da y.d kararına üstünlüğü yoktur. Uygulamada İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyuruları hariç olmak üzere, diğer yargı yerlerine ait kararların uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında doğrudan doğruya soruşturmaya geçilebilirken, suç duyurusunun dayanağı İdari Yargı Kararları olunca, “*görev sırasında işlenen suç*”, “*görevi sebebiyle işlenen suç*”, “*iptal kararı vermekle İdari Yargıç iş'ten el çeker, bu sebeple idari yargı kararını uygulamak adli görevin devamı niteliğinde bir eylem değildir ve idari yargı kararını uygulamamak adli görevi savsaklamak değildir*”, vs yollu gerekçeler ortaya çıkmaya başlamaktadır. Anayasal emir karşısında “Görev sebebiyle” bağlamı gerekçeler dinlenilemez durumdadır; AY md. 2, 11, 90, 137, 138;

İYUK md. 28 ve 657 s. DMK md.6, bu gerekçelere itibar edilmesine engeldir. “İptal kararı vermekle İdari Yargıcın iş'ten el çektiği ve bu sebeple iptal kararının uygulanmaması yönündeki eylemin adli görevin devamı niteliğinde bir bağlam ile ele alınamayacağı” yönündeki gerekçe, 'yargılama' teriminin, nihayetle verilen kararın uygulanmasına da içkin bir bütün olduğu anlam ve tanımını ihmal etmekle birlikte, böylesi bir gerekçe karşısında, “*suç duyurusuna konu edilen idari yargı kararı 'yürütmenin durdurulması' kararı ise, yani idari yargıcın iptal kararı verip henüz iş'ten el çekmediği bir aşamada verdiği bir karar ise ne olacaktır?*” sorusunun yanıtı verilemeyecektir.

2. Konusunun, Yunanistan idari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının uygulanmaması olduğu bir çekişmede, İHAM “Hornsby-Yunanistan, 19.03.1997 - 18357/91 (Esas Hk.)” kararında açıkça

“... Sözleşme'nin 6. maddesini mahkemeye başvurma hakkı ve davanın yürütülmesiyle sınırlı bir şekilde yorumlamak, Sözleşmeciler Devlelerin Sözleşme'yi onaylarken saygı göstermeyi üstlendikleri hukukun üstünlüğü prensibiyle bağdaşmayan durumlara yol açabilecektir. (...) bir mahkeme tarafından verilen hükmün yerine getirilmesi, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından 'yargılama'nın bütünleyici parçası olarak görülmektedir. (...)”<sup>40</sup> Denilebilmiştir.

2.1. Sözü edilen Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi[AİHS]'dir ve “taraf devlet” sıfatı ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin de bu Sözleşme'nin altında imzası vardır. Başka bir anlatımla, AİHS uluslararası bir sözleşme olmakla, Anayasa'nın 90. maddesi gereği “kanun hükmündedir”.

2.2. **Anayasa'nın 90. maddesi** “... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” hükmüne amirdir. Bu hüküm, İHAM'ne ait kararların da (ki İHAM kararlarının uygulanmasına ilişkin yapılan Sözleşme'de de taraf devlet sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti Devletinin imzası vardır), “kanun hükmünde” olarak uygulanmasını, İHAM kararları ile kanunlar arasında bir çatışma ortaya

40 Prof. Dr. Osman DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, C.3, s.693 vd.; Legal Yayıncılık, 2008/İstanbul; aynı yönde: Dr. Müslüm AKINCI, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, s.406; Turhankitabevi, 2008/Ankara.

çıkması halinde bu çatışmanın İHAM kararları esas alınarak çözülmesi gerektiğini işaret etmektedir.<sup>41</sup> Bu yönde “*Bir hak ihlaline karşı iç hukukta cezai veya hukuki yaptırım öngörülmüş olması yeterli değildir; iç hukukun ulusal mahkemeler tarafından etkili koruma sağlayacak şekilde yorumlanarak uygulanıp uygulanmadığı da önemlidir. / ... ulusal mahkemeler iç hukuk hükümlerini Sözleşme'nin ilgili maddesinin 'ruhuna uygun yorumlamak'la yükümlüdürler (16 Haziran 2005 Storck-Almanya kararı).*”<sup>42</sup> denilmiştir. Yargılamanın “bütünleyici parçası olan” kararların uygulanması zorunluluğu, idari yargı yerlerinden verilen kararlar bakımından, ayrık ve aksi bir anlam içermemektedir.<sup>43</sup>

**2.3. İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında soruşturma izni istenilmesinin yasal bir dayanağı olmadığı,** aksine yukarıda açıklanan hükümler gereği artık, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında soruşturma izni istenilmemesi gerektiğine dair yeterli düzeyde yasal dayanağın olduğu açıktır. Bir an için, idari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında, şüpheliler yönünden “soruşturma izni alınması” gerektiğine dair bir yasal düzenlemenin varolduğu kabul edilse bile (ki yoktur), uluslararası sözleşme hükümleri ile iç hukuk hükümleri arasında bir çatışma meydana

41 Nitekim bu yönde, yıllarca İHAM'de görev yapmış olan değerli yargıç Rıza TÜRMEEN “... Türkiye, Anayasa'nın 90. maddesine AİHM kararlarıyla yasalar arasında bir çelişki varsa, AİHM kararları esas alınır yolunda bir madde ekledi. (...)” diyebilmiştir. (Rıza TÜRMEEN, “İleri Demokrasi”, Milliyet, 11.10.2010 Tarihli Nüsha).

42 **Prof. Dr. Osman DOĞRU**, “Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler”, isimli tebliği (Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl, 11 Mayıs 2007, s.209; Danıştay Yay., 2008/Ankara).

43 “(Y)asama organının çıkardığı yasalar ya da çıkarmaktan kaçındığı yasalar, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurursa, devletin sorumluluğunu doğurmaktadır. / (...) devlete belli türden yasaların çıkarılması ya da belli ilke ve koşullara aykırı yasaların bulunmaması yükümlünü yükleyen milletlerarası andlaşmalar söz konusu olduğunda, herhangi bir hak ihlali aranmaksızın, sırf bir yasanın çıkarılmış olması, mevcut bir yasanın kaldırılmaması nedeniyle devletin sorumluluğu doğabilecektir. / (...) Yürütme, devletin idari faaliyetlerini devam ettiren tüm birimleri kuşatan bir kavram olmakla, çok geniş bir faaliyet sahasına sahiptir ve devletin sorumluluğunun doğması konusunda yasama ve yargıya oranla çok büyük bir ağırlığı bulunmaktadır. (...) / Yargı organlarının eylemleri, daha doğru bir deyişle yargı kararları, devletin sorumluluğunun doğmasında, diğer devlet organları gibi sonuç doğurmaktadır. Esasen milletlerarası hukuk açısından yargının verdiği kararları, yürütmede söz konusu olduğu gibi, devlet görevlisinin eylemi olarak görülemeyeceğidir. Devletin sorumluluğunun doğması için, milletlerarası bir yükümlülük bu kararla ihlal edilmiş olmalıdır. (...)” **Elif UZUN**, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, s.64-68; Beta Yay., 2007/İstanbul.

geldiği kabul edilecek ve ortaya çıkan bu çatışma, Anayasa'nın 90. maddesi gereği milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınmak suretiyle çözülecektir. Aksi takdirde, “... 'Kanun hükmündedir' deyimini, 'koşulları yerine getirilerek yürürlüğe konulmuş bir uluslararası sözleşmenin, ulusal yasalar gibi, yürütme ve yargı için bağlayıcı nitelik taşıdığı ve doğrudan uygulanması gerektiği anlamına gelir. Bu deyim, uluslararası sözleşmelerin, yasaya eşdeğer olduğu biçiminde algılanmasından, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki bir çelişkinin, yanlış bir biçimde, yasalar arasındaki çatışmada uygulanan, 'sonraki yasanın önceki yasadadan' (Lex posterior derogat prior) ya da 'özel yasanın genel yasadadan' önce geleceği yönündeki kurallarına göre çözülmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir. / Böyle bir yaklaşım, uluslararası antlaşmalarda, yasalarla değişiklik yapabilme yargısını de beraberinde getirir. Bu durum, devletler hukuku açısından ahde vefa ilkesiyle bağdaşmaz ve taraf devletin sorumluluğunu gerektir”<sup>44</sup> ecektir.

**2.4. İdari yargı kararlarının uygulanması, yargılamanın bütünü içinde ve yargılamanın ayrılmaz bir parçası olmakla; idari yargı yerlerinden lehine olarak karar alanlar bu kararların icaplarına uygun işlemler tesis edilmesini de haklı olarak beklemektedirler. Bu hakkın dayanağının da, Hukuk Devleti İlkesi, Hak Arama Hürriyeti, Hukuki Güvenlik İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı olduğu, bu hakların ise devredilmesi mümkün olmayan, temel hak ve özgürlükler olduğu açıktır. Nitekim yukarıda aktarılan İHAM kararının devamında**

*“... Yukarıdaki prensipler, sonucu davacının kişisel hakları bakımından belirleyici öneme sahip bir uyuşmazlıkla ilgili idari bir dava söz konusu olduğunda, daha da büyük önem taşır. Davacı, Devletin en yüksek idari yargı organı önünde bir iptal davası açmakla, yalnızca anlaşmazlık konusu işlemin iptalini değil, fakat aynı zamanda ve her şeyden öte, bu işlemin yaratmış olduğu bütün sonuçların ortadan kaldırılmasını istemektedir. Bu tür bir davada davacının etkili biçimde korunması ve hukuki durumun düzeltilmesi için, idari makamların bu mahkemenin kararına uyma yükümlülüğünün bulunmasını gerektirir. Mahkeme bu bağlamda idari makamların, hukuka bağlı Devletin bir unsurunu oluşturduğunu ve bu nedenle idari makamların menfaatlerinin adaletin*

44 Prof. Dr. Yılmaz ALİFENDİOĞLU, “Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısında Durumu”, Başlıklı Bildirisi, Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü 139.Yıl, s.157; Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008/Ankara.

*gereği gibi yerine getirilmesiyle örtüştüğünü gözlemlemektedir. İdari makamların yargı kararına uymamaları ve hatta uymayı geciktirmeleri halinde, davacının yargılama aşamasında kullandığı Sözleşme'nin 6.maddesindeki güvencelerin bir anlamı kalmayacaktır. (...)*”

denilmek suretiyle, idari yargı kararlarının uygulanmamasının aynı zamanda AİHS'nin 6. maddesini [başka bir anlatımla, Anayasa'nın 90. maddesini] de etkisizleştirmek olduğu açıkça belirtilmiştir.

3. Öğretide, İdari Yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında doğrudan doğruya soruşturma yapılması gerektiği ve bunun [yeni bir] “yasal düzenleme ile gerçekleştirilebileceği” savunulmuş ise de,<sup>45</sup> yukarıda ayrıntılı bir biçimde açıklandığı üzere, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında soruşturma izni istenilmesi gerektiği yönünde yasal bir düzenleme de yoktur. Bu haliyle, yeni bir yasal düzenlemeye gerek olmadan, idari yargı kararlarının uygulanmamasının “[yargı kararlarının uygulanmasının adliye müteallik emirler] Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev” olarak değerlendirilmesi ve bu sebeple yapılan suç duyurularında doğrudan doğruya soruşturma yapılması gerektiği yönündeki yaklaşımın, ilk ileri sürüldüğü tarihlerden (MUMCU 1970;<sup>46</sup> ULER 1970;<sup>47</sup> DURAN 1969)<sup>48</sup> bu yana ortaya çıkan Ulusal ve uluslararası uygulama nedeniyle, doğrulanmış bir yaklaşım olduğu açıktır. Kaldı ki,

4. İdari Yargı Yerlerince verilen gerek yürütmenin durdurulması ve gerekse iptal kararları “inşai tesir”e sahip kararlar olup, bu kararların uygulanması / infazı, hükme içkindir. Başka bir anlatımla, sözü edilen bu kararların uygulanması için ayrıca bir yasal düzenlemeye gerek olmadığı gibi (ki AY.

---

45 “... Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154. maddesinde, kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ilişkin görevlerde ihmal veya terahileri olan memurlar hakkında, savcılıkça doğrudan takibatta bulunacağı düzenlenmiştir. Öğretide, bu maddede geçen 'adliye' kelimesinin yargı anlamında alınması gerektiği, yargı kararlarının uygulanmasının adliye müteallik emirler olarak ele alınabileceği ve bunun yerine getirilmemesi halinde, savcılıkça doğrudan takibatının yapılabileceği ileri sürülmektedir (MUMCU s.115; ULER s.147; DURAN s.102). Bu görüş bir çözüm olarak düşünülebilir. / Yargı kararlarının uygulanmasının sağlanması bakımından buradaki en uygun çözüm, yasal düzenleme ile, yargı kararlarının uygulanmamasından doğan suçların, genel hükümlere göre savcılıkça doğrudan yargılanmasının sağlanmasıdır. (...)” ÇAĞLAYAN, y.a.g.y, s.310.

46 MUMCU, y.a.g.y., 1970.

47 ULER, y.a.g.y., 1970.

48 Lütfi DURAN, “Yüksek Memurların Yargı Yolu İle Korunması”, Yavuz ABADAN'a Armağan, 1969.

Md.138, İYUK md. 28 bu yönde yeterli düzeydeki düzenlemelerdir), bu kararların uygulanması [inşai] hükmün ayrılmaz bir parçası, “olmazsa olmaz”ıdır. Nitekim bu yönde, “*Mahkeme inşai davanın kabulüne karar verirse, bu karar inşai niteliktedir. Çünkü bu kabul kararı ile, yeni bir hukuki durum yaratılır (bir hukuki durumun değiştirilmesi, kaldırılması veya yaratılması). Hükmün bu inşai niteliğine 'inşai tesir' (veya yenilik doğurma etkisi) denir. / İnşai hükümlerin icra (infaz) edilmesine gerek yoktur. İnşai tesir, hükmün verilmesi (ve kesinleşmesi) ile kendiliğinden doğar (meydana gelir). (...)*”<sup>49</sup> denilmiş olup, bu yöne ilişkin görüş ve Yüksek Danıştay kararlarına, aşağıda ayrıca yer verilecektir. Bu haliyle, yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının bu nitelikleri sebebiyle, gerek yürütmenin durdurulması ve gerekse iptal kararları yargılama etkinliğinin ayrılmaz ve bütünleyici parçası olmakla; aslen etkili ve yürürlü mevzuatımızın yukarıda aktarılan İHAM'ne ait Hornsby-Yunanistan kararı ile uyumlu olduğu söylenilebilecek ve sözü edilen bu kararların uygulanmamasının yargılama etkinliğine de yönelen bir eylem olduğu kabul edilebilecek, 5271 sayılı CMK'nun 161. maddesi bu suretle de uygulama alanı bulabilecek, kararların uygulanmamasına yönelik olarak yapılan suç duyurularında doğrudan doğruya soruşturmaya geçilebilecektir.

#### **G. “Soruşturma İzni Kurumu” ve Kanundan Alınan “güç” İle Yürütülen “[Kamu] Görevi” Üzerinden Anayasa'nın İhlali Sorunu**

1. Anayasa'nın “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. (...)*” hükmüne, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlıklı 40. maddesinin 1. fıkrasında “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. (...)*” hükmüne yer verilmiştir. Hak arama hürriyetinin yalnızca dava açma ve bunu yürütme hakkını değil mahkemeden alınan kararın uygulanması aşamasını da içermesi sebebiyle, alınan kararın yürütümünün engellenmesi / geciktirilmesi / etkisizleştirilmesi / uygulanamaz hale getirilmesi yasaklanmıştır. Yüksek Danıştay yeni tarihli bir kararında

“... Anayasa'nın 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve

49 Prof. Dr. Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.:II, s.1472; Demir Demir Yay., 2001/İstanbul.



bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesidir. / Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlediği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, s.12); Mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlamasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda, 09.10.1979, s.12 ve Pudas/Sweden, 27.10.1987, para. 40-41) belirtilmiştir. (...)" (DİDDGK., 12.10.2009 Tarih, E:2007/736, K:2009/1793) diyebilmiştir.

1.1. Kişinin temel hak ve hürriyetlerinin “en etkili ve güvenceli yolu”nun, dava açmak suretiyle hak arama hürriyetini kullanması olduğu ve fakat açtığı davada lehine karar alan kişinin aldığı bu kararın uygulanmaması halinde yaptığı suç duyurusunda, temel hak ve hürriyetlerini ihlal eden şüpheli Devlet memuru yönünden “soruşturma izni” istenilmesi, kişinin dava açmakla ulaşmak istediği amaca ve iptal davalarının “inşai” niteliğine de aykırıdır:

1.2. **Yürütmenin Durdurulması ve İptal Kararları İnşai Nitelikte Kararlardır. İnşai Hüküm İse Uygulamaya/İnfaza İçkindir:** “... Türk Hukukunda da hukuk davaları Batı hukuk sisteminde olduğu gibi, devletten (mahkemedен) istenen hukuki himaye hakkının çeşidine göre eda ve tespit davalarıyla inşai dava olmak üzere üç ana kategoriye ayrılmaktadır. (...) inşai dava ile ise, yeni bir hukuki durum ortaya koymak veya mevcut bir hukuki durumu değiştirmek ya da sona erdirmek suretiyle hukuki ilişkileri biçimlendirmek amacı güdülür. (...) / İptal kararı inşai bir karar olduğu için<sup>50</sup>, idari işlemi, fiili ve hukuki bakımdan ortadan kaldırır (ya da değiştirir) ve eski durum kendiliğinden geri gelir. Buna fiili ve hukuki bir engel var ise, idare, bu engeli yok etmek için gerekli işlemleri yapmak ve önlemleri almakla yükümlüdür. (...) Şu halde inşai sonuç (...) iptal kararıyla (yargısal işlem)

50 “... iptal davasının amacı, hukuka aykırı bir idari işlemin (kararın) kaldırılmasını veya değiştirilmesini sağlamaktır. Bu karakteriyle iptal davası ve dava sonunda verilen iptal kararı bir inşai dava (karar)dır. İptal davasının inşai dava olduğu doktrinde tartışmasız kabul edilmektedir. (...) (ancak Bettermann, iptal davasının bir eda davası olarak nitelenmesinin de mümkün olabileceği görüşündedir; bkz. 43/III VwGO). (...)” **Doç. Dr. Ergun ÖNEN**, *İnşai Dava*, s.161; AÜHF Yay., 1981/Ankara

doğmakta, idarenin bu karar doğrultusunda daha sonra yapacağı işlemler (idari işlem) ise, inşai nitelik taşımamaktadır. (...).<sup>51</sup>

**1.3.** “... İptal davalarının esas amacı; bir hakkın ihlal edilip edilmediği ve böyle bir ihlal sonucunda ortaya çıkacak zararın tazmini değildir. Bu davalar bir idari tasarrufun (kararın veya işlemin) hukuka aykırılığı dolayısıyla iptalini, ortadan kaldırılmasını amaç edinen, başka bir deyişle idari işleme, karara yöneltilmiş davalardır. Bu davalarda idari bir işlemin hukuk kurallarına uygun olup, olmadığı incelenmekte ve hukuk kurallarına aykırılığı halinde bu işlemin iptali yoluna gidilmektedir. İptal davasının konusu, idari bir işlemin hukuk kurallarına aykırı olup olmadığını incelemek ve aykırılığı halinde işlemi ortadan kaldırmaktır. İptal davasının amacı ise; idarenin hukuka aykırı karar almasını önlemek, böylece idarenin hukuk kurallarına riayetini sağlamak ve hukuka aykırı olduğu tespit edilen kararları ortadan kaldırmak suretiyle hukuk düzenini korumaktır. / İptal kararları, iptal konusu tasarrufun unsurlarındaki sakatlıkların tasarrufun doğuşunda mevcut olması dolayısıyla hukuki bir durum yaratmadığını, hukuk âleminde bir değişiklik meydana getirmediğini gösterirler. İptal davasında idari kararın iptal edilmesi halinde bu karar ve bu kararda doğmuş olan hukuki durum ortadan kalkmış olur. Ancak, iptal kararları, ortadan kalkmış olan idari tasarrufun yerini almaz. Bu sebeple idare iptal edilen kararın yerine bir karar almak zorunluluğundadır. Tabii ki idarenin yeniden alacağı karar mahkemenin iptal hükmüne uygun olmalıdır. (...)” (D.10.D., 28.5.2004 Tarih, E:2002/4061, K:2004/5219).<sup>52</sup>

**2. İdari Yargı Kararlarını Uygulamadığı İddiasıyla Aleyhine Suç Duyurusunda Bulunulan Devlet Memuru Hakkında “Soruşturma İzni” Alınmaksızın Kamu Davası Açılması Halinde...** Sözü edilen Devlet memuru, “idari yargı kararlarını uygulamamak olarak ortaya çıkan eylem, görevim sebebiyle işlediğim iddia edilen bir eylemdir. Görevim sebebiyle işlediğim iddia edilen eylemler nedeniyle, hakkımda 'soruşturma izni' alınması gerekirken alınmamış, dava açma koşulu oluşmamış, temel hak ve hürriyetlerimden olan adil yargılanma hakkım ihlal edilmiştir. (...)” diyebilecektir ve verili sistemin de buna uyarlı olduğu gözlenmektedir. Sanık Devlet memuru bu yönde ileri sürdüğü itiraz ile “temel hak ve hürriyetlerine

51 ÖNEN, y.a.g.y., s.36, 161, 162.

52 Kazancı Bilişim.



saygı” gösterilmesini de talep etmektedir. Ancak tam da bu aşamada, idari yargı kararlarını uygulamadığından bahisle hakkında kamu davası açılan ve bu davada kendisi ile ilgili olarak “soruşturma izni” istenilmediğini ileri süren, bu suretle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini, temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiğini ileri süren Devlet memurunun [ya da yalın yurttaşın], “temel hak ve hürriyetlerini kötüye kullandığı”ndan söz edilemeyecek midir? Kendisi ile ilgili adil yargılanma hakkına riayet edilmediğini söyleyen Devlet memuru, bunu ileri sürmekle, idari yargı kararının uygulanmasını bekleyen’in temel hak ve hürriyetini ihlal etmiş sayılmayacak mıdır? Başkasının temel hak ve hürriyetlerini ihlal etmek suretiyle yargı kararını uygulamayan Devlet memuru, temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiğini ileri sürebilecek midir? Öyle ki, bu durumdaki bir Devlet memurunun yargı kararını uygulamamak eylemi “*kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetleri*” yok etmeye ilişkin bir eylem olarak da ortaya çıkmaktadır. Kişilere Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetleri yok etmeye ilişkin bir eylemin faili, bu sebeple kendisi hakkında açılan bir kamu davasında, *eylemin görevi sebebiyle işlenen bir eylem olduğunu, görevi sebebiyle işlenen bir eylem olması nedeniyle de 'soruşturma izni' alınmasının zorunlu olduğunu, bunun memuriyet güvencesi kapsamında değerlendirilebileceği gibi sahip olduğu temel hak ve hürriyetler kapsamında da değerlendirilmesi gerektiğini* ileri sürebilecek midir?

**2.1.** Yargı kararlarının icaplarına uygun işlem tesis etmek, yargı kararlarının geciktirilmeksizin uygulanmasını sağlamak, yargı kararlarına “saygılı olmak” ediminin etki alanında “yasama, yürütme ve idareler”in olduğu tartışmasızdır. Örneğin yasama organı “milletin iradesini temsil ediyorum” lafzıyla, değişik yargı yerlerinden aynı konuda verilen yargı kararlarını yok sayamayacak, “milletin iradesi”ni, “*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbir, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. / Anayasa hükümlerinden hiçbir, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. (...)*” hükmüne aykırı bir kullanıma ve yoruma dayanak olarak gösteremeyecektir.

**2.2. Anayasa'nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılması” başlıklı 14. maddesinde** “*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbir,*

*Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. / Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. (...)”* hükmüne yer verilmiş olup, bu hüküm Anayasa'nın 2. maddesi ile birlikte değerlendirilmektedir.<sup>53</sup> Anayasa'nın 2. maddesi ile birlikte değerlendirilen bir diğer maddesinin de 138. madde olduğu yukarıda açıklanmış olup, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması şeklinde ortaya çıkan eylemin aslen, Anayasa'nın 14. maddesini de ihlal eden bir eylem olarak ortaya çıktığını söylemek abartılı bir değerlendirme olmayacaktır. İdari Yargı Yerlerinden alınan kararların uygulanmaması olarak icra edilen eylemin faili, gücünü kamudan ve Anayasa'dan alan Devlet memurudur. Bu Devlet memuru; (lehine olarak verilen İdari Yargı Kararının uygulanmasını isteyen, bu isteminin dayanağı olan hakkı, Ulusal ve uluslararası mevzuat üzerinden hüküm altına alınan) diğer bir Devlet Memuru karşısında, idari yargı kararlarını uygulamamak suçunun şüphelisi olan “sadakatsiz” Devlet Memurudur ve bunun hakkında yapılan suç duyurularında, “soruşturma izni” istenilmesi, Memurun Anayasal ve yasal güvencesinin, mağdur memur aleyhine / şüpheli memur lehine olarak etkili ve yürürlü hale getirilmesi, sadakatsizliğin ödüllendirilmesidir.

**2.3. İdari Yargı Kararları Karşısında, Kararın Maksadına Uygun İşlem Tesis Etmekten Başka Bir Tercih ve Takdir Hakkı Olmayanlara Yönelik Yapılan Suç Duyurularında “Soruşturma İzni” İstemek Yoluna Gidilmesi, Hukuk Devletin Vazgeçilmez Kuralı Olan İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğunu İzale Eden Bir Uygulama Olarak Yerleşmiştir:** İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında, şüpheli Devlet memuru yönünden, 4483 sayılı Kanun'a dayalı olarak “soruşturma izni” istenilmesi yoluna gidildiği, bu suretle

53 “... Anayasa'nın 2.maddesinin 'insan haklarına saygı'dan öne aldığı kavramlar olan 'toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı' için vardır. Bu çerçevede var olan devlet, keyfi davranamayacak insan haklarına da saygılı olacaktır. Ancak insan hakları artık devletin varoluş nedeni olmamaktadır (Soysal). / (...) 14.maddede yer verilen 'insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyet' ilkesi bu açıdan, Anayasa'nın 2.maddesindeki 'insan haklarına saygılı devlet' ifadesi de göz önünde tutularak, iki ifadenin birleştirildiği şeklinde yorumlanmaktadır (Tanör-Yüzbaşıoğlu). İnsan hakları lehine yorumlandığında, (...) 14.maddede yer verilen formülle genişletici bir etki yaratıldığı ve Anayasa'nın bütünü için 'insan haklarına dayalı devlet' anlayışının geçerli olması gerektiği sonucuna varılabilir. (...)” Dr. Sevtap YOKUŞ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, s.169, 170; Yetkin Yay., 2002/Ankara.

İdari Yargıç tarafından verilen bir kararın “uygulanıp uygulanmadığının” denetiminin İdari Mercie bırakıldığı, idari merciin, kararın uygulanıp / uygulanmadığına ilişkin soruşturma izni vermek / vermemek yönündeki tasarrufuna bağlı kalınarak kamu davasının açılabilirdiği ya da idari merciin bu tasarrufunun da, “[idari yargı] **kararları üzerine idarenin tesis edeceği işlem, [idari yargı] kararının yerine getirilmesine yönelmiş ve kararın maksadına uygun olmalıdır.**<sup>54</sup> **İdarenin başkaca bir tercih ve taktir hakkı yoktur. (...)**”<sup>55</sup> yönündeki yerleşik ilkeye rağmen ve yalnızca “itiraz”a tabi bir idari karar olarak irdelenmesinin / denetlenmesinin sağlanabileceği şekilde, Yüksek Danıştay veya Bölge İdare Mahkemeleri huzuruna taşınabildiği ve sürecin bu şekilde devam ettiği bir ortamda; lehine idari yargı kararı verilen'in bu kararı uygulamak uğruna suç duyurusunda bulunmak dışında bir seçeneğinin olmadığı (İYUK md. 28 bağlamında ikame edilen maddi ve manevi tazminat davalarında kurulan hükmün kararı uygulamaya kaim olmadığı açıktır) bir ortamda, “idari yargı kararlarının uygulanmasını sağlama/zorlama davası” türünden bir dava türünün de olmadığı dikkate alındığında, ortaya çıkan hukuksal durum yönünden “... İdare, önce hukuki alt yapısını hazırladıktan sonra böyle bir işlemi yapması gerekirdi. Bu hatasını, hukuk devletinin vazgeçilmez kuralı olan yargı kararının uygulanmasını ihlal ederek telafi edemez. (...)”<sup>56</sup> denilebilecektir. İdari Yargı kararlarının uygulanması konusunda henüz hazır olmayan “hukuki alt yapı” eksikliği, bu kararların uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında, “soruşturma izni” istenilmek suretiyle telafi edilemez.<sup>57</sup> Yukarıda ayrıntılı bir biçimde açıklandığı üzere İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması sebebiyle yapılan suç

54 “... Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında tanımlandığı gibi, hukuk devleti; insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran, bunu sürdürmeye kendisini yükümlü sayan, bütünüyle hukuka uyan devlet demektir. Hukuk devleti niteliğini kazanmanın vazgeçilmez koşullarından birisi mahkeme kararlarına uyulma zorunluluğudur. Anayasanın 138. maddesinde; Yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiç bir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği öngörülmüştür. / Bu kural gereğince yasama organının yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen yargı kararlarını etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak yükümlülüğü vardır. (...)” (AYM, 24.12.2003 Gün, E:2002/43, K:2003/103; R.G.:12.03.2004, 25405)

55 ALTAY, y.a.g.y., s.17; “... İptal kararları üzerine idarenin tesis edeceği işlem, iptal kararının yerine getirilmesine matuf ve kararın maksadına uygun olmalıdır. İdarenin başkaca bir tercih ve taktir hakkı yoktur. (...)” (DGK.,13.04.1978,1978/20-26 E.K.).

56 [ERKUT/SOYSAY, Kanunlar, 4. Bası, 1999, s. 220], ÇAĞLAYAN, y.a.g.y., s.198, 199.

57 “... ATAD'a göre, Topluluk hukukunda öngörülen **bir hakkın ileri sürülmesini engelleyen, pratik olarak uygulanamaz hale getiren veya güçleştiren ulusal muhakeme hukuku kuralları uygulama alanı bulmaz. (...)**” Yrd. Doç. Dr. Mustafa Ruhat ERDEM, Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, s.247; Seçkin Yay., 2004/Ankara.

*duyurularında, şüpheli yönünden “soruşturma izni” istenilmesini gerektiren yasal bir düzenleme yoktur ve böylesi bir durumda “soruşturma izni” istenilmesi hukuk devletinin vazgeçilmez kuralı olan yargı kararının uygulanması (zorunluluğunun, süregelen bir biçimde) ihlal edilmesi sürecinin yaygınlaşmasına dayanak ve zemin oluşturmaktadır. Bu uygulamadan vazgeçilmesi, İdari Yargı Kararlarının Anayasa'ca ve Yasaca öngörülen sürede uygulanmasını sağlamanın bir başka yolu olarak benimsenmelidir. Çünkü İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması yalnızca “görevi kötüye kullanmak/savsamak/-de yetkiyi kötüye kullanmak suçuna ilişkin bir eylem değildir.”<sup>58</sup>*

## **H. “Soruşturma İzni Kurumu” ve Bu Kurumun Yarattığı Günlük Pratik Soru(n)lar**

1. Uygulamada, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması (Etkisizleştirilmesi, Geç Uygulanması, Eksik Uygulanması, Biçimsel Uygulanması) nedenlerine dayalı olarak yapılan suç duyurularında; şüpheliler arasında “müsteşar, vali, vb” olması halinde suç duyurusu Yüksek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı huzurunda yapılmakta, Yüksek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı şüpheliler arasında yukarıda sayılan yetkililerden daha alt düzeyde bürokratlar bulunması halinde, [1] soruşturma dosyasını bunlar yönünden “tefrik edilmek”<sup>59</sup> suretiyle yerel Cumhuriyet Başsavcılıklarına göndermekte, aşamada, gerek Yüksek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca ve gerekse yerel Cumhuriyet Başsavcılıklarınca şüpheliler hakkında 4483 s.K.'na dayalı olarak “soruşturma izni” istenilmekte, bu izin talebine yönelik olarak aslen [2] İdari Yargı Kararlarını

58 Yeni basım tarihli kitaplarda da, İdari Yargı Kararlarını uygulamamak eylemi, yine “görevden doğan suç” terimine bağlı kalınarak, “tipik memur suçu” sayılmaktadır: “... *memurun idari yargı kararlarının uygulanmaması amacına yönelik olarak gerçekleştirdiği hareket veya hareketsizliği, tipik memur suçu olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257'nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında tanımlanan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacak ve 4483 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilecektir. (...)*” **Yaşar GÜÇLÜ**, *Danıştay ve Yargıtay İçtihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, s.259,260; Seçkin Yay., 2010/Ankara.

59 4483 s.K.'nın 10. maddesinde geçen “*ast memur; üst memurla aynı mahkemede yargılanır.*” hükmünde yer alan “mahkeme” lafzı Cumhuriyet Başsavcılıklarınca “soruşturma aşaması hariç” olarak anlaşılmalı, madde lafzında soruşturma aşamasının olmadığından bahisle, suç duyurusunda astlar yönünden tefrik kararı verilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 4483 s.K.'nın 10.maddesine ilişkin değerlendirilmesini, yukarıda sıralanan pratik sorunlar bağlamında aktarmak anlatılmak istenilen hususun daha net bir biçimde gözlenebilmesi için zorunludur: “*4483 sayılı Yasa'nın 10.maddesinde[ki] bu hükmün amacı, eylemler arasındaki bağlantı nedeniyle işlemlerin mükerrenen yapılmasını engellemek, aynı olaya ilişkin yargılamalardan birinde ortaya konulan kanıtın diğerinde sunulmaması nedeniyle maddi olayın saptanması sırasında ortaya çıkabilecek muhtemel bir yanılgıyı ve ayrı yargı mercilerinin aynı olayın failleri hakkında birbirleriyle çelişen kararlar vermelerini önlemektir. (...)*” (CGK., 12.06.2007 T., E:2006/4.MD-297, K:2007/146, özel arşiv). Yargılama aşaması için saptanan bu hususların, soruşturma aşaması yönünden de geçerli olduğu açıktır.

uygulamamak eyleminin “şeriki” konumundaki Bakan tarafından [genellikle] soruşturma izni verilmemekte (ya da soruşturma izni vermekle yetkili Bakan'ın *artık birlikte çalışmak istemediği bürokratlar yönünden* soruşturma izni verilmekte, diğerleri yönünden verilmemekte), ya da [3] “*dilekçenin işleme konulmaması, karar vermeye yer olmadığına, (...)*” yönünde nelik'i belirsiz kararlar verilmekte, bu kararlara yönelik olarak [4] bir kısım şüpheli yönünden Yüksek Danıştay Birinci Dairesi'ne,<sup>60</sup> bir kısım şüpheli yönünden Bölge İdare Mahkemesi Başkanlıkları huzurunda “itiraz” edilmekte, uygulamada pek sık rastlanılan haliyle, yapılan bu itirazların bir bölümü kabul edilirken bir bölümü reddedilmekte, nihayetle [5] aynı suçu işleyenlerden bir kısmı hakkında, uzun bir süreden sonra, kamu davası açılabilirken bir kısmı hakkında dava açılmamaktadır. Bu haliyle soruşturma izni kurumu, idari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında, kararı uygulamayan Devlet memuru açısından yeni bir güvence kurumu olarak ortaya çıkmakta ya da soruşturma iznini vermek tahtında olan amir açısından bu durum, Devlet memuruna karşı bir “koz” olarak değerlendirilebilmektedir.

2. Aslen, idari yargı kararının uygulanmaması suçlamasından dolayı soruşturma izni vermek/vermemek yetkisi olan amir, uygulanmadığı iddia edilen idari yargı kararının üretildiği idari yargılama sürecinden (yargılamanın başından kararın verildiği aşamaya kadar) ve bu süreç sonunda verilen kararın uygulanıp uygulanmadığından haberdar olan amirdir. Öğrendiği suçu ihbar etmekle yükümlü olan amirden bu kez, idari yargı kararının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurusuna bağlı olarak soruşturma izni istenilmektedir. Soruşturma izni vermeye ya da vermemeye yetkili olan amir, idari yargı kararının uygulanmaması sonucu oluşan suçu ihbar etmemiş ise bu amir ile ilgili “öğrendiği suçu ihbar etmemekten” (TCK md. 279) dolayı “doğrudan” soruşturmaya geçilebilmektedir. İdari yargı kararının uygulanmaması nedeniyle oluşan suçun şeriki olan amir, aynı suçun şeriki olan diğer memurları ihbar etmekle yükümlü müdür? Ya da bu soru şu şekilde sorulmalıdır: İdari yargı kararının uygulanmaması nedeniyle ortaya çıktığı iddia edilen suça ilişkin yapılan suç duyurusunda, suçun şeriki olan amir kendisini ihbar etmeyecektir ve fakat bu amirden, suçun diğer şeriklerini de ihbar etmediği bir aşamada,

60 4483 sayılı Kanununun 9/3. maddesinde, “*İtiraza, 3 üncü maddenin (e), (f), g (Cumhurbaşkanınca verilen izin hariç) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay İkinci Dairesi (...) bakar: (...)*” denilmiş olmasına karşın, yapılan itirazları Danıştay **Birinci** Dairesi sonuçlandırmaktadır. Yetkili Daire'nin Yasasınca belirlendiği bir aşamada, uygulamada görülen bu değişiklik, yalnızca Teşkilat Yasası'na gönderme yapmak suretiyle çözülmüş sayılabilecek midir?

suçun diğer şeriklerine ilişkin soruşturma izni istenebilecek [soruşturma izni vermesi beklenebilecek] midir? Sorular çoğaltılabilir durumdadır. Oysa yukarıda, uygulamada rastlanılan pek çok sorun anlatım dışı bırakılmıştır ve kısaca açıklanan uygulamanın yasal bir dayanağı yoktur.

3. Yukarıda aktarılanlar ışığında ve İHAM'ne ait bir kararın [“... *İHAM şöyle demektedir: 'Eğer bir kişi iddia makamında bulunduktan sonra aynı davada yargıç olarak oturuyorsa, halk, tarafsızlık güvencesini yeteri kadar sağlayamayacağından korkmakta haklıdır'.<sup>61</sup> Nitekim yukarıda verilen İtalya ve ABD örneklerinde de disiplin cezası verilmesini öneren kişilerin veya onların hiyerarşik olarak astlarının karar veren organ içinde yer almaları söz konusu değildir. (...)*”<sup>62</sup>] uyarlanması ile eğer idari yargı kararlarının uygulanmaması sebebiyle şikâyet edilen kişi hakkında, soruşturma izni vermek/vermemek tahtında bulunan kişi de suçun şeriki ise, yakınıcı tarafsızlık güvencesinin yeterince sağlanamayacağından ve lehine verilen idari yargı kararının ilânihaye uygulanmayacağından korkmakta haklıdır denilebilecektir.

**4. Suç Duyurusuna Konu Edilen İdari Yargı Kararının Gerekçesinde İdari Yargı Kararının Uygulanmadığı İdari Yargıç Tarafından Saptanmış İse Bu Durumda Bile Soruşturma İzni İstenilebilecek Midir?** İdari Yargı Kararlarının uygulanmamasının, idarelerin “yaratıcılığı” ile ortaya çıkan türleri yukarıda kısaca tanımlanmış olup, sayılan türlere bağlı olarak yapılan suç duyurularında, Cumhuriyet Başsavcılıklarınca iddianame tanzimi sırasında da, “İdari Yargı Kararının ne suretle uygulanmadığı” yönünde ayrıca bir saptama yapılmasına ihtiyaç duyulabileceği ve soruşturma izni kurumunun bu sebeple de “gerekli” olduğu söylenilebilecekse de, **bu halde de kabul** edilemez durumda olan soruşturma izni kurumunun, bir an için, bu sebeple gerekli olduğu düşünülse bile, idari yargı kararının uygulanmadığı hususu doğrudan doğruya idari yargı kararının gerekçesi tahtında saptanmış, davaya konu işleme yönelik olarak yürütmenin durdurulması kararı ya da işlemin iptali kararı bu sebeple verilmiş ise ve suç duyurusu tam da bu içerikteki bir karar yönünden yapılmış ise bu suç

61 Piersack v. Belgium, 01.10.1982, para.30.

62 Doç. Dr. Sibel İNCEOĞLU, “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, Danıştay Başkanlığı, Sempozyum Ankara 10 Mayıs 2007 139. Yıl, s.105; Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:74, 2008/Ankara.

duyurusunda da soruşturma izni istenilecek midir? Böylesi bir durumda, İdari Yargıcın idari yargı kararının uygulanmadığı yönünde yargısal gerçeklik düzeyinde yaptığı saptama; soruşturma izni isteyen Cumhuriyet Savcısınca ve soruşturma iznini vermek/vermemek tahtında olan amir tarafından yeniden mi saptanacaktır? İdari Yargı Yerince verilen karara bu suretle müdahale edilebilecek midir? Yine bir an için, bu halde bile soruşturma izni istenildiği ve bu halde bile soruşturma izni verilmediği aşamada, yapılacak “itiraz” sonucunda İdari Yargı Kararı Bölge İdare Mahkemesi ya da Danıştay Birinci Dairesi'nin denetimine sunulmuş olmayacak mıdır? Oysa ortada “itiraz” vardır ve “temyiz” yoktur. Ve bir İdari Yargı Yerince idari yargı kararının uygulanmadığı yönündeki saptama, ortada temyiz işlemi olmaksızın üst dereceli bir başka İdari Yargı Yerinin denetimine tabi tutulmaktadır. Yargı Yerlerinin birbirlerinin kararlarına yönelik olarak, o kararlara müdahale niteliği taşıyan, kararı yeniden irdelemeye tabi tutmak/dolaylı yollardan karar üzerinde yeniden denetim yapmak/karara rağmen o kararın konu edildiği bir başka yargılamada yeniden delil toplamak, vs yönde tasarruf haklarının olmadığı verili mevzuat ve uygulama ortamında; soruşturma izni kurumu, bu “yasaktan ve yerleşik ilkeler”den bağışık mı tutulacaktır? Benzeri nitelikteki soru ve sorunların çoğaltılabileceği açık olmakla birlikte, çözümün, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında, zaten yasal dayanağı olmayan, “soruşturma izni” istemek kurumunu tamamen ortadan kaldırılması, bu yöndeki uygulamadan vazgeçilmesi ile sağlanacağını kabulü zorunludur. Aksi takdirde, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında, suç duyurusuna konu edilen İdari Yargı Kararının gerekçesinde, İdari Yargıç tarafından İdari Yargı Kararının uygulanmadığı yönünde bir saptamanın olup olmadığı'na göre bir ayrıma gidilecektir ki, bu dahi **yeni bir sorun olarak** ortaya çıkacaktır. Bu bent altında yapılan açıklamaların daha net bir öbiçimde gzlenebilmesi uğruna; yargı yerlerinin birbirlerinin kararlarına ilişkin olarak yaptıkları nitelemelerin ve doktrinin bu hususa nasıl yaklaştığının kısaca aktarılması gerekmiştir:

4.1. “... Bir davada ileri sürülen maddi olguları belirlemek, hukuki değerlendirmesini yapmak, uygulanacak yasa maddelerini bulmak ve uygulamak, hâkimin doğrudan görevidir. (...) hukuki sorunun taraflarla



*ilgili alınmış ve hukuken bağlayıcı idare mahkemesi kararı çerçevesinde değerlendirilerek çözülmesi gerekir. Bu hususları belirlemek görevi, taraflar arasındaki davaya bakan idare mahkemesininindir. (...) hukuki sorunun, gelişen somut olayın özelliği taraflarla ilgili alınmış ve hukuken bağlayıcı İdare Mahkemesi kararı çerçevesinde değerlendirilerek çözülmesi gerekir. (...) İşte bu değerlendirmeyi yapmak; (...) idare aleyhine açılmış taraflar arasında mevcut davaya bakan İdare Mahkemesi olacağına duraksamaya yer olmamalıdır. Bu bakımdan, bu davada ileri sürülen ve dayanılan olgular ancak İdare Mahkemesi'nin kararına karşı temyiz (...) nedeni olabilir. (...)” (Yargıtay 13.H.D.,1994/694 E.,1994/4914 K. ve 16.05.1994 T.),<sup>64</sup>*

**4.2.** “... kamu zararı olduğu gerekçesiyle davalıların sorumlu olduklarının benimsenmiş olması halinde dahi, ödeme yapan davalılar, kendilerine ödeme yapılan ilköğretim müfettişlerine rücu etmek istediklerinde, yukarıda belirtilen idari yargı kararlarının bu rücuca hukuki açıdan engel oluşturacağı aşıkardır. Dolayısıyla, böyle bir kabul halinde bir tarafta adli yargının zarardan sorumlu tutan kararı ile diğer tarafta zararın gerçekleşmediğini kesin olarak belirleyen idari yargı kararı arasında çelişki doğacak; bu durum Anayasa'nın 2. maddesiyle toplum yaşamında eşitlik temeline dayanan hakça bir hukuk düzeni kurulmasını amaçlayan hukuk devleti ilkesine aykırı düşecektir. (...)” (HGK, 29.06.2011 T., E:2011/4-206, K:2011/461),

**4.3.** “... Bir kamu görevlisinin, üzerine atılı disiplin suçu, aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliği taşıyorsa ve ceza yasasına göre yapılan soruşturma veya yargılama sonucunda ilgili suçsuz görülmüşse, artık ilgilinin üzerine atılı suçu işlemediğinin kabulü zorunludur. Ceza yasasına göre yapılan soruşturma veya yargılama sonucu saptanamayan bir suçun disiplin soruşturması dayanak alınıp işlenmiş olduğunun kabulüne olanak yoktur. (...)” (Danıştay 10.D., 12.11.1984 Gün ve

63 “... 4483 sayılı Kanun memurun yargılanabilmesini yine idarenin değerlendirmesine bırakmaktadır. (...)” ÇAĞLAYAN, y.a.g.y., s.310; “Görüldüğü üzere, yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle yapılacak soruşturmaların diğer görevden kaynaklanan suçların soruşturulmasından hiçbir farkı bulunmamaktadır. Bu durum ise, ceza yargılamasından beklenen yararı sağlamamaktadır. (...)” İbrahim PINAR, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Anayasa Mahkemesince İptal Edilen Hükümlerin Yeniden Yürürlüğe Konulması, s.234; (Yayınevi yok), 2008/Ankara.

64 Zafer ERGÜN, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, s. 379 vd., Adalet Yayınevi, 2005/Ankara.

65 Dr. Zehreddin ASLAN, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları, s.34; Alfa Yay., 2001/İstanbul.



**E:1984/907, K:1984/1860 sayılı kararı),<sup>65</sup>**

**4.4.** “... Özellikle suçun manevi ve maddi unsurunun mevcudiyetine ilişkin ceza hâkiminin verdiği karar disiplin soruşturmasında da uygulama alanı bulabilmelidir. (...) kaldı ki, AYmd. 138/4'de 'Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; (...)’ hükmünün bulunduğudur. (...) Eğer sanığın isnat olunan fiili işlemediği sabit olmuş veya işlediği sabit olmamış (delil yetersizliği) veya işlediği fiil kanunda suç olarak gösterilmiş fiillerden değilse veya suç olmaktan çıkarılmışsa verilecek karar beraattır ve bu karar eğer delil yetersizliğinden dolayı verilmişse disiplin soruşturmasını bağlamaz. (...)”<sup>66</sup>

**4.5.** “...ceza yargılaması sonucunda verilen beraat kararı ancak suçun unsurları oluşmadığı veya suçun adı geçen memur tarafından işlenmediği gerekçeleri ile verilmişse, disiplin cezası yönünden bağlayıcı olmaktadır. (...)”,<sup>67</sup>

**4.6.** “... aynı maddi olay hakkında birbirine zıt iki karar olamaz ve eğer böyle bir karar varsa yargı mercilerince maddi olay hakkında verilmiş olan karar kesin hüküm teşkil edeceğinden ceza mahkemesinin kararına üstünlük tanınır. (...)”,<sup>68</sup>

**4.7.** “... Ceza yargılaması sonucunda verilen beraat kararı suçun unsurları oluşmadığı gerekçesiyle verilmişse mahkemenin söz konusu kararı disiplin cezası yönünden bağlayıcı olur. (...)” (D.3.D., 30.3.1979 Gün ve E:1979/187, K:1979/253 sayılı kararı; aynı yönde, D.10.D., 30.5.1990 Gün ve E:1990/1731, K:1990/1248 sayılı kararı),<sup>69</sup>

**4.8.** “... [Özel hukuk sözleşmeleri hususunda] adli yargı yargıcı, iptal davası yargıcı tarafından verilmiş bulunan kararla aynı şekilde bağlıdır (...) Adli yargı yargıcı ancak idari yargı yargıcının kararından sonuçlar çıkarabilir (Pauyaud, s.324). (...) İdari yargı yargıcının yetki konusunda yapmış bulunduğu değerlendirme adli yargıcı bağlar. (...)”

66 Yrd. Doç. Dr. Oğuz SANCAKDAR, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetim*, s. 274, 276; Yetkin Yay., 2001/Ankara; “... Kaldı ki, adli yargıda verilen takipsizlik ya da beraat kararlarının delil yetersizliğine dayanması halinde bu delillerin (...) idari yargı yerlerince serbestçe takdir edilmesi de doğaldır. (...)” (D.10.D., 14.10.1992 Gün ve E:1990/4530, K:1992/3596 sayılı kararı), aktaran: Kazancı Bilişim.

67 ASLAN, y.a.g.y., s.33.

68 Ahmet TAŞKIN, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, s. 133; Seçkin Yay., 2006/Ankara.

69 TAŞKIN, y.a.g.y., s.133.

*İptal davası yargıcı tarafından çözülen hukuki sorunun bir başka yargı merci tarafından tekrar incelenemeyeceği ve verilmiş bulunan bu kararı tanımayarak karar veremeyecekleri kesindir. (...)*,<sup>70</sup>

**4.9.** Yukarıda yapılan açıklamalara rağmen, “İdari Yargı Kararının etkisizleştirildiği yönündeki saptamanın Adli Yargı Yargıcı tarafından yapılamayacağı, böylesi bir saptamanın İdari Yargıç tarafından yapılmış olması halinde Adli Yargıç tarafından dikkate alınabileceğini, bu yönde İdari Yargıç tarafından yapılan bir saptama yok idi ise bu saptamayı Adli Yargı Yargıcı yapmak suretiyle önüne gelen çekişmeyi çözemeyeceği” iddia edilmiş ise de,<sup>71</sup> bu yaklaşım uygulamada benimsenmemiştir:

**4.10.** “... Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 24.9.1979 gün ve 7/2 sayılı kararında da, yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğunun bulunduğu belirtilerek, yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin, zararın gerçekleşmesi halinde tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğu, sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket ettiklerinin araştırılmasına gerek bulunmadığı kabul edilmiştir. / Diğer bir anlatımla zarar gören, yargı kararını davalının kasten uygulamadığını kanıtlamakla yükümlü olmadığı gibi davalı da kastının bulunmadığını kanıtlamakla sorumluluktan kurtulmaz. / 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 28.maddesinde düzenlenen 30 günlük sürenin ilgilinin eylemli olarak göreve başlatılması için öngörülen en fazla süre olduğu anlaşılmaktadır. Bu süre içinde ilgilinin göreve başlatılmasına yönelik işlemlerin başlatılmış olması yargı kararı gereğinin yerine getirildiği biçiminde yorumlanamaz. / Dava konusu olayda, hakkında verilen yürütmenin durdurulması kararı biçimsel olarak uygulanan davacı, bunun hemen arkasından başka yerde görevlendirilerek idare mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararı **etkisiz hale getirilmiştir**. Ayrıca, iptal kararına yönelik ilk işlem

70 **Doç. Dr. Murat SEZGİNER**, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, s. 169; Yetkin Yay., 2000/Ankara.

71 “... Bir işlemin, yargı kararı etkisiz kılma amacını taşıyıp taşımadığı idari yargı mercilerince incelenmekte ve neticede sebep ve konu öğeleri yönünden hukuka aykırılığı tespit edilen işlemler iptal edilmekte, yargı kararından uzunca bir süre geçtikten sonra veya hukuken geçerli yeni bir sebep gösterilerek tesis edildiği saptanan işlemlere yönelik açılan iptal davaları ise reddedilmektedir. Dolayısıyla bu işlemlerin, 'yargı kararını etkisiz kılmak amacıyla tesis edildiği' idari yargı makamlarınca tespit edilmedikçe, adli yargıda tazminat taleplerine konu kılınmaları olanaksızdır. (...)” **Prof. Dr. Yahya ZABUNOĞLU** (11 Ağustos 2008, Özel Arşiv).

*30 gün dolmadan gerçekleştirilmiş olmasına karşın, davacının yasada öngörülen 30 günlük sürede eylemli olarak göreve başlatılması sağlanmamıştır. (...)” (4.H.D., 2009/11648 E., 2010/11256 K. Ve 02.11.2010 T.).<sup>72</sup>*

**4.11.** İdari Yargı Kararları karşısında Adli Yargı Yargıcının tutumu ve Adli Yargı Kararları karşısında İdari Yargı Yargıcının tutumu yukarıda açıklandığı gibi olmakla; İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında soruşturma izni istemek yönünde Cumhuriyet Savcısının tasarruf hakkı bulunduğunu, soruşturma izni vermek vermemek yönünde İdari Mercilerin İdari Yargı Kararı üzerinde tasarruf haklarının bulunduğunu söylemek ve kabul etmek mümkün değildir.

**5.** İdari Yargı Kararının uygulanmaması eylemi sebebiyle açılan kamu davasında, sanık memur (ya da diğer kamu görevlisi) hakkında ceza tecziyesi yoluna gidilmesi, kararın uygulanmasına kaim değildir ve İdari Yargı Kararı yapılan yeni başvuruya rağmen yine uygulanmamış ise memur hakkında yeniden suç duyurusunda bulunulabilecektir. Bu durumda dahi soruşturma izni alınacak mıdır? Yüksek Danıştay İkinci Dairesi'ne ait 6.2.2003 gün ve E:2002/1161, K:2003/226 sayılı kararda

*“...(H)ukuken geçerli olan idari yargı kararının yakınıcının isteğine rağmen uygulanmaması biçiminde tezahür eden adı geçenin eylemi, ikinci bir suçu oluşturur. İdari yargı kararının uygulanmaması nedeniyle bir kez mahkûmiyet kararı verilmesi ya da davanın ertelenmesi kararın ilelebet uygulanmaması sonucunu doğuramaz. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 3.10.1994 gün ve E:1994/4-190, K:1994/209 sayılı kararı<sup>73</sup> da bu yöndedir.”<sup>74</sup> (...)”* denilmiş olup, aslen bent başlığında sorulan soru'nun,

<sup>72</sup> Özel Arşiv.

<sup>73</sup> “... Her ne kadar Özel Daire sanığın idari yargı kararını belirli bir zaman süresinde uygulamamaktan ibaret eyleminin tek suçu oluşturduğunu benimseyerek hükmü bozmuşsa da, İdari Yargı Kararını uygulamaması nedeniyle, 08/09/1991 gün ve 3 sayı ile verilen yargılamanın gerekliliği kararı üzerine sanığın eylemi hukuki kesintiye uğramıştır. Bundan sonraki aşamada hukuken geçerli olan idari Yargı Kararının isteğe rağmen uygulanmaması biçiminde tezahür eden sanığın eylemi ikinci bir suçu oluşturmuştur. Zira İdari Yargı Kararının uygulanmaması nedeniyle bir kez mahkûmiyet kararı verilmesi artık o kararın uygulanmaması sonucunu doğuramaz. 2709 Sayılı 1982 tarihli T.C. Anayasasının 138/4ncü fıkrasında; 'Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.' hükmü yer almaktadır. Sanığın idari yargı kararını uygulamaması nedeniyle hakkında dava açılmasından sonra, bu kararı uygulamama biçiminde süregelen eyleminin yeni bir suç oluşturmadığını ve aynı konuda idari yargıdan yeni bir iptal kararı alınması gerektiğini benimsemek Anayasanın açıklanan ilkesine ve genel hukuk kurallarına uygun değildir. İdari Yargı iptal kararı hukuken geçerliliğini korumakta olup, idarenin mutlaka bu kararı yerine getirmesi gerekmektedir. Hukuki kesintiden sonra süregelen ve yinelenen sanığın eylemi, suçu ikinci kez ve yeniden oluşturduğundan dinleme kararı isabetlidir. (...)” (CGK, 3.10.1994 gün, E:1994/4-190, K:1994/209), Kazancı Bilişim.

<sup>74</sup> Danıştay İnternet Sitesi.

bir “sorun” olarak Yüksek Danıştay önüne götürüldüğü, aktarılan kararın bu suretle verildiği ve soru'nun yanıtının kararın kendisi olduğu söylenilebilecek ise, bu yalnızca “soruşturma izni” kurumunun nasıl bir vahamete yol açtığına da bir başka göstergesi sayılmalı ve uygulama, İdari Yargı Kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan suç duyurularında “soruşturma izni” kurumundan bir an önce arınmalıdır.

#### KAYNAKÇA

**AKINCI, Müslüm;** *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhankitabevi, 2008/Ankara,

**ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz;** “Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısında Durumu”, Başlıklı Bildirisi, *Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü 139.Yıl*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008/Ankara,

**ALTAY, Evren;** *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Turhan Kitabevi, 2004/Ankara,

**ASLAN, Zehreddin;** *657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları*, Alfa Yay., 2001/İstanbul,

**AŞÇIOĞLU, Çetin;** *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sorumluluk*, Cumhuriyet Gazetesi Bilim ve Teknoloji Eki, S.1028 (1 Aralık 2006),

**ATICI, Ekrem;** *Yürütmenin Durdurulması ve İptal Kararlarının Uygulanmaması ve Sonuçları* isimli makalesi (Erişim Tarihi: 27.10.2010),

**BIÇAK, Vahit;** *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., 2010/Ankara,

**CANDAN, Turgut;** *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Bağlamında Memurin Muhakematı Hakkında Kanuna Bakış*, Yeni Türkiye, “Siyasette Yozlaşma” Özel Sayısı, Mart-Nisan 1997, Sayı:14,

**CANDAN, Turgut;** *Açıklamalı İdari Yargılama Usul Kanunu*, Maliye ve Hukuk Yay., 2005/Ankara,

**ÇAĞLAYAN, Ramazan;** *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Asil Yay., 2004/Ankara,

**ÇETİN, Erol;** *Açıklamalı İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları*, Seçkin Yay., 2003/Ankara,

**ÇİÇEK, İbrahim;** *Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında 4483 Sayılı Kanun*, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2008/İstanbul,

**DOĞRU, Osman;** *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Legal Yayıncılık,

2008/İstanbul,

**DOĞRU, Osman;** *Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler*, Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl, 11 Mayıs 2007, Danıştay Yay., 2008/Ankara,

**DURAN, Lütfi;** *Yüksek Memurların Yargı Yolu İle Korunması*, Yavuz ABADAN'a Armağan, 1969,

**ERDEM, Mustafa Ruhat;** *Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri*, Seçkin Yay., 2004/Ankara,

**EREN, Hasan-ZÜLFİKAR, Hamza;** *Anayasa Sözlüğü*, Türk Dil Kurumu Yayınları (519), 1985/Ankara,

**ERGANİ, Namık Kemal - KARAHANOGULLARI ERDEM, Özlem - GENÇAY KARABULUT, Şehnaz - KARABULUT, Mustafa;** *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, (Genel Rapor) Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Derneği VIII. Kongresi, Madrid, 26-28 Nisan 2004, Danıştay İnternet Sitesi,

**ERGÜN, Zafer;** *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, Adalet Yayınevi, 2005/Ankara,

**Goethe, Faust**, Yazko Yay., 1983/İstanbul [Çev.: Hasan İzzettin DİNAMO],

**GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat;** *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, Kazancı Huk. Yayınları, İstanbul,

**GÜÇLÜ, Yaşar;** *Danıştay ve Yargıtay İçtihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Seçkin Yay., 2010/Ankara,

**İNCEOĞLU, Sibel;** *Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi*, Danıştay Başkanlığı, Sempozyum Ankara 10 Mayıs 2007 139. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:74, 2008/Ankara,

**İNCEOĞLU, Sibel;** *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Beta Yay., 2005/İstanbul,

**KARAHANOGULLARI, Onur;** *“İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorununa Danıştay Başsavcılığının Müdahale Olanakları”*, Mülkiye, cilt XXIX, sayı 279, (Kış/2005),

**Kazancı Bilişim (Paket Hukuk Programı),**

**KUNTER, Nurullah,** *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Kazancı Hukuk Yay., 1986/İstanbul,

- KURU, Baki;** *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Demir Demir Yay., 2001/İstanbul,
- MALKOÇ, İsmail;** *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun Karşısında Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*, Malkoç Kitabevi, 2006/Ankara,
- MUMCU, Uğur;** *Türk Hukukunda İptal Kararlarının Yerine Getirilmesi ve Sorumluluk*, AHFD, 1970 [Erişim için, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnternet Sitesi],
- ÖMEROĞLU, Ömer;** *Ceza Hukuku Açısından Hukuksal İlişki Kavramının İncelenmesi (Öznel Arası İlişkiler Boyutuyla Ceza Hukuku)*, Yetkin Yay., 2010/Ankara,
- ÖNEN, Ergun;** *İnşai Dava*, AÜHF Yay., 1981/Ankara,
- ÖZEK, Çetin;** *Türk Ceza Kanunun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar*, Sulhi Garan Matbaası, 1976/İstanbul,
- PINAR, İbrahim;** *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Anayasa Mahkemesince İptal Edilen Hükümlerin Yeniden Yürürlüğe Konulması*, 2008/Ankara,
- SANCAKDAR, Oğuz;** *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetim*, Yetkin Yay., 2001/Ankara,
- SELÇUK, Sami;** *Memur Yargılaması Bütünüyle Adli Yargıya Verilmeli*, Yeni Türkiye, “Siyasette Yozlaşma” Özel Sayısı, Mart-Nisan 1997, Sayı:14,
- SEZGİNER, Murat;** *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yay., 2000/Ankara,
- TAŞKIN, Ahmet;** *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, Seçkin Yay., 2006/Ankara,
- TÜRMEEN, Rıza;** *İleri Demokrasi*, Milliyet, 11.10.2010 Tarihli Nüsha,
- ULER, Yıldırım;** *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, 1970,
- UZUN, Elif;** *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Beta Yay., 2007/İstanbul,
- ÜNVER, Yener;** *Adliye Karşı Suçlar*, Seçkin Yay., 2010/Ankara,
- YOKUŞ, Sevtap;** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, Yetkin Yay., 2002/Ankara
- ZABUNOĞLU, Yahya;** (11 Ağustos 2008).



---

Prof. Dr. ERZURUMLUOĞLU VE Yök Hukukunda  
YARGININ AKLININ TUTULMASI

---

Prof. Dr. MUSTAFA ALTINTAŞ





## I. GİRİŞ

Sevgili Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu'na armağan olarak hazırlanan bu yapıtta yer bulabilmek benim için yalnızca onurlandırılmak anlamı ile, Sevgili Erzurumluoğlu'na ödenmesi olanaksız olan borçlarımdan bir taksitini yerine getirme anlamına gelmektedir.

Sevgili Erzurumluoğlu ile olan bağlantım, 1969'da katıldığım akademik meslek nedeni ile oluşmuş, gelişmiş ve sürmektedir. Akademik mesleğe, Adana İTİA (şimdiler Çukurova Üniversitesi İİBF) İktisat Kürsüsü Asistanı olarak başladım. Farklı kurumlarda başlayan, sonra aynı kurumda süren ve şimdiler farklı üniversitelerde sürmekte olan dostluğumuz, ağabey-kardeş ilişkimizin bana verdiği güveni hep duyumsatmıştır. Bu güven duygusunun varlığı, yalnız bana özgü olmayıp, Sevgili Prof. Dr. Erzurumluoğlu'na sorunlarını ileten herkes için de geçerlidir.

Sevgili Prof. Dr. Erzurumluoğlu, mesleksel-akademik yaşamının büyük bölümünü Ankara İTİA'nde geçirmiş, Akademik kurum ve kurullarda üyelik ve başkanlık yapmıştır. Bazı kimseler vardır ki, bulundukları, görev yaptıkları kurumların, kuruluşların “**vicdanı**”, “**güven sigortası**” işlevini de üstlenirler. Bu kimseler, o kurumların, çalışanlarına karşı haksız, hukuksuz işlemlere yönelmeleri önleyici en büyük engeli oluştururlar. Başı sıkışan, yönetim ile sorunu olan ve hatta dışarıda haksız bir eylem ve işleme konu kılınan kimselerin sığınak ve koruganlık gereksinimlerini bu türden kimseler omuzlarlar. Sevgili Prof. Dr. Erzurumluoğlu bu ender kişilerden, vicdanlardan ve hukuk adamlarından birisi ve önde gidenidir.

Kendimden örneklemek isterim. Meslek yaşamımın bir döneminde, sonradan Danıştay tarafından mahkum edilecek bir işleme muhatap olmuştum. Dava sürerken, Ankara İTİA'nin, kendisine bağlı bulunan “**İTİA Muğla İşletmecilik Yüksek Okulu**” için açtığı “**öğretim görevliliği**” kadrosu için

başvurmuştum. Koşulları taşımam nedeni ile İktisat Doktoru olarak yaptığım başvurumun, öteki başvurularla değerlendirildiği Profesörler Kurulu toplantı salonunun önünde sonucu beklerken, toplantının sonlarına doğru, içeriden bir gürültünün, yüksek sesle tartışmaların yankılanmasını duyduk. Toplantının bitmesinden sonra, sonuçları öğrenmenin heyecanının önüne, içerdeki gürültü ve yüksek sesle tartışmanın nedenini öğrenmek geçmişti. Toplantı sırasında, başvurular, hemen hiç itirazsız oylanır ve kabul edilirken, sıra benim atanmamın oylamasına geldiğinde, Kurul üyelerinden bir profesör(1) benim atanmamı önlemek amaçlı olarak, **“toplantı ve karar yeter sayısının kalmadığını”** belirterek, toplantının sona ermesini istemiş. Bu istem ve bu istemin bana yönelik bir siyasal tavırdan kaynaklandığı düşüncesi ile Sevgili Prof. Dr. Erzurumluoğlu, **“öteki oylamalar ve atamalar sırasında toplantı ve karar yeter sayısı aranmazken, bu arayışın sıra Mustafa Altıntaş için aranır olmasının kasıtlı bir davranış olduğunu, siyasal amaç taşıdığını, öncekilerde de yeterli çoğunluğun olmadığını, bu nedenle bütün atama ve oylamalara karşı oy koyacağını”** belirterek itiraz etmiş. İtirazlarını geri çekmesinin koşulu olarak da, bana karşı sergilenen haksızlıktan vazgeçilmesinde ısrar etmiş. Sevgili Prof. Dr. Erzurumluoğlu'nun bu yiğitçe davranış ve tutarlılığı, meslek yaşamımı Muğla'da sürdürmeme kaynaklık etmiştir.

Sonraki bana karşı sergilenen yada sergilenmek istenilen her hukuksuzlukta, her yasadışı işlemde sığınağım ve koruyucu meleğim, Erzan Ağabey olmuştur. 12 Eylül 1980 Darbesi ve Askeri Yönetimi sırasında da, yürütmekte olduğum Muğla İşletmecilik Okulu Müdürlük görevimden alınmamda olsun, tutuklanmam ve yargılanmam sırasındaki içten ve gönülden desteğini, yardımını esirgememesi, herkesin örnek alacağı erdemli bir davranış olarak belleğimde, yüreğimde yer tutmuştur. Özellikle faşist yönetim döneminde herkes, egemen gücün karşısında un-ufak olurken, dönme ve dönekliğin iç bulantısı yaratan örneklerini utanmazca sergilerken, Sevgili Erzan Ağabey, benim için hem direnç göstermemin ve hem de ezilmememin en büyük kahramanı olmuştur. Kırk iki yılını tamamladığım akademik meslek yaşamımda, haksızlık ve hukuksuzluklar karşısında direnç gösteren, karşı koyan davranışlarımdan kökeninde Sevgili Erzan Ağabeyce sergilenen bu tavır bulunmaktadır. Akademik yaşamım boyunca kendimi örneklemek istediğim kişi olmuştur. Kendisine, bu armağan ile, borçlarımdan yalnızca çok küçük bir bölümünü ödeme fırsatını bulabileceğimi biliyorum..

Ankara Barosu'nun, önceki başkanlarından birisi olan Sevgili Prof. Dr. Erzurumluoğlu'nun hem uygulayıcı ve hem de öğretici olarak verdiği emeklerini bir “**Armağan**” ile taçlandırması, sevinilecek ve alkışlanacak bir davranıştır. Bu türden armağan yapıtlarla, yalnızca armağanlara konu olan değerli hukuk emekçileri değil, aynı zamanda armağana konu kılınan hukuk insanlarını bağrında yetiştirmiş, sahiplenmiş kuruluşlar da onur kazanmaktadır. Değerini, sıradanlaşmamadan kazanan bu türden armağan yapıtlar, gelecekte böyle armağanlara konu olma çabalarını da, çalışmalarını da özendirici olacaktır. Ankara Barosu'nun değerli yöneticilerini ve Çankaya Üniversitesi'nin emeğe saygılı üyelerini kutlarım.

Ankara Baromuzun Armağan'ında yer bulmasını istediğim yazı, Sevgili Prof. Dr. Erzurumluoğlu'nun da akademik yaşamında hep karşı çıktığı YÖK Hukuku'na ilişkin ve yargı konusu kıldığım ve ancak onca çabama karşın, yüksek yargı tarafından da pekiştirilen “**akıl tutulması**”nın kanıtını oluşturacaktır. Bu akıl tutulması, yalnızca bir davanın reddi anlamını taşımanın ötesinde, yüksek yargının da, onca gerçek ve önceki benzer davalarda verilen kendi kararları ortada iken, nasıl onarılmaz yanlışlıklara, akıl tutulmasına sürüklendiğini gözler önüne erecektir. Bu ise, bir yurttaş ve hukuk devleti ilkesinden onca yararlanan biri olan benim yüreğimi kanatmayı sürdürmektedir. Günümüzde güzel Silivri ilçemiz ile özdeşleşen “**özel**” yargılama ve ara kararların da anlaşılmasına katkıda bulunacaktır.

(1) Burada anılan kimse, şimdiler dünyamızdan ayrılmış olan bir Anayasa Hukukçusudur. 12 Eylül Anayasası sözcülüğü görevini de yürütmüş olan bu öğretim üyesi ile sonraki ilişkilerimi de burada belirtmekte yarar bulunmaktadır. Bir gün Anadolu Kulübü'ne yemek için gittiğimde kendileri ile karşılaştım. Yanında adaşım olan oğlu bulunmakta idi. Beni masalarına davet etti ve oğluna dönerek “**bu adama iyi bak, O'nu iyi tanı**” dedi ve atanmam sürecindeki engelleme girişimini aktararak, “**benim bunca haksız ve kötü davranışma karşın, bana karşı davranış olgunluğunu hiç değıştirmedii**” diyerek beni oğluna karşı övdü ve örnek almasını söyledi.

## II. YÖKHUKUKU

12 Eylül 1980 Askeri Darbesi ve yönetiminin hedef aldığı ve yeniden biçimlediği Anayasal kurum ve kuruluşlar arasında üniversite de bulunmaktadır. Darbe yönetimi Anayasayı, hukuk devletinin ilke ve kurallarını, TBMM'ni ortadan kaldırmış, O'na vücut veren siyasal partileri kapatmış, katılımcı demokratik yönetiminin olmazlarından olan işçi

sendikalarını, meslek örgütlerini, demokratik kitle örgütlerinin kapılarına kilit vurmuş ve bunların yöneticilerini tutuklayarak, kendi oluşturduğu güdümlenen yargılama yerlerinde, mahkum etmiştir. Yasama yetkisini, yürütme yetki ve görevini, yargı yetkisini tek elde toplayan ve Milli Güvenlik Konseyi diye adlandırılan Cunta'nın üniversiteyi, **“özerk ve özgür”** bir vaha olarak görmezlikten gelmeyeceği bir gerçektir ve bu gerçekleşmiştir.

Darbe'nin, ilk biçimlendirdiği alanlardan birisi de **“yükseköğretim”** olmuştur. 12 Eylül Anayasası olarak adlandırılan 2709 Sayılı yasanın kabul tarihi olan 7 Kasım 1982'den tam bir yıl önce, 6 Kasım 1981'de, 2547 Sayılı Yükseköğretim Yasası yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tek başına bu bile, Askeri Cunta açısından, toplumun akli ve duyuncu olması gereken üniversitenin, **“merkezi ve baskıcı tek el ile yönetilmesi isteğinin”** yadsınmaz kanıtını oluşturmaktadır.

Faşist bir yönetiminin üniversitelere giydirdiği deli gömleğinin tek aracı 2547 Sayılı Yasa olmamıştır. Sonradan 12 Eylül Anayasası'nda da yerini bulacak **“Yükseköğretim Kurulu”**, Cuntanın kışlaya dönüştürülen üniversitede **“merkezi komutanlık”** işlevini üstlenmiş ve bir **“karabasan”** gibi, üniversiteler ve akademiya dünyası üzerindeki ürkütücü konumunu sürdürmektedir.

12 Eylül Düzeni'nin ve 12 Eylül Hukuku'nun ortadan kaldırılması, hatta 12 Eylül Cuntası'ndan yaşamda kalanlarının yargılanması girişimlerine tanıklık etmekteyiz. Örneğin, TBMM 24. Dönem çalışmalarının başat konusunu **“12 Eylül Anayasası”**nın yerine, bütünlükçü yeni bir Anayasa yazma oluşturacağı beklentisi bulunmaktadır. Buna karşın, 6 Kasım 1981'den bu yana yapılan genel seçimlerde tüm siyasal partilerin seçim bildirgelerinde yeniden biçimlendirme ve bazılarının ortadan kaldırma sözünü verdikleri **“YÖK Sistemi”** ve **“Yükseköğretim Kurulu”**, giderek artan baskıcı ve merkezi yapısını sürdürmektedir. Anayasanın hemen hemen tek dokunulmayan maddeleri, YÖK Sistemi ile YÖK'nu düzenleyen 130 ve 131 inci maddeleridir. Sanırım, 12 Eylül Anayasası, 12 Eylül Rejimi bütünüyle ortadan kaldırılsalar da, YÖK Sistemi ve YÖK varlığını sürdürecektir. Çünkü, her siyasal iktidar, üniversiteyi denetimi altında tutmanın yararlarını yaşayarak gördü ve şimdiler **“kentte, ilçede, beldede yükseköğretim kurumu açmak”** siyasal getirisi olan bir girişim özelliğini kazanmış bulunmakta.

Bu yazının amacı, YÖK Sistemi ile sistemin başat organı olan Yükseköğretim Kurulu olmadığından, bu alandaki değerlendirmeyi burada

sonlandırmak istiyorum. Başat konumuzu, 2547 Sayılı Yasanın 53/b ile 65/a-9 maddesi uyarınca YÖK'nun görevleri arasında sayılan **“Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği”** oluşturmaktadır.

### III. YÖK'TE HUKUK DEVLETİNE AYKIRI DİSİPLİN HUKUKU

2547 Sayılı Yasanın 53/b maddesi; **“öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir”** derken, bu maddeye dayalı olarak çıkartılacak disiplin yönetmeliğin sınırları, 65/a-9 maddesinde, **“öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususlar”** olarak belirlenmiştir.

Yasanın 53 ile 54 üncü maddelerini içeren **“Dokuzuncu Bölüm“, “Disiplin ve Ceza İşleri”** başlığını taşımaktadır. 53 üncü madde, **“Genel Esaslar”** başlığı altında, **“disiplin amirlerini”, “disiplin kurullarını”** tanımlar, **“ceza soruşturması yöntemine”** yer verirken, yükseköğretim kurumlarında ve kurullarında çalışanlarla ilgili **“disiplin suç ve cezaları”** yer vermemiştir. Buna karşın, bir sonraki madde olan ve **“Öğrencilerin Disiplin İşleri”** başlığını taşıyan 54 üncü maddede, öğrencilerin hangi eylem ve işlemlerinin disiplin suçunu oluşturacağı, bunlara ilişkin verilebilecek disiplin cezaları gösterilmiştir.

Anayasa'nı 130 ile 131inci maddelerine kaynaklık edecek 2547 Sayılı Yasanın bıraktığı boşluğu, Yükseköğretim Kurulu kendine görev bilerek, kendisini Yasama Organı yerine koyarak, üniversite topluluğuna ilişkin **“suç”** ve **“ceza”** koymuştur.

YÖK'nun, Yasanın 53/b ve 65/a-9 maddesi uyarınca çıkardığı Yönetmelik **“Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği”** başlığını taşımaktadır. YÖK'na verilen görevin sınırlarını yukarıda, 2547 Sayılı Yasanın 53/b ve 65/a-9 maddelerinden değiştirmeksizin aktardık. Buna karşın, 21.8.1982 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlük kazanan Yönetmelikte amaç, **“...disiplin cezalarını göstermek...”** olarak tanımlanmıştır (Yönetmelik Md. 1). Yönetmeliğin kapsamı ise ; **“...disiplin suçları, cezaları, bunları vermeye yetkili amirler, disiplin kurulları, disiplin soruşturması, görevden uzaklaştırma ve itiraz usulleri ile uygulama şekli(ni göstermek)... “olarak belirtilmiştir.**

Yürürlük ve yürütme maddesi ile birlikte 54 maddeden oluşan Disiplin

Yönetmeliği'nin İkinci Bölümü “**Disiplin Suçları ve Cezaları**” başlığını taşımaktadır. Yönetmeliğin 4. üncü maddesi ile; “**uyarma**”, “**kınama**”, “**yönetim görevinden ayırma**”, “**aylıktan kesme**”, “**kademe ilerlemesinin durdurulması**”, “**görevinden çekilmiş sayma**”, “**üniversite öğretim mesleğinden çıkarma**”, “**kamu görevinden çıkarma**” olmak üzere 8 tür disiplin cezası yaratılmıştır. Yine Yönetmelik ile disiplin cezasını gerektirecek suçların sayısı ise 97 olarak belirlenmiştir.

#### **A) DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARININ YÖNETMELİK İLE KONULMASININ ANAYASAYA AYKIRILIĞI**

Yönetmelik ile suç ve ceza oluşturulması, öncelikle Anayasa'nın 38 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına aykırılık oluşturmaktadır; Madde, “**ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemleri ancak yasa ile konulur**” demektedir.

Anayasa'nın 124 üncü maddesi; “**yönetmeliklerin yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşulu ile çıkartılabileceğini**” buyurmaktadır.

Yine Anayasa'nın “**Yükseköğretim Kurumları**” başlığını taşıyan 130 uncu maddesi de, yükseköğretim kurumlarındaki “**disiplin ve ceza işlerinin yasa ile düzenleneceğini**” kural altına almıştır.

YÖK'nun yönetmelik ile “**suç ve ceza koyması**”, yukarıdaki Anayasa maddelerine aykırı olduğu gibi, bizzat Yönetmeliğin dayandığı 2547 Sayılı Yasanın 53/b ve 65/a-9 maddesine de açıktan aykırıdır. Çünkü, gerek 53/b ve gerekse 65/a-9 maddelerinde yönetmelik ile düzenlenecek alanlar açıkça sayılmaktadır. 53/b maddesine göre Yönetmelik ile yapılacak düzenlemeler;

- a) disiplin işlemleri,**
- b) disiplin amirlerinin yetkileri,**

olarak sıralanırken, bunlara da devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar sınırlaması getirilmiştir.

65/a-9 maddesi ile Yönetmelik ile belirlenecekler de;

- a) disiplin işlemleri,**
- b) disiplin amirlerinin yetkileri ve**
- c) disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususlar”**

olarak sıralanmaktadır.

Türk Dil Kurumu'nun Türkçe Sözlük'üne göre **işlem**; “**bir işi sonuçlandırmak için yapılan iş yada uygulamaların hepsi**” olarak tanımlanmaktadır. YÖK tarafından Yönetmelik ile yapılması gerekenler, yasa

ile belirlenecek suç ve cezaların işleyişini, uygulanışını düzenlemek (disiplin amirlerinin yetkileri ile disiplin kurullarının oluşturulması ve çalışması ile ilgili hususlar) olup, bunlar arasında “suç ve ceza koymak” yoktur.

## **B. DİSİPLİN YÖNETMELİĞİ'NİN 2547 SAYILI YASAYA AYKIRILIKLARI**

Disiplin Yönetmeliği'nin 3 üncü maddesi, “**Tanım ve Kısaltmalar**” başlığını taşımaktadır. “**Atamaya Yetkili Amir**” tanımı içinde “**dekan**”, “**yüksekokul ve enstitü müdürü**” de sayılmaktadır. Oysa ki 2547 Sayılı Yasanın 52 nci maddesi yükseköğretim kurumlarında atamaya yetkili olan kişinin, tek kişinin “**rektör**” olduğunu, dekanın, yüksekokul ile enstitü müdürlerinin böyle bir yetkiye sahip olmadığını ortaya koymaktadır. Böylece Yönetmelik, üniversite rektörüne özgü bir yetkiyi, Yönetmelik ile başkalarına da dağıtabilmektedir.

2547 Sayılı Yasanın 53/a maddesi, disiplin amirleri ile disiplin kurullarını saymaktadır. Buna göre YÖK Başkanı, YÖK ile üniversite rektörlerinin disiplin amiridir. Disiplin Yönetmeliğinin 17 inci maddesi YÖK Başkanını, üst kuruluşlar ile bütün yükseköğretim kurumlarının disiplin amirliğine yükseltmiştir.

Yasanın 53/a maddesi, disiplin kurulu olarak görev yapacakları “**Üniversite ve Bağlı Birimlerin Yönetim Kurulları**” olarak tanımlamaktadır. Buna karşın Disiplin Yönetmeliği, bunları “**Yüksek Disiplin Kurulu**”, “**Yükseköğretim Kurulunda Genel Sekreterin Başkanlığında Oluşan Kurul**”, “**Üniversitelerarası Kurulda Genel Sekreterin Başkanlığında Oluşan Kurul**”, “**Yükseköğretim Kurumlarının Yönetim Kurulları**” biçiminde çeşitlendirmiştir. Yasa, üniversite, fakülte, yüksekokul, enstitü disiplin kurullarına (bunların Yönetim Kurulu olarak) izin ve olanak verirken, YÖK Genel Kurulu ve Yürütme Kurulunu “**Yüksek Disiplin Kurulu**”na dönüştürülmesi hem Anayasaya ve hem de Yönetmeliğin dayanağı olan 2547 Sayılı Yasaya aykırılık oluşturmaktadır.

Disiplin Yönetmeliği'nin 2547 Sayılı Yasaya ve buradan Anayasaya aykırılığını, Yasanın 7 nci maddesi ile de ortaya koyabiliriz. Yükseköğretim Kurulu'nun görevlerini teker teker sayan bu maddede, Yükseköğretim Kurulu'na verilen disiplin görevi (L) fıkrasında açıkça ortaya konulmaktadır. Bu maddeye göre YÖK, ancak ve ancak rektörlerin disiplin işlemlerini kovuşturabilecek ve karara bağlayacaktır. Yönetmelik, YÖK'e, dayanağını oluşturan 2547 Sayılı Yasada yer almayan öğretim elemanları ve üniversite



çalışanları hakkında disiplin işleklerini soruşturma,kovuşturma ve sonuçlandırma görevini de vermiş bulunmaktadır. Bu yönetmelik hükmü ile YÖK, kendi çıkardığı Disiplin Yönetmeliği ile kendisini, disiplin suçlarını soruşturma,kovuşturma ve sonuçlandırma yetkisi ile donatmıştır. Böylece YÖK, ister Genel Kurul, isterse Yürütme Kurulu olarak, yasaya aykırı olarak, öğretim elemanları ve üniversite çalışanları hakkında disiplin işlemleri ve üniversite çalışanları hakkında soruşturma, kovuşturma ve karara bağlama yetkisini kullanır olmuş ve çok sayıda öğretim elemanı ile çalışanlarının **“canına okumuş”** tur. YÖK Sistemi içinde, canına okunmuşların sayılarına ve atılı suçlamalara erişmek konusundaki başvurmuz, bu türden araştırmaları özendirmesi gereken YÖK Başkanlığı tarafından yanıtı bırakmıştır.

Disiplin Yönetmeliği'nin kendi içindeki hükümler arasında da birbiri ile çelişen, aykırılıklar oluşturan onca düzenleme bulunmaktadır. Ancak,bizim için önemli olan, yukarıda sıraladığımız noktalarda Disiplin Yönetmeliği'nin hem Anayasa'ya, hem de dayandığı 2547 Sayılı Yasaya aykırılığı ortadadır.

Yönetmelik ile, disiplin suç ve cezası, yasa yerine yönetmelik ile konularak, yasaya aykırılık taşımaması gereken Yönetmelik ile, kimi organ ve yetkiler oluşturarak, Anayasa'nın 124 üncü maddesi, yani **“yönetmeliklerin yasaların uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak koşulu ile çıkartılabileceği”** hükmü de açıktan çiğnenmiş ve aynı zamanda **“hiçbir kimse yada organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz”** hükmüne de aykırılık oluşturulmuştur.

#### IV. YARGISAL SAVAŞIM:

Yukarıda açıkladığım nedenlerle, hakkımda yargı tarafından hukuka uyarlı bulunmayarak iptal edilen bir disiplin işlemini gerekçe göstererek, “Disiplin Yönetmeliği'nin iptaline yönelik olarak dava açtım.

2004/3197 Esas ve 2004/4452 Karar sayılı davanın ana eksenini, Yönetmeliğin, Anayasanın **“ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemleri ancak yasa ile konulabilir”** diyen 28 inci maddesine; **“yönetmeliklerin yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşulu ile çıkartılabileceği”** ne ilişkin 124 üncü maddesine ve **“yükseköğretim kurumlarında disiplin ve ceza işlerinin yasa ile düzenleneceğine”** ilişkin 130 uncu maddesine ve bizzat 2547 Sayılı Yasanın 7/L, 52 ve 53/a aykırılıklar oluşturmaktadır.

Danıştay 8 inci Dairesi, 24.11.2004 günlü kararında davamızın omurgasını oluşturan **“Disiplin Yönetmeliği”**nin iptali istemimizi ret etmiştir. Yüksek

Mahkeme,anılan kararında iki sonuca varmıştır. Bunlardan ilki, dava dilekçemizde istem konusu yapmamış olmamıza karşın, Yönetmeliğin iptal edilmesine ilişkin dayandırdığımız Anayasa hükümlerini,“**Anayasaya aykırılık iddiası**” biçiminde algılamış ve olmayan istemimizi, bir üyenin karşı çıkışına karşın, yerinde görmemiştir. Anayasa hukuku açısından öne sürdüğümüz “**ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasa ile konulabilir**” kuralına uyulmayarak, “**ceza ve ceza yerine geçen güvenlik hükümlerinin yönetmelik ile konulmasının**”, hukuk devletinde koruma göremeyeceği ile; “**yönetmeliklerin yasalara aykırı olmamak koşulu ile çıkartılması**” gerektiği olup, yasalara aykırı olarak çıkartılmış yönetmeliğin, “**yok sayılması**” gerektiğidir.

Danıştay 8. Dairesi; 2547 Sayılı Yasanın 53/b maddesine göndermede bulunarak, YÖK'na açıkça düzenleme yapma yetkisi verdiğinden yola çıkarak, dava konusu Yönetmelik hükümlerinin, 2547 Sayılı Yasada belirtilen ilkeler çerçevesinde, **üniversite öğretim üyeliği mesleğinin özellikleri de dikkate alınarak**, disiplin cezalarının amacı, nedenleri, usul ve esaslarına ilişkin genel disiplin hukuku ilkelerine ve hukuka aykırılık içermediği sonucuna ulaşmıştır.

Yüksek Mahkeme, 2547 Sayılı Yasanın 53/b ve 65/a-9 nolu maddelerde YÖK'na verilen görev; “**disiplin işlemlerinin nasıl yapılacağını**”, “**disiplin amirlerinin yetkilerini**”, “**disiplin kurullarının oluşturulması ve çalışmasını düzenlemek**” ile sınırlıdır. Yasanın bu maddeleri, üniversite öğretim elemanları hakkında “**suç ve ceza koyma**”nın Yönetmelik ile konulacağına ilişkin tek bir düzenleme söz konusu değildir. Eğer, böyle bir düzenleme 2547 Sayılı Yasada “**yükseköğretim kurumlarında suç ve ceza Yönetmelik ile konulur**” biçiminde bir düzenleme olsa idi, bu hüküm Anayasa'nın 28 inci maddesine aykırılıktan, iptal edilmesi gereken bir hüküm olurdu. Oysa ki, 2547 Sayılı Yasada Yükseköğretim Kuruluna Yönetmelik ile “**suç ve ceza koyma**” yetkisi vermemiştir. YÖK'nun yaptığı, kendisini “**Yasama Organı**” yerine koyarak, Yönetmelik ile,“**suç ve ceza koymuştur**”. Bu da, Anayasanın “**...hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz**” diyen Anayasanın 6 ıncı maddesine aykırıdır. Yüksek Mahkeme, “**bir işi sonuçlandırmak için yapılan iş yada uygulamaların hepsi**” demek olan “**işlemleri**” sözcüğünü “**suç ve ceza da koyar**” diye değerlendirerek, iptal istemimizi ret etmiştir.

Bu karar üzerine konuyu taşıdığımız Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 16.03.2006 günlü kararı ile, Sekizinci Dairenin kararının bozulması

istemini ret etmiştir.(DİDDK, 2006/106 E ve 2006/127 K.) Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'na yaptığımız temyiz istemine Anayasa Mahkemesi'nin “**T.19.04.1988, E.1987/16, K.1988/8 (AMKD,Sayı 24, s.108-109), “T.31.03.1992, E.1991/18, K.1992/20 (AMKD,Sayı 28,C.1,s.274-276), T.06.07.1993, E. 1993/5, K. 1993/25 (AMKD,Sayı 31, C,1, s.224-226)”** kararları da eklenmiştir. Anayasa Mahkemesi,bu kararlarında “**suç ve cezaların, yönetmelik,karar ve sirküler gibi düzenleyici işlemlerle konulamayacağını”** hüküm altına alırken, hem Anayasanın 38 inci maddesine ve hem de Türk Ceza Yasasının 1 inci maddesinde yer alan “**kanunsuz suç ve ceza olmaz”** ilkesine göndermede bulunmaktadır.

Bütün bu çabalarımız, hukuk devleti ilkelerine, Anayasa ve yasa hükümlerine açıktan aykırı olan bu düzenlemenin yargı yolu ile ortadan kaldırılmasını sağlayamamıştır. Yani, hukuka aykırılık, yasa dışılık, Yönetmeliğin üzerinden otuz yıla yaklaşan sürede varlığını ve hükmünü yürütmektedir. Yükseköğretim kurumlarında yönetici yetki ve görevini eline geçirmişler, her seferinde akademiya topluluğuna karşı bu hukuk dışı ve yasaya aykırı hükümleri, baskı ve yıldırma, cezalandırma aracı olarak kullanmaktadırlar.

İşin üzücü ve insanı kahreden yönü, bu hukuk dışılığın, yasa dışılığın yüksek yargı kararlarına dayalı olarak sürdürülmesidir. Hukuk devleti ilkelerini, yasaların uygulanmasını gözetmekle görevli olan ve bunu “**Türk Ulusu”** adına yapan yüksek yargı organı üyelerine, önceki kararlarını düzeltme amaçlı olarak yazdığım mektubu bir belge olarak bu yazıya eklemek isterim;

“Sayın Yüksek Yargıç,

...

Bu mektubu size, adına yargılama yetkisi kullandığınız Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bir yurttaşı ve cerdiğiniz bir kararın muhatabı, davacısı/doğrudan ilgilisi olmam nedeni ile yazıyorum.

GÜ İİBF İktisat Bölümü Başkanlığını yürütmekteyim. 1969 Martından bu yana akademik kurumlarda görev yapmaktayım. Bu süre içinde akademik kurumlarda “Üniversite Senatosu, Üniversite Yönetim Kurulu üyelikleri, Fakülte Kurulu ve Fakülte Yönetim Kurulu başkan ve üyelikleri, Dekanlık, Yüksekokul müdürlüğü, Enstitü Kurulu ve Enstitü Yönetim Kurulu üyelikleri benzeri” görevler yaptım ve yapmaktayım. Akademiya dışı dünyada da etkin yönetsel görevlerde bulundum. Bütün

bunları aktarmamdaki neden, huzurunuzu işgal edişimin kişisel doyumsuzluktan kaynaklanmadığını ortaya koymaktadır.

Sayın Yüksek Yargıç,

Huzurunuzu işgal edişimin nedeni, altında imzanız olan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK) nun 16.03.2006 günlü A.2005/1516 ve K.2006/126 sayılı kararıdır. Danıştay 8. Dairesi, istemim üzerine, 24.11.2004 günlü, E.2004/3197, K.2004/4452 sayılı kararı ile;

a) YÖK Yüksek Disiplin Kurulu'nun 25.12.2002 günlü, 2002/92 sayılı kararını, hukuka aykırı bularak iptal etmiş,

b) Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği(bundan böyle Disiplin Yönetmeliği olarak anılacak)'nin iptal istemimizi ise ret etmiştir.

D8D kararının (b) bölümünü, temyizen bozulması istemi ile huzuruza getirmiştım. Temyizen bozulması için huzuruza getirdiğim konu yalın olup, “suç ve cezaların yönetmelik ile konulmasının” hukuka uygunluk taşımadığıdır.Çünkü, bir üniversite öğretim elemanı olarak muhatabı olduğum disiplin yönetmeliği, yasalarla konulması gereken suç ve ceza hükümlerini, doğrudan oluyturur niteliktedir. İçinde yer aldığınız Yüksek Kurul, D8D nin Disiplin Yönetmeliğine ilişkin kararını, “bütüne yönelik inceleme yapılması” nedeni ile yerinde görmemiş, konunun davacı olarak beni ilgilendiren 11/a-3 maddesine hasren incelenmesi gerektiğini belirtmiş ve ancak, bu yerinde görmemeye karşın, D8D kararının düzenleyici işleme yönelik bölümünü onamıştır.

Yüksek Kurulunuz, saptamış olduğu bu hasren inceleme gereğinin yerine getirilmesine olanak verecek bir karar yerine, hasren incelemeyi ortadan kaldıracak bir sonuca varmıştır. Bu nedenlerle kararınızın düzeltilmesini istemini yeniden huzurlarınıza getirmiş bulunmaktayım.

Huzuruza işgal eden ve değerli zamanlarınızı alan dava konusu, Gazi Üniversitesi eski yönetiminin, Öğretim Üyeleri Derneği Başkanı olarak yürütmekte olduğumuz çalışmaları baskılamak ve cezalandırmayı amaçlayan ve tümü ile suç yaratımına yönelik bir idari işlem den kaynaklanmıştır. 2000 seçimleri öncesi, milletvekilliğine aday olabilmem amaçlı istifayı, benden kurtulmanın olanağı biçiminde kullanmak isteyen üniversite yönetiminin yargı tarafından durdurulması sonrasında, yeni uygulaması, bu kez akademik ve toplumsal saygınlığımı katletmek

girişimi olmuştur. Bu da önce YÖK'dan, sonra da, gerekçesi ile birlikte yüksek yargıdan geri dönmüştür. Uğradığım zararlar, giderilmesi olanaksız örselenmemin ötesinde, gerek kurumdaki ve gerekse kurum yöneticilerinden kişisel kusurları ölçüsünde tazmin edilmiştir. Benim çırpınmam, hukuk devletine aykırı bir düzenleyici işlemin, yargısal denetimini sağlamak ve buna son verilmektedir. Açtığım ve sürdürdüğüm davanın temelinde bu amaç yatmaktadır.

Düzeltilme istemine konu kıldığınız kararınız, “suç ve cezaların yönetmelik ile konulmasını” meşrulaştırmakta, geçerli kılmaktadır. Kararınızda D8D nin temyiz ettiğimiz kararını, bir yandan, yerinde görmediğiniz incelemeye dayalı biçimde değerlendirirken, öte yandan ise, anılan Dairenin kararını onamaktasınız. Onama kararınız, D8D nin Anayasaya,yasalara,Anayasa Mahkemesi ile Yüksek Yargı kararlarına açıktan aykırı olan “suç ve cezalar yönetmelik ile konulur” biçimindeki kararını meşrulaştırmakta, geçerli kılmaktadır. Kararınızın 6. Sayfasında yer alan D8D nin onadığı karar, bu sonucu doğurmakta ve “KANUNSUZ SUÇ VE CEZA OLMAMAZ” ilkesini ortadan kaldırmaktadır.

Benim sizden, adıma karar verilmiş biri olarak dileğim ve isteğim, bu hukuk dışılığı gecit vermemenizdir. Eğer bu kararınız geçerlik kazanırsa “KANUNSUZ SUÇ VE CEZA OLMAMAZ” kuralının, Anayasanın Yönetmelik ile ilgili hükümlerinin, Anayasa ve Yüksek Yargı kararlarının çöpe atılması gerekecektir.

Yüksek Kurulunuzda yer alan 4 Saygın Üye düzeltme istemine konu kıldığımız kararınız ile çöp sepetine atılması sonucunu doğuracak hukuk devleti ilkelerine sahip çıkarak, karara katılmamışlardır. Bu Yüksek Yargıçların karşı çıkış gerekçesine katılmakla birlikte, 2547 Sayılı Yasada idareye suç ve ceza koyma yetkisi verilmişçesine, Yasanın Anayasa Yargısına götürülmesi gerektiğine ilişkin önermelerine katılmamaktayız. 2547 Sayılı Yükseköğretim Yasasında, idareye suç ve ceza koyma yetkisi verilmiş değildir. İdareye verilen yetki, “disiplin işlemleri,disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ile ilgili hususların düzenlenmesi” ile sınırlıdır (Bkz.2547 Sayılı Yasa Madde 53/b ve 65/a-9). Bu nedenle,Anayasa Yargısına taşınacak ve Anayasaya aykırılık oluşturan bir düzenleme söz konusu değildir. Davalı idare(YÖK), kendisine yasa ile verilmemiş bir yetkiyi böyle bir yetki verilmiş olsa idi Anayasa Yargısından onay göremezdi kullanarak,üniversite öğretim elemanları,yöneticileri ve

**memurları hakkında YÖNETMELİK İLE SUÇ VE CEZA HÜKÜMLERİ KOYMUŞ VE KOYMAKTADIR. YANI YÖK, KENDİSİNE ANAYASA İLE VERİLMİŞ OLMAYAN VE TBMM'NE ÖZGÜ OLAN YASAMA YETKİSİ KULLANMAKTADIR. VE SİZLER BU KARARINIZ İLE, YÖK'NUN, İDARENİN YASAMA YETKİSİ KULLANABİLMESİNİ ONAYLAMAKTASINIZ. YAPTIĞINIZ BUDUR VE BUNUN KABUL EDİLMESİ, HUKUK DEVLETİ İLE, YASA DEVLETİ İLE BAĞDAŞTIRILMASINA OLANAK YOKTUR. LÜTFEN BUNU GÖRÜNÜZ VE ANLAYINIZ.**

D8D ve O'nun kararını onaylayan siz de, kararlarınızda; YÖK'na verilen yönetmelik ile düzenlenecek hususları, 2547 Sayılı Yasaya gönderme yaparak saymış olmanıza karşın, bizim karşı çıkışımızın dışında bir gerekçe ile, “**SUÇ VE CEZALARIN YÖNETMELİK İLE KONULMASINI**”, genel disiplin hukuku ilkelerine ve hukuka uygun bulmaktasınız. Suç ve cezaların yönetmelik ile konulacağı yolunda oluşturulmuş ve tarafınızdan onay görmüş bu hükmü, bırakınız disiplin hukuku ilkeleri ve hukuk ile bağdaştırmayı, varolan ve dava dilekçemiz ile temyiz ve düzeltme dilekçelerimizde örneklediğimiz Anayasa ve yasa kuralları, yüksek yargı kararları ile savunabilmenin olanağı bulunmamaktadır. Kararınızın sonucu net ve açıktır: “**SUÇ VE CEZALAR YÖNETMELİK İLE İDARECE KONULUR**”.

2547 Sayılı Yasa ile YÖK'na, Yönetmelik ile suç ve ceza koyma yetkisi verilmemiştir. Böyle bir yetki verilmiş olsa idi, burada da yapılması gereken, bunun onanması yerine, bu yetkinin Anayasa ve yasalarımıza, Yüksek Yargı kararlarına aykırılığı nedeni ile, Anayasa Yargısına taşınması gereği doğardı. 657 Sayılı Devlet Memurları Yasasında olsun, yargıç olarak görev, yetki ve özlük haklarınızı düzenleyen kendi yasanızda olsun, disiplin suç ve cezaların yönetmelik ile konulacağına ilişkin söz konusu olmayıp, tam tersine, disiplin suç ve cezaları, anılan yasalar ve sizler için de yasanız ile konulmuştur. Yükseköğretim öğrencilerine ilişkin disiplin suç ve cezalarının, 2547 Sayılı Yasanın 54 üncü maddesi ile konulması ortada iken, yani öğrencilerimizin hangi suç ve ceza ile yüzyüze gelecekleri yasa ile belirlenmiş bulunurken, Anayasal güvence altına alınmış üniversite öğretim mesleği mensuplarının disiplin suç ve cezalarının, gününbirlik değiştirilme olanağı bulunan ve idarenin takdirine bağlı olan yönetmeliğe terk edilebilir, edilmesi gerektiğini ileri sürmenin,

bunu onamanın kabul edilmesi, geçerli kılınması mümkün değildir. Onadığınız kararınız bunları mümkün kılmaktadır. Bunun ayırında değil misiniz?

İster Yönetmeliğin disiplin suç ve cezalarını düzenleyen maddeleri olsun, isterse, kararınızda belirttiğiniz gibi, davacı olarak beni doğrudan ilgilendirdiğinden hasren incelenmesi gereken 11/a-3 maddesi ile düzenlenmiş suç ve ceza açısından olsun, sonuç değişmemektedir. Temyizen bozulmasını istediğimiz, ancak onadığınız, D8D nin kararı, SUÇ VE CEZALARIN YÖNETMELİK İLE DÜZENLENMESİNE İZİN VE HUKUKSAL GEÇERLİLİK SAĞLAMAKTADIR. Bunu, adına karar verdiğiniz Türk Ulusu'nun bir bireyi olarak da, davacı olarak kararınızın doğrudan muhatabı olarak da içime sindirmemin, kabul etmemin olanağı bulunmamaktadır. Hasren incelenmesi gereken ve davacı olarak beni doğrudan ilgilendiren 11/a-3 de, öteki suç ve ceza koyan Yönetmelik maddeleri de, hukuk devleti karşısında da, yasa devleti karşısında da, Anayasa Mahkemesi ve bizzat Danıştay kararları karşısında da koruma göremez, onay bulamaz, bulmaması gerek. Ancak, ne yazık ki, kararlarınız ile bu gerçekleşti. Yani, suç ve cezalar yönetmelik ile konulur uygulaması, sizlerin kararı ile, geçerlilik, hukuksal ve yargısal bir zırh da kazanmış bulunmaktadır. Bu sonuç ile karşılaştıktan sonra, keşke bu davayı açmasa idim diye, pişmanlık duymaktayım. Bir hukuksuzluğu, hukuk devleti ilkesine aykırılığı gidermeye çabalarken, sizlerin onaması ile, bunların pekiştirilmesi sonucuna neden olduğum düşüncesi ile, “sana mı kaldı hukuk devletini savunmak” demekteyim.

Sayın Yüksek Yargıç,

Düzeltilme istemi ile önünüze bir kez dana getirdiğim kararınızı, kararınızda davacı olarak beni doğrudan ilgilendiren 11/a-3 maddesine hasren incelenmesi için, lütfen düzeltiniz. Ya da bana, yüksek yargıç olarak, hiç öyle fazla, karmaşık söze gerek olmaksızın “SUÇ VE CEZALAR YÖNETMELİK İLE KONULUR”. İDAREYE SUÇ VE CEZA KONUSUNDA SINIRSIZ TAKDİR HAKKI TANINARAK, BU HAKKIN KULLANIMI KONUSUNDA YÖNETMELİK ÇIKARMA HAKKI VERİLİR” biçiminde açık bir gerekçe yaratınız. Ancak, yarattığınız bu gerekçenin, bu hukuk devletine açıktan aykırı olan kararınızın, bir gelecekte, sizin de ayağınıza dolanacağını, sizi de keyfi yönetsel düzenlemelerin tutsağı kılacağını, sizler hakkındaki disiplin suç

ve cezalarının da, bu kararınız örnek alınarak, yönetmelik ile düzenlenebileceğini hiç aklınızdan çıkarmayınız. Sizler, bu kararınız ile, bu yolun taşlarını döşemiş bulunmaktasınız. Kararlarınız ile açtığınız bu hukuk devletine aykırılık, yarın başka hukuksuzlukların öncüsü olacak ve öncelikle yüksek yargı mensupları da bundan onulmaz yaralar alacaktır.

Sayın Yüksek Yargıç,

Onca yoğun işleriniz arasında, gözden kaçmış olduğu yada kendimi ifadede başarısız olmanın sonucu olabilecek kararınızı düzeltme konusundaki istemimi, titizlikle inceleyeceğinizi ve sizler için de söz konusu olabilecek vahim/korkunç bu hukuk yanlışından Türk Ulusunu ve kendinizi korumanızı diliyorum.

En derin saygılarımla. 16.07.2006

Prof.Dr. Mustafa Altıntaş”

Sonuç ne mi oldu? Teker teker tüm DİDDK üyelerine gönderdiğim bu mektuba karşın, ilgili Kurul karar düzeltme istemimizi ret ederek, kendi kararını onarmadı. Ve bu hukuksuzluk günümüzde, Yüksek Yargı kararı ile daha da bir güçlenmiş olarak varlığını sürdürmekte ve akademiya dünyasının karabasanı olma özelliğini korumaktadır.

Mektubumu, aradan 5 yıl geçtikten sonra yeniden okuduğumda, yargı erkinin günümüzdeki içler karartan konumunu gözlediğimde ne kadar haklı olduğumu görmekteyim. Ancak, bu haklı konumda bulunmak beni mutlu etmemektedir. Çünkü, yansız ve gecikmesiz bir adaletin herkes için, bu arada yüksek yargıçlar için de çok gerekli olduğunu görüyorum.

Bir hukukçu ve akademisyen olan, binlerce öğrenci yetiştiren Sevgili Prof. Dr Erzurumluoğlu'na armağan eden bu yapıtın, bu karabasanı yeniden gündeme taşıması dileğimle...30.06.2011





---

# 2004 TARİHLİ 5216 SAYILI BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ KANUNU İLE 1984 TARİHLİ ESKİ 3030 SAYILI BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ KANUNU'NUN KARŞILAŞTIRILMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME\*

---

AR. GÖR. DİLHUN AYAYDIN\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi



## 1.BÖLÜM

### 1.1.BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ MODELİ

#### 1. 1. 1. Kavram Olarak

Yabancı dilde “metropol”, “metropolis” gibi kavramlarla ifade edilen, Türkçe'de de büyükşehir veya anakent sözcüğü ile ifade edilmekte olan, günümüz yerel yönetim model arayışında sıkça karşımıza çıkan bu kavram üzerinde anlaşılmış bir tanım yoktur. Büyükşehir veya anakent ile metropoliten alan çoğu zaman aynı anlamda kullanılmakla beraber; büyükşehir / metropolis kavramı yunanca iki kelimeden oluşmakta olup; bunlar metro (ana, esas) ve polis (şehir, kent) kelimeleridir. Bu bakımdan büyükşehir veya anakent kavramı daha çok metropolis kavramına karşılık gelir. Kadim Yunan'da metropolis kavramı şehir devletlerini ifade etmek için kullanılmıştır. Metropoliten alan ise günümüzde büyük yerleşim yerlerini ifade etmek için kullanılmaktadır.<sup>1</sup>

Metropoliten alan ya da bir başka deyimle büyükşehir belediyesi hakkında temel unsurlar olarak şu genellemeleri yapabiliriz:

- Endüstriyel gelişimini tamamlanış ya da halen tamamlanamamış, ülkelerde sosyal bir sorun olarak meydana çıkmaktadır.
- Geleneksel olarak tanımlanmış şehir kavramından farklı özelliklere sahiptir.
- Sorunları o kadar büyüktür ki mevcut imkanlar ile çözmek zordur.

Bu temel unsurlar belirleyici olmak üzere, metropoliten alanlarla ilgili çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Bu tanımlar muhteva bakımından genellikle aynı özelliklere sahip olmakla beraber, kent bilimci veya sosyolog açısından, tanımda kullanılan nitelikler farklılık arz etmektedir. Örneğin; bir tanımlama da

1 Erol, Abdullah: İdari Vesayet Anlayışı ve Büyükşehir Modeline Yansıması, Yayınlanmamış Master Tezi, Ankara, 1996, s.125.

baskın unsur olarak nüfus, ekonomi iken, diğer bir tanımlamada baskın unsur fiziksel genişleme ve kutuplaşma olabilmektedir.<sup>2</sup>

### 1.1.2. Belediyeler (Yerel Yönetimler) İle İlgili Güncel Kavramlar

Belediyeler (yerel yönetimler) ile güncel kavramlar arasında yakın ilişki olduğu, özellikle kamu yönetimi düşüncesinde ortaya çıkan son dönem değişimlerine ve pozitif mevzuat alanında ortaya çıkan kanunlaştırma hareketlerine yansımıştır. İlk olarak, “Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun Tasarısı” öncülüğünde başlatılan bu değişim, beraberinde batıdan ihraç edilen bir çok kavramın, yeni yapılan kanunlarda doğrudan yer bulması ile tüm dünyada olduğu gibi, Türkiye’de de etkisini göstermiştir.

#### 1.1.2.1. Küreselleşme ve Yerelleşme

Küreselleşme, yeryüzündeki farklı yörelerin, halkların, ideolojilerin ve ekonomik sistemlerin birbirlerine yakınlaşmasını ve bir bütünleşme sürecine girmiş olmasını ifade etmektedir.<sup>3</sup> Küreselleşme, bu özelliği ile bütün dünyada merkezileşmiş, tekdüze ve bireyci sonuçlar doğurmaya başlamıştır. Bu eğilim, yerel halkın ve özelliklerin korunması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla, bu süreçte, küreselleşmeye karşı bir güvence olarak yerelin kendisi doğrudan bir aktör şeklinde ortaya çıkmaya başlamıştır. Bütün metropoller, dünyanın değişik kentleriyle ve uluslararası kurumlarla doğrudan ilişki kurma yoluna gitmiştir. Başka bir ifade ile, “yerel” kendi pozisyonunu, ekonomik alanda ulus devletten ayrı belirleyebilir hale gelmiştir. Diğer taraftan, tıpkı devlet sınırlarında olduğu gibi, “yerel”in coğrafi sınırları ve etki alanı da farklılaşmaya başlamıştır. Haberleşme ve ulaşım teknolojisindeki gelişmeler, yeni networkler, “yerel”i ulus-devletin ekonomik ve sosyal kontrolünden uzaklaştırmaktadır. Kısaca, daha önce daha küçük bir coğrafi alan olan “yerel”, şimdi uluslararası alanda ekonomik ve sosyal ilişkilerin bir parçası olarak yer almaya başlamıştır. Yerelleşme düşüncesi ve “yerel”in kendisinin bir aktör olarak ön plana çıkması, yerel yönetimlerin de önemini artırmış, başta belediyeler olmak üzere yerel yönetim birimlerinin güçlendirilmesi, örgüt yapılarının ve yönetim süreçlerinin geliştirilmesi gereği ortaya çıkmıştır.<sup>4</sup>

2 Erol, Abdullah: agy, s. 125-126.

3 Keleş, Ruşen: “Yerel Yönetimlerde Yeniden Yapılanma, Avrupa ve Türkiye “, **Yerel Yönetimlerde Yeniden Yapılanma**, Uluslararası Yerel Yönetimler Semineri, Ankara, 1-2 Aralık, 1994, s.23.

4 Bozlağan, Recep: “Belediyelerde Örgüt Geliştirme”, (**İstanbul Büyükşehir Belediyesi Örneği**), İstanbul, 2001, s.100-101.

### 1.1.2.2. Sürdürülebilir Gelişme

Sürdürülebilir gelişme günümüz kuşaklarının ve gelecek kuşakların ihtiyaçlarının birbirlerini olumsuz etkilemeyecek bir biçimde karşılaşmasıdır. Sürdürülebilir Gelişme, **mikro düzeyde** bireylerin, gurupların ya da örgütlerin kendi çaplarında Sürdürülebilir Gelişme düşüncesine uygun tutum ve davranışlar sergilemeleri, **makro düzeyde** ise bireylerin, gurupların, örgütlerin yerel, ulusal, bölgesel, veya küresel düzeyde bir araya gelerek ortak hareket etmeleridir. Bu bağlamda politika yapma ve karar alma süreçlerinde yerel düzeydeki organların önemi daha da artmaktadır. SG düşüncesinin başarılı bir biçimde işletilebilmesi için subsidiarite ilkesine uygun hareket edilmelidir.

### 1.1.2.3. Hizmette Yerellik (Subsidiarite)

Subsidiarite ilkesi örgütsel açıdan, alt kademelerdeki örgütsel birimlerin ve katmanların, hizmet gereklerine uygun olarak yetkilendirilmesini, örgüt üyelerinin gerekli çalışma şartlarına sahip kılınmasını ifade etmektedir. Yetkinin, karşılanması gereken kamusal ihtiyaca en yakın yönetimce kullanılması; alt düzeyin yetkisini, üst düzeye ancak mutlaka gerekli olduğunda, hizmetin daha iyi görülmesi gerektiğinde devretmesidir. Kamusal ihtiyaca en yakın yönetim, bazı durumlarda halkın bizzat kendisi, bazı durumlarda bir yerel yönetim birimi, bazı durumlarda da merkezi yönetim olabilir. Hizmetin o hizmete en yakın yönetimce görülmesi demokrasi anlayışının bir gereğidir. Hizmete en yakın yönetim halkada en yakın yönetim olarak kabul edilebilir. Subsidiarite ilkesi yöneten-yönetilen ayrımını kabul etmemekte, “yönetişim” düşüncesini gerektirmektedir.

### 1.1.2.4. Yönetişim

Yönetişim, politika sürecinde sivil toplum örgütlerinin, iş dünyasının ve ilgili diğer kurum ve kuruluşların etki ve rollerinin formel olarak artmasını ifade etmektedir. Başka bir anlatımla yönetişim, toplumdaki sorunların çözümünün ve ihtiyaçların karşılanmasının kolektif bir biçimde yapıldığı bir süreçtir. Yönetişim, alt kademelerdeki çalışanların da takdir edilebilir, karar verebilir ve yapabilir kılınmasını gerektirmektedir.

### 1.1.2.5. Yapabilir Kılma

“Yapabilir Kılma”, en basit anlamda, insanların ve toplumun önündeki engellerin kaldırılmasını ifade etmektedir. Başta yerel yönetimler olmak üzere, bütün toplumsal aktörlerin önlerindeki engellerin kaldırılmasını ve onların daha aktif hale getirilmesini gerektirmektedir. Örgütsel açıdan ise, örgüt üyelerinin risk üstlenebilen, inisiyatif kullanabilen ve sorumluluk alabilen bir

duruma getirilmesini, onların kendilerini geliştirmelerinin önündeki engellerin kaldırılarak, gerekli imkanların sağlanmasını ifade etmektedir.

#### **1.1.2.6. Sorumluluk**

“Sorumluluk” kavramı, kişilerin ve örgütlerin yaptıkları eylemlerden dolayı sorumlu olmalarını ifade etmektedir. Kavram, uygulamada kendini iki farklı şekilde göstermektedir. Bunlar, “siyasi sorumluluk” ve “idari sorumluluk”tur. Siyasi sorumluluk, yönetilenlerin sahip olduğu yetkilerin bir kısmını daha alt düzeydeki otoritelere aktarmasını, astların ihtiyaç halinde takdir yetkisini kullanabilmesini ve yetkinin ya da görevin kötüye kullanılması halinde, bu durumun “hukuk devleti” ilkesi dahilinde çözümlenmesini gerektirmektedir.”idari sorumluluk” kavramı ise, kamu yönetiminin, kamusal ihtiyaçları karşılayacak asgari hizmet düzeyini sağlamasını ifade etmektedir.<sup>5</sup>

#### **1.1.3. Büyükşehir Belediyesi Modelinin Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi**

Büyükşehir belediyesi modeli 1980'li yıllardan sonra Türkiye'de uygulama alanı bulmuş bir modeldir. İlk defa 1982 Anayasasının 127'nci maddesi ile büyük yerleşim yerleri için özel bir düzenleme yapılabileceği belirtilmiştir. Bilindiği gibi 1961 Anayasası birden fazla sayıda yerel yönetim birimlerini kapsayan Büyükşehir yönetimi oluşturmaya müsait değildi. Bu nedenle de 1960 ve 1980 yılları arasında Büyükşehir sorunlarını çözmek için belediyeler arası birlikler kurulmaya çalışılmıştır. 1982 Anayasası ile bu durum ortadan kalkmıştır.<sup>6</sup>

Büyükşehir belediyeleri ilk kez **1984 yılında çıkarılan 195 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameyle** kurulmuşlardır. Bu Kanun Hükmünde Kararname, daha sonra **27 Haziran 1984 tarih ve 3030 sayılı** kanun ile değiştirilerek kabul edilmiştir. Bu Kanun Hükmünde Kararnameyle, belediye sınırları içinde birden fazla ilçe bulunan şehirlerde, bu ilçe belediyelerinin dışında bir de bunların hepsini içine alacak Büyükşehir adına bir belediye kurulmuştur. Böylece büyük şehirlerde “Büyükşehir Belediyesi” ve “İlçe Belediyeleri” olmak üzere iki tür belediye ortaya çıkmıştır.<sup>7</sup>

Her ne kadar bu dönemde yerel yönetimlere daha fazla yetki verme çabaları olmuş ise de, Türk kamu yönetiminin “geleneksel merkeziyetçi” yapısı bu çabaların başarıya ulaşmasını engelleyerek, merkeziyetçilik devam etmiştir. Merkezi idare kendi vesayet yetkilerinin bir kısmından vazgeçerken, bu

5 Bozlağan Recep: agy, s. 102-105.

6 Erol., s. 141

7 Gözler, Kemal: İdare Hukukuna Giriş, Bursa, 2003, s. 79.

yetkilerini Büyükşehir Belediyelerine terk etmiştir. Böylece ilçe belediyeleri üzerinde iki türlü vesayet söz konusu olmuştur.

Büyük şehirler için getirilmiş olunan bu yönetim sistemi Fransa'da Paris, Marsilya ve Lyon şehirleri için uygulanan sisteme benzemektedir. Aynı şekilde yönetim sistemimizin de büyük ölçüde Fransa sistemine benzerliğine dikkat çekilmektedir.<sup>8</sup>

**10 Temmuz 2004 tarih ve 5216 sayılı** yeni Büyükşehir Belediyesi kanunu ile bu alan tekrar düzenlenmiştir. Tarihsel bakımdan bu son yasa değişikliği ile Büyükşehir Belediyeleri bağlamında yeni bir dönem açılmıştır.

## 2. BÖLÜM

### 2.1. 5216 SAYILI YASA İLE ESKİ 3030 SAYILI YASANIN KARŞILAŞTIRILMASI

#### 2. 1. 1. 5216 Sayılı Kanunun Amacı

5216 sayılı yasa, **AK PARTİ** hükümetinin, kamu yönetimi reformu adına yürüttüğü kanunlaştırma hareketlerinin önemli bir parçası niteliğindedir. Yasa genel kurulda oylanırken, yapılan görüşmelerde söz alan **AK PARTİ milletvekili Mehmet Mustafa Açıkalm**, yasanın getiriliş amacını şu sözlerle aktarmıştır: “Merkezi idare bundan böyle genel görevli veya genel yetkili olmayacaktır. Merkezi idarenin yetkileri kanunda sayılacak, ancak; mahalli idareler ve belediyeler, mahalli müşterek ihtiyaçlar konusunda genel yetkili olacaklardır. Bu kanun tasarısının getirdiği ana konsept budur”.<sup>9</sup> Neticede, tasarı meclisten geçmiş, ve yeni yasa 23 Temmuz 2004 tarihinde Cumhurbaşkanınca resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

#### 2. 1. 2. 5216 Sayılı Kanun 3030 Sayılı Kanun Karşılaştırması

Amaç ve Kapsam bakımından bakıldığında 5216 sayılı yeni kanunun metninde herhangi bir farklı hükme yer verilmemiştir.<sup>10</sup> Yeni kanunun 3. maddesinde “**en az 3 ilçe kapsayan....**” ibaresi yer almaktadır. Eski kanunda ise; büyük şehirden bahsederken: “**belediye sınırları içinde birden fazla ilçe bulunan şehirlerdir**” ibaresi yer almaktadır. Görüldüğü üzere, ilçe bakımından Büyükşehir Belediyesi için bir sınır belirlenmiştir.

Yeni yasanın 4. maddesinde ise Büyükşehir Belediyesi olabilme adına iller adına yeni bir **nüfus** ölçütü getirilmiştir. Yeni ölçüte göre artık **toplam nüfus**

<sup>8</sup> Erol., s. 143.

<sup>9</sup> TBMM Tutanak Dergisi., 113. Birleşim, 9 Temmuz 2004.

<sup>10</sup> Anlatımda kolaylığı sağlamak için, 5216 sayılı yeni kanun (yasa) ve 3030 sayılı eski kanun (yasa) yerine kısaca; eski kanun ve yeni kanun deyimlerine bundan sonraki kısımlarda yer verilecektir.



olarak **750.000'den** fazla olma şartı aranacaktır. 6. maddede ise Büyükşehir Belediyesi sınırları içine **katılma** düzenlenmiştir. Katılma ile ilgili olarak Büyükşehir Belediyesi'nin iradesi dışında merkezi idarenin icra organı olan **Bakanlar Kurulunun** da kararı aranmıştır.

Yeni yasanın 7. maddesine göre; Büyükşehir Belediyesi ilçe belediyelerinin görüşlerini alarak, Büyükşehir Belediyesinin stratejik planını, yıllık hedeflerini, yatırım programlarını ve bunlara uygun olarak bütçesini hazırlamakla görevlidir. İlgili maddeye göre Büyükşehir Belediyesinin, **imar** üzerindeki yetkileri de güçlendirilmiştir. Nitekim 7. md'nin b fıkrasına göre “nazım imar planının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde uygulama imar planlarını ve parselasyon planlarını yapmayan ilçe belediyelerinin uygulama imar planlarını yapmak ve yaptırmak” görevlerini üstlenmiştir. Burada açıkça görülmektedir ki, Büyükşehir Belediyelerinin ilçe belediyeler üzerindeki vesayet yetkisi oldukça etkin ve önemli bir yer tutmaktadır. Büyükşehir Belediyeleri 7. md'nin c fıkrasına göre, 20/7/1966 Tarihli ve 775 Sayılı **gecekond** kanununda belediyeye verilen yetkileri kullanmak ile donatılmıştır. Yeni kanunun 7.md'nin e bendine göre Büyükşehir Belediyeleri Belediye Kanununda yer alan 69. ve 73. maddelerdeki yetkileri kullanmak hakkına da sahiptirler. Bu yetkiler 69. maddeye göre arsa ve konut üretimi, 73. maddeye göre ise kentsel dönüşüm ve gelişim alanlarını yapabilme hakkıdır. Eski kanunun 6/o maddesine göre Büyükşehir çapında ortak finansman ve yatırım gerektiren hizmetlerin gerçekleştirilmesini sağlamak yetkisi ile karşılaştırıldığında düzenleme bakımından herhangi bir farklılık gözükmediği yani eski kanundaki mevcut düzenleme ile de bu düzenlemelerin yapılabileceği açıktır.

Yeni Kanunun 7/i maddesine göre, sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak hizmetlerin yerine getirilmesi ve beraberinde çevresel sorunların denetlenmesi düzenlenmiştir. Bu toplumsal hizmetler, atık maddelerin kullanımından doğal kaynakların çıkarımına (kömür) alt ve üst yapı niteliğindeki inşaatlara kadar uzanmaktadır. Yeni kanunun 8. maddesinde **alt yapı hizmetleri** düzenlenmektedir. 9. maddesinde ise **ulaşım hizmetleri** düzenlenmektedir. Eski kanunda ise bu hükümler, tek bir madde halinde düzenlenmiştir. Özellikle yeni kanunun ulaşım hizmetleri düzenleyen 9. maddesinin 3. fıkrasında ulaşım koordinasyon merkezi kararlarının Büyükşehir belediye başkanı kararı ile yürürlüğe gireceği yer almıştır. Alt yapı koordinasyon merkezi toplantılarını ayrıca gündemdeki konularla ilgili kamu

kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının temsilcileri de davet edilerek görüşleri alınacaktır. Yeni kanunun 7/h maddesine göre Büyükşehir belediyesine coğrafi kent bilgi sistemlerini kurmak görevi verilmiştir. Ancak; bu görevin içeriği ve sistemin nasıl işletileceği hakkında herhangi bir açıklamada bulunulmamıştır. Yeni kanunun 11. maddesi bağlamında Büyükşehir Belediyesinin imar yetkisi düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre “ Büyükşehir Belediyesi ilçe belediyelerinin imar uygulamalarını denetlemeye yetkilidir. Her türlü bilgi ve belge de 15 gün içinde verilir. İmar uygulamalarının denetiminde kamu kurum ve kuruluşlarından, üniversiteler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından yararlanılır. Madde 11/2' ye göre, denetim sunucu eksiklikler **3 ay** içerisinde giderilir. Giderilmemesi durumunda Büyükşehir Belediyesi eksiklik ve aykırılıkları gidermeye yetkilidir. 11. maddenin son fıkrasına göre ise, ruhsatsız yapılar veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılar gerekli işlem yapılmak üzere ilgili belediyeye bildirilir. Belirlenen imara aykırı uygulama, ilgili belediye tarafından 3 ay içerisinde giderilmediği takdirde, Büyükşehir Belediyesi İmar Kanunu 32 ve 42. maddelerde ki yetkileri kullanma hakkına sahiptir. İmar ile ilgili bu madde kapsamındaki düzenleme de görülmektedir ki, Büyükşehir Belediyesi imar ile ilgili konularda ilçe belediyeleri üzerinde vesayet denetimi yetkisine sahiptir.

Yeni kanunun 13. maddesinde Büyükşehir Belediye Meclisi her ayın ikinci haftası önceden belirlenen günde mutad toplantı yerinde toplanır. Meclis kendi belirleyeceği bir ay tatil yapabilir. Eski kanunun 12. maddesinde Büyükşehir Belediye Meclisi olağan veya olağanüstü olarak toplanabilecekti. Olağan toplantılar, Kasım, Mart ve Temmuz başında yapılacak idi. Olağan toplantılar bakımından yapılacak bu değişiklik öncelikle meclisin daha sık toplanma imkanını getirmiş, ayrıca karar alma süreçlerinin uzaması ihtimallerini ortadan kaldırmıştır. Yeni kanunun 13. maddesinin 2. fıkrasına göre ise Bütçe görüşmesine rastlayan toplantı süresi en çok 20 diğer toplantı süresi ise, en çok 5 gün olarak sınırlanmıştır.

Yeni kanunun 14. maddesine göre Büyükşehir Belediye Başkanı hukuka aykırı gördüğü Büyükşehir Belediye Meclisi kararlarını **7 gün** içinde gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere Büyükşehir Belediye Meclisi' ne iade edebilir. Yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile, yeniden görüşülmesi istenip de Büyükşehir Belediye Meclisi **üye tam sayısının salt çoğunluğu ile ısrar edilen kararlar kesinleşir**. Eski kanunda ise bu kararlar bakımından **2/3 çoğunluk ile kabul şartı** aranmaktaydı. 14.

maddesinin son fıkrasında ise, Büyükşehir Belediye Başkanı, Meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine (.....) idari yargıya başvurabilecektir. İdari yargıya başvurma süresi maddenin ilk metninde **10 gün** iken, 13/07/2005 tarih ve 25874 sayılı resmi gazetede yayımlanan 03/07/2005 tarih ve 5393 sayılı kanunun 85. maddesinin (d) bendi bu süreyi ortadan kaldırmıştır. Madde metninde Büyükşehir Belediye Başkanın dava açma süresi bakımından bir belirleme yapılmamıştır. Bu durumda kanaatimizce **idari yargıdaki, idari işlem ve eylemlere karşı uygulanan 60 günlük genel dava açma süresinin Büyükşehir Belediye Başkanınca da kullanılabileceği** düşünülmelidir. 14. maddesinin 4. fıkrasına göre ise, kararlar kesinleştiği tarihten itibaren, en geç 7 gün içerisinde mahallin en büyük mülki idare amirine gönderilir. Mülki idare amirine gönderilmeyen kararlar yürürlüğe girmez. Yeni Kanunun 14. maddesinin 5. fıkrasına göre, Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine 1 gün içerisinde idari yargı mercilerine başvurabilir. 14. maddesinin 7. fıkrasına göre ise, İlçe Belediye Meclislerinin kesinleşen kararları için Büyükşehir Belediye Başkan 10 gün içerisinde iptal için idari yargıya başvurabilmektedir. Burada da Büyükşehir Belediye Meclis kararları ile İlçe Belediye Meclisi kararları açısından **farklı dava açma süreleri** öngörülmüştür. 15. maddede ise ihtisas komisyonlarından ve bu komisyonların kaç kişiden teşekkül edeceğinden bahsedilmiştir. Yeni kanunun 16. maddesinde Büyükşehir Belediye Encümeni ile ilgili değişiklikler söz konusudur. Öncelikle eski kanuna göre bir farklılık getirilmiş, Büyükşehir Belediye Encümeninin Büyükşehir Belediye Meclisinin **seçilmiş üyeleri** arasından atanacağı şartı getirilmiştir. Yeni kanunun 17. maddesinin 3. fıkrasında ise Büyükşehir Belediye Başkanları bakımından **aktüel** bir değişiklik yapılmıştır. Maddeye göre, Büyükşehir ve Büyükşehir kapsamındaki ilçe Belediye Başkanları görevlerinin devamı süresince siyasi partilerin yönetim ve denetim organlarında görev alamayacak, **profesyonel spor klüplerinin** başkanlığını yapamayacak ve yönetimde bulunamayacaklardır. Eski kanunda yer alıp, yeni kanunda da korunan bir başka önemli madde ise, 19. maddedir. Belediye kanundaki maddeye göre, “Belediye kanundaki hükümler saklı kalmak kaydı ile Büyükşehir Belediye Meclisinin feshine neden olan eylem ve işlemlere katılan Büyükşehir, ilçe Belediye Başkanlarının görevlerine **Danıştay kararı ile son verilir**. Eski kanunun “teşkilat” başlığında ve 17. maddesinde düzenlenen **danışma kurulları** yeni kanunun 20. maddesinde **danışmanlar** başlığı altında düzenlenerek bu kurullar kaldırılarak doğrudan Büyükşehir

Belediye Başkanına bağlı **danışman ataması usulü** getirilmiştir. Büyükşehirlerde 22. maddeye göre Belediye Başkan yardımcısı bulunmamaktadır. Bu işlev **genel sekreterler** tarafından yerine getirilecektir. genel sekreterlerin altında da **genel sekreter yardımcıları** bulunmaktadır. genel sekreterlerin ve genel sekreter yardımcılarının atanmasında yeni kanuna göre de **nüfus kriteri esas** alınmıştır. Mesela 3 milyonun üzerinde nüfusu olan illerde en fazla 5 tane genel sekreter atanacaktır. Bunun dışında 22. madde de Büyükşehir Belediye Başkanı, Büyükşehir Belediye teşkilatında ki atamalarda esas yetkili olarak yer almıştır.

Mali yükümler bakımından ise Büyükşehir Belediyesinin gelirleri 23. madde de sayılmıştır. Yapılan yenilikler arasında, 1. fıkranın b bendine göre Büyükşehir Belediye sınırları içerisinde yapılan genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden maliye bakanlığı tarafından hesaplanıp, ertesi ayın sonuna kadar ilgili Büyükşehir Belediyesine yatırılacak **5 %** lik pay dır. Eski kanunda bu oran **3 %** idi. Bir başka düzenlemeye göre ise, 23/c: 2464 sayılı belediye gelirleri kanununda yer alan oran ve esaslara göre, Büyükşehir belediyesince tahsil olunacak at yarışları dahil müşterek bahislerinden elde edilen eğlence vergisinin **20 %** ' si müşterek bahislere konu olan yarışların yapıldığı yerin belediyesine, **30 %** ' u nüfuslarına göre dağıtılmak üzere diğer ilçe belediyelerine ayrılmak üzere kalan **50 %** 'si Büyükşehir Belediyelerine bırakılmıştır. 23. maddenin f bendine göre, “7. maddenin f bendine göre tespit edilen park yerlerinin işletilmesinden elde edilen gelirin ilçe belediyelerine nüfuslarına göre dağıtılacak **50 %** 'sinden sonra kalacak **50 %** 'si Büyükşehir Belediyelerine bırakılmıştır. 23. maddenin o bendine göre ise, yine bu maddenin b bendinde sayılan **5 %** 'lik pay için bakanlar kuruluna bu payı arttırma yetkisi verildi. Giderler bakımından ise önemli bir değişiklik ise, **bir belediyenin bir başka belediyeye borcu varsa, iller bankası tarafından yükümlü belediyenin genel bütçe vergi gelirleri payından kesilerek, alacaklı belediyenin hesabına aktarılacaktır.** Büyükşehir Belediye bütçesi üzerinde merkezi yönetimin yetkisi kalktı (valinin onayı).

Yeni kanun tarafından getirilen bir başka önemli değişiklik ise, hukuki kimlikleri tartışmalı olan belediye iktisadi teşekküllerini düzenleyen 26. maddedir. Şirket kurulması başlığı altında düzenlenen maddeye göre, Büyükşehir Belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre **sermaye şirketleri** kurabilecektir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatına haiz personel,

bu şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alabileceklerdir. Büyükşehir Belediyesi, kendine ait büfe, otopark çay bahçeleri işletebilir; yada bu yerlerin belediye ve bağlı kuruluşlarının **50 %**'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin **50 %**'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 2886 Sayılı devlet ihale kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletmesini devredebilecektir.

Bir başka önemli olan madde ise 27. maddedir ki, burada Büyükşehir, ilçe belediyeleri arasında hizmetlerin yürütülmesi ile ilgili ihtilaf çıkması durumunda, Büyükşehir belediye meclisi yönlendirici ve düzenleyici kararlar almaya yetkilidirler.

### **3. BÖLÜM**

#### **3.1. DEĞERLENDİRMELER**

Büyükşehir Belediyesi kurulabilmesi için getirilen 750.000' nin üzerinde olma kriteri, oldukça olumlu bir gelişmedir. Geçmiş dönemdeki nüfus kriteri bakımından ortaya çıkmış belirsizlikler (Büyükşehir Belediyesi kurulabilmesi adına) somut bu düzenleme ile ortadan kaldırılmıştır.

Yapılan düzenlemelerde dikkati çeken bir başka önemli husus Büyükşehir Belediye Başkanının ilçe belediyeleri üzerindeki hemen hemen sınırsız diyebileceğimiz vesayet yetkisidir. Bu durum beraberinde despotik bir yönetimin oluşması adına uygun bir zemin sağlamıştır. Özellikle imar uygulamalarında bu durumun somut düzenlemelerini rahatlıkla görebilmekteyiz. Daha önce atıl olan bazı teşkilat organlarına da aktiflik kazandırılmıştır (Örneğin belediye encümenliği). Yapılan düzenlemeler de dikkati çeken husus sağlık, tarım, orman, çevre ve turizm konularını ilgilendiren düzenlemelerin olması ve bunların mahalli müşterek ihtiyaç kapsamında değerlendirilmesidir. Ancak mahalli müşterek ihtiyaç bu kadar geniş yorumlanmalı mıdır? sorusu aklımıza gelmektedir. Bu durumda Anayasamızın 126. ve 127. maddelerini ilgilendiren aykırılıkların ortaya çıkabileceği açıktır. Belediyelerin hizmetleri hem kendileri yapabileceklerdir hem de özel kişilere yaptırabileceklerdir (dışarıdan mal ve hizmet alma suretiyle). Ancak Anayasanın 47. maddesinin son fıkrasına göre devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenecektir. Burada ortaya çıkan sonuç özel hukuk sözleşmeleri ile kamusal hizmetlerin özel

kişilere gördürülmesinin istisnai bir hüküm oluşturduğudur. Ancak; kanundaki ilgili maddelerde bu istisnanın dikkate alınmadığı, kamusal hizmetlerin özel kişilere gördürülmesinin esas olduğu yönünde bir anlam çıkarılmaktadır. Ayrıca gerek telekomünikasyon alanında ve gerekse doğal gaz alanını ilgilendiren bir çok ekonomik nitelikli hizmet bakımından özelleştirmelere imkan veren ve bugün içinde hayata geçirilmiş hükümler yer almaktadır.

Bir başka problem 4797 sayılı kanuna göre kamu finansmanı ve borç yönetiminin düzenlenmesi hakkında kanuna uygun olarak dış borçlanmaların yatırım programında yer alan yatırımların finansmanı amacı ile kullanılabileceğidir. Bu ise iç borçlanmalarda 10% , dış borçlanmalarda ise 1.5 % ile sınırlıdır. Ancak borçlanma ile ilgili kanundaki hükümler incelendiğinde her zamanki gibi geçiştirici hükümlere yer verilmiş ve borçlanma limitleri bakımından sınırlar belirtilmemiştir. Bu da beraberinde keyfiliği getirmektedir.

Ancak temelde bakıldığında ana yerleşim birimi ile çevresindeki yerler arasında ortaya çıkabilecek yönetsel problemlerin çözümünde siyasal yapının etkisiyle bugün Büyükşehir Belediyesi modeli İlçe Belediyelerinin üzerinde etkinliğini fazlasıyla sürdürmektedir. Hatta söylenebilir ki hizmetlerin sunumu, karar alma ve etkinlik süreçleri bakımından İlçe Belediyeleri Büyükşehir Belediyesi'nin verdiği izin ölçüsünde faaliyetlerini yerine getirebilmektedir.

#### KAYNAKÇA

Bozlağan, Recep: “Belediyelerde Örgüt Geliştirme”, (**İstanbul Büyükşehir Belediyesi Örneği**), İstanbul, 2001

Çınar, Tayfun; Çiner Can Umut; Zengin, Ozan: **Büyükşehir Yönetimi Bütünleştirme Süreci**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 2009.

Erol, Abdullah: **İdari Vesayet Anlayışı ve Büyükşehir Modeline Yansıması**, Yayınlanmamış Master Tezi, Ankara, 1996.

Gözler, Kemal: **İdare Hukukuna Giriş**, Bursa, 2003.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, 7. Aynı Bası, Ankara, 2003.

Keleş, Ruşen: “Yerel Yönetimlerde Yeniden Yapılanma, Avrupa ve Türkiye”, **Yerel Yönetimlerde Yeniden Yapılanma**, Uluslararası Yerel Yönetimler Semineri, Ankara, 1-2 Aralık, 1994



---

HASTANIN ÖZEL YAŞAMINA  
Saygı Gösterilmesini Talep Hakkı\*

---

Yrd. Doç. Dr. Emel Badur\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi





## GİRİŞ

Hasta haklarına dair ulusal ve uluslararası pek çok normatif düzenleme bulunmaktadır. Bunların bir kısmı (Biyotıp Sözleşmesi, Hasta Hakları Yönetmeliği vb.) bağlayıcı hukuki metinler olarak karşımıza çıkarken; bir kısmı da hukuken bağlayıcılığı yüksek olmayan ilke kararları ya da meslek etiği kuralları olarak görünmektedir. Tüm bu düzenlemeler birlikte dikkate alındığında hasta haklarının; hastanın sağlık hizmetinden adalet ve hakkaniyete uygun olarak yararlanabilmesi, rızasının alınması, aydınlatılması, sağlık durumu ile ilgili bilgi isteyebilmesi, mahremiyetine özen gösterilmesi ve bilgilerinin gizli tutulması, sağlık personeli ve birimlerini seçebilmesi ve değiştirebilmesi, inanç ve vicdani kanaatlerine uygun yardım alabilmesi ve onuru ile ölmeyi talep edebilmesi başlıklarında toplandığı söylenebilir.

Bu çalışmada yukarıda sayılan hasta haklarından sadece özel yaşamı doğrudan ilgilendiren mahremiyet ve gizlilik hakları üzerinde durulacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesi mahremiyet hakkına, 23. maddesi ise bilgilerin gizliliği hakkına ayrılmışlardır. Söz konusu hükümler uyarınca hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır ve her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. Mahremiyet hakkı, hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içinde

yürütülmesini; muayene, teşhis, tedavi ve hasta ile doğrudan temas gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini kapsar.

Gizlilik hakkının temelini, sağlık hizmetinin verilmesi nedeniyle edinilen bilgilerin -kanun ile izin verilen haller dışında- açıklanamayacağı yasağı oluşturur. Hatta bu bilgilerin açıklanmasının hastanın rızasına dayandığı durumlarda bile, kişilik haklarının devrine veya bu haklardan vazgeçilmesine ilişkin yasakların ihlali söz konusuysa (rıza geçerli kabul olunamayacağından); bunları açıklayanın sorumluluğu ortaya çıkar.

Yukarıda açıklanan her iki hasta hakkının teminatını, hekimin sır saklama yükümlülüğü oluşturur. Hekimin hasta ile yürüttüğü mesleki faaliyet gereğince, hastaya ait bir takım kişisel bilgilere vakıf olacağı şüphesizdir. Hekimin sır saklama yükümlülüğünün, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan sadakat yükümlülüğünün bir alt başlığı olduğu genel kabul görmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, çalışma iki ana bölümden oluşacak ve sırasıyla hastanın mahremiyet ve gizlilik hakları üzerinde durulduktan sonra; hekimin sır saklama yükümlülüğü incelenecektir.

## **I. HASTANIN MAHREMİYET VE GİZLİLİK HAKLARI**

Hastanın mahremiyet ve gizlilik haklarına ilişkin pek çok hukuksal düzenleme bulmak mümkündür. Çünkü bu haklar, hem insan haklarıyla hem de kişiliğin korunmasına ilişkin haklarla doğrudan ilgilidir. Normlar hiyerarşisine uygun biçimde, konuya anayasal hükümlerden yaklaşılabilecek olursa; Anayasa'nın “Özel Hayatın Gizliliği” kenar başlıklı 20. maddesinde yapılan “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” düzenlemesinin bu hakların kaynağını oluşturduğu görülecektir.

Anayasa'nın 20. maddesine 5982 sayılı Kanun'la 12.09.2010 tarihinde eklenen son fıkra, kişisel verilerin korunması ve işlenmesiyle ilgili anayasal güvenceyi şu ifade ile sağlamıştır: “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de insan hakları bakımından özel hayatın gizliliği kavramına dikkat çekilmiştir. Sözleşme'nin 8/1. maddesinde

*“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.”* ifadesiyle genel kural düzenlendikten sonra; maddenin ikinci fıkrasında istisnaya yer verilmiştir. İstisnaya ilişkin düzenleme kaleme alınırken, *“sağlığın korunması”* da kamu makamları tarafından yapılabilecek müdahalelerin hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak sayılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de bazı kararlarında Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında tıbbi gizliliğin kişisel bilgilerin korunması açısından önemli olduğu vurgusunu yapmıştır. Z.-Finlandiya Davası'nda<sup>1</sup> tıbbi verilere ilişkin bir korumanın sağlanmaması durumunda, tedavi görme ya da tıbbi yardım alma konusunda gereksinim gören kişilerin gerekli olan mahrem bilgileri açıklamaktan kaçınacakları ve bu durumun hem kendi sağlıkları hem de bulaşıcı hastalıklar göz önünde bulundurulduğunda toplum sağlığı açısından tehlikeli sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir.

Mahkeme, tıbbi verilerin korunmasının sadece hastanın mahremiyet hakkına saygı gösterilmesi için değil; kişilerin tıp mesleğine ve genel olarak sağlık kurumlarına ve hizmetlerine duydukları güveni de korumak için gerekli olduğunu açıklamıştır. Ancak tıbbi verilerin gizliliği konusunda kamu yararı, hastanın çıkarlarından daha ağırlıklı olarak suçun soruşturulması veya yargılama yapılması ve davaların kamuya açık olması gibi daha önemli konuların da olabileceğini eklemiştir.<sup>2</sup>

Kaboğlu'na göre<sup>3</sup> gizlilik ve bağımsızlık temel unsurlarından oluşan özel yaşam, kişinin *“dingin ve rahat bırakılma”* hakkına sahip olduğu, *“kendine özgü”* alanıdır. Bağımsızlık, kişinin yaşam biçimi ve türünü, davranışlarını, kişisel eylem ve ilişkilerini tercih etme; gizlilik ise üçüncü kişilerin merak alanı dışında tutulan varlık alanı olarak her bireyin kişisel, ilişkisel ve ailesel yaşam alanına dışarıdan müdahaleye karşı mahremiyeti olarak tanımlanabilir. Anayasa Mahkemesi, 1965 tarihli bir Kararı'nda<sup>4</sup> *“Özel hayatın gizliliği kişi dokunulmazlığının devamıdır.”* ifadesini kullanmıştır.

1 Z.-Finlandiya, 25.02.1997.

2 Dinç, bireylerin sağlık bilgilerinin korunması konusunda AİHM kararlarından yola çıkarak devletlere, kişilerin sağlık sorunlarının gizliliğine özen gösterilmesi ve sırların dışa vurulmasının önlenmesi yükümlülüğünün yanı sıra; kişilerin sağlık sorunları karşısında, içinde bulundukları koşulları değerlendirmelerini sağlayacak bilgi ve belgelerin kamu birimlerinin elinde olması durumunda; bunların tümünün kişiye iletilmesi yükümlülüğünün de getirildiğini belirtmiştir. Dinç, G.: *“Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam”*, Özel Yaşamın Gizliliği Paneli, Ankara 2008, s. 51,52.

3 Kaboğlu, İ. Ö.: *Özgürlükler Hukuku*, B. 4, İstanbul 1998, s. 167.

4 Kaboğlu, İ. Ö.: s. 167'den naklen, Anayasa Mahkemesi, 27.12.1965, E. 63/57, K. 65/65.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin<sup>5</sup> (Biyotıp Sözleşmesi) “*Özel Yaşam ve Bilgilendirilme Hakkı*” kenar başlıklı 10/1. maddesinde, “*Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*” düzenlemesi getirilmiştir.

Söz konusu hasta haklarının bir diğer yasal dayanağı, Medeni Kanun'un kişilik haklarına ilişkin 23 ve 24. maddeleridir. Kişilik hakları, Kanun'un 23. maddesinde kişinin kendi tasarruflarına karşı; 24. maddesinde ise dıştan gelen saldırılara karşı korunmuştur. Kanun'un 24/2. maddesinde kişinin rızası, üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar, kanunun verdiği yetkinin kullanılması, kişilik haklarına yönelen saldırıların hukuka uygunluk halleri olarak belirlenmiştir.

Kişilik hakları, kişinin kişisel değerlerinin tümü üzerinde geçerli olan mutlak haklardır. Kişinin yaşam, bedensel bütünlük, sağlık, şeref ve haysiyet, onur ve saygınlık, isim ve resim gibi değerlerinin; özel yaşam, inanç ve özgürlüklerinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Kişinin yaşam alanları kamuya açık alan, özel alan ve gizlilik alanı (mahrem alan) olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Kamuya açık alan (ortak alan), kişinin alenileşmesinde sakınca görmediği ve herkesçe bilinmesi mümkün olan yaşam alanıdır. Özel alan, kişinin sadece belirli kişilerle paylaştığı, aleniyeti sadece kendi seçtiği kişiler için sağladığı ve tercih edilen yakınlar dışında kalan kişiler için gizli (korunmalı) bilgileri içerir. Gizlilik alanı ise, kişinin üçüncü şahıslardan gizlediği ya da sadece kendilerine açıkladığı şahıslarca bilinmesini istediği mahrem bilgi ve sırları içeren alandır. Mahremiyet alanı da denilen bu alana ilişkin, gizli tutulması ve başkalarının bilgisinden uzak kalması gereken konuları saklamak konusunda kişinin iradesi bulunmalıdır. Bu üçlü ayırmadan, özel alan ve gizlilik alanı kişilik haklarına dair korumaya sahiptir.<sup>6</sup>

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın<sup>7</sup> “*Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı*” kenar başlıklı 7. maddesinde herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini talep hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Şartın 8.

5 Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 5013 sayılı ve 03.12.2003 tarihli Kanun'la Türkiye tarafından da onaylanmıştır.

6 Öztan, B.: Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, B. 9, Ankara 2000, s. 133-137; Dural, M.-Öğüz, T.: Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C. II, B.7, İstanbul 2004, s.125-127; Özsunay, E.: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, B. 4, İstanbul 1979, s. 126-127.

7 [ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf](http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf) (18.10.2011).

maddesinde, konuya kişisel veriler açısından yaklaşmış ve düzenlemenin “Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir.” ifadesi kullanılmıştır. Aynı maddenin devamında, bu tür verilerin belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasayla düzenlenmiş meşru bir temele dayanılarak tutulabileceği, kişinin kendi hakkında tutulan verilere erişme ve bunları düzelttirme hakkına sahip olduğu da belirtilmiştir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nda, “Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgilerin” kişisel veri olarak tanımlanacağı belirtildikten sonra; “Özel Niteliği Olan Kişisel Veriler” kenar başlıklı 7. maddenin ilk fıkrasında, sağlık ve özel yaşama ilişkin kişisel verilerin işlenemeyeceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında özel niteliği olan kişisel verilerin, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğinin korunmasını sağlayacak yeterli önlemlerin alınması ön şartıyla, sayılan bazı hallerde işlenmesinin mümkün olduğu istisnasına yer verilmiştir.

Tasarı'nın 7/2. maddesinde sayılan bentlerden özellikle iki tanesi hastanın özel yaşamına saygı gösterilmesini talep hakkıyla doğrudan ilgilidir. Bunlardan ilki maddenin (b) bendinde düzenlenen “Hukuki veya fîli nedenlerle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan bir kişinin kendisinin veya bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün idamesi için veri işlemenin zorunlu olması” durumuna ilişkindir. İkinci istisna, “Koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi, bakım veya sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla kişisel verilerin; sağlık kurumları, sigorta şirketleri, sosyal güvenli kurumları, işyeri sağlık birimi oluşturmakla yükümlü işverenler, sağlıkla ilgili okul ve üniversiteler tarafından ilgili kanunlara uygun olarak, hukuken veya meslek kurallarına göre sır saklama yükümlülüğü altında bulunan sağlık personeli veya eşdeğer seviyede sır saklama yükümlülüğü altındaki bir başka kişinin gözetimi altında işlenmesi” olarak ifade edilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 16 ve 17. maddelerinde tıbbi kayıtlarla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Öncelikle hastanın ya da yetkili temsilcisinin bu kayıtları inceleyebileceği ve bir suretini alabileceği belirtilmiş; ardından “Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.” ifadesi kullanılarak, tıbbi kayıtlar açısından da hastanın özel yaşamına saygı gösterilmesi gerektiğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Yönetmelik'in 17. maddesi hastanın tıbbi kayıtların düzeltilmesini, nihai sağlık ya da şahıs durumuna uygun hale getirilmesini talep hakkına ayırmıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, Tıbbi Veriler Hakkındaki (97)/5

Sayıli Tavsiye Kararı'nın<sup>8</sup> 3. maddesinde “*Tıbbi verilerin toplanması ve işleme tabi tutulması sırasında temel hak ve özgürlüklere, özellikle mahremiyete saygı sağlanmalıdır.*” ifadesiyle yine hasta haklarından mahremiyete dikkat çekilmiştir. Zira tıbbi veriler, gerçek kişilerin sağlık ile ilgili kişisel bilgileri anlamına gelirler ve bu özel nitelikleri gereğince -özellikle kötüye kullanılmalarının doğuracağı ağır zararlar dikkate alındığında- diğer kişisel verilere oranla daha özel bir korumaya tabi tutulmayı gerektirirler.

Hasta hakları ile ilgili ilk temel metinlerden biri olan ve 1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nde de gizlilik hakkının üzerinde durulmuştur. “*Hasta, kendisiyle ilgili tüm tıbbi ve kişisel bilgilerin gizliliğine gereken saygıyı göstermesini hekimden beklemek hakkına sahiptir.*” şeklinde ifade olunan bu kural, Dünya Tabipler Birliği'nin 1995 yılında Bali'de yapılan toplantısında kabul edilen Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin<sup>9</sup> gözden geçirilmiş şeklinde (Lizbon Bildirgesi II), “*Gizlilik Hakkı*” kenar başlıklı 8. maddede genişletilmiş olarak şöyle açıklanmıştır:

*“a. Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümden sonra bile gizli olarak korunmalıdır. İstisna olarak hasta yakınlarının kendileri ile ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından bu bilgilere ulaşabilme hakkı olabilir.*

*b. Gizli bilgiler sadece hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir. Hastanın açık olarak izin vermediği durumlarda bu bilgiler sadece bilgilendirilmesi gereken diğer sağlık personeline verilebilir.*

*c. Hastanın kimliğine ait tüm bilgiler korunmalıdır. Bu bilgilerin korunması usulüne uygun yapılmalıdır. Bu tür verilerin alındığı insan ürünleri de aynı şekilde korunmalıdır.”*

Dünya Tabipler Birliği'nce 1994 yılında Amsterdam'da yayınlanan bir diğer Bildirge'de (Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi veya Amsterdam Bildirgesi) yukarıda sayılan mahremiyet ve gizliliğe ilişkin haklara dair başka kurallara da yer verilmiştir. Bildirge'nin 4/6. maddesinde “*Hastanın tanı, tedavi, ve bakımı için gerekli olamadıkça ve ek olarak hasta rıza göstermedikçe özel ve aile hayatına girilemeyeceği*” düzenlenmiştir. Aynı maddenin yedinci fıkrasında, tıbbi girişimlerin ancak kişinin özel hayatına

8 Council of Europe Committee of Ministers, Rec. No. R. (97)/5 on the Protection of Medical Data (13.02.1997).

9 Aynı Bildirge'nin “*Onur Hakkı*” kenar başlıklı 10. maddesinde özel hayata ilişkin bir diğer hüküm daha kaleme alınmıştır. Bildirge'nin 10/a maddesine göre: “*Tüm tıbbi bakım ve eğitim sürecinde hastanın onuruna ve özel yaşamına, onun kültür ve değerleri göz önüne alınarak saygı gösterilmelidir.*”

saygı gösterilmesi durumunda yapılabileceği belirtilmiştir. Amsterdam Bildirgesi'nin 4/8. maddesinde, sağlık kurumlarından hastanın kişisel bakımlarının, muayene ve tedavilerinin yapılacağı durumlarda özel hayatların korunmasına hizmet edecek fiziksel koşullara sahip olmalarının beklenmesinin de bir hasta hakkı olarak nitelendirildiğini görmek mümkündür.

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Temel Metin) 2002 yılında Roma'da düzenlenmiştir ve Avrupa Birliği ülkelerinin ulusal sağlık sistemleri arasında uyumlaştırmayı amaçlamaktadır. Hasta haklarını 14 maddede ele alan bu düzenlemede, haklardan altıncısı özel hayata ve gizliliğe ayrılmıştır. Yapılan düzenlemeye göre:

*“Her birey kişisel bilgilerinin; sağlık durumu, yapılan teşhis ve tedavi konularında bilginin yanı sıra teşhis ve tedavi yapılırken veya özel ziyaretlerinin gizliliğinin muhafazası hususunda gizli tutulmasını talep hakkına sahiptir.*

*Bir bireyin sağlık durumuna veya ona uygulanan tıbbi/cerrahi tedaviye ilişkin bilgi ve veriler gizli olmalı ve öyle korunmalıdır. Tıbbi/cerrahi müdahale sırasında bile kişisel gizliliğe saygı gösterilmeli, yani uygun ortamda yapılmalı ve gerçekten orada bulunması gerekli olan kişiler (hastanın onayı veya özel bir talebi olması durumları hariç) nezdinde yapılmalıdır.”*

Hasta haklarının Türk Hukuku'ndaki en temel dayanaklarından biri de Hasta Hakları Yönetmeliği'dir. Bu Yönetmelik, Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanmış ve 01.08.1998 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Çalışmanın konusunu oluşturan her iki hasta hakkı da Yönetmelik'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak bu hakların düzenlenmesine geçilmeden önce, Yönetmelik'in “İlkeler” kenar başlıklı 5. maddesinin (f) bendinde “Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” ifadesiyle konunun önemi ilkesel boyutta da vurgulanmıştır.

Hastanın mahremiyet hakkı, Yönetmelik'in 21. maddesinde “Mahremiyete Saygı Gösterilmesi” kenar başlığı altında kaleme alınmıştır:

*“Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.*

*Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;*

*a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik*



*içerisinde yürütülmesini,*

*b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,*

*c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,*

*d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,*

*e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,*

*f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.*

*Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.*

*Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.”*

Madde metnine bakıldığında, hastanın mahremiyet hakkı ile ilgili temel düzenlemenin, ilk fıkrada belirlendiği; daha sonra ise bu hakkın kapsamının çizildiği görülmektedir. Hastanın bir diğer hakkı olan gizlilik, Yönetmelik'in 23. maddesinde “*Bilgilerin Gizli Tutulması*” kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Yönetmelik'in 23. maddesinin en ilginç hükmü, ikinci fıkrada yer alan ve hastanın izni halinde bile açıklanması -kişilik haklarının aşırı sınırlanması nedeniyle- açıklayanın sorumluluğunu doğuran bilgilere ilişkindir.

Böyle bir durumda, hastanın dahi söz konusu bilgi üzerinde hekim tarafından açıklanmasına dair tasarruf edemeyeceği varsayılmıştır. Yani hastanın rızasının, hukuka uygunluk nedeni olmasının bir istisnası söz konusudur. Zira bu noktada bilginin açıklanmasına dair hasta rızasına, hukuk düzenince sonuç bağlanmamaktadır. Yönetmelik'in 23. maddesinin tümüne aşağıda verilmiştir:

*“Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.*

*Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.*

*Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya*

zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir.

*Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.”*

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin geniş kapsamlı açıklamaları sonrasında geri planda da kalsa başka bazı yönetmeliklerde de gizlilik hakkına vurgu yapan düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin<sup>10</sup> 7. maddesinde *“Poliklinik muayenelerinde gizlilik prensiplerine riayet esastır. Burada, halkın gelenek ve ahlak kurallarına saygı gösterilir. Hastalar teker teker muayene edilir. Muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinde başka kimsenin bulunmaması gerekir. Ancak hasta isterse ailesinden biri veya bir yakını bulunabilir.”* kuralına yer verilmiştir.<sup>11</sup>

## II. HEKİMİN SIR SAKLAMAYÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, hastanın yukarıda açıklanan mahremiyet ve gizlilik haklarının teminatıdır. Hasta açısından birer hak olarak düzenlenmiş bu kavramlar; hekim açısından bakıldığında sır saklama yükümlülüğünün kapsamını belirlemektedirler. Özellikle hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlaline bir takım hukuki ve cezai sonuçların bağlanmış olması, bu hakların etkin şekilde kullanılabilmesinin güvencesini oluşturmaktadır. Zira bilindiği gibi yaptırıma bağlanmamış hukuk kuralı, çoğu zaman temenniden öte bir anlam taşımamaktadır.

## A. SIR SAKLAMAYÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAĞI

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, çağdaş hukuk ve tıp öğretilerinin gerisine uzanan, neredeyse hekimlik mesleğinin gelişimiyle birlikte kabul olunan bir olgudur.<sup>12</sup> Zira hekimin gerek hasta tarafından kendisine duyulan güven gerekse mesleğinin niteliği gereği, hastaya ilişkin özel bilgilere sahip olması kaçınılmazdır. Bu bilgiler teşhis ve tedavi sürecinde olduğu gibi, öncesinde ve sonrasında da edinilebilir. Bu nedenledir ki Hipokrat Yemini'nde *“... mesleki uygulamamla bağlantılı olarak, insanların yaşamına ilişkin gördüğüm veya işittiğim ve dışarıda açıklanmaması gereken tüm bilgileri sır*

10 13.01.1983 tarih ve 17927 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

11 Benzer bir hüküm, 06.02.1997 tarih ve 22900 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Ana-Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri Yönetmeliği'nin 11. maddesinde vardır: *“Merkezde verilen bütün hizmetler ... mahremiyete ve gizliliğe saygı gibi tıp etiği ilkeleri ile uygunluk içinde sunulur.”*

12 Belgesay, M. R.: Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1953, s. 145; Fremgen, B. F.: Medical Law and Ethics, New Jersey 2009, s. 223.

*olarak saklayacağıma...*” ibaresi de yer almaktadır.<sup>13</sup>

Hekimin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bir hükme Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde<sup>14</sup> (Tüzüğü) yer verilmiştir. Tüzük'ün 4/1. maddesinde “*Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.*” ifadesi kullanılmıştır. Hatta takip eden fıkrada bilimsel toplantılar açısından da gizliliğe değinilmiş ve “*Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.*” kuralı düzenlenmiştir.

Türk Tabipler Birliği tarafından 1998 yılında (TTB 47. Büyük Kongresi'nde) kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın<sup>15</sup> 9. maddesinde “*Sır Saklama Yükümlülüğü*” kenar başlığı altında aşağıdaki kurallar düzenlenmiştir:

*“Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.*

*Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir.*

*Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez.*

*Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.”*

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesinde de, hastanın bilgi isteme hakkının bir uzantısı olarak, “*Bilgi Verilmesini Yasaklama*” hakkı düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca, “*İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini*” isteyebilir. Hastanın sağlık durumuna ilişkin bilgilerin ailesine ve yakınlarına bildirilmemesini talep etme hakkı, hastanın gizlilik hakkıyla doğrudan ilişkilidir. Hatta bu bilgilerin hastanın ailesine ya da yakınlarına açıklanması hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir.

13 Jackson, E.: Medical Law Text, Cases and Materials, Second Edition, Oxford 2010, s. 349; Mason, J. K.- Laure, G.T.: Law and Medical Ethics, Eighth Edition, Oxford 2011, s. 177.

14 Bakanlar Kurulu'nun 4/12578 sayılı 13.01.1960 tarihli kararıyla çıkartılmıştır.

15 [www.ttb.org.tr/mevzuat/index](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index) (01.11.2011).

Sağlık durumu hakkında bilgi edinmek hastanın hakkı olduğuna göre, hastanın bu haktan feragat etmesi ve bilgilendirilmemeyi tercih etmesi de mümkündür. Ancak bu noktada ailenin ya da yakınların bilgilendirilmesinden daha önemli bir durum söz konusudur. Zira hastaya yapılacak her türlü tıbbi müdahale için, hastanın rızasının alınması zorunludur. Rızanın hukuken tanınması (yani geçerli bir rızadan söz edilebilmesi) için, gereken koşullardan biri de hastanın aydınlatılmasıdır. Başka bir açıdan bakıldığında aydınlatma, hekimin de bir yükümlülüğü olarak değerlendirilir. Yani hekim, hastanın kendisine ilişkin bilgilendirilmeme hakkı ile; yapacağı tıbbi müdahalelere hastanın vereceği aydınlatılmış onamın geçerliliği arasındaki dengeyi kurmak zorundadır.

Yukarıda anılan düzenlemelerin yanı sıra, hekimin sır saklama yükümlülüğünün sözleşmeler hukukundan kaynaklanan dayanakları da vardır. Hekimle hasta arasındaki sözleşme, ister bir vekalet akdi (veya estetik amaçlı müdahaleler gibi bazı durumlarda istisna akdi) olarak kabul olunsun; ister kendine özgü yapısı olan isimsiz bir sözleşme olduğu görüşü benimsensin,<sup>16</sup> iş görme unsurunun bu sözleşmenin esaslı unsuru olduğu şüphesizdir. Sözleşmenin bizzat hekimle hasta arasında değil de, sağlık kurumu ile hasta arasında yapıldığı hallerde de durum değişmemektedir. Böyle bir durumda hekim, sağlık kurumunun ifa yardımcısı olarak değerlendirilmelidir.

Tüm iş görme unsuru taşıyan sözleşmelerde olduğu gibi, hasta ile hekim arasındaki sözleşme de, taraflar arasında bir güven ilişkisini gerektirmektedir. Özellikle bu sözleşmenin konusunun, kişinin sağlığına kavuşması (hatta bazı hallerde yaşamını sürdürmesi) olduğu dikkate alındığında, taraflar arasındaki güven ilişkisinin önemi daha açık olarak ortaya çıkacaktır. Vekalet sözleşmesinde, taraflar arasındaki güven ilişkisinin sağlanabilmesi amacıyla, vekile sadakat yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüğün alt başlıklarından birinin de sır saklama yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu noktada “sır” kavramının kapsamının belirlenmesi önem taşımaktadır.

16 Hekimle hasta arasındaki teşhis ve tedaviye ilişkin sözleşme, isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilse dahi, ortaya çıkan pek çok sorunun çözümünde (örneğin hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali gibi), vekalet akdine ilişkin hükümlerden yararlanılacaktır.

## B. SIR KAVRAMI

Hastanın başkalarının bilmemesinde yarar gördüğü ve aleniyete intikal etmemiş tüm kişisel bilgilerinin bu kapsamda değerlendirilmesi zorunludur. Açıklanması halinde, hastanın maddi ya da manevi zarara uğramasıyla sonuçlanması muhtemel olan tüm bilgiler bu niteliktedir. Herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve menfaatine zarar verme tehlikesi gösteren tüm hususlar, sır kapsamına girer.<sup>17</sup> Yargıtay, sırların kişisel varlığın bir parçası olduğu yönündeki görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: “*Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik uğraşlar özgürlüğü, şeref, haysiyet, isim, resim, sırlar hep kişisel varlıklardır.*”<sup>18</sup>

Sırrın en önemli ve esaslı unsuru, aleniliğinin bulunmamasıdır.<sup>19</sup> Söz konusu bilgilerin sır olarak değerlendirilebilmeleri için, hasta ve hekim haricinde kimse tarafından bilinmemeleri şart değildir. Yani bu bilgileri hasta, bazı kişilerle paylaşmış ya da diğer bazı kişilerce öğrenilmesine engel olamamışsa bile, daha da bilinir hale gelmesini istemiyor olabilir. Buna karşın herkes tarafından bilinen veriler, sır olarak nitelendirilemez.<sup>20</sup>

Tıbbi gizlilik ve sır kavramı, İngiltere’de görülen Naomi Campell v. MGN Davası’nda<sup>21</sup> bilginin aleniyeti boyutu esas alınarak tartışılmıştır. Davaya konu olay, bir basın kuruluşunun, Naomi Campell’in İsimli Bağımlılar adlı tedavi kliniğinden çıkarken görüntülediği fotoğrafa da yer verdiği bağımlılık tedavisi haberine ilişkindir. Davacı (Naomi Campell), sırrının açıklandığı ve tıbbi gizliliğinin ihlal olunduğu iddiasıyla tazminat talebinde bulunmuştur. Davalının savunması ise, Naomi Campell’in ilaç bağımlısı olduğunu halka kendisinin açıkladığı; bu bilginin söz konusu açıklama nedeniyle alenileştiği ve sır niteliğini kaybettiği üzerine kurulmuştur.<sup>22</sup>

Dava, mahkemenin, davacının yaptığı açıklamanın sadece bağımlılığa

17 Yıldırım, F.: “*Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 2006, s. 59.

18 İpekyüz, Y. F.: Türk Hukuku’nda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 6’dan naklen Yargıtay 4. H.D., 06.06.1972, 14724/5389.

19 Büyükkay, Y.: “*Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*”, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, Ankara 2004, s. 386; Bir bilginin sır olarak nitelendirilebilmesi için, üçüncü kişilerce bilinmezliğine dair objektif ve sır sahibinin sırrının saklanmasına dair iradesini içeren subjektif şartın birlikte gerçekleşmesi gerekliliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, H.: “*Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1, Ankara 2010, s. 139-140.

20 Örneğin, kişi hakkında belirli bir hastalık nedeniyle kısıtlılık kararı verilmiş ve bu karar ilan edilmiş ise artık sır niteliğinin ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Büyükkay, Y., s. 387.

21 Naomi Campell v. MGN, 2004, UKHL 22.

22 Jackson, E., s. 359; Mason, J. K.- Laure, G.T., s. 184-185; Herring, J.: Medical Law, Oxford 2011, s. 99-100, 103-104.

ilişkin olduğunun, tedaviyi ve tedavinin ayrıntılarını kapsamadığının altını çizerek; fakat ihlalin de çok ciddi olmadığını belirterek az bir tazminata hükmetmesiyle sonuçlanmıştır. Karar'da toplumsal tanınırlığı olan kişiler açısından basit bir soğuk algınlığının ya da bir bacak kırığının -bu kişilerin zaten sürekli toplum önünde oldukları ve bu tür sağlık sorunlarının da dışarıdan kolaylıkla fark edilebilirlikleri gerekçesiyle- sır olarak kabul edilmesinin zor olduğu da belirtilmiştir.<sup>23</sup> Ancak hasta, tüm basitliği ve dıştan algılanabilirliğine rağmen yine de sağlık sorununun gizli tutulmasını hekiminden talep ediyorsa, bilgi sır kapsamında değerlendirilmelidir.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, hastaya ait mesleği gereği (yani teşhis veya tedavi sözleşmesinin kurulması ya da ifası sırasında) öğrendiği bilgilere ilişkindir. Ancak sözleşmenin gerektirdiği güven ilişkisinin yoğunluğu nedeniyle, bu kapsam geniş yorumlanmalıdır. Sırlar, sadece hastanın sağlık durumuna ilişkin olanlarla sınırlı değildir; hastanın özel yaşamına ait tüm bilgiler bu çerçevede ele alınır.

Hastanın doğrudan sağlık durumu ile ilgili olmasa dahi, hekimiyle paylaştığı sırlar (örneğin tedavi giderlerinin karşılanacağı finansal kaynaklar vb.) bu nitelikte değerlendirilmelidir. Hatta hekimin hastayı muayene veya tedavi ettiğine ilişkin bilgi bile, hastanın kimliğinin gizliliği açısından önem taşıdığından, sır kapsamındadır. Sır olarak nitelenen bilginin hekime hasta tarafından verilmiş veya söylenmiş olması şart değildir. Hekim sırı, yaptığı tetkik ve incelemelerle de ulaşmış olabilir.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü -yasal sınırlamalar saklı kalmak şartıyla- tüm üçüncü kişilerden sırların saklanmasına ilişkindir. Sır saklama yükümlülüğünün ihlali için, sırrın kamuya açıklanması, aleniyete ifşa edilmesi şart değildir; sırrın yetkilendirilmemiş tek bir kişiye bile açıklanması yeterlidir.<sup>24</sup> Bu üçüncü kişilere hastanın ailesi ve yakınları, hekimin meslektaşları da dahildir. Hasta tarafından açıkça rıza gösterilmedikçe, hastanın mevcut ya da olası sigorta şirketi de bu kapsamdadır.

Hastanın rızasıyla bir başka hekime ya da sağlık kuruluşuna sevk edilmesi (devredilmesi) halinde, hastanın sağlık durumuna ilişkin bilgilerinin bu kişilere açıklanmasına da zımnen rıza gösterdiği kabul olunur. Benzer şekilde sırların

23 Jackson, E., s. 359; Mason, J. K.- Laure, G.T., s. 184-185; Herring, J.: Medical Law, Oxford 2011, s. 99-100, 103-104; Benzer bir görüşü kabul eden Büyükkay, "Hastanın herkesçe bilinen ve basit olarak algılanabilecek bir enfeksiyon dolayısıyla hekimine müracaat etmesi durumunda, bu durumun hasta ile hekim arasında bir sır olarak kalması ile korunması amaçlanan hukuki bir menfaatin bulunmadığı ortadadır." demektedir. Büyükkay, Y., s. 386.

24 Herring, J.: Medical Law and Ethics, Oxford 2010, s. 217.

açıklanmasına ilişkin rızanın zımni olarak verildiğine ilişkin en yaygın örnekler, hastanın hekime, başka bir hekimden görüş alması veya onunla konsültasyon yapması için izin verdiği durumlardır.<sup>25</sup> Ancak söz konusu zımni rıza her tür sırda değil; sadece tıbbi gerekliliklere ilişkin olarak değerlendirilmelidir.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, hasta ile arasındaki sözleşmenin süresi ile sınırlı değildir. Sırlar, hastanın hayatı boyunca ve hatta ölümünden sonra da açıklanmamalıdır. Hasta açısından kişilik ölümle son bulmakla birlikte, hastaya ait sırların açıklanması, hasta yakınlarının özel hayatlarına saldırı yoluyla kişilik haklarının ihlalini oluşturur. AİHM'nin Plon-Fransa Kararı'nda<sup>26</sup>, hastanın ölümünden sonra mahremiyetinin korunması ile ifade özgürlüğü arasında karşılaştırma yapılmıştır.

Karara konu olay Fransa Cumhurbaşkanı Mitterand'ın özel doktorunun bir gazeteciyle birlikte yazdığı -hastalık ve tedavisi aşamasındaki sırlara ilişkin hatıraları içeren- Büyük Sır adlı kitabın Plon Yayınevi tarafından Mitterand'ın ölümünden 10 gün sonra basılmasıyla başlamıştır. Mahkeme, Mitterand'ın ölümünden 10 gün sonra yapılan basımın mahremiyeti ihlal ettiğini; buna karşılık ölümden dokuz buçuk ay sonra yapılan basımın ise ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebileceğini hükme bağlamıştır.<sup>27</sup>

Yukarıda yapılan açıklamalarda -uygulamada da görülme yaygınlığı nedeniyle- hekimle ya da hekimin bağlı olarak çalıştığı sağlık kuruluşuyla hasta arasında bir sözleşme ilişkisi olduğu varsayımı kabul olunmuştur. Halbuki hekimin sır saklama yükümlülüğü sadece hastayla arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarla sınırlandırılmaz. Örneğin tutuklu veya hükümlülerin teşhis ve tedavisinde de ceza veya tutukevi hekiminin sır saklama yükümlülüğü vardır.

Bu durum Türk Tabipler Birliği tarafından kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın<sup>28</sup> “*Tutuklu ve Hükümlülere Verilecek Tıbbi Yardım*” kenar başlıklı 35. maddesinde “*Tutuklu ve hükümlülerin muayenesi de öteki hastalarinki gibi, kişilik haklarına saygılı, hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılır ve onların gizlilik hakları korunur.*” ifadesiyle etik normu olarak benimsenmiştir.

25 Herring, J., Medical Law, s. 104.

26 Plon-Fransa, 18.05.2004.

27 Mason, J. K. - Laure, G.T., s. 207.

28 www.ttb.org.tr/mevzuat/index (01.11.2011).



### C. HEKİMİN TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün bir yansıması da tanıklıktan çekinme hakkına ilişkindir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “*Meslek ve Sürekli Uğraşaları Sebebiyle Tanıklıktan Çekinme*” başlıklı 46/1(b). maddesi gereğince “*Hekimler; dış hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler*” hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak 46. maddenin ikinci fıkrası gereğince ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinmeleri mümkün değildir.

Benzeri bir kurala, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “*Sır Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme*” kenar başlıklı 249. maddesinde de rastlanılmaktadır. Maddede, “*Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler.*” ifadesi kullanılmıştır.

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlükten kaldırılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 245/4. maddesinde yer alan “*Memuriyet ve sanat ve meslekleri itibariyle bir kimsenin sırrını bilenler şu kadar ki o kimse muvafakat ederse şahadetten imtina edemezler.*” ifadesi, açıkça HMK'nun 249. maddesinden farklı bir kural içermektedir. Zira maddenin yürürlükteki halinde tanıklıktan çekinme kriteri olarak, kanun hükmü gereğince sır olarak korunması gereken bir bilginin varlığı aranmaktadır.

HUMK'nun yürürlükte olduğu dönemde hekim mesleği gereği öğrendiği sır nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğu halde, değiştirilen (ve daraltılan) çekinme kriteri uyarınca, artık hekimin kanun gereğince korunan bir sırı vakıf olup olmadığı tartışması yapılacaktır. Demek ki hekimin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin yasal dayanak bulunması hususu daha da önem kazanmıştır. Bu açıdan bakıldığında hekimin hukuki durumuna ilişkin en uygun yasal düzenlemelerden biri, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan ve yukarıda açıklanan, Biyotıp Sözleşmesi'nin 10/1. maddesidir. Ancak maddenin doğrudan sır saklama yükümlülüğüne değil de; özel yaşama vurgu yaptığı gözden uzak tutulmamalıdır.

Bununla birlikte CMK'nun 10/1. maddesi de hekimler açısından edinilen bilgilerin “*kanun gereği sır olarak korunması*” gereken bilgilerden olduğunu ortaya koyucu niteliktedir. Çünkü HMK'da tanıklıktan çekinme kriteri olarak



belirlenen kanun hükmü gereğince sır olarak korunma unsuru CMK'nda hekim açısından açıkça düzenlenmiştir. Her iki normun da amacı, hekimin tanıklık nedeniyle sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmemesine imkan sağlamaktır. Bu nedenle ilgilinin rızası halinde tanıklıktan çekinme hakları tanınmamıştır.

#### **D. SİR SAKLAMAYÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ**

Sır saklama yükümlülüğünün ihlali, hekimin hukuki ve cezai sorumluluğunun gündeme gelmesine neden olacaktır. Hekim, açıklanan sır nedeniyle hastanın uğradığı maddi ve manevi zararları tazmin ile mükelleftir. Sırların açıklandığına dair ispat külfeti hastaya aittir. Hekimle hasta arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuşsa akdi sorumluluk hükümlerine göre; eğer sözleşme ilişkisi gözlemlenemiyorsa haksız fiil kurallarına göre zararın tazmini sağlanacaktır. Hukuki sorumluluk açısından, hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederken kasıtlı olması şart değildir.

Yani hekimin iradi olarak yapacağı her açıklama, sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiği gibi; sırrın ihmali davranışlar sonucunda ortaya çıkmasından da hekim sorumlu olacaktır. Örneğin hastanın verdiği telefona bırakılan mesajların (hastanın açıkça mesaj bırakılmasına izin verdiği durumlar hariç olmak üzere) başkası tarafından dinlenilmesi veya hekimin odasında görülebilir şekilde bıraktığı hasta ile ilgili belgelerin başkalarınca okunması gibi durumlar, ihmali davranış olarak nitelendirilebilir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi de kolaylıkla karşılaşılabilecek bir durumdur. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15/2. maddesine göre, sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Hekim, hastanın bilgi alma konusunda bir başkasını yetkilendirmesi durumunda, gerek görürse yetkinin belgelendirilmesini isteyebilir.

Hekimin ayırtım gücüne sahip kişiye aydınlatma yapmasının yeterli olduğu hallerde, bu aydınlatmanın aynı zamanda kişinin yasal temsilcisine de yapılması sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilebilir.<sup>29</sup> Örneğin 16 yaşındaki bir gencin, bir jinekologdan ebeveynine ayrıntılı bir bilgi verilmemesini talep etmesi, korunması gerekli bir menfaat olarak değerlendirilebilir.<sup>30</sup> Hekimin yetkilendirildiği iddiasında bulunan hasta

29 Yıldırım, F., s. 60.

30 Büyükkay, Y., s. 392.

yakınına, yetki belgesini istemeden yapacağı aydınlatmalar da benzeri riskleri taşır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlalini doğurabilecek bir diğer durum da bilgi verilmesi caiz olmayan hallere ilişkindir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesine göre, hastanın manevi yapısını kötü bir şekilde etkilemek suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunduğu ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde hekimin takdirine bağlıdır.

Yönetmelik'in 19. maddesinin son cümlesine göre, “*Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine*” bildirilir. Söz konusu düzenleme, hastanın özel yaşamına saygı gösterilmesini talep hakkıyla çelişir olmasının yanı sıra hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlali sonucunu da kolaylıkla doğurabilecek niteliktedir. Hastanın, ailesinin bilgilendirilmemesine ilişkin talebini göz ardı ederek, ailesine teşhisi bildiren hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği kuşkusuzdur. Hastanın ailesinin bilgilendirilmemesine ilişkin bir talebinin olmaması halinde bile, sadece teşhisi değil başka kişisel bilgileri de aileye aktaran hekim ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabilir.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesinin, özel hukuk yaptırımları olduğu gibi; ceza hukuku yaptırımları da vardır. Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 136. maddesi gereğince, “*Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile*” cezalandırılır. Kanun'un 137/(b). maddesinde suçun nitelikli hali de düzenlenmiş ve “*Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle*” işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı belirtilmiştir. Hekimin kişisel verileri açıklaması, suçun mesleğin sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi anlamına geleceğinden, nitelikli hal kapsamında değerlendirilecektir.

Son olarak hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesinin bir diğer sonucu da disiplin cezası alması olabilir. Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği'nin<sup>31</sup> 5/3. maddesinin (c) bendinde, “*Mesleğin uygulanması*

31 28.04.2004 tarih ve 25446 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

sırasında ve meslek sebebiyle öğrenilen hastalara ait sırları yasal zorunluluk dışında açıklamak” geçici olarak meslekten alı koyma cezasıyla karşılaşacak haller arasında sayılmıştır.

### **E. HEKİMİN BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Bu noktaya kadar yapılan açıklamalarda hekimin sır saklama yükümlülüğünün kapsamından ve ihlal edilmesi halinde karşılaşılabilecek yaptırımlardan söz edilmiş olmakla birlikte, hekimlerin meslekleri nedeniyle öğrenmiş oldukları sırları saklamakla değil; yetkili mercilere bildirmekle yükümlü oldukları durumlar da vardır. TCK'nun “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi” başlığı altında düzenlenmiş 280. maddesinde “Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” hükmü düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 159. maddesi gereğince şüpheli ölümün ihbarı zorunludur. Maddeye göre, bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde; kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler, durumu derhal Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirmekle yükümlüdürler.

Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda da hekime getirilmiş bildirim yükümlülüğüne rastlanmaktadır.<sup>32</sup> Bu yükümlülük Kanun'un “Memleket Dahilinde Sari ve Salgın Hastalıklarla Mücadele” başlıklı 57. maddesinde düzenlenmiştir: “Kolera, veba, (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, kara humma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hâmilleri dahi -paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı)- bütün tevkiatı dahi -sâri beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli) uyku hastalığı (İltihabı dimağii sâri), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması, (Hummai nıfası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii hâddı tifli), kızamık, cüzzam (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

32 Sağlık Bakanlığı'nca 24.02.2004 tarih ve 1534 sayılı “Bulaşıcı Hastalıkların İhbarı ve Bildirim Sistemi Yönergesi” çıkartılmıştır.

*ısırlımaları, kuduza müptelâ hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.”*

Benzeri bildirim yükümlülükleri, Kanun'un 97. maddesinde sıtma, 104. maddesinde<sup>33</sup> zührevi hastalıklar, 113 ve 114. maddelerinde verem açısından öngörülmüştür. Söz konusu bildirim yükümlülükleri Kanun'un 282. maddesi ile yaptırıma bağlanmış olup; Kanun'da yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, iki yüz elli Türk Lirası'ndan bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verileceği belirtilmiştir.

Özel Hastaneler Tüzüğü'nün<sup>34</sup> “Güvenlik Makamlarına Bildirme” kenar başlıklı 32. maddesinde “*Durumundan kuşku duyulan ve kimliği belli olmayan hastalarla, adli olaylar güvenlik makamlarına derhal bildirilir.*” ifadesi kullanılarak bir diğer bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Aynı Tüzük'ün “*Bildirme Yükümü*” başlıklı 40. maddesinde “*Bildirilmesi zorunlu hastalığa yakalanmış olanlardan iyileşmeden çıkanlarla bulaşıcı hastalık taşıyıcıları (portör) ile gidecekleri yerler, sorumlu müdürlerce ilgili makamlara bildirilir.*” denilmiştir.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin<sup>35</sup> “*Adli İhbar İşlemleri ve Otopsi*” başlıklı 86. maddesinde, “*Yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vakalarda, bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşılması halinde Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi gereği gecikmeksizin Cumhuriyet Savcılığı'na veya adli kolluğa haber verilmesi zorunludur.*” ifadesi kullanılmıştır.

## SONUÇ

Hastanın özel yaşamına saygı gösterilmesini talep hakkı (hastanın mahremiyet ve gizlilik hakları), hukukun temel kaynaklarından insan haklarıyla, uluslararası sözleşmelerle, kanunlarla ve ikincil düzenlemelerle bağlantılıdır. Ancak en açık ve ayrıntılı biçimde düzenlendiği yer, ikincil düzenlemeler içinde yer alan Hasta Hakları Yönetmeliği'dir.

Hastanın özel yaşamına saygı gösterilmesini talep hakkını doğrudan ilgilendiren bir diğer konu da hekimin sır saklama yükümlülüğüdür. Hekim, hastayla arasındaki ilişkinin niteliği ve yoğunluğu gereği, hastanın özel

33 Ancak aynı maddede bu tür ihbarların mahrem olduğu ve bu mahrem bilgiyi ifşa eden memurun sorumlu olacağı da belirtilmiştir.

34 Bakanlar Kurulu'nun 28.02.1982 tarih ve 8/5747 sayılı Kararnamesi ile yürürlüğe konulmuştur.

35 Bakanlar Kurulu'nun 10.09.1982 tarih ve 8/5319 sayılı kararı ile çıkarılmıştır.

yaşamına ilişkin pek çok bilgiye sahip olacaktır. Hekim kamu yararına dayanan bir yasal düzenleme veya hastanın rızası olmadıkça bu sırları, tüm üçüncü kişilerden saklayarak, hastanın özel yaşamının korunması açısından gerekli olan yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

Çalışma konusunun önemi ve ilgililerinin genelliği dikkate alındığında (bazı hukuk dallarının sükeleri sınırlı olmakla birlikte, tüketici ya da hasta hakları gibi alanlarda -neredeyse- tüm gerçek kişiler söz konusu hukuk dalının sükeleri içersinde yer almaktadır), bu alanın yasal bir düzenlemeye kavuşturulmasının daha yararlı olacağı şüphesizdir. Hatta bu yasal düzenleme, hekim (veya sağlık kurumu) ile hasta arasındaki sözleşmeyi de -tarafaların tüm hak ve yükümlülüklerini içerecek şekilde- içine almalıdır.

#### **KAYNAKÇA**

Belgesay, M. R.: Tıbbi Mesuliyet, İstanbul 1953.

Biggs, H.: “*Hekimin Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü*”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007.

Büyükkay, Y.: “*Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*”, AÜEHFD, C. VIII, S.1-2, Ankara 2004.

Deryal, Y.: “*Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti*”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007.

Dinç, G.: “*Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam*”, Özel Yaşamın Gizliliği Paneli, Ankara 2008.

Dural, M.-Öğüz, T.: Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C. II, B.7, İstanbul 2004.

Fremgen, B. F.: Medical Law and Ethics, New Jersey 2009.

Herring, J.: Medical Law and Ethics, Oxford 2010.

Herring, J.: Medical Law, Oxford 2011. (Medical Law)

İpekyüz, Y. F.: Türk Hukuku'nda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

Jackson, E.: Medical Law Text, Cases and Materials, Second Edition, Oxford 2010.

Kaboğlu, İ. Ö.: Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1993.

Mason, J. K.- Laure, G.T.: Law and Medical Ethics, Eighth Edition,

Oxford 2011.

Stauch, M.- Wheat, K. - Tingle, J.: Text, Cases and Materials on Medical Law, Third Edition, Great Britain 2006.

Özdemir, H.: “*Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1, Ankara 2010.

Özsunay, E.: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, B. 4, İstanbul 1979.

Öztan, B.: Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, B. 9, Ankara 2000.

Yıldırım, F.: “*Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 2006.

Waltson-Dunham, B.: Medical Malpractice Law and Litigation, New York 2006.



---

# TÜZEL KİŞİLERİN ORGANLARININ HAKSIZ FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞU\*

---

İZZET BAŞARA\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Kalecik Hâkimi, Ankara





## GİRİŞ

Tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi hak ve fiil ehliyetine sahiptir. Tüzel kişiler de bir hak süjesi olduklarından, onlar da haklar edinebilir ve borç altına girebilirler. Gerçek kişilerin şahıs olarak varlık kazandıkları anda sahip oldukları hak ehliyetine, tüzel kişiler kuruluşları hakkında kanunun öngördüğü sisteme göre tescil, izin vs. gibi gerekli aşamaları tamamlamalarıyla sahip olurlar.

Tüzel kişilerin iradesi organları aracılığıyla oluşacağından, kanun koyucu tüzel kişilerin fiil ehliyetini kazanabilmesi için kanuna ve tüzüklerine göre gerekli organlara sahip olmaları şartını öngörmüştür. Nitekim tüzel kişiler organlarının yaptığı faaliyetler sonucunda alacaklı veya borçlu olurlar ya da organlarının hukuka aykırı fiilleri sonucunda üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan sorumlu olurlar. O halde tüzel kişilerin fiil ehliyeti, kanun ve tüzüklerinde gösterilen organlara sahip oldukları anda başlar.

Bu çalışmanın konusu kapsamında tüzel kişilerin organlarının haksız fiillerinden sorumlu olma ehliyeti incelenecektir. Bu konunun incelenmesi bakımından önem arz etmesi dolayısıyla, öncelikle fiil ehliyeti, fiil ehliyetinin kullanılması ve tüzel kişilerde organ kavramı üzerinde durulacak, daha sonra tüzel kişilerin haksız fiil ehliyeti ayrıntıları ile ele alınacaktır.

## I- FİİL EHLİYETİ VE KULLANILMASI

### A- GENEL OLARAK

Fiil ehliyeti, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu' nun 9'uncu maddesinde de

düzenlendiği üzere, bir kimsenin kendi fiilleri ile hakları kazanması ve borç altına girebilmesidir.<sup>1</sup> Kanunun düzenlemesinde gerçek kişi ve tüzel kişi ayrımı yapılmamıştır. Ancak tüzel kişilerin fiil ehliyetini kazanabilmesi için aranan koşullar, gerçek kişilerin fiil ehliyetini kazanabilmesi için aranan koşullardan farklı olarak düzenlenmiştir.<sup>2</sup>

Gerçek kişilerin fiil ehliyetini kazanabilmesi için, temyiz kudretine sahip olması ve ergin olması gerekir. Sadece insanlara özgü olan bu şartların tüzel kişiler için de aranması söz konusu olamayacağından, kanun koyucu tüzel kişilerin fiil ehliyetini kazanabilmesi için, yalnızca kanun ve tüzük uyarınca zorunlu organlara sahip olmalarını yeterli görmüştür.<sup>3</sup> Nitekim Türk Medenî Kanunu'nun 49'uncu maddesi “Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar” demek suretiyle bu hususu belirtmiştir. Tüzel kişiler iradelerini organları aracılığıyla açıklarlar. Buna bağlı olarak da tüzel kişiler, organlarının işlemleri neticesinde alacaklı veya borçlu durumuna girebilecekleri gibi organlarının hukuka aykırı eylemleri sonucunda başkalarının uğradığı zararlardan da sorumlu olurlar.<sup>4</sup>

Tüzel kişilerin gerçek kişilerde olduğu gibi bir iradeye sahip olmaması, tüzel kişilerin fiil ehliyetinin kendi yapısına uygun olarak düzenlenmesini gerektirmektedir. Çünkü tüzel kişinin iradesi kendi bünyesinde yer alan kişilerin vereceği kararlarla oluşur.<sup>5</sup>

Netice itibariyle tüzel kişilerin fiil ehliyetini kullanabilmesi için kanunlarda öngörülen zorunlu organlara sahip olmaları gerekir. Tüzel kişiler, belli bir amacın gerçekleşmesi için gereken işlevleri yerine getirirken gerek üçüncü şahıslarla olan ilişkilerde, gerek iç işleyişinde gerekli iradeyi organları aracılığıyla açıklarlar.<sup>6</sup> Bu nedenle, sadece, kanunen öngörülen zorunlu organlara sahip olan bir tüzel kişinin fiil ehliyetinden, dolayısıyla da

1 Oğuzman, M.K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.: Kişiler Hukuku ( Gerçek ve Tüzel Kişiler), 9. bs., İstanbul, 2009, s. 44 ; Ayan, M./Ayan, N.: Kişiler Hukuku, Konya, 2007, s. 18; Özsunay, E.: Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. bs., İstanbul, 1982, s. 70; Öztan, B.: Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970, s. 17.

2 Özsunay, s. 71; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 16.

3 Dural, M./Öğüz, T.: Kişiler Hukuku, 9. bs. İstanbul, 2009; Tunçomağ, K.: İşletme Hukuku, C. I, İstanbul, 1970, s. 102; Zevkliler, A./Havutçu, A./Gürpınar, D.: Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 6. bs., Ankara, 2008, s. 165; Şener, E.: Kişinin ( Şahsın) Hukuku, Ankara, 1997, s. 150; Özsunay, s. 71; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 17; Akünel, T.: Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995, s. 33; Serozan, R.: Tüzel Kişiler, İstanbul, 1990, s. 22; Ayan/Ayan, s. 128.

4 Akipek- Güral, J./Akıntürk, T.: Türk Medenî Hukuku -Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, C. I, 4. bs., İstanbul, 2002, s. 560-561; Şener, s. 151.

5 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 212.

6 Gençcan, Ö.U.: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat, C. I, Genişletilmiş 2. bs. Ankara, 2007, s. 620; Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, s. 166; Akipek-Güral/Akıntürk, s. 561; Ayan/Ayan, s. 128.

faaliyetlerinden bahsedilebilir.<sup>7</sup>

## B- ORGAN KAVRAMI

Tüzel kişiler, belirli bir amacı yerine getirmek için bir araya gelen kişi toplulukları veya belirli bir amaca özgülünen mal toplulukları biçiminde oluşurlar. Tüzel kişi olarak varlık kazanan böyle bir topluluk, amacını gerçekleştirmek için tüzüğünde veya ana sözleşmesinde yazılı olan işlerle uğraşır ve o konularla ilgili faaliyette bulunur.<sup>8</sup> Tüzel kişinin bu alandaki faaliyetlerini gerçekleştirebilmesi, aktif olarak hukuk hayatına katılması, bazı eylem ve işlemler yapmasıyla mümkündür. Yapacağı bu eylem ve işlemlerin tüzel kişi açısından hukukî sonuç doğurabilmesi, tüzel kişinin iradesini o yönde açıklamasına bağlıdır. Bu noktada tüzel kişinin iradesini açıklama, onun işlemlerini yapma ve işlerini yerine getirme görevi organlarına aittir.<sup>9</sup>

Organ tarafından gerçekleştirilen eylem ve işlemler, doğrudan doğruya tüzel kişinin eylem ve işlemleri sayılır.<sup>10</sup> O halde, tüzel kişilerde organ; kanun, tüzel kişinin esas sözleşmesi veya bunlara uygun olarak yapılan iç yönetmeliklerle kendisine yetki verilen ve tüzel kişinin iradesinin oluşmasını sağlamak ve oluşacak bu iradenin gerek üçüncü şahıslarla olan ilişkilerde, gerek tüzel kişinin iç işleyişinde ortaya konması için yetkili kılınan kişi veya kişi toplulukları olarak tanımlanabilir.<sup>11</sup>

Tüzel kişinin iradesini oluşturan ve bu iradenin hukuk alanına yansımaları sağlayan organlar, tüzel kişinin karar verme, yürütme ve denetleme fonksiyonlarını üstlenmiş bulunan, tek bir kişiden ( yönetici, müdür, denetçi )

7 Öztan, Tüzel Kişiler (Ders Notları), Ankara, 1994, s. 31.

8 Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, s. 167; Dural/Öğüz, s. 237.

9 Ayan/Ayan, s. 128; Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, s. 167; Dural/Öğüz, s. 237.

10 Köprülü, B.: Medenî Hukuk, 2. bs., İstanbul, 1984, s. 418; Ayan/Ayan, s. 128.

11 Dural/Öğüz, s. 237; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 82; Akünal, s. 34. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2004 / 21-406 esas ile 2004/434 sayılı kararında; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 49 ve 50. maddelerinde; tüzel kişilerin, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanacakları ve iradelerini bu organları aracılığıyla açıklayacakları, aynı şekilde HUMK'nun 39. maddesine göre ehliyeti haiz olan tüzel kişilerin yasal organları ile hareket edeceklerinin hükmü altına alındığını, organların, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına soktuklarını, tüzel kişinin, fonksiyonlarını, kanuna veya ana sözleşmesine göre, bağımsız olarak yerine getirmek üzere seçilen veya atanan ya da kendisine bu fonksiyonları bağımsız olarak yerine getirmek üzere fiilen ve dışarıdan belli olacak şekilde yetki verilen kişi ya da kişi gruplarına organ adı verildiğini, organların, hükmü şahsın iradesini açıklayarak, tüzel kişiyi içeride yönetip, dışı karşı da temsil ettiklerini, tüzel kişinin organından söz edebilmek için onun mutlaka tüzel kişinin irade ve karar organı olmasının zorunlu olmadığını, genel kurul ve yönetim kurulu yanında çeşitli yöneticilerin de tüzel kişinin organı olarak değerlendirilebileceğini, bu kapsamda, genel olarak dış ilişkilerde, bazı kimselerin tüzel kişinin hukuki muamelelerine katılması öngörülmüşse, bu kimselerin de tüzel kişinin organı sayılacaklarını hükme bağlamıştır ( Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E. T: 20.06.2011).

oluşabileceği gibi, bir kişi topluluğu, bir kurul biçiminde (genel kurul, yönetim kurulu, denetim kurulu ) de oluşabilir.<sup>12</sup>

Organ, tüzel kişinin bünyesinde yer alan ve ondan ayrılması mümkün olmayan bir parçası durumundadır.<sup>13</sup> Tüzel kişiden bağımsız bir varlığı yoktur. Tüzel kişi organları aracılığıyla faaliyette bulunup iradesini açıkladığı ve hukukî işlemler yaptığı için, organ tüzel kişinin zorunlu bir unsurudur.<sup>14</sup> Ayrıca organların sürekli olarak kurulamamasının, tüzel kişinin kanundan dolayı kendiliğinden dağılması sonucunu doğurması veya organsız kalan tüzel kişinin fiil ehliyetini yitirmesi bu zorunluluğun sonuçlarındandır.<sup>15</sup>

### C- ORGANLARIN TÜRLERİ

Tüzel kişiler, sahip olacakları organları kendi tüzükleriyle serbestçe belirleyebilirler. Ancak kanun koyucu organların tüzel kişi açısından arz ettiği önemi dikkate alarak her tüzel kişi türünde bulunması gerekli olan organları belirlemiş ve tüzel kişinin kurulabilmesi veya fiil ehliyetini kazanabilmesi için bu organların varlığını şart koşmuştur. Bu organlara kanunî organ ya da zorunlu organ denir.<sup>16</sup> Tüzel kişiler kanun koyucunun öngördüğü zorunlu organların yanında, amaçlarına, örgütlenme yapılarına ve faaliyet alanlarına göre başka organlar da tayin edebilirler.<sup>17</sup> Bu organlara da seçimlik ya da ihtiyarî organ denir.

#### 1- Kanunî (Zorunlu) Organlar

Kanunî organlar, tüzel kişinin iradesinin oluşmasını sağlayan yani davranış biçimini belirleyen ve tüzel kişinin iç işleyişiyle ilgili kararlar alan irade organı ile alınan bu kararları yerine getiren ve tüzel kişinin iradesine uygun olarak onun işleyişini sağlayan temsil organıdır.<sup>18</sup>

Dernekler açısından genel kurul, yönetim kurulu ve denetleme kurulu zorunlu organlardır. Bu husus Türk Medenî Kanunu'nun 72'inci maddesinde ve dernekler Kanunu'nun 19. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Ticaret Kanunu'nunda ticaret şirketleri açısından yönetim kurulu ortak zorunlu organ olarak belirtilmekle birlikte, bazı şirket türleri için genel kurulun da zorunlu organ olarak düzenlendiği görülmektedir ( TTK. 360 vd, 480, 536 ). Vakıflar

12 Özsunay, s. 72; Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, s. 167; Akünal. Teoman, s. 34.

13 Akipek-Güral/Akintürk, s. 562

14 Akipek-Güral/Akintürk, s. 562; Öztan, Tüzel Kişiler, s. 31; Veldet, H.: Medenî Hukuk Şahsın Hukuku, İstanbul, 1945, s.183.

15 Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, s. 167; Akipek-Güral/Akintürk, s. 562.

16 Akipek-Güral/Akintürk, s. 563; Dural/Öğüz, s. 241; Akünal, s. 36.

17 Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 98; Akünal, s. 36; Dural/Öğüz, s. 241.

18 Özsunay, s. 73; Akipek-Güral/Akintürk, s. 563.

açısından ise yönetim kurulu zorunlu organdır.<sup>19</sup>

Tüzel kişinin iç işleyişinde söz sahibi olan, davranış biçimini belirleyen ve tüzel kişinin önemli kararlarını alan organlar, karar organı iç organ olarak da adlandırılırlar.<sup>20</sup> Örneğin; genel kurul. Buna karşılık, tüzel kişinin işlerini görüp alınan kararları yerine getiren organlar da yürütme organı- dış organ olarak adlandırılırlar.<sup>21</sup> Örneğin; yönetim kurulu.

## 2- Seçimlik (İhtiyarî) Organlar

Tüzel kişiler, kanunî ya da başka bir ifadeyle zorunlu organlar dışında, amaçlarına ve içyapılarına uygun olarak, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla kendileri açısından gerekli gördükleri işleri yapacak organlara da sahip olabilirler.<sup>22</sup> Örneğin, danışma kurulu, haysiyet divanı, bilim kurulu vs. gibi. Bu organların nelerden ibaret olacağı kuruluş sırasında tüzükte, vakıf senedinde veya ana sözleşmede gösterilebileceği gibi, daha sonra alınacak kararlarla da belirlenebilir.<sup>23</sup> Bu husus, tamamen tüzel kişinin iradesine bırakıldığından ve bu organların yokluğunda dahi, tüzel kişi, zorunlu organları varsa fiil ehliyetine sahip olacağından bu tür organlar seçimlik ( ihtiyarî ) organlar olarak adlandırılır.<sup>24</sup>

## II- TÜZEL KİŞİLERİN HAKSIZ FİİL EHLİYETİ

### A- GENEL OLARAK

Tüzel kişiler, organları aracılığıyla kullandıkları, hukukî işlem, tasarruf ve dava ehliyetine sahiptirler. Aynı şekilde tüzel kişiler, organlarının yapmış oldukları hukuka aykırı fiiller sonucunda üçüncü kişilere vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumluluk ehliyetine de sahiptirler.<sup>25</sup>

Türk Medenî Kanunu' nun 50'nci maddesinin ikinci fıkrasında “ organlar, hukukî işlemleri veya diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar” denilmektedir. Kanun koyucunun fıkra düzenlemiş olduğu “ diğer bütün fiiller” ile örtülü olarak ifade edilen husus, organların haksız fiilleridir.<sup>26</sup> Tüzel kişilerin, organlarının haksız fiillerinden sorumlu olmaları hakkaniyet ilkesinin

19 Akünel, s. 36; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 97; Dural/Öğüz, s. 241; Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, s. 167.

20 Özsunay, s. 73; Dural/Öğüz, s. 241; Köprülü, s. 420.

21 Dural/Öğüz, s. 241; Özsunay, s. 73.

22 Akünel, s. 36.

23 Akipek-Güral/Akıntürk, s. 564; Dural/Öğüz, s. 241; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 98.

24 Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, s. 168; Akipek-Güral/Akıntürk, s. 564.

25 Birsen, K.: Medenî Hukuk Dersleri, İstanbul, 1963, s. 179; Özsunay, s. 77; Akipek-Güral/Akıntürk, s. 567; Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, s. 169.

26 Hatemi, H.: Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 159; Dural/Öğüz, s. 245; Özsunay, s. 77; Köprülü, s. 423; Akipek/ Akıntürk, s. 567; Akünel, s. 41; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 127; YHGK., 26.03.2003, E. 2003/ 18-173, K. 2003/191 (Meşe İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T: 18.06.2011).

bir gereğidir.<sup>27</sup>

Türk Medenî Kanunu' nun 50'nci maddesi ikinci fıkrasında hüküm altına alınan, tüzel kişilerin organlarının üçüncü kişilere vermiş oldukları zararlardan sorumlu olmaları hususu, Türk Ticaret Kanunu' nda şirketlerin sorumluluklarını düzenleyen maddeler arasında da yer almıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 321'inci maddesinin son fıkrasında “Temsile veya idareye salahiyetli olanların vazifelerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden anonim şirket mesul olur” hükmüyle anonim şirketlerin; 542' nci maddesinin son fıkrasında da “Vazifelerini ifa dolayısıyla müdürlerin işlemiş oldukları haksız fiillerden şirket mesul olur” hükmüyle limited şirketin haksız fiil ehliyeti düzenlenmiştir. Yine Türk Ticaret Kanunu' nun kolektif şirketlere ilişkin 177/II'nci maddesi ile komandit şirketleri düzenleyen 256'ncı ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri düzenleyen 476' ncı maddelerinde de aynı hususa yer verilmiştir.<sup>28</sup>

Tüzel kişilerin haksız fiillerinden sorumluluk ehliyeti değerlendirilirken, bu sorumluluğun sadece organların kusurlu fiillerinden kaynaklandığı anlaşılmamalıdır. Bunun yanı sıra, ayrıca objektif sorumluluk durumlarında da, tüzel kişinin meydana gelen zararı karşılama yükümlülüğü söz konusudur.<sup>29</sup> Örneğin tüzel kişi, adam çalıştıran sıfatıyla Borçlar Kanunu'nun 55' inci maddesine göre sorumlu tutulabileceği gibi, yapı ve eser malikinin sorumluluğuna ilişkin Borçlar Kanunu'nun 58 veya taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 730' uncu maddesine göre de sorumlu tutulabilir. Bu sorumluluk türünde tüzel kişinin organının kusurlu olup olmaması önemli değildir.<sup>30</sup>

## B- HUKUKÎ NİTELİĞİ

Tüzel kişilerin, organlarının haksız fiillerinden dolayı sorumlu tutulacakları kanunen hükme bağlanmakla birlikte kanunî düzenlemelerde bu sorumluluğun hukukî niteliği ile ilgili bir açıklamaya yer verilmemiştir. Tüzel kişilerin sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu doktrinde de tartışmalıdır. Bu konuda iki görüş ileri sürülmektedir.

27 Hatemi, s. 159.

28 Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun anılan hükümlerine paralel olarak 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun kolektif şirketlere ilişkin 234/II, komandit şirketlere ilişkin 318/I, anonim şirketlere ilişkin 371/V ve limited şirketlere ilişkin 632'inci maddelerinde de tüzel kişilerin organlarının haksız fiillerinden sorumluluklarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

29 Özsunay, s. 77; Akünel, s. 41; Şener, s. 151.

30 Akünel, s. 41; Şener, s. 151.

Tüzel kişiyi gerçek kişi olarak nitelendiren görüşün kabul ettiği üzere, organların haksız fiillerinden dolayı sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur. Bu görüşe göre, organ tüzel kişinin iradesinin oluşumuna ve açıklanmasına katılarak tüzel kişinin sahip olduğu şahsiyetin bir kısmını teşkil eder ve fiil ehliyetini kullanarak, gerçek kişi olarak addedilen tüzel kişinin bir fiilini gerçekleştirir. Dolayısıyla tüzel kişi, gerçek kişiler gibi bir iradeye sahiptir. Organın faaliyetleri sırasında açıkladığı irade tüzel kişinin iradesidir. Bu nedenle, TMK. 50/ III' üncü maddesi uyarınca tüzel kişinin sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur.<sup>31</sup>

Buna karşılık tüzel kişinin gerçek bir kişi gibi iradesinin olamayacağını kabul eden diğer bir görüşe göre ise, organın hukuka aykırı fiillerinden dolayı tüzel kişinin sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk halidir. Kusurlu bir davranıştan söz edilebilmesi için, kusurlu hareket eden kişinin hem hukuk düzeninin kendisinden beklediği ortalama davranışları sergilememesi hem de ayırt etme gücüne sahip olması şartları aranır. Fakat her iki şartın da gerçekleşebilmesi, tüzel kişi açısından söz konusu değildir. Ancak kanun koyucu, hakkaniyet gereği tüzel kişi adına faaliyette bulunan organların fiillerinden tüzel kişinin sorumlu olacağını hüküm altına almıştır. Burada, tüzel kişinin organı sıfatıyla hareket eden gerçek kişilerin kusurlu davranışlarından, tüzel kişinin kusursuz olarak sorumlu tutulması söz konusudur.<sup>32</sup>

## C- ŞARTLARI

### 1- Bir Organın Fiilinin Bulunması

Tüzel kişiler organları aracılığıyla hareket ettiklerinden, sorumluluğundan söz edilebilmesi için öncelikle bir organın fiilinin söz konusu olması gerekir.<sup>33</sup> Ayrıca, organı oluşturacak gerçek kişilerin seçiminde bu kişilerin hukukî nitelikleri tüzel kişinin sorumluluğuna etki etmemekle beraber, kural olarak organa üye seçilecek kişiler ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmalıdır.<sup>34</sup> Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin kendi adına bile hukukî bir işlemde bulunamazken tüzel kişiyi temsilen onun adına işlemler yapması veya tasarruflarda bulunması düşünülemeyeceğinden bu şartların aranması yerinde

31 Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Özsunay, s. 78; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 114; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 218-219.

32 Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Özsunay, s. 78; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 114; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 219.

33 Tunçomağ, s. 107; Özsunay, s. 78; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 127; Akünal, s. 41; Köprülü, s. 418; Gençcan, s. 624.

34 Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 127.



olmuştur.

İlk bakışta, tüzel kişinin dış ilişkilerinde faaliyetlerini gerçekleştiren organların (yürütme organı veya dış organ) fiillerinden dolayı tüzel kişinin sorumluluğu akla gelse de, karar organlarının ( iç organ) fiillerinden dolayı da tüzel kişinin sorumluluğu söz konusu olabilir.<sup>35</sup> Örneğin, hukukî bir ilişkide karşı tarafa yanlış bilgi vererek hataya düşmesine sebep olan müdürün haksız fiilinden dolayı tüzel kişi sorumlu tutulabilir.

Tüzel kişinin sadece organın işlediği fiillerden değil, organı oluşturan şahıslardan sadece birinin işleyebileceği fiillerden dolayı da sorumluluğuna gidilebilir. Örneğin derneğin, sadece yönetim kurulunun haksız fiillerinden dolayı değil, aynı zamanda kurulu oluşturan üyelerden birinin fiillerinden dolayı da sorumlu tutulması mümkündür.<sup>36</sup>

## 2- Bu Fiilin Organın Faaliyet Alanı İçinde İşlenmiş Olması

Türk Medenî Kanunu, tüzel kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi için, organların, hukuka aykırı bir fiili, görevlerini yerine getirmeleri sebebiyle ve görevleri sırasında işlemiş olmaları şartını açıkça düzenlememiştir. Ancak, bu şart, örnekseme yoluyla Borçlar Kanunu'nun 55' inci maddesindeki düzenlemeden çıkarılabileceği gibi, Ticaret Kanunu'nun kolektif ortaklığa ilişkin 177/II' inci; anonim ortaklığa ilişkin 321/son; limited ortaklığa ilişkin 542/II' inci maddelerinde yer alan düzenlemelerden de çıkarılabilir.<sup>37</sup> Nitekim Borçlar Kanunu' nun 55'inci maddesindeki “Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür” hükmü; Türk Ticaret Kanunu' nun 321/ son fıkrasındaki “Temsile veya idareye salahiyetli olanların vazifelerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden anonim şirket mesul olur” şeklindeki hüküm, tüzel kişinin organlarının işlediği haksız fiillerden sorumlu

35 Özsunay, s. 78-79

36 Tunçomağ, s. 107; Özsunay, s. 79. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2003/4-359 esas 2003/406 karar 11.06.2003 tarihli kararında; organ kavramının kapsamına tüzel kişinin varsayılan iradesinin oluşmasında ve açıklamasında aracı olan kurul organlarının girdiğini ifade edildiğini, ancak organ kavramının fazla daraltılmasının her zaman uygun olmadığını, yalnız kurul organları , organ saymanının her zaman yeterli olmayabileceğini, madem ki organ tüzel kişinin (varsayılan) iradesinin oluşmasına ve açıklanmasına yol açmaktadır , şu halde kanun veya kuruluş belgeleri dolayısıyla belirli konularda karar verebilme ve icra edebilme yetkisini haiz olan kişilerin de organ sayılabileceğini, bu irade açıklamasının hukuki muameleler yanında sözleşme dışı sorumlulukta da söz konusu olacağını, TTK. nın 321 /V ve 1163 sayılı kanunun 59/3 maddesinin “ temsile ve iradeye (yönetime) salahiyetli olanlar” lafzı ile sorumluluk çerçevesini de geniş tuttuğu sonucuna varılması gerektiğini, böylece haksız fiil sorumluluğundan yönetim kurulunun , organ kurul sıfatı ile birlikte hareket etmeleri yanında irade ve temsile yetkili bulunan yönetim kurulu üyelerinin ayrı ayrı fiilleri ile de tüzel kişiyi sorumluluk altına sokabileceklerinin kabul edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır ( Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T: 20.06.2011, 16.04.2011).

37 Özsunay, s. 80.

olacağını açıkça ifade etmektedir.

Tüzel kişiler organları aracılığıyla hareket ettikleri için, haksız fiili işleyen, aslında organı oluşturan kişilerdir. Ancak organı oluşturan bu kişiler, tüzel kişinin faaliyet alanına giren bir işlevi ifa ettikleri sırada bir haksız fiil işlemiş olduklarından, bu fiilin tüzel kişiye bağlanması ve bunun sonuçlarından tüzel kişinin sorumlu olması hakkaniyete uygun bir sonuçtur.<sup>38</sup>

Tüzel kişinin organının fiillerinden sorumluluğuna gidilebilmesinde önemli olan husus, hukuka aykırı sonucu doğuran fiilin hangi hallerde doğrudan doğruya organı oluşturan kişi ya da kişilere, hangi hallerde ise tüzel kişiye ait olduğunun tespiti.<sup>39</sup> Tüzel kişilerin bir amacı gerçekleştirmek için kuruldukları ve bu amacı gerçekleştirmek için hak ve fiil ehliyetine sahip oldukları göz önüne alınırsa, organların, her tüzel kişinin türüne ve yapısına uygun olarak tanınan bu ehliyetlerin sınırlarını aşarak yapacakları fiillerden tüzel kişinin sorumlu tutulamayacağı sonucuna varılır.<sup>40</sup> Burada önem arz eden husus, haksız fiilin tamamının veya bir bölümünün, tüzel kişinin amacına yönelik faaliyetlerde bulunan organın genel yetki ve görev çevresine girip girmediğinin belirlenmesidir.<sup>41</sup>

Organın işlemiş olduğu bir haksız fiilden dolayı tüzel kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi, ancak organın görevini yerine getirdiği, başka bir ifadeyle tüzel kişiyi temsil ettiği veya tüzel kişinin işlerini gördüğü sırada gerçekleşmiş olması halinde mümkündür.<sup>42</sup> Böyle bir durumda, organ, kasdi veya ihmali olarak, yapmaması gereken bir davranışta bulunmuş olacağından, artık tüzel kişinin organının hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün hale gelecektir.<sup>43</sup> Bu husus, Türk Medenî Kanunu 50/ II' inci maddesinde açıkça belirtilmemekle birlikte, tüzel kişi adına organları

38 Akipek-Güral/Akıntürk, s. 567.

39 Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 133.

40 Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 133-134.

41 Özsunay, s. 80; Köprülü, s. 423.

42 Akipek-Güral/Akıntürk, s. 568; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 133; Birsen, s. 179; Köprülü, s. 423; Dural/Öğüz, s. 245. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında ( BGE 48 II 9 ), sekreterin başkanın imzasını taklit ederek üçüncü kişiden aldığı bir ödünç paradan dolayı tüzel kişiyi sorumlu tutabilmiştir. Zira, somut olayda paraya ilişkin işlemleri sekreterin yapabilme yetkisi tüzükte tanınmıştı, yani böyle bir borç senedi imzalamak genel yetkisi içinde idi. Başka bir kararında ( BGE 105 II 289=JdT 1980 I 374 ) Federal mahkeme bir banka müdürünün banka adına iki imza ile tanzim edilebilecek bir kambyo senedini, kendi imzasını ve taklit ettiği diğer bir görevlinin imzasını atarak vermesi yüzünden zarara uğrayan üçüncü şahsa karşı bankanın, organının haksız fiili sebebiyle sorumlu olacağını kabul etmiştir. Bir diğer kararında da Yüksek Mahkeme ( BGE 79 II 70 ), bir hokey kulübünü, bir maçta bazı seyircilerin uğradığı zarardan sorumlu tutmuştur. Zira başkan (organ) gerekli önlemleri almadan maçı oynatmıştı ( Naklen Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 219).

43 Özsunay, s. 80; Tunçomağ, s. 108

tarafından yapılacak fiillerin, sadece görevin icrasıyla ilgili olduğu sürece tüzel kişiyi sorumlu kılacağı işin mahiyetinin gereğidir.<sup>44</sup>

Organın hukuka aykırı fiili, görevini yerine getirdiği bir aşamada değil, bilakis görevle ilişkisi olmayan, kişisel menfaatlerine yönelik bir davranış neticesinde ortaya çıkmış ise, organın bu davranışı dolayısıyla karşı tarafa verdiği zararlardan tüzel kişi sorumlu tutulamaz.<sup>45</sup> Örneğin, müşterisiyle tartışmaya giren bir şirket müdürünün, müşteriye hakaret etmesinden veya müşteriyi yaralamasından, yönetim kurulu üyelerinden birinin çalışanlardan birine kişisel meselelerinden dolayı kötü davranmasından, organ sıfatını taşıyan bir kimsenin, tüzel kişinin işlerini yerine getirmek için araçla giderken trafikte tartıştığı kişiye karşı işlemiş olduğu haksız fiilden veya tüzel kişinin işlerini görürken yaptığı hırsızlıktan tüzel kişi sorumlu olmaz.<sup>46</sup>

### 3- Fiilin Hukuka Aykırı ve Organın Kusurlu Olması

Tüzel kişilerin, Türk Medenî Kanunu 50/II.'inci maddesi uyarınca sorumlu tutulabilmesinin üçüncü şartı, organın işlediği fiilin hukuka aykırı olması ve zararlı sonucun organın kusuru neticesinde ortaya çıkmasıdır.<sup>47</sup> Burada tek başına organın kusurundan bahsedilemeyeceğinden kusurun, fiili işleyen organı oluşturan kişi veya kişilere göre belirlenmesi söz konusudur.<sup>48</sup> Tüzel kişinin organı sıfatıyla hareket eden ve hukuka aykırı sonucu isteyen veya hukuka aykırı sonucun doğmasını engellemek için gerekli çabayı göstermeyen kişi veya kişiler kusurlu olacaktır.

Tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesi için, öncelikle, kusur ve hukuka aykırılık bakımından, Borçlar Kanunu 41' inci maddesinde haksız fiillerden dolayı sorumluluğa ilişkin şartların organ açısından gerçekleşmiş olması gerekir. Yani, organ, tüzel kişinin işlevlerini yerine getirirken, hukuka aykırı bir davranışı ile üçüncü kişilere zarar vermeli, organ kusurlu olmalı ve hukuka aykırı davranış ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı<sup>49</sup> bulunmalıdır.<sup>50</sup>

Organın davranışının hukuka aykırı olması, gerçek kişilerde olduğu gibi bazı hallerin gerçekleşmesi durumunda ortadan kalkabilir. Bu nedenle, genel

44 Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 133.

45 Veldet, s. 186; Özsunay, s. 81; Tunçomağ, s. 108; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 220; Akipek-Güral/Akintürk, s. 568; Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, s. 169.

46 Dural/Öğüz, s. 246

47 Özsunay, s. 81

48 Tunçomağ, s. 108; Özsunay, s. 81.

49 Uygun İlliyet Bağı; zararın haksız fiil neticesinde meydana gelmiş olmasıdır. Başka bir deyişle söz konusu haksız fiilin; genel hayat tecrübesine ve olayların normal akışına göre böyle bir zarara sebep olabilecek nitelikte olması gerekir.

50 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 218; Özsunay, s. 81; Dural/Öğüz, s. 246; Aküinal, s. 41; Öztan, Tüzel Kişiler, s. 36-37.

anlamda özel hukuktan kaynaklanan bir hakkın kullanılması, haksız eylemden zarar görenin buna razı olması, meşru müdafaa ve ıztırar hali gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak kabul edilen haller, organların fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmada da kıyas yoluyla uygulanabilir.<sup>51</sup>

Kanun koyucunun kusursuz sorumluluğu kabul ettiği durumlarda ise, organın kusurlu bir fiili aranmaksızın tüzel kişinin sorumluluğu söz konusu olur. Bu nedenle, tüzel kişi, aynen gerçek kişilerde olduğu gibi, Borçlar Kanunu'nun 55'inci maddesine göre adam çalıştıran olarak, 58'inci maddesine göre yapı ve eser maliki olarak ve Türk Medeni Kanunu'nun 730'uncu maddesine göre taşınmaz maliki olarak, organın kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu olur.<sup>52</sup>

## D- HÜKÜMLERİ

### 1- Tüzel Kişinin Sorumlu Tutulması

Tüzel kişi, yukarıda sayılan şartlar gerçekleştiği takdirde, organlarının hukuka aykırı eylemlerinden dolayı, doğrudan doğruya sorumlu olur ( TMK. md. 50/II).<sup>53</sup> Tüzel kişinin sorumlu tutulacağı zarar, organın haksız fiili neticesinde üçüncü kişilerin malvarlıklarında eksilmeye neden olan maddi bir zarar olabileceği gibi, üçüncü kişilerin şahsiyet haklarına haksız bir saldırı dolayısıyla duydukları manevi bir acı ve üzüntüye neden olan manevi bir zarar da olabilir.<sup>54</sup>

Organların görevlerini yerine getirdikleri sırada, hukuka aykırı davranışları sonucunda zarara uğrayan kişiler, organın faaliyeti tüzel kişinin faaliyetiymiş gibi kabul edildiği için, tüzel kişiye karşı, maddi ve manevi tazminat davası açabilecekleri gibi, tecavüzün giderilmesi veya önlenmesi davalarını da açarak hukuksal korunma isteyebilirler.<sup>55</sup>

Tüzel kişi, organlarının haksız fiilleri sonucu ortaya çıkan zararlardan tüm malvarlığıyla sorumlu olur.<sup>56</sup> Aynen gerçek kişilerde olduğu gibi tüzel kişilerin de sahip oldukları alacak hakları, mülkiyet ve sınırlı aynî hakları, miras hukukuna ilişkin olarak atanmış mirasçı ve vasiyet alacaklısı olabilme hakları doğrultusunda, sahip olacakları değerlerin tamamı bu sorumluluğun

51 Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 132.

52 Tunçomağ, s. 108; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 139; Akunal, s. 41; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 220.

53 Özsunay, s. 81; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 218; Y. 18. HD. 02.07.2001 T. 4887 E., 6748 K. (Gençcan, s. 625-627).

54 Dural/Öğüz, s. 246; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 134.

55 Tunçomağ, s. 108; Özsunay, s. 81.

56 Özsunay, s. 81; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 145; Hatemi, s. 159.

kapsamına girebilecektir.<sup>57</sup>

## 2- Organın Sorumlu Tutulması

Tüzel kişinin sorumlu tutulduğu durumlarda, haksız fiili gerçekleştiren organın da kusurunun bulunması halinde, Türk Medenî Kanunu 50/III' üncü maddesine göre, organ sıfatını taşıyan kişi ya da kişiler de zarar görene karşı sorumlu olacaktır.<sup>58</sup> Bu durumda, zarar görene karşı, hem tüzel kişi, hem de kusurlu hareketi sonucu bir zarar doğmasına neden olan organ, zincirleme ( müteselsil ) sorumluluk esaslarına göre sorumludurlar.<sup>59</sup> Bu nedenle, zarara uğrayan kişi, doğrudan doğruya tüzel kişiye veya organdan herhangi birine başvurarak, zararının tamamını sadece birinden isteyebileceği gibi, dilerse her ikisine birden dava açarak da zararının karşılanmasını talep edebilir.<sup>60</sup>

## 3- Tüzel Kişinin Organa Başvurması ( Rücu Etmesi)

Zarara uğramış olan kimsenin, Türk Medenî Kanunu 50/II'inci maddesi uyarınca, yalnızca tüzel kişiye dava açması durumunda, zararı karşılayan tüzel kişi, aralarındaki hukukî ilişki çerçevesinde kusurlu organına rücu edebilir.<sup>61</sup> Çünkü tüzel kişi ile organı arasında, sorumluluk açısından Borçlar Kanunu'nun 51'inci maddesinde düzenlenen eksik teselsül söz konusudur. Bu hükme göre, tüzel kişi, zararı karşılamakla yükümlü olduğu oranda kusurlu olan organına başvurabilir.<sup>62</sup>

Organının zarar doğuran haksız fiilinden dolayı tüzel kişinin organa rücu edip etmeyeceği iç ilişkide söz konusu olup, üçüncü kişilere karşı önem taşımaz. Tüzel kişi, organ ile arasındaki hizmet akdi veya vekâlet akdi gibi hukukî bir ilişki çerçevesinde organına rücu edebilir.<sup>63</sup>

Tüzel kişinin organının birden çok kişiden oluştuğu yani kurul organın söz konusu olduğu durumlarda, haksız fiil, organı oluşturan kişilerin tamamı tarafından değil de, bir veya birkaçı tarafından işlenmişse, sorumluluk sadece haksız fiili yapan kişi veya kişiler için ortaya çıkacağından, zararı karşılayan tüzel kişi, organın tamamına değil, sadece sorumlu kişi veya kişilere başvurabilir.<sup>64</sup>

57 Akünel, s. 27; Veldet, s. 180.

58 Dural/Öğüz, s. 246; Tunçomağ, s. 109; Özsunay, s. 81; Köprülü, s. 423.

59 Özsunay, s. 81; Tunçomağ, s. 109; Hatemi, s. 159- 160; Öztan, Tüzel Kişiler, s. 37; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 218; Ayan/Ayan, s. 128.

60 Gençcan, s. 624; Özsunay, s. 82; Akipek-Güral/Akıntürk, s. 568; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 218; Zevkililer/Havutçu/Gürpınar, s. 169; Şener, s. 151.

61 Özsunay, s. 82; Dural/Öğüz, s. 247; Tunçomağ, s. 109.

62 Dural/Öğüz, s. 247; Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 147; Tunçomağ, s. 109; Özsunay, s. 82.

63 Öztan, Tüzel Kişilerde Organ Kavramı, s. 147.

64 Dural/Öğüz, s. 247.

## E- TÜZEL KİŞİNİN YARDIMCI ŞAHISLARIN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞU

Tüzel kişiler yalnız organları aracılığıyla değil, ayrıca bu organların seçtiği ve kendilerine görev verdiği temsilci, müstahdem, kapıcı, odacı gibi yardımcı kişiler aracılığıyla da faaliyetlerini gerçekleştirebilirler.<sup>65</sup> Tüzel kişilerin bazı işlevlerini yerine getirirken temsilci veya müstahdem gibi yardımcı kişilere başvurması halinde, bu kişiler tüzel kişiye sözleşme ile bağlı olup organ sıfatına haiz olmadan tüzel kişi için faaliyette bulundukları, kendilerine verilen talimatlarla bağlı oldukları ve bağımsız hareket edemediklerinden, bunlar bakımından tüzel kişilere özgü Türk Medenî Kanunu'nun 50'inci maddesinde yer alan hükümler uygulanamayacaktır.<sup>66</sup> Bu durumda, yardımcı şahısların niteliğine ve tüzel kişilerle yardımcı kişiler arasındaki ilişkilerin özelliğine göre Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur. Örneğin, bu kişiler, temsilci olarak hareket etmekte iseler, Borçlar Kanunu'nun 32 vd. maddeleri; yardımcı şahıs sıfatıyla faaliyette bulunuyorlarsa, Borçlar Kanunu 55'inci veya 100'üncü maddeleri uygulanır.<sup>67</sup>

### SONUÇ

Ekonomik alandaki gelişmelerle birlikte tüzel kişilerin iş ilişkilerinde daha fazla yer almaya başlamaları, tüzel kişinin sorumluluğu hususunu ön plana çıkarmıştır.

Tüzel kişiler iradelerini organları aracılığıyla açıklarlar. Buna bağlı olarak da tüzel kişiler, organlarının hukuka aykırı eylemleri sonucunda başkalarının uğradığı zararlardan da sorumlu olurlar.

Tüzel kişilerin, organlarının haksız fiillerinden dolayı sorumlu tutulacakları kanunen hükme bağlanmakla birlikte kanunî düzenlemelerde bu sorumluluğun hukukî niteliği ile ilgili bir açıklama yer almamaktadır. Dolayısıyla tüzel kişilerin sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu hususu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Tüzel kişiyi gerçek kişi olarak nitelendiren görüşe göre, organların haksız fiillerinden dolayı sorumluluk bir kusur sorumluluğudur. Tüzel kişinin gerçek

65 Özsunay, s. 75; Dural/Öğüz, s. 247; Köprülü, s. 423; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 215.

66 Köprülü, s. 423; Özsunay, s. 75; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 215; Öztan, Tüzel Kişiler, s. 34; Dural/Öğüz, s. 247.

67 Özsunay, s. 75; Öztan, Tüzel Kişiler, s. 34; Dural/Öğüz, s. 247; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 215. Örneğin, derneğin taraf olduğu bir davayı takip etmek için yetkili organ tarafından vekil tayin edilen avukat, bir organ olmayıp yardımcı şahıstır. Avukatın tüzel kişi ile olan hukuki ilişkisi, kural olarak vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olur. Verilen temsil yetkisi açısından BK. m. 32 vd. da düzenlenen iradi temsil hükümleri uygulanır.

bir kişi gibi iradesinin olamayacağını kabul eden diğer bir görüşe göre ise, organın hukuka aykırı fiillerinden dolayı tüzel kişinin sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk halidir.

Tüzel kişinin organlarının fiilinden sorumlu olabilmesi için; organın bir fiili söz konusu olmalı, bu fiil hukuka aykırı olmalı, görevlerini yerine getirmeleri sebebiyle ve görevleri sırasında işlemiş oldukları hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet bağı olmalıdır.

Tüzel kişi, yukarıda sayılan şartlar gerçekleştiği takdirde, organlarının hukuka aykırı eylemlerinden dolayı, doğrudan doğruya sorumlu olacaktır. Tüzel kişinin sorumlu tutulduğu durumlarda, haksız fiili gerçekleştiren organın da kusurunun bulunması halinde, Türk Medenî Kanunu'nun 50/III' üncü maddesine göre, organ sıfatını taşıyan kişi yada kişiler de zarar görene karşı sorumlu olacaktır. Zarara uğramış olan kimsenin, Türk Medenî Kanunu'nun 50/II'inci maddesi uyarınca, yalnızca tüzel kişiye dava açması durumunda, zararı karşılayan tüzel kişi, aralarındaki hukukî ilişki çerçevesinde kusurlu organına rücu edebilir.

#### KAYNAKÇA

- AKİPEK-GÜRAL, Jale /AKINTÜRK, Turgut : Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, Cilt: I, 4. Bası, İstanbul, 2002.
- AKÜNAL, Teoman : Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995.
- AYAN, Mehmet /AYAN, Nurşen : Kişiler Hukuku, Konya, 2007.
- BİRSEN, Kemaleddin : Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, 1963.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ Tufan : Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 2009.
- GENÇCAN, Ömer Uğur : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Cilt : I, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2007.
- HATEMİ, Hüseyin: Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992.
- KÖPRÜLÜ, Bülent : Medeni Hukuk, 2. Baskı, İstanbul, 1984.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe : Kişiler Hukuku ( Gerçek ve Tüzel Kişiler ), 9. Bası, İstanbul, 2009.
- ÖZSUNAY, Ergun : Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul, 1982.
- ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970 (Tüzel Kişilerde

Organ Kavramı).

ÖZTAN, Bilge : Tüzel Kişiler (Ders Notları), Ankara, 1994 (Tüzel Kişiler).

SEROZAN, Rona : Tüzel Kişiler, İstanbul, 1990.

ŞENER, Esat : Kişinin ( Şahsın) Hukuku, Ankara, 1997.

TUNÇOMAĞ, Kenan : İşletme Hukuku, Cilt: I, İstanbul, 1970.

VELDET, Hıfzı : Medeni Hukuk Şahsın Hukuku, İstanbul, 1945.

ZEVKLİLER, Aydın / HAVUTÇU, Ayşe / GÜRPINAR, Damla : Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, 6. Bası, Ankara, 2008.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası.





---

# Türk Hukuku Bakımından Mirasın Kazanılmasında Kabul Edilen Prensipler ve Mirası Ret Hakkı\*

---

AR. GÖR. GAMZE TURAN BAŞARA\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

Bu konuda 4-7 Mayıs 2011 tarihinde İsviçre'de yapılan Türk-İsviçre Hukuk Haftasında bir tebliğ sunulmuştur.

\*\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi



## GİRİŞ

Miras hukukumuz bakımından geçerli olan mirasın kanun gereği iktisabı ve küllî halefiyet prensiplerinin sonucu olarak, miras, mirasbırakanın ölümü üzerine yasal ve atanmış mirasçılar tarafından kendiliğinden ve bir bütün olarak iktisap edilmektedir. Bu şekilde mirasçılık sıfatını kazanan mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından yalnız tereke ile değil, aynı zamanda kendi malvarlıkları ile de sorumlu olmaktadır. Özellikle terekenin borçları karşılamaya yetmemesi sebebiyle kişisel malvarlığı değerlerine başvurulmuş mirasçı ekonomik bakımdan bir takım zorluklarla karşı karşıya kalabilmektedir. Bu hususu göz önünde bulunduran kanun koyucu, mirasçılarını korumak amacıyla mirasın reddi müessesesini düzenleyerek, mirasçılara mirasçılık sıfatını kabul etmeme imkânını öngörmüştür.

Mirasın reddi, gerçek ret ve hükmi ret olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir. Gerçek ret, mirasçının irade beyanına dayanırken, hükmi ret, kanunun öngördüğü bir karineden kaynaklanmaktadır. Mirasın reddi ile birlikte, mirasçılık sıfatı geçmişe etkili olarak yani mirasbırakanın ölümü anından itibaren ortadan kalkar.

## **I. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN MİRASIN KAZANILMASINDA KABUL EDİLEN PRENSİPLER**

### **A. MİRASIN KANUN GEREĞİNCE (IPSO IURE) KAZANILMASI PRENSİBİ**

Mirasın kazanılması hususunda, hukuk sistemleri tarafından kabul edilen iki prensip söz konusudur. Bunlardan ilki, mirasın kazanılmasını mirasın kabulüne ilişkin bir irade beyanının varlığına tabi kılmakta iken, diğeri mirasın kanun gereği, kendiliğinden kazanılmasını kabul etmektedir.

Türk Miras Hukuku bakımından, mirasın, mirasbırakanın ölümü ile birlikte, kanun gereğince doğrudan doğruya kazanılması prensibi kabul edilmiştir (MK. m. 599/I). Bu itibarla, mirasın kazanılması için mirasçılardan kural olarak kabul beyanında bulunmaları gerekli değildir. Miras, kanunda belirtilen süre içinde reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır.<sup>1</sup> Bununla birlikte, mirasçının ret süresi geçmeden bir kabul beyanında bulunmasına da engel yoktur. Böyle bir kabul beyanı mirası ret hakkından feragat edildiği anlamına gelir.<sup>2</sup>

Belirtmek gerekir ki, mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden kazanılan mirasçılık sıfatı, ret bozucu şartına bağlı geçici bir mirasçılıktır. Ret süresi devam ettiği sürece bir bekleme safhası söz konusudur. Bu safhada tereke mallarının mülkiyeti mirasçılara geçmiştir. Ancak mirasın reddedilmesi ile birlikte bozucu şart gerçekleşir ve mirasçı mirasın açıldığı andan itibaren mirasçılık sıfatını kaybeder. Böylece mirası hiç kazanmamış sayılır. Buna karşılık mirasçılar ret süresinde mirası reddetmezlerse mirası kesin olarak kazanmış olurlar.<sup>3</sup>

Medenî Kanun'da mirasın, mirasçının bir kabul beyanında bulunmasına ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden kazanılması ilkesine iki istisna getirilmiştir. Bunlardan ilki, daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacak olan hükmi reddir. Medenî Kanun'un 605/II'nci maddesine göre, mirasbırakanın ölümü anında,

- 1 Kocayusufpaşaoğlu, N.; Miras Hukuku, 3. bs., İstanbul, 1987, s. 593; İnan, A. N./ Ertaş, Ş./ Albaş, H.: Türk Medenî Hukuku: Miras Hukuku, 7. bs., Ankara, 2008, s. 73; İmre, Z./ Erman, H.: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. bs., İstanbul, 2011, s. 322-323; Köprülü, B.: Miras Hukuku Dersleri, 2. bs., İstanbul, 1985, s. 367; Gönensay, S./ Birsan, K.: Miras Hukuku, 2. bs., İstanbul, 1963, s. 2; Göktürk, H. A.: Miras Hukuku, Ankara, 1937, s. 97; Oğuzman, K.: Miras Hukuku, 6. bs., İstanbul, 1995, s. 283; Serozan, R./ Engin, B. İ.: Miras Hukuku, 2. bs., Ankara, 2008, s. 53; Ayiter, N./ Kılıçoğlu, A.: Miras Hukuku, 2. bs., Ankara, 1991, s. 225; İmre, Z.: Türk Miras Hukuku, 4. bs., İstanbul, 1978, s. 512.
- 2 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 593; İnan/Ertaş/Albaş, s. 498; Göktürk, s. 97.
- 3 İmre/Erman, s. 323; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 592; Öztan, B.: Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 2010, s. 19; Dural, M./Öz, T.: Miras Hukuku, Yenilenmiş 2. bs., İstanbul, 2003, s. 391; Helvacı, İ.: Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi, İstanbul, 2002, s. 11; İnan/Ertaş/Albaş, s. 501; Serozan/Engin, s. 369; Göktürk, s. 97; İmre, s. 513.

ödemeden aczinin açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olması halinde miras reddedilmiş sayılır. Hükümden anlaşıldığı üzere, terekenin borca batık olması halinde, mirasın kendiliğinden kazanıldığı değil, kendiliğinden reddedilmiş olduğu kabul edilmektedir.<sup>4</sup>

İkinci istisna Medenî Kanun'un 614'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, mirasın alt derecedeki mirasçı lehine reddedilmesi halinde, ret, hâkim tarafından sonra gelen mirasçılara bildirilir. Söz konusu mirasçılar bu bildirme anından itibaren bir ay içinde mirası kabul ettiklerini beyan etmezlerse, reddetmiş sayılırlar. Bizim hukuk sistemimiz bakımından mirasın kazanılması için, mirasçının mirası kabul ettiğine ilişkin bir irade beyanında bulunması aranmazken, sözü geçen halde mirasın kazanılması için belirli bir süre içinde kabul edilmiş olması şartı öngörülmüştür.<sup>5</sup>

## B. KÜLLÎ HALEFİYET PRENSİBİ

Medenî Kanun'un 599'uncu maddesinde Türk Mirası Hukuku bakımından mirasın kazanılmasında “külli halefiyet prensibi” nin benimsendiği açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirası bir bütün olarak ve kanun gereğince kazanırlar. Bunun sonucu olarak, mirasbırakanın ölümü ile, terekede yer alan ve miras yolu ile intikâli mümkün olan tüm haklar ve aynı zamanda borçlar herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, bir bütün olarak mirasçılara geçmektedir. Şu halde taşınmazların intikâlinde tescile, taşınırın intikâlinde teslime, alacakların intikâlinde temlike ve borçlar da borcun nakli işlemine gerek yoktur.<sup>6</sup>

Medenî Kanun'un 599/T'inci maddesinden de anlaşıldığı üzere, külli halefiyet prensibi yalnızca mirasçılar hakkında geçerlidir. Lehine belirli bir mal vasiyet edilenler ( vasiyet alacaklıları ) bakımından cüzî halefiyet ilkesi geçerlidir. Külli halefiyette, tereke bir bütün olarak ve herhangi bir işleme gerek kalmaksızın mirasçılara geçerken, cüzî halefiyette malvarlığına giren malların veya hakların, kanunun aradığı şartlara uyulmak suretiyle, ayrı ayrı geçirilmesi gerekir.<sup>7</sup>

4 Kocayusufoğlu, Miras, s. 594; İnan/Ertas/Albas, s. 73, vd.; Öztan, Miras, s. 19; Köprülü, s. 367; İmre/Erman, s. 324; Göktürk, s. 98; Oğuzman, s. 284; Serozan/Engin, s. 54; İmre, s. 513.

5 İmre/Erman, s. 324; Kocayusufoğlu, Miras, s. 594; İnan/Ertas/Albas, s. 498; Köprülü, s. 367; Göktürk, s. 98; Oğuzman, s. 284; Serozan/Engin, s. 54; İmre, s. 513.

6 Dural/Öz, s. 390; Öztan, Miras, s. 19; İmre/Erman, s. 283; İnan/Ertas/Albas, s. 73-74, 497; Helvacı, s. 5; Hatemi, H.: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. bs., İstanbul, 2004, s. 123; Oğuzman, s. 6 vd.; Kocayusufoğlu, Miras, s. 42, 45; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 231; Antalya, G.: Miras Hukuku, 2. bs., İstanbul, 2009, s. 376; Serozan/Engin, s. 55; Köprülü, s. 366.

7 İmre/Erman, s. 10; Kocayusufoğlu, Miras, s. 592; Öztan, Miras, s. 20-21; Dural/Öz, s. 390; İnan/Ertas/Albas, s. 73; Kılıçoğlu, M.A.: Miras Hukuku, 3. bs., Ankara, 2009, s. 246; Oğuzman, s. 7.

Küllî halefiyet prensibi emredici nitelikte olduğundan, mirasbırakan tarafından aksi öngörülemez. Kural olarak, ölen herkesin bir küllî halefi vardır. Son küllî halef ise devlettir.<sup>8</sup>

Küllî halefiyet prensibinin miras hukuku bakımından olumlu sonuçları, terekenin bir bütün halinde mirasçılara geçmesinde ve böylece terekenin dağılmamasında görülmektedir. Tereke bir bütün halinde mirasçılara geçtiğinden, geçişe elverişli herhangi bir malın unutulması söz konusu olmaz.<sup>9</sup>

Küllî halefiyet prensibinin, mirasbırakanın alacaklıları açısından da faydalı sonuçları vardır. Alacaklılar, alacaklarını tahsil etmek için, dağılmamış ve bir bütün halinde kalmış olan terekeye başvurabilirler. Diğer taraftan yukarıda da ifade edildiği üzere ölümle birlikte, mirasbırakanın borçları da mirasçılara geçmektedir. Medenî Kanunumuz, 599'uncu maddenin ikinci fıkrasında mirasçılarının mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olduklarını ifade etmiştir. Şu halde mirasçılar mirasbırakanın borçlarından yalnız tereke malları ile değil, aynı zamanda kişisel malvarlıkları ile de sorumlu olmaktadır.<sup>10</sup>

## II. MİRASIN REDDİ

### A. MİRASIN REDDİ KAVRAMI

Mirasın kanun gereği kazanılması ve küllî halefiyet prensiplerinin sonucu olarak, mirasbırakanın hak ve borçları kanunen ve derhâl mirasçılara geçmekte ve mirasçılar borçlardan yalnızca tereke mevcudu ile değil, ayrıca kendi malvarlıkları ile de sorumlu olmaktadır. Bunun neticesinde tereke aktiflerinin pasiflerini karşılamaya yetmediği hallerde, mirasçılar ekonomik açıdan güç durumlarla karşı karşıya kalabileceklerdir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, mirasın reddi müessesesini düzenleyerek mirasçılara mirasbırakanın borçlarından kurtulma imkânını tanımıştır.<sup>11</sup>

Medenî Kanun'un 605 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan mirasın reddi, esas itibarıyla bir mirasçının kanun gereği kendisine intikal etmiş olan mirası kabul etmemeye yönelik irade açıklamasıdır.<sup>12</sup> “*Ret hakkı*” kenar

8 Öztan, Miras, s. 20.

9 Öztan, Miras, s. 20; İmre/Erman, s. 10; Gözensay/Birsan, s. 1; İmre, s. 16.

10 İmre/Erman, s. 10-11; İnan/Ertaş/Albaş, s. 78; Öztan, Miras, s. 20; Köprülü, s. 367; Gözensay/Birsan, s. 2; Oğuzman, s. 8; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 225; İmre, s. 16, 514.

11 Öztan, Miras, s. 328; Hatemi, s. 123; Kocayusufoğlu, Miras, s. 600; Helvacı, s. 8; Gözensay/Birsan, s. 236; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 231; Aybay, A.: Miras Hukuku Dersleri, 3. bs., İstanbul, 2002, s. 90; Antalya, s. 376; İnan/Ertaş/Albaş, s. 501; Serozan/Engin, s. 369; Hoşlan, O.: “*Mirasın Reddi*”, Adalet Dergisi, Y. 65, 1974, s. 557.

12 Şener, E.: Miras Hukuku, I. cilt, Ankara, , 1977, s. 237; İnan/Ertaş/Albaş, s. 502; İmre/Erman, s. 336; Köprülü, s. 373; Hoşlan, s. 559.

başlığını taşıyan Medenî Kanun'un 605'inci maddesine göre, yasal ve atanmış mirasçılar mirası ret hakkına sahiptirler.

Mirasın reddi, ancak mirasın mirasçıya geçmesinden, yani mirasbırakanın ölümünden sonra söz konusu olabilir. Mirasbırakanın sağlığında mirasçılık sıfatını kazanmak istemeyen mirasçı, ancak mirastan feragat sözleşmesi yapabilir.<sup>13</sup>

## B. REDDİN ÇEŞİTLERİ

Mirasın reddinin düzenlendiği Medenî Kanun'un 605'inci maddesinde iki türlü reddeden söz edildiği görülmektedir. Buna göre, ret, mirasçının bu yöndeki bir irade beyanından kaynaklanıyorsa *gerçek ret*; kanunun öngördüğü bir karineden kaynaklanıyorsa *hükmi ret* olarak ifade edilmektedir.

### 1. Gerçek Ret

#### A. Genel olarak

Mirasbırakanın ölümü ile kanun gereği kendiliğinden mirasçılık sıfatını kazanmış olan mirasçının, kendi iradesi ile bu sığata son vermesi gerçek ret olarak kabul edilir. Şu halde gerçek ret, mirasçının mirası reddettiğini açık olarak beyan etmesiyle gerçekleşebilir.<sup>14</sup>

Gerçek redde, mirası reddetmek isteyen mirasçının redde ilişkin tek taraflı irade açıklaması, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesine vardığında, mirasçılık sıfatı, kazanıldığı andan, yani mirasbırakanın ölümü anından itibaren ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple ret beyanını, tek taraflı, varması zorunlu, bozucu yenilik doğuran bir irade açıklaması olarak nitelendirmek yerinde olur.<sup>15</sup> Yargıtay da, mirasın reddine ilişkin irade açıklamasının bozucu yenilik doğuran hukukî muamele olduğunu, kazanılmış mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığını kabul etmiştir.<sup>16</sup>

#### b. Ret hakkının kullanılması

##### aa. Ret beyanının şekli ve özellikleri

Mirasın reddine ilişkin beyan herhangi bir şekle tabi olmayıp; mirasçı mirasın açıldığı yer sulh mahkemesine<sup>17</sup> yapacağı yazılı veya sözlü irade

13 Dural/Öz, mirasın reddini, “ mirasçıya mirasçılık sıfatını kabul etmeme imkânını veren bir yol” olarak tanımlamıştır Dural/Öz, s. 397).Dural/Öz, s. 397; İmre, Erman, s. 336; Oğuzman, s. 288, dn. 110; Serozan/Engin, s. 387; Antalya, s. 377; İmre, s. 537.

14 İmre/Erman, s. 346; Oğuzman, s. 289; Dural/Öz, s.397; Öztan, Miras, s. 329; Berki, Ş.: Miras Hukuku, Ankara, 1975, s. 53; Şener, Miras, s. 239.

15 Öztan, Miras, s. 329; Oğuzman, s. 289; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 601; Helvacı, s. 11; Hatemi, s. 123; Antalya, s. 378; İnan/Ertaş/Albaş, s. 503; Köprülü, s. 373; Şener, Miras, s. 241; Kılıçoğlu, s. 249; Davran, B.: “*Mirası Ret Beyanından Rücu Caiz Midir?*”, İleri Hukuk, S. 24, 1947, s. 330.

16 Y. 2. HD. 22.02.2005 T., 2004/15954 E., 2005/2593 K., Akip İctihat Programı.



açıklaması ile mirası reddedebilir (MK. m. 609/I). Burada yazılı beyanın mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh mahkemesine posta yolu ile ( mektup veya telgrafla ) yöneltilmesi de mümkündür.<sup>18</sup>

Mirası reddetmek isteyen mirasçının yetkili mahkemeye başvurusu üzerine, ret beyanı bir tutanakla tespit edilir ve mahkemenin özel kütüğüne işlenir (MK. m. 609/III,IV).<sup>19</sup> Bu işlemlerin yapıldığı sırada mirası reddetmek isteyen kişinin mirasçı olduğunu ispat etme zorunluluğu olmadığı gibi, hâkime de bu yönde bir araştırma yapma yetkisi verilmemiştir.<sup>20</sup>

Medenî Kanun'un 609'uncu maddesi uyarınca, mirasın reddine yönelik beyan herhangi bir kayda ve şarta bağlanamaz. Bu hükmün asıl amacı, reddi belirsiz hale getiren şart ve kayıtlara engel olmak ve böylece mirasın reddedilip reddedilmediğini bilmekte menfaati bulunan üçüncü kişileri korumaktır.<sup>21</sup>

Ret beyanının kayıtsız ve şartsız olması kuralının istisnası Medenî Kanunun 614' üncü maddesinde öngörülmüştür. Sözü geçen hükümde, sonra gelen mirasçılar lehine ret halinde, mirası reddeden mirasçının kendisinden sonra gelen mirasçılardan mirası kabul edip etmeyeceklerinin sorulmasını tasfiyeden önce isteyebileceğine ilişkin bir kayda yer verebileceği kabul edilmiştir.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da, reddin kayıtsız ve şartsız olması kuralının kısmî reddi engelleyip engellemeyeceğidir. Öğretide hâkim olan görüşe göre, mirasın belli bir oranının reddi mümkündür. Bir mirasçının kendisine intikal eden mirasın tümünü reddedebileceği gibi, belli bir oranını da

17 Medenî Kanun'un 576/T'inci maddesine göre, miras, malvarlığının tamamı için mirasbırakanın yerleşim yerinde açılır. Dolayısıyla Medenî Kanun'un 609/IV'üncü maddesinin öngördüğü ve ret beyanının yöneltilmesi yetkili mahkeme, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesidir.

18 Şener, E.: Miras Hak ve Payları (Feraiz ve İntikal Hükümleri Dâhil), Ankara, 1996, s. 192; İnan/Ertaş/Albaş, s. 503, dn. 192; Helvacı, s. 54; Antalya, s. 380; Hoşlan, s. 559; Serozan/Engin, s. 390. İmre, mektup ve telgrafla mirasın reddedilmesini geçerli kabul etmekle birlikte, telefonla yapılacak ret beyanının mümkün olmayacağını belirtmiştir. Zira telefonla yapılan beyanın gerçekten mirasçı tarafından yapıp yapılmadığını tespit etmek güç olacaktır (İmre, s. 556).

19 Mahkemece ret beyanının tesciline ilişkin olarak yapılacak işlemler, mirasın reddi yönünden kurucu nitelikte değildir. Ret beyanı yetkili sulh mahkemesine ulaşmakla ret gerçekleşmiş olur. Kanun koyucu bu işlemleri düzenlerken ret beyanının alenî hale gelmesini amaçlamıştır. Böylece mirasın reddi hususunda bilgi almakta menfaati olduğunu kanıtlayan kişiler, ret beyanının tesciline ilişkin işlemleri inceleyebilirler (Kocayusufoğlu, Miras, s. 601-602; İnan/Ertaş/Albaş, s. 508; Dural/Öz, s. 401; Antalya, s. 380; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 232; Ayan, M.: Miras Hukuku, 5. bs., Konya, 2009, s. 226; Hoşlan, s. 560;).

20 Kocayusufoğlu, Miras, s. 608; Helvacı, s. 103. Yargıtay' a göre ise, sulh hâkimi tarafından mirası reddetmek isteyen kişinin mirasçılık sıfatının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Nitekim Y.2. HD.'nin 28.04.1972 T., 2723 E., 2667 K. sayılı ilamında mirasın reddine ilişkin taleplerde sulh hâkiminin görevinin, ret isteğinin süresinde olup olmadığını ve reddeden kişinin mirasçılık sıfatını taşıyıp taşımadığını tespit etmekten ibaret olduğu, süre şartı ve mirasçılık sıfatının gerçekleşmesi durumunda hâkimin ret beyanını tescil edeceği hüküm altına alınmıştır. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y.2. HD. 24.12.1975 T., 4968 E., 8660 K. (Şener, Miras Hak ve Payları, s. 358).

21 Öztan, Miras, s. 330; Kocayusufoğlu, Miras, s. 605; İnan/Ertaş/Albaş, s. 503; Helvacı, s. 64; İmre/Erman, s. 346; Şener, Miras, s. 243-244.

reddedebileceği kabul edilmektedir. Bu şekilde yapılan bir ret beyanının şarta bağlı olduğu söylenemez. Bu halde yalnızca miras payının içeriğinin sınırlandırılması söz konusudur.<sup>22</sup>

### bb. Ret hakkının kullanılmasında ehliyet

Mirasın reddi yalnız terekenin borçlarından sorumluluğu ortadan kaldırmayıp, aynı zamanda mirasçı olma hakkının da kaybedilmesi sonucunu doğuracağından, ret beyanında bulunan mirasçının mirası reddettiğinde tam ehliyetli olması; yani ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmaması gerekir.<sup>23</sup>

Mirasçının tam ehliyetsiz olması halinde, ret beyanı yasal temsilci aracılığıyla yapılır. Tam ehliyetsiz vesayet altında ise, vasinin beyanına sulh ve asliye mahkemelerinin izninin de eklenmesi gerekir (MK. m. 463/b.V).<sup>24</sup> Velâyet altındaki tam ehliyetsiz mirasçı adına ret açıklamasının ana baba tarafından birlikte yapılması gerekir. Eğer ana-babanın hukukî yararıyla küçüklerin hukukî yararlarının çatışma ihtimali varsa kayyım tayin edilmelidir.<sup>25</sup>

Sınırlı ehliyetsizlerde ret beyanını yasal temsilci veya onun onayı ile sınırlı ehliyetsizin kendisi yapabilir. Sınırlı ehliyetsiz mirasçı vesayet altında ise, ret beyanın hüküm ifade edebilmesi için vesayet ve denetim makamlarının da izninin alınması gerekir (MK. m. 463/b. V).<sup>26</sup>

22 İmre/Erman, s. 347; Oğuzman, s. 289; Öztan, Miras, s. 330; Helvacı, s. 67; İmre, s. 558. Dural/Öz'e göre ise, eğer kısmi ret bir kayıtlı ret niteliği taşıyorsa geçerli olmaz. Örneğin, “*Taşınıruları ret, taşınmazları kabul ediyorum*” şeklindeki bir ret, kayda bağlı bir ret niteliğinde olduğundan geçersizdir. Buna karşılık, miras payının kesirli bir bölümünün reddedilmesi bir kayda ya da şarta bağlanmış değil de, içeriği sınırlandırılmış bir ret olduğu gerekçesiyle geçerlidir (Dural/Öz, s. 399; aynı yönde görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 605; Serozan/Engin, s. 390; İnan/Ertaş/Albaş, s. 504). *Antalya* ise, ret müessesesinin niteliği ve özelliği gereği kısmi reddin söz konusu olamayacağı görüşündedir (Antalya, s. 377).

23 Öztan, Miras, s. 329; Dural/Öz, s. 398; Helvacı, s. 15; Oğuzman, s. 289; İnan/Ertaş/Albaş, s. 502; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 603; Berki, Miras, s. 56; Kılıçoğlu, s. 249; Ülgenalp, N.: “*Mirasın Reddi ve Defter Tutma Talebi*”, Adliye Dergisi, Y. 36, S. 1, 1945, s. 34. Cenin sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan itibaren mirasçı olacağından (MK m. 28/II, MK. m.582) cenin adına ret beyanında bulunulması gerektiği ve bunun da yasal temsilci aracılığıyla gerçekleştirilebileceği düşünülebilir (Helvacı, s. 14, dn. 29).

24 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 603; Şener, Miras, s. 240; Berki, Miras, s. 56; Helvacı, s. 16. Y. 2. HD. 12.11.1933 T., 2266 E., 152 K. sayılı kararında, “*reddi miras şahsa merbut haklardan değildir. Bu itibarla vesayet veya velayet altında bulunan mirasçının kanuni mümessili tarafından miras reddolunabilir.*” (Helvacı, s. 16, dn.31). Aynı yönde bkz., Y. 2. HD. 10.04.2008 T., 2007/5051 E., 2008/5091 K., Kazancı İçtihat Programı.

25 Helvacı, s. 16; Y. 2. HD. 22.03.2004 T., 2731 E., 3608 K.; 10.04.2008 T, 200/5051 E., 2008/5091 K.; 09.03.2009 T., 2008/9718 E., 2009/4223 K., Kazancı İçtihat Programı.

26 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 603; Öztan, Miras, s. 329; Dural/Öz, s. 398; Helvacı, s. 20-21; Berki, Miras, s. 56; Y. 2. HD. 28.11.2002 T., 5201 E., 6123 K., Özuğur, A. İ.: Türk Medenî Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, I. cilt, Ankara, 2005, s. 142; Y. 2. HD. 28.04.2003 T., 5201 E., 6123 K., Kaçak, N.: Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku, Ankara, 2006, s. 309.

Kendisine yasal danışman atanan sınırlı ehliyetli mirasçının ret beyanının ise, tam ehliyetlilerde olduğu gibi, geçerli olacağı kabul edilmektedir. Zira, sınırlı ehliyetlilerin yasal danışmanının izni veya onayı olmaksızın yapamayacağı hukukî işlemlerin düzenlendiği Medenî Kanun'un 429'uncu maddesinde mirasın reddine yer verilmemiştir.<sup>27</sup> Ancak kendisine yönetim danışmanı atanan sınırlı ehliyetliler bakımından durum farklıdır. Medenî Kanun'un 429/II'nci maddesinde, bir kimsenin malvarlığını yönetme yetkisinin, gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere kaldırılabilirliği belirtilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, kendisine yönetim danışmanı atanan sınırlı ehliyetlinin durumunun, malvarlığının sermaye kısmı açısından büyük oranda kısıtlanmış kişinin hukukî durumuna benzediği söylenebilir. Dolayısıyla kendisine yönetim danışmanı atanan sınırlı ehliyetli kişinin mirası reddinde Medenî Kanun'un 463/V'inci maddesinin uygulanması ve yönetim danışmanın onayının yanında vesayet ve denetim makamlarının izninin alınması gerektiği kabul edilmelidir.<sup>28</sup>

### **cc. Reddin temsilci aracılığıyla gerçekleştirilmesi**

Ret beyanının yasal temsilci aracılığıyla yapılması, ret hakkının kullanılmasında ehliyet başlığı altında incelenmiştir. Bu başlık altında ise, reddin iradî temsilci tarafından gerçekleştirilmesi meselesi üzerinde durulacaktır.

Belirtmek gerekir ki, ret beyanında bulunma, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olmadığından, mirasın reddine ilişkin irade açıklamasının mirası reddetmek isteyen mirasçının iradî temsilcisi tarafından yapılması da mümkündür.<sup>29</sup> Burada öğreti ve uygulama bakımından tartışma konusu olan esas mesele, temsilcinin bu hususta özel olarak yetkilendirilmiş olmasının gerekip gerekmediğidir.

Özel temsil yetkisini gerektiren haller vekâlet dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun 388/III' üncü maddesinde<sup>30</sup> düzenlenmiştir. Bu hükümde, dava açmak, sulh olmak, tahkim talebinde bulunmak, kambiyo taahhüdünde bulunmak, bağışlama yapmak, bir gayrimenkulü temlik veya bir hak ile sınırlandırmak özel yetki gerektiren haller olarak sayılmıştır. Yine Hukuk

27 Dural/Öz, s. 398; Oğuzman, s. 289-290; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 603; Öztan, Miras, s. 329; Helvacı, s. 14 vd; Berki, Miras, s. 55; Köprülü, s. 374; Gönensay/Birsan, s. 237; Antalya, s. 378.

28 Öztan, Miras, s. 329; Hatemi, s. 123; Helvacı, s. 2324.

29 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 603-604; Helvacı, s. 68; Serozan/Engin, s. 389; İmre, s. 556.

30 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 504/III'üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Muhakemeleri Kanunu' nun 74'üncü maddesinde de özel yetkiyi gerektiren haller sayılmıştır. Buna göre, “*Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin filleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez.*”

Özel yetkiyi gerektiren hallerin düzenlendiği her iki maddede de mirasın reddine yer verilmemiştir. Ancak gerek Türk Medenî Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzüğün “Reddin şekli” başlıklı 39'uncu maddesinin “...talep bu konuda yetkili olan vekil tarafından yapılmış ise ...” şeklindeki ifadesinden gerek ret açıklamasının temsil olunan mirasçı açısından ortaya çıkardığı hukukî sonuçların öneminden hareketle temsilcinin ret beyanında bulunabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>31</sup>

Yargıtay da, birçok kararında temsilcinin ret beyanında bulunabilmesi için özel temsil yetkisinin bulunması gerektiğini kabul etmiştir.<sup>32</sup> Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 6795 esas ve 8177 karar sayılı ve 11.07.1997 tarihli bir kararında bu görüşünden ayrılarak, mirasın reddi için özel vekâletnameye gerek olmadığını kabul etmiştir. Yargıtay, söz konusu kararında görüşünü özetle şu şekilde ifade etmiştir: Vekilin müvekkilinden özel yetki alması gereken haller kanunlarda sayılmıştır. Borçlar Kanunu' nun 388'inci maddesinde ortaya konan bu genel sınırlamanın istisnası kanunda gösterilmedikçe, vekilin işin gerektirdiği tüm yetkilerle donatıldığını kabul etmek işlem güvenliği ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Özel yetkiyi gerektiren haller benzetme yolu ile genişletilemez. Ayrıca yasaların öngörmediği bir konunun tüzükle benimsenmesine geçerlilik tanımak da mümkün değildir. Şu

31 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 603-604; Serozan/Engin, s. 389; Helvacı, s. 71; İmre, s. 556.

32 Y.2. HD. 24.2.2005 T., 4968 E., 7785 K.; 22.02.2005 T., 15954 E., 2593 K., Kazancı İçtihat Programı; Y. 2. HD. 21.04.2004 T., 9602 E., 10936 K., Özügür, s. 136; Y.2. HD. 04.07.2005 T., 8444 E., 10414 K.; 30.09.2004 T., 9602 E., 10936 K.; 01.11.2007 T., 20075 E., 14675 K., Gençcan, Ö. U.: Miras Hukuku, Ankara, 2008, s. 589.

halde konuya ilişkin tüzüğün 39'uncu maddesinin mirasın reddinin özel vekâletname ile gerçekleştirilmesi şartını öngördüğü söylenemez.<sup>33</sup>

#### **dd. Ret hakkının kullanılmasında süre**

##### **aaa. Genel olarak**

Medenî Kanun, mirasın reddinin ancak kanunda öngörülen süreler içinde yapılabileceğini öngörmüştür. Madde 606/I'e göre ret süresi üç aydır. Ret beyanı yenilik doğuran bir beyan olduğu için bu süre hak düşürücü süredir. Dolayısıyla miras, kanunda öngörülen bu süre içinde reddedilmediği takdirde mirasçı tarafından kabul ve kesin olarak kazanılmış olur.<sup>34</sup>

Ret beyanının süresi içerisinde kullanılmış sayılabilmesi için üç ay içinde mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesine ulaşmış olması gerekir. Süreye uyulup uyulmadığı mahkeme tarafından re'sen incelenir.<sup>35</sup>

Medenî Kanun'un 626'ncı maddesinde, resmî defter tutma talebinin söz konusu olduğu hallerde madde 606/I'den farklı olarak, bir aylık bir ret süresi öngörülmüştür. Buna göre, defter inceleme süresi bittikten sonra bir ay içinde mirasçı, mirası reddettiğini, resmî tasfiye istediğini veya deftere göre ya da kayıtsız şartsız kabul ettiğini beyan etmelidir. Hâkim kanunda öngörülen durumların gerçekleşmesi halinde ek süre verebilir (MK. m. 626/II).

##### **bbb. Ret süresinin başlangıcı**

###### *i. Yasal mirasçılar bakımından*

Medenî Kanun'un 606/II'nci maddesi uyarınca yasal mirasçılar için ret

33 Şenocak, Z.: “Yargıtay'ın Verdiği Bir Karar Dolayısıyla”, AHFD, C. 45, S. 1, 1996, s. 449. Şenocak, söz konusu karara ilişkin değerlendirmesinde düzenlemenin koruma amacından hareket edilerek, BK.'nın 338'inci maddesindeki sayının sınırlayıcı olmadığını kabul etmek gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıca Yazar'a göre, mirasın reddi müvekkilin malvarlığını etkileyecek önemli işlemlerden olduğundan özel vekâletnameyi gerektirir (Şenocak, s. 450).

34 Dural/Öz, s. 400; Öztan, Miras, s. 331; Şener, Miras, s. 245; İmre/Erman, s.343; Hatemi, s. 124; Ülgenalp, s. 35; Helvacı, s. 73; Y. 2. HD. 10.10.1996 T., 8996 E., 9996 K., İnal, N.: Miras Davaları, Ankara, 2005, s. 628; Y. 2. HD. 08.06.2009 T., 2008/7536 E., 2009/10956 K.; 20.12.2010 T., 2010/7846 E., 2010/21463 K., Kazancı İçtihat Programı.

35 Dural/Öz, s. 400; Oğuzman, s. 290; Ülgenalp, s. 36-37; Antalya, s. 383. Farklı yönde görüş için bkz., Helvacı, s. 75; Kocayusufoğlu, Miras, s. 608; Hoşlan, s. 562.

Yargıtay'a göre de, mirasın reddine ilişkin taleplerde, sulh hâkimi öncelikle ret isteğinin süresinde olup olmadığını ve reddeden kişinin mirasçılık sıfatını taşıyıp taşımadığını tespit eder ve süre şartı ile mirasçılık sıfatının gerçekleşmesi halinde ret beyanını tescil eder (Y.2. HD. 22.04.1972 T., 2725 E., 2667 K., Dalamanlı, L.: Miras Hukuku Tatbikatı: Açıklamalı, Örnekli, İçtihatlı, Ankara, 1975, s. 337). Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Y.2. HD. 25.11.1996 T., 11529 E., 12280 K., Özügür, s. 145; Y.2. HD. 05.04.2006 T., 4442 E., 4872 K.; 02.11.2001 T., 12845 E., 15091 K., Gençcan, s. 573, 585.

36 Öztan, Miras, s. 331; Kocayusufoğlu, Miras, s. 609; Oğuzman, s. 290; Dural/Öz, s. 400; Antalya, s. 383; Serozan/Engin, s. 392; İnan/Ertaş/Albaş, s. 505; Hatemi, s. 124; Belgesay, M. R.: Türk Kanunu Medenî Şerhi Üçüncü Kitap: Miras, 4. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1952, s. 165; Berki, Miras, s. 54. Ceninin varlığı halinde ret sürenin ne zaman başlayacağına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak öğretime, mirasın paylaşılmasına ilişkin hükümler arasında yer alan; “Mirasın açıldığı tarihte mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğuma kadar ertelenir.” şeklindeki madde 643/I'den hareketle, ret süresinin en erken çocuğun doğumu ile başlayabileceği ileri sürülmektedir (Helvacı, s. 14, dn. 29).

süresi, kural olarak mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri andan itibaren işlemeye başlayacaktır.<sup>36</sup> Ancak yasal mirasçı, kendisinin mirasçı olduğunu mirasbırakanın ölümü tarihinden daha sonraki bir zamanda öğrenmişse, sürenin mirasçılık sıfatının öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmiştir.<sup>37</sup>

Ret süresinin mirasçılık sıfatının öğrenildiği tarihten itibaren başlayabilmesi için bu hususun, kim tarafından ispat edileceği meselesi Medenî Kanun'da çözüme bağlanmamıştır. Burada Eski Medenî Kanun'da yer alan çözümü benimsemek yerinde olacaktır. Eski Medenî Kanun'daki düzenlemeye göre, sürenin mirasçılık sıfatının öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlayabilmesi için bu hususun buna dayanan yasal mirasçı tarafından ispat edilmesi gerekmektedir (EMK. m. 546). Mirasçılar dışında kalan kişilerden kendilerinin dışında gelişen bir takım olaylar ve olgular hakkında bilgi sahibi olmalarını beklemek doğru olmayacağı gibi, onlara bu hususları ispat külfeti yüklemek de doğru olmaz. Dolayısıyla ispat külfetinin buna dayanan mirasçıda olduğunun kabulü yerinde bir çözümdür.<sup>38</sup>

#### *ii. Atanmış mirasçılar bakımından*

Medenî Kanun'un 606/II'nci maddesi gereğince, vasiyetname ile atanmış mirasçılar yönünden üç aylık ret süresi, mirasçı olarak atandıklarının kendilerine resmen bildirilmesi ile başlar. Bu bildirim, Medenî Kanun'un 597'nci maddesindeki düzenlemeye uygun olarak, vasiyetnameyi açan sulh mahkemesi tarafından resmen yapılır. Atanmış mirasçının nerede olduğunun bilinmemesi durumunda bildirim mahkemece ilânen tebligat yoluyla yapılır.<sup>39</sup>

Vasiyetname ile mirasçı atanması mümkün olduğu gibi, miras sözleşmesi ile de mirasçı atanması mümkündür. Medenî Kanun'un 606/II'nci maddesinde, vasiyetname ile atanan mirasçı için ret süresi hüküm altına alınmış olmasına rağmen, miras sözleşmesi ile atanan mirasçı bakımından herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda ret süresinin miras sözleşmesi ile atanan mirasçı için ne zaman işlemeye başlayacağı meselesi gündeme gelir. Öğretide hâkim olan görüşe göre,<sup>40</sup> miras sözleşmesi ile mirasçı olarak atanan mirasçılar yönünden ret süresinin başlangıcının tespitinde yasal mirasçılara

37 İmre/Erman, s. 344; Oğuzman, s. 290; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 609; Dural/Öz, s. 400; Şener, Miras, s. 245; Gönensay/Birsen, s. 244; İnan/Ertas/Albaş, s. 505; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 232.

38 Helvacı, s. 76-78.

39 Helvacı, s. 81; İmre/Erman, s. 344.

40 Dural/Öz, s. 401; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 609; Hatemi, s. 124; Serozan/Engin, s. 394; İnan/Ertas/Albaş, s. 505; Helvacı, s. 82; Gönensay/Birsen, s. 245; Köprülü, s. 376; Oğuzman, s. 291; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 232; Ayan, s. 227; Ülgenalp, s. 35.

ilişkin esasları uygulamak gerekir. Zira, bu gibi hallerde miras sözleşmesinin açılması ve ilgililere tebliği söz konusu olamayacağından<sup>41</sup>, miras sözleşmesi ile atanmış mirasçılar için ret süresinin tıpkı yasal mirasçılarda olduğu gibi mirasbırakanın ölümünü ve kendilerinin mirasçılık sıfatını kazandıklarını öğrendikleri andan itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir.

Esasında bir kimseyi mirasçı olarak atayan miras sözleşmelerinin diğer tarafı genellikle mirasçı olarak atanan kişidir. Bu nedenle miras sözleşmesi ile atanan mirasçı, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren mirasbırakanın ölümüyle birlikte mirasçılık sıfatını kazanacağını bilmektedir. Dolayısıyla bu mirasçılar bakımından ret süresinin başlangıcının tespitinde yasal mirasçılar için öngörülen kuralın uygulanmasında bir engel yoktur. Buna karşılık miras sözleşmesiyle üçüncü bir kişi mirasçı olarak atanmışsa bu halde artık yasal mirasçılar için geçerli olan kuralın uygulanabileceği söylenemez. Çünkü üçüncü kişi lehine miras sözleşmelerinin aynen vasiyetnameler gibi açılıp ilgisine tebliği söz konusu olabilir. Hal böyle olunca, bu mirasçılar için ret süresi, tıpkı vasiyetname ile atanmış mirasçılarda olduğu gibi, kendisine mahkemece yapılan resmî bildirimden itibaren işlemeye başlamalıdır.<sup>42</sup>

### *iii. Koruma önlemi olarak terekenin deftere geçirilmesi halinde*

Medenî Kanun'un 607'nci maddesinde koruma önlemi olarak terekenin yazımı halinde mirası ret süresinin, yasal ve atanmış mirasçılar bakımından yazım işleminin sona erdiğinin sulh hâkimi tarafından kendilerine bildirilmesiyle başlayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak bu düzenleme, mirası ret süresi içinde koruma önlemine başvurulması halinde önem arz eder. Şayet defter tutulması yoluna üç aylık ret süresi dolduktan sonra gidilmişse, artık sözü edilen hükmün bir etkisi olmaz.<sup>43</sup>

Burada söz konusu olan, Medenî Kanun'un 590'ıncı maddesinde düzenlenen koruma önlemi niteliğindeki defter tutmadır. Medenî Kanun'un 619'uncu maddesi gereğince resmî defter tutma 607'nci maddenin uygulama alanına girmez.

### *iv. Ret hakkının sonra gelen mirasçılara geçmesi halinde*

Bir mirasçının ret hakkını süresi içinde kullanamadan ölmesi ihtimalini

41 İmre/Erman'a göre, miras sözleşmelerinin de vasiyetnameler gibi açılması mümkündür. Bu durumda mirası ret süresi, atanmış mirasçıya mirasçılığın tebliğinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Ancak miras sözleşmesi yetkilili makama bırakılmamışsa, artık miras sözleşmesinin açılması ve ilgililere tebliği söz konusu olmayacağından, bu durumda ret süresinin başlangıcı bakımından yasal mirasçılar için kabul edilmiş kural uygulanmalıdır (İmre/Erman, s. 344; aynı yönde görüş için bkz. Antalya, s. 383).

42 Serozan/Engin, s. 394; Dural/Öz, s. 401, Helvacı, s. 83.

43 Öztan, Miras, s. 331; Helvacı, s. 85.



dikkate alan kanun koyucu, Medenî Kanun'un “Ret hakkının geçmesi” kenar başlıklı 608/T'inci maddesinde, mirası reddetmeden ölen mirasçının ret hakkının kendi mirasçılarına geçeceğini hüküm altına almıştır. Bu halde, ölenin yerini alan mirasçının iki ret hakkı söz konusu olacaktır. Bunlardan biri, kendi mirasbırakanından kalan mirası ret hakkı; diğeri ise, kendi mirasbırakanına onun mirasbırakanından kalan mirası ret hakkıdır.<sup>44</sup>

Mirasçı, her iki mirası da reddedebileceği gibi sadece kendi mirasbırakanına kalan mirası da reddedebilir. Ancak belirtmek gerekir ki; mirasçı kendi mirasbırakanından kalan mirası reddedip, mirasbırakanına kalan mirası kabul edemez. Çünkü bu miras, ona mirası reddetmeden ölen kendi mirasbırakanının terekesinin bir parçası olarak geçmektedir. Dolayısıyla, mirasçının, tamamı reddedip, bu tamamın bir parçasını kabul etmesi söz konusu olamaz.<sup>45</sup>

Ret hakkının sonra gelen mirasçılara geçmesi halinde, iki farklı ret süresi göndeme gelecektir. Bunlardan ilki öğretilde “*ortak süre*” olarak ifade edilen süre olup mirasçının, kendi mirasbırakanından kalan mirası reddetme süresidir. Bir başka ifadeyle, mirasçı, hem kendi mirasbırakanından kalan mirası hem de kendi mirasbırakanından dolayı olarak kendisine intikal eden mirası, kendi mirasbırakanının ölümünden veya kendisinin mirasçı olduğunu öğrendiği andan itibaren üç ay içerisinde reddedebilir. Ancak mirasbırakanına intikal eden mirası reddetme süresi, mirasçının kendi mirasbırakanından kalan mirası reddetme süresinden daha kısa olamaz.<sup>46</sup> Kanun koyucunun böyle bir düzenlemeye gitmesi isabetli olmuştur. Zira bir mirasçıdan daha kendi mirasbırakanından geçen tereke hakkındaki düşünme süresi tamamlanmadan mirasbırakanına geçen tereke hakkında bir karar vermesini beklemek doğru olmazdı.<sup>47</sup>

Bir diğer süre ise, öğretilde “*bağımsız süre*” olarak ifade edilen ret süresidir. Bu sürenin başlangıcı, ret hakkına sahip olan mirasçının, kendi mirasbırakanına mirasın intikal ettiğini öğrendiği andır (MK. m. 608/II). Bu halde ret hakkı sahibinin, aynı zamanda kendi mirasbırakanının da öldüğünü ve kendisinin de

44 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 613; Dural/Öz, s. 402; Öztan, Miras, s. 332; Şener, Miras, s. 249; İmre, s. 553; Serozan/Engin, s. 388.

45 Öztan, Miras, s. 332; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 613; Oğuzman, s. 294; Dural/Öz, s. 402; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 233; Şener, Miras, s. 249; İmre, s. 553; Hoşlan, s. 565; Antalya, s. 385.

46 Öztan, Miras, s. 332; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 613; Dural/Öz, s. 402; Berki, Miras, s. 55.

47 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 613; Helvacı, s. 86; Şener, Miras, s. 250.

48 Oğuzman, s. 294; Gönensay/Birsan, s. 246; Dural/Öz, s. 402; Köprülü, s. 376-377; Şener, Miras, s. 250; Berki, Miras, s. 55; Öztan, Miras, s. 332; Antalya, s. 385; İnan./Ertas/Albaş, s.506; Belgesay, s. 167; Hoşlan, s. 566.



dolaylı olarak mirasçı olduğunu öğrenmiş olması gerekir.<sup>48</sup>

Medenî Kanun'un 608'inci maddesinde düzenlenmiş olan bir diğer husus, birinci mirasçının mirası reddetmesi halinde onun yerine geçen ikinci mirasçı için ret süresinin ne zaman başlayacağıdır. Sözü geçen maddede yer alan düzenlemeye göre, bu sürenin başlangıcı, ilk mirasçının mirası reddettiğini ve mirasın kendisine geçtiğini öğrendiği tarihtir.<sup>49</sup>

### **ccc. Ret süresinin uzatılması ve yeni ret süresi verilmesi**

Medenî Kanun'un 615'inci maddesinde, önemli sebeplerin varlığı halinde sulh hâkiminin yasal ve atanmış mirasçılara tanınmış olan ret süresini uzatabileceği veya yeni bir süre tanıyabileceği hükme bağlanmıştır. Burada kanunun öngördüğü üç aylık süre içerisinde karar vermenin fevkalâde zor olması veya karar verme imkânının olmaması önemli sebep sayılır. Bir başka ifadeyle üç aylık ret süresi içinde mirasçıdan karar vermesini beklemek hakkaniyete aykırı ise, haklı sebebin varlığı kabul edilir ve süre uzatılır veya yeni bir süre verilir. Haklı sebebin var olup olmadığı hâkim tarafından her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilir.<sup>50</sup> Tereke mallarının dağınık olması, mirasçılardan birinin hastalığı veya gaipliği, tereke ilişkilerinin karmaşık olması, mirasçıların mirası ret kararı üzerine etkili olabilecek bir davanın varlığı gibi haller, önemli sebebe örnek olarak gösterilebilir.<sup>51</sup>

Ret süresinin uzatılması veya yeni bir ret süresi tanınabilmesi için mirasçının bu yönde bir talebi bulunmalıdır. Hâkimin, resen yeni bir ret süresi tanınması veya mevcut süreyi uzatması söz konusu değildir.<sup>52</sup>

49 Oğuzman, s. 294; Kocayusufoğlu, Miras, s. 614; Dural/Öz, s. 403; İnan/Ertas/Albaş, s. 507; Gönensay/Birsan, s. 247; İmre, s. 554; Helvacı, s. 87; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 233; Serozan/Engin, s. 393; Köprülü, s. 377; Hoşlan, s. 566.

50 Ret süresinin uzatılması veya yeni bir ret süresi tanınmasına ilişkin talepler değerlendirilirken mirasbırakanın alacaklılarının menfaatleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Zira, yasal sürenin uzatılması veya yeni bir süre tanınması halinde, söz konusu süreler içerisinde mirasbırakanın alacaklılarının, mirasçıların kişisel malvarlığı değerlerine müracaat etmeleri mümkün olmayacaktır(Helvacı, s. 96).

51 Öztan, Miras, s. 331; Kocayusufoğlu, Miras, s. 610; Dural/Öz, s. 401; Berki, Miras, s. 54; Gönensay/Birsan, s. 247-248; İmre/Erman, s. 345; Oğuzman, s. 291; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 233; Şener, Miras, s. 248; Helvacı, s. 92 vd; Köprülü, s. 377; İnan/Ertas/Albaş, s. 505-506; Hatemi, s. 124; Serozan/Engin, s. 394; Hoşlan, s. 564. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 11.09.1979 T., 5840 E., 6209 K., sayılı kararında haklı sebeplerin varlığı halinde mirasçının ret süresinin uzatılmasını talep edebileceğini, haklı sebepten amacın mirasçının yabancı bir memlekette olup haber alma ve araştırma imkânlarının kısıtlı olması, terekenin defterinin tutulma süresi geçirilmiş olup, malların değişik memleketlerde olması yüzünden gerçek tereke durumunun tespitinde güçlük bulunması, miras bırakanın haksız eylemi yüzünden mevcut bir sorumluluğun geç öğrenilmesi, mirasçının temyiz kudretini yitirmiş olup da kendisine vasi tayin etme işinin uzaması ve mirasçının işini yapmayacak durumda olması gibi haller olduğuna hükmetmiştir(Kazancı İçtihat Programı).

52 Helvacı, s.94; Oğuzman, s. 291; Gönensay/Birsan, s. 248; Antalya, s. 384.

### ee. Ret beyanın geri alınması ve iptali

Ret beyanının geri alınması ile iptal edilmesi birbirinden farklı kavramlardır. Ret beyanının geri alınmasının söz konusu olması için öncelikle geçerli bir ret beyanı bulunmalıdır. Ret beyanının iptalinde ise, beyanın, hata, hile veya ikrah nedeniyle sakat olması ve ret beyanında bulunurken iradesi sakatlanan tarafın bu irade beyanının iptalini istemesi söz konusudur.<sup>53</sup>

### aaa. Ret beyanın geri alınması

Medenî Kanun'da ret beyanının geri alınmasına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Ancak Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin özel hukukun diğer alanlarına da uygulanabileceğini düzenleyen Medenî Kanun'un 5'inci maddesinden hareketle, icap ve kabulün geri alınmasına ilişkin Borçlar Kanunu'nun 9'uncu maddesini<sup>54</sup> kıyasen uygulamak suretiyle ret beyanının geri alınabileceği kabul edilmektedir.<sup>55</sup>

Borçlar Kanunu'nun sözü edilen hükmüne göre, icabın geri alındığına ilişkin beyan icaptan önce veya aynı anda ulaşılmışsa ya da icaptan sonra ulaşmakla beraber karşı taraf, icabı öğrenmesinden önce icabın geri alındığını öğrenmişse artık icap hüküm ifade etmez. Bu hükümden hareketle, reddin geri alındığına ilişkin beyan, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine ret beyanından önce ulaşılmışsa, artık ret beyanı hüküm ifade etmeyeceği söylenebilir. Reddin geri alındığına ilişkin beyan, ret beyanı ile aynı anda ulaşılmış ise veya ret beyanından sonra ulaşılmış ancak ret beyanı öğrenilmeden önce reddin geri alındığı öğrenilmişse, bu halde de ret beyanı herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz.<sup>56</sup>

Yukarıda ifade edildiği üzere ret beyanında bulunma bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir.<sup>57</sup> Yenilik doğuran hakların en önemli özelliklerinden biri ise, bir kez kullanılıp sonuçlarını meydana getirdikten sonra geri dönülemezdir.<sup>58</sup> Dolayısıyla mirası ret beyanı sulh mahkemesine varmışsa kural olarak bu ret beyanının geri alınması mümkün değildir.<sup>59</sup> Ancak öğretilde bazı yazarlar, diğer bütün mirasçıların rızası ile ret

53 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 607; Helvacı, s. 107; Şener, Miras, s. 243; Gönensay/Birsen, s. 237.

54 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 10. maddesinde benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

55 Helvacı, s. 107.

56 Helvacı, s. 108

57 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 601; Dural/Öz, s. 399; Helvacı, s. 108.

58 Buz, V.: Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 256; Oğuzman, K./ Barlas, N.: Medenî Hukuk: Giriş-Kaynaklar- Temel Kavramlar, 15. bs., İstanbul, 2008, s. 113; Dural, M./Sarı, S.: Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, I. cilt, İstanbul, 2004, s. 134.

59 Oğuzman, s. 290; Dural/Öz, s. 399; İmre/Erman, s. 348; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 606; İnan/Ertaş/Albaş, s. 503; İmre, s. 559; Öztan, Miras, s. 330; Antalya, s. 379; Serozan/Engin, s. 390; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 232; Şener, Miras, s. 242.

beyanın geri alınmasının mümkün olabileceğini ileri sürmektedirler.<sup>60</sup>

Kocayusufpaşaoğlu biraz daha ileri giderek, ret beyanının geri alınabilmesi için sadece mirasçılardan değil, tüm ilgililerin rızasının alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, ilgililer kavramına mirasçılardan yanısıra reddeden mirasçının alacaklıları da girer. Zira miras reddeden mirasçı mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak kaybeder ve böylece tereke borçlarından kişisel olarak sorumlu olmaktan kurtulur. Ancak daha sonra bu ret beyanından rücu etmesi ile, tereke alacaklıları yeniden onun malvarlığına müracaat etme imkânına sahip olur. Bu halde, kişisel alacaklıların yeterince tatmin edilememesi tehlikesi söz konusu olabilir. Bu sebeple, ret beyanının geri alınmasında diğer tüm mirasçılarla birlikte ret beyanını geri almak isteyen mirasçının kişisel alacaklılarının da rızası aranmalıdır.<sup>61</sup>

#### **bbb. Ret beyanının iptali**

Medenî Kanun'un mirasın reddine ilişkin hükümleri arasında irade sakatlığı halinde sorunun nasıl çözüleceğine dair bir hükme yer verilmemiştir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere Medenî Kanun'un 5'inci maddesinin Borçlar Kanunu'nun genel nitelikteki hükümlerinin özel hukukun diğer alanlarında da uygulama alanı bulabileceğini öngören hükmünden hareketle, Borçlar Kanunu'nun 23 vd. maddelerinin kıyasen uygulanacağı söylenebilir. Şu halde ret beyanına ilişkin iradesi hata, hile ya da ikrah ile sakatlanan bir mirasçı, Borçlar Kanunu'nun 23 vd. maddelerine dayanarak ret beyanının iptalini talep edebilir.<sup>62</sup>

İptal talebinin diğer mirasçılara değil, ret beyanın yapıldığı sulh malhemesine yapılması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>63</sup> İptal talebinin sulh

60 İmre/Erman, s. 346; Davran, s. 331 vd.; Şener, Miras Hak ve Payları, s. 192; Gönsenay/Birsan, s. 236; Belgesay, s. 161; Hoşlan, s. 562. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, miras ret beyanının bozucu yenilik doğuran bir irade açıklaması olduğunu, bu sebeple sulh mahkemesine varma şartı gerçekleşikten sonra bu beyandan dönülebilmesinin ancak tüm mirasçılardan onay ile mümkün olabileceğini hükme bağlamıştır (Y. 2. HD. 12.09.1978 T., 5695 E., 5977 K., Şener, Miras Hak ve Payları, s. 370).

61 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 606. Helvacı da bu görüşe katılmakla birlikte ilgililer kavramını biraz daha genişletmekte ve “*miras ret açıklaması üzerine ortaya çıkan mevcut hukuki durumun olduğu gibi sürdürülmesinde menfaati bulunan tüm kişileri*” ilgililer arasında saymaktadır. Yazara göre, ret beyanının geri alınabilmesi için, mirasçının kişisel alacaklılarının yanı sıra tereke alacaklılarının da onayının alınması gerekir (Helvacı, s. 110-111).

62 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 607; İmre/Erman, s. 348; Dural/Öz, s. 400; Oğuzman, s. 290; İmre, s. 559; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 232; Hatemi, s. 123; Helvacı, s. 115; Şener, Miras, s. 243; Berki, Ş.: “*Türk Hukukunda Mirasta Ret ve İade*”, Adalet Dergisi, Y. 43, S. 4, 1952, s. 481; Serozan/Engin, s. 390; Davran, s. 345; Ayan, s. 226; Antalya, s. 378; Hoşlan, s. 562.

63 Helvacı, s. 115. Yargıtay'ın ise, “karşı tarafın hilesi sonucu mirasın reddedildiği ileri sürülerek açılan iptal davasında asliye hukuk mahkemesi görevlidir” şeklindeki ifadesinden ret beyanının irade sakatlığına dayanarak iptalinde dava yoluna başvurulması gerektiği görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır (Y. 2. HD. 06.12.1984 T., 9898 E., 10100 K., Kazancı İçtihat Programı).

mahkemesine varması üzerine, ret beyanı geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve mirasçı mirası hiç reddetmemiş gibi mirasçılık sıfatına sahip olur.<sup>64</sup>

### c. Ret hakkının düşmesi

Medenî Kanun'un 610'uncu maddesinde, üç halde mirasçının ret hakkının düşeceği kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, süresi içerisinde ret hakkının kullanılmamış olmasıdır. İkincisi, bir mirasçının ret süresi içinde terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakana ait işlerin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapmasıdır. Ret hakkının düşmesine neden olan hallerden üçüncüsü ise, tereke değerlerine sahip çıkma veya tereke değerlerini gizleme halidir. Bu hallere bir de, ret süresi içinde mirasın açıkça kabul edilmesi sebebiyle ret hakkının düşmesini eklemek gerekir.

#### aa. Ret süresinin dolması ile ret hakkının düşmesi

Medenî Kanun'un “*Ret hakkının düşmesi*” kenar başlıklı 610/I'inci maddesine göre, “*Yasal süre içinde mirası reddetmeyen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kazanmış olur.*” Şu halde mirası kabul etmek istemeyen mirasçının kanuni süre olan üç ay içerisinde ret beyanında bulunmuş olması gerekir; aksi durumda ret hakkı düşer.<sup>65</sup>

Ret hakkının süresi içinde kullanılmış sayılması için, beyanın üç ay geçmeden gönderilmesi yeterli olmayıp, ret süresi tamamlanmadan sulh hâkimine varmış olması gerekir.<sup>66</sup>

#### bb. Ret süresi dolmadan ret hakkının düşmesi

##### aaa. Açık kabul beyanı sebebiyle ret hakkının düşmesi

Mirasın kanun gereğince (ipso iure) kazanılması prensibinin benimsendiği miras hukukumuz bakımından, bir mirasçının teknik anlamda mirası kabul etmemesinden söz edilemez. Zira miras, mirasbırakanın ölümüyle birlikte, ayrıca bir kabul beyanına gerek olmaksızın, kanun gereği mirasçılara geçmektedir. Bununla birlikte, mirasçının, ret süresi geçmeden, bir kabul beyanında bulunmasına herhangi bir engel yoktur. Böyle bir beyan ret hakkından feragat edildiği anlamına gelir ve ret süresi dolmadan ret hakkının düşmesi ve mirasın kesin olarak kazanılması sonucunu doğurur.<sup>67</sup>

64 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 607; Helvacı, s. 115.

65 İmre/Erman, s. 343; Oğuzman, s. 290; Dural/Öz, s. 403; İmre, s. 549; Berki, Miras, s. 55; Gönensay/Birsen, s. 239; Ülgenalp, s. 35; Öztan, Miras, s. 333.

66 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 608.

67 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 593; İnan/Ertas/Albaş, s. 509; Helvacı, s. 124; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 234; Göktürk, s. 97; Şener, Miras, s. 251; Gönensay/Birsen, s. 240.

### **bbb. Mirasçılarının tereke işlerine karışması nedeniyle ret hakkının düşmesi**

Medenî Kanun'un 610'uncu maddesinin ikinci fıkrasında mirasçılardan birinin terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapmak suretiyle tereke işlerine karışması, mirasın örtülü (zımnî) kabulü olarak nitelendirilmiş ve aynen mirasın açıkça kabulünde olduğu gibi, ret hakkını sona erdireceği hüküm altına alınmıştır.<sup>68</sup> Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin dolmasına engel olmak için dava açılmasının ve cebri icra takibi yapılmasının ret hakkını ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir.

Madde 610/II anlamında tereke işlerine karışma olgusundan ne anlaşılması gerektiği hususu tartışmalıdır Öğretide ileri sürülen ve Yargıtay tarafından da benimsenmiş olan görüşe göre, bir işlemin olağan idarî işlem olup olmadığını tespit için, mirasçı tarafından yapılan işlemin mahiyetine ve kapsamına bakmak, ayrıca mirasçının bu işlemi yaparken hangi amaçla hareket ettiğini göz önünde tutmak gerekir. Eğer mirasçının amacı tereke üzerinde tasarruf olmayıp, bu işlemin yapılmaması halinde meydana gelebilecek olan bir zararın önüne geçmekse mirasçının eylemi terekeye karışma olarak nitelendirilmemeli ve bu tür eylemler ret hakkının düşmesine neden olmamalıdır.<sup>69</sup>

Belirtmek gerekir ki, mirasçının asıl amacının araştırılıp tespit edilmesi oldukça güçtür. Dolayısıyla mirasçının dış dünyaya aksetmemiş düşünce ve tasavvurlarını araştırmak yerine, dış dünyaya yansıyan irade açıklamasına veya davranışına, üçüncü kişilerin, özellikle de tereke alacaklılarının dürüstlük kuralına göre vereceği anlam esas alınarak, mirasın kabulü sonucunu

68 Dural/Öz, s. 403; Hatemi, s. 124; Berki, Miras, s. 55; Öztan, Miras, s. 333; Oğuzman, s. 291-292; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 234; İnan/Ertas/Albaş, s. 509; İmre/Erman, s. 340; Kılıçoğlu, s. 260; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 615; Helvacı, s. 130; Gönensay/Birsan, s. 241.

69 Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, s. 292; İmre/Erman, s. 341; Ülgenalp, s. 32; Gönensay/Birsan, s. 242; İmre, s. 545; Hoşlan, s. 569; Şener, Miras, s. 253. YHGK'nun 08.02.1950 T., 1- 261 E., 140- 20 K. sayılı kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "... *alelade idare terekeyi asli halinde muhafaza etmek, bunu herhangi bir suretle zarara maruz bulundurmamak maksadı ile yapılan muamelelerdir. Bir muamelelerin alelade idari muamelelerden olup olmadığını tayin için bilhassa muameleyi yapan varisin maksadını nazara almak lazımdır. Eğer bunun maksadı mirasçı sıfatı ile terekeden tasarruf olmayıp mücerret bilahare mirası kabul ettiği zaman ihmal yüzünden meydana gelebilecek bir zararın önüne geçmek ise yaptığı muamelelerin alelade idari muamele olarak kabulü zaruridir. Ezcümle malların çalınmaması için tedbir ittihazi malları deftere geçirmek, zamanaşımın kesmek için derhal dava açmak, davaya mani olmak için müstacel borçları ödemek alelade idarenin istilzam ettiği muamelelerdir...*" (Şener, Miras Hak ve Payları, s. 375); aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. YHGK. 30.09.1997 T., 2-569 E., 724 K., Özügür, s. 145; Y. 2. HD. 6.1.1975 T., 8046 E., 8423 K.; 1.4.1974 T., 2038 E. 1987 K., Şener, Miras Hak ve Payları, s. 376-377.

doğuracak nitelikte bir tereke işlerine karışma faaliyetinin bulunup bulunmadığına karar vermek daha yerinde bir çözüm olacaktır.<sup>70</sup> Şu halde, genel hayat tecrübelerine ve dürüstlük kuralına göre, mirasçının davranış ya da beyanlarından mirasın kesin olarak kazanıldığı sonucuna varılıyorsa, bu beyan ve davranışlar tereke işlerine karışma olarak nitelendirilmeli ve ret hakkının düştüğü kabul edilmelidir.<sup>71</sup> Örneğin, terekeye ait malların çalınmaması için önlem alınması, terekenin defterinin tutulmasını isteme, terekeye dâhil bir işletmenin gerekli olan vergilerinin ödenmesi veya acil onarım işlerinin yapılması, temerrüt faizine engel olmak için para borcunun ifa edilmesi, mirasbırakana karşı açılmış bulunan dava ve takiplerde terekenin zarara uğramasını önleyecek nitelikte itiraz ve defilerde bulunulması, terekenin tespiti davası açılması,<sup>72</sup> tereke işlerine karışma olarak nitelendirilemez.<sup>73</sup> Buna karşılık, tereke mallarını satmak, alacakların tahsili, terekeye dâhil olan bir taşınmazın mirasçı tarafından kendi adına tescil ettirilmesi,<sup>74</sup> mirasbırakanın bir vasiyetini yerine getirme, miras sebebiyle istihkak, tenkis<sup>75</sup> veya paylaşırma davasının açılması ret hakkının düşmesine neden olan davranışlardır.<sup>76</sup>

Burada üzerinde durulması gereken meselelerden biri de, bir mirasçının mirasçılık belgesi almak için mahkemeye müracaat etmesinin tereke işlerine karışma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Öğretide bir mirasçının mirasçılık belgesi almak için mahkemeye başvurması ağırlıklı olarak tereke işlerine karışma olarak nitelendirilmekte ve bu mirasçının mirası ret hakkını kaybettiği kabul edilmektedir.<sup>77</sup>

Yargıtay ise, bir mirasçının mirasçılık belgesi almasını tereke işlerine karışma olarak nitelendirmemektedir. Zira Yargıtay'a göre mirasçılık belgesi istenmesi ve alınması bir vakanın açıklanması ve saptanması niteliğindedir.

70 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 616; Oğuzman, s. 293; Dural/Öz, s. 404; Helvacı, s. 132; Antalya, s. 387.

71 Dural/Öz, s. 404; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 616; Helvacı, s. 132 İnan/Ertaş/Albaş, s. 510.

72 Y. 2. HD. 22.09.2010 T., 2010/2-379 E., 2010/413 K., Kazancı İçtihat Programı.

73 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 616-617; Gönensay/Birsen, s. 242; Dural/Öz, s. 404; İmre, s. 545; Şener, Miras, s. 257; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 234-235; İmre/Erman, s. 341; İnan/Ertaş/Albaş, s. 510; Serozan/Engin, s. 394; Ülgenalp, s. 32-33.

74 Y. 2. HD. 12.06.1979 T., 4682 E., 4876 K., Şener, Miras Hak ve Payları, s. 378; Y.2.HD., 03.06.2003 T., 5254 E., 5989 K., Özüğür, s. 140; Y. 2. HD. 28.09.2007 T., 11460 E., 12835 K.; 26.02.2007 T. 12141 E., 2756 K., Gençcan, s. 596.

75 Y. 2. HD. 17.11.1958 T., E. 3734, K. 3545 sayılı kararında, tenkis davası açmış olan kimsenin mirasçılık sıfatını kabul ettiğini, dolayısıyla mirası ret hakkını kaybettiğini kabul etmiştir (Dalamanlı, s. 339)

76 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 617; Oğuzman, s. 293; Öztan, Miras, s. 333; Dural/Öz, s. 404; İnan/Ertaş/Albaş, s. 510; Gönensay/Birsen, s. 242; Şener, Miras, s. 257.

77 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 618; Helvacı, s. 138; Oğuzman, s. 293; farklı yönde görüş için bkz. Şener, Miras, s. 257; Serozan/Engin, s. 395.

Dolayısıyla mirasçının bu yöndeki eylemi mirasın örtülü kabulü olarak değerlendirilmez.<sup>78</sup>

Esasında meselenin her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi daha doğru bir çözüm olacaktır. Şayet mirasçı, mirasçı olmak niyetiyle bir mirasçılık belgesi almış ise, mirası kabul etmiş sayılır. Buna karşılık mirasçılık belgesini terekenin olağan bir yönetim işi kapsamında talep etmişse, bu talep mirası kabul ettiği anlamına gelmez.<sup>79</sup>

Tereke işlerine karışma olarak nitelendirilmemesi gereken bir diğer durum da, ölenin yakınlarına dul ve yetim aylığı bağlanması veya emeklilik ikramiyesi ya da destekten yoksun kalma tazminatı ödenmesidir. Belirtmek gerekir ki, ölenin dul ve yetimlerine yapılan ödemeler, onların sosyal güvencesini temin amacıyla yapılmaktadır. Ayrıca bu haklar mirasbırakanın ölümü üzerine doğrudan doğruya mirasçıların şahsında doğan haklar olduğundan terekede yer almazlar. Dolayısıyla dul ve yetim aylığı, emekli ikramiyesi veya destekten yoksun kalma tazminatı alma, terekeye dâhil olamayan değerlerle ilgili eylem ve işlemlerdir. Şu halde ölenin yakınlarına bu türden bir ödemenin yapılması ret hakkının düşmesi sonucunu doğurmamalıdır.<sup>80</sup> Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında bu tür ödemelerin yapılması halinde mirası ret hakkının düşmeyeceğine karar vermiştir.<sup>81</sup>

Bir mirasçının davranışlarının hangi şartlar altında tereke işlerine karışma olarak nitelendirilmesi gerektiği hususunda öğretide kabul edilen hâkim görüşün yaptığı tespiti rağmen meselenin çözümü her zaman kolay olmayabilir. Dolayısıyla bu hususta hâkimin takdir yetkisi önemli rol oynayacaktır. Hâkim, somut olaydaki tüm şartları değerlendirmek suretiyle mirasçının davranışının tereke işlerine karışma olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine karar vermelidir.<sup>82</sup>

#### Ret hakkının düşmesini istemeyen mirasçı, tereke ile ilgili bazı işlemler

78 Y. 2. HD. 27.03.1979 T., 1027 E., 2465 K., Özüğür, s. 148; Y. 2. HD. 19.03.1997 T., 2065 E., 3033 K.; 03.11.1998 T., 10178 E., 11733 K.; 27.05.2002 T., 6298 E., 7780 K., 10.11.2003 T., 14536 E., 15192 K.; 12.04.2004 T., 3085 E., 4600 K.; 21.02.2005 T., 1048 E., 2427 K., Akip İçtihat Programı.

79 Öztan, Miras, s. 334.

80 Kılıçoğlu, s. 262; Helvacı, s. 139.

81 Y. 2. HD. 20.01.1977 T., 295 E., 414 K., Şener, Miras Hak ve Payları, s. 382; Y. 2. HD. 22.11.1983 T., 8965 E., 8919 K., İnal, s. 618; Y. 2. HD. 07.06.1998 T., 4379 E., 6408 K., Özmen, İ.: Eski ve Yeni Açıklamalı-İçtihatlı Miras Hukuku Davaları, Ankara, 2006, s. 811; Y. 2. HD. 18.04.2002 T., 4454 E., 5478 K.; 26.12.2005 T., 23073 E., 26042 K. (Kaçak, s. 308, 321); Y. 2. HD. 25.04.2005 T., 4071 E., 6616 K., Gençan, s. 594. Ayrıca Yargıtay'a göre, destek yoksun kalma tazminatı, ölümle birlikte ortaya çıkmasına rağmen, mirasbırakanın şahsından doğan ve mirasçılara geçen bir hak olmayıp, doğrudan mirasçıların şahsında doğan bağımsız bir hak olduğundan, mirasın reddedilmiş olması bu tazminatın talep edilmesine engel olmaz (YHGK 18.04.2007 T., 2007/4-222 E., 2007/222 K., Kazancı İçtihat Programı).

82 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 616; Helvacı, s. 133; Hoşlan, s. 570; Gönensay/Birsan, s. 243; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 234.



yapacaksa, öncelikle mahkemeden bu işlemler için kendisine yetki verilmesini istemeli ve en kısa sürede resmî defter tutulmasını veya resmî tasfiyeyi talep etmelidir.<sup>83</sup>

### **ccc. Mirasçının terekeye ait bir malı gizlemesi veya kendisine mal etmesi nedeniyle ret hakkının düşmesi**

Medenî Kanun'un 610/II'nci maddesine göre, ret süresi içinde terekedeki bir malın mirasçı tarafından gizlenmesi veya kendisine mal edilmesi halinde miras kabul edilmiş sayılır ve ret hakkı düşer. Bu sonucun meydana gelebilmesi için mirasçının kendi mirasçılık sıfatını, gizlediği veya sahip çıktığı mal varlığı değerinin terekeye ait olduğunu ya da olabileceğini bilmesi ve kasıtlı olarak hareket etmiş olması gerekir.<sup>84</sup>

Yukarıda anılan maddede yalnızca “mal” deyimi kullanılmış ise de öğretide isabetle belirtildiği üzere, malların dışındaki terekedeki sair mal varlığı değerlerinin, hakların ve alacakların da madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira kanun koyucunun bu düzenlemeye yer vermekteki amacı, bir mirasçının diğer mirasçıların ya da tereke alacaklılarının aleyhine olacak şekilde kendisine düşecek hisseyi artırmaya yönelik davranışlarına engel olmaktır.<sup>85</sup>

### **d. Devletin mirası reddi meselesi**

Devletin mirası ret hakkına sahip olup olmadığı hususunda öğretide iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre,<sup>86</sup> yasal mirasçı olan devlet de diğer yasal mirasçılar gibi, mirası reddetme hakkına sahiptir. Nitekim Medenî Kanun'un 605/I'inci maddesine göre, yasal ve atanmış mirasçılar mirası reddedebilirler. Bu hükümden hareket edildiğinde devletin de bir yasal mirasçı olduğu, dolayısıyla mirası reddetmesine herhangi bir engel bulunmadığı kabul edilebilir. Bu görüş neticesinde devletin mirası reddetmesi üzerine en yakın tüm yasal mirasçıların mirası reddetmesine ilişkin Medenî Kanun'un 612'nci maddesi uygulama alanı bulur ve tereke sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir. Eğer tasfiyenin sonunda geriye birşey kalırsa yine, devlete ait olur. Bu halde artık devlet bir yasal mirasçı gibi tasfiyenin kapanmasından sonra geriye kalan net aktif reddetme hakkına sahip değildir. Çünkü devlet zorunlu mirasçıdır.<sup>87</sup>

83 Öztan, Miras, s. 334.

84 Dural/Öz, s.405; Oğuzman, s. 294; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 235; Berki, Miras, s. 55; İmre, s. 548; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 614; Belgesay, s. 170; Helvacı, s.129; Şener, Miras, s. 258.

85 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 615; Oğuzman, s. 293; Dural/Öz, s. 405; Helvacı, s. 128

86 Aybay, s. 27; Ülgenalp, s. 33;

87 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 120-121; Helvacı, s. 48.



Bu hususta ileri sürülen bir diğer görüşe göre<sup>88</sup> ise, devletin mirası reddetmesinin herhangi bir pratik değeri bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu devletin sorumluluğunu terekeden kendisine intikal eden malla sınırlamış olduğundan, devlet için mirası reddederek sorumluluktan kurtulma ihtiyacı ortadan kalkmıştır. Diğer taraftan devletin mirası reddedebileceğinin kabulü halinde de, tereke yine devletin yargı örgütüne dâhil olan sulh mahkemesi tarafından iflâs hükümlerine göre tasfiye edilecektir.

## 2. Hükâmî Ret

### a. Genel olarak

Medenî Kanun'un 605/II'nci maddesine göre, ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise miras reddedilmiş sayılır. Hükümden anlaşılacağı üzere hükâmî redde, belirli şartların gerçekleşmesiyle, mirasçıların ayrı bir ret beyanında bulunmasına gerek olmaksızın miras kendiliğinden reddedilmiş olur.<sup>89</sup>

Hükâmî redde dayanmak için kanunda bir süre öngörülmemiştir.<sup>90</sup> Bunun tespiti mahkemeden her zaman istenebileceği gibi; tereke alacaklılarının açtığı davada da her zaman ileri sürülebilir.<sup>91</sup> Borçlu mirasçının hükâmî redde dayanması hukukî yönden bir def'i değil, itiraz teşkil eder.<sup>92</sup> Dolayısıyla hâkim her zaman, hükâmî reddin şartlarının bulunup bulunmadığını tespit edebilir.<sup>93</sup>

Hükâmî redde ilişkin düzenlemede yer alan “... miras reddedilmiş sayılır” ifadesinin ne şekilde yorumlanması gerektiği, bu ifade ile kanun koyucunun mirasın kanun gereği iktisabı prensibine bir istisna getirmek isteyip istemediği yeterince açık değildir. Bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre, kanun koyucu hükâmî reddi düzenlemekle esasında kanuni intikâl prensibinin bir istisnasını

88 Serozan/Engin, s. 387; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 120; Berki, Ş.: “Türk Medenî Kanununda Devletin Mirasçılığı”, AHFD., C. 20, S. 1-4, 1963, s. 147-148; Köprülü, s. 114.

89 Oğuzman, s. 295; Dural/Öz, s. 405; Şener, Miras, s. 259; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 619; İmre/Erman, s. 336; Öztan, Miras, s. 329; Gönensay/Birsan, s. 238; Köprülü, s. 374; Aybay, s. 93; Berki, Miras, s. 53; Antalya, s. 382; İmre, s. 538; Serozan/Engin, s. 396. Y. 2. HD. 16.12.2003 T., 16865 E., 374 K. sayılı kararında terekenin borca batık olmasının mirasçının gerçek ret yoluna başvurmaya engel olmayacağına karar vermiştir. Yani hükâmî reddin şartları gerçekleşmiş olsa dahi, mirasçı gerçek ret beyanında bulunabilir (Özügür, s. 139).

90 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 621; Dural/Öz, s. 405; Oğuzman, s. 295; İmre, s. 542. Yargıtay da farklı tarihlerde vermiş olduğu kararlarında terekenin borca batıklığı sebebiyle hükmen reddinin herhangi bir süreye tabi olmadığını hükme bağlamıştır (Y. 2. HD. 10.03.2000 T., 852 E., 3152 K., Özügür, s. 173; Y. 2. HD. 30.11.2004 T., 4524 E., 7346 K.; 23.06.2004 T., 16676 E., 2398 K., Özügür, s. 164-165; Y. 2. HD. 11.11.2005 T., 17543 E., 15369 K.; 07.11.2007 T. 14769 E., 15193 K.; Gençcan, s. 586-587; Y. 2. HD. 09.03.2009 T., 2008/9718 E., 2009/4223 K.; 02.06.2010 T., 2010/6556 E., 2010/10855 K., Kazancı İçtihat Programı).

91 Y. 2. HD. 23.11.1992 T., 8220 E., 14732 K.; YHGK. 14.0.2001 T., 1-220 E., 240 K. (İnal, s. 619,625); YHGK. 16.04.2008 T., 4-332 E., 336 K., Kazancı İçtihat Programı.

92 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 621; İmre, s. 540; Öztan, Miras, s. 329. İnan/Ertas/Albaş, borçlu mirasçının aleyhine açılan bir davada hükâmî redde dayanmasını def'i olarak nitelendirmektedir (İnan/Ertas/Albaş, s. 508).

öngörmüştür. Zira hükmî reddin şartlarının gerçekleşmesi halinde, mirasçılar, mirası sadece açıkça veya zımnen kabul etmeleri şartıyla kazanabilirler.

Bir diğer görüşe göre ise, hükmî ret mirasın kanunen iktisabı prensibinin bir istisnasını teşkil etmemektedir. Esasında maddede sayılan hallerin gerçekleştiği ihtimallerde dâhi, mirasçılar, mirası, mirasbırakanın ölümüyle birlikte kanun gereği kendiliğinden kazanırlar. Söz konusu hallerde mirasçılık sıfatını korumak isteyen mirasçının, bu hususa ilişkin iradesini açıkça veya zımnî olarak beyan etmiş olması gerekir. Bu durumda mirasçının susması mirası reddetmemek değil, bilakis reddetmek anlamına gelir.<sup>94</sup> Gerçek redde susma mirasın kabulü sonucunu doğururken, hükmî redde ret iradesinin teyidi sonucunu doğurmaktadır. Şu halde kanun koyucunun, Medenî Kanun'un 605/II'nci maddesindeki düzenlemeyle mirasçılarının ret süresini susarak geçirmeleri halinde mirası reddettikleri yönünde bir karine benimsediği söylenebilir.<sup>95</sup>

Öğretide isabetle kabul edilen bu görüş, terekenin sahipsiz kalmasına engel olmak isteyen kanun koyucunun amacına uygun olduğu gibi, madde 605/II'nin metniyle de örtüşmektedir. Sözü edilen hükümde sadece mirasın reddinden bahsedilmiştir. Şayet mirasın intikâlinde kabul beyanına ihtiyaç olsaydı, yalnız kabulden söz edilirdi.<sup>96</sup>

#### **b. Hükmî reddin şartları**

Medenî Kanun'un 605/II'nci maddesine göre, hükmî reddin söz konusu olabilmesi için, mirasbırakanın, ölümü anında borçlarını ödemekten aciz durumda olması ve bu durumun açıkça belli olması veya resmen tespit edilmiş olması gerekir.

Mirasbırakanın ölümü anında, malvarlığında bulunan para veya mallar borçlarını karşılamaya yetecek miktarda değilse, yani terekenin pasifleri aktiflerini aşmışsa, ödemedен aciz durumda olduğunun kabulü gerekir. Öte yandan ret karinesinden söz edebilmek için, mirasbırakanın ölümü anında sadece ödemedен aciz halde bulunması yeterli olmayıp, aynı zamanda bu

93 Kocayusufoşaoğlu, Miras, s. 621; Dural/Öz, s. 406; Antalya, s. 382; İmre, s. 540; Serozan/Engin, s. 397.

94 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufoşaoğlu, Miras, s. 620; Helvacı, s. 190-191.

95 İmre/Erman, s. 337; Dural/Öz, s. 405; Kocayusufoşaoğlu, Miras, s. 620; Hoşlan, s. 559; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 240; Antalya, s. 381; Hatemi, s. 125; İnan/Ertaş/Albaş, s. 507.

96 Helvacı, s. 193.

97 Kocayusufoşaoğlu, Miras, s. 619; Oğuzman, s. 295; Köprülü, s. 374-375; İmre/Erman, s. 337; Hatemi, s. 125; Göktürk, s. 98-99; Helvacı, s. 195; Şener, Miras, s. 260; İnan/Ertaş/Albaş, s. 508; Serozan/Engin, s. 397; Antalya, s. 381. Yargıtay, terekenin tespiti için açılan davada terekenin borca batık olduğunun ortaya çıkmış olduğuna, bu nedenle de hükmî reddin gerçekleştiğine karar vermiştir(Y. 2. HD. 22. 09.2010 T., 2010/2-379 E., 2010/413 K., Kazancı İçtihat Programı).

durumun yukarıda da ifade edildiği üzere açıkça belli olması ya da resmen tespit edilmiş olması gerekir.<sup>97</sup>

Mirasbırakanın ölümü anında ödemedен aczinin açıkça belli olmasından maksat, bu durumun mirasçılarının yanı sıra, mirasbırakanı tanıyan ve çevresinde bulunan üçüncü kişiler tarafından da bilinmesidir.<sup>98</sup>

Mirasbırakanın ölümü anında ödemedен aczinin resmen tespit edilmiş olmasına, alacaklılarının mirasbırakan aleyhine başlattıkları icra takibinin semeresiz kalması nedeniyle ödemedен aciz belgesi almış olmaları, mirasbırakanın iflâsına karar verilmesi, büyük miktardaki borçları nedeniyle malları üzerine haciz konulmuş olması ya da mirasbırakanın konkordato sürecinde bulunması gibi durumlar örnek gösterilebilir.<sup>99</sup>

Hükmî reddin yukarıda anılan şartları gerçekleştiği takdirde, mirasçılarının karine olarak mirası reddettikleri kabul edildiğinden, reddin gerçekleşmiş sayılabilmesi için sulh mahkemesine başvurarak bir ret beyanında bulunmalarına ihtiyaç yoktur.<sup>100</sup> Bununla birlikte, mirasçılardan birinin hükmî reddin tespiti için dava açmasına da kanunen herhangi bir engel yoktur.<sup>101</sup>

### c. Hükmî reddin sonuçları

Hükmî redde de gerçek redde olduğu gibi mirasçının mirasçılık sıfatı ve mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu ortadan kalkar. Öğretide kabul edildiği üzere, hükmî ret karinesi bütün mirasçıları etkileyeceği ve dolayısıyla en yakın tüm yasal mirasçıların mirası reddetmiş olması haline benzer bir durum ortaya çıkacağı için, şayet mirası kabul eden herhangi bir mirasçı olmazsa, Medenî Kanun'un 612/I'inci maddesi uyarınca mirasın, iflâs hükümlerine göre resmî tasfiyesi yoluna gidilmesi gerekir.<sup>102</sup>

Borca batık olması nedeniyle reddedilmiş sayılan mirasın, resmî tasfiyeye

98 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 619; Oğuzman, s. 295; İmre/Erman, s. 337; Şener, Miras, s. 260; Dural/Öz, s. 405; İmre, s. 539; Köprülü, s. 375; Öztan, Miras, s. 329; İnan/Ertas/Albaş, s. 508; Helvacı, s. 195; Hoşlan, s. 583.

99 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 619-620; İmre/Erman, s. 337; Dural/Öz, s. 405; Gönensay/Birsen, s. 238; Helvacı, s. 196; Öztan, Miras, s. 329; İnan/Ertas/Albaş, s. 508-509; Antalya, s. 381; İmre, s. 538; Kılıçoğlu, s. 261. Yargıtay bir kararında isabetli olarak, mirasbırakanın sağlığında iflâsına karar verilmesinin ya da konkordato teklifinin tasdik ve ilan edilmiş olmasının daha sonraki bir tarihte (ölümü anında) hükmî reddedildiği sonucunu doğurmayacağına hükmetmiştir (Y. 2. HD. 29.06.1982 T., 5107 E., 5806 K., Şener, **Miras Hak ve Payları**, s. 360).

100 İmre/Erman, s. 338; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 621; Öztan, Miras, s. 329; Helvacı, s. 197; Dural/Öz, s. 405-406.

101 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 621; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 241; Dural/Öz, s. 406; Helvacı, s. 197.

102 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 622; İmre/Erman, s. 339; Şener, Miras, s. 262; Oğuzman, s. 296; İmre, s. 542; Helvacı, s. 200. YHGK. 20.05.1953 T., 4/201/60 E., 68 K., Özmen, s. 757; Y. 2. HD. 01.05.2003 T., 5242 E., 6440 K., Akip İçtihat Programı.

103 Hükmî reddin söz konusu olduğu hallerde kabul için kanunda bir süre öngörülmemiştir. Ancak öğretide mirasın reddi hakkında öngörülen üç aylık sürenin, hükmî reddedilmiş sayılan mirasın kabulü için de geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir (İmre/Erman, s. 339).

kadar mirasçılardan biri tarafından açıkça veya örtülü olarak kabul edilmesi<sup>103</sup> ya da Medenî Kanun'un 619 ve devamı maddeleri uyarınca terekenin resmî defterinin tutulmasının talep edilmesi halinde hükmî ret durumu ortadan kalkacağı için, artık mirasın resmî tasfiyesine gidilemez<sup>104</sup>

## C. MİRASIN REDDİNİN SONUÇLARI

### 1.Reddin Mirasbırakanın Serbest Tasarruf Oranına Etkisi

Daha önce de ifade edildiği üzere, mirası reddeden mirasçının mirasçılık sıfatı geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından, mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilerek mirasbırakanın tasarruf oranı hesap edilmelidir.<sup>105</sup>

Bu durumda mirasın reddinin tasarruf oranına etkisi, mirası reddeden mirasçının yerine mirasçı olacakların saklı paylı mirasçı olmamaları veya saklı paylarının mirası reddeden mirasçının saklı payına oranla daha az olması halinde ortaya çıkar ve mirasbırakanın tasarruf oranı, aradaki fark miktarınca artar.<sup>106</sup>

### 2. Reddin Denkleştirme Yükümlülüğüne Etkisi

Denkleştirme, mirasbırakanın sağlığında yasal mirasçılara miras payına mahsuben yapmış olduğu karşılıksız kazandırmaların aynen veya karşılığının, mirasın paylaşılması aşamasında terekeye geri verilmesini öngören bir müessesedir.<sup>107</sup>

Denkleştirme yükümlülüğünden söz edebilmek için, lehine sağlararası karşılıksız kazandırma yapılan yasal mirasçının mirasın açıldığı sırada mirasçılık sıfatına sahip olması gerekir.<sup>108</sup> Dolayısıyla yasal mirasçı, mirasbırakandan sağlığında denkleştirmeye tabi kazandırma elde etmiş olmasına rağmen mirası reddedecek olursa, denkleştirme yükümlülüğü ortadan kalkar. Zira Medenî Kanun'un 611/I' inci maddesine göre, mirası reddeden mirasçı, mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak kaybeder ve mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilir.

Bu hususa Medenî Kanun'un 670' inci maddesinde de yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, mirasın açılmasından önce veya sonra mirasçılık

104 İmre/Erman, s. 339; Şener, Miras, s. 262.

105 Oğuzman, s. 234-235; Dural/Öz, s. 262; Öztan, Miras, s. 103; Helvacı, s. 174.

106 İmre/Erman, s. 230; Öztan, Miras, s. 103; Dural/Öz, s. 263.

107 Mirasta denkleştirme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, N.: Mirasta İade Mefhumu ve Mirasın İadeye Tabi Kazandırmaları, İstanbul, 1960, s. 36 vd.; Turanboy, K.. N.: Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri, Ankara, 2010, s. 29 vd.; Öztan, Miras, s. 402 vd.; İmre/Erman, s. 494 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 441 vd.

108 İmre/Erman, s. 494; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 442; Dural/Öz, s. 311; Öztan, Miras, s. 403.

sıfatını kaybeden mirasçıya ait geri verme yükümlülüğü onun yerini alan mirasçılara, miras payında meydana gelen artış oranında geçer. Hükümden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu bu düzenleme ile, mirasbırakandan sağlığında denkleştirmeye tabi bir kazandırma alan ancak, mirası reddetmek suretiyle denkleştirme yükümlülüğünden kurtulan bir mirasçının geri verme yükümlülüğünün, onun yerini alan mirasçılara ait olacağını kabul etmiştir. Fakat belirtmek gerekir ki, sonra gelen mirasçıların sorumluluğu ret nedeniyle miras paylarında meydana gelen artış oranıyla sınırlandırılmıştır.<sup>109</sup> Böylece mirası reddederek denkleştirme yükümlülüğünden kurtulan yasal mirasçı ile aynı kökte bulunan ve bu nedenle miras payları artan yasal mirasçılar, miras payları azalan diğer mirasçılara karşı, miras paylarında meydana gelen artışla sınırlı olarak, denkleştirme ile yükümlü tutulmak suretiyle ret nedeniyle bozulan denge yeniden sağlanmış olmaktadır.<sup>110</sup>

## **2.Yasal Mirasçıların Mirası Reddetmesinin Sonuçları**

### **a.Yasal mirasçılardan birinin mirası reddetmesinin sonuçları**

Medenî Kanun'un 611'inci maddesine göre, yasal mirasçılardan biri mirası reddederse, mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilerek miras paylaşılır. Şayet mirası reddeden yasal mirasçının altsoyu varsa, halefiyet ilkesi gereğince onun miras payı altsoyuna geçer. Reddedenin altsoyunun bulunmaması halinde ise, reddolunan miras payı, yatay şişme prensibine<sup>111</sup> göre diğer yasal mirasçılara geçer.<sup>112</sup>

### **b. En yakın yasal mirasçıların tamamının mirası reddetmesinin sonuçları**

Kanun koyucu 611'inci maddede mirasın reddinin sonuçlarına ilişkin genel kuralı öngördükten sonra, 612 ve devamı maddelerinde önem arz eden bazı özel durumlara yer vermiştir. Bunlardan ilki madde 612'de düzenlenmiş olan en yakın yasal mirasçıların tamamının mirası reddetmesidir.<sup>113</sup> Söz konusu

109 İmre/Erman, s. 504; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 449; Öztan, Miras, 403; Dural/Öz, s. 406.

110 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 449; Helvacı, s. 180.

111 Yatay şişme prensibi, mirasbırakandan önce ölen mirasçının altsoyu yoksa, ona ait miras payının, mirasbırakana kendisi ile aynı derecede bağlı olan diğer kök başlarına eşit olarak geçeceğini öngörmektedir(Öztan, Miras, s.45).

112 İmre/Erman, s. 348-349; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 622; Öztan, Miras, s. 335; İnan/Ertaş/Albaş, s. 512; Dural/Öz, s. 406; Coquoz, R.: “*Mirasın Reddinin Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri*”, (çev. Jale, Güral), AHFD, C. 8, S. 1-2, 1951, s. 687; Serozan/Engin, s. 398; Kılıçoğlu, s. 251; Antalya, s. 388; Şener, Miras, s. 264; Gönenay/Birsan, s. 250; Köprülü, s. 378; Hatemi, s. 125; Hoşlan, s. 572. Y. 2. HD. 27.01.1995 T., 13145 E., 947 K., İnal, s. 657; Y. 2. HD. 21.04.2000 T., 3080 E., 5113 K.; 01.12.2005 T., 14173 E., 16750 K., Gençcan, s. 596-597.

113 Söz konusu düzenleme tek yasal mirasçının bulunması ve onun mirası reddetmesi halinde de uygulanacaktır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 23.04.1981 T., 3041 E., 3099 K. sayılı bir kararında mirasbırakanın yalnız bir çocuğunun bulunması ve onun da mirası reddetmesi halinde, en yakın bütün mirasçıların reddine ilişkin Medenî Kanun'un 552-553'üncü maddeleri (YMK. m. 612) uyarınca işlem yapılması gerektiğine hükmetmiştir (İmre/Erman, s. 350, dn. 38).

düzenlemeye göre, en yakın yasal mirasçılarının<sup>114</sup> tamamının mirası reddetmesi halinde, miras, reddedenin yerini alacak olan mirasçılara geçmez.<sup>115</sup> Bu halde tereke mahkemece tasfiye edilir ve tereke borçları ödenir.<sup>116</sup> Şayet geriye bir şey kalırsa, kalan bu tasfiye bakiyesi, sanki mirası reddetmemişler gibi ret beyanında bulunan en yakın yasal mirasçılara verilir.<sup>117</sup>

Tasfiye sonucunda artan bakiyenin de mirası reddetmiş olan en yakın yasal mirasçıların biri veya bir kısmı tarafından reddedilmesi mümkündür. Bu halde yine Medenî Kanun'un 611/I' inci maddesindeki ana kural uyarınca, reddeden mirasçı ya da mirasçıların hissesi mirasbırakandan önce ölmüşler gibi kendi altsoylarına geçer. Şayet altsoy yoksa diğer yasal mirasçıların hisselerinde artış olur. Tasfiye bakiyesinin en yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddedilmesi durumunda ise, daha sonraki derece veya zümrede bulunan yasal mirasçılar ve en son olarak da devletin mirasçılığı söz konusu olur.<sup>118</sup>

En yakın yasal mirasçıların tümünün mirası reddetmesi halinde, bu mirasçıların yanı sıra atanmış mirasçılar bulunuyor ve bunların da tümü mirası reddediyorsa, yine 612'nci madde çerçevesinde terekenin resmî tasfiyesine gidilmelidir.<sup>119</sup> Buna karşılık, mirasın yalnızca en yakın yasal mirasçılar tarafından reddedilmesi halinde madde 612'nin uygulama alanı bulacağı söylenemez. Zira, yasal mirasçıların paylarından atanmış mirasçıların

114 “En yakın yasal mirasçılar” kavramından mirasbırakanın ölümü anında ona en yakın durumda olan ve doğrudan doğruya mirasçı olan kişiler anlaşılmalıdır Örneğin, mirasbırakanın ölümü anında eşi, kızı ve bu kızından olma bir torunu hayatta ise, en yakın yasal mirasçı eşi ve kızıdır. Torunu bu kavrama dâhil değildir (İmre, s. 564; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 624; İmre/Erman, s. 350; Şener, Miras, s. 266; Öztan, Miras, s. 335; Oğuzman, s. 297).

115 Kocayusufpaşaoğlu'na göre, kanun koyucunun en yakın yasal mirasçıların tümü tarafından mirasın reddedilmesi durumunda ana kuraldan farklı bir düzenleme getirmesinin nedeni, en yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddedilen bir terekenin genel olarak borç içinde olan bir tereke olması, en yakın yasal mirasçılardan sonra gelen ve mirasbırakana olan nisbi uzaklıkları dolayısıyla manevi yönden bağları daha zayıf olan diğer mirasçıların da bu terekeyi nasıl olsa reddedeceklerinin asıl olmasıdır. Bu nedenle, gereksiz yere zaman kaybetmek yerine, doğrudan terekenin tasfiyesi yoluna gitmek daha doğru bir çözüm olmuştur (Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 624).

116 Terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesinde, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesince tasfiye işlemlerine başlanabilmesi için mirasçılar tarafından mahkemeye ayrıca bir talepte bulunulmasına ihtiyaç yoktur. Terekenin tasfiyesine sulh hukuk mahkemesi tarafından re'sen karar verilir (YHGK. 29.03.2006 T., 2-65 E., 108 K., Kazancı İçtihat Programı; Y. 2. HD. 07.12.2004 T., 14914 E., 14665 K.; 08.12.2005 T., 14348 E., 17188 K., Gençcan, s. 600-601).

117 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 623- 624; Şener, Miras, s. 266; Oğuzman, s. 297; Dural/Öz, s. 406-407; İmre/Erman, s. 349-350; Serozan/Engin, s. 399; Helvacı, s. 151; İmre, s. 563; Köprülü, s. 379; Hatemi, s. 126; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 236; Ülgenalp, s. 38; Antalya, s. 389. YHGK. 27.04.1994 T., 2-971 E., 273 K., Özmen, s. 767; Y. 2. HD. 01.05.2003 T., 5242 E., 6440 K.; 21.04.2004 T., 4444 E., 5457 K.; 05.05.2008 T., 2007/7038 E., 2008/ 6521 K.; 08.06.2009 T., 8176 E., 11128 K., Akıp İçtihat Programı; Y. 2. HD. 02.06.2010 T., 2009/8112 E., 2010/10834 K., 02.06.2010 T., 2009/8112 E., 2010/10834 K., Kazancı İçtihat Programı.

118 İmre/Erman, s. 352; Helvacı, s. 158; Hoşlan, s. 575.

119 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 628; Dural/Öz, s. 407; Öztan, Miras, s. 335; İmre/Erman, s. 351; Serozan/Engin, s. 400; Helvacı, s. 187.

yararlanmaları söz konusu olamayacağından, bu halde Medenî Kanun'un 611'inci maddesindeki genel prensibi uygulamak ve mirası reddeden en yakın tüm yasal mirasçıları mirasbırakandan önce ölmüş farz edilip, onların paylarının sonra gelen yasal mirasçılara (en son ihtimal olarak devlete) geçeceğini kabul etmek yerinde bir çözüm olacaktır.<sup>120</sup>

### **c. Sağ kalan eşle birlikte mirasçı olan altsoyun tamamının mirası reddetmesinin sonuçları**

Medenî Kanun'un 613'üncü maddesine göre, sağ kalan eşle birlikte mirasçı olan altsoy mirasçıların tamamının<sup>121</sup> mirası reddetmesi halinde miras, sağ kalan eşe geçer. Bu maddede, bir zümrede hiç mirasçı bulunmaması durumunda terekenin sonra gelen zümreye geçeceğine ilişkin ana kurala bir istisna getirilmiştir.<sup>122</sup>

Medenî Kanun'un 613'üncü maddesinde yalnızca mirasbırakana ilk planda ve doğrudan doğruya mirasçı olan altsoyun tamamı tarafından mirasın reddedilmesi halinde mirasın tamamının sağ kalan eşe kalacağı kabul edilmiştir. Sağ kalan eşin birlikte mirasçı olduğu diğer zümre mirasçıların tamamının mirası reddettikleri hallerde de, mirasın tamamının yine sağ kalan eşe mi kalacağı hususunda ise kanunda herhangi bir çözüm öngörülmemiştir.<sup>123</sup> Örneğin, sağ kalan eşin ikinci zümre ile mirasçı olması ve bunlardan da mirasbırakana ilk planda ve doğrudan doğruya mirasçı olanların tümünün mirası reddetmesi halinde, terekenin tamamı sağ kalan eşe mi kalacak; yoksa sağ kalan eşin diğer mirasçılar ile birlikte mirasçılığı mı söz konusu olacaktır?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Medenî Kanun'un 613'üncü maddesi istisnai bir hüküm olup, istisnai hükümler dar yorumlanmalıdır. Kanun koyucunun, Medenî Kanun'un 613'üncü maddesini tüm zümre mirasçılarını içine alacak şekilde kaleme alabilecekken, sadece altsoyun tümünün mirası reddetmesi ihtimalini hüküm altına almış olması bu meseleyi olumsuz bir

120 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 628; İmre/Erman, s. 351; Dural/Öz, s. 407-408; Öztan, Miras, s. 335; İmre, s. 565; Helvacı, s. 187; Coquoz, s. 690.

121 “Altsoyun tamamı” kavramı ile ifade edilmek istenen, altsoy zümresinin tamamı olmayıp, yalnızca mirasbırakanın ölümü ile doğrudan doğruya ve birinci dercede yasal mirasçı olan altsoydur (Öztan, Miras, s. 335; Helvacı, s. 165; İmre/Erman, s. 352; Dural/Öz, s. 408).

122 Dural/Öz, s. 408; Serozan/Engin, s. 400 Antalya, s. 389. Medenî Kanun'un 613'üncü maddesinde niçin bu şekilde bir düzenleme getirildiği gerekçede şu şekilde açıklanmaktadır: “*Dar anlamda aile ve sağ kalan eşin mirasta daha fazla korunması yönündeki çağdaş eğilimlere uygun olarak, birinci zümrede yer alan ölenin altsoyunun tamamının mirası reddetmeleri halinde, bu reddeden sağ kalan eşin yararlanması gerektiği, böyle bir reddeden mirasbırakanın ikinci zümredeki mirasçılarının yararlanmasının mantıklı olmayacağı düşünülmüştür.*” (Öztan, B.: Türk Medenî Kanunu ve İlgili Mevzuat, 4. bs., Ankara, 2003, s. 612).

123 Helvacı, s. 165; Serozan/Engin, s. 400.



şekilde çözüme kavuşturmak istediğini göstermektedir. Bu nedenle, sağ kalan eşin mirasçı olduğu diğer zümre mirasçılarından mirasbırakana ilk planda ve doğrudan doğruya mirasçı olanların tamamı tarafından mirasın reddedildiği hallerde, Medenî Kanun'un 611'inci maddesindeki genel kural uygulanmalı ve sağ kalan eşin diğer mirasçılar ile birlikte mirasçı olduğu kabul edilmelidir.<sup>124</sup>

#### **d. Mirasın sonra gelen mirasçılar lehine reddedilmesinin sonuçları**

Medenî Kanun'un 614'üncü maddesinde mirasın reddi bakımından önem arz eden bir başka ihtimale yer verilmiştir. Buna göre, mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarından tamamının kendilerinden sonra gelen ilk derece veya zümrede bulunan mirasçılar<sup>125</sup> lehine mirası reddetmeleri mümkündür. Böyle bir durumda, mirasın tasfiyesinden önce, lehine ret beyanında bulunulan kişiye mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesi tarafından bildirimde bulunulur. Lehine ret beyanında bulunulan mirasçı, bu bildirimden itibaren bir aylık bir süre içinde mirası kabul edilebilir, reddedilebilir ya da bu süreyi susarak geçirebilir. Sürenin susarak geçirilmesi de ret anlamına gelir.<sup>126</sup>

Bir aylık süre içinde miras kabul edilmezse iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir ve tasfiye sonunda arta kalan değerler önce gelen mirasçılara verilir (Mk.m. 614/III). Burada önce gelen mirasçılardan kasıt, mirası önceden reddetmiş bulunan en yakın yasal mirasçılardır. Alt derecedeki mirasçılar, lehine miras reddedildiği halde mirası kabul etmedikleri için tasfiye bakiyesinde hakları olmaz.<sup>127</sup>

Medenî Kanun 614'üncü maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için, mirası reddeden yasal mirasçıların tamamının sonra gelen mirasçılar (alt derece) lehine ret beyanında bulunmuş olmalarının gerekip gerekmediği hususunda bir belirsizlik söz konusudur. Burada mirası reddeden en yakın tüm yasal mirasçılardan biri veya birkaçının, mirası sonra gelen mirasçı ya da mirasçılar lehine reddetmiş olmasının, hükmün uygulama alanı bulabilmesi için yeterli olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Zira mirası reddeden en yakın yasal mirasçıların tamamının alt derece lehine ret beyanında bulunmalarının zorunlu olduğunun kabulü hükmün amacı ile bağdaşmaz. Eğer mirasçıların tamamının alt derece lehine ret beyanında bulunmasının zorunlu olduğu kabul edilecek

124 İmre/Erman, s. 352; Helvacı, s. 166.

125 Maddede yere alan “sonra gelen mirasçı” kavramından, mirasbırakandan önce ölmüş olsalardı, en yakın yasal mirasçıların yerine mirasçı olacak kişileri anlamak gerekir(Helvacı, s. 172).

126 Kocayusufoğlu, Miras, s. 630; Dural/Öz, s. 408-409; Köprülü, s. 380; Serozan/Engin, s. 401; İmre/Erman, s. 352-353; İnan/Ertas/Albaş, s. 514; Şener, Miras, s. 268; İmre, s. 568; ; Öztan, Miras, s. 336; Helvacı, s. 173; Oğuzman, s. 298; Berki, Miras, s. 57; Aybay, s. 94; Antalya, s. 389-390; Ülgenalp, s. 39. Y. 2. HD. 08.07.1997 T., 5854 E., 8034 K., Akip İçtihat Programı.

127 Dural/Öz, s. 409; Öztan, Miras, s. 336; İmre/Erman, s. 353; Şener, Miras, s. 269; Serozan/Engin, s. 401; Helvacı, s. 174; Gönensay/Birsan, s. 255.



olursa, örneğin, ailesi ile iyi ilişkiler içerisinde olmayan ve mirası reddeden bir mirasçı, diğer mirasçıların sonra gelen mirasçı lehine ret beyanında bulunmalarını kolaylıkla engelleyebilir.<sup>128</sup>

#### 4. Atanmış Mirasçıların Mirası Reddetmesinin Sonuçları

Medenî Kanun'un 611/II'nci maddesine göre, atanmış mirasçının mirası reddetmesi halinde, ölüme bağlı tasarrufla aksi öngörülmemişse, ona tahsis edilmiş olan pay, mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarına geçer. Hükümden anlaşıldığı üzere, atanmış mirasçının mirası reddetmesi halinde, onların payı terekeye döner ve neticede reddeden en yakın yasal mirasçılar yararlanır. Bu halde atanmış mirasçının mirasçıları ya da diğer atanmış mirasçılar reddedilen miras payı üzerinde hak iddia edemez.<sup>129</sup>

Burada bir veya birden fazla atanmış mirasçının bulunması, bunlardan birinin veya hepsinin mirası reddetmiş olması farklı sonuç doğurmaz. Her halde atanmış mirasçı tarafından reddolunan miras en yakın yasal mirasçıya geçer. Ancak mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunda aksini öngörmüşse bu takdirde mirasbırakanın arzusuna göre hareket edilmelidir.<sup>130</sup> Böyle bir ölüme bağlı tasarruf, esas itibariyle, yedek mirasçı atamayı içeren bir ölüme bağlı tasarruftur. Zira yedek mirasçı atamanın düzenlendiği Medenî Kanun'un 520'nci maddesine göre, mirasbırakan atadığı mirasçının mirası reddetmesi halinde onun yerine geçmek üzere bir veya birden çok kişiyi yedek mirasçı olarak atayabilir.<sup>131</sup>

#### D. REDDE KARŞI MİRASI REDDEDEN MİRASÇININ ALACAKLILARININ KORUNMASI

Yasal veya atanmış mirasçıların, alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla mirası reddetmeleri muhtemeldir. Özellikle mirasçının aşırı miktarda borcu varsa, kendisine düşen mirası kasıtlı olarak reddederek, terekeden

128 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s.630; Coquoz, s. 692; Helvacı, s. 170. Yargıtay da bir kararında, sözü geçen hükmün uygulanabilmesi için, mirasçıların tümünün mirası reddetmiş olmaları ve ret hakkının alt derecenin tümünü kapsayacak şekilde kullanılması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay söz konusu kararda ayrıca mirası reddeden bütün mirasçıların değil, yalnızca bir mirasçının alt derece yararına ret hakkını kullanmasının yeterli olacağını kabul etmiştir(Y.2. HD. 03.05.1977 T., 3525 E., 3743 K., Şener, Miras Hak ve Payları, s. 216-217).

129 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 630; Dural/Öz, s. 409; Oğuzman, s. 296; İmre/Erman, s. 349; Helvacı, s. 183-184; İnan/Ertas/Albaş, s. 514; Şener, Miras, s. 265; Coquez, s. 693-694; Antalya, s. 389.

130 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 630; Helvacı, s. 184; Gönensay/Birsen, s. 251; Şener, Miras, s. 265; Belgesay, s. 172. İmre'ye göre, ölüme bağlı tasarrufta bu konuda bir açıklık bulunmuyorsa mirasbırakanın irade beyanının yorumlanması gerekir. Örneğin, mirasbırakanın, mirasının tamamını birden fazla atanmış mirasçıya bırakması ve yasal mirasçıların mirasından uzaklaştırmış olması halinde, atanmış mirasçılardan biri mirası reddederse bu durumda, reddolunan miras payının yasal mirasçılara değil, mirası reddetmemiş olan diğer atanmış mirasçılara intikal ettiğini kabul etmek, mirasbırakanın son arzusuna daha uygun bir sonuç olur(İmre, s. 561).

131 Helvacı, s. 185; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 631; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 236.

alacaklılarının değil, diğer mirasçılarının yararlanmasını isteyebilir. İşte mirasçılarının bu çeşit kötü niyetli davranışlarını önlemek ve alacaklıları korumak isteyen kanun koyucu, Medenî Kanun'un 617'nci maddesinde, mirasçının alacaklılarının veya iflâsı halinde iflâs idaresinin mirasın reddinin iptalini talep edebilecekleri hükme bağlanmıştır.

Söz konusu düzenlemeye göre, malvarlığının aktif borçlarını karşılamaya yetmeyen bir mirasçı, sırf kendi alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddedecek olursa, alacaklılar veya hakkında iflâs açılmışsa iflâs idaresi, kendilerine yeterli güvence verilmemesi halinde, ret tarihinden<sup>132</sup> itibaren altı ay içinde reddin iptali davası açabilirler (MK.m.617/I). Şu halde reddin iptalinin talep edilebilmesi için öncelikle reddeden mirasçının ret zamanında mevcut mallarının borçlarını ödemeye yetmiyor olması gerekir.<sup>133</sup>

Reddin iptalinin talep edilebilmesi için kanunda öngörülen bir diğer şart, mirasçının sırf alacaklılarını zarara sokmak amacıyla mirası reddetmiş olmasıdır.<sup>134</sup> Burada mirasçının sırf alacaklılarına zarar vermek kastı ile hareket etmiş olması yeterlidir. Bunun sonucunda alacaklıların bir zarara uğramış olmaları aranmaz.<sup>135</sup>

Son olarak reddin iptalinin talep edilebilmesi için, borçlu mirasçının mirası reddetmesi nedeniyle alacaklısına verdiği zararın giderilmesi için yeterli güvence vermemiş olması gerekir. Yeterli güvence verilmesi halinde reddin iptali talep edilemez, talep ve dava edilmiş ise de dava reddedilir. Hükümde yer alan “*güvence*” ifadesi kapsamına, alacaklıların mirasın reddi nedeniyle

132 İnan/Ertas/Albaş, s. 516; Kocayusufoğlu, Miras, s. 631; Öztan, Miras, s. 343; İmre, s. 571; Şener, Miras, s. 272; Oğuzman, s. 299, dn. 152a; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 239; Gönsenay/Birsen, s. 257; İmre/Erman, s. 355; Kılıçoğlu, s. 255-256; Helvacı, s. 219-220; Antalya, s. 390. YHGK. 28.06.2006 T., 2-464 E., 471 K. sayılı kararında, reddin iptali talebine ilişkin altı aylık hak düşürücü sürenin mirasçının mirası ret istemini mahkemeye bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağına hükmetmiştir (Meşe İçtihat Programı).

132 Şener, mirasın reddine ilişkin irade beyanının diğer mirasçılara ulaştığı anda hukukî sonuçlarını doğuracağını, mirasın reddinin tescilinin bir formaliteden ve reddin aleniyet kazanmasını sağlamaktan ibaret olduğunu belirterek, şayet alacaklı mirasın reddini öğrenmişse, tescil gecikse bile, reddin iptali davası açma süresinin tescilden değil, reddin öğrenildiği andan itibaren başlayacağını belirtmiştir (Şener, Miras, s. 272).

133 Mirasın reddi sırasında reddeden mirasçının mevcut malvarlığının borçlarını ödemeye yetmediğini ispat etme yükümlülüğü, reddin iptalini talep eden alacaklıya aittir. Burada bir borç ödemediği aciz vesikası veya mirasçının iflâsına ilişkin bir mahkeme kararı alınması şart değildir. Mirasın reddi anında, hâkimde, mirasçının malvarlığının borçlarını ödemeye yetmediği hususunda bir kanaat uyandırılması yeterlidir (Öztan, Miras, s. 343; İmre/Erman, s. 354-355; Helvacı, s. 216; İnan/Ertas/Albaş, s. 515; Şener, Miras, s. 273-274; İmre, s. 570). Yargıtay ise, alacaklının Medenî Kanun'un 617'nci maddesi uyarınca davacı sıfatının kabulü için davalı mirasçının mevcut malvarlığının borcuna yetmediğini gösteren aciz vesikasının deliller arasında gösterilmiş olması gerektiğini hükmetmiştir (Y. 2. HD. 14.06.1994 T., 4378 E., 27 K.; 21.12.2002 T., 14016 E., 16241 K., İnal, s. 666).

134 Burada da ispat külfeti reddi talep eden alacaklıya aittir (Öztan, Miras, s. 343; İnan/Ertas/Albaş, s. 515; İmre/Erman, s. 355).

uğrayacakları zararın giderilmesini sağlayacak<sup>136</sup> aynî ya da kişisel tüm teminatlar (menkul, gayrimenkul, para, tahvil, banka teminat mektubu vb.) girer. Burada güvencenin kim tarafından verildiği önemli değildir. Mirası reddeden mirasçı veya mirasın reddi nedeniyle mirasçılık sıfatını kazananlar ya da üçüncü kişiler tarafından verilmesi mümkündür.<sup>137</sup>

Reddin iptalini talep hakkı yalnız mirası reddeden mirasçının alacaklıları ve bu mirasçının iflâsı halinde, iflâs idaresine tanınmıştır (MK. m. 617/I). Bu davanın kime karşı açılacağı hususu ise öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, dava, mirası reddeden mirasçıya karşı açılmalıdır.<sup>138</sup> Bir diğer görüşe göre ise, iptal davası mirasın reddiyle mirasçı olacak kişiye bir başka ifadeyle, reddeden yararlanacak olan mirasçılara karşı açılmalıdır.<sup>139</sup>

Belirtmek gerekir ki mirasın reddi tek taraflı bir hukukî işlemdir. Mirası reddeden mirasçı bu beyanını, reddeden yararlanan mirasçıların hiç haberi olmaksızın ya da onların rızası olmaksızın dahi açıklayabilir. Redden yararlanan mirasçı, bu irade açıklamasına hiçbir şekilde katılmayıp, mirası kanun hükmü gereğince kazanmaktadır. Dolayısıyla, kendisi dışında gelişen bütün olaylardan habersiz olan bir mirasçının, alacaklının açacağı iptal davasında davalı sıfatına sahip olduğunu kabul etmek yerinde olmaz. Ayrıca mirasın reddinin kötü niyetle yapıp yapılmadığı da ancak ret beyanında bulunan mirasçının taraf olduğu bir davada tartışılabilir. Mirası reddeden mirasçının yokluğunda görülen bir davada bu değerlendirmenin yapılması mümkün değildir.<sup>140</sup> Netice itibarıyla açıklanan gerekçeler ışığında davanın, reddeden mirasçıya karşı açılacağını kabul etmek gerekir.

Reddin iptaline karar verilmesi halinde mirasın resmen tasfiyesine gidilir

135 İmre, s. 571; İnan/Ertaş/Albaş, s. 515; İmre/Erman, s. 355. Helvacı'ya göre, alacaklıların 617'nci maddeye dayanarak reddin iptalini talep edebilmeleri için, mirasçının mirası kendilerine zarar vermek amacı ile reddettiğini ve ayrıca ret nedeniyle zarara uğradıklarını ispat etmeleri gerekmektedir. Alacaklıların ret nedeniyle zarar gördüklerinden söz edilebilmesi için, şayet miras reddedilmemiş olsaydı mirasın paylaşımı sonucunda mirasçının hissesine isabet edecek olan malvarlığı değerinden alacaklıların tamamen veya kısmen elde edebilecek durumda olabileceklerini ispat etmeleri gerekmektedir (Helvacı, s. 216-217).

136 İnan/Ertaş/Albaş'a göre, bu durumda gösterilecek güvencenin miktarı reddedilen mirasın kıymeti ile sınırlı olacaktır (İnan/Ertaş/Albaş, s. 516).

137 Şener, , E.: "*Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*", YD., C. 3, S. 1, 1977, s. 119; Gönensay/Birsan, s. 258; Helvacı, s. 218; İnan/Ertaş/Albaş, s. 516; Belgesay, s. 178.

138 Şener, Miras, s. 274; İmre/Erman, s. 356; İnan/Ertaş/Albaş, s. 516; Şener, "Alacaklıların Korunması", s. 118; İmre, s. 572; Oğuzman, s. 299, dn. 153; Gönensay/Birsan, s. 257.

139 Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Helvacı, s. 223 vd. Helvacı, Medenî Kanun'un gerekçesinde yer alan "... mirasın reddi halinde alacaklıların reddeden kişinin yerine mirasçı olan kişileri saptamaları uzun zaman alabilecek ve yürürlükteki metinde öngörülen üç aylık süre de buna yeterli olmayacaktır..." şeklindeki ifadeden hareketle, kanun koyucunun reddin iptali davasının mirası reddeden mirasçının yerine mirasçı olacak kişilere karşı açılması gerektiği görüşünde olduğunu kabul etmektedir (Helvacı, s. 223, dn. 572).

(MK. m. 617/II). Burada Medenî Kanun'un 632/II'nci maddesinde düzenlenmiş olan, mirasçılardan birinin mirası kabul etmesi halinde resmî tasfiye talebinin dinlenmeyeceğine ilişkin hükmün uygulama alanı bulup bulmayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Söz konusu hüküm esas itibarıyla resmî tasfiyenin mirasçılardan talebi ile gerçekleştiği durumlara ilişkin olduğundan, resmî tasfiye sürecinin reddin iptali davasının zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıktığı hallerde uygulanamayacağı kabul edilmektedir.<sup>141</sup>

Burada tasfiyenin, yalnızca reddi iptal olunan mirasçının miras payı üzerinde mi yapılacağı yoksa, terekenin tamamı üzerinde mi yapılacağı hususu tartışmalıdır. Madde metni incelendiğinde kanun koyucunun, terekenin tamamı üzerinde resmî tasfiyeye gidilmesi yönünde bir çözüm benimsediği anlaşılmaktadır. Ancak bu çözümün bir takım sakıncaları olduğu açıktır. Özellikle, diğer mirasçılardan tasfiyeyi istememeleri halinde onların istekleri dışında resmî tasfiyeye gidilmesi, bu mirasçılardan haklarının zarara uğramasına yol açabilir. Örneğin, tereke malları arasında mirasçılar için önem ve değer taşıyan mallar varsa bütün terekenin tasfiyesini arzu etmeyebilirler. Burada diğer mirasçılardan terekeye ilişkin hakları da en az mirası reddeden mirasçının alacaklılarının hakları kadar korunmaya lâyıktır. O halde, resmî tasfiyenin, sadece mirası reddetmiş ve reddi iptal edilmiş olan mirasçının payı üzerinde yapılabileceğini kabul etmek yerinde olacaktır. Bu halde tasfiye memuru tarafından yalnızca reddeden mirasçıya düşen miras payı ayrılarak paraya çevrilir ve böylece diğer mirasçılardan hakları da korunmuş olur.<sup>142</sup>

Mirasın resmen tasfiyesi sonunda reddeden mirasçının payına bir şey düşerse, bundan önce itiraz eden alacaklıların alacakları ödenir. Geriye bir şey kalırsa, mirasçının iptal davası açmamış olan alacaklılarının alacakları karşılanır. Reddeden mirasçının, reddeden önce doğmuş olan bütün borçları ödendikten sonra, mirası reddeden mirasçının payına ilişkin olarak bir değer kalmışsa, bu, mirası reddeden mirasçıya verilmeyip mirasın reddinden yararlanacak olan mirasçılara ait<sup>143</sup> olur.

140 Helvacı, s. 225; Şener, Miras, s. 274. Yargıtay ise bir kararında, yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payının miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi altsoyu varsa altsoyuna, yoksa diğer mirasçılara geçeceğini belirterek reddin iptali davası mirası reddedenin altsoyunu da etkileyeceğinden reddeden mirasçılardan mirasçılardan davaya dâhil edilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Y. 2. HD. 05.05.2008 T., 2007/19803 E., 2008/6392 K., Kazancı İçtihat Programı).

141 Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan/Engin, s. 402; Helvacı, s. 229.

142 Helvacı, s. 226-227; İmre/Erman, s. 356; Şener, "Alacaklıların Korunması", s. 118; İnan/Ertaş/Albaş, s. 517; İmre, s. 573; Köprülü, s. 381; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 239.

## E. REDDE KARŞI MİRASBIRAKANIN ALACAKLILARININ KORUNMASI

Mirasbırakan sağlığında mirasçılara denkleştirmeye tabi bir takım kazandırmalar yapmış olabilir. Bu türden bir kazandırmayı almış olan yasal mirasçının, almış olduklarını muhafaza ederek mirası reddetmiş olması muhtemeldir. Ancak mirasbırakan, ölümü anında borçlarını ödemekten aciz bir durumda ise, mirasçının mirası reddi, mirasbırakanın alacaklılarının zarara uğramasına neden olabilir. Bu ihtimali göz önünde bulunduran kanun koyucu, mirasbırakanın alacaklılarını korumak amacıyla, onlara, mirası reddeden mirasçılara karşı yöneltebilecekleri bazı haklar tanımıştır. Medenî Kanun'un 618'inci maddesine göre, mirasbırakanın alacaklıları, mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde denkleştirmeye tabi bir kazandırma almış olup daha sonra mirası reddeden mirasçılara karşı dava açarak, bu kazandırmaların kendilerine geri verilmesini talep edebilirler.<sup>144</sup> Burada olağan eğitim ve öğretim giderleri ile âdet üzerine verilen çeyiz geri verme yükümlülüğünün dışında tutulmuştur (MK.m. 618/II).

Mirası reddeden mirasçının madde 618'e dayanan sorumluluğunun aslî nitelikte mi yoksa talî nitelikte mi olduğu hususunda madde metninde bir açıklık olmamakla birlikte, öğretide talî nitelikte bir sorumluluk olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, mirasbırakanın alacaklıları, mirası kabul etmiş olan mirasçılara başvurarak alacaklarını elde edebiliyorlarsa, artık zarara uğramaları söz konusu olmayacağından, mirası reddeden mirasçının madde 618 anlamında sorumluluğundan bahsedilemez.<sup>145</sup>

Madde 618'de öngörülmüş olan sorumluluğun talî niteliği, en yakın yasal mirasçıların tamamının mirası reddetmesi ihtimalinde de geçerli olacaktır. Bu durumda mirasbırakanın alacaklıları ancak terekenin resmî tasfiyesi neticesinde karşılanamayan alacakları için mirası reddeden mirasçıya başvurabilecektir.<sup>146</sup>

Mirasbırakanın alacaklıları 618'inci maddeye dayanarak sadece yasal mirasçılar aleyhine dava yoluna gidebilir. Çünkü söz konusu hüküm, mirası reddeden mirasçının denkleştirmeye tabi bir kazandırma elde etmiş olması

143 Şayet miras, sonra gelen mirasçılar yararına reddedilmişse (MK.m. 614) artan değer bu kişilere ait olacak, bu yönde bir belirleme yapılmaksızın miras reddedilmiş ise artan değer reddeden yararlanan mirasçılara ait olacaktır (Helvacı, s. 231).

144 Öztan, Miras, 346; İmre/Erman, s. 357; Dural/Öz, s. 410; Serozan/Engin, s. 402-403; Göktürk, s. 101-102; Helvacı, s. 234

145 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 633; İmre/Erman, s. 358; Dural/Öz, s. 410; Helvacı, s. 235-236; Öztan, Miras, s. 346-347; Şener, Miras, s. 278; İnan/Ertas/Albaş, s. 518; İmre, s. 575.

şartını öngörmüştür. Denkleştirme yükümlülüğü ise, sadece yasal mirasçılar bakımından geçerli olduğundan (MK. m. 669), mirasbırakanın alacaklılarının bu hükme dayanarak, atanmış mirasçılar aleyhine dava yoluna gitmeleri mümkün değildir. Ayrıca denkleştirme yükümlülüğü ancak birden çok yasal mirasçının bulunması halinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla ilk bakışta, tek bir yasal mirasçının bulunması halinde denkleştirme söz konusu olmayacağından, madde 618'in de uygulama alanı bulamayacağı akla gelmektedir. Ancak 618'inci madde mirasbırakanın alacaklılarını korumaya yönelik bir düzenleme olduğundan, tek başına mirasçı olan ve mirası reddeden yasal mirasçının, denkleştirmeye konu olacak malvarlığı değerleri ile mirasbırakanın alacaklılarına karşı sorumlu olacağını kabul etmek gerekir.<sup>147</sup>

Mirası reddeden mirasçının sorumluluğunun kapsamı iyi niyetli olup olmamasına göre belirlenir.<sup>148</sup> İyi niyetli mirasçı, almış olduğu kazandırmadan, sadece geri vermenin talep edildiği anda elinde kalmış olan miktarla sınırlı olarak sorumluyken, kötü niyetli mirasçı, kazandırmanın tam değeri ile sorumludur.<sup>149</sup>

## SONUÇ

Miras hukuku sistemimize göre, miras, yasal ve atanmış mirasçılar tarafından mirasbırakanın ölümü üzerine derhal ve kanunen kazanılmakla birlikte, bu kazanım ret bozucu şartına bağlı geçici bir kazanımdır. Mirasçılar, kanunda öngörülen süre içerisinde ret beyanında bulunmak suretiyle bu geçici kazanma halini geçmişe etkili olarak sona erdirebilirler. Bu bağlamda yasal bir mirasçı olan devletin ret hakkına sahip olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Ret müessesinin düzenlenme amacı ve devletin mirası reddinin sonuçları göz önünde bulundurulduğunda devletin mirası reddetmesinin partik bir değeri olmadığı neticesine varılmaktadır.

Mirası reddeden mirasçının tam ehliyetli olması gerekir. Ancak ret beyanında bulunma kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olmadığından temsilci

146 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 633; Öztan, Miras, s. 347; Helvacı, s. 236-237.

147 Kocayusufpaşaoğlu, Mirasta İade, s. 92; Öztan, Miras, s. 346; Görensay/Birsan, s. 260; Helvacı, s. 242-243.

148 Burada mirası reddeden mirasçının iyi niyetli olmasından kasıt, mirası reddetmesi sonucunda mirasbırakanın alacaklılarının zarara uğrayacağını bilmemesi veya bilebilecek durumda bulunmamasıdır.

149 Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 633; Dural/Öz, s. 410; Helvacı, s. 246; Şener, Miras, s. 278; İmre, Erman, s. 358-359; Berki, Miras, s. 59; Kılıçoğlu, s. 259; Oğuzman, s. 300; Görensay/Birsan, s. 261; İmre, s. 576; Berki, Ş.: "Türk Medenî Kanununda Mirasçılarının Mes'uliyeti", AHFD., C. 25, S. 3-4, 1968, "Mirasçılarının Mes'uliyeti", s. 113.

vasıtasıyla da kullanılabilir. Ancak bunun için temsilciye özel yetki verilmesi gerekir.

Miras, kanunda öngörülen bu süre içinde reddedilmelidir. Aksi takdirde ret hakkı düşer ve miras mirasçı tarafından kesin olarak kazanılmış olur. Ayrıca mirasçının, mirasın kabulü sonucunu doğuracak nitelikte bir tereke işlerine karışma faaliyetinde bulunması veya bir tereke değerini kendine mal etmesi de ret hakkının düşmesi sonucunu doğurur.

Yasal mirasçılardan biri mirası reddetmişse, mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilerek miras paylaştırılır. Mirasbırakana ilk planda ve doğrudan doğruya mirasçı olan yasal mirasçıların tamamının mirası reddetmesi halinde terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesine gidilir. Bu kurala eşin altsoyla mirasçı olması halinde bir istisna getirilmiştir. Buna göre, ilk planda ve doğrudan doğruya mirasçı olan altsoyun tamamı mirası reddederse miras sağ kalan eşe kalır. Ancak bu hüküm istisnaî nitelikte olduğundan, diğer zümre mirasçılarından mirasbırakana ilk planda ve doğrudan doğruya mirasçı olanların mirası reddetmesi halinde de uygulanacağı söylenemez.

Mirasın sonra gelen mirasçılar yararına reddedilmesi de mümkündür. Bu durumda sonra gelen mirasçılar kanunda öngörülen süre içinde mirası kabul ettiklerini beyan etmezlerse reddetmiş sayılırlar. Bu düzenlemeyle mirasın kazanılması için kabul beyanına ihtiyaç olmamasına ilişkin kurala bir istisna getirilmiştir.

Mirasın reddi bazı hallerde mirasbırakanın ve mirası reddeden mirasçının alacaklılarının zarara uğramalarına sebep olabilir. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu alacaklılara bazı haklar tanımıştır. Buna göre, malvarlığının aktifleri pasiflerini karşılamaya yetmeyen bir mirasçı sırf alacaklılarına zarar vermek maksadıyla mirası reddedecek olursa, alacaklılar reddin iptalini talep edebilirler. Diğer taraftan mirasbırakanın ölümü anında terekenin aktifleri pasiflerini karşılamaya yetmiyorsa, mirasbırakanın alacaklıları, onun ölümünden önceki son beş yıl içinde denkleştirmeye tabi bir kazandırma elde etmiş ve mirası reddetmiş olan yasal mirasçı aleyhine dava yoluna başvurarak mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmalarını sağlayabilirler.



**KAYNAKÇA\***

- ANTALYA, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2009.
- AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, Konya, Mimoza Yayınları, 5. Bası, 2009.
- AYBAY, Aydın: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, Eko Matbaası, 3. Bası, 2002.
- AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet: Miras Hukuku, Ankara, Savaş Yayınları, Genişletilmiş 2. Bası, 1991.
- BELGESAY, Mustafa Reşit: Türk Kanunu Medenisi Şerhi Üçüncü Kitap Miras, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 4. Bası, 1952.
- BUZ, Vedat: Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- BERKİ, Şakir: Miras Hukuku, Ankara, 1975 (Miras).
- BERKİ, Şakir, “Türk Hukukunda Mirasta Ret ve İade”, Adalet Dergisi, Yıl 43, Sayı 4, 1952, s. 480-497 (Ret ve İade).
- BERKİ, Şakir, “Türk Medeni Kanununda Devletin Mirasçılığı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 1-4, 1963, s. 115-150 (Devletin Mirasçılığı).
- BERKİ, Şakir, “Türk Medeni Kanununda Mirasçıların Mes'uliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 3-4, 1968, s. 107-136 (Mirasçıların Mes'uliyeti).
- 151
- COQUOZ, R.: “*Mirasın Reddinin Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri*” (çev. Güral, Jale), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1-2, 1951, s. 685-695.
- DALAMANLI, Lütfü: Miras Hukuku Tatbikatı Açıklamalı, Örnekli, İçtihatlı, Ankara, Doruk Yayınları, 1975.
- DAVRAN, Bülent: “*Mirası Ret Beyanından Rücu Caiz Midir?*”, İleri Hukuk, Sayı 24, 1947, s. 330-333, 345.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Miras Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş 2. Bası, 2003.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: Miras Hukuku, Ankara, Devlet Basımevi, 1937.
- GÖNENSAY, Samim, BİRSEN, Kemaleddin: Miras Hukuku, İstanbul, Ahmet Sait Matbaası, 2. Bası, 1963.
- HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, 2004 (Miras).
- HELVACI, İlhan: Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştıralı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002.
- HOŞLAN, Osman: “*Mirasın Reddi*”, Adalet Dergisi, Yıl 65, 1974, s. 554-585.

\* Atıf yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içinde yer almaktadır



- İMRE, Zahit: Miras Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 4. Bası, 1978.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, 2011.
- İNAL, Nihat: Miras Davaları, Ankara, y.y., 2005.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 7. Bası, 2008.
- KAÇAK, Nazif: Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Miras Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 3. Bası, 2009.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 3. Bası, 1987 (Miras).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Mirasta İade Mefhumu ve Murisin İadeye Tabi Kazandırmaları, İstanbul, 1960 (Mirasta İade).
- KÖPRÜLÜ, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Bası, 1985.
- OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, 1995.
- OĞUZMAN, Kemal, BARLAS, Nami: Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 15. Bası, 2008.
- ÖZMEN, İsmail: Eski ve Yeni Açıklamalı-İçtihatlı Miras Hukuku Davaları, Ankara, Kartal Yayınları, 2006.
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 3. Bası, 2008 (Miras).
- ÖZTAN, Bilge: Türk Medeni Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara, Turhan Kitabevi, 4. Bası, 2003 (TMK).
- ÖZUGUR, Ali İhsan: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, I. Cilt, Ankara, Seçkin Yayınları, 2005.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 2. Bası, 2008.
- ŞENER, Esat: Miras Hukuku, I. Cilt, Ankara, Olgaç Matbaası, 1977 (Miras).
- ŞENER, Esat: Miras Hak ve Payları (Feraiz ve İntikal Hükümleri Dâhil), Ankara, Seçkin Yayınları, 1996 (Miras Hak ve Payları).
- ŞENER, Esat: “*Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*”, Yargıtay Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 1977, s.115-134 (Alacaklıların Korunması).
- ŞENOCAK, Zariife: “*Yargıtay’ın Verdiği Bir Karar Dolayısıyla*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 45, Sayı 1, 1996, s.449-451.
- TURANBOY, K. Nuri: Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- ÜLGENALP, Nuri, “*Mirasın Reddi ve Defter Tutma Talebi*”, Adliye Dergisi, Yıl 36, Sayı 1, 1945, s. 31-45.

---

# ROMA HUKUKUNDAN, PANDEKT HUKUKU ARACILIĞIYLA, ALMAN MEDENİ KANUNU'NA (BGB) GEÇİŞ\*

---

DOÇ. DR. SELDAĞ GÜNEŞ CEYLAN\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi



\*

## GİRİŞ

Hukuk, toplumun içinden çıkan sosyal bir olgudur. Hukukun gelişiminde toplumun gerekleri, örf adetleri, ihtiyaçları, sosyal ve siyasi yapısı, beklentileri gibi pek çok özellik etkin rol oynamaktadır. Bu aşamada, hukuk kuralları, her ne kadar son şekillerini almadan önce bir çok evrimden geçseler de, bazı dönemlerde bunların genel bir yapılandırma içinde yeniden ele alınması gereği doğmuştur. Bu amaçla, hukuk kurallarının yazılı olarak tespit edilmesi, pozitif hale getirilmesi, mevcut olan kuralların derlenmesi ve günün koşulları ile birleştirilerek belli bir düzen içine konulması gerekir ki, bu durum, kanunlaştırma hareketleri veya kodifikasyon şeklinde karşımıza çıkar. Kanunlaştırmalar, tarih boyunca farklı coğrafi bölgelerde, farklı sosyal yapılar içinde, ama her zaman aynı amaçla yapılmıştır.

Tarihi dönemlere baktığımızda, bilinen en eski medeni kanununun eski Sümerlerde M.Ö.2100-2050'de, Ur-Nammu Kanunu olduğunu ve bunu takip eden üç yüz yıl sonra Babil Kralı Hamurabi'nin meşhur Hamurabi Kanunları'nı (M.Ö. 1728-1686) derlediğini ve yürürlüğe soktuğunu söyleyebiliriz. Çin'de M.Ö. 1000 yıllarında Zhou Gong tarafından çıkarılan Riten kuralları ve daha sonra derlenen, ceza hukukuna ilişkin en bilinen Fajing Kanunu (M.Ö. 408)<sup>1</sup> da

1 M.Ö. V. yüzyıla kadar, başa geçen her bir hanedanlık döneminde, ceza hukukuna ilişkin, başka kanunlar da yapılmış olmasına rağmen, en tanınmış olan ceza kanunu Fajing Kanunu'dur. Buradaki bilgiler, Bonn Üniveristesi'nden Zhu Xiaofeng'le 26.07.2011 tarihinde yapılan konuşma içinden alınmıştır. Daha sonraki dönemlerde yapılan kanunlaştırmalar için bkz. Johnson, Wallace: The T'ang Code, New Jersey 1979, s. 5 vd.

döneminin önemli kanunlaştırmalarından sayılmaktadır. Her ne kadar coğrafi bölgeler ve kültürler ayrı olsa da, kanunlaştırma hareketi içine girilmesindeki amaç bellidir; hukuk kurallarını derlemek, belli bir düzen içinde yazılı hale getirmektir.<sup>2</sup> Toplulukları kanunlaştırma hareketi yapmaya iten temel nedenlerin, genellikle toplumdaki sosyal, siyasi ve ekonomik değişiklikler üzerinde yoğunlaştığını ve sonuç olarak toplumun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bunların yapıldıklarını söyleyebiliriz. Aslında hukukun ortaya çıkışına baktığımızda, her dönemin kendinden sonra gelen dönemleri, kendinden sonraki uygarlığı etkilediğini düşünebiliriz. Bu şekilde, dönemden döneme aktarılacak hukukun gelişimi sağlanmıştır.

### **I. Roma Hukuku ve Avrupa'daki Gelişimi**

Avrupa hukuk tarihi içinde, hukuki kurumların gelişiminin özellikle belli dönemlerde yoğunlaştığını ve sosyo-kültürel ve ekonomik değişimlerin sonucunda günümüzdeki mevcut hale geldiğini söylemek mümkündür.

#### **A. Roma Hukuku'nun Oluşumu ve Önemi**

Bugün Kıta Avrupası ülkelerini ve hukukunu ele aldığımızda, tarih içinde bu ülkelerin aralarında, hem siyasi hem de hukuki açıdan bazı birlikteliklerin yaşandığını, ortak bir geçmişi paylaştıklarını görürüz. Bu ülkeler arasındaki hukuki birlikteliği, M.Ö. 753 - M.S. 565 yılları arasında uygulamada olan Roma Hukuku'na kadar geriye dayandırabiliriz. Kıta Avrupası Hukuku Roma Hukuku'nun etkisi altında uzun yıllar kalmış ve Roma Hukuku'ndan aldığı birçok kavramı uygulamaya devam etmiştir. Her ne kadar batı Roma İmparatorluğu M.S. 476 yılında sona erse de, Roma Hukuku etkisini çağlar boyunca devam ettirmeyi başarmıştır.

İlk olarak, bir şehir devleti olarak ortaya çıkan Roma Hukuku, zaman içinde, şehir devletinin bir imparatorluğa dönüşmesiyle birlikte, o dönemde yetişen hukukçuların faaliyetleri sonucunda tüm Kıta Avrupası'nı etkileyen, ona kaynak olabilecek bir yapıya bürünmüştür. Tabi ki bu yapılanma bir anda gerçekleşmemiş, uzun yılların birikimi olarak karşımıza çıkmıştır. Nasıl ki tarih sürecinde, belli olaylar, bir dönemin sonu, ama aynı zamanda, yeni bir dönemin başlangıcı ise, aynı şekilde, belli dönemlerde yapılan hukuki çalışmalar da, hukukun gelişiminde kilit rol oynamıştır.

Roma Hukuku açısından bu gelişim, “Klasik Hukuk Dönemi” olarak

2 Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, C.I, İstanbul 1999, s. 142; Oğuzman Kemal: Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1994, s. 10; Akipek, Jale: Türk Medeni Hukuku, C. I, Ankara 1966, s.25; Schwarz, Andreas: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1942, s. 8.

nitelendirilen ve M.Ö. I yüzyıldan M.S. III. yüzyılın ortalarına kadar devam eden dönemde en üst seviyeye ulaşmıştır. Bu dönemde, hukuku bir bilim haline getiren, meselelere kendi yorumlarını katan, yeni hukuki kurumlar ortaya çıkaran büyük hukukçular yetişmiştir. Bu hukukçuların verdikleri eserler, yaptıkları çalışmalar kendilerinden sonraki dönemlere önemli bir kaynak teşkil etmiş ve bu şekilde geleceğe ışık tutmuştur. Bu dönemden yaklaşık üç yüz yıl sonra, bir doğu Roma İmparatoru, tahta geçtikten hemen sonra, dünya hukuk tarihinin en önemli kanunlaştırmalarından birine imza atmıştır. *Iustinianus* adındaki bu imparatorun başlıca hedefi, kendi döneminde imparatorluk sınırları içindeki hukuki birliği sağlamak olmuş ve bu amaçla oluşturduğu komisyon, hem eski imparator emirnamelerini derlemiş, hem de Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının eserlerini bir sistematik içinde düzenlemişti. *Corpus Iuris Civilis (CIC)*<sup>3</sup> olarak isimlendirilen bu külliyat, Kıta Avrupası Hukukunun gelişiminde çok önemli bir rol üstlenmiştir.

### B. Bologna Hukuk Okulu'nun Kurulması

Avrupa'da hukuk biliminin gelişimi, yani resepsiyon çalışmaları, XI. yüzyılda Bologna Hukuk Okulu'nun kurulmasıyla başlamıştır. Bu hukuk okulu, Roma Hukuku'nun Avrupa'da yeniden şekillenmesinde etkin bir rol oynamıştır. Bu dönemde, özellikle hukuk bilimine verilen önemin artması ile, eski eserler tekrar ele alınarak incelenmeye başlanmış, Klasik Hukuk Dönemi'nde yazılan eserler yeniden keşfedilmiş ve böylece hukukta reformasyon hareketi içine girilmişti. Bu bağlamda, *Iustinianus*'un *Digesta*'sına ilişkin *littera Bononiensis*, Avrupa'da “*ius civile*” üzerine yapılan incelemelerinin temelini oluşturdu. Bologna'da verilen hukuk eğitimi “*studium civile*”, Ortaçağ'ın sosyal ve entelektüel açıdan gelişimini sağlayan bir sınıfın ortaya çıkmasına sebep oldu. İtalya'da başlayan ve daha sonra Avrupa'ya yayılan Roma Hukuku, bu ülkelerde de geniş bir uygulama alanı bulmuştu. Bu dönemde *Iustinianus*'un derlemesi, Avrupa'nın çeşitli şehirlerindeki üniversitelerde yorumlanmış ve bunlar üzerine çalışmalar yapılmıştı.

Savigny, bu dönemde *Iustinianus*'un derlemesine ilişkin olarak yapılan iki çalışmanın üzerinde önemle durmaktadır. Bunlardan ilki, “*Petri Exceptiones*

3 Sherman, C. Phineas: Roman Law in the Modern World, 3. Ed., New York 1937, s. 115; CIC, *Tribonianus*, *Theophilus* ve *Doroteus* önderliğinde, M.S. 529-534 yılları arasında *Constantinopolis* (bugünkü adıyla İstanbul)'te hazırlanmış, Avrupa Hukuk Tarihi içindeki en önemli kanunlaştırma hareketlerinden bir tanesidir. Bu büyük eser, VI. yüzyılda yazılmakla birlikte, esas olarak “*Corpus Iuris Civilis*” ismini ilk olarak, ünlü Fransız hukukçu Denis Gothofredus 1583 yılında kullanmıştır.

*Legum Romanarum*” XI. yüzyılda, Valensia yakınlarında bir Fransız tarafından yazılmıştı. Bu eser, Roma Hukuku'nu dört kitap halinde sistematik bir şekilde anlatmaktadır. “*Bra-chylogus*” isimli bir diğer eser ise, *Iustinianus*'un özellikle, *Institutiones*'i üzerine yapılan bir çalışma olmakla birlikte, *Codex*, *Digesta* ve *Novellae*'ye de atıflarda bulunmuştu. Savigny, bu eserin yazarının da, XI.-XII. yüzyıllarda yaşamış bir Lombardiyalı olduğunu tahmin etmektedir.<sup>4</sup>

Bologna Hukuk Okulu'nda, Roma Hukuku Bilimi alanındaki araştırmalara *Pepo*<sup>5</sup> ve *Irnerius* tarafından başlandı.<sup>6</sup> Daha sonra onu, kendilerine “dört doktorlar” diye hitap edilen *Bulgarus*, *Martinus*, *Jacobus* ve *Hugo*<sup>7</sup> izledi. Bu hukukçulara daha sonraları, *Petrus*, *Rogerius* ve *Willielmus de Cabriano*<sup>8</sup> eklendi. Bu okulun temsilcilerine, üzerlerinde çalışılan metinlerin satır arasına veya sayfa kenarlarına açıklayıcı notlar (*glossa*) koymaları ve kendilerine özgü inceleme ve araştırma yöntemleri dolayısıyla, “*Glossatorlar*” adı verildi.<sup>9</sup> Bu kişiler önemli gördükleri hukuki kurumları açıklamışlardı, ancak, Roma Hukuku'nu, yaşadıkları zamanın ve toplumun uygulamaya yönelik gerekleri üzerinde durmamış, sadece bilimsel amaçla araştırmalarını sürdürmüşlerdi.<sup>10</sup>

## II. Alman Hukukunun Gelişimi

Roma Hukuku, Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılışından itibaren, farklı coğrafik bölgelerde farklı şekillerde uygulama alanı bulmuştu. Aynı şekilde, Pandekt Hukuku'nun kabul edilmesine kadar ki dönemde, Almanya'da tek bir hukuk hakim olmamış, dönemlere göre farklılıklar yaşanmıştı. Alman özel hukuk tarihinin gelişimi, genel olarak Avrupa'daki hukuk biliminin oluşumunu etkilemiş, hukuk düşüncesine yön vermiştir. Alman hukuk biliminin

4 Phillimore, 281.

5 Bellomo, Manlio; The Common Legal Past of Europe, 1000-1800, USA 1995, s. 59 vd.; Pennington, s. 17; *Pepo*'nun varlığı hakkında doktrinde bazı şüpheler de bulunmaktadır. *Pepo* hakkında güvenilir çok fazla bilgi olmamakla birlikte, O'nun, Roma Hukuku'na ilişkin metinlerini bir araya getirerek bunlar hakkında yorumlar yapan ilk kişi olduğu tahmin edilmektedir. Ayrıca bkz. <http://www2.unibo.it/avl/english/story/story5.htm>.

6 Pennington, s. 17; Hallifax, Samuel, Geldart, James William: The Analysis of the Civil Law, New Jersey 2008, s. xxi; Kantorowicz, Hermann: Studies in the Glassators of the Roman Law, 1938 Cambridge, s. 3; *Irnerius*'un çalışmalarında izlediği metod ve yöntemler, hukuk tarihi alanındaki çalışmalarda bir dönüm noktası olmuştur. “*Quaestiones de iuris subtilitatibus*” ve “*Summa codicis*” adlı eserleri onun yazdığı düşünülse dahi, bu durum tam olarak kesinleşmemiştir. *Irnerius*, *glossa* yazan ilk kişi olmamakla beraber, hukuk biliminin ayrı bir disiplin olarak gelişiminin onunla başladığı düşünülmektedir. Daha sonra kendisine “*lucerna iuris*” (hukukun ışığı) ismi verilmiştir. <http://www2.unibo.it/avl/english/story/story5.htm>.

7 Cortese, E.: Il diritto nella storia medievale, Vol.: II Il basso medioevo, Roma 1995, s. 6 vd.

8 Kantorowicz, s. 68, 86, 112, 122, 206 vd.

9 Stein, Peter, Roman Law in European History, Cambridge 1999, s. 45; Warmelo van, s. 26.

10 Phillimore, 281; *Glossator*'lar, Pandekt'i kendi içinde üç bölüme ayırmışlardı. I. *Digestum vetus*: 1-24 arası, *De Divortii*; II. *Infortiatum*: 24-38, *Solutio matrimonio*; III. *Digestum novum*: 39-50, *De Operis Novi Nuntiatione*.

gelişiminin, XV. yüzyıl öncesi, XV.-XVII. yüzyıllar arası, XVII.-XIX. yüzyıllar arası ve Modern Alman Hukuku olmak üzere dört ayrı dönem içinde incelenmesi uygun olacaktır.

## A. XV. yüzyıl Öncesinde Almanya'daki Hukuk Düzeni

### 1. Genel Olarak

Frank İmparatoru, Charle-Magne (Büyük *Karl*)'ın, Papa eliyle Roma'da, M.S. 800 yılında, imparatorluk tacını giymesıyla, batıda Germen unsurunun yanı sıra, Hristiyanlık ve Roma kültürüne dayanan, Roma İmparatorluğu fikri yeniden canlandı.<sup>11</sup> Ardından I. Otto, M.S. 962 yılında “Kutsal Roma Germen İmparatoru” ünvanını alarak imparatorluğun başına geçti.<sup>12</sup> XII. yüzyıldan itibaren Almanya'da kabul edilen Roma Hukuku, *Iustinianus*'un *Corpus Iuris Civilis* isimli derlemesinin geliştirilmiş haliydi.

### 2. “Sachsenspiegel ve “Swabenspiegel”in Hazırlanması

XIII. yüzyıla kadar Germen Hukuku genellikle yazısız hukuk şeklindeydi.<sup>13</sup> Bu dönemin kaynaklarında ağırlıklı olarak kullanılan anadil Latince olmakla birlikte, bunun yerini zamanla Almanca aldı. Ancak, yazısız hukuk, yani örf-adet hukuku varlığını devam ettirdi. XIII. yüzyılda “Sachsenspiegel ve “Swabenspiegel” olmak üzere iki büyük hukuki düzenleme yapıldı. Eiko von Repkow<sup>14</sup> tarafından yazılan “Sachsenspiegel” (1198-1235) Alman örf adet hukukunun yazılı hale getirilmesine ilişkin ilk örnekti. Kendi dönemi içinde tüm Almanya'da büyük beğeni topladı ve bu kurallar Sakson mahkemelerinde de uygulandı.<sup>15</sup>

Habsburg Hanedanı'nın kurucusu, İmparator I. Rudolf döneminde ise, “Sachsenspiegel”in bir devamı olan “Schwabenspiegel”<sup>16</sup> yazıldı. Bu çalışma,

11 Sherman, s. 304; O dönemde, kuzey Almanya'daki tek Alman şehri Magdeburg'du. Daha sonradan, Charle-Magne Bremen ve Hamburg'u kurdu. Almanya'nın farklı bölgelerinde farklı hukuklar bulunmakla birlikte, bunların yanında, İmparatorluk Hukuku da uygulanmaktaydı. İmparatorluk hukuku, baştaki imparatorlar tarafından *constitutiones pacis* veya *concordats* isimleriyle yürürlüğe konmaktaydı. Bu dönemde Alman hukuku feodal bir yapıya sahipti.

12 Tamm, Ditlev: Roman Law and European Legal History, Copenhagen 1997, s. 209; Çelebican, Özcan: Hukuk Öğretimi Bakımından Roma Hukuku, A.Ü.Hukuk Fakültesi Dergisi C.26, S. 1-2 1969, s. 329.

13 Sherman, Charles Phineas: Roman Law in the Modern World, Vol.: 1 New York 1937, s. 304.

14 Sherman, s. 305; Repkow'un bilinen ilk Alman hukukçu olduğu tahmin edilmektedir. Bu eseri Latince olarak yazmıştı. Tüm Almanya genelinde, kabul gördüğü için çeşitli farklı dialektlere de tercüme edildi. (Yüksek Almancada “Deutschenspiegel” olarak da bilinmektedir.)

15 Weichbild, Rechtsbuch nach Distinctionen, Kleines Kaiserrecht XIV. yüzyılda, Sachsen-spiegel'in etkisi altında yapılan önemli hukuki düzenlemelerdi.

16 1275 yılında derlenmiş olmakla birlikte, 1259 yılına kadar çalışma geriye gitmektedir. Esas adı “Kaiserliches Land und Lehnrecht” olmasına rağmen, XVII. yüzyıldan itibaren, “Schwabenspiegel” olarak bilinmektedir.



“Deutschenspiegel”in daha gelişmiş hali olmakla birlikte, yazılı hukuk kurallarının bir derlemesi niteliğindedir. O güne kadar kullanılmayan veya unutulmuş olan hukuk kuralları bir araya getirildi. Bu eser aynı zamanda, Roma ve Kilise Hukuku'ndan da metinler içerdiği için, Almanya'daki Roma Hukuku resepsiyonunun bir habercisi niteliğindedir.<sup>17</sup> XV. yüzyılla birlikte, mahkemeler ve hukuk üzerinde, kilise egemenliğinin olduğu da kaynaklardan anlaşılmaktadır.

### 3. *Commentatorlar*

XII. ve XIII. yüzyıllarda, Alman öğrenciler, İtalya'da XI. yüzyıldan itibaren kurulan hukuk okullarına, eğitim görmek amacıyla gittiler ve daha sonradan Almanya'ya geri geldiklerinde, orada aldıkları eğitime ilişkin olarak, kendi çevrelerine bu bilgileri yaydılar. Böylece, Bologna Hukuk Okulu'nun fikirleri, tüm Avrupa'yı etkisi altına aldığı gibi, Almanya'ya da sıçramış oldu.

XIII-XV. yüzyıllar arasında, hukuk bilimi açısından ikinci bir araştırma ve inceleme dönemi içine girildi. Bu dönemin hukukçularına “*commentator*”lar veya “*postglassator*”lar denmekteydi.<sup>18</sup> XIII. yüzyıldan XV. yüzyıla kadar Padova, Perugia ve Pavia'da çalışan bu bilim adamlarının ana hedefi, Roma Hukuku'nu kendi yaşadıkları dönemin şartlarına ve gereklerine uygun bir hale getirmektir. Bu hukukçular, Roma Hukuku'nun çağın hukuki sorunlarına çözüm olabilmesine yönelik araştırmalarda bulundular.<sup>19</sup> Böylece, *commentator*'ların yaptığı bu çalışmalar, bugünkü batı Avrupa ülkelerinde Roma Hukuku baz alınarak oluşturulan hukuk sisteminin temellerini atmış oldu. En büyük *commentator* sayılan *Bartolus*,<sup>20</sup> aynı zamanda Almanya'daki ortak hukukun (*ius commune*-common law) da kurucusu olarak görülmekteydi. Onun öğrencisi olan *Baldus*'un da bu süreçte katkısı önemlidir.

XIV. yüzyılın sonunda ilk Alman üniversiteleri kurulmaya başlandı. 1385 yılında kurulan Köln Üniversitesi'ni, 1386'da Heidelberg izledi ve bundan dört yıl sonra Erfurt Üniversitesi kuruldu. XV. yüzyılla birlikte, Würzburg, Rostock,

17 Sherman, s. 306.

18 Haertel, Gottfried, Polay, Elemer: Römisches recht und Römische Rechtsgeschichte, Almanya 1986, s. 137.

19 Villey, Michel: Roma Hukuku Güncelliği (Çeviren: Bülent TAHİROĞLU), İstanbul 2000, s. 63; *Glassator*'lar ve *commentator*'lara getirilen başlıca eleştiri, ellerindeki mevcut metinlere sıkı sıkıya bağlı kalmalarıydı. *Glassator*'ların araştırma ve incelemeleri, Iustinianus'un derlemesindeki Roma hukukunu araştırma ve incelemeye yönelikti. *Commentator*'lar ise, bu hukuk kurallarının çağlarının gereksinimlerini karşılayacak şekilde açıklamaya çalışmışlardı.

20 Stein, Peter: The Character and Influence of the Roman Civil Law, London-Ronceverte 1988, s. 135.

Freiburg, Mainz, Tirier, Tübingen, Münster Üniversiteleri faaliyete geçmişti. Ve böylece, Roma Hukuku Alman bilim çevresine yayıldı. Hukuk bilimine ilişkin çalışmalar (*studium civile*), *Iustinianus*'un *Digesta*'sı içinde yer alan metinlerin incelenmesi ile birlikte başladı. Bunlara ilişkin hukuki analizler ve yorumlar yapılarak hukukun bu şekilde gelişmesi sağlandı. XVI. ve XVII. yüzyıllarda Almanya çapında yeni üniversiteler<sup>21</sup> kurulmaya devam etti.

Bologna Hukuk Okulu'nun fikirleri Almanya üzerinde inanılmaz etkili oldu ve Roma Hukuku'nun Almanya'ya yayılmasını sağladı. Başa geçen her imparatorun, kendisini Roma İmparatorluğu'nun varisi olarak nitelendirmesi de bunda etkili oldu.

Manlio Bellomo, Roma Hukuku'nun Avrupa'da yeniden canlanmasından önceki dönemi, “Hukukçunun olmadığı bir dönem” olarak tanımlamıştır.<sup>22</sup> Ona göre, hukukçu olmadan hukuk bilimi olmaz, hukuk bilimi olmadan hakkaniyet ve adalete dayanan bir hukuk sistemi düşünülemezdi.<sup>23</sup>

#### 4. “Reichskammergericht” adlı Mahkemenin Kuruluşu

Roma Hukuku, XIX. yüzyılda batı Avrupa ülkelerinde başlayan kanunlaştırma hareketlerine kadar geçen dönemde ortaçağın bölgesel ve ulusal hukuklarından üstün tutulmaya başladı. Roma Hukuku'nun Avrupa ülkelerinde uygulanan hukuk haline gelmesine “Roma Hukuku'nun İktibası” (*reception*) denmekteydi. Böylece, gelişen ve çeşitli etkenlerle yeni nitelikler kazanan Roma Hukuku, Avrupa'da “Ortak Hukuk” (*ius commune*) adı altında tamamlayıcı hukuk olarak uygulanmaya başlandı.<sup>24</sup>

Her ülkenin kendi örf ve adet hukuku, devlet örgütü ile ilgili kuralları bulunmaktaydı ve öncelikli olarak bunlar uygulanmaktaydı, ancak, bu bölgesel ve ulusal hukuklarda boşluklar olduğunda, bu boşluklar Roma Hukuku kuralları ile dolduruluyordu. İmparator I. Maximilian, merkezi bir imparatorluk

21 XVI. yüzyılda, Wittenberg, Strassburg, Königsberg ve Jena, XVII. yüzyılda, Kiel, Dresden ve Halle, XVIII. yüzyılda, Stuttgart, Göttingen, XIX. yüzyılda ise Berlin ve Bonn Üniversitesi kuruldu. Bu gelişim XIX. yüzyılla birlikte sona erdi.

22 Bellomo, Manlio: L'Europa del diritto commune, 6. B., Roma 1989, s. 45, “Un eta senza giuristi,, şeklinde bir tanımlama yapmıştır.

23 Pennington, s. 18.

24 Coing, Helmut: “The Sources and Characteristics of the Ius Commune ... The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, November 1986, s. 483 vd.; Coing, Helmut: „The Roman Law as Ius Commune on the Continent“, The Law Quarterly Review, October 1973, s. 505 vd.; Caravale, Mario: Alle origini del diritto Europeo, Bologna 2005, s. 27 vd.; Helmholz, R.H.: “The privilege and the Ius Commune: The Middle Ages to the Seventeenth Century”, The Privilege Against Self-Incrimination, USA 1997, s. 19 vd; Stein, Peter: The Character and Influence of the Roman Civil Law, London-Ronceverte 1988, s. 139.

mahkemesi kurdu ve Roma Hukuku'nun imparatorluk çapında, ortak hukuk olarak uygulanacağını resmen ilan etti.

1495 yılında Almanya'da en yüksek yargı organı olarak kurulan “*Reichskammergericht*” (İmparatorluk Adalet Mahkemesi) adlı bu mahkemenin, Roma Hukuku'na ve ancak kanıtlanırsa örf ve adet hukukuna göre hüküm vereceğine karar verildi.<sup>25</sup> İmparatorluk mahkemesiyle başlayan bu uygulama, Almanya çapında, diğer yüksek mahkemeleri de etkiledi. Böylece, Roma Hukuku'nun resepsiyonu tüm Almanya'ya yayıldı. Sadece birkaç kuzey şehri dışında, “*Sachsenspiegel*”de yer alan geleneksel Alman Hukuku'na sadık kalan, artık yoktu. Bu durum Hukuku'nun zaferi olarak da adlandırılabilirdi. Bu şekilde, Roma Hukuku uygulama açısından Almanya'nın kendi hukukunun üzerinde bir yere sahip oldu ve “ortak hukuk” (common law - gemeines Recht) veya “Pandekt Hukuku” (Pandektenrecht) olarak anılmaya başlandı. Almanya'da benimsenen Roma Hukuku kısa zamanda, Almanlaştı ve XVII. yüzyılın ortasından itibaren, “*Usus modernus Pandectarum*” veya “*Usus modernus*” ismini aldı. Artık, *Iustinianus*'un Roma Hukuku, Almanya'da benimsenmişti, ancak orijinal haliyle değil, İtalyan *glossator*ların verdikleri eserler esas alınmıştı. Zaten daha sonraki dönemlerde, Alman hukuk resepsiyonunda önemli bir yere sahip olan *commentator*ların çalışmaları, *Iustinianus*'un Roma Hukuku ve Kilise Hukuku'nun (Canon Law) bir birleşimiydi.

## B. XV.-XVII. Yüzyıllarda Almanya'daki Hukuk Düzeni

Modern hukuk biliminin kurucuları olarak görülen Zasius<sup>26</sup> (1451-1536) ve Oldendorp (1480-1567) XVI. yüzyılın önemli hukukçularındandı. Bundan sonra, XVII. yüzyılda yaşayan, Giffen, Althusius,<sup>27</sup> Conring,<sup>28</sup> Pufendorf<sup>29</sup> yaptıkları çalışmalarla, Alman Hukuk Bilimi'nin gelişimine önemli katkılarda

25 Bryce, James: *The Ancient Roman Empire and the British Empire in India*, Oxford 1914, s. 99; Coing, Helmut: „German Pandektistik in Ist Relationship tot he Former Ius Commune“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol.: XXXVII, 1989, No: 1, s. 9 vd; Ibbetson, David: „Common Law and Ius Commune“, *Selden Society Lecture*, London 2001, s. 7; Güneş Ceylan, Seldağ: “Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi”, *GÜHFD*, 2004, Vol. VIII, No. 1-2, s. 84.

26 Stintzing, Roderich: Ulrich Zasius, Darmstadt 1961, s. 23; Schmidt, Richard: Zasius und seine Stellung in der Rechtswissenschaft, Leipzig 1904, s. 29; Freiburg Üniversitesi'nde hukuk eğitimi alan Zasius, mesleki kariyeri boyunca üst düzey görevlerde bulunmuştu. 1508 yılından itibaren, üniversitede profesörlüğün yanında, imparatorun danışmanlığını da yapmaktaydı. Çalışmalarında hem geleneksel Alman hukukuna, hem de Roma hukukuna atıflar yapıyordu. Tüm Roma hukuku konuları yerine, sadece yararlı olan kısımların öğretilmesinden yanaydı.

27 Winters, von Peter Jochen: “Johannes Althusius”, *Staatsdender im 17. Und 18. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1977, s. 35 vd. (s.29-50)

28 Willoweit, Dietmar: “Hermann Conring”, *Staatsdender im 17. Und 18. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1977, s. 129 vd. (s.129-147)

bulunmuşlardı.<sup>30</sup>

XVII. ve XVIII. yüzyıllar arasında Almanya'da doğal hukuk (naturrecht) anlayışı üzerine çalışmalar yapıldı.<sup>31</sup> Alman Üniversitelerinde bu dönemde, hukukun kaynağı olarak Pandekt Hukuku'nun yanında, Alman Özel Hukuku (deutsches Privatrecht) da öğretilmeye başlandı. XVII. yüzyılda, en alt seviyede yer alan mahkemelerde çalışan yargıçlara, Roma Hukuku kuralları çerçevesinde eğitim veriliyordu. Roma Hukuku'nun gücünün ve değerinin artmasıyla birlikte, buna paralel olarak, Roma Hukuku'nun uygulama alanı da genişledi.

Tüm bu gelişmelere rağmen, Alman sınırları dahilinde, temelde bir birlik vardı. Bu birliktelik, Savigny'nin Tarihçi Hukuk Okulu'nu daha iyi bir duruma getirmiş, Pandekt Hukuk okulu buradan doğmuştu.<sup>32</sup> Roma Hukuku'nun, Almanya'da geçerli olduğu bölgenin ve zamanın gereklerine göre düzenlenmiş haline “Pandekt Hukuku” (Pandektenwissenschaft- *ius pandectarum* veya *Usus modernus Pandectarum*) denmekteydi.<sup>33</sup> Böylece, birçok bakımdan Germanleşmiş Roma Hukuku, Roma German Hukuku adıyla ortaya çıktı.<sup>34</sup>

### C. XVII.-XIX. Yüzyıllarda Alman Hukukuna İlişkin Oluşumlar

Prusya, Fransa ve Avusturya XVIII. yy sonları XIX. yy başlarında büyük kanunlaştırma hareketleri içine girmişlerdi. Hukuki birliği sağlamak amacıyla yapılan, Code Civil 1789 Fransız ihtilalinin bir sembolü haline geldi. XIX. yüzyılla birlikte, orta, güney ve batı Avrupa ülkeleri özel hukuk alanında kanunlaştırmalar yapmaya başladılar. XVIII. yüzyılda yaşayan ünlü Alman filozof ve hukukçu Leibniz, Alman Hukuku'nun reformasyonu aşamasında önemli bir yere sahipti. Almanya'daki hukuk reformasyonu, Tabii Hukuk'u savunan hukukçular tarafından geliştirilmişti.

29 Hammerstein, Notker: “Samuel Puttendorf”, Staatsdender im 17. Und 18. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1977, s. 177. (s. 174-197); Putendorf, uluslararası hukuku, evrensel hukuk biliminin temeli olarak nitelendirmesinin yanında, Alman hukukuna Hollanda ve İngiltere'den yeni fikirler getirmişti.

30 Stolleis, Micheal: “Reichspublizistik-Politik-Naturrecht im 17. Und 18. Jahrhundert”, Staatsdender im 17. Und 18. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1977, s. 13. (s. 7-29)

31 Luig, Klaus: “Richterökönigtum und Kadijurisprudenz im Zeitalter von Naturrecht und Usus modernus: Augustin Leyser (1863-1752)”, Das profil des Juristen in der europaeischen Tradition, Ebelsbach am Main 1980 (s. 295-333), s. 295; Grotius'un savaş ve barış (*De iure pacis et belli*) üzerine yaptığı çalışmalar da doğal hukuk anlayışının gelişmesinde etkin rol oynamıştı.

32 Zimmermann, s. 9; Oğuz, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 190.

33 Thornhill, Chris: German Political Philosophy, Oxon 2007, s. 12; Haertel, Poloy, s. 138; Sohm, Rudolf: The Institutes (Translated by: James Crawford Ledlie), USA 1994, s. 3; Borkowski, Andrew: Roman Law, 2. Ed., London 2001, s. 375; Oğuz, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 190; Tamm, s. 210; Koschaker, Ayiter: Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975, s. 38; Çelebician, s. 8; Stein, s. 91.

34 Zimmermann, s. 6; Ayliffe, John: A New Pandect of Roman Civil Law, London 1784, s. 2 vd.

Bu dönemde yapılan ilk kanunlaştırmalardan olan “Prussian Landrecht”, hem kamu hem de özel hukuka ilişkin hükümler içermektedir.<sup>35</sup> 1749-1751'de hazırlanan Corpus Iuris Fridericiani'nin ilk kitabı olan “Medeni Usul Kanunu” 1781'de yürürlüğe girdi ve 1793'te yenilendi. 1794'te ise, Prusya Devleti'nin genelini kapsayan ve geleneksel Alman Hukuku ile Roma Hukuku'ndan tabii hukuka geçen kuralları kapsayan “Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten” kabul edildi. Bununla beraber, bu kanun Prusya'da geçerli olan ortak hukuku ortadan kaldırmamaktaydı, “Prussian Landrecht”te boşluk olan yerlerde, yine Prusya ortak hukuku uygulanmaya devam etmekteydi. Anhalt, Bavaria, Bremen, Frankfurt am Main, Hesse, Lippe gibi bazı küçük Alman şehirlerinde, ufak kanunlaştırma hareketlerine rastlanmaktaydı.

Bu dönemde Code Civil, Belçika'da da uygulanmaya başlandı. Bunların yanında, aynı zamanda 1838 Hollanda Medeni Kanunu (Burgerlijk Wetboek)'na da temel teşkil etti. Bunun yanında, 1865 İtalyan Medeni Kanunu (Codice Civile), 1867 Portekiz Medeni Kanunu (Codigo Civil), 1888-1889 İspanyol Medeni Kanunu (Codigo Civil), 1865 Romanya Medeni Kanunu için Code Civil bir çıkış noktası olmuştur. 1844 Sırp Medeni Kanunu ise, Avusturya Medeni Kanunu'na dayanmaktadır.

XVIII. yüzyılın en önemli hukukçularından olan Leibnitz (1646-1716), sadece hukuk bilimi ile ilgilenmiyordu, aynı zamanda, büyük bir filozof, tarihçi ve matematikçiydi. Hukuk bilimine ve özellikle Alman Hukuku'na çok büyük katkılarda bulunmuştu. “Prussian Landrecht”in çıkarılmasında, yaptığı çalışmalar çok etkin rol oynamıştı.

Thomasius, yine XVIII. yüzyıla adını yazdırmış hukukçulardan. Kendisi bir romanist olmasına rağmen, Roma Hukuku'nun Almanya'da mutlak hakimiyetine karşı çıkmaktaydı. Onun öğrencisi olan Beyer ise, Alman Hukuku'nu, Roma Hukuku'ndan ayrı bir yere koymuş ve üniversitelerde bunun eğitimini ilk kez vermişti.

XVII. ve XVIII. yüzyıllarda ortaya çıkan akla dayanan tabii hukuk doktrini, toplumların ve devletlerin, sağduyunun gereklerine uymayan geleneklerden sıyrılarak, yeniden düzenlenmesi amacını gütmekteydi. Böylece, Roma Hukuku kurallarının büyük bir bölümü, Tabii Hukuk adı altında yeniden geçerlik kazandı.<sup>36</sup>

35 “Prussian Landrecht”, ceza hukuku, kamu hukuku ve idare hukukunun da aralarında bulunduğu iki bölümden oluşmaktaydı. 1803 yılında yenilenen kanunun yerini daha sonra, 1900'da çıkarılan Bürgerliches Gesetz Buch (BGB) aldı.

36 Çelebican, s. 84; Güriz, Adnan: Hukuk Felsefesi, Ankara 1987, s. 191.

XIX. yüzyıl başlarında, Almanya'da gelişen tarihsel hukuk görüşü, hukuku, tarihsel gelişimin bir sonucu olarak görmüş ve bu biçimiyle kavramaya çalışmıştı. *Friedrich Karl von Savigny* bu görüşün önemli savunucularından biriydi.<sup>37</sup> *Savigny* hukukun kanun koyucu hareketi ile yaratılamayacağını, tıpkı gelenek görenek gibi toplumun manevi varlığından, halkın içinden doğduğu ve geliştiği fikrini ortaya atmıştı. Bir milletin geçmişine sırtını dönmesi mümkün değildir, düşüncesini savunmaktaydı. Hukukun doğal olarak toplum içinde doğup geliştiği, aynen halkın dili gibi toplumun özelliklerini dışa yansıtan özellikleri üzerinde durmuştu.<sup>38</sup> Tarihçi okulun yandaşları, ulusu bir arada tutan ve göbekten göbeğe sürüp giden bir ruh olduğunu kabul ediyor ve buna “ulusal ruh” (*volkgeist*) adını veriyorlardı. Roma Hukuku direkt olarak Alman halk ruhundan (*volkgeist*) doğmamıştı ancak, Alman halkı yüzyıllar boyu kendi ulusal hukuklarının yanında, Roma Hukuku kurallarını da uygulamışlardı.

XIX. yy'da Almanya'da her bölgenin tabi olduğu hukuk kuralları arasında farklılıklar vardı. Prusya sınırlarında (Westphalia, Bayreuth ve Ansbach'da) Preussisches Allgemeines Landrecht, Ren bölgesinde, Alsace ve Lorraine'de Code Civil, Baden'da Code Civil'e dayanan Badisches Landrecht, Saksonya'da 1865 tarihli kendi Medeni Kanunu, Bavaria'da Avusturya hukuku uygulamada bulunmaktaydı.<sup>39</sup>

#### **D. Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch- BGB)'nun Hazırlanması**

Almanya'da geçerli olan Roma Hukuku'nu (Pandekt Hukuku) sistematik olarak inceleyen ve XIX. yüzyılın Pandekt Hukukçuları olarak da anılan, *Jhering, Windscheid, Dernburg, von Tuhr*, özel hukuk sistemini ve kavramlarını büyük bir ustalıkla işlemiş ve yerleştirmişlerdi.<sup>40</sup> Bu dönemde, hukuk bilimi demek, Pandekt Hukuku demekti, Pandekt Hukuku dendiğinde ise, akla gelen ilk isim Windscheid'dı. Bu hukukçuların Roma Hukuku metinlerine dayanarak oluşturdukları özel hukuk kural ve kavramları, XIX. yüzyıl sonlarında ve XX. yüzyıl başında girişilen büyük kanunlaştırma hareketlerinin kuramsal temellerini oluşturmıştı.

37 Manigk, Alfred: Savigny und der Modernismus im Recht, Berlin 1914, s. 150; Makintosh, James: Roman Law in Modern Practice, New York 1995, s. 23; Stein, s. 116.

38 Behrends, Okko: “Geschichte, Politik und jurisprudenzen in Savignys System des heutigen römischen Rechts”, Römisches Recht in der europaeischen Tradition, Ebelsbach am Main 1985, s. 260 vd.; Makintosh, s. 25.

39 Zimmermann, Reinhard: The New German Law of Obligations, New York 2005, s. 8.

40 Litten, Fritz: Römisches Recht und Pandekten-Recht, Berlin 1907, s. 25; Schwarz, Andreas: Andreas von Tuhr, Zurich 1938, s. 8 vd.

1861 yılında, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu) yayınlandı. Deutsches Reich'in kurulmasıyla birlikte, adaletin etkin bir şekilde sağlanabilmesi amacıyla, mahkemeler sistemi (Reichjustizgesetze), iflas (Konkursordnung), medeni usul (Zivilprozessordnung) ve ceza usulü (Straffprozessordnung) alanlarında bir birlikteliğe gidildi ve buna ilişkin düzenlemeler 1879 yılında yürürlüğe girdi. Aynı yıl, hukuki ve cezai konuları içine alan Kraliyet Mahkemeleri (Reichsgericht) kuruldu,<sup>41</sup> ve tüm ülke sınırları dahilinde uygulamaya girdi.

01. 01. 1900 tarihinde tüm ülke çapında geçerli olacak, Alma Medeni Kanunu - Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) olarak anılan o dönemin yeni Alman Medeni Kanunu kabul edildi.<sup>42</sup> Bu kanunda Pandekt Hukuku'nun etkisi görülmektedir. Alman Medeni Kanunu kendisine model olarak Fransız Medeni Kanunu olan Code Civil'i örnek almıştı.

*Gaius*'un, *Iustinianus*'un *Institutiones*'ine model olan özel hukuka ilişkin sınıflandırması, İsviçre Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu tarafından kabul edilen Modern Pandekt Sistemi'nin temelini oluşturmuştur. *Gaius*'un sınıflandırmasına göre, insanlara ilişkin hukukun içine, şahsın hukuku ve aile hukuku; mallara ilişkin hukukun içine, eşya hukuku, borçlar hukuku ve miras hukuku girmektedir. Davalara ilişkin hukuksa, medeni usul hukuku ve icra hukukundan oluşan *actio*'lara ilişkin düzenlemeleri içinde barındırmaktaydı. Bu sistem, BGB'de de uygulanmakla birlikte, sadece içindeki sıralamada bazı farklılıklar bulunmaktadır.<sup>43</sup>

---

41 Zimmermann, s. 12; Bu mahkemenin ilk başkanı Prusyalı bir avukat olan Eduard von Simson'du. Simson, 1848 yılında Frankfurt Paulskirche'de toplanan Alman Millet Meclisi'ne ve İmparatorluk Mahkemesi'ne başkanlık etmişti.

42 Knütel, Rolf: "Römisches recht und deutsches Bürgerliches Recht", Die Antike in der europaischen Gegenwart, Hamburg 1993, s. 45; Coing, Helmut: Europaische Grundlagen des modernen Privatrechts, Düsseldorf 1986, s. 12; 2385 maddeden oluşan bu kanun, o zaman kadar hazırlanan diğer medeni kanunlara nazaran çok daha sistemli ve tamamen bilimsel bir eser niteliğindeydi. Bu kanunun, Japonya ve İsviçre Medeni Kanunlarına büyük etkisi olmuştu.

43 *Gaius*'un bu eserinde oluşturduğu sistem, çağdaş medeni hukuk sistemlerine temel teşkil etmektedir. Buna göre, BGB'nin içindeki bölüm sıralaması, Modern Pandektler Sistemi (*Usus modernus Pandectarum*) ile eklenen genel hükümlerin ardından, şahsın hukuku, borçlar hukuku, eşya hukuku, aile hukuku ve miras hukuku olarak yapılmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nda ise, yedi maddelik genel hükümlerin ardından, kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku ve eşya hukuku gelmektedir. Borçlar hukuku ise, ayrı bir kanunla düzenlenmiş olmakla beraber, Medeni Kanunun bir bölümü sayılmaktadır.



## BİBLİYOGRAFYA

- Akipek, Jale : Türk Medeni Hukuku, C. I, Ankara 1966.
- Ayliffe, John : A New Pandect of Roman Civil Law, London 1784.
- Behrends, Okko : “Geschichte, Politik und jurisprudenzen in Savignys System des heutigen römischen Rechts”, Römisches Recht in der europaeischen Tradition, Ebelsbach am Main 1985.
- Bellomo, Manlio : L'Europa del diritto commune, 6. B., Roma 1989.
- Bellomo, Manlio : The Common Legal Past of Europe, 1000-1800, USA 1995.
- Borkowski, Andrew: Roman Law, 2. Ed., London 2001.
- Bryce, James : The Ancient Roman Empire and the British Empire in India, Oxford 1914.
- Caravale, Mario : Alle origini del diritto Europeo, Bologna 2005.
- Coing, Helmut : “The Sources and Characteristics of the Ius Commune”, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, November 1986.
- Coing, Helmut : „The Roman Law as Ius Commune on the Continent“, The Law Quarterly Review, October 1973.
- Coing, Helmut : “German Pandektistik in Its Relationship to the Former Ius Commune”, The American Journal of Comparative Law, Vol.: XXXVII, No: 1, 1989.
- Coing, Helmut : Europaeische Grundlagen des modernen Privatrechts, Düsseldorf 1986.
- Cortese, E. : Il diritto nella storia medievale, Vol.: II Il basso medioevo, Roma 1995.
- Çelebican, Özcan : “Hukuk Öğretimi Bakımından Roma Hukuku”, A.Ü.H.F. Dergisi C. 26, S. 1-2, 1969.
- Güneş Ceylan, Seldağ : “Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi”, GÜHFD, 2004, Vol. VIII, No. 1-2, s. 75-93.
- Güriz, Adnan : Hukuk Felsefesi, Ankara 1987.
- Haertel, Gottfried,
- Polay, Elemer : Römisches recht und Römische Rechtsgeschichte, Almany 1986
- Hallifax, Samuel,
- Geldart, James William : The Analysis of the Civil Law, New Jersey 2008.



- Hammerstein, Notker : “Samuel Puttendorf”, Staatsdender im 17. Und 18. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1977.
- Helmholz, R.H. : “The privilege and the Ius Commune: The Middle Ages to the Seventeenth Century”, The Privilege Against Self-Incrimination, USA 1997.
- Ibbetson, David : „Common Law and Ius Commune“, Selden Society Lecture, London 2001.
- Johnson, Wallace : The T'ang Code, New Jersey 1979.
- Kantorowicz, Hermann : Studies in the Glassators of the Roman Law, 1938 Cambridge.
- Koschaker, Ayiter : Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975.
- Knütel, Rolf : “Römisches recht und deutsches Bürgerliches Recht”, Die Antike in der europaeischen Gegenwart, Hamburg 1993.
- Litten, Fritz : Römisches Recht und Pandekten-Recht, Berlin 1907.
- Luig, Klaus : “Richterkönigtum und Kadijurisprudenz im Zeitalter von Naturrecht und Usus modernus: Augustin Leyser (1863-1752)”, Das profil des Juristen in der europaeischen Tradition, Ebelsbach am Main 1980.
- Makintosh, James : Roman Law in Modern Practice, New York 1995.
- Manigk, Alfred : Savigny und der Modernismus im Recht, Berlin 1914.
- Oğuz, Arzu : Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.
- Oğuzman Kemal : Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1994.
- Pennington, Kenneth : *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition.*, Berkeley-Los Angeles-London: University of California Press, 1993
- Phillimore, John George : Introduction to the Study and History of the Roman Law, London 2004
- Reid, Kenneth,  
Zimmermann,  
Rheinhard : A History of Private Law in Scotland, New York 2000.
- Schwarz, Andreas : Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1942.
- Sherman, C. Phinea : Roman Law in the Modern World, 3. Ed., Vol.: 1, New

- York 1937.
- Schmidt, Richard : Zasius und seine Stellung in der Rechtswissenschaft, Leipzig 1904.
- Schwarz, Andrea : Andreas von Tuhr, Zurich 1938.
- Sohm, Rudolf : The Institutes (Translated by: James Crawford Ledlie), New York 1994.
- Stein, Peter : Roman Law in European History, Cambridge 1999.
- Stein, Peter : The Character and Influence of the Roman Civil Law, London-Ronceverte 1988.
- Stintzing, Roderich : Ulrich Zasius, Darmstadt 1961.
- Stolleis, Micheal : “Reichspublizistik-Politik-Naturrecht im 17. Und 18. Jahrhundert”, Staatsdender im 17. Und 18. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1977.
- Tamm, Ditlev : Roman Law and European Legal History, Copenhagen 1997.
- Thornhill, Chris : German Political Philosophy, Oxon 2007.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet : Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, C.I, İstanbul 1999.
- Villey, Michel : Roma Hukuku Güncelliği (Çeviren: Bülent TAHİROĞLU), İstanbul 2000.
- Warmelo van, P. : An Introduction to the Principles of Roman Civil Law, Johannesburg 1976
- Willoweit, Dietmar: “Hermann Conring”, Staatsdender im 17. Und 18. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1977. Winters,
- von Peter Jochen: “Johannes Althusius”, Staatsdender im 17. Und 18. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1977.
- Zimmermann, Reinhard : The New German Law of Obligations, New York 2005.



---

# İktidar, Hukuk Ve Yargı: Eleştirel Bir Deneme\*

---

DR. SEDAT ÇAL\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Kıdemli Uzman - Yatırımlar Direktörlüğü, Enerji Şartı Sekreteryası (Senior Expert - Investment Directorate, Energy Charter Secretariat), Brüksel. Eleştiri ve yorumlar için: sedatcal@gmail.com.



**Olvido**

**Hoyrattır bu akşamüstüler daima.**  
Gün saltanatıyla gitti mi bir defa  
Yalnızlığımızla doldurup her yeri  
Bir renk çılgılığı içinde bahçemizden,  
Bir el çıkarmaya başlar bohçamızdan  
...Lavanta çiçeği kokan kederleri;  
Hoyrattır bu akşamüstüler daima.

Dalga dalga hücum edip pişmanlıklar  
Unutusun o tunç kapısını zorlar  
Ve ruh, atılan oklarla delik deşik;  
İşte, doğduğun eski evdesin birden  
Yolunu gözlüyor lamba ve merdiven,  
Susmuş ninnilerle gıcırıyor beşik  
**Ve cümle yitikler, mağlûplar, mahzunlar...**

**Ahmet Muhip Dranas**

“Ne efsunkâr imişsin ey didâr-ı Hürriyet,  
Esir-i aşkın olduk, gerçi kurtulduk esaretten.”<sup>1</sup>

**Nâmık Kemâl**

1 Hürriyet âşığı Nâmık Kemâl'in işbu beytini “**iktidar**” bağlamında yeniden düzenlersek, şöyle bir ifadeye kavuşabiliriz: “*Ey iktidar, öylesine büyüleyicisin ki! İktidarı ele geçirdik, lakin heyhat; iktidar aşkıyla sarhoş olduk ve iktidarımızı da bu aşkı kurban verdik.*”

## Giriş

Bu çalışmada, iktidar<sup>2</sup> ile hukuk ve nihayet bu iki terimle beraber kaçınılmaz biçimde gündeme gelen yargısal denetim arasındaki etkileşimler üzerinde bir analize gitmeyi öngörüyoruz. Kuşkusuz, ele alınan kavramların her biri için yüzlerce sayfalık çalışmalar içerisinde vücut bulacak değerlendirmelerin yapılabilmesi olanaklıdır. Giderek yargısal denetim konusu, bunlar arasında ağırlık verilmesi gerektiğini düşündüğümüz ve böylece çok geniş kapsam içerisinde ayrıca irdelenmeyi hak eden bir özellik taşır.

Bununla birlikte, bu çalışma anılan kavramlar arasındaki etkileşimlere yoğunlaşmayı ve böylece olabildiğince dar hacimli bir irdelenmeyi öngörmektedir. Çalışmaya egemen olan anlayış, ele alınan başlıca üç kavramın etkileşimlerini analitik bir yaklaşımla gözlemlemek ve uygulamaları da dikkate alarak yeniden yorumlamaya girişmek şeklinde betimlenebilir. Bunu yaparken, anlatımı, teknik hukuk yaklaşımı yerine, daha akıcı olmasını teminen güncel yaşamın akışında karşılaşılan örneklerle süslenmiş bir biçem (üslup) içinde ortaya koymaya çalıştık.<sup>3</sup>

Bu çerçevede ayrıca, ana metin içinde '*bir tarihi kaleyi gezdirircesine*' çıkılan yolculukta, çoğu kez okuyucuya dipnotlar aracılığıyla '*kalenin mazgallarından dışarıya bir nazar etme*' fırsatı tanıyarak, okuyucuyu ana

2 Çalışmamız içerisinde “*iktidar*” terimini hemen neredeyse tamamen “*siyasal iktidar*” anlamında kullanmaktayız. Ayırksı olarak münhasıran “*güç*” veya “*erk*” bağlamında terimi kullandığımız yerler olabilmekle beraber, bu durumlar ya ifadenin açıklığından anlaşılabilecek olduğundan ayrıca vurgulanmamaktadır, yahut bu açıklığa tesadüf edilemeyecek yerlerde ayrıca belirtilmektedir. Öte yandan, iktidarın siyasal kavram dışında sosyal bilimlere itibarıyla “*toplumsal erk*” bağlamındaki karşılığına ilişkin değişik tanımlamalar için bkz. Diamond, Michael; *Community Economic Development: A Reflection on Community, Power and the Law*, The Journal of Small & Emerging Business Law, Vol. 8, 2004, s. 158, 159. Giderek değinmek gerekirse, geniş bir tanımlama yaklaşımı içerisinde hareket ederek, iktidar olgusuna her çeşit toplumsal yapı içerisinde rastlamanın mümkün olduğu söylenebilir (bkz. Lasswell'den aktaran: Zabunoğlu, Yahya Kâzım; *Kamu Hukukuna Giriş*, AÜHF Yayını, Ankara, 1973, s. 4). Nihayet, felsefi yaklaşımla terimi açıklamaya çabalamak da mümkündür; sözelimi, terimi ontolojik bağlamda ele alan Spinoza'ya göre “*bir şeyin ne olduğunu bilmek, onun iktidarını bilmekle mümkündür*” (bkz. Saar, Martin; *The Power of Democracy Spinoza on Collective Action*, Amerikan Siyasal Bilimler Derneği'nin 5 Eylül, 2009 tarihinde Kanada, Toronto'da düzenlenen yıllık toplantısında sunulan bildiri, s. 3).

3 Akıllıoğlu, öğretim kurumlarımızda idare hukuku derslerinin öğrenciler tarafından pek sevilmediğine değinmekte ve bu meyanda konunun esasen evrensel sayılabileceğini belirtmektedir. Zira, daha İsa'dan sonra 533 yılında Roma İmparatorluğu döneminin soylu çocuklarının hukuk dersinden kalmaları nedeniyle, ailelerin hocalardan şikayeti üzerine imparator Iustinianus “*anlaşılar bir hukuk kitabı yazılmasını*” emretmiş, iki bilgin hocaya bu amaçla ısmarladığı “*Instituones*” böylece ortaya çıkmıştı (bkz. Akıllıoğlu, Tekin; *Yönetim Hukukumuz ve Geleceği*, s. 1, 15 (www.idare.gen.tr)). Benzer bir yaklaşım içerisinde, Almanların karakteristik kusuru olarak ayaklarının dibindekini gökte aradıklarını, nitekim mülkiyet, devlet, vb. kavramları açıklamak için en soyut ve boş kavramlar ürettiğini ve profesörlerin bunlardan '*her biri göğe erişen Babil kuleleri*' inşa ettiğini savunan Schopenhauer'e göre de, “*... böyle bir okulda eğitim gören gençlerin zararına olarak, hayatın bizi doğrudan ilgilendiren en açık ve en basit ilişkileri anlaşılmaz hale getirilir*” (bkz. Schopenhauer, Arthur; *Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine*, (Çev. Ahmet Aydoğan), Say Yayınları, İstanbul, 2009, s. 85).

metinde irdelenen konunun biraz daha farklı boyutlarıyla karşı karşıya getirmeyi de bir yöntem olarak benimsedik. Böylece, çalışmanın çok geniş kapsamlı konusunu biraz daha '*renkli*', giderek 'ana sanayi'den 'yan sanayi'lere sürekli girip çıkan çeşitlilikte ve rahat okunur hale getirebilmeyi umuyoruz.

Çalışmada ele aldığımız ve başlıkta yer verdiğimiz bu kavramlar, en aslı kurguyu, başka bir deyişle, ana çatıyı kuran temel öğelerdir. Bunların işlevleri ve aralarındaki etkileşimleri üzerinde felsefi bir yaklaşımdan hareket edilmesi ve bakış açısının doğru biçimde kurgulanması büyük önem taşır. Böylece bu çalışmayla, kendi hacminde sınırlı olarak, olması gerektiğine değinilen felsefi bakışa katkı sağlamaya yönelik bir denemede bulunulması öngörülmektedir. Bunda ne denli başarılı olabildiğimizi ise bilemiyoruz ve kuşkusuz bu hususta takdiri okuyucuya bırakmaktan başkaca da bir yol göremiyoruz.

### I. Kavramsal Arka Plan

Neredeyse tüm genel hukuk kitaplarında insanın toplumsal bir varlık olduğu ifadesiyle söze başlandığı görülür; zira, “*münferit ve mücerret insanın hukuk ilminde yeri yoktur.*”<sup>4</sup> Bu yönde, insanın “*sosyal hayvan*”, yani “*zoon politikon*”<sup>5</sup> olduğu anlayışının ilk kez Aristo tarafından ileri sürüldüğü savlanır.<sup>6</sup> Buna karşın, özellikle çağdaş demokrasilerde yaşayanların büyük çoğunluğunun siyasal etkinliklerle pek az ilgilendikleri; bundan dolayı, faydacı bir hesap mekanizmasıyla davranışlarını belirleyen bir “*homo civicus*”dan söz edilmesi gerektiği de söylenir. Buna göre, “... *dürtüleri, ihtiyaçları ve istekleri (çıkarları) önüne siyasal gelişmelerin yarattığı engeller çıkmazsa homo civicus politika ile ilgilenmez.*”<sup>7</sup> Giderek buradaki '*homo civicus*' ibaresinin, iktisat biliminde “*kendi dar bencil çıkarlarını korumaya*

4 Özyörük, Mukbil; *Hukuka Giriş*, AÜHF Yayını, Ankara, 1959, s. 5.

5 Anılan terimin “siyasal hayvan (*animal politique*)” olarak da aktarıldığı görülmekle beraber, buradaki “*politikon*” kelimesinin “siyaset” anlamında değil, eski Yunan'daki “*polis*” teriminin içerdiği “şehir/kent” anlamından türediği, böylece topluluk kavramına işaret etmekle “sosyal/toplumsal” anlamında belirdiği vurgulanmaktadır (bkz. *Ibid.*, s. 5, 1 no.lu dipnot).

6 Bkz. *Ibid.*, s. 5.

7 Mumcuoğlu, Maksut; *Çağdaş Demokrasi Kuramlarında Katılma ve Türkiye'de Katılmanın Gelişimi*, AÜHF Yayını, Ankara, 1982, s. 35. Yazar, devamla şöyle diyor: “*Homo civicus, menfaatlerine yönelik bir tehdit belirlediğinde, dolaysız biçimde bu tehditi kaldırmak üzere politika ile ilgilenir, engel veya tehdit kalkar kalkmaz tekrar kendi özel alanına döner*” (*Ibid.*; keza, bkz. Dahl'dan aktaran: Krouse, Richard W.; *Polyarchy & Participation: The Changing Democratic Theory of Robert Dahl*, Polity, Vol. 14, Sy. 3, 1982, s. 448, 449. Dahl'a göre, insan doğası gereği *homo politicus* değildir, sadece bu yönde bir potansiyel taşır ama gerçekte sadece kimi bireylerde *homo politicus* özelliği görülür, ki bu da esasen “*elitist bir istisnadır*” (*Ibid.*, s. 449). Krouse, burada Dahl'ın anılan iki kavram arasındaki farkı açıklamaya girişmediği ve sözelimi sosyoekonomik etkenlerin bireylerin *homo civicus* olmasında ezici bir rol oynadığına ilişkin bizzat kendi deneysel bulgularını analiz etmekten uzak durduğu yolunda eleştiri getirmektedir (bkz. *Ibid.*)). Sonuç olarak, burada değinilen keyfiyet, geniş kitlelerin siyasetle ilgisinin saiki ve derecesi ile ülkemizdeki olası izdüşümleri bağlamında oldukça önem taşıyor denilebilir.



odaklanan” ‘*homo economicus*’ terimi üzerinden tanımlandığını da vurgulayabiliriz.<sup>8</sup>

Giderek aynı faydacı anlayışın toplumsal düzeni ve devleti (iktidarı) oluşturmaya yönelttiği de ileri sürülmektedir. Buna göre, bireyler, mülkiyetlerini korumanın bireysel temeldeki işlem maliyeti daha fazla olduğundan ve keza ortak mallar üretimini özel üretimin kârlı bulmadığı alanlar itibariyle, gönüllü bir rıza içinde toplumsal sözleşmeyi gerçekleştirerek koruyucu devleti oluşturmuşlardır.<sup>9</sup>

İki insanın aynı “*ortam*”ı<sup>10</sup> paylaştığı anda, eş zamanlı olarak bir “*erk savaşı*” da mutlaka başlamış demektir. Giderek “*nerede bir toplum varsa, orada bir siyasal iktidar ilişkisi vardır.*”<sup>11</sup> Nihayet, siyasal yaşam da “*iktidar*” etrafında şekillenir; odağında iktidarın bulunduğu bir olgudur ve böylece bir ilişki, en ilkelinden en modernine, bütün toplumların ortak özelliğidir.<sup>12</sup>

İnsanlığın tarihi boyunca, “*iktidar*” büyüleyici bir terim ve kavram olagelmıştır. İnsanın doğasındaki “*güçetaparlık*” eğilimiyle birleşen bir çerçevede, bireyler arası ve fakat özellikle toplumsal bağlamda ortaya çıkan iktidar sorunu, insanlığın tarihsel sürecinde değişik boyutlarıyla kendini göstermektedir. İnsan topluluklarının siyasal topluluk halinde ortaya çıkabilmeleri bakımından da, bir kurallar dizgesi (anayasa) üzerinde anlaşarak üstün bir buyurucu güce, yani ‘*iktidar*’a vücut vermeleri gerekir.<sup>13</sup>

İbni Haldun'un anlatımıyla, “(h)er topluluğun bir düzenleyici, yasaklayıcı otorite'ye ihtiyacı vardır.”<sup>14</sup> Toplumsal yaşamın gerektirdiği düzen ve bu düzenin içinde oluşturulan kurallara uymayı sağlamak üzere<sup>15</sup> “*toplum adına*

8 Bkz. Sakal, Mustafa / Şahin, Elif Ayşe; *Anayasal İktisat*, DEÜSBED, C. 11, Sy. 1, 2009, s. 83.

9 Bkz. Buchanan'a atfen Voigt'ten aktaran: Sakal / Şahin, *Anayasal İktisat*, op. cit., s. 75.

10 Burada “*aynı ortam*”dan kastımız, kuşkusuz, aynı fiziksel mekânı paylaşmayı gerektirmeyecektir; yeter ki aynı hususlara yönelik bir çelişmeyi içeren iktidar savaşımı bulunsun, farklı mekanlardaki iki insan da erk savaşımına girişmiş demektir.

11 Bulut, Nihat; *Devletin Gelişimi, içinde* Küreselleşme ve Türkiye, (Ed. Cevat Okutan), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 17. Dört ayrı akademisyen (Mehmet Akad, Nihat Bulut, Yusuf Şevki Hakyemez ve Cevat Okutan) tarafından yapılan çalışmaları bir araya getiren bahse konu kitap, doğrusu, eşine pek az rastlanır biçimde, iktisadi analizi olması gerektiği gibi hukuksal veya toplumsal kavram ve gelişmelere yetkinlikle uygulamayı başarması itibariyle dikkat çekmektedir ve böylece ileriye yönelik ümitler beslemeye yardımcı olmaktadır.

12 Bkz. İbid., s. 36.

13 Bkz. Mumcuoğlu, Maksut H.; *Kendine Özgü Bir Siyasal Topluluk - Antik Çağ Polis'i*, AÜHF Yayını, Ankara, 2001, s. 41.

14 Hassan, Ümit; *İbni Haldun Metodu ve Siyaset Teorisi*, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982, s. 214; keza, aynı yönde bkz. s. 257. İbni Haldun'un son dönem Osmanlı zihniyetini ve politikalarını derinden etkilediği savlınmaktadır (bkz. Deringil, Selim; *İktidarın Sembolleri ve İdeoloji II. Abdülhamid Dönemi (1876-1909)*, (Çev. Gül Çağalı Güven), Yapı Kredi Bankası Yayınları (YKY), 3. Baskı, İstanbul, 2007, s. 36).

15 Özyörük, *Hukuka Giriş*, op. cit., s. 8, 9.

*güç kullanma*” keyfiyeti, inanç<sup>16</sup> veya güç (şiddet) kaynaklı iktidar kullanımı yöntemlerinden süzülerek, nihayet “*ikna*” odaklı temsili demokrasi kavramına bürünebilmiş ve günümüzde pek çok siyasal topluluğun içinde şekillendiği bir kavram olarak öne çıkmıştır.

Kuşkusuz, bu gelişmeyi tarih boyunca doğrusal (“*lineer*”) bir gelişim çizgisi içinde gözlemlene söz konusu değildir ve ileri-geri türlü sapmalar gözlenir.<sup>17</sup> Sözelimi, XX. yüzyıla gelinceye değin son yüzyıllarda “*imparatorluklar çağı*”<sup>18</sup> olarak tanımlanabilecek mutlak monarşi uygulamaları görülürken,<sup>19</sup> daha öncesine gidildiğinde Orta Çağ’da erk paylaşımlarının feodal beylerin varlığı dolayısıyla daha dağınık ve merkez dışı bir düzlemde gerçekleştiği,<sup>20</sup> biraz daha öncesinde ise yine geniş bir coğrafyaya yayılan imparatorluk dizgesinin görüldüğü<sup>21</sup> söylenebilir. Sözelimi, Osmanlı devletine bakıldığında, merkezi gücün etkinliğini görece yitirdiği kimi dönemlerde (18. yüzyılda) “*âyân*” tabir olunan “*yerel asalak derebeyleri*”nin

- 16 Sözelimi, “(g)erek Rus, gerek Osmanlı örneklerinde, hakla doğrudan bir kutsallık bağı oluşturmak yoluyla, siyasal partiler ve parlamentolar gibi elverişsiz araçlardan uzak durabilme umudu besleniyordu” (bkz. Deringil, *İktidarın Sembolleri ve İdeoloji II. Abdülhamid Dönemi (1876-1909)*, op. cit., s. 32). Yine, inanç sistemleri ile iktidar fenomeni arasındaki ilişki bağlamında sözelimi Yahudi inancını ortaya koyan Davut Peygamber’in aynı zamanda “Kral Davut” kimliği dikkat çekicidir (bu hususta ayrıntılı bir inceleme için bkz. Flatto, David; *It’s Good to be King: The Monarch’s Role in the Mishnah’s Political and Legal System*, NYU School of Law, Hauser Global Law Working Paper, No. 01/07, s. 1-29 ([www.nyulawglobal.org](http://www.nyulawglobal.org))) ve inanç sistemlerinin bizatihi kendilerinin behemahal ne şekilde ve nasıl siyasal iktidara dönüşüm sergilediği gibi ilgi çekici kılan bir konuyu gündeme getirmektedir.
- 17 Gücün merkezileşmesi veya merkez dışında serpiştirilmiş olmasının tarih içerisinde çok ilginç ekonomik öğelere dayalı veya buna yol açan sözelimi “*üzenginin icadı*” gibi (basit sayılabilecek teknolojik) gelişmelerden yahut etmenlerden etkilendiğine yönelik dikkat çekici tesbitler için bkz. Weiss, Linda / Hobson, John M.; *Devletler ve Ekonomik Kalkınma*, (Çev. Kıvanç Dündar), Dost Kitabevi, Ankara, 1999, s. 33-35 (İnalçık’a göre, Batı dünyasının bu tekniği Avarlar’dan öğrendiğini Macar bilgileri kesinlik içerisinde ortaya koymuşlardır (bkz. İnalçık, Halil; *Atatürk ve Demokratik Türkiye*, 3. Baskı, Kırmızı Yayınları, İstanbul, 2007, s. 198)); keza, tarım toplumlarında sulamanın merkezi iktidarı gerektirmesinden dolayı imparatorlukları doğurması yine bu yolda örnek gösterilebilir (bkz. Nippel’den aktaran: Mumcuoğlu, *Kendine Özgü Bir Siyasal Topluluk - Antik Çağ Polis’i*, op. cit., s. 33). Keza, burjuvazinin çıkarları devletlerin çok sayıda olmasından yana olduğu için imparatorluk fikrinin geçerliğini görece yitirmesi gibi ekonomik esaslara dayalı analizler de ortaya konulmaktadır (bkz. Ünlü, Barış; *İmparatorluk Fikrinin Gelişimi*, AÜSBFD, C. 65, Sy. 3, 2010, s. 241). Nihayet, devletin tarihsel gelişim aşamalarının ekonomik faktörlerle bağlantılı seyrettiğine değinen bir çalışmaya göre de, sözelimi “(f)eodalite Pazar ekonomisinin uzun uyku dönemine; zümreler sistemi Pazar ekonomisinin yeniden doğuşuna; mutlakiyet liberalizmin krala taç giydirmesine; modern devlet pazarın ulusallaş(tırıl)masına ve doyunluğa ulaşmasına; 1980 sonrası devlet ise pazarın uluslararasılaş(tırıl)masına karşılık gelmektedir” (Bağçe, Emre; *Devletin Tarihsel Aşamaları ve Dönüşen İşlevi*, 1 Aralık 2008 (<http://www.siyasaliletisim.org>)).
- 18 Ortaylı, İlber; *Son İmparatorluk Osmanlı (Osmanlı’yı Yeniden Keşfetmek 2)*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2007, s. 43-46. Ortaylı, imparatorluk tarihinin görkemli dönemi olarak 15. ve 17. yüzyıllar arasında işaret ediyor (bkz. Ortaylı, İlber; *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, Gözden Geçirilmiş 25. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 7).
- 19 Mises’e göre, “(d)emokrat seçim sistemi tatbik edilmediği müddetçe, iktidar mevkiinin merhametsiz maceraperestler tarafından işgal edilmesi önlenemez” (Mises, Ludvig von; *Bürokrasi*, (Çev. Feridun Ergin), Türk Ekonomi Kurumu (TEK) Yayını, İstanbul, 1947, s. 87).
- 20 Davis, James C.; *İnsanın Hikayesi*, (Çev. Barış Bıçakçı), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları (TİBKY), 11. Baskı, İstanbul, 2007, s. 141 vd.; Ünlü, *İmparatorluk Fikrinin Gelişimi*, op. cit., s. 254.
- 21 Ünlü, *İmparatorluk Fikrinin Gelişimi*, op. cit., s. 240.

belirgin bir erk kazanmış bulunduğu aktarılmaktadır.<sup>22</sup>

Esasen, “(d)evletin üstün zecrî otoritesinin, hiçbir toplumda kayıtsız, şartsız, keyfe göre işlediği, uygulandığı ileri sürülemez; bu, aslında, her çeşit otorite için doğru bir yargıdır.”<sup>23</sup> Üstelik, insanın uzun soluklu serüveninde biraz daha geriye gidildiğinde, “vatandaş”ların siyasal iktidar erkinin kullanımına (yönetime) doğrudan katılımını<sup>24</sup> içeren “site devleti demokrasisi”<sup>25</sup> dahi bu Antik Çağlarda hüküm sürebilmiştir.<sup>26</sup> Şu halde, tarihin karanlıklarından günümüze doğru bir yolculuğa çıkıldığında, iktidarın kullanımına yönelik olarak bireylere söz hakkı tanımak bağlamında oldukça

- 22 Bkz. Özkaya, Yücel; 18. Yüzyılda Osmanlı Toplumu, YKY, İstanbul, 2008, s. 206, 207 (daha önce “XVIII. Yüzyılda Osmanlı Kurumları ve Osmanlı Toplum Yaşantısı” adıyla 1985 yılında Ankara’da yayımlanmıştır); keza, bkz. Mumcuoğlu, Çağdaş Demokrasi Kuramlarında Katılma ve Türkiye’de Katılmanın Gelişimi, op. cit., s. 120. Öte yandan, bir “*istibdat*” dönemi olarak tarih kitaplarına geçen II. Abdülhamit döneminden bir ilginç alıntıyı da burada zikretmek isteriz: Buna göre, Sultan’ın resimlerinin kamusal yerlerde sergilenmesine yasak getirilmesinin akabinde, Ankara’da bir kahvehanede görülen suretin “*satın alınarak saraya gönderildiği*” bildirilmektedir. İstibdat döneminde günümüzde olsa ‘*müsadere edilecek*’- bir “*yasak malın*” ‘satın alınması’, bu bağlamda oldukça dikkat çekicidir sanıyoruz (bkz. Deringil, İktidarın Sembolleri ve İdeoloji II. Abdülhamid Dönemi (1876-1909), op. cit., s. 39, özellikle 30 no.lu dipnot).
- 23 Ortaylı, Son İmparatorluk Osmanlı (Osmanlı’yı Yeniden Keşfetmek 2), op. cit., s. 2. Gerek Eski Çağ stoizminin belirttiği devirde ve gerek Orta Çağ sonlarına doğru bütün insanların hükümdarlar da dahil olmak üzere ilâhî kanuna tâbi oldukları ve yönetenlerin buna aykırı hareketleri durumunda ‘*direnme hakkı*’nın doğacağı anlayışının yeterince etkili olamamakla beraber- ileri sürüldüğü görülüyor (bkz. Tuncay, Aydın H.; Danıştayın Yargısal Yönü, içinde Yüzyıl Boyunca Danıştay, İkinci Baskı, Danıştay Yayını, Ankara, 1986, s. 6).
- 24 Mumcuoğlu, H. Maksut; Antik Demokrasinin Kuruluş Süreci, AÜHF Yayını, Ankara, 2001, s. 19, 20. Bu durum, kuşkusuz, toplumu oluşturan nüfusun sayıca azlığından ve iklim gibi diğer koşulların elverişliliğinden kaynaklanıyordu (bkz. Ibid.). “... (D)oğrudan demokrasi adını verdiğimiz bu yönetim şeklinin ancak Atina gibi küçük ve basit bir şehir devleti için söz konusu olabileceği; yönetimin özel bilgi ve yetenekleri gerektirecek kadar karmaşık ve çok vakit alan bir iş haline geldiği devletlerde, doğrudan demokrasi’nin gerçekleştirilmesinin beklenemeyeceği açıktır” (Araslı, Oya; Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı, AÜHF Yayını, Ankara, 1972, s. 9).
- 25 Antik çağdaki Yunan polis devleti örneklerinden daha önceki dönemlerde dahi kent devletlerine rastlandığı gibi (ilk kez İ.Ö. 2800-2350 yıllarında Sümer uygarlığında görülmüştür), sonrasında da Venedik veya Flansa gibi kent devletleri bulunmaktadır (bkz. Mumcuoğlu, Kendine Özgü Bir Siyasal Topluluk - Antik Çağ Polis’i, op. cit., s. 32). Bununla birlikte, bunların antik çağ site devletlerinden “özde” ayrıştırılması gerektiği savlanmaktadır. Buna göre, “Ortaçağ kentlerinin kuruluş ve örgütlenmelerinde askeri amaçlar değil, akılcı ekonomik çıkarlar öncelik taşımıştır. Ortaçağ kentinde merkezi siyasal rolü oynayanlar, kentli girişimciler ile küçük kapitalist zanaatçılar, dolayısıyla onların loncalarıydı.” Antik çağda köylülük toplumsal yaşamın her alanında belirleyici iken ve köylülerin çıkarları öncellenirken, diğerinde ise demokrasinin taşıyıcı ögesi olarak loncalar öne çıkmaktadır (Weber’den aktaran: Ibid., s. 34, 35). Giderek, “*Polis*” teriminin günümüzdeki devlet anlamında olmadığı da özellikle vurgulanmaktadır (bkz. Ibid., s. 88). Öte yandan, klasik Yunan ve daha genel olarak bu çağ felsefesinde devlet mutlak bir güçtür ve kişi hayatının bütün aşamalarında üstün bir nezaretçi, kamunun tek temsilcisi ve hâkimi olarak yer aldığı görülür (bkz. Tuncay, Danıştayın Yargısal Yönü, op. cit., s. 6).
- 26 Davis, İnsanın Hikayesi, op. cit., s. 55. Buna karşın Mumcuoğlu ise, Antik Çağ’da Yunanlıların, “*yurttaşlar topluluğu*”nun dışında, toplumun üzerinde yer alan bir iktidar/otorite veya yaptırım gücüne sahip bir devlet düşüncesine kesinlikle yabancı olduklarını belirtiyor (bkz. Mumcuoğlu, Kendine Özgü Bir Siyasal Topluluk - Antik Çağ Polis’i, op. cit., s. 88, 92). Görüleceği üzere, Mumcuoğlu’nun bu ifadesi hemen yukarıdaki dipnotun son paragrafındaki alıntıyla çelişiyor gibidir. Nihayet, antik çağda demokrasi uygulaması “*yekpâre*” bir düzlem içerisinde görülmemekte ve Atina polis devletine özgü kalmaktadır. Zira, hemen aynı dönemdeki diğer site devletlerinin büyük kısmı oligarşik, küçük bir kısmı da aristokratik rejimlerle yönetiliyordu (bkz. Mumcuoğlu; Antik Demokrasinin Kuruluş Süreci, op. cit., s. 3).

çelişkili olduğu savlanabilecek bir seyir gözlenir. Öğretiden bir ifadeyle;

“(d)evlet kudretinin sınırlanması problemi çok eskidir ve idare edenlerin haiz oldukları kudreti, idare edilenlerin en az zararına kullanmak durumunda bırakılmaları murad edilmiştir. İdare edenlerin iktidarlarını kötüye kullanmalarını önlemek çabasında insanlık, Konfüçyüs'den<sup>27</sup> bugüne, itidal ve hayırhahlıktan tutun da, Demokrasiye kadar birçok çareyi denemiştir.”<sup>28</sup>

Bu “çare”ler içinde yer alan dikkat çeken bir uygulamaya Antik Çağ'daki Atina demokrasisinde rastlıyoruz. Buna göre, toplum içinde tiranlığa meyledebilecek güce sahip olanların demokrasiye tehdit oluşturmamaları gerekçesine dayanılarak, “vatandaş”ların altı bini aşan oy vermesi durumunda bu kişilerin on yıl süre için Atina'dan sürgün edilmesine karar verilebiliyordu.<sup>29</sup>

Bu anlamda, ülkemizde “iki ileri bir geri, yeniçeri demokrasisi” ironisiyle karşılanabilecek iktidar sorunu, konuyu aslında çağcıl<sup>30</sup> anlamıyla demokrasi sorunu şeklinde ortaya koymaktadır. Daha Cumhuriyet'in kuruluş yıllarında dahi, vatandaş kavramını özümsemekten uzak kalan bir “kapıkulu” anlayışının toplumun en aydın kesimlerinde dahi “ziyadesiyle içselleştirilmiş” bulunduğu görülebilmektedir.<sup>31</sup> Bugün dahi bu durumda belirgin bir değişiklikten söz etmek zordur. Hatta, Cumhuriyet'in ilk zamanlarına görece toplum içinde

27 Burada Konfüçyüs'e atfen Bertrant Russel'in aktardığı bir söylenceye yer vermek yerinde olacaktır. Buna göre, bir ırmak kıyısında vahşi bir kaplanın saldırısına uğrayarak eşini ve çocuğunu yitiren bir kadına neden hâlâ aynı yerde yaşamaya devam ettiği sorulduğunda, kederli kadının yanıtı şöyle olmuştur: “Başka yerde baskıcı hükümet var”. Konfüçyüs'ün verdiği ders şudur: “Çocuklarım, şunu daima aklınızda tutun; baskıcı hükümet vahşi bir kaplandan daha korkunçtur” (Russel'dan aktaran: Zabunoğlu, Yahya; (Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlandırılması, AÜHF Yayını, Ankara, 1963, s. III).

28 Zabunoğlu, (Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlandırılması, op. cit., s. 172.

29 Bkz. Bağçe, Emre; Antik Yunan Kent Devletinde Demokrasi Deneyimi ve Yerel Yönetimler, 7 Temmuz, 2008 (www.siyasaliletisim.org).

30 “Çağdaş demokrasi” terimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Selçuk, Sami; Cumhuriyet, Çağcıl Demokrasi ve Türkiye'nin Dönüşümü, BİLGESAM Rapor No. 23, İstanbul, 2010, s. 31 vd.

31 Sözgelimi, Rauf Orbay, saltanatın kaldırılmasına karşı gelirken, “(b)en, ... padişahlık ve halifelik orununa (makamına) gönül ve duygu bakımından bağlıyım. Çünkü benim babam, padişahın ekmeğiyle yetişmiş, Osmanlı devletinin ileri gelen adamları arasında girmiştir. Benim de kanımda o ekmekten vardır... Padişaha bağlı kalmak borcumdur...” demekte (bkz. Tartanoğlu, Ali; “Ulusal Savaşa Birlikte Başlayan Yolcular” ve Yalnız Adam Mustafa Kemal, Öncü Kitap, Ankara, 2002, s. 69); böylece, aslında o dönemlerde egemen olduğu gözlenen bir düşünsel yapının izdüşümünü de açıkça sergilemekteydi.

32 Bu noktada Mises'ten yapılacak bir alıntı, güç odaklarının etrafından saikleri hayli kuşkulu bir tür “cezbe”yle ışığın çevresinde tavaf edip duran pervaneler misali- eksik olmayan güçsevicilerin günümüzdeki durumuna eski dönemlerden bir ışık tutmaya elverişli sayılabilir. Buna göre: “Komünist partisinin kongrelerinden birinde, *Avdyenko* adında bir muharrir (gazeteci) *Stalin*'e şu sözlerle hitap etmiştir: “Asırlar geçecek ve istikbalin komünist nesilleri, tarih boyunca yeryüzünde yaşamış en mes'ut insanlar olan bizlere gıpta edeceklerdir. Çünkü biz dâhi önder *Stalin*'i, mütefekkir *Stalin*'i, bu mütevazı (alçakgönüllü) ve mütebessim büyük adamı yakından tanıdık. Ben *Stalin*'i ilk defa uzaktan gördüğüm vakit, onun kudretini, cezbesini ve büyüklüğünü bütün benliğimde hissettim. Saadetimi ve coşkunluğumu terennüm etmek, haykırmak ve etrafa duyurmak istedim.” Amirine yaranmak istiyen bir bürokrat da, belki daha az şairane, fakat muhakkak ki, en az bu kadar zellîâne (rezilce) bir ifade

aydın sıfatıyla zuhur edenlerin “güçseveci (iktidarperest)” niteliklerini daha vahim bir boyuta getirmiş olduğunu gözlemlene olanağından da söz edilebilir.<sup>32</sup> Oysa, “(d)emokrasi, sadece iktidarın kaynağı ile değil, ama iktidarın denetimi mekanizmalarına katılma kanallarının genişliği ile de tanımlanır.”<sup>33</sup>

Bu minvalde, eski dönemlerden bir alıntıya yer vermek, günümüzde geçerliğini belki daha artırarak sürdüren güçseveciliğe ve dolayısıyla, iktidar çevrelerinde her daim kümelenmeyi başarma yetisine veya karakterine sahip olanlara- yönelik bir tesbit bağlamında önem taşıyabilir:

“Müstebid hükümdarların saraylarında her türlü dalkavukluğa, zillete ve alçaklığa rastlamak kabildi. Lakin arada sırada müstebide hakikati olduğu gibi söylemek cesaretini gösteren bir kahraman çıktığı da vakidi. Halbuki bugün vaziyet başkadır. Politikacılar ve muharrirler artık krallara değil; halka, “sokak adamına” dalkavukluk etmektedirler. Onların hoşlarına gitmeyecek şeyler söyleyerek poplaritelerini kaybetmekten korkmaktadırlar. Louis XIV. nin dalkavukları, hiç bir zaman bugün Führer’leri ve onları destekleyen kütelleri methetmek için kullanılan kelimeleri ağızlarına almamışlardır. Çağımız insanları, kendi hatalarını görebilmek kabiliyetini kaybetmişlerdir...”<sup>34</sup>

Oysa, aydınlara düşen başlıca işlev, toplumu daha ileriye götürecek düşüncelerini toplumu ikna etmeye ve ona yol göstermeye çalışarak ortaya koymaktır. Bu bakımdan, toplumda aydın kisvesiyle beliren kesimlerin toplumu aydınlığa çıkarma ve ılık tutma işlevlerini yerine getirmeye ne denli odaklandıkları, önemli bir tartışma konusu olarak belirlemektedir. Bu bağlamda Mises, yakın geçmişte aydınların bu işlevi yerine getirmek şöyle dursun, aksine olumsuz işlevleriyle daha kötüye gidiş hızlandırdıklarını not etmektedir. Mises'e göre;

“(t)enkit ruhunun kaybolması, medeniyet için ciddi bir tehlikedir. Tenkide uğramak endişesi kalmadığı vakit, şarlatanlar halkı daha kolay aldatabilirler.

---

kullanır.” (Mises, Bürokrasi op. cit., s. 89) (“vurgu” yazarına aittir; keza, alıntılanan kaynaktaki atıflara burada yer verilmemiştir). Demokratik toplumlar içerisinde özellikle az gelişmiş toplum yapılarında ve özellikle de Doğu toplumlarında- iktidar sahiplerine karşı sergilenen “yanarınma” etkinliklerinde ne denli azalma görüldüğü ise ortadadır ve biraz olsun etrafa bakıldığında bu türden “yiğit”ler rahatlıkla gözlemlenebilmektedir. Üstelik, Mises burada değinilen “güçseveci (iktidarperest)” olguyu “bürokrasi” kesimine özgü biçimde değerlendirirken, günümüz toplumlarında iktidardan nemalanmaya eğilimli pek çok değişik çevrenin ve dahası kendilerine aydın sıfatı yakıştırılanların dahi bu kapsama girmekte pervasızlıkları, olası karakter zaafıklarına yönelik bir kanıt bağlamında değerlendirilebilir.

33 Çağlar, Bakır; Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi, AYD, C. 9, 1992, s. 248.

34 Mises, Bürokrasi, op. cit., s. 89.

*Münevver tabakanın (aydın kitlenin) kendini propagandaya daha kolay kaptırdığı belirtilmesi gereken bir hakikattir. Marksizm, Nazizm ve Faşizm cereyanlarına ilk kapılan köylü sınıf değil, münevver tabakadır. Münevver zümre, ideolojilerdeki tenakuz noktalarını anlayabilecek kabiliyeti gösterememişlerdir.”*<sup>35</sup>

Sonuç itibariyle özetlersek, öyle görünüyor ki, “fikri hür, vicdanı hür nesiller” idealine yakınlaşmak için çok uzun yıllar geçmesi gerekmektedir; kuşkusuz, şayet bu bir serap değilse...

## II. Tarihsel Gelişim Süreci

İnsan topluluklarının bir arada yaşayabilmesi için toplumsal birliktelik içinde davranış kalıpları sergileme zorunluluğu, en asgari düzeyde de olsa bir “ortak hareket etme” gereksimini doğurmaktadır. Zira, aksi halde “toplum”dan değil, ancak bir insan kalabalığından sözedilebilir. İşte, birlikte yaşama iradesinin zorunlu bir ögesi olarak beliren “ortak hareket” gereksinimi, doğal olarak toplum adına hareket edecek olan bir “erk” veya “iktidar” kurgusunu beraberinde getiriyor. Toplumlarda düzen sağlayıcı olarak bir erkin kullanılması ise sonuç olarak egemenliğin *neden, nasıl ve ne için*, giderek *kim tarafından* kullanılacağı şeklinde tarihin içinden süzülüp gelen- sorgulamaları ve çözüm önerileri ile bu çerçevede ortaya çıkan uygulamaları gündeme getirmiştir.

Toplumsal yaşamın gerektirdiği düzen, yanısıra doğal olarak bir düzenin gerektirdiği kurallar silsilesini de ifade etmekte ve böylece hukuk kavramı ortaya çıkmaktadır, ki iktidarlar da sonuç olarak bir kurallar dizisine gereksinim duymuştur; en mutlakiyetçi olanından daha özgürlükçü olanlarına değin sıralanan bir dizgi içinde. İşte, siyasal erkin veya başka deyişle “iktidar gücü” kullanımının ne tür bir şekillenmeye bağlı kılınacağı hususu, siyasal sistemleri ortaya çıkarmaktadır. Esasen, iktidar sosyal bir olgudur ve bu sosyal olguyu siyasal ilişkiler yaratmaktadır.<sup>36</sup>

Egemenlik ve böylece kural koyma (hukuku belirleme) hakkı kimde olacaktır; dahası, bu erk nasıl kullanılacaktır?<sup>37</sup> Sözelimi, mutlakiyetçi imparatorluklar çağında Fransa'da kral XIV. Louis'ye atfedilen<sup>38</sup> bir deyiş, Fransızca'daki söylenişinin getirdiği müzikaliteyle, şöyle bir veciz ifade içinde

35 İbid., s. 91 (“vurgu” tarafımıza aittir)..

36 Zabunoğlu, *(Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlandırılması*, op. cit., s. 160.

37 Burada “kurucu iktidar” değil; “kurulmuş iktidar” anlamında, egemenliğin oluşturulmuş bir hukuk kurgusu içerisinde kullanımı bakımından egemenliğin nasıl kullanılacağı hususu kastedilmektedir (anılan terimler hakkında bkz. Gözler, Kemal; *Kurucu İktidar*, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998, s. 13-17).

38 Bkz. Mumcuoğlu; *Antik Demokrasinin Kuruluş Süreci*, op. cit., s. 14, 16.



ortaya konulmaktadır: “*Le droit, c'est moi*”, yahut “*l'état de droit c'est moi*”.<sup>39</sup>

Giderek değinmek gerekirse, tarih boyunca egemenliğin kavram olarak önce ilahi güçlere dayandırıldığı, bilahare “*laik*” bir yaklaşım içinde demokratik temelli milli egemenlik ve halk egemenliği anlayışına geçiş yapılmak suretiyle halka indirildiği bir süreçten geçildiği gözlenmektedir.<sup>40</sup>

Öte yandan, toplumda gücü tek elci yapı içinde kullanma, yahut başka deyişle iktidarın veya egemenliğin mutlaklaştırılması eğilimi, insanlığın en büyük sorunlarından birisi halinde daha hâlâ ortada durmaktadır. Hatta, öğretilen bir görüşte insan “*emperyal hayvan*” olarak nitelendirilmektedir.<sup>41</sup> Buna göre, “*imparatorluklar dünyayı ve mümkünse üzerindeki herşeyi isterler*.”<sup>42</sup>

Sonuç olarak, iktidar gücünün tek elde toplanması bağlamında bu durum, bir kişinin “*çılğınlaşmasının*” bir toplumun “*çılğınlaşmasından*” daha kolayca mümkün olabilmesi anlamında günümüzün temel sorunlarına da ışık tutabilecek niteliktedir.<sup>43</sup> Bu nedenledir ki, nükleer yahut benzeri kitlesel nitelikli- silahların Kuzey Kore örneğindeki gibi- mutlak iktidar sahiplerinin elinde olması, günümüzün önemli küresel endişe konularından biridir.<sup>44</sup>

İşte, tüm bu geri plan, toplumları iktidar gücünün tek elde toplulaşmadığı (temerküz etmediği) bir düzeni geliştirme arayışlarına yöneltmiştir. Zira, toplumsal deneyimler tarihsel süreçte iyice belirgin biçimde ortaya çıkarmıştır ki, “*güç yozlaştırır; mutlak güç, mutlaka yozlaştırır*”.<sup>45</sup> Oysa, yine değinildiği üzere iktidar, paylaşılması en zor şeylerden biridir ve insanın doğasındaki zaptedilmez iktidar arzusu,<sup>46</sup> mutlaka önüne geçilmesi başka bir deyişle,

39 Anılan ibareler Türkçemizde, sırasıyla, “*lô drua, se mua*” ve “*leta dö drua se mua*” şeklinde okunur ve yine sırasıyla “*hukuk, işte o Ben'im*” ile “*hukuk devleti, o Ben'im*” şeklinde çevrilebilir.

40 Gülsoy, Mehmet Tevfik; *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 22.

41 Larsen'den aktaran: Ünlü, *İmparatorluk Fikrinin Gelişimi*, op. cit., s. 240.

42 İbid., s. 242.

43 Aynı yönde bir değerlendirme için bkz. Archibugi, Daniele; *Cosmopolitan Democracy and Its Critics: A Review*, EJIR, Vol. 10, Sy. 3, 2004, s. 441. Yazara göre, mutlakiyetçi rejimler uyumsuzluk yaratmaya daha bir eğilimli görünürken, halkına hesap veren demokratik rejimlerde hükümetler aksine uyumsuzluk doğurmamaya gayret gösterirler (İbid.).

44 Demokratik rejim uygulamalarına sahne olan ülkelerin daha barışçıl bir yapı sergileyeceği ve böylece dünya barışına yardımcı olacağı anlayışının, bununla birlikte, uygulamada pek de doğrulanmadığı ayrıca savlanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmelere burada yer vermeyeceğiz; yine de, kimi çalışmalara atıf yapmak okuyucu için yönlendirici olabilir: Bkz. Layne, Christopher; *Kant or Cant The Myth of the Democratic Peace*, International Security, Vol. 19, Sy. 2, Sonbahar 2004, s. 5-49; Cranmer, Skyler J.; *Democratic Peace*, 5 Eylül, 2005 ([http://www.unc.edu/~skylere/files/democratic\\_peace\\_lit.pdf](http://www.unc.edu/~skylere/files/democratic_peace_lit.pdf)); Russett, Bruce; *Grasping the Democratic Peace - Principles for a Post-Cold War World*, Princeton University Press, 1993. Nihayet, şu çalışmaya özellikle bakılmasında yarar var: Zakaria, Fareed; *The Rise of Illiberal Democracy*, Foreign Affairs, Vol. 76, Sy. 6, Kasım/Aralık 1997, s. 22-43.

45 Geçmiş yıllardan dillere pelesenk olmuş- bir reklam spotundaki ifadeyle, “*kontROLSÜZ güç, güç değildir*”.

denetlenmesi- gereken bir keyfiyet olarak belirmektedir. Giderek Foucault'ya göre de, güç ilişkileri kategorik olarak iyi veya kötü değildir, ama “*tehlikelidir*”: Çünkü, daima baskıcı bir kurgu haline dönüşebilir. Dolayısıyla, bu anlamda sorun, güç ilişkilerinden uzak bir toplum düşünümeyeceğinden ötürü, hukuk devleti, yönetim teknikleri, ahlak ve etik gibi ögeler üzerinden bu güç oyunlarının ‘*mümkün olduğunca az baskıya yol açacak*’ bir şekilde kurgulanmasını sağlamakta belirir.<sup>47</sup>

Öğretide, tarihte insan hakları<sup>48</sup> gibi çağcıl yaklaşımların yer etmediği dönemlerde dahi kralların sanıldığı gibi mutlak erk sahibi kılınmadıkları; ya feodal güçlerle, yahut inanç odaklı veya sair kimi kısıtlarla bağlı sayıldıkları ortaya konulmaktadır.<sup>49</sup> Sözelimi, Tanzimat'a değin mutlak niteliği belirgin olan Osmanlı devletinde padişah öncelikle “*şeriat*” ile kısıtlı sayılmaktadır, giderek geride artakalan mutlak yetkinin de “*uygulamada müesseseler ve geleneklerin baskısı altında tutularak doğal biçimde sınırlandığı, özellikle kapıkulu askeri ve ulema sınıfının birleşerek karşı kuvvet ya da denge oluşturdukları*”<sup>50</sup> söylenebilir.”<sup>50</sup>

Dahası, ironik biçimde, günümüzün temsili demokrasilerinde<sup>51</sup> seçilmiş

46 Bu hususta İbni Haldun şöyle demektedir: “*Mülk hususunda istibdat sevgisi insanların ruhlarında tabii bir şekilde doğuştan mevcuttur. Bilhassa bir kimse böyle bir duruma aday olur da bunu temin edecek olan amiller, ilkeler ve imkanlar da hâsıl olursa, istibdada daha fazla meyleder*” (İbn Haldun'dan aktaran: Ünlü, *İmparatorluk Fikrinin Gelişimi*, op. cit., s. 248, 4 no.lu dipnot)

47 Bkz. Lemke, Thomas; Foucault's Hypothesis: From the Critique of the Juridico-Discursive Concept of Power to an Analytics of Government, *Parthesia*, Sy. 9, 2010, s. 38, 39.

48 İnsan haklarının tarih içerisinde ortaya çıkışına ilişkin bir değerlendirme için bkz. Doğan, İlyas; Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Yeni İnsan Yayinevi, İstanbul, 2008, s. 231 vd.. Kavrama ilişkin bir diğer değinide ise, insan hakları kavramının sadece “*vatandaş*” sıfatını haiz olmaya indirgenmediği ve böylece saf siyasal alana kısıtlı bir kurguda ele alındığı vurgulanmaktadır (bkz. Buonamano, Roberto Luigi; *Humanity and Inhumanity: State Power and the Force of Law in the Prescription of Juridical Norms, içinde* Evil Law and the State: Perspectives on State Power and Violence, (Ed. John T. Parry), Rodopi, Amsterdam & New York, NY, 2006, s. 162). Arendt'in değindiği üzere, böylece, “*insan olma*”nın dışında başka hiç bir kimliği kalmamış “*vatansız*”larla karşılaştığında, insan hakları kavramı dağılıvermekte ve dünya, insan olmanın soyut çıplaklığında hiç bir “*kutsal*”lık görmemekteydi (bkz. Arendt'ten aktaran: İbid.).

49 Bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih; *Devlet, Birey ve Özgürlük*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1-73. Nitekim, Spinoza'nın “*monarşi*” modelinde dahi, krallın kendi tebasına radikal biçimde bağlı bulunduğu ve giderek “*kendi gücünün ancak tebasının gücüyle belirlendiğini kabulü*” yolunda bir anlayışa dayanılmaktadır (bkz. Saar, *The Power of Democracy Spinoza on Collective Action*, op. cit., s. 10).

50 Akıllıoğlu, *Yönetim Hukukumuz ve Geleceği*, op. cit., s. 2. Ancak, yine de buradaki “*mutlak*”lığın bir görecelik sorunu bağlamında algılanması gerektiğini unutmamak gerekir. “*Nitekim, Osmanlı İmparatorluğu'nda ... potansiyel olarak en güçlü konumda olan ulema zümresinin, iktidarla çatışma ihtimalinin bulunduğu bölgelere hiç girmedikleri görülmektedir*” (bkz. Şener, Bülent; *Demokrasi ve Siyasal İktidarın Sınırlandırılması*, 8 Temmuz, 2009 (<http://www.stratejikboyut.com/haber/demokrasi-ve-siyasal-iktidarın-sinirlandırılması--28594.html>)).

51 Dahl'a göre, demokrasi daha ziyade “*ideal*”i ifade eden bir kavramdır. Dolayısıyla, günümüzde “*demokratik*” sıfatıyla taçlandırılan yönetimleri yahut temsili dizgeleri anlatmak üzere, bunları “*Poliarşi*” (“*Polyarchy*”)” terimiyle ifade etmenin daha doğru olacağı savlanmaktadır (bkz. Dahl'dan aktaran: Mumcuoğlu, *Çağdaş Demokrasi Kuramlarında Katılma ve Türkiye'de Katılmanın Gelişimi*, op. cit., s. 51); keza, bkz. Dahl, Robert A.; *Poliarsiler ve Poliarsî Olmayan Rejimler*, (Çev. Memduh Aslan) (<http://www.canaktan.org/politika/demokrasi/makaleler/poliarsiler.htm>).



siyasal iktidarların daha bir sınırsız güç sahibi kılındıkları da ifade edilmektedir. İktidar gücünün nasıl bir mutlaklaşma veya despotlaşma eğilimine kolayca girebildiği ülkemizin yakın geçmişinde de gözlenebilmektedir. Bu minvalde, 1950 yılında çok partili demokrasiye geçiş sonrası yaşanan kimi gelişmeler uyarıcı bir işlev görebilir.<sup>52</sup>

Nitekim, yabancı öğretiden bir kaynakta Tocquville ve Brague'ye atıflarda bulunulmak suretiyle- eşsiz derecede çarpıcı bir ifadeye rastlıyoruz. Buna göre:

*“Asillerin ve kralların gücü tarihe karıştıkça, yerine daha merkezi, daha mutlak ve daha geniş kapsamlı bir yeni tür güç yerleşti. Çağdaş siyasal dizgeler (sistemler) neredeyse yapısal olarak gücün toplaşması eğiliminde görünüyor. Günümüz toplumları sınırsız güce tapar hale gelmiştir; üstelik de, modern zamanlar öncesinde görüldüğünden çok daha fazla. Hatta, mutlak egemenliğini ihtiraslı bir kıskançlıkla gözeten kralları dahi gıpta ettirecek denli görkemli bir güç olarak ortaya çıkmaktadır.”*<sup>53</sup>

52 Bkz. Özçelik, Pınar Kaya; Demokrat Parti'nin Demokrasi Söylemi, AÜSBFD, C. 65, Sy.3, 2010, s. 175-184. Anılan çalışmada dikkat çekici bir belirlemede daha bulunmaktadır. Buna göre, muhalefette bulunan partinin iktidara geldiğinde daha önce muhalefetteyken dönemin iktidar partisi uygulamalarında itiraz ettiklerini uygulayarak duruma gelmesi, eskinin iktidar partisinin ise muhalefete geçtikten sonra yeni iktidar partisinin o geçmiş muhalefet dönemlerindeki savlarına sarılması gibi bir özellik gözlemlenmektedir (bkz. İbid., s. 182, 183, 186). Bu durum, iktidar gücünü elde edinceye kadar savunulanların aslında salt muhalefet saikiyle ortaya konulabildiği ve bir tür “*iktidarı elde etmeyi kolaylaştırıcı ama gerçekte benimsenmeyen*” savlar halinde kalabildiğine işaret ediyor gibidir (sözgelimi, padişahın mutlak erkine karşı çıkarak erki ele geçiren İttihat ve Terakki'nin hemen akabinde *'bu mutlak erkin zevkine kapıldığı'* ve önceki söylemini bir yana bıraktığı görülmektedir (bkz. Mumcuoğlu, *Çağdaş Demokrasi Kuramlarında Katılma ve Türkiye'de Katılmanın Gelişimi*, op. cit., s. 144)). Böylece, karşımızda iktidar gücünü elde etmeyi başlıca hedef olarak gören bir makyavalist (yazara göre, “*pragmatist*” (bkz. İbid., s. 186)) yaklaşımın belirdiği söylenebilir. Durum, aslında bir karikatürdeki çarpıcı görseli anımsatmaktadır. Karikatür sanatçısı Yiğit Özgür'e ait bu anlatımda, parkta el ele tutuşmuş iki genç aşık park bekçisini görünce ürkerek toparlanırlar, ancak bekçi tam aksine gençlere daha da samimi tavırlar sergilemelerini söyler ve gençlerin duraksamaları üzerine ısrarla emreder; nihayetinde de delikanlıyı omzundan tutarak iter ve onun yerine geçerken söylenir: “*Çekil bakayım şöyle kenara, beceremiyorsun!*” İşte, iktidar gücünün elde edilmesi bağlamındaki retorikler, neredeyse hemen daima gücün el değiştirmesine odaklanmakta; ne var ki, gücün muhatapı olan halkın akubetinin ne denli değiştiği hususu önemli bir soru işareti halinde kalabilmektedir. Kaldı ki, Antik Çağ'da dahi soyluların (günümüzün siyasal partilerine benzer şekilde) yoksul halk yığınlarını kendilerini iktidara getirinceye kadar ittifak yapılacak yığınlar olarak gördüğü ve bir tür benzetmeyle “*iktidar durağında ininceye kadar ihtiras durağından kalkan demokrasi tramvayına binildiği*”, iktidara geldikten sonrası önceki tiranın uygulamalarına kaldığı yerden devam ettiği görülmektedir (bkz. Mumcuoğlu, *Kendine Özgü Bir Siyasal Topluluk - Antik Çağ Polisi*, op. cit., s. 79). Dahası, “*(t)iranlık yönetimleri din faktörünü de başlangıçta meşru olmayan iktidarlardan meşrulaştırmak, dolayısıyla halkın desteğini sağlamak için kullanmışlardır. Bu amaçla çeşitli tapınaklar yaptırmışlar, dinsel törenler ve festivaller düzenlemişlerdir*” (İbid., s. 81). Anılan eserde daha başka çarpıcı tesbitlere de yer veriliyor. Buna göre, demokrasiyle yönetilen Atina Polisi'nde “*Meclis'te oy kullanmak, sırası gelince magistratlık (yöneticilik) yapmak zorunluydu. Anlaşmazlıkların sıkça yaşandığı dönemlerde, yasa kimseye tarafsız kalmak hakkını tanııyordu; herkes bir hizip çevresinde tavır almak durumundaydı. Aksine hareket, malvarlığına el konulmasıyla birlikte sürgün cezasını da gerektiriyordu*” (İbid., s. 91). Böylece, toplumların demokrasi serüveninde kimi zamanlar âriz olabildiği görülen “*bıtaraf olan, bertaraf olur*” anlayışının Antik Çağlara kadar uzanan derin bir tarihsel temele dayandığını da öğrenmiş oluyoruz.

53 Bkz. Poole, Thomas; *Judicial Review at the Margins: Law, Power, and Prerogative*, LSE Working Papers, No. 5, 2010, s. 23.

İşbu satırlarda dile getirilen görüşler içinde ortaya konulan hususlar, kanımızca yeterince çarpıcı bir gözlemi yansıtmaktadır. Kralların sahip oldukları varsayılan “*ilahi*” yahut “*kutsal*” egemenlik erki algılaması zaman içinde görece- bertaraf edilebilmiştir; ne var ki, bu “*kutsal*”lık günümüzde karizmatik liderlere atfedilmek suretiyle sanki bir alandan kaldırılıp diğerine aktarılmış gibidir.<sup>54</sup>

Nihayet değinmek gerekirse, karizmatik liderlik tahtında ayrıntılı çözümlemelere gidilebilmesi de olanaklıdır. Bu yöndeki bir çalışmaya göre, sözgelimi, karizmatik liderlik tipini “*sosyalleşmiş*” ve “*bireyselleşmiş*” karizmatik liderlik olarak ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan birincisinde lider sosyal, yapıcı ve insan haklarına saygılı davranışlar sergilemekteyken, ikincisinde bireysel üstünlük ve otoriter davranışlar gözlenmektedir. Keza, aynı kaynakta, liderliğin “*davranışsal*” ve “*dönüştürücü*” olarak ikiye ayrılabilmesine değinilmektedir. Buna göre de, birincisinde uzun dönemli bakış açılarına sahip olmayan bir lider türü bulunur ve bunlar statükoyu muhafazaya odaklanır. Karizmatik lider tipolojisiyle örtüştüğü savlanabilen ikincisinde ise, liderler izleyicilerinin amaç ve değerlerini değiştirip şekillendirebilirler; bunlar insan haklarına saygı, dürüstlük ve adil olma gibi evrensel değerlere sahiptir.<sup>55</sup>

Giderek günümüzdeki parlamenter sistemde hükümetin Meclis'e karşı sorumlu olduğu ve Meclis tarafından denetlendiği yolundaki savların bir faraziye den öte geçmediği açıktır. Öğretideki bir görüşte değinildiği üzere, “(b)u şekilde işlemeyen bir mekanizmanın parlamenter hükümet sisteminin olumlu yönleri arasında sayılması, “seçmenin kandırılması” olarak değerlendirilmektedir.”<sup>56</sup> Hatta, “Parlamenter hükümet sisteminde ... esasında Başbakanın iktidarından bahsetmek mümkündür.”<sup>57</sup> Aynı yoldaki bir diğer görüşe göre de;

“İspanyol, Portekiz, İsveç, Avusturya, Almanya Anayasaları Yasama, ve Yürütmenin yetkilerini ve aralarındaki münasebetleri farklı düzenler, ama bu sistemlerin hepsinde Yürütme, Başbakanın kişiliğinde “*siyasi oyun*”a hakim olur ve Parlamentoyu da bir kayıt odası durumuna sokar.”<sup>58</sup> Yine, benzer yolda

54 Bkz. İbid..

55 Bkz. Tabak, Akif; *Lider ve Takipçileri*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 34-44 (alıntılanan kaynaktaki atıflara burada yer verilmemiştir). İşbu atfın ne gibi açılımları beraberinde getirebileceği üzerinde yorum yapmayı gereksiz buluyor ve keyfiyeti okuyucunun takdirine bırakıyoruz.

56 Bkz. Yavuz, Bülent; *Parlamenter Hükümet Sisteminde ve 1982 Anayasası'nda Başbakan*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 46 (“alıntı”da yer verilen “tırnak içi” ibare Burhan Kuzu'ya aittir).

57 Hasan Tunç'a ait anılan alıntı için bkz. İbid. (ifade, sayfa numarasız olarak yer verilen “Önsöz”de bulunmaktadır).

58 Bkz. Çağlar, Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi, op. cit., s. 248 (“vurgu” yazarına aittir).

sayılabilecek önemli bir belirlemeye göre de;

“(s)osyolojik açıdan bakıldığı zaman kuvvetler ayrılığı kavramının çağımızda esaslı bir anlam değişikliğine uğradığı anlaşılr. Gerçekten artık yasama ve yürütme organlarının arkasında eski dönemlerde olduğu gibi farklı toplumsal güçler yoktur.”<sup>59</sup>

#### - İktidar/egemenlik ayrımı ile ekonomik analiz yaklaşımı

İktidar kavramının tarihsel gelişimi bağlamında bir son değini olarak, egemenlik ve iktidar ayrımı ile ekonomik ve siyasal iktidar şeklinde beliren ayrımlara da ayrıca yer vermek; nihayet, bu ikinci ayrım meyanında devam ederek, egemenliğin ulusal sınırları aşan küresel boyuta dönüşümüne de ayrıca kısaca değinmek istiyoruz.

Bir görüşe göre, siyasal iktidar ile ekonomik iktidar arasındaki farkı, bu ikisi arasındaki işlev ayrılığında aramak gerekir. Birincisinde tüm işlevler siyasal nitelikte ve toplumun bütünüyle ilişkili iken, ikincisi temelinde ekonomik çıkarını çoklamaya yönelir. Belki Orta Çağ'da bu ikisi aynı elde toplanmış sayılabilir; ancak, kapitalizmin doğuşuyla ayrılık belirmeye başlamıştır. Siyasal iktidar devlet sınırlarında etkili iken, ekonomik iktidarda böylesi bir kısıtla bağlılık bulunmaz. Siyasal iktidarla ekonomik iktidar ilişkisinin özünü, zenginliğin baskı yapmaya eğilimli niteliği oluşturur denilebilir. Nihayet, siyasal iktidarın aldığı “*biçim*”lerin, ekonomik iktidarın gelişim süreciyle belirlenen bir özellik içerdiği de savlanmaktadır.<sup>60</sup>

Görüleceği üzere, “... sosyo-ekonomik yapıya egemen olan, siyasal iktidarı da kendi çıkarları yönünde şekillendirebilmekte, yönlendirebilmektedir.”<sup>61</sup> Böylece, ortaya çıkan sonuç, birbiriyle sürekli etkileşim içinde bulunan, bir tür

59 Azrak, Ali Ülkü; Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları, İÜSBF Yayını, İstanbul, 1982, s. 57.

60 Bkz. Bulut, Nihat; Devletin Gelişimi, op. cit., s. 21-48. Bu önemli konuda ayrıntılı bilgi için anılan çalışmanın bütününe bakılmasında yarar vardır.

61 Akad, Mehmed; Pluralist Toplum, içinde Küreselleşme ve Türkiye, op. cit., s. 130. Yazar devamla şöyle demektedir: “*Bu anlayışa uygun olarak önce aristokrasi, sonra da burjuvazi tarih sahnesindeki yerlerini almışlar, ancak işçi sınıfı bu işi hep koalisyonlar içinde götürmek zorunda kalmıştır.*” Buradaki ifadenin toplumumuzun siyasal gelişiminde ne denli gözlemlendiği, sözgelimi işçi sınıfının ne denli bir etkinlik içerisinde bulunduğu hayli tartışmalı sayılsa gerektir ve ülkemizde sınıfsal sömürünün ya etnik yahut inanç odaklı söylemlerle ustaca bastırıldığını veya gözden irak tutulmasının başarılıldığını düşündürmeye elverişli bir sosyo-psikolojik toplumsal yapıya işaret ediyor sayılabilir.

62 Nitekim, kimi kesimlerde beliren yolsuzluklarda “*iktidarı ele geçirmek yolundaki kutsal davamız için ekonomik güç kazanmanın zorunlu olduğu*” yollu ‘*masum*’ ve ‘*meşru*’ gerekçelerin kullanılabildiği anımsanacaktır. Bir alıntıya burada yer vermek yararlı olabilir: “*Açık yüreklilikle ve cesaretle söylemek gerekiyor: Dün milleti paylaşmak için (tabii İslam adına ve o insanları kurtarmak için!) yapılan örtülü mücadele bugün devleti(n zenginliğini) paylaşmak üzere (yine İslam adına ve hem insanları, hem memleketi kurtarmak için!) verilen örtülü bir savaşa dönüşmüş durumdadır*” (bkz. Şimşek, Şaban; Allah bu memleketi cemaatçilikten korusun!... Amin. (1), Yeni Akit Gazetesi, 7 Kasım, 2010).

“*fasit daire*” niteliğindeki bir ilişkiye işaret ediyor gibidir: Siyasal iktidarı ele geçirmek için ekonomik iktidarı elde etmek gerekirken,<sup>62</sup> ekonomik iktidar ise bizzat kendi zenginliğini artırmak için siyasal iktidarı baskılıyor konumuna girmekte; sonuç olarak siyasal iktidar/ekonomik iktidar ikilisi “*aynı yolun yolcusu*” yahut “*mağşerin iki atlısı*” durumuna geçivermektedir.

Kuşkusuz, demokratik bir ülkede siyasal iktidarı devam ettirebilmek için seçimleri kazanmak zorunluluğu bulunması nedeniyle, ekonomik açıdan görece baskılanan geniş kitlelerin ‘*gönlünün alınması*’ yahut ‘*ikna edilmesi*’ de gerekiyor. İşte, bu noktada karşımıza olası bir sav çıkıyor: Konunun toplumsal ekonomik paylaşım ögesinden saptırılıp, ısrarlı biçimde etnisite veya inanç odaklı tartışmalar üzerinden kurgulanıvermesi gibi bir harika çözümle kitlelerin ekonomi dışı alanlara yönlendirilmesi, sürecin devamındaki başlıca etken olarak belirlemektedir denilebilir mi?

Egemenlik ile iktidar kavramları açısından da farklılıklar bulunmaktadır. Sözgelimi, egemenlik süresiz bir nitelikteyken, iktidar sınırlı süreli olarak belirebilir. Keza, egemenlik daha ziyade kurucu iktidar açısından örtüşebilir bir kavram iken, tâli (türev) iktidarlara bakımından bu özelliğin görülmeyeceği söylenebilir. Nihayet, egemenliğin daha çok devletin dış alanları itibarıyla öne çıkan bir özellik olduğu da savlanabilir. Egemenlik ile siyasal iktidar arasında eşitlik yoktur, ast-üst ilişkisi vardır. Örneğin, ‘iktidar’ bir sömürge yönetiminde dahi bulunabilir. Keza, ‘egemenlik’ belli bir sınıfın elinde olmayan ve soyut nitelikteki bir ideolojik kavram şeklinde algılanırken, ‘siyasal iktidar’ belli bir toplumsal kesimin elinde ortaya çıkabilir.<sup>63</sup>

Bu bağlamda son olarak, bu kez, toplumsal ekonomik yapıdaki artan küreselleşme<sup>64</sup> nedeniyle- beliren yeni oluşum veya dengeler sonucunda, ülke dışındaki egemenliğin kısıtlamalara maruz bırakıldığı bir “*yeni dönem gerçekliği*”nden de söz edilebilir. Ulus-devlet paradigmasında ülke içi iktidar savaşımı şeklinde beliren kurgu, değinilen gelişmelerden ötürü ülke dışı boyuta da ayrıca ve önemli bir boyutta savrulmuş görünebilmektedir. Sözgelimi,

63 Bkz. Hakyemez, Yusuf Şevki; *Egemenlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi*, içinde Küreselleşme ve Türkiye, op. cit., s. 48-82.

64 Rothkopf’a göre, küreselleşme bir “*olgu*”dur ve tarihten beri süregelen bir eğilimdir. Nasıl ki endüstri toplumuna geçiş bir referandumla başlanmamıştır, küreselleşme de böyle bir süreçtir ve geriye çevirmek olanaksız olduğuna göre onunla birlikte yaşamayı öğrenmek, aynı zamanda da onu dönüştürmeyi-etkilemeyi düşünmek daha evlâ olsa gerektir (bkz. Rothkopf, David, “*Superclass: The Global Power Elite and the World They Are Making*”, Carnegie Endowment for International Peace, 9 Nisan, 2008, Washington, D.C. (anılan kuruluş tarafından düzenlenen ve Rothkopf’un aynı başlıklı kitabına ilişkin tartışmaların yapıldığı toplantı kayıtları)). Yazarın bir diğer tesbiti ise, sanırım ülkemiz bakımından da önemli çağrışımlara yol açabilecek türdendir; buna göre, bir toplumun başarısı toplumsal zenginliğin artışıyla ölçülemez; bunun yerine, adaletin bir ölçüt olarak kurgulanması daha yerindedir (bkz. İbid.).

bir görüşe göre, küresel ölçekte etkinlik gösteren uluslararası şirketler yoluyla, toplamda bir kaç yüz kişi tüm insanlığın kaderini şekillendirebilecek boyutlardaki ekonomik gücü kontrolünde tutabilmekte ve çoğu zaman ulus-devlet egemenliğini etkin biçimde baskılayabilmektedir.<sup>65</sup>

### III. İktidar ve Sınırlama Gereksinimi

İktidar ve egemenlik gücünün kullanımı her toplumda “sorunlu” bir alandır. İbni Haldun'un anlatımıyla, “... iktidar zaafı, devlete ârız olması tabii olan bir hâlettir... Bunlar tedavisi ender bulunan devlet hastalıklarıdır.”<sup>66</sup> İktidar<sup>67</sup> arzusu, her fâninin içindeki bir gizli özlem şeklinde, türlü etmenlerden habire beslenir durur. İşte, çağcıl bir hukuk düzeni bu anlamda en önemli bir dizge gereksinimi şeklinde karşımıza çıkıyor.

#### - “İktidar dürtüsü”nün arka planı

'Nihayetinde fâni ömürlü' insanoğlunun iktidara erişmek için duyduğu karşı konulmaz ve doyulmaz ihtirası nasıl yorumlayabiliriz yahut, daha da önemlisi, nasıl anlamlandırabiliriz? Üstelik, halk yoklamalarında neredeyse her daim siyasetçilere duyulan güvenin en alt düzeylerde seyretmesi bir gerçeklik iken, bireyler ne için iktidar düşü görmekten kendilerini

65 Bkz. İbid.. Buna göre, sözelimi İsveç'in 80 ülkede diplomatik temsilciliği varken Exxon şirketinin 180 ülkede etkinliği bulunmaktadır ve İsveç, Kyoto Sözleşmesi'ni onaylarken, anılan şirketin etkinliği için çıkmaza girmesine neden olabilmektedir. Yine, Rotkopf'ın ifadesiyle, sözelimi ABD Hazinesi başkanı ekonomik kriz ortamı belirlediğinde hemen 14 adet belli başlı finans şirketini (yahut “finans ailesi” de denilebilir, ki bu da bir tür “mafya ailesi” çağrışımı yapıyor) toplantıya çağırıp alınacak önlemleri onlarla birlikte kararlaştırmaktadır (bkz. İbid.).

66 Hassan, İbn Haldun Metodu ve Siyaset Teorisi, op. cit., s. 263.

67 İktidar teriminin dilimizdeki diğer karşılıkları dikkate alındığında beraberinde getirmesi olası çağrışımlara sadece bir ironi bağlamında yer verelim (anılan ironi için bkz. Kenan Işık'tan aktaran: Boysan, Aydın; *Yüzler ve Yüreklere*, YKY, 7. Baskı, İstanbul, 2007, s. 311). Gerçekten, tarih boyunca iktidar erkine karşı konulmaz bir hırsla saldırıp sahip olmaya çalışanların “yüksek libido” özelliklerini sergiledikleri hususu, gerek siyasetçilerin özel yaşamlarına bakıldığında ve gerek sair nitelikteki toplumsal yapılanmalarda öne çıkan kişilerde gözlenen bir durum olarak beliriyor. Nitekim, inanç odaklı bir bağlamda “âlimlerin şehveti çok olur” şeklinde bir ifadeyle karşılaştığımızı anımsıyoruz (sözelimi “(k)ısmen izlediği siyasetin, kısmen de şehvetinin sonucu (kral) Davut'un 20 karısı ve cariyesi olmuştu” (bkz. Davis, *İnsanın Hikayesi*, op. cit., s. 41)). Öyle görünüyor ki, biraz ironiye cevaz verilirse, iktidara gelen, sanki Anadolu'nun kimi yörelerinde hâlâ uygulaması görülen “yaşlı kişinin bolca başlık parası vererek küçük yaştaki gelini alması” benzeri, seçimlerde “parayı bastırıp oyu aldıktan” sonra artık gerdeğe girmeye hazırlanan pek heyecanlı yaşlı damat gibi, “yatak odasındaki erk”ine müdahil olabilecek başka bir erk istememekte ve seçmen kitleleriyle “hem-hâl” olurken mahremiyetine olanca gücüyle sahip çıkmaya yeltenmektedir. Böylece, hukukun üstünlüğü veya anayasal hukuk düzeni çerçevesinde yargısal denetimle karşılaşan her iktidar, adeta “erkinin üstüne erk tanımam” tavrı sergileyerek, örneğimizdeki “yaşlı damat sendromu”na kapılıvermektedir ve etraftan herhangi bir başka erkin olası müdahalesine karşı “yaşlı damat refleksi” sergileyebilmektedir. Bu açıdan, “verdim parayı aldım gelini, daha kim karışır; helâlimdir” çarpık anlayışı ile “sandıkta aldım da geldim oyu; daha bana kim karışır” dizelerini düzen herhangi bir siyasal iktidarın “demokrasi çarpıtması” arasında büyük bir benzerlik bulunduğu savlanabilir. Oysa, Özey'in ustaca değindiği üzere, demokrasi dünyanın hiçbir yerinde dört-beş yılda bir seçime gidilmesiyle istenilen düzeyde gerçekleşmez; buna çoğulculuğu da eklerseniz, “milli irade”nin sadece seçimle oluşan Yasama'nın tekelinde olmayacağını da kabul etmek zorunluluğunu görürsünüz (bkz. Özey, *Günışığında Yönetim*, op. cit., s. 9). “Kahrırsa tenhâda iki kişi / Biri er kişi, diğeri dişi / Mutlaka zuhur

alıkoyamamaktadır?<sup>68</sup> İnsanları iktidarı ele geçirmeye yönelten temel etken(ler) ne(ler)dir? Halkımızın veciz ifadesine göre:

“‘Yâr aşkı’, ‘kâr aşkı’. Kâr aşkı ile yapılan faaliyetler iktisadî faaliyetlerdir. İnsanı dükkana kâr aşkı koşturur. Eve de yâr aşkı koşturur. Yâr aşkına yapılan şeyleri İslam Hukuku ve halkı ‘Allah rızası’ için yapılan sözü ile ifade eder.”<sup>69</sup>

Toplumsal bakış açılarından birisindeki durum böyleyken, hemen şu soruyu gündeme getirmek olasıdır: Erk ihtirasıyla iktidarı ele geçirme girişimleri acaba “kâr aşkına” mı, “yâr aşkına” mı yapılmaktadır?

Bu ve benzeri türden akla gelebilecek olası diğer sorulara yanıt verebilmek

eder üçüncü kişi / Ki ona derler Şeytan”; yahut, “Derler ki ateş ile baruta / Duramaz asla yan yana...” şeklindeki nazım yöntemiyle ve bir tür ironik biçimde aktarılabilecek- inanç odaklı muhafazakar söylemlerin varlığına bu meydana atıfta bulunulabilir. “Zamanın ruhu” dikkate alınarak bu söylemlere atfen meramı anlatmak, sorunun daha iyi algılanmasına yardımcı olabilir düşüncesindeyiz. Buradan hareketle metaforumuza devam edersek, iktidarların temsili demokrasi esasına dayalı seçimlerin sonucunda elde ettiği siyasal güç sonrasında halkla “tenhâ odalarda başbaşa kalma arzusu”na kapılması ve mekânda başka kimseye erk tanımama yahut müdahaleye fırsat vermemeye şeklinde beliren bir tür “kıskançlık krizleri”ne sürüklenmesi, giderek etrafına kimseyi yanaştırmama içgüdüğü sergilemesi, bunda da kendi “kutsal” erkine karşı her türden erk iddiasına bir tür “şirk koşma” algılamasına girerek tepkisini kızgınlıkla ortaya koyması keyfiyetiyle karşılaşılr. Bilinir ki, dimimizde şirk koşmak, “küfre” delalet eder ve en büyük günahlardan biri sayılmakla kategorik biçimde dışlanır. Benzer analogiyle, iktidarlar da kendi erkine karşı diğer erklerden gelecek müdahaleleri “şirk koşma” olarak görme eğilimine girmekte ve “demokrasi düşmanı” suçlamasıyla bertaraf etmeye yeltenmektedir. İşte bu durum, az önceki söylemle karşılık görebilir ve böylece denilebilir ki, iktidar ile halkın tenhâda yalnız kalması “kat’iyen caiz değildir”. Aksi takdirde, ortaya “Şeytânî” işler ve sonuçlar çıkar ve hiç bir zaman da bunların ‘Rahmânî’ nitelikte olduğu söylenemez. Giderek, toplumsal yaşam içerisinde öne çıkan kimi “kanaat önderleri”nde de benzeri bir “yüksek benlik duygusu” göze çarpıyor. Sözgelimi, şair Necip Fazıl Kısakürek’in bir yazısında “ben” kelimesini aşırı kullanmasından dolayı, matbaada eski yöntemle baskı yapılırken “b”, “e” ve “n” harflerini gösteren kurşun hurufatın tükendiği hususu, bir anekdot olarak, edebiyatla uğraşan çevrelerde iyi bilinir. Ancak, daha farklı bir açıdan değinmeye geçerseniz, iktidar arzusu toplumsal yaşamın içerisinde her kesimde ve belki her bireyde görülen, “törpülenerek aşırılıkları giderilesi bir öge” şeklinde beliriyor gibidir (toplumsal yapı içerisinde beliren bütün bu plüralist yapılar “sosyal iktidar” kavramıyla karşılanmaktadır (bkz. Zabunoğlu, *Kamu Hukukuna Giriş*, op. cit., s. 6, 7)). Bu habâset, aile içerisinde görülme başlar daha en başta; sözgelimi eşler arasındaki iktidar savaşı giderek gelin-kaynana arasındaki, “cins-i latiflerin erkek nesli yani ‘cins-i kerih’ler- üzerinde uyguladıkları” yönetim ve denetim yahut “emir ve itaat”- mücadelesine kadar uzanır. Özellikle inançların süflî sönürüsünün kolayca gündeme gelebildiği topluluklarda zirveye varan iktidar gücü (ki bu anlamda Demokrat Parti yönetiminin 1950’lerde “dini siyasete alet etmek suçu” tabiri içerisinde inanç sönürüsüne karşı bir yasa tasarısı hazırlanmış olması, yakın tarihimiz bakımından hayli garıpcı bir siyasal gelişme olarak anımsanmalıdır (bkz. Özçelik, *Demokrat Parti’nin Demokrasi Söylemi*, op. cit., s. 182)), bireyler arasında zeka veya fiziksel bakımdan olsun türlü bağlamlarda güçlü olanın zayıfı istismarına yönelik boyutları da içerir. Bu tabloya bakıldığında, “yok edin insanın insana kulluğunu” diyerek dizelerinde sönürüye karşı isyanını dile getiren şairin (Nazım Hikmet Ran (bkz. Davet adlı şiiri)) dileği, herhalde kendisini ancak bir ütopyada gerçekleştirecek kemâline varabilecek gibi görünmektedir.

68 Siyaset uğraşısının sadece günümüzde değil, çok daha eski devirlerde de pek “matah” görülmeyen bir “kazip şöhret”inin bulunduğu söylenebilir. Sözgelimi, 1919 yılında olarak Fransa’yı ziyaret eden Polonya başbakanına Fransız başbakanı Clemenceau şöyle diyordu: “Siz, dünyaca ünlü müzisyen Paderevski’siniz, şimdi Polonya başbakanı olduğunuz demek... Ne feci bir düşünüş bu Tanrım!...” (aktaran: Boysan, Aydın; *Uzun Yaşamının Sırrı*, IV. Baskı, TİBKY, İstanbul, 2008, s. 310). Burada kullanılan metafordaki “müzisyen” ibaresini “akademisyen” şeklinde değiştirmenin hemen akla geliverdiği de söylenebilir.

69 Seviğ, Vasfi Raşid; *Borçlar Hukuku ve İktisat*, AÜHFD, C. 7, Sy. 3, 4, 1950, s. 234.



için, gerek toplumsal ve gerek bireysel psikişik alanlardaki bilimsel irdelemeler kuşkusuz zorunlu ve giderek oldukça açıklayıcı olacaktır. Açıktır ki, erk sahibi olmaya yönelen duyguların psikopatolojik bir irdelemesini ortaya koymanın çok yararlı işlevleri görülebilir. Bu konuyu ilgili alanın uzmanlarına bırakma gereği aşikâr olmakla beraber, gözlem ve analize dayalı kimi tesbitlere girişmeyi denemek, en azından belirgin ipuçlarını belki- ortaya koyabilir ümidindeyiz. Aşağıdaki satırlar, işbu düşünceden hareketle kaleme alınmıştır.

Bu anlamda ilk olarak, görece uzun sayılabilecek devlet bürokrasisi deneyimlerimize atfen kimi kişisel gözlemlerimize yer vermek yararlı olabilir. İyi bilinir ki, devlet bürokrasisi içinde en alt düzeyde yetkilendirilmiş bireylerde dahi bu yetkinin “*ziyadesiyle tadını çıkarmak ve keyfini sürmek*” şeklinde betimlenebilecek davranışlara rastlamak, ülkemizde çoklukla karşılaşılan bir özellik olagelmıştır. Nitekim, bu bağlamda Özyay'ın aktardığı bir ifade çarpıcıdır:

*“İdare, hasta ruhlu ve insanlıktan uzak bir varlıktır. Dostluk yoluyla varılabilecek çözümleri reddeder. Didişme konusunda o denli açgözlüdür ki, idare mahkemeleri işten başlarını alamazlar. Yargı yerleri kendisini haksız çıkardığında da, genellikle bu kararları uygulamaktan kaçır. İdari uyuşmazlıkların o kadar eski bir tarihi vardır ki, bundan bir zevk mi alıyor diye sorulabilir. Müsaadeye dayanan gücü, sanki en görkemli noktasına, kendisinden isteneni geri çevirdiği zaman ulaşıyor sanılır. Biraz daha cana yakın olamaz mı diye düşünmez bile, çünkü böyle bir olasılık onu kahreder.”<sup>70</sup>*

Bir dönemin efsâne valisi Recep Yazıcıoğlu'ndan bizzat dinlediğimiz bir ironi de, yine, bürokrasinin iflah olmaz keyfiliğine yahut güç gösterisine, giderek arka planda yer alan “*erk hassasiyetine*” işaret etmektedir.<sup>71</sup> Benzeri

70 Frappart'dan aktaran: Özyay, İl Han: *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. XIX, XX, 13.

71 Buna göre, abdesthane kapısındaki görevli, içeri girenlere köşede sıralı ibriklerden hangisini alacaklarını buyurmaktayken; birbirinin tümüyle aynısı ibriklerden hangisinin alınacağını buyurmanın hikmetini sorana yanıtı şöyledir: “*Burada boşuna durmuyoruz herhalde, müsaadenizle bizim de o kadarcık olsun bir erkimiz vardır*”. Yazıcıoğlu, bürokraside erk kullananlara arız olan işbu “*erki karşısındakine hissettirme*” hastalığının hemen her kademedede kendisini başarıyla ortaya koyabildiğini vurgulamaktaydı. Gerçekten de, sözgelimi, çalıştığımız kurumdaki bir orta düzey yönetici, çalışanların yasal yıllık izin kullanımlarını kısıtlamakla marifet eylediği sanısına kolayca kapılabilmekte ve izin istemlerine görkemli “*hayır*” yanıtlarını verirken sanki erk sahibi olmanın doruktaki bir zevkini tatmaktaydı. Burada verdiğimiz örnekler, aslında demokrasi ve iktidar erkini ele geçirme saikleri hakkında analize elverişli gibidir. İktidarın şu veya bu elde toplanması, halkın adalet ve eşitlik içerisinde ibriklerden yararlanmasında kaydıyla sorun oluşturmaktan uzaktır ve gelişmiş Batı demokrasilerinde büyük oranda bu yönüyle belirir. Ondan dolaydır ki anılan ülkelerde iktidarın el değiştirmesi sokaktaki birey için radikal değişimler getirmez ve sokaktakinin pek de aslında umursamadığı bir etkinliğe dönüşür görünümündedir. Oysa, diğer kimi ülkelerde iktidar değişimiyle yeni hükümetin büyük rant aktarımlarına kavuşması, hukuk devleti ilkesinin sözde kalmasıyla birleşerek “*kahhâr iktidar erki*”ni

yaklaşımların en işlevsel olduğu söylenebilecek kimi şöhretli kurumlardaki kamu görevlilerince dahi kimi zamanlar pervasızca uygulanabildiği ise, bizzat bu satırların yazarının şahit olduğu bir keyfiyettir ve hatta kimi bürokrat meslekdaşlarınca 'vatandaşa hizmet konusunda çıtayı gereksiz biçimde yükselttiği' yönünde şaka yollu tarizlere dahi maruz bırakılmıştır.<sup>72</sup>

Özetle, birey erk sahibi kılındığında, bu erki zirveye taşımaya eğilim gösterebilmekte, giderek bunu yaparken kendinden geçecek denli psişik özellikler gösterebilmektedir. Dikkat çekici olan bir husus ise, bireye tanınan erkin kapsamından bağımsız olarak, ister sıradan bir yetkiyi içersin yahut ister tepede tüm erklerin üzerine çıkan bir zirve yahut “nirvana” noktasında belirsin, her erk sahibinin bu “erk virüsü”nden etkilenmeye hazır ve nazır, yahut buna teşne veya duçar olabilmesinde yatıyor gibidir.<sup>73</sup> Bu noktada yine Rousseau'ya kulak verelim: “İnsanlar arasındaki güç ilişkileri her zaman keyfiliğe

oluşturma anlamına gelebilmektedir. Bu durumda, yandaş bireylere aynı ibriklerden yararlanmak bir yana üstüne “ipekli bez” verilirken, daha az yandaşlar “iki katlı yumuşacık kağıtla” ödüllendirilmekte; buna karşın yandaş olmayan bireyler “zımpara kağıdıyla yetinmek” zorunda bırakılabilmekte ve hatta “defi hacete gelen” kimileri içeriye dahi sokulmaksızın “kapıdan def edilebilmekte”dir. Oysa demokrasi, kuşkusuz “bu” olmamak gerektir. Ekonomik hak ve özgürlüklerin bu anlamda gerek toplumsal algıda ve gerek hukuk öğretisinde (özellikle de idare hukuku bakımından) gözden ırak tutulması, soruna katkı sağlayan belki de oluşturan- başlıca öğelerdir ve buna önemle dikkat çekmek istiyoruz. Bu bağlamda, iktidarların ekonomik rant paylaşımlarını eleştiri odağında tutmak bir yana, Fransız hukuku kaynaklı arkaik “*intuitu personae*” ilkesine dayanarak olumlayan idare hukuku öğretisinin belki farkında dahi olmadığı katkı da gözden uzak tutulmamalıdır (anılan ilkeye ilişkin ayrıntılı bir bir değerlendirme için bkz. Çal, Sedat; “*Intuitu Personae*” veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine... (anılan makale Ankara Barosu Dergisi'ne gönderilmiş ve olumlu hakem raporuna istinaden ötümümüzdeki ilk sayısında yayımlanmak üzere kabul edilmiştir)).

72 Nitekim, bir baraj yapımı projesindeki istihkakların yurt dışı kredilerden ödenmesine ilişkin olarak, imzalanması gereken evrakın bürokratik süreç içerisinde en alttaki memurdan imza makamına kadar çıkarılmasına yönelik evrak akışını takip etmek üzere ortalarda gezinen kâmil yaşlardaki kişinin ilgili yapımı şirketin ortaklarından birisi olduğunu öğrendiğimizde, kendisinin yurt içi veya yurt dışında proje üstlenilebilmeyi teminen konunun ve giderek kapasitesinin gerektirdiği üst düzey işlevini yerine getirmek yerine bürokrasi koridorlarında zaman öldürmesinin memleket adına bir israf ve kayıp olduğunu vurgulamamız üzerine, yanıt şöyle gelmişti: “Buna zorunluyum; başka türlü, evraklar bir masadan diğerine gidiyor derken aradan günler geçiyor.” Bu tür iş sahiplerinin randevu almaksızın meramlarını anlatmak üzere çalıştığımız devlet dairesine görüşmeye gelmelerine karşı çıkmayışımız ve kuşkusuz kendi “çap”ımızla kısıtlı- bir “erk gösterisi”ne tevessül etmeyişi, kimi meslekdaşlarımızda yukarıda değindiğimiz “çıtayı gereksiz yükseltme” yollu dostça yakınmalara neden olabilmekteydi.

73 Sözgelimi, devlet bürokrasisinde görev yaparken, çalıştığımız kurumun idari ve mali işlerine bakan bir daire başkanının bizzat kurumun o dönem itibarıyla başındaki kişinin övgüye değer tevazuuna kıyaslanmayacak biçimde- sadece kuruluşun bahçesinde tenezzüh maksadına binaen- mutad hale getirdiği ögle vakti yürüyüşlerindeki görece hayli kısıtlı erkinin ihtişamlı bir zirvede duyumsandığı abartıyla belli edilen ve giderek etraftan geçenlere heybetle duyumsatıldığı- azamet gösterisini aktarabilmek, yeteneğimizin üstünde ve dışındadır. Yine, yüksek öğrenimimiz sırasında görüştüğümüz bir yaşlı hemşehrimizle, devlet bürokrasisinde görev aldıktan bir süre sonra karşılaştığımızda ve çalıştığımız kurum ile o dönemde haiz bulunduğumuz “uzman” ünvanı bilgisini muhatabımıza iletmek durumunda kaldığımızda, aldığımız karşılık şuydu: “Demek daha bir müdür bile olamadın!” Erk kullanan bir makam sahibi olmanın halk nezdindeki algılamaya itibarıyla toplumsal değer ölçüleri bağlamındaki bu karşılığı, kanımızca hayli çarpıcıdır ve üzerinde türlü yorumlar veya analizler geliştirmeye elverişlidir.



meyleder.”<sup>74</sup>

Öte yandan, Batı ülkelerinde siyasetçilerin her daim söyledikleri ve yine her daim inanılmadığı bilinen- gerekçe, “ülkeye hizmet aşkı”dır; ancak, bir görüşe göre asıl etken, “*iktidarın (gücün) bizatihi kendisi*”dir.<sup>75</sup> İktidar, herşeyin emre amâde kılındığı bir ayrıcalıklar dizisini ortaya koyar.<sup>76</sup> Bu yöndeki bir ifadeye göre de, siyasal parti elitlerinin sosyal işlevi hükümet siyasasını formüle etmek ve uygulamaktır; ancak “*motivasyonları*” farklıdır: Seçilmek ve uzatabildikleri denli iktidarda kalarak erkin beraberinde gelen ayrıcalıkların ve çıkarların keyfini sürmek.<sup>77</sup> Erk odakları, bu noktada sanki Hobbes'un “*doğal hal*”deki insan tasavvurunu sürdürüyor gibidir; zira, buna göre, “*doğal hal*”de insan sürekli üstünlük kurmanın (egemen olmanın) sonsuz zevkini duyan bir varlıktır.<sup>78</sup>

Giderek, iktidar arzusuyla hareket etmenin uluslararası siyaset üzerinde dahi sonuçlar doğurabildiği savlanmaktadır. Buna göre, sözgelimi, İngiltere'nin Avrupa Birliği'ni bir yana bırakarak Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'yle özel bir siyasal ilişki geliştirmesinin ardında, yine iktidar gücünün bu ikincideki görkemli yapılanma biçimi etken olmaktadır.<sup>79</sup>

Siyasal iktidarı ele geçirme arzusunun etkenleri olarak Batı ülkeleri bağlamında değinilen bu özellikler, dileriz ülkemiz açısından da geçerlik kazanabilecek yegâne öğeler şeklinde belirsinsin. Oysa, saydamlığın yer almadığı, idari yöntem yasasının tasarısı olmaktan kurtulup bir türlü

74 Rousseau, Jean-Jacques; *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, (Çev. İsmail Yerguz), Say Yayınları, İstanbul, 2008, s. 43.

75 Rachman, Gideon; *Hillary Clinton and the thrill of political power*, Financial Times, 15 Ocak, 2008. Yazarın İngiltere Başbakanı Tony Blair'in aile fotoğraflarını gören birine atfen aktardığına göre, bunların birinde şöyle bir slogan göze çarpyordu: “*Oh, başardık (“We've made it”)*”.

76 Sözgelimi, İngiltere eski başbakanı John Major, iktidar makamından ayrılmanın “*arabanın arka koltuğuna kurulduktan sonra, aracın hareket etmediğini farketmek*” şeklinde özetlenebileceğini söylemekteydi. İktidardan düşmeyle beraber, dikkatleri üzerine çekme yahut saygı görme ve sevilme gibi hususlar da birdenbire ortalıktan kayboluvermektedir (bkz. İbid.). Yazara göre, şöhret için iktidara gelmeyi veya tarihe geçmeyi arzulamak gibi etkenlerden beslenmeyi belki mazur görmek mümkün olabilir. Ancak, bu durum, kamu yararının salt anılan etmenler nedeniyle yeterince gözetilmeyebildiği, yahut bu yüzden kamu yararına aykırı hareket edilebildiği gibi durumlara yol açma tehlikesini de beraberinde getirir. “*Ah, annem şimdi şu masada otururken beni bir görebilseydi (“Gosh, if only Mum could see me now!”)*” ifadesinin ortaya koyduğu türden bir etmen, kamusal göreve ve gereklerine odaklanmayı engelleyebilir (bkz. İbid.).

77 Bkz. Downs, Anthony; *The Origins of an Economic Theory of Democracy*, içinde Information, Participation, and Choice An Economic Theory of Democracy in Perspective, (Ed. Bernard Grofman), University of Michigan Press, 1995, s. 197.

78 Bkz. Türközer, Bahir Güneş; *Hukukun Objektivite Kazanma Süreci*, TBBT, Sy. 59, 2005, s. 201.

79 Rachman'ın aktardığına göre, “*Camp David'e helikopterle (dikuçakla) giderseniz, bu hemen daha o anda birdenbire- bir libido yüklemesine neden olur; ama Brüksel'deki Avrupa Birliği zirvesine giderseniz, ortam o denli depresiftir ki, bir hafta boyunca iktidarsız kalırsınız*” (bkz. Rachman, *Hillary Clinton and the thrill of political power*, op. cit.). Buradaki “*iktidar*” değinisi, yukarıda 68 no.lu dip notta yer verdiğimiz “*iktidar*” açılımına atıfta bulunması bağlamında, aynı yaklaşımı içermesiyle dikkat çekmektedir.

yasalaştırıl(a)madığı<sup>80</sup> veya güncel siyasal tartışmaların ağırlıklı olarak inanç yahut etnisite odaklı söylemlerle doldurulduğu ortamlar, ister istemez 'iktidarı ele geçirme'nin arkasında daha başka etkenlerin düşünülmesini gündeme getirebilmektedir.<sup>81</sup> Unutulmaması gereken bir husus varsa, o da “her türlü süfli arzuyu” gözden ırak tutabilmek için kutsallık kazandırılan savlarla örtülü hale getirmenin çok uygun bir yöntem ve taktik olacağıdır.<sup>82</sup>

Giderek aşağıda yer verdiğimiz uzunca alıntı, bir anlamda, burada vurgulamaya çalıştığımız sorunu gayet ustalıkla damıtmaktadır:

“... (A)taerkil bir zihniyetin, merkeziyetçi bir siyasi yapının egemen olduğu bir düzende, 'fikir' ve 'çıkart' arasındaki ölümcül çelişki pek kolay aşıl原因yor. Çıkarın, fikri araç haline getirmesinin önünde durul原因yor. Ve güç merkezlerinin fikir ittifaklarından değil, çıkart ittifaklarından oluşması kaçınılmaz oluyor. Türk siyasi sistemi, Osmanlı'dan bu yana bu ölümcül çelişkinin önünde debelenir durur. Sorun, gücün tanımıyla, güce yönelik beklentiyle ilgilidir, aslında. Gücün; devlette yığılı nemaları çıkart sağlama ve cazibe merkezi olmaya yönelik şekilde keyfi ve ilkesiz yolla dağıtma aracı olarak tanımlanmasıyla ilgilidir. Böyle bir 'güc tasavvuru'yla alakalıdır. Belki de bunun içindir ki, Türkiye'de çok partili düzen, gerçek anlamda çoğulcu bir yapıyı gündeme getirememiş; bu nemaları yeni beliren gruplara dağıtan ana bayilerin sayısının artmasından, çoklaşmasından ibaret olmuştur.”<sup>83</sup>

Özellikle siyasal iktidarların ekonomiye (ve dolayısıyla girişim

80 İktidara gelmenin bir önemli öge, ancak iktidara geldikten sonra hükümet faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında saydamlığın kurgulanmasının daha da önemli bir öge olduğu ve bu bağlamda idari usul yasasının çıkarılmasının ne denli bir zorunluluk içerdiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özyay, *Günışığında Yönetim*, op. cit., s. 12-16.

81 Nitekim, alıntı yaptığımız yazıda, ülkemize benzer biçimde Doğulu bir toplum yapısının yer ettiği Rusya'da, sözelimi Stalin'in kendi kendine “Bana da bir bakan hele! İşte, Kremlin'deyim” demekle vakit geçirdiğini savlamanın pek düşünölemeyeceği vurgulanmaktadır (bkz. Rachman, *Hillary Clinton and the thrill of political power*, op. cit.) ki, ülkemizde iktidarı ele geçiren liderlerin bu yönde zaman harcadıklarının ne derece varsayıl原因bileceği kuşkusuna böylece akla gelmektedir.

82 Bkz. Çal, Sedat; *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 84.

83 Bayramoğlu, Ali; *Güc, siyaset, cemaat...*, Yeni Şafak Gazetesi, 1 Ekim, 2010 (“vurgu”, tarafımıza aittir). Yazar devamla, ülkemizde siyaset ve siyasetçinin topluluk ya da cemaat anlayışından toplum anlayışına hâlâ geçiş yapamamış olduğunun altını çizmektedir. Buna göre, “... bu ülkede siyasetçinin tam bir toplum tasavvuru yoktur. Yani tüm toplulukları farklarıyla ele alan, onların ortak paydasından, etkileşimlerinden hareketle tanımladığı bir 'toplum tasavvuru' bulunmaz, siyasetçinin zihninde. Bunu yeknesak ve muğlak bir bütünü ifade eden, aslında savunduğu topluluğun bizzat kendisi olan (ya da olmasını istediği) millet kavramıyla ya da farklı olanı yok sayan milli irade kavramıyla ikame eder; siyaset ve siyasetçi... Sistemin özüyle, yapısıyla, bunların değişimiyle hiçbir şekilde ilgili olmayan; tersine onu olduğu gibi koruyup kendisine yontmaya çalışan kalkınmacı, devletçi, popülist siyasi söylemlerin, devleti kontrol mücadelesine endekslenmiş siyasi çekışmelerin, savaşların kökü de burada yatar. Ve sonuç olarak, siyasi partilerin demokrasi arayışı, söylemi ne denli samimi olursa olsun, bu anlayışla sınırlı kalır” (“vurgu”, tarafımıza aittir). Buradaki ifadelerin, bir anlamda, yukarıda 53 no.lu dipnotta değindiğimiz “çekil kenara, becemiyorsun” ironisini teyid ettiği hususu, sanırız ki dikkatleri çekmiştir.

özgürlükleri veya dilediğinde verilen imtiyazlar yahut ruhsatlar üzerinden mülkiyet hakkına, dolayısıyla da insan haklarına) müdahalelerinin Batılı ülkelere görece inanılmaz boyutlara yükselebildiği söylenebilir. Böylece, iktidar arzusunun arka planında aslında rant paylaşımının el değiştirmesi gibi bir etkenin başlıca rolü oynaması şaşırtıcı olmayabilecektir ve böylesi bir etkenin varlığı halinde siyasal tartışmaların bu konu yerine başka alanlara yönlendirilmesinin bir tür “*canbaza bak*” işlevini görebileceği de olası savlar arasında değerlendirilmeye elverişlidir.

Bu anlamda değinmek gerekirse, sözelimi apartman yöneticiliği için halkımızda öne çıkarak bu hizmeti üstlenmeye yönelen bir arzu pek gözlenmez ve apartman sakinlerinden birisi adeta zorla- bu “*angarya*”yı yerine getirmek zorunda bırakılır.<sup>84</sup> Oysa, konu belediye meclis üyeliği, belediye başkanlığı veya milletvekilliği gibi temsil ögelerine gelince, birdenbire kuvvetli ve ihtiraslı bir arzu oluşmaktadır. Bu durumu “*halka hizmet aşkı*”yla açıklayabilme olanağını görmek, sadece ve ancak müstehzi bir tebessüm uyandırmaya yarayabilir kanısındayız. Faruk Erem hocamıza ait “*suçluyu kazıyınız, altından insan çıkar*” deyişini yeniden kurgulayarak soralım: “*İktidar ihtirasını kazırsak, altından ne çıkar?*”

İşte, özellikle idarenin ekonomiye müdahalelerinin ve giderek genel bağlamda siyasal iktidarların faaliyetlerinin saydam karar alma süreçlerine mahkum kılınması, giderek yargısal denetimi, bahse konu arzuların “*olması gerektiği düzeye*” gelmesini kolaylaştıracaktır. Zira, kanımız odur ki, mevcut şekliyle ekonomik alanlardaki bu “*olağanüstü genişlik içeren*” hareket alanı, hizmet arzusu gibi makul karşılanabilecek gerekçelerin yanı sıra, pek çok gayrimeşru arzuların kabarmasına yol açmak bakımından “*fena halde elverişli*” bir ortam yaratmaktadır.<sup>85</sup>

84 Sözelimi, şahit olduğumuz bir olayda, bir apartman yönetimi toplantısındaki yönetici seçimi sırasında, apartmanın dış boyasını ve çatı yenilemesini gerçekleştirmek üzere biriktirilen görece yüksek tutarın cezbesiyle bu kez tam aksine yönetici olma yarışı başlayıvermişti. Bu esnada apartman sakinlerinden birisinin adaylardan biri aleyhine “*rant yemeye niyetli bu, asla seçmemeliyiz*” şeklinde fısıldadığını anımsıyoruz. Pek bir afra-tafralı bu kişi, nihayetinde demogoji yeteneğini kullanarak yöneticiliğe seçilmeyi başarmıştı. Ne var ki, bir kaç ay sonra tüm yaptıklarının göz boyayıcı nitelikte ve gerçek bedellerinin çok üzerinde maliyetler içeren yolsuz uygulamalar olduğu anlaşıldığında da ortadan kayboluvermişti ve böylece uyarıda bulunan kişinin haklılığı ortaya çıkmıştı.

85 Siyasal iktidarın el değiştirmesi bağlamında toplumumuzun sıradan güncel yaşamı içerisindeki siyaset konuşmalarının veya tartışmalarının pek bir hararetle yaşanıyor olması da, kanımızca işte bu gerçeklikten beslenmekte veya kaynaklanmaktadır. Rahatça gözlemlenebilir ki, ülkemiz sözkonusu oldukça herhangi bir nedenle biraraya gelmiş iki kişinin en başlıca sohbet konularından birisi siyaset olarak belirlemektedir. Neredeyse her kahvehanede her gün hem de onlarca kez- hükümetler kurulur, hükümetler bozulur. Bu durum, aslında bir bakıma sağlıklı bir toplum yapısına işaret ediyor denilebilir. Bu satırların yazarı, sözelimi, ABD’de yaşadığı yıllarda bireylerin biraraya geldiklerinde hükümet kurup devirdikleri gibi bir sohbet konusuna rastlamamıştır. Avrupa ülkelerinde de durumun pek farklı olduğu söylenemez. Sözelimi, halihazırda yaşadığımız Belçika örneğine bakıldığında, başkent Brüksel

Öğretiden benzer yoldaki bir analize göre, kapitalizmin doğuşundan önce gücün kazanç güdüsünden öte, toplumsal statüyü korumak ve güçlendirmek amacına hizmet ettiği; ancak, kapitalizmle beraber kazanç amacıyla gücün ele geçirilmeye çalışıldığı söylenebilir. Başka bir deyişle, “*pre-kapitalist toplumlar*da güç zenginliğin kaynağı iken, kapitalizmde ise zenginlik gücün kaynağı olmaktadır.”<sup>86</sup> Ülkemizde iktidarın parasal zenginliğe tahvili yönündeki gelişmelere bakılarak kapitalist bir toplum yapısına eriştiği savlanabilir mi? Bu soru, üzerinde düşünmeye değer sayılabilir. Ne var ki, hemen değinmek gerekirse, kapitalizm öncesi düzenin baskın unsuru olarak ekonominin siyasete ve dine dayandığı<sup>87</sup> anımsanacak olursa, ülkemiz bakımından daha ziyade kapitalist öncesi özelliklerin belirttiği, belki bir bakıma “*politik kapitalizm*”<sup>88</sup> düzeninden söz edilebileceği de olası savlar arasındadır.

Ülkemizde siyasetin nitelik olarak sergilediği boyut, sonuç olarak, pek iç

sokaklarında siyaset tartışmalarına sardırıp kendilerini hararetle tartışmalara kaptırmış insan kümelerini görmek hayli zordur. Üstelik, yakın zamanlarda bu ülke oldukça ağır bir siyasal bunalım içine girmiş bulunmaktadır: Son seçimlerin akabindeki parlamento aritmetiği nedeniyle hükümet bir türlü kurulamamaktadır ve fakat güncel hayat kendi dinamiğinde işleyip gitmektedir. Öyle ki, bu durum “*en iyi hükümetin olmayan hükümet*” yahut başka deyişle “*etkisiz birim eleman*” niteliğiyle öne çıkan hükümet olduğu yolundaki yaklaşıma hak verilecek gibi görünüyor. Bu durumu nasıl açıklamak mümkün olabilir? Kanımızca buradaki temel etken, bir hükümetin yerine bir başka hükümet gelmesinden dolayı bireylerin güncel yaşamı veya özellikle ekonomik faaliyetleri yahut çıkarları üzerinde doğabilecek olumsuz etkilerin en aza indirilmiş olması gerçeğinde yatmaktadır. Oysa, devleti rant kaynağının merkezine oturtan bir yapı, siyasal parti patronajı anlayışıyla birlikte her tür olumsuzluğun kökenini oluşturduğu gibi (bkz. Bilir, Faruk; *Siyasi Partilerin Güncel Sorunları ve Demokratikleşme*, s. 10 (<http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokراسi/demokراسi1.pdf>)), üstelik bu rant kaynağını ele geçirmeye yönelik hareketleri demokrasi kutsallaştırması altında gözden ırak tutmaya, yahut başka bir ifadeyle “*canbaza bak*” oyunu üzerinden zihinsel veya kavramsal aldatmacalara da arayabilmektedir. Deyiş yerindeyse, Konfüçyüs’ün atıfta bulunduğu “*ırmak kıyısındaki vahşi kaplan*”ın yerine geçen “*evcil bir kedi*” gibidir bu tür gelişmiş toplumların maruz kaldığı siyasal erk. Dramatik değişimler veya “*politik kapitalizm*” hastalığından yeterince kurtulmuş bulunan bir toplumda başka türlü de düşünülmemek gerekir esasen. İşte, arzu edilen, burada ifade etmeye çalıştığımız üzere, bireyler üzerindeki “*vahşi ve yırtıcı*” veya “*olumsuz*”- etkisi en aza indirgenen bir hükümettir denilebilir. Kuşkusuz, iktidarın sosyal devlet olma ilkesinin gereklerini yerine getirmesi veya makro hedeflere yönelik faaliyetleri, yahut kamu hizmeti etkinlikleri uygulanmaya devam edilecektir. Kastımız, bir iktidar değişimiyle siyasal erkin baskıcı gücünü bireyin üzerinde etken kılamayacak, keyfilikten ve zulümden ırak bir yönetimdir. Böylesi bir dizgenin yaşama geçirildiği bir toplumda, bireyler siyaset tartışmalarına ne için gereksinim duyacaktır? Dolayısıyla, Batı demokrasileri toplumlarında görülen *homo civicus* tipolojisine karşın ülkemizde bu anlamda gözlemlendiği savlanabilecek *homo politicus* niteliği, işte, iktidar gücünün vahşi kaplan özelliğine bürünmesinden, yani bireylerin alanına “*bir fil gibi, tüm haşmetiyle*” dalarak ortalığı tarumar etmesinden kaynaklanıyor denilebilir.

86 Ünlü, *İmparatorluk Fikrinin Gelişimi*, op. cit., s. 244.

87 İbid., s. 245. Bu toplumsal yapılarda ekonomi ve ekonomik düşünce geri plandayken siyasal ve toplumsal algılamalar öne çıkmaktadır; “*savaş, gurur ve iktidar ihtirası gibi kaygıların içinde, çayda erimiş şeker gibidir ekonomi*” (bkz. İbid., s. 249, 250) (yazar, buradaki metaforun Mehmet Genç tarafından Osmanlı ekonomisi için kullanıldığını aktarmaktadır (İbid., 6 no.lu dipnot)).

88 Weber’in ortaya koyduğu bu terimle, politik ortamdan kaynaklanan (imtiyazlar elde etmek veya devlet fırsatlarından yararlanmak yahut devlete borç vermek, vbg.) fırsatçılığa dayalı zenginlik arayışları kastediliyor (bkz. İbid., s. 245, 249).

açııcı görünmüyor gibidir. Nitekim, Cemil Meriç, 1968 yılında verdiği bir dersinde şöyle demektedir: “İlmin nazarında her politikacı bir parça yalancıdır. Politika temiz bir hedefe varmak için<sup>89</sup> oynanan pis bir oyundur. Her namuslu adam, daha namuslu bir dünyanın kurulması için bir lağım banyosundan geçmelidir.”<sup>90</sup> Buradaki ifade bir açıdan ironik çağrışımlara elverişlidir; zira, siyasal temsilde topluluğun iradesini yansıtmak üzere seçimlerde aday olması bağlamında, bizatihi “aday” kelimesinin Grek dilindeki aslını oluşturan “*candida*” (İngilizce’ye “*candidate*” olarak geçmiştir), adını Atina demokrasisinde adayların kendilerini tanıtmak üzere giydikleri “**lekesiz, beyaz giysi**”den almaktadır.<sup>91</sup>

Yine, iktidar dürtüsü bağlamında değinmek gerekirse, öğretilen bir görüşte vurgulandığı üzere, politika ile ekonominin birbirinden bağımsız, kopuk işlediğini hiç kimse söyleyemez; “*ekonomi-politik*”, daha 19. yüzyıldan bu yana “*zamanın ruhu*”nu ortaya koyan bir kavramdır.<sup>92</sup>

Konuyu bir başka alıntıyla bitirelim:

“Batı’da para piyasada kazanılır ve iktidarı satın almak veya etkilemek için kullanılırken, Doğu’da iktidar ele geçirilir ve para kazanmak için kullanılır. Ahlaki olarak ikisi arasında hiçbir fark yoktur ama ekonomi ve siyaset üzerindeki etkileri birbirinden çok farklıdır.”<sup>93</sup>

#### **- İktidar kavramında bir başka boyut**

İktidarın siyasal iktidar ve iktisadi iktidar olarak birbiriyle yarışan bir boyut içerisinde değerlendirilebileceğini savlayan dikkat çekici bir görüşe daha rastlıyoruz. Buna göre, özellikle küreselleşmenin giderek hızını artıran etkileşimleri sonucunda, siyasal iktidarın karşısında bir de iktisadi iktidarın belirgin bir erk şeklinde ortaya çıkmasından söz edilebilir.<sup>94</sup> Sümer devleti kralı Ur-Nammu halkına adalet getirdiği için övünür ve “*bir sikkesi olanı altmış sikkesi olan birinin pençesine düşürmemiş*” olmakla gurur duyarken,<sup>95</sup> binlerce yıl sonra gelinen noktada parasal egemenliğin etkinliğini artırarak küresel ölçekteki bir kurguya erişmesi hayli dikkat çekicidir. Hemen değinilirse, erk ile adalet arasındaki ilişki bağlamında, adaletin erkle eş anlamlı değil, tam aksine,

89 Kanımızca, her siyasetçinin amaç bağlamında bu denli idealize edilebileceği yolunda bir anlayışın yerindeliği ciddi anlamda kuşkuyla sayılsa gerektir.

90 Meriç, Ümit; *Babam Cemil Meriç*, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 102.

91 Araslı, *Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekilliği Adaylığı*, op. cit., s. 41, 1 no.lu dipnot.

92 Bkz. Ögün, Süleyman Seyfi; *Politika ve Kültür*, Dora Yayınları, Bursa, 2010, s. iv.

93 Bkz. Lewis, Bernard; *300 Yıldır Sorulan Soru: Hata Neredeydi?*, (Çev. Harun Özgür Turgan / Serpil Bilbaşar), 2. Baskı, Oğlak Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 88.

94 Doğan, *Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar*, op. cit., s. 323 vd.; keza bkz. Hardt, Michael / Negri, Antonio; *Empire*, Harvard University Press, Londra, 2001, s. 235 vd..

95 Davis, *İnsanın Hikayesi*, op. cit., s. 22.

iktidarla bir “*karşıtlık ilişkisi*” içinde olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim, Osmanlı adalet anlayışında da “*zulmün reddedilmesi*” algılaması egemendir.<sup>96</sup>

Bu bağlamda devam edilirse, daha başka analizlere de gidilebilecektir. Bir görüşe göre, toplumlarda gücün (“*power*”) şekillenışı eski dönemlere kıyasla bugün için daha farklı bir niteliğe bürünmüştür ve bu dönüşümle beraber bir “*İmparatorluk (“Empire”)*” oluşumu “*tam da gözlerimizin önünde gerçekleştirilmektedir*”.<sup>97</sup> Artık dünya üzerinde eskilerdeki sömürü dönemlerinin siyasal iktidarları yerine yeni bir tür egemen gücün belirdiği gözleniyor. Buna göre, sömürgeciliğin sona ermesi ve ulus devletin güç kaybı, modern egemenlik paradigmasından emperyal egemenliğe doğru geçişe işaret etmektedir.<sup>98</sup>

Giderek, yine aynı görüş sahiplerine göre, disiplinler toplum<sup>99</sup> yapısından kontrol toplumuna geçiş dikkat çekiyor. Bu anlayışa göre, “*biyopolitik*” adı verilen yeni bir kontrol düzeni ortaya çıkmıştır. Foucault’nın savları<sup>100</sup> düzleminde kurgulanan bu yaklaşıma göre, eski dönemlerin disipline edici, statik disiplinler toplum yapısıyla kıyaslandığında; dinamik, bireyin içinden kuşatan ve bilincine sızarak etkinlik sağlayan bir güçten söz edilebilir.<sup>101</sup> Uluslararası (“*transnational*”) şirketler artık bu imparatorluk kurgusu üzerinden dünyayı kuşatmış, toplumları ve bireyleri yönetir duruma gelmiş gibidir. Bunun en belirgin örneği sermaye konusunda kendini gösterir; küresel düzlemde her bir biyopolitik güç, parasal kıyafetiyle ortaya çıkar:<sup>102</sup> “*Biriktir; biriktir! Budur Musa ve Peygamberler!*”<sup>103</sup>

Biyopolitik çerçeve içerisinde büyük endüstriyel (sınai) ve finansal güçler sadece mal üretmez; bunlar, kendilerine hizmet edecek öznelere de yaratırlar: Gereksinimleri, toplumsal ilişkileri, organları ve zihniyetlerini üretirler. Yaşam, üretmek için; üretim, yaşam içindir. Bir arı kovanındaki ana kraliçe gibi, anılan güçler bu sürecin her daim süregitmesini denetler.<sup>104</sup>

96 Gökpınar, Mahmut; *Adalet Teorileri Perspektifinden 1982 Anayasamız*, TBBD, Sy. 77, 2008, s. 219. Osmanlı’nın uzun süren egemenliğinin güç ile adaletin bir arada uygulanabilmesinden ileri geldiği ve bunlardan birindeki zayıflamanın egemenliğin yitirilmesi sonucunu doğurduğu da söylenebilir (aynı temeldeki bir analogi için bkz. Welch’ten aktaran: İbid.).

97 Hardt / Negri, *Empire*, op. cit., s. xi.

98 İbid., s. 137.

99 Disipliner toplum yapısında da biyopolitik gücün kısmi etkisi gözlenir; ancak, bireylerin bilinçleri ile bedenlerini tamamen kuşatan, onları tüm etkinliklerinde ele geçirerek yöneten bir noktaya henüz ulaşmamıştır (Hardt / Negri, *Empire*, op. cit., s. 24).

100 Foucault’ya göre, “*yaşam, artık gücün bir nesnesi olmuştur*” (aktaran: İbid.).

101 İbid., s. 24 vd..

102 İbid., s. 32.

103 Marks’tan aktaran: İbid..

104 İbid., s. 32.



Yine, demokrasi ile ekonomik altyapı arasındaki ilişkiye değinen bir başka kaynağa göre de, “(ü)retim tarzının tarımdan sanayiye dönüşümü parlamenter demokrasinin tarih sahnesine çıkışına zemin hazırlamıştır.”<sup>105</sup>

### - İktidarın çoğul bir kavram oluşu (pluralizm)

İktidar, tekil bir olgu halinde görülmez. Nasıl ki enerji tekil bir kavramdır ve fakat enerjinin değişik veçheler halinde ortaya çıkması sözkonusudur, benzer şekilde iktidar da tek bir şekil içinde belirmez. Sözgelimi, “(e)nerji gibi iktidar da çeşitli suretlerde bulunabilir: Zenginlik (para kudreti), silâh (kaba kuvvet), sivil kudret, fikrî etkinlik gibi...”<sup>106</sup>

Toplum içinde çok değişik aileden tutun da sendikalar veya inanç odaklı gruplar veya türlü baskı grupları şeklinde topluluklar bulunur ve bunlar “*iktidar*” kavramının değişik tezahürleri bağlamında etkinliklerini ortaya koymakla, iktidar olgusunun irdelenmesinde önem taşır.<sup>107</sup> Bu anlamda, “(h)er toplumsal faaliyet bir erk uygulamasıdır; her toplumsal ilişki bir erk denklemdir ve her toplumsal birliktelik veya dizge bir erk yapılanmasıdır.”<sup>108</sup>

Esasen, toplumda erkin dengeli paylaşımı ve bir elde toplaşmasının önüne geçilmesi gereği tarih içinde karşılaşılan en önemli sorunlardan birisidir. Şu hususu unutmamak gerekir: Bir çemberde dengelyi sağlayacak çoklu kuvvetlerin vektörel bileşkesiyledir ki, çemberin merkezindeki “*hazine*”yi tasalluttan korumak ancak mümkün olabilsin.

Aksi takdirde, çemberde sıralanan herhangi bir gücün çemberin merkezinde yer alan “*hazine*”yi kendine doğru çekerek keyfi tasarrufuna yahut süflî arzularına râm etmesi gibi bir tehlikeyle karşılaşılabilir. Erkların dengesi sayesinde ki, merkezdeki “*değer*”in güven duygusu içinde rahat edebilmesinin yahut iktidar tasallutundan emin kılınabilmesinin önü açılabilir. <sup>109</sup> Bir erki denetimde tutarak topluma zarar vermesinin önüne geçilebilmesi, ancak yine bir başka erkle mümkündür; “*bu da toplumda farklılıkların ve değişik iktidar odaklarının varlığıyla sağlanabilir.*”<sup>110</sup>

105 Yavaşgel, Emine; *Demokratik Toplumlarda Seçim ve Temsil*, s. 2 (www.siyasaliletisim.org).

106 Zabunoğlu, (Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlandırılması, op. cit., s. 162.

107 İbid., s. 214-221.

108 Hawley'den aktaran: Diamond, *Community Economic Development: A Reflection on Community, Power and the Law*, op. cit., s. 157.

109 Rousseau'ya göre demokrasi vatandaşların kanunları bizatihi kendilerinin yaptığı düzenin adıdır “**genel**”i bağlayan şeyin “**genel**”den çıkması gerekir. Ne var ki, bunun uygulanması olanaksız olduğundan, geriye tek çare kalır: Yasa yapma bağlamında toplum içinde özel grupların belirmesi. Ancak, bunların “**kendi özel iradelerini**” egemen kılmaları tehlikesine karşı, **çok sayıda özel grubun** etkin olması sağlanmalıdır ki, siyasal iktidar olgusunda eşitsizliğin önüne geçilebilsin (bkz. Mumcuoğlu, *Çağdaş Demokrasi Kuramlarında Katılma ve Türkiye'de Katılmanın Gelişimi*, op. cit., s. 69-71 (“**vurgu**” tarafımıza aittir)).

Nitekim, sözgelimi, Nizamülmülk'ün ünlü eserinde, “*sefere çıkan ordudaki türlü (etnik) kökenden erk öğelerinin (savaşçı birliklerin) birbirlerini kollamaktan fırsat bulup da harekete geçemedikleri, bunların herhangi bir asayiş bozulmasına neden olmalarına yönelik endişelerin ancak bu şekilde bertaraf edilebildiği ve ordunun karargah güvenliğinin sadece bu yolla sağlanabildiği*” hususu aktarılmaktadır.<sup>111</sup>

Dolayısıyla, siyasal iktidarın sınırlanması, çok farklı boyutlarda ele alınabilecek derin açılımları içeren ve oldukça önem taşıyan- bir konudur. Toplumsal gruplar siyasal iktidar üzerinde değişik derecelerde etkiler ve sınırlamalar yaratır. Sözgelimi, işveren sendikaları para kudreti bakımından güçlü olmakla işçi sendikalarına görece siyasal iktidarı daha fazla baskılayabilme olanağına sahip kabul edilirler.<sup>112</sup> “*Birkaç varlıklı kişi bir partiyi finanse edebilir, ama birkaç işçi bir partinin masraflarını karşılayamaz.*”<sup>113</sup>

Öte yandan, iktidar gücünün muktedir olduğu alanlardaki baskılama gücü veya bazan “*kahrından kaçınma gereksinimi*” sadece siyasal iktidar bakımından geçerli olmanın ötesine geçer. “*Böylece fert, Devlet'in tahakkümünden kaçarken, özellikle sendikalarda görüldüğü üzere, plural grubun kölesi olmuştur.*”<sup>114</sup> Giderek aynı niteliğin özellikle inanç odaklı topluluklarda gözlenmesi daha kolayca mümkündür.

Nihayet, gücün merkezileştiği “*despotik*” yönetime sahip devletlerde, böylesi despotik gücün devletin zayıflığının bir kaynağı olduğu, oysa bir devlette gücün altyapısal gücün gelişmişlik derecesinden doğduğu; böylece, devlet gücünün çoklu boyutlarına dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Buna göre, sivil toplumla “*uzlaşan*” ve “*çekimsel gücü*” etkin kılan endüstriyel devletler, eski dönemlerin bu özelliklerden yoksun geleneksel veya feodal devletlere görece halka ulaşma ve doğrudan ilişkiye girerek nüfûz etme becerisini sergileyebilmiş olmakla daha güçlü duruma gelebilmişlerdir.<sup>115</sup>

#### **- İktidarı oluşturan/biçimleyen toplumsal dinamikler**

110 Şener, *Demokrasi ve Siyasal İktidarın Sınırlandırılması*, op. cit.

111 Bkz. Nizamü'l-Mülk, *Siyâset-Nâme*, (Haz. Mehmet Altan Köymen), KTB Yayını, Ankara, 1982, s. 129.

112 Zabunoğlu, *(Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlandırılması*, op. cit., s. 219.

113 Yarasoy, Dursun; *Demokrasi Teorisi*

(<http://websitem.gazi.edu.tr/dursun.yarasoy/DosyaIndir?DosyaNo=a82fd4d0a12cc6f43ac06813183add1a>).

114 Zabunoğlu, *(Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlandırılması*, op. cit., s. 215.

115 Weiss/Hobson, *Devletler ve Ekonomik Kalkınma*, op. cit., s. 18, 19.



Buraya kadar işbu altbaşlık tahtında demokrasi kavramı etrafında kimi değinilere yer verdik. Bu noktada altı önemle çizilmesi gereken husus, demokrasinin geliştiği Batı toplumlarında bu gelişimin kendiliğinden belirmeyip, uzun süren mücadelelerin sonunda görece geniş ölçekli- bir toplumsal taleple ortaya çıkmış olduğu gerçeğidir.<sup>116</sup> Oysa, ülkemizde genel oy hakkını içeren demokrasinin doğuşunda bu türden bir toplumsal talebin esamesi dahi okunmamaktadır ve bugün vesayetçi olarak tanımlanan kimi güçler tarafından getirilerek topluma bağışlanmıştır denilebilir. Osmanlı'nın son dönemlerindeki demokrasi hareketleri de yine aynı demokratik eksiklikten (“*democratic deficit*”) mustarıptır ve yine “*jöntürk*” adıyla bilinen bir avuç aydın tarafından,<sup>117</sup> hatta yine vesayetçi olarak ‘*tân eylenen*’ askeri ve bürokratik cemahta yer alan aydınlarca gerçekleştirilmiştir; yoksa, “*sultanın ekmeğini yemekle övünen ve avunan kullar*” zümresinin bu yönde bir istemle yollara düşmüş olduğuna ilişkin emarelere rastlamak güç görünmektedir.<sup>118</sup>

Giderek değinmek gerekirse, bir görüşe göre, tarihe bakıldığında yaygın bir gerçeklik olarak görülen şudur: Demokrasi idealine giden yol, toplumlarda kendinden emin bir aktivist azınlığın veya dış müdahalelerin sayesinde gerçekleşmiştir; halkın kendisinin harekete geçmesiyle değil.<sup>119</sup> Sözgelimi, 1789 Fransız Devrimi burjuvazi tarafından aristokrasiye bağlı monarşiye karşı yapılmıştır ve demokrasiye geçişin öngörülmesi de burjuvazinin aristokratik

116 Benzer bir değini için bkz. Yavaşgel, *Demokratik Toplumlarda Seçim ve Temsil*, op. cit., s. 12. Ne var ki, işbu atfın yapıldığı yukarıdaki satırlarda özellikle yer verdiğimiz “*görece*” ibaresinin de ortaya koymaya çalıştığı üzere, buradaki “*toplumsal*” ibaresinin ne denli geniş bir toplumsal uzlaşmayı temsil ettiği sorgulanmayı gerektirir kanısındayız. Zira, sözgelimi burjuvazinin aristokrasiye karşı çıkmasıyla beliren bir eylemi ne denli “*toplumsal*” niteliğiyle kabul etmek mümkündür? Bu hususa ileride 121-123 no.lu dipnotlarla ve anılan dipnotlarla atfı yapılan paragraflarda ayrıntılı biçimde değinmekteyiz. Ancak, her halükarda burjuvazinin eylemi olarak ortaya çıkan bir hareketin yine de “*görece*” geniş tabanlı bir halk kitlesini temsil ettiği açıktır ve böylesi bir özelliğin toplumumuzdaki tarihsel gelişime bakıldığında (burjuvazi kitlesinin yokluğu ve sadece “*ayân*” adı verilen kısmi güç odaklarına o da, oldukça sınırlı bir etkilene gücüne sahip olarak ve sınırlı bir zaman diliminde görülebildiği vurgulanmak kaydıyla- rastlanabilmesi nedeniyle) gözlemlenmediği de yine yeterince açıktır.

117 Bu yönde ayrıntılı bilgi içeren ve olabildiğince nesnel belirlemelere bilimsel yaklaşımla yer veren bir kaynak için bkz. Okutan, Cevat; *Cumhuriyetçi Bir Kuruluş Modeli Olarak Türkiye Cumhuriyeti, içinde Küreselleşme ve Türkiye*, op. cit., s. 225-269.

118 Önemle not etmek gerekirse, burada toplumdaki herhangi bir kesime teveccüh gösterilmesi veya yine herhangi bir kesime bühtanda bulunulması gibi bir amaç güdülmemekte; sadece, tarihe bakıldığında gözlemlenebilen bir özelliğe atıfta bulunmaktadır. Açıktır ki, bilimle uğraşanların bilimin gösterdiği doğrulardan başka herhangi bir ideolojiye kapılanmaları söz konusu olamaz; zira, “*hayatta en hakiki mürşit ilimdir.*” Bu bağlamda, çoğunluğun azınlığı ezmesine engel olacak, bir ayrıkı düşüncüyü dahi susturmaya engel olacak özgürlükçü bir düzenin kurulmasını hararetle savunan John Stuart Mill'e kulak verilecek olunursa, devletin ‘*özgürlüğün koşullarını yaratmak*’ gibi bir görevi bulunduğunu anlayışının savunulduğu görülmektedir (bkz. Yazarsoy, *Demokrasi Teorisi*, op. cit.).

119 Chibundu, Maxwell O.; *Political Ideology as a Religion: The Idolatry of Democracy*, UMLJ Race, Religion, Gender and Class (UMSL Legal Studies Research Paper No. 2007/38), Vol. 6, 2006, s. 148. Nitekim, Bolşevik devrimi birinciye, Fransız devriminin 1794-1801 yıllarında yayılması ise ikinciye

monarşiye karşı kendi iktidarını korumasının en uygun yolu olarak görülmesinden dolayı benimsenmesi anlayışına dayanmaktaydı!<sup>120</sup>

Kaldı ki, “*toplumsal veya halk tabanlı*” hareket denildiğinde, hangi kesimlerin başkaldırdığına yönelik bir irdeleme gereksiniminin zorunlu olarak belirdiği kanısındayız. Hangi kesimlerin katılımı bir hareketi “*halk tabanlı*” hale getirebilir sayılmalıdır? “*Halk*”, kime denir,<sup>121</sup> kimlerden oluşur?<sup>122</sup> Örneğin, Osmanlı döneminde yerel “ayân”ların başkaldırısıyla ortaya çıkan Sened-i İttifak gelişmesi, bir halk hareketi midir, yoksa sadece yerel derebeylerinin çıkarlarını gözetten bir nitelik mi içerir? Bir isyanın toplumsal tabanlı olduğunu ortaya koymak için toplumun bir veya birkaç kesimini içeriyor ve/veya sadece bu anılanların çıkarlarını gözetiyor olması öğelerinin aranması ne denli bir zorunluluktur?

Konu, doğal olarak, hayli değişik irdelemeleri gerektirecek ve çok önemli ipuçlarını ortaya çıkaracak özellikler taşıyor. Hemen bir örnek verelim ve bu amaçla önce bir alıntıya gidelim:

“*Siyasal partilerin tarihsel gelişimine baktığımızda, bunların sınıfsal*

örnektir (İbid.). Ancak, bunun yanı sıra, her ne kadar kanlı çatışmalardan doğmuş olsa da ABD’de güçlü demokratik kurumların yer aldığı federal anayasa rejimine geçişin aykırı bir örnek olarak gösterildiği, bununla beraber Fransız devriminin daha sonra despotik Napolyon iktidarına dönüştüğünün gözlemlendiği de vurgulanmaktadır (bkz. İbid., 73 no.lu dipnot).

120 Bkz. Akad, *Pluralist Toplum*, op. cit., s. 127.

121 Yabancı öğretilerden bir görüşte de aynı soruya yanıt arandığı gözleniyor. Buna göre, halk kelimesi belirsizlik içeriyor denilebilir; zira, terimden toplumun bir bütün kitle olarak algılanmasına gidilebileceği gibi, keza, çeşitli ve çoklu kimliğiyle beliren bir kitle de kastedilebilir. “*Biz, Amerikan halkı*” (“*we, the American people*”)” denildiğinde, “*biz, tekil Amerikan halkı*” mı, yoksa “*biz, Amerikan halkı*” mı anlaşılacak gerekir? Çoklu yapı mı, tekilci bir yapı mı esastır? (bkz. Pettit, Philip; *Two-dimensional Democracy, National and International*, IILJ Working Papers No. 2005/8, s. 1).

122 Bu sorunun yanıtı aslında sanıldığından daha zordur ve hukuksal bağlamda da çok farklı açılımları beraberinde getirir; hatta, çok sayıda hukuksal kavramın da belirleyici etmenini oluşturur. Sözgelimi, kamu hizmeti olarak bir yöredeki “*halk*”a hizmet götürülmesi gereksiniminden söz edildiğinde, hangi “*topluluk*” halk sayılacak ve kamu hizmetine kavuşturulacaktır? Belediyenin çöp toplama hizmetini yahut yeni kurulmakta olan bir mahallede elektrik veya su şebekesi kurma hizmetini hangi “*sayı*”da yahut “*nitelik*”te kişilerden oluşan topluluğa sunma zorunluluğunun doğduğu kabul edilecektir? Bu türden hizmetlerin ne zaman “*kişisel hizmet talebi*” olmaktan çıkıp “*toplumsal*” amaçlı hale dönüşeceği üzerinde durulsa, hayli yeridir kanısındayız. “*İki noktadan bir doğru*”, “*üç noktadan bir düzlem*” geçer, matematik ifadelerle bakıldığında; pekâlâ, kamusal hizmet için kaç kişi gerekir bu durumda? “*Halk*” kaç kişiden geçer, “*toplum*” ne yana düşer? Hatta, bu kişilerin bir “*asabiyet bağı*” içermesi durumunda, yine aynı sayı geçerli mi sayılacaktır, yoksa daha az “*türdeş*” bir topluluk mu “*halk*” addolunmak için aranıyor olacaktır? Görüldüğü üzere, sorun çetrefillidir. Bu meydana olası bir “*ironik*” yanıt için, vaktiyle ağ erişiminde karşılaştığımız bir ifadeden alıntı yaparak sona erdirelim bu tartışmayı, kuşkusuz, “*şimdilik*” kaydıyla. Buna göre, “*halk, halk otobüsüne binen kesimdir.*” Her ne kadar ironik bir yanıt sayılabilecekse de, aslında yaşamdan izler de taşıyor bu yaklaşım. Anımsanacak olursa, bir zamanlar uçakla seyahat etmenin yüksek gelirli kesimlere hitap eden bir tür ulaşım etkinliği olmasından da güç alarak, havaalanları ile şehir merkezleri arasında taşımacılık yapan kamu şirketinin özelleştirilmesi ve giderek anılan hizmete yönelik fiyatların belirlenmesinde “*halka hitap etmeyen bir hizmet*” olarak algılanması söz konusu edilmekteydi. Bir tür “*halk sahile hücum etti, vatandaş denize giremiyor*” şeklinde tek parti dönemine atıf yapan “*seçkinlik karşıtı*” ironiye benzer, ama bu kez tersinden bir uygulama var sanki burada: “*Vatandaş*” yüksek hizmet bedeli ödeyebilir, ama önem taşımaz keyfiyet; zira, “*halk*” değildir buradaki etkinlikten yararlanan!

*oluşum üzerine kurulduğunu görürüz; aristokratların, başka deyişle topraktan rant alanların partisi muhafazakar, sermayeye dayananların partisi liberal, emeğiyle geçinenlerin partisi ise işçi partisiydi.”<sup>123</sup>*

Batı ülkelerindeki siyasal parti gelişmelerini ortaya koyan bu analiz, ülkemizdeki tartışmalar bakımından sanki uzayın derinliklerinde gizli bir başka evrenden gelen sözler gibi görünüyor denilebilir. Ülkemizde bu yönde ekonomik yaklaşım odaklı bir siyasal ayrıma tesaadüf edilemeyeceği aşikâr. Dolayısıyla, yukarıdaki terimleri ülkemizde aynen kullanmaya kalkmak, palyaço gülünçlüğüne çağırıştırıyor ve aydınlarımızda beliren düşünce sefaletine de ışık tutuyor sayılabilir. Bu yöndeki bir benzer yoruma Cemil Meriç”te rastlayabildiğimizi de ayrıca belirtelim.

Bir anlamda, ülkemizdeki demokrasi hareketleri bir tür “*hormonlu demokrasi*” terimiyle karşılanabilir; yani, doğal yollardan değil ve fakat toplumsal tabanı bulunmayan bir hareket şeklinde gelişmiştir. Demokrasi taleplerinin görülmesi ise, halkın kendini yönetmesi talebinden ziyade, demokrasi kurgusunun içindeki kimi etnik veya inanç odaklı söylemlerin demokrasiye ket vuracağı anlayışıyla oluşturulan yapıya karşı bu anılan odakların itirazları çerçevesinde beliriyor gibidir. Aksi durumda, anılan yapıların bizatihi kendilerinin demokratik eksiklikle malûl olması ve buna karşı itirazların görülmemesi keyfiyetini açıklama olanağını bulmak zorlaşır.

Sözelimi, inanç sömürüsüne dayandığı söylenebilecek itaat odaklı, yahut feodal yapıların görüldüğü etnik kökenli bir toplumsal yapının demokrasi söylemiyle ortaya çıkması<sup>124</sup> ve seçimlerde oy kullanma bakımından “uyarıcı

123 Akad, *Pluralist Toplum*, op. cit., s. 129.

124 Bu bağlamda demokrasinin asgari müştereklerde birleşik bir yapıyı içeren toplumlarda yaşayabileceği hususuna değinmek yerinde olabilir. Etnik veya inançsal yahut kültürel temellerde keskin ayrımlara dayalı bir parçalı yapıya dönüştürülmüş toplumlarda demokrasi uygulaması, toplumun bir arada gönenç ve huzur içerisinde yaşamasına yardımcı olmak bir yana, daha ayrımcı ve parçalı yapılara zemin hazırlama işlevine de yönlendirilebilir. Bu hususta sözelimi Belçika örneği çarpıcı analizlere gidebilmeye elverişlidir. Bu ülkede iki ayrı toplum yapısının keza zihinsel olarak da aynı duyguları teneffüs etmeyen bir toplum yapısından oluşması (anılan ülkeden ilgi çekici bir zihinsel yapı parçalanması öyküsü örneği için bkz. Çal, Sedat; *Halkbilim, Ekonomi ve Hukuk Üçgeninde Bir Gezinti...*, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sy. 51-52, 2008, s. 183), mevcut demokratik yapıda daha parçalı bir yapıyı ve ayrımcılığı körüklemekte kullanılabilmektedir. Bunun yanı sıra, özellikle etnik veya inanç temelli, ayrımcılık kokan toplumsal farklılaşmalar bağlamında demokrasi yerine mutlakiyetçi monarşi yapılanmalarının tarihsel anlamda daha bir uygunluk sergilediği savlanmaktadır. Buna göre, “*imparatorluklar etnik veya inanç odaklı topluluklar için çoğu zaman şöyle veya böyle barış içerisinde birlikte yaşayabilme ortamını sağlamıştır; ne var ki, imparatorlukların kozmopolit ve hoşgörülü bir nitelik taşıması, kısmen de olsa, pek demokratik olmamaları sayesindeydi*” (bkz. Craig Calhoun'dan aktaran: Cooper, Frederick; *Modernizing Colonialism and the Limits of Empire*, Items and Issues, (Social Science Research Council tarafından yayımlanmaktadır), Vol. 4, Sy. 4, 2003, s. 2).

*işlevleriyle*” belirmesi<sup>125</sup>, mantık bilimdeki terimle ifadeye gidilirse, bu anlamda bir tür “*totoloji*” örneği olarak gözlemlenebilir. Dolayısıyla, daha Platon döneminde “*halkın iradesi/çoğunluğun iradesi kendilerinin değil de bir tiranın yönetmesini isterse*” şeklinde belirttiği gözlenen sorunsal “*demokrasinin bir paradoksu*” olarak ortaya konulmuşken,<sup>126</sup> vesayet karşıtı görüşlerin bu sorunu görmezden nasıl gelebildikleri hususu bilimsel olarak tartışılmaya değer görünmektedir.

Bu bakımdan, ülkemizde demokrasi bağlamında ileri sürülen savların bilimsel niteliği üzerinde durulması ve giderek arka plandaki taleplerin gerçek niteliğinin irdelenmesi, oldukça yararlı bir tartışmanın konusu olacaktır denilebilir. Bu yönde analizlerin yeterince görülmemesi, ülkemizin bilimsel gelişimi ve giderek demokratik geleceği ile toplumsal gönenci, nihayet gerçek anlamıyla özgürlükçü bir düzene kavuşabilmesi bakımından ciddi sorunların belirmesine neden olabilecek denli bir vahamet çizgisine işaret ediyor gibidir.

#### IV. Hukuk Devleti: İktidarın Hukukla İmtihanı

Demokrasinin ne şekilde ortaya çıktığı, daha doğru bir deyişle, ister doğrudan ister katılımcı demokrasinin en işlevsel şekliyle gerçekleşmiş olsun her tür temsil veya halk egemenliğinde azınlıkların hak ve özgürlüklerinin korunması yine de bir sorun olarak ortadadır. Zira, halkın isterse çok geniş bir kesimini gerçek anlamıyla temsil ediyor olsun, bu durum azınlığın güvencede olmasını sağlamaya yeterli gelmeyebilmektedir ve tarih bunun örnekleriyle doludur.

Dolayısıyla, çoğunluk iradesi tek bir yönde tecelli etmiş olsa dahi, bu iradenin ortadan kaldıramayacağı veya üstün gelemeyeceği bir dokunulmaz alan mutlaka vardır. Buna “*asgari özgürlükler alanı*” şeklinde bir tabirle yaklaşılabilir, ki sonraları “*evrensel insan hakları*” şeklinde isimlendirmelere gidildiği de görülmüştür ve esas itibarıyla “*doğal hukukun bir ürünü olduğu*” anlayışına dayandırılmaktadır.<sup>127</sup> İşte, tam bu noktada hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramı karşımıza çıkıyor. Dahası, hukuk devleti bağlamında hukuka uygunluğu “*şekli hukuka uygunluk*” ile “*maddi anlamda hukuka uygunluk*” yönlü bir ayrıma daha kavuşturulduğu ve “*iki dünya savaşı arasında yaşanan kötü deneyimlerin*” etkisiyle “*şekli hukuk devleti*” anlayışından

125 Bkz. Yavaşgel, Emine / Polat, Veli; *Epistomolojik Açıdan Seçimbilim (Psephology) ve Problematiklerine Eleştirel Yaklaşımlar*, KİLAD, Sy. 10, 2010, s. 35.

126 Şener, *Demokrasi ve Siyasal İktidarın Sınırlandırılması*, op. cit..

127 Bkz. Kalabalık, Halil; *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 19-46.

“*maddi hukuk devleti*” anlayışına “*kaçış*”ın gerçekleştiği belirtilmektedir.<sup>128</sup>

Şu halde, klasik anlamıyla demokratik nitelik taşımasından bağımsız olarak, bir iktidarın “*demokrasi kaldırıcı*”yla dahi üstünlük sağlayamayacağı özgürlükler alanı bulunur ve bu durum “*hukukun üstünlüğü*” kavramı altında kuramsallaştırılır. Demokrasilerde iktidar yetkisi, azınlığın haklarını da kollayacak ve azınlığın daha sonraki seçimlerde çoğunluk olabilme yollarını kapatmayacak biçimde kullanılır.<sup>129</sup>

Aksi durumda, öğretiden bir görüşteki ifadeyle, çoğunluğun kararının hukuk olduğunu benimseyen bir düşünsel yapıyla bir dönemin iktidarına sınırsız yetkiler tanımak, hukukun kendi kendini yok etmesine olanak sağlamak anlamına gelir.<sup>130</sup> Nihayet, hukuk devleti ilkelerinden saparak özellikle çoğunlukçu demokrasi anlayışından hareketle erki keyfince kullanmaya eğilim gösteren iktidarlar bakımından, bir “*direnme hakkı*”nın doğacağı da ileri sürülmektedir.<sup>131</sup>

Buraya kadar değindiğimiz öğeleri özetlemek istersek;

“(t)opluumsal örgütlenmenin yüzyıllar boyu “*Mülk ve Polis Devleti*” gibi çeşitli aşamalardan geçtikten sonra ulaştığı çağdaş, en ileri düzey ve düzen kuşkusuz çoğulcu ve demokratik “*Hukuk Devleti*” dir.”<sup>132</sup>

Şu halde, toplumsal yaşamın zorunlu kıldığı “*diğer bireylere veya topluluğun dışındakilere karşı korunma gereksinimi*”<sup>133</sup> bir düzen kurgusunu ve bunun doğal olarak içerdiği normları oluştururken, bizatihi koruyucuya (yani, korumasını sağlamak üzere yönetimin teslim edildiği kişilere) karşı “*doğal haklarını*” koruma (yani, kamu hakkının güvence altına alınması) gereksinimi de hemen beraberinde doğuvmektedir.<sup>134</sup> Schopenhauer'e atfen değinecek olursak;

“(b)u(,) koruyucu gücün üçlü birliğinin, yani yasama, yargı ve yürütme erkinin bölünmesi ve birbirinden ayrılmasıyla, dolayısıyla her birinin

128 Bkz. Erdal, Muhammed; Anayasa Kurallarının Kademelendirilmesi Sorunu, TBBD, Sy. 76, 2008, s. 169, 170 (alıntılanan kaynaktaki atıflara burada yer verilmemiştir).

129 Bkz. Aliefendioğlu, Yılmaz; Temsili Demokrasinin “Seçim” Ayağı, TBBD, Sy. 60, 2005, s. 71.

130 Bkz. Erdal, Anayasa Kurallarının Kademelendirilmesi Sorunu, op. cit., s. 179.

131 Bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Taşkın, Ahmet; Baskıya Karşı Direnme Hakkı, TBBD, Sy. 52, 2004, s. 37-62.

132 Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 9 (aynı alıntı, Özay'a 'Kaynakça' kısmında atıf yapıldığı söylenebilecek biçimde, şu kaynaktan da yer almaktadır: Akarsu, Ayhan; Hukuk Devleti İlkesinin Dünya ve Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi, AYİM Dergisi, Sy. 24 ([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=83](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=83))).

133 Hobbes'un ileri sürdüğü, iyi bilinen bir Latince ifadeyi tekrarlamak burada zorunlu hale gelmektedir: “*Homo homini lupus*”, yahut, “*insan, insanın kurdudur*” (bkz. Türközer, Hukukun Objektivite Kazanma Süreci, op. cit., s. 201; keza, bkz. Schopenhauer, Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine, op. cit., s. 86).

134 Türközer, Hukukun Objektivite Kazanma Süreci, op. cit., s. 202.

*başkalarınca ve kalanlardan bağımsız olarak icra edilmesiyle en eksiksiz biçimde gerçekleştirilebilir görünür.”<sup>135</sup>*

Öğretiden bir görüşte değinildiği üzere;

*“(s)iyasetin Anayasa ve idare hukuku dallarındaki yargı denetimiyle kesiştiği alanda ortaya çıkan en temel sorun, devletin tüm işlemlerinin yargı denetimine bağlı tutulması postülasını içeren hukuk devleti ile ulusal egemenliğin üstünlüğü postülasını içeren demokrasi arasında zaman zaman beliren gerginliğin nasıl giderileceği sorunudur.”<sup>136</sup>*

Yine, öğretiden bir diğer görüşe göre de;

*“(d)emokratik yollardan seçilmiş hükümetlerle, seçimden sonra demokrasinin gereklerine uyan ve hukuk devleti ilkesini gözetten hükümetler birbirinden çok farklıdır. Demokratik devletlerde, yürütme ve yasama gücünün hukuk devleti ilkesine ve demokratik toplum gereklerine uygun hareket edip etmediği nihai olarak yargıçlar tarafından denetlenir.”<sup>137</sup>*

İdare hukuku bakımından, hukuk devleti ilkesi, idarenin hukukla bağlılığını ve idari etkinliklerin hukuk kuralları içinde yürütülmesini gerekli kılar.<sup>138</sup> Zira, bir hukuk devletinde yasayı sadece “*kimin yaptığı*”ndan daha önemli olarak (başka deyişle, halkın temsilcileri eliyle yapılmış olmasının ötesinde), yasanın “*ne olduğu*” hususu üzerinde durulması gerekir.<sup>139</sup> Spinoza'dan beri vurgulanan gerçek, karar organının yapısının demokratik olması kadar, hatta ondan da daha ziyade, yaptıklarının demokratik olmasıdır.<sup>140</sup> Giderek, çağdaş hukuk anlayışında “... *Yürütme organının yetkilerinin sınırlandırılması ve Yürütmenin işlevi üzerinde yargısal bir denetimin gerçekleştirilmesi olgularının hukukla bağlı devlet olmanın doğal bir sonucu olduğu*” fikri kabul görmektedir.<sup>141</sup> Dahası, “*“Hukuk Devleti” en fazla İdare Hukukundan etkilenen bir kavramdır ya da en fazla bu bilim dalı ile özdeşleşir.*”<sup>142</sup>

Yine, bilge Onar'ın da vurguladığı gibi;

135 Schopenhauer, *Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine*, op. cit., s. 87.

136 Azrak, Ali Ülkü; *Türkiye'de İdari Yargının Bağımsızlığı*, AYD, C. 25, 2008, s. 213.

137 Tosun, Fahri Mutlu; *Yargı ve “Demokratik Meşruiyet”*, TBBD Dergisi, Sy. 88, 2010, s. 323.

138 Bkz. Günday, Metin; *İdare Hukuku*, Genişletilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 24, 36, 38. Hukuk devleti ilkesini gerekleri olarak, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olması, kanunların anayasa uygunluğunun yargısal denetimi, kanuni idare ilkesinin benimsenmiş olması, devlet etkinliklerinin belirliliği ilkesi, idarenin yargısal denetimi, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ile nihayet idarenin mali sorumluluğu öngörülür (bkz. İbid., s. 38-50).

139 Bkz. McClellan, James; *The Doctrine of Judicial Democracy*, Modern Age, Vol. 14, Sy. 1, Winter, 1969-70, s. 20.

140 Bkz. Yararsoy, *Demokrasi Teorisi*, op. cit..

141 Erkut, Celal; *Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)*, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996, s. 15.

142 Özay, *Günlükte Yönetim*, op. cit., s. 11.



“millî hâkimiyeti “teşrî (yasama) uzvunun her şeye kadir olduğu, kanun şeklinde her istediğini yapabileceği, her türlü hukukî durumu yaratabileceği” yolunda anlamak hukuk devleti fikriyle telif edilemez... Hukuk devletinde her şeyin üstünde hukuk kaideleri vardır.”<sup>143</sup>

“Kanunları yapan yasama organı ile kanunları uygulayan makamların farklı olması hukuk devletinin gereğidir.”<sup>144</sup> Yasamanın koyduğu yasaların veya karar verici yürütme erkinin aldığı kararların yargısal denetimi, tarihin çok eski dönemlerinde dahi görülür. Örneğin, Antik Çağ'ın yine Anadolu coğrafyasında yer alan- şehir devletlerinde, bir vatandaşın bir hukuk kuralının veya kararın anayasal düzene aykırı olduğu gerekçesiyle mahkemelere başvurusu mümkündür. Üstelik, yasanın iptali durumunda bu yasayı öneren kişi cezalandırılıyordu; çünkü bu durum, “halkı kandırabilecek, onları yanlış yöne sevk edebilecek demagog ve dalkavuklara karşı anayasal düzenin bir güvencesi olarak kabul ediliyordu.”<sup>145</sup>

### - Erkler ayrılığı açılımı

Hukuk devleti kavramının öğelerinden en önemlileri, devletin birbirinden farklı işlevlerinin ayrı organların eline verilmesi olarak tanımlanan erkler ayrılığı, idarenin hukukla bağlılığı, idarenin işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi ve nihayet yargı güvencesi olarak sıralanabilir.<sup>146</sup> Montesquieu'ya (ve Locke'a) atfedilen<sup>147</sup> klasik erkler ayrılığı anlayışında yasama, yürütme ve yargı organlarının ayrılığına dayalı bir erkler ayrımı kurgusu öngörülmektedir. Buna bilahare Madison tarafından eklenen- “karşılıklı denge ve denetim” anlayışı eşlik etmektedir. Böylece, her bir organ diğeriyle öylesine karışmış ve bağlanmış olur ki, her biri diğer ikisi üzerinde anayasal denetim olanağına kavuşur.<sup>148</sup>

Zaman içinde erkler ayrılığının “kuvvetler ayrılığı”ndan ziyade “işlev

143 Bkz. Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, (Birinci Baskıya Önsöz), C. 1, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 561.

144 Tosun, Yargı ve “Demokratik Mesruiyet”, op. cit., s. 323.

145 Mumcuoğlu, Kendine Özgü Bir Siyasal Topluluk - Antik Çağ Polis'i, op. cit., s. 12.

146 Bkz. Azrak, Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları, op. cit., s. 55.

147 Atay, Ender Ethem; İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 133.

148 Berggren, Niclas / Karlson, Nils; Constitutionalism, Division of Power and Transaction Costs, s. 5 (<http://ssrn.com/abstract=1491527>). “Liberal demokrasi”nin daha az toplumsal işlem maliyeti içermesinin olanaklı olduğuna değinen, ama daha önemlisi, toplumun uzun erimli yararına olacağı anlayışını dile getiren yazarların sahip olduğu “liberal demokrasi” anlayışı bağlamındaki ilgi çekici saptamaları dikkat çekmek isteriz (bkz. İbid., s. 21, 22). Yazarlar, yine, Lijphart'a atfen, uzlaşmacı demokrasilerin çoğunlukçu demokrasilere göre gerek en azından bir ölçüde- makroekonomik anlamda ve gerek bu kez baskın biçimde- demokrasinin kalitesi ve demokratik temsil anlamında daha iyi sonuçlar doğurduğunu vurgulamaktadır (bkz. İbid.) (“uzlaşmacı demokrasi” kavramı için bkz. Tunç, Hasan; Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı, GÜHFD, C. XII, Sy. 1-2, 2008, s. 1113-1132 keza, bkz. Özalp, Ahmet; Liberal Demokrasinin Derinleştirilmesi Gereği ve Müzakereci Demokrasi (<http://ide.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi17.pdf>)).

ayrılığı” anlamında ele alınması gerektiği yaklaşımı benimsenmiştir.<sup>149</sup> Giderek öğretilen bir görüşe göre de, erkler ayrılığı ilkesinin hedefi, kamu gücünü birbirinden farklı organlara vererek gücün tek elde toplanmasının ve böylece “kişileri baskı altına alabilecek bir oligarşinin, keyfilik” önüne geçmektir:

“Bu hedefe iki yoldan ulaşılabilir: 1. Güçlerin tam ayrılması, 2. Güçlerin birbirini frenlemesi. Modern anayasalar artık birinci yolu terketmiş ve güçlerin birbirini dengelemesi ve frenlemesi sistemini benimsemiştir.”<sup>150</sup>

Erkler ayrılığı, ilk olarak yasama ile yürütme arasında bir ayrılık getirmeyi öngörebilir. İkinci öge olarak, resmin içine yargının ve bürokrasinin tarafsız etmenler şeklinde eklenmesi keyfiyeti belirir. Nihayet, üçüncü etmen olarak, temel hakların korunması ve güçlendirilmesi idealinden söz edilmesi gerekir. Anılan bu ögeler olmaksızın, demokratik düzen ve bürokrasi hemen ‘bir tiranlığın motor gücü’ haline dönüşebilir.<sup>151</sup> Ackerman, bu bağlamda Amerikan tipi erkler ayrılığının diğer ülkelere bir model olarak ihraç edilmesini sakıncalı bulmakta ve yerine temel olarak- anayasa mahkemesi ile meclis tarafından kısıtlanmış durumdaki bir yürütme erki kurgusunu önermektedir.<sup>152</sup>

Öte yandan, her metin yorum gereksinimi gösterir; “(m)etin varsa, yorum da vardır”<sup>153</sup>. Ancak metnin belirsizliği durumunda yoruma gidileceğini öngören klasik yorum kuramının aksine, realist yorum anlayışında norm, metin olarak değil, anlam olarak vardır ve bu nedenle anılan anlamı somut olayda uygulayabilmek için de yorum kaçınılmazdır.<sup>154</sup> Yorum ise, sonuçta yargıya kalan bir işlev niteliğindedir; hatta, yasa koyucunun ortaya çıkardığı metni yargının yorumlaması nedeniyle ‘gerçek kanun koyucunun yargı olduğu’ dahi savlanmaktadır.<sup>155</sup>

Yasal metinlerin yargı tarafından yorumlanmasının erkler ayrılığı ilkesine aykırı düşeceği yolunda görüşler bu meyanda dile getirilmiş olmakla beraber,<sup>156</sup> yargının bu erkini Anayasa’dan aldığı söylenebilir. Giderek, Amerikan hukuk realizminin ve türevlerinin etkisiyle yorumu yasadan üstün tutan anlayışlar da ortaya çıkmıştır.<sup>157</sup> Bu meyanda yargının yorum konusunda kanunları

149 Atay, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 133.

150 Azrak, *Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları*, op. cit., s. 57.

151 Bkz. Ackerman, Bruce; *The New Separation of Powers*, HLR, Sy. 633, 2000, s. 640.

152 Bkz. İbid., s. 640, 641.

153 Otacı, Cengiz; *Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu*, TBBD, Sy. 88, 2010, s. 440.

154 Bkz. Gözler, Kemal; *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 187.

155 Bkz. İbid., s. 190, 191.

156 Bkz. Otacı, *Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu*, op. cit., s. 448.

157 Bkz. İbid., s. 449.



başkalaştırmaması ve yeni kurallar koyma şeklinde bir eğilime girmemesi gerektiği vurgulanmaktadır.<sup>158</sup>

Yargısal denetim bağlamında yargının meşruiyetini kaybetmemesi, aslında, kurulması ve korunması zor bir dengeyi içerir: Bir yandan çoğunluğu karşısına almak suretiyle meşruiyetini oluşturmak durumundayken, diğer yandan çoğunluğa karşı çıkmamayı tercih etmekle meşruiyetini yitirme tehlikesini göğüslemek durumunda kalabilecektir.<sup>159</sup> Öğretide, anayasa yargısının demokratik meşruiyeti kavramının sıklıkla kullanılmasının yerinde olmadığı, zira “*Anayasa Mahkemesinin toplumda konsensüs yaratma gibi bir misyonu*” bulunmadığı;<sup>160</sup> bu itibarla anayasa yargısı bağlamında “*demokratik meşruiyet kavramının ... çok ihtiyatlı kullanılması gerek(t)iği*” savlanmaktadır.<sup>161</sup> Nihayet, anayasa yargısının Avrupa’da “*post-otoriteren dönemlerin ürünü olarak doğduğu*” da vurgulanmaktadır.<sup>162</sup> Nitekim, ülkemizde 1924 Anayasası’nda yer verilmeyen Anayasa Mahkemesi (AYM) kurgusu, çok partili siyasal rejime aynı Anayasa altında geçişin yapıldığı 1950’li yıllarda gözlenen “*çoğunlukçu demokrasi*” anlayışının olumsuz sonuçlar doğurmasının akabinde, 1961 Anayasası üzerinden hukuk düzenimize eklenmiştir. Böylece, AYM oluşumunun temel olarak, çoğunlukçu demokrasiyi temel hak ve özgürlüklerin korunmasını öngören bir liberal demokrasi anlayışıyla değiştirmek üzere kurgulandığı söylenebilmektedir.<sup>163</sup>

Böylece, yukarıdaki paragraflarda değinildiği üzere, anayasal düzende erkler ayrılığı bağlamında, siyasal iktidarın yasama faaliyetlerini denetim altında tutabilmeyi teminen sisteme bir de anayasal yargı işlevi eklenmiştir.<sup>164</sup> Nitekim, “*(t)emel hak ve özgürlükleri güvence altına alan savaş sonrası anayasalarının Anayasa yargısını öngörmeleri, korumasız anayasa hukukundan yargısallaşan Anayasa hukukuna geçişin bir ifadesidir.*”<sup>165</sup>

Anayasa yargısı, meşruiyet sorgulamalarına bağlı kılınabilmekle beraber, aynen yasama ve yürütme gibi, meşruiyetini halk tarafından genellikle yüksek bir oy yüzdesiyle- kabul edilmiş bulunan anayasadan alır. Öğretideki bir

158 Bkz. İbid., s. 488.

159 Bkz. Law, David S.; *A Theory of Judicial Power and Judicial Review*, GLJ, Vol. 97, 2009, s. 793.

160 Alman Federal Anayasa Mahkemesi eski Başkanı Prof. Lambech’den aktaran: Azrak, *Türkiye’de İdari Yargının Bağımsızlığı*, op. cit., s. 214.

161 İbid., s. 214, 215.

162 Bkz. Aslan, Zühtü; *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 255.

163 Bkz. Öricü, Esin; *The Constitutional Court of Turkey: The Anayasa Mahkemesi as the Protector of the System*, JCL, Vol. 3, Sy. 2, 2009, s. 256.

164 Bkz. Hakyemez, Yusuf Şevki; *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 23 vd.

165 Azrak, *Türkiye’de İdari Yargının Bağımsızlığı*, op. cit., s. 214.

ifadeye göre, yargının siyasi iktidar üzerindeki hukuksal denetimini “*yargının vesayeti*” veya “*juristokrasi*” olarak görmek yanlış olur. Juristokrasi, Fransız devriminden önce, yargıçların yargı makamını satın alarak yargıç oldukları, sonra da bunu başkalarına kiraladıkları dönemden kalma bir deyimdir ve bundan dolayı Fransızların belleğinde derin bir psikolojik iz bırakmış olmakla juristokrasiden korkarlar; ancak, Türkiye bakımından buna benzer bir durumdan söz edilemez.<sup>166</sup>

Bir görüşe göre, egemenlik kuvvet ve şiddet üzerinden oluşturulmakta; siyasal güç ve egemenliğin tanımı, bir tarafın diğerine üstünlük sağlamasıyla belirmektedir.<sup>167</sup> Egemenliğin<sup>168</sup> kullanımı, erkin sınırlandırılması gereği bağlamında erkler ayrılığı anlayışına geçilmesiyle yeni bir boyut kazanmıştır.<sup>169</sup> Temsili demokrasilerde seçimler yoluyla iktidarı ele geçiren siyasal gücün hangi sınırlar içerisinde kalacağı veya sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ise, konunun bir başka boyutunu gündeme getirmektedir.

Bu anlamda, iki ayrı işlev dolayısıyla iki farklı sınırlama sorunu karşımıza çıkıyor: Bunlardan birincisi, siyasal erkin yasama işlevindeki sınırlandırmadır (başka deyişle, anayasa yargısı denetimidir). Diğeri ise, anayasa ve yasalarla kısıtlı olmak üzere yürütme işlevini yerine getirirken hukuksal sınırlar içerisinde kalıp kalmadığına yönelik olarak idari yargı tarafından yerine getirilen sınırlama (kısaca, idari yargısal denetim) şeklinde belirir.<sup>170</sup> Öğretide değinildiği üzere;

*“... her iki yargı sisteminde de önem taşıyan husus siyasetin sınırlarının bağlayıcı bir kararla gösterilmesidir. Bu gerçek siyasi iktidarın kendisini her iki yargı sistemine nüfuz etme, hatta bazen üstü kapalı ya da açık bir biçimde müdahale etme, bazen de etkisizleştirme hususunda dayanılmaz bir eğilime kendisini kaptırmasına yol açmaktadır.”*<sup>171</sup>

Hemen yukarıda değinilmiş bulunan birinci denetim konusu, bizi siyasal iktidarın ne denli bir sınırlamaya bağlı kılınacağı sorusuna götürüyor. Anayasayı ortaya koyan kurucu iktidara görece, bilahare seçimle iktidar erkini ele geçiren iktidarın (ki, türev (*tâli*) kurucu iktidar olarak da

166 Bkz. Türmen, Rıza; *Demokrasilerde yargının rolü*, Milliyet Gazetesi, 28 Haziran, 2010.

167 Hardt / Negri, *Empire*, op. cit., s. 98.

168 Egemenlik kavramına dair bkz. Sunay, Reyhan; *Tartışılan Egemenlik*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 21-102.

169 Bkz. Gülsoy, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, op. cit., s. 23-32.

170 Kuvvetler ayrılığı ve idarenin imtiyazı, aynı gerçekliğin iki görünüşüdür ve bu da idari rejimdir (bkz. Sudre, Jacques; *Mukaveleler Hususunda Devlet Şurasının Salâhiyeti*, ((notlar ekleyerek) çev. H. Hüsnü Berker), 2. Baskı, Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1942, 15.

171 Azrak, *Türkiye’de İdari Yargının Bağımsızlığı*, op. cit., s. 215.

adlandırılabilir) <sup>172</sup> kısıtlar içinde kalacağı savlanabilmektedir. <sup>173</sup> Öğretiden bir ifadeyi alıntılama suretiyle konuyu irdelemeye devam edelim:

*“Kurucu iktidar-kurulmuş iktidar ayrımı egemenlik kuramlarına dayanılarak da açıklanabilir. Bilindiği gibi kaynağını Rousseau'nun “egemenliğin devredilmezliği” doktrininden alan halk egemenliği kuramına göre, yasama organı seçmenlerden kurucu düzenin delegasyonunu değil, olsa olsa basit bir yasama vekaleti almış olabilir. Diğer bir ifadeyle halk, milletvekillerini seçerken, onlara sadece olağan yasa yapma gücünü devretmiş, ama kurucu güçlerini kendi yanlarında saklamıştır.”* <sup>174</sup>

Yine, Azrak'a göre, *“... ikinci dünya savaşından sonra halka ait olan aslî kurucu iktidarın koyduğu Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerinin talî kurucu iktidarı da bağladığı gerçeği kabul edilmiştir.”* <sup>175</sup>

Ülkemizde iktidarların nitelikli çoğunluğa ulaştıklarında anayasa yargısını bir engel olarak görebilmesi eğiliminden söz edilebilir ve bu bağlamda kurulmuş iktidar sınırlamasından rahatsızlık duyulması gerçeğinin belirdiği savlanabilir. Buna ilişkin olarak, öğretiden bir görüşte kimi saptamalara gidilmekte ve aşağıdaki savlara yer verilmektedir:

*“... Türkiye'de parlamentoda salt çoğunluğun ötesinde bir çoğunluğa sahip olan muhafazakar sivil iktidar, “çoğunluk” olarak gördüğü demokrasi adına, ortalama bir Batı demokrasisinde var olan anayasal sınırlamalarla en başta da “anayasa yargısı”yla kendini bağlı saymak istemiyor. Oysa ki anayasanın bağlayıcılığı ve hukukun üstünlüğü, demokrasinin çoğunluk rejimi olmasını makul sınırlar içerisinde tutmaya yarayan önemli bir ilke ve araçtır. Tarih bize sınırlandırılmayan iktidarların toplumlarını nasıl felakete sürüklediğini açıkça göstermektedir. Türkiye için bu felaket maalesef çok da uzak değildir.”* <sup>176</sup>

Yine, öğretiden iktidarın sınırlandırılması bağlamında demokrasi anlayışının asgari gereklerini uzunca sıralayan- bir başka çalışmada, bu meyanda özellikle toplumsal yapıdaki siyasal unutkanlık, siyasal manipülasyonlar yoluyla halkın bilgi erişiminin kısıtlanması, vbg. ögelere atfen aşağıdaki ifadeye yer veriliyor:

*“Demokrasi cahillerinin yukarıda saydıklarımızın yanısıra tarihten öğrenmeleri gereken en önemli ders şudur: Sınırsız iktidar, yozlaşmaya*

172 Terim hususunda bir tartışma için bkz. Gözler, *Kurucu İktidar*, op. cit., s. 16; keza, bkz. Erdal, *Anayasa Kurallarının Kademelendirilmesi Sorunu*, op. cit., s. 167-174.

173 Bu konuda ayrıntılı bilgiler içeren bir çalışma için bkz. Gözler, *Kurucu İktidar*, op. cit., s. 16.

174 İbid., s. 15. Rousseau'nun “egemenliğin devredilemezliği” ilkesi bağlamında ayrıca yukarıda 110 no.lu dipnota bakılması önerilir.

175 Azrak, *Türkiye'de İdari Yargının Bağımsızlığı*, op. cit., s. 213.

176 Şener, *Demokrasi ve Siyasal İktidarın Sınırlandırılması*, op. cit.

*eğilimlidir. Sınırsız demokrasi, despotizm demektir.”<sup>177</sup>*

Nihayet, günümüzde gelişmiş ülkelerde dahi yürütme erkinin güç kazandığına değinen bir görüşe yer vermek istiyoruz. Buna göre;

*“halihazırda görülen oluşum, daha fazla erk sahibi kılınan liderler yönündeki değişimin benzer şekilde seçkinlerin tarafında da muhtemelen gerçekleştiği savını düşündürmektedir. Günümüzde rastlanan, gittikçe artan biçimde güçlenen liderlerin daha fazla agresif, sıkı biçimde organize olmuş ve karşılıklı antagonist türden seçkinlerin arasında boy verdiği bir zaman dilimidir; ki en önemli liberal demokrasilerin kimilerinde gözlemlenebilmektedir.”<sup>178</sup>*

Ne var ki, yukarıdaki alıntıladığımız “gelişmiş liberal demokrasilerin kimilerinde” rastlandığı savlanan bu “dengeli” oluşumun, az gelişmiş demokrasiler ve bu meyanda ülkemiz açısından ne denli geçerlik içerdiği; sözgelimi, “artan derecede güçlenen liderlik yapısı”nı dengeleyecek bir “karşı erk” olgusunun ne derece gözlemlendiği hususu, herhalde en azından tartışmalı sayılabilecek bir keyfiyeti ortaya koymaktadır denilebilir.

#### V. İktidarın Yargısal Denetimi

İktidarın yargısal denetimi, çok eskilere dayanan ve hayli tartışmalı bir konudur. Sözgelimi, öğretiden bir görüşe göre;

*“(d)espotizm sadece bir tek despotun bulunduğu bir sistem değildir ve birden fazla sayıda yargıcın bir araya gelerek hukuku uygulamanın dışında bir şeyler yaptıkları durumlar da aynı terimle anılabilir. Bundan dolayıdır ki, devrim öncesinin Fransası'nda “Parlement” adı verilen yerel egemen mahkemeler despotik olarak algılanıyordu.”<sup>179</sup>*

Öte yandan, buna karşıt görüşler de ileri sürülmektedir. Sözgelimi, Law'a göre, yargısal denetimin uzun süre boyunca demokrasi ve çoğunluk karşıtı bir nitelik içerdiği savunulmuş olmakla beraber, bu yaklaşım doğru sayılmamak gerekir. Zira, ancak yargısal deneyim yoluyla ki toplulukların yönetimin hukuksuz etkinliklerine karşı “yangın alarmı”yla uyarılmaları ve bir “trafik ışığı” işleviyle doğruya yönlendirilmeleri olanağı doğmaktadır.<sup>180</sup> Öğretiden bir görüşte vurgulandığı üzere, “yargıç Jackson'un da belirttiği gibi her anayasa yorumunun, şu ya da bu şekilde bir siyasi sonucu vardır ve bu sebeple de her

177 Aktan, Coşkun Can; *İktidarın Sınırlandırılması ve Anayasal Demokrasi*, Demokrat Anayasa Arayışları, Kış 2009, Sy. 105 (alıntılanan: Köprü Dergisi (<http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=965>)).

178 Higley John; *Elite and Leadership Change in Liberal Democracies*, içinde Elites in Central Eastern Europe, (Director: Freier Laszlo), Friedrich Ebert Foundation, Budapeşte, 2007, s. 14.

179 Troper, Michel; *The Judicial Power and Democracy*, EJLS, Vol. 1, Sy. 2, 2007, s. 6.

180 Bkz. Law, *A Theory of Judicial Power and Judicial Review*, op. cit., s. 723, 747 vd., 770 vd..

*“siyasal olay” bir “siyasi sorun” sayılamaz. Son bir tahlilde “siyasi sorun” problemi, yargı denetimini, demokrasilerin “Çoğunluk kuralı” (majority rule) ile bağdaştırma problemidir.”<sup>181</sup>*

Kavram, öğretilen bir görüşe göre, bir kuşak öncesindeki hararetli akademik tartışmaların canlılığını kaybettiği bir süreci yaşıyor gibidir. Bu meyanda, artık eskisi gibi bu konuya ağırlık verilmediği savlanmaktadır.<sup>182</sup> Ne var ki, konunun hala önemini kaybetmediği açıktır. Hatta, konu anayasal demokrasi içinde hukuk devleti ilkesinin bir temel ögesi şeklinde “*normalleştirilmiş*” olmakla birlikte, “*tartışmalı*” olmaktan da çıkmamış durumdadır.<sup>183</sup>

Giderek, Marquand'ın tanımladığı “*neredeyse narkotik populizm*”i içeren çağdaş siyasal yaşamın gözlemlendiği günümüz demokrasileri<sup>184</sup> bağlamında, iktidarın yargısal denetiminin daha da öncelikli bir gereksinim oluşturduğu dahi söylenebilir. Zira, Tocqueville'in karabasanı bir siyasal gerçeklik haline gelmiş gibidir: Bireyselleşmeyle koşullandırılmış bir toplum yapısı içinde, yalıtık (izole) haldeki vatandaşlar kolayca güdülenebilmekte (manipüle edilebilmekte); karizmatik siyasal liderler tarafından iradeleri eğilip bükülebilmekte ve nihayet arzuya göre şekillendirilebilmektedir. Böylece, her bir ulus, “*hükümetin çobanlık ettiği bir endüstriyel hayvan sürüsü*”ne indirgenmektedir.<sup>185</sup>

Anayasa'ya göre yasama, yürütme ve yargı gibi temel organların hepsi anayasaya bağlanmıştır ve hiçbir organ kendisine Anayasa'da verilmeyen bir yetkiyi kullanamaz veya Anayasa'daki sınırın kapsamı dışına çıkamaz. Dolayısıyla, açıktır ki yasama veya yürütme organları bu itibarla yargı organından daha üstün veya aşağı bir yerde değildir. Öğretilen bir görüşte değinildiği üzere;

*“(g)erçek derece farkı veya yücelik organlarda değil, Anayasanın kendisindedir... Başka deyişle, Türk Anayasasının kabul ettiği bu yücelik ilkesi karşısında, artık milli irade varsayımına dayanan bir çoğunluk zorbalığına yer yoktur.”<sup>186</sup>*

Şu halde, iktidarın yargısal denetimini bu anlayış ışığında

181 Çağlar, Bakır; *Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi* Sentetik Bir Deneme İçin Notlar, AYD, C. 3, 1986, s. 140 (alıntılanan kaynaktaki atıflara burada yer verilmemiştir; “**vurgu**” yazarına aittir).

182 Bkz. Poole, *Judicial Review at the Margins: Law, Power, and Prerogative*, op. cit., s. 2.

183 Bkz. Ibid..

184 Ibid., s. 3.

185 Ibid., s. 3.

186 Karamustafaoğlu, Tunçer; *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, AÜHF Yayını, Ankara, 1970, s. 115, 116.

değerlendirmekte yarar vardır.<sup>187</sup> Öğretiden bir başka görüşte ise, daha keskin bir ifadeye rastlıyoruz. Buna göre;

*“Anayasanın “Başlangıç”ında kuvvetler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediği ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu” ifade edildiğine göre, artık “her şeyin sahibi Meclistir” ve Millet egemenliğinin tek temsilcisi Meclistir” gibi beyanlar, hem Anayasaya hem Çağdaş Demokrasiye ve hem de hukukî gerçeklere aykırıdır.”<sup>188</sup>*

Bu konu ayrı bir çalışmayı gerektirecek önem ve hacim değerinde olmakla, bu altbaşlıkta sadece çok kısa bir şekilde ele alınacaktır.

Bir önceki altbaşlıkta (bkz. Bölüm IV) siyasal iktidarın anayasal hukuk devleti gereği yargısal denetiminde ikinci bir öge olarak idarenin faaliyetlerinin denetlenmesi hususuna değinilmişti. Kuşkusuz, idarenin denetlenmesine gereksinim duyuran faaliyetlerinin kapsamı, bir toplumda idarenin faaliyetlerinin genişliğiyle koşut bir boyut içerisinde belirir. Özel kişilere faaliyet alanları tanıyan bir dizgede idarenin daha ziyade düzenleyici nitelikteki faaliyetleri itibarıyla denetimin ortaya çıkmasına karşın, anılan faaliyet alanlarını devletin işgal ettiği durumlarda bizatihi bu faaliyetlerin idarece görülmesi bağlamında artan bir denetim gereksiniminden bahsedilebilir.

Konu bu anlamda toplumdaki faaliyetlerin idare veya özel kişiler tarafından yerine getirilmesiyle bağlantılı hale gelmektedir. Dahası, bir faaliyete “kamusal” etiketinin yapıştırılmasıyla kamu müdahalesi olanaklı duruma gelmektedir. Nitekim, varlığı Jüstinyen'e kadar geri götürülebilen kamu/özel hukuk ayrımı,<sup>189</sup> toplumsal faaliyetlerin ne denli kamu dahliyle ilintilendirileceğini belirlemektedir.<sup>190</sup> Kuşkusuz, tamamen özel hukuk konusu sayılan faaliyetler de bizatihi kendisi kamu faaliyeti olan bir yasanın çerçevesine girmekle kamusal boyut kazanmaktadır; ancak, bu durumda kamu hukukuna görece çok daha sınırlı veya dar bir kapsamdan söz edilmesi gerektiği

187 Buna karşın, Özyay anılan anlatımın aslında kuramsal düzeyde kaldığını ve sözgelimi Amerika Birleşik Devletleri'nde sistemin çok iyi işleminin ardında yargının gücü ve etkisinin bulunduğunu vurguluyor. Özyay, devamlı, çarpıcı bir saptamada bulunuyor: “*Demokrasi geleneği, hukukun üstünlüğü ve ona saygı, karşılıklı denetim ve dengelerin asıl güvencesi Supreme Court'ta somutlaşan “Yargı”dır ve hiç kimse de organlar arasında bir üst-üst ilişkisi yoktur; aralarındaki sadece bir işbölümüdür gibi felsefî olmaktan öte bir anlam taşımayan süslü sözlerle yatıp kalkmamaktadır*” (bkz. Özyay, İl Han; “Başkanlık” mı “Başkanlı Sistem” mi? Ya da Kaş Yapayım Derken..., İHİD, Y. 12, Sy. 1-3, 1991, s. 320) (“vurgu” tarafımızdan yapılmıştır).

188 Giritli, İsmet; *Günümüz Işığında Atatürkçülüğün “Laiklik”, “Milli Egemenlik” ve “Milli Birlik ve Beraberlik” İlkeleri*, İHİD, Y. 12, Sy. 1-3, 1991, s. 239.

189 Bkz. Özyörük, *Hukuka Giriş*, op. cit., s. 35 vd.; keza, kavramın tarihsel gelişim boyutları için bkz. Özücü, Esin; *Kamu Hukuku Özel Hukuk: Kavram ve Ölçüt Karmaşası*, İHİD, Y. 12, Sy. 1-3, 1991, s. 304-315.

gerçeği unutulmamak kaydıyla.<sup>191</sup>

Böylece, siyasal iktidarın yasama faaliyetlerinin yargısal denetiminin yanı sıra, siyasal iktidarın izdüşümünü yansıtan idarenin türlü etkinliklerine yönelen ikinci bir yargısal denetim konusu olarak, mevcut yasalar karşısında idarenin faaliyetlerinin yargısal denetimi gündeme geliyor. Bu ise, idari yargının konusunu oluşturmaktadır.<sup>192</sup> Alman öğretisinden Meyer'in görüşüne hemen yer verelim: “*İdare hukuku açısından Anayasa devleti, iç yapısı bakımından, Hukuk Devleti'nden başka bir şey değildir. Hukuk Devleti ise düzenli bir idare hukukuna sahip devlettir.*”<sup>193</sup>

Bu bağlamda öncelikle değinmek gerekirse, öğretide anayasa hukuku ile idare hukukunun hangi noktada birbirinden ayrıldığının açık biçimde saptanabilmiş olmadığı ve Alman öğretisinde yaygın biçimde benimsendiği üzere<sup>194</sup> idare hukukunun “**somutlaştırılmış anayasa hukuku**” anlamına geldiği de savunulmaktadır.<sup>195</sup> Azrak, bu hususta devamla şöyle diyor:

“*Her ne kadar tüm İdare Hukukunu tündengelim yöntemiyle Anayasadan dolayız biçimde çıkarma olanağı yoksa da, Anayasanın kullandığı Hukuk Devleti, İnsan Onuru vb- kavramların soyut oluşu gerçeğinin, İdarenin Anayasa'yla bağlı olması zorunluluğunu ortadan kaldırmadığı da açıktır. Doğru olan şudur ki, Anayasa (Hukuku) ön planda yasama eliyle ve sürekli biçimde de İdare tarafından somutlaştırılır. Bunun böyle olması, her şeyden önce “**Demokratik Hukuk Devleti İlkesi**”nin bir icabıdır.*”<sup>196</sup>

Keza, idari yargıda idarenin faaliyetlerinin yasalara uygunluğu denetlenirken sadece yasalarla kısıtlı bir denetime mi gidileceği, yoksa bunun ötesine geçilerek anılan idari etkinliklerin Anayasa'ya uygunluğu üzerinde de ayrıca durulup durulmayacağı hususu tartışmalı bir konu olarak belirlemektedir. Bu soruya olumlu bir yanıt verilmesi durumunda 'idari yargıcın anayasa yargıcı haline dönüşeceği' yolunda yorumlara gidilebileceği de kuşkusuz ayrıca savlanabilir.

Kanımızca burada ayrıntılı bir analize girişmeye gereksinim vardır: Kanunların sessiz kaldığı bir hususta idari yargıcın Anayasa'ya uygunluğu

190 Bkz. Verkuil, Paul R.; Public Law Limitations on Privatization of Government Functions, Cardozo Legal Studies Research Paper No. 104, 1 Mart, 2005, s. 4, 5.

191 İbid., s. 6.

192 Bkz. Atay, İdare Hukuku, op. cit., s. 113-116, 126-131.

193 Mayer'den aktaran: Azrak, A. Ülkü; İdari Yargı Kararlarında Anayasaya Uygunluk Sorunu, AYD, C. 9, 1992, s. 324, 7 no.lu dipnot.

194 Erdal, Anayasa Kurallarının Kademelendirilmesi Sorunu, op. cit., s. 179, 48 no.lu dipnot.

195 Bkz. Werner'den aktaran: Azrak, İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu, op. cit., s. 323.

196 İbid..



yahut uyarlılığı- araması durumunda, keyfiyeti “*idari yargıcın anayasa yargıcı haline dönüşmesi*” yaklaşımıyla ele alma olanağını görmek zordur. Zira, bu durum tahtında idari yargıcın, kanunda aykırı bir hüküm gördüğü ve kanunun anayasaya aykırılığı düşüncesini taşıdığı takdirde ilgili kanunun anayasaya aykırılığı düşüncesinden hareketle Anayasa Mahkemesi (AYM)'ne gidebilmesi mümkün ise de,<sup>197</sup> kanunun Anayasa'ya aykırı bir hüküm içermekten kaçınan bir kurguyla ustaca teçhiz edilmesi durumunda artık böylesi bir olanaktan yoksun kalacağı savlanabilecektir.

Oysa, işbu durumda idarenin faaliyeti çok açık biçimde Anayasa'ya aykırılık içerebilir. Kaldı ki, Azrak'ın değindiği üzere;

“... idare yargıcının denetlediği norm alanı, onun, -Fritz Werner'in deyişiyle- anayasa yargıcının küçük kardeşi sayılmasını haklı gösterecek bir özelliğe sahiptir. Bu özellik, idarenin pratiğinde kişi hak ve özgürlüklerinin yoğun biçimde konu alınmasıdır. Bu yüzdendir ki günlük idari uygulamalarda idare yargıcı, kişi hak ve özgürlüklerinin gerçek ve etkili koruyucusu rolünü üstlenmiştir.”<sup>198</sup>

İşte, böylesi bir örnekte idari yargıcın sırf kanunun sessiz kaldığı/kaldırıldığı durumlarda çaresiz bırakılması, hukuk devleti ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkeleriyle bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla, idari yargıcın bu türden örnek olaylarda Anayasa'ya uygunluğa da bakıyor olmasında, yahut başka bir deyişle Anayasa'ya uygun yorum (AYUY)<sup>199</sup> yöntemini kullanmasında bir endişe görmek zorlaşabilecektir.

Daha iyi anlaşılabilmesine yardımcı olmak üzere, konuya ilişkin olarak bir de örnek verelim: Sözgelimi, 3996 sayılı Kanun'da enerji sektörüne ilişkin altyapı projelerinin özel sektör eliyle görülmesi bağlamında ilgili özel sektör kişinin yarışmasız (rekabetsiz) biçimde, idarenin keyfince belirlenmesi (seçilmesi) uygulamasının gerekçesi olarak, yasada aksine bir hüküm bulunmaması hususu gösterilmiştir.<sup>200</sup> Şu halde, anılan idari işlem aleyhinde bir dava açılması durumunda, idari yargıcın anılan idari eylemin dayandırıldığı yasaya baktığında bir aykırılık görmesi olanağı yoktur. Zira, kanun bu konuda “sessiz” kalmış veya bırakılmıştır. Oysa, kanımızca Anayasa'ya uyumlu bir

197 Ne var ki, bu durumda dahi, Anayasamızın 152. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, AYM'nin işin kendisine gelişinden başlayarak beş ay içerisinde karara bağlayamaması durumunda idare yargıcı, yürürlükteki Anayasa hükmünü dikkate almak suretiyle davayı kendisi sonuçlandırmak durumundadır (bkz. Azrak, *İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu*, op. cit., s. 336).

198 İbid., s. 327, 328 (alıntı yapılan kaynaktaki atıflara burada yer verilmemiştir).

199 Anayasaya uygun yorum kavramı hakkında bkz. İbid., s. 326, 332-339; keza, bkz. Azrak, *Türkiye'de İdari Yargının Bağımsızlığı*, op. cit., s. 217, 218.

200 Bkz. Çal, Sedat; *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, TOBB Yayını, Ankara, 2008, s. 163, 165, 255, 264, 269.



yoruma gidilerek, anılan işlemin (Anayasamızın 48. maddesinde ifadesini bulan girişim özgürlüğü ile 167. maddesindeki rekabetin korunmasına ilişkin hükümleri uyarınca) hukuka aykırılığını rahatlıkla belirleyebilme olanağı vardır.<sup>201</sup>

Giderek bu yöndeki belirlemeye gidilmesi, ayrıca bir de zorunluluk oluşturur denilebilir. Dahası, 1950 yılındaki bir kararında Danıştay,<sup>202</sup> yargı yolunu kapayan bir yasa hükmünü AYUY yöntemiyle aşabilmiş ve böylece bir dönemin “yasa ekranı hipotezi”ni geçersiz kılabilmıştır.<sup>203</sup> Dolayısıyla, yasanın bir konuda hüküm serdetmemesi bir yana, yasa hükmünü dahi Anayasa hükmüne doğrudan geçerlik tanıyarak hukuk devleti ilkesinin gereği yerine getirilebilmektedir. Nitekim, öğretilen bir görüşte dile getirildiği üzere;

“... idare yargıcı ... yargısal denetim işlevini sürekli olarak İdare Hukukunun anayasal temellerini savunma ve koruma yönünde yoğunlaştırmış ve bu temelleri yerinden sarsacak nitelikteki yasal metinleri ve bunların yaratacakları etkileri ihmal ederek ve hatta bazen de yok sayarak hüküm vermiştir.”<sup>204</sup>

Yine, uygulamadan bir başka örnek olarak, araç muayene istasyonu işletmeciliği hizmetinin tüm ülkeyi kapsayan tekelci bir yapı içinde tek bir girişimciye verilmesi ve buna engel bir hükmün ilgili yasada (Karayolları Trafik Kanunu - KTK) yer almaması gösterilebilir.<sup>205</sup> Burada da idari yargının AYUY yöntemi uyarınca girişim özgürlüğü itibarıyla Anayasa'ya açık aykırılığı saptayabilmesi gerekirken, Danıştayımız önüne gelen davada bu hususu görmezden gelebilmiş,<sup>206</sup> hukuk kuramcıları da bir kaç ayrık örnek dışında<sup>207</sup> - bu konuya ya sessiz kalmış veya konuyu ele alan az sayıdaki

201 Ne var ki, hukukumuzda Fransız hukukundan sorgulanmaya gerek duyulmaksızın- alındığı gözlenen “*intuitu personae*” ilkesi uyarınca imtiyaz sözleşmelerinde idarenin imtiyazcıcı “*dilediği gibi, keyfince*” seçebileceği yolundaki yaklaşım, belirttiğimiz “*kolaylıkla*” ibaresinin aslında öğretideki yerleşik bu algılama/yorumlama tahtında pek de “*kolayca*” benimsenmeyebildiğini gösteriyor ki, bize göre öğreti bakımından burada son derece önemli ve isabetsiz bir yaklaşımın belirdiğini vurgulamak isteriz (bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, “*Intuitu Personae*” veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıcı Seçme Hakkı Üzerine...”, op. cit.).

202 Bkz. DDDGK'nun 6 Haziran, 1950 tarihli kararı, Kararlar Dergisi, Sy. 50/53, s. 112; keza, daha son dönemlerden bir başka karar için bkz. DİDDGK'nin 17 Kasım, 1989 tarih ve K. 89/162 sayılı kararı, DD, Sy. 78-79, s. 106 (aktaran: Azrak, *İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu*, op. cit., s. 329, 337, 338).

203 Bkz. Azrak, *İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu*, op. cit., s. 328-330, 337-339; Azrak, *Türkiye'de İdari Yargının Bağımsızlığı*, op. cit., s. 217, 218.

204 Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)*, op. cit., s. 16.

205 Bkz. Çal, Sedat; *Araç Muayene Hizmetinin “Özelleştirilmesi”*, AÜHFD, C. 67, Sy. 2, 2008, s. 71.

206 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. İbid., s. 85-96.

207 Bkz. Ayaydın, Cem; *82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (MÜSBE), 1998, s. 427, 428 (www.yok.gov.tr) (E.T. 19.01.2009); Tiryaki, Refik; *Ekonomik Özgürlüklerin Anayasal Rejimi*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (AÜSBE), 2007, s. 273, 290.

çalışmada bu aykırılığa değinmemeyi yeğlemiş görünmektedir<sup>208</sup>. Belki daha da vahim olan yahut üzüntü verici sayılabilecek olan husus, anılan uygulamanın yürürlükte bulunduğu yaklaşık üç yıldır yetmiş milyonluk bir ülkede tek bir girişimcinin dahi bu anayasal girişim özgürlüğü kısıtlamasına karşı bir dava açma yoluna girişmemiş olduğu keyfiyetini düşündüğümüzde beliriyor. Demokrasi ve özgürlük havarilerimizden bu hususta tek bir karşı söz de nedense çıkmıyor.

Kuşkusuz ki, yukarıda hemen iki önceki paragrafta değinilmiş bulunan görüşün benimsenmesi durumunda, bu kez kimi sorunların ortaya çıkması da söz konusu olabilecektir. Sözgelimi, idari yargıcın gerçekleştirdiği Anayasa yorumu ile aynı konuyu başka bir olay (bir diğer kanunun ilgili konuda bu kez sessiz kalmadığı bir hükmünün aynı Anayasa hükmüne aykırılığı savlanarak, böylesi bir olasılığın doğabileceği açıktır) üzerinden önünde bulan Anayasa Mahkemesi'nin farklı (çelişik) yorumlamaya gitmesi olasılığı düşünülebilir.

#### **- İktidarın uluslararası hukuk tahtında denetimi**

Uluslararası tahkim veya sair uluslararası andlaşmalarla ortaya çıkan küresel kurgular, artık içe kapalı bir hukuk anlayışını yetersiz ve giderek eksik duruma getirmiştir. Böylece, Fuchs'un değindiği “*autopoietic*” teriminden hareketle, eski dönemlerin kendi iç sınırlarının dinamiğinde yaşayan ulusal hukuk, artık salt bu sınırlar içerisinde bir organizma olmaktan çıkmış ve genişleyen bir kapsam içinde yeni bir tür canlı organizma haline geçmiş durumdadır; değinilen bu keyfiyet, özellikle ekonomi bağlamında belirlemektedir.<sup>209</sup> Giderek, temsili demokrasi bağlamında beliren yeni “*ekoloji*”, (Birleşmiş Milletler'den sivil toplum kuruluşlarına kadar) pek çok uluslararası yahut ulusaşırı nitelikteki organın karar alma sürecindeki etkinliklerini içeriyor durumdadır.<sup>210</sup>

Öğretiden bir görüşteki ifadeyle devam edersek;

*“Yönetim Hukuku bugüne kadar ulusal bir hukuk alanı olarak algılanır ve kabul edilirken, Avrupa Konseyinde belirlenen ortak hukuk anlayışı yeni bir evrensellik getirmiştir. Yönetimin özellikle insan haklarını benimsemesi, açıklık ve yargı denetimi bu ortak hukukun özellikleridir. Yönetim Hukukumuzun buna*

208 Anılan uygulamayı irdelemeye girişen ve fakat burada değindiğimiz hukuka aykırılığı değerlendirmede öğretinin de sessiz kalabildiği bir çalışma için bkz. Tan, Turgut; Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 371, 372; keza, bkz. Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 682-685.

209 Bkz. Fuchs, Christian; The Self-Organisation of Politics, Power and the Nation State, s. 18-28 (<http://ssrn.com/abstract=385222>).

210 Pogrebinschi, Thamy; Power and Representation, IUPERJ, (Amerikan Siyasal Bilimler Derneği'nin 3- Eylül, 2010 tarihlerinde düzenlenen 2009 Yıllık Toplantısı'nda sunulmak üzere hazırlanan bildiri), s. 5.

uyarlanması gerekmektedir.”<sup>211</sup>

Tüm bu gelişmeler, Avrupa Birliği (AB) çevresinde Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları gibi ulusalüstü bir kurguyla yerel idari yargının üstüne çıkan bir etkiyi göstermektedir.<sup>212</sup> Kuşkusuz, AB genelinde bir idare hukuku oluşurken, bunda yerel idare hukuklarından gelen ilke ve yaklaşımların etkileyici olduğu da açıktır.<sup>213</sup>

Belki ülkemiz bakımından AB'ye henüz tam üyeliğin gerçekleşmemesinden dolayı ABAD kararlarının etkisi sınırlı sayılabilse de, uyum yasaları tahtında açılıp kapanmaları biteviye süren tartışmalara konu edilen “fasıllar” üzerinden işlevlerini sürdürdüğü de savlanabilir. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) benzeri uluslararası etki odakları işlevine devam ediyor.<sup>214</sup> Giderek bir çarpıcı tesbit: “Lüksemburg ve Strazburg Mahkemeleri ve Anayasa Mahkemeleri. Değişen yapılar ve düşünce iklimi. Bermuda üçgeninin türbülans alanı.”<sup>215</sup>

Yine, bir diğer önemli alanda ciddi sorunlar gözlemlenebilir: Uluslararası yatırım tahkimi, bu bağlamda önemli bir kısıt olarak belirmiş durumdadır.<sup>216</sup>

Ne var ki, AİHM konusunda övgüye değer bir farkındalık sergileyen idare hukuku öğretisi,<sup>217</sup> ne yazık ki, yatırım tahkimi bağlamında ortaya çıkan bu durumun hala ayırında görünmemekte; öğretinin bu hususta irdelemelere gitmeyi denediği çalışmalara rastlanmamaktadır. Demokrasi adına yargı denetiminde kısıtlayıcılığa karşı gelme eğilimini sergileyen öğreti, yatırım tahkimi kurgusunda yer alan seçilmemiş hakemlerin (bilindiği üzere, uyuşmazlığın tarafları birer hakem seçmekle birlikte, bu ikisinin uyuşamaması durumunda üçüncü hakemin seçimi uluslararası hakem merkezlerince

211 Akıllıoğlu, *Yönetim Hukukumuz ve Geleceği*, op. cit., s. 14.

212 Bkz. Değer, Ozan; *Avrupa Kamu Hukuku Düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yargı Yetkisi Sorunu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 5-8, 105-112.

213 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Örcü, Esin; *Avrupa Hukukunda İdare Hukukunun Genel İlkeleri*, İHİD, Y. 9, Sy. 1-3, 1988, s. 243-253.

214 Değer, *Avrupa Kamu Hukuku Düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yargı Yetkisi Sorunu*, op. cit., s. 112-121.

215 Çağlar, Bakır; *Farklı Bir Mekanda Farklı Bir Zamanda Anayasa Yargısı*, AYD, C. 12, 1995, s. 317.

216 Bkz. Çal, Sedat; *Ekonomik Düzenleme (Regülasyon). Özelleştirme, İdare Hukuku ve Uluslararası Tahkim Matrisinde Değerlendirmeler*, Sosyoekonomi Dergisi, Sy. 2 (Temmuz-Aralık), 2010, s. 67, 68, 80, 81.

217 Sözgelimi, AİHM'nin “memur” kavramını yorumlayışındaki farklılık nedeniyle hukukumuzda benzeri bir anlayışa yer verilmesinde yarar olacağını vurgulayan yerinde bir tesbit, uluslararası hukukun yerel hukuka baskılamasının uygulamadan güzel bir örneğini oluşturmaktadır (bkz. Karahanogulları, Özlem Erdem; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi İdari Davalar Memur Uyuşmazlıkları*, Danıştay 133. Yıl Sempozyumu (İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü), 11-12 Mayıs, 2001, Danıştay Yayını, Ankara, 2003, s. 61-76).

yapılabilmektedir)<sup>218</sup> yargısal denetime gitmesinde nedense bir sorun görmüyor gibidir. Aksi halde, bugüne kadar anılan konuda uyarıcı yayınlara tesadüf edilebilmesi gerekirdi. Ne var ki, bu gelişmeyi maalesef ki- göremiyoruz ve böylece öğretinin ışık saçan görüşlerinden yararlanma olanağını bulamıyoruz ve nurlu ufuklarından yoksun bırakılıyoruz.

Nihayet, her ne kadar özellikle üçüncü dünya ülkeleri tarafından, ulusaşırı şirketler ve onların yerli komprador burjuvazi işbirlikçilerine yönelik yararlar sağlayan küresel ölçekli asgari yatırım koruması veya fikri mülkiyet hakları uygulamaları gibi hususlarda eleştiriler getirildiği görülsede,<sup>219</sup> yukarıda değinilen eksikliğin sadece hukukumuzda özgü olmayıp, yabancı literatürde de benzeri bir durumun genel olarak gözlendiğine değinilmektedir. Buna göre, ulusal düzlemdeki Keynesyen hükümet biçimlerinin nasıl dönüştüğüne ilişkin olarak, uluslararası gelişmelerin yahut küresel veya Avrupa ölçeğindeki yeni aktörlerin etkisine ve bu bağlamda ulusal devlet yetkilerinin sınırlandırıldığına yönelik irdelemelere gidildiği pek de görülmemektedir.<sup>220</sup> Böylece, Birleşmiş Milletler (BM), Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Dünya Bankası (DB) ile Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) gibi uluslararası kuruluşların “hükümet etme işlevi” üzerindeki etkileri gözden ırak kalmaktadır.<sup>221</sup> Oysa, bir görüşe göre;

“17. yy'ın egemenliği ile günümüzün küreselleşen dünyasında devletin

218 Bkz. Çal, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, op. cit., s. 310.

219 Bkz. Kingsbury, Benedict; *The International Legal Order*, IILJ Working Papers No. 2003/1, s. 6. Üçüncü Dünya ülkelerinde sözcümlü yatırım tahkimine yönelik adaletsiz kurgunun karşısında ciddi itirazlar yükselirken, ülkemizin kendisini gelişmiş ülke sanarak Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) içerisinde yer almasından dolayı mı örneğin- anılan örgüt bünyesindeki uluslararası tahkime dair çok taraflı andlaşma (MAI) müzakerelerinde sesini çıkarmamış olmasıyla karşılaşmıştır? İkili yatırım andlaşmaları kurgusuna yine pek çok sayıda gelişmekte olan ülkeden karşıt sesler gökkubbeyi doldururken, ülkemizde neredeyse tek bir aykırı sesin dahi belki zorlukla ancak duyulabildiği gerçeğini nasıl açıklayabiliriz? Daha henüz geçen yıl, Cenevre'de gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma örgütü (UNCTAD) toplantısında Güney Afrika temsilcisi açık biçimde “*ikili yatırım andlaşmaları kurgusunu sermaye ihraç edenleri koruyan adaletsiz bir sistem olarak tanımladıklarını, bu yüzden kendilerine sermaye ihraç eden ülkelerle son on yıldır hiç bir ikili yatırım andlaşması imzalamadıklarını*” ve “*sadece kendilerinin ağırlıklı olarak sermaye ihraç ettikleri ülkelere karşı kendi çıkarlarını gözettilerinden bu türde andlaşmaları imzalamayı tercih ettiklerini*” gayet aleni biçimde salondaki tüm ülke temsilcilerine ve diğer uzmanlara açıklarken, orada bulunan ülkemiz temsilcisi söz aldığı anda sadece “*toplantıda kayıtların bilahare yazılı olarak da katılımcılara sunulmasının acaba mümkün olup olmadığı*” gibi yaşamsal bir husus üzerine görüş bildiriyordu! Güney Afrika'nın farkına vardığı bir hususta ülkemizin oralı olmayıp, aynı kurguya dair ikili yatırım andlaşmaları imzalamaya pratiğine devam edegelmesi, herhalde açıklanmaya muhtaç bir ciddi ülke sorununa işaret ediyor. Üstelik, ABD'de dahi gittikçe artan sayıda akademisyenin yatırımların uluslararası andlaşmalar kurgusuyla korunması yerine yerel mahkemelerde korumaya gidilmesi yönündeki görüş değişikliklerini ortaya koyduklarını anımsamak (bkz. *İbid.*, s. 9), ülkemiz bakımından “*ölü toprağı serpilmiş*” gibi bir görünüm arzeden sessizliği daha bir vahim kılıyor.

220 Bkz. Lemke, Thomas; *An Indigestible Meal? Foucault, Governmentality and State Theory*, (Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory'de yayımlanmıştır (Sy. 15, 2007)), s. 4 (<http://www.thomaslemkeweb.de/publikationen/IndigestibleMealfinal5.pdf>).

221 Bkz. *İbid.*..

*egemenliği veya devlet içerisindeki egemenlik aynı şey olarak kalamaz. Kavram özellikle nitelikleri bağlamında önemli değişim geçirmiştir.*<sup>222</sup>

Yukarıda değinilen uluslararası kuruluşların demokrasi eksikliği yönünden eleştirilmesi olanaklı bulunsa da<sup>223</sup>, öğretide bunun aslında çok da önemsenmemesi gerektiği aykırı bir görüş olarak- vurgulanmaktadır.<sup>224</sup> Buna göre, “*ulusal egemenlik ve seçilmiş parlamentoların egemenliği aşındırıldığında, sıradan vatandaşların egemenliği bazen ilerletilmiş olur.*”<sup>225</sup>

Nihayet, küreselleşmeyle ulus-devlet kurgusunun yerine uluslararası hegemonyayı yerleştirmeye yönelik yaklaşımların etkinlik kazandığı yolunda görüşler de dile getirilmektedir. Bu yöndeki bir alıntıya gidersek, “... *küreselleşen dünyada ulus devleti ayrıştırma ve vatandaşlık kavramı yerine küresel toplumun bir bireyi olmayı sağlama ve ülkeyi özerk yönetimlere bölme amacı*”nın gözlemlendiği savlanmaktadır.<sup>226</sup>

Bu noktada ayrıca, küresel emperyalizm ile küresel hegemonya ayırımına gidilme yönünde “*nüans*”lar oluşturulduğu; böylece, “*serbest piyasa modelini empoze eden*” ABD'nin 'küresel emperyalist' olmayıp, tüm dünyanın yararını gözeten 'küresel hegemonya' niteliğiyle belirdiği gibi olumlama heveslisi-yaklaşımların ortaya konulmaya çalışıldığına değinilmektedir.<sup>227</sup> Yine, küresel egemenlik bağlamında tarihsel gelişime bakıldığında, 'ulusal egemenlik' ile 'teritoryal egemenlik' ayırımına gidilmek suretiyle, sömürgeci ülkelerin kendi ülkelerindekinden farklı bir hukuk düzenini çifte standart içerecek biçimde ve doğal olarak olumsuzluk taşıyacak kurguyla- sömürgelerine dayattıkları da çarpıcı bir tesbit şeklinde belirlemektedir.<sup>228</sup>

## Sonuç

Çalışmamız içerisinde görece ayrıntılı biçimde- ele alınmaya çaba gösterildiği üzere, iktidar, hukuk ve yargı üçgenindeki etkileşim kümesinden nasıl bir sonuç çıkabileceği üzerinde durulması elzemdir. Temel soru, şöyle betimlenebilir: Bu üçgenin iç açıları toplamından işlevsel bir demokrasinin

222 Hakyemez, *Egemenlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi*, op. cit., s. 49.

223 Kingsbury'ye göre, ulusal ölçekteki demokrasi kavramı, sadece devlete ait bir organize siyasanın varlığını göstermez; orada ayrıca bir de güçlü bir “*toplum kimliği*” (“*identity-community (demos)*”) ve keza merkezileşmiş kurumsal güçler yapısı bulunur. Oysa, küresel ölçekte bu türden bir özellik görülemeyeceğinden, küresel bağlamda ulusal ölçekteki demokratik katılım veya hesap verme sorumluluğu gibi eksikliklerin küresel ölçekli siyasal desteklere veya halk tabanına dayanmak suretiyle giderilmesi düşünülemez (bkz. Kingsbury, *The International Legal Order*, op. cit., s. 21).

224 Bkz. Pettit, *Two-dimensional Democracy, National and International*, op. cit., s. 15-20.

225 Braithwaite ve Drahos'dan aktaran: İbid..

226 Bkz. Tunç, *Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı*, op. cit., s. 1131.

227 Bkz. Saada, Emmanuelle; *The History of Lessons: Power and Rule in Imperial Formations*, Items and Issues, op. cit., s. 11, 12.

228 Bkz. İbid., s. 15, 16.

veya toplumsal gönencin doğup doğmadığı konusunda nasıl bir yargıya varabiliriz? Yoksa, bu bir “*Bermuda üçgeni*” sorunsalına mı işaret etmektedir?

Her ne kadar matematiksel anlamda bir üçgenin iç açıları toplamı sabit ise de,<sup>229</sup> sosyal bilimler alanında bu kesinliğin bulunmadığı açıktır<sup>230</sup> ve sorumuza verilecek yanıtlar da kuşkusuz duruma göre çok değişken olabilecektir. Sözelimi, Ferguson'a göre, bir yandan toplumun özgürlüğü ve mutluluğu ile siyasal iktidar arasında, diğer yandan insanın iktidar sahibi olması ile bunu sürekli hale getirmesi arasında evrensel bir çelişki bulunur.<sup>231</sup>

Her toplumda ve her tür toplumsal birimde erki ele geçirme ve erkini diğerlerine uygulama/hissettirme şeklinde beliren özellikten kaçınılamayacağı aşikâr olduğuna göre, sorun, bu erkler savaşımını ne şekilde toplumsal yarar çerçevesinde kurgulayabileceğimiz hususu üzerinde düğümleniyor. Bu yönde öncelikle ele alınması gereken husus ise, kanımızca, ekonomik çıkarların erkler arası mücadele alanından olabildiğince uzaklaştırılması gereğinde belirir. Ülkemizdeki erkler savaşımının türlü isimler ve kutsallaştırılmış kavramlar yahut “*dava*”lar üzerinden yürütülmesi, sanırız ki ekonomik çıkarların perdelenmesinden başka bir bir amaca veya sonuca yönelik olmasa gerektir.

İşte, asıl “*dava*”, ekonomik paylaşımların erk savaşımı alanından mutlaka çıkarılmasıdır. Kuşkusuz, bu yönde değişik yöntemler içeren çözümler getirilebilir ve gelişmiş Batı demokrasilerinde yeterince örneği bulunmaktadır, yeter ki dikkatleri “*canbaza bak*” oyunlarına kapılmadan doğru alanlara odaklayabilelim. Bu yönde en önemli araç ise, ekonomik işlerde saydamlığın etkin biçimde kurgulanması, buna ek olarak idari yöntem yasası çıkarılarak her türlü idari işlem ve eylemde her türden etkilenenlerin önceden bilgi sahibi kılınması, dahası bunların kararın oluşumuna katkı vermesinin öngörülmesi ve nihayet yargı denetimi yoluyla buradaki kurgunun tam bir işlerliğinin sağlanması temel noktalarında belirir.

Devletin ekonomiden özelleştirmeler yoluyla ve serbest piyasa anlayışı içinde el çekmesiyle erk alanlarında savaşımın hareket alanı daralmasına maruz kaldığı savı, bu anlamda doğru bir önerme sayılabilir. Ancak,

229 Gerçi, bu yönde tartışmaların yaşandığı da görülmektedir. Sözelimi, Osmanlı devletinin son dönemlerine ilişkin olarak ilginç bir anekdot aktarılmaktadır. Buna göre, 18. yüzyılda Osmanlı'da bir matematik okulunun açılması gündeme geldiği sırada, bu işle görevlendirilmesi öngörülen Baron de Tott'un yönelttiği “*bir üçgenin iç açıları toplamı nedir*” sorusuna, mevcut Hendesehane hocalarının aralarında tartıştıktan sonra- verdikleri yanıt, “*üçgenine göre değişir*” olmuştu (bkz. Özalp, Teoman; Ülkemizde Gemi İnşaatı Mühendisliğinin Başlangıcı (<http://www.gemiinsa.com/?p=9>)).

230 Bkz. Çal, Sedat; Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi, TBBD, Sy. 90, 2010, s. 40, 41, özellikle 2 no.lu dipnot.

231 Bkz. Doğan, İlyas; Sivil Toplumun Ortaya Çıkışı: Adam Ferguson, SBArD, Mart 2003, s. 195.

unutulmaması gereken, devletin düzenleyici ve denetleyici işlevi üzerinde hâlâ 'bir devasa fil heybeti ve haşmeti içinde züccaciye dükkanında tezgahtarlık yapmaya' devam ettiği gerçeğidir ve keza, her iktidar mutlaka bir “yeniden toplumsal dağıtım” işlevini üstlenmek durumundadır. İktidar, böylece elinde tuttuğu bu 'muhteşem güç kullanma araçları'yla öldürücü vuruşlar yapmaya devam edebilen bir avcı rolünü sürdürmektedir ve kahlâr gücünü istediğinde dilediğince tâbilerine uygulayabilmektedir; kuşkusuz, kendi çıkarları uyarınca “turnayı gözünden vuran” maharetini kendisinden ve taraftarlarından- asla esirgemeyerek.

Bu nedenle, anılan işlevler bakımından yukarıda değindiğimiz “saydamlık” ve “hukuk devleti” ile “yargısal denetim” şeklindeki 'karşıt denge mekanizmaları' yeterli bir etkinlik içinde kullanılabilirse, erk ihtiraslarının olması gerektiği gibi- “ekonomi dışı” bir alanda ve “hizmet aşkına” yönelmesi, yahut “masum sayılabilecek, kişisel psikolojik tatminlere” odaklanması belki sağlanabilir. Bu anlamda iktidar erkinin iktisadi imtiyazlar yaratan ihsanları ruhsat verme gibi işlemler yahut ihalesiz kamu işleri üzerinden- dağıtma olanağını uhdesinde bulundurmaya devam ettiği hususu, özellikle dikkatleri çekmelidir. İşte, bu türden alanlarda mutlaka rekabet kurgusunu etkinleştirmek ve azamileştirmek, bir diğer zorunluluk olarak görülmelidir.

Tüm bu 'ön almalar' kurgulanmadığı sürece, erk mücadelesinin vahşi biçimde cereyan etmesi, ekonomik rantların karanlık paylaşımlarını gölgede tutabilmek için de türlü değerlerin mücadelesi görünümü altında saptırmacalara gidilmesi ve halkın aldatılması sonucu kaçınılmaz addolunabilir.

Dengesiz ve denetimsiz iktidar paylaşımları savaşımının, gelişmesini henüz tamamlayamamış toplumlarda ne gibi “hoyratlıklar” doğurabileceğine ve akabindeki olumsuz sonuçlarına ilişkin bir olası son söz bağlamında, sözü yine çalışmanın en başında kendisinden alıntı yaptığımız- şairimize bırakıyoruz ve keza bu bağlamda, insana ait yahut insandan çıkan “kul yapısı” her cinsten iktidara karşı 'Alegorik Güzelleme' kıvamında<sup>232</sup> bir “Sonsöz” denemesine girişmeyi arzu ediyoruz.

**Hüsn-ü İktidara Alegorik Güzelleme:**<sup>233</sup>

**“Hoyrattır bu akşamüstüler daima...**

**Ve cümle yitikler, mağlûplar, mahzunlar...”**

232 “Bir hukuk makalesinde hiç şiir olur muymuş” yollu sorular yöneltmeye niyetlenenlere olası bir yanıt bağlamında, kendisi de İdare Hukuku kitabına şiirler koyduğu için benzer eleştirilere maruz kalmakla yanıtını da veciz bir biçimde geliştirmiş bulunan Özay'a atıf yapmakla yetineceğiz (bkz. Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. IX, X).



İktidar, bir akşamüstüdür daima. Gecenin nemini tâbisinin gözyaşlarından süzer. Ve iktidar hep 'bir akşamüstü' gelir. Kapıda gözü yaşlı birçok kadını bekler, gecenin kâbusu '*âdet üzere*' başlamadan hemen önce. '*Tâbi*' için, her gecenin sabahı bir kurtuluş vesilesidir belki; lakin heyhat, o her seherde "*unutuşun tunç kapısını zorlar*", ve düzen devam eder gider... Ve varlığını onun iktidarına borçlu, ve mahkum ve çaresiz; kaderini çeker. Onunla yaşar, onunla ölür; varoluşunun yegâne amacı, ve hem sebebi odur. Sanır ki, daha Adem'le başlamıştır iktidarın kendi üzerindeki '*kaçılmaz, ve kakhâr, ve mutlak*', hikmetinden asla sual olunmaz hakkı...<sup>234</sup>

İktidar, geceyi sever. *Erk*'in tadı gece daha bir kolay ve rahat çıkarılır çünkü. Gecenin karanlığı her "*ayıp*"ı ustaca örter, "*ayb*"ı "*kayb*" etmeye her türünden karanlık kifayet eder (yeter). Tâbi'ye nikahtan (seçimden?) önce verilmiş sözlere yahut yasaların anasına riayet pek makbul görülmez "*maça beyi*" mize, neticede "*konçınalar*"dır karşısındaki!<sup>235</sup> Zaten, değil mi ki "*gece bir bilmecedir / ihanete gece, müthiş bir gerekçedir.*"<sup>236</sup> Her kifayetsiz muhterise bu ne hazinedir!

Ol babda gayri, cümleye mâlum ve aşikâr olmuş olsa gerektir ki; gece, iktidara müthiş bir yardakçısıdır. Güneşin cavlaklığında erk sefası sürülmez, pek zordur; "*tân eyleyen münâfıklar*" çıkabilir zira! Tarlasını gündüz sürer, iktidarının getirdiği erkin sefasını ise gece; bu babda '*tâbi*'yle münasebetinde sanki "*tarlalarınızı istediğiniz gibi sürebilirsiniz*" ruhsatıyla kendisine sınırsız

233 Önemle vurgulayalım ki, burada "*bir güzel güzellediğimiz*" görülen '*iktidar*', her türden "*kul yapısı*" iktidarı kastediyor. Dolayısıyla, işbu "*güzelleme*", böylesi her tür iktidara karşı bir naçiz manifesto olarak algılanmalıdır; insanın insan üzerinde eylemeye kalktığı ve daha aile içinde başlayıveren, evin kapısından dışarı çıkar çıkmaz kapıcıyla devam eden, okul ve işyerinde her türden "*âmir*"in erk gösterisi üzerinden zulmünü sürdürebilen her erk uygulamasında sorguya açık devasa bir alan vardır, ilgilenenler ve daha önemlisi, ilgilenmesi gerekenler- için hâlâ orada ziyaretçilerini beklemektedir...

234 Siyasal erkin kaynağı olarak monarşiyi meşrulaştırma bağlamında Tanrı'nın Adem'i yarattığı anda ona "*monark*" erkini bağışladığı, "*babanın oğlu üzerindeki haklar*" şeklinde Adem'den başlayarak insan nesli üzerinde "*babalık hakkı*"nın '*monark*'a ait olduğu yönündeki algılar dikkat çekicidir (anılan yaklaşım ve eleştirisi için bkz. Locke, John; *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme* Bay Robert Filmer ve Yandaşlarının Yanlış İlke ve Temellerinin Yıkılışı, (Çev. Fahri Bakırcı), Kırılancık Yayınevi, Ankara, 2007, s. 5. vd.). Anılan "*baba*" figürünü başka kaynaklarda da gözlemek mümkündür. Sözgelimi, Blackstone da aynı şekilde siyasal iktidarın ekonomi de dahil- toplum düzenini sağlayan kurallar koyma hakkını "*milletin babası*" olma keyfiyetiyle açıklamaya çalışmaktaydı (bkz. Dubber, Markus Dirk; "*The Power to Govern Men and Things*": Patriarchal Origins of the Police Power in American Law, BLR, Vol. 52, Sy. 4, 2004, s. 111). Bu noktada, bir dönemin siyasal liderine takılmış olan "*baba*" lakabının halkımızca nasıl da benimseniverdiği akla geliyor.

235 "*Konçınalar*" metaforu için Haldun Taner'in "*Konçınalar*" adlı öyküsüne bakılması önerilir (Taner, Haldun; *Konçınalar*, Varlık Yayınları, İstanbul, 1967, s. 47-51). Taner'in anılan öyküsünde yer verdiği ifadeyle "*Alt basamak olmasa, üst basamak neye, kime öğünecek?*"

236 Dizeler, Atilla İlhan'ın "*Tut ki Gecedir*" adlı şiirinden alıntıdır ve aslında erk savaşımının iyi anlaşılabilmesi için iyice ve defaatle okunması önerilebilir.



bir keyfilik bağışlanmış gibi hisseder ve her tür münasebete kendince hak görür. Sınırı, ancak kendine yakıştıramadığı noktada başlayabilir; harici müdahalelerden asla hoşlanmaz.

Bir “*dem ehli*”nin güneşin batışını sabırla beklemesine benzer, akşamı heyecanla bekler iktidar; vuslat o andır, yahut “*dem bu dem, an bu an, ve dahi 'zaman, ol zamandır'*”. Bu safhada “*hangi çılgın bana zincir vuracakmış, şaşarım / kükremiş sel gibiyim, bendimi çiğner aşarım*”<sup>237</sup> kıvamına gelmiş gibidir ve ikide bir azametle kükremesinden bellidir. Sanki şöyle mırıldandığı biraz daha yaklaşırsanız- duyulabilir: “*Ne hasta bekler sabahı / ne taze ölüyü mezar / benim seni beklediğim kadar...*”<sup>238</sup> Aynı anlarda ‘*tâbi*’nin ezik, ürkek ve titrek sesi, Kemanî Serkis Efendi’ye nihâvend makamındaki ‘Curcuna’ şarkısında hüznü bir tınıyla eşlik ederek yükselir: “*Kimseye etmem şikayet, ağlarım ben halime / Titrerim mücrim gibi, baktıkça istikbalime / Perde-i zulmet çekilmiş, korkarım istikbalime.*”

239

“*Hoyrat akşamüstüleri*”nden “*günışığında yönetim*”e<sup>240</sup> erişmeni umarak... ve “*adeta mağrur, salhaneye koşarak giden*” sana... sevgiyle... Ama, hiç olmazsa “*kasabının bıçağını yalamasan?*”<sup>241</sup>

Nihayet... “*öldük, ölümden bir şeyler umarak / bir büyük boşlukta bozuldu büyü / öyle karanlık ki gecemiz / ha olmuş ha olmamış pencерemiz...*”<sup>242</sup>

Büyü'nün efsunlu etkisinden kurtulmanı dileyerek... Yine sana selam, ve yine sana artan muhabbetle...

## Kaynakça

### - Kitap ve Makaleler:

Ackerman, Bruce; The New Seperation of Powers, HLR, Sy. 633, 2000.

Akad, Mehmed; Pluralist Toplum, içinde Küreselleşme ve Türkiye, (Ed. Cevat Okutan), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

237 Dizeler, Mehmet Akif Ersoy'a aittir.

238 Dizeler, Necip Fazıl Kısakürek'e aittir (bkz. “Beklenen” başlıklı şiiri).

239 Neden “üç nokta”? Bu yöndeki olası sorulara dolaylı yoldan- yine olası bir yanıt için, “Üç Noktanın Söylediği” başlıklı kitaba göz atılmasını öneriyoruz (bkz. Ahmet Turan Alkan, Üç Noktanın Söylediği, 7. Baskı, Ötügen Neşriyat, İstanbul, 2004).

240 İbare, “... yasalarına bazen böyle çok romantik isimler de verebilecek kadar hukuku seven ve ona saygı duyan bir toplumun Kongresi'nin eseri”nden, daha açık belirtirsek, ABD'nin “Günışığında Yönetim Yasası” (“*Government in the Sunshine Act*”)’ndan (bkz. Özey, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 5) mülhemdir ve saydamlığın yeterli ölçüde bir türlü kurgulanamadığı bahtsız ülkeler bakımından “*Mum Işığında Yönetim*” benzetmesini akla getirmeye elverişlidir.

241 İbareler, Nazım Hikmet Ran’ın “Dünyanın En Tuhaf Mahluku” başlıklı şiirinden alıntıdır.

242 Dizeler, Cahit Sıtkı Tarancı’ya aittir (bkz. “Ölümden Sonra” başlıklı şiiri).

- Akarsu, Ayhan; Hukuk Devleti İlkesinin Dünya ve Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi, AYİM Dergisi, Sy. 24  
([http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=83](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=83)).
- Akıllıoğlu, Tekin; Yönetim Hukukumuz ve Geleceği, (www.idare.gen.tr).
- Aktan, Coşkun Can; İktidarın Sınırlandırılması ve Anayasal Demokrasi, Demokrat Anayasa Arayışları, Kış 2009, Sy. 105 (alıntılayan: Köprü Dergisi  
(<http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=965>)).
- Araslı, Oya; Adaylık Kavramı ve Türkiye'de Milletvekilliği Adaylığı, AÜHF Yayını, Ankara, 1972.
- Archibugi, Daniele; Cosmopolitan Democracy and Its Critics: A Review, EJIR, Vol. 10, Sy. 3, 2004.
- Aslan, Zühtü; Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Atay, Ender Ethem; İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Ayaydın, Cem; 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (MÜSBE), 1998 (www.yok.gov.tr) (E.T. 19.01.2009).
- Azrak, Ali Ülkü; Avrupa Topluluklarında İdari Yargının Genel Esasları, İÜSBF Yayını, İstanbul, 1982.
- Azrak, A. Ülkü; İdari Yargı Kararlarında Anayasaya Uygunluk Sorunu, AYD, C. 9, 1992.
- Azrak, Ali Ülkü; Türkiye'de İdari Yargının Bağımsızlığı, AYD, C. 25, 2008.
- Bağçe, Emre; Antik Yunan Kent Devletinde Demokrasi Deneyimi ve Yerel Yönetimler, 7 Temmuz, 2008 (www.siyasaliletisim.org).
- Bağçe, Emre; Devletin Tarihsel Aşamaları ve Dönüşen İşlevi, 1 Aralık, 2008 (<http://www.siyasaliletisim.org>).
- Bayramoğlu, Ali; Güç, siyaset, cemaat..., Yeni Şafak Gazetesi, 1 Ekim, 2010.
- Berggren, Niclas / Karlson, Nils; Constitutionalism, Division of Power and Transaction Costs (<http://ssrn.com/abstract=1491527>).
- Bilir, Faruk; Siyasi Partilerin Güncel Sorunları ve Demokratikleşme (<http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi1.pdf>).
- Boysan, Aydın; Uzun Yaşamının Sırrı, IV. Baskı, TİBKY, İstanbul, 2008.
- Boysan, Aydın; Yüzler ve Yürekler, YKY, 7. Baskı, İstanbul, 2007.

- Bulut, Nihat; Devletin Gelişimi, içinde Küreselleşme ve Türkiye, (Ed. Cevat Okutan), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Buonamano, Roberto Luigi; Humanity and Inhumanity: State Power and the Force of Law in the Prescription of Juridical Norms, içinde Evil Law and the State Perspectives on State Power and Violence, (Ed. John T. Parry), Rodopi, Amsterdam & New York, NY, 2006.
- Chibundu, Maxwell O.; Political Ideology as a Religion: The Idolatry of Democracy, UMLJ Race, Religion, Gender and Class (UMSL Legal Studies Research Paper No. 2007/38), Vol. 6, 2006.
- Cooper, Frederick; Modernizing Colonialism and the Limits of Empire, Items and Issues, (Social Science Research Council tarafında yayımlanmaktadır), Vol. 4, Sy. 4, 2003.
- Cranmer, Skyler J.; Democratic Peace, 5 Eylül, 2005 ([http://www.unc.edu/~skylerc/files/democratic\\_peace\\_lit.pdf](http://www.unc.edu/~skylerc/files/democratic_peace_lit.pdf)).
- Çağlar, Bakır; Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi, AYD, C. 9, 1992.
- Çağlar, Bakır; Farklı Bir Mekanda Farklı Bir Zamanda Anayasa Yargısı, AYD, C. 12, 1995.
- Çağlar, Bakır; Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi Sentetik Bir Deneme İçin Notlar, AYD, C. 3, 1986.
- Çal, Sedat; “Intuitu Personae” veya İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine... (anılan makale Ankara Barosu Dergisi'ne gönderilmiş ve olumlu hakem raporuna istinaden önümüzdeki ilk sayısında yayımlanmak üzere kabul edilmiştir).
- Çal, Sedat; Araç Muayene Hizmetinin “Özelleştirilmesi”, AÜHFD, C. 67, Sy. 2, 2008.
- Çal, Sedat; Ekonomik Düzenleme (Regülasyon), Özelleştirme, İdare Hukuku ve Uluslararası Tahkim Matrisinde Değerlendirmeler, Sosyoekonomi Dergisi, Sy. 2 (Temmuz-Aralık), 2010.
- Çal, Sedat; Halkbilim, Ekonomi ve Hukuk Üçgeninde Bir Gezinti..., Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sy. 51-52, 2008.
- Çal, Sedat; Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi, TBBD, Sy. 90, 2010.
- Çal, Sedat; Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayımları, Ankara, 2008.
- Çal, Sedat; Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Dahl, Robert A.; Poliarşiler ve Poliarşi Olmayan Rejimler, (Çev. Memduh

Aslan)

(<http://www.canaktan.org/politika/demokrasi/makaleler/poliarsiler.htm>).

Davis, James C.; İnsanın Hikayesi, (Çev. Barış Bıçakçı), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları (TİBK Y), 11. Baskı, İstanbul, 2007.

Değer, Ozan; Avrupa Kamu Hukuku Düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yargı Yetkisi Sorunu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Deringil, Selim; İktidarın Sembolleri ve İdeoloji II. Abdülhamid Dönemi (1876-1909), (Çev. Gül Çağalı Güven), Yapı Kredi Bankası Yayınları (YKY), 3. Baskı, İstanbul, 2007.

Diamond, Michael; Community Economic Development: A Reflection on Community, Power and the Law, The Journal of Small & Emerging Business Law, Vol. 8, 2004.

Doğan, İlyas; Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2008.

Doğan, İlyas; Sivil Toplumun Ortaya Çıkışı: Adam Ferguson, SBArD, Mart 2003.

Downs, Anthony; The Origins of an Economic Theory of Democracy, içinde Information, Participation, and Choice An Economic Theory of Democracy in Perspective, (Ed. Bernard Grofman), University of Michigan Press, 1995.

Dubber, Markus Dirk; “The Power to Govern Men and Things”: Patriarchal Origins of the Police Power in American Law, BLR, Vol. 52, Sy. 4, 2004.

Erdal, Muhammed; Anayasa Kurallarının Kademelendirilmesi Sorunu, TBBD, Sy. 76, 2008.

Flatto, David; It's Good to be King: The Monarch's Role in the Mishnah's Political and Legal System, NYU School of Law, Hauser Global Law Working Paper No. 01/07 ([www.nyulawglobal.org](http://www.nyulawglobal.org))).

Fuchs, Christian; The Self-Organisation of Politics, Power and the Nation State (<http://ssrn.com/abstract=385222>).

Gemalmaz, Mehmet Semih; Devlet, Birey ve Özgürlük, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Giritli, İsmet; Günümüz Işığında Atatürkçülüğün “Laiklik”, “Milli Egemenlik” ve “Milli Birlik ve Beraberlik” İlkeleri, İHİD, Y. 12, Sy. 1-3, 1991.

Gökpinar, Mahmut; Adalet Teorileri Perspektifinden 1982 Anayasamız, TBBD, Sy. 77, 2008.

Gözler, Kemal; Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının

- Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.
- Gözler, Kemal; Kurucu İktidar, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998.
- Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Gülsoy, Mehmet Tevfik; Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Günday, Metin; İdare Hukuku, Genişletilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Hakyemez, Yusuf Şevki; Egemenlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi, içinde Küreselleşme ve Türkiye, (Ed. Cevat Okutan), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Hakyemez, Yusuf Şevki; Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Hardt, Michael / Negri, Antonio; Empire, Harvard University Press, Londra, 2001.
- Hassan, Ümit; İbn Haldun Metodu ve Siyaset Teorisi, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982.
- Higley John; Elite and Leadership Change in Liberal Democracies, içinde Elites in Central Eastern Europe, (Director: Freier Laszlo), Friedrich Ebert Foundation, Budapeşte, 2007.
- İnalcık, Halil; Atatürk ve Demokratik Türkiye, 3. Baskı, Kırmızı Yayınları, İstanbul, 2007.
- Kalabalık, Halil; İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Karahanoğulları, Özlem Erdem; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi İdari Davalar Memur Uyuşmazlıkları, Danıştay 133. Yıl Sempozyumu (İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü), 11-12 Mayıs, 2001, Danıştay Yayını, Ankara, 2003.
- Karamustafaoğlu, Tunçer; Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, AÜHF Yayını, Ankara, 1970.
- Kingsbury, Benedict; The International Legal Order, IILJ Working Papers No. 2003/1.
- Krouse, Richard W.; Polyarchy & Participation: The Changing Democratic Theory of Robert Dahl, Polity, Vol. 14, Sy. 3, 1982.
- Law, David S.; A Theory of Judicial Power and Judicial Review, GLJ, Vol. 97, 2009.
- Layne, Christopher; Kant or Cant The Myth of the Democratic Peace,

International Security, Vol. 19, Sy. 2, Sonbahar 2004.

Lemke, Thomas; An Indigestible Meal? Foucault, Governmentality and State Theory (Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory'de yayımlanmıştır (Sy. 15, 2007))

(<http://www.thomaslemkeweb.de/publikationen/IndigestibleMealfinal5.pdf>).

Lemke, Thomas; Foucault's Hypothesis: From the Critique of the Juridico-Discursive Concept of Power to an Analytics of Government, Parrhesia, Sy. 9, 2010.

Lewis, Bernard; 300 Yıldır Sorulan Soru: Hata Neredeydi?, (Çev. Harun Özgür Turgan / Serpil Bilbaşar), 2. Baskı, Oğlak Yayıncılık, İstanbul, 2006.

Locke, John; Hükümet Üzerine Birinci İnceleme Bay Robert Filmer ve Yandaşlarının Yanlış İlke ve Temellerinin Yıkılışı, (Çev. Fahri Bakırcı), Kırılgaç Yayınevi, Ankara, 2007.

McClellan, James; The Doctrine of Judicial Democracy, Modern Age, Vol. 14, Sy. 1, Winter, 1969-70.

Meriç, Ümit; Babam Cemil Meriç, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.

Mises, Ludvig von; Bürokrasi, (Çev. Feridun Ergin), Türk Ekonomi Kurumu (TEK) Yayını, İstanbul, 1947.

Mumcuoğlu, H. Maksut; Antik Demokrasinin Kuruluş Süreci, AÜHF Yayını, Ankara, 2001.

Mumcuoğlu, Maksut H.; Kendine Özgü Bir Siyasal Topluluk - Antik Çağ Polis'i, AÜHF Yayını, Ankara, 2001.

Mumcuoğlu, Maksut; Çağdaş Demokrasi Kuramlarında Katılma ve Türkiye'de Katılmanın Gelişimi, AÜHF Yayını, Ankara, 1982.

Nizamü'l-Mülk, Siyâset-Nâme, (Haz. Mehmet Altan Köymen), KTB Yayını, Ankara, 1982.

Okutan, Cevat; Cumhuriyetçi Bir Kuruluş Modeli Olarak Türkiye Cumhuriyeti, içinde Küreselleşme ve Türkiye, (Ed. Cevat Okutan), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, (Birinci Baskıya Önsöz), C. 1, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

Ortaylı, İlber; İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, Gözden Geçirilmiş 25. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2006.

Ortaylı, İlber; Son İmparatorluk Osmanlı (Osmanlı'yı Yeniden Keşfetmek 2), Timaş Yayınları, İstanbul, 2007.

Otacı, Cengiz; Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu,

TBBD, Sy. 88, 2010.

Öğün, Süleyman Seyfi; Politika ve Kültür, Dora Yayınları, Bursa, 2010.

Örücü, Esin; Avrupa Hukukunda İdare Hukukunun Genel İlkeleri, İHİD, Y. 9, Sy. 1-3, 1988.

Örücü, Esin; Kamu Hukuku Özel Hukuk: Kavram ve Ölçüt Karmaşası, İHİD, Y. 12, Sy. 1-3, 1991.

Örücü, Esin; The Constitutional Court of Turkey: The *Anayasa Mahkemesi* as the Protector of the System, JCL, Vol. 3, Sy. 2, 2009.

Özalp, Ahmet; Liberal Demokrasinin Derinleştirilmesi Gereği ve Müzakereci Demokrasi

(<http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi17.pdf>).

Özalp, Teoman; Ülkemizde Gemi İnşaatı Mühendisliğinin Başlangıcı (<http://www.gemiinsa.com/?p=9>).

Özay, İl Han; “Başkanlık” mı “Başkanlı Sistem” mi? Ya da Kaş Yapayım Derken..., İHİD, Y. 12, Sy. 1-3, 1991.

Özay, İl Han; Günüşiğinde Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Özçelik, Pınar Kaya; Demokrat Parti'nin Demokrasi Söylemi, AÜSBFD, C. 65, Sy. 3, 2010.

Özkaya, Yücel; 18. Yüzyılda Osmanlı Toplumı, YKY, İstanbul, 2008.

Özyörük, Mukbil; Hukuka Giriş, AÜHF Yayını, Ankara, 1959.

Pettit, Philip; Two-dimensional Democracy, National and International, ILLJ Working Papers No. 2005/8.

Pogrebinschi, Thamy; Power and Representation, IUPERJ, Amerikan Siyasal Bilimler Derneği'nin 3 Eylül, 2010 tarihlerinde düzenlenen 2009 Yıllık Toplantısı'nda sunulmak üzere hazırlanan bildiri (<http://ssrn.com/abstract=1451870>).

Poole, Thomas; Judicial Review at the Margins: Law, Power, and Prerogative, LSE Working Papers, No. 5, 2010.

Rachman, Gideon; Hillary Clinton and the thrill of political power, Financial Times, 15 Ocak, 2008.

Rothkopf, David, “Superclass: The Global Power Elite and the World They Are Making”, Carnegie Endowment for International Peace, 9 Nisan, 2008, Washington, D.C. (anılan kuruluş tarafından düzenlenen ve Rothkopf'un aynı başlıklı kitabına ilişkin tartışmaların yapıldığı toplantı kayıtları).

Rousseau, Jean-Jacques; Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri, (Çev. İsmail Yerguz), Say Yayınları, İstanbul, 2008.

Russett, Bruce; Grasping the Democratic Peace - Principles for a Post-Cold



- War World, Princeton University Press, 1993.
- Saada, Emmanuelle; The History of Lessons: Power and Rule in Imperial Formations, Items and Issues, (Social Science Research Council tarafından yayımlanmaktadır), Vol. 4, Sy. 4, 2003.
- Saar, Martin; The Power of Democracy Spinoza on Collective Action, Amerikan Siyasal Bilimler Derneği'nin 5 Eylül, 2009 tarihinde Kanada, Toronto'da düzenlenen yıllık toplantısında sunulan bildiri.
- Sakal, Mustafa / Şahin, Elif Ayşe; Anayasal İktisat, DEÜSBED, C. 11, Sy. 1, 2009.
- Schopenhauer, Arthur; Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine, (Çev. Ahmet Aydoğan), Say Yayınları, İstanbul, 2009.
- Selçuk, Sami; Cumhuriyet, Çağcıl Demokrasi ve Türkiye'nin Dönüşümü, BİLGESAM Rapor No. 23, İstanbul, 2010.
- Seviğ, Vasfi Raşid; Borçlar Hukuku ve İktisat, AÜHFD, C. 7, Sy. 3, 4, 1950.
- Sudre, Jacques; Mukaveleler Hususunda Devlet Şûrasının Salâhiyeti, ((notlar ekleyerek) çev. H. Hüsnü Berker), 2. Baskı, Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1942.
- Sunay, Reyhan; Tartışılan Egemenlik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Şener, Bülent; Demokrasi ve Siyasal İktidarın Sınırlandırılması, 8 Temmuz, 2009 (<http://www.stratejikboyut.com/haber/demokrasi-ve-siyasal-iktidar-sinirlandirilmasi--28594.html>).
- Şimşek, Şaban; Allah bu memleketi cemaatçilikten korusun!... Amin. (1), Yeni Akit Gazetesi, 7 Kasım, 2010.
- Tabak, Akif; Lider ve Takipçileri, Asil Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Tan, Turgut; Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Tartanoğlu, Ali; “Ulusal Savaşa Birlikte Başlayan Yolcular” ve Yalnız Adam Mustafa Kemal, Öncü Kitap, Ankara, 2002.
- Taşkın, Ahmet; Baskıya Karşı Direnme Hakkı, TBBD, Sy. 52, 2004.
- Tiryaki, Refik; Ekonomik Özgürlüklerin Anayasal Rejimi, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (AÜSBE), 2007.
- Tosun, Fahri Mutlu; Yargı ve “Demokratik Meşruiyet”, TBBD, Sy. 88, 2010.
- Troper, Michel; The Judicial Power and Democracy, EJLS, Vol. 1, Sy. 2, 2007.
- Tuncay, Aydın H.; Danıştayın Yargısal Yönü, içinde Yüzyıl Boyunca Danıştay, İkinci Baskı, Danıştay Yayını, Ankara, 1986.



Tunç, Hasan; Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı, GÜHFD, C. XII, Sy. 1-2, 2008.

Tunç, Hasan; Önsöz, içinde Yavuz, Bülent; Parlamenter Hükümet Sisteminde ve 1982 Anayasası'nda Başbakan, Asil Yayıncılık, Ankara, 2008.

Türközer, Bahir Güneş; Hukukun Objektivite Kazanma Süreci, TBBD, Sy. 59, 2005.

Türmen, Rıza; Demokrasilerde yargının rolü, Milliyet Gazetesi, 28 Haziran, 2010.

Ünlü, Barış; İmparatorluk Fikrinin Gelişimi, AÜSBFD, C. 65, Sy. 3, 2010.

Verkuil, Paul R.; Public Law Limitations on Privatization of Government Functions, Cardozo Legal Studies Research Paper No. 104, 1 Mart, 2005.

Weiss, Linda / Hobson, John M.; Devletler ve Ekonomik Kalkınma, (Çev. Kıvanç Dünder), Dost Kitabevi, Ankara, 1999.

Yararsoy, Dursun; Demokrasi Teorisi

(<http://websitem.gazi.edu.tr/dursun.yararsoy/DosyaIndir?DosyaNo=a82fd4d0a12cc6f43ac06813183add1a>).

Yavaşgel, Emine / Polat, Veli; Epistemolojik Açından Seçimbilim (Psephology) ve Problematikğine Eleştirel Yaklaşımlar, KİLAD, Sy. 10, 2010.

Yavaşgel, Emine; Demokratik Toplumlarda Seçim ve Temsil ([www.siyasaliletisim.org](http://www.siyasaliletisim.org)).

Yavuz, Bülent; Parlamenter Hükümet Sisteminde ve 1982 Anayasası'nda Başbakan, Asil Yayıncılık, Ankara, 2008.

Zabunoğlu, Yahya Kâzım; Kamu Hukukuna Giriş, AÜHF Yayını, Ankara, 1973.

Zabunoğlu, Yahya; (Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlandırılması, AÜHF Yayını, Ankara, 1963.

Zakaria, Fareed; The Rise of Illiberal Democracy, Foreign Affairs, Vol. 76, Sy. 6, Kasım/Aralık 1997.

### **Yargı Kararları:**

DDDGK'nun 6 Haziran, 1950 tarihli kararı, Kararlar Dergisi, Sy. 50/53.

DİDDGK'nin 17 Kasım, 1989 tarih ve K. 89/162 sayılı kararı, DD, Sy. 78-79.

---

# REKABET HUKUKU'NDA SİĞORTA SEKTÖRÜNE YÖNELİK GRUP MUAFİYETİ\*

---

AR. GÖR. BEĞÜM DİLEMRE\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi



## GİRİŞ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar hukuka aykırı ve yasaktır.<sup>1</sup> Aynı şekilde teşebbüsler arası rekabet kısıtlamalarına ilişkin anlaşmalar, Amsterdam Antlaşması uyarınca da yasaklanmıştır.<sup>2</sup>

Ancak zaman zaman, ilgili sektörün kendine özgü özellikleri sebebiyle teşebbüsler arasında belirli bir miktar işbirliği yapılması gerekmektedir. Bu sebeple gerek Amsterdam Antlaşması'nda ve gerekse de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da belirli bir sektörde ekonomik fayda sağlaması ve tüketicinin yararına olması koşuluyla kural olarak yasak olması gereken birtakım anlaşmalara istisnai düzenlemeler ile muafiyet tanınmıştır.<sup>3</sup> İşte bu amaçla grup muafiyeti tebliğleri çıkartılmaktadır.

Bu çerçevede ülkemizde, Avrupa Birliği'ne uyum kapsamında Rekabet Kurulu, Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (2008/3)

1 Bkz. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.4/1

2 Bkz. Amsterdam Antlaşması m.81

3 Bkz. Amsterdam Antlaşması 81/3, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.5

uygulamaya koymuştur. Aynı kapsamda Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (2002/2), Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (2003/2), Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (2005/4) ve Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (2008/2) yürürlüğe koymuştur.

Bu çalışmanın amacı, rekabet hukukunda muafiyet kavramına değindikten sonra, Sigorta Sektörüne Yönelik Grup Muafiyeti Tebliği'ni açıklamak ve değerlendirmektir. Konu üç ana başlık altında incelenecektir. Birinci kısımda, rekabet hukukunda muafiyet kavramı ele alınmıştır. İkinci ve üçüncü kısımlarda ise, Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni ve bu Tebliğ ile getirilen düzenlemeler üzerinde durulmuştur.

## **A) REKABET HUKUKU'NDAMUAFİYET KAVRAMI**

### **1. Muafiyetin Amacı**

Avrupa Komisyonu Sigorta Sektörüne Yönelik Grup Muafiyeti Tüzüğü'nü ilk olarak 31 Mayıs 1991 yılında yürürlüğe koymuştur. Bu Tüzük 31 Mart 2010 yılına kadar yürürlükte kalacak şekilde 01 Nisan 2003 tarihinde yenilenmişti. Avrupa Komisyonu 24 Mart 2010 tarihinde sigortacılık sektöründeki bazı anlaşma ve uygulamaları AB rekabet kurallarından muaf tutan yeni Grup Muafiyeti Tüzüğü'nü kabul etti. Yeni Tüzük 1 Nisan 2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. AB'de rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklayan kuraldan muaf tutulan iki anlaşma kategorisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ortak veri elde etme ve çalışma yapma (bilgi alışverişi) anlaşmalarıdır. Komisyon'a göre sigortacılar kapsanan risklerin maliyetini değerlendirebilmek için kapsamlı bilgi ve veriye ihtiyaç duyduklarından, sektörde bazı bilgilerin alışverişi büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede Tüzükle, tüketici ve müşteri örgütlerinin sigortacılar arasında değişimi yapılan verilere ulaşmaları sağlanmış ve Tüzük kapsamında muafiyetten yararlanabilecek bilgi değişim türlerinin çerçevesi netleştirilmiştir. Tüzükte muafiyetten yararlanacak olan ikinci kategori anlaşmalar ise, ortak sigortalama ve ortak reasürans grupları oluşturma anlaşmaları olarak belirlenmiştir. Buna göre, Tüzük ile eski Muafiyet Tüzüğü'nde bazı değişikliklere gidilerek belirli kurallara uyulmak kaydıyla sigorta şirketlerinin riskleri paylaşımlarına izin verilmiştir.<sup>4</sup>

Komisyon, rekabet kurallarını sigorta sektörüne uygularken bir dengeye

4 [http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/sigortacilik\\_sektorunde\\_yeni\\_grup\\_muafiyeti\\_tuzugu\\_kabul\\_edildi.pdf](http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/sigortacilik_sektorunde_yeni_grup_muafiyeti_tuzugu_kabul_edildi.pdf) (24.06.2011)

ulaşmayı hedeflemiştir. Bir taraftan sigorta şirketleri arasındaki anlaşmaların rekabetin kısıtlanmasına yol açmasını engellemeye çalışırken, diğer yandan Avrupa sigortacılık sektörünün rekabet gücünü korumasını sağlayacak ve sektörün kendisinin olduğu kadar tüketicinin de fayda sağlayacağı bir hukuki çerçeve ve teşebbüsler arası işbirliği yöntemleri oluşturmayı hedeflemiştir.<sup>5</sup>

Avrupa Birliği ile gerçekleştirdiğimiz Gümrük Birliği kapsamında, Avrupa Birliği'nin Rekabet Hukuku'na ilişkin olarak getirmiş olduğu düzenlemeleri iç hukukumuzda uyarlamamız gerekmektedir. Bu sebeple 2008/3 sayılı Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği çıkartılmıştır.

## 2. Muafiyetin Şartları

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 5. maddesi, yine aynı kanunun 4. maddesine aykırı olan anlaşma ve kararların hangi koşullarda dördüncü maddedeki yasaktan kurtulabileceğini belirtmektedir.

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 5. maddesinde düzenleme bulunduğu şekliyle; Rekabet Kurulu, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının yine aynı kanunun 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilmektedir:

1. Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması (Ekonomik Fayda Şartı),
2. Tüketicinin bundan yarar sağlaması (Tüketicinin Yararlanması Şartı),
3. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması (Rekabetin Ortadan Kalkmaması Şartı),
4. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olanlardan fazla sınırlandırılmaması (Ölçülülük Şartı).

Sayılan şartların hepsinin bir arada bulunması gerekmektedir. Bu şartların tamamının varlığı halinde Rekabet Kurulu, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının kanunun 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilmektedir.

02.07.2005 tarih ve 5388 sayılı kanunla yapılan muafiyet konusundaki değişiklikten önce, muafiyet kararları en fazla beş yıl için verilebilmekteydi. Ancak söz konusu değişiklikle beş yıllık süre sınırlandırması kaldırılmıştır.

5 Baydar, D.: “Komisyon'un Sigorta Sektörüne Yönelik Yeni Grup Muafiyet Tüzüğü Üzerine”, Rekabet Bülteni, 2003, Sayı.10 (<http://www.esrc.com/article/4019/komisyon%E2%80%99un-sigorta-sektorune-yonelik-yeni-grup-muafiyet-tuzugu-uzerine>, 30.06.2011)

Dolayısıyla, Rekabet Kurulu muafiyet kararlarını süresiz olarak verebileceği gibi belirli bir süreye de bağlayabilir. Bu sürenin takdiri yetkisi Rekabet Kurulu'na verilmiştir. Ayrıca süre bittikten sonra sürenin uzatılması da mümkündür.

Muafiyetin verilmesinin belli şartlara ve/veya yükümlülüklerle bağlanabileceği RKHK m.5/II de düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu takdirde muafiyet kararı, koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır.

RKHK m. 3'de belirtildiği üzere hakim durum; belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade etmektedir. Hakim durumun kötüye kullanılması yasağı da m. 6'da düzenlenmiştir. Buna göre, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır. Hakim durumda olan bir işletmenin grup muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı konusu bir sorun teşkil etmektedir. Bu sorun kanunun, 4. madde yasağına benzer bir muafiyeti 6. madde ihlallerine tanımamış olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim Rekabet Kurulu, çıkardığı grup muafiyeti tebliğlerinde “bu tebliğ hükümlerine göre tanınmış olan muafiyet, kanunun 6. maddesinin uygulanmasını engellemez” şeklinde bir hüküm koymaktadır.<sup>6</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki hakim durumda olan bir işletmenin yapmış olduğu bir anlaşmayı değerlendirirken önce 6. maddeye göre bir değerlendirme yapılması eğer bu değerlendirmeye göre hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu değilse ve grup muafiyetinin şartlarını taşıyorsa o zaman grup muafiyetinden yararlanması gerekmektedir.<sup>7</sup>

Muafiyetin sonucu, bu muafiyetten yararlananların hukuki durumları bakımından bir belirliliğin ortaya çıkmasıdır. Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki bir anlaşma hakkında muafiyet kararı verilmiş ise artık para cezası, tazminat gibi herhangi bir yaptırım uygulanamayacaktır. İlgililer bunun bilincinde oldukları içinde güven duygusu ve belirlilik oluşacaktır. Rekabet Kurulu'nun çıkaracağı Grup Muafiyeti Tebliği kapsamina dahil olan ve teşebbüslerin yapmış oldukları rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki anlaşmalar ve kararlar, şartları taşıyorsa kendiliğinden muafiyetten yararlanacaktır. Ayrıca bunun için Kurula

6 Aslan, Y.: Rekabet Hukuku, Bursa 2007, s. 364.

7 Aslan, a.g.e., s. 366.

bir bildirimde bulunmaya da gerek olmayacaktır.

Özetlemek gerekir ise, muafiyetin kamu hukuku bakımından sonucu idari para cezası yaptırımının uygulanmamasıdır. Özel hukuk bakımından sonucu ise bu anlaşmaların geçersizliğinin ileri sürülememesidir.

## **B) SİGORTA SEKTÖRÜNE İLİŞKİN GRUP MUAFİYETİ TEBLİĞİ**

### **1. Tebliğ'in Amacı**

Daha öncede değinildiği üzere, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, grup muafiyeti tebliğleri Rekabet Kurulu tarafından çıkartılmaktadır. Bu yetkiye dayanarak Rekabet Kurulu grup muafiyeti tebliğleri ile 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin hangi şartları taşıyan anlaşmalara uygulanmayacağını belirtmektedir.

2008/3 sayılı Tebliğ'in amacı, sigorta sektöründeki bazı anlaşma kategorilerinin 7/12/1994 tarih ve 4054 sayılı RKHK'nın 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından grup olarak muaf tutulmasının koşullarını belirlemektir.

Tebliğ'in gerekçesinde, sigorta sektörünün gerek sunulan hizmetin niteliğinden gerekse sektör yapılanmasından kaynaklanan sebeplerle diğer sektörlerden ayrıldığı ve bu farklılık ve bundan kaynaklanan özel durumların, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin sigorta sektörüne uygulanmasında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Sigorta şirketlerine grup muafiyeti sağlanmasıyla, net primlerin müşterek olarak hesaplanması, bazı risk gruplarının müştereken sigortalanması ve güvenlik cihazları için müşterek standartlar belirlenmesi amaçlanmıştır. Buna göre, net primlerin müşterek olarak hesaplanması, bazı risk gruplarının müştereken sigortalanması ve güvenlik cihazları için müşterek standartlar belirlenmesi amacıyla şirketler arasında rekabeti kısıtlayıcı anlaşma yapılabilecektir.

Rekabet Kurulu tüketici ve ekonominin yararını dikkate alarak sektöre grup muafiyeti tanımıştır. Ayrıca Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlanması amacı da unutulmamalıdır.

### **2. Tebliğ'in Kapsamı**

Tebliğ'in 2. maddesinde kapsam düzenlenmiştir. Net primlerin müşterek olarak hesaplanmasına, bazı risk gruplarının müştereken sigortalanmasına ve güvenlik cihazları için müşterek standartlar belirlenmesine ilişkin düzenlemeler bu Tebliğ'in temel olarak kapsamını oluşturmaktadır. Tebliğ, 15



maddeden oluşmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi ve bu Tebliğ'de yer alan hükümler çerçevesinde;

A) Sigorta sektöründeki teşebbüsler tarafından müştereken;

1) Belirli bir riskin geçmişte sigorta kapsamına alınmasının ortalama maliyetinin hesaplanması (hesaplamalar),

2) Sigorta işlemleri ile bağlantılı olarak, kapitalizasyon ve ölüm cetvelleri ile hastalık, kaza, sakatlık sıklıklarını gösteren tablolar hazırlanması (tablolar),

3) Bu hesaplama sonuçlarının ve tabloların teşebbüslere dağıtılması,

b) Belirli bir risk veya risk kategorisinde, teşebbüslerle bağlantılı olmayan genel dışsal koşulların, gelecekteki tazminat taleplerinin sıklığı ve ölçeği veya farklı tipteki yatırımların kârlılığı üzerindeki muhtemel etkilerinin müştereken araştırılması (araştırmalar) ve bu araştırma sonuçlarının dağıtılması,

c) Belirli risk kategorilerine yönelik olarak, müşterek teminat sağlamak amacıyla koasürans ve koreasürans grupları kurulması ve işletilmesi,

ç) Yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından Türkiye'de geçerli olmak üzere belirlenen standartlara ilişkin düzenlemelerin uygulanabilirliği kısıtlanmamak kaydı ile güvenlik cihazlarına ilişkin olarak sigorta sektöründeki teşebbüsler tarafından müştereken;

1) Teknik şartnameler ve uygulama kurallarının,

2) Cihazların bu kurallara uygunluklarının değerlendirilmesi ve onaylanmasına ilişkin usullerin,

3) Cihazların montaj ve bakımına ilişkin teknik şartname ve uygulama kurallarının,

4) Cihazların montaj ve/veya bakımını yapan teşebbüslerin söz konusu kurallara uygunluklarının değerlendirilmesi ve onaylanmasına ilişkin usullerin

belirlenmesi, tanıtımı ve dağıtımı amacıyla, sigorta sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşmalar, bu Tebliğde düzenlenen koşullara uymak kaydıyla, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki yasaklamadan 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak grup olarak muaf tutulmuştur.

## **C) 2008/3 SAYILI TEBLİĞ İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER**

### **1. Muafiyetin Geçerli Olabilmesi Bakımından Hesaplama ve Tabloların Sağlanması Gereken Koşullar**

2. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi ile tanınan muafiyetin geçerli olabilmesi

için hesaplama ve tabloların hangi koşulları taşıması gerektiği, “Müşterek hesaplama, tablo ve araştırmalar” başlıklı 5. maddede düzenlenmiştir.

Söz konusu muafiyetin geçerli olabilmesi için hesaplama ve tabloların aşağıdaki koşulları sağlaması gerekmektedir:

a) Hesaplama ve tablolar, istatistiki yöntemlerle işlenebilecek bir taban teşkil etmeye yetecek sayıda, aynı ya da karşılaştırılabilir riske ilişkin verilerin, gözlem süresi olarak seçilmiş belli sayıdaki risk-yılı süresince toplanmasına dayanmalıdır. Bu faaliyet sonucunda elde edilecek veriler arasında;

1) Belirlenen sürede gerçekleşen hasar / tazminat taleplerinin sayısı  
2) Seçilen gözlem süresinin her bir risk yılında sigortalanan münferit risk sayısı

3) Belirlenen sürede gerçekleşen hasarlarla bağlantılı olarak ödenmiş veya ödenmesi muhtemel tazminat miktarı

4) Seçilen gözlem süresinin her bir risk yılındaki sigorta bedeli toplamı bulunabilir.

b) Hesaplama ve tablolarda yer alan istatistiki veriler, ancak aktüerya işlemleri için gerekli olduğu ölçüde ayrıntılandırılmış olmalıdır.

c) Hesaplama ve tablolar, olağanüstü durumlar için ayrılan ihtiyatlara, rezervlerden kaynaklanan gelirlere, idari veya ticari faaliyetlerin maliyetlerine ya da kazançlarına, yatırımlardan kaynaklanan gelirlere veya beklenen kârlara ilişkin bilgileri hiçbir şekilde içermemelidir.

Tebliğ'in 7. maddesinde, tanınan muafiyetin hangi hallerde geçerli olmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre, katılımcı teşebbüslerin Tebliğ ile belirlenen muafiyet koşullarını taşıyan hesaplamalardan, tablolardan ve araştırma sonuçlarından sapmama konusunda kendi aralarında bir taahhüt altına girmeleri veya başka teşebbüsleri bu konuda zorlamaları durumunda, tanınan muafiyet geçerli olmayacaktır.

## **2. Belirli Risk Çeşitlerine Müşterek Teminat Sağlanması**

Belirli risk kategorilerine yönelik olarak, müşterek teminat sağlamak amacıyla koasürans ve koreasürans grupları kurulması ve işletilmesi amacıyla, sigorta sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşmalar, Tebliğ'de düzenlenen koşullara uymak kaydıyla, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki yasaklamadan 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrasına dayanılarak grup olarak muaf tutulmuştur.

2. maddenin 1. fıkrasının (c) bendi ile tanınan bu muafiyet, 8. maddede

belirtilen aşağıdaki uygulama ilkeleri ve pazar payı eşiklerine tabidir:

a) Bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten sonra, yeni riskleri ya da Türkiye'de daha önce sigorta kapsamına alınmamış riskleri teminat altına almak üzere kurulan koasürans ve koreasürans grupları, kuruldukları tarihten itibaren 3 yıl boyunca, pazar paylarına bakılmaksızın 2. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde belirtilen bu muafiyetten yararlanırlar.

b) (a) bendi kapsamında yer almayan ya da bu bent kapsamında yer almakla birlikte süresi üç yılı aşmış olan koasürans ve koreasürans grupları, katılımcı teşebbüslerinin grup düzenlemeleri kapsamında sunduğu sigorta ürünlerinin ilgili pazarın %20'sinden fazlasını oluşturmaması şartı ile, bu Tebliğ yürürlükte kaldığı sürece muafiyetten yararlanırlar.

1. fıkranın (b) bendi ile belirlenen pazar payı eşiklerinin hesaplanmasında aşağıdaki kurallar uygulanır:

a) Pazar payları, ticari prim gelirleri üzerinden hesaplanacaktır. Ticari prim geliri verileri mevcut değilse, ilgili teşebbüsün pazar payının hesaplanmasında, verilen sigorta teminatı ve sigortalanan risk değeri de dahil olmak üzere diğer güvenilir pazar bilgileri kullanılabilir.

b) Pazar payı, bir önceki takvim yılı verileri üzerinden hesaplanacaktır.

### **3. Koasürans ve Koreasürans Gruplarına Tanınan Muafiyetin Koşulları**

Koasürans ve koreasürans gruplarına tanınan muafiyetin geçerli olabilmesi bazı koşullara bağlanmıştır. Koasürans ve koreasürans gruplarına tanınan muafiyetin geçerli olabilmesi için, şu koşullar gerçekleşmelidir:

a) Her katılımcı teşebbüs, bir yıldan uzun olmayan bir ihbar süresine bağlı olarak, herhangi bir yaptırıma tabi olmaksızın gruptan ayrılma hakkına sahip olmalıdır.

b) Grup üyelerinden hiçbiri, ilgili risk kategorisine ilişkin olarak, tamamen veya kısmen grup üzerinden sigorta veya reasürans yapmak zorunda bırakılmamalıdır.

c) Grup düzenlemeleri ile ürün veya satış sınırlamasına ya da pazar veya müşteri paylaşımına yol açılmamalıdır.

ç) Grubun hiçbir üyesi veya grubun ticari politikası üzerinde belirleyici etkiye sahip olan hiçbir teşebbüs, aynı ilgili pazarda faaliyet gösteren bir başka grubun da üyesi olmamalı veya böyle bir grubun ticari politikası üzerinde belirleyici etkiye sahip olmamalıdır.

d) Bir koreasürans grubunun üyeleri, doğrudan sigorta faaliyetine ilişkin

olarak, ticari primi belirlemeye yönelik anlaşma yapamazlar.

Bu koşullar gerçekleşmediği sürece koasürans ve koreasürans gruplarına tanınan muafiyet geçerli olmayacaktır. Gerçekleşmesi gereken bu koşullar Tebliğ'in 9. maddesinde düzenlenmiştir.

#### 4. Güvenlik Cihazları Bakımından Durum

Düzenlemenin en önemli bölümlerinden biri güvenlik cihazları için müşterek standartların belirlenmesine olanak verilmesidir. Tebliğ, güvenlik cihazlarının niteliğinin, kalitesinin, bakım ve onarımının ne olacağı ve nasıl denetleneceği konusunda sigorta şirketlerinin arayacağı kriterler konusunda düzenleme getirmiştir.

Tebliğ'in 10. maddesinden yola çıkarak 2. maddenin (ç) bendi ile tanınan bu muafiyet aşağıdaki koşulların sağlanması durumunda geçerlidir:

a) Teknik şartnameler ve uygunluk değerlendirme usulleri, açık ve net, teknik açıdan makul ve ilgili güvenlik cihazı ile elde edilen performansla orantılı olmalıdır.

b) Montaj ve bakım teşebbüslerinin değerlendirilmesine ilişkin kurallar, teşebbüslerin teknik yeterliliklerine ilişkin ve objektif olmalı; ayrımcılık yapılmaksızın uygulanmalıdır.

c) Sigorta teşebbüsleri, sigortalama işlemlerinde, bu Tebliğ ile muafiyet tanınan şartname ve kurallara uygun olmayan diğer güvenlik cihazları veya kurulum ve bakım teşebbüslerini diledikleri şart ve koşullar çerçevesinde kabul etmekte serbest olmalıdır. Bu Tebliğ ile muafiyet tanınan şartname ve kurallar, bu hususa ilişkin açık bir ifade içerecek şekilde hazırlanmalı ve dağıtılmalıdır.

ç) Şartname ve kurallar, ilgilenen herkesin erişimine açık olmalıdır.

d) Şartnamelerle uyumlu güvenlik cihazları ile montaj ve bakım teşebbüslerine ilişkin her liste, performans seviyesi esas alınarak yapılmış bir sınıflandırmayı da içermelidir.

e) Başvuran herhangi bir aday tarafından herhangi bir zamanda uygunluk değerlendirmesi talep edilebilmelidir.

f) Uygunluk değerlendirmesi için, başvurandan, onay usulünün maliyetiyle orantılı olmayan herhangi bir masraf talep edilmemelidir.

g) Değerlendirme kriterlerini karşılayan cihazlar ile montaj ve bakım teşebbüsleri, teknik değerlendirmelerin makul bir ek süreyi haklı kıldığı durumlar hariç olmak üzere, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde herhangi

bir ayrımcı muameleye tabi tutulmadan onaylanmalıdır.

ğ) Uygunluk ya da onay, yazıyla belgelenmelidir.

h) Uygunluk belgesi verilmesinin reddine ilişkin gerekçeler yazılı olarak verilmeli; yazıya, yapılan test ve kontrollerin sonuçlarına ilişkin tutanakların birer sureti eklenmelidir.

ı) Uygunluk değerlendirme talebinin reddine ilişkin gerekçeler yazılı olarak verilmelidir.

### **5. Muafiyetin Geri Alınması**

Daha önce de değinildiği üzere 4054 sayılı RKHK'nun 5. maddesinde hangi şartların varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının RKHK'nun 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına Rekabet Kurulu'nca karar verilebileceği belirtilmiştir. Muafiyetin geri alınması Tebliğ'in 11. maddesinde düzenlenmiştir.

Eğer 2008/3 sayılı Tebliğ ile muafiyet tanınmış olan bir anlaşmanın, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğu tespit edilirse, Rekabet Kurulu, 4054 sayılı Kanun'un yine daha önce değinilmiş olan 13. maddesine dayanarak, anlaşmaya söz konusu Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabilir.

Ayrıca bu durumda Rekabet Kurulu, nihai kararını vermeden önce tarafların yazılı ve/veya sözlü görüşlerini ister.

### **SONUÇ**

Sigorta şirketlerinin gerçekleşen tazminat talepleri sayısı, ödenen tazminat miktarı ve sigorta bedeli gibi bazı temel bilgileri bir araya getirip net primleri ortak hesaplamaları hem sektör hem tüketici açısından son derece faydalıdır. Çünkü sigorta sektöründe sigortacının primlerini hesaplayabilmesi çok önemlidir. Bu sebeple prim konusunda yapılacak hesaplamalar için ne kadar çok olanak tanınırsa o kadar sektöre fayda sağlanacaktır.

Ancak bu konularda ortak hareket etmek esas itibarıyla Rekabet Kanunu'na aykırıdır. İşte bu sebeple sigorta sektörüne yönelik grup muafiyeti getirilmiştir. Bu şekilde teşebbüsler arası işbirliği gerçekleştirilebilecek, net primler daha doğru ve güvenilir bir şekilde tespit edilebilecektir.

Net primlerin müşterek olarak hesaplanması, bazı risk gruplarının müştereken sigortalanması ve güvenlik cihazları için müşterek standartlar belirlenmesi sektöre olumlu etki edecektir. Bu durum hem tüketicilerin hem de ekonominin yararına olacaktır ve tüketicilere daha iyi hizmet verilebilecektir.

Getirilen Grup Muafiyeti Tebliği ile artık net primlerin müşterek olarak

hesaplanması, bazı risk gruplarının müştereken sigortalanması ve güvenlik cihazları için müşterek standartlar belirlenmesi amacıyla şirketler arasında rekabeti kısıtlayıcı anlaşma yapılabilecektir.

İncelemesini yaptığım Sigorta Sektörüne Grup Muafiyeti Tanınmasına İlişkin Tebliğ'i, AB mevzuatına uyum açısından bir gerekliliktir. Ayrıca Türk ekonomisi ve tüketicileri açısından da yararlı sonuçlar doğuracaktır.

#### KAYNAKÇA

- ASLAN, Yılmaz İ.: Rekabet Hukuku, Bursa 2007.
- BAYDAR, Dilara: “Komisyon'un Sigorta Sektörüne Yönelik Yeni Grup Muafiyet Tüzüğü Üzerine”, Rekabet Bülteni, 2003, Sayı.10.  
(<http://www.esrcr.com/article/4019/komisyon%E2%80%99un-sigorta-sektorune-yonelik-yeni-grup-muafiyet-tuzugu-uzerine>, 30.06.2011)
- CENGİZ, Sezin Elçin: Sigortacılık Sektöründe Rekabet Hukuku Uygulamaları AB Düzenlemeleri ve Türkiye İçin Çıkarımlar, Ankara 2007.
- ÇELİKTEN, Suat Murat: Rekabet Hukuku Mevzuatı, İstanbul 2001.
- ERAKMAN, Göksu: Motorlu Taşıtlar Sektöründe Rekabet Sınırlamaları ve Grup Muafiyeti, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara 2007.
- ERDEM, Ercüment: Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2007.
- ESİN, Arif: Rekabet Hukuku, 1998.
- GÜVEN, Pelin: Rekabet Hukuku, Ankara 2009.
- İNAN, Nurkut / PİKER, Mehmet B. : Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara 2007.
- KARAKELLE, İsmail Hakkı: Rekabet Kuralları ve Sigorta Sektörü, İstanbul 2006.
- KUBİLAY, Huriye: Türk Özel Sigortacılığının Avrupa Birliği Sigorta Hukuku İle Bütünleşmesi, İzmir Ticaret Odası 2006.
- TC Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı 9. Kalkınma Planı 2007-2013 Rekabet Hukuku ve Politikaları, Ankara 2007.
- ÜÇİŞİK, Güzin / OCAK, Nazmi: Muafiyet, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına, İstanbul 2006.
- YILDIZ, Habib: “Avrupa Birliği Ortak Rekabet Politikası ve Türkiye”, Sosyal Bilimler E.Dergisi, S.12, Mayıs 2007.  
(<http://www.akademikbakis.org/12/ABR.htm>, 30.06.2011)



---

# ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI AÇISINDAN UYGULANABİLME KOŞULLARI\*

---

Av. GÜLMELAHAT DOĞAN\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Ankara Barosu





\*

## GİRİŞ

Rekabet hukukunun temel hedefi tüketicinin refahının ve devamında toplumsal refahın sağlanmasıdır. Rekabet hukuku bunu ekonomik etkinliği arttırarak sağlar ve ekonomik etkinliğin arttırılmasında fikri mülkiyet haklarının da önemli bir payı vardır, çünkü fikri mülkiyet hakları ile öncelikle teknolojik yenilik gerçekleşmekte ve devamında korunan bu fikri mülkiyet hakları ile ekonomik gelişmeler sağlanabilmektedir.

Bu çalışmada sözleşme özgürlüğü prensibinin bir istisnasını oluşturan zorunlu unsur doktrini incelenmiştir. Zorunlu unsur, bir teşebbüsün belirli bir pazarda faaliyet gösterebilmesi için esaslilik arz eden, mutlaka yararlanılması gereken ürün, hizmet ya da faaliyettir. Başka bir ifade ile belirli bir pazarda hakim durumda olan teşebbüsün, kendisine ait olan ve hakim durumunun temelini oluşturan varlığı, bağlantılı pazardaki rakibinin yararlanmasına, hakim durumunu koruyabilmek amacıyla sunmamasıdır. Zorunlu unsurdan yararlandırmanın reddi, rekabete açık olmayan pazarların rekabete kapalı kalmaya devam etmelerine sebep olduğu için kaynakların etkin kullanımını engellemektedir. Bu gibi hallerde zorunlu unsurun sağlanmasını teminen anlaşma yapma yükümlülüğü getirilebilmekte, cezai yaptırımlar

uygulanabilmektedir. Elbette ki zorunlu unsura dayalı sözleşme yapma yükümlülüğü istisnai hallerde uygulanabilmektedir.

Yasa koyucu fikri mülkiyet haklarını da diğer haklar gibi koruma altına almıştır ve bununla fikri hak sahibine bir koruma sağlayarak yeniliklerin gelişiminin kesintisiz sürdürülebilmesi amaçlanmıştır. Fikrî mülkiyet haklarından kaynaklanan tekel hakkı, fikri hak sahibini rakiplerine karşı avantajlı konuma getirdiği için bu durum teşebbüslerin rekabet gücünü belirlemede önemli nitelik arz eder. Fikri mülkiyet sahiplerinin haklarının korunmasını sağlayan fikri mülkiyet hukuku sistemine ihtiyaç olduğu gibi, aynı ölçüde yeniliklerin artması ve gelişebilmesi için etkin bir rekabet hukuku sistemine de ihtiyaç vardır. Dolayısıyla, rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku arasında hassas bir denge mevcuttur. Fikri mülkiyet hakkı sahibinin lisans vermeyi reddetmesinin haklı bulunabilir sınırları ya da haklı bulunmadığı haller ABAD tarafından her bir dava konusu olay açısından ayrı ayrı incelenmiştir. Gerek ABİHA'nın 102. maddesi ve gerekse RKHK'un 6. maddesi genel norm niteliğinde olduğundan maddeler içtihatlarla birlikte yorumlanarak netlik kazanmaktadır, bu sebeple uygulamalara esas teşkil eden Komisyon, İDM, ABAD ve Rekabet Kurulu Kararları çalışmada incelenmiştir.

Çalışmanın Birinci Bölümü'nde, zorunlu unsur doktrininin genel kriterleri, İkinci Bölümü'nde Türk ve Avrupa Rekabet Hukuku'nda doktrine bakış ve doktrinin uygulanması kararlar kapsamında incelenmiş, Üçüncü Bölüm'de zorunlu unsur doktrini kapsamında fikri mülkiyet haklarının sınırları, doktrinin fikri mülkiyet haklarına uygulanabilme koşulları ilgili kararlar ışığında incelenmiş, zorunlu unsur sonucu ortaya çıkan zorunlu lisanslamanın uygulanabilirlik sorununa değinilmiş, son olarak ATA'nın 82. Maddesinin Teşebbüslerin Hakim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuzu kısaca incelenmiştir.

## **I. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN GENEL KRİTERLERİ**

“Zorunlu unsur” kavramı Borçlar Hukukunda yer alan sözleşme serbestisi ilkesi ile Rekabet Hukukundaki; piyasalarda etkin bir rekabet ortamının sağlanması ve sürdürülebilmesi, iktisadi etkinliğin sağlanması amacıyla piyasalara yapılan müdahalenin kesiştiği noktada bulunan bir kavramdır.<sup>1</sup>

Zorunlu unsurun kabulü için iki temel kıstas bulunmaktadır. Buna göre;

---

1 GÜVEN, P : Rekabet Hukuku, Ankara 2008, s. 311.

-.....Unsuru sahip firma ilgili pazarda hakim durumda olmalıdır.

-.....Unsurun benzerinin makul şartlarda yapılamıyor olması gerekmektedir.

Unsurun zorunluluğunun bu şartların varlığı halinde kabulünün ardından fiilin rekabet hukuku açısından ihlal niteliği taşıyabilmesi, başka bir ifade ile hakim durumun kötüye kullanıldığının kabulü için;

-.....Reddetme eyleminin varlığı ve unsurun kullanımının engellenmesi,

-.....Bu reddetme eyleminin haklı, objektif gerekçe lere dayanmıyor olması şartları gerekmektedir.<sup>2</sup>

Zorunlu unsurun genel anlamda tanımını, rakiplerin ondan faydalanan müşterilerine mal ya da hizmet sunamayacakları alt yapı, tesis ya da hammadde olarak ifade edilebilir.<sup>3</sup>

Gürzumar zorunlu unsur doktrini 'dar (gerçek) anlamda zorunlu unsur doktrini' ve 'geniş anlamda zorunlu unsur doktrini' olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlamaya göre;

*“Eğer somut olayda, ilgili unsur; münhasıran, sahibinin ona dayanarak sunduğu (alt) pazar faaliyetine özgülenmiş bir işletme unsuruysa ve bu nedenle de bu unsurun pazarlanmasının (piyasaya sunulmasının, başka teşebbüslere - ivazlı olarak- kullandırılmasının) unsur sahibinin **iştiğal alanına girdiği kabul edilemiyorsa**, bu unsurun sahibi tarafından (alt) pazardaki (potansiyel) rakiplerine (yani o unsuru kullanarak mal veya hizmet üretmek isteyen teşebbüslere) kullandırılması zorunluluğunu değerlendirecek ilke **dar (gerçek) anlamda zorunlu unsur doktrini** olacaktır. Buna karşın, eğer somut bir olayda, ilgili unsur; münhasıran, sahibinin ona dayanarak sunduğu (alt) pazar faaliyetine özgülenmiş bir işletme unsuru değilse ve bu nedenle de bu unsurun pazarlanmasının (piyasaya arz edilmesinin, başka teşebbüslere ivazlı olarak - kullandırılmasının) unsur sahibinin **iştiğal alanına girdiği kabul edilebiliyorsa**, bu durumda bu unsurun sahibi tarafından (alt pazardaki) rakiplerine kullandırılması zorunluluğunu değerlendirecek ölçütün de, özellikle ATAD'ın Commercial Solvent kararını da işaret edecek şekilde, **geniş***

2 ÖLMEZ, H. S. : Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Ankara 2003, s.14.

3 GÜVEN, P. : “Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu, Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi”, Perşembe Konferansları, Ankara 2004, s.17.

4 GÜRZUMAR, O. B. : Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006, s.159.

**anlamda zorunlu unsur doktrini** olarak adlandırılması mümkündür.' Yazara göre anlaşma yapma zorunluluğuna 'dar (gerçek) anlamda zorunlu unsur' kapsamında değerlendirilen olaylarda daha kolay, 'geniş anlamda zorunlu unsur' kapsamında değerlendirilen olaylarda ise daha zor karar verilmesi gerekmektedir.<sup>4</sup>

Doktrinde bazı yazarlar “zorunlu unsur” kavramı yerine “vazgeçilmez/ esaslı unsur” ifadesini kullanmaktadır.<sup>5</sup> Tekinalp, zorunlu unsuru “olmazsa olmaz ihtiyaçlara cevap etmek” olarak tercüme etmiştir.<sup>6</sup> Bazı yazarlar ise aynı kavramı “Temel Kaynak Faaliyeti” olarak isimlendirilmiştir. Buna göre hakim teşebbüs bazı alıcılara ürün satmak ya da hizmet vermeyi reddetmek suretiyle ayrımcılık yaparak diğer teşebbüsün rekabet edebilme şansını ortadan kaldırmaktadır.<sup>7</sup>

Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde, “zorunlu unsur” doktrinine dayalı olarak sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için ise;

- Hakim durumda olan teşebbüs ya da teşebbüslerin varlığı,
- Hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin elinde bulunan ve diğer teşebbüslerin faaliyetlerini yerine getirmesi ya da ilgili pazara girmesi için gerekli olan imkan, tesis, altyapı, hammadde gibi bir unsurun varlığı,
- Unsuru kullanmak isteyen teşebbüslerin, bu unsurun mevcut hukuki, teknik veya ekonomik olarak alternatifini oluşturamamaları, aynısını ya da benzerini kuramamaları gerekmektedir. Bu değerlendirme yapılırken sadece pazara giriş yapmak isteyen teşebbüs açısından değil, diğer teşebbüsler tarafından da unsurun benzerinin yapılması ya da sağlanmasının güç ya da imkânsız olması gerekmektedir.<sup>8</sup>

#### **A. Zorunluluk**

Zorunluluğun tespiti için, varlığın alt pazardaki rekabet için vazgeçilmez olduğu, hayati önem taşıdığıının ispatı gerektiği gibi aynı zamanda benzerinin kurulması ya da sağlanmasının tüm teşebbüsler için mümkün ve makul olmadığıının da ispatlanması gerekir. Başka bir ifade ile unsurdan yararlanmak isteyenler, bulundukları pazarda faaliyetlerini sürdürmek ve rekabetin

5 **ÖZ, G. A.** : Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s. 148; **KARAEĞE, Ö.** : Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini, İstanbul 2010, s.11.

6 **TEKİNALP, Ü.** : “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Perşembe Konf. Şubat, Ankara 2000. s. 75.

7 **GÜL, İ.** : Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara 2000, s.111.

8 **GÜVEN, P.** : “Perşembe Konferansları...” , s.20-21.

sağlanabilmesi için unsurun mutlak gerekliliğini ispatlamalıdır.<sup>9</sup> Unsurun benzerinin kurulması veya sağlanmasının imkansızlığı coğrafi, fiziki koşullar, hukuki ya da ekonomik sebeplerden kaynaklanabilir. İmkansızlık sebebiyle unsurun zorunluluk arz ettiği objektif şartlara göre belirlenmelidir. Değerlendirme yapılırken unsurun kullanımını talep eden teşebbüsün şartları değil, genel şartlar dikkate alınmalıdır. Hakim durumdaki teşebbüsün elindeki unsura erişimin reddi, tüm rakiplerin ya da büyük bir çoğunluğunun ilgili pazardan çıkması sonucunu doğuracaksa zorunlu olduğu kabul edilebilir.<sup>10</sup>

### B. Hakim Durumda Bulunma

RKHK'un 3. maddesinde hakim durum “*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*” olarak tanımlanmıştır. Zorunlu unsurun varlığının kabulü için unsurun pazarda başka alternatifinin bulunmaması gerekmektedir ki bu koşul zaten zorunlu unsuru elinde bulunduran teşebbüsün ilgili olduğu sektörel pazarda hakim durumda olması sonucunu doğurmaktadır.

### C. Alternatif Unsurun Sağlanmasının İmkânsızlığı ya da Makul Olmaması

Unsurun aynısının ya da benzerinin pratik ve makul bir şekilde yapılmasının, pazara giriş yapmak isteyen teşebbüsler ya da diğer teşebbüsler için, imkansız olması ya da makul olmaması gerekmektedir. Ürünün alternatifinin sağlanmasına engel olan haller doğal tek el durumu, coğrafi, hukuki, teknik, ekonomik engellerden kaynaklanabilir. Hukuki engele örnek olarak, unsurun hammadde olması durumunda hammaddenin üretilmesinin tek el hakkı olarak kanunen bir teşebbüse tanınması durumu verilebilir. Altyapının söz konusu olduğu hallerde, bunun aynısının ya da benzerinin yapılmasının teknik olarak mümkün olmaması, aşırı pahalı olması, maliyetin yüksek olması, rasyonel olmaması, teknik ve ekonomik engellere örnek olarak verilebilir. Coğrafi koşullar, unsurun yapılması için gereken uzun süre veya fiili engeller, doğal tek el olma durumu gibi nedenler de unsurun aynısının ya da

9 ÖLMEZ, H. S. : age, s.14. : TEKDEMİR, Y. : AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Ankara 2003, s.19. ; KARAEĞE, Ö. : age, s.64.

10 HATZOPOULOS, V. : “The EU Essential Facilities Doctrine”, Research Papers in Law, Brugge 2006, s.16.

[http://www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/researchPaper\\_6\\_2006\\_Hatzopoulos.pdf/](http://www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/researchPaper_6_2006_Hatzopoulos.pdf) Erişim Tarihi: 12.11.2010. ; LANG, J. T. (2002) : “Compulsory Licensing Of Intellectual Property In European Community Antitrust Law”. For the Department of Justice/Federal Trade Commission Hearings, 2002, s.8. <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522langdoc.pdf/> Erişim Tarihi: 12.11.2010.

benzerinin yapımı mümkün olmadığı hallere örnek verilebilir.<sup>11</sup> Yatırım maliyetinin çok yüksek olması bir unsur zorunlu hale getirebilir, fakat bunun değerlendirmesi her sektörün kendi iç durumuna göre yapılmalıdır.<sup>12</sup>

#### **D. Reddetmenin Varlığı**

Rekabetin engellendiği kabul edilerek zorunlu unsur doktrininin uygulanabilmesi için öncelikle reddetme eyleminin varlığı gerekmektedir. Hakim durumdaki teşebbüs sözleşme yapma talebini doğrudan reddedebileceği gibi, ağır, makul olmayan koşullar öne sürerek dolaylı olarak sözleşme yapmayı reddedebilmektedir.<sup>13</sup> Bu durumda rakip için belirlenen koşulların ağır ya da makul olup olmadığı rekabetin engellenip engellenmediği ölçüsü objektif haklı gerekçelerin varlığına göre değerlendirilecektir.<sup>14</sup>

#### **E. Objektif Gerekçelerin Olmaması**

Unsuru sahip teşebbüsün diğer teşebbüsü unsurdan faydalandırmamasının objektif haklı gerekçelerinin olması halinde unsur zorunlu olsa da reddetme eylemi rekabet hukuku anlamında ihlal teşkil etmeyecektir. Teknik uyumsuzluklar, kapasite yetersizliği, giriş talep eden teşebbüsün güvenilir olmaması, kapasite sınırlamalarının varlığı, kar maksimizasyonu, kalite kontrolü, ekonomik açıdan oranlı ve makul bir bedel ödenmemesi (bedava kullanım) örnek olarak sayılabilir. Ancak gerekçelerin tümü somut olayın özelliklerine göre, ayrı ayrı değerlendirilmeli ve teknik ya da ekonomik olarak ayrımcı nitelikte olmaması gerektiği gibi, takdiri de olmamalıdır.<sup>15</sup> Eğer hakim durumdaki teşebbüsün söz konusu reddetme fiili ile gerekçe arasında orantılılık mevcutsa, sözleşme yapma yükümlülüğü mutlak ve sınırsız değildir.<sup>16</sup>

## **II. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE UYGULAMASI**

Zorunlu unsur doktrini, Amerika Birleşik Devletleri antitörst hukuku mevzuatında yer alan 1890 tarihli Sherman Kanunu'nun tekelleşme ve tekelleşmeye teşebbüsü yasaklayan 2. Bölümünde yer alan anlaşma yapmayı reddetme hallerinin uygulanmasının sonucudur. Amerika Birleşik Devleti'nin doktrinle ilişkilendirilen ilk kararı Terminal Railroad<sup>17</sup> kısaca incelendiğinde, ondört yerel demiryolu taşıma şirketinin oluşturduğu teşebbüs birliğinin St.

11 GÜVEN, P.: “Perşembe Konferansları...”, s.21.

12 ÖLMEZ, H. S.: age, s.16.

13 HUMPE, C. / RITTER, C. : “Refusal to Deal”, College Of European Global Competition Law Centre Research Paper on Modernisation on Article 82 EU, 2005, s.6.

<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLCResearchPapersonArticle82EC.pdf>

Erişim Tarihi: 11.11.2010.

14 TEKDEMİR, Y.: age, s. 16.

15 ÖLMEZ, H. S.: age, s. 9.; KARAEĞE, Ö.: age, s.73.

16 TEKDEMİR, Y.: age, s. 33.

17 United State v. Terminal Railroad Association of St. Louis 224 US.383, 409 (1912).

Louis'in tek istasyonu ve demiryolunu, taşımacılık için tüm altyapı, terminal ve ekipmanı kontrol altına alarak doğal tekel haline getirdiği, birliğe üye olmayan tren işletmecilerinin ise ayrı bir demiryolu yapma imkânı olmadığı gibi, mevcut tesisi kullanmadan o bölgede faaliyet göstermelerinin de imkânsız olduğu görülmektedir. Terminal Railroad Association, birliğe yeni üye alımını oy birliği ile alınacak karara bağlamıştır ve ayrıca birlik dışındaki işletmelerden çok yüksek kullanım ücreti talep etmektedir. Yüksek Mahkeme, fiziki ve topografik koşullar sebebiyle birlik dışında kalan teşebbüslerin alternatif bir ulaşım sistemi kurmalarının imkansız olduğunu bu nedenle belirtilen güzergâhtaki istasyon ve demiryolunun zorunlu nitelik taşıdığını kabul etmiş, doktrini dolaylı olarak somut olaya uygulamıştır.<sup>18</sup>

Zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında pazar tanımlamasının çok iyi yapılması gerekmektedir. Hâkim durumun en önemli göstergesi bir teşebbüsün pazarda sahip olduğu paydır. Doktrinin uygulandığı alanda genel olarak, içinde zorunlu unsurun yer aldığı ve çoğu zaman zorunlu unsurun ilgili pazar sayıldığı üst pazar ve bu üst pazarda yer alan zorunlu unsura bağımlı olan alt pazar bulunmaktadır.<sup>19</sup> Bu iki pazar üretim ve dağıtım pazarı gibi birbiri ile ilgili faaliyet alanı içinde yer almaktadır.<sup>20</sup> Bu pazar yapıları; elektrik, telekom, demiryolu şebekeleri gibi doğal tekellerden, fikri mülkiyet hakları ve buna bağlı üretim süreçleri, yedek parça üretimi ve tamir bakım servisine kadar çok farklı alanlarda ortaya çıkabilir.<sup>21</sup> Gürzumar<sup>22</sup> kendisinden yararlanılması hayati önem arz eden unsurun olduğu pazarı üst pazar, bu unsurdan yararlanarak üretimde bulunulan ya da hizmet sunan pazarı alt pazar olarak nitelendirmektedir. Bir tesis ya da olanağın zorunlu unsur olduğu tespit edildiğinde bunu elinde bulunduran teşebbüs hakim durumda kabul edilir.

Zorunlu unsur doktrininin uygulamasında ilgili ürün pazarı belirlenmelidir. İlgili ürün pazarı, belirli bir ürün ve onunla yüksek ikame edilebilirliği olan diğer mallardan oluşan pazardır. Bir malın diğer bir malla aynı pazarda sayılabilmesi için bu iki ürünün tüketici gözünde nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları bakımından benzer olması gerekir.<sup>23</sup> İlgili ürün pazarı belirlenirken ürün pazarının dar tanımlanması fikri mülkiyet haklarının tehdit edici etkiye

18 GÜRZUMAR, O. B. : age, s.77. ; TEKDEMİR, Y. : age, s.15.

19 TEKDEMİR, Y. : age, s.4.

20 RIDYARD, D. : "Essential Facilities and The Obligation To Supply Competitors Under UK and EC Competition Law", ECLR, V.8, London 1996, s.439.

21 TEKDEMİR, Y. : age, s. 4.

22 GÜRZUMAR, O. B. : age, s. 317, dn. 196.

23 ASLAN, Y. : Rekabet Hukuku, Bursa 2005, s. 106-107.



sahip olmasına yol açabilecektir.<sup>24</sup> İlgili ürün pazarının tespitinin ardından teşebbüsün bu pazarda hakim durumda olup olmadığı belirlenmeli ve en nihayetinde ise hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin zorunlu unsura sahip olup olmadıkları saptanmalıdır.<sup>25</sup> Zorunlu unsur doktrini çoğunlukla, dikey olarak bütünleşmiş piyasalarda söz konusu olmaktadır. Dikey bütünleşme/bütünlük, bir teşebbüsün üretimden dağıtıma kadar ürünün pazara ulaştırılmasındaki zincirde her halkayı kendisi meydana getirecek şekilde bütünlük sağlamasıdır ve önemli bir piyasaya giriş engelidir.<sup>26</sup>

Zorunlu unsur doktrini incelenirken altyapı değerlendirmesinin de yapılması gerekmektedir. Teknolojinin her türlü hali ve çeşitli teknoloji standartları modern çağın altyapısı haline gelmiştir. Ancak, her tür altyapı kaynağının temel özelliği, üretken süreçlerin geniş bir alana girdi olarak değer yaratmasıdır ve bu durum sıklıkla altpazarı, uygulamayı ve teknoloji kullanımını desteklemektedir.<sup>27</sup>

#### **A. ..Türk Rekabet Hukuku'nda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması**

RKHK'un 'Amaç' başlıklı 1. maddesine göre, Kanun'un amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır. Bu amaç doğrultusunda Türkiye'de zorunlu unsur doktrini hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmekte ve Rekabet Kurulu tarafından verilmiş kararlarda 6. maddenin (a) ve (d) bendleri dayanak yapılmaktadır.<sup>28</sup>

Doktrinde, zorunlu unsur doktrininin Avrupa Birliği uygulamasında yapılan gruplandırmadan faydalanılarak engelleyici (dışlayıcı) davranışlar üst başlığı altında iş veya anlaşma yapmaktan kaçınma alt başlıkları kapsamında incelenmesinin uygun olacağı belirtilmektedir.<sup>29</sup>

Zorunlu unsur doktrininin rekabet hukukundaki önemi, hakim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu bir unsurun zorunlu olduğunun kabulünün ardından diğer şartların da oluşması durumunda teşebbüse sözleşme yapma

24 ÇAMLİBEL, T. E. : Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, s. 153.

25 GÜVEN, P. : Rekabet Hukuku s. 326

26 ASLAN, Y. : age, s.426.

27 WALLER, S. W. / TASCH, W. : “*Harmonizing Essential Facilities*”, Antitrust Law Journal, , Vol. 76, Issue 3, Chicago 2010, p. 754.

28 GÜRZUMAR, O. B. : age, s. 217. ; TEKDEMİR, Y. : age, s. 58. ; GÜVEN, P. : Rekabet Hukuku, s.321.

29 GÜRZUMAR, O. B. : age, s.219. ; GÜVEN, P. : Rekabet Hukuku, s.322.

zorunluluğunun getirilebilecek olmasıdır.<sup>30</sup> Rekabet ihlalinin ortadan kaldırılması, piyasalarda serbest rekabetin oluşumu, sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi ile sağlanacaksa RKHK'un genel amacı kapsamında sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilecektir.<sup>31</sup>

Rekabet Kurulu'nun zorunlu unsur kavramını ilk kez kullanıldığı karar 18.04.2000 tarihli ve 00-14/138-70 sayılı **Ankara Veteriner Tıp Merkezi-Propet/Pluton** kararıdır. Karara konu olayda Ankara Veteriner Tıp Merkezi'nin faaliyete geçmesinden sonra, Lams (Eukanuba) markalı kedi ve köpek mamalarının Türkiye Distribütörü Propet Hayvan Ürünleri Tic. Ltd. Şti., Ankara Veteriner Tıp Merkezinde 07.12.1999 tarihinde bir satış standı açmış, ancak 17.12.1999 tarihinde hiçbir gerekçe göstermeksizin standı kaldırarak, malları geri alması ve Tıp Merkezi'ne bir daha mal vermeyeceklerini beyan etmesi üzerine Ankara Veteriner Tıp Merkezi, Propet Hayvan Ürünleri Tic. Ltd. Şti. ve Ankara Temsilcisi Pluton Tanıtım ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. hakkında şikayette bulunmuştur. İlgili coğrafi pazar Ankara, ilgili ürün pazarı “*profesyonel kedi ve köpek mamaları pazarı*” ve etkilenen pazar olarak “*veteriner hizmetleri pazarı*” belirlenmiştir. Kurul kararında Ankara Veteriner Tıp Merkezinin faaliyetlerine yeni başlayan bir klinik olduğunu, somut olayda mal arzının kesilmesi değil, piyasaya girmeye çalışan bir firmaya mal vermeme eyleminin söz konusu olduğunu, ancak kliniğin faaliyeti için Eukanuba markalı mamaların zorunlu unsur teşkil etmediği, kaldı ki kliniğin Eukanuba yerine diğer marka ürünlerin satışını yapabilme olanağının bulunduğu, Eukanuba markalı kedi ve köpek mamalarının dağıtımını üstlenmiş olan Propet Hayvan Ürünleri Tic. Ltd. Şti'nin Ankara profesyonel kedi ve köpek maması piyasasında hakim durumda olmadığına, dolayısıyla söz konusu şirket hakkında RKHK'un 40. maddesi uyarınca ön araştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına oy birliği ile karar verilmiştir.

Türk Rekabet Hukuku'nda mal vermeyi reddetme eylemi özellikle piyasaya yeni girecek olan teşebbüslere mal ya da hizmet verilmesinin reddi, hakim durumun dışlayıcı uygulamalar yoluyla kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir. Mal vermeyi reddetmek, somut olay kapsamında giriş engeli oluşturabileceği gibi, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmaya ve bu suretle rekabeti dışlayıcı hal alabilir. Bu durumun, özel hukuktaki sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmek güçtür.

30 GÜVEN, P. : Rekabet Hukuku, s. 320.

31 GÜVEN, P. : Rekabet Hukuku, s. 323.

Zira özel hukukta bu ilke istisnasız uygulanmamakta ve özellikle hukuki ve fiili tekel hallerinin bulunduğu durumlarda, sözleşme özgürlüğüne olumlu bir müdahalede bulunularak, kendisine yapılan icabı reddeden tarafa sözleşme yapma zorunluluğu yükletilebilmektedir.<sup>32</sup>

Kurul'un 21.12.2000 tarihli ve 00-50/533-295 sayılı **Eti Holding A.Ş.** kararında olayın taraflarından Eti Holding A.Ş. dönemin Türkiye'de tüm bor ürünlerinin topraktan çıkarılması, konsantre ve rafine edilmesi ile ürünlerin pazarlanmasında 2840 sayılı Kanun ile tekel hakkına sahiptir. Şikayetçi Ceytaş öğütülmüş kolemanit üretmek amacıyla bor hammaddesi olan konsantre kolemanit cevheri talep etmiş, ancak Eti Holding A.Ş. bu talebi reddetmiştir. Kurul ilgili coğrafi pazarı Türkiye ve ilgili ürün pazarını topraktan çıkarılıp nihai ürün haline dönüşene kadar olan süreçteki tüm bor ürünlerini kapsamak üzere 'bor pazarı' olarak belirlemiştir.

Kurul kararında Ceytaş'ın Eti Holding A.Ş. dışında başka bir teşebbüsten konsantre kolemanit alma imkanı olmadığını kabul etmiş, ancak, zorunlu unsurun uygulanabilmesi için söz konusu unsurdan yararlanarak başka bir faaliyette bulunmak, başka bir ifade ile iki farklı pazarı gerekliliği üzerinde durulmuştur. Kararda “zorunlu unsur” ifadesi yerine “temel kaynak faaliyeti” ifadesini kullanmış ve unsurun tanımını “...belirli bir faaliyette bulunabilmek için kendisinden mutlaka yararlanılması gereken öyle bir temel kaynaktır ki, hakim durumdaki teşebbüse ait olan bu temel kaynağın başka bir alternatifinin bulunması veya ekonomik ve rasyonel olarak böyle bir alternatifin oluşturulması mümkün değildir; böyle bir temel kaynağa sahip olan bir teşebbüs imkanları nispetinde ve makul şartlarla her isteyene bu mal ya da hizmeti satmak zorundadır” şeklinde yapmıştır. Yapılan ilk inceleme sonucu Eti Holding A.Ş hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Karar “işletme” kavramının sadece bor cevherinin topraktan çıkartılarak konsantre edilmesi faaliyetini kapsayacak biçimde yorumlanması gerekirken, geniş yorumlanarak Eti Holding A.Ş.'nin faaliyet alanının aynı zamanda bunu işlemek suretiyle yeni ürün elde etme olarak değerlendirilmesi sonucu soruşturma açılmamasının RKHK'ya aykırı olduğu ve Kurul'un en azından rekabet hukuku alanı ile çelişen mevzuatların uyumlaştırılması amacıyla kanun koyucu için yol gösterici bir tutum sergilenmesinin gerektiği belirtilerek

32 ŞANLI, K. C. : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:3 Ankara 2000, s.265.

eleştirilmiştir.<sup>33</sup>

Rekabet Kurulu'nun 02.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı zorunlu unsur doktrininin uygulama şartlarının açıkça belirlendiği **Türk Telekom A.Ş./TİSSAD Kararında** “zorunlu unsur doktrini” kavramı açıkça kullanılmıştır. Karar Türk Telekom A.Ş.'nin tek sağlayıcı konumunda olduğu ve internet erişim hizmetlerinin sunulması için gerekli olan alt yapılar ile uzak mesafe veri aktarımını içeren pazarda hakim durumunu kötüye kullandığı şeklindedir.

Kurul kararında zorunlu unsur doktrininin uygulama şartlarını belirlemiştir. Şartlar;

1. Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekелci teşebbüs tarafından kontrol ediliyor olması,
2. Giriş yapmak isteyen rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde ilgili varlığı/ürünü/tesisi/alt yapıyı (zorunlu unsuru) kurmasının/üretmesinin imkansız olması,
3. Tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi,
4. İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkanlar dahilinde olması şeklinde sıralanmıştır.<sup>34</sup>

Kurul, doktrinin uygulanabilmesi için birbiri ile bağlantılı iki ayrı pazarın var olması gerektiğini ayrı bir madde olarak sıralamamışsa da kararın başka bölümlerinde iki pazarın gerekliliğini zikretmiştir. Bu kapsamda Kurul'un doktrinin uygulanması için aranan şartlar kapsamında yararlanılmak istenen varlığın kendisini üst pazar, zorunlu unsurun kullanılacağı pazarı ise alt pazar olarak nitelediği anlaşılmaktadır.<sup>35</sup>

Kurul kararı Danıştay tarafından Rekabet Kurulu'nun telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı incelemelerde öncelikle Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşünü alması gerektiği, fakat somut olayda karar öncesinde Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşünün alınmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bunun sonucu olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (Telekomünikasyon Kurumu) ile Rekabet Kurulu'nun telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler hakkında rekabete ilişkin sorunların çözümlenmesinde görev ve yetkilerinin kesişmesi ve Kurul'un RKHK ile verilmiş inceleme, araştırma, soruşturma ve karar verme yetkilerinin,

33 KÖKSAL, T. : Avrupa Topluluğu ve Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İhisarı . Haklar, Ankara 2002, s. 216-218.

34 GÜRZUMAR, O. B. : age, s.348.

35 GÜRZUMAR, O. B. : age. s. 374.

telekomünikasyon sektöründe meydana gelecek rekabet ihlalleri bakımından Kurul'dan alınarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na devredildiği şeklinde tartışmalar hem Kurul kararlarına hem de Danıştay kararlarına konu olmuştur.<sup>36</sup>

Rekabet Kurulu'nun telekomünikasyon sektöründe ulusal dolaşım ile ilgili zorunlu unsur doktrini çerçevesinde vermiş olduğu 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı **İş-Tim-Turkcell/Telsim** kararında 'Aria' markası ile faaliyet gösteren İŞTİM (İş Bankası- Telekom İtalia Mobile Konsorsiyumu), Turkcell ve Teslim'in ulusal dolaşım konusunda anlaşma yapmaması sebebiyle Rekabet Kurumu'na başvurmuştur. Kurul, telekomünikasyon sektörünün genel özelliklerini inceledikten sonra ilgili ürün pazarı olan Türkiye ve GSM hizmetleri pazarını alt pazar, GSM alt yapı hizmetleri pazarını üst pazar olarak belirlemiştir.

Bu kararda Rekabet Kurulu'nun “*zorunlu unsur doktrini*” kapsamında verdiği diğer kararlara konu olaylardan farklı olarak Telekomünikasyon Kurumu'nun sektörel mevzuatından kaynaklanan sektörü düzenleyici bir otorite olması sebebiyle, Rekabet Kurumu ve Telekomünikasyon Kurumu arasındaki yetki ve görev konusunu yine gündeme getirmiştir. Bu hususta Kurul RKHK kapsamında soruşturma açmaya ve karar vermeye yetkili olduğu görüşündedir. Kararın 'Yapılan Tespit ve Deliller' bölümünde Telekomünikasyon “Ulusal Roaming ile İlgili Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar” ve “Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” lerindeki düzenlemelere yer verilmiş ve kararda Türk Hukukunda zorunlu ulusal dolaşım sisteminin benimsendiği belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu kararda zorunlu unsur doktrininin rekabet kurallarının koruduğu kamu menfaatine dayanarak sözleşme yapma serbestisine getirilen bir istisna olduğunu, genelde dikey pazar yapılarında görüldüğünü belirtilerek, altyapı sahiplerinin anlaşma yapma yükümlülüğü altında olup olmadığının belirlenebilmesi için;

*“1- Erişimin ilgili pazarda rekabet eden teşebbüsler için zorunlu olduğunun ve bu anlamda hizmetin mevcut şebekeye giriş yapmadan sunulmasının ekonomik olarak imkansız olduğunun belirtilmesi,*

*2- Talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması,*

*3- Zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüsün mevcut hizmet ve ürün piyasasındaki talebi karşılamada yetersiz kalması, potansiyel yeni bir ürün ya*

*da hizmetin sunulmasını engellemesi veya mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlaması,*

*4- Erişim talep eden teşebbüs makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olması,*

*5- Reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmaması” şartlarının gerçekleşmiş olması gerektiğini belirlemiştir. Kurul, Turkcell ve Teslim’in RKHK'un 6. maddesini ihlal ettiklerine karar vermiştir.*

Güven'e göre GSM altyapı hizmetlerinin İş-Tim açısından piyasaya girişte zorunlu unsur olarak kabul edilememeli, piyasada önceden beri faaliyette olan Turkcell ve Telsim bu karar aşamasında dahi kapsama alanlarını genişletmek için altyapı kurma çalışmalarına devam etmekteyken, pazara yeni girecek olan diğer teşebbüsler tarafından unsurun benzerinin yapılması, altyapının kurulması doğal karşılanmalıdır. Kaldı ki, Turkcell ve Telsim, zorunlu unsur olarak kabul edilen GSM alt yapı hizmetlerini, yüksek maliyetlerine rağmen, ayrı ayrı kurmuşlardır. Farklı zamanlarda piyasaya giren teşebbüslerin, aynı ekonomik zorluklar olmasına rağmen ayrı ayrı kendi altyapılarını kurmuş olmalarının ekonomik zorluğun zorunlu unsur olarak kabulünü engellediği ifade edilmektedir.<sup>37</sup>

Karaege ise teşebbüsler arasında rakibin bulunmadığı ve bu doğrultuda rekabet baskısının mevcut olmadığı, şebeke dışsalılığı nedeni ile pazarın gün geçtikçe doyuma ulaştığı, bunun için derhal altyapı kurulması gerektiği ancak kararda da belirtilen teknik, iktisadi nedenlerle bunun mümkün olmadığı, bu sebeple Kurul kararının yerinde olduğunu belirtmiştir.<sup>38</sup>

Bazı uygulayıcılar ise Kurul kararını, sektöre özel düzenleme bulunduğu, bu düzenlemelerin de düzenleyici otoriteler tarafından uygulanması gerektiği, bu tip sektörlerin genel rekabet yasaları ve rekabet otoritelerinden korunması gerektiği, başka bir ifade ile Rekabet Kurumu'nun telekomünikasyon sektörüyle ilgili karar alma, yaptırım uygulama yetkisinin olmadığı şeklinde eleştirmektedir.<sup>39</sup> Rekabet otoritelerinin telekomünikasyon sektöründen uzak tutulmasına gerekçe olarak, hızla gelişen teknolojinin hakim olduğu bu sektöre ilişkin rekabet otoritelerinin genel rekabet bilgi birikiminin yetersiz kalması

36 **FIRAT BOZOĞLU, E. S.** : “2000'DEN 2010'A Rekabet Hukuku Uygulamaları ve Yargısal Denetim”, Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri 2010, s. 91.

37 **GÜVEN, P.** : “Perşembe Konferansları...”, s.81-82.

38 **KARAEĞE, Ö.** :age, s.95.

39 **İNCEEFE, M. A.** : “Rekabet Kuralları ve Sektörel Düzenlemeler Üzerine Kurumsal ve Pratik Açılardan Özel Bir İnceleme: Ulusal Dolaşım” , Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Rekabet Kurumu Yayını No:0168, Ankara 2004, s.127.

ihhtimali gösterilmektedir.<sup>40</sup>

Ayrıca kararda, şikayet edilen teşebbüslerden ele geçen belgede yer alan “süreci ertelemek başarı, ancak bu da bizi tatmin etmeyecek”, “Yasanın UR ile ilgili maddelerine itiraz edebiliriz.” şeklindeki ifadeler, teşebbüslerin ulusal dolaşım konusundaki anlaşmayı erteleme niyet ve çabalarını ortaya koymaktadır. Dolayısı ile burada, ilgili teşebbüslerin, hukuksal süreçleri de kullanarak, hizmet vermeyi reddetme suretiyle rakibin piyasaya girişini engelleyip engellemedikleri çözülmesi gereken sorundur. Kararda bu konu incelenirken, teşebbüsler arasındaki sorunun çözümü için mahkemelerin veya rekabet otoritelerinin devreye girmesi sonucu kaybedilecek zamanın, zorunlu unsurdan yararlanmayı geciktirenin yararına işlediği ve sorun bilahare çözülse de bu çözümden beklenen yararın elde edilemediği belirtilmesine rağmen, ilgili teşebbüslerin dava haklarını kullanmaları ile hakim durumun kötüye kullanılması durumu arasında doğrudan bir bağlantı olup olmadığına değinilmemiştir.<sup>41</sup>

Rekabet Kurulu'nun **ÇEAŞ Kararı**'nda<sup>42</sup> Enerji Bakanlığı ile Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇEAŞ) arasında 09.03.1998 tarihinde imzalanmış olan İmtiyaz Sözleşmesi sebebiyle elektrik nakli pazarında ÇEAŞ hakim duruma gelmiştir. Elektrik piyasasında alt pazar elektrik nakil pazarı, üst pazar elektrik üretim pazarıdır ve ÇEAŞ alt pazarda hakim durumdadır. 10.11.2003 tarih ve 03-72/874-373 sayılı kararın şikayet edileni (ÇEAŞ) ve şikayetçiler Toros Enerji A.Ş (TOROS) ile Enerjisa Enerji Üretim A.Ş. (ENERJİSA)'dır. Soruşturma konusu ÇEAŞ'ın, ENERJİSA'nın üreteceği elektriğin nakli için sözleşme yapmaması, bu sebeple ENERJİSA'nın ulusal iletim ve dağıtım hattına bağlantısını yapamaması, TOROS'un ise tesislerinde üretilen elektriği aralarında akdedilmiş olan Enerji Satış Sözleşmesine aykırı olarak almadığı ve TOROS'un enerji sevkiyatını engellediğidir. Kurul ürün pazarlarını “*elektrik üretim pazarı*” ile “*elektrik dağıtım pazarı*” olarak tespit edilmiştir. Kurul kararında trafo merkezleri ile dağıtım şebekelerinin 'elektrik dağıtım sistemini' oluşturduğunu ve elektriğin depolanamayan bir ürün olması sebebiyle naklin büyük önem taşıdığı elektrik pazarında, iletim ve dağıtım hatlarını zorunlu unsur olduğu belirlenmiş ve kavram kararda açıkça kullanmıştır.

40 İÇÖZ, Ö. : Rekabet Kurumu, Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Uzmanlık Tezi, Ankara 2001, s. 67.

41 GÜN, M. / KARAKULAK, Ö. A. / TOPRAK, F. : “Türk İlaç Sektöründe Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanımının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri 2010, s. 223.

42 <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar752.pdf/> Erişim Tarihi: 24.01.2011



Kurul, ÇEAŞ'ın alt pazardaki (elektrik nakli pazarı) hakim durumunu kullanarak, üst pazardaki (elektrik üretim pazarı) fiili ve potansiyel rekabeti engellediği, dolayısıyla hakim durumunu kötüye kullandığına hükmetmiştir. Kararda zorunlu unsur doktrininin hakim durumdaki teşebbüslere anlaşma yapma yükümlülüğü getirilmesi bağlamında ortaya çıkan özel bir uygulama olduğu, genelde dikey olarak bütünleşmiş piyasalarda görüldüğü, birbirleriyle bağlantılı olan pazarlardan birisinde hakim durumda olan teşebbüsün sahip olduğu imkan/tesis/altyapı gibi bir unsurun bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez olduğu ve bu unsurun alternatifinin oluşturulmasının hukuki, teknik veya ekonomik olarak mümkün olmadığı durumlarda, teşebbüse sahip olduğu unsuru alt piyasalardaki rakip teşebbüslerin kullanımına açma zorunluluğunun getirildiği belirtilmiştir.

Doktrinle ilgili verilen kararlarda genelde üst pazardaki hakim durumun alt pazarda varolan ya da potansiyel rekabeti engellemesi suretiyle kötüye kullanım söz konusuysa, bu kararda alt pazardaki hakimiyetin üst pazarda kötüye kullanılması durumu ortaya çıkmıştır. Kararda zorunlu unsurdan dolayı sözleşme yapmaktan kaçınma, hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiş, ancak ihlalin halen devam etmiyor olması sebebiyle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmemiş, sadece idari para cezasına hükmedilmiştir.<sup>43</sup> Gürzumar,<sup>44</sup> kararda bağlantılı iki pazarın varlığının zorunlu unsur doktrininin uygulaması bakımından özel bir önemle işlenmiş olması sebebiyle, hangi pazarın nasıl isimlendirildiğinin çok önemli olmadığını belirtmiştir.

Rekabet Kurulu'nun **BİRYAY II** olarak da isimlendirilen 02.08.2007 tarihli ve 07-63/777-283 sayılı kararında şikayetçi Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık Sanayi A.Ş.'nin, BBD ve YAYSAT'ın bayilere baskı yapmaları sebebiyle bayilerin Star Gazetesini satmaktan kaçındıklarını, her gazete grubu için ayrı bir bayilik ağının oluşturulmasının ekonomik olarak büyük bir israfa yol açacağını, gazetelerin nitelikleri gereği rakipleri ile aynı bayide satılmalarının gerektiği, aksi takdirde yayın hayatına devam edebilme şansının bulunmadığı, Hürriyet ve Sabah gruplarının, sahip oldukları dağıtım sistemi ve bayilik ağları ile suni giriş engelleri yarattıkları, piyasaya yeni girecek şirketler için bu dağıtım ve bayi ağının zorunlu olduğu iddiaları incelenmiştir. İlgili coğrafi pazarı Türkiye, ilgili ürün pazarını gazete ve dergi dağıtım pazarı olarak belirlemiştir. BİRYAY, BBD ve YAYSAT tarafından

43 GÜVEN, P. : "Perşembe Konferansları..." , s.32.

44 GÜRZUMAR, O.B. : age, s.443-444.



kurulmuş bir girişimdir ve BİRYAY müşterilerin yayınlarını BBD ve YAYSAT aracılığı ile dağıtmaktadır. Kurul ilgili ürün pazarında yayınevlerinin pazarlık güçlerinin bulunmaması ve piyasaya girişte önemli ekonomik engeller bulunması sebebiyle BBD ve YAYSAT'ın birlikte hakim durumda olduğunu kabul etmiş ve şikayet edilen teşebbüslerin sürekli olarak mal tedarik ettikleri bayileri, dağıtımını yaptıkları ürünler ile rakip şirketlerinin getirdiği ürünler arasında tercih yapmaya zorlamak, rakip ürünleri satan son satıcıları bayiliklerini iptal etmek, mal tedarikini kesmekle tehdit etmek, hakim durumun yaratmış olduğu avantajlardan yararlanarak gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunarak RKHK'un 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Zorunlu unsur doktrininin Türk Hukuku'ndaki gelişimi açısından bu karar çok önemlidir. Kararda şahıslara kiralanan satış büfelerinin, mobo ve kioskların zorunlu unsur olduğu kabul edilmiştir. Kurul, belediyeler tarafından kurulan ya da belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce üçüncü kişilere kiralanan satış büfeleri, mobo ve kioskların hangi dağıtım şirketinden gelirse gelsin yasaya uygun gazete ve dergileri, makul ücret veya komisyon oranı karşılığı burada satma zorunluluğu, bir anlamda etkin rekabetin sağlanması için “sözleşme yapma zorunluluğu” da getirmiştir.

Ekdi,<sup>45</sup> karara ilişkin olarak vurgulanması gereken en önemli noktanın bir gazetenin yayıncılık piyasasına girişinin engellenmesinden ziyade, anılan gazeteleri dağıtan şirketlerin *gazete ve dergi dağıtım* piyasasına girmelerinin engellenmesi olduğunu belirtmektedir. Kararda gazete satış büfelerinin bakkal, süpermarket satış noktaları gibi münhasırlıktan arındırılmaları ile yetinilmemiş, bunlara ayrıca bütün dağıtım şirketlerinden gelen yayınların emsallerine uygun koşullarda dağıtılması yükümlülüğü getirilerek gazete satış büfelerinin piyasaya giriş için zorunlu unsur teşkil ettiği kabul edilmiştir.

**Solmaz Mercan Kararında,**<sup>46</sup> hakim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki rakibine hammadde niteliğindeki unsuru süregelen arz ilişkisindeki miktardan daha düşük seviyede sağlaması durumu incelenmiştir. Kararda zorunlu unsur ifadesi doğrudan telaffuz edilmemekte ise de sözleşme yapmanın reddi ile ilgili olarak yapılan değerlendirmeler bakımından karar önem arz etmektedir. İlgili pazarlar “*cam ambalaj*” ve “*cam ev eşyası*” pazarı olarak belirlenmiştir. Kararda şikayet edilen Anadolu Cam'ın cam ev eşyası pazarında ara mal olarak

45 EKDİ, B. : “*Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasanın Kapatılması*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Rekabet Kurumu Yayını No:0168, Ankara 2004, s.123.

46 5.6.2007 tarihli ve 07-47/506-181 sayılı Solmaz Mercan kararı.

kullanılan cam ambalaj pazarında hakim durumda olduğu ve cam ev eşyaları pazarında faaliyet gösteren Solmaz Mercan'ın Paşabahçe'yle rekabet edecek konuma gelmesiyle mal tedarik miktarının düşürüldüğü belirtmiştir. Rekabet Kurulu bu davranışın hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenebilmesi için şu dört gerçekleşmesi gerektiğini kararında belirtmiştir. Bu şartlar;

- “*Mal vermeyi reddeden şirketin hakim durumda olması,*
- *(Mal vermeyi) reddetme davranışının olması,*
- *Mal vermeyi kesmenin objektif olarak haklı gerekçelere dayanmaması,*
- *Rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması.*” olarak belirlenmiştir.

Kurul soruşturmaya konu olay bakımından sayılan unsurlardan ilk üçünün gerçekleştiğine, ancak rekabeti kısıtlayıcı etkinin gerçekleşmediğine karar vermiş, gerekçe olarak Anadolu Cam tarafından tedarik miktarının azaltılması durumunda Solmaz Mercan'ın alternatif kaynaklardan mal sağlayabileceği gösterilmiştir. Bu şekilde bir karar ile Anadolu Cam'ın ürünlerinin Solmaz Mercan için zorunlu unsur niteliği taşımadığı dolaylı olarak kabul edilmiştir. Kurul Solmaz Mercan'ın piyasada faaliyet gösteren diğer firma Marmara Cam'dan ya da ithalat yoluyla mal temin edebileceğini, ilgili pazardaki fiyatların rekabetçi olabilecek seviyelerin üzerinde bulunduğu dair bir bulgu olmadığını, bu sebeple hakim durumun kötüye kullanılmadığını kararında belirtmiştir. Ancak Kurul bu tür eylemlerin ihlale dönüşme riski taşıdığı gerekçesiyle Anadolu Cam'a görüş gönderilmesine karar vermiştir. Solmaz Mercan'ın başvurusuyla, Kurul Kararının yürütmesi Danıştay tarafından durdurulmuştur.<sup>47</sup> Yürütmeyi durdurma kararında, Kurul'un hakim durumun kötüye kullanılmasının olmadığına ilişkin kararın gerekçesi kabul edilmeyerek, davranışın Kanun'un 6/2. maddesinin (a) ve (d) bentlerindeki eylemler kapsamında olduğu ve pazardaki fiyat seviyesinin rekabetçi düzeyde olmasının bu durumu değiştirmeyeceği, ayrıca Kurul'un davranışların ihlale dönüşme riskinden bahsederek teşebbüse görüş gönderilmesinin aslında Kurul tarafından da ihlalin varlığının kabul edildiği anlamına geldiğini belirtmiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedilmiştir.<sup>48</sup> Danıştay'ın bu kararı üzerine, Rekabet Kurulu 26.08.2009 tarih ve 09-39/949-236 sayılı kararı ile Anadolu Cam Sanayi A.Ş.'nin, 2002-2005 yılları arasında Solmaz Mercan Mutfak Eşyaları San. ve Tic. A.Ş.'ye mal tedarikini zorlaştırmak

47 Danıştay 13. Dairesi' nin 24.4.2008 tarih ve 2007/13574 Esas No'lu kararı.

48 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 26.2.2009 tarih ve 2008/1242 No'lu kararı.

suretiyle Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine, bu sebeple idari para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Bu kararında Rekabet Kurulu “*eylemin rekabet üzerinde kısıtlayıcı etkisinin olup olmamasının, cam ev eşyaları pazarında nihai tüketicilerin karşılaştığı fiyat, kalite gibi unsurlarda meydana gelecek olumsuz nitelikli net bir etkilenmeye yönelik bir analiz sonucu ortaya konabileceği düşünülse bile 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde kötüye kullanma hallerine örnek olarak tadadı bir biçimde sıralanan uygulamalardan (a) ve (d) bentlerinde ifade edilen “amaç” unsurunun, somut olay bağlamında varlığı açıktır. Zira bahse konu faaliyetler sonucu Anadolu Cam'ın, Solmaz Mercan'ın cam mutfak eşyaları pazarının dışına itilmesi kastıyla mal vermeyi kesme davranışı içine girdiği açıkça görüldüğünü*” belirtmiştir.

Sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının değerlendirilmesi bakımından rekabet hukuku analizlerinde kritik önem arzeden reddedilen unsurun rakip için zorunlu olması şartı kararda doğru bir şekilde ele alınıyor olmasına rağmen, hakim durumun kötüye kullanılması halinin kabulü için aranan şartlar arasında sayılmamıştır ve bu tutum Rekabet Kurulu'nun uygulamada sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının hangi hallerde kötüye kullanma sayılacağına dair şartlar bütününe istikrarlı olarak ortaya koyamadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>49</sup> Katıldığımız diğer ve en önemli eleştiri ise kararda açıkça kötüye kullanma olarak nitelendirilmeyen bir davranışın, ihlale dönüşme riskini gerekçe göstererek görüş gönderilmesi soruşturmaya muhatap teşebbüsler bakımından hukuki belirsizlik yaratmasıdır.<sup>50</sup>

## B. Doktrinin Uygulanması ve Yaptırımı

Rekabet Kurulu'nun yapacağı inceleme ve araştırmalar ile bunların neticesinde alacağı kararlara ilişkin sürecin hukuki niteliği tartışılmakla beraber, Kurul'un bir yargı organı olmadığı ve yargı faaliyeti yürütmediği açıktır. Ancak ister Kurul'un yürüttüğü faaliyetler *yargı benzeri faaliyetler* olarak tanımlansın, ister yaptırım uygularken *yargısal usullere benzer usuller* uyguladığı kabul olunsun; temel olan kural Kurul'un bu faaliyetlerini yürütürken idare ve ceza usul hukuklarının temel ilkeleri doğrultusunda hareket etmek zorunda olduğudur.<sup>51</sup>

Bu kapsamda Kurul yapacağı soruşturma neticesinde, sözleşme yapmaktan

49 DEMİRÖZ, A. : “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, Rekabet Hukuku Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII. , Kayseri 2009, s. 3. s. 376.

50 DEMİRÖZ, A. : agm, s. 376.

51 BADUR, E./ ERTEM, B. : “Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü”, Rekabet Dergisi, S. 33, Ankara 2008, s. 5.

kaçınma suretiyle hakim durumun kötüye kullanıldığını tespit ederse, RKHK md. 16 uyarınca para cezasına karar vereceği gibi, aynı Kanun'un 9. md'si uyarınca ilgili sözleşmeyi yapması gerektiğini ihlali yapan teşebbüse bildirir. Bunun dışında Kurul söz konusu teşebbüsün bildirimde belirtilen yönde davranmaması halinde RKHK md. 17'ye istinaden karar tarihinden itibaren her gün işleyecek süreli para cezasına da hükmedebilir.<sup>52</sup> RKHK'nın 9. maddesi 4. fıkrasına göre nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların doğma ihtimali görüldüğü durumlarda, Kurul nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde tedbir kararı alabilir. Tedbir kararı ile getirilen yükümlülöklere uyulmaması halinde Kurum, nispi idari para cezasına hükmedecektir.<sup>53</sup> Ayrıca RKHK'nın 5. bölümünde düzenlenen rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları kapsamında, 57. madde uyarınca hakim durumu kötüye kullanan teşebbüs zarar görenlerin maddi ve manevi zararlarını karşılayacaktır.<sup>54</sup> Zarar gören hem fiili zararını hem de yoksun kalınan karı niteliğindeki zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir.<sup>55</sup> RKHK'nın ihlali nedeni ile açılacak tazminat davalarında adli mahkemeler yetkilidir ve adli mahkemenin RKHK 56-59. madde hükümlerini uygularken ilk yapması gereken hakim durumun kötüye kullanılması olgusunu RKHK'nın 4. ve 6. maddelerini uygulayarak hukuka aykırılığını saptamaktır. Ancak Yargıtay 01.11.1999 tarihli ve 1999/3350 Esas, 1999/6364 Karar sayılı ve 29.11.2002 tarihli 2002/2827 Esas, 2002/7580 Karar sayılı ilamlarında RKHK'ya ilişkin özel hukuk davalarında tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle Rekabet Kurulu tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanmasına gerek olduğunu belirtmektedir.<sup>56</sup> Yargıtay'ın bu yaklaşımı doktrin tarafından, Rekabet Kurulu'nun bir mahkeme olmadığı, yürütme (idare) içinde yer alan bir soruşturma kurulu olduğu, sadece vatandaşa hukuk güvenliği sağlanması amacıyla mahkeme gibi yargılama usullerini uyguladığı, bu sebeple hukuka

52 GÜRZUMAR, O. B. : age, s. 68.

53 BADUR, E. / ERTEM, B. : “Rekabet Kurulu'nun Denetim Yetkisini Kullanma Araçları-Geçici Tedbir, Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme Kararları” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 90. Ankara 2010, s. 105,106, 102-122.

54 BADUR, E. : Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001, s. 162. ; GÜVEN, P. : “Rekabet Hukukunun Özel Hukuk Açısından Sonuçları”, İkinci Rekabet Hukuku Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Bursa 2007, s.20. (Kısaltma: Özel Hukuk...) ; KARAEGE, Ö. : age, s. 198. (Her türlü zarar kavramının manevi zararı kapsamadığı hususunda ise bkz.) ŞANLI, K. C. : “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Ankara 2003, s.222. ; TEKİNALP, Ü. : “Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, Güncel Gelişmeler Sempozyumu III., Ankara 2005, s.263. (Kısaltma: Özel Hukuka...)

55 ÖZSUNAY, E. : “Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III., Ankara 2005, s. 143.

56 ÖZSUNAY, E. : agm, s. 147. ; TEKİNALP, Ü. : “Özel Hukuka...” , s.262.

aykırılığa ilişkin tespitin mahkemeyi bağlamaması gerektiği şeklinde eleştirilmektedir.<sup>57</sup>

Gürzumar, sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle karşı tarafı zarara uğratan kişinin davranışının, MK. md. 2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali ya da BK md. 41/2 kapsamında ahlaka aykırı şekilde kasten zarar verme fiili oluşturması durumunda, zarar görenin BK. 43/1 hükmünden yararlanarak nakden tazmin yerine, aynen tazmin talebi ile sözleşmenin yapılmasını isteyebileceği şeklindeki medeni hukuk ve borçlar hukukunda kabul gören görüşün burada da geçerli olması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle hakim durumun kötüye kullanıldığının tespit edilmesi halinde hakimin, talep olması durumunda zarara uğrayanın zararının sözleşmenin kurulması şeklinde aynen tazmin ile giderilmesine BK md. 43/1 uyarınca karar verilebilmesi gerekir.<sup>58</sup> Ancak hakim bu taleple bağlı olmadan, gerekçesi ile birlikte nakden tazmine de karar verebilir. Yazar, zarar görenin sözleşmenin kurulması gibi bir talebi olmaması halinde hakimin, aynen tazmin yönünde karar tesis etmemesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak tüm bu kararların verilebilmesi için, sözleşme yapma talebi reddedilen teşebbüs, pazar koşullarına uygun, ilgili sektör bakımından olağan şartlar içeren ve bu sebeple hakim durumdaki teşebbüs bakımından kabul edilmemesini gerektirecek haklı gerekçeler yaratmayan icabın hakim teşebbüse dava açılmadan önce yapıldığını kanıtlaması gerekir. Ayrıca RKHK'nın özel hukuktaki sonuçlarıyla ilgili hükümlerine, bu yönde düzenleme eklenmesi doktrin tarafından önerilmektedir.<sup>59</sup> Özsunay da RKHK'da rekabet kısıtlamalarından zarar görenlerin korunması için belirli durumlarda “sözleşme yapma mecburiyeti” nin öngörülmemiş olmasını önemli bir eksiklik olarak değerlendirmekte ve İsviçre Mevzuatında yer alan çözümün benimsenmesi ve rekabeti kısıtlayan teşebbüsün, bundan etkilenen teşebbüs ile cari piyasa fiyatları ve ilgili piyasada geçerli olan sözleşme şartları üzerinden sözleşme yapma mecburiyetinin öngörülmesinin yararlı olacağını belirtmektedir.<sup>60</sup>

Hakim durumdaki teşebbüsün hakim kararı ile kurulacak sözleşme kapsamında doğan edimi, cebri icra yoluyla yerine getirilmesi mümkün olmayan ve ifadan kaçınma durumunda imkansızlaşmaya yol açarak diğer tarafı

57 TEKİNALP, Ü. : “Özel Hukuka...” , s.262.

58 TANDOĞAN, H. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2008,s.11.

59 GÜRZUMAR, O. B. : age, s.69.

60 ÖZSUNAY, E. : agm, s. 148.

sadece BK md. 96 hükmü uyarınca tazminat imkanı verecek bir borçsa, zarara uğrayan taraf en baştan sözleşmenin kurulması yerine tazminat talep etmelidir. Ancak uyumsuzluk bir lisans sözleşmesine ilişkinse ve lisans alanın sözleşmeden doğan gayri maddi malı, lisans verenin olumlu edimine gerek duymadan kullanma hakkından yararlanması mümkünse hakimden sözleşmenin kurulmasını talep etmesi yerinde olacaktır.<sup>61</sup>

Hakim durumun kötüye kullanılması sonucu rekabetin ihlal edilmesi sebebiyle adli mahkemelerde açılacak davalarda zamanaşımı süresi RKHK'da düzenlenmediğinden, BK'da yer alan haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresi uygulanır. Buna göre dava açma süresi zarara uğrayanın, zararını ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halükarda zarara neden olan fiilin vuku bulduğu tarihten itibaren on yıl olacaktır.<sup>62</sup>

### C. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Zorunlu Unsur Doktrini Uygulaması ve Doktrinin Somutlaştırılmasına İlişkin Yargı Kararları

Zorunlu unsur doktrini, mal vermenin reddi ya da lisans vermenin reddi şeklinde olsun anlaşma yapmayı reddetme kapsamında değerlendirilmekte ve Adalet Divanı tarafından hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenmektedir.<sup>63</sup> Ayrıca Avrupa Doktrinde ABİHA 102. md. (ATA 82. md.) kapsamında anlaşma yapma zorunluluğunun zorunlu unsur doktrini ile güçlü paralellik gösterdiği, aynı kapsamda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>64</sup> Mal vermeyi reddetme maddi varlıklara, lisans vermeyi reddetme ise fikri haklara ilişkindir. Mal vermeyi reddetmeye ilişkin ilk karar **Commercial Solventtir**.<sup>65</sup> Adalet Divanı bu kararda; hammadde pazarında hakim durumda bulunan bir teşebbüsün bu hammaddeleri kendi üretim faaliyeti için kullanmak üzere ayırıp müşterisine hammadde sağlamayı reddeder ve böylece pazardaki rekabetin tümünü ortadan kaldırmayı riske ederse 82. madde (Orijinal metinde 86 olarak geçmektedir; ancak kurucu ATA'nın madde numaraları Amsterdam Antlaşması ile değiştirilmiş ve söz konusu madde numarası 82 olmuştur. Ardından ABİHA ile madde numarası 102 olmuştur.) anlamında hakim durumu kötüye kullanıyor olacağını

61 GÜRZUMAR, O. B. : age, s.70-71.

62 GÜVEN, P. : “ Özel Hukuk...”, s.23.

63 DERCLAYE, E. : “Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law” World International, 2003, s.3. [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=estelle\\_derclaye](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=estelle_derclaye) Erişim Tarihi: 05.04.2011.

64 O'DONOUGHUE, R. / PADILLA J. A. : The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2006, s.407.

65 ATAD Kararı,Joined Cases 6/73 and 7/73. Istituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvent Corp. V. Commission, 1974 ECR 223.

belirtmiştir. Mahkeme, hakim durumdaki hammadde üreticisinin, kendi ürünlerine benzer ürünler pazarına girdiği için, ürünü üreten önemli üreticilerden birini pazardan dışlamak niyetiyle hareket edemeyeceğini ve hammaddeyi alt pazardaki rekabeti etkileyecek şekilde kendi üretimi için ayırmasının mal verilmeyen müşterinin rekabet gücünü tamamen ortadan kaldırma riski taşıdığını belirterek Komisyon'un mal verme yükümlülüğü getiren kararını onaylamıştır.<sup>66</sup>

ATAD'ın, Commercial Solvent'in mal vermeyi kesmesini hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelerken belirttiği gerekçeler;

- Hammadde pazarında hakim durumda bulunma,
- Bu hammaddeye dayanarak benzer ürünler üreten teşebbüse hammadde vermeyi reddederek o teşebbüsün alt pazardaki rekabetini ortadan kaldırma riskini doğurması,
- Hammadde vermeyi reddetmenin hiçbir makul nedeni olmaksızın sadece benzer ürünler pazarına girme amacına dayanmasıdır.<sup>67</sup>

Bu şartlar hakim durumun kötüye kullanıldığının kabulü için yeterli bulunmuştur. Karara getirilen en önemli eleştiri, olaya konu hammaddenin ikamesi ürünün mevcut olup olmadığı ya da alternatifinin üretilip üretilmeyeceğinin, başka bir ifade ile hammaddenin zorunluluk arz edip etmediği tespit edilmediğidir. Bu eksiklik sözleşme özgürlüğü ile mülkiyet hakkına getirilen istisnanın çok geniş uygulanması sonucunu doğurmaktadır.<sup>68</sup>

AD sonraki **United Brands**<sup>69</sup> davasında da hakim durumda bulunan teşebbüsün haklı objektif gerekçeler yokluğunda uzun süredir düzenli olarak iş yaptığı bir müşterisine mal vermeyi kesemeyeceğini hükme bağlamıştır.<sup>70</sup>

**Sea Containers v. Stena Sealink Liman (Holyhead) Kararları**<sup>71</sup>'nda zorunlu unsur olarak nitelenen varlık bir limandır. Komisyon bu kararında, zorunlu unsur doktrininin ayrıntılarına girmeden doğrudan rakiplerin zorunlu unsura erişim taleplerinin reddi veya elverişsiz koşullar ileri sürerek rakibin rekabet edemez hale getirilmesi üzerinde durmuştur.<sup>72</sup> Avrupa'daki hukuk otoriteleri de hakim durumda bulunan teşebbüsün sahip olduğu ve rakipleri için

66 DEMİRÖZ, A. : agm, s.345.

67 GÜRZUMAR, O. B. : age, s. 186.

68 KARAEĞE, Ö. : age, s. 78.

69 ATAD Kararı, Case 27/76, United Brands Co. and United Brands Continental BV v. Commission, 1978 ECR 297.

70 DEMİRÖZ, A. : agm, s.345.

71 Commission interim measures decision in Sea Containers / Stena Sealink, OJ 1994 L15/8.

72 GÜRZUMAR, O. B. : age, s. 174.



zorunluluk arz eden ürün ya da hizmetten rakiplerin yararlanmasını doğrudan engellemesi veya ürün/hizmeti rakiplerine çok yüksek, adil olmayan fiyatlarla açmasını rekabet hukukuna aykırı bulmaktadır. Bu görüşler doğrultusunda Komisyon zorunlu unsur oluşturan ürün/hizmete sahip olup da pazardaki gücünü bu pazarla bağlantılı diğer bir pazarda kendi hakim durumunu korumak ya da daha da güçlendirmek için unsuru rakiplerin erişimine açmayı reddederek ya da daha elverişsiz şartlar ile erişimi sağlamayı kabul ederek rakibine rekabet dezavantajı yaratan teşebbüsün fiilini açıkça hakim durumun kötüye kullanılması saymıştır.<sup>73</sup> Kararda bir varlığın zorunlu unsur sayılabilmesi için, o varlığa ya da altyapıya erişim olmadan rakiplerin müşteriye hizmet sunmasının imkânsız olmasının gerektiği belirtilmiştir. Olayda, liman sahibi uyuşmazlığın çıkmasından önce şikayetçi rakibine limanı zaten kullandırmaktayken, mevcut bir ilişkinin devamını haklı nedenlere dayanmaksızın zor şartlara bağlanmıştır.<sup>74</sup> Komisyon, zorunlu unsur doktrininin yalnızca mevcut rakipler bakımından değil, ilgili pazara yeni giren rakipler açısından da uygulanacağını hüküm altına almıştır.<sup>75</sup>

**Oscar Bronner Kararı** ise sözleşme yapma yükümlülüğüne önemli kısıtlamalar getirmiştir. Somut olayda Oscar-Bronner günlük gazete yayımlamakta olup, davalı MediaPrint ise iki günlük gazete yayımlamaktadır ve ülkedeki tek eve dağıtım sisteminin de sahibidir. Oscar-Bronner şikayetinde Mediaprint'e ait dağıtım sisteminin kendisi için zorunlu unsur oluşturduğunu, posta hizmetlerinin gazete dağıtımı için ikame oluşturmadığı, sahip olduğu düşük pazar payı göz önüne alındığında, kendisinin kârlı bir şekilde ikinci bir dağıtım sistemini kurmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Mediaprint ise savunmasında, kendisinden rakiplerine yardımcı olarak rekabeti desteklemesinin beklenmemesini, ayrıca eve dağıtım sistemi kurmanın büyük idari ve mali yatırım gerektirdiğini ve bu hizmeti tüm Avusturya gazetelerine açmanın sistemin kapasitesini aşacağını belirtmiştir.<sup>76</sup>

Dosya konuyu ilişkin ön karar almak için ATAD'a havale edilmiş ve ülkede günlük gazete pazarında önemli bir payı olan ve tek eve dağıtım sistemini işleten teşebbüsün bir rakibinin bu sistemden faydalanma istemini geri çevirmesinin 82. madde (102. md.) anlamında bir kötüye kullanma olup

73 VICKERS J. : “*Competition Policy And Property Rights*”, Department Of Economics Discussion Paper Series, Oxford 2009, Number 436 , Oxford 2009, s. 2.  
[http://www.economics.ox.ac.uk/research/wp/pdf/paper436.pdf/](http://www.economics.ox.ac.uk/research/wp/pdf/paper436.pdf) Erişim Tarihi: 10.11.2010.

74 GÜRZUMAR, O. B. : age, s. 174.

75 KARAEĞE, Ö. : age, s. 83.

76 Para 9.



olmadığı sorulmuştur. ATAD Magill Davasındaki şartlara atıf yaparak reddetme eyleminin hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilmesi için somut olayda eve dağıtım sisteminin kullanımının reddinin Oscar Bronner'ın, günlük gazete pazarındaki tüm rekabet gücünün yok ettiğini, reddin objektif haklı gerekçelere dayanmadığını, eve dağıtım sisteminin varolan ya da potansiyel ikamesinin mümkün olmaması sebebiyle faaliyetlerini sürdürmesi için bu sistemin kullanımının kaçınılmaz olduğunu ispatlanması gerektiğini belirtmiştir. ATAD bu değerlendirme ile varolan zorunluluğun kabulü ve sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi şartlarını ağırlaştırmıştır.<sup>77</sup>

ATAD Kararı'nda yararlanılmak istenen işletme unsurunun mevcut ya da potansiyel ikamesinin bulunmaması koşulunu ön plana çıkarmıştır. Ayrıca zorunlu unsur doktrininin uygulanmasının istisnai özelliği, yararlanılmak istenen unsurun zorunlu kabul edilebilmesi için gereken şartları zorlaştırmak suretiyle arttırılmıştır, başka bir ifade ile daraltıcı yol izlemiştir.<sup>78</sup>

ATAD söz konusu kararında davanın Genel Savcısı Jacobs'un zorunlu unsur doktrini kapsamında belirlenen sözleşme özgürlüğüne ve mülkiyetin kullanılması hakkına müdahalenin dikkatli bir şekilde gerekçelendirilmesi gerektiği, müdahalenin kısa dönemde rekabeti artırırken uzun dönemde azaltılabileceği, 82. maddenin (şimdiki 102. md.) amacının rakibin değil, rekabetin korunması olduğu, müdahalenin ancak ilgili unsurun benzerinin ortaya çıkarılmasının fiziksel, teknik ya da yasal nedenlerle çok mümkün olmadığı ya da çok zor olduğu durumlarda gerekçelendirilebileceği, bu sebeple somut olayda 82. maddenin ihlal edilmediği görüşüne ayrıntılı olarak yer vermiştir.<sup>79</sup>

Mahkeme Kararı'nda 82. madde kapsamında bir ihlalin bulunması için;

- Reddedilen unsurun alt pazardaki faaliyet için vazgeçilmez nitelikte olması, mevcut ya da potansiyel alternatifinin bulunmaması,
- Reddin haklı bir gerekçesinin olmaması,
- Reddin alt pazardaki rekabetin tümünü ortadan kaldıracak nitelikte olması gerektiğini belirtmiş ve somut olayda bu şartların gerçekleşmediğine hükmetmiştir.

Kararın en önemli özelliği, Mahkeme'nin bir unsurun zorunlu olup olmadığını belirlerken dikkate alacağı kriteri yükseltmesi ve düplikasyonun

77 TEKDEMİR, Y. : age, s.46.

78 GÜRZUMAR, O. B. : age, s. 199.

79 O'DONOGHE, R. / PADILLA J. A. : age, s.408.

mümkün olup olmadığının belirlenmesinde erişim sağlaması istenen unsur sahibi teşebbüsün büyüklüğünde bir rakip tarafından dahi unsurun bir benzerinin gerçekleştirilmesinin imkânsız olduğunun ispatlanması şartını aramasıdır.<sup>80</sup> Ayrıca unsurun sağlanmasının sadece talep sahibi teşebbüs açısından değil, pazarda yer alan diğer teşebbüsler bakımından da imkânsız ya da aşırı güç olduğunun ispatlanması gerektiği kararda belirtilmekte ve unsurun kontrolünün, hâkim durumdaki teşebbüsü alt pazardaki koşulları belirler konuma getirmiş olması şartı aranmaktadır. Kararda unsurun kontrolünün o teşebbüse sağladığı avantaj yeterli görülmemiş, ayrıca unsurun alt pazarda yaşamsal öneme sahip olması aranmıştır.<sup>81</sup>

### III. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI AÇISINDAN UYGULANABİLME KOŞULLARI

Zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet haklarına uygulanması, fikri mülkiyet hakkı sahibinin üçüncü kişilere lisans vermeyi reddinin ABİHA'nın 102. maddesini ihlal etmesi halinde mümkün olmaktadır. Fikri mülkiyet hakkı sahibinin lisans vermeyi reddetmesinin haklı bulunabilir sınırı ABAD tarafından her bir dava konusu olay açısından ayrı ayrı incelenmiştir.<sup>82</sup> ABAD bazı kararlarında fikri mülkiyet hakkının zorunlu unsur doktrini kapsamında uygulanabilmesi için zorunlu unsurun genel koşullarının yanı sıra yeni bir ürünün ortaya çıkması şartını aramıştır. Ürünün yeni olarak kabulü için, teşebbüsün yeni ürünü piyasaya sunması ile pazarda kayda değer bir gelişmenin sağlanmış olması gerekir. Piyasada zaten varolan ürünün bir benzerinin pazara sunulması yeni ürün olarak nitelenmemektedir.<sup>83</sup> Yeni ürün, o pazarda varolan mevcut ürünün karşılamadığı bir talebi karşılamalı ve hakim durumdaki teşebbüsün ilgili olduğu pazarda ortaya çıkmış olmalıdır.<sup>84</sup>

Gürzumar, zorunlu unsur doktrini kapsamında erişime açılan fiziksel varlıkların da fikri mülkiyet hakları gibi bazı durumlarda yenilik yarattığını, ancak yenilik yaratmasalar bile fikri hakların ortaya çıkması için kullanılan yüksek maliyetin fiziksel varlıkların inşasında da kullanıldığını, bu sebeple fikri mülkiyet haklarının konusu gayri maddi malların alt pazardaki rakibin erişimine açılmamasının, zorunlu unsur doktrini kapsamında ihlal teşkil ettiğinin kabulü için, doktrinin fiziksel varlıklar için aradığı şartlara ek olarak

80 DEMİRÖZ, A. : agm, s.348.

81 GÜRZUMAR, O. B. : age, s. 199. ; TEKDEMİR, Y. : age, s. 48.

82 KARAEĞE, Ö. : age, s.121.

83 O'DONOGHE, R. / PADILLA J. A. : age, s.448.

84 O'DONOGHE, R. / PADILLA J. A. : age, s.449.

yeni ürünlerin piyasaya çıkmasının engellenmesinin genelleştirilmemesi ve her somut olayın özelliğine göre bu şartın getireceği sonuçlara göre değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>85</sup>

Doktrinde gayri maddi unsurların, kolay kopyalanabilir nitelikte olması, fikri hak sahibinin topluma değerli başka buluşlarla katkı sağlaması amacıyla, fikri hakların ekonomik tekel değil ama yasal tekel oluşturması ve fikri mülkiyet haklarının daha riskli ve yüksek maliyetli yatırım kararları gerektirmesi nedeni ile zorunlu lisansa konu edilmesinin uygun olmadığı da savunulmaktadır. Fikri hakların zorunlu lisanslanması ile yenilik yaratma coşkusunun baskılanacağı belirtilmektedir.<sup>86</sup> Aynı yazarlar fikri mülkiyet hakların zorunlu lisans konusu yapılmasının uygun olmadığını belirtmekle beraber, gayrimaddi unsurlar için belirtilen hususların birçoğunun maddi unsurlar için de geçerli olduğunu, örneğin yatırım maliyetinin herhangi bir altyapı (fiziksel varlık) söz konusu olduğunda da fikri haklar boyutuna ulaştığı, maddi unsur sahibinin de topluma fayda sağlayacak farklı yatırımlarda bulunabileceği görüşündedir.<sup>87</sup> Fiziksel varlıklar konusunda anlaşma yapmaya zorunluluğu getirilebilmesi için fikri mülkiyet hakları gibi aynı ya da benzer bir ürünün üretilmemesi ya da altyapının oluşturulmaması gibi bir sınırlama getirilmemektedir. Ancak fiziksel varlıklar ile fikri mülkiyet haklarının genel ekonomik eşitlik durumu göz önüne alındığında yeni ürün şartı fikri mülkiyet haklarında olduğu kadar fiziksel varlıkların da zorunlu unsur kabul edilmesi için aranan bir şart olmalıdır. Yazarlar tüketicinin daha önce varolmayan pazar seçeneklerini elde etmesi halinde rekabetin bundan fayda sağlayacağı, aksi halde zorunlu paylaşımın rekabete bir fayda sağlamayacağını belirtmekte ve yeni ürün koşulunu hem fiziksel varlıkların hem de fikri mülkiyet haklarının zorunlu kabul edilmesinde uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar.<sup>88</sup> Bu görüşe göre burada kastedilen fikri mülkiyet hakları ile maddi unsurların arasında hiçbir fark olmadığı değil, ABİHA 102. madde anlamında hakim durumun kötüye kullanılması hallerinde eşit muamele görmeleridir. Aksi halde maddi unsur sahipleri değerli maddi varlıklarına fikri mülkiyet ekleyerek bu yüksek standartlı korumadan faydalanmanın çaresini bulmaya çalışacaktır.<sup>89</sup>

85 GÜRZUMAR, O. B. : age, s. 165.

86 O'DONOGHE, R. / PADILLA J. A. : age, s.422.; KATZ, M. : "Intellectual Property Rights and Antitrust Policy: Four Principles for a Complex World", Journal on Telecommunications & High Technology Law, 2002, 338-339.  
[http://www.jthtl.org/content/articles/V111/JTHTLv1i1\\_Katz.PDF/](http://www.jthtl.org/content/articles/V111/JTHTLv1i1_Katz.PDF/)

Erişim Tarihi : 25.02.2011.

87 O'DONOGHE, R. / PADILLA J. A. : age, s. 422-423.

88 O'DONOGHE, R. / PADILLA J. A. : age, s.450.

89 HUMPE, C. / RITTER, C. : agm, s. 11,13.

### A. Türk Rekabet Hukuku'nda Zorunlu Unsur Doktrininin Fikri Mülkiyet Hakları Açısından Uygulanması

Türk Rekabet Hukuku'nda fikri mülkiyet haklarının açıkça zorunlu unsur doktrini kapsamında değerlendirilerek lisanslanmasına karar verildiği örnek dosya bulunmamaktadır. Ancak bazı kararlarda fikri mülkiyet haklarına değinilmesi sebebiyle Kurul'un fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslanmasına bakışını değerlendirebilmek için zorunlu lisansa ilişkin tedbir kararı alınan Teleon Kararı ve Danıştay tarafından iptal edilmiş olmakla beraber veri tabanları hakkında değerlendirmeleri görebilmek adına Bilsa kararı bu çalışmada incelenmiştir. Türk Rekabet Hukuku'nda şartları oluşmuş ise hakim durumdaki bir teşebbüsün lisans vermeyi reddi RKHK'un 6/2-a hükmü uyarınca piyasaya girişin engellenmesi olarak nitelenecek ve lisans talep edilen husus zorunlu nitelik arz ediyor ise bu durum mal temininin reddi gibi değerlendirilerek, yine RKHK'un 6/2-a maddesi uyarınca yasaklanabilecektir.<sup>90</sup>

**Teleon Kararında** Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) ve Teleon Reklamcılık ve Filmcilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Teleon) arasında imzalanan sözleşme ile oluşturulan havuz sisteminin RKHK kapsamında ihlal yarattığı; bu sözleşme ile 1. Futbol ligi kulüpleri maç yayın hakları piyasasında hakim duruma gelen Teleon'un bu konumunu 1.Futbol ligi maçları görüntüleri ve GSM hatları operatörlüğü piyasalarında kötüye kullandığı iddiaları incelenmiştir. Usuli sebeplerden kaynaklanan Danıştay'ın iptal kararlarının ardından verilen 16.09.2009 tarihli ve 09-42/1087- 272 sayılı nihai kararda Kurul, aynı nitelikte izleyici tercihlerine konu olan, benzer içerikteki programların içeriğini belirleyen her türlü fikri mülkiyet hakları ve bu haklara dayalı olarak oluşturulan eserlerin, “*hak pazarları*” ve “*görüntü pazarları*” olarak tanımlanabilecek pazarları yarattığını belirtmiş ve örnek olarak 1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmaları yayın hakları pazarı ve hakkı elde eden kuruluşların diğer kuruluşlara ürün satabileceği “*banda kaydedilmiş görüntüler pazarı*” nı örnek olarak vermiştir.<sup>91</sup> Kararda Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmalarının yayın haklarına dayanılarak hazırlanan banda kaydedilmiş görüntüler, spor programlarda kullanılan hammadde olarak nitelenmiştir. Hammaddeyi oluşturan banda kaydedilmiş bu görüntüler, diğer kanalların “*spor içerikli programlar*” yapabilmesi için zorunludur.<sup>92</sup>

90 GÜÇER, S. : Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Ankara 2005, s.120.

91 Karar, para 630.

92 Karar, para 640.

Soruşturma Raporu'nda, Teleon'un, “*Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi maçlarının banda kaydedilmiş görüntüleri pazarı*” nda mutlak hakim durumda ve spor içerikli programlar piyasasının hammaddesini oluşturan Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi maçlarının banda kaydedilmiş görüntülerinin tek sağlayıcısı olduğu belirtilmiştir.<sup>93</sup>

Kurul kararında, Teleon'un öne sürdüğü şartların ve diğer eylemlerinin pazarın kapatılması, giriş engeli yaratılması ve belirli teşebbüslere avantaj sağlanması amacıyla yapılmış olabileceği değerlendirilmiştir. Bu fiiler ile bazı yayıncıların söz konusu görüntüleri satın almaları imkânsızlaştırılmaktadır. Teleon'un bu eylemi sonucu bazı yayın kuruluşları o döneme kadar yayınlamış oldukları spor programlarını yayından kaldırmak zorunda kalmışlardır. Bu durum hakim durumun kötüye kullanılması halini oluşturmaktadır. Kaldı ki Teleon'un tutumu FSEK'in 37. maddesine de açıkça aykırılık taşımaktadır. FSEK 37. maddesinde haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselerle bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınmasının mümkün olduğu, alınan bu parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanmasının serbest olduğu düzenlenmiştir.<sup>94</sup>

Kararda Teleon'un bu eylemleri ile kendi grubunun temsilcisi olan Star TV'ye rakip kanallarını dezavantajlı kılmak ve böylece Star TV'nin reklam pastasından daha büyük pay almasını sağlamanın amaçladığı ve bu doğrultuda haber amaçlı görüntüleri yayınlamak isteyen diğer yayıncılar için rekabet koşullarının ağırlaştırdığı kanaatinin oluştuğu belirtilmiştir.<sup>95</sup>

Soruşturma sırasında Rekabet Kurulu tarafından Türkiye 1'inci futbol ligi maçlarından görüntü yayınlama pazarında meydana gelebilecek rekabet ihlalleri ve bunların yol açabileceği telafi edilemeyecek nitelikteki zararları önlemek amacıyla tedbir kararı vermiş ve Teleon'un haber amaçlı görüntüleri, herhangi bir yayın kuruluşunun, herhangi bir maçla ilgili talebi üzerine, anılan sözleşmede belirlenen sınır içinde peşin ödenecek bir ücret karşılığında ve herhangi bir teminat isteminde bulunmaksızın, maçın, varsa, golleri ve diğer önemli pozisyonlarını içerir görüntüleri vermesine hükmetmiştir. Tedbir kararının iptali istemiyle Teleon tarafından açılan dava Danıştay Onuncu

93 Karar, para 670.

94 **ARIKAN, S.A.** : “ *Fikri-Sinai Haklar ve Rekabet Hukuku*” (Fikri Sinai Haklar ve Rekabet), Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 1999, s. 121 - 164. , s.154.

95 Karar, para 730.

Dairesi'nin 22.11.2001 tarih ve E:1999/4514 ve K:2001/4033 sayılı kararı ile reddedilmiş, bu kararın temyiz istemi de Danıştay İdari Davalar Genel Kurulu'nun 25.11.2004 tarih ve E:2002/242 ve K:2004/1882 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

21.03.2007 tarih ve 07-26/238-77 sayılı **Bilsa Kararında** Rekabet Kurulu anlaşma yapmanın reddini şikayet edilenin savunmaları kapsamında fikri haklar boyutunda incelemiştir. Bu sebeple karar bazı yazarlarca fikri mülkiyet konusu hakların lisanslamasının reddi kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>96</sup> Kararda okul yazılım hizmetleri pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin şikayeti üzerine Rekabet Kurulu tarafından Bilsa Yazılım A.Ş.'nin şikayetçi teşebbüslerin kullanmak zorunda oldukları bilgilere erişimlerini, bu bilgileri şifrelemek suretiyle engellediği iddiasını incelenmiştir. Bilsa ile aynı pazarda faaliyet gösteren şikayetçi teşebbüsler, Bilsa tarafından hizmet verilen okullar ile kendilerinin hizmet sözleşmesi akdetmeleri durumunda, ilgili yazılım programında kullanılması gerekli olan, öğrencilere ait verilere erişimlerinin Bilsa tarafından şifreleme (kripto) yöntemiyle engellendiğini, şifreleme sonucunda ilgili pazara girişlerinin fiilen imkansızlaştığını ve okulların okul otomasyonu alanındaki yeniliklerden yararlanamadıklarını iddia etmişlerdir.

İnceleme sonucunda, Bilsa Yazılım A.Ş.'nin okul yazılım hizmetleri pazarında hakim durumda bulunduğu, bu durumu kullanarak, piyasaya yeni girmeye çalışan firmaların girişlerini engellediği, hali hazırda piyasada varolan küçük teşebbüslerin faaliyetini zorlaştırdığı, kendi hizmet sunduğu okullar ve bu okullarda öğrenim gören öğrenciler hakkındaki verileri, diğer teşebbüslerin erişimine açmadığı ve bu suretle hakim durumu kötüye kullandığına hükmedilmiştir. Kurul kararında iki ayrı pazarın varlığına, alt-üst pazar ya da bağlantılı pazar konularına değinmemiştir. Kurul kararında zorunlu unsur doktrininden, fikri mülkiyet hakkının zorunlu unsur olarak değerlendirilmesinden de açıkça bahsetmemiştir.

Ayrıca kararda Bilsa'nın şifreleme ile ilgili olarak getirdiği şifrelemenin en başından beri var olduğu ve Bilsa yazılımın kaynak kodlarının korunmasına yönelik olarak fikri mülkiyet hakları ile korunan bir husus olduğu savunmasına Kurul, yazılımın kaynak kod haline dönüştürülmesinin Bilsa tarafından üretilen yazılımın kopyalanarak başka uygulamalarda kullanılmasını, bu şekilde haksız ticari kazanç elde edilmesini engellemeye yönelik olduğunu, bu hususun

96 **ARIÖZ, A. / ÖZBEK, Ö.** : “Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar”, Rekabet Dergisi, C.11, S. 3, Ankara 2010, s. 11 -49. , s. 25.

şikâyet konusu şifreleme ile ilgili bulunmadığı şeklinde yorum getirmiş ve olaya konu kriptoların kaldırılmasının okulun sahip olduğu ve bizzat kendi mensupları tarafından girilen verilerin kullanıma sunulması ile ilgili olduğu, bu sebeple verilerin şifrelenmesi ile yazılımın kendisinin şifrelenmesinin bu anlamda farklı olduğu ve uyumsuzluğa konu şifrelemenin Bilsa'nın savunması gibi fikri hak korumasından yararlanamayacağı kararda belirtilmiştir. Bu hususta Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 11. maddesine atıfta bulunularak işlemler ve derlemeler için sağlanan korumanın veri tabanı içinde bulunan veri ve materyallerin koruması için genişletilemeyeceği kararda belirtilmiştir.<sup>97</sup> Kararda ayrıca Bilsa'nın eyleminde hukuka aykırılık teşkil eden husus, okullara ait verilerin sadece sözleşme süresince şifrelenmesi değil, okul ile Bilsa arasındaki sözleşme sona erdikten sonra dahi şifrelemenin sürdürülmesidir.<sup>98</sup>

Bilsa'nın FSEK Ek 8. maddesine istinaden getirdiği savunma Rekabet Kurulu tarafından ilgili maddenin kendisi de bir yazılım programı olan veri tabanının kaynak kodlarının korunması amacı ile getirildiği, bu anlamda söz konusu hükmün kapsamının yazılım kaynak kodlarını koruma amaçlı şifrelemenin ötesine geçmediği, eser olarak nitelenemeyecek verilerin FSEK ile getirilen korumadan yararlanamayacağını belirtilerek kabul edilmemiştir.<sup>99</sup> Kurul Kararı'nda, pazarda hâkim durumdaki teşebbüsün herhangi bir eyleminin ihlal sayılabilmesi için kapama etkisinin yeterli olmayacağını, Microsoft Kararı'nda aranan tüketici refahına da zarar veriliyor olması şartını zımnen kabul etmiştir.<sup>100</sup>

Kurul, Bilsa'nın okullara ait verilerin okula hizmet verecek teşebbüs veya okullar tarafından birkaç haftalık bir sürede elle de aktarılabilceği şeklindeki savunmalarına, bu tür bir veri aktarım yönteminin maliyetli ve zor olacağı gerekçesi ile olumlu yaklaşmamış ve teşebbüsler arası veri aktarımının bilgisayar üzerinden sağlanmasının rekabetçi yapının oluşturulması için zorunlu olduğuna hükmetmiştir. Kurul Kararı'ndaki bu değerlendirme ile söz konusu verilerin pazarda faaliyet göstermek için zorunlu bir unsur olduğunu kabul etmiştir. Okul ve öğrencilere ilişkin verilere Bilsa'nın şifrelemeyi kaldırması sonucu erişimin daha az maliyetli ve daha kolay olması nedeniyle zorunlu olduğunun kabulü, Microsoft Kararı ile Komisyon tarafından

97 Bilsa Kararı, para, 440.

98 Bilsa Kararı, para, 600.

99 Bilsa Kararı, para, 640.

100 ARIÖZ, A. / ÖZBEK, Ö.: agm. s.26.



oluşturulan ve daha sonra İDM tarafından da kabul edilen *ekonomik zorunluluk* çerçevesi ile aynı doğrultudadır. Fakat Karar'da ekonomik zorunluluğun hangi nedenlerle gerekli olduğuna ilişkin belirgin bir açıklama yapılmamıştır.<sup>101</sup>

Karar, fikri mülkiyet haklarına değindiği halde fikri mülkiyet hakkının konusunu oluşturan varlığın zorunlu lisanslanmasının gerektiği hallerden net olarak bahsetmediği, fikri mülkiyete konu olmayan okul verilerinin rakip teşebbüslerin programlarına aktarımının reddedilmesi halinin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olacak şartların da net bir şekilde sayılmadığı, sadece hakim durumda bulunan Bilsa'nın okul verilerini vermeyerek okul yazılım pazarında rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunduğundan bahsetmesi, sözleşme yapmayı reddetme eylemlerinin doktrinde ve AB kararlarında zikredilen, ilgili unsurun alt pazarda rekabet için gerekli olması, ret eylemi sonucu rekabetin ortadan kalkması gibi birtakım kriterlerden bahsetmemesi, aslında verilerin aktarımının alternatif, ancak daha maliyetli yollarının bulunduğunu kabul ederek sadece rakiplerin faaliyetlerin zorlaştırılmasını, ret eyleminin ihlal olarak kabul edilmesi için yeterli gördüğü için eleştirilmektedir.<sup>102</sup> Buna karşılık verilerin aktarımının alternatif, ancak maliyetli yolunun bulunduğu, fakat buna rağmen ret eyleminin ihlal olarak görüldüğü eleştirisine katılmak mümkün değildir. Doktrinde de belirttiği gibi yararlandırma talebinin konusu olan varlık, doğal tekel özelliği taşımasa da, işlevsel açıdan alternatifinin yaratılması, teknik sebeplerle belirli bir zaman alacaksa ve talep sahibi teşebbüslerin gerçek anlamda pazara girmesi imkânını, dışsallıklarında devreye girmesi ile ortadan kaldıracak veya pazardan çıkmasına neden olacaksa unsurun alternatifinin sağlanmasının mümkün olmadığı kabulü gerekmektedir.<sup>103</sup>

Sonuç olarak Kurul Bilsa'nın RKHK'un 6. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Ancak Kurul Kararı Danıştay 13. Dairesi'nin 2007/9369 Esas ve 2010/4594 Karar sayılı ilamı ile *“uyuşmazlığın çözümünde, okula ait söz konusu şifrelenmiş bilgilerin, şifrelerden kurtulması için yapılması gereken hususların, eski ya da yeni şirketten hangisinin sorumluluğunda bulunduğu tespitini önem kazanmakta olup, dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla bu sorumluluk eski şirket olan davacıya yüklenmiştir. Ancak, programı satan ve gerekli teknik desteği sözleşme süresince veren davacı şirkete (Bilsa), sözleşme*

101 ARIÖZ, A. / ÖZBEK, Ö. : agm, s. 26.

102 ARIÖZ, A. / ÖZBEK, Ö. : agm, s.27.

103 GÜRZUMAR, O. B. : age, s. 29.



*süresi boyunca şifrelenerek oluşturulan bilgilerin şifreden kurtarılması amacıyla arayüz oluşturulması sorumluluğunu yükleme olanağı bulunmamakta, dolayısıyla bunun sağlanmamasının rekabet ihlali olarak değerlendirilmesinde hukuki isabet görülmediği”* şeklindeki gerekçe ile iptal edilmiştir.

#### **A. Zorunlu Unsur Sonucu Ortaya Çıkan Zorunlu Lisanslamanın Uygulanabilirlik Sorunu**

Fikri mülkiyet alanında zorunlu unsur doktrininin uygulanması zorunlu lisansa hükmedilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Lisans kavramı fikri mülkiyete dahil gayrimaddi bir hakkın kullanılması yetkisinin sözleşme ile elde edilmiş olmasıdır. Ancak lisans alan, kanundan kaynaklanan ya da çalışmamızdaki gibi kamu yararı arzeden haller sebebi ile karşı tarafı lisans sözleşmesi yapmaya zorlama imkânına sahip ise bu durum zorunlu lisans kavramı ile ifade edilmektedir.<sup>104</sup> Zorunlu lisans yaptırımı RKHK'da açıkça düzenlenmemişse de Kanunun 27. md. /a bendi, 9. md. /1. f ve 52. md. son fıkrası uyarınca zorunlu lisansa hükmedilebileceği açıktır. Zorunlu lisans yoluyla kullanımı engellenen veya bazı koşullara bağlanan fikri ve teknolojik ürünler, makul şartlarla diğer teşebbüslere kullandırılır.<sup>105</sup> RKHK'un 9. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlardan kaçınmaları şeklinde kararlar alabileceği gibi bu teşebbüslerin belirli bir davranışı yerine getirmelerine de karar verebilir.<sup>106</sup> Başka bir ifade ile Kurul RKHK'nın 9. maddesi kapsamında her türlü davranışsal tedbire başvurabilecektir.<sup>107</sup>

Sözleşme yapılmasının reddi sebebiyle açılan davalarda sözleşme özgürlüğünün hakim durumdaki teşebbüsler için dahi esas olacağı, ancak bazı olağandışı koşulların oluşması halinde sözleşme yapma yükümlülüğünün getirilebileceği bugün uygulamada kabul gören yaklaşımdır. Fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslanması da bu kapsamda değerlendirilmektedir.<sup>108</sup>

Rekabet Kurumu'nun fikri mülkiyet hakları üzerinde zorunlu lisans yaptırımı uygulayabilmesi fikri mülkiyet hukuku mevzuatında yer alan herhangi bir düzenlemeyle de engellenmiş durumda değildir. Hatta FSEK'in

104 **ÖZDEMİR, S. O.** : Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s. 9-16.

105 **ODMAN, A. N.** : Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara 2002, s.294.

106 **KARAEĞE, Ö.** : age, s. 179.

107 **BOZKUŞ, S.** : Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Durumunda Uygulanan Tedbirler, Uzmanlık Tezleri Serisi, No:100, Ankara 2009, s. 66.

108 **ARİÖZ, A. / ÖZBEK, Ö.** : agm, s.43.

38. maddesinde farklı bilgisayar programlarının ara işlerliğini gerçekleştirmek için üçüncü kişiler tarafından yürütülen bazı fiillerin, FSEK'de düzenlenen eser sahipliği hakkını ihlal olarak nitelenemeyeceği belirtilmiştir. Bu hükmün düzenlenme amacı FSEK ile bilgisayar programlarına tanınan korumanın rekabeti engelleyerek teknolojik yeniliklerin gelişimine mani olacak şekilde kullanılmaması olarak nitelenebilir.<sup>109</sup>

Ayrıca PKKHK'nin 80. maddesinde yer alan düzenlemede, patent konusunun kullanımının, varolan ya da olacak belirli ya da belirsiz süreli yasal yasaklama ve sınırlamalara tabi olacağı yer almaktadır. PKKHK'nin 93. maddesinde patent hakkını haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı şekilde kullanan patent sahibi için yer alan yaptırım, patent hakkının kullanımının RKHK'ye aykırılık dolayısıyla sınırlandırılmasıdır.<sup>110</sup>

ETKHK'de endüstriyel tasarım hakkının kullanımına ilişkin genel bir düzenleme yer almamakla birlikte, KHK'nın 10. maddesinde, ürünün teknik işlevini gerçekleştirebilmesi için tasarımcıya seçenek özgürlüğü bırakmayan tasarımlar ve tasarlanan ürünleri birbirine monte edebilmek için ancak belirli biçimde üretilen tasarımlar koruma kapsamı dışında tutulmuştur. Yasa koyucu tarafından bu düzenleme ile amaçlanan endüstriyel tasarım hakkının rekabeti kısıtlayıcı ve teknolojik gelişmeyi engelleyici şekilde kullanımını engellemektir.<sup>111</sup>

Rekabet Kurumu'nun teşebbüslere zorunlu lisans tanınması ile ilgili bir karar vermesi durumunda olayın özelliklerine göre teknolojik ürünü kullandırma koşulları, teknolojik ürünlerin kapsamı, teknolojik ürünün kullandırılması karşılığında bir bedel ödenip ödenmeyeceği, kullandırmanın süresi bakımından sınırlama getirilip getirilmeyeceği belirlenmelidir.<sup>112</sup> Zorunlu unsur niteliğindeki iktisadi varlığı rakiplerine kullandırmayı reddeden teşebbüs, RKHK'un 57. maddesi uyarınca koşulların varlığı halinde maddi ve manevi tazminat ödenekle yükümlü tutulabilecektir. Rekabet Kurulu henüz bir teşebbüsün diğer bir teşebbüse zorunlu lisans vermesine ilişkin bir karar almamıştır. Rekabet Kurulunun böyle bir karar alması durumunda, koşulları da Kurul tarafından belirlenecektir.<sup>113</sup>

### **C.Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Zorunlu Unsur Doktrininin Fikri Mülkiyet Hakları Açısından Uygulanması**

109 ODMAN, A. N. : age, s. 295.

110 ODMAN, A. N. : age, s. 295.

111 ODMAN, A. N. : age, s. 295.

112 ODMAN, A. N. : age, s. 296.

113 ODMAN, A. N. : age, s. 296.

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda zorunlu unsur doktrini ve fikri hakların bir arada işlendiği birçok karar görülmektedir. Çalışmamızda bunların en önemlilerine yer verilmiştir. Zorunlu unsur doktrininin konusu fiziksel varlıklar ise konu sözleşme yapmanın reddi olarak değerlendirilirken, unsurun fikri hak olması durumunda lisans vermeyi reddetme durumu kararlarda değerlendirilmiştir.

Fikri mülkiyet hukukunun konusunu oluşturan bir hakkın lisanslanması ile ilgili ilk kararlardan olan Volvo ve Renault Kararlarında<sup>114</sup> ABAD kendi otomobil modelleri için yedek parçaların tasarım şeklinde fikri mülkiyet hakkı olan otomobil üreticilerinin, bu tasarım hakkını bağımsız tamir servislerine lisanslamayı reddetmesi durumunu incelemiştir. Volvo Kararında, fikri hak sahibinin, başkalarını bu hakkı kullanmaktan dışlanması fikri mülkiyet hakkının temeli olduğunu, bununla birlikte yedek parçaların bağımsız tamircilere arzının keyfi bir biçimde reddedilmesi durumunda 86. madde (ABIHA 102. md./ATA. 82. md.) uyarınca yasaklanabileceği belirtilmiştir. Volvo'nun fikri mülkiyet hukuku ile korunan münhasır hakkına bağımlı olan Volvo araçlarının tamir ve bakım pazarında kendi bakım servisi dışındaki servislerine de arza devam etmek zorunda olduğunu belirtmesi sebebiyle önemlidir. Bu karar ile ABAD, fikri mülkiyet hakkının münhasır kullanımını yasallaştırmakta, ancak bu kullanımın 86. maddeye aykırılık oluşturduğu durumlarda ise yasaklanabileceği açıkça belirtmektedir.<sup>115</sup> Kararda otomobil üreticisinin yedek parçalar konusunda lisans hakkının devrine zorlanması mümkün görülmemiştir. Volvo'nun lisans hakkını vermekten kaçınılması per se (başlı başına) olarak anlaşılmaya aykırı görülmemiştir.<sup>116</sup>

Kararda bazı kötüye kullanım olarak kabul edilebilecek davranışlar bağımsız servis tedarikçilerine keyfi olarak yedek parça verilmesinin reddi, yedek parçalar için yüksek fiyat belirlenmesi, belirli modele göre üretilmiş otomobiller piyasada olmasına rağmen bunların yedek parçalarının üretiminin durdurulması şeklinde sayılmış, bu hallerden birinin bulunması halinde rekabet ihlalinin varlığının kabul edilebileceği kararda belirtilmiştir. Bu karar, fikri hakkın doğrudan konusuna girmeyen kullanımların rekabet hukuku kurallarına tabi olacağını gösterdiği için önemlidir.<sup>117</sup>

114 Case 238/87, Volvo AB v. Erik Veng (UK) Ltd., ECR.1988, p.6211) / Case 53/87, Consorzio Italiano delle componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Regie nationale des usines Renault, ECR 1988, 6039.

115 ARIÖZ, A. / ÖZBEK, Ö. : agm, s.28.

116 NART, S. : "Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 11, S. 1, İzmir 2009, s. 134.

117 KARAEĞE, Ö. : age, s. 146.

**Renault Davası'nda** da otomobil üreticisi teşebbüsün yedek parçalar üzerindeki tasarım hakkı nedeniyle aynı durum yaşanmış, mahkeme Volvo davasında hakkın kötüye kullanım sayılabilmesi için aranan şartları sıralamış ve hakkın bu kullanımının kötüye kullanım olarak nitelenemeyeceğine karar vermiştir.<sup>118</sup>

**Magill Kararı**<sup>119</sup> ise zorunlu lisansa hükmedilmiş ilk dava olması sebebiyle önemlidir. İngiltere ve İrlanda televizyon şirketleri RTE, ITV, BBC'nin program yayın akışı bilgilerini içeren, yeni ve kapsamlı bir yayın akışı rehberi hazırlamak isteyen dergi yayıncısı Magill'in yayın akışı bilgilerini talebi üzerine, televizyon şirketlerinin milli telif yasalarını gerekçe göstererek yayın akışı bilgilerini Magill'e vermeyi reddetmeleri üzerine inceleme yapan Komisyon, televizyon yayıncılarından ilgili eylemi sona erdirmelerini istemiş ve İlk Derece Mahkemesi, Komisyonun kararını onamıştır. Bunun üzerine televizyon şirketleri ABAD'a müracaat etmişlerdir.

ABAD fikri mülkiyet hakkının varlığının ve bu hakkın tanıdığı dışlama yetkisinin, başlı başına hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiş, ancak somut olayda olduğu gibi olağandışı istisnai hallerde fikri mülkiyet haklarının lisanslanabileceğine karar verilmiştir. Magill gibi haftalık yayın akışı rehberi yayımlamak isteyen teşebbüsler, söz konusu televizyon şirketlerinin hakim durumda olduklarını gösterir şekilde bu televizyon şirketlerine iktisadi olarak bağımlı durumdadır.<sup>120</sup> Kararda Magill'in yayınlamayı planladığı haftalık televizyon dergisinin mevcut ya da potansiyel bir alternatifinin olmaması, televizyon yayın akışı bilgilerinin çıkarılması öngörülen dergi için hammadde niteliği taşıması, televizyon yayıncılarının ret eylemi ile haftalık televizyon rehberi pazarı olan ikincil pazarda rekabeti engellemeleri, reddetme eyleminin objektif gerekçelere dayanmaması ve tüm bu sebepler sonucu yeni bir ürünün ortaya çıkarılmasının engellendiği kararda belirtilmiştir.<sup>121</sup>

Bu karar Divan'ın, Volvo Kararı'ndaki görüşünden bir dönüş olarak değerlendirilmiştir.<sup>122</sup> Oysa ki Volvo Kararında davacının yedek parça tasarım hakkını elde etmesi durumunda aynı pazarda rekabet etmesi söz konusu olacakken, Magill olayında davacı varolan ürünü kullanarak yeni bir ürün

118 KARAEGE, Ö. : age, s. 147.

119 Case C-241/91 P ve C-242/91 P, Judgment of 06.04.1995, Magill TV Guide.

120 KAYA, Y. : Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, Ankara 2003, s. 14.

121 ARIÖZ, A. / ÖZBEK, Ö. : agm, s.29.

122 NART, S. : agm, s.138.

meydana getirmek istemektedir. Bu sebeple Magill Davası diğer davalardan farklıdır. Magill Davası'ndan sonra Adalet Divanı, önüne gelen benzer davaların çoğunda aksi yönde kararlar vermiştir. Dikkat edilmesi gereken nokta, kararın fikri mülkiyet hakkının kötüye kullanılması ile ilgili olduğu ve kötüye kullanmanın, fikri mülkiyet hakkının koruması kapsamına girmediğidir. Somut olayda fikri mülkiyetin koruması altında olan ürün hiçbir şekilde etkilenmemektedir. Magill'in, program akışlarının düzenlenmesinde bir etkisi olmayacaktır, Magill sadece varolan bir ürünü kullanarak yeni bir ürün meydana getirmek istemektedir. ABAD'ın bu kararı fikrî haklar konusundaki fikrîni değiştirdiği yönünde bir izlenim verse de, bu gibi durumların ancak istisnai hallerde mümkün olacağı diğer kararlarından anlaşılmaktadır.<sup>123</sup>

Mahkeme, reddedilen bilginin, kapsamlı televizyon program rehberi üretimi için vazgeçilmez olduğunu, açık ve doyurulmamış tüketici talebi olan yeni bir ürünün üretiminin söz konusu olduğunu, televizyon şirketlerinin zorunlu bilgiyi sağlamayı reddederek ayrı bir pazar olan TV magazin dergisi pazarını tekelleştirmekte olduklarını ve reddetmenin objektif haklı bir gerekçesinin bulunmadığını kararında belirtmiştir. Karar ilgili pazarın dar tanımlandığı, bu sebeple fikri mülkiyet hakkı sahibi teşebbüslerin ilgili pazarda hakim durumda olarak değerlendirilmelerinin kolaylaştığı şeklinde eleştirilmektedir.<sup>124</sup>

Fikri mülkiyet hakkı sahibi kendisinin üretmediği ve bunun için potansiyel tüketici talebinin varolduğu yeni bir ürünün ortaya çıkmasına engel olduğu, fikri mülkiyet hakkı sahibinin ikincil pazardaki tüm rekabeti ortadan kaldırarak bu pazarı kendisine ayırdığı ve fikri mülkiyet hakkı sahibinin hiçbir haklı, objektif gerekçesi olmadan lisans vermeyi reddettiği şeklinde istisnai şartların söz konusu davada oluştuğu ortadadır.<sup>125</sup>

Komisyon, bu davada ayrıca, edebi ve sanatsal yönü ağır basan eserlerle daha çok telekomünikasyon, bilgisayar, bilgi teknolojileri ve veri tabanlarını ilgilendiren fonksiyonel veya pratik bilgilerin birbirinden ayrı tutulması gerektiğini belirtmektedir. Edebi ve sanatsal eserler, türev bir pazarda bağımlılık yaratmazken, diğer bilgilerin telif hakkı korumasından yararlanmasında hakim duruma neden olarak rekabeti bozucu davranışlara meydan

123 NART, S. : agm, s.137,140.

124 ANDERMAN, S. : EC. Competition Law and Intellectual Property Rights The Regulation of Innovation, Second Edition, Clarendon Press, Oxford 2000, s.164.

125 YAVUZ, Ş. : "Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslanması: IMS Davası ve Bazı Yanılsamalar", Rekabet Dergisi, S. 22, Ankara 2005, s. 12.

verebilmektedir. Bu sebeple fonksiyonel bilgiler konusunda sahip olunan telif haklarının lisansa konu edilmemesi, somut olayın özelliklerine göre hakim durumun, hakkın kötüye kullanımı olarak nitelenebilecektir. Dolayısıyla, bu teşebbüslerin lisans vermeye zorlanması bilgisayar, bilgi teknolojileri gibi endüstrilerde rekabetin korunmasına fayda sağlayacaktır.<sup>126</sup>

Karar, zorunlu unsurun kabulü için getirilen şartlar bakımından önemlidir. Karar ile ilk defa yeni ürün şartı getirilmiş ve daha önce kabul edilen rakipten kaynaklanan rekabetin engellenmesi yerine pazardaki rekabetin tamamen ortadan kaldırılması şartı aranmıştır.<sup>127</sup>

**Ladbroke**<sup>128</sup> Kararı'nda ise zorunlu unsura erişim hakkının hangi şartların varlığı halinde doğduğu açıkça belirlenmiştir. Dava konusu olayda, Belçika'da bahis bürolarının işletmecisi olan Ladbroke, Fransız teşebbüslerin Fransız at yarışları ile ilgili televizyon görüntülerinin telif hakkının kedisine lisanslı olarak verilmesi gerektiği iddiası ile Komisyon'a başvurur. Komisyon şikayetin reddine karar verir. Bu ret kararı üzerine Ladbroke İDM'ne başvurur. İDM Kararı'nda hakim durumun kötüye kullanıldığı sonucuna varmamakla beraber, lisans talebinin reddinin hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenebilmesi için talep edilen unsurun talep sahibinin pazarda faaliyeti için vazgeçilmez bir unsur olması ya da ret eyleminin düzenli ve belirli bir tüketici talebini doyuracak yeni bir ürünün piyasaya çıkışını engelliyor olması gerektiğini belirtmiştir. Somut olayda Fransız at yarışları televizyon görüntülerinin bahis bürosunda yayınlanmasının Ladbroke'un faaliyeti için zorunluluk arz etmediği, zaten Ladbroke'un en yüksek pazar payına sahip olduğu İDM tarafından kabul edilmiştir. Ladbroke alt pazarda zaten hakim durumda olduğundan lisans vermenin reddi alt pazarda rekabeti sınırlayıcı olarak görülmemiştir.<sup>129</sup>

Zorunlu lisansa hükmedilen ikinci örnek Komisyon'un 2001 yılında aldığı **IMS Health Kararı'dır**.<sup>130</sup> Almanya'da veri koruma mevzuatı ilaç üreten teşebbüslerin reçeteli ilaçlara ait satış verilerinin doktorlardan ya da eczacılardan teminini engellemektedir. Bu gizlilik sebebiyle veriler belirli

126 KAYA, Y. : age, s.40.

127 ANDERMAN, S. : EC Competition 2000..., s.212. ; OECD, (2007): Policy Roundtables Refusals to Deal 2007. DAF/COMP(2007)46.s. 44-45. <http://www.oecd.org/dataoecd/44/35/43644518.pdf>/ Erişim Tarihi : 11.05.2011.

128 Case T-504/93, Tierce Ladbroke SA. v. Commission, 1997 ECR II 923.

129 ANDERMAN, S. : "EC Competition Law and Intellectual Property Rights in the New Economy", The Antitrust Bulletin, Vol.47, Nos. 2&3, Essex, England 2002, s. 294.

130 Case COMP D3/38.044 Decision 2001/165/EC, NDC Health v. IMS Health: Interim Measures, O.J. 2002 L 59/18.

coğrafi birimler kapsamında raporlanıyordu. Bu sistem ile toptancılar tarafından eczanelere yapılan satışların tespiti önlenmekteydi.<sup>131</sup> İlaç üreticisi teşebbüslerin satış bölgelerini belirleyebilmesi açısından, satış oranının tespiti ve pazara girişleri açısından bölgesel satış verilerinin raporlandığı birim yapısı önem taşımaktaydı. IMS Health müşterilerine sunduğu bölgesel veri raporlarında kullanacağı nihai verileri elde etmek için endüstri standardı kabul edilen '1860 yapı taşı oluşumu'<sup>132</sup> adı verilen bir veri tabanı sistemi geliştirmiştir. Bu sistem Almanya'da veri tabanı ile ilgili fikri mülkiyet korumasından yararlanmıştır. Piyasada yer alan diğer ilaç firmaları IMS tarafından geliştirilen bu yapıyı kullanmaya başlamışlar ve durum telif hakkı ihlali iddiasıyla dava konusu olmuştur.

Alman mahkemeleri telif hakkı iddiasını kabul ederek, rakip teşebbüsleri 1860 yapı taşı oluşumunu veya benzer bir yapıyı kullanmaktan men etmiştir. Bu dava sonrasında rakip teşebbüslerin IMS'ye yaptıkları lisans başvuruları da reddedilmiştir. Bu olaylar üzerine rakiplerden NDC Health firması IMS Health'in tutumunun ABİHA'nın 102. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile Komisyon'a başvurmuştur. Komisyon ciddi ve telafisi mümkün olmayacak zararların oluşacağı öngörüsüyle geçici tedbir kararı vermiş ve IMS'yi piyasada faaliyet gösteren tüm teşebbüslere 1860 yapı taşı oluşumunun lisansını vermekle yükümlü tutmuştur. Kararda pazar Almanya bölgesel satış veri hizmetleri pazarı olarak belirlenmiş ve pazarda IMS'nin hâkim durumda olduğuna karar vermiştir. Komisyon kötüye kullanmanın var olup olmadığını belirlemesinde çoğunlukla Oscar Bronner kararına atıf yapmıştır.

Komisyon şu üç koşulun birlikte gerçekleştiğine karar vermiştir. Buna göre 1860 yapıtaşı oluşumuna erişim olmadan pazarda rekabetin mümkün olmayacağı, IMS'nin lisans vermeyi reddetmesine ilişkin objektif bir gerekçe ileri süremediği ve 1860 yapıtaşı oluşumunun varolan ya da potansiyel bir alternatifinin bulunmadığı, bu sebeple ilgili pazarda faaliyet gösterebilmek için 1860 yapıtaşının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Komisyon Ladbroke Kararı'na değinerek, reddin kötüye kullanma sayılabilmesi için yeni bir ürünün ortaya çıkmasının engellenmesinin aranmadığı belirtmiştir.<sup>133</sup> Komisyon'un bu karara ulaşmasının sebebi, yeni ürün koşulunun ilk olarak Magill'de ortaya konmasına karşın, Ladbroke davasında alternatif olarak belirtilmesi ve Oscar Bronner Davası'nda tamamen göz ardı edilmesidir. Komisyon tarafından Oscar Bronner

131 KARAĞE, Ö. : age, s. 158.

132 GÜRZUMAR, O. B. : age, s. 177.

133 YAVUZ, Ş. : agm, s.24.



Kararı'nda belirlenen koşulların somut olaya uygulanmasıyla IMS'nin hâkim durumu kötüye kullandığına karar verilmiştir.

Oysa ki dava konusu olayda IMS Health'ın lisans vermeyi reddetmesi yeni ürünün ortaya çıkışını engellemektedir. Lisans talebinde bulunan teşebbüslerin tek amacı 1860 yapı taşını kullanarak benzer ya da aynı hizmetleri aynı pazarda sunmaktır. Üstelik bu hususta pazar müşterilerinin de potansiyel talebi bulunmamaktadır. Zorunlu lisanslama için aranan koşullar hakkında bu dava sırasında henüz bir içtihat oluşmadığından Komisyon koşulları alternatifli olarak yorumlamış ve bu sebeple kötüye kullanma olduğuna hükmetmiştir. İlk Derece Mahkemesi ve ABAD ise koşulları birlikte uygulama yolunu seçmiştir.<sup>134</sup>

IMS Health'nin Komisyon kararına itirazı üzerine İDM şikâyetçi ile fikri mülkiyet hakkı sahibinin aşağı yukarı aynı ürünü sunduğu durumlarda zorunlu lisansa hükmedilmesi konusunda endişeleri bulunduğu ve bunun aksine bir uygulamanın zorunlu unsur doktrininin aşırı genişlemesine yol açacağını belirterek Komisyon'un kararının yürütmesini durdurmuştur.<sup>135</sup> NDC'nin bu karara itirazını ABAD reddetmiştir.<sup>136</sup>

ABAD lisans vermeyi reddetmenin ancak istisnai koşulların varlığı halinde kötüye kullanma olarak değerlendirilebileceğini ve istisnai koşullar olarak Magill'de sayılan koşulların birlikte gerçekleşmesi gerektiğini kararında belirtmiştir. Buna göre lisans talebinde bulunan teşebbüs söz konusu pazarda fikri hak sahibi tarafından daha önce sunulmamış ve hakkında potansiyel bir talebin varolduğu yeni bir ürün ya da hizmet sunma gayesi ile lisans talebinde bulunmalıdır. Lisans talebinin reddi objektif haklı gerekçelere dayanmamalıdır ve lisans talebinin reddi ilgili pazarda rekabetin bertaraf edilmesi sonucunu doğurmalıdır.<sup>137</sup>

Yavuz,<sup>138</sup> rakip teşebbüslerin lisans taleplerinin tek amacının hali hazırda tüketicilerin taleplerini karşıladığı bir ürünü üretmek olduğunu, başka bir ifadeyle, ATAD'ın öne sürüldüğü şartlar arasında yer alan potansiyel ve doyurulmamış bir talebin karşılanması şartının gerçekleşmediğini belirtmektedir.

**Microsoft<sup>139</sup> Davası**, Sun Microsystems'in, bir çalışma grubu işlemci

134 KARAEGE, Ö. : age, s. 159.

135 YAVUZ, Ş. : agm, s.23.

136 KARAEGE, Ö. : age, s. 163. ; YAVUZ, Ş. : agm, s.23.

137 KARAEGE, Ö. : age, s. 164.

138 YAVUZ, Ş. : agm, s. 26.

139 Case COMP/C-3/37.792.( 2004).

<http://www.microsoft.com/presspass/download/legal/europeancommission/0324-04EUDecision.pdf> , Erişim Tarihi: 15.03.2011.



işletim sistemi sağlayıcısı olarak, etkin şekilde rekabet edebilmesi için gerekli olduğunu savunduğu arayüz bilgilerini Microsoft'un kendisine açıklamadığı ve bu davranışın hakkın kötüye kullanımı oluşturduğu iddiasıyla Komisyon'a başvurusu ile başlamıştır.<sup>140</sup>

İlgili pazar sunucu yazılım pazarıdır ve Microsoft, müşteri bireysel işletim sistemleri pazarındaki %90 pazar payına sahip olduğu gibi, mevcut ürünün baskı unsuru, öğrenme ve çözümleme maliyetleri ve dolaylı ağ etkileri gibi yüksek giriş engelleri ile bu hakim durumunu daha da güçlendirmektedir.<sup>141</sup> Komisyon'un tespitine göre Microsoft iş grubu işletim sistemi pazarında kabul görmeye başladıkça, Windows ürünleriyle ara işlerliği ilgilendiren bilgilere erişimi sağlamaktan kaçınmaya başlamış ve müşteri bireysel bilgisayar işletim sisteminde hakim durumunu, iş grubu sunucu işletim sistemleri pazarında rekabet koşullarını bozmak için kullanmıştır.<sup>142</sup>

Microsoft ise savunmasında kendi teknolojilerinin fikri haklar ile koruma altında olduğunu, zorunlu lisansın uygulanması halinde bunun sadece kendilerinin araştırma ve geliştirme faaliyetlerine yapacakları yatırım heveslerini azaltmayacağını, aynı zamanda rakip teşebbüslerin yenilik yaratmak için çaba harcamak yerine hakim durumdaki teşebbüslerden zorunlu lisans yolu ile teknoloji sağlamalarına yol açacağını savunmuştur. Komisyon ise lisanslamanın yeniliklere liderlik eden ve tüketiciye iyi fiyat ve bol seçenek sunmak isteyen pazarda rekabeti arttıracığına işaret etmiştir.<sup>143</sup>

Uzun süren inceleme sonucu Komisyon, Microsoft'un reddini hakim durumun kötüye kullanması olarak nitelemiş ve Microsoft'un Windows çalışma grubu işlemcileri tarafından dosya, baskı, grup ve kullanıcı yönetim hizmetlerinin Windows çalışma grubu ağlarına sağlanması için kullanılan protokollerin tam ve doğru teknik özelliklerini açıklamasını şart koşmuş, ayrıca 82. maddenin ihlalden dolayı rekor derecede yüksek para cezası (479 Milyon Euro) vermiştir.

Komisyon *Microsoft Kararı*'nda *IMS Health Kararı*'nda belirlenen

140 ÜNVER, B. / TÖZER, A. : “*AB Microsoft Vakası Bağlamında Birlikte İşlerlik Kaygılarının Kapsamı Tek Taraflı Olarak Lisans Vermeyi Reddetme Hallerinin Yargısal Anlamda At Antlaşmasının 82. Maddesi Kapsamında Ele Alınmasına Yönelik Bir Tartışma*”, Rekabet Hukuku Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI, Kayseri 2008, s. 452.

141 KORAH, V. : “*The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition In Developed Country*”, Vol. 2, Issue 4, SCRIPT-ed., 2005, s.439.  
<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol2-4/korah.asp>/ Erişim Tarihi: 23.10.2010.

142 GÜRZUMAR, O. B. : age, s.179.

143 SUBRAMANIAN, S. : “*The Microsoft decision: a setback to IP rights in Europe?*”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 5, No. 4, England 2010, s.1. [jipplp.oxfordjournals.org/](http://jipplp.oxfordjournals.org/) Erişim Tarihi: 25.10.2010.

*kümülatif istisnai şartları* dikkate almamış, yeni ürün kavramına yer vermemiş, red eyleminin tüketiciler zararına teknik gelişmenin sınırlandırılmasına yol açtığını belirtmiştir.<sup>144</sup> Kararda rekabetin ortadan kaldırılmasını aramak yerine, buna yönelik risk bulunmasını dahi yeterli saymış, daha çok 102. maddede (ATA 82. madde) geçen *teknik gelişmenin engellenmesi* ifadesi üzerinde durmuştur,<sup>145</sup> Microsoft'un reddinin işletim sistemlerinde yeni işlevlerin gelişmesini engellediğini kararda belirtmiştir.<sup>146</sup> Microsoft ara işlerlik bilgilerini iş grubu sunucu işletim sistemindeki rakiplerine verirken, kendisi bu pazara girmeye karar verdikten sonra bu bilgileri vermeyi kestiğinden kararda rekabeti bertaraf etme riskinin varolduğu kabul edilmiştir.<sup>147</sup>

Komisyon Kararı'nda, Microsoft'un davranışını anlaşıma yapmayı reddetme kapsamında da değerlendirmemiş, bunun yerine pazar sonrası çatışmadan kaynaklanan dışlayıcı bir eylem olarak nitelemiştir. Uyuşmazlık mal verme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>148</sup> Kararda özellikle tüketicilerin dolaylı olarak zarar görmesi üzerinde durulmuştur. Komisyon, *Microsoft* kararında yaptığı tespitler ve sorunların çözüm yöntemleri ile o zamana kadar bu konuda verdiği kararlardan tamamen ayrılmıştır.<sup>149</sup>

Karar Avrupa'nın ileri teknoloji çevresinde ekonomik, hukuksal, teknolojik olarak kapsamlı etki yaratmıştır. Bu karar fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukukunun arasındaki çekişmenin keskin bir noktaya getirildiği ve iki disiplin arasında bir denge kurulması gerektiği dönemde oluşmuş ve Avrupa'da bir yenilik iklimi yaratmak ve bunu devamlılığını sağlamak adına yerinde alınmış bir karar olarak nitelenmiştir.<sup>150</sup> Çünkü rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun ortak amacı olan dinamik etkinlik, Microsoft'un ara işlerlik

144 **KARAEĞE** age'de Komisyon'un yeni ürün şartını aramamasının yerinde bir yaklaşım olduğunu, çünkü Microsoft'un rakiplerinin iş grubu sunucu işletim pazarında Microsoft'un pazara girmesinden çok önce var olduklarını, Microsoft'un pazara girmeye karar verince ara işlerlik bilgilerini vermeyi kestiğini, bu durumda Komisyon'un yeni ürün şartını araması halinde rakiplerin zaten sunmakta oldukları ürünü değiştirmeleri gerekeceği anlamına geleceğini ve bu kapsamda Microsoft'un bu pazarda hakim durumunu arttırmasının uygun görülmüş olacağını belirtmiştir. Yazar bu bağlamda yeni ürün koşulunun her dava konusu somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini belirtmektedir. s.176 - 177.

145 **DEMİRÖZ, A.** : agm, s.351.

146 **LÉVÉQUE, F.** : "Innovation, Leveraging And Essential Facilities: Interaoperability Licensing in The EU Microsoft Case", Cerna, Forthcoming in World Competition, 2005, s. 7. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=927900](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927900) Erişim Tarihi: 23.10.2010.

147 **KARAEĞE, Ö.** : age, s.171.

148 **KARAEĞE, Ö.** : age, s.170. (Yazar Microsoft'un Komisyon'un almış olduğu kararı yerine getirmemesi sebebi ile 899 Euro para cezasına çarptırıldığını, gerekçe olarak da Microsoft'un ara işlerle ilgili bilgiler için makul olmayan düzeyde fiyatlar belirlemesinin gösterildiğini, bu kararın aslında Komisyonun mal vermeyi değil, lisans vermeyi reddetmeye yönelik karar aldığını gösterdiğini belirtmektedir. s. 171.)

149 **ÜNVER, B./TÖZER, A.** : agm, s. 450.

150 **SUBRAMANIAN, S.** : agm, s. 2.

bilgilerini sağlaması ile artık müşterilerin iş grubu sunum pazarında kilitlenme etkilerini dayanak göstermek yerine, pazarda yenilik yapma çabası içine girecek olması sebebi ile gerçekleşecektir.<sup>151</sup>

Şanlı'nın<sup>152</sup> da belirttiği gibi Microsoft olayında, teşebbüslerin sahip olduğu “yüksek teknoloji” piyasaya yeni girecek teşebbüsler için giriş engeli oluşturmuştur. Özellikle birçok üründe araştırma geliştirme yatırımlarının yüksek maliyet gerektirmesi, teknoloji üstünlüğünün önemini artırmaktadır. Yazar teknolojik üstünlüğün tek başına hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmemesi, etkisi ve avantajlarının somut olayın özellikleri kapsamında incelemesi gerektiğini belirtmektedir.

Kararda Microsoft sadece uyarılma özelliklerinin işlevlerini açıklamakla yükümlü olup, kendi fonksiyonlarının uygulamalarını ya da kaynak kodlarını aktarmak zorunda tutulmamıştır. Lisans sahibi uyarılmanın özelliklerini kullanarak kendi yeniliğini ve uygulamasını, donanımını yaratmalıdır. Komisyon yeni ürün şartına aramamakla beraber, Microsoft'un rakiplerinin birlikte işlerlik bilgilerini kullanarak Microsoft'la bire bir aynı ürünü meydana getirmesi için değil, artı değer kazanmış, teknolojik yenilik içeren ürünlerin geliştirilmesi için bu kararı vermiştir. Bundan anlaşılması gereken rakiplerin üreteceği ürünlerin Microsoft'un ürünlerine göre bir derece daha yenilik taşıması gerektiğidir. Rakiplerin üreteceği ürünün sadece fonksiyonel olarak Microsoft'un sunucu işletim sistemi ile eşdeğer olması uygun görülebilir, yoksa rakibin Microsoft'un sunucu sistemini klonlanması Komisyon tarafından korunmamaktadır.<sup>153</sup> Microsoft'un İDM'nin 2007 tarihli kararını<sup>154</sup> ATAD'a götürmeyeceğini açıklamasıyla karar kesinleşmiş durumdadır.

*Komisyon'un Microsoft Kararı'nda Magill' de belirlenen ve İMS'de de tekrar edilen dört şartı uygulamamış olsa da tümünü gözden geçirmiş olması bu şartların kümülatif olarak arandığı gerçeğini inkar etmediğini göstermektedir. Ancak Magill testindeki şartlar yeterli olmakla birlikte bu şartlara ek olarak somut olayın özelliklerinden kaynaklanan hususlarda bu olayda olduğu gibi dikkate alınmalıdır. Bu sebeple ortada eksiksiz bir istisnai koşullar listesinin varlığından söz etmek mümkün değildir.*<sup>155</sup>

151 KAREGE, Ö. : age, s. 171.

152 ŞANLI, K. C. : “Rekabetin Korunması Hakkında...” , s.254.

153 PAGE, W. H. : “Mandatory Contracting Remedies In The American And European Microsoft Cases”, Antitrust Law Journal, Vol. 75, Issue 3, Florida 2009. s.11.

154 Case T-201/04, Microsoft v. Commission (2007).

155 BOUCHAGIAR, A. : “Soft-Wars: The Role of The Essential Facilities Doctrine as Jus in Bello”, College of Europe, Brugge, Belgium 2007, s.14.

<http://www.mayerbrown.com/news/article.asp?id=3787&nid=5/> Erişim Tarihi: 11.05.2011.

#### IV. AVRUPA TOPLULUĞUNU KURAN ANTLAŞMA'NIN 82. MADDESİNİN TEŞEBBÜSLERİN HAKİM DURUMLARINI DIŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMALARINDA KOMİSYON'UN UYGULAMA ÖNCELİKLERİ HAKKINDA KILAVUZ<sup>156</sup>

Avrupa Komisyonu, 82. Madde Kılavuzu'nda, zorunlu unsura erişim sözleşme yapmayı reddetme kapsamında değerlendirmiştir. Bu Kılavuz ile sözleşme yapmayı reddetme hallerine daha bütüncül bir yaklaşım getirilmesi açısından önemli aşama kaydedilerek, tüm sözleşme yapmayı reddetme halleri için tek bir standart ve değerlendirme yöntemi getirilmeye çalışılmıştır.<sup>157</sup> Dört bölümden oluşan Kılavuz'un ilk iki bölümünde kılavuzun oluşturulma nedeni, Kılavuzun oluşturulması ile amaçlananın dışlayıcı davranışlara ilişkin Komisyon'un uygulayacağı yöntemin açık ve öngörülebilir şekilde izahının olduğu, Kılavuzun bağlayıcı olmadığı, ATAD veya İlk Derece Mahkemesinin 82. madde yorumlarına bertaraf etmediği ifade edilmekte, Komisyon'un sadece rakiplerin değil, etkin rekabetçi sürecin korunmasının esas olduğunun farkında olduğu ve tüketiciye en çok zararı dokunacak durumlara yoğunlaşacağı ve tüketiciye fiyat, çeşit, kalite ve yenilik anlamında daha azını sunanların pazardan dışlanacağını belirtilmektedir. Üçüncü bölümde Komisyon'un hakim durum kavramına bakışı, genel uygulama standartları ve etkinlik savunmasının ana hatları açıklanmakta, dördüncü bölümde ise, üçüncü bölümde açıklanan çerçevenin bazı ihlal kategorilerine uygulanmasına dair bilgiler verilmektedir.<sup>158</sup>

Kılavuz'da bir teşebbüsün hakim durumda olduğunun kabul edilebilmesi için karlı fiyatları rekabetçi fiyat seviyesinin üzerinde önemli ve belirgin bir süre tutabilmesi, bu sürede de yeterli düzeyde etkin rekabet baskısı ile karşılaşmaması gerektiği belirtilmiştir.<sup>159</sup>

Kılavuz'da, hakim durumdaki teşebbüslerin, varolan ya da potansiyel rakiplerinin kaynaklara ya da pazara erişimlerini tamamen ya da kısmen engellenmesi yoluyla, tüketiciler zararına yol açacak şekilde aşırı karlı şekilde fiyatları yükseltebilmeleri, kaliteyi sınırlayabilmesi ya da tüketicinin seçenek sayısını azaltabilmesi pazarı rekabete aykırı kapama olarak nitelenmektedir.<sup>160</sup>

156 Communication from the Commission Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty To Abusive Exclusionary Conduct By Dominant Undertakings, 24.2.2009 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF> Erişim Tarihi: 18.04.2011.

157 DEMİRÖZ, A. : agm, s.344.

158 ARIÖZ, A. / ÖZBEK, Ö. : agm, s.39.

159 82. Madde Kılavuzu, para.11.

160 82. Madde Kılavuzu, para.19.

Kılavuz'da hakim durumdaki teşebbüsün pazar kapama etkisi yaratan eylem sonucu tüketici zararı doğmayacağını etkinlik savunması ile ispatlayabileceğini, etkinlik savunmasının kabul edilebilmesi için belirtilen dört şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu şartlar;

-.....Eylem sonucu üretim veya dağıtım maliyetinin düşüşü ya da ürün kalitesinin artışı gibi bir etkinlik oluşması,

-.....Eylemin bu tür etkinliğin doğması için mutlak gereklilik arz etmesi, rekabeti daha az etkileyen alternatifin bulunmaması,

-.....Eyleme bağlı doğabilecek etkinliğin, aynı eylemin rekabet ve tüketici refahında yaratacağı olumsuz etkiden daha önemli olması,

-.....Eylemin, varolan ya da potansiyel rekabetin kaynaklarını yok ederek etkin rekabete zarar vermemesi olarak sıralanmıştır.<sup>161</sup>

Komisyon, sözleşme yapma yükümlülüğünün çok adil bir şekilde getirilse bile yükümlülük getirilen teşebbüsün yatırım yapma hevesini engelleyeceğini ve rakiplerin hakim durumdaki teşebbüsün yatırımlarından yararlanarak bir çeşit bedavacılık yapılmasına neden olacağı, bu durumun uzun dönemde tüketicilerin zararına olacağını belirtmekte ve sözleşme serbestisinin esas olduğunu kabul etmektedir.<sup>162</sup>

Kılavuz'da, IMS Kararı'na atıf yapılarak, sözleşme yapmayı reddetme eyleminde, sözleşme yapmayı reddetme yoluyla arzı reddedilen ürünün halihazırda ticaretinin yapılıyor olup olmamasının önem arzetmediği, potansiyel alıcıların o ürün için talebinin olması ya da potansiyel bir pazarın varlığının kabul edilebilmesi yeterli bulunduğu belirtilmektedir. Ayrıca Kılavuz'da ürünün arzının ertelenmesi ya da sözleşme yapmak için makul olmayan koşulların öne sürülmesi dolaylı ret olarak tanımlanmıştır.<sup>163</sup>

Komisyon tarafından, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin uygulama önceliği olarak sayılabilmesi için gerekli şartlar şu şekilde belirlenmiştir,<sup>164</sup>

1.Ret eylemi, alt pazarda etkin rekabet için objektif olarak zorunlu bir ürün ya da hizmete ilişkin olmalıdır.<sup>165</sup> Unsurun zorunluluğunun kabulü için,

161 ARIÖZ, A. / ÖZBEK, Ö. : agm, s.41.

162 ARIÖZ, A. / ÖZBEK, Ö. : agm, s.42.

163 82. Madde Kılavuzu, para 79.

164 82. Madde Kılavuzu, para 81.

165 82. Madde Kılavuzu, para 81.

sözleşmenin reddi ile alt pazarda varolan rakiplerin redde konu mal ya da hizmetin alternatiflerini sağlayabilme imkânları olmaması gerekmektedir.<sup>166</sup> Kılavuz'da zorunluluk ölçütünün, mal ya da hizmetin temin edilememesi durumunda rakiplerin pazara girememeleri ya da pazarda kalamamaları anlamına gelmediği, kastedilenin uzun vadede reddetmenin olumsuz sonuçlarına karşılık rakiplerin alt pazarda başvurabilecekleri varlığın mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin bulunmaması olduğu açıkça belirtilmiş ve Microsoft Kararı ile zorunluluk unsuruna getirilen ekonomik zorunluluğu da kapsayan yumuşama eğilimi sürdürülmüştür.<sup>167</sup>

2.Reddetme eylemi alt pazarda etkin rekabetin ortadan kaldırılmasına neden olabilecek nitelikte olmalıdır<sup>168</sup>. Kılavuz, bir üst maddede belirtilen objektif zorunluluk unsurunun sağlanması halinde, hakim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetme eyleminin derhal ya da zaman geçtikçe alt pazardaki etkin rekabeti yok edebilme ihtimalinin bulunduğu kabul edilmekte, hakim durumdaki teşebbüsün pazar payının arttığı hallerde alt pazarda etkin rekabetin bertaraf edilme olasılığının artacağı, hakim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki rakiplere göre daha az kapasite kısıtlaması ile karşılaşacağı ve bunun rekabeti olumsuz etkileyeceği belirtilmektedir.<sup>169</sup>

3.Ret eylemi tüketicinin zararına sebep olacak nitelikte olmalıdır<sup>170</sup>. Kılavuz'da, uygulama yapılırken reddetme durumunun tüketiciler için yaratabileceği olumsuz etkiler ile Komisyon tarafından sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesi halinde doğabilecek olumsuz etkilerin karşılaştırılacağı belirtilmektedir.<sup>171</sup>

Komisyon, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin unsura sahip teşebbüsün yatırım ve yenilik yapma girişimini etkilemeyeceğinin açık olduğu durumlarda, 81. bölümde belirtilen üç şartı dikkate almaksızın rekabete aykırı kapama etkisini genel uygulama standartlarıyla gösterebileceğini belirtmektedir. Bu durumların ise özellikle, düzenlemelerin ilgili teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğü getirdiği ve ilgili otoritenin sözleşme yapma yükümlülüğünün yatırım ve yenilik güdülerini üstüne dengelemenin yapıldığının açık olduğu ya da söz konusu varlıkların özel veya özgü hakların koruması altında ya da devlet kaynaklarıyla geliştirildiği durumlar olduğu

166 82. Madde Kılavuzu, para 83.

167 ARIÖZ, A. / ÖZBEK, Ö. : agm, s.43.

168 82. Madde Kılavuzu, para 81.

169 82. Madde Kılavuzu, para 85.

170 82. Madde Kılavuzu, para 81.

171 82. Madde Kılavuzu, para 86.

belirtilmektedir.<sup>172</sup>

*IMS* ve *Magill*'de fikri mülkiyet hakkı sahibine lisans verme yükümlülüğü getirilmesinin temel gerekçesi olarak gösterilen yeni ürün şartı, Kılavuz'da artık tüketici zararına yol açan durumlardan birisi olarak yer almaktadır. Ayrıca Komisyon'un sıralı yeniliğe vurgu yapması da, daha önce *Microsoft* Kararı'nda da yer verildiği üzere, pazar içinde rekabete önem verdiğini bu sebeple daha müdahaleci bir yaklaşım benimsediğini göstermektedir.<sup>173</sup>

Komisyon genel yaklaşım olarak, hâkim durumdaki teşebbüsler ile rekabet edebilecek ve yeni ürünler yaratarak potansiyel müşterinin taleplerini karşılayacak rakipler yaratılması konusunda duyarlıdır. Ancak Komisyon, hiçbir etki analizi yapmaya gerek duymaksızın, rekabeti bertaraf edecek tehditleri, ATA 82. maddenin (ABİHA 102. md.) genel yasakları kapsamında değerlendirmektedir. Oysa ki genel olarak kapsamlı düzenlemeler içeren Kılavuz, yenilik ve Ar-Ge yatırımı için güdülenmiş, ancak hakim teşebbüs tarafından reddedilmiş olan rakibin varolan bulgulara eşit ölçüde hangi hallerde ulaşabileceği konusunda ayrıntılı düzenleme içermemektedir.<sup>174</sup>

Arıöz/Özbek,<sup>175</sup> Kılavuzda *Microsoft* vakası ile Komisyon'un sözleşme yapmanın reddine ilişkin kriterlere getirdiği yorumların ve yumuşamanın yansımalarını açık olarak görüldüğünü, teşebbüslerin faaliyetlerinde dikkate almaları ile Komisyon'un hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarındaki yaklaşımı konusunda değişken açıklık, belirginlik getirmesi ve uygulama önceliğinde tüketici refahını merkeze oturtması bakımından Kılavuzu olumlu bulsalar da, eski uygulamalarda dayanak olan şekilci yaklaşımdan etki temelli yaklaşıma tam olarak geçişin sağlanamaması, Komisyon'a uygulamalarında inisiyatif bırakılmaya devam edilmesi, istisnai durumlara ilişkin yaklaşımların sınırlarının somut olarak belirlenmemiş olması nedeniyle, hakim durumun kötüye kullanılmasının değerlendirilmesine ilişkin en doğru yaklaşımı verememesi sebebiyle, daha çok gelecekte bu konuda yaşanacak tartışmalara iyi bir referans ve temel teşkil edecek nitelikte olduğunu değerlendirilmektedir.

172 DEMİRÖZ, A. : agm, s. 356.

173 DEMİRÖZ, A. : agm, s. 357.

174 BEYDOĞAN, T. A. : "Interoperability-Centric Problems: New Challenges and Legal Solutions" International Journal of Law and Information Technology Oxford University Press Vol.18 No.4, Oxford 2010, s.23. (First Published Online:15 June 2010) <http://ijlit.oxfordjournals.org/content/18/4/301.full.pdf+html?sid=9aa7dc2a-5f28-4e52-b0bc-0e992d0979f2> Erişim Tarihi: 25.10. 2010

175 ARIÖZ, A. / ÖZBEK, Ö. : agm, s.44-45.



## SONUÇ

Yukarıda kapsamlı olarak açıklandığı üzere zorunlu unsur doktrininin uygulanmasına sebep olan rekabete aykırı davranışların büyük bir çoğunluğunun tek yanlı davranışlar olarak ortaya çıkması sebebiyle Türk Hukuku'nda RKHK'un 6. maddesi, Avrupa Birliği Hukuku'nda Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 102. maddesi (ATA. 82. madde) uygulama alanı bulmaktadır.

Zorunlu unsur doktrini değerlendirme sistemi içinde bir unsurun zorunluluğunun kabulü için unsurun bir hakim durumun kontrolü altında olması ve rakibin bu unsurun bir yenisini sağlama ya da yapmasının fiili ve makul nedenlerle imkânsız olması şartlarının gerçekleşmiş olması yeterli olup, unsuru kullanma talebinin hakim durumdaki teşebbüs tarafından reddedilmiş olması ve unsurun rakibe kullandırılmasının hakim durumun imkanı dâhilinde olması gerektiği şartları doktrin kapsamında anlaşma yapma yükümlülüğü getirilip getirilmeyeceğini belirlemek için gereklidir.

Doktrinin uygulandığı alanda genel olarak içinde zorunlu unsurun yer aldığı ve çoğu zaman zorunlu unsurun ilgili pazar sayıldığı üst pazar ve bu üst pazarda yer alan zorunlu unsura bağımlı alt pazar bulunmaktadır ve bu iki pazar üretim ve dağıtım pazarı gibi birbiri ile ilgili faaliyet alanı içinde yer almaktadır. Genel olarak üst pazarda zorunlu unsura sahip olan, hakim durumda bulunan teşebbüs alt pazarın rekabet koşullarını belirleyebilmekte ve elindeki zorunlu unsur, piyasada yeni rakiplerin oluşması ya da faaliyetlerini sürdürmesi için hayati önem taşımakta ve bu durum alt pazarda yer alan teşebbüsün bu unsur olmaksızın mal ya da hizmet sunamayacağı boyutlara ulaşmaktadır. Dikkat edilecek husus, unsuru elinde bulunduran teşebbüsün, bu hakim durumunu kötüye kullanarak, unsurun zorunluluk arz ettiği diğer pazarda rekabeti sınırlandırıp, sınırlandırmadığıdır. Rekabet hukukunun ana kuralı burada da geçerli olup, ihlal olarak nitelenen hakim durumda bulunmak değil, bu durumu kötüye kullanmaktır ve ancak kötüye kullanma halinde zorunlu unsur doktrini uygulama alanı bulur. Sözleşme serbestisi prensibi esas olmakla birlikte, doktrin, sözleşme yapmayı reddetme kapsamında ortaya çıkan içtihatların özel bir uygulaması olarak kabul edilmektedir. Doktrine göre hakim durumdaki teşebbüs uzun zamandır iş yaptığı müşterisine ya da pazara yeni girecek teşebbüse unsurun alternatifinin sağlanmasının mümkün olmadığı durumlarda mal vermeyi reddederse, bir pazarda varolan hakimiyetlerini başka bir pazarda tekelleşmek için kullanmakta ise hakim durumdaki teşebbüs anlaşma yapma



yükümlülüğü altında kabul edilir. Ancak reddetme fiilinin objektif haklı gerekçesi varsa ve teşebbüsün davranışı ile gerekçe arasında orantılılık mevcutsa, sözleşme yapma yükümlülüğü mutlak ve sınırsız değildir.

Zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet haklarına uygulanması, fikri mülkiyet hakkı sahibinin üçüncü kişilere lisans vermeyi reddetmesinin ABİHA'nın 102.'nin ihlalini oluşturması halinde mümkün olmaktadır. Zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet hakkı konusu gayrimaddi mallara uygulanabilmesi, fiziksel varlıklara erişim için aranan şartlardan daha ağır şartlara bağlanmıştır. Hakim durumdaki fikri mülkiyet hakkı sahibinin lisans vermeyi reddinin hangi hallerde hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirileceği ilk olarak Magill ve IMS kararlarında belirlenmiş, ret eylemi ile alt pazarda rekabetin engellenmesi, reddetme eyleminin objektif gerekçelere dayanmaması ve tüm bu sebepler sonucu yeni bir ürünün ortaya çıkarılmasının engellenmesi, ortaya çıkacak yeni ürünün mevcut ya da potansiyel bir alternatifinin olmaması halinde zorunlu lisansa hükmedilebileceği ve bu şartların kümülatif olarak aranacağını belirtmiştir. Microsoft kararında ise yeni ürün şartı yerine, mal vermenin reddi ile teknik gelişmenin engellenmesi ve tüketici zararına yol açılması halinde zorunlu lisansa hükmedileceği düzenlenmiştir. Komisyon, *Microsoft Kararı*'nda yaptığı tespitler ve sorunların çözüm yöntemleri ile bu konuda verdiği diğer kararlardan tamamen ayrılmıştır. Ancak Komisyon, *Microsoft Kararı*'nda Magill ve İMS'de belirlenen dört şartı uygulamamış olsa da tümünü tekrar etmiştir. Ancak zorunlu lisanslamanın uygulanabilmesi için şartlar listesinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir, her somut olayın özelliğine göre durum değerlendirmesi yapılacaktır. Rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun amacı ekonomik ve teknolojik gelişmeye katkı sağlamaktır. Bu amaç doğrultusunda hareketle fikri mülkiyet hakkından doğan tekel hakkının kötüye kullanım hallerde toplumsal refahın, tüketicinin menfaatlerinin sağlanabilmesi amacıyla somut olayın özelliklerine göre zorunlu lisanslamaya hükmedilebilecektir ve elbette ki zorunlu unsur doktrininin uygulaması istisnai nitelik taşımaktadır.

#### KAYNAKÇA

**ANDERMAN, Steve** : EC. Competition Law and Intellectual Propety Rights The Regulation of Innovation, Second Edition, Clerandon Press, Oxford. UK. , 2000 (Kısaltılmış; EC Competition 2000...).

**ANDERMAN, Steve** : “EC Competition Law and Intellectual Property

*Rights in the New Economy*”, The Antitrust Bulletin, Vol. 47, Nos. 2&3/Summer/Fall, Essex, England 2002, s. 285 - 308.

**ARIÖZ, Ali / ÖZBEK, Özgür Can** : “*Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar*”, Rekabet Dergisi, C.11, S. 3, 2010, s. 11 - 49.

**ARIKAN, A. Saadet** : “*Fikri-Sınai Haklar ve Rekabet Hukuku*” (Fikri Sınai Haklar ve Rekabet), Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999, s. 121 - 164.

**ASLAN, Yılmaz** : Rekabet Hukuku, Bursa, 2005.

**BADUR, Emel** : Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar) , Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001.

**BADUR, Emel / ERTEM, Burcu** : “*Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü*”, Rekabet Dergisi, Ankara, 2008, S. 33, s. 3-59.

**BADUR, Emel / ERTEM, Burcu** : “*Rekabet Kurulu'nun Denetim Yetkisini Kullanma Araçları-Geçici Tedbir, Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme Kararları*” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2010, S. 90, s. 102 - 122.

**BEYDOĞAN, Turgut Ayhan** : “*Interoperability-Centric Problems: New Challenges and Legal Solutions International Journal of Law and Information Technology*” Oxford University Press Vol.18 No.4, Oxford 2010, s. 301 - 331. (First Published Online:15 June 2010)  
<http://ijlit.oxfordjournals.org/content/18/4/301.full.pdf+html?sid=9aa7dc2a5f28-4e52-b0bc-0e992d0979f2> Erişim Tarihi: 25.10. 2010.

**BOUCHAGIAR, Antonios** : “*Soft-Wars: The Role of The Essential Facilities Doctrine as Jus in Bello*”, College of Europe, Brugge 2007, s. 1-56.

<http://www.mayerbrown.com/news/article.asp?id=3787&nid=5> Erişim Tarihi: 11.05.2011.

**BOZKUŞ, Sinan** : Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Durumunda Uygulanan Tedbirler, Uzmanlık Tezleri Serisi, No:100, Ankara, 2009.

**ÇAMLİBEL, Taylan Esin** : Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001.

**DEMİRÖZ, Ali** : “*Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları*”, Rekabet Hukuku Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII. , Kayseri 2009, s. 317-393.

**DERCLAYE, Estelle** : “*Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law*” World Competititon, London, 2003,1-21.

[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=estelle\\_derclaye](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=estelle_derclaye) Erişim Tarihi: 05.04.2011

**EKDİ, Barış** : “*Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasanın Kapatılması*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını No: 0168, Ankara, 2004, s. 97-135.

**FIRAT BOZOĞLU, E. Sevi** : “*2000'den 2010'a Rekabet Hukuku Uygulamaları ve Yargısal Denetim*” Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri, 2010, s. 55 - 181.

**GÜÇER, Sülün** : Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Ankara, 2005.

**GÜL, İbrahim** : Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No: 2, Ankara, 2000.

**GÜN, Mehmet / KARAKULAK, Özge A. / TOPRAK, Filiz** : “*Türk İlaç Sektöründe Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanımının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*” Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri, 2010, s. 181 - 271.

**GÜRZUMAR, Osman Berat** : *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Ankara, 2006.

**GÜVEN, Pelin** : Rekabet Hukuku, Ankara, 2008. (Atıf: Rekabet Hukuku)

**GÜVEN, Pelin** : “*Rekabet Hukukunun Özel Hukuk Açısından Sonuçları*”, İkinci Rekabet Hukuku Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar, Bursa, 2007, s. 7 - 25. (Kısaltma; Özel Hukuk...).

**GÜVEN, Pelin** : “*Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu, Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi*”, Perşembe Konferansları, Ankara, 2004. (Kısaltma; Perşembe Konferansları...)

**HATZOPOULOS, Vassilis** : “*The EU Essential Facilities Doctrine*” ,

Research Papers in Law,2006,s.1-48.

[http://www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/researchPaper\\_6\\_2006\\_Hatzopoulos.pdf](http://www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/researchPaper_6_2006_Hatzopoulos.pdf) Erişim Tarihi: 12.11.2010.

**HUMPE, Christophe / RITTER, Cyril :** “*Refusal to Deal*”, College Of European Global Competition Law Centre Research Paper on Modernisation on Article 82 EU, Brugge, 2005, s. 1-32.

<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLCResearchPapersonArticle82EC.pdf>, Erişim Tarihi: 11.11.2010.

**İÇÖZ, Özge :** Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:16, Ankara, 2003.

**İNCEEFE, Mehmet Ali :** “*Rekabet Kuralları ve Sektörel Düzenlemeler Üzerine Kurumsal ve Pratik Açılardan Özel Bir İnceleme: Ulusal Dolaşım*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Rekabet Kurumu Yayını No: 0168, Ankara, 2004, s. 127 - 186.

**KARAEĞE, Özge :** Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini, İstanbul, 2010.

**KATZ, Michael :** “*Intellectual Property Rights and Antitrust Policy: Four Principles for a Complex World*”, Journal on Telecommunications & High Technology Law, 2002, s. 325 - 353,

[http://www.jthtl.org/content/articles/V111/JTHTLv1i1\\_Katz.PDF/](http://www.jthtl.org/content/articles/V111/JTHTLv1i1_Katz.PDF/) Erişim Tarihi: 25.02.2011.

**KAYA, Yüksel :** Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, Ankara, 2003.

**KORAH, Valetine :** “*The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition in Developed Country*”, SCRIPT-ed. A Journal of Law, Technology & Society, Vol. 2, Issue 4, , 2005, s. 430 - 444,

<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol2-4/korah.asp/> Erişim Tarihi: 23.10.2010.

**KÖKSAL, Tunay :** Avrupa Topluluğu ve Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İhisar Hakları, Ankara, 2002.

**LANG, John Temple :** “*Compulsory Licensing Of Intellectual Property in European Community Antitrust Law*”, For the Department of Justice/Federal Trade Commission Hearings, 2002. s.1-30. (Kısaltma: Compulsory Licensing)

<http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522langdoc.pdf> Erişim

Tarihi:12.11.2010.

**LÉVÉGUE, Francois** : “*Innovation, Leveraging And Essential Facilities: Interaoperability Licensing in The EU Microsoft Case*”, Cerna, Forthcoming in World Competition, Paris, 2005, S.7, s. 1 - 25.  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=927900](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927900) Erişim

Tarihi: 23.11.2010.

**NART, Serdar** : “*Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 11, 2009, S. 1, s. 113 - 146.

**ODMAN, Ayşe N.** : Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara, 2002.

**OECD** , “Policy Roundtables Refusals to Deal 2007”. DAF/COMP, 2007, <http://www.oecd.org/dataoecd/44/35/43644518.pdf> / Erişim Tarihi: 11.05.2011.

**O'DONOUGH, Robert / PADILLA, Jorge A.** : *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.

**ÖLMEZ, Hakan Suat** : Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Ankara, 2003.

**ÖZ, Gamze Aşçıoğlu** : Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, 2000.

**ÖZDEMİR, Saibe Oktay** : Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 2002.

**ÖZSUNAY, Ergun** : “*Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III. , Ankara, 2005, s. 117 -153.

**PAGE, William H.** : “*Mandatory Contracting Remedies In The American And European Microsoft Cases*”, Antitrust Law Journal, Vol. 75, Issue 3, Florida 2009, s. 787 - 806.

**RIDYARD, Derek** : “*Essential Facilities and The Obligation To Supply Competitors under UK and EC Competition Law*”, ECLR, Vol. 17/8, London 1996, s. 438 - 452.

**SUBRAMANIAN, Sujitha** : “*The Microsoft decision: a setback to IP rights in Europe?*”, Journal of Intellectual Property Law & Practice,

Vol. 5, No. 4, England 2010, s. 245 - 259, [jiplp.oxfordjournals.org/](http://jiplp.oxfordjournals.org/)

Erişim Tarihi: 25.10.2010.

**ŞANLI, Kerem Cem** : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 3 Ankara, 2000. (Kısaltma; Rekabetin Korunması Hakkında...”.

**ŞANLI, Kerem Cem** : “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Ankara, 2003, s. 197 - 264.

**TANDOĞAN, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2008.

**TEKDEMİR, Yaşar** : AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Ankara, 2003.

**TEKİNALP, Ünal** : “*ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötiye Kullanılması*”, Perşembe Konferansları, Ankara, 2000, s. 73 - 97.

**TEKİNALP, Ünal** : “*Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötiye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları*”, Güncel Gelişmeler Sempozyumu III. , Ankara, 2005, s. 259 - 265. (Kısaltma; Özel Hukuka...).

**ÜNVER, Bilal M. / TÖZER, Ayhan** : “*AB Microsoft Vakası Bağlamında Birlikte İşlerlik Kaygılarının Kapsamı Tek Taraflı Olarak Lisans Vermeyi Reddetme Hallerinin Yargısal Anlamda AT Antlaşmasının 82. Maddesi Kapsamında Ele Alınmasına Yönelik Bir Tartışma*”, Rekabet Hukuku Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI, Kayseri, 2008, s. 447 - 493.

**VICKERS, John** : “*Competition Policy And Property Rights*”, Department Of Economics Discussion Paper Series, Oxford University, Number 436, Oxford, 2009, s. 1 - 27.

<http://www.economics.ox.ac.uk/research/wp/pdf/paper436.pdf>/ Erişim Tarihi: 10.11.2010.

**WALLER, Spencer Weber / TASCH, William** : “*Harmonizing Essential Facilities*”, Antitrust Law Journal, Sayı 76, Bölüm 3, ABD 2010, s. 741 - 767.

**YAVUZ, Şahin** : “*Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri*

*Mülkiyetin Zorunlu Lisanslanması: IMS Davası ve Bazı Yanılsamalar*”, Rekabet Dergisi, Ankara 2005, S. 22, s. 4 - 39.

**AVRUPA BİRLİĞİ MAHKEME VE KOMİSYON KARARLARI**

- ATAD Kararı,Joined Cases 6/73 and 7/73. Istituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvent Corp. V. Commission, 1974 ECR 223.
- ATAD Kararı, Case 27/76, United Brands Co and United Brands Continental BV v. Commission, 1978 ECR 297.
- Istituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp. v. Commission Cases 6, 7, 1974, 223.
- Commission interim measures decision in Sea Containers/Stena Sealink, OJ.1994 L15/8.
- Oscar Bronner GmbH&Co KG v. Mediaprint(1998) ECR-I-7791.
- Case 238/87, Volvo AB v. Erik Veng (UK) Ltd., ECR.1988,p.6211) / Case 53/87, Consorzio italiano delle componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Regie nationale des usines Renault, ECR 1988, 6039.
- Case C-241/91 P ve C-242/91 P, Judgment of 06.04.1995, Magill TV Guide.
- Case T-504/93, Tierce Ladbroke SA. v. Commission,1997 ECR II 923.
- Case COMP D3/38.044 Decision 2001/165/EC, NDC Health v. IMS Health: Interim Measures, O.J. 2002 L 59/18.
- Case COMP/C-3/37.792.( 2004). (Microsoft Commission Decision).
- Case T-201/04, Microsoft v. Commission, [2007] 5 CMLR 846.

---

# 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Şirketler Hukukuna Getirilen Yeniliklerin Mali Hukuka Yansıması

---

Av. Tayfun ERCAN\*

\* İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi S.B.E. (Hukuk Fakültesi) Mali Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi





## GİRİŞ

Avrupa Birliği Şirketler Hukuku Mevzuatı 1963-2003 ve 2003-2009 tarih aralığını kapsayan iki dönemi kapsamaktadır. 1963 ve 2003 döneminde şirketlerin kuruluş serbestisinin hızlandırılması ve yasal uyumun sağlanması, 2003-2009 döneminde ise ortaklık hakları ile birlikte üçüncü kişilerin korunması ve rekabet üstünlüğünün sağlanması amaçlanmıştır. Avrupa Birliği ile Türkiye arasında tam üyelik müzakereleri çerçevesinde 15.12.2008 tarihinde açılan 8 başlıktan biri de Şirketler Hukuku alanıdır. Avrupa Birliği Şirketler Hukuku Mevzuatına uyum çalışmaları kapsamında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile önemli değişiklikler ve yenilikler getirilmiştir. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu beş ana kitaptan oluşmaktayken 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na 'Taşıma İşleri' başlığı altında yeni bir kitap eklendiğinden 6 ana kitaptan oluşmaktadır.

6102 Sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemeler başta Kurumlar Vergisi Kanunu olmak üzere diğer Vergi hukuku mevzuatını önemli ölçüde etkileyecek nihayetinde vergi hukuku mevzuatında paralel değişikliklerin yapılması gereğini ortaya çıkaracaktır. Bu çalışma kapsamında 6102 Sayılı

Yeni Ticaret Kanunu hükümleri ve getirilen yenilikler açıklandıktan sonra bu değişikliklerin vergi hukukuna yansması başka bir ifadeyle vergi hukuku mevzuatında yapılması gerekli değişiklikler belirlenmeye çalışılacaktır.

### **I. SERMAYE ŞİRKETLERİNİN ÖLÇEKLERİNE GÖRE SINIFLANDIRILMASI ESASININ GETİRİLMESİNİN MALİ HUKUKA YANSIMASI**

6102 Sayılı Kanunun 124.maddesine göre; şahıs şirketleri kolektif, ile adi komandit, sermaye şirketleri anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler şeklinde tasnife tabi tutulmuştur. Ancak çalışmanın hacminin genişletilmemesi amacıyla bu bölümde şirketler hukukuna getirilen önemli yenilikler ile ticari hayatta önemli yer tutan anonim ve limited şirketlere ilişkin değişikliklere yer verilecektir.

6102 sayılı Kanun'da sermaye şirketleri ölçeklerine göre sınıflandırılmış; 135. Maddenin 2. Fıkrasında küçük ve orta ölçekli şirketlerin belirlenmesinde 1522. maddenin sermaye şirketlerinde ise 1523. madde belirtilen kıstasların kullanılacağı düzenlenmiştir. 1522. Maddede küçük ve orta ölçekli şirketleri belirleyen ölçütlerin ve kriterlerin Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'nun görüşlerinin alacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin devamında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından düzenlenecek Yönetmeliğin Resmi Gazetede yayınlanacağı ve bu Yönetmelikte belirlenen ölçülerin geçerli olacağı kabul edilmiştir. 1523. Maddede ise, 1522. Maddede belirtilen küçük ve orta ölçekli işletme ölçütlerinin sermaye şirketleri içinde uygulanacağı ve bu ölçütün üstünde bulunan şirketlerin sermaye şirketi olarak kabul edileceği şeklinde bir düzenleme kabul edilmiştir. 1523. Maddenin 2. Fıkrası : '2) Küçük ve orta ölçekli olsalar dahi, aşağıdaki şirketler büyük sermaye şirketi sayılırlar:

a) Borçlanma araçları veya özkaynağa dayalı finansal araçları kamuya açık bir piyasada (yerel ve bölgesel piyasalar da dâhil olmak üzere, yerli veya yabancı bir sermaye piyasasında veya tezgâh üstü piyasada) işlem gören veya bu tür bir piyasada işlem görmek üzere söz konusu araçları ihraç edilme aşamasında bulunan sermaye şirketleri.

b) Esas faaliyet konularından biri, varlıkları güvenilir kişi sıfatıyla geniş bir kitle adına muhafaza etmek olan bankalar, yatırım bankaları, sigorta şirketleri, emeklilik şirketleri ve benzerleri.

Aynı maddenin 3. fıkrası: 'Birinci fıkraya göre belirlenen büyüklük ölçütleri, bilanço günü itibarıyla, birbirini izleyen iki faaliyet döneminde

aşılıymışsa veya bu ölçütlerin altında kalınmışsa şirketin büyüklük yönünden konumu değişir.', 4. Fıkrası: “Tür değiştirme hâlinde ve yeni kuruluş şeklindeki birleşmelerde, şirketin konumu, tür değiştirmenin veya birleşmenin gerçekleşmesinden sonraki ilk bilanço gününde, birinci ve ikinci fıkralarda yer alan şartlara göre belirlenir.” 5. Fıkrası: “İşçi sendikalarının ve diğer kanunlarda öngörülmüş bulunan yetkililerin ve kişilerin bu konuda bilgi alma hakları saklıdır.' hükmü ile borçlanma araçları veya öz kaynağa dayalı finansal araçları kamuya açık bir piyasada işlem gören veya bu tür piyasada işlem görmek üzere bahis konusu araçları ihraç aşamasında bulunan sermaye şirketleri ile esas faaliyet konularından birisi varlıkları güvenilir kişi sıfatıyla geniş kitle adına muhafaza etmek olan bankalar, yatırım bankaları, sigorta şirketleri, emeklilik şirketleri ve benzerleri büyük işletme olarak kabul edilmektedir.<sup>1</sup>

6102 Sayılı Ticaret Kanunu ile getirilen bu temel değişikliğin vergi hukuku bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü, ister küçük-orta-büyük ölçekli sermaye şirketleri ölçeklerine bakılmaksızın kurumlar vergisinin kapsamına girecektir. Zira 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 1. Maddesinde sermaye şirketlerinin yani Ticaret Kanunu'na göre kurulan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile bu nevideki yabancı kurumların kurumlar vergisine tabi olacağı düzenlenmiştir. Madde içeriğinden anlaşılabileceği üzere, Kurumlar Vergisi sermaye şirketlerin vergilendirilmesi konusunda şirketlerin ölçeklerini değil türünü esas almaktadır.

6102 Sayılı Ticaret Kanunu ile getirilen önemli yeniliklerden birisi de tek kişilik anonim ve limited şirket kurulması imkanının getirilmesidir.<sup>2</sup> 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi anonim ve limited şirketlerin kurumlar vergisi yükümlüsü olduğunu kabul ettiğinden anonim-limited şirketin tek ya da birden fazla olmasının önemi bulunmamaktadır.

Kurumlar Vergisi Kanunu hükümleri gereği küçük, orta ve büyük sermaye şirketleri ölçekleri ne olursa olsun kurumlar vergisine tabi tutulduğundan 6102 sayılı Kanunda yapılan bu sınıflandırmanın vergi hukukuna yansımaları bulunmamaktadır.<sup>3</sup> Nitekim 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan anonim, limited ve sermayesi

1 Erdoğan MOROĞLU, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, Mayıs 2005, s. 56.

2 İbrahim ARSLAN, *Tek Kişilik Anonim ve Limited Şirket*, Konya, 2008, s. 34.

3 Hasan DURSUN, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Vergi Hukukuna Etkileri*, XII Yayıncılık, Mart 2011, s. 34.

paylara bölünmüş komandit şirketler ile benzer nitelikteki yabancı kurumlar mükellef olarak sayılmıştır.

### A. ANONİM ŞİRKET

6102 sayılı Kanun ile anonim şirketler hukukuna getirilen önemli değişikliklerle Avrupa Birliği mevzuatına uyumun sağlanması amaçlanmış ve bu doğrultuda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu bölümde 6102 sayılı Kanun ile getirilen yeniliklerin vergi hukukunu ilgilendiren kısımlarına değinilmeye çalışılacaktır.

6762 sayılı Kanun ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun<sup>4</sup> birlikte uygulanmasıyla halka açık anonim şirket - halka açık olmayan anonim şirket şeklinde bir ayırım yapılmıştır ve halka açık anonim şirketler tarafından yapılan işlemlerin Sermaye Piyasası Kanunu'na göre değerlendirileceği kabul edilmiştir.<sup>5</sup> 6102 Sayılı Kanun bu sistem ve ayırımdan vazgeçerek pay senetleri borsada işlem gören ve görmeyen anonim şirket olmak üzere yeni bir ikili ayırım öngörmüştür. 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda anonim şirketler ayırım yapılmaksızın kurumlar vergisine tabi tutulmuştur. Anonim şirketin tek ortaklı ya da çok ortaklı olsun ya da olmasın, pay senetleri borsada işlem görsün ya da görmesin önem arz etmemektedir. Dolayısıyla getirilen bu yeni düzenlemenin vergi hukukuna yansımından söz edilemez.

6102 Sayılı Ticaret Kanunu anonim şirketlerde tedrici kuruluşu kaldırmıştır. Buna karşılık sermayenin bir bölümünün nakit karşılığının taahhüt edilmesinin akabinde şirketin kuruluşundan itibaren 2 ay içinde halka arz olanağının sağlanması, kuruluş belgeleri açıkça belirtilmiş, kuruluş sırasında ibrazı istenen belgeler ile esas sözleşmenin tescili konularında açık hükümler getirilmiş ve pay bedellerinin 24 ay içinde ödenmesi mecburiyeti öngörülmüştür ki düzenlemeye işlerlik kazandırmak maksadıyla pay bedellerinin ödenmemesi halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na fesih davası açma imkanı tanınmıştır. Şirket kuruluşlarında kanun hükümlerine riayet edilmemesi halinde doğrudan şirketin butlanına ve yokluğuna karar verilmeyecek ve Yasa'da öngörülen prosedür takip edilecektir. 6102 Sayılı Kanun ile kurucuların kuruluşa dair beyan verme mecburiyeti getirilmiş ve gerçeğe aykırı beyanda bulunmaları halinde üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. 6102 sayılı Ticaret Kanunu ile, anonim şirketler için gerekli

4 Korkut ÖZKORKUT, *Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasası'na Etkileri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2010.

5 Ersin ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, 11. Baskı, s. 45.

asgari sermaye miktarı en az 50.000TL, halka açık olmayan fakat kayıtlı sermayesi bulunan anonim şirketler için ise 100.000TL olarak belirlenmiştir.<sup>6</sup> 6102 Sayılı Kanun'un 127. maddesinin 1. bendi h fıkrası ile “Haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler” sermaye olarak konulmasını kabul etmektedir.

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre anonim şirket kurulabilmesi için şirkette pay sahibi en az beş kurucunun olması gerekirken 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirket kurulabilmesi için pay sahibi bir veya birden fazla kurucunun olması yeterli görülmüştür.<sup>7</sup> Böyle bir düzenlemenin yapılması ile amaçlanan, asgari kurucu miktarına ulaşmak için görünüşte (sembolik) ortak yapılması gibi usulsüz işlemlerin önüne geçilmesi, kurucu sayısının beşin altına düşmesi halinde şirketin feshi veya infisahının önlenmesidir.

6102 sayılı Kanunda yer alan 'tek kişi' ifadesi gerçek ve tüzel kişileri kapsamına almaktadır.<sup>8</sup> Bu noktada yeni yasal düzenlemeyle tüzel kişilere tek başına anonim şirket kurma imkanı getirilmiş olsa da tek kişilik ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin nasıl bir yöntemle ibra ve azledileceği, tek kişiden oluşan anonim şirketlerde borçlardan nasıl sorumlu olacağı ve tek kişilik anonim şirket sahibinin kendisine ait

olan diğer şirketlerle nasıl bir bağ kurabileceği ve şirket sözleşmesinin nasıl yapılacağı noktasında eksiklikler bulunduğundan eleştirilmektedir.<sup>9</sup>

6102 Sayılı Kanun ile getirilen başka bir yenilik ise anonim şirketlerde iştirak taahhüdünden doğan borçlar dışında pay sahiplerinin şirkete borçlanmasının yasaklanmasıdır. Böylelikle şirket yöneticilerinin cari hesaplarından kontrolsüz şekilde şahsi harcamaları için para almalarının önüne geçilecektir.<sup>10</sup>

## B. LİMİTED ŞİRKET

6762 Sayılı Kanun'da göre limited şirketlerin ortak sayısının ikiden az

6 Soner ALTAŞ, *Anonim Şirketler, Karşılaştırmalı Açıklamalı Gerekçeli*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 45.

7 Ercan POYRAZ, *6102 Sayılı Ticaret Kanunu Değişiklikleriyle Ticaret Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 45.

8 ISMMMO, 130 Soruda Yeni Türk Ticaret Kanunu, <http://www.vergisigorta.com/130sorudattk.pdf>, Erişim Tarihi : 18.05.2011

9 Işıl ULAŞ, “Uygulamacı Gözü İle Türk Ticaret Tasarısı'na Bakış”, *Batider*, XXXIII, S. 2, s.189-210 ; Ünal TEKİNALP, “Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı” , *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, İstanbul, 2007; MOROĞLU, a.g.e., s. 89.

10 Kadir ÖZDEMİR, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı: 53, Ocak 2011.

elliden çok olamayacağı belirtilerek sayısal olarak bir sınırlandırma öngörülmüş, ortak sayısının herhangi bir sebeple bire inmesi ya da zorunlu organlardan herhangi birinin oluşturulamaması halinde bu noksanların Yasada öngörülen sürede tamamlanmamasıyla ortaklara şirketin feshini isteme hakkı tanınmıştır.<sup>11</sup> Ancak 6102 sayılı Kanun farklı bir düzenleme getirerek limited şirketlerin kurulması için asgari ortak sayısı aramamış ancak üst sınır olarak 50 ortak sayısını korumuştur. Ortak sayısının bire inmesi durumu içinse yedi gün içinde tescil zorunluluğu getirilmiş bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde ortaya çıkabilecek zararlardan müdürlerin mesul olacakları kabul edilmiştir. Her ne kadar yeni yasal düzenlemeyle birlikte tek kişilik limited şirket kurma imkanı getirmiş olsa bile tek kişilik ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin nasıl bir yöntemle ibra ve azledileceği, tek kişiden oluşan limited şirketlerde borçlardan nasıl sorumlu olacağı ve tek kişilik limited şirket sahibinin kendisine ait olan diğer şirketlerle nasıl bir bağ kurabileceği ve benzeri konularda açık hüküm bulunmaması bir takım sorunları da beraberinde getirecektir.<sup>12</sup> 6102 Sayılı Kanunla getirilen bu yasal düzenlemenin 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanuna etkisi bulunmamaktadır. Zira ayırım yapılmaksızın tüm limited şirketler kurumlar vergisi yükümlüsüdür.

6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nda limited şirket için asgari sermaye miktarı 10.000TL olarak belirlenmiş ve payın bir defada ödenmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

6762 sayılı Kanun'da limited şirket payı ile ilgili düzenlenecek senetler yalnızca ispat aracı olarak kabul edilmiş ve kıymetli evrak olarak kabul edilmemiştir. Ancak 6102 sayılı Kanun limited şirketlerin esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanabilme ya da ispat aracı olarak kullanabilme imkanı getirmiştir. Bunun yanında rekabet yasağı, ön alım ve alım hakları ve benzeri konuların senetlerde yazılması zorunluluğu getirmiştir. 6102 Sayılı Kanun'da şirket sözleşmesinde yer alması gerekli kayıtlar açısından; zorunlu kayıtlar ve şirket sözleşmesinde bulunması şartıyla bağlayıcı olan kayıtlar olmak üzere ikili bir ayırım getirilmiştir.<sup>13</sup> 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nun 577. maddesi ile getirilen ikinci ayırım yeni bir düzenlemedir. Söz konusu madde gereğince:

11 Hasan PULAŞLI, "Limited Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2009.

12 Ali Haydar YILDIRIM, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirket Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu", **İzmir Güncel Yayınevi**, 2008, s. 45; Soner ALTAŞ, **Limited Şirketler**, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2011.

13 Mehmet Emin BİLGE, "Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı", **AÜEHFD**, C.IX, 2005.

- Esas sermaye paylarının devrinin sınırlandırılmasına ilişkin kanuni hükümlerden ayrılan düzenlemeler,
- Ortaklara veya şirkete, esas sermaye payları ile ilgili olarak önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları tanınması,
- Ek ödeme yükümlülüklerinin öngörülmesi, bunların şekli ve kapsamı,
- Yan edim yükümlülüklerinin öngörülmesi, bunların şekli ve kapsamı,
- Belirli veya belirlenebilir ortaklara veto hakkı veya bir genel kurul kararının oylanması sonucunda oyların eşit çıkması hâlinde bazı ortaklara üstün oy hakkı tanıyan hükümler,
- Kanunda ya da şirket sözleşmesinde öngörülmüş bulunan yükümlülüklerin hiç ya da zamanında yerine getirilmemeleri hâlinde uygulanabilecek sözleşme cezası hükümleri,
- Kanuni düzenlemeden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümler,
- Genel kurulun toplantıya çağırılmasına ilişkin özel hak tanıyan hükümler,
- Genel kurulda karar almaya, oy hakkına ve oy hakkının hesaplanmasına ilişkin kanuni düzenlemeden ayrılan hükümler,
- Şirket yönetiminin üçüncü bir kişiye bırakılmasına ilişkin yetki hükümleri,
- Bilanço kârının kullanılması hakkında kanundan ayrılan hükümler,
- Çıkma hakkının tanınması ile bunun kullanılmasının şartları, bu hâllerde ödenecek olan ayrılma akçesinin türü ve tutarı,
- Ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin özel sebepleri gösteren hükümler,
- Kanunda belirtilenler dışında öngörülen sona erme sebeplerine dair hükümler,

ana sözleşmede bulunmalıdır.<sup>14</sup> Limited şirketin temsil ve ilzamına yetkili müdürlerin hukuki ve cezai sorumlulukları ile ilgili olarak 6102 Sayılı Kanun'da anonim şirketlerin Yönetim Kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluklarını düzenleyen hükümlere atıf yapılmıştır. Diğer getirilen bir yenilik ise müdürlerin vazgeçilmez ve devredilmez görevlerinin tahdidi sayıda olmasıdır böylelikle müdürlerin yetki sınırları belirlenmeye çalışılmıştır.<sup>15</sup>

6762 Sayılı Kanun'da kural olarak alınacak kararlarda sermayenin

<sup>14</sup> ULAŞ, a.g.m., s.190.

<sup>15</sup> Şükrü YILDIZ, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, Sayı:1 Yıl:2005, s. 78.



yarısından fazlasının olumlu oyu veya kanun veya ana sözleşmenin daha nitelikli yetersayılar aranmaktadır.6102 Sayılı Kanun'da genel kurul kararlarının tamamının toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu aranmakta, kanunun ve ana sözleşmede bulunduğu takdirde nitelikli yetersayılar şart koşulmaktadır. Bu bağlamda 6102 Sayılı Kanunu'nun 620. Ve 621. Maddeleri uyarınca önemli kararların sermayenin salt çoğunluğu ve her halükarda genel kurulda temsil edilen oyların en az üçte ikisinin olumlu yöndeki oylarının bulunması gerekir. Yeni Kanun, işletme açısından önem arz eden kararlar arasında, işletme konusunun değiştirilmesi, oyda imtiyaz payların yaratılması, esas sermaye artırımı gösterilebilir. Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü, limited şirketlerin mali yapısı ile ilgili anonim ortaklıklara yollama yapılmıştır. Bu bağlamda, limited şirketler Türkiye Muhasebe Standartlarıncı belirtilen muhasebe standartlarına tabi tutulmuştur. Bu noktada, limited şirketler açısından, anonim şirketin denetçiyle denetime ve özel denetime ilişkin hükümlerinin geçerli olduğunu söylemek gerekir.<sup>16</sup> Yeni Türk Ticaret Kanunu ile birlikte limited şirketin uzun bir müddet organsız kalması durumu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş, ayrılma akçesi daha sağlam kurallara bağlanmış, ortaklardan birisinin haklı sebepler dışında ortaklıktan çıkma hakkını kullanması durumunda diğer ortaklara çıkmaya katılma imkanı tanınmıştır.<sup>17</sup>

### C. HOLDİNGLER

Holding şirket, ekonomik bütünlüğün temini için bir ya da daha fazla şirkete, yönetim ve denetim imkanı verecek oranda katılan şirkettir.

6102 Sayılı Ticaret Kanunu ile şirketler topluluğu ile ilgili yeni düzenlemeler getirilmiş ve bu yeni düzenlemelerle şeffaflık ve hesap verilebilirlik sağlanmaya çalışılmıştır. Şirketler topluluğunda, hakim şirket ve bağlı şirket çoğu zaman iç içedir ve bu durum çoğu zaman ekonomik varlıkların gizlenmesine yol açmaktadır. 6102 Sayılı Ticaret Kanunu hükümleri ile bağlı şirket yöneticilerinin korunması sağlanırken şirketlerin sorumlulukları sınırlandırılmaktadır.

Farklı şirketlere ait hisseleri özvarlığında bulundurmanın yanında üretim faaliyetlerine devam eden şirketlere melez, yalnızca farklı şirketlerin hisselerini saklayan ancak herhangi bir üretim faaliyetinde bulunmayan

16 Soner ALTAŞ, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Getirilmekte olan Şirket Denetimine Genel Bir Bakış”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 53, Ocak 2011, s . 87.

17 Sevinç OLGUN, “Limited Şirket Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:2, S.11, Temmuz 2007.

şirketler ise saf holding olarak kabul edilmektedir. 6762 Sayılı Kanunda holding farklı şirketlere iştirak eden şirket olarak tanımlanmışsa da özel bir düzenleme konusu yapılmamıştır<sup>18</sup>. Ancak 6102 Sayılı Kanunda holding şirket topluluğu şeklinde tanımlanmış ve özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Yine 'Karşılıklı Katılma' başlığı altında düzenlenen ana şirket-yavru şirket kavramları getirilmiştir. Buna göre, birbirlerinin en az az  $\frac{1}{4}$ 'üne sahip olan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumunda oldukları kabul edilmiş, bir şirketin diğer bir şirket üzerinde hakimiyet sağlaması şirketi hakim şirket yapacaktır.

6102 Sayılı Kanunun 195-209 maddelerinde düzenlenen holdingler ile ilgili olarak yeni sorumluluk hallerine, ana ve yavru ortaklıklar arasındaki münasebetlerin ne şekilde olacağına yer verilmiştir. Buna göre; bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturunca, bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir. Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir. Hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır. Yine devamla bir teşebbüsün, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildireceği düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 202. Maddesinde hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması halinde uygulanacak yaptırımlar açıklanmıştır. Buna göre; hakim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanamayacak

18 DURSUN, a.g.e., s. 56.

Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yöneltemeyeceği belirtilmiştir.<sup>19</sup>

## **II. ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİ, BÖLÜNMESİ VE NEVİ DEĞİŞTİRMESİNE İLİŞKİN GETİRİLEN YENİLİKLERİN MALİ HUKUKA YANSIMASI**

### **A. BİRLEŞME**

Ticari şirketler, devralma yoluyla ve yeni bir şirket kurulması yoluyla olmak üzere iki şekilde birleşebilir. Devralma yoluyla birleşmede bir şirket kendi hukuki varlığını sonlandırarak başka bir şirketin bünyesine dahil olmaktadır. Yeni bir şirket kurulması yoluyla birleşmede birleşen şirketlerin tamamı tasfiye sürecine girmeksizin malvarlığı değerlerini yeni kurulan şirketin bünyesinde birleştirir. Birleşen malvarlığı değerleri yeni kurulan şirketin malvarlığı olur. Birleşme ile ilgili yasal düzenlemeler farklı mevzuatlarda dağınık şekilde öngörülmüştür. Buna göre şahıs işletmelerinin birleşmesi Borçlar Kanunu'nda, ticaret şirketlerin birleşmesi Ticaret Kanunu'nda, kooperatifler için Kooperatifler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nda birleşme ile ilgili olarak ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiş, Kanun'un 136-158. Maddeleri arasında birleşmeye ilişkin genel hükümlere yer verilmiştir. Ne var ki 6102 Sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler içerik olarak 6762 Sayılı Kanun'dan pek farklı olmasa da ticari şirketlerin birleşmesi kolaylaştırılmıştır.<sup>20</sup> 6762 Sayılı Kanun'da birleşme ancak aynı türden şirketler için mümkünken 6102 Sayılı Kanun'da birleşen şirketlerin aynı türden olması şartı aranmamıştır. Ancak bu yeni düzenlemelerin mali hukuku ilgilendiren bir boyutu bulunmamaktadır.<sup>21</sup> Gelir Vergisi Kanunu gereği şahıs işletmesinin sermaye şirketine devrolunması dışında diğer tüm şirket birleşmeleri vergiye tabi tutulacağından bu yeni düzenlemenin vergilendirmeye etkisi olmayacaktır.

<sup>19</sup> ALTAŞ, a.g.m., s.88.

<sup>20</sup> Hülya ÇOŞTAN, *Anonim Şirketin Birleşme ,Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacakların Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 87.

<sup>21</sup> DURSUN, a.g.e., s. 53.

Konuyu şahıs ve sermaye şirketleri düzleminde ele alırsak; şahıs şirketlerine devrolma ya da yeni bir şirket kurma suretiyle birleşmede pay sahiplerinin paylarındaki artış vergilendirilecektir. Sermaye şirketlerinin birleşmesinden kaynaklanan ve ortakların elde edecekleri kazançlar Gelir Vergisi Kanunu'na tabidir. Sermaye şirketlerinde yeni şirket kurma yoluyla birleşme durumunda infisah eden şirketler açısından tasfiye hükümleri uygulanacağından birleşme kararının vergilendirmede matrah olarak kabul edilecektir. Yine Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 19. ve 20. Maddelerinde düzenlendiği üzere öngörülen şartların oluşması halinde devirlerin vergisiz gerçekleşeceği kabul edilmiştir.

6762 Sayılı Ticaret Kanunundan farklı olarak 6102 Sayılı Kanun'da birleşme işlemlerinin aşamaları ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu hükümler uyarınca; birleşmeye konu taraf şirketlerin yetkili organlarınca hazırlanan birleşme sözleşmesi imzalanır ve birleşme bilançosu ve yeni şirketi sözleşmesinin eklendiği birleşme raporu hazırlanır. Birleşme raporu, işlem denetçisi tarafından kontrol edilir. Yönetim Kurulu tarafından sunulan birleşme sözleşmesi Genel Kurul tarafından 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nda belirtilen nisaplara göre onaylanır. Bu noktada bilanço tarihi ile birleşme sözleşmesinin tarihi arasında 6 aylık bir zaman diliminin bulunması halinde ara bilançonun hazırlanmasının mecburi olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Devrolunan şirkette şayet varsa intifa hakkı, imtiyaz hakkı sahiplerinin yanında oydan yoksun pay sahip ortaklarına aynı değerde karşılıklar ayrılır. Birleşecek şirketler birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu, denetleme raporunu, son üç yılın yıl sonu finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporlarını istem halinde diğer menfaat sahibi ilgililere sunmakla yükümlüdür, bu raporlar internet sitesinden de yayınlanmalıdır. Birleşmenin gerçekleşmesiyle birlikte devralan şirket yeni sermayesine uygun olarak sermaye artırımı kararı alabilir. Birleşme üzerine, devrolunan şirket ticaret siciline infisah olur.

6102 Sayılı Kanun'un 137. Maddesi uyarınca:

- Sermaye şirketleri ancak, sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla, kolektif ve komandit şirketlerle, birleşebilirler.
- Şahıs şirketleri, Şahıs şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla, kooperatiflerle, birleşebilirler.
- Kooperatifler, kooperatiflerle, sermaye şirketleriyle ve devralan şirket olmaları şartıyla, şahıs şirketleriyle, birleşebilirler. Kısaca sınırlı sayıda sayılan bu haller bir yandan birleşme yapılabilecek şirket türlerini genişletmekte bir

yandan da ortaklık borçlarından kişisel olarak sorumlu olan ortakların, anonim bir şirketle birleşmesi neticesinde kişisel sorumluluklarından kurtulma imkanını ortadan kaldırmaktadır.

6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nun 141. maddesi: “Birleşmeye katılan şirketler, birleşme sözleşmesinde, ortaklara, devralan şirkette, pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanıyabilirler.” hükmüyle birleşme sözleşmesi ile birlikte ortağın devredilen şirketten ayrılması hakkı seçimlik bir hak olarak düzenlenmiştir. Böylelikle, ortaklar birleşme sonrası yeni paylarının gösterilmesine ek olarak şirketteki paylarının karşılığında ayrılma akçesi talep edebilirler.

## **B. BÖLÜNME**

Bölünme, sermaye şirketinin malvarlığını bir kısmı ya da birden fazla kısmının mevcut ya da yeni kurulacak sermaye şirketine devredilmesi ve devredilen sermaye şirket ortaklarına devralan sermaye şirket paylarının verilmesi, bölünen ortaklığın ise kendi malvarlığı ile varlığını sürdürmesidir.<sup>22</sup> 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nun 159 ila 171. maddeleri arasında yer alan düzenlemeler ile tam ve kısmi bölünme şeklinde iki türlü bölünme imkanı tanınmaktadır. Tam bölünme; şirketin tüm malvarlığı değerlerinin bölümlere ayrılması ve diğer şirkete devredilmesidir. Tam bölünme halinde, devrolunan şirket tasfiye sürecine girmeden sona erer, ticaret ünvanı ticaret sicilden terkin edilir. Kısmi bölünme; şirketin malvarlığı değerlerinin bir veya birden fazla kısmının diğer şirketlere devredilmesidir. Bu durumda, devrolunan şirket ticaret sicilden silinmez. Genellikle bu tür ayrılma şekliyle, yavru şirket kurma amaçlanır. Bölünmeden sonra meydana gelen yavru şirkete malvarlığı değerleri külli halefiyet yoluyla geçmemektedir, aynı sermaye olarak konulmaktadır. Zira bu durum 6102 Sayılı Kanun'un 159. Maddesiyle bölünmeye ilişkin ilkeler sıralanmıştır :

“(1) Bir şirket tam veya kısmi bölünebilir.

a) Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve ünvanı ticaret sicilinden silinir.

b) Kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü

22 Cahit YERCİ, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Üzerine (IV) (Şirket Bölünmeleri) (Demergers)”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Haziran 2011, s. 24.

diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur.”

Aynı Kanun'un 160. Maddesinde ise hangi hallerde geçerli bir bölünmenin varlığından söz edilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre: “Sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilirler.” Dolayısıyla sermaye şirketinin şahıs şirketine, şahıs şirketinin ise sermaye şirketine bölünmesi mümkün değildir.<sup>23</sup> Ancak sermaye şirketleri ve kooperatiflerin kendi türleri içinde bölünmesi mümkündür. Örneğin bir anonim şirketin limited şirkete bölünmesi mümkündür.

6102 Sayılı Kanun ile şirketlerin bölünme işlemleri ile ilgili olarak bölünmeye katılan şirketlerin ikinci derecede sorumluluğu ve ortakların kişisel sorumluluğu düzenlenmiştir. Bölünme sözleşmesi ve hazırlanan bölünme planına uyarınca, bölünen şirketin bir kısım borçları bölünmeye katılan şirketlerden birine devredilmiş ancak ödenmemişse bölünmeye katılan diğer şirketler bu borçtan müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Böyle bir durumda, borcu ödeme yükümlülüğü bulunan şirket birinci derecede sorumlu olduğundan birinci derecede sorumlu şirkete başvurulmadan ikinci dereceden sorumlu şirketlere başvurulamaz. Ortakların kişisel sorumluluğu birleşmeden sonra da devam eder, bu sorumluluk üç yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Kişisel sorumluluk için borçların bölünme ilanından önce doğması ya da sebebin bu tarihten önce gerçekleşmesi gerekir.

### C. NEVİ DEĞİŞTİRME

Sermaye şirketinin tüzel kişiliğini devam ettirmek suretiyle yasal bir takım şartları yerine getirdikten sonra yeni bir ticaret şirketine dönüşmesi nevi değiştirme olarak tanımlanmaktadır. Nevi değiştirmeden bahsedebilmek için, eski şirket tipinin tasfiye edilmemesi, malvarlığı değerlerinin tamamının korunması, ekonomik ayniyet ve devamlılığın sürdürülmesi gerekir.<sup>6102 Sayılı Kanun'da</sup> düzenlenen tür değiştirmeleri sınırlı sayıdadır. Bir sermaye şirketi ancak; başka türde bir sermaye şirketine, bir kooperatife - bir kolektif şirket; bir sermaye şirketine, bir kooperatife, bir komandit şirkete - bir komandit şirket; bir sermaye şirketine, bir kooperatife, bir kolektif şirkete - bir kooperatif bir sermaye şirketine dönüşebilir.

23 YERCİ, a.g.m., 25.

Devredici nevi değiştirme ve biçim değiştirici nevi değiştirme olmak üzere iki türlü nevi değiştirme imkanı bulunmaktadır. Biçim değiştirici nevi değiştirmede ortaklığa ait malvarlığının tamamı yeni türün malvarlığına kendiliğinden dahil olur. Devredici nevi değiştirmedeyse, malvarlığı bir şirketten diğer şirkete intikal etmektedir. 6762 Sayılı Kanunda biçim değiştirici nevi değişikliği kabul edilmişken 6102 sayılı Kanunda 'nevi değiştirme' 'tür değiştirme' şeklinde tanımlanmış ve ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. 6102 Sayılı Kanun'un 180-191. Maddeleri arasında düzenlenmiş ve nevi değiştirme sınırlandırılmıştır. Ancak bu yeni yasal değişikliklerin mali hukuka etkisi bulunmamaktadır. Yine nceki düzenlemelere paralel şekilde nevi değişikliği işlemleri vergilendirilecektir.

### **III. TACİR-ESNAF AYRIMI, TİCARİ İşLETME, TİCARİ DEFTERLERE İLİşKİN GETİRİLEN YENİLİKLERİN MALİ HUKUKA YANSIMASI**

#### **A. TACİR-ESNAF AYRIMI**

Tacir-esnaf ayrımı ile ilgili olarak 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nun yanı sıra farklı mevzuatlarda değişik hükümlere yer verilmektedir. 6762 Sayılı Ticaret Kanunu'nda gerçek kişi tacir, bir ticari işletmeyi kısımda olsa dahi kendi adına işleten kimse olarak tanımlanmış esnaf ise, ister gezici isterse bir dükkanda veya sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan sanat ve ticaret sahibi şeklinde ifade edilmiştir. Esnaf ve tacir arasındaki ölçüt kazancın ancak geçimini sağlamaya yetecek kadar az olmasıdır. Buna göre, kazancın ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olanlar esnaf olarak, bu sınırın üzerindekiler ise tacir olarak kabul edilecektir. Ancak bu ölçüt sayısal olarak net olmadığından somutlaştırmak adına Bakanlar Kuruluna ıkaracağı Kararnameyle bu miktarı belirleme yetkisi verilmiş ve belirlenen bu miktardan aşağı gayrisafi geliri bulunan sanat ve ticaret erbabının esnaf olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.<sup>24</sup> Tacir-esnaf ayrımı ile ilgili ölçüt getiren diğer bir yasal düzenleme de 5362 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'dur. Bu Kanun düzenlemesine gore esnaf ve sanatkar;

➤ ister gezici ister sabit bir mekanda bulunsun Esnaf ve Sanatkar İle Tacir Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca tespit edilen esnaf ve sanatkar kollarına dahil olan,

24 Ayrıntılı bilgi için bakınız: Bakanlar Kurulu'nun 18.06.2007 tarih, 2007/12362 sayılı Kararnamesi.

- ekonomik faaliyetleri sermayesi ile bedeni çalışmasından ibaret olan ve kazancı tacir ve sanayici niteliği kazandırmayacak derecede olan,
- basit usulde vergilendirilen ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler olarak tanımlanmıştır.

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda tacir-esnaf ayrımı ile ilgili olarak herhangi bir hüküm yer almamakla birlikte tacirlik konusuyla ilgili bir kısım hükümlere yer verilmiştir. V.U.K. 176. Maddesinde defter tutma yükümlülüğü bakımından 1. Sınıf ve 2. Sınıf olmak üzere tacirler ikiye ayrılmıştır.

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 179. Maddesinde birinci sınıf tacirlikten ikinci sınıf tacirliğe geçiş, 280. Maddesinde ikinci sınıf tacirlikten birinci sınıf tacirliğe geçiş düzenlenmiştir. 181. Maddesinde ise, tacirlerin seçimlik sınıf değiştirme esasları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, 2. Sınıf tacirler istedikleri takdirde bilanço esasına göre defter tutabilecek böylece 1. Sınıfa dahil olan tacirler 1. Sınıf tacir olarak vergilendirilecektir.

6102 Sayılı Kanun'da tacir, 6762 Sayılı Kanun'a paralel şekilde tanımlanmış ve esnaf-tacir ayrımında kullanılan 'kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan' ölçütü kaldırılmıştır. Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak Kararnamede bir meslek mensubu esnaf olarak belirlenirse, kazancının çok olmasının buna herhangi bir etkisi olmayacaktır.<sup>25</sup>

Enaf-tacir ayrımı, mali hukuk bakımından oldukça önemli bir yere sahiptir. Zira, esnaf-tacir ayrımıyla vergilendirme esas ve usulleri tespit edilecektir. Esnaf işletme hesabı esasına ve basit usulde vergilendirilirken tacir bilanço esasına göre vergilendirilir. Öte yandan, esnafları gelir vergisinden muaf tutan hükümler bulunmaktadır. Vergi Usul Kanununa göre bilanço esasına göre vergilendirilen birinci sınıf tacirlerin yevmiye defteri, defteri kebir, envanter tutması gerekir. Yevmiye defteri; kaydı zorunlu olan işlemlerin tarih sırasıyla ve madde halinde düzenli şekilde yazıldığı defter, defteri kebir; yevmiye defterinde yer alan işlemlerin usulüne göre hesaplara dağıtan ve tasnifli olarak toplayan defter, envanter defteri; işe başlama tarihinde ve devam eden her hesap döneminin sonunda çıkarılan envanterler ve bilançoların kaydedileceği ciltli ve sayfa müteselsil sıra numaralı defterdir.

Bilanço esasına göre vergilendirilen birinci sınıf tacirin karı saptanırken teşebbüsün öz sermayesi hesaplanır. Özsermaye, teşebbüsün varlıklarının belirli bir hesap dönemi bitimindeki gerçek durumu olarak tanımlanabilir. Öz

25 DURSUN, a.g.e., s. 67.



sermayeye, sermaye, yedek akçe ve kar dahildir. Dönem sonun özsermayeden, dönem başındaki sermaye çıkarıldığında ticari kazançla ulaşılabilir.

Vergi Usul Kanunu 193. Maddesi, ikinci sınıf tacirin yalnızca işletme hesabı defteri tutmakla yükümlü tutmuştur. Esnafın gerçek usulde vergilendirildiği yegane usul işletme hesabına göre vergilendirilmez. İşletme hesabı esasında, bir hesap dönemindeki hasılat ile giderlerin çıkarılması ile ulaşılan artı değer ticari kazanç olarak nitelendirilir. Esnaf, basit usulde vergilendirilir. Yükümlünün basit usulde vergilendirilmesi için :

- a. Vergi yükümlüsünün kendi işinde fiilen bulunması ya da çalışması,
- b. İşyeri mülkiyetinin işyeri sahibine ait olması durumunda kira bedeli toplamının belirlenen miktarların üzerinde olmaması,
- c. Yükümlülüklerinin ticari, zırai ya da mesleki faaliyetlerinden ötürü bilanço ve işletme hesabı usulüne göre gelir vergisine tabi olmaması şartları sağlanması gerekir.

Esnaf-tacir ayrımının diğer bir mali hukuk boyutu 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan 'vergiden muaf esnaf' başlıklı 9. Maddesinde düzenlenen esnaf muaflığıdır. Buna göre; esnaf muaflığından yararlanılabilmesi için esnafın, ticari, zırai ve mesleki kazançlarından ötürü gerçek usulde gelir vergisine tabi olmaması, esnaf muaflığı kapsamına giren faaliyetleri gelir ve kurumlar vergisi yükümlülerine tabi olacak şekilde yapılmaması gerekir.

6102 Sayılı Kanun ile esnaf-tacir ayrımında kullanılan 'kazancı ancak geçimini sağlayacak derecede az' ölçütün kaldırılması Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan birinci-ikinci sınıf tacir ayrımı, basit usul ve esnaf muaflığı düzenlemeleri karşısında önem arz etmemektedir.

## **B. TİCARİ İŞLETME**

6762 Sayılı Ticaret Kanunu, ticari işletmeyi, ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseseler olmak üzere üçe ayırmıştır. Bir iktisadi kuruluşun, ticari işletme olarak nitelendirilebilmesi için, Ticaret Kanunu'nun 12. Maddesinde belirtilen yazılı işleri kurmak için kurulmaları ve esnaf sayılan bir kimse tarafından işletilmemesi gerekir.

6102 Sayılı Kanun, 6762 Sayılı Kanun'un aksine ayrıntılı bir tanım yapmak yerine, ticari işletmeyi; esnaf işletmesi sınırını aşan düzeyde gelir sağlamayı hedefleyen faaliyetlerin sürekli ve bağımsız bir biçimde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmıştır. Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılacak Kararname ile

belirleneceği düzenlenmiştir. Ticari işletmelerin, küçük ve orta ölçekli işletmeler olmak üzere ölçeklerine göre sınıflandırılması esası kabul edilmiştir. Küçük ve orta ölçekli işletmeleri belirleyecek ölçütlerin, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'nun görüşleri alındıktan sonra Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Yine 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nun 3. Maddesinde ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve faaliyetlerin ticari iş olduğu kabul edilmiştir. Ticaret Kanunu'nda düzenlenen her türlü iş ve işletmeyi ilgilendiren her türlü işlem ticari iş olarak kabul edilecek elde edilen ticari kazançlar buna göre vergilendirilecektir. 6102 Sayılı Kanun'un 12. Maddesinde tacir, ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimse gerçek kişi tacir olarak tanımlanmıştır. Ticari işletmelerin, faaliyetleri neticesinde elde ettiği kazançların ticari kazanç olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu mali hukuku yakından ilgilendirmektedir. 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden elde edilen kazanç ticari kazanç olarak kabul edilmektedir. Ancak, Gelir Vergisi Kanunu'nda belirtilen ticari kazançlar dışında Ticaret Kanunu gereği ticari kazanç olarak kabul edilen ticari kazançlarda vergilendirilecektir.

### **C. TİCARİ DEFTERLER**

6762 Sayılı Ticaret Kanunu'a göre; hükmi şahıs tacir; yevmiye defteri, defteri kebir, envanter ve karar defteri, gerçek kişi tacir; karar defteri hariç diğer defterlerin ya da işletmenin niteliği ve arz ettiği önemine göre yalnızca işletme defterini, tacir özel hukuk hükümlerine göre ticari şekilde işletilmek üzere devlet, il, belediyeler gibi kamu hukuk tüzel kişileri tarafından kurulan tüzel kişiliği bulunmayan ticari işletmeler ile dernekler tarafından kurulan ticari işletmeler ve bunlara benzeyen tüzel kişiliği bulunmayan ticari işletmeler ise karar defteri hariç diğer defterleri tutmak zorundadır. Ancak, 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nun 64. Maddesinde yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteri dışında tutulması gereken defterlerin Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun çıkaracağı tebliğ ile belirleneceği ifade edilmiş, 6762 Sayılı Kanun'daki usul ve sistem terkedilmiştir. 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nda defter ve gerekli diğer kayıtların Türkçe tutulacağı belirtilmiştir. Defterleri saklama süresi ile ilgili olarak, 6102 Sayılı Ticaret Kanunu, her tacirin ticaret defterlerini, envanterlerini, açılış bilançolarını, ara bilançolarını, finansal tablolarını, yıllık faaliyet raporlarını, topluluk finansal tablolarını ve bu belgelerin anlaşılır olmasını kolaylaştırmak için çalışma talimatları ile diğer organizasyon

belgelerini, alınan ticari mektupları, gönderilen ticari mektupların suretlerini, envanter belgelerini beş yıl saklamakla yükümlü tutulmuştur. Böylece defterlerin saklama süresi ile ilgili olarak 6762 Sayılı Ticaret Kanunu ile 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu arasındaki uyumsuzluk giderilmiştir. 6102 sayılı Ticaret Kanunu ile getirilen diğer bir önemli yenilik defter ve kayıtların görüntü ya da very taşıyıcılarla saklanabilmesi imkanının getirilmesidir. Böylelikle, açılış, ara bilançoları, finansal tablolar ve topluluk finansal tabloları haricinde diğer her türlü belgelerin Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olmak kaydıyla belirlenen koşullarda görüntü veya veri taşıyıcılarda saklanabilecektir. Öte yandan bu kayıtların elektronik ortama aktarıldığı durumlarda bilgilerin elektronik ortam yerine basılı olarak saklanabileceği düzenlenmiştir. 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ise, tutulması ve düzenlenmesi mecbur olan defter, kayıt ve belgelerin elektronik ortama aktarılması ve elektronik ortamda saklanması konusunda izin vermeye ya da bu konuda zorunluluklar getirmeye, bu biçimde tutulacak defter ve kayıtların kopyalarının Maliye Bakanlığı'nda ya da muhafaza etmekle görevlendireceği kurumlarda saklanması mecburiyeti getirmeye kısacası kayıt ve belgelerin elektronik ortamda saklanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı'nın yetkili olduğunu düzenlemektedir.

### **SONUÇ VE DEĞERLENDİRME**

6102 Sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği müktesabatına uyum sağlanması, çağcıl ilke ve kurallara ulaşılması amaçlanmıştır. Vergi hukuku ile ticaret hukuku arasındaki sıkı ilişki dolayısıyla 6102 Sayılı Ticaret Kanunu ile getirilen önemli değişiklikler vergi hukukunu da derinden etkilemektedir.

6102 Sayılı Ticaret Kanunu ile birlikte şirketler hukuku alanında önemli değişiklikler yapılmıştır. Tacir-esnaf ayırımında kullanılan ölçütlerin yenilenmesi, ticari işletme kavramının yeniden tanımının yapılması, ulta vires ilkesinin kaldırılması, ticaret tellallığına yer verilmemesi, sermaye şirketlerinin sınıflandırma sisteminin değiştirilmesi, tek kişilik anonim ve limited şirket türlerinin getirilmesi, şirket denetim biçimlerinin değiştirilmesi, elektronik ortamda genel kurul yapılması imkanı getirilmesi, ticari defterlerin elektronik ortamda saklanmasına izin verilmesi bu yeniliklerden bir kısmıdır. Getirilen bu yeni düzenlemeler ve yenilikler doğal olarak Gelir Vergisi Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu başta olmak üzere vergi hukukunu başka bir ifadeyle vergi mevzuatını da etkilemektedir.

Sonuç olarak, vergi hukuku ile ticaret hukuku arasındaki bağlantı mali hukuk alanında da önemli değişikliklerin yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.

#### **KAYNAKÇA**

Ali Haydar YILDIRIM, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirket Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu”, **İzmir Güncel Yayınevi**, 2008.

Bakanlar Kurulu'nun 18.06.2007 tarih, 2007/12362 sayılı Kararnamesi.

**Cahit YERÇİ**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Üzerine (IV) (Şirket Bölünmeleri) (Demergers)”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Haziran 2011

**Ercan POYRAZ**, **6102 Sayılı Ticaret Kanunu Değişiklikleriyle Ticaret Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Erdoğan MOROĞLU, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, Mayıs 2005.

Ersin ÇAMOĞLU, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, 11. Bası.

Hasan DURSUN, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Vergi Hukukuna Etkileri**, XII Yayıncılık, Mart 2011.

Hasan PULAŞLI, “Limited Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2009

**Hülya ÇOŞTAN**, **Anonim Şirketin Birleşme ,Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacakların Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları

ISMMMO, 130 Soruda Yeni Türk Ticaret Kanunu,

<http://www.vergisigorta.com/130sorudattk.pdf>., Erişim Tarihi :

18.05.2011.

Işıl ULAŞ, “Uygulamacı Gözü İle Türk Ticaret Tasarısı'na Bakış”, **Batider**, XXXIII, S. 2.

İbrahim ARSLAN, **Tek Kişilik Anonim ve Limited Şirket**, Konya, 2008

Kadir ÖZDEMİR, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 53, Ocak 2011.

**Korkut ÖZKORKUT**, **Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasası'na Etkileri**, Banka ve Ticaret

Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2010.

Mehmet Emin BİLGE, “Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı”, **AÜEHFD**, C.IX, 2005.

Sevinç OLGUN, “Limited Şirket Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, S.11, Temmuz 2007.

Soner ALTAŞ, **Anonim Şirketler, Karşılaştırmalı Açıklamalı Gerekçeli**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Soner ALTAŞ, **Limited Şirketler**, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2011.

Soner ALTAŞ, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Getirilmekte olan Şirket Denetimine Genel Bir Bakış”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 53, Ocak 2011.

Şükrü YILDIZ, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, Sayı:1 Yıl:2005.

Ünal TEKİNALP, “Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı” , **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, İstanbul, 2007.

---

# ULUSLARARASI VERGİ UYUŞMAZLIKLARI VE ÇÖZÜM YOLLARI

---

Av. TAYFUN ERCAN\*

\* *İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi S.B.E. (Hukuk Fakültesi) Mali Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi*



## BİRİNCİ BÖLÜM

### GENEL OLARAK ULUSLARARASI VERGİ UYUŞMAZLIKLARI

Ülkeler arasındaki ticaret ve yatırım ilişkilerinin artması beraberinde vergi yükümlülükleri ile vergi idareleri arasında çekişme yaratmasının yanında vergilendirme konusunda ülkeleri karşı karşıya getirmektedir. Uluslararası çifte vergilendirme, transfer fiyatlandırması, uluslararası vergi rekabeti,<sup>1</sup> vergi cennetleri, vergi kaçakçılığı bu sorunların en önemlilerinden birkaçıdır.<sup>2</sup>

Uluslararası çifte vergilendirme, ülkelerin ekonomik politikalarını yakından ilgilendirdiğinden ayrı bir öneme sahiptir. Zira, çifte vergilendirmenin önlenmesi için ülkeler arasındaki anlaşmalar çifte vergilendirmenin önüne geçmenin yanı sıra uluslararası vergi kaçakçılığı, vergi cennetleri daha doğru bir deyişle vergi kayıp ve kaçığına neden olan faaliyetlerin azalmasına hizmet etmektedir.

Uluslararası çifte vergilendirme anlaşmaları, ülkelerin vergilendirme

- 
- 1 Ayrıntılı bilgi için bakınız : Emrah FERHATOĞLU, “*Uluslararası Vergi Rekabeti ve Sürükleyici Güçleri*”, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1, Haziran 2006, s: 79-96., N. Semih ÖZ, *Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri*, Maliye Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s.49.
  - 2 Esra EKMEKÇİ, *Küreselleşme ve Vergilendirmede Yeni Eğilimler*, Kazancı Hukuk Yayınları, 2003, s.20.



yetkisine<sup>3</sup> ilişkin olduğundan anlaşmanın taraf devletlerince farklı şekillerde yorumlanıp uygulanabilir. Bu durum ise, ülkeler arasında vergilendirme konusunda uyuşmazlığın ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Uluslararası ekonomik faaliyetlerin gelişmesi yabancı sermaye yatırımlarının ülke ekonomisine dahil olmasını sağlamakta ve yabancı özel hukuk kişileri ile ülkeler arasında vergi uyuşmazlıklarına neden olmaktadır.

## **I. ULUSLARARASI VERGİ UYUŞMAZLIKLARININ TANIMI VE KAPSAMI**

Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması akdetmiş taraf devletler arasında vergilendirme yetkisinin kullanılmasına ve yabancı özel hukuk kişileri ile devletler arasında vergilendirmeye ilişkin çıkan uyuşmazlıklar uluslararası vergi uyuşmazlığı olarak tanımlanabilir.

Ülkeler arasındaki vergi uyuşmazlıkları çoğunlukla çifte vergilendirme anlaşmalarının yorumundan, uygulanmasından ve boşluklardan kaynaklanmaktadır. Yabancı özel hukuk kişileri ile devletlerarasındaki uyuşmazlıkların kaynağı, özel yatırım anlaşmalarından ve vergi yükümlüsünün temel haklarının ihlal edilmesidir.<sup>4</sup> Bu tür uyuşmazlıklar, çoğunlukla vergi yükümlüsünün maruz kaldığı aşırı vergi yükü, ayrımcı vergileme ve adil yargılanma hakkının ihlaliyle ilgilidir.

## **II. ULUSLARARASI VERGİ UYUŞMAZLIĞI TÜRLERİ**

### **A. YABANCI SERMAYE YATIRIMLARINA İLİŞKİN ÖZEL YATIRIM ANLAŞMALARI**

Yabancı sermaye yatırımlarının ülke ekonomisine sağladığı katkının yanında önemli bir vergi geliri kaynağı olması, yabancı yatırımcıların avantajlı vergi sistemlerini tercih etmeleri, yerli üreticinin korunması, vergi rekabetinde eşitliğin sağlanması yatırım odaklı vergisel uyuşmazlıklarına yol açmaktadır. Yabancı özel hukuk kişileri ile ülkeler arasında ortaya çıkan vergisel uyuşmazlıklar milletlerarası ticari tahkimle çözümlenmektedir.

### **B. DEVLETLERİN İÇ HUKUKLARINDA VERGİ YÜKÜMLÜLERİNE TANINAN HAKLARIN İHLAL EDİLMESİ**

Devletlerin iç hukukları tarafından güvence altına alınan yabancı özel hukuk kişilerine hak ve talepte bulunma yetkisi veren vergi yükümlüsü haklarının ihlal edilmesi vergi uyuşmazlığı olarak kabul edilmektedir.<sup>5</sup> Uluslararası

3 Nami ÇAĞAN, *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, s. 3.

4 Emrah FERHATOĞLU, "Uluslararası Vergi Uyuşmazlıklarının Giderilmesi: Avrupa Birliği Tahkim Anlaşması", *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.57, Sayı:4, 2008, s. 191.

5 Şükrü KIZILOĞLU, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, Yaklaşım Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara, 2009, s. 43.

sözleşmelerle koruma altına alınan bu tür hakların ihlaline ilişkin uyuşmazlıklar uluslararası yargı organları tarafından çözümlenir. Temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ve koruma altına alan en önemli uluslar üstü belge olması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmeden temellenen devletler bakımından yargı yetkisine haiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uluslararası vergisel uyuşmazlıkların çözümlenmesinde önemli bir yere sahiptir.<sup>6</sup>

### C. ULUSLARARASI ÇİFTE VERGİLENDİRMEYİ ÖNLEME ANLAŞMALARI

Uluslararası vergi uyuşmazlıklarından bahsedebilmenin öncelikli şartı taraflar arasında çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasının bulunmasıdır. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları ile taraflar arasındaki her türlü uyuşmazlığa çözüm getirecek genişlikte hükümler getirilmeye çalışılsa da bu anlaşma hükümlerinin yorumlanması, uygulanması ve bu anlaşmalarda düzenlenmemiş konuların bulunması neticede taraf devletleri karşı karşıya getirmekte vergi yükümlülükleri ise çifte vergilendirmeye maruz kalmaktadır.<sup>7</sup> Bu tür uyuşmazlıklar; taraf devletleri karşı karşıya getirdiği gibi aynı zamanda yabancı özel hukuk kişileri ile vergilendirme yetkisine haiz devletler arasında uyuşmazlıklara yol açmaktadır.

Uluslararası vergi uyuşmazlıkları; taraf devletlerin olaylara ilişkin konuları farklı değerlendirmesi, anlaşma madde ve terimlerin yorumlanmasındaki farklılıklar, çifte vergilendirmede düzenlenmeyen konuların bulunması, taraf devletlerin vergi ve ekonomi politikalarındaki farklılıklar<sup>8</sup> ve bağlı işletmelerin faaliyetleri ile ilgili olarak vergi matrahının taraf devletlerden birinde düzeltilmesine rağmen diğer taraf devletin bağlı işletmenin karları bakımından ekonomik çifte vergilendirmeye yol açması gibi nedenlerden kaynaklanmaktadır.<sup>9</sup>

Vergilendirme yetkisi gücünü ulusal egemenlik yetkisinden aldığından taraf devletler arasında vergilendirme yetkisi konusun uyuşmazlıklara yol açmaktadır.<sup>10</sup> Her devlet, egemenlik yetkisi kapsamında kendi ülkesinde gerçekleşen faaliyetleri ve kendi tabiiyetinde bulunan kişilere ait ekonomik

6 Gamze GÜMÜŞKAYA, *Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 59.

7 Selahattin TUNCER, *Çifte Vergileme ve Milletlerarası Vergi Anlaşmaları*, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No: 112-66, Eskişehir, 1974, s. 31-32.

8 Emrah FERHATOĞLU, "Uluslararası Vergi Rekabeti ve Ulusal Vergi Sistemlerine Etkisinin Avrupa Birliği ve Türkiye Açısından İncelenmesi", *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Anadolu Üniversitesi S.B.E., Eskişehir, 2005, s.45.

9 Billur Yalıt SOYDAN, *Uluslararası Vergi Anlaşmaları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 3.

10 ÇAĞAN, a.g.e., s. 5.

değerleri kaynak ilkesi, ikametgah ve şahsılık ilkeleri çerçevesinde vergilendirmeyi hedeflemektedir.

Uluslararası vergi uyumsuzluklarının temelinde :

- Taraf devletlerin vergi yükümlüsünün kendi vergilendirme yetkisi kapsamında olduğunu ileri sürebilir,
- Taraf devletlerce farklı vergilendirme sistemlerinin benimsenmesi,
- Vergi hukukuna ilişkin kavramların ve anlaşmadaki tanımların farklı anlaşılması örneğin gelir unsurunun devlet mevzuatlarda farklı şekilde tanımlanması,
- Vergi sistemlerinde değerlendirme, gelirin ve vergiyi doğuran olayın ve tarhın değişik şekilde düzenlenmesi, farklı esaslara tabi tutulması,
- Farklı ülkelerde bulunan ortaklık, ortaklar, şirket ve hissedarların kar dağıtımı ile ilgili ortaya çıkan uyumsuzluklar,
- Uluslararası transfer fiyatlandırması manipülasyonlarının saptanması neticesinde vergi idarelerince gerçekleştirilen matrah düzeltmesi, gibi nedenler bulunmaktadır.<sup>11</sup>

Bu açıklamalar ışığında, uluslararası vergi uyumsuzlukları, aynı vergilendirme döneminde aynı vergi yükümlüsü veya vergi konusunda birden fazla vergilendirme yetkisinin uygulanmasından kaynaklanan uyumsuzluklar şeklinde tanımlanabilir.<sup>12</sup> Çifte vergilendirmenin bir türü olarak kabul edebileceğimiz ulusal çifte vergilendirme ise, aynı siyasi yapı kapsamında aynı vergilendirme yetkisine sahip idarelerin aynı vergi dönemi içinde aynı vergi yükümlüsü ya da vergi konusu üzerinde vergilendirme yetkisini kullanmasıdır.

Uluslararası vergi uyumsuzlukları, sermaye sapmalarının önüne geçilmesi, vergi matrahlarının paylaşılmasında dengenin sağlanması ve ayrımcı vergilendirmenin önlenmesi, ekonomik ilerlemenin sağlanması bakımından oldukça önem taşımaktadır.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ULUSLARARASI VERGİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜM YOLLARI

OECD ve uluslararası vergi anlaşmalarının tarafı olan ülkeler arasında ortaya çıkan uyumsuzlukların temel çözüm yolu karşılıklı anlaşma usulüdür.

11 Yusuf Gökhan PENEZOĞLU, “Vergi Uyumsuzluklarında Uluslararası Tahkim-I”

“<http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/20091215807.htm>.” Erişim Tarihi: 18.05.2011

12 Emrah FERHATOĞLU, *Uluslararası Vergi Uyumsuzluklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi: Avrupa Birliği Tahkim Anlaşması*, Beta Yayıncılık, 2010, s. 78.

Ulusal ve uluslararası mahkemelerin uyuşmazlıkların çözümündeki rolü büyüktür. 2008 yılında yapılan değişiklikle OECD Model Vergi Anlaşmasında tahkime yer verilmiştir. Bu çözüm yollarına ek olarak Peşin Fiyatlandırma Anlaşmalarının da transfer fiyatlandırmasından kaynaklanan sorunların giderilmesinde yardımcı olacaktır.

## I. KARŞILIKLI ANLAŞMA USULÜ

Karşılıklı anlaşma usulü, vergi anlaşmasının taraflarının vergi uyuşmazlıklarını yetkililer nezdinde yapılan karşılıklı görüşmelerle barışçıl yollardan çözülmesidir.<sup>13</sup> Anlaşmada yer alan hükümlerde denge sağlanmaya, anlaşma hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması konusunda mutabakat sağlanmaya anlaşmanın aynı biçimde uygulanmasına çalışılmaktadır.

Bu usul, OECD Model Anlaşması ile oluşturulmuştur.<sup>14</sup> OECD Model Vergi Anlaşmasının 25. Maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu yöntemin uyuşmazlık sayısında yaşanan artışlar ve çözülmemiş dosya sayısının fazlalığından ötürü etkin bir yöntem olmadığı ileri sürülmektedir. Bu nedenle, Uluslararası Ticaret Odası uluslararası vergi uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim usulünün kullanılması tavsiye etmiştir.

OECD Model Anlaşması'nın 25. Maddesinin 4 fıkrası gereği, karşılıklı görüşmelerde yalnızca taraf devletlerin yetkili makamlarının bulunması gerekir. Bu bakımdan, vergi yükümlüsünün kendisiyle ilgili konulara müdahale etme örneğinin yazılı ya da sözlü ifade vermesi mümkün değildir. Yine taraf ülkeler arasındaki pazarlıklar vergi yükümlüsü bakımından birtakım sorunlara yol açabilir. Karşılıklı anlaşma usulü hükümlerinin uygulanması bakımından tarafların iç hukuk kurallarının engelleyici hükümleri bulunabilir ve devam eden çözüm süreçleri bu yöntemden etkilenebilir. Karşılıklı anlaşma usulü, vergi yükümlüsü tarafından yerleşik olduğu ülkenin bulunduğu ülkenin yetkili merciiine yapar.

OECD Model Vergi Anlaşmasına göre, anlaşma hükümlerine aykırı sonuçlar, anlaşmanın uygulanmasında kaynaklanan her türlü uyuşmazlık, anlaşmadaki boşluklar karşılıklı anlaşma usulünün konusu olabilir. Bunların haricinde uluslararası çifte vergilendirme, transfer fiyatlandırmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda bu yöntemle çözümlenebilir.<sup>15</sup>

13 Billur YALTI SOYDAN, "Vergi Anlaşmalarında Yer Alan Karşılıklı Anlaşma Usulünde Anayasaya Aykırılık Sorunu", **Vergi Dünyası**, Sayı 160, Aralık 1994, s. 102-103.

14 Ömer BENOKAN, "OECD Model Anlaşmaları Çerçevesinde Vergisel Amaçlı Bilgi Değişimi ve Banka Bilgilerine Erişim", **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı:322, s.121.

15 SOYDAN, "Vergi Anlaşmalarında Yer Alan Karşılıklı Anlaşma Usulünde Anayasaya Aykırılık Sorunu", s. 110.

Bu usulde, uyuşmazlıklar karşılıklı görüşme ve tahkim olmak üzere iki aşamalıdır. OECD Model Anlaşmasının 25. Maddesine göre,<sup>16</sup> ilk aşama vergi yükümlüsünün yetkili makama başvurusudur. Yetkili makamlar tarafından yapılan değerlendirme neticesinde başvurunun haklı olduğu kanaatine ulaşırsa ikinci aşama tek taraflı çözüm bulunması sürecine girilmesidir. Tek taraflı önleme girişimlerinden sonuç alınmadığı takdirde bu defa diğer devletin yetkili makamlarıyla görüşülmesi aşamasına geçilir. Bu aşamaların tüketilmesi sonucunda çözüme ulaşılamadığı takdirde tahkim aşamasına geçilir.

Vergi yükümlüsünün yetkili makama başvurusu herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Ancak taraf devletlerin bu konuda özel düzenlemeler yapma hakları bulunmaktadır. Ülke mevzuatlarında başvuru konusunda bir düzenleme öngörülmediği takdirde, başvuru vergilendirme işlemlerine yapılan başvuru yollarına paralel şekilde yapılmalıdır.

Karşılıklı anlaşma usulü talebi, anlaşma hükümlerine aykırı vergilendirmenin vergi yükümlüsüne tebliğinden itibaren üç yıl içinde yapılmalıdır.

Vergi yükümlüsü tarafından yapılan talep kendisine ulaşan yetkili makam başvurunun, başvuru şartlarına uygun olup olmadığını, sürelere uyulup uyulmadığını inceler. Bu aşamada karşılıklı anlaşma aşaması henüz başlamamıştır. Başvuruyu haklı gören yetkili makamlar tek taraflı olarak çözüm üretmeye çalışır. Ancak tek taraflı çözüm sağlanamayacağı anlaşılırsa taraf devletin yetkili makamlarıyla görüşme sürecine girilir. Vergi yükümlüsü tarafından yapılacak er türlü başvurunun kabulü sonuçlanması gibi bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Esas ve usul kurallarına uyulmadan yapılan başvurular kabul edilmeyecektir.

OECD Model Vergi Anlaşması, taraf devletin tek taraflı çözüm getirememesi durumunda karşılıklı görüşme yoluna başvurulması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu aşamada, taraf devletler yetkili makamlara intikal eden uyuşmazlıkların dayanağını, gerekçesini karşılıklı değerlendirirler. Müzakerelerin yapılma şekliyle alakalı olarak herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Görüşmeler, yazışma şeklinde, telefon, video konferans ya da yüz yüze yapılabilir.

Taraflar arasında mutabakat sağlandığı takdirde, durum raporu hazırlanır ve bu raporda çifte vergilendirmenin önüne geçilmesi için gerekli önlemlerin alınacağına dair hükümlere yer verilir. Uzlaşma sağlandığından karşılıklı

16 BENOKAN, a.g.m. , s. 123.

düzeltilme yapılacağı kabul edilmiş sayılır ve gerekli tüm önlemler alınır.

Karşılıklı görüşme usulünün diğer bir boyutu vergi yükümlüsüne yaptığı etkidir. Yetkili makamlar, anlaşma hükümlerini vergi yükümlüsüne tamamen uygulamak zorunda değildir, iç hukukları elverdiği ölçüde esneklik gösterebilir. Karşılıklı görüşme sonucunda varılan anlaşma hükümleri aleni olmadığından vergi yükümlüsü tarafından bilinmez. Karşılıklı anlaşma hükümleri vergi yükümlüsünün rızasıyla bağlayıcılık kazanır ancak doğrudan doğruya uygulanabilir nitelik taşımaz. Ulusal hukuktan bir karara dönüşmesi gereklidir.

OECD Model Vergi Anlaşması, taraf devlet yetkili makamlarınca uyuşmazlığın karşılıklı görüşme usulüyle iki yıl içinde çözümlenememesi durumunda vergi yükümlüsünün talebi doğrultusunda tahkim aşamasına geçileceği düzenlenmiştir.

## II. PEŞİN FİYATLANDIRMA ANLAŞMALARI

Transfer fiyatı, bir işletmeye ait mal ve hizmetler ile taşınır mal varlığı değerlerinin işletme bölümleri ve kolları arasında transferinde kullandığı fiyat olarak tanımlanır.<sup>17</sup> Transfer fiyatının tespiti süreci ise transfer fiyatlandırması şeklinde tanımlanmaktadır. Transfer fiyatlandırmasında, işletme bölümleri ülke içerisinde olabileceği gibi bu bağlı işletmeler farklı ülkelerde faaliyet gösterebilir.<sup>18</sup>

Peşin fiyatlandırma anlaşma aşaması, vergi yükümlüsünün başvurusuyla resmen başlar. Bu tür uyuşmazlıklarda, vergi idareleri arasında görüşmelerin yapılması ve işbirliğin artırılması gerekir. Peşin fiyatlandırma anlaşmalarının konusunu, grup içi işlemler ile bu işlemlere uygulanacak transfer fiyatlandırması usulü ve ulaşılabilecek emsallere uygun fiyat, vergi idaresi ile yabancı vergi idaresi arasındaki karşılıklı anlaşmalar oluşturur.

İşletmelerin, transfer fiyatlandırmasında emsal bulamaması, karşılaştırmaya esas alınabilecek sağlıklı bir bilginin elde edememesi, sistem niteliklerinin taşıdığı farklılıkların karşılaştırma yapmaya elverişli olmaması, uygulanan fiyatlandırma yönteminin denetiminin değişik vergi idarelerince gerçekleştirilmesi peşin fiyatlandırma anlaşmalarına yol açabilir.<sup>19</sup> Bu anlaşma, ülke ile vergi yükümlüsü arasında yaptığı anlaşmadır. İki taraflı peşin fiyatlandırma anlaşması

17 Feyyaz YAZAR, Transfer Fiyatlandırmasına İlişkin Düzenlemelerde Yapılan Son Değişiklikler, **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı:32, 2008, s. 40.

18 Adem BANAR, "Çok Uluslu İşletmelerde Transfer Fiyatlandırması, **Vergi Dünyası**, Sayı:324, 2008, s. 145,

19 Mehmet AKTAŞ, "Uluslararası Transfer Fiyatlaması ve Türk Vergi Sistemindeki Konumu-I", **Yaklaşım**, Sayı 130, Ekim 2003, 42.

ise, çok uluslu şirketlerin iki farklı ülkenin vergi idaresi yaptığı anlaşmadır. İşletmenin ikiden fazla ülkede faaliyet göstermesi ve her bir ülkenin vergi idaresiyle yaptığı anlaşma ise çok taraflı peşin fiyatlandırma anlaşması olarak adlandırılır. Anlaşmada yer alan hükümler ölçüt alındığında anlaşma hükümlerinin kapsamına göre özel ve genel peşin fiyatlandırma anlaşması ayrımı yapılabilir.

Peşin fiyatlandırma anlaşması; vergi planlarının yapılmasını kolaylaştırması, anlaşmada yer alan hükümlerin geriye etkili olarak kullanılması imkanı bulunması, vergi yükümlüsü, vergi idaresi ve ülkeler arasında işbirliğini sağlaması, uluslararası transfer fiyatlandırması konusunda vergi idarelerinin yaklaşımının olumlu yönde değişmesi, hukuksal ve ekonomik çifte vergilendirmeyi önlemesi konularında yarar sağlamaktadır.

Peşin fiyatlandırma anlaşmalarının tek taraflı şekilde yapılması çoğunlukla ülkeler arasında çifte vergilendirme anlaşması olmamasından kaynaklanmaktadır. OECD tarafından, tek taraflı anlaşmanın diğer ülkenin yerli vergi idaresinin kabul ettiği transfer fiyatlandırmasını kabul etmemesi sorunlara yol açmaktadır. Peşin fiyatlandırma anlaşmalarının ekonomik maliyetinin fazla olması bu yönleme başvurmada sıkıntılara yol açmaktadır.

Vergi yükümlüsü ile vergi idaresi arasında peşin fiyatlandırma sürecine başlamadan önce ön müzakereler yapılmaktadır. Başvuruda belirtilen hususların başvuruya uygun olup olmadığı ve görüşülecek diğer hususlar inceleme konusu yapılır ve görüşmenin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için gerekli hazırlıklar yapılır.<sup>20</sup> Ön incelemenin yapılmasıyla lüzumsuz iş yüküne maruz kalınmasının önüne geçilir.

Vergi yükümlüsü tarafından, yetkili makamlara yerleşik olduğu ülkede geçerli olan usul ve esaslara göre yapılan başvuru üzerine peşin fiyatlandırma anlaşması süreci başlar. Başvuruyu kabul eden devletin yetkili makamları vergi yükümlüsünün konu ettiği peşin fiyatlandırması işlemleriyle alakalı olan diğer devletin yetkili makamlarını bilgilendirir.<sup>21</sup>

Peşin fiyatlandırma anlaşmaları vergi yükümlüsüyle ilgili bütün transfer işlemlerini veya sınırlı işlemleri kapsayabilir. Peşin fiyatlandırma sürecinde, ülkelerin yaklaşımı farklılık gösterebilmektedir. Bazı ülkeler müzakere sürecinde etkin bir rol oynarken kimi ülkelere görüş bildirme konusunda etkin

20 AKTAŞ, **a.g.m.**, s. 43.

21 Mehmet Akif TUNÇ, “Transfer Fiyatlandırması Uyuşmazlıklarının Çözümünde Peşin Fiyatlandırma Anlaşmaları (Advance Pricing Agreements), **E-Yaklaşım**, Haziran 2007.

değildir.<sup>22</sup> Müzakereler neticesinde taraf devletler transfer fiyatlandırması konusunda anlaşmaya varınca taslak bir anlaşma metni hazırlanır. Ancak bu, anlaşmanın hüküm ifade edebilmesi vergi yükümlüsünün onayına bağlıdır. Fakat gerekli görülmesi halinde vergi yükümlüsünün yetkilileri bilgilendirmesi mümkündür. Bu müzakere süreci muhatap devletlerin yetkili makamları arasında gerçekleştiğinden vergi yükümlüsünün bu sürece dahil olması mümkün değildir. Anlaşmanın akdedilmesinden sonra taraf devletler anlaşma hükümlerine uyulup uyulmadığı konusunda denetleme yapabilmektedir. Bu doğrultuda transfer fiyatlandırması işlemlerine ilişkin dokümanlar istenebilir.

### III. ULUSAL VE ULUSLARARASI MAHKEMELER

Hukuk devleti ilkesi uyarınca vergi yükümlüleri, haklarını ihlal eden vergilendirme işlemlerine karşı yargı mercilerine başvurabilir. Bu doğrultuda, vergi yükümlüsü çifte vergilendirme işlemleriyle haklarının zedelenmesi durumunda yerleşik bulunduğu ülkenin yargı mercilerine başvurabilir. Çifte vergilendirme işlemleri niteliği itibarıyla çok sayıda ülkenin vergilendirme yetkisiyle alakalıdır. Bu vergilendirme işlemi ulusal mahkemede dava/itiraz konusu yapılırsa tek taraflı alınacak tedbirlerle sonuçlanacak neticede çifte vergilendirme uyuşmazlığı çözümlenmemiş olacaktır. Bu noktada, ulusal mahkeme tarafından verilen kararın uluslararası alanda nasıl bir sonuç doğuracağı daha doğrusu bu kararın bağlayıcılığı konusu gündeme gelecektir. Ulusal mahkeme tek taraflı bir şekilde ülkesinde geçerli olan hukuk sistemi çerçevesinde karar verecek dolayısıyla çifte vergilendirmeyi çözecek bir karar alınamayacaktır. Vergi yükümlüsü tarafından ulusal mahkemeler başvurulmasıyla birlikte iç hukuk yolları tüketilmiş olacaktır. Uluslararası Vergi Mahkemesi'nin kurulması amacıyla yapılan çalışmalarda sonuç alınamamıştır. Bu konudaki boşluk ulusal üstü nitelikteki mahkemelerce giderilmeye çalışılmaktadır. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) ve Uluslararası Adalet Divanı uluslar arasında ortaya çıkan vergi uyuşmazlıkların çözümünde etkindir.<sup>23</sup>

Roma Anlaşması'nın 239. Maddesiyle Avrupa Birliği kurucu anlaşmaları ve ikincil kaynakların denetlenmesi ATAD' a aittir. Roma Anlaşması ile ilgili uyuşmazlıklar tarafların mutabakatıyla ATAD'a tahkim için sevk edilmektedir. Ancak taraf devletler bunun aksini kararlaştırabilir.

Uluslararası Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler Anlaşması uyarınca her

22 AKTAŞ, a.g.m., s. 44

23 Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin, Ankara, 2003, s. 23.



türlü uyuşmazlığın çözümünde yetkili organdır. Taraf devletler arasında anlaşmaya varılması halinde, vergi uyuşmazlıklarda çözüm için bu organa sevk edilebilir. Bu organın yetkili olduğu konular taraf devletlerce sınırlandırılabilir. Karşılıklı anlaşma usulünden sonuç alınamaması durumunda BM Şartı'nda yer verilen barışçıl yollara başvurulması dolayısıyla uyuşmazlığın tarafsız bir üçüncü kişinin önüne getirilmesi ilke olarak benimsenmiştir. Uyuşmazlıkla ilgili bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğinde kararlar alan bu tür üçüncü kişilere OECD Mali İşler Komitesi örnek olarak gösterilebilir.

#### IV. TAHKİM

Kelime manası olarak tahkim; kuvvetlendirme, sağlamlaştırmadır. Ancak ulusal ve uluslararası ilişkilerde farklı bir anlamda kullanılmaktadır. Tahkimi, kapsamına giren konulara ilişkin doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların yargı yolu ile çözümlenmesi yerine hakem adı verilen kimseler tarafından barışçıl yollarla çözümlenmesi şeklinde tanımlayabiliriz. Uluslararası hukukta tahkimin bağlayıcılığı ve işlerliğinin sağlanması için yargı yolu ile eşit düzeyde olduğu kabul edilmektedir.

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde komisyonun kurulması ve sürecin devamı açısından bir kuruma bağlı olup olmadığına göre kurumsal veya arizi (ad hoc) tahkim şeklinde ikili bir ayırım yapılabilir.<sup>24</sup> Şayet uyuşmazlığı çözecek komisyon uluslararası bir kurum nezdinde kurulmuş ise bu kurum tarafından belirlenen usul ve esaslara göre hareket eder. Bu bağlamda tarafların komisyonun oluşumunda etkisi sınırlıdır. Ancak arizi tahkimde, tahkim süreci bir uluslar arası kuruma bağlı olmadığından ötürü taraflar tahkim komisyonunu kendileri oluştururlar ve uygulanacak usul ve esasları kendileri belirler ya da komisyona bırakabilirler.<sup>25</sup>

Ülkeler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde Karşılıklı anlaşma usulünün eksik yönlerinin bulunması tahkim usulünün ön plana çıkmasına dolayısıyla vergi uyuşmazlıkları noktasında vergi anlaşmalarında tahkime yer verilmeye başlanmasına yol açmıştır. İkili anlaşmalarda arizi nitelikteki tahkim taraf ülke sayısının artışıyla beraber kurumsal tahkim niteliğine bürünmüştür. Uluslar arası vergi uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim, karşılıklı anlaşma yoluyla uyuşmazlığın çözülememesi durumunda müracaat edilecek bir yol olarak kabul edilmektedir. Karşılıklı anlaşma

24 AKINCI, a.g.e., s. 28.

25 İlhan YILMAZ, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, Beta Yayıncılık, 2004, s. 45.

usulünde sonuç alınamaması durumunda tahkime başvurulması tahkim komisyonu tarafından verilecek kararın taraf akit devletler ve vergi yükümlüsü bakımından bağlayıcı olacağı sonucunu doğurmaktadır. Tahkim, esasen karşılıklı anlaşma usulüne yardımcı olan tamamlayıcı nitelikteki bir prosedürdür.<sup>27</sup>

Vergi anlaşmalarında bulunan tahkime ilişkin hükümler karşılıklı anlaşma usulünde varılan sonuca göre zorunlu ya da ihtiyari özellik taşıyabilmektedir. Taraf devletler hukuki ve ekonomik çifte vergilendirmenin olumsuz etkilerinden kurtulmak için iş birliği içerisine girmek zorundadır. Bu doğrultuda, devletler sürecin mutabakatla sonuçlanması için aralarındaki anlaşma çerçevesinde uyuşmazlığın çözümünü bağımsız ve tarafsız bir tahkim komisyonuna bırakabilir. Tahkim komisyonu tarafından alınan kararlar uzman görüşü olmasının yanı sıra tahkimin etkinliğinin ve işlerliğinin sağlanması için bağlayıcı niteliktedir. Ancak tahkimin ihtiyari olduğu durumlarda komisyon tarafından verilen kararın bağlayıcılığı bulunmamakta sadece taraflara bir görüş kazandırmakta böylelikle karşılıklı anlaşma usulüne katkı sağlamaktadır. Uluslar arası uyuşmazlıkların çözümünde önerilen tahkim modelleri; *Lindencrona ve Mattsson'un Tahkim Önerisi*, Carl S. Shoup'un Tahkim Önerisi'dir. Tahkim anlaşmasının hukuki dayanağı Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Anlaşması'nın 220. Maddesidir.<sup>28</sup>

Uluslararası vergi uyuşmazlıkları çok uluslu şirketlerin varlığıyla değişik bir boyut kazanmıştır. Transfer fiyatlandırması ile ilgili işlemler vergi uyuşmazlıkları içerisinde önemli bir yere sahiptir. Ülkeler, transfer fiyatlandırması konusundaki vergilendirme yetkilerini devretmeye yanaşmamaktadır. Bu durum, direktif önerisinin uluslararası anlaşma biçimine dönüşmesine yol açmıştır. Komisyon önerisinin çok taraflı anlaşmaya dönüşmesiyle birlikte, direktif önerisi ulusal üstü bir nitelik kazanamamış ve Adalet Divanı tahkim sürecine ilişkin denetim ve inceleme yetki tanınmamıştır. Ancak bu durum olumsuz bir takım sonuçlara yol açmaktadır. Zira, üye devletlerin söz konusu düzenlemede yer alan hükümlere uyup uymadıkları denetlenememektedir. Bu sebeple de, bu tür sorunların çözülmesi için Adalet Divanı'na denetim ve inceleme yetkisi veren protokol hazırlanması ve bu Protokol doğrultusunda vergi yükümlülerinin doğrudan Adalet Divanına

26 Murat YILDIRIM, *Uluslar arası Vergi Hukukunda Tahkim*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 49.

27 YILDIRIM, a.g.e., s.52.

28 Mutlu CERİT, *Uluslar arası Tahkim, ICSID ve Türkiye'de Uygulaması*, Vergi Dünyası Dergisi, Sayı: 322, 2008, s. 125.

başvuru yapması imkanı tanınmaya çalışılmaktadır.<sup>29</sup>

Tahkim anlaşmasının kapsamına bir akit devletin hakimiyeti içerisindeki işletmenin başka bir akit devlet hakimiyeti içerisindeki işletme arasındaki işlemler girmektedir. Ancak değişik ülkelerde faaliyetlerini devam ettiren işletmenin bağlı işletme olması zaruridir. Tahkim anlaşmasının konusu, emsallere uygunluk ilkesi nazara alınarak yapılacak kazanç düzeltilmesinin akabinde diğer bir akit devletin yetki alanına giren bağlı işletmedeki kazançların bir şekilde düzeltilmemesi sonucunda meydana gelen çifte vergilendirmedir. Böylece, bir akit devlette bulunan işletmenin elde ettiği kazanç piyasa fiyatı baz alınarak düzeltilirse diğer akit devlette bulunan bağlı işletmenin kazançları içinde uygulanacaktır. Tahkim Anlaşmasının kapsamına gelir üzerinden alınan vergiler de girmektedir.<sup>30</sup>

Vergi anlaşmaları vergi uyuşmazlıklarının çözülmesinde yalnızca akde taraf olan ülkeler arasında diplomatik prosedürü düzenler. Ancak Tahkim anlaşmalarında uyuşmazlıkların çözülmesi süreci vergi yükümlülerinin de aktif olarak katılmasına imkan tanır ve sürecin sona ermesiyle birlikte çifte vergilendirmenin sonlandırılacağı garanti edilir.<sup>31</sup>

Akit devletlerden biri belirlenen esasları baz alarak bir şirketin kazancını düzeltilse vergi yükümlüsüne bağlı işletmesinin bulunduğu diğer akit devlete bu durumu bildirmesi için süre tanınmaktadır. Bağlı işletmenin bulunduğu diğer akit devlet yapılan düzeltme işlemine paralel şekilde karşı düzeltimde bulunur ve bağlı şirketin kazancı düzeltilse çifte vergilendirmenin önüne geçilmiş olacaktır. Akit devletlerden biri tarafından yapılan düzeltim işlemi neticesinde vergi yükümlüsü çifte vergilendirmenin bulunduğu kanaatindeyse düzeltim işleminin kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren üç yıl içerisinde işyerinin bulunduğu akit devlete bildirir. Vergi yükümlüsü tarafından belirlenen usul ve esaslara göre yapılan başvuru haklı görülürse karşılıklı anlaşma usulüne geçilir. Uyuşmazlığın tarafı olan akit devletler çifte vergilendirmeye ilişkin uyuşmazlığı iki yıl içinde çözemezse bu defa tahkim komisyonu kurulması aşamasına geçer. Tahkim komisyonu, bir başkan, sayısı akit devletlerce belirlenecek bir ya da iki devlet temsilcisi ve bunlarla aynı sayıdaki bağımsız üyelerden teşekkül eder. Tahkim komisyonu, vergi uyuşmazlığı ile ilgili görüşünü altı ay içinde açıklamak mecburiyetindedir. Ancak açıklanan bu görüşün bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu görüşün açıklanmasının akabinde

29 CERİT, a.g.m., s. 125

30 YILDIRIM, a.g.e., s.62.

31 YILMAZ, a.g.e., s. 50.

akit devletler altı ay içinde nihai kararlarını vermek zorundadır. Taraf akit devletler tahkim komisyonu görüşü dışında değişik bir nihai karara ulaşabilirler. Taraf akit devletler altı ay içinde vergi uyuşmazlığının çözümüne ilişkin karar alamazlarsa tahkim komisyonu tarafından verilen karar taraf akit devletler bakımından bağlayıcı olur<sup>32</sup>

## **V. YABANCI ÖZEL HUKUK KİŞİLERİ İLE DEVLETLER ARASINDA ORTAYA ÇIKAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI**

Yabancı özel hukuk kişileri ile devletler arasında ortaya çıkan vergi uyuşmazlıkları milletlerarası ticari tahkim ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aracılığıyla çözümlenebilir. Vergi uyuşmazlıklarının çözümü bakımından münhasıran yetkili uluslar üstü bir yargı organının bulunmayışı beraberinde birtakım sorunları da getirmektedir. Milletlerarası ticari tahkim, uluslararası ticari ticari uyuşmazlıklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen bir yöntemdir. Edimlerin, malların, hizmetlerin ve ülkeler arasındaki nakil işlemlerinden doğan hukuki uyuşmazlıklar konu edilir. Öte yandan vergi politikalarından doğan yüksek vergi yükünün ortaya çıkması durumunda yabancı yatırımlar olumsuz etkilenmektedir. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) devletler ile vatandaşlar arasındaki yatırım uyuşmazlıklarını çözümler.<sup>33</sup> Ancak bir uyuşmazlığın ICSID' a konu edilebilmesinin ön şartı tarafların yazılı bir anlaşma ile bunu kararlaştırmış olmasıdır.

Yabancı özel hukuk kişilerinin karşılaştıkları vergisel hak ihlallerine karşı başvurabilecekleri diğer bir kurum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. Mahkeme vergisel uyuşmazlıklarına temel hak ve ödevler boyutuyla ele alarak adil yargılanma, özel hayatın ve aile hayatının korunması ve ayrımcılık yasağı gibi ölçütlere göre karara bağlar.

### **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

## **TÜRK VERGİ HUKUKUNDA ULUSLARARASI VERGİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜM YOLLARI**

Ülkemizin tarafı olduğu vergi anlaşmalarında uyuşmazlıkların çözümü ilgili hükümler “karşılıklı anlaşma prosedürü” başlığı altında düzenlenmiş olup model vergi anlaşmalarında mevcut karşılıklı anlaşma prosedürüne uyumlu bir şekilde düzenlenmiştir.<sup>34</sup> Bu anlaşmalarda tahkim yöntemi, karşılıklı anlaşma

32 YILDIRIM, a.g.e., s.64.

33 YILMAZ, a.g.e., s. 55.

usulünün alternatifi veya tamamlayıcı şeklinde tanımlanmamıştır. İleride bu anlaşmalarda tahkim yöntemine yer verilmesi düşünüldüğü takdirde durumun vergilerin kanuniliği çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. Vergi anlaşmalarında yer verilen karşılıklı anlaşma usulü karşılıklı anlaşmanın yasama organınca onaylanması durumunda geçerlilik kazanacaktır. Bu bağlamda, ülkemizin tarafı olduğu anlaşmalarda yer verilen tahkim hükümleri baz alınarak uyuşmazlıklar tahkim komisyonuna iletildiği takdirde bu uyuşmazlıkla ilgili verilen kararın Anayasa 73. Maddesi uyarınca doğrudan etki doğurması mümkün değildir.

## **I. TÜRK VERGİ HUKUKUNDA YABANCI DEVLETLERLE YAŞANILAN ULUSLARARASI VERGİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMYOLLARI**

Türkiye'nin, yetmiş ikinin üzerinde taraf olduğu çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması bulunmaktadır. Bu çifte vergilendirme anlaşmalarının 24., 25, 26. Veya 27. Maddelerinde karşılıklı anlaşma usulü düzenlenmiştir. Bu maddelerde yer alan karşılıklı anlaşma usulü, OECD Model Vergi Anlaşmasına paralel şekilde düzenlenmiştir.

Vergi mevzuatımızda karşılıklı anlaşma usulü başvurusuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Gelir İdaresi Başkanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı 2009 yılından Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarında Yer Alan Karşılıklı Anlaşma Usulüne İlişkin Bir Rehber yayımlanmıştır.<sup>35</sup> Çifte vergilendirme sorunu vergi hatası olarak nitelendirilmektedir. Türk Hukuku bakımından karşılıklı anlaşma usulü başvuruları vergi hatalarını düzeltme yolu ile çözüme kavuşturulacağı düşünülmektedir. Vergi yükümlüleri, anlaşma hükümlerine uygun olmayan vergilendirme işleminin kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren çifte vergilendirme anlaşmalarında kararlaştırılan süre içerisinde başvurmalıdır. OECD Model Vergi Anlaşmasında bu süre üç yıl olarak belirtilmişse de, bu süre Türkiye'nin taraf olduğu çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında farklı şekilde kararlaştırılmış olabilir. Başvuru süresiyle ilgili olarak bir düzenlemeye yer verilmediği takdirde VUK 126. Maddesinin nazara alınması gerekmektedir.

Türk vatandaşları, vergilendirmeye ilişkin ihlalin giderilmesi için Maliye Bakanlığı'na karşılıklı anlaşma usulü başvurusunda bulunabilir. Başvuru usul

34 SOYDAN, “Vergi Anlaşmalarında Yer Alan Karşılıklı Anlaşma Usulünde Anayasaya Aykırılık Sorunu”, s. 112.

35 Gelir İdaresi Başkanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı 2009 yılından Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarında Yer Alan Karşılıklı Anlaşma Usulüne İlişkin Bir Rehber.

ve esas kurallarına uygun olmadığı gerekçesiyle reddedilebilir. Başvurunun kabul edilmesi halinde, Türkiye'nin başvuruyu kabul eden yetkili makamı diğer taraf devletin yetkili makamına karşılıklı anlaşma usul sürecinin başladığını bildirir. Gelir İdaresi Başkanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı 2009 yılından Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarında Yer Alan Karşılıklı Anlaşma Usulüne İlişkin Bir Rehberinde karşılıklı anlaşma usulüne geçilmeden önce başvurunun yapıldığı yetkili makamın hak ihlalini tek taraflı gidermeye çalışacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Vergi yükümlüsü, vergilendirme işlemine karşı; çifte vergilendirme anlaşmasında kararlaştırılan süre içerisinde, dava açma süresi olan 30 gün içinde zamanaşımı süresi içinde karşılıklı anlaşma başvurusu hakkını kullanabilir. Karşılık anlaşma usulüne başvurulmasıyla birlikte dava açma süresi durmaktadır.

Türkiye'nin tarafı olduğu çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında karşılık anlaşma usulü sürecinin ne kadar bir zaman için devam edeceği konusunda zaman sınırlaması bulunmamaktadır. Öte yandan, bu görüşmeler neticesinde çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin karar alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Görüşmeler neticesinde ulaşılan sonucunda alınan karar vergi yükümlüsü tarafından kabul edilmezse bulunduğu ülkenin iç mevzuatı uyarınca vergilendirme işlemine itiraz edebilir. Vergi yükümlüsü tarafından çifte vergilendirme işlemine karşı yargı yoluna başvurulduğu takdirde verilecek karar vergi idaresi tarafından bağlayıcıdır.

## **II. YABANCI ÖZEL HUKUK KİŞİLERİ İLE TÜRK DEVLETİ ARASINDA ORTAYA ÇIKAN VERGİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI**

Yabancı özel hukuk kişileri ile Türk vergi idaresi arasında vergilendirme işleminden ortaya çıkan uyuşmazlıkları milletlerarası ticari tahkime 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu çerçevesinde mümkün olabilmektedir.<sup>36</sup>

Yabancı özel hukuk kişileri ile vergi idaresi arasındaki vergi uyuşmazlıklarının bir diğer çözüm mercii Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılacak başvurudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vergi uyuşmazlıklarını, temel hak ve ödevler boyutuyla ele alarak adil yargılanma, özel hayatın ve aile hayatının korunması ve ayrımcılık yasağı ilkeleri çerçevesinde değerlendirir, Mahkeme tarafından vergi uyuşmazlığına ilişkin verilen karar, yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna konu edilerek etki yaratır.<sup>37</sup> Avrupa İnsan Hakları

<sup>36</sup> CERİT, a.g.m., s. 125

<sup>37</sup> GÜMÜŞKAYA, a.g.e., s. 44.

Mahkemesi kararına dayanılarak yapılacak yargılamanın yenilenmesi başvurusunun başvuru süresi bir yıldır.

### **SONUÇ VE DEĞERLENDİRME**

Uluslararası vergi uyuşmazlıklarını, devletler arasındaki çift vergilendirme anlaşmalarının uygulanmasından, yorumlanmasından ve boşluklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile yabancı özel hukuk kişileri ile devletler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar olarak tanımlayabiliriz.

Uluslararası vergi uyuşmazlıklarının çözüm yolların içerisinde en etkin yöntem karşılıklı anlaşma usulüdür. OECD Model Vergi Anlaşması'nın 25. Maddesinde yer verilen bu yönteme çift vergilendirme anlaşmalarında da paralel şekilde yer verilmektedir. Ancak uyuşmazlık sayısının artması, karşılıklı anlaşma usulüne çözümlenmesi gerekecek dosya sayısının fazlalığı dolayısıyla uluslar arası vergi uyuşmazlıkların çözümü bakımından tahkim önem kazanmıştır. Hır ne kadar OECD başlangıçta vergi tahkimine başvurulmasının vergilendirme yetkisine müdahale olarak değerlendirmişse de bu düşüncesinden uzaklaşarak tahkim yöntemini karşılıklı anlaşma usulünün tamamlayıcısı olarak görmeye başlamıştır. Bu bağlamda vergi tahkimine, Avrupa Birliği Tahkim Anlaşması çerçevesinde başvurulmaya başlanmıştır.

Konuya Ülkemiz açısından değerlendirdiğimizde ikili bir ayırım yapmamız gerekir. Diğer devletlerle yaşanan çift vergilendirme sorunları Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Bu anlaşmalarda da, OECD Model Vergi Anlaşmasına paralel şekilde karşılıklı anlaşma usulüne yer verilmiştir. Yabancı özel hukuk kişileri ile yaşanan vergilendirme sorunları ise milletlerarası ticari tahkim ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne vergi yükümlüsünce yapılacak başvuru neticesinde çözümlenmeye çalışılır.

### **KAYNAKÇA**

Adem BANAR, "Çok Uluslu İşletmelerde Transfer Fiyatlandırması, **Vergi Dünyası**, Sayı: 324, 2008.

Billur Yaltı SOYDAN, **Uluslararası Vergi Anlaşmaları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

Billur YALTI SOYDAN, "Vergi Anlaşmalarında Yer Alan Karşılıklı Anlaşma Usulünde Anayasaya Aykırılık Sorunu", **Vergi Dünyası**, Sayı 160, Aralık 1994.

Emrah FERHATOĞLU, “*Uluslararası Vergi Rekabeti ve Sürükleyici Güçleri*”, **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, Haziran 2006.

Emrah FERHATOĞLU, “Uluslararası Vergi Uyuşmazlıklarının Giderilmesi: Avrupa Birliği Tahkim Anlaşması”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.57, Sayı:4, 2008.

Emrah FERHATOĞLU, “Uluslar arası Vergi Rekabeti ve Ulusal Vergi Sistemlerine Etkisinin Avrupa Birliği ve Türkiye Açısından İncelenmesi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Anadolu Üniversitesi S.B.E., Eskişehir, 2005.

Emrah FERHATOĞLU, **Uluslar arası Vergi Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi: Avrupa Birliği Tahkim Anlaşması**, Beta Yayıncılık, 2010.

Esra EKMEKÇİ, **Küreselleşme ve Vergilendirmede Yeni Eğilimler**, Kazancı Hukuk Yayınları, 2003.

Feyyaz YAZAR, Transfer Fiyatlandırmasına İlişkin Düzenlemelerde Yapılan Son Değişiklikler, **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı:32, 2008.

Gamze GÜMÜŞKAYA, **Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Gelir İdaresi Başkanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı 2009 yılından Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarında Yer Alan Karşılıklı Anlaşma Usulüne İlişkin Bir Rehber.

İlhan YILMAZ, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, Beta Yayıncılık, 2004.

Mehmet Akif TUNÇ, “Transfer Fiyatlandırması Uyuşmazlıklarının Çözümünde Peşin Fiyatlandırma Anlaşmaları (Advance Pricing Agreements)”, **E-Yaklaşım**, Haziran 2007.

Mehmet AKTAŞ, “Uluslararası Transfer Fiyatlaması ve Türk Vergi Sistemindeki Konumu-I”, **Yaklaşım**, Sayı 130, Ekim 2003.

Murat YILDIRIM, **Uluslar arası Vergi Hukukunda Tahkim**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Mutlu CERİT, Uluslar arası Tahkim, ICSID ve Türkiye'de Uygulaması, **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı: 322, 2008.

Nami ÇAĞAN, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları,



İstanbul, 1982.

N. Semih ÖZ, **Uluslar arası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri**, Maliye Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.

Ömer BENOKAN, “OECD Model Anlaşmaları Çerçevesinde Vergisel Amaçlı Bilgi Değişimi ve Banka Bilgilerine Erişim”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı:322, 2008.

Selahattin TUNCER, **Çifte Vergileme ve Milletlerarası Vergi Anlaşmaları**, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No: 112-66, Eskişehir, 1974.

Şükrü KIZILOĞLU Zühal KIZILOĞLU, **Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları**, Yaklaşım Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara, 2009, s. 43.

Yusuf Gökhan PENEZOĞLU, “Vergi Uyuşmazlıklarında Uluslar arası Tahkim-I”,

[“Http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/20091215807.htm.”](http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/20091215807.htm),

Erişim Tarihi: 18.05.2011.

Ziya AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, Seçkin, Ankara, 2003.

---

# 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a İlişkin Tespit ve Değerlendirmeler\*

---

AR. GÖR. BURCU ERTEM\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi



## ÖZ

4320 sayılı “*Ailenin Korunmasına Dair Kanun*”<sup>1</sup> 17.01.1998 tarihli ve 23233 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, 26.04.2007 tarihinde kabul edilerek 04.05.2007 tarihli Resmi Gazete' de yayınlanan 5636 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayarak son şeklini almıştır. “*Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik*”<sup>2</sup> ise 01.03.2008 tarih ve 26803 sayılı R.G.'de yayınlanmıştır.

Kanun'un konusunu aile bireylerinin şiddete karşı korunması oluşturmaktadır. Kanun koyucu şiddetin tekrarını önleyici koruma mekanizmasını yalnızca aile bireyleri ile sınırlamıştır. Kanun eşler, çocuklar ve aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri açısından koruma getirmiş, aile içi şiddeti önleme konusunda aile bireyleri açısından ceza hukuku tehdidiyle güçlendirilen bir özel hukuk koruma mekanizması kurmuştur.

Çalışmanın amacını, Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un kurduğu aile içi şiddete karşı koruma mekanizmasının, Kanun ve Yönetmelik hükümleri nazarında ceza ve ceza usul hukuku perspektifiyle yorumlanması .

1 Metin içerisinde yerine göre “AKDK” ya da “Kanun” olarak anılacaktır.

2 Metin içerisinde “Yönetmelik” olarak anılacaktır.

oluşturmaktadır.

## **I. AİLENİN KORUNMASININ İLİŞKİN ANAYASAL VE YASAL DÜZENLEMELER**

Ailenin korunmasına ilişkin hukuki düzenlemelere baktığımızda, hukuki platformda aile korunması gereken bir hukuki değer olarak kabul edilmiş ve normlar hiyerarşisine uygun olarak öncelikle Anayasa'da düzenlenmiştir.

Anayasa'nın "*Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları*" kenar başlıklı 41. maddesi, ailenin korunmasına ilişkin temel ve diğer yasal düzenlemelere anayasal dayanak teşkil eden normdur. Anayasa'nın 41. maddesinin ilk fıkrasında, aile "*toplumun temeli*" olarak ifade edilmiş ve "*eşler arası eşitliğe dayandığı*" vurgusu yapılmıştır. İlaveten, ikinci fıkra ile devlete, "*ailenin huzur ve refahı*" ile "*özellikle ananın ve çocukların*" korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alma görevi verilmiştir.

Anayasa'nın "*Kanun önünde eşitlik*" kenar başlıklı 10. maddesinde ilk fıkrasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı öngörülmüş; ikinci fıkrasında ise devlete kadın-erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesini sağlama yükümlülüğü getirilmiş ve bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı kayıt altına alınmıştır.

Şu halde, kadına aile içinde eşitlik anayasal bir hak olarak tanınmış ve devlete bu eşitliğin yaşama geçirilmesi görevi yüklenmiştir. Aileye ve kadına ilişkin düzenlemelere Anayasa'nın daha pek çok hükmünde yer verilmekle birlikte; ailenin korunmasının ve aile içinde kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğunun anayasal teminatı Anayasa'nın 41. ve 10. madde hükümleridir.

Ailenin ve aile içinde özellikle çocuğun ve kadının korunmasına ilişkin genel nitelikte yasal düzenlemeler, 4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanunu ile 5237 sayılı ve 26.09.2004 tarihli Türk Ceza Kanunu'dur.<sup>3</sup> Hemen ifade etmek gerekir ki, aile içi şiddete yol açan fiil ceza kanunu ile korunan bir hukuki menfaati zedeleyerek ceza yaptırımını ile karşılaşılabileceği gibi, aynı zamanda medeni hukuk kapsamında haksız fiil sorumluluğunu da gerektirebilecektir.

Anılan bu iki yasa dışında, aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin özel kanun niteliğinde olan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, aile içinde kadının ve çocuğun korunması kapsamında,

3 Kadına yönelik evlilik içi şiddetin yasal boyutlarına ilişkin inceleme için bkz. BADUR, E./ ERTEM, B.: "Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları- Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ailenin Korunmasına dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme", TBBT, S. 65, Temmuz/Ağustos 2006, s. 99 vd.

uygulama açısından kilit fonksiyon teşkil etmektedir.

4320 sayılı Kanun tüm aile bireyleri hakkında uygulama bulan, ailenin korunmasına ilişkin en temel ve özel yasadır. 5395 sayılı Kanun ise suç mağduru ve suça sürüklenen suçlar açısından özel düzenlemeler getiren ve bu nedenle çocuklar açısından 4320 Sayılı Kanun'a nazaran özel nitelikte bir kanundur. Ancak bu iki özel kanun arasında 18 yaşından küçükler yani çocuklar açısından işlevsel ve etkin bir hukuki irtibatın kurulamamasının, yasal ve pratik boyutlarda bir takım sıkıntılara yol açacağı düşünülmelidir.

Yasa koyucu 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile aile hakimine, aile içi şiddete müdahale etme yetkisini vermiştir. Burada güdülen amaç, aile bireylerinin aile içindeki şiddete karşı korunmasının, etkin ve hızlı bir şekilde teminat altına alınmasıdır. Zira TMK uyarınca alınacak önlemler, mahkemelerin iş yükü nedeniyle uzun bir süre almakta ve hatta bu tür önlemler aile içi şiddeti önlemede çoğu hallerde yetersiz kalmaktadır. Öte yandan TCK'da ancak suç işlendikten sonra devreye gireceğinden, aile içi şiddete maruz kalan mağdura yönelik ilk acil yardım, 4320 sayılı Kanun kapsamında öngörülen tedbirler vasıtası ile gerçekleştirilecektir.

## II. KANUN'UN KAPSAMINA İLİŞKİN TEMEL KAVRAM VE HÜKÜMLER

### A. Şiddet

Yasa koyucu Kanun'da “*aile içi şiddet*” terimini kullanmakla beraber, şiddet kavramını tanımlamamıştır. Ancak 2008 tarihli Yönetmelik'in “*tanımlar*” kenar başlıklı maddesinin “e” bendinde şiddetin tanımı yapılmıştır: “*Aile bireyinin fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözel ve ekonomik her türlü davranışı*”.

Şu halde yukarıda anılan kapsamda bir şiddet olgusunun varlığı halinde, Kanun'da öngörülen koruma tedbirlerinin uygulanması gündeme gelecektir. AKDK'un uygulanması açısından şiddetin mevcudiyeti yeterli olup, şiddetin tekrar etme tehlikesi aranmaz.

Kanun'un “*aile içi şiddet*” terimini kullanmakla yetinerek, şiddetin hukuki tanımına yer vermemesi ve şiddetin tanımını Yönetmelik'e bırakması, öngörülen koruma tedbirlerine bağlanan ceza yaptırımı nazarında kanunilik ilkesi başta olmak üzere, hukuk devleti gerekleri ile bağdaşabilirliği şüphelidir.

Yönetmelik'te örneklendirme yoluyla da vurgulanan fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet türlerine yol açan “*her türlü davranış*” Kanun kapsamında “*şiddet fiili*” olarak tanımlanmıştır. Şu halde Yönetmelik hükmü dikkate alındığında, Kanun kapsamında koruma kararı verebilmesi için, fiilin ceza hukuku anlamında bir suç fiili ya da haksız fiil teşkil etmesi aranmayacaktır.

Yönetmelik hükmü ile tanımlanan şiddet kavramı Kanun'dan beklenen önleyici koruma fonksiyonunun sağlanması açısından ne derece yerinde ise; Kanun'un şiddet teriminin tanımını bir Yönetmelik'e bırakması da bir o kadar yersizdir. Zira anılan şiddet teriminin tanımı, ileride inceleneceği üzere cezai sorumluluğunun kapsamına etki etmektedir. Şu halde, cezai sorumluluğunun kapsamına etki eden bir hususun yürütme değil, yasama tercihi olarak düzenlenmesi gerektiği kuşkusuzdur. Aksi hali kabul, yasama organınca suç fiili kapsamında görülmeyen fiillerin ve nihayetinde haksız fiil kapsamına dahi girmeyen fiillerin, -Yürütme organının yaptığı şiddet tanımı nazarında- ileride öngörülen ceza yaptırımını sonucunda dolaylı olarak suç teşkil eden fiiller kapsamına girmesini sonuçlayacaktır ki; böyle bir varımın hukuk devletiyle bağdaşabilirliği tartışması bir yana, ileride diğer alanlarda Yürütme organına açacağı kapı son derece tehlikeli olacaktır.

Yukarıda arz edilen değerlendirmeler ışığında, Kanun'da şiddet tanımını bizzat yapması, bu kapsam da Kanun dahiline giren şiddet fiillerinin kapsamının şiddet türleri açısından netleştirilmesi, hem uygulamadaki bazı mahkemelerce koruma kararının verilebilmesi için şiddet fiilinin ceza hukuku kapsamında suç fiili teşkil etmemesi ya da halihazırda açılmış bir kamu davasının mevcut olmayışı nedeniyle oluşan duraksamaların önlenmesi açısından hem de sorumluluğa ilişkin temel hukuk ilkelerine uygunluk açısından, daha uygun bir yasama tercihi olarak görülmelidir.

### **B. Şiddet uygulayan kişi**

Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, şiddet uygulayan ve bu nedenle hakkında tedbir kararına hükmolunacak kişi “*kusurlu eş veya diğer aile bireyi*” olabilir.

Kanun'un 2007 tarihli değişiklik öncesi ilk şeklinde, şiddet uygulayan kişi yalnızca “*kusurlu eş*” olarak ifade edilmişti. Ancak fiili durum dikkate alındığında, aile içi şiddetin yalnızca eşler tarafından değil aynı zamanda kayınpeder ve kayınvalide, kardeşler vs. tarafından da uygulandığı görülmekteydi. Bu nedenle aile içi şiddetin gerçek fiili boyutları Kanun'un

uygulanma kapsamı dışında kalmakta ve böylece Kanun'un kendisinden beklenen şiddete karşı koruma fonksiyonunu gerçekleştirememesi sonucu doğmaktaydı.

Eleştirileri nazara alan kanun koyucu, aile içi şiddetin sadece eşler arası şiddet boyutuna indirgenerek dar yorumlanamayacağı, şiddet olgusunun geniş yorumlanması gereği doğrultusunda 2007 tarihli ve 5636 sayılı Kanun ile “kusurlu eş” ibaresinin yanına “veya diğer aile bireyinin” ibaresini eklemiştir.<sup>4</sup>

Şiddet uygulayan kişi terimi, esasen şiddete karşı koruma muhakemesi açısından hüküm ve sonuç doğurmakta olup, ileride öngörülen ceza tehdidi nazarında yürütülecek olan ceza muhakemesindeki şüpheli sıfatının tespiti açısından da önem kazanmaktadır. Zira Kanun kapsamına girmeyen şiddet uygulayan kişiler aleyhine tedbir kararına hükmedilmesi halinde, usulüne uygun verilmiş bir koruma kararı mevcut olmayacağı cihetle fiilin AKDK md. 2/4'te düzenlenen “4320 Sayılı Kanun Uyarınca Hükmedilen Koruma Kararına Muhalefet Suçu”nu oluşturmaması gereği dikkate alınmalıdır.<sup>5</sup>

### C. Mağdur

Kanun koyucu, AKDK md. 1/1 hükmünde kimler lehine şiddete karşı koruma kararı verilebileceğini tahdidi olarak belirlemiştir. Kanun'un lafzı ve özellikle koruma kararına bağlanan ceza tehdidi nazara alındığında, Kanun'da öngörülen koruma kararının yorum yoluyla Kanun'da öngörülmemiş kişiler lehine uygulanabilirliği ideal hukuk açısından yerinde olsa da, pozitif hukuk açısından mümkün değildir.<sup>6</sup>

Kanun'un ilk metninde mağdur, “eşler, çocuklar veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri” ile sınırlandırılmıştı. 2007 tarihli ve 5636 sayılı

4 5636 Sayılı Kanun'un Genel Gereğinden naklen: “Ülkemizde aile içinde, eşler arasında veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri arasında da şiddetin varlığı bilinen bir gerçektir. Bu durumda şiddet olgusunu geniş yorumlayarak aile içi şiddeti sadece eşler arası şiddet olarak algılamamak gereği ortaya çıkmıştır.....Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrasından farklı olmak üzere ikinci fıkrasında “eş” ifadesinin kullanılmasının, geçen süre zarfında uygulamada, olayın tarafları konusunda kavram karışıklığı yarattığı görülmüştür. Söz konusu karışıklığı ortadan kaldırmak amacıyla “kusurlu eş” ifadesi yerine “Kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin” ifadesinin kullanılması uygun bulunmuştur.”

5 Kanun'un süjeler itibarıyla kapsamının düzeltici yorumla genişletilmesi arayışı, özellikle öngörülen ceza tehdidinin gerçekleşmesi nazarında faillik sıfatının yalnızca kanundan doğacağı gereği doğrultusunda kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir (Ayrıca bkz. dip not 7).

6 Doktrinde ve uygulamada farklı görüşlerin mevcudiyetine rağmen, Kanun kapsamındaki süjelerin tespitine ilişkin yorum faaliyetinde, öngörülen ceza tehdidi nazarında, Kanun'un süje itibarıyla kapsamını genişletmeye vardır düzeltici yorumdan kaçınılmalıdır. Halk arasında imam nikahı olarak da anılan türdeki birlikteliklerin Kanun kapsamına haklı pragmatist gerekçelerle dahil edilmesi çabası sırasında, CK md. 230/5 uyarınca medeni nikah olmaksızın dini nikah yapılmasının hapis cezasını gerektiren bir suç olduğu dikkate göz önünde bulundurulmalıdır. Konuyla ilgili doktrindeki tartışmalar ve uygulama örneklerine ilişkin bkz. KARINCA, E. “KARINCA, E.: Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Aralık 2008, s. 44 vd.



Kanun ile yapılan değişiklikle mağdur kavramının kapsamı genişletilmiş ve “veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin” ibaresi eklenmiştir.<sup>7</sup> Mağdur kavramının genişletilerek, aynı çatı altında yaşama şartı aranmaksızın haklarında ayrılık kararı verilen veya yasal ya da fiilen ayrı yaşayan eşlerin de bu kapsama dahil edilmesi son derece yerinde olmuştur.

Yönetmelik'in “Aile içi şiddet, şikâyet ve ihbar” kenar başlıklı 5. maddesinin ilk fıkrasında, “fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanması muhtemel olan, bu tip hareketlerin tehdidini, baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözel ve ekonomik nitelikte şiddet içeren davranışa maruz kalan” aile bireyinin tedbir talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir.

Kanun'da terimsel açıdan “mağdur” sıfatı tanımlanmamış, ancak Kanun'da “mağdur” terimine dolaylı olarak üç ayrı normda vurgu yapılmıştır. Yapılan ilk vurgu, koruma tedbirlerinin sayıldığı AKDK md. 1/1'nin “e” bendinde yer alan “şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine...”<sup>8</sup> ibaresi iken, yapılan ikinci vurgu ise, “mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde...”<sup>9</sup> ibaresi ile tedbir nafakasına ilişkin AKDK md. 1/3 hükmü olup, anılan her iki normda da “mağdur” terimi, şiddete karşı koruma muhakemesi kapsamında yani lehine koruma kararı hükmedilen ya da hükmedilecek şiddet gören kişi anlamında kullanılmıştır.

Kanun'da yer alan üçüncü vurgu ise, AKDK md. 2/2 hükmünde yer alan “mağdurların şikâyet dilekçesi vermesine gerek kalmadan” kaydırıdır.<sup>10</sup> AKDK md. 2/2 hükmü, bir usul normudur. Öyle ki, AKDK md. 2/2 öngörülen suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı bir suç olmadığını, re'sen (ex officio) kovuşturulacağını kayda almaktadır. Anılan normun usul

7 5636 Sayılı Kanun'un Genel Gereğinden naklen: “.. aynı çatı altında yaşamayan; boşanma veya ayrılık nedeniyle ayrı konutlarda bulunan bireyler ve evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireyleri ve çocuklar da aile içi şiddete maruz kalabildiklerinden, aile içi şiddet mağduru kapsamının gerçeklere uygun olarak düzeltilmesi gerekmektedir.”

8 AKDK md. 1/1- e: “Alkolli” veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmemesi veya bu yerlerde bu maddeleri kullanmaması,”

9 AKDK md. 1/3: “Eğer şiddeti uygulayan eş veya diğer aile bireyi aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise hâkim bu konuda mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde bulundurarak daha önce Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir.”

10 AKDK md. 2/2: “Koruma kararına uyulmaması halinde genel kolluk kuvvetleri, mağdurların şikâyet dilekçesi vermesine gerek kalmadan re'sen soruşturma yaparak evrakı en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirir.”

normu niteliği dikkate alındığında, kullanılan “*mağdurluk*” sıfatının maddi ceza hukuku terimi manasında kullanılmadığının, söz konusu mağdurluk sıfatının şiddete karşı koruma muhakemesi açısından sınırlı olduğunun kabulü yerinde olacaktır.

Sonuç olarak anılan her üç normun kapsam ve nitelikleri dikkate alındığında, kullanılan “*mağdurluk*” sıfatının bir ceza hukuku terimi manasında kullanılmadığının, söz konusu mağdurluk sıfatının koruma muhakemesi açısından sınırlı olduğunun kabulü yerinde olacaktır. Şu halde, “*mağdur*” terimi maddi ceza hukuku terimi manasında kullanılmamış olup, şiddete karşı koruma muhakemesi açısından Kanun kapsamında yer alan şiddet gören kişiye işaret etmektedir.

Yukarıda anılan normlarda yer alan mağdur teriminin şiddete karşı koruma muhakemesi kapsamında şiddet gören kişiye işaret etmekte olduğu yönündeki kabul; şiddete karşı koruma muhakemesi ile ilerideki ceza tehdidinde ilişkin ceza muhakemesinin sükreleri itibariyle ayrıma varılması açısından önem kazanmaktadır.

Son olarak, aile içerisinde karşılıklı şiddet olaylarının varlığı halinde, aleyhine koruma kararına hükmedilen şiddet uygulayan kişinin sonrasında şiddet gören mağdur aleyhine koruma kararı talebinde bulunup bulunamayacağı sorunu gündeme gelebilir. Daha genel bir ifade ile çaprazlama şekilde koruma kararına hükmedilip hükmedilemeyeceği tartışma konusu yapılabilir. Şu kadarını ifade etmek gerekir ki, karşılıklı şiddet olaylarında kusurlu tarafın tespiti oldukça karmaşık ve çetrefillidir. Karşılıklı şiddet olgularında, tarafların karşı şiddete kusurlu olarak neden olmaları hali dışında, çaprazlama şekilde koruma kararının verilmesinin önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır.

### III. KORUMA KARARININ VERİLMESİ VE UYGULANMASI

#### A. Bildirim

AKDK md. 1 hükmü uyarınca, aile mahkemesinin tedbir kararı verilmesini gerektirebilecek nitelikteki şiddet olayına vakıfıyeti, ancak Kanun'da şiddet mağduru olarak sayılan bireylerin doğrudan doğruya kendilerinin yahut Cumhuriyet Başsavcılığı'nın “*bildirimi*” üzerine gerçekleşir. Anılan madde hükmü uyarınca, aile mahkemesi hakiminin ancak bildirim suretiyle harekete geçebileceği ve bu suretle tedbirlere hükmedebileceği şüphesizdir. Hakimin re'sen harekete geçebileceği yönde bir aksi kabul, temel yargılama hukuku

ilkelerine aykırılık teşkil edeceği gibi, HUMK'nun 72. maddesi<sup>11</sup> hükmü ile de çatışacaktır.

Her ne kadar, ihtiyati tedbir talebi kural olarak yalnızca hak sahibi tarafından ileri sürülebilecek ise de; Kanun burada genel kuraldan sapmış ve taleple bağlı bulunmaksızın aile hakiminin ex officio olarak tedbir kararını verebilmesi esasını kabul etmiştir. Anılan husus, Kanun'da öngörülen tedbirlerin sui generis nitelikte olduğunun ve söz konusu koruma tedbiri muhakemesinin salt bir özel hukuk muhakemesi olmaktan öte, ceza muhakemesine özgü unsurları bünyesinde barındıran sui generis nitelikte bir muhakeme türü olduğunun göstergesidir. Hakimin tedbir kararı verebilmesinde, mağdur ya da mağdurların talebi ile bağlı olmaması, şikayet ve ihbar mekanizmalarının önemini arttırmaktadır.

Kanun'un 1. maddesinin ilk fıkrasında, şiddet mağdurunun kendisinin ya da Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirimde bulunabileceği öngörülmüştür. Kanun koyucunun anılan hükümde “*bildirim*” terimini kullanmasına karşın; Yönetmelik düzenleyici Yönetmelik'in 4. maddesinin “f” bendinde (vd. hükümlerde) “*şikayet ve ihbar*” kalıbını kullanmıştır.

Hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte<sup>12</sup> genelde bir ceza muhakemesi kurumu olarak kabul edilen şikayet, suç mağduruna tanınan bir haktır. İhbar ise mağdur dışındaki kişilerin vakıf oldukları bilgiyi ilgili makamlara aktarmasıdır. Şu halde, şikayet mağdura işaret ederken, ihbar mağdur dışındaki kişilere işaret etmektedir.

Yönetmelik'in söz konusu ayrımı dikkate alınmaksızın, elma ile armudu bir kasede toplama yönündeki eğilimi yerinde olmamıştır. Öyle ki, “*ihbar ve şikayet*” kalıbının kullanılması, Yönetmelik'in uygulamayı kolaylaştırması ve Kanun'u netleştirmesi beri dursun, karışıklık ve karmaşıklığa yol açmıştır.

Yönetmelik'in “*tanımlar*”(!) kenar başlıklı 4. maddesinin “g” bendinde , şikayet ve ihbar mercileri olarak genel kolluk kuvvetleri, Cumhuriyet Başsavcılığı ve aile mahkemesi hâkimliği gösterilmiştir. Ancak, hiç şüphesiz, ilgili Kanun hükmü ve diğer Yönetmelik hükümleri nazarında aile mahkemesinin ihbar merci olarak nitelendirilmesi ve taraf sıfatına sahip olmayan ihbarda bulunan kişilerin aile mahkemesine doğrudan başvurabilmesi yönünde bir uygulama söz konusu olamaz.

11 1086 sayılı ve 08.06.1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu md. 72: “*Hakim iki taraftan birinin talebi olmaksızın re'sen bir davayı tetkik ve halledemez.*”

12 Hafizoğulları, Z., Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 525 vd.

Yönetmelik'in “*Aile içi şiddet, şikâyet ve ihbar*” kenar başlıklı 5. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca şikayet ve ihbar “*eşlerden biri veya çocuklar veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden biri veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birisi tarafından*” yapılabilecektir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise ihbarın “*şikayet ve ihbar mercilerine başka bir şahıs tarafından, olayın yazılı, sözlü veya başka bir şekilde bildirilmesi suretiyle de*” yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak Yönetmelik'in ifadesiyle “*başka bir şahsın*”, Yönetmelik md. 4/ (g) uyarınca ihbar ve şikayet mercileri arasında bulunan aile mahkemesi hakimliğine başvurabilmesi kabul edilemez.

Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, şikayet ve ihbar kavramları kullanılacak ise, mağdur ve mağdur olmayan kişiler ayırtımında bir terminolojinin benimsenmesi; bu kapsamda öngörülecek terminoloji farklılığı nazarında tedbir talebinde bulunabilecek kişilerin ve buna ilişkin sürecin ayrı ayrı düzenlenmesi, nihayetinde bu düzenlemenin Kanun düzeyinde yapılması bir yasama tercihi olarak düşünülebilir.

Cumhuriyet Başsavcılığı'nın vakıf olduğu şiddet olaylarını aile mahkemesi hakimine bildirim hususu da, Kanun'un etkinliği açısından önem arz eden bir konudur. Bilindiği üzere, Cumhuriyet Başsavcılığı adli bir olayı ihbar, şikayet ya da bildirim suretiyle öğrenebilir. Şu halde, Cumhuriyet Başsavcılığı herhangi bir yolla mevcut olduğuna vakıf olduğu aile içi şiddet olgusu ve vakalarını aile mahkemesi hakimine iletmekle görevlidir. Yönetmelik'in 5. maddesinin üçüncü fıkrasında, şikayet ya da ihbar mercilerine aile bireyi olmayan diğer üçüncü şahıslar tarafından da ihbarda bulunabileceği, bu durumda ihbarın sözlü, yazılı veya başka bir şekilde bildirilebileceği düzenlenmiştir. Örneğin, medyada yer alan bir programda aile içi şiddet uygulandığına ilişkin beyanlarda bulunulması halinde, Cumhuriyet Savcısı bu durumu ihbar kabul ederek aile mahkemesi hakimliğine bildirimde bulunabileceği düşünülebilir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, Kanun kapsamında yer alan bir şiddet olgusunun varlığına vakıf olan Cumhuriyet Başsavcılığı'nın aile mahkemesi hakimliğine bildirim yapma konusunda takdir yetkisine sahip olup olmadığıdır. Kanun'da yalnızca savcılığın “*bildirmesi üzerine*” tedbir kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Ancak bu konuda Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bağlı yetkiye mi yoksa takdir yetkisine mi sahip olduğu hususu tam olarak

açıklığa kavuşturulmamıştır. Halbuki Kanun'da ilerleyen kısımlarda inceleneceği üzere- koruma kararına aykırı davranış halinde “*re'sen soruşturma yapar*” ve “*kamu davası açar*” ifadelerine yer verilmeyle, kamu davasının açılmasına ilişkin bağlı yetkinin mevcut olduğu açıkça belirtilmiştir.

Yönetmelik'in 5. maddesinin 4. fıkrasında “*Cumhuriyet başsavcılığı müracaat üzerine evrakın onaylı bir örneği ile aile nüfus kayıt tablosunu ihbar yazısına ekleyerek ivedilikle aile mahkemesine gönderir.*” hükmü yer almaktadır. Dikkat edileceği üzere, Cumhuriyet savcısına şikayet ya da ihbar suretiyle bir bildirim alması durumunda takdir yetkisi tanınmamıştır, olayı mutlaka aile mahkemesi hakimine bildirmek mecburiyetindedir. Ancak Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapılmış yazılı ya da sözlü resmi bir bildirim olmaksızın savcılığın şiddet olgusunu kendiliğinden öğrenmesi durumunda, yine de bildirim yükümlülüğünün mevcut olup olmadığı, Yönetmelik'te açıklığa kavuşturulmamıştır.

Kanaatimizce, ihbar veya şikayet dışında aile içi şiddet olgusuna vakıf olan Cumhuriyet savcısı bu durumu da bir ihbar olarak değerlendirmeli ve Kanun'un amacına uygun olarak derhal Aile Mahkemesi Hakimliği'ne bildirimde bulunmalıdır. Tedbir kararına başvurulması gereken bir durumun mevcut olup olmadığına ilişkin durumun tespitinin Aile Mahkemesi Hakimliği'ne bırakılması, Kanun'un öngördüğü sistemin ruhuna uygun olacaktır.

Örneğin, savcılık yürütmekte olduğu bir soruşturma dosyasına ilişkin olarak şikayet şartı gerçekleşmediği, yeterli şüphenin bulunmadığı vs. gibi maddi ya da hukuki nedenlerle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verdiği hallerde dahi, aile mahkemesi hakimliğine bildirimde bulunmalı<sup>13</sup> ve somut olayda tedbir uygulanması gerekip gerekmediğinin takdirini hakimlik makamına bırakmalıdır.

## **B. Yetki ve Görev**

Hukuken geçerli bir koruma kararının varlığı, koruma kararının yetkili ve görevli yargı mercii tarafından verilmiş olmasını gerektirir.

Kanun kapsamında koruma kararı verilmesinde görev, aile mahkemelerininindir. Koruma kararının verilmesi konusunda yetki, Kanun'da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak verilen koruma kararı “*tedbir*” niteliğinde olduğundan ve Kanun ile korunmaya muhtaç menfaatin güncelliği ve acilliği nazara alındığında, koruma kararının en çabuk alınabileceği en yakın

13 CENTEL, N.: “*Mağdurun Korunmasında Yeni Bir Yaklaşım*”, Prof. Dr. Sahir ERMAN'a ARMAĞAN, İÜHF, İstanbul 1999, s. 120.

mahkemeden istenmesi yerinde olacaktır. Bu durum, genel olarak tedbir taleplerinin en az masrafla en çabuk nerede ifası mümkünse o yer mahkemesinden istenebileceği yolundaki HUMK'nun 104. madde hükmüne uygundur. Nitekim, Yönetmelik'te yetki konusu açıkça düzenlenmiş ve koruma kararının “*en az masrafla, en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer aile mahkemesinden*” istenebileceği öngörülmüştür.

### C. Öngörülen Tedbir Türleri

Aile Mahkemesi hakimi, Kanun ile kendisine verilen şiddet olgusu halinde aile birliğine müdahale etme yetkisini, Kanun'da öngörülen tedbirler vasıtası ile kullanmaktadır.

Yönetmelik'in 4. maddesinin “h” bendinde tedbir, “*Aile mahkemesi hâkiminin, şiddet uygulayan eş veya diğer aile bireyi hakkında olayın kapsamı dikkate alınarak re'sen hükmedeceği 4320 sayılı Kanunda yer alan tedbirler ile uygun göreceği benzeri başka tedbirler*” olarak tanımlanmıştır.

AKDK md. 1/1'de tadaden altı bent halinde sayılan tedbirler, örnek kabilinden düzenlenmiş olup, somut olayın özelliğine göre aile hakimi uygun göreceği benzer başka tedbirlere de hükmedebilecektir. Örnek kabilinden öngörülen tedbirler aşağıdaki gibidir:

1. Aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmaması, (ayrıca bkz. Yönetmelik md. 7)
2. Müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer aile bireylerine tahsisi ile bu bireylerin birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmaması, (ayrıca bkz. Yönetmelik md. 8)
3. Aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi, (ayrıca bkz. Yönetmelik md. 9)
4. Aile bireylerini iletişim araçları ile rahatsız etmemesi, (ayrıca bkz. Yönetmelik md. 10)
5. Varsa silah veya benzeri araçlarını genel kolluk kuvvetlerine teslim etmesi, (ayrıca bkz. Yönetmelik md. 11)
6. Alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmemesi veya bu yerlerde bu maddeleri kullanmaması, (ayrıca bkz. Yönetmelik md. 12)
7. Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması, (ayrıca bkz. Yönetmelik md. 13).

#### **D. Koruma Kararı Verilmesinde İspat ve Usul**

Kanun'da koruma kararı talepleri kapsamında şiddet olgusuna yönelik ispat yüküne ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Yönetmelik md. 6/1'de ise *“şiddetin belgelenmesi aranmaksızın”* ibaresi ile mağdur açısından ispat yükünün bulunmadığını ve böylelikle *“iddia eden iddiasını ispatla yükümlüdür”* kuralının koruma kararı talebi açısından geçerli olmayacağı hususu düzenlenmiştir. Şu halde, şiddete maruz kalan mağdur lehine tedbir kararı verilebilmesi için şiddetin belgelenmesi şartı aranmayacaktır.

Şüphesiz Kanun'un amacı dikkate alındığında, aile içi şiddete karşı koruma mekanizmasının etkinliği için ispat yükünün tersine çevrilmesi suretiyle ispat kolaylığı getirilmesi son derece zaruri ve yerinde bir tercihtir. Ancak bu tercihin yürütmenin düzenleyici bir işlemi olan Yönetmelik ile değil ve fakat yasama organı tarafından kanun düzeyinde düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.

Kanun şiddet mağduru kişilerin yahut Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirmesi üzerine şiddetin belgelenmesinin aranmayacağını belirtmekle yetinmiş, ancak üçüncü kişiler tarafından Cumhuriyet Başsavcılığı'na ihbarda bulunulması halinde ispatın belgelenmesi şartı aranıp aranmayacağını netleştirmemiştir.

Kanun koruma kararının geçerliliğini birtakım usul ve şartlara bağlamıştır. Koruma kararının süresi, AKDK md. 1/ 2 hükmü uyarınca altı ay ile sınırlandırılmıştır. İlâveten aynı madde hükmü uyarınca koruma kararının aleyhine koruma kararına hükmedilen şiddet uygulayan kişiye ihtarı zorunlu kılınmıştır.

AKDK md. 1/2'de *“kararda hükmolunan tedbirlere aykırı davranılması halinde tutuklanacağı ve hakkında hapis cezasına hükmedileceği hususu şiddet uygulayan eş veya diğer aile bireyine ihtar olunur.”* hükmü yer almaktadır. Aynı yönde düzenleme Yönetmelik md. 14/2'te *“Verilen kararda, hükmolunan tedbirlere aykırı davranılması hâlinde tutuklanacağı ve hakkında hapis cezasına hükmedileceği konusunda şiddet uygulayan eşe veya diğer aile bireyine ihtarda bulunulur.”* şeklinde yer almaktadır. Ancak ne Kanun'da ne de Yönetmelik'te, ihtarın ne suretle yapılacağı düzenlenmemiştir. Söz konusu ihtar ile, koruma kararının usulüne uygun tefhim veya tebliği anlaşılmalıdır. Koruma kararının aleyhine koruma kararı hükmedilen kişiye usulüne uygun tebliğ, ileride koruma kararına aykırılık halinde öngörülen cezai yaptırımın



uygulanabilmesi açısından şarttır. Nitekim Yargıtay,<sup>14</sup> tedbir kararının sanığa tebliğ edilip edilmediğinin ya da sanığın haberdar olup olmadığının araştırılması gerektiğine işaret etmektedir.

Yönetmelik md. 14/2 “*Koruma kararlarının duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden, işin niteliği gereği en kısa sürede verilmesi esastır. Hâkim tarafından gerekli görülmesi durumunda taraflar dinlenebilir.*” hükmü ile derhal karar verme gereğine işaret etmiştir.

Koruma kararının verilmesi, harçtan muaftır. AKDK md. 1/son uyarınca, “.. *Kanun kapsamındaki başvurular ve verilen kararın infazı için yapılan icraî işlemler harca tabi değildir.*” Aynı yönde düzenlemeye “*Harçtan Muafiyet*” kenar başlıklı Yönetmelik md. 17’de “*Koruma kararı verilmesi için yapılan başvurular ve verilen kararın infazı için yapılan icraî işlemler harca tâbi değildir.*” ifadesiyle yer verilmiştir.

AKDK md. II/1 uyarınca, koruma kararının bir örneği mahkemece Cumhuriyet Başsavcılığı’na tevdi olunacaktır. Kararın uygulanması, Cumhuriyet Başsavcılığı’nca ve genel kolluk kuvvetleri marifeti ile izlenecektir.

#### **E. Koruma Kararına Karşı Yasa Yolu**

Kanun’da koruma kararına karşı yasal başvuru yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yargıtay<sup>15</sup> koruma kararının kusurlu tarafa saldırılarına son verilmesi ihtarından ibaret kısa süreli bir tedbir niteliğinde olduğu; koruma kararının nihai nitelikte olmadığını ve sürekli sonuç doğurmayacağı cihetle, koruma kararına karşı temyiz yolunun kapalı olduğu görüşündedir.<sup>16</sup>

Şu halde, AKDK uyarınca hükmedilecek tedbirler ihtiyati tedbir niteliğinde olduklarından temyizi kabil değildir. Ancak gıyapta verilen koruma kararına karşı aynı aile mahkemesi hakimliğine itirazda bulunulabilir. Ancak aynı mahkemeye yapılacak itirazın, koruma kararlarına bağlanan cezai yaptırım da dikkate alındığında, etkin yasal çare kapsamında değerlendirilmesi oldukça güçtür. Bu kapsamda, anılan kararlara karşı itirazlar titizlikle incelenmeli, adil yargılanma hakkı ve hukuk güvenliği ilkelerine özen gösterilmelidir.

AKHK’nun amacı ve kapsamı, AKHK uyarınca başvurulabilecek

14 Akt: KARINCA, E., s. 36.

15 Y. 2. HD, 12.7.2004, E. 2004/8367, K. 2004/9372.

16 Doktrinde koruma kararının hukuki niteliğine ilişkin tartışma ve görüşler ile konuyla ilgili yargı kararları için bkz. ŞENER, B. Ekin: Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara 2011, s. 141 vd.; Karınca, E. , s. 33 vd.



tedbirlerin de sınırını oluşturmaktadır. Koruma kararında öngörülen tedbirlerde bu sınırın aşılması halinde etkin başvuru hakkının bulunmayışı, gerek hak arama özgürlüğü gerekse hukuk güvenliği ilkesi açısından sakıncalıdır.

#### IV. KORUMA KARARININ İHLALİNE BAĞLANAN CEZA YAPTIRIMI VE TAKİBATI

4320 sayılı Kanun'la aile içi şiddetin önlenmesi amacıyla tadadi nitelikteki tedbirler ile hakime aile birliğine müdahale etme yetkisi veren kanun koyucu, bu tedbirlere uyulmasının ve tedbirlerin etkinliğinin sağlanması için ceza kanunlarının koruyucu ve caydırıcı fonksiyonundan yararlanmış ve bu doğrultuda özel bir suç tipi öngörmüştür.

4320 Sayılı Kanun md. 2/4'te ifade olunan *“fili başka bir suç oluştursa bile, koruma kararına aykırı davranan eş veya diğer aile bireyleri hakkında ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur”* hükmü ile *“4320 Sayılı Kanun Uyarınca Hükmedilen Koruma Kararına Muhalefet Suçu”* ihdas edilmiştir.

Bu ceza normunun amacı, özel hukuk mahkemesi tarafından verilen tedbir kararına uyulmasını teminat altına almak ve bu yolla Kanun'un işlevselliğini sağlamaktır. Burada öngörülen suç tipi öncelikle yasa uyarınca hakim tarafından verilen koruma kararına uyulmasının yani karara konu tedbir yada tedbirlere uygun davranılmasının sağlanması amacına yöneliktir.<sup>17</sup>

Şu halde söz konusu suç tipinin amacı, aile bireylerini doğrudan şiddete karşı korunması ya da şiddet niteliğindeki eylemlerin cezalandırılmasına yönelik değildir. Şiddet uygulayan bireyin fiili, TCK özel hükümler kapsamında yer alan bir normu ihlal ediyorsa, o halde TCK'nun ilgili hükmüne müracaat zorunluluğu ve ilgili hükmün uygulanması gündeme gelecektir. Ancak kuşkusuz koruma kararlarına uyulmasının cezai yaptırıma bağlanması şiddet mağdurlarının korunması açısından da fayda sağlamaktadır.

AKDK md. 2/4'ün uygulama alanı bulabilmesi için, Kanun uyarınca usulüne uygun koruma kararı verilmiş olması ve aleyhine koruma kararı verilen aile bireyinin kararda hükmedilen tedbir ya da tedbirlere uymamak suretiyle koruma kararına aykırı davranışta bulunması zorunludur.<sup>18</sup>

*“4320 sayılı Kanun Uyarınca Hükmedilen Koruma Kararına Muhalefet Suçu”* ile esas itibarıyla aile mahkemesince verilen koruma kararına aykırı

17 CENTEL, N., s. 120, 121.

18 CENTEL, N., s. 120, 121.

davranışlar yaptırma bağlanmış olduğundan, bu bağlamda yetkili hakim tarafından verilen kararlara uyulmasının sağlanması açısından adliyenin otoritesinin ve işleyişinin korunması suç ile korunan öncelikli ve esas hukuki menfaattir. Kanun'un uygulanmasında ve yorumlanmasında her zaman göz önünde bulundurulması gereken husus, Kanun'un gayesinin bizatihi şiddet içeren fiilleri cezalandırmak olmadığı, bunun ötesinde esasen aile içi şiddet olgusunu önleyici koruma mekanizmasının öngörülmüş olmasıdır. Aksi görüş olarak, doktrinde anılan suçun birden fazla hukuki menfaati korumakta olduğu, suçun hukuki konusunun aile bireylerinin “yaşama, vücut tamlığı, haysiyet ve hürriyet gibi kişilik haklarının ve malvarlığına ilişkin haklarının herhangi bir zarar veya tehlikeden koruması” olduğu ileri sürülmektedir.<sup>19</sup>

Suçun faili, Kanun'un 1. maddesi kapsamında yer alan aile bireylerinden, aleyhine koruma kararı verilen kişidir. Suçla korunan hukuki menfaatin adliyenin otoritesinin korunması ve işleyişinin korunması olduğu kabulü altında, suçun mağduru “adliye” ya da “adliye mekanizması” olarak kabul belirlenmelidir. Karşı görüş olarak doktrinde,<sup>20</sup> suçun mağdurunun “aile içi şiddete maruz kalan diğer eş, çocuklar veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri” olduğu ifade edilmektedir. Ancak Kanun'da öyle tedbirler öngörülmüştür ki, bu tedbirlere aykırı davranış doğrudan aile bireylerinin hukuken korunan menfaatlerini ihlal etmemektedir. Bu kapsamda, koruma kararına aykırı davranışın üzerinde etki gösterdiği aile bireylerinin suçun maddi konusunu oluşturabileceği dikkate alınmalıdır.

AKDK md. 2/4'te yer alan “4320 sayılı Kanun Uyarınca Hükmedilen Koruma Kararına Muhalefet Suçu”, kural ve yaptırımdan oluşmaktadır. Kural, yani kanuni tip (kanuni tanım), koruma kararına uyma ya da diğer bir ifadeyle koruma kararına aykırı davranışta bulunmama emridir. Yaptırım yani kuralın ihlalinin doğan cezai sonuç ise, hürriyeti bağlayıcı ceza tehdidi niteliğindeki kısa süreli hapis cezasıdır.<sup>21</sup>

Suçun maddi unsuru, AKDK md. 2/4'deki yasal tanımından hareketle, “koruma kararına aykırı davranış”tır. Koruma kararına aykırı davranış icrai yada ihmali hareketle gerçekleştirilebilir. Suçun manevi unsuru, aksine bir düzenleme mevcut olmadığına göre, kasttır ve genel kast yeterlidir.<sup>22</sup> Centel,<sup>23</sup>

19 Bkz. HACIOĞLU, B.C.: “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'la İhdas Edilen “Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Muhalefet Suçu” Üzerine Bir İnceleme”, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/BHacioglu.html>, erişim tarihi: 02.12.2010.

20 HACIOĞLU, C., s. 2.

21 Asıl ceza normları ile normun kural ve müeyyide unsurları için bkz. TOROSLU, N.: “Ceza Hukuku Genel Kısım”, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 32 vd.

22 Genel kastın varlığının yeterli olduğuna ilişkin görüşler için bkz. HACIOĞLU, B.C.; BALO, Y.S.

failin “*tedbire uymama maksadıyla hareket etmesi*” şeklinde beliren “*özel kast*” aranması gerektiğini ifade etmektedir.

AKDK md. 2/4'te yer alan normun kural unsuru incelendiğinde, kural unsurunun yani “*koruma kararına uyma emrinin*” mahkemece hükmedilen koruma tedbirleri ile somutlaştığı görülmektedir. Ancak AKDK md. 1/1'de söz konusu tedbirlerin tadaden sayılmış olması ve hakimın AKDK md. 1/1 hükmü uyarınca gerektiğinde “*ve benzeri tedbirlere*” de hükmedebilecek olması, suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık tartışmasını gündeme getirmiştir.<sup>24</sup> Öyle ki, AKDK md. 2/4 hükmü, koruma tedbirlerinin kanunda tahdiden sayılmamış olması nedeniyle, “*blanko norm (beyaza norm)*”<sup>25</sup> veya “*açık ceza normu*” olarak ifade edilen, kuralın somut ve güncel olmadığı norm şekline yaklaşmaktadır.

Koruma kararının niteliği ve kapsamı dikkate alındığında, koruma kararının konusunda aile mahkemesi tarafından verilen tedbirlerin belirleyici oluşu kuşkusuzdur; AKDK md. 1/2'de yer alan ve benzeri tedbirler ve AKDK md. 1/1 hükmü uyarınca bu tedbirlere “*benzer tedbirler*” koruma kararının olası konusunu teşkil etmektedir.

Şu halde, AKDK md. 2/4 de öngörülen ceza hükmünde yer alan normda koruma kararına aykırı davranıştan bahsedilmekle, hukuk mahkemesince verilen koruma kararına konu tedbir ya da tedbirlere iç yollama metodu suretiyle yapılan göndermenin, koruma kararı konusu tedbir ya da tedbirleri suçun maddi unsuru haline getirmekte olduğu ve Kanun'da öngörülen koruma tedbirlerinin tadaden sayılmış olması nazarında, AKDK md. 2/4 hükmünün beyaza ceza normu niteliğinde olduğu görülmektedir.

Kanımızca, yargı kararına muhalefeti yaptırım altına alan bu tip ceza normlarına, “*hukuki güvenlik*” ilkesini zedeleyip zedelediği kıtasında yaklaşmak gerekir. Zira bir norma ilişkin olarak açık ceza normudur ya da değildir şeklinde bir yargıya ulaşma çabasının amacı, kanunilik ilkesinin ve hukuk güvenliği ilkesinin zedelenip zedelenmediğini tespit etmektir. Ancak öngörülen ceza normunun, beyaza norm şeklinde belirmesinin yanı sıra koruma kararına karşı etkin başvuru yolu görülmemiş olması hususu da dikkate alındığında; söz konusu unsurların suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin unsuru olan belirlilik ilkesine ve ayrıca hukuk güvenliği ilkesine uyumlu olduğu

23 CENTEL, N., s.121.

24 Doktrinde “*ve benzeri tedbirler*” ifadesinin suç ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal ettiği yönünde görüş için bkz. HACIOĞLU, C.; BALO, Y.S.

25 Açık ceza normu hakkında bkz. TOROSLU, N., s. 34.

söylenemez.

AKDK md. 2/4'de öngörülen suç tipinde, suç tipinin niteliği nazarında, zaruret hali ve meşru müdafaa hükümlerinin uygulanabilirliğinin tartışılmasının ötesinde, herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin uygulama alanı bulması uygun görülmemektedir. Bir görüş, bu suçta kural olarak hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığını, ancak sadece tedip hakkının kullanılması ve mağdurun rızası hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağının tartışılabilir olduğunu ileri sürmektedir.<sup>26</sup> Bir diğer görüş ise, “*ilgilinin rızası*” hukuka uygunluk sebebinin uygulanabileceğine işaret etmektedir.<sup>27</sup>

Ancak yukarıda suçun hukuki konusu ve suçun mağdurunun “*adliye*” ya da “*adliye mekanizması*” olduğuna ilişkin yapılan tespitler doğrultusunda, TCK md. 26 hüküm altına alınan “*ilgilinin rızası*” hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilmesi mümkün görünmemektedir. Öyle ki, yargı mercii tarafından verilen koruma kararının mevcudiyeti karşısında, TCK md. 26 hükmü uyarınca öngörülen mutlak surette tasarruf edilebilen bir hakka ilişkin olma kıstasının karşılanması mümkün görünmemektedir.

Ancak ifade etmek gerekir ki, bu tedbirlere ilgili eşin talebi aranmaksızın re'sen hükmedilebilir nitelikte olması ve bu tedbirlere karşı etkin bir yargı yolunun bulunmayışı üzere hemen akabinde ceza tehdidinin dayatılması; ceza siyaseti tercihi açısından “*ilgilinin rızası*” hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilmesine ilişkin açık bir düzenleme ihtiyacına işaret etmektedir.

AKDK md. 2/4'te “*Fiili başka bir suç oluştursa bile, koruma kararına aykırı davranan eş veya diğer aile bireyleri hakkında ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur.*” hükmü yer almaktadır. Burada yasa koyucu, “*Fiili başka bir suç oluştursa bile*” ifadesi ile gerçek içtima kurallarının uygulanacağını öngörmüştür. Buna göre eğer aynı fiil, birden fazla kanun hükmünü ihlal ediyorsa dahi, fikri içtima kuralları uygulanamayacaktır. AKDK md. 2/4 hükmü, müteselsil suç hükümlerinin uygulanmasına konu olabilir. Örneğin aynı koruma kararına karşı farklı sürelerde birden fazla aykırılık gerçekleştirilirse, müteselsil suça ilişkin hükümler uygulanacaktır. Örneğin koruma kararında öngörülen tedbire aykırı olarak eve birden fazla kez girilmesi.

AKDK md. 2/3'de, suçun şikayete bağlı olmadığı re'sen soruşturulması ve

26 HACIOĞLU, B.C.

27 BALO, Y.

kovuşturulması gereken bir suç olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, koruma kararına uyulmaması halinde genel kolluk kuvvetleri, lehine koruma kararına hükmedilen şiddet mağdurlarının şikâyet dilekçesi vermesini aramayacak, re'sen soruşturma yaparak evrakı en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettireceklerdir.

### **Son Olarak**

Bireyin sosyalleşmesi sürecinin ilk basamağı olan aile, toplumdaki iktidar ve otorite yapısının çözülmesi açısından da temel bir yapı taşıdır. Faşist eğilimli iktidarlara, aile içi şiddete kayıtsız kalan zoraki bir tahammül ile şiddeti kanıksatma eğilimindeyken, temel hak ve özgürlüklerin hukukun egemenliği ile teminat altına alındığı sistemler şiddette ve aile içinde şiddete karşı hem yasal hem de pratik boyutta oldukça etkin prosedürlere yer vermektedir.

Aile toplumdaki güce, ekonomiye ve cinsiyete dayalı eşitsizliğin beslediği ve bunlara bağlı fiziksel, psikolojik, cinsel ve ekonomik güç kullanımının yani şiddetin ortaya çıktığı ilk sosyal basamaktır. Şu halde, aile içi şiddete karşı mücadelede hukuki koruma mekanizmalarının öngörülmesi ve ceza normlarının koruma fonksiyonundan yararlanılması, hem öncelikle aile içi şiddete maruz kalan bireyler açısından hem de genel olarak toplum yararı açısından zorunludur.

Ancak hiç kuşkusuz, günümüzde tüm dünya toplumunun gündeminde konuşlanan çok boyutlu şiddet sorunsalının çözümü yalnızca hukuk kurallarına indirgenemeyeceği gibi; şiddeti koruma adına öngörülen hukuki koruma mekanizmalarının etkinliğinin ceza normlarının bekçiliğine bağlanması da bir o kadar gerçeklikten ve etkin çözümsellikten uzaktır. Öngörülen hukuki koruma mekanizmaları genelde toplumda şiddete karşı bilincin oluşturulması ve özelde aile içinde şiddete karşı korumanın sağlanması açısından son derece önemli ve zaruri olup, söz konusu koruma mekanizmasının ceza tehdidine bağlanması işlevselliğin ve etkinliğin sağlanması açısından önem taşımakta ise de; son tahlilde şiddet sorunsalının tümüyle hallinin hukuka ve özellikle ceza hukukuna özgülenmesi mümkün görünmemektedir. Zira şiddet karşıtı toplumsal bilinç oluşturulmaksızın ve ekonomik- sosyal yapı geliştirilmeksizin, toplumsal mentalite kalıplarına özgü meselelerin hallini hukukla şekillendirmeye kalkmak itici ve çekici güç oluştursa ve nihayetinde emir ve yasaklarla şiddet eğilimi bastırılrsa dahi, meselenin tümüyle halli gerçekçi görünmemektedir.

Bu kapsamda, öngörülen tedbirlere aykırı davranışların cezai yaptırma bağlanması yanı sıra şiddet mağdurlarına etkin sosyal, ekonomik ve hukuki yardımlar sunulması, şiddet mağdurlarının asıl ihtiyacına işaret etmektedir.

### KAYNAKÇA

BADUR, Emel/ ERTEM, Burcu: *“Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları- Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ailenin Korunmasına dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme”*, TBBD, S. 65, Temmuz/Ağustos 2006, s. 99 vd.

BALO, Y. Solmaz.: *“Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması”*, <http://yayin.adalet.gov.tr>, erişim tarihi: 02.12.2010.

CENTEL, Nur: *“Mağdurun Korunmasında Yeni Bir Yaklaşım”*, Prof. Dr. Sahir ERMAN'a ARMAĞAN, İÜHF, İstanbul 1999, ss. 113- 125.

HACIOĞLU, B. Caner: *“4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'la İhdas Edilen “Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Muhalefet Suçu” Üzerine Bir İnceleme”*, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/BHacioglu.html>, erişim tarihi: 02.12. 2010.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.

KARINCA, Eray: *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukusal Durum ve Uygulama Örnekleri*, T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Aralık 2008.

ŞENER, B. Ekin: *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi*, uzmanlık tezi, T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara 2011.

TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Baskı, Ankara 2005.



---

## SALDIRGAN SATIŞ YÖNTEMLERİ VE REKLAMLAR\*

---

ÖĞR. GÖR. DR. ŞİRİN GÜVEN\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi





## I. GİRİŞ

1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'ndan esinlenilerek kaleme alınan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'muzun<sup>1</sup> haksız rekabete dair hükümleri ile, kaynak, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesi amacını(6102 sa. TTK m. 54) güden ve bu doğrultuda rakiplerin, sağlayıcıların, tüketicilerin ve toplumun menfaatlerini eş düzeyde ve kapsamda gözetecek bir haksız rekabet hukuku anlayışı benimsenmiştir.<sup>2</sup> Pazara katılanlar ve rekabetin işleyişine aktif olarak katkıda bulunanlar arasında rakiplerin yanı sıra tüketicilerin aktif rolünün bulunduğu, bu nedenle, tüketicilerin de dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesinden umdukları menfaatlerinin de korunması gerektiği yasal düzenlemelerde dikkate alınmıştır<sup>3</sup>. Nitekim ticarete giderek yaygınlaşan ve özellikle tüketicileri hedef

1 13 Ocak 2011 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş olup, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

2 Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1091 vd.; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinin birinci fıkrasının gerekçesi, TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 15-16; haksız rekabet hukukunun amacı ve koruduğu menfaatler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜVEN, Ş.: Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.

3 Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1091 vd.; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinin birinci fıkrasının gerekçesi, TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 15-16; BT-Drucksache 15/1487, s. 23.

alan ikna edici ve saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, karşılaştırmalı reklamlar, tuzak fiyatlar, hediyeli satışlar, örtülü reklamlar, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının kullanımı, taksitli satış ve benzeri satış şartlarında, tüketici kredilerinde ve bunlara ilişkin form örneklerinde, ilân ve reklamlarda tüketiciyi aldatıcı, kandırıcı, yanıltıcı, belirsiz ifadelerle yer verilmesi, 6102 sayılı TTK çerçevesinde haksız rekabet olarak nitelendirilen ve bu yeni anlayışı yansıtan uygulama örnekleridir. Çalışmamızda, tüketicileri hedef alan saldırgan satış yöntemlerini ve reklamları, 6102 sayılı TTK'nun(m. 55/I-a/8, m. 54) ve onun kaynağını oluşturan 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun ilgili hükümleri(m. 3-h, m. 3-o, m. 2), benzer ilkeleri esas alan Alman Haksız Rekabet Kanunu(paragraf) yanı sıra reklam ve elektronik haberleşme ile ilgili bazı düzenlemeler çerçevesinde ele almaya çalışacağız.

## II. KAVRAMLAR

"Saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar", müşteri(tüketici) üzerinde, kendisini bir şey satın alma mecburiyetinde hissetmesine yol açacak, böylelikle, onun karar alma serbestisine zarar verecek ve hatta bu serbestiyi tamamen ortadan kaldıracak şekilde psikolojik baskı kuran uygulamalardır.<sup>4</sup> Burada müşterinin, sunulan mal ya da hizmeti satın almasının nedeni, söz konusu malı ya da hizmeti niteliği, fiyatı ve diğer unsurları itibarıyla, piyasadaki diğer mal ya da hizmetlerle objektif bir şekilde karşılaştırması ve bunun sonucunda ihtiyacını en iyi şekilde karşıladığına(*emeğe dayalı rekabet ilkesi, Leistungswettbewerb*) dair bir karar vermiş olması değildir. Aksine, yöntemin, müşteriyi, söz konusu malı ya da hizmeti almak zorunda hissedecek kadar etkilemesi, baskı altına sokmasıdır.<sup>5</sup> Dolayısıyla, kişinin seçim yapma ve karar alma serbestisi sakatlanmaktadır.

4 REIMER, D.: La Répression de la Concurrence Déloyale en Allemagne, Paris 1978, s. 667; SCHRICKER, G.: "Unfair Competition and Consumer Protection-New Developments", IIC 3/1977, s. 200; MARTIN-ACHARD, E.: La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, Lausanne 1988, s. 66; SOSNITZA, O.: "German Law of Unfair Competition: Toward Liberal Standards", IIC, 5/2005, s. 537; ARN, R.: La publicité choquante, vers une nouvelle dimension du droit de la concurrence déloyale?, Etude des droits allemand, finlandais, norvégien, français et suisse, Thèse, Lausanne 2001, s. 273, 274-275.

5 REIMER, s. 667; SCHRICKER, s. 200; TROLLER, K. : Manuel du droit suisse des biens immatériels, Tome 2, Basel 1996, s. 963; TROLLER, K./HERING, I.: Switzerland, in: CAMPBELL, D.: "Unfair Trading Practices", The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1996, London 1996, s. 287; DUTOIT, B.: "Les nouveaux délits de concurrence ou le droit à la poursuite de son ombre", La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 Mars 1988 à l'Université de Lausanne, Lausanne 1988, s. 28; BUECHE DE COURT, F.: La Concurrence Déloyale et Les Droits de la Personnalité en tant que Restrictions de la Publicité, Etude Comparée de Droits Civils Suisse, Allemand et Français, Thèse, Lausanne 1979, s. 58.

"Satış yöntemi" ve "reklam", farklı kavramlar olmakla birlikte, günümüz ticarî hayatında başvurulana yeni pek çok satış ve pazarlama yöntemi (televizyondaki alışveriş kanalları ya da internet üzerinden ulaşılan alışveriş siteleri["markafon", "markafoni", "gitti gidiyor" gibi]) karşısında, zaman zaman, her iki uygulamayı birbirinden kesin olarak ayırt etmek oldukça güç bir hal alabilmektedir. Öğretide bu ayırım, yöntemin, belli bir tüketiciye doğrudan, somut olarak ve şahsen yönelip yönelmemesine göre yapılmıştır. Buna göre, eğer yöntem, tüketicilerin geneline, kişisel olmayan bir tarzda hitap ediyorsa, o takdirde *reklam* söz konusu olacaktır.<sup>6</sup> Buna karşılık, eğer yöntem, bir tüketiciye doğrudan, somut olarak ve şahsen yönelmişse, bu durumda, *satış yönteminden* söz edilecektir.<sup>7</sup> Öte yandan, bu ayırımın tümüyle tatminkâr olduğu söylenemez, çünkü uygulamada çoğu zaman satış işlemi ile satış işlemi öncesinde yer alan davranışlar içiçe geçmiş olabilmektedir. Bununla birlikte, aşağıda farklı haksız rekabet hukuku sistemlerinde detaylı olarak incelendiği üzere, bu ayırımı açıklığa kavuşturacak pek çok satış yöntemi örnek olarak verilmiştir. Televizyon aracılığıyla yapılan pazarlama ve satış yöntemleri, ikamette yapılan(kapıdan) satışlar, turistik amaçlı gezilerde yapılan tanıtımlar, satış yöntemi örnekleri arasında değerlendirilmiştir.<sup>8</sup>

### III. SALDIRGAN SATIŞ YÖNTEMLERİ VE REKLAMLARIN FARKLI HAKSIZ REKABET HUKUKU SİSTEMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

#### 1) Alman Hukuku

Saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, Alman öğretisinde "*psikolojik baskı altında satın almalar(psychologischer Kaufzwang, psychological pressure to purchase)*" adı altında sınıflandırılmıştır.<sup>9</sup> Haksız rekabetin rakiplerin ekonomik kişiliklerinin korunmasına hizmet ettiği(*haksız rekabetin ferdî açıdan ele alındığı*) dönemde, sunulan mal ya da hizmetin niteliklerinin, fiyatının, vs.'nin karşılaştırılmasına dayanan rekabete(*emeğe dayalı rekabet ilkesi*) aykırı niteliği ve müşterileri(tüketicileri) etki altına alma derecesi açısından ticarî ahlâk kurallarına aykırı kabul edilmiştir.<sup>10</sup> Daha sonra, tüketicilerin ekonomide, rekabet eyleminin muhatabı olmaları nedeniyle sadece pasif değil; aynı zamanda yaptıkları seçimlerle rekabetin işlerliğine

6 ARN, s. 273.

7 ARN, s. 273.

8 TROLLER, s. 963; TROLLER/HERING, s. 287; ARN, s. 274; DUTOIT, s. 28.

9 REIMER, s. 667; SCHRICKER, s. 200; SOSNITZA, s. 537; ARN, s. 108.

10 REIMER, s. 667.

katkıda bulunduklarından aktif role de sahip oldukları görüşünden hareketle saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, tüketicinin seçim yapma ve karar alma serbestisini sakatlaması ve bunun sonucunda rekabetin işleyişini olumsuz yönde etkilemesi açısından ele alınmaya başlanmıştır.<sup>11</sup>

Müşterinin(tüketicinin) psikolojik baskı altında olduğu olgusu, Alman öğreti ve yargısında oldukça katı bir yaklaşımla değerlendirilmiş, tüketicinin karar alma ve seçim yapma serbestisi üzerinde etkili olabilecek her türlü uygulama yasaklanmıştır. Örneğin, bir yarışmaya katılmak isteyen kimsenin, ücretsiz olarak verilen yarışma biletini alabilmek için bir dükkâna girmek zorunda olması halinde, bu kimsenin dükkândan bir şey satın alma konusunda kendisini psikolojik baskı altında hissedebileceği kabul edilmiştir. Şöyle ki; bu kişi dükkâna girdiğinde, satış personeli ile iletişim kuracağını ve satış personelinin de kendisine potansiyel bir müşteri olarak öncelikli muamelede bulunacağını varsayar. Bu nedenle, dükkâna sadece yarışmaya katılmak için bilet almak üzere geldiğinin anlaşılması durumunda, kişinin, artık potansiyel bir müşteri olarak gerekli ilgiyi ve saygıyı görememe korkusunu duyacağı; böyle bir durumun, müşteride utanma duygusuna yol açabileceği ve bu nedenle, sadece yarışmaya katılmakla ilgileniyor olmasına rağmen, küçük bir alışveriş yapabileceği, dolayısıyla iradesinin etkileneceği ifade edilmiştir.<sup>12</sup> Keza, müşterilerin farklı yerlerde bulunan dükkânlardan ücretsiz olarak nakledilmeleri hizmetinin verilmesi halinde de, satın alma konusunda üzerlerinde psikolojik baskı yaratılacağı kabul edilmiştir.<sup>13</sup>

Piyasalarda yoğunlaşmanın artması ile serbest rekabet ilkesinin daha fazla vurgulanmaya başlanması ve bunun neticesinde haksız rekabet hukukunun daha liberal bir hale getirilmesi ihtiyacının doğması, saldırgan satış yöntemlerine ve reklamlara yönelik yasaklayıcı tutumun değişmesine neden olmuştur.<sup>14</sup> Keza, bilgiye dayalı ekonomilerin gelişmesi ile daha bilinçli ve bilgili bir tüketici

---

11 KAUFMANN, P.J.: Passing off and Misappropriation, IIC Studies, Vol. 9, s. 34.

12 BGH, GRUR 1977, 727 *Kaffee-Verlosung I*; GRUR 1973, 591 *Schatzjagd*; GRUR 1973, 418 *Das goldene A.*; GRUR 1987, 243 *Alles frisch*; GRUR 1998, 735, 736 *Rubbelaktion*; GRUR 2000, 820-821 *Space Fidelity Peep-Show*(Bkz. SOSNITZA, s. 538).

13 BGH, GRUR 1971, 322 *Lichdi-Center*, supra note 93; GRUR 1972, 364 *Mehrwet-Fahrten*; GRUR 1972, 603 *Kunden-Einzelbeförderung*(Bkz. SOSNITZA, s. 538).

14 SOSNITZA, s. 538-539; bununla birlikte, Alman öğretisinde, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun bu saiklerle kaleme alınmış olmasına rağmen, yeterince liberal olmadığı ve özellikle, ortalama makul tüketici anlayışı'na ters düştüğü, bu nedenle, Alman haksız rekabet hukukunun, özellikle reklamlar konusunda, tüm tarafların menfaatleri arasında adil bir denge kuracak düzeye ulaşmadığı şeklinde eleştiriler yapılmıştır, SOSNITZA, s. 537, 539-541; HENNING-BODEWIG, F.: "A New Act Against Unfair Competition in Germany", IIC 4/2005, s. 426.

modelinin<sup>15</sup> ortaya çıkmasının da, bu gelişmede önemli bir payı olmuştur.<sup>16</sup>

2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu ile haksız rekabet hukukunun liberalleştirilmesi hedefinde önemli bir adım atılmış olup, telekomünikasyon yoluyla yapılan doğrudan satış faaliyetleri ya da reklamlar konusunda özel bir düzenleme getirilmiştir(*unzumutbare Belästigungen*,<sup>17</sup> paragraf 7). Buna göre, doğrudan satış faaliyetinin ya da reklamın makul olmayan derecede rahatsız edici ve dolayısıyla haksız olarak nitelendirilebilmesi için,

- a) Reklamın alıcı tarafından istenmediğinin bariz olması,
- b) Tüketicilere önceden açık onayları alınmadan ya da diğer pazara katılanlara, en azından farazi olarak dahi onayları olmaksızın, yöneltilmiş telefon ile aramaların mevcut olması,
- c) İnsan müdahalesinin söz konusu olmadığı otomatik arama sistemlerinin, faksın ya da elektronik postanın, alıcının önceden onayı alınmaksızın doğrudan satış amacıyla kullanılması,
- d) Reklamda yer alan bilgede, adına iletide bulunan kimsenin kimliğinin gizlenmiş olması ya da alıcının bu tür iletilerin sona ermesi için, temel tarifeye bağlı iletişim masrafları hariç, herhangi bir masrafa katlanmaksızın, talepte bulunabileceği geçerli bir adresin bulunmaması gerekir.

Öte yandan, elektronik posta bakımından doğrudan satış faaliyetleri ya da reklamlar ile ilgili genel yasağa bir istisna getirilmiştir. Eğer müteşebbis, müşterinin elektronik iletişim bilgilerini, bir mal ya da hizmetin satışı kapsamında temin etmişse, müteşebbis bu bilgileri kendisine ait benzer mal ya da hizmetin doğrudan satışı için kullanmışsa ve müşteri bu bilgilerin kullanılmasına itiraz etmemişse, elektronik iletişim bilgileri toplanırken müşteriye açıkça ve özellikle bu tür kullanıma her zaman itiraz edebileceği (temel tarifeye dayanan iletişim masrafları dışında başka bir masrafa katlanmaksızın) tavsiye edilmişse, o takdirde doğrudan satış faaliyeti

15 Avrupa Adalet Divanı'nın "ortalama makul tüketici" olarak adlandırdığı ve kolaylıkla ulaşılabilen bilgiyi dikkate almaya istekli, dikkatli, sorumluluk bilinci içerisinde kararlar alabilen tüketici şeklinde tanımladığı kararlarından bazıları, ECJ, [1980] E.C.R. 3839, GRUR Int. 1981, 392 *Fietje*; [2000] E.C.R. I-2321, GRUR Int. 2000, 756 *Darbo*; [1990] E.C.R. I-667, GRUR Int. 1990, 955 *GB-Inno-BM*; [1993] E.C.R. I-2384, GRUR Int. 1993, 763 *Yves Rocher*; [1995] E.C.R. I-1923, GRUR Int. 1995, 804, 805 *Mars+ 10%*; [1994] E.C.R. I-317, GRUR 1994, 303 *Clinique*.

16 KAUFMANN, s. 35; HENNING-BODEWIG, A New Act Against Unfair Competition in Germany, s. 424; SOSNITZA, s. 535-536.

17 "belästigend" kelimesinin Türkçe'de tam olarak karşılığının bulunması oldukça zor, nitekim Henning-Bodewig de terimin, anlam olarak, hem taciz etme, hem rahatsızlık, sıkıntı verme hem zorla girme unsurlarını içermekte olduğunu belirtmiştir, HENNING-BODEWIG, F.: Unfair Competition Law, European Union and Member States, The Hague 2006, s. 133, dp. 393. Çalışmamızda bu terim için, tüm bu unsurları tam olarak kapsamamakla birlikte, "rahatsız edici" kelimesini kullanmayı tercih ediyoruz.

ya da reklam haksız rekabet olarak kabul edilmeyecek ve yasaklanmayacaktır.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere telekomünikasyon yoluyla yapılan ve makul olmayan derecede rahatsız edici doğrudan satış faaliyetleri ya da reklamlar ile kastedilen, tüketicilere ve diğer pazara katılanlara, açık ya da anlaşılır bir talepleri olmaksızın, telefon, faks, elektronik posta yoluyla yöneltilen, makul olmayan derecede rahatsız edici, tacizkâr ya da sıkıntı verici(*unzumutbare belästigend*) reklamlardır.<sup>18</sup> Uygulamanın haksız rekabet eylemi olarak nitelendirilmesinin nedeni, bu yöntem ile, bu tür saldırılara karşı korumasız olan tüketicinin özel alanına tecavüz edilmiş olmasıdır.<sup>19</sup> Burada, pazara katılan olarak tüketiciye, talepte bulunmadığı sürece, herhangi bir pazarlama yönteminin ya da reklamın yöneltilmesinin makul olmayacağı, bu nedenle, kişinin bu konuda açık ya da zımnî rızasının bulunup bulunmadığının aranması ilkesi benimsenmiştir(*opt-out kuralı*).<sup>20</sup> Böylelikle, kişinin özel alanına satış yöntemi ya da reklam yoluyla müdahale edilmesi ve bu müdahalenin yarattığı baskı ortamında karar vermeye zorlanması önlenmek istenmiştir. Tüketici, özel alanında tecavüze uğramadan, sunulan ürünün kendi ihtiyaçlarına, beklentilerine uygun olduğuna kendi iradesiyle ve makul surette karar verebildiği sürece, işleyen rekabetten söz edilebilecektir. Tüketicii karar verme sürecinde baskı altına alacak her tür uygulama haksız rekabet teşkil edecektir.

## 2) İsviçre Hukuku

İsviçre öğretisinde de çoğunluk,<sup>21</sup> başlangıçta Alman hukukunda olduğu gibi, bu tür uygulamalara karşı çok katı bir tutum takınarak tüketicinin karar alma özgürlüğüne zarar verilmesi olgusunu çok geniş yorumlamış ve büyük bir kısmının yasaklanmasını savunmuş olmakla birlikte, İsviçre mahkemeleri, oldukça dar bir yorum yapmışlardır. Şöyle ki; mahkemeler, davranışın haksız rekabet olduğuna hükmedilebilmesi için, "müşterinin karar verme özgürlüğünün, *özellikle* saldırgan satış yöntemleri ile engellenmiş" olmasını

18 SCHRICKER, s. 198-199; HEIDENREICH, J. P.: "The New German Act Against Unfair Competition", <http://www.iuscomp.org/gla/literature/heidenreich.htm>, (6)Unacceptable nuisances (unsolicited communications), sec 7 UWG; bkz. BGH, IIC, 2/1971, s. 101 *Telefonwerbung*; BGH, IIC, 1/1991, s. 113 *Telefonwerbung II*.

19 SCHRICKER, s. 198.

20 HENNING-BODEWIG, Unfair Competition Law, European Union and Member States, s. 133; HEIDENREICH, <http://www.iuscomp.org/gla/literature/heidenreich.htm>, (6)Unacceptable nuisances (unsolicited communications), sec 7 UWG.

21 Bu yazarlardan bazıları, I. von BÜREN, L. DAVID, P. FRIEDRICH, W. SCHLUEP ve E. MARTIN-ACHARD'dır.

22 Konuyla ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından bazıları, FF 1983 II 1037(1101); KaG Zug, 13.10.1990, *Sweepstakes I*; KaG Zug, 17.03.1992, *Sweepstakes II*, 1992, s. 346(355), c. 4.3.1.

öngörmüşlerdir.<sup>22</sup> Haksız rekabetten söz edebilmek için, tüketici üzerinde yaratılan baskı öyle büyük olmalıdır ki, tüketicinin malı almayı reddetmesi çok zor bir hale gelmelidir. Böyle bir baskıdan, satıcı ve alıcı arasında doğrudan bir temasın olması halinde, yarışmaya katılan kimse ile organizatör arasında olduğu gibi, söz edilebilecektir.<sup>23</sup>

İsviçre mahkemelerinin bu yönde yerleşmiş olan içtihatlarından hareketle, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nda "*özellikle saldırgan satış yöntemleri, les méthodes de ventes particulièrement agressives*", dürüstlük kurallarına aykırı uygulamalar arasında düzenlenmiştir(m. 3-h). Hüküm, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da aynı şekilde kaleme alınmıştır(6102 sa. TTK m. 55/I-a/8).

"Özellikle saldırgan" ibaresinden, tüketiciye uygulanan baskının dayanılmaz ya da aşırı olması ve bu nedenle tüketicinin kendisini satın almaya mecbur hissetmesi<sup>24</sup> ve yöntemin kendisine şahsen ve somut olarak, örneğin, evin kapısına gelerek ya da yolda zorla çevirerek yöneltilmiş olması<sup>25</sup> kastedilmektedir. Müşterinin, sözleşmenin akdedilmesinde serbest iradesiyle değil; korku, şükran, nezaket veya utanma gibi duyguların etkisinde kalarak hareket etmesine, adeta köşeye sıkışmasına yol açan her yöntem, bu madde kapsamında değerlendirilecektir.<sup>26</sup> Dolayısıyla, tüketicinin karar alma serbestisini etkileyen her türlü satış yöntemi değil; sadece bu serbestiyi, tüketiciyi o yönde karar vermek zorunda bırakacak derecede sınırlayan, hatta ortadan kaldıran uygulamalar haksız rekabet teşkil edecektir. Böylelikle, rekabet serbestisinin korunması ile müşterilerin karar alma serbestilerinin korunması, diğer bir deyişle, geniş anlamda rekabet edenlerin menfaatleri ile tüketici menfaatleri arasında bir denge sağlanması hedeflenmiştir. Bunun yanı sıra, tüketicinin karar alma serbestisinin sınırlanması, sadece tüketicinin bireysel ekonomik menfaatlerinin zarar görmesi değil; genel olarak, bu sınırlama doğrultusunda verilen kararın piyasayı yanlış yönlendirmesi ve rekabetin işleyişini bozması açısından da değerlendirilmiştir.

Madde kapsamında incelenebilecek eylemler arasında, satışa sunulan malın satın alınmaması halinde sıhhat yönünden tehlike doğacağını imâ etmek;

23 KaG Zug, 17.03.1992, *Sweepstakes II*, RSPI 1992, s. 346(354), c. 4.2.

24 Message du Conseil Fédéral a l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83. 038, s. 1101; MARTIN-ACHARD, s. 66; TROLLER, s. 963; TROLLER/HERING, s. 287; DUTOIT, s. 28; ARN, s. 274; TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 21.

25 ARN, s. 274-275; TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 21.

26 Message du Conseil Fédéral a l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83. 038, s. 1101; DUTOIT, s. 28; ÖZTEK, S.: "Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri", Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 424-425.



ikâmette satışlarda psikolojik yönden baskı yapmak; sokaklarda ve meydanlarda muhtemel alıcıları durdurup mal satmaya çalışmak; herhangi bir sipariş olmadığı halde malı re'sen, posta ile, ikametgâha göndermek(özellikle ödemeli olarak); herhangi bir sipariş olmadığı halde mal satın alınmışçasına fatura yollamak, oldukça cazip fiyatlarla turistik geziler düzenleyip daha sonra gezi esnasında katılımcıları satış teklifleri ile rahatsız etmek sayılabilir.<sup>27</sup>

Bununla birlikte hüküm, Alman hukukundan farklı olarak, sadece müşteriye doğrudan yöneltilen saldırgan satış yöntemlerini ele almış, saldırgan reklamları kapsam dışında bırakmıştır.<sup>28</sup> Aslında, Federal Konsey'in önerdiği kanun tasarısında saldırgan reklamlar da hükmün kapsamında yasaklanmıştı, fakat Parlamento'daki görüşmeler sırasında reklamlar çeşitli nedenlerle madde metninden çıkarılmıştır.<sup>29</sup> Bu nedenlerden ilki, bazı milletvekillerinin bu tasarı ile reklam yapma özgürlüğünün tahammül edilemez ölçüde sınırlandırılmış olacağını düşünmeleridir.<sup>30</sup> İkinci olarak, saldırgan reklamların yasaklanmasının, bilgilendirici reklamlar ile telkin edici reklamlar<sup>31</sup> arasında açık bir ayrıma neden olacağı, bilgilendirici reklamların hukuka uygun olarak nitelendirilirken, telkin edici reklamların genel olarak hukuka aykırı kabul edileceği ve böyle bir ayrıma başvurma konusunda milletvekillerinin istekli olmamasıdır. Son olarak, bir reklamın saldırgan olup olmadığına ilişkin incelemenin yargıç tarafından yapılmasının arzu edilmemesidir.<sup>32</sup>

Bu durumda, saldırgan reklamların tümüyle 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun uygulama alanının dışında bırakıldığı sonucuna varabilir miyiz? Yoksa haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm(1986 ta. İsv. Hak. Rek. Ka. m. 2) çerçevesinde mi ele alınacaklardır? Öğretide çoğunluğu

27 Message du Conseil Fédéral a l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83. 038, s. 1101; TROLLER, s. 963; TROLLER/HERING, s. 287; ARN, s. 274; DUTOIT, s. 28; BUECHE DE COURT, s. 60; KaG Zug, 17 Mart 1992, RSPI 1992, s. 346(354), c. 4.1; Bezirksgericht Zürich, 8 Mayıs 1990, ZR 1994, No. 96, s. 304-305; ÖZTEK, s. 425.

28 TROLLER, s. 963 ; DUTOIT, s. 28-29; ARN, s. 273.

29 ARN, s. 273.

30 ARN, s. 273.

31 *Telkin edici reklam*, objektif içerikten yoksun olan ve yegâne amacı tüketici üzerinde, onu objektif olmayan nedenlere dayanarak satın almaya sevkeden psikolojik bir etki meydana getiren ve böylece karar alma serbestisini etkileyen reklam türü olarak tanımlanmadır, DUTOIT, s. 29; SCHRICKER, s. 201; İsviçre öğretisinde uygulamanın, bir yandan haksız rekabet olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği diğer yandan, saldırgan satış yöntemlerine dair özel hüküm mü yoksa haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm uyarınca mı ele alınması gerektiği konusu halen tartışılmaktadır. *Dutoit*, uygulamanın m. 3-h'den ziyade genel hüküm çerçevesinde incelenmesi gerektiğini savunurken(DUTOIT, s. 29), *Troller*, bu tür reklamın, dürüstlük kurallarına aykırı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda henüz kesin bir yargıya varamadığını ifade etmiştir, TROLLER, s. 963.

32 ARN, s. 273.

oluşturan yazarlar<sup>33</sup> gibi bizim kanaatimiz de saldırgan reklamların haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm(1986 ta. İsv. Hak. Rek. Ka. m.2) çerçevesinde değerlendirilebileceği yönündedir. Aksi durumda, dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesi amacı ile ters düşecek ve haksız rekabet teşkil edebilecek tüm saldırgan reklamlar, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun denetimi dışında kalacaktır ki, böyle bir sonucun arzu edilmesi düşünülemez.

Öte yandan, saldırgan reklamların, haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm(1986 ta. İsv. Hak. Rek. Ka. m. 2) uyarınca ele alınmaları hukuki belirsizliğe neden olabilir. Buna engel olmak için, değerlendirmenin hangi ölçütlere göre yapılacağı belirlenmelidir. Reklamın saldırgan niteliğinin belirlenmesinde, kuşkusuz, saldırgan satış yöntemlerini düzenleyen hüküm(m. 3-h) yol gösterecektir. Dolayısıyla, reklamın "özellikle saldırgan" olması, yani müşterinin, karar verme serbestisini engelleyecek hatta tümüyle ortadan kaldıracak derecede psikolojik ya da fizikî bir baskıya maruz kalması değerlendirmede dikkate alınması gereken ölçütlerdir.<sup>34</sup> Öte yandan, reklam ile müşteri(tüketici) arasında doğrudan bir bağlantının yokluğu karşısında bu koşulun gerçekleşmesi pek mümkün görünmemektedir.<sup>35</sup>

Saldırgan reklamlara yönelik özel bir düzenleme yapma konusundaki isteksiz yaklaşımdan, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nda 01.04.2007 tarihinde yapılan değişiklik<sup>36</sup> ile, telekomünikasyon(telefon, faks, elektronik posta) yoluyla yapılan saldırgan reklamlar bakımından vazgeçilmiştir(m. 3-o). Buna göre, telekomünikasyon yoluyla, talep edilen bilgi ile doğrudan bir bağlantısı olmayan kitle reklam göndermek ve müşterileri, önceden onaylarının alınması, göndereni doğru olarak belirtme ya da onları masrafsız ve kolaylıkla reklama karşı çıkma hakları konularında bilgilendirme gereğini ihmal etmek, dürüstlük kurallarına aykırıdır. Ancak, müşterilerinin adresini, malların, eserlerin, iş mahsüllerinin satışı esnasında temin etmiş olan ve onlara telekomünikasyon yoluyla kitle mesaj gönderilmesine karşı çıkabileceklerini belirtmiş olan kimse, benzer mal, eser ya da iş mahsulü ile ilgili reklamları, onayları olmaksızın onlara yollarsa haksız rekabet etmiş olmaz. Hüküm, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda

33 DUTOIT, s. 28-29; MARTIN-ACHARD, s. 66 vd.; ARN, s. 275.

34 DUTOIT, s. 28; ARN, s. 275.

35 ARN, s. 275.

36 1 Nisan 2007'de yürürlüğe giren Telekomünikasyon Kanunu'nun(RO 2007 921; FF 2003 7245) Ekinin 1. bölümü ile, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'na telekomünikasyon yoluyla yapılan reklamlara ilişkin olan bu özel düzenleme eklenmiştir.

yer alan madde ile büyük benzerlikler göstermekte olup, *opt-out kuralı*'nı dayanak almıştır. Ayrıca, İsviçre'nin Dürüstlükten Sorumlu Komisyonu (Commission Suisse pour la Loyauté)'nun yayınladığı "*Loyauté dans la Communication Commerciale, Ticarî İletişimde Dürüstlük Kuralları*" arasında da saldırgan nitelikte olan doğrudan satım faaliyetleri konusunda benzer bir hükme yer verilmiştir (Kural no. 4.4/2).<sup>37</sup>

#### **IV. 6102 SAYILI TTK'NUN HAKSIZ REKABETE DAİR HÜKÜMLERİ İLE REKLAMLAR VE ELEKTRONİK HABERLEŞME İLGİLİ DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE SALDIRGAN SATIŞ YÖNTEMLERİ VE REKLAMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Hukukumuzda saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, 6102 sayılı TTK'da ve Ticarî Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'te düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK'nun saldırgan satış yöntemlerine dair hükmü (6102 sa. TTK m. 55/1-a/8), 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'ndan aynen kaleme alınmış olup, "İsviçre hukuku" başlığı<sup>38</sup> altında yapılan açıklamalar, haksız rekabet hukukumuz bakımından da geçerli olacaktır. Özellikle mahkemelerin satış yöntemi-reklam ayrımında başvuracağı kriterler ile saldırgan reklamları haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm (m. 55) uyarınca inceleme konusunda istekli davranıp davranmayacakları merak konusudur.

Ticarî Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'te ise, doğrudan satış reklamları (m. 9) ve sipariş edilmeden gönderilen mallar (m. 10) hakkında iki düzenleme yer almaktadır. Buna göre, 9'uncu maddenin c bendinde, reklamı yapılan mal veya hizmetlerin alım satımının, kiralanmasının reklama cevap veren kişinin adresinde gerçekleştirileceği veya sağlanacağı mesajını veren doğrudan satış reklamlarında, reklama cevap verenin, satış temsilcilerinin adresine getirdikleri mal veya hizmeti geri çevirme hakkı olduğunun belirtilmesinin zorunlu olduğu; 10'uncu maddede de, reklamların, tüketiciye sipariş etmediği malı göndererek, bunları reddetmediği ya da geri göndermediği takdirde bedelini ödemeye zorlayan ya da söz konusu malı kabul etmeye zorlanmış izlenimi veren dürüst olmayan satış yöntemleri için kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Madde metinleri yakından incelendiği takdirde, her iki uygulamanın da, tüketicinin karar verme serbestisi üzerinde baskı kurmak suretiyle onu söz konusu malı

37 Bkz. <http://www.lauterkeit.ch/pdf/grundsatzetzeF.pdf>.

38 Bkz. III/2, s. 6-9.

satın almaya zorlayan saldırgan reklamlar olarak nitelendirilebileceği anlaşılmaktadır. 10'uncu maddede yer alan "reklamların, tüketicinin sipariş etmediği malı göndererek.....izlenimi veren dürüst olmayan satış yöntemleri" ibaresinden, bahsedilen uygulamanın aynı zamanda bir satış yöntemi olduğu ve reklamın eşlik etmediği hallerde, 6102 sayılı TTK'nun haksız rekabete dair ilgili hükmü(m. 55/1-a/8) kapsamında ele alınabileceği açıktır.

Öte yandan, telekomünikasyon yoluyla yapılan saldırgan reklamlar konusunda gerek 6102 sayılı TTK'muzda gerek Ticarî Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'te herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun<sup>39</sup> abonelik sözleşmeleri ile ilgili maddesinde(m. 50) İsviçre ve Alman düzenlemelerinin esas aldığı *opt-out kuralı*'nı yansıtan bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, "abonenin önceden izni alınmadan otomatik arama makineleri, faksler, elektronik posta, kısa mesaj gibi elektronik haberleşme vasıtalarının kullanılması suretiyle doğrudan pazarlama, siyasi propaganda veya cinsel içerik iletimi gibi maksatlarla istek dışı haberleşme yapılması halinde, abone ve kullanıcılara gelen her bir mesajı bundan sonrası için almayı reddetme hakkı kolay bir yolla ve ücretsiz olarak sağlanır"(m. 50/5). Madde metninden, elektronik haberleşmenin doğrudan pazarlama amacıyla ile istek dışı yapılması halinde, elektronik haberleşme hizmetine abone olan kimseye kendisine gelen mesajları bundan sonrası için almayı reddetme hakkının sağlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu hüküm ile, kişinin, elektronik haberleşme vasıtaları ile özel alanına tecavüz edilmesini engelleyebilmesine ve böylelikle, bir mal ya da hizmeti satın alması konusunda üzerinde baskı yaratılmasını ve karar verme serbestisinin engellenmesini bertaraf edebilmesine imkân verildiği söylenebilecektir.

Sonuç itibarıyla, hukukumuzda saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar bahsinin oldukça dağınık bir şekilde düzenlendiği gözden kaçmamaktadır. Sözgelimi, saldırgan satış yöntemleri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile haksız rekabet hükümleri arasında düzenlenmiştir. Saldırgan reklamlar ise, haksız rekabeti tanımlayan genel hükümden faydalanmak suretiyle haksız rekabet hukuku, Ticarî Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Yönelik Yönetmelik ile reklam hukuku ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun abonelik sözleşmeleri ile ilgili hükmü uyarınca elektronik haberleşme hukuku kapsamında ele alınabilecektir. Bu durumda, mahkemelerin öncelikle, satış yöntemi ile reklam ayrımını ve "özellikle

39 05.11.2008 tarihinde kabul edilmiş ve 10.11.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

*saldırgan*" ibaresini açıklığa kavuşturacak ölçütler geliştirmek suretiyle, ilgili tüm yasal düzenlemelerin uygulama alanlarını tespit etmesi, daha sonra da bahsi geçen düzenlemeleri, amaçları, korudukları menfaatler ve uygulama alanlarını dikkate alarak, uyum ve bütünlük içerisinde uygulamaları, saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar karşısında tüketicinin etkin bir şekilde korunabilmesi bakımından büyük önem arz edecektir.

#### KAYNAKÇA

ARN, R.: La publicité choquante, vers une nouvelle dimension du droit de la concurrence déloyale?, Etude des droits allemand, finlandais, norvégien, français et suisse, Thèse, Lausanne 2001.

BUECHE DE COURT, F.: La Concurrence Déloyale et Les Droits de la Personnalité en tant que Restrictions de la Publicité, Etude Comparée de Droits Civils Suisse, Allemand et Français, Thèse, Lausanne 1979.

DUTOIT, B.: "Les nouveaux délits de concurrence ou le droit à la poursuite de son ombre", in: La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 Mars 1988 à l'Université de Lausanne, Lausanne 1988, s. 17-34.

GÜVEN, Ş.: Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.

HEIDENREICH, J. P.: "The New German Act Against Unfair Competition", <http://www.iuscomp.org/gla/literature/heidenreich.htm>.

HENNING-BODEWIG, F.: "A New Act Against Unfair Competition in Germany", IIC 4/2005, s. 421-433.

HENNING-BODEWIG, F.: Unfair Competition Law, European Union and Member States, The Hague 2006.

KAUFMANN, P.J.: Passing off and Misappropriation, IIC Studies, Vol. 9.

MARTIN-ACHARD, E. : La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, Lausanne 1988.

Message du CF à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038.

ÖZTEK, S.: "Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri", Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, s. 417-429.

REIMER, D.: La Répression de la Concurrence Déloyale en Allemagne, Paris 1978.

SCHRICKER, G.: "Unfair Competition and Consumer Protection-New Developments", IIC 3/1977, s. 185-228.

SOSNITZA, O.: "German Law of Unfair Competition; Toward Liberal Standarts", IIC 5/2005, s. 525-542.

TROLLER, K. : Manuel du droit suisse des biens immatériels, Tome 2, Basel 1996.

TROLLER, K./HERING, I.: Switzerland, in: CAMPBELL, D.: "Unfair Trading Practices", The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1996, London 1996.

TTK Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2005.

---

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 6. MADDESİ  
ÇERÇEVESİNDE YASAYLA KURULMUŞ YETKİLİ, BAĞIMSIZ  
VE TARAFSIZ MAHKEME ÖNÜNDE YARGILANMA HAKKI\*

---

AR. GÖR. M. SERHAT KAŞIKARA\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi



## I. GİRİŞ

*“Asıl önemli olan, dengenin kimin aleyhine bozulduğudur.”*

**Nashquaeff**

İnsan hakları, demokrasi ve hukuk devleti; son yüzyılın yükselen değerleridir ve insanlığın bin yıllar süren adâlet, özgürlük ve eşitlik mücadelesi sonucunda elde edilmişlerdir. Bu değerlerin yargılama alanındaki en önemli yansıması ise âdil yargılanma hakkıdır.

Âdil yargılanma hakkı, dokunulmaz ve vazgeçilmez bir hak olarak, yargılamanın insan haklarına ve demokratik kurallara en uygun şekilde yapılmasının ve böylelikle, insan hakları ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının garantisidir.

Günümüzde demokratik devlet olmanın vazgeçilmez unsurlarından biri hâline gelen âdil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin de en önemli gereklerindendir. *Hukuk devleti* kavramı, şiddet tarafından çevrelenmiş bir dünyada, demokrasi ve insan haklarının insanlık içinde tutunabilmesi gayretleri bakımından hayati önem taşımaktadır. Âdil yargılanma hakkı, hukuk devleti ve adâletin en önemli koruyucularından birisidir. Âdil yargılanma



kavramı, evrensel adâletin sağlanması amacıyla hem usûlî hem maddî hukuka ilişkin bazı hususların yerine getirilmesini gerektirmektedir.<sup>1</sup> Bu bağlamda devletler, âdil yargılanma hakkını, ya anayasalarındaki *temel haklara* ilişkin bölümde ayrıca belirterek ya da *hukuk devleti* kavramını geniş yorumlayarak güvence altına almaktadırlar.<sup>2</sup>

Hukuk devleti kavramının ilk akla getirdiği çağrışım, genellikle devlet gücünün *hukuk* ile bağılılığıdır. Ancak, sıklıkla unutulmuş bir husus vardır ki o da hukuk devletinde yasakoyucunun, yasa hazırlarken göz önünde bulundurması gereken belirli bir *maddî içeriğin* olduğudur. Özellikle Ceza Muhakemesi Hukuku gibi kişisel hakların bazı zorunlu durumlarda sınırlandığı bir hukuk dalına ilişkin düzenlemelerde dikkat edilmesi gereken *asgarî garantiler* vardır. Bu garantiler, hukuk devleti ilkesine dayanır ve değişik ulusal hukuklarda farklı şekillerde ortaya çıkarlar. Bu garantilerin hiçbirisinin temel içeriği herhangi bir şekilde sınırlandırılmaz.<sup>3</sup> Bu açıdan, diğer insan hakları gibi, âdil yargılanma hakkının da hür, demokratik ve hukuka saygılı tüm rejimlerde güvence altına alınması bir zorunluluktur. Dolayısıyla âdil yargılanma hakkı, dokunulmaz ve vazgeçilmez bir hak olarak, yargılamanın insan haklarına ve demokratik kurallara en uygun şekilde yapılmasının ve böylelikle, insan hakları ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının garantisidir.

Tarihin başlangıcından günümüze kadar gelen zaman diliminde «*âdil yargılanma ilkesi*» çok ciddi aşamalar kaydederek, günümüzde birçok anayasa, uluslararası sözleşme ve ulusal yasada güvence altına alınmıştır. Âdil yargılanma hakkı, en açık ifadesi ile ilk kez Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) ifadesini bulmuş, âdil yargılanma hakkının temelini teşkil eden birtakım hak ve ilkeler, Sözleşme maddelerinde açıkça ifade edilmiştir. Bu hakkı tamamlayan bir kısım hak ve ilkeler ise, âdil yargılanma hakkının *zımnî unsurları* olarak Sözleşme Organları'nın içtihatları ile belirlenmiştir.

Âdil yargılanma hakkı, genel itibarıyla, yasayla ve yargılama konusundan önce kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, mâkul bir süre içerisinde, hakkaniyete uygun yargılanma; yargılamanın açık yapılmasını ve hükmün açık oturumda verilmesini isteme, masumiyet karinesinden yararlanma; suçlamadan önceden haberdar edilme; savunmayı hazırlamak için

1 Karakehya, H.: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma (Doktora Tezi)*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2007, s.20-21'deki dn.66'dan dolayı atıfla.

2 Karakehya (2007) age.: s.20'deki dn.67'den dolayı atıfla.

3 Karakehya (2007) age.: s.20'deki dn.68'den dolayı atıfla.

gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma; kendi kendini savunma veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanma; iddia tanıklarının sorguya çekme veya çektirme; duruşmada kullanılan dili anlamadığı ve konuşamadığı takdirde herhangi bir ücret ödemeksizin tercüman yardımından yararlanma... gibi birçok hak ve ilke içermektedir.

İnsan haklarının en temel unsurlarından biri sayılabilecek nitelikteki *âdil yargılanma hakkı* çerçevesinde mütalâa edilen «*yasayla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkı*»nı ele aldığımız bu çalışmada, gerek Türkiye uygulaması gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) uygulaması, titizlikle incelenmiş ve böylece, Sözleşme'nin 6. maddesinde açıkça ifadesini bulan âdil yargılanma ilkesinin, hukuk sistemimize yansımaları ortaya koyulmaya çalışılmış; bununla beraber, pratik nedenlerden ve mevzuattan kaynaklanan problemlere değinilerek hukuk sistemimiz açısından ideal olana yönelik, bir katkı sağlaması amaçlanmıştır. Söz konusu bu hakkın önemi dolayısıyla, içeriğindeki kavramlardan ne anlaşılması gerektiği ve bu kavramların kapsamına nelerin dâhil olup olmadığı gibi temel sorular üzerinde durularak, öğretilerdeki yaklaşımlarla birlikte, mahkeme içtihatları da birlikte ele alınıp işlenmeye çalışılmıştır.

## II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE GETİRDİĞİ DENETİM MEKANİZMASI

### A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS, Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış ve Sözleşme gereği 10 üye ülkenin kabulü ile 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz Sözleşme'yi, 10 Mart 1954 tarihinde 6366 Sayılı Yasa ile uygun bulmuş, 18 Mayıs 1954 tarihinde de Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne vermesiyle birlikte, Sözleşme yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten itibaren de Sözleşme, ülkemiz için Anayasa gereği bir bağlayıcılık kazanmış ve iç hukukumuzun bir parçası hâline gelmiştir. Böylece Türkiye, AİHS'ni imzalamakla, Sözleşme'de yer alan bütün hak ve özgürlüklere, hem *kendi vatandaşları*, hem de ülkesinde bulunan *tüm yabancılar* için uyma yükümlülüğü altına girmiştir.<sup>4</sup>

Öğretilde, AİHS'nin *sui generis*<sup>5</sup> bir niteliğe sahip olduğu ve bu özelliği nedeniyle de klasik uluslararası sözleşmelerden farklı şekilde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>6</sup> Bu ayrıcalık da, Sözleşme'nin,

4 Gölcüklü, F. / Gözübüyük, A. Ş.: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara 1996, s.18.

5 Kendisine özgü (bir yapıda) olan; nev'i şahsına münhasır.

taraf devletlere bazı yükümlülükler getiren emredici nitelikleri olan **ortak hukuk belgesi** olması esassından kaynaklanmaktadır.<sup>7</sup>

Sözleşme ve beraberinde AİHM kararları, Sözleşme'ye taraf ülke olmamız ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerini yasalarımızdan üstün tutmamız nedeniyle, bugün için hukuk uygulayıcıları ve mevzuatımız açısından **bağlayıcı** nitelik arz ettiğinden, bu bağlamda, özellikle hukuk pratiği ile uğraşan değerli yargıç ve savcılarımızın, Sözleşme hükümlerinden faydalanmaları ve bu yönde özel gayret göstermeleri, artık bir **zorunluluk** hâline gelmiştir.<sup>8</sup>

### 1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Özellikleri

#### a) Kişilerin bireysel olarak uluslararası hukukta hak sahibi olması

AİHS, şimdiye kadar yapılmış olan diğer sözleşmelerden farklı olarak, uluslararası hukukta birtakım yeni gelişmelere yol açmıştır. Sözleşme'nin özelliği, alışılmışın dışında olarak, bireylere bazı haklar tanımış olmasından gelir. Sözleşme, bireye, haklarını ihlâl eden devlete karşı AİHM'ne başvurabilme imkânını vermiştir.<sup>9</sup> İnsan haklarının ihlâl edilmesinden dolayı bir devletin, Sözleşme'ye taraf devletlerarası bir yargının önüne çıkarılması ve böylece uluslararası adâletin, ulusal adâlete benzetilmesi, ancak AİHS ile gerçekleşmiştir. Bunun sonucunda birey, uluslararası hukukta da **hak sahibi** durumuna gelerek **uluslararası hukukun bir süjesi** olmuştur.<sup>10</sup>

#### b) Bireysel başvuru hakkının, Sözleşme'nin belkemiği olması

AİHS'nin bireylere tanımış olduğu **«bireysel başvuru hakkı»**, Sözleşme ile getirilen denetim mekanizmasının *en önemli* parçasıdır. Bu denetim yolunun işleyebilmesi için, şikâyet edilen devletin, bireysel başvuru konusunda söz konusu hakkı ve AİHM'nin yargı yetkisini bir bildirimle tanımış olması ve Sözleşme ile birlikte protokol ve eklerini de imzalayıp onaylayarak kabul etmiş olması gerekmektedir.

Sözleşme, bireysel başvuru yolunu devletin isteğine bırakmıştır. Kişi, söz konusu bireysel başvuru yolu ile Sözleşme'ye taraf devlete karşı *etkin bir*

6 Çavuşoğlu, N.: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Özel Dizi No.1, Ankara 1994, s.83.

7 Tunç, H.: **“Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi”**, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 2000, C.17, s.184.

8 Çelik, A.: **1982 Anayasası'nda Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006, s.195.

9 Erşen, S.: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)**, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2007, s.35.

10 Gölcüklü / Gözübüyük (1996) age.: s.10.

şekilde korunabilmektedir.<sup>11</sup>

### c) Devlet başvurusu olanağı olması (Ortak güvence)

AİHS'nin temel özelliklerinden birisi de «*ortak güvence*» olarak da isimlendirilen «*devlet başvurusu*» mekanizmasıdır. Sözleşme'nin tanımış olduğu bireysel başvuru hakkının yanında ikinci bir denetim yolu olan devlet başvurusunda, şikâyet edilen devletin, AİHM'nin yetkisini tanımamasına gerek bulunmamaktadır. Sözleşme'ye taraf olan devletler,<sup>12</sup> kendiliğinden bu yetkiye sahiptirler.<sup>13</sup>

Sözleşme'ye taraf olan devletlerden her biri, Sözleşme ile teminat altına alınan hak ve özgürlüklerin korunmasından sorumlu tutulmuştur. Devletlerin bu yükümlülüğü, yalnızca kendi vatandaşlarını veya kendi çıkarlarını koruma amacına yönelik değil; Sözleşme'nin uygulama alanı içerisinde bulunan *herkesin*<sup>14</sup> haklarına ve genel olarak da AİHS'ne saygı gösterilmesi amacına yöneliktir.<sup>15</sup> Hukukî durum böyle olmasına rağmen uygulamada devletler bu hakkı ya siyasî baskı aracı olarak ya da kendilerinin veya uyruklarının çıkarlarını korumak için kullanmaktadırlar. Bu yüzden, devlet başvuruları genellikle *siyasî* amaç gütmektedir.<sup>16</sup>

### ç) Sözleşme ile getirilen güvencenin, talî (ikincil) nitelikte olması

AİHS'nin benimsediği sistemde, insan haklarının *iç hukuk* tarafından korunması *asıldır*. Dolayısıyla, söz konusu koruma, *talî (ikincil)* niteliktedir. Bu nedenle, bireyin Sözleşme'ce öngörülen güvenceden yararlanabilmesi için, *iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekecektir*. Bundan da, Sözleşme'nin öngördüğü korumanın, *tamamlayıcı* bir koruma olduğu sonucu çıkmaktadır.<sup>17</sup>

### d) Karşılıklılık ilkesine dayanmaması

AİHS'ne taraf olan devletlerin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülükleri, *nesnel nitelikte* bir yükümlülüktür ve «*karşılıklılık ilkesi*»<sup>18</sup> ne dayanmamaktadır. AİHS, kişilere sağlanan temel hak ve özgürlüklerin Sözleşme'ye taraf olan devletlerce çiğnenmesini, *karşılıklılık koşulu* ya da *yurttaşlık bağı* aranmaksızın koruma amacına yönelik bir sözleşmedir.<sup>19</sup>

11 Erşen (2007) age.: s.35.

12 Diğer bir deyişle: *Akit Devletler* ya da *Yüksek Sözleşmeciler*.

13 Gölcüklü/ Gözübüyük (1996) age.: s.10.

14 Bkz.: AİHS'nin 1. maddesi.

15 Erşen (2007) age.: S.36.

16 Gölcüklü/ Gözübüyük (1996) age.: S.11.

17 Gölcüklü/ Gözübüyük (1996) age.: S.11-12.

18 Öğretide bu ilke, «*mütekâbiliyet esası*» ya da «*mücamele şartı*» olarak da anılmaktadır. Uluslararası hukukta ise, «*comitas gentium*» (*nezaket kuralı*) olarak anılır.

19 Erşen (2007) age.: s.36. Bu nedenledir ki; Sözleşme'ye taraf olan devletler, Sözleşme'de yer alan bütün hak ve özgürlüklere, hem *kendi vatandaşları* açısından, hem de ülkesinde bulunan *tüm yabancılar* açısından uyma yükümlülüğü altına girmiştir

### e) Sözleşme ile sağlanan haklardan yabancıların da yararlanması

Sözleşme'nin bir başka özelliği de, Sözleşme kurallarının, Sözleşme'nin tarafı olan devletin *sadece vatandaşlarına değil*, o devletin yetki alanı içerisinde yaşayan *herkese* uygulanabilmesidir. AİHS'nin 1. maddesinde belirtildiği üzere, Sözleşme'nin tarafı olan devlet, Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlükleri «*kendi yetki alanında bulunan herkese*» tanımak zorundadır. Bu düzenlemeden de anlaşılmaktadır ki; *vatandaşlık bağı*, hakların korunmasının bir *önkoşulu* değildir.<sup>20</sup> Bu yüzden, Sözleşme'nin içerdiği diğer maddelerle birlikte özellikle 6. maddesi, içinde barındırdığı tüm hakları, bütün insanlar açısından ister vatandaş ister yabancı isterse vatansız olsun, aralarında hiçbir ayırım gözetmeksizin herkes için garanti etmektedir.<sup>21</sup>

### f) Sözleşme'nin iç hukuku etkilemesi

AİHS, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin çoğunda, iç hukukun bir parçasıdır. Sözleşme, anlayış ve uygulama tarzına göre, kimi ülkelerde *anayasa* seviyesinde, kimilerinde *yasa* seviyesindedir. Sözleşme, iç hukuku etkileyen ve ortak hukuk kuralları koyan bir belgedir.<sup>22</sup>

Ulusal mahkemelerin, bir olayda iç hukuk hükümlerini yorumlayıp uygulayarak verdikleri kararlar nedeniyle AİHM'nin Sözleşme'ye aykırılık tespit etmesi, aynı yönde çıkması muhtemel ihlallerin önlenmesi için ulusal mahkemeleri Sözleşme'ye uygun bir paralellikte içtihat değişikliğine zorlamaktadır. Aynı doğrultuda olarak, idarece verilen kararlar dolayısıyla AİHM'nin Sözleşme'ye aykırılık tespit etmesi, söz konusu ihlallerin idarece tekrarlanmaması için, iç hukukta değişikliğe gidilmeyi gerektirmektedir.

Sözleşme'nin iç hukuku etkilemesi, Sözleşme'ye aykırı olan yasa ve düzenlemelerin, Sözleşme'ye uygun bir duruma getirilmesi şeklinde olmaktadır. Örneğin, Avusturya, Ceza Muhakemesi Yasası'nı; Almanya, Geçici Tutuklamaya İlişkin Yasası'nı; Norveç de, din özgürlüğü açısından Anayasası'nı, Sözleşme'ye uygun duruma getirmiştir. Ülkemiz de bu bağlamda, Anayasa ve yasalarını Sözleşme'ye uygun hâle getiren ülkelerdendir.<sup>23</sup>

## 2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzdaki Yeri ve İç Hukuka Etkisi

Uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki yeri hususunda 1982

20 Gölçüklü/Gözübüyük (1996) age.: S.12.

21 Ladewig, H-M.: “*Adil Yargılanma Hakkı - I*”, Çeviren: Özlem YENERER ÇAKMUT, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku - Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, Ankara 2004, s.246.

22 Erşen (2007) age.: s.37.

23 Erşen (2007) age.: s.37.

Anayasası'nın 90. maddesinde,<sup>24</sup> üç önemli kural öngörülmüştür. Bunlardan ilki, uluslararası sözleşmelerin **yasa gücünde** olduğu; ikincisi, uluslararası sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılığının **ileri sürülemeyeceği**; üçüncüsü ise, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, uluslararası sözleşme hükümlerinin **esas alınacağıdır**. Anayasa'nın bu hükümleri, **âmir** niteliktedir.

Türk hukukuna göre, bir uluslararası sözleşmenin yürürlüğe girerek iç hukukta uygulanabilmesi için, söz konusu sözleşmeyi TBMM'nin bir yasa ile uygun bulması ve bu sözleşmenin, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması ve akabinde de Resmî Gazete'de yayımlanması gereklidir<sup>25</sup>

Anayasa'nın 90. maddesinden, uluslararası sözleşmelerin **yasa gücünde olduğu ve doğrudan hüküm doğurduğu** anlaşılmaktadır<sup>26</sup>. Ayrıca usûlüne uygun olarak yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmelerin, iç hukuk düzeninde **geçerli ve bağlayıcı olacağı** kesin olarak belirtilmiş olmaktadır. Diğer yandan,

**24 Madde 90:** Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hâllerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî antlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır. Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7. madde) Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.

**25** Bkz.: 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin 1. Fıkrası.

**26** Pazarcı, H.: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 1. Kitap, 2. Bası, Ankara 1989, s.100. Fakat bu husus, öğretide oldukça tartışmalıdır. Gözler, K.: **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa 2001, s.439-459: "Uluslararası antlaşmaların Türk hukuk normları hiyerarşisindeki yeri Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasında açıkça belirlenmiştir. Buna göre: 'Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir'. Bu açık hükme rağmen Türk hukuk literatüründe uluslararası antlaşmaların yeri konusunda, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından hareketli tartışmalar yapılmıştır. Anayasanın sözünden hareket eden Seha L. MERAY, Tahsin Bekir BALTA, Hüseyin PAZARCI ve Ergun ÖZBUDUN'a göre; uluslararası antlaşmalar, iç hukuk normları hiyerarşisinde «kanunla aynı seviyede» bulunurlar. Kanunla bir antlaşma arasında çatışma çıkarsa, bu çatışma, «lex posterior derogat legi priori» (sonraki kanun önceki kanunları ilga eder) esasına göre çözülür. Türk doktrininde Mümtaz SOYSAL, Edip F. ÇELİK, A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Tekin AKILLIOĞLU, İbrahim Ö. KABOĞLU, Süheyl BATUM ve Necmi YÜZBAŞIOĞLU tarafından savunulan ikinci bir görüşe göre ise; genelde uluslararası antlaşmalar ve özelde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi normları, Türk kanunlarının üstünde bir değere sahiptir. [...] Kanımızca, uluslararası antlaşmalar ile Türk kanunları arasında bir hiyerarşi yoktur. [...] Dolayısıyla, uluslararası antlaşmalar Türk normları hiyerarşisinde Anayasanın altında ve kanunlar ile aynı düzeyde yer alır. Bu nedenle, uluslararası antlaşmalar, kanunların üstünde bir değere, yani anayasal değere sahip değildir." . Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Meray, S. L.: **Devletler Hukukuna Giriş**, C.I, Ankara 1968, s.132;



uluslararası sözleşmeler hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı belirtildiğine göre, normlar hiyerarşisi yönünden uluslararası sözleşmelerin, *diğer yasaların üstünde* bir statüye sahip oldukları söylenebilir.<sup>27</sup>

AİHS, 1. maddesiyle, Sözleşme'yi imzalayan ülkelerin, yetki alanları içinde bulunan herkese, Sözleşme'nin 1. bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerin tanınmasını zorunlu hâle getirmiştir. Bu yükümlülüğü nasıl yerine getirecekleri ise, Sözleşme'ye taraf olan devletlere bırakılmıştır.<sup>28</sup>

AİHS, Türkiye tarafından imzalanmakla, iç hukukumuzun bir parçası hâline gelmiş, mahkemeleri ve bütün kamu otoriteleri için bağlayıcı bir nitelik kazanmıştır.<sup>29</sup>

Sözleşme'nin düzenlemiş olduğu hukuk kuralları ile diğer ulusal hukuk kuralları arasında bir çatışma olması durumunda, yargıcın, Sözleşme kurallarına üstünlük tanınması ve ulusal kuralları Sözleşme'ye uygun bir biçimde yorumlaması gerekir.<sup>30</sup> Bu yüzden, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay'ın süreklilik kazanan içtihatlarında; AİHS'nin, *yasalar-üstü konumda* olduğunu, Yürütme ve Yargı organları için *bağlayıcı* nitelik taşıdığını, iç hukukta *doğrudan* sonuçlar meydana getirdiğini ve mahkemelerce *öncelikle* uygulanmasının zorunlu olduğunu kabul etmektedir.<sup>31</sup> Hattâ Anayasa Mahkemesi bir kararında, Sözleşme'yi «*anayasa kuralı*» olarak değerlendirmiş ve böylece Sözleşme'nin, «*anayasal değer taşıdığını*» kabul etmiştir.<sup>32</sup> Danıştay 5. Dairesi de, *ifade özgürlüğü* ile ilgili olarak verdiği bir kararında, Sözleşme'nin 10. maddesini uygulamıştır. Danıştay 5. Dairesi'nin vermiş olduğu karara göre:

“Usûlüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş

Balta, T. B.: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye - Türkiye'de İnsan Hakları*, Ankara 1970, s.278; Pazarcı, H.: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, C.I, Ankara 1998, s.33; Özbudun, E.: *Türk Anayasa Hukuku*, s.185-186; Soysal, M.: *Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Milletlerarası Sözleşmeler*, C.2, Ankara 1986, s.16; Çelik, E. F.: “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması*”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl:9, 1988, Sayı:1-3, s.50-51; Gölcüklü / Gözübüyük (1996) age.: s.20; Akıllıoğlu, T.: “*Milletlerarası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri*”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C.I, Mayıs-Eylül 1991, Sayı:2-3, s.41-42; Kaboğlu, İ. Ö.: *Anayasa Yargısı*, Ankara 1994, s.79; Batum, S.: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul 1993, s.32-33; Yüzbaşıoğlu, N.: *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul 1993, s.57-61; Gözler, K.: *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa 1999, s.200-213.

27 Kapanı, M.: *Kamu Hürriyetleri*, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, s.133.

28 Bkz.: Türmen, R.: “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri*”, Anayasa Mahkemesi'nin 38. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla Düzenlenen Panel. Makaleye erişim adresi: [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anayargi/turmen.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/turmen.pdf) (15.06.2011).

29 Bkz.: Türmen (age.).

30 Gölcüklü / Gözübüyük (1996) age.: s.21. Ayrıca bkz.: 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası.

31 YCGK, E.1996/K.2-33, K.T.13.03.1996; D5.D, E.1986/1723, K.1991/933, K.T.22.05.1991. [Aktaran: Erşen (2007) age.: s.39'daki dipnot:91.]

32 AYM, E.1963/336, K.1967/29, K.T.26-27.09.1967. [Aktaran: Erşen (2007) age.: s.39'daki dipnot:92.]

[uluslararası] bir sözleşmenin, Anayasa'ya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı; kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulamasının saksaklanamayacağı, Türk hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, anlaşmaların, Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden anlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır.”<sup>33</sup>

### **B) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Getirmiş Olduğu Denetim Mekanizması: AİHM**

Değişik zamanlarda kabul edilen ek protokollerle geliştirilen ve eksiklikleri giderilen AİHS'nin en önemli özelliği, ferdin temel haklarını, Sözleşme'ye taraf devletler nezdinde teminat altına almış olmasıdır. Sözleşme'yi, diğer temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerden daha önemli konuma getiren husus; başvurular sonucunda taraf ülkelerin, Sözleşme hükümlerine uygun davranıp davranmadıklarını denetleyen bir **yargılama mekanizmasının** bulunmasıdır.<sup>34</sup> Böylece, Sözleşme vasıtasıyla, ortak güvence sistemine dayanan *uluslararası yargısal denetim mekanizması* kurularak bireylere sağlanan güvenceler, *yaptırıma* bağlanmıştır.

Sözleşme'de yer alan insan haklarının pratikte uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesinin sorumluluğu, 1954 yılında oluşturulan *Avrupa İnsan Hakları Komisyonu* ve *Avrupa İnsan Hakları Divanı*'na verilmiştir. 1 Kasım 1998 yılında yürürlüğe giren 11 Numaralı Protokol ile bahsedilen bu iki organın yerini, tam zamanlı olarak çalışan *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi* almıştır. Ayrıca, Bakanlar Komitesi'nin yargısal nitelikli işlevi de ortadan kaldırılmıştır. Yapılan bu yenilik, sistemin *yargısal nitelik* kazanması açısından *son derece olumlu* olmuştur.<sup>35</sup>

Bireyi, uluslararası hukukta hak sahibi yapmış olan Sözleşme'nin, denetim mekanizması olarak bireye tanıdığı en önemli hak, **«bireysel başvuru hakkı»**<sup>36</sup>dır. Türkiye, ilk kez 28 Ocak 1987'de AİHM'ne bireysel başvuru

33 D, E.1986/1723, K.1991/1993, K.T.1992. [Aktaran: Erşen (2007) age.: s.39'daki dipnot:93.]

34 Karakehya (2007) age.: S.27.

35 Bıçak, V.: “*Yeni Yapısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*”, Liberal Düşünce Dergisi, s.10-21.

36 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Anayurt, Ö.: *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, 1. Baskı, Ankara 2004.

37 Gölcüklü/Gözübüyük (1996) age.: S.21.



haklarını tanımıştır. Böylece, ülke sınırları içerisindeki herkesin, Sözleşme'de güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerinin çiğnenmesi hâlinde Türkiye'yi, AİHM'ne şikâyet edebilmelerinin yolu açılmıştır. Ülkemiz, 22 Ocak 1990 tarihinde, Mahkeme'nin *zorunlu yargı yetkisini* tanımıştır.<sup>37</sup>

AİHM'nin vermiş olduğu kararlar, Sözleşme'ye taraf olan devletler için **bağlayıcı niteliktedir**. Fakat AİHM'nin somut olaya ilişkin olarak verdiği herhangi bir kararı ile Sözleşme'ye taraf olan diğer devletler, kural olarak, hukuken bağlı değildirler. Bununla birlikte, Sözleşme'ye taraf olan diğer devletler, Mahkeme'nin kararına konu olan benzer olaylarda kendileri bakımından da aynı şekilde karar verileceğini hesaplamak zorundadırlar. Sözleşme'ye taraf olan devletler, taraf oldukları dâvalarda, Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. Mahkeme'nin kesinleşmiş kararları, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.<sup>38</sup>

AİHM'nin verdiği kararlar, esas itibarıyla, iç hukukta yapılan işlem veya eylemin, Sözleşme hükümlerini ihlâl edip etmediğine ilişkindir. Bu bakımdan ele alındığı Mahkeme, Sözleşme'ye taraf olan devletler açısından, **«devletler-üstü bir temyiz mahkemesi» değildir**. Mahkeme'ce, ilgili devletin, Sözleşme hükümlerini ihlâl ettiğine karar verildiği takdirde, Mahkeme tarafından ilgili devlete yönelik olarak bir tazminata hükmedebileceği gibi, iç hukuk kuralının, Sözleşme kuralları ile bağdaşmadığı da Mahkeme kararlarında vurgulanabilir. Bu son durumda, ilgili devlet, söz konusu iç hukuk kuralını Sözleşme ile uyumlu hâle getirmede, Mahkeme'ye, benzer şekilde yapılacak her başvuruda, Mahkeme'ce ilgili devlete, Sözleşme'nin aynı kuralını ihlâl ettiğine yönelik bir karar verilmesi kuvvetle muhtemel olacaktır.

AİHM'nin yargı kararları, Sözleşme'nin 44. maddesine<sup>39</sup> göre kesinleştiği takdirde artık, kesinleşen bu yargı kararları aleyhine başka bir yargı merciine **başvurulamaz**. Ancak kararın yorumlanması ya da karar üzerinde etkili olabilecek birtakım yeni bulguların ortaya çıkması hâlinde, kararın (ya da yargılamanın) yenilenmesi, Mahkeme'den istenebilecektir.<sup>40</sup>

38 Bkz.: AİHS'nin 46. Maddesi.

39 **Madde 44 - Kesin kararlar:**

1. Büyük Daire'nin kararı kesindir.

2. Bir Daire'nin kararı aşağıdaki durumlarda kesinleşir:

a) Taraflar davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan ederlerse, veya

b) Karardan itibaren üç ay içinde davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi istenmezse, veya

c) Büyük Daire bünyesinde oluşturulan kurul 43. madde çerçevesinde sunulan istemi reddederse.

3. Kesin karar yayınlanır.

40 Batum, S.: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye**, İstanbul 1996, s.50.

### III. ÂDİL YARGILANMA HAKKI<sup>41</sup>

*“Kimseye hakkı ve adâleti satmayacağız;  
kimseyi adâletten menetmeyeceğiz ya da  
hiç kimse için adâleti geciktirmeyeceğiz.”*  
**Magna Carta Libertatum (Madde 40)**

#### A. Kavram

Bir *insan hakkı* olan «âdil yargılanma hakkı» kavramının ne anlam ifade ettiği ve terimsel olarak nasıl adlandırılması gerektiği hususunda, öğretide bir birlik yoktur. Bazı yazarlar, bu hak için «âdil yargılanma hakkı» ya da «âdil yargılama hakkı» deyimini kullanırken, bazı yazarlar da «doğru ve güvenli yargılama hakkı», «dürüst yargılama hakkı» ya da «düzgün yargılama hakkı» deyimini kullanmaktadırlar.

Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS'nin 6. maddesi *âdil yargılanmayı* tanımlamaktadır. Maddenin bütünü ele alınırken İngilizce yayınların çoğunda «**fair trial**»<sup>42</sup> kavramı kullanılmaktadır. «Fair trial» teriminin Türkçe karşılığı konusunda öğretide, değişik birçok görüş öne sürülmüştür.

Âdil yargılanma hakkı, Sözleşme'de ve Sözleşme'nin Türkçe çevirisinde, «âdil yargılanma» olarak ifade edilmiştir. Öğretide, bu hususta farklı ifade tarzlarına rastlanmaktadır. Zabunoğlu'na göre; “*söz konusu hakkın doğru karşılığı «âdil yargılanma hakkı»dır. «Âdil yargılama», öznesi yönünden edilgen bir yapıya sahip olduğundan, diğer bir ifadeyle, belirsizlik taşıdığından; bu ifade yerinde değildir. Ayrıca âdil yargılanma hakkı, birey için bir «temel hak» kimliğini baskın bir biçimde ortaya koymaktadır. Bunun yanı sıra, yargılama makamı açısından da âdil yargılama yapma görevi getirmektedir. Öte yandan «âdil bir yargılanma» daima «doğru bir*

41 **Bazı dillerdeki karşılıkları olarak:** Right to a fair trial / Due process [EN]; Recht auf ein faires Verfahren [DE]; Droit à un procès équitable [FR]; Diritto a un equo processo [IT]; Derecho a un proceso equitativo [ES]; Direitos a um processo equitativo [POR]; Adél margan lis [VEEN].

42 AİHS'nin, işbu Sözleşme'yi imzalayan ülkeler için bağlayıcı bir belge olması nedeniyle, İngiltere, Sözleşme ile korunan hakların net ve açık bir şekilde düzenlenmesini talep etmiştir. «**Fair trial**» (âdil yargılanma) ilkesinin **anavatanı** olan İngiltere'nin talebi, *oldukça* ilgi çekicidir. [Toklu, E.: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2001, s.26.]. “*«Fair trial» kavramının temelini, Anglo-Amerikan hukukundaki «due process of law» kavramı oluşturmaktadır. Bu kavram, Fransız hukukundaki «proces de loi» teriminden kaynaklanmakta olup, Fransız hukukuna da 1354 yılında, 1215 tarihli Manga Carta'dan alınmıştır. Daha sonraları kavramın 17. yüzyılda hâkim Edward COKE tarafından ele alınıp geliştirildiği görülmektedir.*” [Schroeder, F-C. / Yenisey, F. / Peukert, W.: **Ceza Muhakemesinde “Fair Trial” İlkesi**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999, s.4]. Amerika Birleşik Devletleri'nde, «**fair trial**» kavramının karşılığı olarak genelde «**due process**» kavramına yer verilmektedir. Bu kavramın Amerikan hukukunda ifade ettiği anlam ve içinde yer alan alt haklar için bakınız: Kunter, N. / Yenisey, F. / Nuhoğlu, A.: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul 2006, s.27 vd.

yargılama»yı da içerir. Âdil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğünün içinde yer alır. Bir diğer ifadeyle, hak arama özgürlüğü, asal (asıl/esas) bir kavram; âdil yargılanma hakkı ve hele yargı makamı açısından âdil yargılama yapma görevi, hak arama özgürlüğünün uygulamaya yönelik uzantısıdır”.<sup>43</sup> Gölcüklü / Gözübüyük<sup>44</sup> ile Versan'a<sup>45</sup> göre; kavram için “âdil yargılama” terimi uygundur. Öztürk / Erdem ise; “dürüst yargılama hakkı” terimini tercih etmektedir.<sup>46</sup> Akıllıoğlu'na<sup>47</sup> göre; “doğru yargılama” denmelidir. Dönmezer'e göre; “Yargılamanın sonucunun âdil olması AİHS'nin 6. ve diğer maddelerinde hedeflenen bir şey olamaz. Ama AİHS'nin ifade ettiği şey şudur: Âdil sonuca varırken dürüst yollardan gideceksiniz. Adamı döversiniz, ona söversiniz ve onu söyletirsiniz; neticede verdiğiniz hüküm âdil olur. Ama bu dürüst bir yargılama değildir. Bu itibarla; «doğru yargılama» ifadesi, bu hakkı ifade etmek için daha doğru bir tercihtir ve bu terim kabul edilmelidir”.<sup>48</sup> İnceoğlu'na göre; “«Fair trial» teriminin dilimizdeki tam çevirisi «hakkaniyetle yargılama» veya «hakkaniyete uygun yargılama»dır. AİHS'nin 6. maddesinin bütününe işaret edildiğinde «âdil yargılama» terimini kullanma; buna karşılık, 6. maddedeki ilke ve hakların bütününe kapsayan bir hak olarak kullanıldığında ise, «âdil yargılanma hakkı» terimini kullanma”<sup>49</sup> tercih edilmelidir. Aliefendioğlu ise; “âdil yargılanma” terimini kullanmıştır.<sup>50</sup> Erşen; “Biz «âdil yargılanma hakkı» kavramının, «doğru yargılanma ve yargılama» ifadesini de kapsadığını düşündüğümüzden; «âdil yargılanma hakkı» kavramını kullanacağız”<sup>51</sup> demektedir. Aybay ise; “düzgün yargı hakkı” karşılığını uygun görmektedir.<sup>52</sup>

Katıldığımız görüşe göre;<sup>53</sup> «fair trial» kavramının karşılığı olarak, AİHS'nin 6. maddesindeki güvenceleri içeren kurallara uygun, hile yapılmaksızın, doğru ve de dürüstçe gerçekleştirilen bir muhakeme faaliyetini

43 Zabunoğlu, Y.: “Adil Yargılanma Hakkı ve İdarî Yargı”, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu (05-08 Nisan 2000), İzmir 2000, s.1677 vd..

44 Gölcüklü / Gözübüyük (2003) age.: S.220.

45 Versan, R.: “Adil Yargılama Üzerine”, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl:1990/1-2-3, İstanbul 1990, s.123 vd..

46 Bkz.: Öztürk, B. / Erdem, M. R.: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Ankara 2007.

47 Akıllıoğlu, T.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri, Ankara 2002.

48 Dönmezer, S.: “İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu”, İzmir 2000, s.339.

49 İnceoğlu, S.: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı - Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul 2002, s.2-3.

50 Aliefendioğlu, Y.: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açından Âdil Yargılanma Hakkı”, Anayasa Yargısı 10, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1993, s.359

51 Erşen (2007) age.: S.11.

52 Aybay, R.: Yabancılar Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007, s.285 vd.. Aybay'a göre; “Anayasa'ya, 2001 yılı Ekiminde yapılan değişiklikle, AİHS'ndeki «düzgün (fair) yargı» kavramının yanlış çevirisi olarak «Adil Yargılanma Hakkı» kavramı da eklenmiştir.”

53 Aynı görüşte olan: Karakchya (2007) age.: s.18; Çelik (2006) age.: S.22.

ifade eden «*âdil muhakeme*» teriminin kullanılması daha uygun olurdu. Çünkü yapılan faaliyetin, Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvenceleri içeren kurallara uygunluğunu ve bunları dürüst bir şekilde uygulanmasını «âdil»;<sup>54</sup> iddia, savunma ve yargılama makamları tarafından birlikte yapılan kolektif faaliyeti de «muhakeme»<sup>55</sup> kavramları ifade etmektedir. Diğer taraftan, «doğru yargılama» ifadesi, söz konusu hakkı *tam* mânâsıyla ifade etmek için yeterli değildir. Çünkü bu ifade daha çok, «yargılama yapacak makamların uyması gereken kuralları» ifade eden bir anlam taşımakta ve bu itibarla yargılama yapacak makamların bir *görevi* olarak görülmektedir.<sup>56</sup>

Ancak, bu şekilde yapılan yeni bir terim önerisinin, bu kadar çok ve birbirinden farklı terimlerden oluşan adlandırma grubuna, bir yenisini daha eklemekten başka bir faydası olmayacağı ve hattâ terim sayısını arttırmak bakımından bilakis zararlı da olacağı kanaatiyle, gerek Sözleşme'nin kendisinde gerekse Anayasa ve Ceza Muhakemesi Yasası'nda kullanılan *yasal ifadeye* bağlı kalmanın en doğrusu olacağını düşünüyoruz.<sup>57</sup> Bu nedenle, metin içerisinde işlenen kavrama yönelik olarak, pozitif hukuk metinlerinde de olduğu üzere, «*âdil yargılanma*» terimi tercih edilmiştir.

## B. Uygulama Alanı

Âdil yargılanma hakkı, ilk kez açık bir ifade ile AİHS'nin 6. maddesinde ifadesini bulmuş olan temel bir haktır. Âdil yargılanma hakkı, günümüzde tüm bireylerin, mensubu oldukları devletlerden talep edebilecekleri ve uluslararası alanda güvence altına alınmış olan en temel haklardan birisidir.<sup>58</sup>

AİHS'nin, âdil yargılanma hakkını düzenleyen ve 11. Protokol ile değiştirilerek yeniden düzenleme altına alınan, 6. maddesi şu şekildedir:

54 Dönmezer, yukarıda ileri sürdüğümüzün aksine, âdil kavramının hileye başvurulmaksızın yapılacak bir muhakemeyi ifade etmeyeceği kanaatindedir. Dönmezer'e göre: "Üzerine suç atılan kişinin dürüst yahut hakkaniyete uygun bir ceza davasına muhatap kılınmak hakkı nedir? Ben «dürüst yargılama hakkı» diyorum. Neden, «âdil yargılama» demiyorum? Çünkü, âdil yargılama, neticesi adâlete uygun yargılama demektir. Neticesi adâlete uygun hüküm, bir takım usûlsüzlükler yapılarak da edilebilir. Kişiyi döver, doğruyu söyletirsiniz, buna göre de hükmü verirsiniz. Netice âdil olur. Ama dürüst yargılama olmaz. Onun için dürüst yargılama sözcükleri tercih edilmelidir." [Dönmezer, S.: "Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri", CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999, s.19].

55 *Yargılama*; sadece yargılama makamı tarafından yapılan bir faaliyet. Oysa *muhakeme*; iddia, savunma ve yargılama makamı tarafından yapılan kolektif faaliyeti ifade eden daha geniş bir kavramdır. Bu bağlamda ceza muhakemesinin tümünü ifade etmesi bakımından bu terimin kullanılması daha uygun olacaktır. Anayasamızda da sadece mahkeme veya yargıç tarafından yapılan faaliyetler *yargılama faaliyeti* olarak adlandırılmaktadır (bkz.: Anayasa'nın 138. maddesi vd.). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Centel, N. / Zafer, H.: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2005, s.4. "«Muhakeme hukuku»nu «yargılama hukuku» diye Türkçeleştirmek doğru değildir. Çünkü «yargılama», «kaza»nın Türkçesidir ve «kaza»; muhakemeyi oluşturan üç görevden, en önemlisi de olsa, yalnız biridir. ". Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Kunter / Yenisey / Nuhoğlu (2006) age..

56 Aynı görüşte olan: Çelik (2006) age.: S.22.

57 Aynı görüşte olan: Karakehya (2007) age.: S.19.

58 Ergin, B.: "İnsan Hakkı Olarak Doğru Yargılanma ve Bağımsız Yargı", İstanbul Barosu Dergisi, C.73, S.4, Aralık 1999, s.915.

**Madde 6 - Âdil Yargılanma Hakkı**<sup>59</sup>

*1. Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizâlar, gerek cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından dâvasının mâkul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve kamuya açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.*

*Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlâk, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya dâvaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya dâvanın açık oturumda görülmesinin adâletin selâmetine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dâva süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.*

*2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya dek masum sayılır.*

*3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgarî haklara sahiptir:*

*a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek,*

*b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;*

*c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için malî olanaklardan yoksunsa ve adâletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkemece re'sen görevlendirilecek bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek,*

*d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,*

*e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.*

Görüldüğü üzere, Sözleşme'nin 6. maddesi, bireyin, medenî hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi veya bireyin suçlanması durumunda âdil ve

59 Söz konusu maddenin başlığı, Sözleşme'ye 11. Protokol ile eklenmiştir.

açık yargılanma hakkını teminat altına almaktadır.<sup>60</sup>

Âdil yargılanma hakkı, medenî hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklar ile ceza dâvalarına ilişkin yargılamalarla sınırlı tutulmuştur. Ancak, Sözleşme'nin 6. madde hükmünde ne «**medenî hak ve yükümlülük**»<sup>61</sup> kavramı, ne de ceza dâvasına ilişkin «**itham**» kavramı tanımlanmıştır. Bu nedenle hangi hak ve yükümlülüklerin kapsama dâhil olduğu, hangi yaptırımların cezaî nitelik taşıdığı, önemli bir **icthad konusu** olmuştur.<sup>62</sup> Dolayısıyla, Sözleşme'nin 6. maddesinde ifade edilen âdil yargılanma hakkı, kısmen sınırlı tutulmuş gibi gözükse de, Komisyon ve Divan'ın benimsediği «**otonom kavramlar doktrini**»<sup>63</sup> uyarınca; maddenin içeriğinden ayrı olarak, kavramın zorunlu sonuçları sıfatıyla madde hükmüne *zımnen dâhil unsurlar*, AİHM tarafından saptanmıştır.<sup>64</sup> Diğer bir deyişle, âdil yargılanma hakkını içeren hükümler, **numerus clausus**<sup>64</sup> değildir; Mahkeme tarafından, âdil yargılanma hakkının kapsamına ilişkin olarak Sözleşme'ye, **yorum yoluyla** sonradan eklemelerde bulunulmuştur.

#### IV. ÂDİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI

Sözleşme'nin 6. maddesi, pek çok hak ve ilkeyi bünyesinde barındıran genel bir maddedir. Âdil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerden bir kısmı açıkça maddede belirtilmiş, bir kısmı ise, AİHM tarafından **genişletici yorum** yöntemi ile madde metnine dâhil **zımni unsurlar** olarak belirlenmiş ve bu belirlenen ilkeler, artık AİHM içtihadı hâline gelmiştir.<sup>66</sup>

AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen âdil yargılanma hakkının temel unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

- Mahkeme Önünde Hak Arama Hakkı (Dâva hakkı)
- Yasayla Kurulmuş Yetkili, Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı

60 Çavuşoğlu, (1994) age.: S.25.

61 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kaşıkara, M. S.: “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Medenî Hak ve Yükümlülük Kavramı*”, Türkiye Adâlet Akademisi Dergisi, Yıl: Ocak 2011, Sayı: 4, Ankara 2011.

62 Soydan, B. Y.: “*İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Âdil Yargılanma Hakkı*”, Vergi Sorunları Dergisi, S.143, Ağustos 2000, s. 154. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Kaşıkara, M. S.: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Âdil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, Birinci Baskı, Ankara 2009.

63 Öğretide, «**özerk kavramlar doktrini**» olarak da anılmaktadır.

64 Gölcüklü / Gözübüyük (1996) age.: s.238. Gölcüklü, F.: “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Doğru Yargılama*”, AİHS Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:11, Ankara 1995, s.3: “*AİHM içtihatlarına göre, bu sayılanlar dışında bazı zımni unsurlar da bulunmaktadır. Taraflar arasında silâhların eşitliği ilkesi, mahkeme önünde hak arama özgürlüğü, masumiyet karinesi ve yargılamada çelişiklik (yüz yüzelik) bunlardan bazılarıdır.*”

65 Tahdidî; sınırlı (sayıda).

66 Aliefendioğlu (1993) age.: S.359.



- Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı (Âdil Duruşma Hakkı)
- Mâkul Süre İçerisinde (Gereksiz Gecikme Olmaksızın) Yargılanma Hakkı
- Alenî Yargılanma Hakkı (Dâvaların Alenî Surette Görülmesi ve Kamuya Açık Yargılama Hakkı)
- Masumiyet Karinesi (Suçsuzluk Karinesi)
- Sanığın, Hakkındaki Suçlamadan Haberdar Olma Hakkı (Sanığın, İsnadın Niteliğini ve Nedenini Geciktirilmeksizin Anladığı Dilde Öğrenme Hakkı)
- Sanığın, Savunmasını Hazırlaması İçin Yeterli Zaman ve İmkâna Sahip Olma Hakkı
- Sanığın, Bizzat veya Müdafî Aracılığıyla Kendini Savunma Hakkı (Avukat Tutma ya da Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı)
- Tanıkların Dinlenmesinde Eşitliğin Sağlanması (**Tanık Dinletme ve Sorgulama Hakkı**)
- Sanığın, Tercümandan Ücretsiz Yararlanma Hakkı

Çalışmamızın esas konusunu teşkil eden ve Sözleşme'nin 6. maddesindeki *âdil yargılanma hakkı* kapsamında ifadesi bulan «*yasayla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkı*»na ilişkin ayrıntılı açıklamalara şimdi aşağıda yer verilecektir.

## V. YASAYLA KURULMUŞ YETKİLİ, BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEME ÖNÜNDE YARGILANMA HAKKI

*“Adâletin gerçekleşmesi, ona ulaştırın yolu sürekli işlek ve açık tutmakla mümkün olacaktır.”*

**Muharrem BALCI**

### A. Mahkeme

Yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeden bahsedebilmek için her şeyden önce, ortada bir *mahkeme* ve *bu mahkemeye başvurma hakkının (right to a court) varlığı*; diğer bir deyişle kişiye, iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gerekir.<sup>67</sup>

«**Mahkeme**»; “*kendi yetki alanı içindeki meseleleri hukuk kurallarına ve önceden öngörülmüş usûllere göre karara bağlamak üzere kurulmuş, yargısal*

67 TÜSİAD: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından” Başlıklı Raporu, İstanbul 2003, s.25.

*görevleri yerine getiren bir organ*” olarak tanımlanmıştır.<sup>68</sup>

*Mahkemeler* ve *yargı yerleri*, yargısal görev yapan organlardır. Bu organlar, yetki alanları içindeki sorunları, hukuk kurallarına dayanarak ve önceden belirlenmiş usûllere göre çözmek üzere yasayla kurulurlar.<sup>69</sup> AİHS'nin 2. , 5. ve 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan «mahkeme» deyiimi, Divan içtihatlarında; yasayla kurulan, Yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, yargılama usûlü güvencesine sahip bir makamı ifade etmektedir.<sup>70</sup>

Sözleşme'deki anlamında «mahkeme» kavramının nitelikleri olarak; “*yargısal rol ve adli fonksiyona sahip bulunması, hukuk kurallarına dayanarak gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün olan kararlar verme yetkisini elinde tutması*” gösterilmektedir. Dolayısıyla, *tam bir kaza yetkisine sahip* bulunmayan merciiler, «mahkeme» sayılamazlar.<sup>71</sup> Yalnızca mütalâa vermekle yetkili kılınmış makamlar da «mahkeme» olarak değerlendirilmezler. Diğer taraftan, yargılama makamının, belirtilen nitelikleri taşımak kaydıyla genel ve olağan yargılama mercileri grubu dışında yer alması veya yargısal fonksiyon dışında başka görevler de yürütmekte olması, kendisinin, *mahkeme* sayılmasına engel teşkil etmez.<sup>72-73</sup>

Hukukumuzda, mahkeme teşkilâtı; *ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri* ve *temyiz mahkemelerinden* oluşmaktadır. Bunlar, yasada ayrı ayrı tanımlanmış olan görev ve yetkileri yerine getirmektedir.

Anayasa'nın 142. maddesine göre; mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usûlleri «**yasa**» ile düzenlenir. Anayasa'da böyle bir düzenlemenin yer almasının nedeni, bir kimsenin, yasal olarak tâbi olduğu mahkemeden (doğal yargıçtan) başka bir mahkeme önüne çıkarılmasını

68 Uluslararası Af Örgütü: **Adil Yargılanma Hakkı**, Çeviren: Fadıl Ahmet TAMER / Erol KAPLAN, 1. Baskı, İstanbul 2000, s.157.

69 Uluslararası Af Örgütü (2000) age.: S.56.

70 Demircioğlu, Y.: **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2001, s.49.

71 Bkz.: **Campbell and Fell - Birleşik Krallık** dâvası, 28.06.1984 tarihli, 7819/77 ve 7878/77 başvuru numaralı kararlar (A80, & 76).

72 Çelik (2006) age.: S.49-50.

73 Bu konuyla ilgili olarak AİHM, **Sramek - Avusturya** dâvasında, iç hukuk bakımından yargılama makamı statüsünde bulunmamasına rağmen, yetki alanı içerisine giren konuları hukuka ve yargılama ilkelerine göre karara bağlama görevi bulunduğuundan **Bölge Kurulunun**, maddî anlamda «hukukten kurulmuş yargı yeri» olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. Ancak aynı dâvada, söz konusu Kurul'a atanan üç kamu görevlisi ve özellikle rapörtörün, idareye «bağımlı» olması nedeniyle bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkının ihlâlüne karar verilmiştir. Söz konusu dâvada başvurunun konusu; Amerikan vatandaşı olan başvuruçunun taşınmaz satın almak istemesi ve buna ilişkin sözleşmenin, **İl Kurulu** tarafından onaylanmış olmasına karşın, **Taşınmaz Muameleler Bölge Kurulu** tarafından reddedilmiş olması idi. Bu iki karardan da anlaşılacağı üzere AİHM, yukarıda ifade edilen niteliklere sahip idarî işler yapan bir kurulu da pekâlâ, bir yargı organı olarak kabul etmektedir [Aktaran: Çelik (2006) age.: s.50.]. Mezkûr karar için bkz.: **Sramek - Avusturya** dâvası, 22.10.1984 tarihli, 8790/79 başvuru numaralı karar (A84).



önlemektir.<sup>74</sup>

Divan içtihatlarına göre de «mahkemeye»; yargılama usûlü güvencesine sahip bir makamı ifade etmektedir. Uyuşmazlığın, belli bir yargılama usûlü güvencesini bünyesinde taşıyan bir organ önünde çözümlenmeye çalışılması, Sözleşme'nin 6. maddesinin bireye sağladığı *âdil yargılanma güvencesinin* temel yapıcı unsurlarından birisidir.<sup>75</sup>

«**Mahkemeye başvurma hakkı**» (**right to a court**) ya da bu hakkın bir görünümü olan «**mahkemeye erişim hakkı**»<sup>76</sup> (**access to a court**), *hukukun üstünlüğünün* ve dolayısıyla *hukuk devleti* anlayışının bir neticesidir.<sup>77</sup> Önceleri, kişiler arası uyuşmazlıklar için tanınmış olan mahkemeye başvurma hakkı, daha sonraları, devlet ile birey ilişkileri açısından da geçerli bir hak hâline gelmiştir. AİHM'ne başvurma hakkı da, mahkemeye başvurma hakkının uluslararası görünümlerinden biridir.<sup>78</sup>

Anayasamızın 36. maddesinde; “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde dâvacı ve dâvalı olarak iddia ve savunma [...] hakkına sahiptir.*” denilmek suretiyle «**hak arama özgürlüğü**» düzenlenmiştir. Anayasamızın 125. maddesinin 1. fıkrasında ise; “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” denilerek İdarenin, işlem ve eylemlerine karşı da mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır.

AİHS, açık bir ifade ile mahkemeye başvurma hakkını **düzenlememiştir**. Ancak, Sözleşme Organları, mahkemeye başvurma hakkının *zımnî* olarak varlığını, Sözleşme'nin metni ve içeriği ile konu ve amacına, hukuk devleti ilkesine, hukukun genel ilkelerine dayanarak kabul etmektedir.<sup>79</sup>

Mahkemeye başvurma hakkı, hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biridir. Ancak bu hak AİHM'ne göre, *mutlak bir hak* olmayıp; kişilerin ve toplumun kaynaklarına ve ihtiyaçlarına göre ilgili devlet tarafından düzenlenebilecektir.<sup>80</sup> Ancak, böyle bir düzenlemenin hakkın özüne asla hâlel getirmemesi ya da Sözleşme'de yer alan diğer haklarla ihtilâfa düşmemesi gerektiği de, AİHM tarafından ayrıca belirtilmiştir.<sup>81</sup>

Mahkemeye başvurma hakkının, *hukuken* ve *teorik* olarak var olması, *filen*

74 Çelik (2006) age.: s.50. Bkz.: AY md.37.

75 Kapani (1993) age.: S.252.

76 Buna, «mahkemeye ulaşma hakkı» da denilmektedir.

77 Gölcüklü, F.: “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (İlhan ÖZTRAK'a Armağan), Yıl:1994, Cilt: 49, No:1-2, Ocak-Haziran, Ankara 2004, s.208.

78 İncoğlu (2002) age.: S.105.

79 İncoğlu (2002) age.: s.116; Gölcüklü (2004) age.: s.207; Harris, D. J. / Boyle, M. O' / Warbrick, C.: **Law of the European Convention on Human Rights**, London 1995, s.196

80 TÜSİAD (2003) age.: S.25

81 Gölcüklü (2004) age.: S.209.

de var olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle, mahkemeye başvurma hakkının gerçekten var olması için, yargılama yapacak makamın **tam yargısal yetkiye**, yani ortaya atılan iddiayı hem olaylar hem de hukukî açıdan inceleyip dâvanın esası hakkında karar verme yetkisine sahip olması gerekmektedir.<sup>82</sup>

AİHM, bir mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen veya hukuken, geçici yahut kısmî de olsa kapatılmasını veya kullanımını imkânsız kılacak ölçüde koşullara bağlanıp sınırlandırılmasını, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlâli olarak değerlendirmektedir.<sup>83</sup> Örneğin, *Golder - Birleşik Krallık* dâvasında,<sup>84</sup> bir cezaevi yetkilisine karşı şahsî iftira dâvası açmak isteyen bir mahkûmun, avukatı ile görüşmesine izin verilmemiştir. AİHM bunun, 6. maddenin ihlâli olduğuna karar vermiştir; çünkü mahkemeye ulaşma hakkının *yalnızca bulunması* yetmez, aynı zamanda bu hakkın *etkin* olması da gerekir. AİHM, benzer şekilde, bir mahkûmun avukatıyla duruşma salonu dışında gizlilik içinde görüşmemesinin de etkin bir şekilde mahkemeye ulaşma hakkının ihlâli olduğu kanaatine varmıştır.<sup>85</sup>

Bazı dâvalarda, mahkemeye erişim hakkı (ya da mahkemeye başvurma hakkı), dâvacının niteliği nedeniyle tanınmayabilir. AİHM, reşit olmayanların, aklî dengesi olmayanların, müflislerin ve sadece zarar verme amaçlı açılan dâvaların dâvacılarına uygulanan sınırlandırmaların, *meşru bir amaca* sahip olduğunu bildirmiştir.<sup>86</sup>

### 1. Yasayla Kurulmuş Mahkeme

Yasanın öngördüğü *mahkeme* koşulu, yargılamada «**doğal yargıç güvencesi**»ni<sup>87</sup> getirmektedir. Bu kural gereğince gerek mahkemelerin kuruluşu, yetkileri ve görevleri, gerekse izleyecekleri yargılama usûlü, Yürütmenin düzenleyici işlemleri ile değil; fakat Yasama organınca, yasa yoluyla ve dâva konusu olay çıkmadan önce saptanacaktır.<sup>88</sup> Bu sayede, kişi ya da olaya göre yargılama mercii oluşturma yolu kapanacak ve olası keyfilikler önlenecektir.<sup>89</sup>

Doğal yargıç güvencesi, Anayasa'nın 37. maddesinin II. fıkra hükmü ile garanti altına alınmıştır, buna göre:

82 İnceoğlu (2002) age.: S.115.

83 İnceoğlu (2002) age.: S.116.

84 Bkz.: *Golder - Birleşik Krallık* dâvası, 21.02.1975 tarihli, 4451/70 başvuru numaralı karar (A18).

85 Ünal, Ş.: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür - Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No.89, Ankara 2001, s.173-174.

86 Çelik (2006) age.: S.46.

87 Aynı anlama gelen diğer ifade tarzları olarak: **tabîî hâkim güvencesi**; **doğal hâkim güvencesi**; **kanunî yargıç güvencesi**; **kanunî hâkim güvencesi**.

88 Bkz.: AY md. 142.

89 Gözlüglöl, S. V.: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Hukukumuz Etkisi*, Ankara 1999, s.121.

**“Hiç kimse yasal olarak tâbi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi yasal olarak tâbi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü mercüler kurulamaz.”**

Anayasa'nın bu hükmü sayesinde, yargıcın bağımsızlığı, Yasama organına karşı bir kez daha güvence altına alınmaktadır.<sup>90</sup>

Ayrıca Anayasa'nın 38. maddesi<sup>91</sup> ile AİHS'nin 7. maddesinde<sup>92</sup> yer alan «suçta ve cezada yasallık ilkesi»<sup>93</sup> uyarınca sanığın, suçun işlendiği sırada var olan görevli ve yetkili bir mahkemeden başka bir mahkemede yargılanmaması gerekmektedir.

Doğal yargıç güvencesinden yoksun bir yargı bağımsızlığı düşünülemez olduğundan, doğal yargıç ilkesi, hukuk devleti kavramının da ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.<sup>94</sup>

Doğal yargıç ilkesinin<sup>95</sup> olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yanı vardır. Olumlu yanı, yasakoyucunun, yargıçların yetkilerini ve bu alandaki görev

90 Çelik (2006) age.: s.53'teki dn.202'den dolayı atıfla: “Avrupa Parlamentosu'nun ve Avrupa Konseyi'nin Türkiye'de insan haklarının gelişimiyle ilgili raporlarında da âdil yargıya önemle vurgu yapmıştır. Nitekim, 9 Nisan 1986'da Avrupa Konseyi Hukuk İşleri Komitesi, Türkiye ile ilgili görüşünde şöyle demektedir: 'Elde edilen bilgilere göre özellikle Askerî Mahkemelerin uygulamaları hakkında ciddi soru işaretleri bulunmaktadır. [...] Karşılaştığımız birçok kimse, hâkimlerin bağımsızlığından kuşku duyduklarını ifade etmekte ve yargılamalara yüksek rütbelilerin müdahalelerinin olduğunu fark ettiklerini belirtmektedirler.'”

91 “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı Madde 38: Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan yasanın suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman yasada o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak yasayla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz. Hiç kimse kendisini ve yasada gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. (Ek fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./15. md.) Yasaya aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Ceza sorumluluğu şahsıdır. (Ek fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./15. md.) Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz. (Mülga fıkra: 07/05/2004 - 5170 S.K./5. mad) (Değişik fıkra: 07/05/2004 - 5170 S.K./5. mad) Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez. İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silâhlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme yasayla istisnalar getirilebilir. (Değişik fıkra: 07/05/2004 - 5170 S.K./5. mad) Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.

92 AİHS Madde 7 - Kanunsuz Ceza Olmaz:

1. Hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir eylem veya ihmâlden dolayı mahkûm edilemez. Aynı şekilde, hiç kimse suç işlendiği zaman uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılmaz.

2. İşbu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmâlden suçlu bir şahsın yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.

93 Diğer deyişle, «suçta ve cezada kanunilik ilkesi».

94 Centel (1996) age.: s.33. Ayrıca bkz.: Soysal, M.: (1996) age..

95 Çelik (2006) age.: s.53'teki dn.201'den dolayı atıfla: “Türk Hukuk Sistemi içinde; 1402 sayılı Kanun'la kurulmuş olan Sıkıyönetim Mahkemeleri, tabîî hâkim ilkesinin ihlâli açısından ilginç bir örnektir. Zira Sıkıyönetim Askerî Mahkemeleri, olaylar ve sanıklar belli olduktan sonra kurulur; kadroları doldurulur ve bunlar her an değiştirilebilirdi. Bununla birlikte söz konusu durum, tabîî hâkim ilkesi açısından olduğu kadar, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından da son derece kuşku vericidir. Neticede ülkemizde bir dönem bu kaygıları haklı çıkartacak uygulamalar söz konusu olmuştur.”

bölüşümüne ilişkin kuralları önceden belirlemekle yükümlü olmasıdır. Bu ilkenin olumsuz yanı ise, istisnâ mahkemelerin kurulmasının câiz olmamasıdır.<sup>96</sup>

Diğer taraftan, doğal yargıç ilkesinin karşılığında ise, «olağanüstü

96 Centel (1996) age.: s 33.

97 Çelik (2006) age.: s.53-54: “**Sıkıyönetim Mahkemeleri**, olağanüstü mahkemeler kapsamında değerlendirilir ve tabii hâkim ilkesinin ihlâl edildiğinin en belirgin örneğidir. Çünkü Sıkıyönetim Mahkemelerinin, yürütme erkinden bağımsız olmaması ve yargılamaya ilişkin olaylarla sanıkların ortaya çıkmasından sonra kurulması, bu mahkemelerin tabii hâkim ilkesini ihlâl ettiği gerçeğini ortaya koyar. Olağanüstü mahkemeler babında diğer bir örnek de; her ne kadar yapılan değişikliklerle birlikte tamamen ortadan kaldırılmış bulunsu da, 1 Mayıs 1984'ten sonra işlenen siyasal ve güvenlikle ilgili suçlamaları yargılamakla yetkili kılınan «Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin varlığıdır.”. Çelik (2006) age.: s.55'teki dn.203'ten dolayı atıfla: “Türkiye'nin Avrupa Birliği hedefi ve uyum paketleri çerçevesinde, 1982 Anayasasının DGM'leri düzenleyen 143. maddesi, 2004 Yazı başlarında yürürlükten kaldırılmıştır. Ardından da 5190 Sayılı Kanunla DGM'lerin kaldırılması ve bunların yerine Özel Ağır Ceza Mahkemelerinin kurulması kararlaştırılmıştır. Böylece, DGM'lerin Anayasal dayanağı da ortadan kaldırılmış bulunmaktadır. Ancak, Anayasadaki bu değişikliğe ve Anayasal dayanağın kaldırılmış olmasına rağmen, DGM'nin, işlevini ve görevini üstlenecek, aynı nitelikte, özel statü ve yetkiyle donatılmış yeni bir mahkeme olan «**Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri**», 5190 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Arşiv, Kaldırılmış Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kanunla, Ceza Hukukumuzda getirilmiştir. **ÖYACM, öğretilde savunulan görüşlere göre, DGM'lerin devamı niteliğindedir ve DGM'ler ile bunlar arasında isim haricinde büyük bir fark bulunmamaktadır.** Bir başka deyişle, DGM'ler, yalnız ismen kaldırılmıştır ve ÖYACM, bu mahkemelerinin **hukuken devamı** niteliğindedir. DGM'leri kaldırdığını iddia eden, hatta bu şekilde bir başlığa sahip olan 5190 Sayılı Kanunun hükümleri incelendiğinde, 2845 Sayılı Kanunun hükümlerinin aynen korunup, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa eklendiği görülmektedir. 5190 Sayılı Kanunun geçici 1., 2., 3. ve 5. maddelerinde DGM'lerde görev yapmakta olan hâkimlerin kurulacak Özel Ağır Ceza Mahkemelerinde görev yapmaya başlayacakları; DGM'lerde görülmekte olan dâvaların, kurulacak ÖYACM'nde görülmeye devam edileceği; DGM'lerin arşiv, kalem, emanet gibi birimlerinin kurulacak ÖYACM'ne devredileceği; diğer kanunlarda DGM'lere yapılan atıfların, ÖYACM'ne yapılmış olarak kabul edileceği yönünde hükümler bulunmaktadır. Tüm bu açıklananlar ve 5190 Sayılı Kanunun lafızı, DGM'lerin, sadece isim olarak kaldırıldığı; ÖYACM'nin, bunların bir devamı ve de hukuken aynı nitelikte ikizi olduğu tezini desteklemektedir. 5190 Sayılı Kanunun getirdiği tek yenilik; DGM'lerin, ayrı bir kanunla düzenlenmesi durumunu ortadan kaldırmaktır. Bu çerçevede DGM'lerin yerini alan ÖYACM, CMUK sistemine dâhil edilmştir.” Aynı husus (DGM'lerin kaldırılması), 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Yasası'nda devam etmiştir. DGM'ler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: 2845 Sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usûlleri Hakkında Yasa (Mülga). DGM'lerin varlığı ile kaldırılma gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelik (2006) age.: s.54-60. Türkiye Barolar Birliği'nce 17 Nisan 2011 tarihinde kamuoyuna duyurulan «**İzmir Deklarasyonu**»nda (Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleriyle İlgili Deklarasyon) şu ifadeler yer almıştır. Buna göre: “Biz aşağıda imzası bulunan TBB ve Barolar, görülmekte olan herhangi bir davayı ima ve işaret etmeksizin ve dâvalar arasında hiç bir ayrım gözetmeksizin, aşağıdaki kaygılarımızın kamuoyuna aktarılmasında yarar görmekteyiz. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesi ile kurulan ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin devamı niteliğinde olan, Özel Görevli/Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri, yargı birliğine aykırı olarak, olağanüstü soruşturma ve kovuşturma usûlleriyle işleyen yapısı sebebiyle, savunma hakkına, silâhların eşitliği ilkesine, adil yargılanma hakkına ciddi bir tehdit ve tehlike oluşturmakta, hukuk güvenliğini ve güvenilirliğini zedelemektedir. Bu mahkemelerde avukat ve savunma hakkı hiçe sayılmakta, tutukluluk ve diğer koruma tedbirleri ölçsüz olarak uygulanmakta, hak ve özgürlükler ihlâl edilmektedir. Terörle Mücadele Kanunu ve TCK 220. Maddesi'nde yer alan ve savunma hakkını kısıtlayan, kişi güvenliğini tehlikeye sokan, suç ve cezanın şahsılığı ilkesini ve orantınlılığı, ifade özgürlüğü ile ceza ve infazın genelliğini ortadan kaldıran bazı hükümler, bu durumu daha da ağırlaştırmaktadır ve bu hükümlerin de kaldırılması gerekmektedir. Bir hukuk devletinde bu tür mahkemelerin ve bu şekildeki özel usûllerin yeri bulunmamaktadır. O nedenle 'demokratik düzenlerin normal zamanlarının normal mahkemeleri olmayan', özel soruşturma ve yargılama usûlleriyle, savunma hakkının kısıtlanması niteliğindeki gizlilik kararlarıyla, mahkemenin daha çok devletin ideolojik aygıtı gibi çalışan bu mahkemelerin ve yine bu mahkemeler için öngörülen özel usûl hükümlerinin bir an önce kaldırılması gerekir. Bunun yanı sıra, tüm yargılamalarda da sorun olarak karşımıza çıkan, adil yargılanma hakkına müdahale niteliğindeki karar ve uygulamalara derhâl son verilmelidir. Biz, TBB ve aşağıda imzası bulunan Barolar olarak; bu sürecin takipçisi olacağımızı, savunmadan kaynaklanan meşru ve demokratik gücümüzü gerektiğinde kullanacağımızı, kamuoyuna saygı ile duyururuz.”. Duyuru metnine erişim adresi: <http://www.barobirlik.org.tr/Detail.aspx?ID=7769&Tip=Haber> (15.06.2011). Yine benzer içeriğe sahip, Ankara Barosu Başkanlığı'ndan 13 Nisan 2011 tarihinde kamuoyuna duyurulan ve genel

**mahkemeler»** bulunur. Olağanüstü mahkemeler, uyuşmazlık konusunun ortaya çıkmasından sonra kurulurlar. «**Özel mahkemeler**»<sup>97</sup> olarak adlandırılan Kadastro Mahkemeleri, İş Mahkemeleri, Tüketici Mahkemeleri, Aile Mahkemeleri...<sup>98</sup> gibi mahkemeler ise; olağanüstü mahkemeler statüsünde **değildir**. Olağanüstü mahkemeler esasen, mevcut olağan bir mahkemeye itimat etmemek veya belirli maksatlara uygun mahkeme kurmak ihtiyacından doğarlar. Dolayısıyla da ceza yargılaması usûlü, hukukun genel ilkelerinden uzaklaşır; hukukun üstünlüğü değil, şekli olarak yasalara bağlı yargı yöntemi benimsenmiş olur.<sup>99</sup>

Herkesin, yasanın genel olarak koyduğu görev ve yetkileri, esasları yasa ile belirlenen mahkemeler tarafından yargılanması, kişi güvenliğinin baş koşuludur. Kişinin, yasal mahkeme ve doğal (yasal) yargıçtan başka mercilerce yargılanması, bu alanda özel muameleye tâbi tutulması, hukuk devletinin asla kabul edemeyeceği bir durumdur. Doğal yargıç kavramının özü; sanığın, ceza muhakemesinde bir *hak süjesi* olmasına ve sanık haklarının korunmasına dayanır.<sup>100</sup>

**Doğal yargıç ilkesi; kişilerin, hangi mahkemece yargılanacağını kesin olarak bilinmesini mümkün kılmak, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde yargılanma haklarını güvence altına almak, yargıya güveni sağlamak ve Yürütmenin, Yargı üzerindeki etkisini önlemek amacını taşır.**<sup>101</sup>

Yetkili bir yargı yerinde yargılanma hakkı, o yargı yerinin dâvaya bakma yetkisinin bulunmasını gerektirir. Hukuken bir dâvaya bakma, yetkili yargı yerine yasayla verilmiş olmalıdır.<sup>102</sup>

Doğal yargıç, yetki ve görevi dâhilinde bulunan bir dâvaya bakmaktan çekinemez.<sup>103</sup> Buna; «**doğal yargıcın çekinme yasağı**» denir. Bu yasad, yargılama faaliyeti içerisindeki tüm işlemlerde ve bu arada çekişmesiz yargı alanında da kendisini göstermektedir.<sup>104</sup>

Diğer taraftan, yasallık ilkesinin anayasalarda yer alması, doğal yargıcın

---

seçimler öncesi tüm siyasi partilere çağrıda bulunularak, Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri'nin kaldırılması sözünün seçim bildirgelerine konulmasının istendiği kamuoyu duyurusuna erişim için bkz.: <http://www.ankarabarosu.org.tr/Detay.aspx?SYF=6052> (15.06.2011).

98 Bu mahkemelere, «Özel Mahkemeler» denmesinin ve de her birinin ayrı adlara sahip olmasının nedeni, her bir mahkemenin, konusunda *ihtisas* sahibi olmasındandır.

99 Çelik (2006) age.: S.53.

100 Çelik (2006) age.: S.60.

101 Çelik (2006) age.: S.60.

102 Çelik (2006) age.: S.60.

103 AY md. 36/II.

104 Çelik (2006) age.: S.61.

başlı başına bir amaç olduğunu göstermez. Burada asıl hedef; dâvanın taraflarının korunmasıdır. Bu nedenle, «**doğal yargıç ilkesi**»nin, «**yargıcın reddi ilkesi**» ile bağdaşmayacağını düşünmek, yerinde değildir. Söz konusu kurumlar arasında bir çelişkiden ziyâde, birbirini tamamlayan bir ilişki söz konusudur. **Doğal yargıç güvencesiyle, tarafların soyut olarak yargıca güvenmeleri amaçlanmaktadır. Ancak bu durum, sanığın, gerektiğinde yargıcı reddetmesine engel değildir.** Zira taraflı yargıç, artık o dâvanın doğal yargıcı olamamakta; yapılan ret isteminden sonra yargılama makamını yönetecek olan yargıç, doğal yargıç sıfatına sahip olmaktadır.<sup>105</sup>

Doğal yargıç ilkesi, aynı zamanda olağan mahkemelerin varlığını da zorunlu kılar. Herkes, önceden belirlenmiş hukukî usûllere göre yargılama yapan olağan mahkemelerde veya yargı yerlerinde yargılanma hakkına sahiptir.<sup>106</sup>

Doğal yargıç ilkesinin uygulanmasının sağlanmasında en önemli hususlardan biri de, yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanmasıdır. Zira, ancak tarafsız ve bağımsız bir yargıcın, yasal yargıç olması söz konusudur.<sup>107</sup>

## 2. Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme<sup>108</sup>

*Quis custodiet ipsos custodes?*<sup>109</sup>

Juvénal

Hukuk devletinin *olmazsa olmaz* unsurlarının başında ***mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı*** gelmektedir.<sup>110</sup> Âdil bir yargılamanın temel güvencesi, kararların siyasal kurumlar tarafından değil, fakat hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız yargı yerleri tarafından verilmesidir.<sup>111</sup> Devlet iktidarını kullananlar da hukuk kurallarıyla bağlıdırlar ve gerektiğinde onları da millet adına yargılayacak olan yargıçların herhangi bir baskı altında kalmadan karar vermeleri gerekir.<sup>112</sup>

Bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinde yargılanma hakkı öylesine bir haktır ki; İnsan Hakları Komitesi bunun, ***“istisna kabul etmeyen mutlak bir hak”*** olduğunu belirtmiştir.<sup>113</sup> Böylesine önem arz eden ve istisna dahi kabul etmeyen mutlak bir hak olarak nitelendirilen mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı,

105 Centel (1996) age.: s.34.

106 Çelik (2006) age.: s.61'deki dn.213'ten dolayı atıfla

107 Demircioğlu (2001) age.: S.37.

108 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: İnceoğlu, S.: **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri**, İstanbul 2008.

109 ***“Yargıçları kim yargılayacak?”*** ya da ***“Koruyucuları kim koruyacak?”***.

110 Çelik (2006) age.: s.46'daki dn.181'den dolayı atıfla.

111 Uluslararası Af Örgütü (2000) age.: S.156.

112 Çelik (2006) age.: s.46'daki dn.183'ten dolayı atıfla.

113 Uluslararası Af Örgütü (2000) age.: S.156.



gerek anayasalarda ve en temel insan hakları metinlerinde gerekse kutsal metinlerde yer alarak güvence altına alınmıştır.<sup>114</sup>

Anayasal güvencelelere sahip, bağımsız ve tarafsız bir yargı denetimi; hukuk devleti ilkesinin diğer öğelerinin de güvencesini oluşturan temel bir öğedir.<sup>115</sup>

Bir ülkede demokratik hukuk devletinden bahsedilebilmesi için, yasayla

- 114 Waldner, Wolfram. *“Der Anspruch auf rechtlichen Gehör”* adlı eserden nakleden Demircioğlu (2001) age.: s.26-27: “Tarihin bütün dönemlerinde insanoğlu, tarafsız ve bağımsız karar vericilere, hâkimlere, hükümdarlara, Peygamberlere ihtiyaç duymuştur. Mitolojide insanoğlu, güç ve kudret sahibi, ancak bunun yanında taraf tutmayan ilahlar (veya ilaheler) edinmişler ve yeryüzünde, ilahlar adına karar verecek olan hâkimlerin, hükümdarların ve karar vericilerin hükümlerine, adâlet ilahlarına olan saygının bir sonucu olarak itaat etmişlerdir. Bu adâlet ilahelerinin en önemlisi *Justitia*’dır. Elinde keskin kılıcı ile adâletin gücünü, kitabı ile kanunu, dengede duran terazisi ile eşitliği ve ölçülülüğü, gözlerinin bağlı olması ile tarafsızlığı ve bağımsızlığı temsil eden *Justitia*, yüzyıllar boyunca hukukun, adâletin, gücün, tarafsızlığın sembolü olmuştur. (Bötticher Eduard-Gleichbehandlung und Waffengleichheit, Heidelberger Forum 1979, s.11). Tarihte, tarafsız ve bağımsız hâkim ve hakemlere olan ihtiyaç, insanlık tarihinin sonraki dönemlerinde de karşımıza çıkmaktadır. Özellikle, insanlara yol gösterici olarak gönderilen Peygamberlerin aynı zamanda «en adil yöneticiler; hâkimler ve hakemler» oldukları...(görülür). Bu alanda Süleyman Peygamber’in (a.s.) adâlet anlayışı, insanlığı ve hukuk dünyasını o kadar etkilemiştir ki; Tübingen Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin tavan yüzeyleri, Süleyman Peygamber’in (a.s.) adâlet anlayışını temsil eden gravürlerle süslenmiştir. Tevrat ve İncil’de de, Süleyman Peygamber’in (a.s.) adâlet anlayışından uzun uzun bahsedilmektedir. *Hikâyeye göre*; bir erkek çocuğun annesinin, kendileri olduğunu iddia eden iki kadın, Süleyman Peygamber’in (a.s.) huzuruna çıkarılır. Çocuğun annesinin kim olduğu konusunda uzun uzun kadınları dinleyen Süleyman Peygamber (a.s.), asıl annenin kim olduğu konusunda bir karara varamaz. Nihayet aklına bir fikir gelir. ‘Madem ikiniz de bu çocuğun kendisine ait olduğunu iddia ediyorsunuz, o hâlde her ikiniz arasında paylaşıyoruz’ der. Çocuğu ayaklarından tutar ve kılıcı ile ortadan ikiye ayırmak için harekete geçer. Ancak o sırada kadınlardan biri fırlar ve ‘Ben oğlumun diğer kadına verilmesini kabul ediyorum, yeter ki onun canına bir şey gelmesin’ der. Bu fedakârlık karşısında Süleyman Peygamber (a.s.), «gerçek anne»nin bu kadın olduğuna karar verir ve çocuğu ona teslim eder. Süleyman Peygamber (a.s.) gibi diğer Peygamberlerin de çok iyi birer hâkim olduklarına, Allah’ın (c.c.), adâletli davranmaları için onları uyardığına, eğittiğine inanılır. Nitekim İncil’de Allah (c.c.): “ ‘Ben hâkimlere emretmişim ki; yabancılara, kardeşlerinize, büyüklere, küçüklere eşit davranınız. Onlar arasında ayrımcılık yapmayınız. Hiç kimseden de korkmayınız,’ diye öğüt vermektedir.”. Son Peygamber olan Hz. Muhammed’e (s.a.v.), Allah (c.c.) katından indirilen Kur’an-ı Kerim’de de, duruma ilişkin birçok âyet söz konusudur. Bunlardan birkaçına değinmek gerekirse: “Allah (c.c.), size, emanetleri mutlaka ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adâletle hükmetmenizi emrediyor. Doğrusu Allah (c.c.), bununla size ne güzel öğüt veriyor! Şüphesiz ki Allah (c.c.), hakkıyla işitendir, hakkıyla görendir.” (Nisâ Sûresi, 58. Âyet); “Eğer inananlardan iki grup birbirleriyle savaşırlarsa aralarını düzeltin. Eğer biri ötekine karşı haddi aşarsa, Allah’ın (c.c.) buyruğuna dönünceye kadar haddi aşan tarafa karşı savaşın. Eğer (Allah’ın emrine) dönerse, artık aralarını adâletle düzeltin ve (onlara) adâletli davranın. Çünkü Allah (c.c.), adâletli davrananları sever.” (Hucurât Sûresi, 9. Âyet); “Onlar, yalanı çok dinleyen, haramı çok yiyenlerdir. Eğer sana gelirlerse, ister aralarında hüküm ver, ister onlardan yüz çevir. Onlardan yüz çevirecek olursan, sana asla hiçbir zarar veremezler. Eğer hükmedecek olursan, aralarında adâletle hükmet. Çünkü Allah (c.c.), adil davrananları sever. Yanlarında, içinde Allah’ın (c.c.) hükmü bulunan Tevrat varken nasıl oluyor da seni hakem yapıyorlar, sonra bunun ardından verdiği hükümden yüz çeviriyorlar? İşte onlar (kendi kitaplarına da, sana da) inanmış değillerdir. Şüphesiz Tevrat’ı biz indirdik. İçinde bir hidâyet, bir nur vardır. (Allah’a) teslim olmuş nebiler, onunla Yahudilere hüküm verirdi. Kendilerini Rabb’e adanmış kimseler ile âlimler de böylece hükmederlerdi. Çünkü bunlar Allah’ın (c.c.) kitabını korumakla görevlendirilmişlerdi. Onlar Tevrat’ın hak olduğuna da şahit idiler. Şu hâlde, siz de insanlardan korkmayın, benden korkun ve âyetlerimi az bir karşılığa değişmeyin. Allah’ın (c.c.) indirdiği ile hükmetmeyenler kâfirlerin ta kendileridir.” (Mâide Sûresi, 42-43 ve 44. Âyetler); “Sana dâvacıların haberi geldi mi? Hani onlar duvarı aşarak mabede girmişlerdi. Hani Dâvûd’un (a.s.) yanına girmişlerdi de Dâvûd (a.s.) onlardan korkmuştu. Onlar, ‘Korkma! Biz, iki dâvacı grubuz. Birimiz diğerine haksızlık etmiştir. Aramızda adâletle hükmet. Zulmetme ve bizi hak yola ilet’ dediler. İçlerinden biri şöyle dedi: ‘Bu benim kardeşimdir. Onun doksan dokuz koyunu var. Benim ise bir tek koyunum var. Böyle iken «Onu da bana ver» dedi ve tartışmada beni bastırıldı.’ Dâvûd (a.s.) dedi ki: ‘Andolsun, senin koyununu kendi koyunlarına katmak istemek suretiyle sana zulmetmiştir. Esasen ortakların pek çoğu birbirine haksızlık eder. Ancak iman edip sâlih ameller işleyenler başka. Onlar da pek azdır.’ Dâvûd (a.s.), bizim kendisini imtihan ettiğimizi anladı. Derken Rabbinden başışlama diledi,

kurulmuş tarafsız ve bağımsız yargı yerlerinin bulunması zorunludur.<sup>116</sup>

**Kanaatimizce;** yasayla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız mahkemede yargılanma hakkı, âdil yargılanma hakkının **en önemli ve en temel** unsurudur. Zira söz konusu hakkın diğer unsurlarının da gerçekleştirilebilmesi ve tam anlamıyla yerine getirilebilmesi için, en başta, bir yargılama makamının, yani bir mahkemenin var olması gerekir. Aynı zamanda bu mahkeme bağımsız ve tarafsız da olmalıdır. Bağımsız ve tarafsız niteliği olmayan bir mahkemenin (ve yargılamanın) varlığı, âdil yargılanma hakkı bakımından bir anlam ifade etmez.<sup>117</sup>

Diğer taraftan, bu hakkın önemli bir unsuru, yargılama yapan makamın mahkeme statüsüne sahip olması, yargıçlardan kurulu olması ve bu mahkemenin yasayla kurulmasıdır. Özellikle doğal yargıç güvencesi; uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce yasayla kurulmuş ve yine yetkileri, görevleri ve uygulayacağı yargılama usûlü yasayla belirlenmiş olan mahkemeleri ifade etmektedir. Bu sayede, baştaki siyasal iktidarın tercihlerinden etkilenebilecek ve keyfi uygulamalarda bulunabilecek mahkemelerin varlığının da önüne geçilmiş olmaktadır. Herkes, yargılama usûlü, görevi, yetkisi önceden belirlenmiş olan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkına sahiptir.<sup>118</sup>

1982 Anayasası, mahkemelerin bağımsızlığı hususunu, 138. maddesinde **“Mahkemelerin Bağımsızlığı”** başlığı altında incelemiştir. Bu maddeye göre:

**“Yargıçlar, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, yasaya ve**

*eğilerek secdeye kapandı ve Allah'a (c.c.) yöneldi. Biz de bunu ona bağışladık. Şüphesiz katımızda onun için bir yakınlık ve dönüp geleceği güzel bir yer vardır. Ona dedik ki: 'Ey Dâvûd!(a.s.) Gerçekten biz seni yeryüzünde halife yaptık. İnsanlar arasında hak ile hüküm ver. Nefis arzusuna uyma, yoksa seni Allah'ın (c.c.) yolundan saptırır. Allah'ın (c.c.) yolundan sapanlar için hesap gününü unutmaları sebebiyle şiddetli bir azap vardır.' ” (Sâd Süresi, 21-22-23-24-25 ve 26. Âyetler); “Ey iman edenler! Allah (c.c.) için hakkı titizlikle ayakta tutan, adâlet ile şahitlik eden kimseler olun. Bir topluma olan kininiz, sakın ha sizi adâletsizliğe itmesin. Âdil olun. Bu, Allah'a (c.c.) karşı gelmekten sakınmaya daha yakındır. Allah'a (c.c.) karşı gelmekten sakının. Şüphesiz Allah (c.c.), yaptıklarınızdan hakkıyla haberdardır.” (Mâide Süresi, 8. Âyet). Kutsal kitaplardan olan Tevrat'ta ise konuya ilişkin olarak: “Doğru ve âdil olanı yaparak yolumda yürümeyi oğullarına ve soyuna buyursun diye İbrahim'i seçtim. Öyle ki, ona verdiğim sözü yerine getireyim.” (Yaratılış Kitabı, 18: 19); “O Kaya'dır, işleri kusursuzdur, bütün yolları doğrudur. O haksızlık etmeyen güvenilir Tanrı'dır. Doğru ve âdildir.” (Yasanın Tekrarı, 32: 4); “Her şeye egemen Rab diyor ki, 'Gerçek adâletle yargılayın; birbirinize sevgi ve sevecenlik gösterin. Dul kadına, öksüze, yabancıya, yoksula baskı yapmayın. Yüreğinizde birbirinize karşı kötülük tasarlamayın.' ” (Tevrat, Zekeriya, 7: 9 ve 10) söz konusu âyetler bulunmaktadır. Kutsal kitaplardan bir diğeri olan İncil'de konuya ilişkin olarak: “Ben kendiliğimden hiçbir şey yapmam. İştiiğim gibi yargıları ve benim yargım âdildir. Çünkü amacım kendi istediğimi değil, beni gönderenin istediğini yapmaktır.” (Yuhanna - Bölüm 5: 30); “Dış görünüşe göre yargılamayın, yargınız âdil olsun.” (Yuhanna - Bölüm 7: 24) söz konusu âyetler bulunmaktadır.*

115 Bkz.: AYM Kararı, 27.1.1977, E.1976/43, K.1977/4.

116 Çelik (2006) age.: S.48.

117 Aynı görüşte olan: Çelik (2006) age.: S.49.

118 Çelik (2006) age.: S.41.



***hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm Verirler.***

***Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.***

***Görülmekte olan bir dâva hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.***

***Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”***

Anayasamızın 140. maddesinin II. fıkrasına göre ise:

***“Yargıçlar, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç teminatı esaslarına göre, görev ifa ederler.”***

- 
- 119 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: İnceoğlu, (2006) age.; Yücel, B.: **Türk Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı (Yüksek Lisans Tezi)**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2002; Demirkol, F.: **Yargı Bağımsızlığı**, İstanbul 1991; Demirkol, F.: **Bağımsız Yargının Fonksiyonları**, İstanbul 1992; Kuru, B.: **Hâkim ve Savcılar Bağımsızlığı ve Teminatı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:214, Ankara 1966; Kardaş, Ü.: **Hâkim Bağımsızlığı Açısından Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri**, İstanbul 1992.
- 120 «**Kuvvetler ayrılığı**» (separation of powers) ilkesi, devletin üç bağımsız erk/dal tesis etmek yoluyla Yasama, Yürütme ve Yargı gücünün birbirinden ayrı olması gerektiğine ilişkin ilkedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Heywood, A.: **Siyaset**, Ankara 2007; Rumpf, C.: **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Çeviren: Burak ODER, Ankara 2005; Tikveş, Ö.: **Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku**, İzmir 1982. Özbudun, E.: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara 2004, s.40-41: “**Kuvvetler ayrılığı** deyiminden normal olarak anlaşılın, devletin üç hukukî iktidarı olan yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin ayrı devlet organlarına verilmiş olmasıdır. [...] Belirtmek gerekir ki, kuvvetler ayrılığının çağdaş anlamı; yasama ve yürütme arasındaki ayrılıktan çok, yargı organının bu iki siyasal nitelikli organ karşısındaki bağımsızlığını ön plâna çıkarmaktadır. Anayasalcılık akımının ilk dönemlerinde mevcut olmayan siyasal partiler, son yüzyıl içinde büyük gelişme göstererek siyaset alanının gerçek hâkimi hâline gelmişlerdir. Özellikle hükûmetin ancak parlamentonun güveni ile görevde kalabildiği parlamenter rejimlerde çoğunluk partisi (veya partileri) bu iki organ arasında kuvvetler ayrılığı teorisinin öngörmediği ölçüde sıkı bir siyasal bağ oluşturmıştır. Bu durumda, yasama-yürütme ayrılığının eski önemini korumadığı gerçek olmakla birlikte, yargı organının bağımsızlığı, benimsenen hükûmet sistemi ne olursa olsun, bütün hürriyetçi demokrasilerin vazgeçilmez bir unsurudur.”. Teziç, E.: **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 8. Bası, İstanbul 2003, s.395-397: “**Kuvvetlerin birbirinden ayrılmasının nedenleri ise şöyle açıklanıyor: (1) Hürriyet ancak ılımlı hükûmetlerde (günümüzde liberal) olur. İktidarın kötüye kullanılmadığı durumlarda hürriyet vardır. Fakat ezeli bir deney ile sabittir ki, kuvvet sahibi herkes, bunu kötüye kullanma eğilimindedir. Birtakım kayıtlamalarla karşılaşınca kadar bu kuvveti kullanır. İktidarın kötüye kullanılmaması için eşyanın niteliği gereği, kuvvetin kuvveti durdurması gerekir. (2) Yalnızca kuvvetler ayrılığı, kanunlara saygıyı ve uyulmasını sağlayabilir. Aynı kimsede ya da halk topluluğunda yasama kuvveti, yürütme ile birleşmişse, asla hürriyetten söz edilemez. Çünkü aynı hükümdarın ya da aynı meclisin zorbaca uygulamak üzere zorbaca kanunlar yapmasından korkulur. Yargılama kuvveti yasama ile birleşmiş olsaydı, yurttaşların hayatı ve hürriyeti üzerinde iktidar keyfi olurdu. Zira yargıç, kanun koyucu olurdu; eğer yürütme kuvveti ile birleşmiş olsaydı, yargıç baskı yapanın kuvvetine sahip olabilirdi.’ ”. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin eleştirisi hakkında bkz.: Teziç (2003) age.: s.395 vd.. Palavriç, S.: “**The Independence**,**

**a. Mahkemenin Bağımsızlığı<sup>119</sup>**

**“Kuvvetsiz adâlet âciz, adâletsiz kuvvet de zâlimdir.”**

**Pascal**

**aa. Genel Olarak**

Mahkemelerin bağımsızlığının kökeninde «**kuvvetler ayrılığı**» ilkesi<sup>120</sup> yatmaktadır. Yargı erki, Yürütme ve Yasama organının işlemlerinden bağımsız niteliktedir. Hukuk devletinin temel niteliklerinden biri de; yargı mercilerinin, siyasi veya başkaca müdahalelerin etkisinden uzak ve de bağımsızca hareket edebilmeleridir.<sup>121</sup>

Yargı yerinin bağımsızlığı, âdil yargılanmanın temellerinden biridir. «**Yargı yerinin bağımsızlığı**», belli bir dâvada karar vermek durumunda olanların, önlerine gelen sorunlar hakkında tarafsız bir şekilde, olaylara dayalı ve hukuka uygun olarak, devletin herhangi bir biriminin ya da başka bir yerin herhangi bir müdahalesi, baskısı ve uygunsuz etkileri olmaksızın karar vermekte özgür olmaları anlamına gelmektedir.<sup>122</sup>

Yargıçların bağımsızlığı, öncelikle anayasa hukukuna ait bir sorundur. Ancak yargıçların bağımsızlığı sorunu, muhakeme hukukunda da büyük öneme sahiptir. Bir hukuk devletinde muhakeme hukukunun temel ilkelerine, yargıçların bağımsızlığı da dâhildir. Öylesine ki; hukuk devleti düşüncesinin en büyük başarısının, yargıcın kararlarının bağımsızlığının sağlanması olduğu ifade edilir.<sup>123</sup>

Devletin çeşitli organlarının münhasır ve özgül görevleri vardır. Bir kurum olarak Yargı organı ve birey olarak yargıçlar, önlerindeki dâvalarda karar vermek için münhasır yetkiye sahip olmalıdırlar.<sup>124</sup> Yargının bağımsızlığı devlet tarafından güvence altına alınmalı, hukuk tarafından düzenlenmiş olmalı ve bütün kamu kuruluşları tarafından saygı görmelidir.<sup>125</sup>

Devletler, adâletin dağıtılmasında siyasi ve başkaca müdahalelere karşı

---

*Impartiality and Responsibility of the Judiciary*”, Anayasa Yargısı 27, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 60, Ankara 2010, s.27: “21. Yüzyılda, devlet erkinin yasama, yürütme ve yargı organları arasında paylaştırıldığı bir kuvvetler ayrılığı sistemini benimsemeyen bir anayasal hukuk devleti hayâl dahi edilemez. Devlet erkinin -çok da katı sınırlar çizilmemekle birlikte- üç kuvvete ayrılması, günümüz anayasa hukukunda «frenler ve dengeler» diye nitelendirilen sistemin hayata geçirilmesine olanak sağlar. Bir başka deyişle, bu üç kuvvet arasında oluşan «fren ve denge» sistemi ile iktidarın tekelleşmesinin, suiistimal ya da keyfi kullanımının önlenmesi amaçlanmaktadır. «Fren ve denge» sistemi, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin korunması için de büyük önem taşımaktadır.”

121 Çelik (2006) age.: S.41.

122 Uluslararası Af Örgütü (2000) age.: S.62.

123 Centel (1996) age.: S.7.

124 Uluslararası Af Örgütü (2000) age.: S.158.

125 Çelik (2006) age.: s.62'deki dn.218'den dolayı atıfla.

yapısal ve işlevsel koruyucular sağlamalıdır. Yargıçları bağımsız ve tarafsız olmayan, belli kimselerin ve özellikle siyasal iktidarın talepleri doğrultusunda karar veren devlet, hukuk devleti olarak nitelendirilemez.<sup>126</sup> Devletin başta gelen görevlerinden biri de, adâlet dağıtmaktır. İyi bir adâletin başlıca şartı ise, adâleti dağıtanların tarafsız ve bağımsız olmalarıdır.<sup>127</sup>

**Herhangi bir makamın veya otoritenin baskısı ya da etkisi altında karar veren yargıç, adâleti yerine getiremez. Yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığı, birey hak ve özgürlüklerinin güvencesidir.**<sup>128</sup>

Yargı organı, önündeki sorun hakkında, herhangi bir tarafın herhangi bir nedenle doğrudan veya dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı ve müdahalesine maruz kalmaksızın maddî olaylara ve hukuka dayanarak tarafsız bir biçimde karar verir. Yargı bağımsızlığı prensibi, yargılama organının, dâvaları âdil bir şekilde görmesini ve tarafların haklarına saygı gösterilmesini gerektirir<sup>129</sup>.

Yargıçların tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanmasına yönelik hükümler, AİHS ve Anayasamızda ifadesini bulan «ayrımcılık yasağı»nın bir garantisidir. Hak arama hürriyetini kullanan ve mahkemeler önünde dâvacı ve dâvalı konumunda olan kişiler açısından hukukun korumasından eşit faydalanma hakkı, en başta yargı makamlarının tarafsız ve bağımsız olmalarını zorunlu kılmaktadır.<sup>130</sup>

AİHS'nde, genel bir ayrımcılık yasağından bahsedilmektedir. Buna göre:

*“İşbu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrım gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”*<sup>131</sup>

Ayrımcılık yasağı, Anayasamızda da garanti altına alınmış bir düzenlemedir. Anayasamızın 10. maddesine göre:

*“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin yasa önünde eşittir.*

*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu*

126 Gözlügöl (1999) age.: S.121.

127 Çelik (2006) age.: S.62.

128 Toroslu, N.: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 1998, s.220.

129 Çelik (2006) age.: s.63'teki dn.222'den dolayı atıfla.

130 Çelik (2006) age.: S.63.

131 Bkz.: AİHS, md.14.

***eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.***

***Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.***

***Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.***<sup>132</sup>

AİHM, bir mahkemenin bağımsızlığını incelerken, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığını, atanma ve görevden alınma şeklini, görev süresini, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığını ve nihayet mahkemenin, genel bir değerlendirme ile bağımsız bir görünüm verip vermediğini araştırmaktadır.<sup>133</sup>

Ayrıca, AİHM tarafından, mahkeme üyelerinin bağımsızlığı değerlendirilirken, üyelerin sahip olduğu nitelikler, tek başına bir şey ifade etmemekle birlikte, söz konusu nitelikler, bağımsızlık göstergelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla, üyenin hukukçu, diğer bir deyişle, olağan bir yargı mensubu olması, onun bağımsız olduğu noktasında güçlü bir göstergedir.<sup>134</sup> Ancak, bağımsızlık ve tarafsızlık şartları yerine getirildiği sürece, bir mahkemenin üyelerinin tamamının veya bir kısmının profesyonel olarak yargıç olmaları da gerekmemektedir. Karar veren organın yargısal rol üstlenmesi ve hukuken düzenlenmiş bir usûl izlemesi, bağlayıcı kararlar alabilme yetkisine sahip olması gibi nitelikler taşıması hâlinde bir problemten söz edilemeyecektir.<sup>135-136</sup>

AİHM, mahkeme tanımının kilit noktası olarak, mahkemenin, Yürütme

132 İlgili maddenin başlığı “Yasa Önünde Eşitlik” olarak belirtilmiştir.

133 Gölcüklü (2004) age.: S.211.

134 İnceoğlu (2002) age.: S.164.

135 İnceoğlu (2002) age.: S.155.

136 “Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde, «hâkim» sınıfından olmayan üyelerin bulunması buna benzer görülebilir. Bu hâkim sınıfından olmayan subay üyelerin âmiri durumundaki makamlar; genellikle bu mahkeme önünde «dâvalı» konumundadırlar; yani, iptâli istenen işlemleri yapanlar bu makamlardır. Örneğin, Genelkurmay Başkanlığının bir kararının iptâlinin istendiği bir dâvada, Genelkurmay Başkanlığı tarafından buraya önerilen subay üyenin bağımsız ve tarafsız olması oldukça güçtür. Sonuç olarak, Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, hâkim sınıfından olmayan üyelerin bağımsızlığını sağlayacak teminattan yoksun olmaları bakımından, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına aykırıdır.” Çelik (2006) age.: s.78. Aynı görüşte olan: Gözler, K.: “Askerî Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu”, İnsan Hakları Yıllığı, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü - İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C.21-22, 1999-2000, s.77-93. Aynı nitelikte olarak, *İncal - Türkiye* dâvası, (bkz.: *İncal - Türkiye* dâvası, 09.06.1998 tarihli, 22678/93 başvuru numaralı karar) örnek gösterilebilir. İşbu dâvada başvuru, DGM'de yer alan askerî yargıç nedeniyle, bağımsız bir yargı yerinde yargılanmadığını iddia etmiştir. AİHM, bu dâvada, bağımsızlık ve tarafsızlık kavramlarını birlikte incelemiş ve bağımsızlık açısından daha önce de belirtildiği gibi mahkemenin görünümüne, tarafsızlık açısından ise yargıcın tarafsızlığı konusunda haklı bir şüpheyi bertaraf edecek güvenceye sahip olup olmadığı hususuna bakmıştır. AİHM, sivil yargıçlar açısından bir uyumsuzluk olmadığını belirlemiş, ardından da, askerî yargıcın konumunu değerlendirmiştir.

organına karşı tamamen bağımsız olmasını görmektedir. Ancak, mahkeme üyelerinin hangi organ tarafından atandığı, tek başına, mahkemenin bağımsız olmadığını belirlemez. Bunun yanında birtakım unsurlar da göz önünde tutulur. Yani AİHM, mahkeme üyelerinin, bakan ya da hükûmet kararı veya tavsiyesi ile atanmasını, her halükârda bağımsızlık ilkesine aykırı bulmamaktadır. Örneğin, AİHM, *Campbell ve Feel - Birleşik Krallık* dâvasında,<sup>137</sup> üyeleri İçişleri Bakanı tarafından atanan ve mahkeme gibi bir yargılama yapan kurulu, bağımsız mahkeme kuralına aykırı bulmamıştır. Yine buna benzer başka kararlarında da AİHM, Yargı organının üyelerinin Yürütme tarafından atanmasını, Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır.<sup>138</sup>

### **bb. Mahkemelerin Bağımsızlığının Yasama Organına Karşı Korunması**

1982 Anayasası, mahkemelerin bağımsızlığının Yasama organına karşı korunması hususunda, etkin ve yerinde tedbirler getirmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesine göre; Yasama organı, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dâva hakkında Yasama Meclisi'nde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

---

Mahkeme, askerî yargıçların da diğer sivil yargıçlar gibi tarafsızlık ve bağımsızlık güvencelerinden bir kısmına sahip olduğunu tespit etmiştir. Örneğin, askerî yargıçlar da sivil yargıçlar gibi aynı mesleki eğitimi alırlar, aynı anayasal güvencelere sahiptirler ve hiçbir kamu makamı kendilerine emir ve talimat veremez ve tavsiyede bulunamaz. Ancak AİHM, askerî yargıçların statüleri gereğince birtakım kuşkuyla karşı karşıya olduğunu öngörmüştür. İlk olarak bunlar (askerî yargıçlar), hâlâ yürütme organından emir alan orduya mensup askerdirler ve askerî disipline tâbi olmaya devam ederler ve yine bu amaçla ordu tarafından haklarında sicil verilmektedir. Göreve atanmalarıyla ilgili kararlar da ordunun idarî makamlarında görevli yetkililerce alınmaktadır ve DGM üyesi olarak görevleri sadece dört yıldır ve yenilenebilmektedir. AİHM, bir sivilin, kısmen de olsa silâhlı kuvvetler üyelerinden oluşan bir mahkemede yargılanmasına büyük önem verdiğini belirtmiş ve DGM'nin, dâvanın niteliği ile hiçbir ilgisi olmayan düşünceler tarafından gereksiz yere etkilenebileceğinden haklı olarak kuşku duyulabileceğine değinmiştir. AİHM, DGM kararının, tamamen sivil üyelerden oluşan Yargıtay'ca denetimini de, bu sorunu ortadan kaldırma noktasında yeterli bulmamıştır. Sonuç olarak AİHM'ne göre, başvurunun, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlık ve tarafsızlığından kuşku duymak için haklı nedenleri vardır ve AİHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrası ihlâl edilmiştir [İnceoğlu (2002) age.: s.176-178]. Bu konuyla ilgili olan diğer örnek kararlar için bkz.: *Arap Yalçın ve Diğerleri - Türkiye* dâvası, 25.09.2001 tarihli, 33370/96 başvuru numaralı karar; *(Nasup) Mitap ve (Abdullah) Müftüoğlu - Türkiye* dâvası, 08.12.1994 tarihli, 15530/89 başvuru numaralı karar; *Ari - Türkiye* dâvası, 25.09.2001 tarihli, 29281/95 başvuru numaralı karar. Fakat buna karşılık Avrupa Komisyonu, İsviçre Askerî Mahkemeleri üzerinde yapmış olduğu incelemelerde, bu mahkemelerin, bağımsız ve tarafsız olduklarına karar vermiştir. Bu mahkemelerdeki yargıçlar, askerî personeldirler ve birer asker kişi olarak hiyerarşik üstlerinin otoritesine tâbi olmalarına rağmen, adli görevleri sırasında adâletin yerine getirilmesini sağlarken, üstlerine karşı sorumlu bulunmamaktadırlar [Uluslararası Af Örgütü (2000) age.: S.162].

137 Bkz.: *Campbell and Fell - Birleşik Krallık* dâvası, 28.06.1984 tarihli, 7819/77 ve 7878/77 başvuru numaralı kararlar (A80, & 76).

138 İnceoğlu (2002) age.: S.167-169.

Yine, Anayasa'nın 37. maddesinin 2. fıkrasına göre; bir kimseyi yasal olarak tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.

### **cc. Mahkemelerin Bağımsızlığının Yürütme Organına Karşı Korunması“**

*Siyasî dâvalar olabilir; ama dâvaları siyasallaştırmak,  
hukuku rayından çıkartır.”*

**Sami Selçuk**

Anayasa'nın, *“hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz”*<sup>139</sup> şeklindeki hükmü, özellikle Yürütme organının yargıçlar üzerinde baskı kurmasını veya nüfuz kullanmasını önlemeye yöneliktir. Yargıçların yükselme, tâyin ve özlük hakları bakımından Adâlet Bakanı veya Bakanlık Müsteşarı'nın söz sahibi olması hâlinde mahkemelerin, Yürütme organına karşı bağımsızlığı daha da önem kazanır.<sup>140</sup> Ancak, *«yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili olmamak şartıyla»* mahkemelere genelge gönderilmesi, bağımsızlığı zedelemes.<sup>141</sup> Bu genelgeler, kalem işleri ve personel yönetimi gibi *idarî nitelikteki* işlemlerin yapılmasıyla ilgilidir. Nitekim Anayasa'ya<sup>142</sup> göre de yargıçlar ve savcılar, idarî görevleri yönünden Adâlet Bakanlığı'na bağlıdır.

AIHM, Yürütme gücüne ait herhangi bir organ ya da kişiye dâva açma yetkisi verilmesini, bu kişinin yargılama makamına katılmasını, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı görmektedir.<sup>143</sup>

AIHM, bir yargı yerinin bağımsız olup olmadığını belirlerken, kararı verenlerin Yürütme organının emirlerine tâbi olup olmadıklarını incelemektedir.<sup>144</sup> Bununla birlikte, mahkeme üyelerinin, bir bakan yahut hükûmet kararı veya tavsiyesiyle atanması, her zaman ve mutlak anlamda bağımsızlığın yokluğu anlamına gelmez.<sup>145</sup>

139 Bkz.: AY md.138/II.

140 Özmen, N.: **Adil Yargılanma İlkesinin Gelişim Süreci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007, s.57.

141 Bkz.: Atar, Y.: **Türk Anayasa Hukuku**, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Konya 2005.

142 Bkz.: AY md.140/VI.

143 Çınar, U. S.: **Temel Hakları Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak Arama Hürriyeti (Doktora Tezi)**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 1998, s.53.

144 Uluslararası Af Örgütü (2000) age.: S.162.

145 Gölcüklü / Gözübüyük (2002) age.: S.254.

146 Türkiye'de Yargı organı çeşitli kollara ayrılmıştır. Bunlar: Anayasa Yargısı; Adli Yargı; İdarî Yargı; Askerî Ceza Yargısı; Askerî İdarî Yargı; Uyuşmazlık Yargısı; Hesap Yargısı (ör: Sayıştay. Anayasa'ya göre Sayıştay, yüksek mahkeme değildir.) [Gözler, K.: **Anayasa Hukukuna Giriş**, 4. Baskı, Bursa 2004, s.333-334]. Yargı erki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Heywood (2007) age.: S.436-444.



## çç. Mahkemelerin Bağımsızlığının Diğer Yargı Organlarına<sup>146</sup> Karşı Korunması

Mahkemeler, üst mahkemelerin itiraz ve temyiz mercii sıfatıyla verdikleri kararlar dışında, kendileri dışındaki mahkemelerin kararlarıyla *kural olarak* bağlı değildir.<sup>147</sup> Bu nedenle, üst mahkemelerin alt mahkemelere dâvaların görülmesiyle ilgili olarak genel nitelikte emir ve talimat vermeleri mümkün değildir.<sup>148</sup>

### dd. Mahkemelerin Bağımsızlığının Çevreye Karşı Korunması

Mahkemelerin, hiçbir etki ve baskı altında kalmadan Anayasa'ya, yasalara ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre karar verebilmeleri için, başta basın-yayın organları<sup>149</sup> olmak üzere hiçbir kişi ve kuruluşun, yargı kararlarını etkilemeye yönelik bir çaba içinde olmaması gerekir.<sup>150</sup> Anayasa'nın, **“hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemeler ve yargıçlara [...] tavsiye ve telkinde bulunamaz”<sup>151</sup>** ve **“yargıçlar ve savcılar, yasada belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar”<sup>152</sup>** şeklindeki hükümleri, yargıçların, sosyal hayatın gereği olarak ilişki kurdukları çevreye ve yaşam alanlarına karşı bağımsızlıklarının korunması amacına yöneliktir.

Bu amaca yönelik diğer bir husus da, ceza kovuşturmasının başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar geçen sürede, yargıç ile mahkemelerin hüküm, karar ve işlemlerine ilişkin görüşlerin yayınlanamayacağıdır.<sup>153</sup>

### b. Mahkemenin Tarafsızlığı<sup>154</sup>

**“Bir haksızlık karşısında «tarafsızım» diyen biri, artık bir taraf olmuştur.”**  
Anonim

### aa. Genel Olarak

147 Anayasa Mahkemesi kararları ile İçtihadı Birleştirme Kurulları'nın kararları, genellikle bu kuralın dışında kalır.

148 Özmen (2007) age.: s.58. Bkz.: AY md.138/II: **“Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.”**

149 AİHM'de görülen ünlü *Sunday Times* davası için bkz.: *Sunday Times - Birleşik Krallık (No.1)* davası, 26.04.1979 tarihli, 6538/74 başvuru numaralı karar (A30). Doebling, K.: **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, Çeviren: Ahmet MUMCU, Yeniden Düzenlenmiş 2. Baskı, İstanbul 2002, s.222'deki dn.34'ten dolayı atıfla: **“Bir dâvanın görülmesi sırasında gazete veya diğer medya organları tarafından yapılan yayının, adâlete ve yargılamaya büyük ölçüde zarar vereceği, tarafımızdan kabul edilmiş bir gerçektir.”**

150 Özmen (2007) age.: S.58.

151 Bkz.: AY md.138/II.

152 Bkz.: AY md.140/V.

153 Özmen (2007) age.: s.58'daki dn.173'ten dolayı atıfla.

154 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: İnceoğlu (2008) age.

«Bağımsızlık» kavramıyla da yakından ilgili olan «tarafsızlık» olgusu;<sup>155</sup> dâvanın çözümünü etkileyecek bir önyargı yokluğu; özellikle mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazısının taraflar düzeyinde, onların leh ve aleyhindeki bir duyuya ya da çıkara sahip olmaması demektir.<sup>156</sup>

AİHM, *Piersack - Belçika* dâvasında,<sup>157</sup> tarafsızlık konusuna iki açıdan yaklaşmış, yargıcın tarafsızlığı ile yargılama usûlünün getirdiği güvenceler üzerinde durmuştur. Diğer taraftan, yargıcın taraflı olması, başvuru sahibince kanıtlanmak zorundadır. Ancak dâva yargıcının, daha önce savcılık makamında görevli olması ve bu görevi nedeniyle söz konusu dâva ile ilgili inceleme yapma olasılığı, mahkemenin tarafsızlığından kuşku duyulmasına yeterli neden olarak görülmüş ve Mahkeme bu durumun, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>158</sup>

AİHM, birbiriyle yakından bağlantılı olan *tarafsızlık* ile *bağımsızlığı*, genellikle **birlikte değerlendirmektedir**. Örneğin, bağımsızlık ile tarafsızlık açısından, mahkeme üyelerinin tamamının veya bir kısmının meslekten yargıç olmalarının gerekmediği kabul edilmektedir. Önemli olan, karar veren organın yargısal rol üstlenmesi, hukuken düzenlenmiş bir usûl izlemesi, bağlayıcı kararlar alabilme yetkisine sahip olması ve gerektiğinde devletin zor kullanma yetkisi çerçevesinde yerine getirilen bağlayıcı kararlar verme yetkisini elinde tutmasıdır. Dolayısıyla, sadece olağan mahkemelerin değil, bazı disiplin kurullarının veya uzmanlık kurul veya mahkemelerinin de, bir *mahkeme* gibi sayılarak, mahkemeler gibi işleme tâbi tutulduğu görülmektedir.<sup>159</sup> Bu bağlamda, bazı idarî işlevler de yüklenen bir organın, yargısal işlevler yerine getirdiği sırada bir mahkeme olarak görülmesi mümkündür. Önemli olan, tarafsızlığını ortadan kaldıran bir görevler çatışmasının olmamasıdır. Ancak, mahkemenin önüne gelen dâvayı **kesin karara bağlama yetkisinin**

155 Özmen (2007) age.: s.59'daki dn.174'ten dolayı atıfla. Turhan, M.: “*Anayasa Mahkemesi'nin 48. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen «Yargı Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Sorumluluğu» Konulu Sempozyumun Birinci Oturumunda Oturum Başkanı Olarak Yaptığı Konuşma*”, Anayasa Yargısı 27, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 60, Ankara 2010, s.17: “Yargının tarafsızlığı üzerinde, bazı istisnalar dışında, çok daha az durulmuştur. Oysa, aslında bağımsızlık, tarafsızlığı gerçekleştirme amacına yönelik temel bir araçtır. Daha açık bir deyişle, yargı bağımsızlığının nedeni, yargıda tarafsızlığı sağlamaktır. [...] Şurası belirtilmelidir ki, yargıda tarafsızlık, bağımsızlıktan daha önemli bir değerdir. Yargının tarafsızlığı, hâkimlerin siyasi bakımdan taraf tutmamaları anlamına gelir. Bu, onların siyasi tercihlerinin, alacakları kararlar üzerinde etkili olmamasına çaba göstermelerini gerektirir. Ne var ki, herkes gibi hâkimlerin de siyasi tercihleri olduğundan, yargının tarafsızlığı, ulaşılması güç, bazılarına göre ise imkânsız bir idealdir.”.

156 Bkz.: *Langborger - İsveç* hakkındaki Divan Kararı, 22.06.1989 tarihli, 11179/84 başvuru numaralı karar (A155), s.16, § 35.

157 Bkz.: *Piersack - Belçika* dâvası, 01.10.1982 tarihli, 8692/79 başvuru numaralı karar (A53).

158 Özmen (2007) age.: s.59'daki dn.176'dan dolayı atıfla.

159 Özmen (2007) age.: S.59.



bulunmasına dikkat edilmektedir. Bir mahkemenin verdiği kararın yerine getirilip getirilmeyeceğine başka bir yetkili merci karar veriyorsa, o mahkeme, Sözleşme açısından uyuşmazlığı veya suç isnadını karara bağlayan bir mahkeme olarak kabul görmeyebilir. Dolayısıyla bu bağlamda, *yargı dışı* bir merci tarafından değiştirilemeyen bağlayıcı karar verme yetkisi, *mahkeme* kavramının ve aynı zamanda *bağımsızlığın* bir unsurudur. Örneğin, **Beaumartin - Fransa** dâvasında<sup>160</sup> önüne gelen hukukî sorunu çözmek için İçişleri Bakanlığı'na (Sözleşme'nin yorumu için) başvurmak zorunda olan Fransız Danıştay'ı, bu koşullara uygun bulunmamış, yani bağımsız mahkeme sayılmamıştır.<sup>161</sup>

Divan, bir mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını araştırırken, üyelerinin atanma ve görevden alınma usûlüne, görev sürelerine, herhangi bir makamın üyelerine emir verme yetkisi bulunup bulunmadığına, üyelere etkide bulunulmaması için önlem alınıp alınmadığına ve genel bir değerlendirmeye bağımsız görünümde olup olmadığına önem vermektedir.<sup>162</sup>

Mahkemelerin, kamuoyuna mutlak surette güven vermeleri için, kurumsal yapılarının da göz önünde bulundurulması zorunludur. AİHM, kurumsal tarafsızlığın saptanmasında açık, belirgin kanıtların bulunmasını gerekli görmemektedir. Aksine, yargılanan kişinin kuşku ve endişe duymasına neden olacak biçimde yargılama makamının gerek işlevsel ve gerekse organik açıdan bağımlı olduğu düşüncesine yol açabilecek görüntülerin bulunması dahi, tarafsızlığın ihlâlî anlamına gelmektedir.<sup>163</sup>

Mahkemelerin objektif bağımsızlığı ve tarafsızlığı, içinde bulundukları ortamdan da etkilenebilmektedir. Ortamdan kaynaklanan müdahaleler çok çeşitli olup sermaye grupları, baskı grupları, aşiretler, siyasî partiler, sendikalar, şirketler ve hattâ tek ferde kadar uzanabilir.<sup>164</sup>

Yargıçların objektif bağımsızlığının ve tarafsızlığının, muhakeme dışı etkiler kadar muhakeme içi etkilere karşı da korunması gerekir. Bundan maksat; yargıcın, taraflar bakımından tarafsız kalabilmesidir. Bu noktada, birden fazla yargıcın, hükmün verilmesine katılması ve böylece ***hükmün kolektifleştirilmesi*** en etkili tedbirlerden biridir.<sup>165</sup>

160 Bkz.: **Beaumartin - Fransa** dâvası, 24.12.1994 tarihli, 15287/89 başvuru numaralı karar (A296-B).

161 İnceoğlu (2002) age.: S.156-161.

162 Centel (1996) age.: S.26.

163 Çelik (2006) age.: s.67'deki dn.234'ten dolayı atıfla.

164 Çelik (2006) age.: s.67'deki dn.235'ten dolayı atıfla.

165 Çelik (2006) age.: s.67'deki dn.236'dan dolayı atıfla.

### bb. Mahkemenin Tarafsızlığının Kriterleri

AİHM, tarafsızlık kavramını *objektif* ve *sübjektif* olmak üzere iki ayrı açıdan ele almaktadır. Şimdi bunları inceleyelim.

#### aaa. Objektif Tarafsızlık

«**Objektif tarafsızlık**», kurum olarak mahkemenin, statüsü ve oluşumu itibariyle kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması; tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin oranının tarafsızlığı konusunda mâkul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır.<sup>166</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında; “[...] *objektif tarafsızlık, yargıçlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, adâletin her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak olarak yansız bir tutumla dağıtılacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmek [...]*” olarak tanımlanmıştır.<sup>167</sup>

Objektif tarafsızlığın sağlanmasında yargıçların, hiç kimsenin emir ve talimatına bağlı olmaksızın Anayasa'ya, yasalara ve vicdanî kanaatlerine göre karar vermeleri büyük önem arz etmektedir.<sup>168</sup>

Objektif tarafsızlık konusunda mahkemenin verdiği görünüme bakmak gerekir. Burada önemli olan husus, demokratik bir toplumda mahkemelerin vatandaşa, özellikle ceza dâvasında sanığa verdikleri *güven hissidir*. AİHM, pek çok kararında, “*Adâletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lâzımdır.*” özdeyişine atıfta bulunmuştur. Objektif tarafsızlık değerlendirmesi, mahkemenin, organik (mahkemenin kuruluş şekli) ve fonksiyonel (görevin yerine getirilme tarzı) yönü açısından yapılmaktadır. Mahkemelere duyulan güvenin büyük ölçüde kurumun, üyelerden soyutlanarak bir bütün olarak verdiği nesnel görünüme bağlı olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenledir ki, AİHM bir dâvada, şahsen iddia makamını işgâl etmemekle beraber kovuşturmayı yürüten savcılık grubu başkanı kişinin sonradan aynı dâvada duruşma yargıcı sıfatıyla mahkemede yer almasını veya bir siyasi parti ile sıkı ilişki içinde olan kişilerin jüri üyesi olarak yargılamaya katılmalarını<sup>169</sup>, objektif bağımsızlıkla bağdaşmaz görmüştür. Dolayısıyla, tarafsızlık tartışmasında teorik ve soyut durumun değil, fakat pratikte ve özellikle somut olayda sistemin nasıl işleyip uygulandığına bakmak gerekmektedir.<sup>170</sup>

166 Gölcüklü / Gözübüyük (1996 / 2002 / 2003) age.: S.282.

167 Bkz.: AYM, T:27.4.1993, E:1992/37, K:1993/18.

168 Bkz.: AY md. 138/I.

169 Bkz.: *Holm - İsveç* dâvası, 25.11.1993, tarihli, 14191/88 başvuru numaralı karar (A279-A, § 32-33).

Bununla beraber, bir yargıcın, duruşmadan (son soruşturma) önce, sanık hakkında ilk soruşturmanın açılması, savcının talebi üzerine tutuklama kararı vermesi, kovuşturma ile ilgili bazı hususların saptanması amacıyla bilirkişi tâyin etmesi yahut değişik kaynaklardan (örneğin bir bankadan) alelâde bilgi istemesi ve benzeri gibi doğrudan doğruya suçlamaya veya sanığın fiilden sorumluluğuna ilişkin bulunmayan bazı önlemler alması, objektif araştırma ve saptamalarda bulunup kararlar vermesi, AİHM'ne göre, muhakkak kendisinin objektif tarafsızlığı konusunda şüphe uyandıran işlemler olmadığından; aynı yargıcın, bilâhare, işin esası hakkında karar veren mahkemede yer alması, Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı düşmez. Bu gibi durumlarda önemli olan husus, alınan tedbir (tutuklama gibi) yahut kararların kapsamı ve niteliği; yani bunların, sanığın suçluluğu konusunda bir önyargı anlamı taşıyıp taşımadığıdır<sup>171</sup>.

Objektif yönden tarafsızlığın ölçütleri, kurumsal alanda ve anayasal düzenlemeler çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, yargılama organının bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması açısından Yürütme ve Yargının ayrılığı, başka bir anlatımla Yargının, Yürütme organına karşı bağımsızlığı olgusu çok önemlidir. Eğer hükûmet ya da idarî organlar, yargıçların görevine son verebiliyorlarsa, bu noktada kurumsal açıdan bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları yok demektir. Hattâ yargılama dışı kurumlar, mahkemeler ya da yargıçlar üzerinde etkili olabiliyorlarsa bu, yine bağımsızlığın olmadığı anlamına gelmektedir. Bu etkileme ya da denetleme, değişik biçimlerde (örneğin, yargıçların aylıklarının ödenmesi, görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilebilmesi biçimlerinde) ortaya çıkabilmektedir.<sup>172</sup>

### **bbb. Sübjektif Tarafsızlık**

Sübjektif açıdan tarafsızlık, doğrudan doğruya yargıca ya da yargıçlara ilişkin olup; onların kişisel anlamda önyargılı ve tarafsız olup olmadıkları hususuna bağlıdır.<sup>173</sup> «Sübjektif tarafsızlık», mahkeme üyesinin birey sıfatıyla kişisel tarafsızlığını, diğer bir deyişle, dâvanın taraflarına karşı bir önyargı içinde olmamasını ifade eder ve aksi sabit oluncaya kadar var sayılır. Bu açıdan,

170 Özmen (2007) age.: s.61. Bkz.: *Hauschildt - Danimarka* dâvasına ilişkin Divan Kararı, 24.5.1989 tarihli, 10486/83 başvuru numaralı karar (A154, s.21, § 45).

171 Özmen (2007) age.: s.61-62. Bkz.: *Hauschildt - Danimarka* dâvasına ilişkin Divan Kararı, 24.5.1989 tarihli, 10486/83 başvuru numaralı karar (A154, s.21 ve son, § 49).

172 Çelik (2006) age.: S.65-66.

173 Çelik (2006) age.: s.67'deki dn.237'den dolayı atıfla.

174 Gölcüklü / Gözübüyük (1996/2002/2003) age.: S.282.

tarafsızlığında mâkul şüpheye düşülen yargıcın, dâvaya bakmaktan çekilmesi gerekir.<sup>174-175</sup>

AİHM, Portekiz ile ilgili 22 Nisan 1994 tarihli bir kararında,<sup>176</sup> mahkemenin tarafsızlığı konusunda «*objektif ve sübjektif test kriterlerini*» gündeme getirmiştir. Olayda, bir terör örgütünün kurucusu ve başkanı olan şikâyetçi, Lizbon Ceza Mahkemesi Yargıcı Salvado'nun emri üzerine tutuklanmıştır. Daha sonra yargılanan sanık, Lizbon Ceza Mahkemesi 4. Dairesinin kararıyla 15 yıl hapse mahkûm edilmiştir. Şikâyetçi, hakkında tutuklama kararı veren Yargıç Salvado'nun da mahkeme heyetinde yer almasının Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesinde mahkemenin tarafsızlığı ilkesini ihlâl ettiği iddiasıyla Komisyon'a başvurmuştur. Komisyon'un, 8'e karşı 9 oyla söz konusu hükmün ihlâl edildiğini kabul etmesine rağmen AİHM, Sözleşme'ye aykırılık görmemiştir. AİHM'ne göre, Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen *tarafsızlık* kavramı, *sübjektif* ve *objektif* olmak üzere iki teste göre belirlenmelidir. Sübjektif testte, somut bir dâva hakkında bulguların yargıcın kişisel tarafsızlığına olan güveni sarsacak boyutlarda olup olmadığı araştırılmalıdır. AİHM'ne göre somut olayda, yargıcın kişisel tarafsızlığı tartışma konusu değildir. Objektif teste göre ise, yargıcın dâvadan önce salt

175 Çelik (2006) age.: s.67'deki dn.239'dan dolayı atıfla: “*Sübjektif tarafsızlığın sağlanması konusunda HUMK'nda, hâkimin dâvaya bakmasının yasak olduğu ve hâkimin reddedilebileceği hâller (bkz.: HUMK md. 28 ve 29) düzenlenmiştir. Yine, aynı şekilde 5271 Sayılı CMK'nda da, buna benzer hükümler (CMK md. 22 ve 23) mevcuttur. CMK'nda, yargılamaya katılmayacak hâkimle ilgili düzenlemelerde, eski CMUK'na nazaran, yenilik getirilmiş ve 23. maddenin 3. fıkrasında, 'yargılamanın yenilenmesi hâlinde, önceki yargılamada görev yapan hâkimin, aynı işte görev alamayacağı' öngörülmüştür. Böylece, hâkimin tarafsızlığı bakımından, yargılamanın yenilenmesi, yeni bir yasaklılık olarak kabul edilmiştir.*”. Bu durum, benzer şekilde, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da belirtilmiştir. Buna göre:

**Yasaklılık sebepleri - Madde 34:**

(1) Hâkim, aşağıdaki hâllerde dâvaya bakamaz; talep olmasa bile çekinmek zorundadır:

- a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu dâvada
- b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin dâvasında.
- c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun dâvasında.
- ç) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın dâvasında.
- d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların dâvasında.
- e) Nişanlısının dâvasında.
- f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği dâvada.

**Ret sebepleri - Madde 36:**

(1) Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekilebilir. Özellikle aşağıdaki hâllerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir:

- a) Dâvada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması.
- b) Dâvada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması
- c) Dâvada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması.
- ç) Dâvanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması.
- d) Dâva esnasında, iki taraftan birisi ile dâvası veya aralarında bir düşmanlık bulunması.

176 Özmen (2007) age.: s.62'deki dn.183'ten dolayı atıfla.

sanık hakkında tutuklama kararı vermiş olması, objektif olarak, kendisinin tarafsızlığına karşı şüphe duyulması için haklı bir gerekçe olamaz. Olay hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olması, mutlaka kendisinin önyargılı olmasını ve dâva açıldığında tarafsız kalmasını engellemez. Sanık hakkında tutuklama kararı vermiş olan bir yargıcın son soruşturmadaki tarafsızlığı konusunda ancak özel durumlarda kuşku duyulabilir. Somut olayda ise, Yargıç Salvado, önsoruşturma aşamasında işin esasına girmemiş, sadece dosyayı incelemiş, delillerin sanık aleyhinde olduğunu tespit etmesi üzerine de tutuklama kararı vermiştir.<sup>177</sup>

### **cc. Yargıcın Uyuşmazlığın Farklı Evrelerinde Görev Yapması ve Tarafsızlığı**

Tarafsızlık açısından değerlendirildiğinde, bir yargıcın, hem hâlen görev aldığı bir uyuşmazlıkta hem de bu uyuşmazlığın önceki aşamalarında görev yapmış olması, bazı hâllerde onun tarafsızlığını etkileyebilecektir. Bu itibarla, bir uyuşmazlığın soruşturma evresinde görev yapmış olan bir yargıcın, kovuşturmada da görev yapması veya kovuşturmada görev yapmış olan bir yargıcın kanun yolu incelemesinde görev almasının, onun tarafsızlığı bakımından önem taşıdığı açıktır.<sup>178</sup>

Sözleşme Organları, yargıcın, uyuşmazlığın daha önceki evrelerinde görev almış olmasının, tek başına onun taraflı olduğunu ispatlamaya yetmeyeceği kanaatindedirler.<sup>179</sup> Eğer yargıç, soruşturma evresinde uyuşmazlığa ilişkin bir rol üstlenmişse, ancak bu uyuşmazlığa ilişkin rol, esasa ilişkin olmayan işlemlerden ibaretse, bu durum, tarafsızlığın ihlâlini oluşturamayabilecektir.<sup>180</sup> Buna karşın, soruşturma evresinde yargıcın yaptığı işlem veya verdiği karar, uyuşmazlığın esasına ilişkin bir hususunun önkararı niteliğinde ise, bu durum, tarafsızlık ilkesinin ihlâlini oluşturabilecektir. Tarafsızlığın zedelendiğinin kabulü için kovuşturmada görev yapan yargıcın, soruşturma evresinde muhakkak bir yargılama makamı olarak görev yapmış olması da şart değildir. Eğer yargıç, soruşturma evresinde *savcı* olarak görev almışsa, tarafsızlığın zedelendiği kabul edilmektedir.<sup>181</sup> Nitekim bir ceza

177 Ünal (2001) age.: S.170.

178 Karakehya (2007) age.: S.178.

179 Bkz.: *Fey - Avusturya* dâvası, 24.02.1993 tarihli, 14396/88 başvuru numaralı karar (A255-A).

180 İnceoğlu (2002) age.: S.180.

181 Bkz.: *Piersack - Belçika* dâvası, 01.10.1982 tarihli, 8692/79 başvuru numaralı karar (A53). Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir. Bu bağlamda CMY md. 22/1/g'deki, aynı dâvada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmış yargıcın dâvaya bakmaktan yasaklı olmasına dair düzenleme, yargıcın tarafsızlığı kurumu bakımından önemli bir işlevi yerine getirmektedir. [Karakehya (2007) age.: s.178'deki dn.594'ten dolayı atıfla.]

dâvasına ilişkin olarak sanığı itham eden makam ile onu yargılayan makamın aynı olması, tarafsızlığı şüpheye düşüren önemli konulardan birisidir. Bu itibarla, yargılama makamı olarak görev yapan bir organın, sanığı ithamı söz konusuysa, âdil yargılanma hakkının zedelenmemesi açısından, söz konusu uyuşmazlık bakımından ithamı yapan organdan başka bir yargılama organının görev yapması gereklidir.<sup>182</sup>

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda da yargıcın, muhakemenin farklı evrelerinde farklı şekillerde olsa bile görev yapmasının engellenmesine ilişkin düzenlemelere yer verilerek, tarafsızlığın korunması amaçlanmıştır. Bu bağlamda CMY'nın 22. maddesinin 1. fıkrasının (g) ve (h) bendlerine göre yargıç;

**“(g) aynı dâvada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa, (h) aynı dâvada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, Yargıçlık görevini yapamaz.”**<sup>183</sup>

Ayrıca, 22. maddedeki bu görev yasakları dışında 23. maddede görev yasaklarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre;

**“(1) Bir karar veya hükme katılan yargıç, yüksek görevli mahkemeye bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz.”**<sup>184</sup>

**“(2) Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan yargıç, kovuşturma evresinde görev yapamaz.”**<sup>185</sup>

**“(3) Yargılamanın yenilenmesi hâlinde, önceki yargılamada görev yapan yargıç, aynı işte görev alamaz.”**<sup>186</sup>

İddia makamı ile yargılama makamının birleşmesine ilişkin olarak, duruşmanın düzen ve disiplinine ilişkin CMY'nın 203. maddesindeki düzenlemeye de değinmeyi uygun buluyoruz. Söz konusu maddenin 2. ve 3. fıkralarına göre;

**“(2) Mahkeme başkanı veya yargıç, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla salondan çıkarılmasını emreder.”**

182 Karakehya (2007) age.: S.178-179.

183 Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da, bu bendlerde sayılan sıfatlarla yargıçlığın aynı dâvada çakışmış olması gereğidir. [Karakehya (2007) age.: s.179'daki dn.597'den dolayı atıfla.]

184 Meselâ; daha önce, asliye ceza mahkemesinde görev yaparken vermiş olduğu bir karara itiraz edilen yargıç, sonrasında göreve getirildiği ağır ceza mahkemesinde, kendi vermiş olduğu söz konusu bu önceki kararına ilişkin olarak bir denetlemede bulunamaz; karara veya hükme katılamaz. [Karakehya (2007) age.: s.179'daki dn.598'den dolayı atıfla.]

185 Örneğin, CMY md. 163 gereği zorunlu savcı olarak birtakım muhakeme işlemlerini gerçekleştirmiş olan yargıç, daha sonra dâva önüne gelirse bu dâvaya bakamaz. [Karakehya (2007) age.: s.179'daki dn.599'dan dolayı atıfla.]

186 Karakehya (2007) age.: S.179.

***(3)Kişi dışarı çıkarılması sırasında direnç gösterir veya karışıklıklara neden olursa yakalanır ve yargıç veya mahkeme tarafından, avukatlar hariç, verilecek bir kararla derhâl dört güne kadar disiplin hapsine konulabilir. Ancak çocuklar hakkında disiplin hapsi uygulanmaz.”***

Dikkat edilecek olursa burada, ilgili kimsenin duruşma disiplinini bozduğunu veya dışarı çıkmamaya direndiğini iddia eden makam «yargılama makamı»dır. Kendi iddiasına ilişkin olarak hapis cezasına hükmeden makam da yine «yargılama makamı»dır. Dolayısıyla iddia ve yargılama makamı sıfatları **tek bir mercide** birleşmektedir. Bu tür durumlar da, mahkemenin tarafsızlığı bakımından önemli bir sorun teşkil etmektedir. Ancak öngörülen hapis cezası, bir disiplin cezasıdır ve bir tür idarî işlemdir. Öngörülen cezanın miktarının ve ilgili kimse bakımından sonuçlarının çok ağır olmaması nedeniyle söz konusu durum, âdil yargılanma hakkı bakımından sorun teşkil etmez kanaatindeyiz<sup>187</sup>. Nitekim AİHM, genelde 3-4 gün kapsamındaki hapis cezalarına ilişkin disiplin cezalarını mâkul karşılamaktadır. Ancak ceza miktarı veya ilgili kişi bakımından cezanın sonuçları daha ağır olsaydı bu durumda AİHM, iç hukukta verilen cezanın disiplin cezası olarak kabul edilip edilmediğine bakmaksızın suç isnadı kavramını *özerk (otonom) bir kavram* olarak ele alacak ve büyük olasılıkla âdil yargılanma hakkının ihlâlüne karar verecektir. Bu bağlamda CMY'nda söz konusu maddedeki disiplin cezasının «dört gün» gibi kabul edilebilir bir süreyle sınırlandırılması gayet yerinde olmuştur.<sup>188</sup>

«Kovuşturma» sırasında görev yapan yargıcın aynı zamanda «soruşturma» evresinde sorgu yargıcı (görevli sulh ceza yargıcı) olarak görev yapmış olmasının, AİHM önüne geldiği dâvalardan birisi de; **De Cubber - Belçika** dâvasıdır.<sup>189</sup> AİHM verdiği kararında, soruşturma sırasında tutuklama kararı

187 Karakehya (2007) age.: S.180.

188 Karakehya (2007) age.: S.180.

189 De Cubber hakkında yargılama yapan mahkeme üyelerinden birisi, uyumsuzlığa ilişkin soruşturma sırasında görev yapmış ve De Cubber hakkında tutuklama kararı vermiştir. Bu uyumsuzlığa ilişkin başvuru sonucunda, söz konusu hususun, *tarafsızlık ilkesini* zedelemek suretiyle âdil yargılanma hakkına zarar verip vermediğini inceleyen AİHM, yaptığı inceleme sonucunda Belçika'nın hukuk sistemi bakımından «sorgu yargıcı» ile «savcılık» arasında çok büyük farkların olmadığını, sorgu yargıcının de savcı gibi hazırlık soruşturması sırasında delil toplayıp, tanık dinleyebildiğini ve soruşturma dosyası hakkında ayrıntılı bilgilere sahip olabilmek gibi, soruşturma bakımından çok geniş yetkilere sahip olduğunu görmüştür. Bu nedenle, Belçika'daki bahsi geçen hukuk düzenlemeleri karşısında, sanık hakkında soruşturma sırasında görev yapan ve tutuklama kararı veren yargıcın, söz konusu uyumsuzluk bakımından sanıkta tarafsızlığa ilişkin mâkul bir şüphe oluşturabileceğine karar verilmiş ve âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine hükmedilmiştir. Bkz.: **De Cubber - Belçika** dâvası, 26.10.1984 tarihli, 9186/80 başvuru numaralı karar (A86). Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir. [Karakehya (2007) age.: s.181'deki dn.603'ten dolayı atıfla.]



veren her yargıcın, kovuşturma sırasında görev alması hâlinde, tarafsızlığın şüpheye düşeceğine hükmetmemiştir. Ancak, söz konusu olay bakımından âdil yargılanma hakkının zedelendiğine ilişkin karar verilmesinin asıl nedeni, Belçika hukukunda, «**sorgu yargıcı**» ile «**savcılık**» kurumunun birbirine çok yakın oluşu ve sorgu yargıcının, savcı gibi birçok soruşturma işlemini yapabiliyor olmasıdır. Nitekim mahkeme daha sonraki kararlarında, soruşturma sırasında tutuklama kararı veren yargıçların, kovuşturma sırasında görev almasını, tarafsızlık bakımından sakıncalı bulmamıştır.<sup>190</sup>

Bu bağlamda, 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasa ile CMY'nın 23. maddesinin II. fıkrasına ilişkin yapılan değişikliğin, âdil yargılanma hakkı bakımından sorun oluşturmayacağı ortaya çıkmaktadır. Nitekim CMY'nın yürürlüğe giren ilk şeklinde, soruşturma evresinde görev yapan yargıcın, kovuşturma evresinde görev yapması yasaktı. Bu bağlamda soruşturma evresinde tutuklama kararı veren bir yargıcın kovuşturmada görev alması mümkün değildi. Ancak 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasa'nın 11. maddesi ile, CMY'nın 23. maddesinin II. fıkrasında yer alan bu düzenlemenin, CMY'nın 163. maddesi dışındaki hâllerde uygulanamayacağı öngörüldü. Dolayısıyla, şu anki mevcut yasal düzenlememize göre, soruşturma evresinde tutuklama kararı vermiş olan bir yargıcın, kovuşturma

190 Bkz.: *Hauschildt - Danimarka* dâvasına ilişkin Divan Kararı, 24.5.1989 tarihli, 10486/83 başvuru numaralı karar (A154). Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir. Yargıtay'ın da, CMUK döneminde, kesin ve sübûta ilişkin bir durum olmadığından tutuklama kararı verilmesinin, «**rey belli etme**» şeklinde yorumlanamayacağı ve dolayısıyla, tarafsızlığı zedelemeyeceği yönünde bir içtihadî birleştirme kararı bulunmaktadır. İlgili karar için bkz.: Y. İBK., 05.12.1977, RG. 11.02.1978. [Karakehya (2007) age.: s.181'deki dn.604'ten dolayı atfla.]

191 Karakehya (2007) age.: s.181-182. Duruşmayla doğrudan ilgili olmamakla beraber tarafsızlık bakımından önem arz etmesi nedeniyle ilk derece mahkemesinde görev alan yargıcın kanun yolu muhakemesinde görev yapmasına ilişkin AİHM görüşünü de belirtmek de fayda görüyoruz. AİHM'ne göre, duruşma sonucunda karar veren yargıcın, kanun yolu yargılamasında görev alması hâli de, âdil yargılanma hakkının ihlâlini oluşturabilmektedir. Hattâ tarafsızlığın ihlâl edildiğinin kabulü için, duruşmada görev yapan yargıcın kanun yolu yargılamasında muhakkak bir yargılama faaliyeti yapmasına gerek de yoktur. Bu konuda *Daktaras - Litvanya* kararı, önemli bir karardır. Bu dâvada Litvanya Yüksek Mahkemesi'nin Ceza Bölümü Başkanı önüne gelen temyiz başvurusunu, incelenmek üzere üç üyesini ve raportörünü kendisinin atadığı bir ceza dairesine göndermiştir. Ancak bu belirleme işlemini yapan başkan, aynı zamanda söz konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak istinaf mahkemesince verilen hükmün bozulması talebiyle temyiz isteminde bulunmuştur. AİHM bu olaya ilişkin olarak her ne kadar başkan temyiz incelemesini yapan dairenin üyesi olmasa da, daire ve raportör üyeleri belirlemiştir gerekçesiyle, tarafsızlıktan şüphe etmek için mâkul gerekçelerin varlığına kanaat getirmiş ve âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Bkz.: *Daktaras - Litvanya* dâvası, 10.10.2000 tarihli, 42095/98 başvuru numaralı karar. Bu bağlamda konuyu iç hukukumuz açısından ele alacak olursak, CMY md. 23/T'deki, bir karar veya hükme katılan yargıcın, yüksek görevli mahkemeye bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamayacağına ilişkin düzenlemenin, bu bağlamda **çok yerinde olduğu** ortaya çıkmaktadır. Nitekim aksinin kabulü hâlinde, AİHM içtihatlarında da açıkça ifade edildiği üzere âdil yargılanma hakkının ihlâli ortaya çıkacaktır. [Karakehya (2007) age.: s.182'deki dn.606'dan dolayı atfla.]



evresinde görev almasının bir sakıncası bulunmamaktadır.<sup>191</sup>

### **çç. Yargılama Görevini Yerine Getiren Yargıcın Uyuşmazlık Bakımından Kişisel İlişkinin Söz Konusu Olması ve Tarafsızlık**

*“Aşk ile sevgi, hakkın yönünü değiştirir.”*

**Pascal**

Belli bir dâvada, yargıcın taraflardan biri ile veya dâva ile yakın ilgisinin bulunması hâlinde, o dâvada tarafsız kalması mümkün olmayabilir. Bu nedenle bu gibi hâllerde, yargıcın kendi mahkemesinin yetki ve görevine giren belli bir dâvaya bakamayacağı kabul edilmiştir. Buna «**yargıcın dâvaya bakmasının yasak olması**» ve «**yargıcın reddi**» denir. Bu hâliyle yargıcın dâvaya bakamaması ve reddi, Anayasamızın 37. maddesinde belirtilen doğal yargıç ilkesinin bir **istisnası** niteliğindedir. Bundaki amaç, insanlar nezdinde, adâlet düşüncesinin varlığı ve de korunması gereken güvenin sağlamasıdır.<sup>192</sup>

#### **dd. Tarafsızlıktan Ferâgat**

192 Çelik (2006) age.: s.64-65. Bu durum, hâlen yürürlükte olan 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda şöyle belirtilmiştir

##### **Madde 28:**

Hâkim aşağıdaki hâllerde dâvaya bakmaktan memnudur. Talep edilmese bile bizzat istinkâfa mecburdur:

- 1-Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya veya dolayısıyla alâkadar olduğu dâvalarda,
- 2-Aralarında evlilik rabatası mürtefi olsa bile karısının dâvasında ve neseben veya sebeben usûl ve fûruunun veya üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) neseben veya kendisiyle sıhrîyet hâsıl olan evlilik mürtefi olsa dahi ikinci dereceye kadar (bu derece dâhil) sebeben civar hısımlarının veya aralarında evlâtlık rabatası bulunanın dâvasında,
- 3-İki taraftan birinin vekili veya vasisi veya kayyımı sıfatıyla hareket ettiği dâvalarda,
- 4-Hini dâvada heyeti idaresinden bulunduğu cemiyete, belediye veya diğer hükmî bir şahsa ait dâvalarda

##### **Madde 29:**

Aşağıdaki hâllerde hâkim bizzat kendisini reddedebilir veya iki taraftan biri canibinden reddolunabilir:

- 1-Dâvada iki taraftan birine nasihat vermiş veya yol göstermiş olması,
  - 2-Dâvada iki taraftan biri veya üçüncü şahıs muvacehesinde kanunen icap etmeden reyini beyan etmiş olması.
  - 3-Dâvada şahit veya ehlihîbre veya hakem ve yahut hâkim sıfatıyla dinlenmiş veya hareket etmiş olması,
  - 4-Dâvanın dördüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) civar hısımlarına ait bulunması,
  - 5-Dâva esnasında iki taraftan birisiyle davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması,
  - 6-Umumiyetle hâkimin bitarafılığından şüpheyi mucip esbabı mühimme bulunması.
- Söz konusu durum, 12.01.2011 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı (yeni) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise şöyle belirtilmiştir:

##### **Yasaklılık sebepleri - Madde 34:**

- (1) Hâkim, aşağıdaki hâllerde dâvaya bakamaz; talep olmasa bile çekinmek zorundadır:
  - a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu dâvada.
  - b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin dâvasında.
  - c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun dâvasında.
  - ç) Kendisi ile arasında evlâtlık bağı bulunanın dâvasında.
  - d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların dâvasında.
  - e) Nişanlısının dâvasında.
  - f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği dâvada.

Sözleşme Organları'nın, tarafsızlıktan ferâgat edilmesi hâlinde âdil yargılanma hakkının ihlâl edilmemiş olduğuna ilişkin kararları mevcuttur. Ancak AİHM, ferâgat dolayısıyla âdil yargılanma hakkının ihlâlinin söz konusu olmadığına karar verdiği hâllerde, ferâgatin, *şüpheye yer vermeyecek biçimde (unequivocal)* yapılmış olmasını aramaktadır.<sup>193</sup>

İç hukukumuz bakımından yargıcın tarafsızlığından şüpheye düşülen nedenlerin varlığı hâlinde, bunun taraflarca ileri sürülmesinin belirli bir süreyle sınırlandırılması da, bu bağlamda ele alınabilir. Nitekim yargıcın görev

**Ret sebepleri - Madde 36:**

(1) Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekilebilir. Özellikle aşağıdaki hâllerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir:

- a) Dâvada, iki taraftan birine ögüt vermiş ya da yol göstermiş olması.
- b) Dâvada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması.
- c) Dâvada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması.
- ç) Dâvanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması.
- d) Dâva esnasında, iki taraftan birisi ile dâvası veya aralarında bir düşmanlık bulunması.

193 Karakehya (2007) age.: s.184; Reid, K.: **A Practitioner's Guide to The European Convention on Human Rights**, London 1998. Ayrıca bkz.: **Oberschlick - Avusturya (No.1)** dâvası, 23.05.1991 tarihli, 11662/85 başvuru numaralı karar (A204). Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun **D - İrlanda** hakkında vermiş olduğu 6172/73 başvuru numaralı ve 07.07.1975 tarihli (3 DR 77) kararında, başvurunun Sunday gazetesine karşı açtığı dâvanın temyizini sonuçlandıran Yüksek Mahkemenin yargıçlarından biri, gazetenin birkaç hissesine sahiptir. Başvurucu bu konuda mahkeme kalemi tarafından bilgilendirildiği hâlde, ne duruşma öncesinde ne de duruşma sırasında itiraz etmemiştir. Komisyon, kendisine imkân verildiği hâlde başvurunun tarafsızlığa ilişkin herhangi bir itirazda bulunmaması nedeniyle AİHS m.6/T'in ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır. [Inceoğlu (2002) age.: S.203.]

194 Bu durum, hâlen yürürlükte olan 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda şöyle belirtilmiştir:

**Madde 34 - (Değişik madde: 16/07/1981 - 2494/5 md.):**

Hâkimin reddi sebebinin bilen tarafın ret isteğini en geç ilk oturumda bildirmesi gerekir. Taraf, ret sebebinin dâvaya bakıldığı sırada öğrenmiş ise en geç ondan sonraki ilk oturumda yeni bir işlem yapılmadan önce bu isteğini hemen bildirmek zorundadır. Belirtilen sürede yapılmayan ret isteği dinlenmez.

Hâkimin reddi dilekçe ile olur. Bu dilekçede, ret isteğinin dayandığı durum ve olaylarla delillerin açıkça gösterilmesi ve varsa belgelerin eklenmesi gerekir.

Ret isteğinden vazgeçmek hükümsüzdür.

Hâkimi reddeden taraf, dilekçesini karşı tarafa tebliğ ettirir. Karşı taraf buna beş gün içinde cevap verebilir. Bu süre geçtikten sonra başkâtip tarafından ret dilekçesi, varsa karşı tarafın cevabı ve ekleri dosya ile birlikte reddi istenen hâkime verilir. Hâkim beş gün içinde dosyayı inceler ve ret sebeplerinin yerinde olup olmadığı hakkındaki düşüncesini yazı ile bildirerek dosyayı hemen mercine gönderilmek üzere başkâtime verir

Ret sebepleri yazılı delillere dayanmıyorsa merci, isteği reddetmekte veya gösterilen tanıkları dinleyerek bir karar vermekte serbesttir.

Ret sebebi sabit olmasa bile merci bunu muhtemel görürse ret isteğini kabul edebilir.

Ret sebepleri hakkında yemin teklif olunamaz.

Hâkimi çekinmeye davet hâkimin reddi hükmündedir.

Söz konusu durum, 12.01.2011 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı (yeni) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise şöyle belirtilmiştir:

**Ret usulü - Madde 38:**

(1) Hâkimin reddi sebebinin bilen tarafın, ret talebini en geç ilk duruşmada ileri sürmesi gerekir. Taraf, ret sebebinin dâvaya bakıldığı sırada öğrenmiş ise en geç öğrenmeden sonraki ilk duruşmada, yeni bir işlem yapılmadan önce bu talebini hemen bildirmek zorundadır. Belirtilen sürede yapılmayan ret talebi dinlenmez.

(2) Hâkimin reddi, dilekçeyle talep edilir. Bu dilekçede, ret talebinin dayandığı sebepler ile delil veya

yasaklarının söz konusu olduğu hâller, muhakeme süresince her zaman ileri sürülebileceği hâlde, tarafsızlıktan şüpheye düşülen hâller bakımından aynı imkân söz konusu değildir.<sup>194</sup> CMY'nın 25. maddesine göre; **“tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı bir yargıcın reddi, ilk derece mahkemelerinde sanığın sorgusu başlayıncaya; duruşmalı işlerde bölge adliye mahkemelerinde inceleme raporu ve Yargıtay'da görevlendirilen üye veya tetkik yargıcı tarafından yazılmış olan rapor üyelere açıklanıncaya kadar istenebilir. Diğer hâllerde, inceleme başlayıncaya kadar yargıcın reddi istenebilir.”** Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise; **“sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen sebeplerle duruşma veya inceleme bitinceye kadar da yargıcın reddi istenebilir. Ancak bu istemin, red sebebinin öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde yapılması şarttır.”** Dolayısıyla yasakoyucu, tarafsızlıktan şüpheye düşülebilecek bu gibi hâllerde de uyuşmazlığın taraflarına, bunu ileri sürebilmeleri için gerekli imkânı tanımıştır. Ancak, söz konusu süreler içinde kendisine tanınan bu hakkı kullanmayan taraf, AİHM içtihatları doğrultusunda, *tarafsızlıktan ferâgat etmiş* kabul edilecektir. Bu bağlamda söz konusu düzenlemenin belirli bir süreyle sınırlandırılması, Sözleşme'nin 6. maddesine aykırılık oluşturmamaktadır.<sup>195</sup>

## VI. SONUÇ

*Adés Monè Ifran...*<sup>196</sup>

emarelerin açıkça gösterilmesi ve varsa belgelerin eklenmesi gerekir.

(3) Hâkimin reddi dilekçesi, reddi istenen hâkimin mensup olduğu mahkemeye verilir.

(4) Ret talebi geri alınmaz.

(5) Hâkimi reddeden taraf, dilekçesini karşı tarafa tebliğ ettirir. Karşı taraf bir hafta içinde cevap verebilir. Bu süre geçtikten sonra yazı işleri müdürü tarafından ret dilekçesi, varsa karşı tarafın cevabı ve ekleri, dosya ile birlikte reddi istenen hâkime verilir. Hâkim bir hafta içinde dosyayı inceler ve ret sebeplerinin kanuna uygun olup olmadığı hakkındaki düşüncesini yazı ile bildirerek, dosyayı hemen merciine gönderilmek üzere yazı işleri müdürüne verir.

(6) Ret sebebi sabit olmasa bile, merci bunu muhtemel görürse, ret talebini kabul edebilir.

(7) Ret sebepleri hakkında yemin teklif olunamaz.

(8) Hâkimi çekilmeye davet, hâkimin reddi hükmündedir.

(9) Bu kararlar aleyhine ancak hükümle birlikte kanun yollarına başvurulabilir.

<sup>195</sup> Karakehya (2007) age.: S.184-185.

<sup>196</sup> **“Adâlet, bize yakışır...”** (Nashquaeff)

<sup>197</sup> Metnin tümü için bakınız: Kaşıkara (2009) age.: s.307-310; Çeçen, A.: **İnsan Hakları Rehberi**, Ankara 1999, s.11-12. Magna Carta Libertatum, 1215 yılında imzalanmış bir İngiliz belgesidir. Günümüzdeki anayasal düzene ulaşana kadar yaşanan tarihi sürecin en önemli basamaklarından birisidir. Aslen, Papa III. Innocent, Kral John ve baronları arasında, kralın yetkileri hususunu karara bağlamak amacıyla imzalanmıştır. Kralın bazı yetkilerinden ferâgat etmesini, yasalara uygun davranmasını ve hukukun kralın arzu ve isteklerinden daha üstün olduğunu kabul etmesini zorunlu kılıyordu. Vatandaşların özgürlüklerini belirlemekten çok, toplum güçleri arasında bir denge kuran Magna Carta, kralın sonsuz olan yetkilerini din adamları ve halk adına sınırlamıştır. Magna Carta'nın 39. maddesinde yer alan; **“Özgür hiç kimse kendi benzerleri tarafından ülke yasalarına göre yasal bir şekilde muhakeme edilip hüküm giymeden tutuklanmayacak, hapsedilmeyecek, mal ve mülkünden yoksun bırakılmayacak, yasadışı ilân edilmeyecek, sürgün edilmeyecek veya hangi şekilde olursa olsun zarara uğratılmayacaktır.”** hükmü, vatandaşların hakları ve özgürlükleri açısından çok önemli kurallar getirmiş olup, hukukun üstünlüğü ilkesinin birçok ülkede yerleşmesine neden olmuştur. Akad,

Evrensel nitelikli insan haklarının en önemlilerinden birisi olan *âdil yargılanma hakkı*, Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı)<sup>197</sup> ile başlayarak bugüne kadar sürekli gelişmiş ve gerçek anlamda, AİHS'nde yerini bulmuştur.<sup>198</sup> Söz konusu hak, ihtilafa konu olan her iki tarafı da yakından ilgilendirmektedir. «**Âdil yargılama**», devlet açısından bir **görev** ve **yetki** iken; «**âdil yargılanma**», kişiler açısından bir **haktır**. AİHS, âdil yargılanma hakkı ile ilgili asgarî standartları belirlemiştir. Türkiye, bu Sözleşme'ye ve eki olan protokollere katılmakla bu standartları, kendi vatandaşlarına ve ülkesinde bulunan yabancılara tanıma yükümlülüğü altına girmiştir.<sup>199</sup>

Günümüzde âdil yargılanma hakkı, insan hakları içerisinde ulusal makamlar tarafından en çok ihlâl edilen ve uluslararası arenada ilgililerce en çok şikâyetle bulunulan ve yine neticesinde uluslararası sözleşmelere taraf olan devletlerce bol miktarda tazminat ödenmesine yol açan insan hakları arasında yer almaktadır.<sup>200</sup> Ne yazık ki bu durum, son dönemlerde ülkemiz açısından da geçerliliğini korumaktadır.<sup>201</sup> AİHM'nde Türkiye aleyhinde açılan dâvalardan birçoğu, *âdil yargılanma hakkı* ile ilgilidir ve açılan dâvaların çoğu da “*âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiği...*” şeklinde sonuçlanmaktadır. AİHM'nin

M.: Genel Kamu Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1997, s. 148: “Yaygın görüşe göre, İnsan Haklarını düzenleyen metinlerin başlangıcı kabul edilen Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı), âdil yargılanma hakkı konusu bakımından önemli bir belgedir. Batıda insan haklarının korunması ve sanıklara ceza kovuşturması sırasında bazı hak ve güvencelerin tanınması ile ilgili ilk hükümlerin sınırlı da olsa 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'da yer aldığı kabul edilmektedir. Bu düzenlemelere göre Kraliyet Hâkimlerinin bakması gereken dâvalara hiçbir şekilde memurlar bakamayacak; özgür kişilerin mal ve can güvenliklerine, bağlı oldukları mahkemelerin yasalara uygun bir kararı olmaksızın dokunulamayacak; yani mahkeme kararı dışında «tutuklama», «hapis», «sürgün», «mal müsadere» yapılamayacak ve de cezalar, suçun ağırlığı ile orantılı olacaktır.”

198 Erşen (2007) age.: “Giriş” kısmından.

199 Erşen (2007) age.: S.138.

200 Çelik (2006) age.: S.196.

201 AİHM'de üye yargıç olan ve Ülkemizi temsil eden yargıcımız Prof. Dr. Ayşe Işıl KARAKAŞ, özel bir TV kanalına verdiği röportajda şunları söylüyor: “Türkiye'nin, Eylül 2008 sonu itibarıyla AİHM'de muhatap olduğu toplam dâva sayısı (karar mercii önünde olan dosya sayısı) 10683. Bu sayının en büyük çoğunluğunu 6. madde dediğimiz «âdil yargılanma hakkı»na (AİHS madde 6) ilişkin olan dosyalar oluşturmaktadır. Toplam 6000 civarında âdil yargılanma hakkına ilişkin şikâyet var. Esas olarak; yargılama süresinin uzunluğu veya yargılama prosedürü içindekinden kaynaklanan birtakım eksikliklerden dolayı olabiliyor.” Röportaj için bkz.:

<http://www.ntvmsnbc.com/modules/habervideo/video.asp?CatID=0&cbVideo=7775&cbQuality=1> (15.06.2011). Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim KILIÇ'ın yaptığı bir konuşmada: “AİHM'ne yapılan başvuruların büyük bir bölümünü yargıdan kaynaklanan hak ihlalleri -başka bir ifadeyle- âdil yargılanma ihlâli sonucunda meydana gelen olumsuzlukların olduğunu görüyoruz ve yılda 3500-4000 arasında bir başvurunun AİHM'ne yapıldığını düşünürsek bu konuda bireysel başvurunun ne kadar önemli olduğunu ortaya çıkartmış oluruz.” ifadesi yer almıştır. [Anadolu Üniversitesi: “Haşim KILIÇ'ın Açılış Konuşması”, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu - Bildiri Kitapçığı, Anadolu Üniversitesi Yayınları, No.2193, Hukuk Fakültesi Yayınları, No.10, Eskişehir 2011]. TÜSİAD Yönetim Kurulu Üyesi ve Parlamento İşleri Komisyon Başkanı Pekin BARAN'ın “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu” Raporu Tanıtım Konuşmasında ise şu ifadelere yer verilmiştir: “«Adil Yargılama İlkelere» çağdaş hukuk düzeninin en temel unsurlarını oluştururken, uygulamada, Sözleşme'ye yapılan ihlallerin ve sonuçta tazminat ödemelerimizin en yoğunlaştığı alanlardan biri olması özelliği ile de dikkat çekiyor.”.

verdiği kararlar incelendiğinde, yasal düzenlemelerdeki eksikliklerden ziyâde, yasalarla tanınmış olan hakların etkin ve verimli şekilde taraflara **kullandırılmamasından** dolayı ihlâl kararları verdiği görülmektedir. Diğer bir deyişle, ihlâl sebeplerinin yasal eksikliklerin ve farklılıkların yanında önemli ölçüde yargılama organlarının hatalarından da kaynaklandığı görülmektedir.<sup>202</sup>

İncelenen kararların büyük çoğunluğunda ısrarla vurgulanan bir konu özellikle dikkati çekmektedir. Sözleşme'nin ihlâl edildiğini tespit eden bu kararlarda **“Türk iç hukukunun yapılan haksızlığı telâfi edecek düzeyde olduğu, ancak bu hukuku işletecek mekanizmanın çalıştırılmadığı”** belirtilmektedir. Bu olumsuz durumun önlenebilmesi için idarî ve adlî makamların inceleme ve soruşturmalarını özen göstererek ciddi ve eksiksiz olarak tamamlamaları zorunludur<sup>203</sup>.

Türkiye'de, *hukuk devleti* anlayışının ve etkin bir yargılama faaliyetinin **olmazsa olmaz** koşulları olarak kabul edilen hususların eksik olması, hukuk devletine olan güveni **sarsmaktadır**. Hiç şüphe yok ki, yargılama hizmetinin iyi işlemediği kanaati, Türkiye'de en yaygın düşüncelerden biridir. Genel olarak toplum, yargıdan ve adâletin işleyişinden hoşnut değildir. **“Bu ülkede adâlet yok!”** ya da **“Yapanın yanına kâr kalıyor!”** gibi düşünceler, çok yaygın biçimde dile getirilmektedir. Yargıya duyulan güvenin azalması, buna bağlı olarak yargıya saygının azalmasına da yol açmakta; yargının giderek bir **ayakbağı** gibi algılanmasına yol açmaktadır. Bunun, toplumsal yaşamda yol açtığı en büyük tehlikelerden birisi, kişilerin uyuşmazlıklarını yargıyla görmekten çok, başka yollara yönelmeleri tehlikesi ve tehdidini getiriyor olmasıdır. Özellikle *hızlı, âdil, bağımsız ve tarafsız* bir yargılama gerçekleşmeyince, yasadışı gruplar, yol ve yöntemler ortaya çıkmaktadır.<sup>204</sup>

Âdil yargılanma ilkeleri bakımından takdire şayan bazı değişikliklerin yapılmasına rağmen, Ülkemizdeki mevcut anayasal ve yasal durum, bugünkü hâlini sürdürmeye devam ettiği sürece, Yargıya karşı sarsılmış olan güvenin giderek daha da azalması; uluslararası yargı kuruluşlarına başvuruların artması ile birlikte, Yargı Sisteminin ve Siyasal Sistemin daha fazla açmaza girmesi **kaçınılmaz** görülmektedir. Bu nedenle, uluslararası sözleşmelere atılan imzalara ve verilen taahhütlere sadık kalınması ve ciddi olarak **hukuk** ve **yargı reformu** çalışmalarına gecikmeksizin **şeklen** değil, **gönüllü** olarak başlanması zorunludur.

Atatürk'ün işaret ettiği çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma hedeflerinin

202 Erşen (2007) age.: S.138.

203 Erşen (2007) age.: S.139.

204 TUSİAD (2007) age.: S.11-12.

yakalanabilmesi için adâlet sisteminin sürekli değişmesi ve gelişmesi gerektiğinin; ancak güven veren bir adâlet sisteminin oluşturulması ile insan haklarına dayalı, çağdaş ve eksiksiz demokrasinin tesis edilebileceğinin; Yargı Reformu Strateji Plânı ile yargı bağımsızlığının güçlendirilmesinin, tarafsızlığının geliştirilmesinin, verimlilik ve etkinliğinin artırılmasının, meslek yetkinliğinin artırılmasının, yargı yönetim sisteminin geliştirilmesinin, yargıya güvenin tam olarak sağlanmasının, adâlete erişimin kolaylaştırılmasının, uyuşmazlıkları önleyici tedbirlerin alınmasının gerekliliğinin bilincinde olmak gerekmektedir. Bu yüzden, âdil yargılanma hakkının kurucu unsuru olan **bağımsız ve tarafsız yargı** için bir «**yargı reformu**»na ihtiyaç duyulduğu bilinen bir gerçektir. Uygur dünya ile bütünleşmiş, her türlü siyasî ve ideolojik etkiden arındırılmış, hızlı ve etkin bir yargı sisteminin kurulabilmesi için acilen bir yargı reformunun yapılması zorunluluk hâline gelmiştir<sup>205</sup>.

Kanaatimizce, yargının, kendisinden kaynaklanan sorunları çok önemlidir. Bunlar, hukuka duyulan saygı ve güvenin azalmasına neden olmakta; toplumda ve kişilerde, hukuk devletinin **gerçekleşemeyeceği** inancının oluşmasına yol açmaktadır. Aslında yargının en önemli sorunu **yargı bağımsızlığı** sorunudur. Bunun için, yargı üzerinde çok büyük bir baskı oluşturan düzenlemelerin değiştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, yargısal faaliyetin demokratik hâle getirilerek etkinliğinin ve işlerliğinin artırılıp hızlandırılması, başlıca hedeflerden olmalıdır. Çünkü bunun göz ardı edilerek «**yargı reformu**» başlığı altında, sözde **reformsal** düzenlemelere gidilmesi, kanayan yaralara çare ol(a)mayacaktır. Bu da, ana amaç olan **yargıda reformu**, büyük ölçüde **zedeleyecektir**. Yargıda reform, sadece yeni adliye binalarının açılması, yargıç ve savcı sayısının artırılması, yargılanmayı hızlandırıcı önlemler alınmasından ibaret değildir. Âdil yargılanma hakkının hukukî metinlerde düzenlenmiş olması adâletin, âdil olarak yürütülmesine yetmemektedir. Devletler, âdil yargılanma hakkının uygulamada da korunabilmesi için gerekli tedbirleri almalıdırlar. Bu nedenle, âdil yargılanma ile birlikte yargıç güvencesinin ve bağımsızlığının **tam** ve de **mutlak** olarak sağlanabilmesi için öncelikle;<sup>206</sup>

- Yargı bağımsızlığına gölge düşürecek nitelikteki düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir. Yeni yapılan düzenlemeyle, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısının değiştirilmesi, ne yazık ki, senelerdir eleştirilen

205 Nitekim, Avrupa Birliği İlerleme Raporlarında da bağımsız, tarafsız, etkin ve hızlı bir yargının gerekliliğine işaret edilmiştir. Türkiye ise, Katılım Ortaklığı Belgelerinde, bu engelleri ortadan kaldırmak için söz vermiştir. [Kılıç, H.: “Anayasa Mahkemesi'nin 48. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen «Yargı Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Sorumluluğu» Konulu Sempozyumda Yaptığı «Töreni Açış Konuşması»”, Anayasa Yargısı 27, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 60, Ankara 2010, s.6.]

206 Çine'nin, bu konudaki önerilerine genel itibariyle katılmakla birlikte, ek bazı hususlar da işlenmiştir. Bkz.: Çine (2000) age.: S.121-123.



yönde ve olması istenen şekilde ol(a)mamıştır. Adâlet Bakanlığı'nın vesayet eli, hâlen yargı üzerinde durmaktadır. Yürütmenin Yargı üzerindeki tahakkümünün ortadan kaldırılması elzemdir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda, Yürütme organından gelen kişilerin üyeliğine son verilmesi ve böylece Kurul'un, Yürütmeden bağımsız hâle getirilmesi gerekmektedir.

- Etkin bir hukuk mekanizması ve yargı örgütlenmesini gerçekleştirilmesi, kişilerin yargı yerlerine ulaşma hakkını güvence altına alınması gerekmektedir.<sup>207</sup>

- Yargılama faaliyeti sürecindeki harç oranlarının yüksekliği, özellikle yoksul vatandaşlarımızın hak arama özgürlüğüne engel teşkil etmektedir. Söz konusu yargı harçlarının, herkes için mâkul bir orana indirilmesi gerekmektedir.

- Âdil yargılamada etkin rol alabilmeleri açısından, yargı yerlerinin bağımsızlıklarının sağlanması olmazsa olmaz bir koşuldur.<sup>208</sup>

- Âdil yargılanmaya ilişkin hükümlerin, olağanüstü hâller süreci de dâhil olmak üzere, cezaî, medenî, idarî ve diğer yargılama usûlleri hakkında her zaman uygulanmasının temin edilmesi; âdil yargılanma hakkının, **hiçbir koşulda sınırlandırılmayacak haklar** ile birlikte mütalâa edilmesi gerekmektedir.

- “*Geciken adâlet, adâlet değildir*” ilkesinden hareketle; yargılamanın süre, süreç ve kademelerinin (temyiz, istinaf... gibi)<sup>209</sup> **mâkul** düzeye indirilmesi ve indirgenmesi için gereken her türlü önlemin alınması, mahkemelerin iş hacminin (iş yükünün) mutlaka azaltılması hususunda gereken yasal düzenlemelerin yapılması elzemdir.

- Yargılama işlevinin yerine getirilmesi sırasında, gerek hukuk mahkemelerinde, gerek ceza mahkemelerinde, gerekse idarî mahkemelerde tüm önlemlerin (tutuklama işlemleri, soruşturma safhaları, hattâ bilirkişilik ve tebligat gibi kurumların) son derece karmaşık ve süreci uzatan nitelikten ve prosedürlerden bir an önce arındırılarak *hantallık* oluşturan işbu yapının, ortadan kaldırılması gerekmektedir.

- Yargıda, *şeffaflık* dönemi açılmalıdır. Yargılamanın her aşamasında, aleniyet ilkesinin bir tezahürü olarak taraflara, söz konusu ihtilafa ilişkin belge ve bilgilere kolaylıkla ulaşabilmesi sağlanmalıdır. Türk Milleti adına karar verenlerin bunu nasıl oluşturduğunu, milletin görme ve bilme hakkı vardır. Bu nedenle, yargı kararları herkese açık olmalı, doğrudan erişime açılmalı ve buna

207 Başaran, B.: **Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007, s.159-160.

208 Başaran (2007) age.: S.159-160.

209 Âdil yargılanma hakkıyla ve pek tabii ki mâkul süre ile doğrudan bağlantılı olan yargı kademelenmesi (temyiz, istinaf... gibi), her dönemde eleştiriye açık bir yapıda olmuştur. Bu nedenle yargının yavaş işlemesi ve hantallığı, çoğu kez eleştirilmiştir. Bununla birlikte, bu eleştiriye bazen, yargıç ve savcılarının nicelik ve nitelikleri (yargıç ve savcı sayısının azlığı... gibi) de söz konusu yapılmıştır.

ilişkin olarak gereken altyapı, ilgili kurumlarca bir an önce sağlanmalıdır.

- Pek tabiidir ki, teknik alt yapı sorunlarının (bina, araç, gereç gibi yetersizliklerin) de giderilmesi, büyük yarar sağlayacaktır.

Yukarıda bahsi geçen hususlara *Yargı Reformu Stratejisi*'nde eksik değinilmesi veya yeterince ele alınıp tartışılmaması, büyük bir noksanlıktır. Dolayısıyla, belirtilen hususların yer almadığı bir düzenleme ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı gerçekleştirilemeyeceği gibi, istenen yargı reformu da gerçekleşme kabiliyetini yitirecektir.

Türkiye'nin hedefi; kuşkusuz, hukuk devleti ilkelerinin egemen olması ve yargı dâhil tüm kurumlara yerleşmesi, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları âdil ve güvenilir bir hukuk düzeni içinde koruyan, bütün faaliyetlerinde bu ilkelere bağlı bir devlete dönüşmek olmalıdır.

Son söz olarak, ülkemizin iç hukukunda, AİHS'nde ve diğer uluslararası sözleşmelerde yer alan hakların yasalarla kabul edilerek mevzuatta yer alması, söz konusu olan bu hakların yerleşmesi ve ülkemizdeki insan hakları standartlarının yükseltilmesi için **yeterli değildir**. Asıl önemli olan, yapılan bu düzenlemelerin **uygulanması** ve **hayata geçirilmesidir**. İnsan hakları ve özgürlükleri ile ilgili düzenlemeler hangi alanda yapılırsa yapılsın hiçbir zaman **lüks** değildir. Türkiye, uluslararası çağdaş toplum içerisinde yerini almak istiyorsa, yapılan yasal ve anayasal düzenlemeler harfiyen ve de fiilen uygulanmalıdır. Bu haklar ve özgürlükler uluslararası toplumun isteği veya baskısı için değil; halkımız, bu hak ve özgürlüklere lâyık olduğu için uygulanmalıdır. Unutulmamalıdır ki; insan olmanın en doğal sonucu, bu haklara **sahip olmayı** gerektirir.<sup>210</sup>

Özetle şunu söyleyebiliriz ki; hukuk sistemimizde gerçekleştirilmek istenen ve de yıllardır özlemi duyulan **Yargı Reformunun** gerçekleştirilebilmesi için herkesin, elini taşın altına sokması ve özeleştiride bulunarak yaşanan veya yaşanacak olumsuzluklara meydan vermemek amacıyla görev ve sorumluluk bilincinde davranması ve daha da iyiye-ileriye gidebilmek için gayretle özveride bulunması, başlıca temennimizdir. Yeni sorunlara eski cevaplarla karşılık vermek faydasızdır. Unutulmamalıdır ki, temel sorunların çözümü elimizdedir. Meslek etiğini daha etkili kılmak, yargının bağımsızlığını ve yargı etiğini savunmak, etik dışı tutum ve davranışlara karşı durmak için yasaları değil, **anlayışı değiştirmek** yeterli olacaktır.

**Umudumuz,**

**Herkesin, hakkına razı olduğu; herkese ve de her şeye, hakkının**

210 Çörez, Ö.: *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askerî Yargı (Ceza) Sistemi (Yüksek Lisans Tezi)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007, s.132



**verildiği bir dünya...**

**YARARLANILAN KAYNAKLAR**

- AKAD, Mehmet: **Genel Kamu Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul 1997.
- AKILLIOĞLU, Tekin: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri**, Ankara 2002.
- AKILLIOĞLU, Tekin: **“Milletlerarası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”**, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C.I, Mayıs-Eylül 1991, Sayı:2-3.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açıdan Adil Yargılanma Hakkı”**, Anayasa Yargısı 10, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1993.
- ANADOLU ÜNİVERSİTESİ: **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu - Bildiri Kitapçığı**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, No:2193, Hukuk Fakültesi Yayınları, No.10, Eskişehir 2011.
- ANAYURT, Ömer: **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, 1. Baskı, Ankara 2004.
- ATAR, Yavuz: **Türk Anayasa Hukuku**, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Konya 2005.
- AYBAY, Rona: **Yabancılar Hukuku**, İkinci Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007.
- BALTA, Tahsin Bekir: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye - Türkiye'de İnsan Hakları**, Ankara 1970.
- BAŞARAN, Başar: **Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007.
- BATUM, Süheyl: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye**, İstanbul 1996.
- BATUM, Süheyl: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul 1993.
- BIÇAK, Vahit: **“Yeni Yapısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”**, Liberal Düşünce Dergisi, s.10-21.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul 2005.
- CENTEL, Nur: **Hâkimin Tarafsızlığı**, İstanbul 1996.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz: **“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine”**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Özel Dizi No.1, Ankara 1994.
- ÇEÇEN, Anıl: **İnsan Hakları Rehberi**, Ankara 1999.
- ÇELİK, Adem: **1982 Anayasası'nda Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006.
- ÇELİK, Edip: **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması”**, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S.1-3, 1998.
- ÇINAR, U. Sevinç: **Temel Hakları Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak**

**Arama Hürriyeti (Doktora Tezi)**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 1998.

ÇİNE, Özcan: **“Bağımsız ve Yansız Yargılanma Hakkı”**, Türkiye'de İnsan Hakları (Derleme Kitap), Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü - İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Yayın No:18, Birinci Baskı, Ankara 2000.

**ÇÖREZ, Özgür: Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askerî Yargı (Ceza) Sistemi (Yüksek Lisans Tezi)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007.

DEMİRCİOĞLU, Yaşar: **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2001.

DEMİRKOL, Ferman: **Bağımsız Yargının Fonksiyonları**, İstanbul 1992.

DEMİRKOL, Ferman: **Yargı Bağımsızlığı**, İstanbul 1991.

DOEHRING, Karl: **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, Çeviren: Ahmet MUMCU, Yeniden Düzenlenmiş 2. Baskı, İstanbul 2002.

DÖNMEZER, Sulhi: **“Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri”**, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999.

**DÖNMEZER, Sulhi: “İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu”**, İzmir 2000.

ERGİN, Berin: **“İnsan Hakkı Olarak Doğru Yargılanma ve Bağımsız Yargı”**, İstanbul Barosu Dergisi, C.73, S.4, Aralık 1999, s.903-925.

ERŞEN, Serkan: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)**, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2007.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma”**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (İlhan ÖZTRAK'a Armağan), Yıl:1994, Cilt: 49, No:1-2, Ocak-Haziran, Ankara 2004.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Doğru Yargılama”**, AİHS Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:11, Ankara 1995.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Ankara 2002.

GÖZLER, Kemal: **Anayasa Hukukuna Giriş**, 4. Baskı, Bursa 2004.

GÖZLER, Kemal: **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa 1999.

GÖZLER, Kemal: **“Askerî Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu”**, İnsan Hakları Yıllığı, Türkiye ve Orta Doğu

Amme İdaresi Enstitüsü - İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, C.21-22, 1999-2000.

GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa 2001.

GÖZLÜĞÖL, Said Vakkas: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Hukukumuzda Etkisi**, Ankara 1999.

HARRIS, D. J. / BOYLE, M. O' / WARBRICK, C.: **Law of the European Convention on Human Rights**, London 1995.

HEYWOOD, Andrew: **Siyaset**, Ankara 2007.

İNCEOĞLU, Sibel: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı - Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, İstanbul 2002.

İNCEOĞLU, Sibel: **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri**, İstanbul 2008.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: **Anayasa Yargısı**, Ankara 1994.

KAPANİ, Münci: **Kamu Hürriyetleri**, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981.

KARAKEHYA, Hakan: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma (Doktora Tezi)**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2007.

KARDAŞ, Ümit: **Hâkim Bağımsızlığı Açısından Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri**, İstanbul 1992.

KAŞIKARA, M. Serhat: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Âdil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Birinci Baskı, Ankara 2009.

KAŞIKARA, M. Serhat: **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Medenî Hak ve Yükümlülük Kavramı”**, Türkiye Adâlet Akademisi Dergisi, Yıl: Ocak 2011, Sayı: 4, Ankara 2011.

KILIÇ, Haşim: **“Anayasa Mahkemesi'nin 48. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen «Yargı Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Sorumluluğu» Konulu Sempozyumda Yaptığı «Töreni Açış Konuşması»**”, Anayasa Yargısı 27, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 60, Ankara 2010.

KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, İstanbul 2006.

KURU, Baki: **Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:214, Ankara 1966.

LADEWIG, Hans-Mayer: **“Adil Yargılanma Hakkı - I”**, Çeviren: Özlem YENERER ÇAKMUT, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku - Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, Ankara 2004.

- MERAY, Seha L.: **Devletler Hukukuna Giriş**, C.I, Ankara 1968.
- ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara 2004.
- ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara 2005.
- ÖZDEK, Yasemin: **AİHS Sistemi - AİHM Kararlarında Türkiye**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara 2004.
- ÖZMEN, Necmeddin: **Adil Yargılanma İlkesinin Gelişim Süreci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş 11. Baskı, Ankara 2007.
- PALAVRİC, Seada: **"The Independence, Impartiality and Responsibility of the Judiciary"**, Anayasa Yargısı 27, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 60, Ankara 2010.
- PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 1. Kitap, 2. Bası, Ankara 1989.
- PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, C.I, Ankara 1998.
- RUMPF, Christian: **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Çeviren: Burak ODER, Ankara 2005.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian / YENİSEY, Feridun / PEUKERT, Wolfgang: **Ceza Muhakemesinde "Fair Trial" İlkesi**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999.
- SOYDAN, Billur Yatlı: **"İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı"**, Vergi Sorunları Dergisi, S.143, Ağustos 2000.
- SOYSAL, Mümtaz: **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, 1997.
- SOYSAL, Mümtaz: **Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Milletlerarası Sözleşmeler**, C.2, Ankara 1986.
- TEZCAN, Yusuf: **Dört Kutsal Kitap**, Sürüm: 3.0, Sürüm Yılı: 2006.
- TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 8. Bası, İstanbul 2003.
- TİKVEŞ, Özkan: **Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku**, İzmir 1982.
- TOKLU, Erdinç: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı, (Yüksek Lisans Tezi)**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2001.
- TOROSLU, Nevzat: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 1998.
- TUNÇ, Hasan: **"Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi"**, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 2000, C. 17.
- TURHAN, Mehmet: **"Anayasa Mahkemesi'nin 48. Kuruluş Yıldönümü**

*Nedeniyle Düzenlenen «Yargı Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Sorumluluğu» Konulu Sempozyumun Birinci Oturumunda Oturum Başkanı Olarak Yaptığı Konuşma»,* Anayasa Yargısı 27, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 60, Ankara 2010.

TÜRMEN, Rıza: *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri”*, Anayasa Mahkemesi'nin 38. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla Düzenlenen Panel. Makaleye erişim adresi:  
[http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anayargi/turmen.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/turmen.pdf)  
(15.06.2011).

TÜSİAD: *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından”* Başlıklı Raporu, İstanbul 2003.

ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ: *Adil Yargılanma Hakkı*, Çeviren: Fadıl Ahmet TAMER / Erol KAPLAN, 1. Baskı, İstanbul 2000.

ÜNAL, Şeref: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür - Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No.89, Ankara 2001.

VERSAN, Rauf: *“Adil Yargılama Üzerine”*, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl:1990/1-2-3, İstanbul 1990.

YÜCEL, Bülent: *Türk Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı (Yüksek Lisans Tezi)*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2002.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul 1993.

ZABUNOĞLU, Yahya: *“Adil Yargılanma Hakkı ve İdarî Yargı”*, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000.

#### **AİHM - Karar Arama (Ulusal ve Uluslararası Kaynaklar):**

- <http://www.echr.coe.int/echr/>
- <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-en>
- <http://ihami.anadolu.edu.tr/>
- <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>
- <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/select.php>

# CEZA HUKUKUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME\*

Yrd. Doç Dr. Elvan Keçelioğlu\*\*

Olca Sönmez\*\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* C. Savcısı

\*\*\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi



## GİRİŞ

Gönüllü vazgeçme 5237 sayılı TCK'nın 36 ve 41. maddelerinde düzenlenmiştir. 36. madde de gönüllü vazgeçmenin unsurları belirlenmiştir. 41. madde de ise iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme kurumu düzenlenmiştir. Düzenlemeler yakından incelendiğinde, özellikle 765 sayılı TCK ile karşılaştırıldığında, gönüllü vazgeçmenin unsurları bakımından çok önemli değişikliklerin yapıldığı gözlemlenmektedir. Gönüllü vazgeçme, bugün için modern kanunların hemen hepsinde yer almaktadır. Gönüllü vazgeçmeyle ilgili kurallar aynı zamanda suç genel teorisinin temel kavramları olan hareket, kusur, teşebbüs gibi kavramlarla beraber sorunsuz şerh edilmesi zor olan kurallardır. Çünkü gönüllü vazgeçme büyük bir emeğin sonucu olarak sistemleştirilmiş bu gibi kavramlardan, kusur prensibi ve hukuki konu gibi temel prensiplerden dogmatik geri adımı zorunlu kılan düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple gönüllü vazgeçmenin söz konusu olduğu her noktada ceza siyaseti devreye girerek suç genel teorisi verilerini yumuşatmaktadır. Bu çalışmada 5237 sayılı TCK'da gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler incelenecek, ilgili yargı kararlarına değinilecek, yeri geldikçe yabancı mahkeme kararlarına da atıfta bulunulacaktır.



## **I. 765 SAYILI TCK'DA YER ALAN GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN REFORMU**

Gönüllü vazgeçme (ihtiyariyle vazgeçme), 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun eksik teşebbüse ilişkin m.61/2 hükmü ile “Müşebbis, cürmün e'ali icraiyesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmişti.

Etkin pişmanlık (faal nedamet) ise, icranın bitmesinden sonra failin neticenin gerçekleşmesine kendi elinde olan sebeplerle engel olması halini ifade etmek için kullanılan ve tam teşebbüs durumunda söz konusu edilen bir kurumdur. Ancak kanunda tam teşebbüse ilişkin m.62'de etkin pişmanlık kurumuyla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemişti, bu sebeple fail icrayı bitirdikten sonra pişman olup neticenin gerçekleşmesine engel olsa da, tam teşebbüs halinde kalmış suçun cezasını almaktaydı. Buna karşın bazı özel hükümlerde etkin pişmanlıkla ilgili düzenlemelere yer verilmişti. Örneğin mal aleyhinde işlenen cürümlerle ilgili olarak m.523 hükmüne göre; fail kendisi hakkında kovuşturmayla başlanmadan önce aldığını iade veya tamamen tazmin ederse cezada indirim yapılmaktaydı. Yine kaçırma ve alıkoyma suçlarıyla ilgili olarak m.432'de yapılan düzenlemeyle belli şartlarla mağdurun serbest bırakılması halinde etkin pişmanlık cezayı hafifleten bir hal olarak dikkate alınmaktaydı. Ancak etkin pişmanlığın gönüllü vazgeçme gibi genel bir indirim veya cezasızlık sebebi olarak düzenlenmemesi, öğretide eleştirilmekte ve Yargıtay haklı olarak kanunda açık ve genel bir düzenleme bulunmadığı için icra hareketleri bittikten sonra failin sonucun meydana gelmesini önlediği durumlarda gönüllü vazgeçme hükümlerini uygulamamaktaydı<sup>1</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme gerek icra hareketleri aşamasında gerek icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini ifade etmektedir. TCK m.36 hükmüne göre; “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”. Belirtmek gerekir ki maddenin bu hükmü 765 sayılı TCK ile karşılaştırıldığından önemli bir değişikliğe işaret etmektedir. Bu değişikliğin altında yatan düşünce madde gerekçesinde şu şekilde belirtilmektedir.

1 Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, Ankara 2007, S. 405.

“Gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hale gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir.

Gönüllü vazgeçme halinde kişiye ceza verilmemekte, ancak o ana kadar yapılan hareketler ayrıca bir suç oluşturuyorsa, sadece o suçtan sorumlu tutulmaktadır.

Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hallerinde, artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur. Bazı suçlarla ilgili olarak yapılan düzenlemeler bağlamında özel hükümler olarak etkin pişmanlığa yer verilmesinin daha doğru olacağı düşüncesiyle; Hükümet Tasarısında “tam teşebbüs” aşamasındaki gönüllü vazgeçme karşılığında kullanılan etkin pişmanlıkla ilgili hüküm, Tasarı metninden çıkarılmıştır.”

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu eksik-tam teşebbüs ayrımını; bunun yanı sıra teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık ayrımını da kaldırmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, gönüllü vazgeçme kapsamında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde kanunda düzenlenmese de öğretide kabul edilen etkin pişmanlık (faal nedamet) de düzenlenmiştir.<sup>2</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda faal nedameti de kapsayan gönüllü vazgeçme, teşebbüs aşamasında söz konusu iken; etkin pişmanlık suç sonrasına ilişkindir.<sup>3</sup> Etkin pişmanlık, sadece suç tamamlandıktan sonra, suçun zararlı veya tehlikeli etkilerini ortadan kaldırmak veya hafifletmek şeklinde gerçekleşebilir ve sadece belli suçlar bağlamında cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiştir.<sup>4</sup> Bu arada gönüllü vazgeçmenin TCK'nın genel hükümlerinde yer almasından dolayı bütün suç tipleri bakımından, aktif pişmanlığına sadece ve sadece ilişkili olarak düzenlendiği

2 Artuk, Mehmet Emin /Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B., Ankara 2007, S. 745.

3 Malkoç, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, C.I, Ankara 2007, S. 245.

4 Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B., Ankara 2008, S. 443.

suç tipi bakımından uygulama olanağı olduğu hususu vurgulanmalıdır.

Gönüllü vazgeçme ile aktif pişmanlığı yeniden düzenleyen ayrı bir şekilde ilişkilendiren bu sistemiği Alman Kanunu'nun getirmiş olduğu prensiplere uygundur. Gerçekten gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler Alman Ceza Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenmiştir. Aktif pişmanlığa ilişkin hükümlerse tıpkı Türk Kanunu'nda olduğu gibi kanunun özel hükümler bölümünde ilgili suç tipleriyle alakalı olarak düzenlenmiştir.

## **II-GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Gönüllü vazgeçme sonucunda failin cezalandırılmamasının hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin her birisi salt teorik tartışmalar olmanın ötesinde gönüllü vazgeçmenin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ile ilgili pratik sonuçlar da önermektedir. Aşağıda bu teorilerden önemli görülenleri, ana hatlarıyla ortaya konulacaktır. Bu teoriler ve tartışmalar ceza hukukunda son iki yüz yıldır oldukça şiddetli bir şekilde devam etmektedir. Ceza hukukunda üzerinde en çok tartışmanın yapıldığı alanlardan birisidir.<sup>5</sup>

### **A-SUBJEKTİF VE OBJEKTİF TEORİLER**

Subjektif teorileri savunanlar failin suç işleme niyetini, tehlikeliliğini esas alarak, gönüllü vazgeçmede bunun ortadan kalktığını, bu nedenle ceza vermemnin mümkün olmadığını kabul ederler.<sup>6</sup>

Tehlikesizlik teorisini savunanlara göre; vazgeçen failin suç işlemek hususunda iradesi zayıftır, tehlikeli bir kimse sayılamaz ve bu sebeple cezalandırılmaması gerekmektedir.<sup>7</sup>

Yine subjektif bir değerlendirme yaparak iptal teorisini geliştiren yazarlara göre; vazgeçme suçun kusurluluk unsurunu ortadan kaldırmaktadır. Vazgeçme iradesini açığa vuran fail, icraya başlarken açıkladığı suç işleme kastını bertaraf etmiş olur ve suçu icra niyetinin yerini vazgeçme niyeti almış olur ve böylece yeni vazgeçme iradesi önceki suç işleme kastını iptal etmiş olur.<sup>8</sup>

Bazı yazarlar ise vazgeçmeyi teşebbüsün feshedici bir şartı olarak görmüş ve kanunun icraya başlayan faili ilerde ihtiyariyle vazgeçmediği takdirde, yani şarta bağlı olarak cezalandırdığını ileri sürmüştür.<sup>9</sup> Hukuki teoriler olarak adlandırılan bu teori artık doktrinde hemen hemen hiç savunulmamaktadır.<sup>10</sup>

5 Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Göttingen 2006, S. 476.

6 Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005, S. 477.

7 Florian, Erra, (Aktaran-Akt-;Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.I, 14.B., İstanbul 1997, S.444)

8 Berner, Civoli, (Akt; Parlar ve Hatipoğlu, S.406)

9 Binding, (Akt; Dönmezer ve Erman, s.444)

10 Jescheck-Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (AT), Berlin 1996, S. 538.

Diğer bir görüşe göre ise; gönüllü vazgeçme faildeki suç işleme ehliyetinin yokluğunu belirtir ve cezanın uygulanması sırasında bu ehliyet göz önüne alınacağı için vazgeçen failin cezalandırılması mümkün değildir.<sup>11</sup>

Objektif Teoriler ise icra hareketleri başladıktan sonra gönüllü vazgeçme ile failin, icra hareketlerinin tüm iz ve eserlerini silmiş olacağından artık bir suçtan söz edilemeyeceğinin ya da gönüllü vazgeçmede ceza hükmünün ihlali bulunmadığı için faile ceza vermenin aslında hukuken mümkün olmadığı görüşlerini ileri sürmüşlerdir.<sup>12</sup>

Bu görüşlerin, gönüllü vazgeçme halinde teşebbüsün maddi veya manevi unsurunun bulunmadığı, ortada bütün şartları ile gerçekleşmiş bir teşebbüs halinin olmadığı gerekçesine dayandıkları ve konuyu hukuki açıdan açıklamaya çalıştıkları görülmektedir.

## B- CEZASIYASETİ TEORİLERİ

Yukarıda saydığımız bu teoriler; gönüllü vazgeçme anına kadar Ceza Hukukunun yasakladığı bir alana girmiş bulunan failin sonra vazgeçmiş olmasının, daha önce gerçekleştirdiği hareketlerin yapılmamış sayılmasını gerektirmeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiş ve gönüllü vazgeçme neticesinde failin cezalandırılmamasının sebebinin ancak ceza siyaseti düşünceleriyle açıklanabileceği belirtilmiştir. Suç siyaseti teorilerine göre suç siyaseti açısından doğru olan suçtan vazgeçenin cezalandırılmamasıdır. Vazgeçmenin cezaya etkisinin olmadığı kabul edilirse faili suçtan döndürecek bir etken de kalmamış olur. Kişi nasıl olsa ceza alacağı düşüncesiyle suçu tamamlar.<sup>13</sup>

Bu teorilerin en başında gelen ve bugün için en çok savunulan teori “cezanın amacı teorisi” dir. Bu teoriye göre, gönüllü vazgeçme durumunda failin artık cezalandırılmasına gerek yoktur. Çünkü cezanın sahip olduğu genel ve özel önleme etkilerinin ortaya çıkabileceği bir durum söz konusu değildir. Ayrıca kusuru karşılayamaya ve ödetmeye layık bir cezalandırma da bu durumda söz konusu değildir.<sup>14</sup>

“Af-mükâfat teorisi”ne göre; gönüllü vazgeçme halinde, failin vazgeçme anına kadar hukuki bakımdan cezalandırılabilir nitelikte eylemi, devletçe affedilmekte ve ayrıca cezalandırılmama şeklinde mükâfatlandırılmaktadır.<sup>15</sup> “Psikolojik zorlama teorisi”ni savunan yazarlara göre; devlet hukuk düzeninin

11 Ranieri (Akt; Dönmezer ve Erman, S.444)

12 Centel/Zafer/Çakmut, S. 477.

13 Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, S. 477.

14 Roxin, AT, S. 478.

15 Baumann-Qeber, (Akt; Parlar ve Hatipoğlu, S.407)

korunması bakımından bazı tedbirler almak hakkına ve görevine sahiptir. Bu nedenle suça teşebbüs eden fail üzerinde psikolojik bir zorlama uygulanarak, onun suçu tamamlamaktan caydırılması gerekir.<sup>16</sup> Ceza siyaseti düşüncesini üstün tutan bir başka görüşe göre ise; tedbirli bir kanun koyucu suçtan geri dönmeyi teşvik etmekle yükümlüdür. Gönüllü vazgeçen fail, cezalandırılması halinde suçu tamamlama yönünde teşvik edilmiş olur. Kanun bir kimseyi cezalandırmaktansa, onun vazgeçmesine izin vermelidir, kaçan suçluya “altından köprüler” inşa etmek gerekir.<sup>17</sup> Gönüllü vazgeçme halinde failin cezalandırılmamasını hukuki kriter ve prensiplerle açıklamaya imkan yoktur; çünkü gönüllü vazgeçme, prensiplerin bir istisnasıdır. Vazgeçme anına kadar yapılmış bulunan hareketler icraya başlamayı belirtiyor ve bu sıfatla cezayı gerekli kılıyorsa; failin vazgeçmesi bu hareketlerin cezalandırılmasına hukuken engel olmaz, belirli bir noktada kastın değişmiş olması o noktaya kadar yapılmış olan hareketleri etkilemez.<sup>18</sup>

### **C- ARA SONUÇ VE TÜRK CEZA KANUNU'NUN KABUL ETTİĞİ ANLAYIŞ**

Gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmamasını hukuki gerekçelerle ve ceza siyaseti (maksada uygunluk fikri) gerekçesiyle açıklayan bu iki görüşten birinin kabulü, iştirak halinde işlenen suçlarda asıl failin vazgeçmesinin diğer şerikler yönünden sonuç doğurup doğurmayacağı bakımından önem taşımaktadır.

Gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmamasını hukuki gerekçelerle açıklayan görüşler kabul edildiği takdirde; ortada cezalandırılabilen bir teşebbüs hali mevcut olmadığı için diğer şeriklerin cezalandırılması da mümkün olmayacaktır.

Ancak cezasızlığın sebebini ceza siyaseti düşüncesi ile açıklayan görüşün kabul edilmesi halinde; ortada teşebbüs hali vardır, failin vazgeçmesi o ana kadar yapılan hareketleri silmez, bu hareketlerin yapılmamış sayılmasını gerektirmez. Ortada yapılmış bir icra hareketi bulunmaktadır ve vazgeçen fail sadece suç politikası sebebiyle cezalandırılmamaktadır; bu sebeple vazgeçen failin cezasız kalması, diğer şeriklerin cezalandırılmasına engel olmaz.<sup>19</sup>

16 Feurbach, (Akt; Parlar ve Hatipoğlu, s.407)

17 Von Liszt, (Akt; Artuk ve Gökçen ve Yenidünya, S.749). Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, S. 291. Soyaslan'a göre İtalya ve Almanya'da uzun yıllar doktrine hakim olan bu görüş önemli itirazlara maruz kalmış ve artık önemini kaybetmiştir. Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, S. 291. Hafizoğulları-Özen'e göre buradaki altın köprüler kurma toplumsal çıkara dayanmaktadır. “Burada devam ederek bitirme imkanı varken bu yola gitmeyen dolayısıyla icrasına başladığı cürmi fiilden vazgeçmek isteyen suçluya işlemek istediği suçun cezası verilmeyerek bir ödül sunulmamaktadır.” Hafizoğulları-Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010. S. 344.

18 Battaglini, Erra (Akt; Dönmezer ve Erman, S.445).

19 Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.B., Ankara 2007, S.416.

Gönüllü vazgeçen failin cezalandırılmamasının sebebi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sistemine göre maksada uygunluk fıkriinden kaynaklanmaktaydı.<sup>20</sup> 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda maksada uygunluk fıkri değil de diğer görüş kabul edilmiş olsaydı; gönüllü vazgeçme halinde eksik teşebbüsün tüm şartlarıyla birlikte gerçekleşmediği gerekçesiyle fail cezalandırılmadığından; aynı gerekçeyle failin neticenin gerçekleşmesini engellemesi durumunda da tam teşebbüsün tüm şartlarıyla birlikte gerçekleşmemiş olduğu kabul edilmeli ve etkin pişmanlık göz önüne alınarak faile yine ceza vermemek gerekirdi. Oysa ki 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sisteminde etkin pişmanlık hali bir cezasızlık sebebi olarak kabul edilmemişti, bu durum da 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun gönüllü vazgeçme halinde faile ceza vermemeyi, izlenen ceza siyasetinin bir neticesi olarak kabul ettiğini göstermektedir. Bu sebeple 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, ceza siyaseti düşüncelerini üstün tutmuş ve her ne kadar vazgeçen kişi cezalandırılmamakta ise de; ortada teşebbüs durumunun yine de hukuken var olduğu, vazgeçmenin buna engel olmayacağı ve diğer şeriklerin teşebbüsten dolayı cezalandırılacaklarını kabul etmiştir.<sup>21</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise; gerekçesinden de anlaşılacağı üzere; izlenen ceza siyasetinin bir gereği olarak gönüllü vazgeçme halinde failin cezalandırılmamasını kabul etmiştir. TCK m.36 hükmünün gerekçesinde “gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir” denilerek; izlenen ceza siyaseti gereği olarak, gönüllü vazgeçme kurumunun kabul edildiği açıkça belirtilmiştir.

İzlenen suç siyaseti gereğince; ceza kanunlarında, icrasına başladığı suçu tamamlamaktan vazgeçirmeye teşvik düşüncesiyle, gönüllü vazgeçme halinde faile ceza verilmemesi ilkesi benimsenmiştir. Bu yönü itibariyle, gönüllü vazgeçme, bir cezayı kaldıran şahsi sebeptir.<sup>22</sup>

### III- GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN ŞARTLARI

#### 1. Fail suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmeli veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemelidir.

Gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan ilk koşul kendisine teşebbüs edilen suçun en azından teşebbüs aşamasında ortaya

20 Dönmezer ve Erman, S.446.

21 Dönmezer ve Erman, S.447

22 Özgenç, S.438

çıkmasıdır. Gönüllü vazgeçme kurumunu sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul eden 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sisteminde gönüllü vazgeçme, suçun icra hareketleri aşamasında olabileceği gibi, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra da mümkün hale getirilmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre neticenin gerçekleşmesine engel olmak veya meydana gelen neticeyi tamamen ortadan kaldırmak şeklinde kabul edilen etkin pişmanlık(faal nedamet) hali de, yeni kanunun sisteminde gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmiştir. Böylece suçun icrası tamamlanıncaya, neticenin ayrıca bir unsur oluşturduğu suçlarda netice gerçekleşinceye kadar gönüllü vazgeçme mümkün hale gelmektedir.<sup>23</sup>

Gönüllü vazgeçme, öncelikle failin suçun icrasına başladıktan sonra icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi halinde uygulanmaktadır. Örneğin hırsızlık kasdıyla, maymuncukla kapıyı açtıktan sonra eve girmeyip oradan uzaklaşan fail, gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Ya da yurt dışına göndermek vaadiyle dolandırmayı kast ettiği kişiyle gerekli belge ve parayı almak için randevulaşan failin vazgeçerek bu randevuya gelmemesi veya gelerek gerekli belge ve paraları almadan kendiliğinden fiilini sonlandırması halinde gönüllü vazgeçme söz konusudur.<sup>24</sup> Tekrar belirtmek gerekir ki burada gönüllü vazgeçmenin diğer alternatiflerinden ayırıcı özelliği icra hareketlerinin yarım bırakılmasıdır.<sup>25</sup>

Suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önleme ise; failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra, sonucun gerçekleşmesini önlemesini ifade eder. Örneğin failin mağduru öldürmek kastıyla nehre attıktan sonra suya atlayıp onu kurtarması veya yine öldürme kastıyla mağdura zehir içirdikten sonra zehrin etkisini giderecek ilaçlar vererek ölmesine engel olması hallerinde de gönüllü vazgeçme hali söz konusudur.<sup>26</sup>

Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararında: “Sanığın tabanca ile etkili mesafeden mağdurun göğüs bölgesine bir el ateş ederek toraks yaralanması, perikardiaktomi, hemostas ve tüp torokostomi yapılmasına neden olduğu olayda, sanığın mağdurun ölmesini engellemek amacıyla zaman geçirmeksizin sağlık kuruluşuna götürerek tedavisinin yapılmasını sağladığı ve bu nedenle

23 Özgenç, S.442. Öte yandan Soyaslan, Gönüllü vazgeçmeyi ikiye ayırmaktadır. Soyaslan'a göre; “ Kanunumuz iki aşamalı bir gönüllü vazgeçme öngörmüştür. Birincisi icraya başlamasından sonra ancak neticeden uzak bir durumda iken vazgeçme, ikincisi, icra hareketlerinin neticeyi gerçekleştirmeye müsait bir şekilde yapılmasından sonra neticenin gerçekleşmesinin fail tarafından önlenmesi suretiyle gerçekleştirilen vazgeçmedir.”. Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, S. 290.

24 Gündel, Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.I., Ankara 2009, S.1000.

25 Jescheck-Weigend. Lehrbuch des Strafrechts, S. 540.

26 Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 13.B., Ankara, Savaş Yayınevi, 2009, S.267.



ölümün gerçekleşmediği anlaşılmakla, 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına kararda tartışılmaması...".<sup>27</sup> diyerek gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemelerin hükümde dikkate alınmamasını bozma sebebi yapmıştır.

İcra hareketlerinden vazgeçme, negatif bir özelliğe sahiptir; yani kararlaştırılan suç faaliyetinin sonuna kadar götürülmemesinden ibarettir. Oysa suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemek ise pozitif bir özellik taşır; yani sonucu önleyecek yeni bir faaliyetin icra edilmesini gerektirir. Ancak ihmal suçlarında ve özellikle ihmal suretiyle icra suçlarında icra hareketlerinden vazgeçme, zorunlu olarak pozitif bir fiil ile somutlaşır; yani yapılmayan hareketin yapılması ile gerçekleşebilir. Örneğin ölmesi için çocuğunu emzirmeyen anne bu kararından vazgeçmesi halinde, hareketsiz kalmakla yetinemez; çocuğunu emzirmeye başlamak zorundadır.<sup>28</sup>

TCK m.36'ya göre; fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Örneğin hırsızlık suçunu işlemekten gönüllü vazgeçen kimse çalmak istediği eşyaya zarar vermişse, hırsızlık suçuna teşebbüsten değil, mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılır. Öğretide de sıkça verilen bir örneğe göre; öldürme kastıyla mağdura ateş eden fail mağduru yaraladıktan sonra pişmanlık duyarak ölmesini engellemek amacıyla tedavi için hastaneye götürür, mağdur tedavi neticesi ölmekten kurtulursa; fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacak ve kasten adam öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmayacaktır. Ancak fiili mağdurun yaralanmasına sebep olduğundan kasten yaralama suçundan sorumluluğuna gidilecektir. Ya da mağduru öldürmek için silahını çeken fail daha sonra vazgeçmişse; adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmayacak; ancak silahı ruhsatsızsa, ruhsatsız silah bulundurma suçundan dolayı 6136 sayılı Kanun gereğince sorumlu olacaktır.

Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur. "Sanık Veli'nin zorla kaçırmak suretiyle köy dışındaki ağıla getirdiği mağdureyle yalnız kalınca cinsel ilişkiye girmek istediğini söylediği, mağdurenin kabul etmeyerek karşı koyması üzerine aralarında boğuşma olduğu, peşinden de sanığın kendiliğinden vazgeçerek mağdureyi orada bırakmak suretiyle gittiği iddia ve dosya kapsamından

27 1.CD, 21.03.2007, 1835/1786(Akt; Erol, Haydar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, C.I., S.575)

28 Toroslu, S. 267.



anlaşılmasına göre; TCK.nun 61/son maddesi gereğince sanığın tanımlanan eyleminin zorla ırza tasaddi niteliğinde bulunduğunu...”.<sup>29</sup>

“Sanığın tüm aşamalarda "mağdura ait büfenin kepenginin asma kilidini ve camını kırdığını, ancak pişman olup bir şey almadan ayrıldığını" savunmuş bulunması ve suçun yapıcı davranışlarını sürdürüp tamamlamasını engelleyen herhangi bir dış nedenin söz konusu olmaması karşısında; 765 sayılı TCY.nın 61/son (5237 sayılı TCY.nın 36/1.) maddesinin uygulama yeri bulunup bulunmadığının tartışmasız bırakılması, 765 sayılı TCY.nın 61/son (5237 sayılı TCY.nın 36/1.) maddesinin uygulanması durumunda; kendiliğinden vazgeçme aşamasına kadar tamam olan mala zarar verme suçundan mağdurun şikayetinden vazgeçmiş bulunmasının da gözetilmesi zorunluluğu, bozmayı gerektirmiştir”.<sup>30</sup>

## **2. Fail vazgeçmiş olmalıdır.**

Gönüllü vazgeçme icra hareketlerinden ancak kesin bir şekilde vazgeçmenin gerçekleştiği durumlarda söz konusu olabilmektedir.<sup>31</sup> Vazgeçmenin cezai sorumluluk üzerinde etkili olabilmesi için iradi olması zorunludur. İradilik unsuru gerçekleşmeksizin hata veya yanlışlıkla ortaya çıkan vazgeçme durumlarının cezai sorumluluk konusunda herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.<sup>32</sup> Suç işleme kararının daha uygun bir ortam yaratmak için ileri bir tarihe ertelenmesi vazgeçme değildir. Gönüllü vazgeçmede, yapılan hareketlerle kastedilen suçun işlemeyeceğinin zımni veya açık olarak ifade edilmesi gerekmektedir.<sup>33</sup>

## **3. Vazgeçmenin gönüllü olması gerekir.**

Teşebbüs ile vazgeçme arasındaki en önemli fark, teşebbüsün elde olmayan bir nedenden doğmasına karşılık, vazgeçmenin bizzat failin isteği ile gerçekleşmesidir.<sup>34</sup> Yani, herhangi bir engel olmaksızın, pişmanlık duyarak kişinin suçu işlemekten vazgeçmiş olması gerekir.<sup>35</sup> Teşebbüsün bir şartı icranın bitmesine veya neticenin gerçekleşmesine failin elinde olmayan engellerin yol açmasıdır. Eğer icranın bitmemesi veya neticenin gerçekleşmemesi failin iradesine bağlı sebeplerden kaynaklanıyorsa; teşebbüsün belirttiğimiz şartı gerçekleşmeyecek ve failin gönüllü vazgeçmeden

29 5.CD, 09.10.2003, 5975/4938 (Akt; Bakıcı, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2.B., Ankara 2008, S.822)

30 6.CD, 23.02.2006, 722/1709 (Akt; Meşe Yazılım İçtihat Bankası)

31 Koca-Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, S.404.

32 Koca-Üzülmüş, S. 405.

33 Öztürk/ Erdem/ Özbek, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 1998, S.177.

34 İçel- Evik, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4.B., İstanbul, S.257

35 Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, S. 486

yararlandırılması gerekip, cezalandırılmaması yoluna gidilemeyecektir.

Gönüllü vazgeçmenin kabul edilebilmesi için, failin suçun icra hareketlerinin bitmesine, suçun tamamlanmasına veya neticenin gerçekleşmesine iradi bir hareketle, ciddi bir çaba göstererek engel olması yeterlidir, bu iradi hareketin gerçek bir pişmanlığın sonucu olup olmaması önemli değildir. Gönüllü vazgeçmenin kabul edilmesi için failin ayrı bir ahlaki motivasyonla hareket etmesi aranmamaktadır.<sup>36</sup> Bir başka deyişle vazgeçmenin saikine bakılmamaktadır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kaynak kanunu İtalyan Ceza Kanununu sisteminde de “insan hareketlerinin iç saiklerini araştırmak ceza adaletini ilgilendirmez” görüşü üstün tutulmuştur.<sup>37</sup> 765 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamasında da bu görüş benimsenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddesinde de vazgeçen failin vazgeçme saikine bakılacağına dair bir açıklama yoktur, bu sebeple 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu açısından da vazgeçmenin saiki önem taşımamaktadır.<sup>38</sup>

Bazı yazarlar, vazgeçmenin içten bir pişmanlığın sonucu olması gerektiğini, ancak samimi bir vazgeçme halinde failin tehlikesiz bir kişi sayılabileceğini, failin yaptığı hareketin kötü bir iş olduğunu anlayarak değil de, sırf daha elverişli bir fırsatta yeniden aynı hareketi yapmayı düşünerek vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçmenin kabul edilemeyeceğini savunmuşlardır. Ancak bu görüşler diğer yazarlar tarafından, samimiyet koşulunun aranmasının, vazgeçmenin uygulanma sınırlarını çok daraltacağı ve böylece suç politikasına ters düşeceği, burada amacın olanak ölçüsünde suç işlemekten caydırmak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>39</sup> Bu konuda öğretildeki baskın görüş de, vazgeçmenin samimi bir pişmanlıktan kaynaklanmaması halinde dahi, gönüllü vazgeçmenin gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği yönündedir.<sup>40</sup>

Failin vazgeçmesi iç ve dış etkenlerden kaynaklanabilir.

İç etkenler; gerçek pişmanlık, mağdura karşı duyulan acıma, merhamet, tikslenme, tanrı korkusu, ahlaki duygular, girilen işin güçlüğü sebebiyle düşülen kötümserlik, yakalanmak ve cezalandırılmak korkusu gibi, tamamen failin iç dünyasından kaynaklanan nedenlerdir ve bu hallerde fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır.<sup>41</sup>

36 Koca-Üzülmez, S. 406

37 Kaynak kanun hakkında 1887 tarihli Zanardelli raporu (Dönmezer ve Erman, S.447)

38 Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, S.747.

39 İçel ve Evik, S.257.

40 Dönmezer ve Erman, S.448.

Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şöyledir: “Sanığın ırza geçme kastıyla icrai hareketlerine başlayarak mağdureyi zorla soyduğu, kendisi de soyunduktan sonra henüz yeni doğum yapan mağdurede kanama olduğunu görünce ciddi ve harici bir engel olmadan ihtiyariyle eyleme son verdiği anlaşılmakla, TCK'nın 61/son maddesi uyarınca sanığın tamamlanan eyleminin niteliğinin buna göre tayin ve takdiri gerekir”.<sup>42</sup>

Dış etkenler ise maddi ve manevi olabilmektedir. Kapıyı açmak amacıyla kullanılan anahtarın kilit içinde kırılıp kalması, hırsızın çalmak istediği şeyin artık işe yaramayacak derecede bozulduğunu gördüğü için eşyayı almaması, doktorun çocuk düşürmek için icra hareketlerine başlaması, ancak kadının duyduğu acı sebebiyle kürtajdan vazgeçmesi halleri maddi etkenlerin örneği olup, failin iradesine bağlı bulunmadığından, gönüllü vazgeçme kabul edilemeyecek ve teşebbüs derecesinde kalan fillerden dolayı hüküm kurulacaktır.<sup>43</sup>

Manevi etkenler ise öğretide tartışılan bir konudur. Örneğin yan odada duyduğu bir ses üzerine yakalanmak korkusuna kapılarak hırsızlık suçunun icra hareketlerini yarım bırakan failin veya mağduru öldürmek için gece vakti eve giren, fakat köpek havlamasını duyması üzerine korkarak kaçan failin vazgeçmesinin, gönüllü olup olmadığının belirlenmesi güç olabilmektedir. Bu gibi durumlarda, failin iradesi dış sebeplerle zorlandığı, ancak zorlanmış iradenin yine de irade olduğu gerekçesiyle vazgeçmenin gönüllü olduğunu kabul eden görüşler vardır.<sup>44</sup>

Bu konudaki baskın görüşe göre ise; manevi etken nedeniyle fail suçu işlemek konusunda daha önce verdiği kararı yeniden gözden geçirmiş, bu kararı sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde icrayı yarıda bırakmış veya neticenin gerçekleşmesine engel olmuş, nedensellik bağlantısını kendisi frenlemiş ise; vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık fail icraya başlarken hesaba kattığı risklerin dışında kalan bir etken yüzünden icrayı tehlikesizce sona vardıramayacağını anladığı için; bir başka deyişle, suç yolunda(iter criminis'de) daha fazla ilerlemek olanağının artık kalmadığı düşüncesiyle icra hareketlerine devam etmemiş veya neticenin oluşmasına engel olmuşsa, failin elinde olmayan engelleyici sebepler söz konusudur ve

41 Demirbaş, S.417.

42 5.CD, 8.5.1991, 1157/2407(Akt;Özbek, Veli Özer, Türk Ceza Kanunu İzmir Şerhi, C.I, 3.B., Ankara 2006, S.462)

43 Dönmezer ve Erman, S.448

44 Carrara(Akt.Dönmezer ve Erman, S.449).

vazgeçme gönüllü değildir.<sup>45</sup> Bu görüşe göre; köpeğin havlaması üzerine kaçan hırsız, yakalanacağı, suçu tamamlayamayacağı düşüncesiyle vazgeçmiştir ve bu vazgeçme gönüllü değildir. Ya da suç yerinde üçüncü kişilerin bulunması sebebiyle geri dönmesi hallerinde de vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmelidir. Gönüllü vazgeçmenin varlığını kabul edebilmek için failin herhangi bir engel olmaksızın, pişmanlık duyarak suçu işlemekten vazgeçmiş olması gerekir. Ancak fail örneklerde olduğu gibi yakalanmak korkusuyla suç yolunda devam etmekten vazgeçmekte ise; gönüllü vazgeçme yoktur. Bu gibi durumlarda failde suçu işlemekten vazgeçme yönünde bir irade vardır, ancak bu irade zorlanmış bir iradedir, bu halde gönüllü vazgeçmenin varlığını kabul etmek mümkün değildir.<sup>46</sup> Yine tabancasında tek mermi olan ve ateş ederek mağduru kolundan yaralayan, fakat tekrar ateş etmeyen failin, artık icra hareketlerini sürdürme ve sonucu gerçekleştirme olanağı bulunmamaktadır, bu sebeple gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacak, kasten adam öldürme kastı belirlenmişse bu suça teşebbüsten cezalandırılacaktır.<sup>47</sup>

Yakalanmak ve cezalandırılmak korkusu failin önceki kararından dönme sonucunu ortaya çıkarmışsa, gönüllü vazgeçmenin kabulü mümkünken; fail yakalanacağını düşünmekle beraber, önceki kararından caymamış ve daha elverişli bir fırsatta icraya yeniden başlamayı düşünmüşse, yani suçun işlenmesini başka bir zamana bırakmışsa vazgeçme gönüllü değildir. Ancak bir baykuşun ötmesi üzerine batıl inançları sebebiyle korkuya kapılıp kaçan veya mağdurun yalvarmalarına dayanamayıp cinsel saldırıdan vazgeçen failin hareketleri gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>48</sup> Bütün açıklamalar hiç kuskusuz gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için kendi içerisinde bazı özel koşulları da beraberinde getirmektedir. Ama ayrıca belirtmek gerekir ki Alman Mahkemeleri yeni içtihatlarında bu tür koşulları özellikle mağdurun korunması perspektifinden yumuşatmaktadır.<sup>49</sup>

Yargıtay'ın yerleşik içtihatları, vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının belirlenmesinde değindiğimiz bu ölçütlerin dikkate alındığını göstermektedir. “Suç yolunda (iter criminis) ilerleyen sanık daha fazla ilerleme olanağına ve kanaatine sahip olduğu halde, suç yolunda ilerlemeyerek icrayı yarıda bırakması durumunda vazgeçmenin gönüllü olduğu, buna karşılık failin icraya başlarken göz önünde tuttuğu ve hesaba kattığı risklerden başka bir faktör

45 Dönmezer ve Erman, S.450.

46 Özgenç, S.440.

47 Bakıcı, S.817.

48 Dönmezer ve Erman, S.450.

49 Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2009, S. 209.

nedeniyle icra hareketlerine devam etmemesi halinde vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmelidir”.<sup>50</sup>

“Eylemin yarıda kalması veya sonucun alınmaması harici engel nedeniyle olmayıp, failin iradesine bağlı ise ihtiyariyle vazgeçme veya faal nedamet söz konusudur. Faile teşebbüsten dolayı ceza verilemez... Sanığın ırza geçme kastıyla icra hareketlerine başlaması yalnız başına teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Ancak, açıklanabilir ve kabul edilebilir bir engelin bulunması halinde teşebbüs hükümleri tatbik olunabilir. Sanık, harici bir müdahale ve ciddi bir engel olmadan ırza geçme eyleminden vazgeçmiştir. Olayın vuku bulduğu ortam ve koşullar nazara alındığında, mağdurun bağırması, kabul edilebilir ciddi bir engel değildir. Suç, sanığın evinde işlenmiştir ve evde kimse yoktur. Fiil işlenirken gelen de olmamıştır. Sanığın, küçük olan mağdurun ağzını kapatma ve cebir kullanmak suretiyle eylemini sonuçlandırma olanağı varken, sürdürmeyerek kendiliğinden vazgeçmesi nedeniyle, teşebbüs hükümlerinin uygulanması için gereken ve yukarıda açıklanan dördüncü koşul gerçekleşmemiştir. TCY.nın 61. maddesinin son fıkrası nazara alınarak, sanığın engel hal olmadan vazgeçtiği zamana kadar olan eyleminin suç teşkil etmesi halinde, bu suçtan cezalandırılmasına karar verilmelidir”.<sup>51</sup>

“2863 sayılı Yasanın 74. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen suçun oluşması için ruhsatsız kazının aynı yasa kapsamında bulunan kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak genel kastıyla yapılmasının gerekli olduğu ve definenin elde edilmesi veya araştırmanın yapıldığı yerde definenin mevcut olmasının şart olmadığı, sanığın beyanına göre olay tarihinde 60 cm. derinliğinde yaptığı kazının define elde etmeye müsait aşamaya geldiği, bir şey bulamadığı ve yağın yağmur nedeniyle kazıya son verdiğinin iddia ve kabul olunması karşısında, suçun tamamlandığı gözetilmeden mahkûmiyeti yerine kazının yeterli derinliğe ulaşmadığı ve fiilden ihtiyariyle vazgeçtiğinden bahisle beraatine hükmolunması kanuna aykırıdır”<sup>52</sup>

“Sanığın hırsızlık kastıyla gündüzleyin müştekinin evine girip bir şey almadan kendi ihtiyariyle eyleminden vazgeçip bahçeye çıktığında yakalandığının anlaşılmasına ve vazgeçmenin aradığını bulamamaktan ileri geldiğine ilişkin delil elde edilememesine göre, olayda TCK.nun 61/son maddesinin uygulama olanağı olup olmadığının araştırmasız bırakılması

50 CGK, 27.06.2000, 6-113/138 (Akt; Parlar ve Hatipoğlu, s.410).

51 CGK, 16.12.1991, 5-334/358(Akt; Meşe Yazılım İçtihat Bankası).

52 11.CD, 22.11.2004, 13238/8565 (Akt; Bakıcı, S.824)

kanuna aykırıdır”.<sup>53</sup>

“Sanığın, 80 yaşlarında olan mağdurenin altınlarını gasbetmek amacıyla, boynuna sıkarak icra hareketlerine başladıktan sonra, eylemine devam etme imkanına sahip olduğu halde gönüllü olarak vazgeçtiği, 2.3.1989 tarihinde Cumhuriyet Savcısına verdiği ifade ve dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılması nedeni ile, TCK.nun 61/son maddesi göz önünde tutularak, o ana kadar gerçekleşen müessir fiilde bulunmak suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, eyleminin gasp amacıyla öldürmeye eksik teşebbüs olarak nitelendirilerek yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır”.<sup>54</sup>

Bütün bu içtihatlardan sonra gönüllülükten ne anlaşılması gerektiği hususunu bir kaç cümle ile tekrar istersek şunu söylemek yeterli olacaktır. Fail kendi kararı üzerinde hakimiyeti devam ederken fiilin gerçekleştirilmesini sona erdirmişse buradaki vazgeçme gönüllüdür. Eğer kişinin iradesini zorlayan bir sebep dolayısıyla vazgeçilmişse buradaki vazgeçme gönüllü değildir. Yani şu formülasyonun sonucuna fail tarafından ulaşıldığı durumlarda vazgeçme gönüllüdür. “Hedefe ulaşma, suçu gerçekleştirme imkanım olmasına rağmen gerçekleştirmiyorum.”<sup>55</sup> Burada son olarak belirtmek gerekir ki Alman Mahkeme kararlarında gönüllü vazgeçme üzerinde eğer herhangi bir şüphe gerçekleşirse bu failin lehine yorumlanmakta ve fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalandırılmaktadır.<sup>56</sup> Yine Alman Mahkemeleri şu durumları, “Mağdurun daha sonra cinsel ilişkiye gireceği sözü üzerine tecavüzden vazgeçilmesini, Cesaretsizlik dolayısıyla fiilden vazgeçilmesini, Failin genel olarak cezalandırılmadan korktuğu için fiili sona erdirmesini, Heyecan dolayısıyla fiilin sona erdirilmesini, 3. kişinin telkinleri sonucu suçu tamamlamaktan vazgeçilmesini, Suçun bir miktar vicdan azabından bir miktarda cezalandırılmaktan korkulması dolayısıyla son verilmesini, Mağdurun hiç kimsenin duyma olanağı olmamasına rağmen bağırması sebebiyle vazgeçilmesini, utanma duygusu dolayısıyla vazgeçilmesini” gönüllü vazgeçme kurumu içerisinde değerlendirmektedir.<sup>57</sup>

Aşağıdaki durumlarda ise yine Alman Mahkemeleri vazgeçmeyi gönüllü vazgeçme kabul etmemektedir. Failin fiilin rizikosunu yeni koşullar ışığında artık temsil edebilir bulmaması, Fiilin rizikosunun dikkat çekici oranda

53 11.CD, 4.7.1997, 3574/3796 (Akt; Meşe Yazılım İctihat Bankası)

54 1.CD, 05.12.1989, 2970/3430 (Akt; Erol, S.579)

55 Alman hukuk çevrelerinde bu formülasyon Frank Formülü olarak adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Roxin, AT, S. 638. Kn. 431.

56 Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden Baden 2009, S. 439., Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, S. 218.

57 Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, S. 218

yükselmesi, Failin rizikoyu göze almak istememesi ya da içsel koşullar yüzünden suçun tamamlanmasının, Failin psikolojik korku dolayısıyla içerisine girmiş olduğu şokun etkisinde fiili tamamlayamamasını, Failin suçun tamamlanmasını öznel açıdan imkansız görmesi, Suç mahalinin aniden aydınlanması dolayısıyla yakalanma rizikosunun artmasını, Olay yerinde aniden 3. kişinin belirlenmesini, icra hareketlerinin tamamlanmasının failin imkansız olduğunu düşünmesi.<sup>58</sup>

**4. Failin suçun tamamlanması veya neticenin gerçekleşmesini önleme konusunda ciddi çaba göstermiş olması ve bu sayede suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemiş olması gerekir.**

Suçun tamamlanmamasının veya sonucun gerçekleşmesinin önlenmesi şeklindeki gönüllü vazgeçmede faile ceza verilmemesi için, failin sadece suç işleme kararından vazgeçmesi yetmez, ayrıca suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemiş olması da gerekir.<sup>59</sup> Fail suçun tamamlanmasını önlemek için ciddi bir çaba göstermelidir. Göstermelik çabalar halinde bu hüküm uygulanmaz. Ciddi çaba, olaysal olarak değerlendirilmelidir.<sup>60</sup> Ancak bugün için özellikle Alman hukuk çevrelerinde ciddi çabanın ölçüleri belirlenirken fail tarafından bilinen bütün kurtarma imkanlarının gerçek anlamda tüketilmesi aranmaktadır. Özellikle insan yaşamının söz konusu olduğu durumlarda çabanın ciddiliği en üst düzeyde aranmaktadır.<sup>61</sup> Bu çaba öznel bir çaba olmalıdır ve suçun tamamlanmamasını hedeflemelidir.<sup>62</sup>

Gönüllü vazgeçmede faile ceza verilmemesi için, failin sadece suç işleme kararından vazgeçmiş olması yeterli olmayıp ayrıca suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini kendi davranışları ile önlemiş olması gerekir. Örneğin bir kişiyi zehirleyen kimse, daha sonra zehrin etkisini giderecek ilaçları içirmesine rağmen ölüm sonucu meydana gelmişse; adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak bu durumda hâkim, sonucun gerçekleşmesini önleme amacıyla gösterilen çabayı göz önüne alarak Türk Ceza Kanunu m.62 hükmünde öngörülen takdiri hafifletici nedeni uygulayabilecektir.<sup>63</sup> İhmal suçlarında da gönüllü vazgeçme mümkündür. Ancak bu durumda fail suçun tamamlanmasını önlemek için ciddi ve aktif bir

58 Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, S. 218.

59 Toroslu, S. 268.

60 Bakıcı, S.817.

61 Kindhäuser, Allgemeiner Teil, S.259.

62 Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, S. 218.

63 Toroslu, S.268



çaba göstermelidir.<sup>64</sup>

#### IV- İŞTİRAKAÇISINDAN GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

İştirak halinde gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri 5237 sayılı TCK gönüllü vazgeçmeye ilişkin başlık altında düzenlenmiştir. Bu konudaki düzenlemeler kanunun iştirakle ilgili bölümünün altında yapılmıştır. Bu yönüyle kanun koyucu farklı bir sistematik anlayış benimsemiştir.

Yukarıda değindiğimiz üzere; gönüllü vazgeçme, izlenen ceza siyasetinin gereği olarak cezalandırılmamaktadır. Gönüllü vazgeçme bir şahsi cezasızlık sebebi olup bu durumun bir sonucu olarak da vazgeçen failin cezalandırılmamasına karşın, diğer şeriklerin cezalandırılmasına bir engel bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanunu m.41'de de açıkça “İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır” düzenlemesine yer verilmiştir. İştirak halinde; gönüllü vazgeçme, sadece hareketi ile suçun icra hareketlerinin tamamlanmasına veya neticenin ortaya çıkmasına engel olan şerik hakkında uygulanır. Ancak tabii ki hareketinin nedensellik değerini ortadan kaldırmayan şerik, gönüllü vazgeçmeden yararlanamaz.<sup>65</sup> Örneğin iştirak halinde hırsızlık suçunun işlenmesinde, gözcülük görevini üstlenen kişinin sonra pişman olarak kimseye haber vermeden olay yerini terk etmesi, gönüllü vazgeçme olarak nitelendirilemez, ancak hırsızlık suçunun icra hareketlerinin tamamlanmasına veya neticenin ortaya çıkmasına engel olması halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir.<sup>66</sup>

İştirak halinde işlenen suçlarda vazgeçen fail m.41 gereği cezalandırılmayacak, ancak diğer şerikler teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir. TCK m.41/2 gereğince; suçun, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayret dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması veya gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır. Hiç şüphesiz İştirak durumunda bütün şerikler bir araya gelerek gönüllü vazgeçmeyi gerçekleştirirlerse hep beraber gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanacaklardır.<sup>67</sup>

Öğretide iştirak halinde işlenen suçlarda vazgeçen şeriğin sıfatına göre şu değerlendirmelere yer verilmiştir:<sup>68</sup>

Yardım eden, asıl fail icra hareketlerine başlamadan vazgeçmişse ve o ana

64 Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, S. 210.

65 Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, S. 297.

66 Öztürk/Erdem /Özbek, S.178.

67 Kindhäuser, AT, S. 260.

68 Demirbaş, S. 419.



kadar yaptığı etkiyi ortadan kaldırmışsa sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Örneğin yardım eden, asıl faile vermiş olduğu silahı ondan geri almışsa veya yardım eden manevi fail olarak asıl faili teşvik eden şerik, yaptığı teşvikin illi değerini ortadan kaldırmışsa gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Yardım edenin illi değer taşıyan hareketlerinin etkisini önceden bertaraf etmemiş olmakla birlikte, asıl failin icra hareketlerine başlamasından sonra vazgeçmesi ve icra hareketlerinin tamamlanmasına engel olması halinde de, gönüllü vazgeçmeden bahsedilir. Bu durumda yardım eden sorumlu olmaz. Örneğin asıl faile silah temin eden maddi yardım eden şerik silahını asıl failden geri alamayıp durumu polise haber vermesi suretiyle, asıl failin icra hareketlerini tamamlamasına engel olursa gönüllü vazgeçmeden yararlanacaktır.

### SONUÇ

5237 Sayılı kanun Gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri esaslı değişikliklere uğratmıştır. TCK'da gönüllü vazgeçme ceza kanunun genel hükümlerinde düzenlendiği için bütün suçlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Bu yönüyle de gönüllü vazgeçme aktif pişmanlıktan ayrılmaktadır. Gönüllü vazgeçmede teşebbüs edilen suç bakımından tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur unsurları hali hazırda gerçekleşmiştir. Ancak ceza siyaseti tercihleri dolayısıyla gönüllü vazgeçen faile işlemeyi kastettiği suç bakımından herhangi bir ceza verilmemektedir. Bu yönüyle de gönüllü vazgeçme cezayı kaldırıcı şahsi bir sebep olarak değerlendirilmektedir.<sup>69</sup> Vazgeçme teşebbüsü oluşturan icra hareketlerinden sonra gerçekleşen, teşebbüs aşamasındaki haksızlığın unsurlarını ve bu haksızlıkla ilgili olarak failin kusurluluğunu etkilememektedir, sadece varlığı halinde teşebbüs aşamasındaki haksızlıkla ilgili cezai sorumluluğa etki etmektedir.<sup>70</sup>

### KAYNAKÇA

**Artuk, Mehmet Emin ve Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, Caner,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B., Ankara 2007.

**Bakıcı, Sedat,** 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2.B., Ankara 2008.

**Centel/Zafer/Çakmut,** Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005.

69 Jescheck-Weigend. Lehrbuch des Strafrechts, S. 548. Ancak azınlıkta olmakla beraber özellikle Alman doktrininde gönüllü vazgeçmeyi kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendiren yayınlarla karşılaşmak mümkündür. Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 426.

70 Koca- Üzülmüş, S. 402.

- Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.B., Ankara 2007.
- Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.I, 14.B., İstanbul 1997.
- Hafizoğulları-Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- Erol, Haydar**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.
- Fischer, Thomas**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2009.
- Gündel, Ahmet**, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.I., Ankara, 2009.
- İçel, Kayıhan ve Evik, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4.B., İstanbul 2007.
- Jescheck-Weigend**, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeinet Teil (AT), Berlin 1996.
- Kindhäuser, Urs**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden Baden 2009.
- Koca-Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010,
- Malkoç, İsmail**, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, C.I, Ankara 2007.
- Meşe Yazılım İçtihat Bankası**
- Özbek, Veli Özer**, Türk Ceza Kanunu İzmir Şerhi, C.I, 3.B., Ankara 2006.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B., Ankara 2008.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.
- Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa ve Özbek, Veli Özer**, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 1998.
- Parlar, Ali ve Hatipoğlu, Muzaffer**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, Ankara, 2007.
- Roxin, Claus**, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2006.
- Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.
- Toroslul, Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 13. B., Ankara 2009.



---

ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN BİR KARARIN KABULÜNDE  
ARANAN NİTELİKLİ ÇOĞUNLUK O KARARIN GÖRÜŞMELERİNE  
GEÇİLMESİ İÇİN DE ŞART MIDIR?

---

Yrd. Doç. Dr. ÖMER KESİNSOY\*

\* Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi



## I. GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası bakımından, toplantı yeter sayısı olarak TBMM üye tamsayısının 1/3'ü, kabul yeter sayısı olarak ise üye tamsayısının 1/4'ünün 1 fazlasından az olmamak kaydıyla toplantıya katılanların salt çoğunluğunun oyunun elde edilmiş olması yeterli görülmüştür.

Ancak anayasa değişikliklerinin kabulü, TBMM Başkanının seçimi, Yüce Divana sevk kararının verilmesi, gensoru önergesi vererek hükümetin veya bir bakanın düşürülmesi sonucunu doğuran kararın alınması, Kamu başdenetçisinin seçimi, Anayasa Mahkemesine ilk turda üye seçimi gibi bazı sınırlı sayıdaki kararların alınması için genel kabul yeter sayısından farklı olarak, nitelikli çoğunluğa ulaşılması şarttır.

Acaba, bu kararların alınmasında aranan özel çoğunluk, bunların görüşülmesine ya da gündeme alınmalarına karar verilmesi için de gerekli olacak mıdır? Yani bir işleme ilk adımı atmak için bulunması gereken koşul, o işlemin tamamlanmasında da aranmalı mıdır? Ya da bir işleme başlama tasarrufunda bulunmayla o işlemi bitirme tasarrufunda bulunma aynı çoğunlukla mı mümkün olabilecektir? Eğer böyleyse, kanun koyucu neden aşağıda sınırlı sayıda ifade edilen hallerden bazılarının gündeme alınmasına

karar verilmesinde, bazılarının ise görüşmelerine geçilmesine karar verilmesinde farklı, ancak aynı şeyler bakımından sonlandırıcı kararların verilmesinde farklı çoğunluklar kabul etmiştir? Mesela, anayasa değişikliklerine dair kanunların değiştirilme usulünü düzenleyen Anayasa'nın 175 nci maddesinde, kabul bakımından nitelikli çoğunluk açıkça ifade edilmiş olmasına rağmen, değişiklik görüşmelerine geçilmesinde neden bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir? Kanun koycunun anayasa değişikliklerine dair kanunların sadece kabulünde nitelikli çoğunluğu düzenlemiş olması, bunların görüşmelerine geçilmesinde de aynı çoğunluğun zımnı olarak ifade edilmek istendiği anlamında değerlendirilebilecek midir? Böyleyse neden Kanun koyucu Anayasa değişikliklerine dair kanunların temel dayanağı olan, 175 nci maddede temel bir kural mahiyetinde olmak üzere, “anayasa değişikliklerinin her aşamasında üye tamsayısının en az 3/5'i aranır” gibi bir düzenleme tarzını tercih etmemiştir?

Bu çalışmada, yukarıda ifade edilenler çerçevesinde, ancak nitelikli çoğunlukla kabulü mümkün olan kararlar ya da kanunlar bakımından mevzubahis çoğunluğun bunların görüşmelerine veya gündeme alınmalarına karar verilebilmesi için de aranıp aranmayacağı konusu ele alınacaktır.

## II. 1982 ANAYASASINA GÖRE TOPLANTI YETER SAYISI

Anayasa'nın 96 ncı maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre; “Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının<sup>1</sup> en az üçte biri ile toplanır”. Bu hüküm uyarınca, toplantı yeter sayısı bakımından istisnai mahiyetteki hallerin saklı olabileceği yorumlarının, hakeza çıkarımlarının önünün kapatıldığı sonucuna ulaşılabilir. 2007 yılında Cumhurbaşkanı'nın TBMM tarafından seçimi süreci biraz önce aktarılan hükmün değiştirilmesiyle sonuçlanmıştır. Cumhurbaşkanı'nın seçilmesinde aranan oy oranının seçim için yapılan toplantıda da aranması gerektiği yönünde ileri sürülen görüşlerin kabul görmesi ve TBMM'nin Cumhurbaşkanı'nı seçmeye yönelik işlemlerinin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesiyle seçim süreci tıkanma noktasına gelmişti. Bu süreci anayasa değişikliklerinin gündeme gelmesi ve seçimlerin yenilenmesi kararları takip etmiştir. Söz konusu tıkanıklığın giderilmesi amacıyla, Anayasa'da bazı değişiklikler

1 TBMM İçtüzüğü m. 2/te göre: “Üye tamsayısı beşyüzdür. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinde boşalma olması üye tamsayısını değiştirmez”. Bu anlamda üye tamsayısı denilince her zaman beşyüzelli milletvekili üzerinden hesaplama yapılır. Ayrıca İçtüzüğün 146. maddesine göre toplantıya katılıp da oy kullanmayanlar da toplantı yeter sayısının tespitinde dikkate alınır. Zaten doktrinde de bu konuda fikir birliği mevcuttur. Farklı yöndeki bir görüş için bkz. TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 8. Baskı, İstanbul 2003, s. 46.

yapılmıştır. Bu değişiklikler arasında toplantı yeter sayısını düzenleyen 94 ncü madde de yer almış ve ifade edildiği üzere toplantı yeter sayısı bakımından istisnai bir sayının olmadığını ifade etmeye matuf değişiklik yapılmıştır.

### **III. 1982 ANAYASASINA GÖRE KARAR YETER SAYISI**

Anayasa'nın 96 ncı maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesine göre; “Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz”. Toplantı yeter sayısı ile ilgili hükümden farklı olarak, karar yeter sayısı bakımından, değişik karar yeter sayılarının olabileceğini ifade eden bir düzenleme tarzının tercih edildiği çok açıktır.

### **IV. 1982 ANAYASASINA GÖRE NİTELİKLİ ÇOĞUNLUKLA KARARLANABİLECEK DURUMLAR**

1. Anayasanın 74 ncü maddesinin beşinci fıkrasına göre; “Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur”.

2. Anayasanın 84 ncü maddesinin son fıkrasına göre; Meclis çalışmalarına özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim günü katılmayan milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, durumun Meclis Başkanlık Divanınca tespit edilmesi üzerine, Genel Kurulca üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla karar verilebilir.

3. Anayasanın 87 nci maddesine göre; “...Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar verme” yetkine sahiptir.

4. Anayasanın 94 ncü maddesinin dördüncü fıkrasına göre; “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkan adayları, Meclis üyeleri içinden, Meclisin toplandığı günden itibaren beş gün içinde, Başkanlık Divanına bildirilir, Başkan seçimi gizli oyla yapılır. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan üye, Başkan seçilmiş olur. Başkan



- seçimi, aday gösterme süresinin bitiminden itibaren, beş gün içinde tamamlanır”.
5. Anayasanın 99 ncı maddesinin beşinci fıkrasına göre; “Bakanlar Kurulunun veya bir bakanın düşürülebilmesi, üye tamsayısının salt çoğunluğuyla olur; oylamada yalnız güvensizlik oyları sayılır”.
  6. Anayasanın 100 ncü maddesinin dördüncü fıkrasına göre; “Yüce Divana sevk kararı ancak üye tamsayısının salt çoğunluğunun gizli oyuyla alınır”.
  7. Anayasanın 146 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına göre; “Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur”.
  8. Anayasanın 175 nci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarına göre; “Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanır. Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoymasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmî Gazetede yayımlanır”.

## **V. NİTELİKLİ KABULÜN ARANDIĞI HALLERDE GÖRÜŞMELERE GEÇME VEYA GÜNDEME ALMA KARARI İÇİN DE AYNI ÇOĞUNLUĞUN GEREKİP GEREKMEDİĞİ SORUNU**

Doktrinde, özellikle anayasa değişikliklerine dair kanunlarla alakalı olmak üzere, bunların kabulünde aranan nitelikli çoğunluğun, görüşmelerine geçilmesinde de aranması gerektiği azımsanamayacak sayıda bilim adamı tarafından savunulmaktadır.<sup>2</sup> Buna göre, anayasa değişikliklerinin kabulü için bulunması gereken asgari oy oranı olan TBMM üye tamsayısının 3/5'ine

tekbül eden 330 sayısının, bunların görüşmelerine geçilmesine karar verilmesi için de aranması gerekir.

Oysa bahse konu görüşte olan bilim adamlarından bazılarına göre, anayasa değişikliklerine dair kanunların teklifi için şart olan TBMM üye tamsayısının üçte biri, görüşmelere geçilmesine karar verilmesi bakımından şart değildir.<sup>3</sup> Benzer başka bir konuda olmak üzere; Cumhurbaşkanının 2007 yılında TBMM tarafından seçilmesi sürecinde baş gösteren kriz hakkında, Cumhurbaşkanının ilk iki turda seçiminde aranan 2/3 (367) kabul oyunun bu sebeple yapılacak toplantı bakımından aranmayacağı yine aynı görüşte olanların bazıları tarafından ileri sürülmüştür.<sup>4</sup> Anayasa değişikliklerini düzenleyen anayasanın 175 inci maddesine göre ise, anayasa değişikliklerinin sadece kabulünde nitelikli çoğunluk aranacağı ifade edilmiştir.<sup>5</sup>

## VI. SONUÇ

Kabullerinde özel çoğunluk aranan TBMM işlemlerinin her biri için geçerli olmak üzere bunların görüşmelerine ya da gündeme alınmalarına karar verilmesi için de aynı çoğunluğun gerekliliği kanaatine katılmıyoruz. Çünkü yukarıda sayılan ve kabulleri özel çoğunluğu gerektiren hallerin tümünde, nitelikli çoğunluğu gerektiren sınırlı sayıdaki hallerin sonuçlarıyla bunların görüşülmesine geçilmesinin ve reddinin doğurduğu sonuçların aynı olmadığı kuşkusuzdur.

Şöyle ki, örneğin meclis soruşturması önergesinin gündeme alınmasına karar verilmesi, bu yolun işletilmesinin muhatabı bakımından onun Yüce Divana sevk edilerek yargılanması sonucunu doğurmaz. Bu sadece sürecin, muhatabı bakımından lehine, aynı şekilde aleyhine hangi sonucun doğacağını tespitine yönelik bir aşamadan ibarettir. Oysa Yüce Divana sevk kararı, muhatabı bakımından onun yargılanması yönünde TBMM iradesinin tecelli ettiğini gösteren ve artık bu boyutuyla TBMM'nin uhdesinden çıkarak hukuki başka bir sürecin tahakkukuna yönelik bir tasarruftur. Bu bağlamda mesela, meclis soruşturması yolunun işletilmesi sonucu bir bakanın Yüce Divana sevk

2 ONAR, Erdal: 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993, s. 103, 104; ONAR, Erdal: “1982 Anayasasının 5678 sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler”, Yetkin Yayınları, Armağan (Prof. Dr. Ergün Özbudun'a), Ankara 2008, s. 530, 531; EROĞUL, Cem: “Anayasa Değişikliği Önerisinde Değişiklik Yapılması”, Ankara Üniversitesi S.B.F. Dergisi, S. 64, C. I, s. 102.

3 GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 5. Baskı, Bursa 2008, s. 598; GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, 1. Baskı, Bursa 2001, s. 984-991.

4 GÖZLER, Kemal: “Cumhurbaşkanının Seçimi Konusunda Bir Açıklama”, Türkiye Günlüğü, S. 89, s. 17; GÖZLER, Kemal: “Hukukun Siyasetle İmtihanı Kim Sınıfta Kaldı?”, Türkiye Günlüğü, S. 89, s. 6.

5 AKAD, Mehmet DİNÇKOL, Abdullah: Gerekçeli İçtihatlı 1982 Anayasası, Alkım Kitapçılık, İstanbul 1998, s. 726.

edilmesi için aranan üye tamsayısının salt çoğunluğu, önerge gereği soruşturma açılmasına karar verilmesi için de aranacak mıdır? Anayasanın 100 üncü maddesinin ilk fıkrasına göre; “Başbakan veya bakanlar hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az onda birinin vereceği önerge ile, soruşturma açılması istenebilir. Meclis, bu istemi en geç bir ay içinde görüşür ve gizli oyla karara bağlar”. Zikredilen fıkra, soruşturması açılması için özel bir çoğunluktan söz edilmemektedir. Bu durumda, Anayasanın 96 ıncı maddesi uyarınca, meclis soruşturması açılması için, toplantıya katılanların, TBMM üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olmamak kaydıyla, salt çoğunluğunun oyunun elde edilmiş olması yeterlidir. Oysa Anayasanın 100 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesine göre ise; “Yüce Divana sevk kararı ancak üye tamsayısının salt çoğunluğunun gizli oyuyla alınır”. Aynısı, Meclis soruşturmasının düzenlendiği TBMM İçtüzüğü m.107-113 madde aralığından da düzenlenmiştir. Tüm bunlar karşısında, meclis soruşturmasının TBMM tarafından işletilmesi suretiyle Yüce Divana sevk kararının verilmesindeki üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyunun bulunması zorunluluğunun, acaba meclis soruşturması açılmasına karar verilemesinde de aramak mümkün olabilecek midir? Verilecek cevap mutlak surette hayır olmalıdır. Çünkü Anayasanın 96 ncı maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesine göre; “Türkiye Büyük Millet Meclisi, *Anayasada başkaca bir hüküm yoksa* toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz”. Bu kadar açık bir hüküm karşısında çıkarım yaparak farklı bir sonuca ulaşılabilir mi?

Aynı şekilde af kanunlarının kabulünde aranan 330 olumlu oy, af kanunlarının görüşmelerine geçilmesine karar verilmesi için aranacak mıdır? Anayasanın 87 nci maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik uyarınca; “Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek” yetkisi bakımından özel çoğunluk şartı getirilmiştir. Oysa ne Anayasada ne İçtüzükte bunların görüşmelerine geçilmesi için ya da görüşmelerine geçilmesinin reddi için özel bir çoğunluk arandığına ilişkim bir düzenleme yoktur. Ayrıca, Af kanunlarının görüşmelerine geçilmesi için özel bir çoğunluğun gerektiği hususu, ne Kanun tasarı ve tekliflerinin Genel Kurulda görüşülmesini genel olarak düzenleyen İçtüzüğün 81 nci maddesinde ne de af kanunlarının düzenleyen 92 inci maddede belirtilmiştir. Meclis soruşturması bakımından ifade edilenlerin bu

durmda da geçerli olmasından başka seçenek kalmamaktadır.

Gensoru önergesi sonucu hükümetin düşürülmesi için aranan üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu, gensorunun görüşülmesine geçilmesi için de gerekir mi? Anayasanın 99 uncu maddesinin 5 nci fıkrasına göre, “Bakanlar Kurulunun veya bir bakanın düşürülebilmesi, üye tamsayısının salt çoğunluğuyla olur; oylamada yalnız güvensizlik oyları sayılır”. Anayasanın 99 uncu maddesinde de, gensoruda usulü düzenleyen İttüzüğün 106 ncı maddesinde de gensorunun görüşmelerine geçilmesi için özel bir çoğunluğun aranacağı belirtilmiş değildir.

Anayasa değişikliklerine dair kanunların asgari kabul yetersayısı olarak Anayasanın 175 nci maddesinde dayanağı olan TBMM üye tamsayısının 3/5'ine tekabül eden sayı, anayasa değişikliklerinin görüşmelerine geçilmesine karar verilmesi için de bulunmalı mıdır? Bunun gibi, şu soruyu sormak da mümkündür. Anayasa değişikliklerinin görüşmelerine geçilmesine karar verilmesiyle, anayasada değişiklik yapan bir maddenin ya da anayasa değişikliklerine dair kanunun tümünün kabulü aynı hukuki sonuçları mı doğurmaktadır? Elbette ki hayır. Benzer başka bir açıdan bakıldığında, Anayasanın 175 nci maddesine göre, anayasa değişikliklerinin kabulü gizli oyla olması gerekir. Bu cümleden olarak, aynı şeyi anayasa değişikliklerine geçilmesine karar verilmesine de teşmil etmek mümkün müdür? Yani TBMM'nin anayasa değişiklikleri hakkındaki kanunun görüşmelerine geçilmesine karar vermesi de gizli oyla mı olacaktır? Verilecek cevap hayır olmalıdır. Anayasa değişiklikleri hakkındaki kanunun görüşmelerine geçilmesine TBMM uygulamalarında gizli oyla karar verilmemektedir. Çünkü TBMM İttüzüğünün 140 ncı maddesinin ilk fıkrasındaki hüküm bu durumu çok açık olarak şu şekilde ifade etmektedir: “Anayasada, kanunlarda ve İttüzükte açık veya gizli oylama yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmeyen bütün hususlarda kaide olarak işaret oyuna başvurulur”. Başka bir zaviyeden olayı ele alarak, anayasa değişikliklerine dair kanunların görüşmelerine geçilmesi için eğer bunların kabulü bakımından aranan asgari sayı olan TBMM üye tamsayısının 3/5'ine denk gelen 330 gerekiyor ise, acaba görüşmelere geçilmesinin reddi için de aynı çoğunluk mu gerekecektir? Benzer şekilde, Anayasa değişikliklerinin kabulünde aranan asgari karar yeter sayısı reddinde de aranmalı mıdır? Sorulan soruların olumlu kısımlarıyla alakalı TBMM tasarruflarıyla olumsuz kısımları bakımından söz konusu olacak TBMM tasarrufları aynı olmadığı için, soruların tümü için geçerli olmak üzere

verilecek cevap hayır olması gerekir. Nasıl ki, anayasa değişikliğine dair kanunun veya maddelerinin görüşülmesine geçilmesi için anayasanın değiştirilmesindeki nitelikli çoğunluğun değil, basit karar yeter sayısının varlığı kâfi ise, aynı şekilde anayasa değişikliği tekliflerinin veya maddelerinin görüşmelerine geçilmesinin reddedilmiş sayılması için de basit çoğunluk kâfidir. Ne var ki, Anayasa değişikliklerinin kabulündeki asgari kabul yeter sayısı reddinde aranmaz. Çünkü Anayasa değişikliklerinin görüşülmesine geçilmesinin kabulü veya reddi üçüncü kişiler bakımından bir sonuç doğurucu boyut göstermediği halde, Anayasa değişikliklerinin kabulünden farklı olarak, reddi üçüncü kişiler bakımından sonuç doğurucu boyut göstermediğinden bunların reddindeki kabul yeter sayısı kabullerindeki sayıyla aynı olması gerekmez. Şimdiye kadar ifade edilenlerin tamamı, Meclis Başkanının, kamu başdenetçisinin seçiminde, TBMM tarafından Anayasa Mahkemesine seçilecek üyelerin belirlenmesinde ve diğer özel kabul yetersayısı gerektiren haller için de geçerlidir.

Nitelikli çoğunluğun arandığı hallerin istisnai olduğu, bu bağlamda, hukukta istisnalar dar yorumlanır kaidesinden hareketle, bunların genişletilmesi cihetine gidilmesinin yanlış olacağı, aksine bir durumun parlamenter karar alma mekanizmalarında da tikanıklıklara sebebiyet verebileceği, böyle bir sıkıntının en son 2007 Cumhurbaşkanı seçimiyle yaşandığı ve doktrinde tasvip edilmediği bunun yanı sıra anayasa değişikliğiyle sonuçlandığı noktalarından hareketle Anayasada sayılan sınırlı hallerin dışında ne toplantı ne de karar yetersayıları bakımından özel bir çoğunluğun gerekmediği kanaati kaçınılmaz hale gelmektedir.

#### **KAYNAKÇA**

**AKAD**, Mehmet **DİNÇKOL**, Abdullah: Gerekçeli İçtihatlı 1982 Anayasası, Alkım Kitapçılık, İstanbul 1998.

**EROĞUL**, Cem: “*Anayasa Değişikliği Önerisinde Değişiklik Yapılması*”, Ankara Üniversitesi S.B.F. Dergisi, S. 64, C. I.

**GÖZLER**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, 1. Baskı, Bursa 2001.

**GÖZLER**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 5. Baskı, Bursa 2008.

**GÖZLER**, Kemal: “*Cumhurbaşkanının Seçimi Konusunda Bir Açıklama*”, Türkiye Günlüğü, S. 89.

**GÖZLER, Kemal:** “*Hukukun Siyasetle İmtihanı Kim Sınıfta Kaldı?*”, **Türkiye Günlüğü**, S. 89.

**ONAR, Erdal:** 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993.

**ONAR, Erdal:** “*1982 Anayasasının 5678 sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler*”, Yetkin Yayınları, Armağan (Prof. Dr. Ergun Özbudun'a), Ankara 2008.

**TEZİÇ, Erdoğan:** Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 8. Bası, İstanbul 2003.



---

# AİLE KONUTU VE EV EŞYASINDA SAĞ KALAN EŞİN MÜLKİYET HAKKI (KONUSUNDA BİR DAVADA YAPILAN HATALAR)

---

PROF. DR. AHMET M. KILIÇOĞLU\*

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi





### **A) OLAYIN ÖZETİ**

1) BB'nin kocası NB, 18.5.2003 tarihinde vefat etmiştir.

2) Taraflar bu tarihe kadar aile konutu olarak İzmir İnciraltı Mahallesi Üçkuyular mevkiinde 347 pafta, 6128 ada ve 26 parselde kayıtlı bulunan Mithatpaşa Caddesi No. 1177 Kat. Daire 17 adresini kullanmışlardır.

3) NB'nin ölümü üzerine İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde 2003/111 E. sayılı tereke dosyası açılmıştır.

BB, tereke dosyasında ölen eşi NB'den kalan, yukarıda kayıt ve adres bilgileri verilen aile konutu üzerinde mülkiyet hakkını kullanmış, ancak bu talep diğer mirasçılar tarafından kabul edilmemiştir.

4) BB bu gelişme üzerine İzmir 11. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2004/72 E. sayılı dosya ile işbu inceleme konumuz olan “*aile konutuna ilişkin tapunun iptali ile kendi adına tescili*” için dava açmıştır. Bu davanın davalıları NB'nin diğer mirasçılarıdır.

5) Davalılar bu davaya karşı verdikleri esasa cevaplarında:

a) MK'un 652. maddesinin mağdur olan eşi korumak için getirildiğini;

B) Davacı Bilge Baklan'ın haklı sebepleri ve korunmayı haklı kılan bir

durumu bulunmadığını; zira davacı adına muris tarafından alınmış dayalı döşeli iki dairesinin bulunduğunu;

b) Davacının mirasbırakanın sağlığında banka hesaplarına ortak olduğunu ve hesapların müşterek hesaba dönüştürüldüğünü; miras bırakanın ayrıca iki dairesinin daha bulunduğunu, bu daireler için davacı tarafından İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde izale-i şuyu davası açıldığını;

c) Davacının mirasbırakanın sağlığında iyiniyet kurallarına aykırı olarak, ölümden bir ay önce Urla'daki bir yazlığını üzerine geçirdiğini, bunun Urla Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2003/279 E. sayılı tapu iptali davasına konu olduğunu; yine Kuşadası'nda bulunan diğer bir yazlığını da üzerine geçirdiğini, bunun da Kuşadası Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/659 E. sayılı dosyası ile tapu iptali davasına konu olduğunu; davacı BB'nin her iki taşınmazı da dayısının oğluna düşük bir bedel karşılığında devretmiş gözüktüğünü;

d) Davacının eşinin ölümü nedeniyle hayat standardının düşmediğini, daha rahat ve iyi şartlarla hayatını idame ettireceğinin açık olduğunu; haksız davanın reddi gerektiğini savunmuşlardır.

### **İNCELEME**

1) Mahkemece 07.06.2004 tarihli celsede dinlenen davacı tanıkları BB'nin eşi NB ile ölünceye kadar dava konusu aile konutunda yaşadıklarını, bu yaşantılarının 1984 yılından ölüm tarihine kadar devam ettiğini beyan etmişlerdir.

2) Mahkemece dinlenen davalı tanıkları ise, BB'nin oturduğu dava konusu daire dışında iki dairenin sahibi olduğunu, bu dairelere vaziyet ettiğini beyan etmişlerdir.

3) Davalılar vekilleri, 5.10.2004 tarihli ara kararı gereğince muris NB'den intikal eden taşınmazlar ve bunların kullanım durumlarıyla ilgili beyan dilekçelerinde, mirasbırakandan intikal eden iki taşınmazın satış yoluyla ortaklığının giderilmesi aşamasında olduğunu, bir taşınmazın 222.500.000.000 TL. bedelle satıldığını, ortaklığın giderildiğini beyan etmişlerdir.

4) Mahkemece tayin edilen bilirkişi 20.09.2004 tarihli raporunda dava konusu taşınmazın rayiç değerinin 160.000.000.000 TL. davacıya ait bir dairenin 60.000.000.000 TL.; diğer dairenin ise 85.000.000.000 TL. değerinde olduğunu belirlemiştir.

Rapora itirazlar üzerine tayin edilen üç kişilik bilirkişi heyeti 04.02.2005

tarihli raporlarında dava konusu taşınmazın dava tarihi itibarıyla değerinin 160.000.000.000 TL. olduğunu belirlemişlerdir.

5) Bu açıklamalardan mirasbırakanın banka bulunan paraları ile bir taşınmazın izale-i şuyu davası sonucu satıldığını, mirasçılar arasında taksim edildiği anlaşılmaktadır.

### DEĞERLENDİRME

Dava konusu uyuşmazlık,sağ kalan eşin ölen eşinin mülkiyetinde olan ve ölünceye kadar birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki mülkiyet hakkının kendisine devri isteminden kaynaklanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için önce 4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuzun konuya ilişkin olarak getirdiği yenilikler ve özellikle 652. maddesi üzerinde durmak, daha sonra inceleme konumuz olan olayla bu maddede öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini ele almak gerekir.

### 1) TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA AİLE KONUTU VE KONUT EŞYASI

Yeni 4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuz, eski 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi'nde olmayan “*aile konutu ve konut eşyası*” kurumlarını getirmiş ve bu konuyla ilgili önemli hükümlere yer vermiştir.

Yeni Türk Medeni Kanunu'nun hazırlanmasında da İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikler özellikle göz önünde tutulmuştur.

a) İsviçre Medeni Kanunu'nda 1984 yılında yapılan değişiklikle “*Evliliğin Genel Hükümleri*”nden “*eşlerin hukuksal işlemleri*” ile ilgili olarak 169. maddesinde aile konutu üzerinde eşlerin yapabileceği işlemler; “*Aile Birliğinin Korunması*” ile ilgili olarak eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri halinde aile konutu ve ev eşyasının hangi eşe tahsis edileceği ile ilgili olarak 176. maddesinde; edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesi halinde konut ve ev eşyasının sağ kalan eşe tahsisi ile ilgili olarak 219. maddesinde; yine mal ortaklığı rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesi halinde konut ve ev eşyasının sağ kalan eşe tahsisi ile ilgili 244. maddesinde; eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun,ölüm halinde konut ve ev eşyasının sağ kalan eşe tahsisine ilişkin 612/a maddesinde hükümler getirilmiştir.

b) Yeni Türk Medeni Kanunu'nun hazırlanması sırasında İsviçre Medeni Kanunu'nda sözünü ettiğimiz bu düzenlemeler ve maddeler olduğu gibi bize de alınmıştır.

Burada yasa koyucunun aile konutu ve ev eşyası konusu üzerinde bu denli

hassasiyetle durmasının ve buna ilişkin bu yeni düzenlemeleri getirmesinin nedenleri üzerinde durmak gerekir.

Aile konutu ve ev eşyası eşlerin yaşamlarında oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Eşler hayattayken birlikte yaşantılarını aile konutunda sürdürmüşler, ev eşyasını birlikte almışlar, birlikte zevklerini paylaşmışlar, bunları birlikte kullanmışlardır.

Konut insan yaşamında en önemli ihtiyaç alanıdır. Zira barınma insanın en temel ihtiyacıdır. Eşler yeni yaşamıza göre bu konutu birlikte (TMK.md.186), komşuları ve çevrelerini bu alanda oluştururlar, konutu yazışma ve buluşma adresi olarak kullanırlar. Kısacası eşlerin yaşantıları aile konutu ile bütünleşir, onların yaşantılarının ayrılmaz bir parçası haline dönüşür.

Aynı hususlar ev eşyası için de geçerlidir. Eşler çoğu kez ev eşyasını birlikte seçerler, bunları seçerken, aile konutunu esas alırlar, ona yakışan ve onunla uyumlu eşyaları seçmeye özen gösterirler.

Bütün bu açıklamalar aile konutu ve ev eşyasının insan ve eşlerin yaşamında ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Eşlerin yaşamında bu denli önemli olan aile konutu ve ev eşyası üzerinde tasarruflar, ayrı yaşama halinde bunların hangi eşe bırakılacağı, ayrılık veya boşanma davası açıldığında bu konuda karar verilmeye kadar bunlardan kimin yararlanacağı konuları önem taşımakta olup, yeni TMK'muz buna ilişkin bunlara ilişkin olarak yeni hükümler getirmiştir. Yeni 194. maddede aile konutunun kira konusu olması halinde, kiracı olmayan eşin rızası olmadan kira sözleşmesinin feshi, aile konutu bir eşin mülkiyetinde ise diğer eşin rızası olmadan malik olan eşin bunun üzerinde tasarruf işlemleri yapması yasaklanmıştır. Yine yeni 197. maddede eşlerin ayrı yaşamaya başlamaları halinde aile konutu ve ev eşyasından hangi eşin yararlanacağının hakim kararıyla belirlenmesi esası getirilmiştir.

Aile konutu ve ev eşyası ile ilgili bunlardan daha önemli bir başka konu vardır ki o da eşlerden birinin ölümü halinde, bunların kime kalacağı sorunudur.

Eski 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi döneminde eşlerden birinin ölümü halinde ölen eşe ait olan aile konutu ve ev eşyası tereke malları arasında yer almakta, sağ kalan eş bunlar üzerinde öncelikli bir ayni hak kullanma olanağına yer verilmemekte idi. Bunun sonucu olarak ölen eşe ait aile konutu ve ev eşyası diğer tereke malları arasında yer almakta, sağ kalan eş dışındaki diğer mirasçılar bunlar üzerinde tereke tespiti yaptırabilmekte, bunları gerektiğinde mühürletmekte, sağ kalan eşi kapı dışarı atabilmekte, bunların paylaşımında

çoğu zaman anlaşma sağlanamaması nedeniyle satış suretiyle miras ortaklığının giderilmesine karar verilmekte, sağ kalan eş aile konutunda dışarı atılmakta, ev eşyası da elinden alınmakta idi. Bu uygulamanın sonucu olarak sağ kalan eş,yıllarını ölen eşyle birlikte geçirdiği,anılarını paylaştığı,birlikte beğenerek aldığı evinden ve onun içini yine birlikte beğenerek döşediği ve kullandığı ev eşyasından yoksun bırakılabilmekte idi.

c) Yasa koyucu bu üzücü durumların önüne geçmek için, eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşe aile konutu ve ev eşyası üzerinde bir imtiyaz tanımıştır.Yeni Türk Medeni Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında komisyonda, İsviçre Medeni Kanunu'nun getirdiği düzenleme aynen benimsenmiştir.

Yasada bu konuyla ilgili incelememizi ilgilendiren iki önemli yeni maddeye verilmiştir.

aa) TMK. md. 240 edinilmiş mallara katılma rejimiyle ilgili olarak şu hükmü getirmiştir:

*“Sağ kalan eş,eski yaşantısını devam ettirebilmesi için,ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek,yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir;mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır.*

*Sağ kalan eş,aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.*

*Haklı sebeplerin varlığı halinde,sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya oturma hakkı yerine konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir”*

Bu madde ile ilgili gerekçelerde inceleme konumuz olan davayı ilgilendiren şu cümleler yer almaktadır:

*“Edinilmiş mallara katılma rejiminde,katılma alacağı istemi, ilke olarak belirli malların özgülenmesi hakkını kapsamaz.*

*Maddenin birinci fıkrasında buna bir istisna getirilmiş ve ölüm nedeniyle mal rejiminin tasfiyesi halinde sağ kalan eşe,o ana kadarki yaşantısını koruyabilmek amacıyla,ölen eşyle birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine,katılma alacağına mahsup edilmek üzere,bu yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteme imkanı getirilmiştir.Maddede eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle aksine düzenlemeleri yapabilecekleri öngörülmüştür.*

*Maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkradaki koşulların mevcudiyeti halinde sağ kalan eşe, ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını isteme yetkisini tanımıştır”.*

**TMK.md.240 hükmünün uygulanabilmesi için şu koşulların bulunması gerekir:**

- aaa) Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin bulunması.
- bbb) Eşlerden birinin ölümü
- ccc) Ölen eşin mülkiyetinde olan bir aile konutu ve ev eşyasının bulunması
- ddd) Sağ kalan eşin aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkını ,ya da haklı sebeplerle mülkiyet hakkını kullanması;aynı şekilde sağ kalan eşin ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkını kullanması.

eee) Sağ kalan eşin bu hakkını ölen eşinden olan katılma alacağına mahsuben kullanması.

bb) Eşlerden birinin ölümü halinde aile konutu ve ev eşyasıyla ilgili yeni TMK'muzun getirdiği önemli diğer bir düzenleme 652. maddesinde yer almaktadır.

TMK .md. 652 şu şekildedir:

*“Eşlerden birinin ölümü halinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa,sağ kalan eş,bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.*

*Haklı sebeplerin varlığı halinde,sağ kalan eşin veya mirasbırakanın diğer yasal mirasçılarından birinin istemi üzerine mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir”*

Bu maddenin gerekçesinde inceleme konumuz olan davayla ilgili şu önemli cümleler yer almaktadır:

*“...Bu maddeyle sağ kalan eşin korunması amacı güdülmektedir.Kaldı ki mal rejimiyle ilgili 240 ıncı maddede benzer bir hüküm mevcuttur.Burada sağ kalan eşe konut ve ev eşyasıyla ilgili olarak tanınmış olan mülkiyet ya da haklı sebeplerin varlığı halinde istem üzerine intifa ya da oturma hakkı tanınmasının olanağı getirilmektedir”*

**-TMK. md. 652 hükmünün uygulanabilmesi için aşağıdaki koşulların varlığı aranacaktır:**

- aaa) Eşlerden birinin ölümü
- bbb) Ölen eşin mülkiyetinde olan bir aile konutu veya ev eşyasının bulunması;

ccc) Sağ kalan eşin mirasçı olması;

ddd) Sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkını, ya da haklı sebeplerin varlığı halinde aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkını kullanması;

eee) Sağ kalan eşin bu hakkını miras hakkına mahsuben kullanmış olması (1).

## **2) SAĞ KALAN EŞE AİLE KONUTU VE EV EŞYASI ÜZERİNDE TANINMIŞ OLAN HAKKIN HUKUKSAL NİTELİĞİ:**

Gerek TMK. md. 240'ta gerekse TMK. md. 652'de sağ kalan eşe tanınmış olan mülkiyet ya da intifa ve oturma hakkının hukuksal niteliği konusunda yasada bir hüküm mevcut değildir.

Sağ kalan eşe tanınmış olan hak, ölene ait aile konutu ve ev eşyası üzerinde, diğer mirasçılara karşı yöneltilen bir irade açıklaması ile bir aynı hak bildirimidir. Bu bildirimle birlikte diğer mirasçılar, sağ kalan eşe bu aynı hakkı tanımak ve devretmek yükümlülüğü altına girmektedirler.

Bu özellikleri nedeniyle sağ kalan eşe tanınmış olan bu hak hukuksal niteliği itibariyle yasadan doğan bir alım (iştirâ) hakkıdır. Burada kurucu yenilik doğurucu bir hak söz konusudur. Buna göre sağ kalan eş aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynı hakkını kullandığını beyan ettiği anda, diğer mirasçılar ile sağ kalan eş arasında bir satım ilişkisi kurulmuş olur. Satım ilişkisinde sağ kalan eş, TMK. md. 652 gereğince bedel olarak mirasçılara, diğer miras hissesini devredecek, diğer mirasçılar ise aile konutu ve ev eşyasındaki mülkiyet (aile konutunda gerektiğinde intifa veya oturma) hakkını sağ kalan eşe devretme yükümlülüğü altına gireceklerdir. Diğer mirasçılar aile konutundaki mülkiyet hakkını tapudan sağ kalan eşe devretmedikleri takdirde, sağ kalan eş diğer mirasçılara karşı tapu iptali ve tescil davası açabilecektir (2).

## **3) DAVA KONUSU OLAYLA İLGİLİ DEĞERLENDİRME**

Yukarıdaki genel açıklamalardan sonra dava konusu olayımıza dönebiliriz:

a) BB'nin eşi NB 18.05.2003 tarihinde ölmüştür.

b) Ölen eşin geride sağ kalan eş dışında mirasçıları mevcuttur.

c) Ölen eşin geride dava konusu edilen aile konutu ve ev eşyalarının bulunduğu sabittir, bu konu uyuşmazlık konusu değildir.

d) Sağ kalan eş BB, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkını kullanmıştır.

Sağ kalan eş bu hakkını, İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde 2003/111 sayılı tereke dosyasında, tereke malları arasında yer alan aile konutu üzerinde mülkiyet hakkını kullandığını beyan etmiştir. Diğer mirasçılar bunun gereğini



yerine getirmedikleri için onların aleyhine inceleme konumuz olan İzmir 11. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2004/72 E. sayılı dosya ile tapu iptali ve tescil davası açmıştır.

Davalı olan mirasçılar davacının bu talebine karşı çıkmışlar, davanın reddini savunmuşlardır.

### **aa) OLAYIN GÖREVLİ MAHKEME YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Davacı olan sağ kalan eş BB, ölen eşinden kalan aile konutu üzerinde mülkiyet hakkını TMK.md.652 hükmüne dayanarak kullanmıştır.

Sağ kalan eş BB, aile konutu üzerindeki mülkiyet hakkını TMK. md. 240 hükmüne göre kullanmamıştır.

Bilindiği üzere 4721 sayılı TMK.'muz 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu kanunun uygulanmasına ilişkin 4722 sayılı Kanun'un 10 maddesi, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte evli olan kişiler için bir yıllık bir süre içinde bir seçim hakkı tanımıştır.Bu süre içinde eşler diledikleri takdirde mal ayrılığı rejimi sözleşmesi yapabileceklerdir. Bu seçimlerini kullanmadıkları takdirde 10 madde gereğince eşler arasında 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren “*edinilmiş mallara katılma rejimi*” uygulanacaktır.

Olayımızda eşler BB ve NB, 4722 sayılı Kanunu'nun 10. maddesi gereğince mal ayrılığı rejimi sözleşmesi yapmadıklarına göre aralarında 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren yasal mal rejimi olan “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi” geçerlidir.

NB 18.05.2003 tarihinde öldüğüne göre,s ağ kalan eş BB, isteseydi, TMK. md. 240 hükmü gereğince aile konutu üzerinde kendisine katılma alacağına mahsuben de mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilirdi.

BB,talebini ve seçimini TMK .md. 652 hükmüne dayandırdığına göre olayın bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair 4787 sayılı Kanun'un 4. maddesi 1. bendinde bu mahkemelerin Türk Medeni Kanunu'nun üçüncü kısım hariç olmak üzeri ikinci kitabına göre aile hukukundan doğan dava ve işlere bakacağı öngörmüştür.

Davacı taraf, aile konutu üzerindeki mülkiyet hakkını TMK. md. 652 hükmüne dayandırmıştır. TMK. md. 652 hükmü, 4722 sayılı Kanun'un 4 maddesinin 1. bendinde sözü edilen İkinci Kitap'ta değil Üçüncü Kitap'ta yer almaktadır.(3)

Bunun sonucu olarak işbu davaya Aile Mahkemeleri değil, genel

mahkemeler bakmakla görevlidir.

Bu durumda davaya sulh hukuk mahkemeleri mi yoksa asliye hukuk mahkemeleri mi bakmalıdır sorusu gündeme gelir.

HUMK'muz sulh hukuk mahkemelerinin görevleri arasında “*aile konutunun özgülenmesi*” davası yer almamaktadır (HUMK.md.8). Ancak ortaklığın giderilmesi davaları sulh hukuk mahkemelerinin görevleri arasındadır (HUMK.md. 8 b.2).

Aile konutunun maliki olan eşin ölümü üzerine “*ortaklığın giderilmesi davası*” (miras ortaklığının tasfiyesi) davası açılmışsa, sağ kalan eşin talebi halinde sulh hukuk mahkemesinin aile konutunun ona özgülenmesine da karar verebileceği kanısındayım. Sağ kalan eş ortaklığın giderilmesi davası açmamış veya diğer mirasçılar tarafından açılan davada böyle bir talepte bulunmamışsa, aile konutunun özgülenmesi davasını asliye hukuk mahkemesinde açmalıdır.

#### **bb) OLAYIN ESASAÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

TMK. md. 652 hükmünün uygulanma koşullarını yukarıda özetlemiş bulunmaktayız.

Bu koşulların dava konusu olayda mevcut olup olmadığını tek tek ele alalım:  
aaa) Evlilik ölüm ile son bulmuştur.

TMK. md. 652 aile konutunun maliki olan eşin ölümü halinde uygulanabilen bir maddedir. Ölüm gerçekleşmediği sürece diğer eşin aile konutunun kendisine özgülenmesini talep etme yetkisi yoktur. Aile konutunun maliki olmayan eş, malik olan eşin sağlığında ancak TMK.md.194 hükmü gereğince aile konutunun başkalarına devri ya da üzerinde sınırlı ayni haklar tesis etmesine haklı sebeplerle rıza vermeyebilir.

Olayımızda BB ile NB'nin evli oldukları, bu evliliğin NB'nin ölümü ile son bulduğu uyuşmazlık konusu değildir.

bbb) Ölenin terekesinde aile konutu bulunmalıdır.

Aile konutu eşlerin evlilik birliğini sürdürmek amacıyla yerleşim yeri olarak kabul ettikleri ve sürekli olarak kullandıkları taşınmazdır.

Dosya kapsamına ve özellikle dinlenen tüm tanık beyanlarına göre, dava konusu taşınmazın, eşlerin yirmi yıla yakın bir süreden beri aile konutu olarak kullanıldığı sübut bulmuştur.

ccc) Sağ kalan eş aile konutu üzerinde alım hakkını kullanmış bulunmalıdır.

Sağ kalan eş BB, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkını İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde 2003/111 sayılı tereke dosyasında kullanmıştır. Bundan daha önemlisi, en azından sağ kalan eş inceleme konumuz olan bu davayı açmak

suretiyle de bu konudaki iradesini açıklamıştır.

Bu iradenin diğer mirasçılara açıklanması ile birlikte,sağ kalan eş ile diğer mirasçılar arasında aile konutunun sağ kalan eşe devri konusunda bir sözleşme ilişkisi kurulmuştur. Zira yukarıda açıklamış olduğumuz gibi,sağ kalan eşe TMK. md. 652'de tanınmış olan hak bir yasal alım (kanuni=yasal iştirak) hakkıdır.Bu hak hukuksal niteliği itibariyle kurucu yenilik doğurucu bir haktır. Bunun kullanılmasıyla birlikte sağ kalan eş ile diğer mirasçılar arasında bir satım ilişkisi kurulmaktadır.

ddd) Sağ kalan eş mirasçı olmalı ve alım hakkını diğer miras mallarındaki hissesine mahsuben kullanmış olması.

Sağ kalan eş mirası red etmiş ya da yasada öngörülen sebeplerle mirastan yoksun (mirastan mahrum) kalmış ise aile konutunun kendisine özgülenmesini talep edemez. Aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi mirasçılık sıfatından kaynaklanan bir haktır.

Sağ kalan eş BB, ölenin mirasçısıdır. Mirasbırakandan önce ölüm, mirasın reddi, mirasçılıktan çıkarılma ya da mirastan yoksunluk gibi bir durum mevcut değildir.

Ölen NB'nin aile konutu dışında tereke mallarının bulunduğu hususu dosya kapsamıyla sabittir.

Mirasçılar,ölenin diğer tereke mallarından bir kısmını satış yoluyla ortaklığa son verip bedelini taksim etmişlerdir. Bunun dışında ölenin Banka'daki paralarını da aralarında bölüşmüşlerdir.

-Davalı olan diğer mirasçılar davacı sağ kalan eşin tapu iptali ve tescil istemine karşı koyarlarken, gerekçe olarak davacının zaten iki daire sahibi olduğunu, bunların da mirasbırakan tarafından sağlığında ona temin edildiğini; öte yandan,davacı sağ kalan eşin, mirasbırakanın kendisine devrettiği bazı taşınmazları bir yakınına devrederek kötüniyetli davrandığını,buna karşı dava açtıklarını beyan etmişlerdir.

Öncelikle sağ kalan eşin başka taşınmazlarının ya da konutlarının bulunması sağ kalan eşin aile konutu üzerinde mülkiyet hakkını kullanmasına engel olamaz. Zira TMK. md. 652'de sağ kalan eşin aile konutu üzerinde mülkiyet hakkını kullanması,üzerine kayıtlı başka konut bulunmaması gibi bir koşula bağlanmamıştır. Yukarıda kapsamlı olarak açıkladığımız gibi,yasa koyucunun TMK. md. 652 ile sağ kalan eşe aile konutunda mülkiyet hakkı tanınmasının gerekçeleri tamamen farklıdır. Yasa koyucu, sağ kalan eşe bu hakkı tanıırken,eşlerin birlikte seçtikleri, tüm anılarını paylaştıkları, yaşamlarını sürdürdükleri, çevrelerini oluşturdıkları aile konutundan, malik olan eşin

ölümü üzerine sağ kalan eşin mahrum edilmemesi, kalan yaşantısını aynı koşullar ve ortamda sürdürmesini temin amacı ve gerekçesinden hareket etmiştir.

Öte yandan sağ kalan eşin, mirasbırakanın sağlığında kendisine devrettiği bazı taşınmazları iyi ya da kötüniyetle elden çıkarmış olması,mirasçılardan bu devrin iptali için dava açmış olmalarının da TMK .md. 652'nin uygulanmasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır.

Bu açıklamalarımıza göre, sağ kalan eşin, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkını diğer miras mallarına mahsuben kullanabilecektir.

-Sağ kalan eşin aile konutu üzerinde mülkiyet hakkını kullanmasının yasal ve maddi koşulları gerçekleşmiştir.

Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş,aile konutunun değerini tesbit etmek, diğer mirasçılardan bu değer üzerinden aile konutu üzerindeki bedel alacaklarını belirlemek, sağ kalan eşin taksim sonucu tahsil ettiği veya edeceği diğer mallardaki miras hissesindeki alacağını belirlemektir.

Sağ kalan eşin tereke mallarındaki hissesinin parasal değeri,kendisine özgülenmesini istediği aile konutunda diğer mirasçılardan hissesinin parasal değerini karşılamıyorsa, sağ kalan eş buna kendi cebinden para ilave ederek yine aile konutunun kendisine özgülenmesini talep edebilir mi?

TMK. md. 652'de buna ilişkin bir hüküm yoktur. Bu çözüm tarzı TMK. md. 240'ta kabul edilmiştir.

TMK. md. 652'de *“sağ kalan eşin para ilavesi suretiyle aile konutunun kendisine özgülenmesini talep edebilmesine”* ilişkin hüküm bulunmamasına rağmen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bunun mümkün olduğunu kabul etmektedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 19.11.2008 tarihli 2008/12883 E. ve 2008/15476 K. sayılı kararında *“Eşin mirastan payına düşen miktar aile konutunun değerini karşılamıyorsa, eş miraspayı dışında kalan aile konutunun değerini ödeyerek onun mülkiyet hakkını talep edebilecek,eğer bakiye değeri ödeyecek gücü yoksa aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkı talep edebilecektir.Mahkemece bu ilkeler göz ardı edilerek terekenin sadece eşlerin daha önce birlikte oturdukları evden ibaret olduğu gerekçe gösterilerek davanın reddi doğru bulunmamıştır”* hükmünü kurmuştur (4) ve gerektiğinde şahsen ilave edeceği bedeli bloke ettirip,tapunun sağ kalan eş adına tesciline karar vermektir.

Olayımızda, Mahkemece, aile konutu üzerinde bilirkişi incelemesi ile değer tesbiti yapılmıştır. Dava tarihi itibarıyla dava konusu aile konutunun değeri 160.000.000.000 TL. olarak belirlenmiştir.

Sağ kalan eşin bu konut üzerinde ¼ mülkiyet hakkı vardır.Buna göre bu

bedelin 40.000.000.0000 TL.'sı davacı e e aittir. Kalan 120.000.000.000 TL. ise diğer mirasçılara  odenmesi gereken bedeldir.

Bu durumda mahkemece davacı sa  kalan e e 120.000.000.000 TL. bedeli diğer mirasçılar adına bloke etmesi için mehil verilecek, bloke koşulu ger ekle tirildi inde mirasbırakan üzerine olan tapu kaydının iptali ile tamamının davacı adına tesciline karar verilebilecektir.

-----  
(1) Kılıçoğlu, Ahmet.: Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Geni letilmi  2. Bası, Ankara 2004, sh.324.

(2) Kılıçoğlu, age., sh.81;325.

(3) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında  u ifadelere yer vermiştir: “Sa  kalan e  aile konutunun kendisine özgülenmesini talep ettiği halde, diğer mirasçılar buna karşı koydu unda, onlar aleyhine aile konutu ile ilgili tapu iptali ve tescil davası a ılabilecektir”. Kararda aile konutunun sa  kalan e e  zg lenmesinin Aile Hukukundan do an bir uy mazlık olması nedeniyle Aile Mahkemelerinin görevine girdiği, mirasçılar tarafından açılmış olan taksim davası için aile konutunun  zg lenmesine ilişkin davanın bir bekletici sorun olduğu ifade edilmiştir. (Yargıtay 2. HD.15.03.2004 , 2004/2338, 2004/3194 YKD. Eylül 2004, cilt.30, s.9, sh.1352/1353.)

Kanımcı bu karar aile konutunun  zg lenmesine ilişkin davalarda Aile Mahkemelerinin görevli olduğunu mutlak bir kural olarak kabul etmesi bu konuda bir ayırım yapmaması açısından hatalıdır.

Aile konutunun özgülenmesi talebi mal rejimlerine göre ölüm halinde  zg lenmeye ilişkin TMK. md. 240, 254, 279 hükümlerine dayandırıldı ında Aile Mahkemeleri görevlidir. Zira yukarıda ifade ettiğimiz gibi Aile Mahkemelerinin Kurulu ına ilişkin 4787 sayılı Kanun'un 4/1. maddesi Aile Mahkemelerinin Medeni Kanunun ikinci kitabından (   nc  kısıım hariç) do an uy mazlıklara bakmakla görevli olduğunu kabul etmiştir.

Aile konutunun özgülenmesi ölüm nedeniyle TMK. md. 652 hükmüne yani miras hukukuna dayandı ında Aile Mahkemeleri görevli olamaz. Zira TMK. md. 652, 4787 sayılı Kanun'un 4/1. maddesinde sözü edilen Medeni Kanun'umuzun ikinci kitabında değil, üçüncü kitabında yer almaktadır.

(4) Yargıtay 2 HD. 19.11.2008 E.2008/12883, K.2008/15476 (yayımlanmamı tır)

# ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN REHİNDEN KURTARMA HAKKI\*

AV. KUMRU KILIÇOĞLU\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Ankara Barosu



## GİRİŞ

İnceleme konumuz “Üçüncü kişinin rehinden kurtarma hakkı” başlığını taşımaktadır. Bu başlıktan da anlaşılacağı üzere, burada rehnedilmiş bir mal vardır ancak bu mal borcun borçlusuna tarafından değil bir üçüncü kişi tarafından verilmiştir. Buna göre burada başkasının borcu için malını rehneden bir kişi vardır.

Borç ilişkisinde borçlu tarafın dışında kalan kişiler üçüncü kişi olup, bunlar borcun borçlusuna değildirler. Borçlu borcunu ifa etmediği takdirde alacaklı taraf, teminattan alacağını tahsil etme yoluna gidecektir. Borcun teminatı bir rehin ise ve bu rehin bir üçüncü kişi tarafında temin edilmiş bulunuyorsa borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde, bu kişiyi bekleyen bir risk vardır. Bu risk, bu kişinin borç için teminat olmak üzere rehnettiği malının alacaklı tarafından rehnin paraya çevrilmesi yoluyla satılmasıdır. Bu durumda başkasının yani borçlunun borcu için malını rehneden kişinin mülkiyet hakkını kaybetme tehlikesi söz konusudur. Başkasının borcu için malını rehneden kişi, borçlunun borcunu ifa edeceğini ve kendisi için böyle bir risk doğmayacağını düşünmüştür. Ancak tahmininde yanılmıştır. Borçlu borcunu ifa etmemiştir. Alacaklı alacağını rehnedilen maldan tahsil etme yoluna gidecektir. Alacaklının alacağını rehnedilen maldan tahsil etmenin yolu ise “rehnin paraya çevrilmesi yolu ile icra takibine girmesi” malın icra yoluyla satılmasıdır. Zira TMK.md. 873 “Borç ödenmezse alacaklı, alacağını rehinle taşınmazın satış bedelinden elde etme hakkına sahiptir.



Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir.” Hükümlerini içermektedir. Bu hükümlere göre borçlu borcunu ifa etmezse, alacaklı alacağını ancak rehin konusu taşınmazın satılmasını sağlayacak alacağın bu satış bedelinden tahsil edebilecektir. Maddenin 2. fıkrası borcun ödenmemesi halinde rehin konusu malın alacaklıya ait olacağına ilişkin anlaşmaları geçersiz saymıştır. Örneğin: A Bankası B isimli müşterisine kredi vermiş, bu kredinin teminatı olmak üzere Ü isimli kişinin tarlasını ise ipotek olarak almıştır. Bu anlaşmada “kredi müşterisi B borcu ifa etmezse Banka ipotek konusu tarlanın mülkiyetine sahip olacaktır” şeklindeki bir anlaşma geçersizdir. Buna rehin konusu malı edinme (lex commisaria) yasağı denilmektedir.

Başkasının borcu için malını rehneden kişiyi bekleyen risk, borcun ifa edilmemesi halinde malının icra yoluyla satılması ve mülkiyet hakkını kaybetmesidir.

Rehin veren kişi, böyle bir sonucu arzu etmez. Yani malının satışını seyretmek ve mülkiyeti kaybetmek istemez. Bunu istemeyen üçüncü kişi, borçlunun ifa etmediği borcu kendisi yerine getirmek suretiyle malını rehinden kurtarabilir. Bu durumda rehneden kişi başkasına yani borçluya ait borcu yerine getirmiştir. Rehneden kişi borcun borçlusu değil, borç için teminat veren kişidir.

Başkasının borcu için malını rehneden ve rehinden kurtaran kişi başkasına ait borcu ödemiştir. Başkasına ait bir borcu ödeyen kişinin kuşkusuz asıl borçluya bu nedenle rücu hakkına sahiptir. Borçlar Kanunumuzun 109. maddesi bu şekilde başkasının borcunu ifa ederek malını rehinden kurtaran kişiyi korumak amacıyla bu rücu hakkını onun alacaklının yerine geçmek suretiyle yani halefiyetle (ardılıkla) desteklemiştir.

İncelememizin çerçevesi bu konularla sınırlı olup, bu amaçla önce teminat sözleşmesi olarak rehin sözleşmeleri, daha sonra başkasının borcu için rehin veren üçüncü kişi, bu kişilerin asıl borçluyu alacaklının yerine geçerek (halef olarak) rücu hakkı üzerinde duracağız.

## **1. TEMİNAT SÖZLEŞMESİ OLARAK REHİN SÖZLEŞMESİ**

### **A. Teminat Sözleşmesi**

Borçlusuna güvenmeyen alacaklı, ondan bir teminat talep edebilir. Bu teminat şahsi ya da aynı teminat olabilir..

Şahsi teminatta, borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, şahsi teminat gösteren kişiye başvurur. Ancak borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde

alacaklının elinde alacağını tahsil edebileceği bir ayın (eşya) yoktur. Alacaklı taraf, şahsi teminat gösteren kişiye başvuracaktır. Kefalet buna örnek gösterilebilir. Borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, alacaklı kefile başvurur. Ancak alacaklının alacağını tahsil amacıyla kefilin hangi varlığını takip edeceği belli değildir.

Aynı teminatta ise borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, alacaklının alacağını tahsil edebilmek için bir ayın (eşya) mevcuttur. Rehin bunun yaygın örneğidir. Buna göre rehin bir aynı teminat türüdür.

İster aynı isterse şahsi teminat olsun, bunu veren kişi ister borçlu isterse alacaklı olsun, taraflar arasında asıl borç ilişkisine bağlı olarak bir de teminat sözleşmesi ilişkisi kurulmaktadır

## **B. Rehin Sözleşmesi**

### **a. Niteliği**

Rehin sözleşmesi TMK md.765-887 arasında düzenlenmiştir.

Bu sözleşme ile alacaklı taraf, borçlusundan borca aykırı davranışı nedeniyle alacağını güvence altına almak üzere bir aynı teminat almaktadır. Borçlu borca aykırı davrandığı takdirde rehin hakkı, alacaklıya alacağını rehnedilen eşyadan tahsil ettirme olanağını elde etmektedir.

Bu yönüyle rehin hakkı sınırlı bir aynı haktır. Zira alacaklı tarafın rehin konusu malı mülkiyet hakkında olduğu gibi kullanma, bundan yararlanma, üzerinde tasarruf etme gibi yetkileri yoktur. Alacaklıya tanınmış olan tek hak, borçlunun borca aykırı davranması ve borcunu ifa etmemesi halinde, rehin konusu malı sattırmak suretiyle alacağını tahsil edebilme hakkıdır (TMK.md.873).

### **b. Tarafları**

Rehin sözleşmesi alacaklı ile rehin veren kişi arasında kurulur. Rehin borçlu tarafından verilmesi zorunluluğu yoktur. Bir üçüncü kişi tarafından da verilebilir. Zira alacaklı için önemli olan borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacağının teminat altına alınması, rehnedilen malı sattırmak suretiyle alacağını tahsil edebilmesidir. Bunun sonucu olarak rehin sözleşmesi , rehin veren borçlu ile alacaklı ile borçlu arasında, rehin veren bir üçüncü kişi ise alacaklı ile üçüncü kişi arasında kurulmuş olur.

Her iki halde de rehin sözleşmesi, alacaklı ile borçlu arasında kurulmuş olan asıl borç ilişkisine bağlı bir sözleşmedir. Bir başka ifadeyle rehin hakkı, asıl borca bağlı fer'i haktır. Bu husus BK.md.113 de borcun sona ermesi nedeniyle

de ifade edilmiştir. Bu maddeye göre asıl borç son bulunduğu rehin hakkı da son bulur. Örneğin: Borçlu borcunu tamamen ifa ettiğinde, alacaklının rehni serbest bırakması gerekir. Aksi halde rehin veren kişi rehlin serbest bırakılması için dava yoluna başvurabilir.

Rehin, bir teminat sözleşmesi olması nedeniyle borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde alacaklı, alacağını aradaki 'rehin sözleşmesi'ne dayanarak, doğrudan doğruya rehin hakkının konusu olan maldan sattırmak suretiyle elde edecektir.<sup>1</sup> Alacaklının borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacağını, rehin konusu malı sattırmak suretiyle ondan tahsil etmesi, rehin verenin iznine tabi değildir. Borçlu rehin konusu malın bu şekilde sattırılmasını önlemek istiyorsa borcu ifa etmek, üçüncü kişi rehin vermişse, aynı şekilde malının satılmasını önlemek için borçlu yerine borcu ifa etmek zorundadır.

Taşınmaz üzerinde rehin sözleşmesi resmi yazılı geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşmedir. (TMK.md.856)

Rehin sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılması mümkündür. Sözleşmeye konulan şart geciktirici veya bozucu nitelikte olabilir. Gelecekte doğması muhtemel bir alacağın rehnedilmesi durumunda rehin sözleşmesi geciktirici şartlı olup; bu takdirde rehin hakkı ancak alacağın doğumundan sonra, alacak senede bağlanmışsa, bu senedin teslimiyle kurulmuş olur. Sözleşme bozucu nitelikte bir şarta bağlanmışsa, bu takdirde baştan sonuçlarını doğurmaya başlayan rehin sözleşmesi şartın gerçekleşmesiyle etkisini kaybeder, yani rehin hakkı sona erer.<sup>2</sup>

Her sözleşmede olduğu gibi rehin sözleşmesine tarafları karşılıklı olarak bir takım yükümlülükleri vardır. Rehlin verenin; alacağın varlığını garanti etme borcu, borçlunun ödeme gücünü karşılama borcu, rehnedilen alacağın değerini garanti etme borcu ve rehin alanın masraflarını ödeme borcu varken; rehin alanın ise, taşınır bir rehin söz konusu ise alacağın varlığını ve değerini koruma borcu, rehnedilen alacağı devretmeme ve rehin verenin rızası olmadan tekrar rehin vermeme borcu ve borç ifa edildiğinde ise rehnedilen malı malikine iade borcu<sup>3</sup> vardır.<sup>4</sup>

Malı rehin alan kimse; o mal üzerindeki menfaatini kendi adına sigorta ettirebileceği gibi; bir başkasının da rehin konusu malı onun lehine sigorta ettirmesi mümkündür. Böyle bir durumda, sigorta şirketinden tazminat talep

1 AKİPEK, Jale- AKINTÜRK, Turgut : Eşya Hukuku , İstanbul- 2009, syf: 732

2 SİRMEN, Lale : Alacak Rehni , Ankara-1990 , syf: 38

3 Borcunun ödenmesi durumunda, rehin olarak aldığı malı rehin verene iade etme.

4 SİRMEN, Lale- Alacak Rehni, Ankara 1990, syf: 73

etme hakkı öncelikle rehin hakkı sahibine aittir. Sigorta ettiren ancak onun açık muvaffakatını alarak tazminat isteyebilir.<sup>5</sup>

## 2. REHİN TÜRLERİ

### A. Taşınmaz Rehni

Taşınmaz rehni, alacaklıya borç ifa edilmediği takdirde taşınmazın sattırılması suretiyle değerinden alacağını elde etme yetkisi veren sınırlı bir ayni haktır.<sup>6</sup>

Taşınmaz rehni, diğer rehin türü olan taşınır rehine göre, daha güvenli bir teminat niteliğindedir. Taşınmazın kayıtlı ( tapu kütüğünde kayıtlı) bir mal olması, kütüğün devletin güvencesi altında bulunması, borcun ödenmemesi durumunda, taşınmazın satılarak satış bedelinden alacaklının alacağını karşılamasının daha kolay olması nedeniyle daha çok ve yaygın olarak tercih edilen bir rehin türüdür. Bu özellikleri nedeniyle, bankalar, sınai kurumlar, hatta gerçek kişiler, kredi ve ödünç para alışı verişlerinde, taşınmaz rehnini tercih etmektedirler.

Taşınmazın tek kişiyi mülkiyetinde olması gerekmez. Paylı (Müşterek) mülkiyet payları üzerinde de taşınmaz rehni kurulabilir. Bunun için diğer paydaşların rızalarının alınmasına gerek yoktur.<sup>7</sup> Ancak, müşterek mülkiyet konusu şeyin tamamını kapsayan bir rehin söz konusu olacaksa, o şey üzerinde pay sahibi olan herkesin onayı gereklidir.

TMK md.850'ye göre, taşınmaz rehni ancak ipotek, irat senedi ve ipotekli borç senedi şeklinde kurulabilir. Taşınmaz rehninin bu çeşitlerini birbirinden ayıran kıstaslar, alacak ile rehin hakkının karşılıklı ilişkisi; kişisel sorumluluk ve taşınmaz ile sorumluluğun karşılıklı durumları; rehinli alacaklı ile rehin borçlusunun hukuki durumlarıdır.<sup>8</sup>

### B. Taşınır Rehni

Taşınır rehnin neler olduğu TMK'da düzenlenmiştir. TMK md.939-961 arasında düzenlenen taşınır rehni çeşitleri; 'teslime bağlı rehin ve hapis hakkı, hayvan rehni, alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin'dir. TMK dışındaki çeşitli kanunlarda da taşınır rehni çeşitleri de mevcuttur. Bunlar ise; 'gemi ipoteği, ticari işletme rehni, maden cevheri rehni, kamuya açık yerlerin işletilmesinden doğan kamu borçları için bu yerlerdeki eşya üzerinde rehin, Tarım Kredi Kooperatiflerinin ve Tarım Satış Kooperatiflerinin ortaklarının

5 Yargıtay 11. H.D. E. 2007/1400 , K .2008/2822, T: 10.03.2008

6 OĞUZMAN, Kemal SELİÇİ, Özer OKTAY, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul-2006 , syf: 693

7 AYAN, Mehmet : Eşya Hukuku, Konya-1994, syf: 113

8 OĞUZMAN-SELİÇİ-OKTAY : a.g.e. syf: 694

ürünleri, hayvanları ve üretimleri ile ilgili makine ve araçları üzerinde rehin hakkı'dır.

Taşınır rehni, bir alacağı güvence altına almak için bir taşınır eşya,hak veya alacak üzerinde kurulan bir yük olup, rehinli alacaklıya borcun yerine getirilmemesi halinde teminat konusunu paraya çevirerek tahsil etmek yetkisi verir.<sup>9</sup> Taşınır rehni de taşınmaz rehni gibi, teminat altına alınan borcun ifa edilmemesi durumunda, alacaklıya rehin konusu olan şeyi paraya çevirtme yetkisinden başka bir hak vermez.

### **3. REHİN KARŞILIĞINDA ÖDÜNC PARA VERME İŞİYLE UĞRAŞANLAR İLE YAPILAN REHİN İŞLEMİ**

TMK md.962 969 ile düzenleneme altına alınan rehin karşılığında ödünç para verme işiyle uğraşanlar ile yapılan rehin işlemi; esas itibariyle özel bir teslim bağli rehin şeklidir.

TMK md. 962'ye göre, 'İşletme olarak taşınır rehni karşılığında ödünç verme işiyle uğraşmak isteyenler, yetkili makamdan izin almak zorundadır. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, rehin karşılığında ödünç para verme işini herkes yapamaz, bu durum izne tabidir; izin 3 yıl süre ile verilerek, sürenin bitiminde yenilenmesi mümkündür.

Rehin karşılığında ödünç para veren işletmeler,alınan ödünç karşılığında teminat olarak ancak taşınır mal veya kıymetli evrak kabul edebilirler; bu mal veya evrak üzerinde bu işletmeler lehine rehin hakkı teslim bağli rehin hükümlerine göre kurulur.<sup>10</sup> Ayrıca işletme alınan teminata karşılık bir makbuz vermek zorundadır

İzinle ödünç para veren işletmeler;rehin hakkının kurulmasının ardından; rehin konusu evrak ya da taşınırı korumak, sigorta ettirmek, alınan ödünç paranın geri verilmesi halinde rehin konusu şeyi gerivermek, ödünç para zamanında ödenmediyse, rehnin satışı neticesinde, satış bedelinden arta kalan parayı geri vermekle yükümlüdür. Ödünç alan, ödünç para aldığı işletmeye borcunu vadesinde ödememişse; işletmenin rehni paraya çevirme hakkı olabileceği gibi; faiz isteme hakkı da vardır.

TMK md 965'e göre; rehnin paraya çevrilmesiyle elde edilen meblağ,ödünç para veren işletmenin alacağını karşılamazsa, açık kalan kısımdan para alan kişi şahsen sorumlu olmaz.

Yine TMK md.967 uyarınca; rehin verenin yani ödünç para alan, rehnin

9 OĞUZMAN-SELİÇİ-OKTAY : a.g.e. syf: 780

10 OĞUZMAN-SELİÇİ-OKTAY :a.g.e. syf:820

paraya çevrilmediği süre içerisinde her zaman borcunu ödeyerek malını rehinden kurtarabilir. Ancak bunun için; elindeki rehin makbuzunu ödünç para veren işletmeye geri vermesi gereklidir.

#### 4. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN REHİN VERMESİ

Rehin alacaklının alacak hakkını teminat altına almayı amaçlar. Buna göre alacaklı için önemli olan alacağının teminat altına alınmasıdır. Bu teminatı kimin temin ettiği alacaklı açısından önem taşımaz. Buna göre rehlin borçlu veya üçüncü kişi tarafından verilmesi alacağın teminat altına alınması yönünden önemli değildir. Bu durum borçlu yerine bir üçüncü kişinin de rehin verebilmesine imkan vermektedir. Bunun yararı şudur: Birçok hallerde borçlunun rehin vermesi mümkün olmayabilir. Alacaklı borçlu ile borç ilişkisi kurmayı kabul ettiği ve arzu ettiği halde, borçlu rehin verecek durumda değilse, borçlunun yakını olan bir üçüncü kişinin bunu temin etmesi sayesinde borç ilişkisinin kurulması mümkün olacaktır. Örneğin: A Bankası, B isimli kişiye kredi vermek istemektedir. Fakat bankanın aradığı ipoteği B'nin temin etmesi mümkün değil; eğer üçüncü kişinin rehin vermesi mümkün olmasaydı, bu kredi sözleşmesi kurulamazdı. Üçüncü kişinin de rehin verebilmesi sayesinde, bu kredi sözleşmesinin kurulması mümkün olacaktır. Buna göre bu örneğimizde borçlu B, anası, babası, kardeşi, arkadaşı gibi bir kişiden taşınmazını ipotek etmesini sağlamak suretiyle krediyi alabilir.

Üçüncü kişinin başkasının borcu için rehin verebilmesinin yararı kendisini burada göstermektedir. Ancak üçüncü kişinin başkasının borcu için malını rehnederken, borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, bu malını kaybetmesi endişesini taşımaması, borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, borçlu yerine ifada bulunarak malını rehinden kurtarma olanağına sahip olması gerekir. Üçüncü kişinin “rehinden kurtarma hakkı” bu kişilerin başkalarının borcu için malını rehin etmesini kolaylaştırır. Sadece bu değil. Bunun dışında borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, onun yerine ifada bulunan rehin veren üçüncü kişiye bazı kolaylıklar da sağlamak gerekir. BK.md.109 b.1 hükmü “malını rehinden kurtaran üçüncü kişi lehine” bu kolaylığı “malını rehinden kurtararak borçluya ait borcu ifa eden üçüncü kişi lehine halefiyet hakkı” tanınmak suretiyle sağlanmıştır.<sup>11</sup>

#### 5. REHİNDEN KURTARMA HAKKI

Yukarıda, borçlunun borcunu ödemesi durumunda, rehin olarak vermiş olduğu şeyi kurtarma hakkı olduğundan bahsettik. Şimdi borcunu ödemeyen

11 Kılıçoğlu, Ahmet. Kanuni Halefiyet, Ankara 1979

ya da ödeyemeyen borçlunun yerine üçüncü bir kişi tarafından ifası sonucu , bu borç için rehnettiği malını rehinden kurtarma hakkının koşulları ve sonuçlarını ele alabiliriz.

Üçüncü kişinin rehinden kurtarma genel olarak Borçlar Kanunu'muzun 109. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Bu madde “Borçların Üçüncü Şahıs Hakkındaki Tesiri” başlığı altında yer almakta olup, maddenin kenar başlığı “Alacaklıya halef olmak” şeklindedir.

Bu maddenin yer aldığı üçüncü fasıl başlığının “Borçların Üçüncü Şahıs Hakkındaki Tesiri” olmasının sebebi şudur: Zira burada yer alan hükümler, bir borç ilişkisinde borçlu olmadığı halde bir üçüncü kişinin borcu ifa etmesi ya da bir borç ilişkisinde alacaklı olmadığı halde bir üçüncü kişinin alacağı talep etmesi düzenlenmektedir. BK.md.109 da borç ilişkisinde borçlu tarafı olmayan bir üçüncü kişi borcu ifa etmektedir. Madde bu durumda üçüncü kişinin alacaklının yerine geçmesini yani alacaklının haklarına halef olmasıdır. Buna karşılık BK.md.111 de ise “Başkası lehine şart” düzenlenmiştir. Başkası lehine şartın öngörüldüğü bir sözleşmede, borcun ifasını alacaklı değil, bunun dışında bir üçüncü kişi talep etmektedir. Bizi bunlardan BK.md.109 hükmü ilgilendirmektedir.

BK.md.109 hükmüne göre; “Alacaklıya tediye bulunan üçüncü şahıs aşağıdaki hallerde tediye eylediği miktar nispetinde alacaklının haklarına kanunen halef olur:

1 - Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet hakkı veya sair diğer bir ayni hakkı haiz bulunduğu takdirde.

2 - Alacaklıya tediye bulunan üçüncü şahsın ona halef olacağı borçlu tarafından alacaklıya haber verildiği takdirde.”

Maddeden de anlaşılacağı üzere alacaklıya halef olmak için iki hal söz konusudur. Bunlardan biri, başkasının borcu için rehnedilen eşyayı rehinden kurtaran üçüncü kişi lehine halefiyet; diğeri ise borçlunun alacaklıya ihbarı ile üçüncü kişi lehine halefiyettir. Bu iki durumda da, alacaklı, üçüncü bir kişi tarafından tatmin edilir.<sup>12</sup>

Burada öngörülen iki halefiyet halinden incelememizin konusu “üçüncü kişinin rehinden kurtarması sonucu halefiyet” halidir.

BK md.109'un 1. bendi; başkasının borcu için rehnettiği eşyayı rehinden

12 KILIÇOĞLU, Ahmet : Kanuni Halefiyet , Ankara, 1979 , syf: 38

kurtaran aynı hak sahibinin alacaklının haklarına ardıl olmasını düzenlemiştir. Bu kanun dışında bir de TMK md. 799'da bu düzenlemeye benzer bir hüküm mevcuttur. Şöyle ki:TMK md 799 ; taşınmaz üzerinde başkasının borcu için ipotek kuran malikin alacaklıyı tatmin etmek suretiyle onu ipotekten kurtarmasını ve alacaklıya ardıl olmasını düzenlemiştir. Bu iki kanun maddesinde, aslında amaç aynıdır. Aralarındaki farkı ise BK md.109 uyarınca, başkasının borcu için rehnedilen şeyin taşınır ya da taşınmaz olması önemli olmamasıdır. Buna karşılık TMK md.799 uyarınca , rehnedilen eşyanın taşınmaz olması ve bu taşınmaz üzerindeki rehnin de ipotek şeklinde kurulması gerekir. Her iki maddede de başkasının borcu için rehinli malın borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde icra yoluyla satılarak paraya çevrilmesinin ve rehin verenin mülkiyet hakkını kaybetmesinin önlenmesidir.<sup>13</sup>

#### **A. Rehinden Kurtarmanın Koşulları**

BK.md.109 b.1 gereğince rehinden kurtarmadan söz edebilmek için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir.

i. Alacaklı ile borçlu arasında geçerli bir borç ilişkisinin kurulması : Bu unsur temel ya da asıl ilişkidir. Bu genellikle bir karz (BK.md.308 vd.) ya da kredi ilişkisidir. Ancak bunun dışında bir satım ya da kira ilişkisi de söz konusu olabilir. Satımda satıcı,kirada kiralayan bedel alacağı için rehin isteyebilir,alıcı veya kiracı talep edilen bu rehni bir üçüncü kişiden rica ederek sağlamış olabilir.

Türü ne olursa olsun, taraflar arasında bu borç ilişkisinin geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekir.

Rehin asıl borç ilişkisine bağlı onun fer'i nitelikte bir hak temin ettiği için,başkası tarafından verilen rehnin geçerli olması için önce alacaklı ile borçlu arasındaki asıl borç ilişkisinin geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekir. Örneğin: A Bankası B isimle aslında akıl hastası olan kişiyle kredi sözleşmesi yapmış,bu borç için B'nin babası arsasını ipotek vermişse,asıl borç ilişkisi ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olduğundan,B'nin babasının rehin vermesine ilişkin sözleşme de geçersizdir. Zira rehin hakkı asıl borcu fer'isi niteliğindedir.

ii. Alacaklı borçludan rehin temin etmiş olması : Alacaklı borçludan teminat olarak rehin talep etmemişse BK.md.109 b. 1 hükmü gündeme gelmez.Örneğin: A Bankası,B isimli borçluya kredi verirken,rehin değil de,kefil talep etmişse,BK.md.109 b.1 hükmü uygulanmaz. Kefil borcu ifa

13 ÖRS,Fahri Halil : İpotekten Kurtarma , Ankara 1956, syf: 11



ettiğinde de halefîyet kabul edilmiştir. Ancak bu halefîyet BK.md. 496 hükmüne dayanmaktadır.

iii. Üçüncü kişinin alacaklıya rehin vermiş vermiş olması : BK.md.109 b.1 hükmü, borç için borçlunun değil de üçüncü kişinin rehin vermesi halinde uygulanabilir. Borçlu kendiborcu için kendi malını rehin vermişse, kendisine ait bir borcu ödemiştir. Başkasına ait bir borcu ödememiştir. Bu nedenle bu durumda üçüncü kişiden ve üçüncü kişinin rehinden kurtarmasından söz edilemez. Üçüncü kişi kavramına borçlu dışında kalan gerçek veya tüzel kişiler girebilir.

iv. Borçlu borcunu ifa etmemiş olmalıdır. : Borç borçlu tarafından ifa edildiğinde, üçüncü kişi tarafından ifa söz konusu olmadığı için bu üçüncü kişinin rehinden kurtarmasından ve alacaklının yerine geçmesinden (alacaklının haklarına halef olmasından) söz edilemez.

v. Borcun rehin veren üçüncü kişi tarafından ifa edilmelidir.: O halde borç, bunun için malını rehin eden üçüncü kişi tarafından ifa edilmiş olmalıdır. Kuşkusuz bununla “borcun mutlaka bizzat üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi” ifade edilmemektedir. Önemli olan borçlu tarafından borcun ifa edilmemesi, onun yerine üçüncü kişi tarafından bizzat ya da üçüncü kişi adına bir kişi tarafından ifa edilmiş olmalıdır.

Borç borçlu tarafından ifa edilmediği gibi rehin veren kişi tarafından da ifa edilmemiş, tamamen bu iki kişi dışında bir başkası tarafından ifa edilmiş ise yine rehinden kurtarmadan söz edilemez. Zira rehin veren tarafından borç ifa edilmediği sürece rehinden kurtarmadan söz edilemez ve rehin veren kişinin alacaklının yerine geçmesinden söz edilemez. Örneğin: A Bankası B ye kredi vermiş, bu kredi alacağı için B'nin arkadaşı C taşınmazını rehin etmiştir. B kredi borcunu ödemeyince, babası D bu borcu kapatmışsa, C'nin verdiği rehin kurtulur ancak borcu C ifa etmediği için rehinden kurtaran ve onun yerine halef olamaz.

Borcun rehin veren üçüncü kişi tarafından tam olarak ifa edilmemiş bir kısmı ifa edilmiş olabilir. Bu durumda üçüncü kişi kısmen rehinden kurtaran kişidir. Alacaklının haklarına ancak borçluyu borçtan kurtardığı oranda halef olacaktır.

Alacaklıyı kanundan doğan bir sebeple tatmin eden kişiler üçüncü kişi sayılmazlar. Örneğin; iflas masasının alacaklıya ödemede bulunması kanundan doğan bir borcun ifası olduğu için, bu ödeme ona BK md.109 uyarınca bir halefîyet sağlamaz.<sup>14</sup> Dolayısıyla; üçüncü kişinin rehinden kurtarma hakkı

14 KILIÇOĞLU, Ahmet : Kanuni Halefîyet , Ankara, 1979 , syf: 39

olması için; bu üçüncü kişinin, kanundan doğan bir sebeple alacaklının alacağının ödeme yükümlülüğü olan kişilerden olmaması gerekir.

Başkasının borcu için rehnedilen eşyayı rehinden kurtaran lehine ardıl olmadan bahsedebilmek için; başkasına ait bir borcun varlığının olması, bu borç için bir rehnin bulunması, üçüncü kişinin rehnedilen şey üzerinde mülkiyet veya sınırlı bir ayni hak sahibi olması ve bu üçüncü kişinin alacaklıyı tatmin etmesi gerekmektedir.

Üçüncü kişi, alacaklıyı kısmen de olsa tatmin edebilir. Bu durumda, rehin hakkı bu oranda düşülür. Alacaklı, üçüncü kişinin kısmi ifa teklifini reddedebilmesi için ancak BK md.68 uyarınca reddedebilir. Bu madde uyarınca 'Borcun miktarı muayyen ve tamamı muaccel olduğu takdirde alacaklı kısmen vukubulan tediyei reddedebilir. Alacaklı kısmen tediyei kabul ederse borçlu, borçtan ikrar eylediği kısmı tediyeiden imtina edemez.' Maddeden de anlaşılacağı üzere, eğer borcun ödenme süresi geldiyse ve borç açık bir miktarsa, alacaklı bu kısmi ödemeyi reddedebilir. Bu durumda; üçüncü kişinin alacaklıyı tatmin etmesi için gerekli süre söz konusu olur. Aslında arada bir borç ilişkisi olması nedeniyle, sözleşmede belirlenen süre, borcun ödenmesi yani rehnedilen malın rehinden kurtarılması için verilen son süredir. Ancak, üçüncü kişinin, vaktinden önce alacaklıyı tatmin etmesi mümkündür. Vaktinden önce kısmi ödeme yapılırsa, alacaklının kısmi ödemeyi kabul etmeme hakkı yoktur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi; alacaklı, ancak borç muaccel olduğunda; yani süre dolduğunda, kısmi ödemeyi kabul etmeme hakkına sahiptir.

Yargıtay; borcun bizzat ifasında alacaklının menfaati bulunmadıkça, borcun başka üçüncü kişiler tarafından da ödenebileceğini kabul etmiştir. Zira; Yargıtay 19.Hukuk Dairesi, E. 2002/ 7795 K. 2003/5255 T. 21.5.2003 sayılı kararında; "Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borcun şahsen ifası zorunluluğu yoktur. Borç üçüncü bir şahıs tarafından borçlunun bilgisi dışında tediye edilebilir. Üçüncü şahıs, tediyesi ile alacaklıyı tatmin ettiği miktar nispetinde alacaklının haklarına halef olur. Bu hakların üçüncü şahsa intikali kanundan doğar, alacaklı üçüncü şahıs ile yapacağı yazılı sözleşme ( temlikname ) ile alacağını borçlunun rızasını aramaksızın temlik edebilir." şeklinde bir karar vermiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere; borç alacaklının menfaati yok ise, üçüncü bir kişi tarafından ödenebilir, alacaklı bu şekilde tatmin edilebilir. Üçüncü kişi, asıl borçlunun rehinli şeyini borcu ödemek suretiyle rehinden kurtarabilir.

## **B. Rehinden Kurtarmanın Sonuçları**

### **a. Halef (ardıl) Olma**

BK.md.109 b.1 “üçüncü kişinin borcu ifa etmek suretiyle malını rehinden kurtarmasına” önemli bir sonuç bağlamıştır. Buna göre üçüncü kişi “alacaklının haklarına kanunen halef olur”.

Halefiyetin sözlük anlamına “Bir kişinin bir başkasının yerine geçmesidir”. Bu anlamda olmak üzere yerine geçen kişiye halef (ardıl) denilmektedir.

BK.md.109 da da halefiyet bu anlamda kullanılmaktadır. Maddede “alacaklının haklarına kanunen halef olur” ifadesi, üçüncü kişinin alacaklının yerine geçmesi ve onun haklarına sahip olmasını ifade etmektedir.

### **B. Halefiyetin önemi**

Başkasına ait bir borcu ifa eden kişinin, asıl borçluya rücu hakkına sahiptir. Örneğin: Birden fazla kişi birlikte bir haksız fiille zarara sebebiyet verdiğinde daha az kusurlu kişi zararı tazmin ettiğinde daha fazla kusurlu kişiye bu oranda rücu edebilecektir. (BK.md.50). Aynı şekilde zarardan kusuru bulunmadığı halde sorumlu olan kişi (örneğin: Adam çalıştıran kişi BK.md.55 gereğince) zararı tazmin ettiğinde, kusuruyla sebebiyet veren kişiye (örneğin çalışana) rücu edebilecektir. (BK.md.51).

Halefiyetin söz konusu olduğu hallerde de başkasına ait bir borç ödenmektedir. BK.md.109 b.1 de borçlunun yerine borcu malını rehin eden kişi ifa etmektedir.

Ancak halefiyete dayanan rücu hakkının, herhangi bir rücu hakkına nazaran daha avantajlı yönleri vardır. Borçluya ait borcu ifa eden her üçüncü kişi borçluya rücu hakkına sahiptir. Ancak, borçluya ifada bulunan her üçüncü kişi alacaklının haklarına halef olamaz.<sup>15</sup>

İşte BK.md.109 b.1 burada özelliği olan bir rücu hakkı yani halefiyet hakkı temin eden bir rücu hakkına yer vermiştir.

Herhangi bir rücu hakkından farklı olarak halefiyetin, ifada bulunan üçüncü kişiye sağladığı avantajlar vardır dedik. Bunlar nelerdir:

i. Üçüncü kişi, alacaklının yerine geçerek alacaklının elinde bulunan alacağın varlığına ilişkin bunları kanıtlayan belgelerin kendisine teslim edilmesini talep yetkisine sahiptir.

ii. Üçüncü kişi, alacaklının yerine geçtiğinden, alacaklının alacağını garanti eden teminatlar varsa, bundan böyle bu teminatlar üçüncü kişinin, borçludan olan rücu alacağını garanti eder. Örneğin: Alacaklının elinde bizzat borçlu

15 Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 13. Bası, Ankara 2010 syf.462.

tarafından verilmiş bir rehin varsa, borcu ifa eden üçüncü kişi malını rehinden kurtardıktan sonra alacaklının yerine geçer ve alacaklının alacağını garanti eden borçlunun verdiği teminatlardan alacağını talep edebilir.

iii. Üçüncü kişi alacaklının yerine geçtiğinden, alacaklının borçluya karşı ileri sürebileceği iddiaları, faiz oranını, bizzat kendisi de kullanabilir.

### SONUÇ

Üçüncü kişinin rehinden kurtarma hakkı, başkasına ait borç için üçüncü kişilerin mallarını rehnetmesi ihtiyacından doğmuştur. Borçlu her zaman rehin verebilecek durumda olmayabilir, ya da alacaklı borçlunun göstereceği rehni beğenmeyebilir. Bu gibi durumlarda taraflar arasında borç ilişkisinin kurulmasını sağlamak amacıyla, bu borç için üçüncü kişilerin bu borç için kendi mallarını rehnetme imkanı yaratılmıştır. Ancak her üçüncü kişi böyle bir riske girmek istemeyebilir. Yasa bu tür endişeleri ortadan kaldırmak amacıyla, başkasının borcu için rehin veren kişileri korumak istemiştir. Bu amaçla BK.md.109 b.1 de bu kişiler lehine “halefiyet” dediğimiz olanak tanınmıştır. Bu olanak üçüncü kişinin borçluya ait borcu ifa ettikten sonra alacaklının yerine geçmesi, alacaklının elindeki imkanlardan yararlanarak borçluya rücu edebilmesini sağlar.

BK.md.109 b.1 hükmünün uygulanabilmesi için, rehin veren kişinin üçüncü kişi olması zorunludur. Bu yeterli değildir, Ayrıca borçlunun borcu ifa etmemesi, onun yerine bu üçüncü kişi tarafından borcun ifa edilmesi gerekir. Borcu bizzat borçlu ya da rehin veren dışındaki bir başkası ifa etmişse, “rehinden kurtarmadan” ve “alacaklının haklarına halef olmaktan” söz edilemeyecektir.

Rehinden kurtarma hakkı, borçlu yerine rehin veren kişi tarafından borcun tamamen veya kısmen ifa edilmesi halinde bu oranda doğar.

Başkasının borcu için malını rehin veren kişinin bunu ehinden kurtarması halinde, alacaklının yerine geçmektedir. Alacaklının yerine geçmek, üçüncü kişinin borç ilişkisinde alacaklı taraf haline gelmesidir. Nasıl ki alacaklı taraf, borçluya karşı borçlu tarafından verilen bir teminat varsa bunların paraya çevrilmesi suretiyle alacağını tahsil edebilirse, onun yerine geçen üçüncü kişi de aynı hakka sahip olacaktır.

### KAYNAKÇA :

Akipek, Jale G. - Akıntürk, Turgut : Eşya Hukuku, İstanbul-2009

Ayan, Mehmet : Eşya Hukuku, Konya-1994

Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul-1994

- Ertas, Şeref : Eşya Hukuku, İzmir-1997  
Kılıçoğlu,Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara-2009  
Kılıçoğlu,Ahmet M. : Kanuni Halefiyet, Ankara-1979  
Oğuzman,M.Kemal - Seliçi,Özer: Eşya Hukuku, İstanbul-1992  
Oskay,Mustafa : İpoteğin Paraya Çevrilmesi,Ankara Barosu Dergisi, Güz-2009  
Örs,Fahri Halil : İpotekten Kurtarma, Ankara-1956  
Reisoğlu, Seza : Menkul İpoteği, Ankara-1965  
Sirmen,Lale : Alacak Rehni, Ankara-1990  
Yenice,Özge : Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul-2009

---

# Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme

---

Prof. Dr. Arif B. KOCAMAN\*

\* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi



## I- GİRİŞ

“Üç ilgili şahsın” karşımıza çıktığı borçlar hukuku ilişkilerini ifade etmek için çeşitli terimler kullanıldığı görülmektedir. Nitekim bu çeşitlilik Alman doktrini ve mahkeme uygulamasında da görülmektedir : “Üç köşeli ilişkiler (Dreiecksverhaeltnisse)”/”üçlü ilişkiler (Drittbeziehungen)”/”(geniş anlamda) havale halleri”/”dolaylı kazandırma suretiyle doğrudan malvarlığı değişikliği”/”bir üçüncü şahıs vasıtasıyla edalar”/”indirek (dolaylı) edalar” ve diğerleri<sup>1</sup> *Kunish*,<sup>2</sup> “açık” oluşu ve “kolay” anlaşılması (akılda kalması) nedeniyle “*üç köşeli ilişkiler*” teriminin tercih edilmesi gerektiği kanısındadır.

Türk hukuk doktrininde de *Schwarz*'ın<sup>3</sup> -Alman hukukundaki terminolojinin etkisiyle- kullanmış olduğu “üç köşeli ilişkiler” terimi sonraki yıllardaki eserlerde<sup>4</sup> daha sık yer almaktadır. Burada tercihimiz “üç ilgili şahsın” varlığını açıkca ifade etmesi nedeniyle bu terimden yana olmakla beraber; henüz Türk hukuk doktrininde tam olarak yerleşmediği için,<sup>5</sup> şimdilik

1 *Kunish*, Hermann-Adolf, Die Voraussetzungen für Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhaeltnissen, “Rückgriffskondiktion” und “Kondiktion gegen Drittempfaenger”, Berlin, 1968

2 *Kunish*, s.8

3 *Schwarz*, Andreas B., Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt (çev. Bülent Davran), İstanbul 1948, s.379 dn.2

4 Bkz. *Akyol*, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976, s.86 dn.4; Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, İstanbul 1981, s.11. Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 24. *Akyol*, Türk Medeni Hukukunda Temsil adlı monografisinde, “üçlü ilişkiler” terimine de yer vermektedir (s.22). Ayrıca bkz. *Özsunay*, Ergun, Borçlar Hukuku, I, 2.B., İstanbul 1983, s.146.

5 Örneğin *Saymen/Elbir*, -Schwarz'a atıfta bulunmasına rağmen- “üçlü münasebetler (ilişkiler)”den söz etmektedir (Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1958, s.284).



“üçlü ilişkiler” terimini kullandım.

Prof.Dr. Şener Akyol, “Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi” başlıklı monografisinin 2. basısına yazdığı Önsözde, “ Sözleşme iki bin beşyüz yıldır bir iuris vinculum (hukuki zincir) olarak nitelendiriliyor. Öyle kuvvetli bir zincir ki tarafları bağlıyor, fakat taraf olmayanlara etkisi tartışmalıdır. 'Üçüncü şahıs' deyimi bu zincirle yabancı olanı ifade ediyor. Üçüncü şahıs yararına sözleşme bu yabancıya sözleşmenin ilk açılımı, arkadan alacağın temliki, borç üstlenme... derken üç köşeli ilişkiler bir düzen, bir grup oluşturuyorlar...” demek suretiyle, “üçlü (üç köşeli) ilişkiler”in bir tavsifini yapmaktadır.<sup>6</sup>

**Schwarz,**<sup>7</sup> “üç köşeli (üçlü) ilişki şekilleri olarak temsil, üçüncü şahıs yararına sözleşme, alacağın temliki, borcun nakli, havale ve kefaleti sıralamaktadır. Bunlara, üçüncü şahsın fiilini taahhüt de eklenmelidir. Üç köşeli (üçlü) ilişkileri açıklamak için daha ziyade “havale”deki hukuki ilişkilerden yararlanılmaktadır.

## II- TEMSİL

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda 40-48 nci maddeleri arasında Temsil kurumu düzenlenmektedir. Söz konusu maddeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, daha ziyade 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 32-40 ncı maddeleri arasındaki hükümlerin dil olarak sadeleştirildiği (arılaştırıldığı), bunun dışında esas olarak eski düzenlemenin muhafaza edildiği görülmektedir.

Temsil, yetkili temsil (m.40) ve yetkisiz temsil (m.46) olarak ikiye ayrılmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunundaki “salahiyete müstenit temsil” ibaresi, yeni Borçlar Kanununda “yetkili temsil” olarak sadeleştirilmiştir. Bu ibarenin, kaynak OR Art 32'deki “mit Ermaechtigung” sözcüğüne uygun olarak, “*yetkili kılınmak suretiyle temsil*” şeklinde kaleme alınması daha isabetli olurdu. Çünkü “temsil” (veya daha isabetli bir ifade ile “temsil yetkisine dayanarak işlem yapma (Stellvertretung) aynı zamanda “temsil yetkisi”ni (Vollmacht) da içerdiğinden, “yetkili temsil” ibaresi maksadı tam ifade edememektedir.

Yeni Borçlar Kanunu'nun 41 nci maddesi (818 sayılı BK m.33), 42 nci maddesi (818 sayılı BK m.34), 43 ncü maddesi (818 sayılı BK m.35), 44 ncü maddesi (818 sayılı BK m.36), 45 nci maddesi (818 sayılı BK m.37), 46 ncı maddesi (818 sayılı BK m.38), 47 nci maddesi (818 sayılı BK m.39), 48 nci

<sup>6</sup> Akyol, Şener, Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007

<sup>7</sup> Schwarz (Davran), s.379 dn.2

maddesi (818 sayılı BK m.40) incelendiğinde, dilde yapılan sadeleştirme dışında hüküm itibarıyla bir değişiklik içermemektedir.

818 sayılı BK'nda olduğu gibi yeni BK'nda da m.42/I-II'de, “Temsil olunan, hukuki bir işlemten doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya geri alabilir. Ancak, taraflar arasındaki hizmet, vekalet veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklıdır. / Temsil olunan, bu hakkından önceden feragat edemez...” denilmek suretiyle, “geri alınamaz temsil yetkisi” (die unwiderrufliche Vollmacht) kabul edilmemiştir. Oysa Alman Medeni Kanunu'nun 168. paragrafının 2. cümlesinde, “Temsil yetkisi, hukuki ilişkinin (temel ilişkinin) devamı halinde dahi geri alınabilir; meğer ki, temel ilişkiden aksi anlaşılmış olsun!” denilmektedir. Nitekim Alman hukukunda, BGB & 168 S.2'den hareketle, temsil yetkisinin “temsilci menfaatine” verilmiş olduğu durumlarda “geri alınamaz (unwiderruflich)” bir temsil yetkisinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir.<sup>8</sup>

Türk hukukunda *Akyol*,<sup>9</sup> “Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi” başlıklı monografisinde, bu konuya değinmekte ve şunları söylemektedir : “Alman hukukunda & 168 temsil yetkisinin geri alınmasının mümkün olduğunu, ancak temel ilişkiden geri almanın mümkün olmadığını anlaşıldığı durumlarda yetkinin geri alınamayacağını düzenlemektedir. Türk hukukunda Tekinay, s.175'de geri almanın hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda geri almanın sınırlandırılabilceği görüşündedir. Ancak işaret edelim ki, Alman hukukunda da geri almanın kanuna veya ahlaka aykırılık teşkil edebileceği durumların mevcut olabileceğine işaret edilmektedir (Hupka, s.401)...” *Akyol*, özellikle in rem suam verilmiş yetkilerin mahiyetine uygun bir çözüm arayışıyla, “geri alınamaz temsil yetkisi şamil olduğundan kendi adına ifayı talep yetkisi verilebilir” demektedir<sup>10</sup>

Kaldı ki, yeni BK 559 ncu maddesinin birinci fıkrasında, 818 sayılı BK'nun 461 nci maddesinin birinci fıkrasında olduğu gibi, havaledeki çifte yetkiden biri olan alma (kabz) yetkisi bakımından, yetkinin havale alıcısının yararına verilmesi halinde yetkinin geri alınamayacağını kabul etmiştir. Şöyle ki : “*Havale eden, havale alıcısına verdiği yetkiyi her zaman geri alabilir. Ancak, havale alıcısının yararına, özellikle onun alacağını elde etmesi amacıyla*

8 Bkz. v.*Tuhr*, Andreas, Die unwiderrufliche Vollmacht, Festschrift für Laband, Tübingen 1908, s.43-96; der Allg. Teil des BGB, II/2, & 85/VII, 4, s.408-410; *Müller-Freienfels*, W., Die Vertretung beim Rechtsgeschaeft, Tübingen, 1955, s. 109 vd.; *Flume*, Werner, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschaeft, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York, 1979, s.876 vd.; *Vogt*, Peter, Die unwiderrufliche Vollmacht, Bonn, 1961, s. 15 vd.

9 *Akyol*, Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, s.74 dn.6.

10 *Akyol*, Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, s.74 dn.7

*verdiği yetkiyi geri alamaz”.*<sup>11</sup>

*Aynı çözümün, temsil yetkisi tarafından da benimsenmesi isabetli olurdu.*

## II- VEKALET

Yeni Borçlar Kanunu'nda vekalet sözleşmesi, m.502-514 arasında düzenlenmiştir. Birçok maddede, dilin sadeleştirilmesi ve bazı ifadelerin düzeltilmesi dışında bir hüküm değişikliği yapılmamıştır.

Vekaletin kapsamına ilişkin 504 ncü maddede, 818 sayılı BK m.388'den farklı olarak, üçüncü fıkra özel yetkiyi gerektiren işlemler arasına “kefalet” de eklenmiştir.

Yeni Borçlar Kanunu'nun 506 ncı maddesinde, vekilin genel olarak şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme borcu düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 390 ncı maddesinin kenar başlığındaki “hüsni suretle ifa mükellefiyeti” ibaresi, “şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme” şeklinde değerlendirilmiştir. 390 ncı madde vekilin sorumluluğunu genel olarak “işçinin sorumluluğu”na tabi kıldığı halde, 506 ncı maddenin ikinci fıkrasında “vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür” denilmiş, üçüncü fıkra ise sadakat ve özenin ölçüsü olarak, “benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış” esas alınmıştır.

Doktrinde, 818 sayılı BK'nun 390 ncı maddesinin vekilin sorumluluğunu genel olarak hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğuna ait hükümlere tabi kılmakla, BK m.321'de işçinin özen bakımından konulan objektif ve subjektif kıstaslara yollamada bulunduğu kabul edilmekteydi. Objektif kıstas, sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidini, güçlüğü ve gerektirdiği öğrenim ve mesleki bilgi derecesini göz önünde tutar. Subjektif kıstasa göre ise, işçinin iş sahibince bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer nitelikleri hesaba katılmalıdır.<sup>12</sup> Ancak vekaletteki güven unsurunun, subjektif kıstasa dayanma olanağını ortadan kaldırdığı belirtilmekteydi : “ BK m.390 f.I'n m.321'e yaptığı yollamaya rağmen, vekaletteki güven unsuru, vekilin kişiliğinin taşıdığı önem, özellikle resmi bir sınav sonucu alınan belgelere dayanılarak icra edilen ve uzmanlığı gerektiren işlerin görülmesinde, subjektif kıstasa dayanma olanağını hemen hemen ortadan kaldırmıştır (...). Diplomalı ve ruhsatlı bir doktor, avukat veya mimar bilgi ve yeteneklerindeki müvekkilce

11 Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Kocaman**, Arif, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1989, s.56-82

12 Bkz. **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, C.II, 4. Tıpkıbasım, İstanbul 1989, s.410-411

farkına varılması gerekli eksikliği ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalıdır. Devletin diploma ve ruhsat vermek için aradığı şartlar böylece özel hukuka yansyan bir garanti niteliği taşımaktadır (...). Bir doktor veya avukatın haksız eyleme dayanan sorumluluğunda objektifleştirilmiş kusur kavramına (...) dayanılırken, akdi sorumluluğunda subjektif kıstasa yer verilmesi kanımızca isabetli değildir (...). Kaldı ki, hizmet sözleşmesinde işveren işçiye onun yeteneklerini ve bilgisini aşan bir işi yapmasını buyurduğu vakit, işçi kolayca bu talimata uymamazlık edemez; halbuki işçiye oranla daha bağımsız durumda bulunan vekil kendi çapını aşan bir işi yapmaktan kaçınarak vekaletten kolayca istifa edebilir; bu bakımdan da, sade mesleki uzmanlığı gerektiren değil, bedeni yeteneğe dayanan vekalet sözleşmelerinde bile BK m.321 f.III'de öngörülen *subjektif kıstasın uygulanmasının ne derece yerinde olduğu tartışılabilir* (...)”<sup>13</sup>

*Bu nedenle, yeni Borçlar Kanunu'nun söz konusu düzenleme ile vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde objektif bir kıstas (ölçüt) getirmesi isabetli olmuştur.*

### III- ÜÇÜNCÜ ŞAHIS YARARINA SÖZLEŞME

Vaadettiren alacaklı (Versprechensempfänger), borçlusu vadeden (Versprechender) ile kendi adına yaptığı bir sözleşme ile üçüncü şahsa (Dritter), vaat edenden edayı talep hususunda doğrudan bir hak sağlayabilir veya üçüncü şahsa böyle bir bağımsız talep hakkı tanımaksızın sadece- vaat edeni, borçtan kurtarıcı (ibra edici) bir etki ile üçüncü şahsa edada bulunmaya yetkili kılabilir. Birinci durumda, “*tam üçüncü şahıs yararına sözleşme (echter Vertrag zugunsten Dritter)*” veya “*hak veren (bahşeden) üçüncü şahıs yararına sözleşme (berechtigender Vertrag zugunsten Dritter)*”den, ikinci durumda ise “*eksik/basit üçüncü şahıs yararına sözleşme (unechter/blosser Vertrag zugunsten Dritter)*” veya “*yetki veren (bahşeden) üçüncü şahıs yararına sözleşme (ermächtiger Vertrag zugunsten Dritter)*”den söz edilir<sup>14</sup>

818 sayılı BK m.111/II'deki “iki tarafın niyetine...tevafuk ettiği takdirde” ve yeni BK m.129/II'deki “ tarafların amacına...uygun düştüğü takdirde” ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, taraflar, bu iki hukuki biçimden birini kararlaştırmakta serbesttirler<sup>15</sup>

Bu nedenle, “üçüncü şahıs yararına sözleşme”yi düzenleyen BK m.129/I'deki “Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi

13 *Tandoğan*, s.411-412

14 *Kocaman*, s.99; *Akyol*, Tam Üçüncü Şahıs Yararına sözleşme, s.11,12 ve 16

15 *Akyol*, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, s.24

yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir” şeklindeki ifadenin, kaynak OR Art.112/T'deki ifadeye uygun şekilde “ Kendi adına davranan bir kişi, üçüncü kişi yararına bir edayı vaat ettirtmişse, üçüncü şahsa edada bulunulmasını talep etmeye hak sahibidir” şeklinde ifade edilmesi, “tam üçüncü şahıs yararına sözleşme”nin veya “hak veren (bahşeden) üçüncü şahıs yararına sözleşme”nin niteliğine daha uygun olurdu. “Edim yükümlülüğü koydurtmak” ibaresi yerine “edayı vaat ettirtmek” ifadesi daha uygun olurdu.

#### IV-ALACAĞIN TEMLİKİ

Yeni Borçlar Kanunu'nda “alacağın devri” başlığı” altında, “iradi devir”, “yasal devir” ve “yargısal devir” olarak alacağın devrinin üç türü ele alınmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki “temlik” tabiri terkedilmiştir.

Aslında “temlik” Almanca “Abtretung” teriminin karşılığı olup, alacağın “sözleşme ile” devrini ifade etmektedir. “Abtretung (temlik)” kavramı bizatihi “ihtiyarılığı (rızaılığı)” içerdiği için, onun başına bu sıfatların eklenmesine gerek yoktur. Fakat yeni BK da 183. maddesinin kenar başlığında -818 sayılı BK m.162'nin kenar başlığındaki “rızaî temlik” gibi- “iradi devir” ibaresine yer vermiştir.

Türk doktrininin farklı olarak İsviçre doktrininde borçlar hukukuna ilişkin genel eserlerde, yukarıdaki gibi üçlü bir ayırım yapılmamaktadır. Önce “temlik” kavramı altında alacağın “sözleşme ile” devri incelenmekte, daha sonra ise “alacağın kanun veya hakim hükmü gereği geçişi” ele alınmaktadır.<sup>16</sup> Hatta *v.Tuhr*, “alacağın kanun veya hakim hükmü gereği geçmesi” durumunda “temlik”e ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını belirtirken, BGB & 412'nin açık hükmüne atıf yapmaktadır<sup>17</sup> aslında Türk doktrininde de, “kanun veya hakim hükmü gereği alacağın geçişi”nin (Türk doktrininde benimsenen ifadeyle “kanuni” veya “kazai” temlikin) “**gerçek**” ve “**teknik**” anlamda temlik olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin *Feyzioğlu*, “kanuni temlik” açısından bu durumu şöyle ifade etmektedir : “ Kanuni temlik, gerçek ve teknik anlamda bir temlik değildir. Çünkü temlik, aslında iki taraflı bir hukuki işlemi (akdi) öngörür. Burada ise, alacağın taraflarından ne borçlunun, ne de alacaklının rızasına ihtiyaç duyulmaksızın alacaklının bir başkasına

16 Bkz. *v.Tuhr/Escher*, Allg.Teil des schweizerischen obligationenrechts, Band I, 1.Lieferung, 3. Auflage, Zürich 1974, & 97, s.369; *Bucher, Eugen*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979, & 31/VII, s.524; *Guhl/Merz/Kummer*, das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 7. Auflage, Zürich 1980, & 34/V, s.243

17 *v.Tuhr/Escher*, & 97/III, s.373 dn.23

18 *Feyzioğlu*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 2. bası, İstanbul 1977, s.619

intikal etmiş olması vakıası ile karşılaşılmaktadır.<sup>18</sup> Hatta *Saymen/Elbir*, “alacağın temliki, temlik eden alacaklı ile temellük eden şahıs arasında yapılan bir akde müsteniden meydana gelen ... bir muameledir”<sup>19</sup> şeklinde bir tanım vermekte ve biraz ileride de kanuni temlikte bir “temlik”ten çok, bir “intikal” niteliği bulunduğunu belirtmektedir<sup>20</sup>

Sonuç olarak; “alacağın temliki” kavramından, alacağın “sözleşme ile” devri anlaşılmaktadır. Bu anlamda temlik, Almanca “Abtretung” sözcüğünün karşılığıdır. Böylece “alacağın kanun veya hakim hükümü gereği geçmesi”, “alacağın temliki” kavramı dışında kalmaktadır. Dolayısıyla, *yeni BK’nda “iradi devir” olarak ifade edilen durum karşılığı olarak “temlik” sözcüğünü muhafaza etmek daha isabetli olurdu.*

Yeni Borçlar Kanunu'nun 191 nci maddesi, alacağın temlikinde temlik edenin garanti yükümlülüğü düzenlenmektedir. Yeni BK m.191/I'de, “Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur” demek suretiyle, 818 sayılı BK m.169/I-II'den farklı olarak, ivazlı temlik halinde, temlik edenin hem alacağın varlığından (Veritaet) hem de alacağın sağlamlığından (Bonitaet) sorumlu olduğunu hükme bağlamaktadır. Oysa 818 sayılı BK m.169/I-II'de ivazlı temlik halinde, temlik edenin alacağın varlığından sorumlu olduğunu, fakat alacağın sağlamlığından sorumlu olması için ayrıca taahhüt etmesi gerektiğini öngörmektedir.

İvazlı temlik halinde temlik edenin, taahhüt etmeden kanun gereği alacağın sağlamlığından da sorumlu tutulmasının gerekçesini anlamak zordur. Neden böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur ? Çünkü kaynak OR Art. 171/I-II'deki düzenleme de 818 sayılı BK m.169/I-II gibidir.

Diğer taraftan, özellikle “gerçek factoring”in hukuki niteliğini açıklamakta, 818 sayılı BK m.169/I-II'den yararlanılmaktadır. Çünkü, ivazlı temlikte temlik eden ayrıca taahhüt etmedikçe alacağın sağlamlığından sorumlu olmadığı için, bu sorumluluk temellük eden factor'de kalmaktadır ve factor'ün borçlunun ödeme gücünden sorumluluğu (delkrede riskini) üstlendiği “gerçek factoring”de ivazlı temlik, yani temlikin hukuki sebebinin (causa'sının) satış olduğu bir durumun söz konusu olduğu, bu nedenle *gerçek factoring'in (gerçek factoring'de çerçeve sözleşmenin) hukuki niteliğinin “satım unsuru” ile birlikte*

19 *Saymen/Elbir*, Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1958, s.328

20 *Saymen/Elbir*, s.334

21 Bkz. *Kocaman*, Arif, Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1992, s.106

*bir “karma sözleşme” olduğu kabul edilmektedir<sup>21</sup>*

İvazlı temlikte (alacağın temlikinin causa'sının satış olduğu halde) temlik eden alacağın sağlamlığından (borçlunun ödeme gücünden) da sorumlu olduğu takdirde, gerçek factoring'in hukuki niteliği alacağın temlikine ilişkin hükümlerle nasıl izah edilecektir ?

Görüldüğü gibi, yeni BK m.191/I'de getirilen düzenleme, hem teorik hem de pratik bakımından temlik hukukuna ters düşmektedir. Ayrıca temlikin özel bir biçimi olan factoring işleminin hukuki niteliğini izahta da sıkıntı yaratacak bir düzenlemedir.

Bundan başka yeni Borçlar Kanunu 193 ncü maddesinin 4. bendi ile, 818 sayılı Kanun'un 171 nci maddesinin birinci fıkrasına bir eklemede bulunmuştur. Buna göre; devredenin kusursuzluğunu ispat edememesi durumunda, devralanın uğradığı ve maddede öngörülenleri aştığını ispat ettiği diğer zararlarını da gidermekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir. 193 ncü madde, devralanın, garanti ile yükümlü olan devralandan isteyebileceği kalemleri düzenlemektedir. 193 ncü maddenin 4. bendi ile, 171 nci maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemelere bir eklemede bulunulmuştur. Böylece devredenin sorumluluğunun kapsamı genişletilmiştir.

## **V-BORCUN NAKLİ**

Temelde bir “*şahıs değişikliği*”ni içeren (*Auswechseln der Person*) içeren, ancak bu değişikliğin aktif sujede değil de “*pasif*” *sujede* gerçekleştiği “borcun nakli (Schuldübernahme)”nde de, alacağın temlikinde olduğu gibi borç değişmez.<sup>22</sup> Sadece, alacaklı ile borcu üstlenen arasında yapılan bir borcun nakli sözleşmesi<sup>23</sup> ile, münferit borç bakımından borçlu borç ilişkisinden çıkar, yerine borcu üstlenen girer.<sup>24</sup> Bu nedenle, borcun naklinin, alacağın temlikinin “*karşıtı (zıddı)*” olduğu söylenmiştir.<sup>25</sup>

Yen BK m.198 vd.nda, borçlunun değişmesinin sonuçları düzenlenmiştir. 818 sayılı BK'nun 176. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Bununla beraber borcu temin için bir rehin tesis etmiş olan üçüncü şahsın ve kefilin mesuliyetleri ancak borcun nakline razı oldukları halde devam eder” şeklindeki düzenleme, yeni BK m.198/II'de “Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren

22 *v. Tuhr/Escher*, & 99/I, 1, s.381

23 (Gerçek anlamda) borcun nakli, OR Art.176-I/yeni BK m.196-I (818 sayılı BK m.174-I)'de düzenlenmiş olup, alacaklı ile borcu üstlenen arasında yapılacak borcun nakli sözleşmesi (bu sözleşme şekle bağlı değildir) ile, borçlunun münferit borç bakımından borç ilişkisinden çıkmasını ve yerine borcu üstlenenin girmesini ifade eder (*v. Tuhr/Escher*, & 99/II, 1, s.384).

24 Bu husus, BK m.196-I'de açıkça belirtilmiştir : “Borçlunun yerine yenisinin geçmesi...”.

25 *Rebmann/Saecker/Heinrichs*, & 398 Nr.1



üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder” olarak değiştirilmiştir. Böylece rızanın yazılı şekilde verilmesi, rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin, borcun üstlenilmesinden sonra da alacaklıya karşı sorumluluklarının devam etmesinin geçerlilik koşulu olarak öngörülmüştür.

“Borca Katılma” kenar başlığını taşıyan yeni BK'nun 201 nci maddesi ise, 818 sayılı BK'nda yer verilmeyen yeni bir hükümdür. Bu maddeye göre;

*“ Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.*

*Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen borçlu olur”.*

202 nci maddede ise, Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması düzenlenmektedir. Bu madde, 818 sayılı BK'nun 179 ncu maddesinin karşılığıdır. 179 ncu maddenin iki fıkradan olan hükmü, yeni düzenlemede dört fıkraya bölünmüştür. 818 sayılı BK'nun 179 ncu maddesinin birinci fıkrasındaki “bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan edildiği tarihten itibaren” ibaresi, yeni düzenlemede “bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, bir malvarlığını veya işletmeyi devralanın, bu devri düşük tirajlı veya yerel bir gazetede ilan etmek suretiyle alacaklıların zarara uğramasına sebebiyet vermesi engellenmek istenmiştir.

Maddenin son fıkrasında ise, “Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkra da öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz” denilmektedir.

Ayrıca 818 sayılı BK m.179/II'deki “ Borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynıdır” ifadesi, yeni BK m.200/III'de “Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir” olarak ifade edilmiştir.

Nihayet 203 ncü maddede, “İşletmelerin Birleşmesi ve Şekil Değiştirmesi” düzenlenmektedir. Bu düzenleme, 818 sayılı BK'nun 180 nci maddesini karşılamaktadır. 180 nci maddede, “bir işletmenin diğer bir işletme ile aktif ve pasiflerinin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesi” düzenlendiği halde, 203 maddede buna ilaveten “bir işletmenin diğerine katılması yoluyla birleştirilmesi” de hüküm altına alınmıştır.

818 sayılı BK'nun 181 nci maddesinin kenar başlığı olan “Taksim halinde



ve gayrimenkulün bey'i halinde" ibaresi, yeni BK m.204'de "Özel hükümlerin saklılığı" şeklinde ifade edilmiştir. Böylece madde içeriği ile kenar başlık arasında uyum sağlanmıştır.

## VI- HAVALE

*Alman hukukunda*; "havale"nin "çifte yetki verme" (*Doppelermaechtigung*)" karakteri konusunda hiçbir şüphe (tereddüt) söz konusu değildir.<sup>26</sup> BGB & 783 de bu konuda çok açıktır : " Bir kimse para, kıymetli evrak veya sair misli şeylerin bir üçüncü şahsa edası için havale yaptığı bir senedi üçüncü kişiye teslim ederse, o takdirde bu kişi edayı havale ödeyicisinden kendi adına *kabzetmeye yetkili kılınmıştır*; havale ödeyicisi (de) havaleci hesabına havale alıcısına *edada bulunmaya yetkili kılınmıştır*".

*İsviçre/Türk hukukunda da* Müşterek Hukukun "vekalet teorisi"nin ve İsviçre Borçlar Kanununun 466 ncı maddesinin Fransızca metninin etkisindeki bir kısım doktrin<sup>27</sup> istisna edilirse- havalenin bir "çifte yetki verme" (*Doppelermaechtigung*) niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 466 ncı maddesinin *Almanca metni* bu konuda çok açıktır : "Havale suretiyle havale ödeyicisi para, kıymetli evrak veya sair misli eşyayı havaleci hesabına havale alıcısına eda etmeye ve bu da, edayı havale ödeyicisinden kendi adına kabzetmeye yetkili kılınmıştır (*durch die Anweisung wird...ermaechtigt, ...*)".

Nitekim yeni BK'nun 555 nci maddesinde havalenin hukuki niteliği, 818 sayılı BK'nun 457 nci maddesindeki " Havale, bir akitir ki ..." ibaresi terk edilerek, "çifte yetki verme" olarak kabul edilmiştir : "*Havale, havale edenin, kendi hesabına para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlemdir*".

Buna paralel bir ifade değişikliği de yeni BK m.560/II'de söz konusudur. 818 sayılı BK m.462/II'deki "Çekler ve kambiyo senetlerine mümasil havaleler hakkındaki hususi hükümler bakidir" hükmü, m.560/II'de "Çekler ve poliçe

26 Özellikle bkz. *Staudinger Komm./Horn (Marburger)*, & 783 Nr.17; *Rebmann/Saecker/Ulmer (Hüffer)*, & 783 Nr.32; *BGB-RGRK/Dehner (Steffen)*, vor & 783 Nr.2; *Palandt/Thomas*, Einf. & 783 Nr.3

27 İsviçre'de özellikle bkz. *Gautschi*, vor Art.466-471 Nr.3 a; *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 1991, s.253  
Türk hukukunda bkz. *Göktürk*, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdın Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, s.576; *Tunçomağ*, Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 1976, s.723. *Hatemi*'nin (Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.477-478; Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1999, s.111-112) de bu görüşe yakın olduğu söylenebilir. Hatemi'nin görüşünün eleştirisi için bkz. *Kocaman*, Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine, AÜSBF Dergisi, C.49, Sy.1-2, Ocak-Haziran 1994, Prof.Dr. İlhan Öztürk'a Armağan, s.293 vd.

benzeri havaleler hakkındaki, özel hükümler saklıdır” şeklinde ifade edilmiştir. Emre muharrer senet (bono), çek ve poliçe gibi kambiyo senedi niteliğinde olmakla birlikte, havaledeki üçlü ilişki özelliğini taşımadığı için “*poliçe benzeri havaleler*” ibaresi tercih edilmiştir.

## VII- KEFALET VE ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN FİİLİNİ TAAHHÜT

818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki kefalet hükümlerinin İsviçre Borçlar Kanunu'ndan aynen iktibas edilmesine karşılık, İsviçre kefalet maddelerinin tümüne yakınının 1942 yılında değiştirilmesi, her iki hukuk sistemi arasında farklılıklar yaratmıştır.<sup>28</sup> Bu farklılık aradan geçen uzun süreye rağmen giderilmemiştir. Yeni Borçlar Kanunu'nda bu farklılığı ortadan kaldırmak amacıyla, kaynak İsviçre BK'ndaki düzenlemeler göz önünde tutulmuştur ve kefaletle ilişkin hükümler yeniden düzenlenmiştir. Yeni BK, 581-603 ncü maddeler arasında kefalet sözleşmesine yer vermiştir. Yeni düzenlemelerde, “*kefilin korunması*” ilkesinin ön plana çıktığı görülmektedir.<sup>29</sup>

581 nci maddede, kefaletin tanımı verilmektedir : “ Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir”. 818 sayılı BK m.483'deki tanım ise şöyledir : “ Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder”. İsviçre BK m.492'ye (OR Art.492) tekabül eden bu tanımlar arasında, yeni BK'ndaki tanımın maksadı daha iyi ifade ettiği söylenebilir.

Kefaletin koşullarına ilişkin 582 nci maddede, 818 sayılı BK'nun 485 nci maddesinde yer verilmeyen son fıkra ilave edilmiştir. 582 nci madde şu şekildedir :

“ Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.

Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletler ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır.

28 Bkz. *Reisoğlu*, Seza, Türk hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992

29 Bkz. *Kocaman*, Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları, -Alman federal Anayasa Mahkemesinin 19.10.1993 tarihli kararı ile bu çerçevede gelişen Alman Federal Temyiz Mahkemesinin yeni içtihadı ve bunun İsviçre/Türk Hukuku açısından değerlendirilmesi-, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XV, 5 haziran 1998, s.105 v.

*Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez”.*

Yeni BK'nun 583 ncü maddesi “Kefalet Sözleşmesinin Şekli”ni düzenlemektedir ve 818 sayılı BK'nun 484 ncü maddesine göre kapsamlı değişiklikler içermektedir. Şöyle ki :

“ Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve *kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz*. Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde *kendi el yazısıyla* belirtmesi şarttır.

Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz”.

Görüldüğü gibi; 818 sayılı BK'nun 484 ncü maddesinden farklı olarak, kefalet tarihinin de sözleşmede belirtilmesi geçerlilik şartı haline getirilmiştir. Bu düzenleme, “Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur” şeklindeki 589 ncu maddenin üçüncü fıkrasındaki hüküm gereği kefilin sorumluluğunun başladığı tarihin belirlenmesi açısından da önemlidir.

484 ncü maddedeki “kefilin mes'ul olacağı muayyen bir miktar” ifadesi, “kefilin sorumlu olduğu azami miktar” olarak değiştirilmiştir.

583 ncü maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi de 818 sayılı BK'nda yer verilmeyen bir düzenlemedir. Buna göre; “ Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde *kendi el yazısıyla* belirtmesi şarttır”.

“*Eşin rızası*” başlıklı 584 ncü madde, 818 sayılı BK'nda yer almayan ve kaynak İsviçre BK'nun 494. maddesi göz önüne alınarak getirilmiş bir düzenlemedir. Şöyle ki :

“*Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.*

*Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez”.*

“*Adi kefalet*”i düzenleyen yeni BK'nun 585 nci maddesi, 818 sayılı BK'nun 486 ncı maddesine göre farklılıklar içeren bir düzenlemedir. Maddenin düzenlenmesinde, İsviçre BK'nun 495 nci maddesi göz önünde tutulmuştur.

Yeni BK'nun 585 nci maddesinin birinci fıkrasında, 818 sayılı BK'ndan farklı olarak, “*adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefilin takip edemez*” denilmektedir. *Adi kefalette alacaklının, doğrudan doğruya kefile başvurabileceği haller şöyle belirtilmiştir :*

1. *Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması.*
2. *Borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkansız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi.*
3. *Borçlunun iflasına karar verilmesi.*
4. *Borçluya konkordato mehli verilmiş olması”.*

Maddenin üçüncü fıkrasında yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir: “*Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkansız hale gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir*”. Burada da “kefilin korunması” ilkesinin ön plana çıktığı bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Sadece açığın kapatılması için kefil olunması durumunda, *sözleşmede öngörülmesi koşuluyla, kefil, alacaklıdan, önce asıl borçluya başvurmasını isteyebilecek, yani “tartışma def'i” veya “peşin dava def'i”<sup>30</sup> ileri sürebilecektir.*

*Bu maddeyi karşılayan kaynak İsviçre BK'nun 495. maddesinin son fıkrasındaki (OR Art.495/IV) “aksine anlaşmalar saklıdır” hükmü, yeni BK m.585'e alınmamıştır. Bunda, “kefilin korunması” ilkesinin ağır bastığı anlaşılmaktadır. Çünkü aksi halde, maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki hükümler emredici niteliklerini yitirirlerdi.*

“*Müteselsil kefalet*”i düzenleyen yeni BK'nun 586 ncı maddesi, 818 sayılı BK'nun 487 nci maddesine göre farklı düzenlemeler içeren bir hükümdür. Bu

30 Buna, “önce asıl borçluya karşı takibe geçilmesi def'i” de denilmektedir (Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, II, s.762)

maddenin kaleme alınmasında, kaynak İsviçre BK'nun 496 ncı maddesi göz önünde tutulmuştur.

818 sayılı BK m.487'de yer alan ve müteselsil kefalet ile farklı anlama gelen “müşterek müteselsil borçlu” ifadesi yeni metne alınmamıştır. 586 ncı maddenin birinci fıkrasına göre, “ Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefil takip edebilir. *Ancak, bunun için borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkca ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir*”.

586 ncı maddenin ikinci fıkrasına göre; “ Alacak, teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, *rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz*. Ancak, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hakim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hallerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir”. Böylece 818 sayılı BK m.487'deki, “... alacaklı asıl borçluya müracaat v rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir” hükmü, kefilin korunması ilkesi gereği, 586 ncı maddenin ikinci fıkrasındaki hale dönüştürülmüştür.

Yeni BK'nun 587. maddesi, “*Birlikte Kefalet*”i düzenlemektedir.

818 sayılı BK'nun 488. maddesinin birinci fıkrasında “*adi birlikte kefalet*”, ikinci fıkrasında ise “*müteselsil birlikte kefalet*” yer almaktadır. BK m.488/I'e göre, birden ziyade kimse birlikte, taksimi mümkün bir borca kefil oldukları takdirde, bunlardan her biri kendi hisseleri miktarınca adi kefil gibi ve diğerlerinin hisseleri hakkında kefile kefil gibi sorumludurlar. Adi birlikte kefalet için, taksimi mümkün olmayan (mütecezzi) bir borcun varlığı aranmaktadır. Doktrinde, bu durum eleştirilmektedir : “ BK m.488/I. Maddedeki taksimi mümkün borç şartı terkedilmiş olan bir görüşün, yani kefilin asıl borcun edimi ile yükümlü olduğu şeklindeki görüşün ifadesidir. Halbuki bugün genellikle kabul edildiğine göre, kefilin yükümlülüğü asıl borçlununkinden farklıdır. Kefilin, bir üçüncü şahsın borcunu eda edeceğini garanti etmesi, alacaklının bu edadan elde edeceği menfaatler için teminat vermesi demektir. Borcun yerine getirilmemesinden ötürü uğranılan zarar, menfaat kaybı para ile belirlenen bir tazminat ödemesi ile giderilebilir (...). Asıl borç taksim edilemezse dahi, kefalet borcu para ile ifa edileceğinden daima taksim edilebilir. Bu tür borçlarda da adi birlikte kefalet yüklenilebilir (...).<sup>31</sup>

Doktrindeki bu eğilime uygun olarak; Yeni BK m.587/I'de, 818 sayılı BK'nu m.488/I'deki “mütecezzi bir borca” ibaresi, “aynı borca” şeklinde değiştirilmiştir. Şöyle ki : “ Birden çok kişi, *aynı borca* birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur”.

Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı BK'nun 488 nci maddesinin ikinci cümlesini kısmen karşılamaktadır.

Maddenin üçüncü fıkrası ise, 818 sayılı BK'nun 488 nci maddesinin üçüncü cümlesini karşılamaktadır. Kefili geniş ölçüde koruyan bu hüküm, yeni BK'nda da muhafaza edilmiştir.<sup>32</sup>

Maddenin son fıkrası ise, 818 sayılı BK m.488'de bulunmayan ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 497 nci maddesi göz önüne alınarak getirilmiş olan bir düzenlemedir. Buna göre; “ Birbirinden bağımsız aynı borç için kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumlu olur. Ancak, borcu ödeyen kefil aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir”.

Yeni BK'nun 589 ncu maddesinde, kefil ile alacaklı arasındaki ilişkide *kefilin sorumluluğunun kapsamı* düzenlenmektedir. Bu maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 499 ncu maddesi göz önünde tutulmuştur. Madde, 818 sayılı BK'nun 490 ncı maddesine göre bazı farklılıklar içermektedir. 589 ncu maddenin 2. bendinde, 818 sayılı BK m.490/II'den farklı olarak, “...gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar” sorumluluk kapsamına alınmıştır. 589 ncu maddenin 3. bendinde ise, 818 sayılı BK m.490/III'den farklı olarak, “... gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri” cümlesi eklenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı BK'nda yer verilmeyen yeni bir düzenleme içermektedir. Bu fıkra, kaynak OR Art. 499/III'den alınmıştır. Buna göre; “ Sözleşmede açıkca kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur”.

589. maddenin son fıkrası ise, 818 sayılı BK'nda ve OR Art.499'da yer almayan yeni bir hükümdür. Şöyle ki : “ Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz

31 *Reisoğlu*, s.129

32 Bu maddenin eleştirisi için bkz. *Reisoğlu*, s.141. *Reisoğlu*'na göre, bu maddedeki “şart” kelimesi hatalıdır. Yazara göre, “BK m.488/III kanuna ithal edilmeseydi dahi kefilin genel hükümlere göre genellikle yeterli derecede korumak mümkün olduğundan, bu istisnai hüküm öğretide eleştirilere neden olmuştur. Yapılan düzenlemelere hakim olan “ kefilin korunması” ilkesi açısından bakıldığında, *Reisoğlu*'nun görüşüne katılmak mümkün değildir.

hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür”.

Yeni BK'nun “*Kefilin Takibi*”ni düzenleyen 590 ncı maddesi, kaynak OR Art.501 göz önünde tutularak kaleme alınmış bir düzenlemedir. Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı BK'nda yer almayan, yeni bir hükümdür. Bu hükme göre; “ bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hakimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir”. Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı BK'nun ikinci ve son cümlelerini karşılamaktadır.

Maddenin son fıkrası ise, 818 sayılı BK'nda yer almayan, yeni bir hükümdür. Bu fıkra göre; “ Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkansız hale gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye'de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir”.

591 nci madde, “*Def'iler*”i düzenlemektedir. Maddenin birinci fıkrasında kefilin asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu, bunları ileri sürmek zorunda olduğu belirtildikten sonra, 818 sayılı BK m.497 c.1'deki “ fakat kefilin taahhüdünün mahiyetine nazaran hariç kalması lazım gelen defiler müstesnadır” ifadesi yerine, “Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca kefalet hali bu hükmün dışındadır” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan hüküm, 818 sayılı BK'nda yer verilmeyen bir hükümdür. Buna göre; “ asıl borçlu kendisine ait olan bir def'idan vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'i alacaklıya karşı ileri sürebilir”.

Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı BK m.497/II'nin karşılığı olmakla birlikte, bazı farklılıklar içermektedir.

Maddenin son fıkrası ise, 818 sayılı BK'nda yer almayan, yeni bir hükümdür. OR Art.502/IV'deki gibi, “ kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Yeni BK'nun “*Özen Gösterme, Rehin ve Borç Senetlerinin Teslimi*” kenar başlığını taşıyan 592 nci maddesi, 818 sayılı BK'nun 499 ncu ve 500 ncü



maddelerini kısmen karşılamaktadır. Bu maddenin düzenlenmesinde, OR Art.503 göz önünde tutulmuştur.

Yine Yeni BK'nun “*Ödemenin Kabulünü İsteme*” kenar başlığını taşıyan 593. maddesi, 818 sayılı BK'nun 501 nci maddesini kısmen karşılamaktadır. Bu maddenin düzenlenmesinde de kaynak OR Art.504 göz önünde tutulmuştur.

Kefil ile alacaklı arasındaki ilişkilerin düzenlendiği maddeler arasında nihayet “*Bildirim, İflasta ve Konkordatoda Kayıt*” kenar başlıklı 594. madde düzenlenmiştir. Bu madde, 818 sayılı BK'nun 502 nci maddesini kısmen karşılamaktadır. Maddedeki düzenlemede, kaynak OR Art. 505 göz önüne alınmıştır.

Yeni BK'nun 595-597 maddeleri arasında *kefil ile borçlu arasındaki ilişki* düzenlenmektedir. “*Güvence Verilmesini ve Borçtan Kurtarılmasını İsteme Hakkı*” kenar başlıklı 595 nci maddede, 818 sayılı BK m.503'e göre bir hüküm değişikliği söz konusu değildir. Esas itibariyle maddenin dili sadeleştirilmiştir.

Yeni BK m.598-602 maddeleri arasında ise, “*Kefaletin Sona Ermesi*”ne ilişkin hükümler yer almaktadır.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda da m.509-512 maddeler arasında kefaletin sona ermesi düzenlenmektedir. Yeni düzenlemelerde, kaynak OR'deki bu düzenlemeler göz önünde tutulmuştur. Sona erme sebepleri, *iki grupta*<sup>33</sup> toplanmaktadır. Şöyle ki :

- *Bağımlı (unselbstaendig) sona erme sebepleri* : Bu grupta, asıl borcun sona ermesine bağlı sona erme sebepleri yer almaktadır. OR Art.509/I'de düzenlenen sona erme sebebi, böyle bir sona erme sebebidir. Yeni BK'nun 598 nci maddesinin birinci fıkrası ve 818 sayılı BK'nun 492 nci maddesi aynı içeriktedir. Buna göre; “Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur”.
- *Bağımsız (selbstaendig) sona erme sebepleri* : Bu grupta ise, asıl borçtan bağımsız olarak tek başına kefaletin sona ermesi halleri yer almaktadır. OR Art.509/II-VI ve 510 vd.da bu anlamda sona erme halleri düzenlenmiştir. Yeni BK m.598/III, 599, 600 ve 601 bu gruba giren düzenlemelerdir.

“*Kefaletten dönme*”yi düzenleyen yeni BK m.599, kaynak OR Art.510 göz önüne alınarak kaleme alınmış, 818 sayılı BK'da karşılığı bulunmayan bir düzenlenmedir. Buna göre;

33 *Honsell/Vogt/Wiegand (Pestalozzi)*, Basler Komm., Obligationenrecht I, Art.1-529, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, vor Art.509 N:!



“ *Gelecekte doğacak bir borca kefalette*, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir.

Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür”.

Kaynak OR Art.510 ise, birbirinden bağımsız iki duruma ilişkindir. Birinci ve ikinci fıkralarda, gelecekteki bir alacak için kefaletten dönme, üçüncü fıkra ile beşinci fıkra arasında ise süreli kefaletin sona ermesi düzenlenmektedir. Yeni BK'nun 600. maddesi, “süreli kefalette” sona ermeye ilişkindir. Buna göre; “Süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur”. Bu düzenleme, gerek kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeden, gerekse 818 sayılı BK'nun 493 ncü maddesinden farklı bir içeriğe sahiptir. Sürenin geçmesi, kefalet sözleşmesinde bir sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir. Kefilin korunması amacı ön plana çıkmaktadır.

“Süreli olmayan kefalet”te sona ermeyi düzenleyen yeni BK'nun 601 nci maddesinde ise, 818 sayılı BK'nun 494 ncü maddesindeki düzenlemeden farklı bir düzenlemeye gidilmemiştir. İsviçre BK'nun 511 ni maddesi de benzer içeriğe sahiptir.

*Yeni BK'nun “Uygulama Alanı” başlıklı 603 ncü maddesi, kefalette kefilin koruyan hükümlerin dolanılmasını önlemek amacıyla getirilmiş önemli bir hükümdür.* Bu düzenleme, 818 sayılı BK'nda ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir hükümdür. Buna göre; “ *Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında diğer sözleşmelere de uygulanır*”. Bu özellikle, kredi kartı sözleşmelerinde veya genel kredi sözleşmelerinde kefilin koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla kefaletin “garanti” başlığı altında düzenlendiği durumlarda önem taşıyacaktır.<sup>34</sup>

*Son olarak, “Üçüncü kişinin fiilini üstlenme” kenar başlığını taşıyan yeni BK'nun 128 nci maddesinde, “Başkasının fiilini taahhüt” başlığını taşıyan 818 sayılı BK'nun 110 ncu maddesi aynen muhafaza edilmiştir.*

34 Bu hususta Yargıtay HGK'nun olumlu kararının (içtihadının) değerlendirilmesi için bkz. **Kocaman**, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.07.2001 T., E.2001/19-534, K.2001/583 sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, XIX (10 Mayıs 2003)

---

# YARGISAL KONULARDA DİLEKÇE HAKKININ SINIRLANDIRILMASI\*

---

Yrd. Doç. Dr. NESİBE KURT KONCA\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi



## I.GİRİŞ

Devlet örgütlenmesi biçiminde bir düzen içinde yaşayan insanların, diğer bir ifade ile yönetilenlerin, bu düzene ilişkin dilek ve şikâyetlerini dile getirme istekleri ve istemin gerekliliği dilekçe hakkını ortaya çıkartmıştır. Yönetilenler, mevcut düzenin uygulama ve hizmetlerinden dolayı yaşadıkları sıkıntıları ve memnuniyetsizlikleri “şikâyet” yolu ile yönetenlere bildirebilirler. Keza, mevcut düzeninin daha iyi işlemesi için yerine getirilmesinin gerekli olduğunu düşündükleri hususlarla ilgili isteklerini “dilek” biçiminde yönetilenlerin bilgisine sunabilirler.<sup>1</sup> Her iki halde de, yönetilenlere dilekçe hakkı tanınmış olur.

Dilekçe hakkı, bir ülkedeki mevcut düzenin demokratik karakterini yansıtır. Otoriter ve totaliter rejimlerde, yönetilenlerin yönetenlere şikâyetlerini ve dileklerini bildirmeleri uygun görülmemiş ve hatta yasaklanmıştır.<sup>2</sup> Dilekçe hakkına yer verilmeyen bir düzenin, demokratik niteliğinden bahsedilemez. Bu bağlamda, dilekçe hakkının tanınması ve sağlanması, devlet düzeninin demokratik karakter kazanmasında etkin rol oynar. Bir devlet düzeninde, dilekçe hakkının varlığı, hukuk devleti ilkesinin egemen olması için zorunlu bir koşul olarak kabul edilir. Zira, hukuk devleti,

1 Armağan, Servet: Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası, İstanbul 1972, s. 1; Hız, Yüksel/Yılmaz, Zekeriya: Açıklamalı-Notlu-Gerekeçli Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Ankara 2004, s. 13.

2 Armağan, s. 3.

insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet olarak tanımlanabilir.<sup>3</sup> İnsan haklarının korunması, devlet düzeni içinde yaşayan insanların dilek ve şikâyetlerine kulak verilmesi ile mümkün olabilir.

Öte yandan, dilekçe hakkı, insan haklarının korunmasında temel bir araç teşkil eden hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Anayasa'nın 40'ıncı maddesinin ilk fıkrasına göre, “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir”. Dilekçe hakkı, bu başvuru yollarından biri olarak kabul edilebilir.

Dilekçe hakkı, bilgi edinme hakkı ile yakın bir ilişki içerisindedir. Dilekçe hakkı, bilgi edinme hakkına öncülük etmekte; ona destek sağlamaktadır. Çünkü, kamu yönetiminde demokratikleşme ve şeffaflaşmanın sağlanması bakımından, dilekçe hakkı, temel anayasal düzenlemelerden bir olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>4</sup>

Dilekçe hakkı, Anayasa'nın 74'üncü maddesinde düzenlenmiş bir siyasal haktır. Zira, dilekçe hakkı, kişinin devlet yönetimine katılmasına imkân sağlayan, aktif statü hakları arasında yer alır.<sup>5</sup> Buna göre: “Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir”. Söz konusu düzenleme, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'la<sup>6</sup> yapılmıştır.

## II. DİLEKÇE HAKKININ KULLANILMASI

Dilekçe hakkı, sadece kişisel işler için değil; geniş anlamda kamu ile ilgili her türlü konuda tanınmıştır.<sup>7</sup> Bir hakkın hak sahibine tanınmaması veya ihmâlê uğramış olması hâlinde, dilekçe hakkına başvurulabilir.<sup>8</sup>

3 AYMK. E.1976/1, K.1976/8, T.25.5.1976, AMKD., Sa. 14, s.189.

4 Kaya, Cemil: İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Ankara 2005, s. 212.

5 Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 211; Hız/Yılmaz, s. 22. Buna karşın, Armağan, dilekçe hakkını, subjektif kamusal hak olarak görmektedir. Yazara göre, dilekçe hakkı, bir boyutu ile, dilekçe sahibinin kendi ve toplumsal menfaatlerini korumasını sağlamaya yöneliktir. Diğer boyutu ile, dilekçenin muhatabı olan yetkili makam ve Türkiye Büyük Millet Meclisi yahut kısaca Devletin kendisine sunulan dilekçeleri kabul, içeriğini inceleme ve sonucu dilekçe sahibine bildirme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu iki boyutta, Devlet iradesinin oluşumuna katılım söz konusu değildir. Zira, dilekçeleri kabul veya ret, dilekçe sahibinin iradesinin tamamen bağımsız olarak devlet iradesine aittir. Bu konuda bkz. Armağan, s. 52-53.

Türk vatandaşları kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ve yetkili makamlara yazı ile başvurma hakkına sahiptirler. Türkiye'de ikamet eden yabancılar karşılıklılık esası gözetilmek ve dilekçelerinin Türkçe yazılması kaydıyla bu haktan yararlanabilirler (3071 sayılı Kanun m. 3). Dilekçe hakkına gerçek ve tüze kişiler aynı derecede sahiptirler. Her ne kadar düzenlemede “vatandaş” tabiri kullanılmış olsa da, tüzel kişiler de dilekçe hakkından yararlanabilirler.<sup>9</sup>

Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne veya yetkili makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerde, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresi yer almalıdır (3071 sayılı Kanun m. 4). Ancak, bu unsurları ihtiva etmemekle birlikte, başvurulara olayla ilgili inandırıcı mahiyette bilgi ve belgeler eklenmiş veya somut nitelikte bilgi, bulgu ya da olaylara dayanılıyor ise, bu hususlar ihbar kabul edilerek idarece işlem yapılabilir.<sup>10</sup> Dilekçe, konusuyla ilgili olmayan bir idari makama verilmesi durumunda, bu makam tarafından yetkili idari makama gönderilir ve ayrıca dilekçe sahibine de bilgi verilir (3071 sayılı Kanun m. 5).

Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir. İşlem safahatının duyurulması hâlinde alınan sonuç ayrıca bildirilir (3071 sayılı Kanun m. 7). Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne gönderilen dilekçelerin, Dilekçe Komisyonu'nda incelenmesi ve karara bağlanması altmış gün içinde sonuçlandırılır. İlgili kamu kurum veya kuruluşları Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonu'nca gönderilen dilekçeleri otuz gün içinde cevaplandırır (3071 sayılı Kanun m. 8).

Türk Ceza Kanunu uyarınca, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçtur. Kanun'un 121'inci maddesine göre, kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukukî bir neden olmaksızın kabul edilmemesi hâlinde, fail hakkında altı aya kadar hapis cezasına karar verilir. Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi, ilk defa

6 RG. T. 10.11.1984, Sa. 18571.

7 Armağan, s. 73; Tikveş, Özkan: “Dilekçe Hakkı”, Prof. Dr. Akif Erginay'a 65inci Yaş Armağanı, Ankara 1981, s. 147; Erol, Ahmet: Dilekçe Hakkı ve Bilgi Edinme Hukuku, Ankara 2005, s. 272.

8 Armağan, s. 75.

9 Erol, s. 272.

10 Başbakanlık Personel ve Prensipier Genel Müdürlüğü, Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması konulu, B.02.0.PPG.0.12-320-1327 sayılı Genelge, R.G. S. 25356, T, 25.01.2004.

5237 sayılı Kanun ile suç olarak düzenlenmiştir. Eski Türk Ceza Kanunu'nda bu hususta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

### III. DİLEKÇE HAKKININ KULLANILMASININ SINIRLANDIRILMASI

Her hak ve hürriyetin, Anayasa'da belirtilmemiş olsa bile, o hak ve hürriyetin niteliğinden doğan, yani “eşyanın tabiatında mevcut olan”, objektif sınırları vardır.<sup>11</sup> Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz (AY. m. 13).

Hukuken yasaklanmış talepler içeren veya yerine getirilmesi maddi olarak imkânsız konuları kapsayan dilekçeler de kabule şayan değildir.<sup>12</sup> Dilekçe hakkını kullanma bahanesi ile yazılan iftira, tehdit, şantaj, sövme ve hakaret içerikli yazılar dilekçe hakkından yararlandırılmaz. Zira, bir dilekçenin hakaret içermeyecek şekilde yazılması mümkündür.<sup>13</sup>

Dilekçe hakkının kullanılmasına ilişkin objektif sınırın, anayasada veya kanun ile açıkça belirtilmesi gerekmez.<sup>14</sup> Fakat, dilekçe hakkını kullanırken şikâyetin sınırları aşarak hakaret ve tehdide yönelik suç unsurları içeren ibareler dilekçeler de işleme konur. Ancak, muhatap haberdar edilir; gerekli görülürse, savcılığa da intikal ettirilir ve dilekçe sahibi hakkında soruşturma başlatılır.<sup>15</sup>

Dilekçe hakkının kullanılması şekli açıdan da sınırlandırılmıştır. Dilekçe hakkının kullanılmasına ilişkin temel şekil şartı yazılılıktır<sup>16</sup> (3071 sayılı Kanun m. 1). Sözlü olarak dilekçe verilemez. Ayrıca, dilekçeler Türkçe kaleme alınmalıdır. Yabancılar tarafından verilen dilekçeler bakımından dahi Türkçe

11 **Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009, s. 112.

12 **Armağan**, s. 81.

13 **Gözler**-Anayasa, s. 222.

14 **Fendoğlu**, Tahsin: “Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md.13.)”, Anayasa Yargısı 2002, C. 19, s. 121.

15 **Armağan**, s. 132.

16 Elektronik ortamda dilekçe verilebilmesi hakkında, 3071 sayılı Kanun'da ve Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması Konulu Genelge'de herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, 4982 sayılı, Bilgi Edinme Kanunu'nun 6'ncı maddesinde, bilgi edinme başvurusunun elektronik ortamda yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Günümüzdeki teknolojik gelişmeye uyum sağlamak ve ihtiyaçları karşılamak üzere dilekçe hakkının elektronik ortamda kullanılmasını sağlamaya yönelik değişiklikler yapılması yerinde olur. Bu amaçla, Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonu'nda uygulanacak olan “e-dilekçe” sistemine geçilmiştir. Bu sistem ile vatandaşlar internet üzerinde Cumhurbaşkanı, Başbakan, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne şikâyet ve taleplerini iletebilirler. Vatandaşlar, “e-kapı” adı altında internet üzerinden vatandaşlık kimlik numaraları ile Devletin tüm kurum ve kuruluşlarına internet üzerinden dilekçelerini gönderebilirler. Bkz. <http://edilekce.tbmm.gov.tr/Login.aspx> (30.06.2011).

yazılı olma şartı aranmıştır (3071 sayılı Kanun m. 3).

Türkiye Büyük Millet Meclisine veya yetkili makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerden; belli bir konuyu ihtiva etmeyenler, yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olanlar ve dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresi bilgilerini içermeyenler incelenemezler (3071 sayılı Kanun m. 6).

Dilekçenin incelenmesi için, belli bir konuya ilişkin olarak yazılmış olması gerekir (3071 sayılı Kanun m. 6). İncelenmeye, araştırılmaya, soruşturulmaya değer nitelikte, herhangi bir konu veya cevaplandırılması gereken herhangi bir talep içermeyen dilekçeler incelenmez. Dilekçeler, esas olarak bir menfaatin korunması amacıyla yazılır.<sup>17</sup> Bir dilekçede mutlaka bir talep, bir şikâyet veya her ikisi birlikte olmalıdır. Sadece belli bir kişiye veya makama yönelik övgü, tebrik ya da bağlılık ifade eden düşünce açıklamaları, dilekçe hakkı kapsamında incelemeye değer nitelik taşımaz.<sup>18</sup>

Dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresi bilgilerini içermeyen dilekçeler incelenmemektedir. Ancak, bu unsurları ihtiva etmemekle birlikte, başvurulara olayla ilgili inandırıcı mahiyette bilgi ve belgeler eklenmiş veya somut nitelikte bilgi, bulgu ya da olaylara dayanılıyor ise, bu hususlar ihbar kabul edilerek idarece işlem yapılabilir. Özellikle, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesinin son fıkrası uyarınca, iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz. Başsavcılar ve yetkili merciler ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerini gizli tutmak zorundadır.

Dilekçe hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir başka düzenleme, Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nün 116'ncı maddesinde bulunmaktadır. Buna göre, Dilekçe Komisyonunun; Başkan, Başkanvekili, Sözcü ve Kâtibinden oluşan Başkanlık Divanı, komisyona gelen dilekçeleri inceleyerek; belli bir konuyu ihtiva etmeyen, yeni bir kanunu veya bir kanun değişikliğini gerektiren, yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olan veya haklarında bu merciler tarafından verilmiş bir karar bulunan, yetkili idarî makamlarca verilen kesin cevap suretini ihtiva etmeyen, kanunun dilekçede bulunmasını zorunlu gördüğü şartlardan herhangi birini taşımayan dilekçelerin

17 Armağan, s. 76.

18 Armağan, s. 77; Erol, s. 278.



görüşülemeyeceğini karara bağlar. Bu hükümde, özellikle, yeni bir kanunu veya bir kanun değişikliğini gerektiren dilekçelerin incelenmemesi dikkat çekmektedir. Bu hükmün temelinde, yasama organına müdahaleden kaçınma amacı vardır. Ancak, dilekçe hakkını kullanan kişi, yasama organının münhasır yetkisine tecavüz etmemekte; bir kanun teklifinde bulunmamakta; sadece bir kanun konusunu hatırlatmaktadır.<sup>19</sup> Keza, Türkiye Büyük Millet Meclisi, kendisine gelen başvuru neticesinde, temel hak ve hürriyetlerin korunmasını sağlamak için gereken düzenlemeleri bir kanun şeklinde yapabilir.<sup>20</sup>

#### IV. YARGI MERCİLERİNİN GÖREVİNE GİREN KONULAR

Yargı mercilerin görevine giren konularla ilgili dilekçeler Kanun'un kapsamı dışındadır. Bir dilekçenin konusu, yargı mercilerinin görev alanına ilişkin ise, bu dilekçe hakkında, yetkili makamlar veya Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından herhangi bir inceleme, araştırma, soruşturma yapılamaz. Bu kapsama giren dilekçeyi alan yetkili makamlar veya Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonu durumu dilekçe sahibine yazılı olarak bildirilir ve dilekçeyi yargı merciine bir yazı ekinde intikal ettirir.<sup>21</sup>

3071 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde yer alan, yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olan dilekçelerin incelenmeyeceğine ilişkin hükmün temelinde, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve yargı bağımsızlığı bulunmaktadır. Kanun koyucu bu düzenlemeyle, kuvvetler ayrılığı prensibine uygun olarak yargı organlarının görevine giren bir konunun yürütme veya yasama organınca incelenmesini engellenmiştir. Yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olan dilekçelerin incelenmemesi esasını, dilekçe hakkının niteliğine bağlayan bir görüş de mevcuttur. **Tikveş'e** göre, “dilekçe hakkı, niteliği bakımından yargı dışı kamu kesimine ait bir haktır”.<sup>22</sup>

Yargı mercilerin görevine giren konularla ilgili dilekçeler “incelenemez” ifadesi, dilekçelerin cevaplandırılmayacağını anlamına gelir.<sup>23</sup> Dilekçe konusu itibariyle, yargı mercilerini ilgilendirdiğinde hiç bir işlem yapılamaz değildir. Böyle bir dilekçe alınır ve kayda geçirilir ve fakat, konusunun yargı mercilerinin görevine girdiği tespit edildiğinde, cevaplandırılmayacağına karar verilir.

Yargı organlarının görevine giren konularla ilgili dilekçelerden kasıt, henüz

19 Armağan, s. 123.

20 Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2011, s. 140.

21 Erol, s. 279.

22 Tikveş, s. 147.

23 Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü, Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması konulu, B.02.0.PPG.0.12-320-1327 sayılı Genelge, R.G. S. 25356, T, 25.01.2004.

soruşturması veya yargılaması devam eden konuları dilek veya şikâyet biçimde içeriğinde bulunduran dilekçelerdir. Yargılaması tamamlanmış ve kesin hüküm halini almış konular incelenmeyecek dilekçeler dışında olup, bu konular hakkında da dilekçe ile müracaat hakkı vardır. Bununla birlikte, bir kimsenin hatalı olarak kabul ettiği bir içtihadı karşı, kanun koyucunun faaliyete geçmesi talebini içeren dilekçelerin incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir.<sup>24</sup> Mahkeme kararının kesin hüküm niteliği taşıdığı, değiştirilmesinin mümkün olmadığı bu durumlara ilişkin olarak yazılan dilekçe, yasama organının, bir hususta kanun değişikliği yapılmasını talebini içeren bir dilekçe gibi değerlendirilmelidir. Örneğin, bir kişi kendisinin yargılanıp mahkûm olduğu bir Kanun maddesinin değiştirilmesi istemiyle yetkili makamlara veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne müracaat edebilir.

Karşılaştırmalı hukuk bakış açısını sağlamak açısından, Alman hukukunu değerlendirmek gerekirse, Alman Anayasa'sının 17'nci maddesine göre, herkesin tek başına veya toplu olarak, dilek ve şikâyetlerini yazılı olarak yetkili makamlara ve meclise bildirme hakkı vardır (GG Art. 17). Temel haklar arasında düzenlenen dilekçe hakkının yerine getirilmesi için, Federal Meclis, kendisine yöneltilen dilek ve şikâyetleri karara bağlamak üzere bir dilekçe komisyonu oluşturur (GG Art. 45c Abs. 1). Dilekçe Komisyonu'nun yetkileri federal bir kanunla düzenlenir (GG Art. 45c Abs. 2). Söz konusu Kanun'da, Dilekçe Komisyonu'nun sadece yetkileri düzenlenmiş, yargısal konulardaki dilekçeleri reddetme hakkından bahsedilmemiştir. İlgili Kanun'un 7'nci maddesinde, mahkemelerin ve idari makamların, dilekçe komisyonuna ve onun yetkilendirdiği üyelere resmî yardımlaşma yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmiştir.

Federal Meclis, Dilekçe Komisyonu'nun dilek ve şikâyetleri değerlendirmesine ilişkin ilkeleri düzenlenmiştir.<sup>25</sup> Bu ilkelerin Dilekçe Komisyonu'nun yetkilerini düzenleyen hükmüne göre, Komisyon, Federal Meclis'in yetki alanına giren konulardaki dilekçeleri inceleyebilir. Bir yargılamayla ilgili dilekçeler, ancak üç halde, Dilekçe Komisyonu tarafından incelenebilir:

- Bir hukukî uyumsuzlukta, yargılamaya katılanlardan olarak yetkili makamlardan belirli bir davranış biçimi talep edildiğinde,

24 Armağan, s. 82.

25 1989 yılından bu yana, pek çok değişikliğe uğrayan ilkelerin 25.11.2009 tarihindeki son hali için bkz. <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a02/grundsaeetze/verfahrensgrundsaeetze.html> (18.03.2010).

- Dilekçelerle ihlâl edilen bir içtihadın, gelecekte uygulanmasını imkânsız hale getirecek kanunî bir düzenleme gerektirdiğinde,
- Bir hükmün yerine getirilmemesinin, yetkili makamlardan talep edilmesi halinde.

Ancak, hâkimlerin bağımsızlığına bir müdahale gerektiren dilekçeler, hiçbir suretle Dilekçe Komisyonu tarafından ele alınmayacaktır.

1996 yılında Yeşiller Partisi, dilekçe hakkının güçlendirilmesi amacıyla bir kanun tasarısı hazırlamıştır.<sup>26</sup> Bu tasarıda, dilekçe hakkı ve ombudsmanlık arasında bağlantı kurulmuş; dilekçe komisyonuna yardımcı bir organ olarak ombudsman atanması önerilmiştir. Ombudsmanın yetkileri düzenlenirken, devam eden bir yargılamaya müdahale teşkil edecek veya yargısal bir kararın yeniden gözden geçirilmesi anlamına gelecek işlem yapamayacağı, bu hususlardaki dilekçeleri dikkate almaması gerektiği düzenlenmiştir. Bu hükmün gerekçesinde, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve yargı bağımsızlığı çerçevesinde, ombudsmanın yetkilerinin sınırlanması gereği belirtilmiştir. Ombudsmanın, ancak bir yargılama sırasında, resmî makamların davranışlarını ilgilendiren dilekçeler ile meşgul olabileceği hususu vurgulanmıştır. Ancak, bu tasarı kabul edilmemiştir.

Almanya'da çeşitli eyaletlerde,<sup>27</sup> dilekçe hakkına ilişkin kanunlarda, işleme konulmaları, devam eden bir yargılama müdahale veya bir hâkim kararının yeniden denetlenmesi anlamına gelecek dilekçeler değerlendirilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Alman hukukunda da, Türk hukukuna benzer bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir.

#### **A. Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Açısından Sınırlama**

Kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca, yasama, yürütme ve yargı erkleri birbirinden ayrı olarak düzenlenmiştir. Bu ilke, devlet iktidarını, bir dengeler sistemi halinde düzenleyerek, karşılıklı ağırlıklar kurmak suretiyle, gücün gücü durdurmasını sağlayan bir sınırlama aracı olarak kabul edilmektedir.<sup>28</sup> Yargı organı, yasama ve yürütme organlarından ayrı ve bağımsız bir organdır. Zira, yargı organı, hem yasama hem de yürütme organlarının işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemektedir. Hukuk devleti, devlet organlarının

26 Tasarının metni için bkz. <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/13/035/1303578.asc> (17.03.2010).

27 Thüringer eyaleti için bkz. [http://www.thueringen.de/imperia/md/content/landtag/publikationen/zumdownload/th\\_rpetg.pdf](http://www.thueringen.de/imperia/md/content/landtag/publikationen/zumdownload/th_rpetg.pdf);; Saksonya-Anhalt için bkz. <http://www.landtag.sachsen.de/de/petition/index.aspx>. ; Bayern için bkz. [http://by.juris.de/by/gesamt/PetG\\_BY.htm](http://by.juris.de/by/gesamt/PetG_BY.htm).

28 Kutlu, Mustafa: Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi, Hukuk Devletin Kökenleri, Ankara 2001, s. 205.

eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasını gerektirir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca, yargının yasama ve yürütme organlarından ayrı bir kuvvet olarak düzenlenmesi, yargı bağımsızlığının sağlanması bakımından tek başına yeterli değildir. Bunun için, başka bir takım düzenlemelere daha ihtiyaç vardır. Anayasa'da bu hususta çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

### B. Yargı Bağımsızlığı Açısından Sınırlama

Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır (Ay. m. 9). Bu madde uyarınca, bağımsız olan mahkemelerdir. Anayasa'nın, “Yargı” başlıklı üçüncü bölümünde, 138'inci maddenin başlığında “Mahkemelerin bağımsızlığı” ifadesine yer verilmiştir. Madde metninde ise, ilk fıkrada, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları düzenlenmiş; ikinci fıkrada, mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat verilemeyeceği; genelge gönderilemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunulamayacağı belirtilmiştir. Bu maddenin yorumlaması suretiyle, yargı bağımsızlığının iki boyut taşıdığı, bu bağlamda, hem mahkemelerin hem de hâkimlerin bağımsız olduğu sonucuna ulaşıyoruz.<sup>29</sup> Dolayısıyla, dilekçe hakkının kullanılması bakımından, hâkimler ve mahkemeler hakkında ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekir.

Hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlerin gerek yürütme gerekse yasama organına bağlı olmadıkları, onlardan bağımsız oldukları, bu iki organın hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, tavsiyelerde bulunamayacağı şeklinde ifade edilmiştir.<sup>30</sup>

Mahkemeler, yargılama görevini icra eden makamlardır. Bu makamlar, onu dolduran kişiler olan hâkimler değişse de, yürütme ve yasama organından bağımsız olarak faaliyetlerini sürdürürler. Bu bağlamda, hiçbir organ, makam ve ya mercii tarafından ne bir mahkemeye ne de bir hâkime hitaben emir ve talimat verilebilir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, kendisine sunulan bir dilekçe sebebiyle, görülmekte olan bir davaya müdahale edemeyeceği gibi, kesin hüküm gücüne

29 **Demirkol**, yargı bağımsızlığı kavramını kullanmakta; bu kavram ile hem hâkimlerin hem de mahkemelerin bağımsız olduklarını kabul etmektedir bkz. **Demirkol**, Ferman: Yargı Bağımsızlığı, İstanbul 1991, s. 47. **Kuru**, bağımsızlık, makamın değil; süjenin vasfı olduğundan, hâkimlerin bağımsızlığın ifadesinin yerinde olduğu görüşündedir, bkz. **Kuru**, Baki: Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966, s. 6. **Ünal** ise, Anayasa düzenlenmesinde, mahkemelerin kurum olarak ele alındığı; onların bağımsızlığını gerçekleştirmek için, yargı erkinin en önemli unsuru ve temsilcileri olan hâkimlerin bağımsız olduğunun ifade edildiğini belirtmiştir. Yazara göre, hâkim kişi olarak bağımsız olmaz; zira, bağımsızlık, hâkime tanınmış bir ayrıcalık ve bizzatı bir amaç değil; onun her türlü yabancı etkiden arınmış olarak adil karar vermesini sağlayacak bir araçtır, bkz. **Ünal**, Şeref: Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, Ankara 1994, s. 6.

30 **Kuru**, s. 6; **Gözler**-Anayasa, s. 847.

sahip olsun olmasın, mahkeme kararlarını ortadan kaldıramaz.<sup>31</sup> Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez (AY. m. 138).

### **C. Yargısal Faaliyet**

Yargısal faaliyetin tanımı yapılırken, özellikle yargısal faaliyet idari faaliyetten ayrılırken iki ayrı ölçüte dayanılmaktadır. Tanımlamada dayanak alınan ölçütlerin farklılığı, iki çeşit yargısal faaliyet tanımını ortaya çıkarmıştır: Şekli (organik) anlamda yargısal faaliyet ve maddi anlamda yargısal faaliyet.

#### **A. Şekli (Organik) Anlamda Yargısal Faaliyet**

Şekli anlamda yargısal faaliyetin ölçütü, faaliyette bulunan makam olup, bu ölçüte dayanılarak yapılan tanım uyarınca, mahkemelerin her türlü faaliyetleri yargısal faaliyet olarak kabul edilir.<sup>32</sup> Faaliyeti icra eden makamı esas alan bu ölçüt, yargı kavramını aydınlatmak için, yetersiz kalmaktadır. Çünkü, mahkemelerin her türlü faaliyetinin yargısal nitelik taşıdığı söylenemez. Mahkemelerin bütçe, organizasyon gibi idari faaliyetleri de bulunmaktadır. Hâkimlerin tayin - terfi ve özlük işlemleri ile kalem işlerinin yürütülmesine, personelin idaresine ilişkin işlemler, idari nitelik taşımaktadır. Yargısal faaliyeti açıklamak için yetersiz kalan bu ölçüt, ancak, yargısal faaliyetin bütün unsurlarını kapsayacak şekilde tanımlanmasında bir başlangıç noktası teşkil edebilir.<sup>33</sup>

#### **b. Maddi Anlamda Yargısal Faaliyet**

Maddi anlamda yargısal faaliyet tanımında, faaliyeti gerçekleştiren makamdan başka, faaliyetin temel nitelikleri esas alınarak bir tanımlama yapılmaktadır. Buna göre, soyut bir hukuk kuralının (hukuk düzenine ait bir normun) bağımsız ve tarafsız yargı organları aracılığıyla, yargısal usullere uyulmak suretiyle, somut bir olaya veya ilişkiye uygulanması yargısal

31 Armağan, s. 82.

32 Arslan, Ramazan/Tanrıver, Süha: Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001, s. 35; Gözler-Anayasa, s. 834; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2011, s. 69.

33 Arslan/Tanrıver, s. 35; Gözler-Anayasa, s. 834.

faaliyettir.<sup>34</sup> Örneğin, bir uyuşmazlığın dava biçiminde bir mahkeme tarafından görülmesi ve karara bağlanması.

Bu tanımlar değerlendirildiğinde, maddi anlamda yargısal faaliyetin esas alınması gereği sonucuna ulaşılmaktadır. Devlet mahkemeleri, yargı erkini, Türk milleti adına kullanan makamlar olmakla birlikte, onların yapmış oldukları her türlü işlemin veya verdikleri her türlü kararın yargısal nitelik taşıdığı kabul edilemez. Mahkemelerin idari nitelik taşıyan eylem ve işlemleri de bulunmaktadır. İşte, mahkemeler bu eylem ve işlemleri bakımından yargı yetkisini kullanmamakta; yürütmenin herhangi bir makamı gibi idari nitelik taşıyan eylem veya işlemi icra etmektedir. Hâkimlerin, mahkemelerin yazı işlerinin yürütülmesine, personelin idaresine ilişkin olarak yaptığı işlemler, yargı fonksiyonuna dahil değildir; bunlar, idari nitelikte işlemlerdir. Bir başka ifade ile, bu işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler değildir. Bu sebeple, bu işlemler dolayısıyla, Adalet Bakanlığı, hâkimlere emir ve talimat verebilir; genelge gönderebilir.<sup>35</sup> Keza, Anayasa Mahkemesi'nin 1964 yılına ait bir kararında, mahkemelerin idari nitelik taşıyan işlemlerinin düzenlenmesinde, Adalet Bakanlığı'nın genelge gönderme ve tedbir alma yetkisi açıkça vurgulanmıştır. Bu karardan sonra, 1982 Anayasası'nın 140'ıncı maddesinde, hâkimlerin idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlı olduğu hususu açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, 2010 yılı değişikliklerinden sonra Anayasa'nın 144'üncü maddesi uyarınca, adalet hizmetleri ile savcıların idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'nca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır.<sup>36</sup>

Mahkemelerin idari nitelik taşıyan eylem ve işlemlerinin, dilekçe hakkının kullanılmasına ilişkin olarak Dilekçe Kanunu ile getirilen yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olan dilekçelerin incelenmeyeceğine ilişkin hükmün kapsamı dışında bulunduğu görüşündeyiz. Bize göre, yargı

34 Arslan/Tanrıver, s. 35; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 69.

35 Kuru, s. 8; Gözler-Anayasa, s. 849.

36 “Hâkimler ve mahkemeler, kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi için de işlem yaparlar. Ancak bu işlemlerde, hâkim sıfatıyla değil, idari bir makam olarak hareket ederler. Bunlar, Adalet Bakanlığı adına yapılır ve bu işlemlerin hâkimlik sıfatıyla hiçbir ilgisi yoktur Nitekim, bu ve benzeri işlemler, Devletin diğer teşkilâtında hâkim sıfatını taşımayan idari makamlar tarafından yapılır. Anayasa Komisyonu raporunun 132 nci maddesine ilişkin gerekçesinde mahkemelerin idarî işlemleri de söz konusu edilmiş ve hâkimlere ve mahkemelere müdahale edilmemesi ilkesinin, yargı yetkisinin kullanılması halinde göz önünde tutulmak gerektiği ve mahkemelerin idari işlerinin düzenlenmesinde Adalet Bakanlığının genelge gönderme veya tedbir alma yetkisinin mevcut olduğu açıklanmıştır.” AYMK. T. 13.05.1964; E. 1963/99; bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1964/K1964-38.htm> (05.01.2010).

mercilerinin, idari nitelikteki eylem ve işlemleri elbette ki dilekçe hakkının kullanımına vücut verebilir. Çünkü, bu işlemlerin denetlenmesi bakımından başvurulabilecek mekanizmanın varlığı hukuk devletinin gereğidir. Yargı mercilerinin idari eylem ve işlemleri, bir uyumsuzluğa ilişkin nihai karar niteliği taşımadığı için, bunlara karşı, herhangi bir kanun yoluna da başvurulamaz. Ancak, Anayasa'nın 144'üncü maddesi uyarınca, adalet müfettişleri ve iç denetçiler tarafından inceleme yapılabilmesi mümkündür. Bu denetim yollarının işlerlik kazanmasında, dilekçe hakkının kullanılması suretiyle yetkili merciler önüne gelen dilek ve şikâyetler bir başlangıç noktası teşkil edebilir.

Dilekçe hakkının kullanılabilmesi yargısal hesap verilebilirlik kavramı altında da incelenebilir. Bir devlet erki olan yargı da diğer devlet erkleri gibi, çeşitli kamu kaynaklarını kullanmakta ve kamusal sorumluluklar üstlenmektedir. Bu boyutuyla, mahkemelerin eylem ve işlemlerinden dolayı hesap verebilir kılınmasının doğal karşılanması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>37</sup> Dilekçe hakkının kullanılması, yargısal hesap verilebilirliği sağlayan bir yol olarak kabul edilmelidir.

2010 yılı Anayasa değişiklikleri ile kabul edilen Kamu Denetçiliği Kurumu'nu da dilekçe hakkının yargısal konularda kullanımının sınırlandırılması açısından incelemek gerekir. Anayasa'nın 74'üncü maddesinde, “Dilekçe hakkı” başlığı altında düzenlenen kamu denetçisine başvuru, herkesin sahip olduğu bir haktır. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu esas olarak idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler. Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir. Bu amaçla hazırlanan ve bu çalışma kalem alındığı sırada henüz kanunlaşmamış olan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı, yargının denetlenmesine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Keza, Tasarı'nın 5'inci maddesine göre, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler Kurumun görev alanı dışındadır.

#### IV. SONUÇ

3071 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde yer alan, yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olan dilekçelerin incelenmeyeceğine ilişkin

37 Erol, s. 290; Güleler, Serdar: “Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik Ve Türk Yargı Sistemi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 2, s. 222.

hüküm, dilekçe hakkının kullanımını sınırlandırmaktadır. 3071 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde yer alan sınırlama, Anayasa'nın 74'üncü maddesinde yer alan dilekçe hakkının kullanımına ilişkin düzenlemenin sınırlarını aşmaktadır. Söz konusu sınırlama, mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin anayasal düzenlemelerin bir gereği olsa da, bu düzenlemelerden daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Söz konusu sınırlama, yargı mercilerinin görevine giren her türlü konuyu dilekçe hakkının kapsamı dışında tutmuştur.

Yargı mercileri, sadece yargısal kararlar vermemekte; idari nitelikte eylem ve işlemlerde de bulunmaktadırlar. Kanunî düzenlemenin yargı mercilerinin görevine giren her türlü konuyu dilekçe hakkının kapsamı dışında tutması, yargının idari nitelikli eylem ve işlemlerinin denetlenememesine neden olmaktadır. Bir hukuk devletinde, devletin her türlü eylem ve işlemin denetlenebilir olması gerekir.

Yargının idari eylem ve işlemleri hakkında, dilekçe hakkının kullanılmasının yolunun açılması, yargı bağımsızlığı sınırlama amacını taşımaz. Tam tersine yargı fonksiyonunun da diğer devlet organları gibi denetiminin sağlanması suretiyle daha adil bir yargı düzeni oluşturma amacına yöneliktir. Yargının denetlenmesi, yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürmez. Tam tersine hukuk devletinin bir unsuru olan güvenceli adalete ulaşmayı sağlar.

## KAYNAKÇA

- Armağan, Servet** : Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası, İstanbul 1972.
- Arslan, Ramazan/Tanrıver, Süha** : Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001.
- Demirkol, Ferman** : Yargı Bağımsızlığı, İstanbul 1991.
- Erol, Ahmet** : Dilekçe Hakkı ve Bilgi Edinme Hukuku, Ankara 2005.
- Fendoğlu, Tahsin** : “Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md.13.)”, Anayasa Yargısı 2002, C. 19, s. 111-148.
- Gözler, Kemal** : Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2011.
- Gözler, Kemal** : Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000 (Gözler-Anayasa).



- Gülener, Serdar** : “Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik Ve Türk Yargı Sistemi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 2, s.215-252.
- Hız, Yüksel/Yılmaz, Zekeriya**: Açıklamalı-Notlu-Gerekçeli Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Ankara 2004.
- Kaya, Cemil** : İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Ankara 2005.
- Kuru, Baki** : Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966.
- Kutlu, Mustafa** : Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi, Hukuk Devletini Kökenleri, Ankara 2001.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2011.
- Tikveş, Özkan** : “Dilekçe Hakkı”, Prof. Dr. Akif Erginay'a 65'inci Yaş Armağanı, Ankara 1981, s. 139 -147.
- Ünal, Şeref** : Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, Ankara 1994.

# YENİ HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NDA İHTİYATİ TEDBİR\*

AR. GÖR. İSMET MAZLUM\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi



## GİRİŞ

Normal bir yargılama süreci içerisinde maddi ilişkinin açıklığa kavuşturulması belli bir zaman içinde gerçekleştirilebilmekte ve bunun sonucu olarak da dava süreci uzun olabilmektedir. Ancak bu sürecin uzun olması bazen yargılama ile ulaşılmak istenen maddi gerçeğin açıklığa kavuşmasına engel olabilir veya bu gerçeğin elde edilmesi zorlaşabilir.

Dava sürecinin uzun sürmesinin nedenlerinden biri olarak yargılama usulü gösterilebilir. Yargılama usulünün tek tek yerine getirilmesi ve bu usullere uyulması sonucunda dava süreci uzun olabilmektedir.

Bu usullere ve sürelerle uyulması tarafların haklarının korunması adil yargılanma ilkesinin bir gereğidir. Aksi takdirde, telafisi güç ve imkansız sonuçlar doğabilecek ve adaletin gerçekleştirilebilmesi imkansız olabilecektir.

Bazı hallerde dava sonuna kadar beklenmesi durumunda tehlike ve önemli zararlar ortaya çıkabilir. Örneğin; dava konusu bozulmaya elverişli bir mal olup bunun dava sonuna kadar beklemesi halinde bozulması tehlikesi varsa, ihtiyati tedbir olarak o malın satılmasına ve bedelinin dava sonuna kadar saklanmasına karar verilebilecektir.

Diğer bir örnek ise, dava kazanılsa bile dava sırasında dava konusu olan şey başkasına devredilebileceğinden hüküm artık aynen icra edilemeyecektir.

## A. GENEL OLARAK

Yargılama süreci boyunca telafisi imkansız ve güç sonuçların doğmaması, tarafların haklarının korunması, adil bir yargılamanın yapılması ve maddi gerçeğin açıklığa kavuşturulabilmesi bakımından geçici hukuki koruma tedbirleri medeni yargılama hukuku sistemimizde yer almaktadır.

Geçici hukuki koruma bir yönü ile medeni yargılama hukuku sistemi içinde yer alıp onun amacı ile paralellik gösterirken, diğer yandan hakkın tamamen korumasız kalması ile asıl yargılama arasında geçen süreçte bir köprü görevi üstlenir. Geçici hukuki koruma kötü niyetli davranışlara engel olmak ve yargılamanın sonucunun tehlikeye girmesini bertaraf etmek için fiili bir zorunluluk olması yanında hukuki bir zorunluluktur. Geçici hukuki korumanın asıl yargılamayı tamamlayıcı bir fonksiyonu bulunmaktadır, bu yönüyle yargılama hukukunun amacıyla bir bütünlük oluşturmaktadır.<sup>1</sup>

Genel olarak geçici hukuki korumaların temel özellikleri şunlardır:<sup>2</sup>

- Yargı organlarınca karar verilir.
- Her iki tarafça da istenebilir.
- Geçici niteliktedir.
- İnceleme basit ve çabuk şekilde yapılır.
- Kararlar bağlayıcı ve zorlayıcıdır.
- Yargılamada kural olarak yaklaşık ispatla yetinilir.
- Hukuki dinlenilme hakkı bakımından karşı taraf önceden dinlenmeden de karar verilebilir

Geçici hukuki koruma ile ihtiyati tedbir kavramı da birbirinden ayrı kavramlardır. Geçici hukuki koruma daha genel ve üst kavram olarak kabul edilirken ihtiyati tedbir, geçici hukuki korumanın bir türüdür.

## B. İHTİYATİ TEDBİR KAVRAMI

Yargılama sonuçlanıncaya kadar geçen süre içerisinde müddeabih çeşitli şekillerde telafisi güç veya imkansız durumlara maruz kalabilir. Bunun sonucunda yargılama ile ulaşılmak istenen sonuç mümkün olmayabilir veya güçleşebilir. Bu durumdan hareketle ihtiyati tedbirin tanımı yapılmıştır. *'İhtiyati tedbir kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş geçici nitelikte geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır.'*<sup>3</sup>

1 Pekcantez,H;Atalay,O;Özekes,M:Medeni Usul Hükümleri,Ankara,2011,s.658

2 Pekcantez,H;Atalay,O;Özekes,M:a.g.e,s.660

3 Pekcantez,H;Atalay,O;Özekes,M:a.g.e,s.661

İhtiyati tedbirin diğer tanımında ise, '*Dava sırasında davalının müddeabihî başkasına temlik etmesi mümkün olduğundan davacının davayı kazanması halinde dava konusu şeye kavuşması tehlikeye girebileceğinden davacının dava konusu mala kavuşmasını daha dava sırasında hatta davadan önce güvence altına almaya yarayan tedbirlere ihtiyati tedbirler denir.*'<sup>4</sup>

### C. İHTİYATİ TEDBİRİN ŞARTLARI

İhtiyati tedbirde asıl olan, ihtiyati tedbire esas olan bir hakkın bulunması ve bir ihtiyati tedbir sebebinin ortaya çıkmasıdır. Bunlar ihtiyati tedbirin temel şartlarını oluşturmaktadırlar. Bu temel şartlardan doğan sonuçlar ise HMK.389 maddesinde açıklığa kavuşturularak sayılmıştır. Buna göre ihtiyati tedbirin şartları olarak;

- Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması,
- Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin tamamen imkansız hale gelmesi,
- Gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde,

ihtiyati tedbirin şartları gerçekleşmiş olacak ve bu durumda mahkeme ihtiyati tedbir kararı verebilecektir.

### D. İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ

İhtiyati tedbir dava açıldıktan sonra istenebileceği gibi dava açılmadan önce de ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilir. İhtiyati tedbir bir dava değildir. Bu nedenle özellikle dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talep ediliyorsa ihtiyati tedbir yargılamasında taraflar ihtiyati tedbir talep eden ve karşı taraf şeklinde belirlenmelidir. Davacı ve davalı terimleri bu aşamada kullanılmaz.

İhtiyati tedbir dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise, ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir (HMK.m.390/1). Görev(vazife), bir davaya o yerdeki hukuk mahkemelerinden hangisi tarafından bakılacağını belirtmektedir. Yetki(salahiyet) ise, bir davaya hangi yerdeki ilk derece mahkemesi bakacağına ilişkin durumun tespitinden ibarettir. HMK.m.390/1 düzenlemesi 1086 sayılı Kanun zamanında hiç ilgisi olmayan mahkemelerden ihtiyati tedbir istenmesi nedeniyle bu durumun önüne geçmek amacıyla düzenlenmiştir.<sup>5</sup> Böylece

4 Kuru,B;Arslan,R;Yılmaz,E :Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2008,s. 613

5 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu,s.112

ihtiyati tedbirde yetki ve görevle ilgili belirsizlik, kötüye kullanmaya açık olan durum açıklığa kavuşturulmuştur. İstinaf aşamasında da ilk derece mahkemesindeki yargılama usulüne atıf yapıldığından istinaf yargılaması sırasında şartlar oluşmuşsa ilgili bölge adliye mahkemesinden tedbir talebinde bulunulabilir.<sup>6</sup>

Genel anlamda geçici hukuki koruma özel olarak da ihtiyati tedbir yargılamasını davadan ayıran temel iki özelliğinden biri hukuki dinlenilme hakkı ,diğeri ise ispat bakımındandır.<sup>7</sup>

Talep edenin haklarının derhal korunmasında zorunluluk bulunan hallerde hakim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir (HMK.m.390/2). Burada karşı tarafın dinlenmeden ihtiyati tedbire karar verilmesi durumunda genel anlamda, adil yargılanma hakkını; özel anlamda ise, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmemesine özen gösterilmelidir. Adil yargılanma hakkı, medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından makul süre içerisinde,aleni biçimde, hakkaniyete uygun olarak yargılanma hakkını ifade eder (AİHS m.6). Ayrıca, Anayasa'nın 36. maddesinde 'herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir' şeklinde bir düzenleme de yer almaktadır

Genel anlamda adil yargılanma hakkının, özel anlamda da hukuki dinlenilme hakkının HMK m.390/2 ile yapılan düzenleme ile ihlal edildiği söylenemez. Hukuk Muhakemeleri Kanunun 27.maddesinde hukuki dinlenilme hakkı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, '(1)Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.(2)Bu hak;

- a)Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,
  - b)Açıklama ve ispat hakkını,
  - c)Mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararlarını somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini,
- içerir.'

Adil yargılanma hakkı ise, madde içersinde yapılan bir takım düzenlemeler ile korunmuştur.

Bunlardan ilki, madde metninde yer alan 'Talep edenin haklarının derhal korunmasında zorunluluk bulunan haller....' ifadesinin yer almasıdır. Hakim

6 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu,s.112

7 Pekcanitez,H;Atalay,O;Özekes,M:a.g.e,s.665

ihtiyati tedbire karar verirken keyfi bir uygulamaya gidemeyecek ve talep edenin haklarının derhal korunmasında zorunluluğun bulunması koşulunu arayacaktır. Hakim, ancak talep edenin hakkının derhal korunmasında bir zorunluluğun bulunmadığına kanaat getirirse veya talep edenin hakkının korunması, karşı tarafın hakkının ağır şekilde ihlaline yol açarsa hakim ihtiyati tedbir kararı vermemelidir.

İkinci olarak, 'karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir (HMK m.394/)' şeklinde bir düzenleme kanunumuzda yer almaktadır. Karşı tarafa dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararına itiraz imkanı tanınarak adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı korunmuş olmaktadır.

Üçüncü olarak da, tazminata ilişkin düzenleme ihtiyati tedbir içerisinde yer alarak adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkının korunması amacıyla doğru bir adım atıldığı söylenebilir. Buna göre, 'Lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılırsa haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararı tazminle yükümlüdür (HMK m.399/1)'.

Sayılan bu üç koruma mekanizması ile genel anlamda adil yargılanma hakkı özel anlamda ise hukuki dinlenilme hakkı ilkeleri korunmuş; ihlal edilmemiştir.

Geçici hukuki koruma yargılamasını asıl hukuki korumadan ayıran diğer bir özellik ispat ölçüsü bakımındandır. İspat; genel anlamda bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığı konusunda hakimi inandırma faaliyetidir.<sup>8</sup> Davada ispat taraflarca iddia edilen talebin dayandığı hukuk kuralının koşul vakıalarının somut olarak iddia edildiği gibi gerçekleştiği konusunda hakimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma faaliyetidir.<sup>9</sup> İspatın bir başka tanımı ise; dava konusu yapılan hakkın gerçekten var olup olmadığının anlaşılması ile maddi hukukun o hakkın doğumu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığının tespit edilmesi sonucunda ve dava konusu hakka karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denir.<sup>10</sup>

Kanunda açıkça öngörülmemişse ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa bir davada yaklaşık ispat değil tam ispat aranır. Çünkü hakim mevcut ispat ve delil

8 Pekcanitez,H;Atalay,O;Özekes,M:a.g.e.s.412

9 Pekcanitez,H;Atalay,O;Özekes,M:a.g.e.s.412

10 Kuru,B;Arslan,R;Yılmaz,E:Medeni Usul Hukuku,Ankara,2008,s.375



kuralları çerçevesinde tarafların iddia ettiği bir vakıa konusunda tam bir kanaate varmadan o vakıayı doğru kabul edemez. Tam ispatta hakimın iddia edilen olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine tam olarak inanması, bu konuda makul ve kabul edilebilir bir şüphesinin olmaması gerekir. Yaklaşık ispatta ise hakim ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmelidir; ancak bu vakıanın gerçekleşmeyebileceği konusunda bir ihtimal de her zaman bulunmalıdır.<sup>11</sup> Yaklaşık ispattan söz edebilmek için bir ispat faaliyeti bulunmalıdır. Ancak bu ispat, ileri sürülen iddia edilen husus hakkında hakimde tam kanaat uyanmasını sağlayan tam ispat olmayıp gerekçelendirilmiş iddiadan daha fazla tam ispattan daha az bir durumu ifade eder ki, bu da ileri sürülen vakıaların olabilirliği hakkında kuvvetli bir kanaat uyandırılmasıdır.<sup>12</sup>

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yaklaşık ispata ilişkin düzenleme, yaklaşık ispatın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Buna göre, tedbir talep eden taraf dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır (HMK m.390/3). Burada yaklaşık ispatla yetinilmiş olması ispatın aranmayacağı ya da ispat kurallarının tamamen dışına çıkılacağı anlamına gelmez. Bir taraf iddiasını mahkeme önüne ne kadar inandırıcı şekilde getirirse getirsin bu sadece iddiadan ibarettir. İddia edilen vakıanın sabit yani doğru kabul edilebilmesi için ispat yükü üzerine düşen tarafın bunu kanundaki delil sistemi içinde yine kanunun aradığı ispat ölçüsü çerçevesinde ispat etmesi gerekir. Tam ispatın arandığı durumlarda, bu ölçü tereddütsüz ortaya konmalıdır. Yaklaşık ispat durumunda ise hakim iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte, zayıf bir ihtimal de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalini göz ardı etmez. Bu sebeptendir ki, geçici hukuki korumalara haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması öngörülmüştür.<sup>13</sup>

### **E. İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ HAKKINDA KARAR**

Mahkeme ihtiyati tedbir kararı verirken asıl uyuşmazlığı çözecek mahiyette bir karar vermemelidir. Aksi halde, geçici hukuki koruma olan ihtiyati tedbir, dava sonucunda verilecek nihai kararın yerine ikame edilmiş olur. Mahkeme tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yedimeine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar

11 Özkes, M: İhtiyati Haciz, Ankara, 1999, s.221

12 Özkes, M: a.g.e., s.221

13 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s.113

verebilir (HMK391/1)

İhtiyati tedbir kararının amacını gerçekleştirmek için ne yönde verilebileceği örnekleyici bir sayımla belirtilmiş ancak mahkemenin gerekli tedbirleri alması sınırlandırılmamıştır. Bu çerçevede, uygulamada en çok karşılaşılan tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yedimeine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması açıkça sayılmıştır.<sup>14</sup>

İhtiyati tedbir talebinin reddi halinde kanun yoluna başvurulabilir (HMK m.391/3). İhtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamaması, bu kurumun kötüye kullanılmasına farklı mahkemelerce aynı konularda farklı kararların verilmesine ve bu kararların denetim dışı kalması gibi bir sakıncaya yol açmıştır. Kanun yolunun açılmış olması sebebiyle ihtiyati tedbir konusunda daha sağlıklı kararların verilmesi ve yeknesaklığın sağlanması mümkün olacaktır. Kanun yoluna başvuru halinde, ihtiyati tedbirin özelliği gereği inceleme öncelikle yapılacak ve verilen karar kesin olacaktır.<sup>15</sup>

#### **F. İHTİYATİ TEDBİRİ TAMAMLAYAN İŞLEMLER**

İhtiyati tedbir dava açılmadan önce istenebileceği gibi, dava açıldıktan sonra da istenebilir. İhtiyati tedbir kararı dava sırasında talep edilmişse tedbir yargılaması dışında tarafın yapması gereken bir işlem yoktur. Ancak, dava açılmadan önce verilen ihtiyati tedbir kararı için tarafa ihtiyati tedbiri tamamlayan bir takım yükümlülükler getirilmiştir. İhtiyati tedbir kararı dava açılmadan önce verilmişse tedbir talep eden bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurtmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi halde tedbir kendiliğinden kalkar (HMK m.397/1).İhtiyati tedbir dosyası asıl dava dosyasının eki sayılır (HMK m.397/4).

Belirtilen işlemlerin süresinde ve usulüne uygun olarak yapılması durumunda ihtiyati tedbir kararının etkisi aksi belirtilmediği takdirde nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder (HMK m.397/2).

#### **G. İHTİYATİ TEDBİR KARARININ UYGULANMASI**

İhtiyati tedbir kararının uygulanması verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi halde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi tedbir kararı kendiliğinden kalkar (HMK m. 393/1).

14 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s.114

15 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s.115

İhtiyati tedbirin uygulanması bakımından 1086 sayılı Kanunda bir süre düzenlemesi mevcut değildi. Geçici koruma niteliindeki ihtiyati tedbirin çok uzun süre uygulanmadan ayakta kalması kötüye kullanıma açık bir durum ortaya çıkarmakta ve bu hal tedbir alma amacına da aykırı düşmektedir. Tedbirin gereğinin biran önce yerine getirilmesini sağlamak için, tedbir kararını alan, asıl davasını açmış ancak süresinde uygulamamışsa bu durumda tedbirin kalkması öngörülmüştür. Tedbirin ayakta kalması için süresinde uygulanmasının talep edilmesi yeterli sayılmıştır.<sup>16</sup>

Tedbir kararının uygulanması kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edilir (HMK m.393/2). Taşınmaz hakkındaki ihtiyati tedbirler için sadece tapuda işlem yapılması yeterli ise, tedbir kararının doğrudan mahkeme tarafından tapu idaresine yazılması yeterlidir.<sup>17</sup>

İhtiyati tedbir kararının uygulanması için gerekirse zor kullanılabilir. Zor kullanmak hususunda bütün kolluk kuvvetleri ve köylerde muhtarlar uygulamayı gerçekleştirecek memurun yazılı başvurusu üzerine, kendisine yardım etmek ve emirlerine uymakla görevlidir (HMK m.393/3).

İhtiyati tedbiri uygulayan memur bir tutanak düzenler. Bu tutanakta tedbir konusu ve bulunduğu yer gösterilir;tedbir konusu ile ilgili her türlü iddia bu tutanağa geçirilir. Tedbiri uygulayan memur bu tutanağın bir örneğini tebliğ sırasında hazır bulunmayan taraflara ve duruma göre üçüncü kişiye tebliğ eder (HMK m. 393/4)

## **H. İHTİYATİ TEDBİR KARARINA KARŞI BAŞVURULABİLECEK YOLLAR**

İhtiyati tedbir kararına karşı konulması için kullanılabilecek yollar kanunda belirtilmiştir. Bu yolların başında ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz gelmektedir. İkinci yol ise, durum ve şartların değişmesi sebebiyle ihtiyati tedbire itiraz; üçüncüsü ise teminat karşılığı tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması talebi olmaktadır.

### **1. İhtiyati Tedbir Kararına Karşı İtiraz**

Karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. Aksine karar verilmedikçe itiraz icrayı durdurmaz (HMK m.394/1). Bu fıkradan anlaşılması gereken ihtiyati tedbir kararında bu karara karşı düzenlenmiş bir yolun olduğu ve bu yolun yani itiraz hakkının

<sup>16</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s.115

<sup>17</sup> Pekcanitez, H;Atalay,O;Özekes,M:a.g.e,s.669

kullanılabilmesinin koşulu olarak karşı taraf dinlenmeden verilmiş bir ihtiyati tedbir kararının varlığı arandığıdır. Ayrıca, ihtiyati tedbir kararına karşı yapılan itirazın aksine karar verildiği takdirde icrayı durdurma kabiliyetine sahip olduğu da bu fıkradan anlaşılmalıdır.

HMK m.394/1 maddesinde tanınan itiraz hakkının niteliği konusunda gerekli değerlendirmeler yapılmalıdır. Buradaki itiraz dar ve teknik anlamda kanun yolu değildir. Dar anlamda kanun yolundan bahsedebilmek için bu yolun karakteristik iki özelliğinin de bulunması gerekir. Bunlardan birincisi, kanun yolunun erteleyici etkisi; diğeri ise aktarıcı etkisi yani kararın bir üst mahkeme tarafından incelenmesidir.

*Erteleyici etki*; nihai karar aleyhine kanun yoluna başvurulması halinde hükmün şekli anlamada kesinleşmesinin önlenmesidir. Kanun yoluna başvurulması kararın şekli anlamda kesinleşmesini önlemektedir. Kanun yolunun *aktarıcı etkisi* ise kanun yolu incelemesinin bir üst mahkeme tarafından yapılmasıdır.<sup>18</sup> İhtiyati tedbir kararına karşı yapılan itirazın hukuki niteliği bakımından, dar anlamda kanun yolu olmadığı söylenebilir. Çünkü, ihtiyati tedbir kararına karşı yapılan itiraz, dar anlamda kanun yolunun karakteristik iki özelliği olan aktarıcı etkiye ve erteleyici etkiye sahip değildir.

Medeni usul hukukunda tarafların özel hukuka ilişkin hakları söz konusu olduğundan kanun yolu kontrolü kendiliğinden değil; ancak taraflardan birisinin başvurusu üzerine yapılır. Mahkeme kararlarına karşı tarafların karşı koyabilecekleri bazı başvuru olanakları öngörülmüştür ki bunlara hukuki çare denilmektedir. İhtiyati tedbir kararı mahkeme tarafından verilen bir karardır. İhtiyati tedbir kararına karşı yapılacak olan itiraz, mahkeme kararına karşı tarafların başvuru olanağı olarak kabul edilmektedir. İtiraz, mahkeme kararına karşı koymaya imkan sağlayan bir başvuru olanağı olması nedeniyle hukuki çare olarak kabul edilebilir. Geniş anlamda kanun yolu olarak hukuki çare de sayılabildiğine göre, itirazı geniş anlamda kanun yolu içine almak yerinde olacaktır.

İhtiyati tedbirin uygulanması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa, tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak kararı veren mahkemeye itiraz edebilir (HMK m.394/2). Buradan çıkarılacak sonuç tedbire itirazın süresi içinde;

18 Pekcanitez,H;Atalay,O;Özekes,M:a.g.e,s.585

- İhtiyati tedbirin şartlarına
- Mahkemenin yetkisine
- Teminata

karşı yapılabileceğidir.

İtiraz bakımından ihtiyati tedbir kararı verilirken duruşma yapılmış veya yapılmamış olması ayırımına gidilmemiştir. Böylece kendisinin de hazır bulunduğu duruşmada dinlenerek karar verilmiş olsa dahi karşı tarafın itiraz yoluna başvurması mümkündür. Çünkü itiraz tedbire karşı başvurulmuş bir hukuki çaredir. Bu çareden karar verilirken dinlenilsin veya dinlenilmesin karşı tarafı yararlandırmak gerekir.<sup>19</sup>

İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler (HMK m.394/3). Bu düzenleme ile üçüncü kişilere de ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz hakkı tanınmış olmaktadır.

İtiraz dilekçeyle yapılır. İtiraz eden itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. Mahkeme ilgilileri dinlemek üzere davet eder; gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verir. İtiraz üzerine mahkeme tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir (HMK m.394/4).

İtiraz hakkında verilen karara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması tedbirin uygulanmasını durdurmaz (HMK m.394/5). Burada söz konusu olan kanun yolu istinaftır (HMK m.341/1).<sup>20</sup>

## **2. Teminat Karşılığı Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması**

Aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen veya hakkında bu tedbir kararı uygulanan kişi mahkemece kabul edilecek teminatı gösterirse, mahkeme, duruma göre tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına karar verebilir (HMK m.395/1). Aleyhine tedbir kararı verilen veya uygulanan kişi, teminat karşılığı tedbirin kaldırılmasını isteyebilecektir. Böylece, sadece aleyhine tedbir kararı alınan karşı taraf değil; hakkında ihtiyati tedbir kararı uygulanan üçüncü kişinin de bu imkandan yararlanması kabul edilmek suretiyle itiraza paralel bir düzenleme yapılmıştır. Gösterilecek teminatın tür ve miktarını mahkeme belirleyecektir (HMK m.87).

19 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s.116

20 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Rapor

### 3. Durum ve Koşulların Değişmesi Sebebiyle Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması

Yokluğunda tedbir kararı verilenin karara itirazı halinde sadece bu durumdan yokluğunda tedbire karar verilen kişi yararlanır. Oysa burada açıklanan itiraz imkanından ister dinlensin isterse yokluğunda karar verilsin aleyhine tedbire karar verilenin de yararlanması mümkündür. Bu halde; ihtiyati tedbir kararı verilirken mevcut olan şartların değiştiği veya tamamen ortadan kalktığı ileri sürülerek tedbire itiraz edilmektedir.<sup>21</sup> Durum ve koşulların değiştiği sabit olursa, talep üzerine ihtiyati tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına teminat aranmaksızın karar verilebilmektedir (HMK m.396/1).

#### İ. İHTİYATİ TEDBİRE MUHALEFETİN CEZASI

İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır. Görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme; esas hakkındaki dava açılmışsa bu davanın görüldüğü mahkemedir (HMK m.398). Disiplin hapsi; kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverme hükümleri uygulanmayan, ertelenmeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi ifade eder (CMK m.2).

#### İ. İHTİYATİ TEDBİRDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVASI

Lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılır ise haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararı tazminle yükümlüdür (HMK m.399).İhtiyati tedbir kararı verilirken geçici bir hukuki koruma olması nedeniyle, tam bir inceleme yapılmadan, yaklaşık ispatla yetinilerek karar verilmekte ve çoğu kez de karşı tarafın ve üçüncü kişilerin zarar görmesi söz konusu olabilmektedir. Tedbir talep edenin talebinde haksız olduğu anlaşılır ise, bu tedbirden zarar görenler talepte bulunana karşı bir tazminat davası açabilirler. Burada sorumluluk kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilmektedir.<sup>22</sup>

Haksız ihtiyati tedbirden dolayı açılacak tazminat davasının şartlarını haksız fiil hakkındaki hükümlerden yararlanmak suretiyle açıklamak

21 Pekcanitez,H;Atalay,O;Özekes,M:a.g.e,s.671

22 Pekcanitez,H;Atalay,O;Özekes,M:a.g.e,s.672

mümkündür. Buna göre şartlar:

- İhtiyati tedbir kararının icra edilmiş olması
- İhtiyati tedbirin haksız olması
- Zarar
- Uygun illiyet bağı
- Kusursuz sorumluluk
- Bu şartlara ilave olarak, lehine tedbir kararı verilen kimse aleyhine tazminata karar verilebilmesi için;
- İhtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğunun anlaşılması,
- Tedbirin gerekleri süresinde yerine getirilmediğinden kendiliğinden kalkması,
- Tedbirin itiraz üzerine kaldırılmış olması gereklidir.

Haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır (HMK m.399/2). Genel mahkemelerde bu davanın görülmesi nedeniyle genel yargılama hükümleri uygulanacak ve yargılama sonucunda verilen karara karşı bu genel yargılama hükümlerine uygun olan kanun yoluna gidilebilecektir.

Tazminat davası açma hakkı hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren bir yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar (HMK m.399/3). İhtiyati tedbir alınmasından kaynaklanan tazminat davasının özellikleri dikkate alınarak zamanaşımı süresinin açıkça ve diğer haksız fiillerden farklı olarak düzenlenmesi uygun bulunmuştur. Tazminat davası açma hakkı bir yıllık süreye tabi kılınmış ve bu süre hükmün kesinleşmesinden veya bir hüküm yoksa ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren başlatılmıştır.<sup>23</sup>

## SONUÇ

Normal bir yargılama süreci içerisinde maddi ilişkinin açıklığa kavuşturulması belli bir zaman içinde gerçekleştirilebilmekte ve bunun sonucu olarak da dava süreci uzun olabilmektedir. Ancak bu sürecin uzun olması bazen yargılama ile ulaşılmak istenen maddi gerçeğin açıklığa kavuşmasına engel olabilir veya bu gerçeğin elde edilmesi zorlaşabilir. Dava sürecinin uzun sürmesinin nedenlerinden biri olarak yargılama usulü gösterilebilir. Yargılama aşamalarının tek tek yerine getirilmesi ve usullere uyulması sonucunda dava süreci uzun olabilmektedir. Bu usullere ve sürelerle uyulması tarafların haklarının korunması ve adil yargılanma ilkesinin bir gereğidir. Aksi takdirde

23 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s.118

telafisi güç ve imkansız sonuçlar doğabilecek ve adaletin gerçekleştirilebilmesi imkansız olabilecektir. İşte yargılama süreci boyunca telafisi güç veya imkansız sonuçların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla, ihtiyati tedbir kurumu hukukumuzda yer almaktadır.

İhtiyati tedbir dava açıldıktan sonra istenebileceği gibi dava açılmadan önce de ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilir. İhtiyati tedbir bir dava değildir. Bu nedenle özellikle dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talep ediliyorsa, ihtiyati tedbir yargılamasında taraflar ihtiyati tedbir talep eden ve karşı taraf şeklinde belirlenmelidir.

İhtiyati tedbir dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise, ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir (HMK m. 390/1).

Mahkeme ihtiyati tedbir kararı verirken asıl uyuşmazlığı çözecek mahiyette bir karar vermemelidir. Aksi halde, geçici hukuki koruma olan ihtiyati tedbir davanın yerine ikame edilmiş olur. Mahkeme tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yedimeine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir (HMK391/1).

İhtiyati tedbir kararı dava açılmadan önce verilmişse, tedbir talep eden bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurtmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi halde, tedbir kendiliğinden kalkar (HMK m.397/1).İhtiyati tedbir dosyası asıl dava dosyasının eki sayılır (HMK m.397/4).

İhtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi halde kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi tedbir kararı kendiliğinden kalkar (HMK m.393/1).

İhtiyati tedbir kararına karşı konulması için kullanılabilecek yollar kanunda belirtilmiştir. Bu yolların başında, ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz gelmektedir. Bir diğer yol ise, durum ve şartların değişmesi sebebiyle ihtiyati tedbire itiraz; diğeri ise teminat karşılığı tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması talebi olmaktadır.

Karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. Aksine karar verilmedikçe itiraz icrayı durdurmaz (HMK m.394/1). İhtiyati tedbirin uygulanması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa, tedbirin uygulanmasına ilişkin



tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak kararı veren mahkemeye itiraz edebilir (HMK m. 394/2). İtiraz hakkında verilen karara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru, öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması tedbirin uygulanmasını durdurmaz (HMK m.394/5). Burada söz konusu olan kanun yolu istinaftır (HMK m.341/1).

Aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen veya hakkında bu tedbir kararı uygulanan kişi mahkemece kabul edilecek teminatı gösterirse, mahkeme, duruma göre, tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına karar verebilir (HMK m.395/1).

Durum ve koşulların değiştiği sabit olursa talep üzerine ihtiyati tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına teminat aranmaksızın karar verilebilmektedir (HMK m.396/1).

Lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılır ise, haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararı tazminle yükümlüdür(HMK m.399).

#### **KAYNAKÇA**

**ALANGOYA,Yavuz/YILDIRIM,Kamil/DEREN,Nevhis:** Medeni Usul Hukuku Esasları, Ankara, 2009.

**GÖZÜBÜYÜK,Şeref/GÖLCÜKLÜ,Feyyaz:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Ankara, 2009.

#### **Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu**

**KURT KONCA,Nesibe:** Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara, 2009.

**KURU,Baki/ARSLAN,Ramazan/YILMAZ,Ejder:**Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2008.

**ÖZEKES,Muhammet:** Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, 2003.

**ÖZEKES,Muhammet:** İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara, 1999.

**PEKCANITEZ,Hakan/ATALAY,Oğuz/ÖZEKES,Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2011.

**ÜSTÜNDAĞ,Saim:** Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 2000.

**YILMAZ,Ejder:** Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ankara, 2001.

---

# Türk Borçlar Kanunu'nun Kabulünden Sonra İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

---

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU\*

\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi



6098 sayılı TBK (Türk Borçlar Kanunu), henüz yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte, diğer iş ilişkisi konularında olduğu gibi haklı nedenle fesih konusunda da, BK (Borçlar Kanunu)da ve İş Kanunlarında yer almayan, bu bakımdan ilk defa Hukukumuzda söze konu olan düzenlemeler içermektedir. Sadece kapsamındaki iş ilişkilerini değil, İş Kanunlarının kapsamındaki iş ilişkilerini de genel hüküm olarak etkileyeceğinden TBK'nın kabulüyle birlikte yeni hukuki düzenlemeler bağlamında haklı nedenle fesih elbette kapsamlı,derinlikli bir etüdü hak etmektedir. Biz burada haklı nedenle feshe bu yeni hukuki düzenlemeleri de dikkate alarak sadece makale ölçeğinde bir katkıda bulunuyoruz

### **I. Haklı Neden Kavramı**

Haklı nedenle fesih hakkı, süreli fesih hakkından farklı olarak sözleşmenin mahiyetinden değil de kullanımı kanunun “haklı neden” kabul ettiği hallerle sınırlı olmak üzere kanundan doğan bir fesih hakkıdır. Bununla birlikte “haklı neden” kanunda tanımlanmadığı gibi Borçlar Kanunlarıyla İş Kanunları arasında kavrama yaklaşım yönünden farklılıklar mevcuttur. Nitekim BK. md. 344/f.2'de “Ezcümle ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnüniyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra

etmemekte haklı gösteren her hal muhik (haklı) bir sebep teşkil eder” denilmek suretiyle bir tanımdan ziyade haklı nedenin esası gösterilmekte,<sup>1</sup> bu maddenin üçüncü fıkrasına göre de bu hallerin mevcudiyetini yargıcın takdir edeceği belirtilmektedir. TBK md. 435/f.2'ye göre ise “sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır”. denilmek suretiyle BK'daki gibi “ahlaka müteallik sebepler” e karşılık gelecek bir ifadeye yer verilmemiş, dürüstlük kuralları ile yetinilmiştir ki bu hususun fesih hakkının kullanılmasını sınırlandırıcı bir etkisinin bulunmadığı açıktır. Ayrıca TBK'da haklı neden, BK'daki gibi “akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal” olarak değil “ hizmet ilişkisini(n) sürdür(ül)mesi(nin) beklenemeye(ceği) bütün durum ve koşullar” olarak değerlendirilmekte ve “beklenemezlik” ölçütüne dayandırılmaktadır. Genel olarak hukukta “beklenemezlik”, bir tarafın borçlandığı edimin ifasının önünde ortaya çıkan ve ifayı çok güçleştiren bir hal, yani çok ciddi sıkıntılarla aşılabilecek bir ifa engeli karşısında artık o tarafın borcunu ifa etmemesi nedeniyle sözleşmeye aykırı davrandığının, buna göre de kusurlu olduğunun dürüstlük kuralı gereğince söylenememesidir. Sürekli bir borç ilişkisi olan iş ilişkisinde de bir taraf için o denli önemli ve ciddi bir hal ortaya çıkabilir ki dürüstlük kuralına göre artık buna tahammül ederek iş ilişkisini kısa bir süre (belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi kadar) dahi sürdürmesi o taraftan istenemez. Şu halde haklı neden bağlamında “beklenemezlik”, bir tarafı, dürüstlük kuralına göre sözleşmeyle bağlılıktan (pacta sunt servanda) kurtaracak ve bu bakımdan sözleşmeye derhal son verme olanağı sağlayacak ağırlıkta bir nedenin ortaya çıkması halidir. “İmkansızlık” tan farklı olarak “beklenemezlik” halinde meşakkatli, sıkıntılı da olsa iş ilişkisi sürdürülebilir. Haklı nedenle fesihte “beklenemezlik” ölçütünün esas alınması kanımızca bu fesih türünün uygulanma alanını genişletici bir etki gösterebilecektir.

BK. md.344 ve TBK md.435'teki düzenlemelere karşılık, 4857 sayılı İş Kanunu haklı nedenleri, “Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” yanında “Sağlık sebepleri” ve “Zorlayıcı sebepler” ile “İşçinin göz altına alınması ve tutuklanması “nı da de haklı neden kabul ederek sınırlayıcı olmayan bir şekilde sıralamak yoluyla belirlemiştir (md.24, 25). Buna göre hukuken mücbir neden kabul edilen kimi haller, İş Kanunu'na göre bir fesih nedeni olup ilgili hükümlerde sayılan olaylar ve durumlara benzer olanlar da

1 Oğuzman, Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, sh.43.

haklı nedenle fesih hakkı veren nedenlerdir. Bu itibarla, İş Kanunu'nda sayılan olay ve benzerleri dışında bir olay, İş Kanunu'na tabi sözleşmelerde BK. md.344/f.2 ve TBK md.435/f.2'ye dayanılarak haklı neden olarak kabul edilemez.<sup>2</sup> Ama “geçerli neden” olarak değerlendirilmeleri mümkündür kanısındayız.

## II. Haklı Nedenle Fesihte Yazılı Şekil Şartı

Haklı nedenle fesih, karşı tarafa yöneltilmiş bir fesih beyanıdır. Gerek öğreti gerek yargı kararları İş Kanunu'nda düzenlenen haklı nedenle fesih hakkının kullanımında yazılı şekil şartı bulunmadığı konusunda neredeyse ittifak halindedir. Buna karşılık 6098 sayılı TBK, iş sözleşmesi taraflarının haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenlediği 435. maddede aynı zamanda sözleşmeyi fesheden tarafın, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorunda olduğunu açık ve emredici bir şekilde düzenlemiştir. Haklı nedenle feshin sebebi ile birlikte karşı tarafa bildirilmesinde öngörülen yazılı şekil şartı geçerlilik şartıdır.<sup>3</sup> Yeni Borçlar Kanunu'nun bu hükmünün, iş kanunlarına tabi iş ilişkileri bakımından da uygulanması gerekir. Buna göre, yeni TBK'nın bu şekilde yürürlüğe girmesi halinde tüm iş ilişkilerinde geçerli olacak şekilde yazılı şekil koşuluna aykırı olarak fesih sebebi yazılı olarak bildirilmeden derhal yapılan fesihler, haksız feshin sonuçlarına tabi olacaktır. Şu halde şekle aykırılık nedeniyle haksız fesih halinde geçersizlik feshin hükümsüzlüğü olarak anlaşılmayacaktır; fesih hüküm doğurarak sözleşmeyi sonlandırmakla birlikte haksız feshin yaptırımları söze konu olur.

TBK md.435/f1 hükmüne göre sadece haklı nedenle feshin yazılı olarak bildirilmesi yetmez; yazılı bildirimde fesih sebebinin de belirtilmesi gerekmektedir ki, haklı nedenle feshin hukuki sonuçlarını doğurabilsin. Bu fıkra hükmünde “... fesih sebebini yazılı olarak bildirmek...” zorunluluğunun, feshin dayandığı nedenin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi olarak anlaşılması icap eder.

## III. Haklı Feshin Hüküm ve Sonuçları

### 1. Sözleşmenin Derhal, Tazminatsız Sona Ermesi

- 2 Çenberci Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 5. Bası, Ankara 1984, sh.360; Ekonomi Münir, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, sh.196; Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul 2004, sh.220; Centel Tankut, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1994, sh.174; Esener Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978, sh.238; aksi görüş, Saymen F.H., Türk İş Hukuku, İstanbul 1956, sh.570-571; Oğuzman, sh.43-44; Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 1999, sh.190; Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, C.I, 3. Bası, İzmir 1998, sh.327; Süzek Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, sh.17.
- 3 Soyer Polat, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuk Bakımından Önemi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, Sayı 22, sh.14.

Fesih hakkını kanunun anladığı manada bir haklı nedene dayandırarak kanun hükümlerine göre kullanan taraf haklı fesihte bulunmuş olur. Bu durumda sözleşme, belirsiz süreli ise, bildirim süresi beklenmeksizin, belirli süreli ise vadenin gelmesi beklenmeksizin derhal sona erer ve karşı tarafa da herhangi bir tazminat (işverence İş Kanunu md.25, bent I, III ve IV'e göre yapılan fesihlerde kıdem tazminatı ödenmesi hariç) ödenmesi gerekmez.

## 2. Karşı Taraftan Tazminat Talebi

Haklı nedenle fesihte bulunan taraf, karşı tarafa bu nedenle tazminat ödemek bir yana sözleşmeyi sona erdirmekten başka tazminat talebinde dahi bulunabilir. Nitekim 818 sayılı BK'nın 345., 6098 sayılı TBK'nın 437. maddeleri sözleşmenin diğer tarafının akde aykırı davranışları nedeniyle haklı nedenle fesih halinde talep edilebilecek tazminatı düzenlemektedirler. Buna göre iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine, taraflardan birinin sözleşmeye uymaması neden olmuşsa o taraf, iş sözleşmesinin derhal feshedilmesi nedeniyle sebep olduğu zararı, iş ilişkisi dolayısıyla elde ettiği haklar da göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlüdür. Tam tazminattan kasıt, ifa menfaati olup, sözleşme devam etseydi talep edenin içinde bulunacağı durumdur; yani işçi bakımından belirsiz süreli sözleşmelerde bildirim süreleri sonuna, belirli süreli sözleşmelerde ise süre sonuna kadarki menfaatleridir.<sup>4</sup> İşveren bakımından ise, yani işçinin sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işveren tarafından haklı nedenle fesihlerde, yeni bir işçi buluncaya kadar diğer işçilere yaptırılan fazla çalışma giderleri, geçici işçiye yapılan ek ödemeler, kaçırılan sözleşme fırsatları nedeniyle uğranılan kazanç kaybı işverenin zarar kalemlerini oluşturabilir.<sup>5</sup>

Haklı nedenle fesih, karşı tarafın akde aykırı davranışı dışındaki bir nedene dayanıyorsa yargıç, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak haklı nedenle feshin maddi sonuçlarını serbestçe değerlendirecektir (BK md.345/f.2; TBK md.437/f.2).

BK'nın 345., TBK'nın 437. maddesinde öngörülen bu tazminat hükmü, İş Kanunu'na tabi belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdiren işçinin bakiye süre alacaklarının da hukuki temelini teşkil eder. Bu hükümlerdeki tam bir tazminat, belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından sözleşme süresinde sona erseydi işçinin kazanabileceği miktarı ifade eder. Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesinin vadeden önce işçi tarafından haklı nedenle feshinde iş

4 Soyer, sh.15.

5 Soyer, aynı yer.

sözleşmesi fesih ile birlikte sona erdiğinden bakiye süre ücret alacağından değil, bakiye süredeki ücret alacakları dikkate alınarak belirlenecek bir tazminattan bahsedilmelidir. Nitekim Yargıtay da iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdiren belirli süreli bir işçinin, bakiye süre alacağının hukuki temelini BK md.325 hükmü değil, bu hükme göre belirlenecek muhik bir tazminatı öngören BK md.345 hükmü olduğunu bir kararında ifade etmiştir.<sup>6</sup>

#### **IV. Haksız Feshin Hüküm ve Sonuçları**

Sözleşme taraflardan birince, haklı neden olmaksızın feshedilir veya haklı neden bulunmakla birlikte fesih hakkı kanundaki usul ve esaslara aykırı olarak (yazılı şekle aykırılık, fesih hakkını süresi içinde kullanmama) kullanılırsa haksız fesihten bahsedilir. İş güvencesine ilişkin düzenlemeler (İş Kanunu md.25/son fıkra ) hariç haksız fesih, hukuka aykırı bir işlem olmakla birlikte haklı fesih gibi hüküm doğurarak sözleşmeyi sona erdirir. Şu halde haksız da olsa fesih geçerlidir ve iş ilişkisini ortadan kaldırır. Buna karşılık kanunca öngörülen tazminatlar söze konu olur.

##### **1. İşverenin Haksız Feshi**

Haksız fesihte bulunan taraf işveren ise sözleşmenin niteliğine, işçinin İş Kanunu kapsamında bulunup bulunmadığına, iş güvencesinden yararlanıp yararlanmadığına, feshin gerçekleştiği koşullara göre “ihbar tazminatı” veya “boşta geçen süreler tazminatı” “kötüniyet tazminatı”, “haksız fesih tazminatı”, “ayrımcılık tazminatı”, “sendikal tazminat”, iş güvencesi kapsamındaki işçinin işe başlatılmaması halinde “iş güvencesi tazminatı” gibi tazminatları ödemekle yükümlü tutulabilir. Bu tazminatlar yanında kıdem tazminatının koşulları mevcutsa işçinin bu tazminata da hak kazanacağı açıktır.

##### **a. İhbar Tazminatı**

İş Kanununa tabi işçiler işverenin haksız feshi halinde, haksız fesih “usulsüz fesih” e tahvil edilerek belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresine ilişkin giydirilmiş ücret tutarında ihbar tazminatına (İş Kanunu md.17/ f4 ve son fıkra) sahip olurlar.

BK haksız fesih halinde uygulanacak bu yönde bir hüküm içermese de, yerini bırakacağı 6098 sayılı TBK, kaynak İBK'nın 337c maddesine paralel olarak işverenin, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshi halinde, işçinin, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine uyulmuş

<sup>6</sup> Yarg. 9. HD. 20.12.2010, E.2010/15688, K.2010/38732 (Karar ve kararı bu yönüyle isabetli bulan inceleme için bkz. Kabakcı Mahmut, “Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, Sayı 21., sh. 129 vd.).



olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebileceğini (md.438/f.1) öngörmektedir. TBK'da fesih bildirim süreleri,hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş ise iki;bir yıldan beş yıla kadar sürmüş ise dört;beş yıldan fazla sürmüş ise altı hafta olarak belirlenmiştir (md.432/f2).İş Kanunu'nda olduğu gibi bu süreler asgari olup sözleşmelerle arttırılabilir (TBK.432/f3)

TBK md.438/f1'de öngörülen ve işçinin "...belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine ....uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktar..." olarak belirtilen bu tazminat İş Kanunundaki ihbar tazminatı mahiyetindedir. Şu halde bundan böyle İş Kanunu kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde de ihbar tazminatı söze konu olmaktadır.Ancak İş Kanunu'na göre şartları varsa işçi de md.17 kapsamında ihbar tazminatı ödemekle yükümlü iken TBK'ya tabi işçinin bildirim süresine uymaksızın ani olarak işi bırakması halinde bildirim süresine ilişkin ücreti tutarında değil md.439'a göre aylık ücretinin dörtte birine eşit bir tazminat ödeme yükümü söz konusudur. Demekki bu noktadan TBK ile İş Kanunu arasında bir paralellik bulunmamaktadır.

İş Kanunu'na tabi olup da belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan işçilerin sözleşmelerinin işverence haksız feshi halinde feshin "usulsüz fesih" olarak tahvili suretiyle işverenin ihbar tazminatından sorumlu tutulması şeklindeki iş hukuku çözümüne, TBK md.438/f1 hükmü karşısında artık başvurma gereği kalmadığı söylenebilir. Zira TBK'nın kapsamındaki işçiler bakımından işverenin, haklı neden olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshi halinde işçinin, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebileceğini öngören bu hükmü, İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından da genel hüküm olarak uygulanabilir niteliktedir ve bu itibarla da tahvile gerek kalmaksızın belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshinde işçiye bildirim süreleri kadar ödenecek tazminatın,yani ihbar tazminatının kanuni temelini oluşturabileceğini ifade etmek yanlış olmaz.Şu şartlaki tazminata esas olarak alınacak bildirim süresi İş Kanunu'ndaki bildirim süresi olmalıdır.

#### **b. Boşta Geçen Süreler İçin Tazminat**

TBK md.438/f1'e göre " İşveren,haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi...belirli süreli sözleşmelerde...sözleşme süresine uyulmaması durumunda ...uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı,tazminat olarak isteyebilir." TBK'nın belirli süreli iş sözleşmelerinin işverence haksız feshine ilişkin bu tazminat hükmü, İş Kanunu'na tabi belirli süreli iş sözleşmelerine de genel hüküm olarak uygulanır. TBK'ya kadar İş

Kanunu kapsamındaki işçiler “boşta geçen süreler tazminatı” denilebilecek bu tazminattan, belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde BK md.325 kıyasen uygulanarak yararlandırılmışlardır.

Belirli süreli iş sözleşmesi işveren tarafından süresinden önce haklı sebep olmaksızın derhal feshedilen işçi, bu süreye uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. Dolayısıyla sözleşmenin vadesinden önce sona ermesinden doğan zararının karşılığı olarak işçi, sözleşmenin geriye kalan ücretini değil, sözleşme vadesinde sona ermiş olsaydı kazanacağı miktarla orantılı olarak bir tazminat isteyebilecektir. Buradaki asıl amaç işçinin ücret kaybının giderilmesi olduğundan bu tazminatın ücret kaybı tazminatı olduğu dile getirilmektedir.<sup>7</sup> Tazminatın hesabında, belirli süreli iş sözleşmesi süresinde sona erseydi işçinin kazanabileceği miktar esas alınır. Kanun işçinin kazanabileceği miktarı göz önünde bulundurduğundan, işçinin giydirilmiş ücretinin tazminatta dikkate alınması gerekir.<sup>8</sup> Bu anlamda işçinin sözleşmenin sona ermesine kadarki ücreti, ücretteki artışlar, bu dönemde kazanılacak ücret ekleri tazminatta esas alınır.

Bununla birlikte işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir bu tazminattan indirilir (TBK md.38/f.2).

Bu hükümlerin yorumundan çıkan, kanun koyucunun belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce sona erdirilmesini temerrüt olarak değil, haksız da olsa iş sözleşmesini sona erdiren bir fesih olarak değerlendirdiğidir. Zira sözleşmenin işveren tarafından haksız feshinde Kanun ücretten değil, tazminattan bahsetmektedir ki, Kanun'un gerekçesinde de, bu tazminatla işçinin müspet zararının karşılanması amaçlandığı ifade edilmektedir.

### **c. Kötüniyet Tazminatı**

İş Kanunu'na tabi olup da belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan işçiler, iş güvencesi kapsamı dışında olmak kaydı ile, haksız fesih halinde şartları var ise İş Kanunu md.17/son fıkrada düzenlenen kötüniyet tazminatı talebinde bulunabilirler.Yeni TBK da benzer imkanı kapsamındaki işçilere tanımaktadır; belirsiz süreli iş sözleşmeleri haksız feshedilen Türk Borçlar Kanununa tabi işçiler, feshin kötü niyetli olması halinde md.438/f.1'de öngörülen tazminat yanında “ Feshe karşı koruma” başlığı altında md.434'te belirtilen fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarındaki tazminatı da talep

7 Kaplan Emine Tuncay, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler”, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara, 2010, sh.223.

8 Kaplan, aynı yer..

edebilirler. Böylece, İş Kanununa tabi olup da iş güvencesi kapsamı dışında bırakılan belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçilerin İş Kanunu md.17 uyarınca sahip oldukları kötüniyet tazminatı gibi TBK'ya tabi belirsiz süreli iş sözleşmeli işçiler de bu Kanunda belirtildiği üzere aynı miktarda ;bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında kötüniyet tazminatından yararlandırılmış olmaktadır. TBK bağlamındaki bu kötüniyet tazminatının da sözleşmelerle arttırılabileceğinin kabul edilmesi icap eder. Ancak İş Kanunu md.17/son fıkra hükmünden farklı olarak md.434'de giydirilmiş ücret dikkate alınmadığından TBK'ya göre kötüniyet tazminatında esas alınacak ücret çıplak ücret olup kanundan veya sözleşmeden doğan ve para veya parayla ölçülmesi mümkün olan menfaatlar hesaba katılamaz.

#### **d. Haksız Fesih Tazminatı**

İşverenin iş sözleşmesini haksız feshi halinde TBK md.438/f.3'te öngörülen ve “haksız fesih tazminatı” olarak adlandırılacak bu tazminat hukukumuz bakımından tamamıyla yenidir. Buna göre, işveren tarafından gerek belirli gerek belirsiz süreli iş sözleşmesi haklı bir neden bulunmaksızın derhal feshedilirse hakim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, miktarını, işçinin altı aylık ücretinden fazla olmamak kaydıyla serbestçe belirleyeceği bir tazminatın ayrıca işçiye ödenmesine karar verebilir (TBK md.438/f.3). Bu tazminat hükmünün önemi, TBK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, iş kanunlarına tabi işçiler bakımından da uygulanacak olmasıdır.<sup>9</sup> Zira iş kanunlarında işverenin haksız feshi için öngörülmüş bir tazminat hükmü yer almamaktadır. Borçlar Kanunu ile iş kanunları arasındaki genel kanun özel kanun ilişkisi nedeniyle, hakkında özel bir hüküm bulunmayan bu halde iş kanunlarına tabi iş ilişkileri bakımından da TBK md.438/f.3 hükmünün uygulanması gerekecektir. Ancak iş güvencesi kapsamındaki işçiler için bu tazminat söze konu olmaz. Zira bu işçilerin iş sözleşmelerinin hukuka aykırı olarak feshi halinde İş Kanunu genel olarak feshi düzenleyen hükümlerden ayrık ve esasen ayrıcalıklı özel bir düzenleme getirmiştir.

Haksız fesih tazminatının, 438. maddenin 1. fıkrasında öngörülen, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için bildirim süresi, belirli süreli iş sözleşmeleri için vadeye göre belirlenecek ücretlerle orantılı olarak hesaplanacak tazminatla karıştırılmaması gereklidir. Birinci fıkradaki tazminat, belirsiz süreli iş sözleşmesi için haksız fesih nedeniyle bildirim öneline uyulmamış olması nedeniyle, belirli süreli iş sözleşmesinde ise sözleşmenin süresinden önce sona

9 Soyer, sh.17.

erdirilmesi nedeniyle işçinin uğradığı ücret kaybının karşılanmasını amaçlamaktadır. Haksız fesih tazminatı ise doğrudan işverenin haksız feshinin, yani hukuka aykırı davranışının yaptırımıdır. Dolayısıyla haksız feshe maruz kalan işçinin her iki tazminatı da talep etmesi mümkün olacaktır. Nitekim hükümde de, haksız fesih tazminatına hakim “ayrıca” karar vereceği belirlenmiştir.

Doktrinde bu tazminatın işvereni haksız fesihten caydırmak ve haksız feshe maruz kalan işçiyi ise manevi açıdan tatmin etme amacı taşıyan ceza niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.<sup>10</sup> Yargıcın tazminatı ve miktarını belirlerken göz önünde bulunduracağı durum ve koşullar: feshin ekonomik sonuçları, işçinin yaşı, kıdemi, sosyal seviyesi, hukuka aykırılığın ağırlığı, işçinin ortak kusuru gibi hallerdir.<sup>11</sup>

Haksız fesih tazminatının miktarı işçinin altı aylık ücretini aşmamak üzere hakim tarafından belirlenecektir. Şu halde niteliği itibarıyla üst sınırı kanunla belirlenmiş takdiri bir tazminattır. Tazminatın hesabına esas ücret, aksi bir düzenleme mevcut olmadığı için işçinin çıplak ücretidir.

#### **da. Kötüniyet tazminatı ile ilişkisi**

Belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından haksız fesih tazminatına hükmedilecek hallerde ayrıca kötüniyet tazminatına da hükmedilemez. Bu durumda ne TBK md.434 kapsamında ne 4857 sayılı İş Kanunu md.17 kapsamında kötü niyet tazminatı söze konu olabilir. Zira haksız fesihte hukuka aykırılığın yaptırımı olarak haksız fesih tazminatı öngörülmüştür. Ancak işçi, haksız fesih tazminatı yerine daha kendi çıkarına olduğunu düşünerek kötüniyet tazminatı talebinde bulunabilir. Fakat bunun için işverenin kötüniyetle davrandığını somut bir şekilde kanıtlaması gerekir. Oysa feshin haklı nedene dayanmadığının veya fesih hakkının süresi içerisinde kullanılmadığının veya fesih ve nedeninin yazılı olarak yapılmadığının hukuken sübut bulması haksız fesih tazminatına hükmetmek için gerekli ve yeterlidir; ayrıca işverenin kötüniyeti aranmaz.

#### **db. Ayrımcılık tazminatı ile ilişkisi**

İş Kanununa tabi işçiler bakımından haksız fesih tazminatının, ayrımcılık tazminatı ile birlikte talep edilip edilemeyeceği tartışma yaratır niteliktedir. Kanımızca ayrımcılık tazminatı kötüniyet tazminatı ile birlikte talep edilebilirse de haksız fesih tazminatı ile birlikte talep edilemez. Diğer bir

<sup>10</sup> Kaplan, sh.225

<sup>11</sup> Bkz. Soyer, sh.17.

anlatımla haksız feshin İş Kanunu md.5 kapsamında ayrımcılık oluşturan bir işlem olarak gerçekleşmesi halinde yargıç TBK md.438/son fıkra hükmüne göre haksız fesih tazminatına hükmettiği takdirde ayrıca ayrımcılık tazminatına da hükmedemez. Zira TBK.md.438/son fıkra hükmüne göre yargıç,haksız fesih tazminatına “...bütün durum ve koşulları gözönünde tutarak...” hükmedecektir. Ayrımcılık durumu da yargıcın tazminata hükmederken dikkate alacağı “ durum ve koşullar..” dan biri olarak değerlendirilmelidir.Aynı nedenle sendikal tazminatın da haksız fesih tazminatı ile birlikte talep edilemeyeceği kanısındayız.

#### **e. İşe İade, İşe Başlatılmama Halinde İş Güvencesi Tazminatı**

İşverenin iş güvencesi kapsamındaki (İş Kanunu md.18) işçisinin sözleşmesini haksız feshi halinde işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilir (İş Kanunu md.25/son fıkra).Buna göre işçi işvereni dava ederek işe iadesini talep edebilir (md.20).Yargıç,feshin geçerli bir nedene dayanmadığını tesbit ederse feshi geçersiz kılarak işçinin işine iadesi yanında işe başlatılmama ihtimalini de dikkate alarak işgüvencesi tazminatına (Yargıtay'ın tabiri ile “işe başlatmama tazminatı) (md.21) ,ve ayrıca talep halinde boşta geçen süre için en fazla dört aylık ücretine hükmeder. Süresi içinde (md.21/f5) işverene başvurusuna rağmen işe başlatılmayan işçi iş güvencesi tazminatını talep edebilir. Bu durumda ödenmemiş ihbar tazminatı yanında şartları varsa kıdem tazminatını da talep edebilir.Süresi içinde başvurmadığı takdirde fesih geçerli hale geleceğinden sözleşme fesihle sona ermiş olur ve bu durumda ödenmemişse ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı mevcuttur.

### **2. İşçinin haksız feshi**

#### **a. İhbar Tazminatı**

İş Hukuku bakımından haksız fesihte bulunan işçinin karşılaacağı yaptırım, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde işverene bildirim süresine ilişkin giydirilmiş ücret tutarında ödeyeceği ihbar tazminatıdır (İş Kanunu md.17/ f4) .Bu noktada işverenden farklı bir yön bulunmamaktadır. Ancak, Yargıtay uygulamasıyla da istikrar bulduğu üzere bildirim sürelerinin sözleşmelerle arttırılması halinde işçi bu süreler göre değil kanundaki asgari süreler göre ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olur. Şu halde akdi bildirim sürelerine göre ihbar tazminatı işverenler yönünden söze konu olur. Her ne kadar TBK.md.432/f5'de “Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi

uygulanır.” hükmüne yer verilmişse de bu hüküm İş Hukukunda uygulanamaz. Zira İş Kanunu'nda bildirim sürelerine ilişkin özel hüküm bulunmakta olduğundan işçinin korunması ilkesiyle bağdaşmayan bir genel hüküm uygulama alanı bulamaz.

**b. Genel Hükümlere Göre Tazminat.**

İş Kanunu'na tabi belirli süreli iş sözleşmelerinde işçinin sözleşmeyi haksız feshi halinde işveren, haksız fesihden doğan zararını ispat etmesi kaydıyla genel hükümlere göre tazminat talep edebilir.

**c. Haksız Fesih Tazminatı**

6098 sayılı TBK işçinin iş sözleşmesini haksız feshinin hukuki sonuçlarını, tıpkı işverenler için md.438/son fıkrada olduğu gibi hukukumuzda bir ilk olarak ayrıca düzenlemiştir. “İşçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması” başlıklı 439. maddeye göre, “işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır”. Şu halde “işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı” veya “aniden işi bıraktığı takdirde”, yani haklı bir neden olmaksızın iş sözleşmesini derhal sona erdirdiği hallerde işverene aylık ücretinin dörtte biri oranında bir tazminat ödeyecektir. İşverenin haksız feshinde md.438/son fıkradaki tazminat gibi işçinin haksız feshi bakımından da “ haksız fesih tazminatı” olarak ifade edilebilecek bu tazminatın talep edilmesi bakımından Kanun sözleşme türleri arasında bir ayırım yapmadığından gerek belirli gerek belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işçi tarafından haksız feshinde söz konusu olabilecek bir tazminattır. Bu tazminat da, işveren bakımından haksız fesih tazminatında olduğu gibi zarardan bağımsız götürü bir tazminattır. İşveren, var ise, ayrıca ek zararlarının tazminini talep edebilir (TBK md.439/f.1).

İşveren, iş sözleşmesinin haksız bir şekilde derhal feshedilmesinden bir zarar görmemiş veya gördüğü zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az olabilir. Bu durumda işverenin birinci fıkradaki tazminatı tam olarak alması hakkaniyete uygun düşmeyebilir. Bunu öngören kanun koyucu hakime bu hallerin varlığı halinde tazminattan indirim yapma yetkisi vermiştir (TBK md.439/f.2).

İşverenin, işçinin haksız feshi halindeki tazminat hakkı hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Zira TBK md.439/f.3'e göre, tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi

bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır; aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer.

TBK'nın 439. maddesi hükümleri ve bu bağlamda tazminat ödeme yükümü İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından uygulanamaz. Zira İş Kanunu bağlamında haklı neden olmaksızın belirsiz süreli iş sözleşmesinin derhal feshi, bir usulsüz fesih olarak İş Kanunu md.17/f.4'te ihbar tazminatı yaptırımına bağlanmıştır. Belirli süreli sözleşmelerin işçi tarafından haksız feshi bakımından da hükmün iş hukuku alanında uygulanması mümkün değildir. Zira İş Kanunu md.23'de işçinin haksız fesihten sorumluluğu "...sözleşme süresinin bitmesinden önce...işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü"dür.Şu halde iş hukuku bakımından işveren,feshin salt haksız olması nedeniyle bir yaptırım olarak haksız fesih tazminatına değil, haksız fesih nedeniyle doğan bir zararı varsa zararın tazminine ilişkin genel hükümlere göre bir tazminata sahip olabilir.Sonuç olarak işçinin haksız feshinde,genel hüküm olarak TBK md.394'e müracaatı gerektiren bir boşluktan bahsedilemez.

---

# HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ KAPSAMINDA MALPRAKTİS İLE HASTALIKTAN KAYNAKLANAN KOMPLİKASYON\*

---

TUĞÇE ORAL

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.





## GİRİŞ

Hekim ve hasta arasındaki ilişki, hekimin mesleki bilgisinden kaynaklanan üstünlüğü; hastanın da fiziki veya ruhi durumundan kaynaklanan muhtaçlığı üzerine kuruludur. Taraflar arasındaki bu eşitsizlik, diğer sorunlarla beraber, hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu hukuki sorunların büyük bir kısmı, tedavi öncesinde, tedavi sırasında ya da tedavi sonrasında hastada meydana gelen öngörülebilir ya da öngörülemez zararlar kaynaklanmaktadır.

Bu noktada, hekimin teşhisi doğru koyması, doğru tedaviyi uygulaması; bu tedaviyi uygularken de hastada meydana gelebilecek komplikasyonları öngörüp, hekimin yükümlülüklerinden olan aydınlatma yükümünü yerine getirmesi, yani hastanın tedavi ile birlikte kendinde oluşabilecek zararlar hakkında geniş bilgi sahibi olması ve oluşabilecek bu zararlara rıza göstermesi önem kazanmaktadır.

Meydana gelen tüm zararlardan hekimi sorumlu tutmak doğru değildir. Hekimin sorumlu olabilmesi için yükümlülüklerini ihlal etmesi gerekir. Burada en büyük sorun, hekimin yükümlülüklerini hangi durumda yerine getirdiği ve hangi durumda ihlal ettiği konusunda çıkmaktadır. Bu sorunun çözümü için de malpraktis ve komplikasyon ayrımının iyi yapılması gerekmektedir. Yazının geri kalan kısmında, bu kavramların tanımı ve ayrımın nasıl yapılabileceği ele alınmıştır.

Yukarıda belirtilen ayrımın yapılabilmesi için, konunun temeli olan tıbbi müdahale kavramı incelenmelidir. Tıbbi müdahale, fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıkları, acıları, hastalık niteliğini taşımayan fiziksel (örneğin belli dereceye kadar şaşılık) ya da psikolojik bozuklukları, yine hastalık niteliğini taşımayan şikayetleri (örneğin, hamilelik esnasındaki şikayetleri) önlemek, teşhis etmek, iyileştirmek ya da bunların etkisini hafifletmek amacıyla doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacı güden insan vücuduna yapılan tüm müdahalelerdir.<sup>1</sup>

## I. KLİNİK İATROJENES KAVRAMI

Hekim ya da sağlık çalışanlarının, tıbbi uygulamaları sırasında hastada oluşturdukları her türlü zarar “*klinik iatrojenez*” olarak adlandırılır.<sup>2</sup> İatrojenes kavramı, klasik Yunanca’da “*iatros*” ve “*genesis*” sözcüklerinin birleşmesinden meydana gelmiştir. “*İatros*” sözcüğü, hekim anlamına gelir. “*Genesis*”in manası ise “*köken*”dir.

Ortaya çıkan bütün zararlardan hekim sorumlu tutulamaz. Bu adalete aykırı bir tutum olacaktır. Burada hekimin kusuruna, özenine, öngörüsüne bakılmalıdır. Bu noktada, iatrojenez kavramı, ikiye ayrılarak, tıpta yanlış uygulama (malpraktis) ve hastalıktan kaynaklanan komplikasyon kavramlarını beraberinde getirir.

### A. Doktor Hatası ve Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis, Tıbbi Uygulama Hatası) Kavramları

Doktor hatası, doktorun hatalı tıbbi tedavi veya görev ihmali sonucu hastanın yaralanmasına veya zarar görmesine yol açmasıdır.

Tıpta yanlış uygulama ya da diğer adıyla malpraktis, hatalı tedavi ya da tıbbi ihmal diye özetlenebilir. Bir başka tanımla tıpta yanlış uygulama, hekimin veya hastaya müdahale eden ekipten bir kişinin hastanın tedavisini yaparken başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmali nedeniyle tıp biliminin somut olayda öngördüğü önlemler dışına çıkarak hastaya zarar vermesidir.<sup>3-4</sup> Bu tanım sağlık alanında, hastaya müdahale yetkisi bulunan tüm sağlık çalışanlarının öneri ve uygulamaları sonucu hastalığın, normal seyrinin dışına çıkarak meydana gelen olayların tümünü içermektedir.<sup>5</sup>

1 ŞENOCAK, Zarife, “*Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2001 Cilt: 50, Sayı: 4, , s. 66; VOLL, Doris, *Die Einwilligung im Arztrecht*, Frankfurt am Main, 1996, s. 12; FRÖHLICH, Uwe, *Forschung wider Willen?*, Mannheim 1998, s.9

2 OĞUZ, Polat, “*Tıpta Uygulama Hataları*”, <http://www.adlitip.org/?p=52>

3 ULSENHEIMER, Klaus, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Auflage, Heidelberg, 2008, s.68

4 HANCI, İ. Hamit, *Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, 2. Baskı, Ankara, 2005, s.30

Yani tıpta yanlış uygulama kavramı daha geniş ve kapsayıcıyken, doktor hatası kavramı sadece doktoru ele almaktadır. Birçok kaynakta bu iki kavram aynı anlamda kullanılmış olsa da doğuracakları sonuçlar bakımından ayrılımlarında büyük önem vardır.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılında yapmış olduğu “*Tıpta Yanlış Uygulama*” konulu bildirgesine göre, Tıbbi yanlış uygulama (malpractice); doktorun tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarardır.<sup>6</sup>

Malpraktis (tıbbi kötü-yanlış uygulama) tanımı mevcut uygulamalarda yetersiz biçimde ele alınmaktadır. Malpraktis yalnızca bir girişimin, bir tedavinin ya da uygulamanın (filin) yanlış, eksik yapılması demek değildir. Aynı zamanda yapılması gerektiği halde yapılmayan bir işlem de bir mağduriyet doğurabilir.<sup>7</sup>

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesi şu şekildedir: “*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi 'hekimliğin kötü uygulaması' anlamına gelir.*”

Bu konuda bir de Yargıtay kararı örneği vermek yerinde olacaktır: “*Hekim tıp verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa kusur var demektir.*”<sup>8</sup>

Alman Federal Mahkemesi'nin Kararı'na göre, eğer hekim tıbbi hata yapmak dolayısıyla hastasına zarar vermekle suçlanıyorsa, somut olayla ilgili mesleki bilgi ve tecrübesine dayanarak doğru karar verdiğini, gerekli önlemleri aldığını ve bunları dikkatlice uyguladığını kanıtlamak zorundadır.<sup>9</sup> Bir başka Alman Federal Mahkemesi Kararına göre, hekim sorumluluğunun belirlenmesinde önemli olan, tedavideki hataların hekimin dikkatsizliğiyle paralel gelişeceği.<sup>10</sup>

Tıbbi uygulama hatası, standardın altında kalınması veya üstüne çıkılması ile söz konusu olabileceği gibi, icrai bir hareketle veya ihmali bir hareketle de söz konusu olabilir. Bu itibarla hekimin özen yükümlülüğünü ihlali, bir müdahaleyi gerekli olduğu şekilde yapmaması şeklinde söz konusu olabileceği

5 WENZEL, Frank: **Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht**, Köln, 2007, s. 357; İNCE, Haluk; İNCE, Nurhan; AYHAN ÖZYILDIRIM, Bedia; SAFRAN, Nurhaş: “*Hatalı Tıbbi Uygulama Ve Korunma Yolları*”, İstanbul Tıp Fakültesi Dergisi, Cilt: 68, Sayı: 4, s. 123

6 Dünya Tabipler Birliği, Tıpta Yanlış Uygulama konulu Bildirge

7 SÜTLAŞ, Mustafa, “*Tıbbi Yanlış Uygulama ve Mesleki Mesuliyet Sigortası Üzerine Bazı Saptamalar*”, <http://www.hastahaklari.org/kotuyg-sig.htm>

8 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 1976/6297, K. 1977/2541 sayılı ve T. 07.03.1977 tarihli kararından alınmıştır.

9 BGH NJW 1998,2292

10 BGE 105 II 284

gibi, gerekli müdahaleyi hiç yapmaması şeklinde de olabilir. Dolayısıyla hareketin ihmalı veya icrai olması arasında bir fark gözetilmemelidir.<sup>11</sup> Kısaca, tıbbi uygulama hatasının, yapılmaması gerekli davranışın yapılması (icrai) veya yapılması gereken bir davranışın yapılması (ihmal) suretiyle, yani ihmal suretiyle icrai şekilde de ortaya çıkabileceğini söylemek mümkündür.

Yukarıda belirtilen tüm tanımlardan da anlaşılacağı üzere sonuç, hastanın zarar görmesidir; ancak bu sonuçtan hekimin sorumlu tutulabilmesi için hatalı tıbbi tedaviye; hatalı tıbbi tedavinin saptanabilmesi için ise, belli unsurlara ve şartlara ihtiyaç vardır. Scott'a<sup>12</sup> göre bu unsurlar 5 ana başlık altında toplanır:

1. Meslek ve sanatta acemilik (normal altı sağlık hizmeti)
  2. Hastaya kasıtlı olarak zarar vermek
  3. Hasta hekim sözleşmesine aykırı hareket etmek
  4. Yanlış tehlikeli muayene sonucu hastanın zarar görmesi
  5. Tıbbi aletlerin tehlikeli kullanılmasından dolayı hastaya zarar vermek
- Ulsenheimer<sup>13</sup> ise, tıbbi müdahale hatalarını, şu başlıklar altında toplamıştır:

1. Teşhis Hatası
2. Kontrol ve fiziki muayene hatası
3. Operasyon sırasında yabancı cisimlerin unutulması
4. Yanlış veya yetersiz anamnez
5. Sonuçların derlenmemesi (röntgen, laboratuvar, kan tahlili vs.)
6. Yanlış tedavi seçimi
7. Aydınlatma, tavsiye ve bilgilerin yanlış veya eksik verilmesi
8. Yanlış ilaç verilmesi, doz aşımı veya yetersiz dozda ilaç verilmesi, hekimin veya ekipten kişilerin değiştirilmesi
9. Hijyen kurallarının ihlali
10. Komplikasyonun öngörülememesi
11. Yanlış operasyon veya reanimasyon tekniği
12. Stoklamada yanlışlık
13. Tıbbi ekipman ve hizmet hataları
14. Enjeksiyonların, infüzyonların veya transfüzyonların yanlış uygulanması
15. Hastanın hastaneye yetiştirilmesinde veya hastaneye yatırılmasında ihlal, uzman doktora danışılmasında geç kalınması, hastanın ayılma odasından erken çıkarılması

11 HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2007, s. 339

12 SCOTT, Ronalt W., Health Care Malpractice, İkinci Baskı, Pennsylvania, 1999, s. 5

13 ULSENHEIMER, age, s. 70-76

Knight' a<sup>14</sup> göre, tıpta yanlış uygulama iddiaları öncelikle iki gruba ayrılır:

1. *Hukuka aykırı davranışlar*: Hastaya yaklaşım prosedürlerinde, aydınlatılmış onam alma, sır saklama, tıbbi kayıt tutma gibi olması gereken davranışlarda özensizlik şeklinde görülmektedir.

2. *Mesleki bilgi ve beceri eksikliği*:

- a. Tanıda yetersizlik/gecikme
- b. İlaçların ciddiyeşsiz uygulanması
- c. Konsültasyon eksikliği şeklinde görülen durumlardır

Kanımızca tıpta uygulama hatalarını şu alt başlıklarda incelemek yerinde olacaktır:

- 1. Teşhis konusunda yargı hatası
- 2. Tedavi hataları
- 3. Aydınlatma ve tavsiyelerin eksikliği
- 4. Komplikasyonun zamanında fark edilememesi

### 1. Teşhis Hatası

Hekim, tıbbi müdahalesini yerine getirirken ifa etmesi gereken ilk edim, teşhis koyma yani rahatsızlığı belirleme edimidir. Doğru teşhisi koymak, hekim yükümlölükleri arasında en zor yükümlölüklerden biri olduğu tartışmasızdır.<sup>15</sup> Hekim, teşhisi koyarken, gerekli tüm tetkikleri özenle yapmalı ve bu sırada da tüm teknolojik gelişmelerden yararlanmalıdır. Teşhis, anamnez alma, fiziksel muayene etme ve tetkiklerin sonuçların değerdendirilmesiyle konulur.<sup>16</sup>

Yani, hekimin teşhis koyma yükümlölüğünün üç kısımdan oluştuğunu söylenebilir:

- Anamnezi Tam ve Doğru Alma Yükümü: Anamnez, doktorun hastaya teşhis koyma amacıyla ona sorduğu sorular sonucu elde ettiği “*hasta öyküsü*”dür. Hastanın mevcut ya da geçmiş hastalıkları hakkında, kendisinden ya da bir yakınından alınan bilgilerdir. Anamnezde olması gereken bilgiler şunlardır:

- Hastanın kimlik bilgileri
- Hastanın rahatsızlıkları

14 KNIGHT B. Simpson's Forensic Medicine. British Library Cataloguing in Publication Data, Tenth Edition, Oxford University Press, 1991; pp 78-82; KNIGHT B. The pathology of wounds. Forensic Pathology, 2th Ed. , New York, Oxford University Press, 1996; pp 139-145.

15 DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas, **Medizinrecht**, 6. Auflage, Springer, Berlin Heidelberg, 2008, s. 134

16 ULSENHEIMER, age, s. 71

- Hastanın önceden geçirdiği belli rahatsızlıklar
- Hastanın kronik bir rahatsızlığının olup olmadığı
- Hastanın ailesinde belli rahatsızlıkların olup olmadığı
- Hastanın sosyoekonomik durumu
- Hastanın alışkanlıkları

Anamnez, hekimin teşhis koyması sırasında en önemli adımdır. Fiziki muayene ve yapılabilecek tetkikler büyük çoğunlukla anamneze göre belirlenir.

- Fiziki Muayene Yapma Yükümü: Fiziki muayene, doktorun elle veya basit bazı araçlarla teşhis koymaya çalışmasıdır. Fiziki muayene dört kısımdan oluşur. Bu kısımlar:

-İnspeksiyon: İnspeksiyon, fiziki muayenenin ilk aşaması olup, kısaca gözle muayene olarak tanımlanabilir. Hekim hastanın cilt rengine, venöz dolgunluk olup olmadığına, kolleteraller olup olmadığına; ciltte kabarıklık, şişlik, ameliyat izi, darp izi vs. olup olmadığına; skleralarının (göz akı) rengine; göz kapakları ve mukozalarının rengine ve birçok başka etkene bakılır.

-Palpasyon: Hastanın söz konusu bölgesinin elle dokunarak muayene edilmesidir. Amaç bölgede herhangi anormal bir şişlik olup olmadığını tespit etmektir. Bu yüzden palpasyon mutlaka bilateral (simetrik) bir şekilde yapılmalıdır. Palpasyonda atlanmaması gereken şayet muayene bölgesinde varsa lenf nodlarının büyüklüklerinin normal olup olmadığının kontrol edilmesidir. Ayrıca palpasyonda hastanın kalp atışları veya solunum titreşimi de araştırılabilir. Bunlar da olup olmamaları, şiddetleri veya karakterleri belirlenerek hekime bazı bilgiler verir. Palpasyon yüzeysel palpasyon ve derin palpasyon olmak üzere ikiye ayrılır. Önce uygulanması gereken yüzeysel palpasyondur. Palpasyonda ellerin soğuk olmaması önemlidir. Örneğin bir batın muayenesinde eller soğuk olursa istemsiz olarak ellediğimiz bölgedeki kaslar kasılır ve yanlış bulguya sebep olur.

-Perküsyon: Perküsyon özellikle batında (karın) ve toraksta (göğüs) kullanılır. Sol elin orta parmağı hastanın muayene edilecek bölgesine koyulur, sesin şiddetinin azalmasını engellemek için diğer parmaklar cilde değmeyecek şekilde tutulur. Sağ elin başparmağı sol elin orta parmak ucuna vurulur. Vurma hareketi bilekten sağlanır, vurucu parmak oynatılmaz. Perküsyonda amaç iç organların normalde boş ya da dolu olan kısımlarını test etmektir. İçi boş olan organlar ya da vücut kompartımanları timpanik ses (tiz) verirken, dolu organlar

ya da içi dolu olan vücut kompartımanları mat (bas) ses verir. Normalde boş olması gereken bölgeden dolu ses alıyorsa bu bir patoloji olduğunu gösterir.

-Oskültasyon: Hastanın sözkonusu bölgesinin steteskop aracılığıyla dinlenmesidir. Bu yöntem genelde göğüs hastalıkları ve batin hastalıklarını araştırmada kullanılır. Organlardaki normal ve anormal sesler dinlenir. Oskültasyon batin muayenesinde inspeksiyondan hemen sonra yapılır. Çünkü elle baskı yapıldığında batındaki iç organların normal kasılma ritimleri değişir ve yanlış bulguya sebep olur.

□ Gerekli Tetkiklere Başvurma: Hekim iyi bir tedavi uygulayabilmek için teşhisini doğru koyması gerekir. Teşhisin doğru koyulabilmesini sağlayan en önemli adım tetkiklere başvurmadır. Hekim gerek duyduğunda teşhisini kesinleştirmek için kan ve idrar tahlili, bilgisayarlı tomografi, ultrasonografi, veya MR gibi tetkiklere başvurmalıdır.

Teşhis konusunda hata, hekimin hastasına hatalı olarak hastanın sahip olmadığı bir teşhisi koyması; ya da tam tersi olarak hastasında var olan bir hastalığa teşhis koyamamasıdır.

## 2. Tedavi Hatası

Hekim, Hipokrat Yemini dolayısıyla münhasıran hastanın iyiliğini düşünmek zorundadır.<sup>17</sup>

Hekim, aldığı anamnez, yaptığı fiziki muayene ve yaptırdığı tetkikler sonucu mesleki bilgi ve tecrübesiyle bir teşhis koyar.<sup>18</sup> Ardından yine mesleki bilgi ve tecrübesiyle hastanın durumuna en uygun, teknolojik bakımdan en ileri ve en az acı çektirecek tedaviyi belirler.<sup>19</sup> Yanlış tedavi seçimi, hekimin hukuki yasal sorumluluğunu doğuracaktır.

Hekim tedavisi sırasında, teşhis koyduğu rahatsızlık için tıptaki standart uygulamayı yapmak zorundadır. Bu konuda hekimin kendini sürekli geliştirmesi yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Eğer hekim, tıptaki gelişmeleri izlememişse, bilgilerini geliştirmemişse ve eski tedavi yöntemlerinden öteye geçememişse öncelikle meslek sorumluluğu söz konusu olacak ve bunun yanı sıra ihmali nedeniyle de sorumlu olacaktır.<sup>20</sup>

Bazen tanının doğru olmasına karşın, tedavinin hatalı olma ihtimali vardır.

17 DETTWEILER, Ulrich, “Ehtik in der Verantwortung”, [www.psimon.net/Ethik\\_in\\_der\\_Verantwortung.pdf](http://www.psimon.net/Ethik_in_der_Verantwortung.pdf), s. 5

18 KATZENMEIER, Christian, *Artzhaftung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, s. 276

19 BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İlliyyet Bağlı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, Cilt: 54, Sayı: 4, s. 120

20 ÇELİK, Ahmet, Hastanelerin ve Hekimlerin Sorumluluğu, [www.turabitudural.av.tr/html/hekim\\_dosyalar/hekim.htm](http://www.turabitudural.av.tr/html/hekim_dosyalar/hekim.htm), s. 17



Tedavi, somut olaya göre uygunsuz olabilir ya da hekim tarafından hatalı şekilde uygulanmış olabilir ve bu durumda hasta zarara uğrayacaktır.

Operasyon sırasında yapılan bir hata ya da yabancı bir cismin unutulması da tedavi hatası sınıfına sokulabilir.

Yine yanlış ilaç verilmesi, doz aşımı veya yetersiz dozda ilaç verilmesi de tedavi sırasında yapılan hatalara örnek olarak gösterilebilir.

Yanlış operasyon veya reanimasyon tekniği, hijyen kurallarının ihlali gibi birçok durum, tedavi hatası sınıfına sokulabilir.

Tedavinin hatalı olması durumunda da malpraktis söz konusu olur ve hekimin yasal sorumluluğuna yol açar.

### 3. Aydınlatma ve Tavsiyelerin Eksikliği

Aydınlatma kavramının yüküm,<sup>21</sup> yükümlenti,<sup>22</sup> ödev, yükümlülük kavramlarından hangisine dahil olduğu tartışmalıdır.<sup>23</sup> Ancak sonuç olarak aydınlatma yükümlülüğü ihlal edildiği takdirde, hukuksal bir müeyyideyle karşılaşılacaktır.

Hukuki bakımdan, hekim ile hasta arasındaki ilişki, bir tedavi sözleşmesi olup bu sözleşme bazı yazarlara ve hukuk sistemlerine (örneğin Alman ve Avusturya) göre hizmet sözleşmesi;<sup>24</sup> bazı yazarlara ve hukuk sistemlerine (örneğin İsviçre<sup>25</sup> ve Türkiye) göre vekalet sözleşmesi;<sup>26</sup> belli istisnai

21 DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas, **Medizinrecht**, 5. Auflage, Berlin, Heidelberg, 2003, s. 62

22 ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İtisnaları” Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 1982, s. 31 ve devamı

23 EHRENSPERGER, Thomas, **Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten im Schweizerischen Privatrecht**, Zürich, 2004, s. 9 ve devamı.

24 KATZENMEIER, age, s. 99; WENZEL, age, s. 232; HEIDELK, Stefanie, **Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden**, Berlin, 2005, s. 22; WENZEL, age, 1443.

25 İsviçre Hukukunda, “Aile Hekimliği Sözleşmesi”, bir tür “Hizmet Sözleşmesi” olarak kabul edilmektedir. WENZEL, age, s. 1493 ve devamı

26 BGE 117 Ib 197; BGE 116 II 519; ÖZCAN, Burcu G., ÖZEL, Çağlar, “Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Sonucu Çıkan Hukuki İlişkide Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 2007, Sayı: 1, Cilt: 10, s. 63; ATICI SEVİNDİK, Ebru, **Hekimlerin Mesleki Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumlulukları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimler Enstitüsü, Adana 2006, s. 6; OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt: 52, Sayı:3, s. 55; BAŞPINAR, Veysel, “Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümü (Die Aufkalerungspflicht Des Arztes Für Die Patienten Bei der Organtransplantation)”, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/diger-eserler/veysel-baspinar>, s. 3.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2003/21-95 K. 2003/113 sayılı ve 26.02.2003 tarihli kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 26.05.2005 tarihli ve E. 2005/5837 ve K.2005/5679 sayılı kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2002/7925 K. 2002/10687 sayılı ve T. 15.10.2002 tarihli kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2005/3645, K. 2005/11796 Sayılı T. 08.07.2005 Tarihli kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2002/13959, K. 2003/2380 sayılı ve T. 06.03.2003 tarihli kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1994/8557, K. 1994/2138 sayılı ve 04.03.1994 tarihli kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 1991/8375, K. 1991/14336 sayılı ve T. 18.11.1991 tarihli

durumlarda ise istisna sözleşmesi<sup>27</sup> olarak nitelendirilmektedir.

Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukukumuz açısından vekalet ilişkisi olmasından dolayı, aydınlatma yükümü, birçok yazar tarafından vekilin sadakat borcu olarak açıklanmaktadır.<sup>28</sup>

Hasta-hekim ilişkisi hukuken bir vekalet ilişkisi olmakla beraber, işin doğası gereği, sözleşmenin taraflarından birinin konu üzerinde az bilgi sahibi olması gereği güven ilişkisidir.<sup>29</sup> Aydınlatma yükümü, taraflar arası güven ilişkisinin mevcut olduğu ilişkilerde daha ön plana çıkmaktadır.<sup>30</sup> Hekimin hasta üzerindeki her önlemi, hastanın da onayını, katılımını gerektirir.<sup>31</sup> Hekim, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde, hastasına onun rızasının ve kararının oluşmasına temel teşkil edecek olan bütün bilgileri vermekle yükümlüdür. Hasta aydınlatma neticesinde, hastalığının ne olduğunu ve buna karşı nelerin yapılabileceğini tam anlamıyla bilmelidir.<sup>32</sup> Aydınlatma, hekimin vereceği bilgilerle uygulanması düşünülen tedavi yöntemi üzerinde hastayı özgürce karar verebilecek bir duruma getirmesidir. Yani aydınlatma, hastanın rızasının koşulu<sup>33</sup> olarak değerlendirilmektedir.

kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 1993/8557, K. 1994/2138 sayılı ve T. 4.3.1994 tarihli kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2001/4-595, K. 2001/643 sayılı ve T. 26.9.2001 tarihli kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E.2000/8590, K.2000/9569 sayılı ve 06.11.2000 tarihli kararı. Bu konuda doktrindeki örnekler çoğaltılabilir.

- 27 Yargıtay 13.Hukuk Dairesi E.1993/131 K. 1993/2741 sayılı ve 05.04.1993 tarihli kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 1977/1167, K. 1977/2307 sayılı ve T.20.12.1977 tarihli kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 1999/4007, K.1999/3868 sayılı ve 03.11.1999 tarihli kararı
- 28 FELLMANN, Walter, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die Einzelnenvertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der Einfache Auftrag, Art. 394-406 OR**, Bern, 1992, Art.398, Nr.146; DERENDINGER, Peter, **Die nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages**, 2. Auflage, Freiburg 1990, Nr. 131; WEBER, Rolf, **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I**, Basel und Frankfurt am Main 1996, Art.398, Nr.9; WIEGAND, Wolfgang, **Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, Eine Standortbestimmung anlässlich der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung**, 1993, s. 151; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, İstanbul, 2001, s.161
- 29 FANZ, Karl-Josef; HANSEN, Karl-Justus, **Aufklärungspflicht aus Aerztlicher und Juristischer Sicht**, 2. Auflage. München, 1997, s. 9
- 30 BUCHER, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 220; UYGUR, Turgut, **Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu**, C. VII, 2. Bası, Ankara 2003, s. 8577; BAŞPINAR, Veysel, **Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 143; ÖZKAYA, Eraslan, **Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, 2. Bası, Ankara, 2005, s. 358; Bu konudaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararları: BGE 101 II 102, BGE 117 II 387.
- 31 DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas, **Medizinrecht**, 6. Auflage, Berlin Heidelberg, 2008, s. 163
- 32 ROGGO, Antoine, **Aufklärung des Patienten, Eine ärztliche Informationspflicht**, Bern, 2002, s.89.
- 33 DEUTSCH, Erwin; MATTHIES, Karl-Heinz, **Arzthaftungsrecht, Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen**, 3. Auflage, Köln, 1988, s. 71; DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas, **Medizinrecht**, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg, 2008, s. 174; BERGMANN, Karl-Otto, **Die Arzthaftung**, 2. Auflage, Berlin Heidelberg New York, 2004, s. 63; ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich, **Handbuch des Medizinstrafrechts**, 3. Auflage, Stuttgart München Hannover Berlin Weimar Dresden, 2007, s. 50

Tüm bu sebeplerden dolayı, acil vakalar hariç olmak üzere, hekim tedaviye başlamadan uygun bir süre önce, hastasını uygulayacağı tedavi konusunda aydınlatmalıdır<sup>34</sup>. Alman Federal Mahkemesi Kararına göre, “*Operasyondan bir gece önce yapılan aydınlatma hastanın karar verebilmesi için yeterli değildir*”.<sup>35</sup>

Aydınlatma öncelikle üç türe ayrılır:

İlk tür olan müdahale aydınlatması; teşhis aydınlatması, süreç aydınlatması ve riziko aydınlatması olarak üçe ayrılır.<sup>36</sup>

- Teşhis aydınlatması, hekimin hastasını muayenesi neticesinde elde ettiği bulgular kapsamında vardığı teşhis konusunda hastasını aydınlatmasıdır<sup>37</sup>. Özel bir haklılık sebebi olmaksızın susmak ya da teşhisi gizlemek, aydınlatma eksikliği bağlamında hekimin özen yükümünün ihlali anlamına gelir.<sup>38</sup>
- Süreç aydınlatması, konulan teşhise karşı yapılacak müdahaleyi yani tedaviyi kapsar. Doktor süreç aydınlatması kapsamında, yapacağı müdahaleyi neden seçtiğini, niçin önerdiğini; uygulanabilecek alternatif yöntemler<sup>39</sup> varsa bunların ne olduğunu ve yine neden bu yöntemleri seçmediğini açıklar.
- Riziko aydınlatması, tedavinin risklerini kapsamaktadır. Başta cerrahi müdahaleler olmak üzere, her tıbbi müdahalede, komplikasyonlar veya öngörülemez gelişmeler olabilir. Hekim bu noktada, tıp bilimindeki bilimsel ve teknik gelişmeler ve kendi tecrübeleri doğrultusunda, hastayı, tedavinin riskleri ve yan etkilerinin<sup>40</sup> ne olduğu konusunda aydınlatmalıdır.

Hekim tedavinin risklerini anlatırken, öncelikle hastanın can veya uzuv kaybı olasılığı üzerinde durmalıdır. Ardından gerçekleşmesi muhtemel diğer komplikasyonlar hastaya anlatılmalıdır. Bu konuda matematiksel ve istatistiksel verilerden yararlanılabilir. Komplikasyonların ağırlığı ve hastanın fiziksel özelliklerinden dolayı hangi komplikasyonlarla karşılaşmasının muhtemel olabileceği de açıklanmalıdır.

Alman Federal Mahkemesi kararına göre, “...*Aydınlatma, endikasyonun*

34 EHLERS, Alexander; BROGLIE, Maximilian, *Arztshaftungsrecht*, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2008, s. 264

35 BGH NJW 2003, 2012

36 AYAN, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991, s. 71-72;

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul, 1993, s. 60; GÜMÜŞ, age, s. 63

37 ÖZSUNAY, age, s. 41; ROGGO, age, s. 90; AYAN, age, s. 71, ÇİLİNGİROĞLU, age, s.60; WIEGAND, age, s. 132

38 ROGGO, age, s.89

39 DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas, *Medizinrecht*, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg, 2008, s.176

40 DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas, *Medizinrecht*, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg, 2008, s.179

41 BGH VIZR 198/07

42 *Ibid*

*ağırlığının anlatılmasıyla belirlenmelidir. Bu kapsamda, müdahalenin zorunluluğu, ivediliği ve tedavinin başarı şansı anlatılmalıdır. Bunun yanında özellikle hastanın yaşamını sürdürmesini etkileyebilecek risklerin ağırlığının da belirtilmesi gerekmektedir.”<sup>41</sup>*

Bir başka karara göre, “... Hekim, ortaya çıkabilecek komplikasyonları istatistiksel olarak açıklamak zorunda değildir. Ancak, bu hekimi riskin yüksekliğini açıklama zorunluluğundan muaf tutmaz. ... Küçük riskleri hekim 'az görülür' veya 'nadiren' şeklinde nitelendirebilir”<sup>42</sup>

İkinci tür olan koruma aydınlatmasında amaçlanan, hastanın kişisel durumu, ilaçların yan etkileri ve tedavi sürecinin işleyişi konusunda hastayı bilgilendirmek suretiyle, hastanın doğru ve kendi menfaatine uyan davranışı gerçekleştirmesini sağlamaktır.<sup>43</sup>

Bunun dışında özel aydınlatma türleri de yer almaktadır. Örneğin, hekimler operasyonun ya da tedavinin ekonomik boyutunu hastalarına açıklamalıdır.

Deutsch ve Spickhoff’a<sup>44</sup> göre, aydınlatma, tedavinin ivediliğini, tıbbi önlemlerin ertelenebilirliğini, öngörülen riskleri, riskli endikasyonları, tedavinin başarısız olma riskini, tedavinin sıklığını, hastalığın normal gelişimi ile risk karşılaştırmasını, diğer güvelli alternatifleri, güncel ve konservatif tedavi yöntemlerini içermelidir.

Katzenmeier<sup>45</sup> ise, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında Deutsch ve Spickhoff’un birçok başlık altında topladığı yükümlülükleri dört başlık altında toplamıştır: Müdahalenin ivediliği, tedavi sırasında ortaya çıkabilecek riskler, alternatif tedavi yöntemleri, Aydınlatmanın sınırlandırılması.

Roxin ve Schroth<sup>46</sup> da aydınlatma yükümlünün kapsamına teşhis aydınlatmasını, süreç aydınlatmasını, riziko aydınlatmasını ve terapi aydınlatmasını dahil etmişlerdir.

Ayrıca hekim, tedavi sona erdikten sonra, hastalığın nüksetmemesi için, çeşitli tavsiyeler de vermelidir. Örneğin, sigara içmemesi, ağır kaldırmaması, diyet yapması<sup>47</sup> gibi tavsiyeler verilebilir.

#### 4. Komplikasyonun Zamanında Fark Edilmemesi

Malpraktisin bir başka türü de komplikasyonun zamanında fark

43 WIEGAND, age, s. 128

44 DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas, **Medizinrecht**, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg, 2008, s.184-190

45 KATZENMEIER, age, s. 327-336

46 ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich: **Handbuch des Medizinstrafrechts**, 3. Auflage, Stuttgart München Hannover Berlin Weimar Dresden, 2007, s. 126

47 ULSENHEIMER, age, s. 75

edilememesi ya da fark edilmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması sonucu hastanın zarar görmesidir.

Hekimin yasal sorumluluğu konusunda en büyük sorun burada çıkmaktadır. Yapılan birçok tıbbi müdahalenin yan etkisi veya müdahale sonrasında ortaya çıkabilecek komplikasyonlar önceden bilinmektedir. Ancak, bu yan etki ve komplikasyonlara rağmen hastanın başka şekilde tedavisi mümkün değilse, bunlar göze alınmalıdır. Önceden öngörülen komplikasyonlara karşı her türlü bilgi, beceri, ilaç, tıbbi teçhizat hazır bulundurulmalıdır. Bunlar hazır bulundurulmadığı takdirde, malpraktisten söz edilebilecek ve hekimin sorumluluğu yoluna gidilecektir. Bu konu, makalenin sonraki kısımlarında ele alınacaktır.

#### **B. Hastalıktan Kaynaklanan Komplikasyon (İzin Verilen Risk) Kavramı**

Komplikasyon kelime olarak “*karışmak*”, “*karışıp kaynaşmak*” anlamlarına gelir. Bunu tıp bilimi için kısaca tanımlayacak olursak komplikasyon, bir hastalığın seyri sırasında, önceden beklenmeyen bir durumdur.

Hekim hastanın bakımını üstlendiğinde hastanın bu eylemden yarar sağlayacağı umulmakla birlikte tıp biliminde bunun bir garantisi yoktur. Hemen hemen bütün hekimlik uygulamaları hastalar yönünden belirli bir risk oluşturmaktadır.<sup>48</sup> Bu riskler, hekimlik uygulamalarının doğasından kaynaklanmakta, büyük kısmı hekim tarafından gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsa bile kaçınılmaz nitelik taşımaktadır. Ortaya çıkacağı veya çıkma ihtimali bulunduğu bilindiği, öngörülebildiği halde uygulamanın yapılması belirgin derecede hasta yararına ise, bu riskler, uygulamanın yapılmasına engel kabul edilmez. Söz konusu riskler, hastanın bilgisi dahilinde (aydınlatılmış onam) olduğu takdirde hekim, bu zararların ortaya çıkmasından sorumlu değildir. Bu kavram, hukukta “*izin verilen risk*” olarak ifade edilirken, kavramın tıptaki karşılığı “*komplikasyon*”dur.<sup>49</sup>

Şayet komplikasyon, zamanında fark edilemez veya fark edilmesine karşın gerekli önlemler alınmaz ya da fark edilip önlem alınmasına karşın yerleşmiş standart tıbbi girişimde bulunulmaz ise, bu durumda önceden de belirttiğimiz gibi, komplikasyon, malpraktise dönüşür.<sup>50</sup>

Bir hukuki yararın tehlikeye sokulması, son tahlilde hastanın yararı

48 ÇOLAK, Ahmet, “*Komplikasyon mu? Malpraktis mi? Malpraktis Davalarının Asli Unsurları*”, Hekim Forumu Dergisi, 2003, Nisan- Mayıs 32-33,

49 OĞUZ, age

50 SEVİNDİKATICI, age, s. 69

açısından tek araç ise, hukuken bu yararın tehlikeye sokulmasına izin verilmektedir. Tıbben gerekli olan bir müdahaleyi; modern tıbbın gereklerine, hekimlik mesleğinin yüklemiş olduğu dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olarak yapan sağlık personelinin kusurundan söz edilemez ve dolayısıyla, bu müdahaleyi yapan sağlık personelinin hiçbir şekilde hukuki sorumluluğu yoluna gidilemez.

Bu konuda bir Yargıtay Kararı örneği verilebilir:

*“Sağının başı boş bıraktığı köpeği tarafından ısırılıp yaralanan mağdureye kuduz aşısı uygulandığı, 15. aşıdan sonra hastalandığı ve öldüğü, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu raporunda, - ölümün köpek ısırmasını takiben tatbik edilen kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ensefalit sonucu gelişen dolaşım ve solunun yetmezliğinden-kaynaklandığının, kuduz aşısına ve aşının tatbik şekline atfı kabil kusur bulunmadığının bildirildiği, keza, Yüksek Sağlık Şurası raporunda, - kuduz aşıları neticesinde bazen bu tip ensefalit komplikasyon olarak meydana gelebilmektedir. Bu komplikasyonlar nedeniyle aşığı yapan kimseyi kusurlu bulmak mümkün değildir”<sup>51</sup>*

Yargıtay Kararı'nda da belirtildiği gibi, komplikasyon sebebiyle ortaya çıkan zararlardan hekimi sorumlu tutmak mümkün değildir.

Bu konuda birkaç Yargıtay Kararı daha incelemek yerinde olacaktır:

*“... bel fıtığı ameliyatlarında hekimin muhtemel komplikasyonlara karşı tedbir alması gerekir. ... uzun süredir bel fıtığı yakınması olan hasta beyin uzmanı olan operatör doktor Y.Ç.E.nin özel hastası olup yatak istirahatından yarar sağlamaması üzerine hastalığının operasyonla düzeleceği hekim tarafından belirlenir. Özel bir hastanede yapılan ameliyattan 3 saat sonra doktor hastanın tansiyonunun düştüğünü belirtir ve ... üniversitesi hastanesine gönderilmesini ister. ... hasta ambulansla ve doktor refakatinde bu hastaneye götürülür. Acil serviste gerekli girişimler yapılan hasta 1,5 saat içinde intraabdominal kanama ön tanısı ile damar cerrahisi tarafından ameliyata alınır. Gelişen komplikasyonlar sonucu ameliyatın 6. gününde ölür. Ölüm nedeni akut respiratuar distres sendromu, mezenter trombüs ve bağırsak nekrozu olmakla birlikte olayların başlamasına neden, bel fıtığı ameliyatı sonucunda oluşan sol iliak arter ve üreter yaralanması sonucu gelişen ağır hipovolemi ve retroperitoneal hemotomdur.... bel fıtığı operasyonlarında söz*

51 Yargıtay 2. Ceza Dairesi E. 1991/10834 K. 1991/11895 sayılı ve T. 20.11.1991 tarihli kararından alınmıştır.

*konusu damar yaralanması çok ender de olsa rastlanan bir komplikasyondur. Ancak mesleğinde yeterli tecrübeye sahip bir hekimin böyle bir komplikasyondan kaçınmak için disk materyali çıkarılırken gerekli komplikasyonları hesaplaması gerekirdi. Damarın disk kapsülüne yapışık olması sonucu komplikasyonun kaçınılmaz olacağı da bir gerçek olmakla beraber, hekimin böyle bir durum olup olmayacağını anlamak amacıyla bir tetkik (MR gibi) yaptırmamış olması özensizlik olarak değerlendirilmiştir. Operasyon öncesi ve sonrasında gerekli özeni gösteren hekimin, operasyon sırasında da aynı özeni göstermesi gerekirdi. Hastanın ölümünde hekim 4/8 oranında kusurludur. ...”<sup>52</sup>*

*“...komplikasyona bağlı iç kanamada hekimin kusuru yoktur. ... trafik kazası geçiren A.Y. genel durumu iyi, ulna kırığı saptanmış, tansiyon nabız şuur normal iken çekilen grafilerde ulna ve pelvis kırığı saptanır. Ortopedi uzmanı tarafından yatırılarak gözlem altına alınan hasta gece birkaç defa kusar ve sabah kahvaltısını yaparken aniden fenalaşan hastanın kan basıncı 50/20 ml. Hg. olarak saptanmış, gerekli müdahalelere rağmen kaybedilmiştir. .... hekim gerekli tedbirleri yaptırdıktan sonra ilgili branş hekimleri ile gerekli konsültasyonu yaptırmak hastayı gözlem altında tutmak için yatırmıştır. Pelvis çatlaklarında tedavinin öncelikle istirahat, gerekirse operasyon olduğu, emboli riskinin yüksek olduğu, kanama riski olduğu, bu durumdaki hastanın takip edilmesi gerektiği, bu hastanın da gerekli takibinin yapılmış olduğu, bu kanamanın muhtemel komplikasyonlardan olduğu, olaya karışan tüm hekimleri yaptıkları tanı ve tedavi işlemlerini tıp kurallarına uygun olarak gerçekleştirdikleri, ortalama özen ve dikkati gösterdikleri, hekimlerin hastanın ölümünde kusurlarının bulunmadığı sonucuna varılmıştır...”<sup>53</sup>*

## **II. MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYON ARASINDAKİ AYRIM**

Hekimin sorumluluğu açısından tıbbi uygulama hatası (malpraktis) ve komplikasyon kavramları ve bu kavramların ayrılması büyük önem taşımaktadır. Zira, tıbbi uygulama hatası olması durumunda hekim sorumluluğundan söz edilirken, hastalıktan kaynaklanan komplikasyon olduğu takdirde, hekim sorumlu olmayacaktır.

Hekimin sorumlu olmaması için üç şartı yerine getirmesi gerekmektedir:<sup>54</sup>

- Hekim hastası için gereken ve öngörülebilir önlemleri almalıdır.

52 ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, 2003, s. 483

53 Ibid

54 KATZENMEIER, age, 272



- Hekim, hastasını aydınlatmalı ve onun anlayışına sığınmalıdır.
- Tedavi sürecinde müdahalelerde özen göstermeli ve kendi uzmanlık alanınca belirlemiş ve kabul edilmiş kurallara uymalıdır.

Sonuç olarak, eğer hekimin koyduğu tanı doğruysa, tedavi doğru şekilde yürütülmüşse, hekim hasta üzerinde her türlü özeni göstermişse ve önceden öngörülebilir risklere karşı tam anlamıyla önlem alınmışsa, burada malpraktisten söz edilemez ve hekim sorumlu tutulamaz. Aynı şekilde mevcut bilim ve teknoloji vasıtasıyla ortaya çıkabilecek komplikasyon bilinmiyorsa ve yahut bu komplikasyona önlem almak mümkün değilse, yine burada hekimin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Aksi durumlarda ise, malpraktis meydana gelecek ve hekim sorumlu olacaktır.

### SONUÇ

Makalede, ilk önce klinik iatrojenes kavramı incelenmiş ardından da bu terimin alt başlıkları olan malpraktis ve hastalıktan kaynaklanan komplikasyon kavramlarının tanımları, hangi durumların malpraktis veya hastalıktan kaynaklanan komplikasyon teşkil ettiği ve bu olumsuzluklardan hastanın minimum zararla kurtulabilmesi dolayısıyla hekimin de daha az hukuki müeyyideyle karşılaşması için, nelere dikkat edilmesi gerektiği ele alınmıştır.

Bu kapsamda ilk önce hekim hatası ve tıpta yanlış uygulama konusuna değinilmiş, hangi durumların tıpta yanlış uygulama teşkil edeceği konusunda çeşitli yazarların görüşlerine yer verilmiş ve sonunda bu durumların teşhis hatası, tedavi hatası, aydınlatma ve tavsiyelerin eksikliği ve komplikasyonun zamanında fark edilememesi alt başlıkları altında toplanmasının uygun olacağına kanaat getirilmiş ve bu kanaat paylaşılmıştır. Hekimin hastasına teşhis koyarken sahip olduğu yükümlülükler ve yapması gerekenler, tedavinin nasıl yapılması gerektiği, teşhis ve tedavi konusunda aydınlatmanın kapsamı gereken hususlar, nasıl yapılması gerektiği ve bu konuda yazarların görüşleri yanında komplikasyonun zamanında fark edilmemesi durumu detaylıca gerek bilimsel yayınların incelenmesi gerekse yüksek mahkeme kararlarına yer verilmesi suretiyle ele alınmıştır. Bunun ardından hastalıktan kaynaklanan komplikasyon, bir diğer adıyla izin verilen risk kavramı analiz edilmiş, kavram mümkün olduğu kadar açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Bir önceki paragrafta belirtilen ayrımın yapılmasındaki amaç, önceden de belirtildiği üzere, malpraktis durumunun hekimin sorumluluğundan bahsedilmesi sonucuna yol açması yanında hastalıktan kaynaklanan komplikasyonun hekimin sorumluluğuna yol açmayacağı gerçeğidir. Hekimin



sorumlu olmaması için, malpraktise yol açacak bütün durumlardan kaçınması gerekir. Daha açık bir ifadeyle, hekim yukarıda ayrıntılı şekilde ele alınan tüm bilgiler ışığında uzmanlık bilgi ve tecrübesini de kullanarak doğru teşhisi koymalı, bu teşhis konusunda hastasını bilgilendirmeli, seçtiği tedaviyi ve varsa diğer tedavi yöntemlerini hastasına açıkça anlatmalı ve diğer tedavi yöntemlerini de neden seçmeyi tercih etmediği konusunda hastasını detaylıca bilgilendirmelidir. Tüm bunları yerine getirmiş, tedavide gösterilebilecek maksimum özeni göstererek yapmış ve öngörülebilir tüm risklere karşı alınabilecek önlemler alınmış olmasına rağmen hastada istenmeyen bir sonuç ortaya çıkmışsa, veyahut ortaya çıkan istenmeyen sonuç önceden mevcut bilim ve teknoloji marifetiyle bilinmeyecek durumda veya bilinmesine rağmen önlem almak mümkün değil ise, burada artık malpraktisten söz edilmesi yerinde olmayacaktır. Dolayısıyla bu hususların hepsini yerine getirmiş olan hekim, söz konusu olumsuzluklar karşısında sorumlu olmayacak, herhangi bir müeyyideyle de karşılaşmayacaktır. Ancak aksi durumlarda, yani, malpraktisin varlığından söz edilebileceği durumlarda, hekim ortaya çıkan durumdan ilgili mevzuat çerçevesinde cezai, hukuki veya idari olarak sorumlu olacak ve gerekli müeyyidelerle karşılaşabilecektir.

#### **KAYNAKLAR**

- ATICI SEVİNDİK, Ebru: Hekimlerin Mesleki Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumlulukları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sağlık Bilimler Enstitüsü, Adana 2006
- AVEYARD, Helen: “*The Requirement for Informed Consent Prior to Nursing Care Procedures*”, Journal of Advanced Nursing, 2003, Volume: 37, Issue: 3
- AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991
- BAŞPINAR, Veysel: “*Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümü (Die Aufkalearungspflicht Des Arztes Für Die Patienten Bei der Organtransplantation)*”, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/diger-eserler/veysel-baspinar>
- BAŞPINAR, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara, 2004
- BEGGLEN Sandro: Pflicht des Arztes zur Aufklärung über wirtschaftliche und versicherungsrechtliche Belange der Heilbehandlung, ZBJW, 1994

- BERGMANN, Karl-Otto: Die Artzhaftung, 2. Auflage, Berlin Heidelberg New York, 2004
- BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988
- BUCHER, Eugen: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischer Privatrecht, Das Personenrecht, 2. Abteile, 1. Teilband, Bern, 1976
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İlliyyet Bağ Teorisine Değişik Bir Yaklaşım, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, Cilt: 54, Sayı: 4, s. 119-148
- ÇELİK, Ahmet, Hastanelerin ve Hekimlerin Sorumluluğu, [www.turabitalar.av.tr/html/hekim\\_dosyalar/hekim.htm](http://www.turabitalar.av.tr/html/hekim_dosyalar/hekim.htm)
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993
- ÇOLAK, Ahmet: “Komplikasyon mu? Malpraktis mi? Malpraktis Davalarının Asli Unsurları”, Hekim Forumu Dergisi, 2003, Nisan- Mayıs
- DERENDINGER, Peter: Die nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Auflage, Freiburg 1990
- DETTWEILER, Ulrich, “Ehtik in der Verantwortung”, [www.psimon.net/Ethik\\_in\\_der\\_Verantwortung.pdf](http://www.psimon.net/Ethik_in_der_Verantwortung.pdf)
- DEUTSCH, Erwin; MATTHIES, Karl-Heinz: Artzhaftungsrecht, Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen, 3. Auflage, Köln, 1988
- DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas: Medizinrecht, 5. Auflage, Berlin, Heidelberg, 2003
- DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas: Medizinrecht, 6. Auflage, Springer, Berlin Heidelberg, 2008
- Dünya Tabipler Birliği, Tıpta yanlış Uygulama konulu Bildirge
- EHLERS, Alexander; BROGLIE, Maximilian: Artztshaftungsrecht, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2008
- EHRENSPERGER, Thomas: **Strukturen und Verletzungen von Obligenheiten im Schweizerischen Privatrecht**, Zürich, 2004
- ENGST, Kathrin: Patientenflichten und lasten, Duncker&Humblot, Berlin, 2008
- FANZ, Karl-Josef; HANSEN, Karl-Justus: Aufklaerungspflicht aus Aertzlicher und Juristischer Sicht, 2. Auflage. München, 1997

- FELLMANN, Walter: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die Einzelnenvertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der Einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern, 1992
- FRÖHLICH, Uwe: Forschung wider Willen?, Mannheim, 1998
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001
- GÜNAYDIN, Serdar: “*Hasta Hakları Ve Tıbbi Uygulama Hataları*”, Aneztezi Dergisi, 2003, Cilt: 11, Sayı: 4, s. 242- 248
- HAAG, Kurt; TRAUT Swen Lichtschlag-Traut: “*Die arztliche Aufklaerungspflicht, Blatter zum Recht- Heft 5*”, [www.advocaten.de/bzr5.htm](http://www.advocaten.de/bzr5.htm)
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara, 2007
- “*Yeni TCK'da Sağlık Personelini İlgilendiren En Önemli Madde*”, [www.medimagazin.com.tr/mm-yeni-tckda-saglik-personelini-ilgilendiren-en-onemli-madde-ky-50913.html](http://www.medimagazin.com.tr/mm-yeni-tckda-saglik-personelini-ilgilendiren-en-onemli-madde-ky-50913.html)
- “*Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu*”, [www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-cezai-sorumlulugu-ky-51031.html](http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-cezai-sorumlulugu-ky-51031.html)
- HANCI, İ. Hamit: Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. baskı, Ankara, 2005
- HEIDELK, Stefanie: Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden, Berlin, 2005
- HINDERLING, Hans: Die Aerztliche Aufklaerungspflicht: Ausgewaehlte Schriften, Zürich, 1982
- HOLZER, Wolfgang: “*Die Haftung des Arztes im Zivilrecht*”, Die Haftung des Arztes, Leykam Verlag, Graz, 1983
- İNCE, Haluk; İNCE, Nurhan; AYHAN ÖZYILDIRIM, Bedia; SAFRAN, Nurhaş: “*Hatalı Tıbbi Uygulama Ve Korunma Yolları*”, İstanbul Tıp Fakültesi Dergisi, 2002, cilt: 68, Sayı: 4, s. 123-127
- KATZENMEIER, Christian: Artzthaftung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002
- KING, Joseph H.: The Law of Medicel Practice in a Notsheel, St. Paul, 2nd Edition, Minnoseta, 1986
- KNIGHT B.: Simpson's Forensic Medicine. British Library Cataguing in

Publication Data, Tenth Edition, Oxford University Press, 1991

----- The pathology of wounds. Forensic Pathology, 2th ed. , New York, Oxford University Press, 1996

KUNTZ, Klaus: Arzthaftungsrecht, 11. AufbauLieferung, Luchterhand, Maerz, 1992

LAUFS, Adolf; UHRENBRUCK, Wilhelm: Handbuch des Arztrecht, 4. Auflage, München, 2009

MALLACH, Hans Joachim, SCHLENKER, Gerhard, WEISER, Alfons: Aertzliche Kunstfehler, Stittgart Jena New York, 1993

MAYER, Karl-Georg.: Medizinische Massnahmen an Betreuten, Würzburg, 1995

OĞUZ, Polat: “*Tipta Uygulama Hataları*”, <http://www.adlitip.org/?p=52>

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt: 52, Sayı:3, s. 55- 77

ÖZCAN, Burcu G.; ÖZEL, Çağlar: “*Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Sonucu Çıkan Hukuki İlişkide Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 2007, Sayı: 1, Cilt: 10, s. 50- 73

ÖZKAYA, Eraslan: Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Bası, Ankara, 2005

ÖZSUNAY, Ergun: “*Alman ve Türk hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve istisnaları*”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 1982

ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, Kasım 2003

PROSKE, Manfred: “*Aerztliche Aufklaerungspflicht und Einwilligung des Patienten aus strafreschtlich Sicht*”, Die Haftung des Arztes, Leykam Verlag, Graz, 1983

QUAAS, Michael; ZUCK, Rüdiger: Medizinrecht, 2. Auflage, München, 2008

RIES, Hans-Peter; SCHNEIDER, Karl- Heinz; ALTHAUS, Jürgen; GROSSBÖLTING, Ralf; VOSS, Martin: Arztrecht, 2. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg New York, 2007

- ROGGO, Antoine: Aufklaerung des Patienten, Eine arztliche Informationspflicht, Bern, 2002
- ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich: Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Auflage, Stuttgart München Hannover Berlin Weimar Dresden, 2007
- Medizinstrafrecht, 2. Auflage, 2001
- ROXIN, Claus; İSFEN, Osman: **Der** Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches, GA 2005
- SCHICK, Peter J.: “*Der aertzliche Behandlungsfehler in strafrechtlicher Sicht*”, Die Haftung des Arztes, Leykam Verlag, Graz, 1983
- SCOTT, Ronalt W.: Health Care Malpractice, ikinci baskı, Pennsylvania, 1999, s.5
- SEIFERT, Ralph B: Aertzlicher Behandlungsfehler und schicksalhafter Verlauf, Baden-Baden, 2008
- SKEGG, P.D.G.: “*English Medical Law and Informed Consent: An Antipodean Assessment and Alternative*”, Medical Law Review, Summer, 1999
- SÜTLAŞ, Mustafa: “*Tıbbi Yanlış Uygulama ve Mesleki Mesuliyet Sigortası Üzerine Bazı Saptamalar*”,  
<http://www.hastahaklari.org/kotuyg-sig.htm>
- ŞENOCAK, Zarife: “*Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 200,1Cilt: 50, Sayı: 4, s.66-80
- TROCKEL, Horst: Die Einwilligung Minderjaehriger in den Aertzlichen Eingriff, NJW, 1972
- ULSENHEIMER, Klaus: Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2008
- UYGUR, Turgut: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. VII, 2. Bası, Ankara 2003
- VOLL, Doris: Die Einwilligung im Arztrecht, *Frankfurt am Main*, 1996
- WEBER, Rolf: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel und Frankfurt am Main 1996
- WENZEL, Frank: Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln, 2007
- WIEGAND, Wolfgang: Die Aufklaerung bei medizinischer Behandlung, Eine Standortbestimmung anlaesslich der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, 1993

# KÜRESELLEŞEN HUKUKUN DEVLETİN EGEMENLİK UNSURUNA Etkisi\*

ÖĞR. GÖR. DR. LEVENT ERSİN ORALLI\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Bu çalışma, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalında 2011 yılında savunduğum doktora tezime (**Küreselleşme Sürecinde Uluslararası Kuruluşlar ve Devlet Egemenliği**) dayanılarak hazırlanmıştır.

Danışmanım Doç. Dr. Canan ATEŞ EKŞİ'ye tez sürecindeki değerli katkılarından dolayı teşekkür ederim.

\*\* Gazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi



## GİRİŞ

Devletlerarası ilişkilerde müdahalesizlik esasına dayanan yaşlı Westphalian egemenlik anlayışının gerilediği ve uluslararası sistemin işleyişini düzenlemek adına dış egemenliğin daraldığı uluslararası hukuk sürecinin gelişimi boyutunda, modern devletin temel dayanağı olan egemenlik kavramı, ülkeler arasındaki sosyal ve politik ilişkileri belirlemekte yetersiz kalmaktadır.<sup>1</sup> Klasik anlamda egemenlik, ülkenin iç ve dış ilişkilerindeki mutlak gücünü ifade etmekte iken, mevcut süreçte, devletler karar alma mekanizmasının yegane aktörü olma noktasında gücünü büyük ölçüde yitirmiştir.

Ulusal ve uluslararası hukukun etkileşim içinde olduğu gerçeğinden hareketle, modern anlamda egemenlik, hukuk kuralları çerçevesinde devletin serbest hareket etme yetkisi olarak değerlendirilirse, iç egemenlik alanında ele alınabilecek tüm meselelerin daima uluslararası boyutlarının da olduğu hesaba katılmalıdır. Bu durumda normlar hiyerarşisi açısından düşünüldüğünde, uluslararası hukukun evrensel normlarına aykırı olarak düzenlenen iç hukuk normları bir devletin iç egemenlik alanı içinde değerlendirilmeyip üstün olan uluslararası hukuk normuna uygun hale getirilmektedir. Çalışmamızın temel

<sup>1</sup> Hailbronner, Kay: “**The Legal Status of Population Groups in a Multinational State under Public International Law**,” ed. Yoram Dinstein ve Mala Tabory, *The Protection of Minorities and Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, s. 117.



önermesi, küreselleşen hukukun devletin iç egemenliğini dokunulmaz olmaktan çıkardığı, klasik egemenlik anlayışı ve devletin kullandığı yetkilerin hukukun izin verdiği sınırlar çerçevesinde çizilmeye yüz tuttuğudur.

Bu çalışmada, devletlerin egemenlik bağlamında yaşadığı önemli dönüşümü değerlendirirken, hukuksal boyutu itibariyle egemenlikten hangi noktalarda fedakarlıkta bulunulduğu ve devlet egemenliğinde küreselleşen hukuk dolayısıyla meydana gelen sınırlandırmalar ile bunların mahiyetleri ve dereceleri değerlendirilecektir.

## I. KÜRESELLEŞME VE HUKUK

İnsanların birbirlerine ihtiyaç duyarak oluşturdukları toplum modeline benzer nitelikte, devletler de belirli şartlar ve gereksinimler dahilinde birbirleriyle ilişki seviyelerini artırmış ve karşılıklı bağımlılık dahilinde aralarında bir takım düzenlemelere gitmişlerdir.<sup>2</sup> Öncelikle antlaşmalar vasıtasıyla gelişen bu ilişki düzeyi, ardından işbirliği boyutuna ve uluslararası kuruluşların oluşumuna giden bir süreci beraberinde getirmiştir. Devletler egemenliklerini ellerinden bırakmadan bu iletişimi kuvvetlendirmiş ve belirli sınırlar dahilinde ortak bir hukuk zemini yaratacak teşekküller oluşturulmuştur.<sup>3</sup>

Klasik egemenlik anlayışının temelini oluşturan iç ve dış egemenlik olgularında, özellikle vurgulanan husus, siyasi iktidarın sürekliliği ilkesi gereğince devletin ülkesine yönelik olarak kural oluşturma işlemlerinde başka hiçbir otoriteye bağlı kalmaksızın iradesini ortaya koyabileceğidir. Devletin genel irade dahilinde alacağı kararların gerek ülkesel gerekse kişisel yetki sahasında doğrudan etki doğurması ve başka bir merciin denetimine tabi olmaması iç egemenlik anlayışını doğrularken; dış egemenlik diğer deyişle bağımsızlık olgusundaki özerklik ve “egemen eşitlik” prensibi paralelinde “iç işlerine karışmama ve müdahale yasağı” sınırlandırılabilir bir nitelik arz etmektedir.

Egemenlik prensibinin siyasi iktidara sağladığı temel nosyon, ülkesel yetki sahası içerisinde ve kişisel anlamda yurttaşları üzerinde uyulmaması durumunda yaptırım mekanizmaları ile donatılmış kurallar oluşturmaktır. Mevzu hukuk, örf ve adetler ve içtihatlardan oluşan bu kurallar manzumesi iç egemenliğin bir sonucu olarak devletlerin hukuk yaratma gücüne sahip olması

2 Demirkan, Tarık: “**Dünya ve Türkiye: Küreselleşme ve Değişim**”, Süleyman Talay, Küyerel Düşünce Grubu Paneller Dizisi I, İstanbul, Küyerel Yayınları, 1997, s. 27.

3 Marko, Joseph: “**Constitutional Aspects of Sovereignty and the Institutional Structures of States in Pluriethnic Countries**”, Conference on “Constitutional Aspects of Sovereignty in the State Structure of Multi-ethnic States”, Chisinau, Moldova 22-23 Eylül 2006, European Commission for Democracy Through Law, s. 2.

anlamına gelmektedir. Bu bağlamda müstakil olarak kural koyma yeteneğine sahip devlet, klasik anlamdaki mutlak egemenliğini, polis devleti ve hazine kuramlarının hukuk devletine evrilmesiyle ve Anayasacılık sürecindeki ilerlemeyle yitirmiş ve egemenliğin sınırlanması noktasına yaklaşmıştır.

Sınırlanmış egemenlik anlayışı, insan haklarının uluslararası platformda korunmasına ilişkin ortak hükümler düzenlenmesi çerçevesinde somutlaşmıştır. İnsan haklarının gelişimi ve minimum ortak paydanın tespiti noktasında, devletlerarasında doğan karşılıklı bağımlılığın getirdiği etkileşim, bazı ulusal hukuk konularının uluslararası alanın etkisine açılmasına sebep olmuştur. Uluslararası hukuk boyutunda konu sahasının genişlemesi, devletlerin iç hukuklarına etki etmekte ve ortak normlarda kaydedilen artışa paralel olarak egemenlik kavramı bir değişim süreci geçirmektedir.

Devletlerin ülkesel ve kişisel yetki sahalarına kadar uzanan ve egemenlik yetkilerini aşındıran ortak hukuk noktalarına yol alma eylemi, hukuksal bağlamda bir küreselleşmeyi işaret etmektedir ki, klasik sınırların ortadan kalkması, bölgesel entegrasyonlar ve hükümet dışı kuruluşların etkinliğini belirtmek adına bu başlık altında öncelikli olarak ele alınması gereken kavram küreselleşmenin kendisidir.<sup>4</sup>

#### **a. Küreselleşme Olgusu**

Devletlerin uluslararası hukukun kişileri olarak gerek iç hukuk süreçlerini gerekse uyruğundaki bireyleri münhasıran yönlendirdikleri ve başka devletler ve uluslararası teşekküller ile etkileşimden uzak bulundukları dönem, devletlerarasındaki ilişki düzeylerinin gelişimine paralel olarak büyük oranda sona ermiştir. Ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel değerlerin ve bu değerler etrafında gelişen ilişkilerin ulusal sınırlar dışına taşarak, küresel çapta yayılması<sup>5</sup> ve ülkeler arasında fiziksel, ekonomik ve hukuksal sınırların çözülmesi sürecinde devletlerin ülkesel yetkilerinde bir dönüşüm süreci yaşaması kaçınılmaz olmuştur.

Küreselleşme olgusu ağırlıklı olarak ekonomik süreçlerle ilişkilendirilmekle birlikte, ekonomik üslup farklılaşması sürecini aşmış, yakınlaşmayı içeren tarihsel bir gelişme olarak kaydedilmiştir ve tanımı aşamasında olmasa da en azından bu konuda bir fikir birliği bulunmaktadır. Küreselleşmenin ortaya çıkışı konusunda, çeşitli dönemlere ve olaylara atıfta bulunan teoriler bulunmakla birlikte, küreselleşmeyi üç tarihsel süreç içerisinde ele almak, çalışmamızın seyri

4 Bulut, Nihat: “Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu mu?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt LII, Sayı 2, 2003, ss. 181, 182.

5 Şaylan, Gencyay: “Küreselleşme ve Siyaset”, Türk-İş 1997 Yıllığı (2. Cilt), Ankara, 1997, s. 398.

açısından da, genel olarak doğrulanabilir dönemlere işaret etmektedir. Feodaliteden ulus devlete geçiş aşamasında kaydedilen sömürgecilik yaklaşımı küreselleşmenin birinci aşaması olarak değerlendirilmektedir. Sanayileşme neticesinde ortaya çıkan geniş pazarların aranması gereği ikinci aşama; iletişim ve haberleşme alanlarında yaşanan devrimsel dönüşümün doğurduğu XX. yüzyılın ikinci yarısındaki durum ise üçüncü aşama olarak nitelendirilmektedir.

Dünyanın üzerinde yaşanan yegane bir mekan olduğu algısına, subjektif konuların da eklenmesine paralel olarak şekillenen dünya çapında bir pazar yaratma olgusu, pazara dahil aktörlerin ve doğrudan ulusların birbirine yakınlaştığı ve bağlılık seviyelerinin arttığı, sermayenin ve tüketim mallarının yer değiştirmesinin kolaylaştığı, haberleşme olanaklarının geliştiği, kişilerin ve kapitalin ulusal bağlardan soyutlandığı bir dönemi yansıtmaktadır.<sup>6</sup> İngiliz sosyolog ve siyaset bilimci Anthony Giddens'in değişiyile, “zamansal mekanların ortadan kalkması” olarak algılanan küreselleşme,<sup>7</sup> mali ve finans piyasalarına dair akışın kesintisiz olarak sürdüğü, mesafelerin sona erdiği bir kapitalist metodu da barındırmaktadır.

Sınırları ve uzaklıkları ortadan kaldıran küreselleşme, sebep olduğu etkiler itibariyle çelişkili ve bir miktar belirsiz bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Birçok çalışmanın ana unsurun oluşturmaya rağmen, somut ve herkesin hemfikir bir tanım ortaya koyamadığı kavrama dair, bilimsel ve ideolojik kökenli yaklaşımların farklılık arz etmesi kavramın irdeleniş biçimine doğrudan etki etmektedir.<sup>8</sup> Bu bakımdan sadeleştirilmiş bir ifadeyle, kaydedilen ekonomik, siyasi ve kültürel gelişmelerin dünya çapında yarattığı etki olarak değerlendirilebilecek küreselleşme süreci,<sup>9</sup> tek bir sacayağı üzerinde yükselen bir olguyu ifade etmemektedir. Birbiriyle ilişkili çok sayıda yakınlaşma ve uyum süreci paralel zamanlarda birlikte gözlemlenmiştir ve bu eş zamanlı süreçlerin bir araya gelmesiyle küreselleşme olgusu bir bütün halinde hissedilir boyutlara ulaşmıştır.<sup>10</sup>

## **b. Küreselleşen Hukuk**

Bireylerin toplum içerisindeki davranışlarında belirli bir kurallar

6 Doğan, İlyas: **Parçalayan Küreselleşme (Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Küreselleşme Çağında Uluslararası Sistem)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 61.

7 Giddens, Anthony: **Elimizden Kaçıp Giden Dünya, Küreselleşme Hayatımızı Nasıl Yeniden Şekillendiriyor?** Çev. Osman Akınhay, İstanbul, Alfa Basım Yayım, 2000, ss. 41, 42.

8 İdeolojik yönü ağır basan farklı tanımlamalar için bkz; Korkut Boratav, “Küreselleşme ve Sol”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt XIX, Sayı 181, 1995, ss. 14-17.

9 Timur, Taner: **Küreselleşme ve Demokrasi Krizi**, Ankara, İmge Yayınevi, 1996, ss. 8, 9.

10 Ekin, Nusret: **Küreselleşme ve Gümrük Birliği**, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, No. 47, 1999, s. 50.

manzumesi ile çevreli olduğu, devlet tarafından desteklenen maddi yaptırım mekanizmaları ile donatılmış hukuk kurallarının yanında, örf ve adet kuralları, ahlak kuralları ve görgü kuralları ile hareket sahasına sınırlama getirildiği değerlendirildiğinde; devletlerin de içerisinde bulundukları uluslararası sisteme dahil olabilmeleri ya da sistemin içerisinde varlıklarını sürdürebilmeleri adına bir takım kurallarla bağlanmış olmaları doğaldır. Bu bağlamda milletler arası ilişkilerin varoluşundan itibaren devletler için mutlak bir hareket serbestisi söz konusu olmamıştır. Ancak uluslararası ilişkilerin gelişmesine paralel olarak, devletlerin hürriyet alanları sınırlandırmakta ve devletlerarasında geliştirilen kurallar ekseninde güdülenmektedir.

Uluslararası hukuk çerçevesinde sıkışan devlet egemenliği milletlerarası sorumluluk prensibi itibarıyla müeyyidelere tabi tutulmaktadır. Bu anlamda hukuksal bazda kurallar manzumesinin çeşitlenmesi ve derinleşmesi, devletlerin hareket sahalarını daraltmaktadır.<sup>11</sup>

Hukuk bilimi, faaliyet alanı büyük oranda ülkesel sınırlarla çevreli yerel nitelikli bir anlayışın ürünüdür. Bu anlamda, gerek devletin ülkesel yetki sahası gerekse kişisel yetki sahası üzerinde hüküm süren yazılı kuralları içeren hukuksal süreç, özü itibarıyla dinamik bir disiplin olup, konjonktür karşısında kendini sürekli olarak yenilemekte ve değişen koşullara uyum sağlamaktadır<sup>12</sup>. Hukukun yaşayan bir disiplin oluşu, devletlerarası ilişkilerin gelişmesi bağlamında da etkisini göstermekte ve devletlerin iç egemenliklerine dayalı olarak inşa ettikleri iç hukuk süreçleri birbirinden etkilenmektedir.

Bu etki, aynı dönemde aynı olaylara farklı hukuki yaklaşımlar sergileyen devletlerin, dış egemenliklerinden taviz vermeksizin dahil olduğu bir takım uluslararası teşkilatlanmalar ya da antlaşmalar vasıtasıyla, mevzuatlarının ortaklaştırılması ya da uyumlaştırılması anlamına gelmektedir. Bu paralelde, hukukun küreselleşmesinden kasıt, devletlerin aynı dönemde yaşanan toplumsal olaylar karşısındaki tepkisinin benzeşmesi ve neticede pozitif hukukun küreselleşme bağlamında dönüşmekte olan bireyleri yakalama çabasıdır. Ancak vurgulamak gerekir ki, dönemsel olarak hukuk, gelişen ve farklılaşan bireyi takip etmekte iken; yeri geldiğinde de birey aşama kaydeden hukuka uyum sağlamak durumundadır.<sup>13</sup> Özellikle belirli örgütsel birlikteliklere uyum sürecinde devlet de iç egemenlik rolü gereğince toplumsal gelişmenin kapılarını açacak yeniliklere imza atabilmektedir.

11 Çelik, Edip F.: **Milletlerarası Hukuk**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s. 217.

12 Yörük, Abdülhak Kemal: **Hukukun Umumi Prensipleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949, s. 2.

Küresel hukukun pozitif yanlarına uyum sağlama noktasında, küreselleşme izlencesinde yürütücü, dış egemenliğe sahip olan devlettir ve siyasi iktidarın genel iradeyle somut uzlaşması hukuku yönlendirmesidir. Bu paralelde devlet hukukun önündedir ve toplumu da otoritesi ile sürüklemektedir. Devletin iç hukuk sistemini dönüştürmesi ya da uyumlaştırması esnasında kullanılabilecek yöntemlerden biri olan yabancı bir devletin hukukunun benimsenmesi modeli, küreselleşen hukuk anlayışı kapsamında ele alınmayacaktır. İktibas (resepsiyon) olarak anılan bu yaklaşım, daha ziyade bir köklü reform hareketinin yansımasıdır ki, genel olarak devletler geniş çaplı bir hükümet değişikliğine paralel olarak siyasi, ekonomik ve hukuksal devrimler ortaya koymak istedikleri vakit bu yolu tercih etmektedir.<sup>14</sup> Çalışmamızda kullanılacak üslup bir iktibas metodunu değil; bir uyum metodunu kavramayı amaçlamaktadır.

Devletlerin ve toplumların birbirleriyle alışverişlerinin sınırlı olduğu dönemlerde, etkileşimin minimum düzeyde kalması, yumuşak bir şekilde gelişecek bir hukuk alış-verişini de kısıtlamaktadır. Ancak yukarıda belirginleştirmeye çalıştığımız, teknolojik, ekonomik ve siyasi küreselleşmenin hukuksal süreçleri getirdiği nokta karşılıklı etkileşimi önce doğurmakta ardında da kaçınılmaz ve zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluğun altında uluslararası hukuk bağlamında kimi yaptırım mekanizmalarının da var olması, devletlerin hukuk süreçlerini uyumlaştırmalarını kamçulamaktadır. Devletlerin genel iradelerini yansıtan, küresel anlamda genel kabul gören ortak bir hukuk sistemi yaratılmakta ve iç hukuklar küresel yasalara uyum sağlamaktadır.

Hukukun küreselleşmesi, kodifikasyon çalışmalarının tamamlandığı uzun dönemli çalışmalar neticesinde ortaya konmuş bir hukuk düzeninin varlığına işaret etmemektedir. Küreselleşmekte olan hukuk bir hukuk sistemini ifade etmekten ziyade, bölgesel ya da teknik anlamda uzmanlaşmış hukuk modelleriyle bir bütünü izah etmektedir. Kamu hukuku bağlamında hukukun küreselleşmesi açık bir biçimde insan hakları üzerinde odaklanırken; özel hukuk noktasında ise uluslararası tahkimler ön plana çıkmaktadır.

Ortak kurallar bütünüünün sayısal artışı ve küreselleşmenin hukuksal boyutunun uzantıları, hukukun genel ilkelerinin devletler tarafından algılanmasında kaydedilen yakınlaşma ve sınır aşan suçlara getirilen küresel

13 Özcan, Mehmet Tevfik: **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, İstanbul, Özne Yayınları, 1998, s. 162.

14 Işıktaç, Yasemin: **Türk Hukuk Devriminin Felsefesi**, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Atatürk'ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83. Yılı Özel Sayısı, 2006, s. 117.

çözüm önerileri ile olgunlaşmaktadır.

Hukukun ülkesel sınırların ötesinde, evrensel normlar yaratması ve özellikle gerek iç hukukta gerekse uluslararası hukukta kuvvet kazanan hukukun genel ilkelerine uyum sağlanmasının gerekliliği, küreselleşmenin iç hukuk ve paralelinde iç egemenlik üzerindeki etkisini ortaya koyması bakımından incelenmesi gereken hususlardır. Toplumsal yaşam içerisinde ortak adaleti sağlamayı amaçlayan, soyut bir zemine sahip ve birçok özel norma temel oluşturan, genel, sürekli ve evrensel kurallar, hukukun genel ilkeleri olarak ele alınabilir.<sup>15</sup>

Küresel anlamda hukuksal düşüncenin çatısını oluşturan ve ulusal çapta devletlerin belirlediği yasaların çerçevesini oluşturan hukukun genel ilkelerinin sayısındaki ve derinliğindeki artış, devletlerin mevzuatlarını birbirine yakınlatacaktır.<sup>16</sup> Bu yakınlama ya da benzeşme, doğrudan bir devletin iç egemenliğine müdahale anlamına gelmemektedir. Ancak, özellikle iletişim sürecinde yaşanan teknolojik gelişim ve insan hakları özelinde ulusların duyarlı bir tavır içerisinde bulunmaları, devletlerin iç egemenliklerinden kaynaklı doğal haklarını kullanarak yasa yaparken dahi omuzlarında bir ağırlık ya da dengeleyici olarak bulunmaktadır. İç hukuk uygulamalarına entegre edilen hukukun genel ilkelerinin sayısındaki artış, hukukun küreselleşmesinin motorunu oluşturmaktadır.

Hukukun küreselleşmesinde ve evrensel ortak paydaların sayısının artırılmasında öncü vazife üstlenen hukukun genel ilkelerinin topluma kabul ettirilmesi de diğer rijit kural değişikliklerine göre daha mümkün ve yumuşak bir geçişle sağlanacaktır, böylece egemenliği kullanan siyasi iktidarlar da toplumdan kaynaklı meşruiyet zeminlerinin sorgulanmasını en aza indirmiş olacaklardır.

Hukukun küreselleşmesini tetikleyen verilerden diğeri, evrensel hukuk normlarına ihtiyaç duyulmasıdır ki, bu ihtiyacın doğmasına sebep olan durum ise ulusal sınırları aşan; uluslararası niteliğe sahip suçlardır.<sup>17</sup> İnsanlığa karşı işlenen suçlar, terörizm, insan kaçakçılığı, uyuşturucu trafiği ve kara paranın aklanma çabası gibi suçlar, devletlerin müstakil düzenlemeler vasıtasıyla çözüm getiremeyeceği, sınır aşan ya da sınırları birbirine bağlayan suçlardır.

15 Kaboğlu, İbrahim: **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, Diyarbakır Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1988, s. 171; Meray, Seha: **Devletler Hukukuna Giriş, (I. Cilt)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1959, s. 102.

16 Kaboğlu, İbrahim: **Kolektif Özgürlükler**, s. 172.

17 Slaughter, Anne Marie: **“The Real New World Order”**, Foreign Affairs, Vol. 76, No 5, September - October 1997. <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/RealNewWorldOrderFA.txt> (4 Eylül 2010)

Sınır aşan bu tip suç kalıplarıyla mücadele için uluslararası işbirliği ve yeni uluslararası hukuk kuralları gerekmektedir. Devletlerin mevzubahis küresel sorunlara çözüm üretebilmeleri adına, oluşturulacak bu kurallara sadakatle bağlı kalması ve kendi iç hukuk normlarını bu küresel kurallarla uyumlu hale getirmeleri icap etmektedir.

Hukukun küreselleşmesi uygulanacak yaptırım mekanizmalarında da hem fikir olunmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla genel kabul gören uluslararası yargı organlarının sayısında da artış kaydedilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerika İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Lahey'deki Uluslararası Ceza Mahkemesi, eski Yugoslavya ve Rwanda için kurulan Uluslararası Suçlar Mahkemeleri, uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için kurulan, Dünya Ticaret Örgütü ya da Deniz Hukuku Mahkemeleri gibi yargı organları aracılığı ile uluslararası hukuk yargısallaşmakta ve devletler yargılama erkinden taviz vererek, yeri geldiği zaman suçluyu iade etmekte yeri geldiği zaman ise yargılama yetkisini devretmektedir.<sup>18</sup>

Yaratılan yeni hukuk düzeni devletlerin egemenlik alanını hem yasama yetkisi bağlamında hem de yargı gücü bakımından daraltıcı niteliktedir. Devletler kendi iradeleri dışında, uluslararası toplumun genel iradesine bağlı olarak oluşturulan kurallara uymaktadırlar. Bu uyum sağlama dönemi münferit olarak gelişebilecek bir aşama olamayacağı için, koordinasyon bir takım uluslararası teşkilatlanmalar tarafından sağlanmaktadır.

## II. KÜRESELLEŞME VE EGEMENLİK ANLAYIŞINDA DEĞİŞİM

Belirli bir toprak parçası ve insan topluluğundan oluşan, iç ve dış egemenliği mutlak ve bölünmez bir bütün olarak yücelten ve bu paralelde sınırsız bir egemenlik anlayışına sahip geleneksel devlet modelinin sorgulanır hale gelmesiyle, egemenliğin yeniden tanımlanmasını gerekli kılan yeni bir devlet formu belirlemiştir. Küresel birlikteliklerin meydana gelmesi, ekonomik birlikteliklerin boyutlarının ulusal ekonomiyi ve ithal ikameci politikaları zorlar hale gelmesi ve siyasi aktörler arasındaki güç dengesinin farklılaşması neticesinde, ulus devletlerin dış egemenliği siyasi ve ortak hükümlere dayalı bir baskıya maruz kalmakta;<sup>19</sup> iç hukuka dayalı egemen anlayış ise küresel gelişmelerden bağımsız olarak işleyememektedir. Küresel hukuk ilkelerine aykırı iç hukuk düzenlemeleri hem iç hem dış kamuoyunun tepkisi karşısında

18 Türmen, Rıza: “Türkiye’de Hukukun Küreselleşmesi”, Milliyet, 16 Şubat 2009.

19 Cebeci, Kemal: “Küreselleşme Bağlamında Ulus-Devletin Egemenlik Gücünün Dönüşümü”, Sayıştay Dergisi, Sayı 71, Ekim-Aralık 2008, s. 27.



değişime uğramaktadır. Normlar hiyerarşisi ve hukukun bütünlüğü dikkate alındığında, uluslararası hukukun evrensel normlarına aykırılıklar içeren iç hukuk normları bir devletin ulusal yetki sahası içinde değerlendirilmeyip, üstün olan uluslararası hukuk normuna uygun hale getirilmesi uygun bulunmaktadır.<sup>20</sup>

Devletin üstün otoritesine dayalı olarak oluşturduğu kurallar çerçevesinde hareket serbestisine sahip olması ve politik belirleyicilik gücünde tekel oluşturması olarak anılabilecek egemenliğin, ulus ötesi aktörlerle paylaşım sürecini içselleştiren yakınlaşma ve karşılıklı sınırlanma sürecinde, tek bir dünya düzeni ya da somut bir hukuk, kültür ya da siyaset birliği oluşturmak adına doğrudan birbirlerine indirgenmesi söz konusu değildir.<sup>21</sup> Her birim kendi içerisinde özgünlüklerini muhafaza etmektedir, ancak bu süreçte öne çıkan olgu, etkileşimin beraberinde getirdiği yayılma ve içselleştirme mekanizmalarının sorgusuz bir beğeniyle toplulukları birbirine yaklaştırması ve bu yakınlaşmanın karakteristik özelliği olarak lokal siyaset ve hukuk zeminlerinin daralmasıdır.

Devletlerin entegre olmuş bir uluslararası çevrede varlıklarını sürdürdüğü, küreselleşmeye dayalı bütünleşmeler sürecinde bağlantısız bir tutum izlemelerinin özellikle tercih edilmesi ve sistemin zorlanmasına dayalı bir tutum olduğu gözlemlenmektedir. Özellikle ulusal sermaye kavramının etki sahasını yitirmesi ve uluslararası sermaye hareketlerine bir bağımlılık doğması devletleri bu piyasa koşullarına uyum sağlamaya zorlamıştır. Bu noktada devletlerin iç egemenliklerinden kaynaklı doğal haklarından olan para politikalarının kontrolü işlevi kısmi bir felce uğramaktadır ki, sermaye girişinin serbest olduğu bir platformda para politikasını ve döviz kurlarını aynı anda belirleme imkanı mümkün olmamaktadır.<sup>22</sup>

#### **a. Egemenliğin Paylaşılması Sorunu**

Siyasi otorite yapılarının yaklaşımlarındaki değişimin, tarif edilen şekliyle belirli bir oranda dış otoriteler ya da “görünmez el” olarak da ifade edilebilecek serbest piyasa ortamından etkilendiğini tespit etmek mümkündür.<sup>23</sup> Bununla birlikte Krasner’in işaret ettiği ve üzerinde durulması gereken farklı bir küreselleşme yorumu daha bulunmaktadır. Öncelikle küreselleşmenin

20 Dalar, Mehmet: “Egemenlik ve Uluslararası Hukuk Çelişkisi: Milli Yetki Kavramı Açısından Bir Analiz” Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 8, Sayı 27, Kış 2009, ss. 337, 338.

21 Doğan, İlyas: **Parçalayan Küreselleşme (Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Küreselleşme Çağında Uluslararası Sistem)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 39.

22 Krasner, Stephen: “**Globalization and Sovereignty**”, ed. David Smith, Dorothy Solinger ve Steven Topic, States and Sovereignty in the Global Economy, Londra ve New York, California Institute on Global Conflict and Cooperation, 2001, ss. 38, 39.



otoriteler üzerindeki etkisini kabul eden Amerikalı siyaset bilimci, küreselleşmenin devlet kontrolünü doğrudan etkilediğini vurgulamaktadır. Ancak bu etkinin, egemenliğin temsili noktasıyla sınırlı kaldığı, geçici olduğu ve egemenlik sistematığının özüne dokunmadığı yorumunda bulunmaktadır. Yöneten ile yönetilenler arasındaki ilişkinin tertibinde etkili olan dış aktörler, yönetilenlerin sahip oldukları egemenlik anlayışına doğrudan etki edememektedirler; çünkü küreselleşmeyi iradeleri dahilinde benimseyen topluluk aynı düzlemde yeri geldiği zaman ona karşı tepki gösterebilmekte ya da genel iradesi dahilinde alternatif örgütlenme modellerini de yaratabilmektedir.<sup>24</sup> Rüzgarın kuvvetli bir şekilde esmekte olduğu bir realitedir; ancak gerek iç gerekse dış egemenlik anlamında yelkeni hangi yöne çevireceğini belirleme yetisi genel irade ekseninde şekillenecektir.

Bir dönüşüm sürecinin yaşanmasına rağmen, ulus-devletlerin ve sınırlanmakla birlikte devletlerin egemenlik anlayışının ortadan kalkmadığını vurguladıktan sonra, devletlerin yanına eklenen aktörlerle birlikte, halkın da içerisinde aktif bir şekilde yer aldığı, hukukun üstünlüğü etrafında örgütlü bir modelin gerek ülkesel gerekse küresel yönetimde etkin hale geldiği gözlenmektedir. Siyasi iktidarın ikame sürecine dayandırıldığı yönetim modeli ekseninde, yetki paylaşımına dayanan, yerel örgütlenmeleri de yönetim sürecinin içine katan, çok aktörlü bir idari anlayış gelişmiştir. Devlete düzenleyici bir vazife yükleyen, sorumluluğu devletle birlikte toplumun da paylaştığı, çoğulcu modeli zorunlu kılan bir kavram olan çoğulculuk, siyasal ve ekonomik gücün daha yaygın bir dağılımını öngörmektedir.<sup>25</sup>

Ulus devletler gerek uluslararası siyasal düzlemde gerekse uluslararası hukuk mekanizması içerisinde temel aktör olarak varlıklarını sürdürmektedir; ancak küreselleşme kapsamında ele alındığı vakit devletin siyasal, ekonomik ve hukuksal süreçteki rolü ve merkezi etkisi zayıflamaktadır. Egemen iktidarın tekil olarak toplumsal hareketleri yönlendirme ve hukuki çözümler üretme alanlarındaki kontrol mekanizmasının zayıflamasına mukabil olarak, sivil toplumun devletin üzerinden yük alması olarak ifade edilebilecek yönetim modeli, toplumsal, politik ve hukuki sistemin ortak bir çalışmayla yapılandırılmasını ifade etmektedir.<sup>26</sup>

23 Küresel ekonomik ilişkilerin seyri ve devletlerin dış egemenlikleri üzerindeki etkileri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Cooper, Richard: **The Economics of Interdependence**, New York, Columbia University Press, 1980.

24 Krasner, Stephen: “Globalization and Sovereignty”, ss. 42 - 44.

25 Yıldırım, İbrahim: **Demokrasi, Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 196.

Küreselleşmenin egemenlik modelinde yarattığı dönüşümün yansıması, devlet ve sivil toplumun kendilerine has rollerle idari yapıyı şekillendirmeleri olarak ortaya çıkmaktadır. Yönetim erkindeki hiyerarşide bir kırılma yaşanmaktadır ve bu kırılmanın ayaklarından birini uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum oluşturmaktadır. Karşılıklı ilişki düzeyinin yarattığı eşgüdüm mantığında kolektif bir yönetim modeli devreye girmektedir ki, hiçbir örgütün tek başına egemenlik yetkisini kullanma kudretinin olmaması karşılıklı uyumu zorunlu kılmaktadır.<sup>27</sup>

Devletlerin iç egemenliği paralelinde alacağı karar zeminlerinin daralması ya da sorun sahalarının uluslararası boyuta kayması, küreselleşmenin hukuk sisteminde yarattığı temel farklılıktır. Devletlerin ve ulusların etkileşim düzeylerinin artmasına paralel olarak iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler, çok uluslu şirketlerin yaygınlaşması, mali piyasaların ve finans yapılarının sınır ötesi hareketliliğe konu olması neticesinde,<sup>28</sup> bu hareketliliğe özel kuralların oluşturulması gerekliliği hasıl olmaktadır ve bu anlamda ulus ötesi hukuk kuralları yaratacak yeni uluslararası ya da uluslar üstü bir takım teşkilatlanmaların varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu anlamda uluslararası kuruluşların da küreselleşmeye paralel olarak bir değişim yaşadığı<sup>29</sup> ve hizmetsel faaliyet alanlarını da içerecek yapılar olarak teşkilatlandıklarını belirtmek mümkündür.

Devletlerin siyasi iradelerini ortaya koyarken ve egemen yetkilerini kullanırken, yukarıda belirttiğimiz çok sayıda değişkeni ve devletlerarası antlaşmalar ya da sorumlulukları dikkate almak durumunda olmaları egemenliğe yeni bir anlayışla yaklaşılmasını gündeme getirmiştir. Ancak, egemenliğin dönüşümü olarak nitelendirilen bu sürecin, karşılıklı bağımlılık çerçevesinde devletlerarası ilişkilerin yaygınlaşması ve uluslararası kuruluşların varlığı ile devletlerin çevrelenmiş olmaları olarak algılanması gerekir. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus, yeniden tanımlanan ve aslında kırılmasının önlenmesi adına esnetilen egemenlik anlayışının, “esnek egemenlik” teziyle karıştırılmaması gereğidir.

Belirli bir ülkede örgütlü devlet otoritesinin egemen vasfının, ülke içerisinde yaşayan farklı etnik kökenler arasında paylaştırılması ve self-

26 Bozkurt, Ömer, Ergun, Turgay ve Sezen, Seriyeye: **Kamu Yönetimi Sözlüğü**, Ankara, TODAİE Yayınları, 1998, s. 274.

27 Yüksel, Mehmet: “**Yönetişim Kavramı Üzerine**”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 58, Sayı 3, s. 150.

28 Demir, Gülten: “**Küreselleşme Üzerine**”, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 56, Ocak - Mart 2001, s. 74.

29 Davutoğlu, Ahmet: “**Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği**”, Anayasa Yargısı, Cilt XX, 2003, s. 52.

determinasyon olarak anılan sürece yönelik bir aşama olarak kaydedilen “esnek egemenlik” olgusu, bir bölgede yaşayan topluluğa yönelik bir özerklik temasını gündeme getirmektedir.<sup>30</sup> Ulus devletin ülkesel yetkisine getirilen bir sınırlama, bir kuraldışılık olarak teorik zemine oturtulmaya çalışılan bu kavram, özellikle çatışma noktasında etnik sorunlara sahip devletlere bir çözüm önerisi olarak batılı bir lisanla sunulmaktadır. Dolayısıyla egemenliğin iç ve dış boyutlarıyla esnetilerek yeniden yorumlanması ile esnek egemenlik olgusu birbirinden farklı kavramları ifade etmektedirler.

### **b. Uluslararası Kuruluşların Rolü**

Devlet egemenliği karşısında hiçbir uluslararası ya da uluslar üstü yapılanmanın hiyerarşik bir üstünlüğü yoktur. Bu durum küreselleşme ile değişecek kadar kırılgan bir zemin değildir. Devletler özellikle dış egemenlik yetkilerini kullanırken, bazı yönetim mekanizmalarının etkisi altında kalmaktadırlar; ancak bu üst yapıların var olmasını sağlayan da devletlere ait genel iradedir ki, bir nevi “Toplum Sözleşmesi”nin devletlere uyarlanabilecek bir metodu olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletlerin kendi aralarında gerçekleştirdikleri ve bir kısmının da uymak durumunda kaldığı örtülü, soyut bir sözleşme devletler arasında da bulunmaktadır. Şüphesiz Milletler Cemiyeti ya da Birleşmiş Milletler sözleşmeleri, kronolojik olarak devletlerin irade uyuşmasından sonra gerçekleştirilmektedir ve uyumun basit bir göstergesi niteliğindedirler. Bu uyum uluslararası barışı örgütleyen çok sayıda anlaşmayı içermektedir ve kuvvet kullanılmasının yasaklanması ile devletin kendi ülkesi içerisinde dahi olsa insan hakları ihlallerinden kaçınması gereği bu örgütlenme metodlarıyla bir takım yaptırımlara bağlanmıştır. Maddi yaptırım mekanizmalarının -iç hukuk sürecindeki kadar örgütlü olmasa dahi- işlevselliğini kuvvetlendirmesi ve başvuru metodlarının kolaylaştırılması, egemen otoritenin ve yargı erkinin uluslararası kurallarla da bağlı olduğunu işaret etmektedir.

30 “Esnek egemenlik” yaklaşımı ile ilgili ayrıntılı bilgi ve bir takım kuramsal örnekler için bkz.; Daiva Stasiulis ve Darryl Ross, “Security, Flexible Sovereignty, and the Perils of Multiple Citizenship”, *Citizenship Studies*, Vol. 10, No. 3, July 2006, pp. 329-348; Simon Shen, “Towards a Flexible Sovereignty Arrangement in a Post-Westphalian System: Exploring the Possibility from Two-Tier State System for Future Tibet”, *Contested Territories 3: Tibet & Xinjiang*, 1 April 2009, International Boundaries Research Unit, [http://www.dur.ac.uk/ibru/conferences/sos/programme/1\\_april/track3\\_session3/](http://www.dur.ac.uk/ibru/conferences/sos/programme/1_april/track3_session3/) (4 Şubat 2010) John Doyle, “Flexible Sovereignty Models from Third Party Mediators in Ethnic Conflicts”, European Consortium for Political Research, Marburg Germany 18-21 September 2003; John Doyle, “Flexible Sovereignty and Conflict Resolution: New Responses to Security Dilemmas”, Annual Conference of the Royal Irish Academy’s National Committee for the Study of International Affairs, Academy House, 24th November 2000.

Egemenlik bağlamında öne çıkan durum, devletlerin egemen eşitliği prensibinden taviz vermedikleridir. Birleşmeler vasıtasıyla devletler kendi iradelerini ortaya koymaya devam etmektedir ve belirli yükümlükler altına girmeyi üstlenmektedirler. Ancak üstlenilen bu sorumluluklar ve bulunulan karşılıklı taahhütler şüphesiz devlet egemenliğinin doğrudan bir aracı niteliğindedir ve siyasi iktidarlar temsil etikleri toplumdan kaynaklı egemenlik alanlarının dış unsurunu bu şekilde değerlendirebilmektedirler.

Uluslararası kuruluşları bir süreç olarak değerlendirirsek, daimi bir sistem ortaya koymak gerekecektir ve bu sistemin belirli bir amaca yönelmiş olmasını da bir gereksinim olarak vurgulamak icap edecektir. Bu ortak amaç olgusunun genel kabul görmesi ve devletlerin birbirleriyle iletişimini kuvvetlendirerek ortak kurallar yaratma tavrı, özellikle XX. yüzyılla birlikte, hatta dünyanın bütününe etkilendiği küresel savaşlar neticesinde olgunlaşmıştır ve devletler işbirliği kapılarını aralamışlardır.<sup>31</sup> İşbirliği mekanizmalarının modern devlet kuramı olgunlaştıktan yüzyıllar sonra gelişmesini devletlerin kendi mutlak egemenliklerinden ödün vermek için hazır olmamasına bağlamak mümkündür. Sadece diplomatları aracılığıyla barışçıl siyasi ilişkilerin tarafı olan devletler, bir bütün olarak düzene yönelme ve örgütlenme girişimlerine egemenliklerinde meydana gelecek bazı sınırlamalara razı olmaları kaydıyla cevaz vermişlerdir.<sup>32</sup>

Uluslararası kuruluşlara uygulanabilir hukuk, devletler hukukunun bir parçası olarak, tüm örgütlenmeler ve devletlerarasında geliştirilen ilişkiler için genel kuralları belirleyen soyut nitelikli kaidelerden ibarettir. Bu örgütlerin de uluslararası sorumlulukları devletlerin sorumlulukları paralelinde genel kurallar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu noktada uluslararası örgütlerin iç teşkilatlanmasını uluslararası hukuktan ayrı tutmak gerekmektedir.<sup>33</sup> Üye devletlerin örgütteki pozisyonları ve örgütlenme metodu genel özellikler içermemekte, örgütlerin kurucu antlaşmaları ya da ek protokoller bir iç hukuk niteliği taşımaktadır. Bu kurallar örgütün kendine özgü normlarını ortaya koymaktadır ve milletlerarası teamüller ya da yaptırımlar bu çekirdeğin içerisinde sadece çerçeve çizmek amaçlı sirayet etmektedir.

Üye devletler, uluslararası hukukun genel kaidelerinin yanında, örgüt içerisinde kendi sınırlarını ya da egemenliklerinden verecekleri tavizleri

31 Çeçen, Anıl: “Küreselleşme Karşısında Birleşmiş Milletler”, Avrasya Dosyası, BM Özel Sayısı, Cilt 8, Sayı 1, İlkbahar 2002, s. 192.

32 Özman, Mehmet Aydoğan: “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXI, Sayı 1, 1964, s. 54.

33 Göçer, Mahmut: “Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt LVII, Sayı 2, Nisan-Haziran 2002, ss. 12, 13.

kendileri tayin etmektedirler.<sup>34</sup> Yine devletler, uluslararası kuruluşlara üyelikleriyle birlikte, sınırlı noktalarda denetlenmeyi ve iç işlerine müdahale edilmesi ihtimalini de göze almaktadırlar.

## SONUÇ

Halk egemenliğine dayalı sistemlerde, bir sözleşme ile egemen hakların bir kısmı üst bir iradeye devredilmiştir; ancak toplumu oluşturan tüm bireyler kendi paylarına düşen egemen kudretlerini korumaktadırlar.<sup>35</sup> Bireylerin sahip oldukları mikro egemenlik alanları dokunulmaz niteliktedir ve bölünmezlik ile mutlak olma gibi özellikleri taşımaktadır. Tam da bu noktada devletlerin belirli ittifaklar ya da yakınlaşmalar içerisinde bulunmaları, büyük oranda küreselleşme sürecine etki etmekte ve karşılıklı bağımlılığa dayalı olarak uluslararası ilişkilerin gelişmesi ile küreselleşme birbirini beslemektedir.

Westphalia Barış süreci devletlerin ülkesel sınırlarının tespit edildiği ve uluslararası ilişkilerin esas aktörü olarak belirlediği bir dönemi inşa etmiştir ve klasik uluslararası hukuk anlayışı dayanağını Westphalia sürecinden almaktadır. Ancak klasik sistemin, devletlerin öncelikli olarak güven ihtiyacına dayalı birliklilikler ortaya koyması ve haberleşmeden sağlığa, postacılıktan finansa kadar bir takım ihtiyaçların karşılanması adına ortaklıklar belirlemesi neticesinde uluslararası organizasyonlar meydana gelmiş ve klasik paylaşım sahası yerini çok parçalı bir sistem ve hukuk anlayışına bırakmıştır.<sup>36</sup>

Devletler hukukunu ve devletlerarasındaki ilişki düzeyini zirveye ulaştıran zıplama, milletlerarası kuruluşların ivme kazanmasıyla gerçekleşmiştir.<sup>37</sup> Öncelikli konu sahası itibariyle teknik meselelerde teşekkül eden uluslararası kuruluşlar, silahlanmanın ve savaşların yıkımının ardından barışçıl amaçlara yönelmiştir. Barışı sağlamanın ve paralelinde korumanın metodunun ekonomik ve siyasi işbirliklerinden geçtiğine dair oluşan ortak irade, devletleri yeni çözüm sahalarında buluşmaya itmiştir. Siyasi ve güvenlik zeminli kuruluşların yanına, sosyal ve ekonomik yapılanmalar, ardından da yaptırımı somut uluslararası yargı organları tarafından destelenen insan haklarının uluslararası alanda korunmasına ilişkin kuruluşların eklenmesiyle, gerek devletlerarası hukuk gerekse devletlerin egemenlik kudreti yeni bir aşamaya dahil olmuştur.

34 Gündüz, Aslan: **Milletlerarası Hukuk**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003, s. 107.

35 Kapani, Münci: **Politika Bilimine Giriş**, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2000, s. 73.

36 Algan, Bülent ve Tiryaki, Refik: “**Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Organizasyonlar ve İnsan Haklarının Korunması: Birleşmiş Milletler Örneği**”, Avrasya Dosyası, BM Özel Sayısı, Cilt 8, Sayı 1, İlkbahar 2002, s. 92.

37 Özman, Mehmet Aydoğan: “**Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller**”, s. 76.

Devletler, küreselleşen hukukun etkisine paralel olarak, hukuku yorumlarken ve yasa üretirken uluslararası teamüller ışığında ve uluslararası antlaşmalar çerçevesinde harekete zorlanmakta ve devletlerin yüksek yargı organları kararlarında milletlerarası antlaşmalara sıklıkla atıfta bulunmaktadır. Bu gelişmeler ulusal yetki sahasının değil; ancak ulusal yetki sahalarındaki düzenleme kudretinin bir paylaşım mekanizmasına açıldığını ortaya koyar niteliktedir. Ancak devletler bu süreç zarfında dahi ülkesel ve bireysel egemenlik yetkilerinden feragat etmeye zorlanamazlar; çünkü bu sürece vücut veren devletlerin varlığı ve egemenlik haklarıdır. Ortaya çıkan bu izlenim egemenliğin devri ya da egemenliğin ortadan kalkması değil; egemenliğin ulusal ve uluslararası istikrarın sağlanması adına ortak bir yönetim mekanına dahil edilmesi ve soyut sözleşmenin devletlere somut yaptırımı olmayan tavsiyelerde bulunmasından ibarettir.<sup>38</sup>

## KAYNAKÇA

### A. KİTAPLAR

BOZKURT, Ömer, Ergun, Turgay ve Sezen, Seriye: **Kamu Yönetimi Sözlüğü**, Ankara, TODAİE Yayınları, 1998.

COOPER, Richard: **The Economics of Interdependence**, New York, Columbia University Press, 1980.

ÇELİK, Edip F.: **Milletlerarası Hukuk**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987.

DOĞAN, İlyas: **Parçalayan Küreselleşme (Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Küreselleşme Çağında Uluslararası Sistem)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.

EKİN, Nusret: **Küreselleşme ve Gümrük Birliği**, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, No. 47, 1999.

GÜNDÜZ, Aslan: **Milletlerarası Hukuk**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003.

HIRST, Paul ve THOMPSON, Grahame: **Küreselleşme Sorgulanıyor**, Çev. Elif Yücel ve Çağla Erdem, Ankara, Dost Yayınevi, 2003.

KABOĞLU, İbrahim: **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, Diyarbakır Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1988.

MERAY, Seha: **Devletler Hukukuna Giriş, (I. Cilt)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1959.

ÖZCAN, Mehmet Tefik: **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, İstanbul, Özne Yayınları, 1998.

38 Hirst, Paul ve Thompson, Grahame: **Küreselleşme Sorgulanıyor**, Çev. Elif Yücel ve Çağla Erdem, Ankara, Dost Yayınevi, 2003, s. 225.

TİMUR, Taner: **Küreselleşme ve Demokrasi Krizi**, Ankara, İmge Yayınevi, 1996.  
YILDIRIM, İbrahim: **Demokrasi, Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

YÖRÜK, Abdülhak Kemal: **Hukukun Umumi Prensipleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949.

#### B. MAKALELER

ALGAN, Bülent ve TİRYAKİ, Refik: **“Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Organizasyonlar ve İnsan Haklarının Korunması: Birleşmiş Milletler Örneği”**, Avrasya Dosyası, BM Özel Sayısı, Cilt 8, Sayı 1, İlkbahar 2002.

BORATAV, Korkut: **“Küreselleşme ve Sol”**, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt XIX, Sayı 181, 1995.

BULUT, Nihat: **“Küreselleşme Sosyal Devletin Sonu mu?”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt LII, Sayı 2, 2003.

CEBECİ, Kemal: **“Küreselleşme Bağlamında Ulus-Devletin Egemenlik Gücünün Dönüşümü”**, Sayıştay Dergisi, Sayı 71, Ekim-Aralık 2008.

ÇEÇEN, Anıl: **“Küreselleşme Karşısında Birleşmiş Milletler”**, Avrasya Dosyası, BM Özel Sayısı, Cilt 8, Sayı 1, İlkbahar 2002.

DAIVA Stasiulis ve DARRYL Ross, **“Security, Flexible Sovereignty, and the Perils of Multiple Citizenship”**, Citizenship Studies, Vol. 10, No. 3, July 2006.

DALAR, Mehmet: **“Egemenlik ve Uluslararası Hukuk Çelişkisi: Milli Yetki Kavramı Açısından Bir Analiz”** Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 8, Sayı 27, Kış 2009.

DAVUTOĞLU, Ahmet: **“Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği”**, Anayasa Yargısı, Cilt XX, 2003.

HAILBRONNER, Kay: **“The Legal Status of Population Groups in a Multinational State under Public International Law,”** edt. Yoram Dinstein ve Mala Tabory, The Protection of Minorities and Human Rights, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

DEMİR, Gülten: **“Küreselleşme Üzerine”**, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 56, Ocak - Mart 2001.

DEMİRKAN, Tarık: **“Dünya ve Türkiye: Küreselleşme ve Değişim”**, Süleyman Talay, Küyerel Düşünce Grubu Paneller Dizisi I, İstanbul, Küyerel Yayınları, 1997.

DOYLE, John: **“Flexible Sovereignty Models from Third Party Mediators in Ethnic Conflicts”**, European Consortium for Political Research, Marburg



Germany 18-21 September 2003.

GIDDENS, Anthony: Elimizden Kaçıp Giden Dünya, Küreselleşme Hayatımızı Nasıl Yeniden Şekillendiriyor? Çev. Osman Akınhay, İstanbul, Alfa Basım Yayım, 2000.

GÖÇER, Mahmut: **“Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı”**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt LVII, Sayı 2, Nisan-Haziran 2002.

IŞIKTAÇ, Yasemin: **Türk Hukuk Devriminin Felsefesi**, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Atatürk'ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83. Yılı Özel Sayısı, 2006.

KRASNER, Stephen: **“Globalization and Sovereignty”**, ed. David Smith, Dorothy Solinger ve Steven Topic, States and Sovereignty in the Global Economy, Londra ve New York, California Institute on Global Conflict and Cooperation, 2001.

MARKO, Joseph: **“Constitutional Aspects of Sovereignty and the Institutional Structures of States in Pluriethnic Countries”**, Conference on “Constitutional Aspects of Sovereignty in the State Structure of Multi-ethnic States”, Chisinau, Moldova 22-23 Eylül 2006, European Commission for Democracy Through Law.

ÖZMAN, Mehmet Aydoğan: **“Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXI, Sayı 1, 1964.

SLAUGHTER, Anne Marie: **“The Real New World Order”**, Foreign Affairs, Vol. 76, No 5, September - October 1997.

<http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/RealNewWorldOrderFA.txt> (4 Eylül 2010)

SHEN, Simon: **“Towards a Flexible Sovereignty Arrangement in a Post-Westphalian System: Exploring the Possibility from Two-Tier State System for Future Tibet”**, 579

Contested Territories 3: Tibet & Xinjiang, 1 April 2009, International Boundaries Research Unit,

ŞAYLAN, Gencay: **“Küreselleşme ve Siyaset”**, Türk-İş 1997 Yıllığı (2. Cilt), Ankara, 1997.

TÜRMEN, Rıza: **“Türkiye’de Hukukun Küreselleşmesi”**, Milliyet, 16 Şubat 2009.

YÜKSEL, Mehmet: **“Yönetişim Kavramı Üzerine”**, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 58, Sayı 3.





---

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA SONUCU DAVA HAKKININ  
KAYBOLMASINA DAYALI HAKLARIN 5999 SAYILI DEĐIŐIKLİKLE  
KORUNMASI

---

PROF. DR. E. SABA ÖZMEN\*

AR. GÖR. EMEL ÜNAL\*

\* T.C. Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi



## **I- GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU**

Hukuk devleti olma yolunda ciddi sıkıntıları olan devletimiz açısından kamulaştırmasız el atma olarak adlandırılan kavramın, yönetimin yasallığı (idarenin kanuniliği) ilkesi açısından- ve bu ilkenin Anayasa temelli olduğu düşünülecek olursa- Anayasa'ya aykırı bir uygulama olduğu su götürmez bir gerçekliktir. Kamulaştırma Kanunu'nun “Acele Kamulaştırma” başlıklı 27. maddesi irdelendiğinde savaş ve seferberlik gibi olağanüstü hallerde dahi bazı prosedürleri atlayıp yine mahkemeyi çalıştıran asil devlet görüntüsünün; hiçbir olağanüstü durum olmaksızın hukuk aymazlığının zirveye vardığı bir olgu sonucu kişilerin özel hukuk konusu taşınmazlarına ceza hukuku açısından suç, borçlar hukuku açısından haksız fiil, eşya hukuku açısından taşınmaz mülkiyetine haksız el atma eylemini oluşturacak fiilleri ile haklarını hiçe sayarak el atması hukukçu olarak insanın kanını donduracak boyuttadır. Adına fiili yol denmek suretiyle kamu hizmeti görüldüğü sempatisiyle hukuki kılıflar aranması sonucu hukuk devleti açısından Türkiye Cumhuriyeti'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde düştüğü durumları izah edebilmek mümkün değildir.

Kamulaştırma Kanunu madde 38 hükmünün soysuzlaşmış bir hukuk anlayışıyla taşınmaza el koymakla oluşmayan ve fakat; bu hukuksuzluğa bir de hak düşürücü sürenin varlığına dayalı olarak süre bitiminde idareler lehine tescil kararı verilerek hukukun temel ilkelerine aykırı biçimde özel mülkiyeti ortadan kaldıran uygulamalar kanıksattırılması, 12 Eylül'ün getirdiği dipçik hukukunun hukuk devletinde varlığı korkunç olarak nitelenebilecek bir örneğidir. 38. Madde hükmü aleyhine diğer dönem yasaları gibi, Anayasa Mahkemesine gitmeyi ortadan kaldıran Anayasanın Geçici 15. Maddesinin 20 yıl kadar sonra kaldırılması bir başarı değil, aksine gecikmeye dayalı ayıbı beraberinde getirdiğinden başarısızlıktır. Anayasa Mahkemesi'nin hak düşürücü süre getiren 38. Madde hükmünü iptal kararı ile hüküm ileriye etkili ortadan kalksa da yarattığı sancılar devam etmiştir. Oysa dava hakkın düştüğünü belirten ilgili hükmün iptal kararı ile daha önce bu tür haksız uygulamalara maruz kalan kişilerin artık dava hakkının mevcudiyetine dayalı serbestçe dava açabilecekleri yolunda görüş oluşması beklenirken, tam aksine bir de anılan yirmi yılın sonunda dava hakkının düşmesi ile mülkiyet hakkının idarelere geçmesi yolunda mesnetsiz savlarla mağduriyetler sonlandırılmamıştır. Yargı çevrelerinde bazı minhaklarca dile getirilmekle kulağımıza gelen “bu tazminatları ödemekle devlet batır” şeklindeki görüşler gerçekten düşündürücüdür. Böylece, iptal kararının geriye yürümezliği ilkesine sığınarak anılan yirmi yıllık sürenin sonunda idareye ayni hak kazandıran düşünce biçimi ile hukuksuzluğa son darbe vurulmuştur.

İptal kararının sonucu olması lazım gelen boyutuyla böyle anlaşılmasa da Anayasa Mahkemesi iptal kararının geriye yürümezliği ilkesi karşısında mağdur olabilecek kişilerin önündeki tek engel de araştırma konumuz olan 5999 sayılı bu yasa değişikliği ile giderilmeye çalışılmıştır. Yasanın salt bu düşünce ile çıkarılmış olmasını başarılı olarak nitelendirmek gerekir. Günümüz hukuk devletinde bu tür hukuka aykırı fiillere dayalı hak kazanılması “hiç kimse hukuka aykırı davranışı ile hak edinemez” şeklinde dile getirilen hukukun temel ilkesine aykırılık oluştururken devletin böyle bir hak elde etmesinin hiçbir gerekçenin arkasına sığınabilecek boyutu olamaz. Teknik konularda yapacağımız eleştiriler bir yana böyle bir durumda devletin vatandaşını mahkeme önüne götürmesi bile kabul edilebilir değildir. Dege feranda öneri olarak İdare; ombudsman uygulamaları ile taşınmazların lehine tescilini, terkin ile düzelterek iade etmesi veya olanaksızlığı halinde dava açımına sebebiyet vermeden sermaye piyasası kurulu lisanslı ekspertizlere

rayiç tespit ettirerek mahkeme dışı sulh niteliği ile zararları tazmin etmelidir.

## **II- GENEL OLARAK KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA KAVRAMI VE HUKUK DEVLETİ KAVRAMI KARŞISINDA DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ**

### **A- KAVRAM**

Kamulaştırmasız el atma veya kamulaştırmasız el koyma olarak da adlandırılan kavramın tanımı hukuk devleti açısından düşündürücü boyutu ile idarelerin hukuk aymazlığının eseridir. Araştırmamızda 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının iptal edilen 38. Maddesinde yer alan hükmün iptali sonrası doğan hukuki sorunlar irdelenecektir.

Aynen aktararak sonuç çıkarmak gerekirse;

“Madde 38- Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala elkoyma tarihinden başlar.”

Madde metninden de anlaşıldığı üzere, bir taşınmazın tamamına veya bir kısmına, kamulaştırma yetkisine sahip bir kurum ya da kuruluş tarafından, yasal bir yetkiye dayanmaksızın kamu yararı için kalıcı bir şekilde el konulmasına yasal kılıf uydurulmuştur.

Bu araştırmanın amacı doğrultusunda öğretilerde yer alan görüşlere dayalı ilk olarak şu saptamayı yapmak istiyoruz: Kamulaştırmasız el atma kendisine bağlı alt başlıklar yapılmayı gerektirmeyen idarenin (tüzel kişi olarak organlarınca işlenmiş) haksız fiili ve bu fiili idare adına işleyenlerin suçu olarak nitelendirilmelidir. Ancak kısa da olsa Öğretilerdeki görüşleri ilgili başlıklarda yorumsuz aktarmakla yetineceğiz.

Kamulaştırmasız elatma fiili konusunda Gözler; kamulaştırmasız elatmanın hüküm ve sonuçları bakımından kamulaştırmasız elatma kavramını iki başlıkta incelemesi gerektiğini belirtmektedir. Bunlar “alelade kamulaştırmasız elatma” ile “bayındırlık eserlerinin inşası nedeniyle kamulaştırmasız el atma” şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>1</sup>

Günday'a göre ise, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18/1. Maddesine göre hukuka uygun kamulaştırmasız elatmalar ve yasal bir dayanak olmaksızın

---

<sup>1</sup> Kemal Gözler; *İdare Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, Eylül 2009, s.734

hukuka aykırı kamulaştırmaz el atmalar olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir.<sup>2</sup>

Doktrinde, benzer bir tabirle, kamulaştırmaz el atılan bir taşınmazda yol, baraj gibi kamu hizmeti görülecek taşınmazların inşasında müdahalenin men'inin idari hizmeti aksatmayacak şekilde nasıl uygulanacağına dikkat çekerek bu tür el atmalara “dolayısıyla kamulaştırma” da denmiştir.<sup>3</sup>

## **B- ANAYASA NORMLARI VE YÖNETİMİN YASALLIĞI İLKESİNE DAYALI SONUÇLAR**

### **1- Kamulaştırmaz Elatmanın Fiili Yol Olarak Nitelendirilmesine İlişkin Öğreti Görüşleri**

Fiili yol; idarenin haksız fiili olarak nitelendirilebilecek Fransız idare hukukundan hukumuza geçmiş bir kavram ve kurumdur. Fiili yol; bir temel özgürlük veya mülkiyet hakkına idarenin ağır ve açık bir hukuka aykırı eylemiyle müdahalesi olarak tanımlanmaktadır.<sup>4</sup>

İdare kamulaştırma işlemine dayanmaksızın ya da henüz kamulaştırma işlemi tamamlanmadan, adeta tamamlanmışçasına bir kimsenin taşınmazına el koyması, idarenin haksız fiili olarak nitelendirilir ve “*elatma*” adıyla fiili yolun bir türünü oluşturur. Ağır bir hukuka aykırılık taşıyan elatmada, yasal dayanaktan yoksun ve usul dışı eylem, idari eylem niteliğini kaybetmiş ve haksız fiile dönüşmüştür.<sup>5</sup>

Kamulaştırmaz el atma olarak nitelendirilen idarenin hukuka aykırı işlemi her zaman fiili yol olarak ele alınmamaktadır. Elatma o denli hukuka aykırı görülmektedir ki, bu ağır ve açık hukuka aykırılık el atma eyleminin idari niteliğini ortadan kaldırmakta ve onu bir haksız fiil haline dönüştürmektedir.<sup>6</sup> Bu ayrımı Onar'da yapmakta, usulsüzlük ağır ve açık olduğu takdirde eylemin fiili yola dönüşebileceği ifade edilmektedir.<sup>7</sup>

Kamulaştırmaz el atma ile fiili yol arasında farkı gören Oğurlu şu gerekçelere dayanmaktadır: “Belki her ikisi arasındaki en önemli fark; el atmanın yalnızca taşınmaz mülkiyetinde söz konusu olmasıdır. Ancak el atma, taşınmaz mal üzerindeki bütün ayni ve şahsi haklarda değil, yalnızca zilyetliğe

2 Metin Günday; *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınları, 2004, s.247-248

3 Yıldızhan Yayla; *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, Eylül 2009, s.218; İsmet Giritli/Perteve Bilgen; *İdare Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1967, s.64-65

4 Yücel Oğurlu; *İdare Hukukunda “Fiili Yol” ve Yargısal Denetimi*, KHUKA, Mart 2003, s. 59; Gürsel Kaplan; *İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: “Fiili Yol”*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2, Ankara, 2007, s. 889

5 Yücel Oğurlu; a.g.m., s.63

6 Metin Günday; a.g.e., s.248

7 Siddık Sami Onar; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.1678

tecavüz halinde doğar. Halbuki fiili yol, mülkiyetin her türünde uygulandığı gibi, temel özgürlüklerde de uygulanır. El atmada bir taşınmazın zilyetliğine sürekli ya da geçici bir tecavüz söz konusudur. Bir başka ifadeyle, taşınır mallarda el atma teorisi geçerli olmayacağı gibi, taşınmazların aynı haklarında da uygulanamaz. Eğer taşınır bir mala usulsüz bir şekilde el atılırsa artık fiili yol ortaya çıkar. Bu durumda fiili yolun uygulama alanının ve kapsamının el atmadan daha geniş olduğu görülür.”<sup>8</sup>

Fiili yolun uygulama alanı daha geniş olmasıyla beraber, kamulaştırmasız el atma öğretide fiili yolun bir örneği olarak değerlendirilmektedir.

Ancak, idare hukuku açısından getirilen bu görüşler sorunun özel hukuk boyutunu gözden kaçırmaktadırlar. Ortada yönetimin yasallığı ilkesince yapılmış bir idari işlem /eylem yoktur. Tam aksine özel hukuk konusu taşınmaz mülkiyetine yönelik işlenmiş haksız elatma/haksız saldırı/haksız fiil niteliğinde ama temel özelliği hukuka aykırı bir davranış vardır. Bu başlık altında belirtmek gerekirse eşya hukuku öğretisi açısından İdarenin haksız fiili şu sonuçları doğurur: Zilyetlik ve mülkiyet haklarına dayalı ayırım, malik ve zilyedin farklı kişiler olması halinde sonuç doğurur. Haksız elatma tabiri MK. md.683/2. f.'da mülkiyet hakkının içeriğini oluşturan bir yetkiyi ifade eden kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Haksız saldırı ise eski tabirle tecavüzün men'i kavramını karşılayan ve zilyede tanınmış bir yetki olarak söz konusu olmaktadır. Böylece, zilyet başka kişi olsa da (fer'i/dolaylı ya da haksız zilyet olmasının önemi olmaksızın) malikin mülkiyet hakkına kuşkusuz haksız elatma oluşturur. (MK 683/2) Kamulaştırmasız elatma fiilinin mağdurunun malikten başka bir kişi olarak taşınmazın zilyedi olması durumunda, zilyede tam yargı davası açarak zararının haksız fiilden ötürü tazminini sağlarken; zilyet malike aynı hakkına ilişkin olarak zilyetliğin iadesi, eski hale getirme, zararı tazmin gibi birçok talep hakkı tanınmıştır. Sonuç olarak; mülkiyet hakkına yönelik malikin kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisinin ihlaline yol açan haksız ve kötü niyetli zilyetlik idarenin haksız elatmasını oluşturmaktadır.

## **2- Kamulaştırmasız El Atma Anayasaya Aykırıdır**

Kamulaştırmasız el atma kavramının temel ilgi alanı olan mülkiyet hakkı 1982 Anayasasında temel insan haklarından birisi olarak sayılmıştır. Bu doğrultuda 1982 Anayasasının ilgili maddeleri irdelendiğinde, Anayasa Mahkemesi Kamulaştırma Kanunu'nun 38. Maddesinin iptali ile ilgili

8 Yücel Oğurlu; a.g.m., s.64



kararında kamulaştırmazsız el atma kavramının Anayasanın 2. Maddesine aykırılığını şu şekilde belirtmiştir: “Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu tarafından bir taşınmazın malik, zilyed veya mirasçılara tanınmış olan hakların, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması, o kimselerin taşınmazla aralarındaki ilişkiyi fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı ise bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine de aykırıdır.” Karabağ'a göre, “1982 Anayasasının 35. maddesinde herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu ve bu hakların ancak kamu yararı amacıyla yasayla sınırlanabileceği hükme bağlanmış, Anayasanın 13. maddesinde ise temel haklar arasında yer alan mülkiyet hakkının özüne dokunulamayacağı, yalnızca Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere bağlı olarak ve ancak yasa ile sınırlandırılabilmesi belirtiltikten sonra, Anayasanın 46. maddesinde bir mülkiyet hakkı sınırlaması olarak kamulaştırma kavramı “devlet ve kamu tüzel kişilerinin özel mülkiyete konu olan taşınmazları, kamu yararı amacıyla ve bedelini peşin ödemek suretiyle, malikin rızası olmaksızın elinden alınması” olarak tanımlanmıştır. Buna karşın en genel tanımı ile idarelerin usulüne uygun bir kamulaştırma yapmadan özel mülkiyete konu taşınmazları kamu hizmetine tahsis etmek amacıyla tesis yapması olarak karşımıza çıkan kamulaştırmazsız el koyma eylemi ise, idarelerin anayasa ve yasalar tarafından izin verilen bir eylemi değildir.”<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi de aynı doğrultuda hareket ederek 4.11.2003 tarihli andığımız kararında kamulaştırmazsız el atmaya ilişkin yasal düzenlemenin, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle oybirliği ile iptaline karar vermiştir.

### **3- Kamulaştırmazsız El Atma İdarenin Hukuka Aykırı Eylemini Oluşturur**

Kamulaştırmazsız el atma idarenin hukuka aykırı eylemini oluşturur. Bu eylem idare hukuku öğretisi açısından ağır ve açık bir usulsüzlük olduğu takdirde idari eylemin idarilik yönü ortadan kalmış ve haksız fiil halini almış

9 Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.04.2003 tarih, 2002/112 E. ve 2003/33 K., Resmi Gazete tarih 4.11.2003, sayı: 2003/25279

10 Emel Karabağ; *Kamulaştırmazsız El Koyma Davaları ve Yargıtay İçtihatları*, (çevrimiçi), [www.yargitay.gov.tr/.../Karabag\\_Kamulastirmasiz\\_El\\_Atma\\_Davalari.doc](http://www.yargitay.gov.tr/.../Karabag_Kamulastirmasiz_El_Atma_Davalari.doc), 20.08.2010, s.1

olacak böylece “fiili yol” olarak tanımlanan idarenin haksız fiilini durumuna gelecektir. Hatırlanacağı üzere fiili yolu şu şekilde tanımlamıştık: “Bir temel özgürlük veya mülkiyet hakkına İdarenin ağır ve açık bir hukuka aykırı eylemiyle müdahalesi olarak tanımlanmaktadır.”<sup>11</sup>

Günday da, idarenin ağır eylemini nitelendirmiş, “haksız eylem niteliğinde bir kamulaştırmamız el atmadan söz edebilmek için, idarenin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz mala malik veya zilyet gibi tasarrufta bulunması ya da taşınmazı hiç olmazsa belli bir süre sahibinin tasarrufundan alıkoyması gerekir. Buna karşılık, idareye ait bir aracın ya da idare görevlilerinin bir an için özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza girmeleri ve bu taşınmaza veya taşınmaz üzerindeki şeylere zarar vermeleri fiili yol olarak kabul edilemez. Böyle bir durumda, ortada bir idari eylemin bulunduğu ve bu eylem nedeniyle bir zararın doğduğu kabul edilecektir.” demiştir.<sup>12</sup>

Kamulaştırmamız el atma fiili yol olarak algılsın ya da algılanmasın idarenin kaynağını yasalardan, hukuktan almayan bir eylemi olduğu müddetçe kamulaştırmamız el atma idarenin hukuka aykırı bir eylemini oluşturacaktır.

### **C- GENEL OLARAK KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMANIN ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN HÜKÜM VE SONUÇLARI**

#### **1- Kamulaştırmamız El Atma Taşınmaz Zilyetliğine Haksız Saldırı Niteliği Taşır (MK mad. 983)**

Türk Medeni Kanunun'un zilyetliğin hükümleri ana başlığının altında yer alan “korunması” başlığı altında bulunan madde 983 şu şekildedir:

“Zilyetliğe saldırıya dava hakkı

Madde 983: Saldırıda bulunan, şey üzerinde bir hak iddia etse bile; zilyetliğin saldırıya uğrayan, ona karşı dava açabilir. Dava, saldırının sona erdirilmesine, sebebinin önlenmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur.”

Madde metninden de anlaşıldığı üzere, saldırıda bulunan o şey üzerinde üstün bir hak iddia etse bile, saldırıya son vermeye mecburdur. Geri verme davasından farklı olarak burada üstün hak iddiası dinlenmez.<sup>13</sup>

Yasal dayanağı olmadığı halde kamulaştırdığına dair hak iddia eden idarenin fiili, madde gereği haksız saldırı niteliği taşımaktadır. Bu konu da günümüzde hala geçerli boyutu ile kamulaştırmamız el atma halinde Medeni Kanun'umuzun anılan hükmüne dayalı davaları açma hakkı her zaman

11 Yücel Oğurlu; a.g.m., s. 59; Gürsel Kaplan; a.g.m., s. 889

12 Metin Günday; a.g.e., s. 248

13 M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir; *Eşya Hukuku*, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 81-82

mevcuttur. Ancak, İdarenin bu ceberrutluğu karşısında vatandaşlar adli yargıda haksız saldırının önlenmesi davası açmak yerine kaderlerine razı olarak doğrudan bedele dönüştürme davası açmayı tercih etmektedirler. Bu konuda davanın zilyetliğe dayalı olarak malik olmayan üstün hak sahibi kişilerce de açılabileceğini unutmamak gerekir.

## **2- Kamulaştırmasız Elatma Haksız El Atma Niteliği Taşır (MK mad. 683)**

Türk Medeni Kanunu'nun 683. Maddesi mülkiyet hakkının içeriğini tanımlarken;

“Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.

Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.” ifadelerine yer vermiştir.

Mülkiyet hakkının içeriği belirlenirken malik olan kimsenin mülkiyetindeki şey üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği belirtilmiş ayrıca madde de özellikle haksız bir elatma olduğu sürece dava edilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu noktada mülkiyet kavramı genel hukuki temel ilkeler bazında değerlendirildiğinde, Kamulaştırma Kanunun 38. Madde hükmü haksız elatma niteliği taşımaktadır. Haksız elatma fiiline karşı malik tarafından zilyetliğe haksız saldırıda olduğu gibi idare aleyhine mülkiyete dayalı bedele dönüştürme davası açıldığı görülmektedir.

## **3- Kamulaştırmasız Elatma BK mad. 41 vd. Hükümler Çerçevesinde Haksız Fiil Oluşturur.**

Kamulaştırmasız el atma, Borçlar Kanunu “haksız muamelelerden doğan borçlar” başlığı altında yer alan madde 41 ve devamı hükümlerince haksız fiil oluşturur. Oluşmuş olan haksız fiil neticesinde tazmin yükümlülüğü doğmaktadır.

Hali hazırda Borçlar Kanunu ilgili madde hükümlerince kamulaştırmasız el atma fiili haksız fiil niteliklerini taşımakta ve bu nedenle tazmin yükümlülüğü doğmaktadır. Kamulaştırmasız elatma, idarenin haksız fiili sonucu tazminat ödeme borcu doğuracaktır. Böyle bir tazmin yükümünün doğması için gerekli olan olgu BK madde 41'de gösterilmiştir. Maddeye göre haksız fiil sorumluluğunun gerçekleşmesi için hukuka aykırı fiil, zarar, illiyet bağı ve

kusurun birlikte bulunması gerekir.

Böylece İdarenin herhangi bir idari işlemine veya kamu hizmeti amacıyla gerçekleştirdiği eylemine dayanmayan ve yönetimin yasallığı ilkesine tamamen aykırı el atma ya da haksız saldırı fiilleri haksız fiil mağdurlarına adli yargıda tazminat davaları açma hakkı tanımaktadır. Bu dava idare aleyhine açılabilir zilyetliğe haksız saldırı ve elatmanın önlenmesi taleplerinin yanında ayrıca bu nedenle oluşmuş zararların tazminine olanak tanımaktadır.

### **III- KAMULAŞTIRMA KANUNU 38. MADDEYE DAYALI**

#### **KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA UYGULAMALARI**

##### **A- KAMULAŞTIRMA KANUNU 38. MADDEYE DAYALI**

##### **KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA, TİPİK KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA ÖRNEĞİ OLUŞTURMAKTADIR**

Kamulaştırmaz elatma kamulaştırma yetkisine sahip bir idarenin başka kişilere (özel hukuk kişileri) ait taşınmaz malları üzerinde, kamulaştırma yapmadan veya herhangi bir yasal dayanağı olmadan haksız fiil oluşturacak biçimde işlem tesis etmesidir. Kamulaştırma Kanunun iptal edilen madde 38 hükmü de hatırlanacağı üzere bu şartları kanuni düzenleme konusu yaparak lehine hukuk devletinde örneği az rastlanır bir hak tesis etmiştir. Şöyle ki; "Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala elkoyma tarihinden başlar." denerek altında entrik zeka ile dava hakkını düşürmek suretiyle güya hak tesis etmiş gözükmeden bu sonucu sağlamayı başarmıştır.

##### **1- Kamulaştırma Kanunu Madde 38'e Dayalı Sürenin Özelliği**

###### **a- Süre**

Kamulaştırma Kanunu iptal edilen 38. madde hükmünde 20 yıllık süre öngörülmüştür. Bu süre kamulaştırmaz el atılan taşınmaza ilişkin malik, zilyed ve mirasçılarının her türlü dava hakkının sona ereceği tarihi belirlemektedir. 20 yıl geçmekle kamulaştırmaz el atılan taşınmaza ilişkin her türlü dava hakkı düşmektedir. 20 yıllık sürenin başlangıcının mala el koyma tarihinden itibaren başlayacağı hükmü getirilmiştir.

###### **b- Süre Hak Düşürücü Niteliktedir**

Kamulaştırma Kanunu madde 38'de belirtilen süre bir hakkı tamamen ortadan kaldırdığından hak düşürücü bir süredir. Bilindiği gibi, hak düşürücü

sürelerde hakimın bunu re'sen gözetmesi gerekecektir. Hak düşürücü süre bir itiraz konusu olup, zamanaşımı gibi def'i ileri sürme hakkı vermemektedir. Sonuç olarak, süre aşımı dava açma hakkını tamamen ortadan kaldırmaktadır.

### **c- Süre Dava Hakkına Engel Oluşturmaktadır**

Kanun maddesinde 20 yıllık sürenin geçmesiyle her türlü dava hakkının düşeceği belirtilmiştir. Bu durumda 20 yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle dava açma hakkına sahip olan kişi, taşınmazına ilişkin hiçbir davayı açamayacak var olan bu hakkı 20 yılın dolmasıyla sona erecektir. Bu durumda madde hükmünde geçen süre bireyin sahip olduğu dava hakkına engel oluşturmaktadır. Açıkça anlaşıldığı üzere aynı hakların ve bu başlık altında mülkiyet haklarının hak düşürücü süreye tabi olmayacağı yolundaki hukukun genel ilkesi ayaklar altına alınmıştır.

## **2- Anayasa Mahkemesi İptal Kararından Sonra Süresizlik Olgusuna Dayalı Düşünceler**

### **a- Kamulaştırmasız Elatma Fiili Mülkiyet Hakkına Yönelik Haksız Fiil Niteliğinde Kabul Edilmiştir**

Anayasanın 46. maddesinde yer alan kamulaştırma, yine Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerden sayılan mülkiyet hakkına getirilmiş bir sınırlamadır. Doğal olarak yasal nitelikteki işlemlerin gerçekleştirilmesi ve bu açıdan her türlü eylem ve işlem gibi yasa denetimine açık olacak. Bu gerekçe ile kamulaştırmasız elatma fiilinin sonuçta Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunması şaşırtıcı değildir. Kamulaştırmasız el atma fiilinin mülkiyet hakkının sınırlamasını aşan, hakkın özüne dokunan bir düzenleme olduğunu belirtmiştik. Bu nedenledir ki Anayasa Mahkemesi Kamulaştırma Kanunu madde 38 hükmünü Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle 10.04.2003 tarih, 2002/112 E. ve 2003/33 K., sayılı kararıyla iptal etmiştir. Yapılan eylem öyle ağır bir aykırılık oluşturmaktadır ki idare tarafından mülkiyet hakkına yönelik haksız fiili oluşturmakta ve ayrıca buna “fiili yol” denilerek, ilgili uyuşmazlıkların adli yargıda çözüme kavuşturulacağı içtihatlarla belirtilmiştir.

### **b- Sürenin İptale Konu Olması Sonrasında Artık Kamulaştırma Kanunu Madde 38'e Dayalı El Atmalara Karşı Dava Yolu Açılmalıdır**

Kamulaştırma Kanunu madde 38 kabul edildiği 4. 11. 1983 tarihinden iptal edildiği 10.04.2003 tarihine kadar uygulanmış, kamulaştırmasız el atmadan dolayı doğabilecek her türlü davaya süre sınırlaması getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kanun maddesini iptal ettikten sonra ortaya farklı içtihatlar çıkmış Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezlik ilkesi farklı görüşlerle değerlendirilmiştir. Yargıtay HGK 2005/5-288 E. ve 2005/352 K. sayılı kararının gerekçesinde iptal kararlarının geriye yürümezliğini şöyle ifade etmiştir: "Anayasanın 153. maddesindeki "İptal kararları geriye yürümez" biçimindeki hükmü, kanunların yürürlükte oldukları zamanla sınırlı olarak kaybedilen veya kazanılan haklarla alakalı olarak meydana gelen durumlara dokunulmaması ve bunların hiçbir surette etkilenmemesi için konulmuş bir hükümdür.

Bir hakkın yasa ile ortadan kalkmasından sonra, o yasanın iptal edilmesiyle hak yeniden canlanmaz. Aksini kabul etmek, iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesini daha doğrusu bunu düzenleyen anayasa hükmünü görmezlikten gelmek olur. Böyle bir uygulama, anayasayı ihlal anlamını taşır ki hukuk düzeni bunu onaylaması düşünülemez." Ancak aynı kararın karşı oy yazısında ise ilkeyi "kesinleşmiş yargı kararlarını" etkilemez şeklinde farklı değerlendirmiştir. "İptal kararları, kesinleşmiş yargı kararlarını etkilemez ( geriye yürümez ). Başka bir anlatımla iptal kararları, daha önce verilip kesinleşmiş olan yargı kararlarını geçersiz kılmaz, ortadan kaldırmaz, yargılamanın yinelenmesini gerektirmez. Ancak, görülmekte olan davalarda ve henüz kesin çözüme bağlanmamış anlaşmazlıklarda mahkemeler, iptal kararından sonraki duruma göre karar vermekle yükümlüdürler.

2942 Sayılı Yasanın 38.maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olması durumunda ise; kamulaştırmasız el konulan taşınmazla ilgili olarak daha önce dava açılmış, malik ve idare arasındaki uyuşmazlık mahkemece karara bağlanıp hüküm kesinleşmiş ise "İptal kararları geriye yürümez" kuralı ve "kazanılmış hak" ilkesi gereği iptal kararı bu sonucu etkilemeyecek; ancak taraflar arasında henüz çözümlenmemiş olan anlaşmazlıklar -10.3.1969 gün ve 1/3 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçe bölümünde belirtildiği gibi- iptalin kapsamına gireceğinden, görülmekte olan veya bundan sonra açılacak davalarda iptal kararından sonraki yeni duruma göre karar verilecektir.

Türk Medeni Kanununun ve Borçlar Yasasının, bir taşınmazın malikine, zilyedine veya mirasçılara tanıdığı hakların, hak sahiplerince 20 yıl içinde kullanılmamış olması, o kimselerin taşınmazla aralarındaki bağlantıyı fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez ( Anayasa Mahkemesinin 10.4.2003 gün ve 2002/112

esas 2003/33 karar sayılı kararının gerekçesi ).”

Yargıtay 5. HD 27.10.2005 tarihli, 2005/7984 E. ve 2005/11638 K. sayılı ilamına da aynı gerekçelerle karşı oy yazısı yazılarak karar katılınmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca aynı kararın karşı oy yazısında, bizce de yerinde olan, Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararı ile 20 yıllık hakdüşürücü sürenin sağladığı kısıtlama ortadan kalktığından artık mal sahibi, kamulaştırmasız el koyan idare aleyhine süresiz olarak dava açma hakkını yeniden elde etmiştir görüşü yer almaktadır.

**c- Kamulaştırma Kanunu Madde 38'e Dayalı Süre Aşımı Sonrasında Mülkiyetin Kendiliğinden İdareye geçişi Görüşü Reddedilmelidir**

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hüküm sonrasında çıkan birçok tartışmadan biri de süre aşımı sonrasında mülkiyetin kendiliğinden idareye geçişi gerçekleşip gerçekleşmeyeceği yönündeydi. Bahsi geçen Yargıtay kararlarına baktığımızda aynı karar içerisinde bu konuya ilişkin de farklı görüşler olduğunu görmekteyiz. Yargıtay HGK 2005/5-288 E. ve 2005/352 K. sayılı kararının gerekçesinde, öncelikle 20 yıl geçmekle mülkiyet hakkı sahibinin bu hakkını kaybettiği, buna karşılık idarenin de bu hakkı kazandığı kabul edilmiştir. Karşı oy yazısında ise bu görüşe katılmadığı şu şekilde ifade edilmiştir: “Madde 38'in metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, bu hükümle taşınmaz mal sahibinin salt dava hakkı 20 yılla sınırlandırılmış, bu süre dolduktan sonra o taşınmazın mülkiyetinin kamulaştırmasız el atan idareye geçeceği yolunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna göre idarenin kamulaştırmasız el koyduğu taşınmazın mülkiyet hakkı tapu maliki üzerinde kalacak, ancak malik el koyma tarihinden başlayarak 20 yıl geçtikten sonra idare aleyhine el atmanın önlenmesi veya mülkiyetin devri karşılığı taşınmazın bedelinin kendisine ödenmesi konusunda dava açamayacaktır.”

Yargıtay 5. HD 27.10.2005 tarihli, 2005/7984 E. ve 2005/11638 K. sayılı kararının karşı oyunda da, kamulaştırma yetkisine sahip idarenin 20 yıllık süreye dayanarak kamulaştırmazsı el attığı taşınmaz bedelini ödemedi mülkiyetini tapu iptal ve tescil yoluyla kazanması imkanı da ortadan kalkmıştır, görüşü yer almaktadır.

38. madde hükmünde taşınmazın idareye geçeceği belirtilmemiş olmasına rağmen taşınmazın idarenin mülkiyetine geçmiş olacağının kabulü ile hukukun temel ilkelerinde korunan mülkiyet hakkının mantığı ile çelişilmektedir. Bu nedenle karşı oy yazılarına katılarak kamulaştırmasız el



atılan taşınmazdaki mülkiyet hakkının, el atma tarihinden dava tarihine kadar 20 yıllık süre geçmesi ile idareye geçtiği kabul edilemez. Böylece dava açma hakkının düşeceği yolundaki hukuki sonuç ortadan kalkmakla; hemen beliriveren hukukun temel ilkesi gereği mülkiyet haklarının ve dolayısıyla maliklere tanıdığı tüm dava haklarının hak düşürücü süreye bağlı kullanımı iddiasına dayalı tüm davalar idareye karşı açılabilmelidir.

## **B- KAMULAŞTIRMASIZ ELATMAYA KARŞI DAVA YOLLARI**

### **1- Medeni Kanuna Dayalı Davaların Açılması Sonucu El Atmanın Bertaraf Edilmesi**

Kamulaştırmasız el atmalarda malik ya da zilyet Medeni Kanun'un ilgili maddeleri uyarınca; haksız elatmanın veya haksız saldırının önlenmesini ve zararın giderilmesini isteyebilir.

#### **a- Elatmanın (MK 683/II) ve Haksız Saldırının (MK 983) Önlenmesi Davaları Açılması (Müdahalenin Men'i Davası)**

Malik olmayan zilyet için tek seçenek olan haksız saldırının önlenmesi davasıdır. (MK 983) Malik için ise haksız saldırının önlenmesi davası yanında haksız el atmanın önlenmesi (MK 683/II) davasını açma hakkını da tanımıştır. Bu açıdan zilyetliğe dayalı dava açma hakkı hak düşürücü sürelere tabi ve fakat basit yargılama usulüne tabi iken malikin açabileceği dava hak düşürücü süre olmaksızın taşınmazın bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülecektir.

Her iki davanın ortak özelliği zilyetliğin iadesini sağlamaktır. Böylece davacı haksız zilyede karşı tekrar zilyetliğinin tesis edilmesi yolunda hüküm elde etmiş olacaktır. Haksız elatmanın/saldırının önlenmesi, üstün hak sahibinin taşınmazını geri alıp yeniden tasarrufunu sağlayan bir davadır.<sup>14</sup>

Bu davaların açılabilmesi için elatmanın/saldırının haksız olması gerekir. Yapılan müdahalenin hukuka aykırı olması için kural olarak, müdahalenin herhangi bir hakka dayanmadan doğrudan, bir üçüncü kişinin zilyetlik, mülkiyet veya diğer bir aynı hakkını ihlal etmiş olması gerekir.

Özel mülkiyet konusu bir taşınmaza kamulaştırmasız el koyan haksız zilyet durumundaki idarenin, açılan bir el atmanın önlenmesi davası sonucu bu taşınmazı tahliye mahkum edildiğinde, tahliye borcunun kapsamı ve tahliye edeceği taşınmaza yapmış olduğu masrafları talep edip edemeyeceği konuları, Medeni Kanun 993-995 maddelerine göre idarenin kötü niyetli ya da iyi niyetli olup olmamasına göre tayin edilecektir. Kamulaştırmasız el atma olayının

14 Ali Arcak; *Yeni Kamulaştırma Yasası*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1984, s.1585



tümüne bakıldığında, idarenin tartışmasız “kötü niyetli haksız zilyet” durumunda olduğu görülecektir.<sup>15</sup>

### **b- Tazminat Davası**

Bu başlık altında idarenin kamulaştırmamasız el atma fiiline dayalı haksız fiilin doğal sonucu olarak davacının malvarlığında oluşan olumsuz kayıplar (fiili zarar/yoksun kalınan kazanç) tazminat davasına konu edilmektedir. Adli yargıda görülmesi gereken bu davada haksız fiilin koşulları ve talep edilecek tazminata ilişkin tüm hükümler BK m.41 vd. hükümlerine bağlı olarak saptanacaktır.

Bu davada, mülkiyet hakkının devri karşılığı bedel alınması söz konusu değildir. Mülkiyet hakkı yine mal sahibi üzerinde kalmakta, fakat uğranılan zararlar tazmin ettirilmektedir.<sup>16</sup>

### **2- Kamulaştırmamasız El Atmaya Rıza Gösterilmesi Sonucu Bedele Dönüştürülme Davası Açılması Olanakları**

İdarenin kamulaştırmamasız el atmasına razı olunduğu durumlarda, taşınmaz malın değerini isteyebilme hakkı -16.05.1956 gün 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği üzere, usulü dairesinde verilmiş bir kamulaştırma kararı olmadan ve bedeli ödenmeden taşınmazına el konulan kimse, ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, değer karşılığının verilmesini de isteyebilir.<sup>17</sup> mevcuttur. Bu dava da genel hükümlere tabi bir davadır. Bu davayı da malik ya da mülkiyete hak kazandığını ispatlayan ve karar alan zilyet açabilir.<sup>18</sup>

Cehenneme giden yol iyi niyet taşları ile örülmüştür, deyişini haklı kılarcasına idareyi bugün hala kamulaştırmamasız el atma pişkinliğine götüren yol, işte bu yöndeki yargı kararları olmuştur. Kanuni temeli olmayan bir davayı medeni hukuk sistemine sokmakla idarelere kamulaştırmamasız el atma fiilini yargı kararından aldığı destekle sürdürme olanağı tanımıştır. Kamulaştırma Kanunu 27. madde hükmünce acele kamulaştırmada dahi mahkeme kurduran hukuk devleti anlayışı mevcut iken, yargıda nasıl olsa bedele dönüştürüleceği güvencesi ile kamulaştırma işlemine gerek olmadığı anlayışının temeline başka türlü ulaşmak mümkün olmayacaktır.

Bedel davası açmayı tercih eden malik, gayrimenkulün mülkiyetinin

15 C.Salih Şahin; a.g.e., s.122

16 Tayfun Kaya; a.g.e., s.85

17 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2006/5-291E., 2006/267 K. Sayılı ilamı

18 Zeki Akar; *Kamulaştırma ve Kamulaştırmamasız El Atma Davaları*, C.II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 983

idareye devrine razı olmuş demektir.<sup>19</sup> Bu noktada temelde diğer hukuki olanaklardan usul hukuku ve aynı hak kapsamında tek taraflı bir tasarruf işlemi olan “feragat” söz konusudur.

Davacı, malik veya zilyet sıfatı ile açtığı haksız el atma davalarını ıslah yoluyla bedel içerikli davaya dönüştürebileceği gibi, bedel davasını da sonradan haksız el atma davalarına çevirebilir.<sup>20</sup>

### **3- Tam Yargı ve Haksız Fiil Davaları Açılması Olanağı**

Kamulaştırmасız el atma fiilinin, idarenin haksız fiili niteliğinde olduğunu belirtmiştik. Kamulaştırmасız el atma, idarenin haksız fiili niteliğinde bir eylem olduğundan, bu yönde verilecek bir idari karar (kamulaştırmасız el atma kararı) ve buna dayanılarak hazırlanan bir plan ve proje de, “yokluk” ile sakat bir idari işlem oluşturacaktır. Dolayısıyla da, kamulaştırmасız el atma eylemi, ister idarenin bir kararına ve buna dayanılarak hazırlanan bir plan veya projeye dayansın ister dayanmasın, her halde, bu eylem dolayısıyla açılacak davalar, adli yargının görev alanına girecektir. Aksi takdirde, yani uğranılan zararın, idare tarafından hukuka uygun olarak gerçekleştirilen bir faaliyetten, diğer bir deyişle bir “idari eylem”den kaynaklanması halinde, açılacak dava, idari yargının görev alanına giren bir “tam yargı davası” niteliğinde olacaktır.<sup>21</sup>

11.02.1959 gün ve 1958/17 E., 1959/15 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı çerçevesinde hangi davaların idari yargıda hangi davaların adli yargıda açılacağı belirtilmiştir. Şöyle ki;

“.... Zira, bir amme teşekkülünün vazifelerinden olan iş yapmayı kararlaştırılması, idari bir karar olduğu gibi, bu kararı yerine getirmek üzere, plan ve projeler yapıp o plan ve projeler gereğince, işi görmesi de kararın neticesi olan birer idari fiildir. O halde bu fiillerden doğan zararların tazmin istekleri de, idari kararlar ve fiillerden doğan zararın bir kimsenin hakkını helale uğratması esasına dayanan tazmin istekleridir ki devlet şurası, Kanunun 23. maddesinin 1. bendi hükmünce bu istekler mahiyette bir tam kaza davasıdır. Bu itibarla, bu davalarda Devlet Şurası vazifelidir. Esasen bir idari teşekkülünün kanunun verdiği salahiyeti kullanarak bir karar verdikten sonra, o kararı yerine getirmesi, kanuna uygun bir hareket olduğu cihetle, haksız fiil kanuna aykırılık şartı bu halde gerçekleşmiş olmaz. Bundan başka idarenin, kararının ve faaliyetinin gayrimenkul maliki olma sıfatına dayanmaması itibari ile MK

19 C.Salih Şahiniz; a.g.e., S.140

20 Yasin Ulusoy; *Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmасız El Atma*, Nobel Yayınları, Ankara, Haziran 2004, s. 60

21 C.Salih Şahiniz; a.g.e., s.219-220

komşuluk haklarına ilişkin bir tazminat alacağı dahi söz konusu edilemez.”

Yine aynı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği üzere, “ ... plan veya projelere ve şartnamelere başkasının malına ihtiyaca göre el atmasının önlenmesini gerektirebilecek esaslar konulamayacağı, yapılan işlerin plan ve projelere aykırı olarak yapılması halinde, idari karara aykırı bir hareket bulunması itibarıyla yine idari kararın tatbiki olan bir fiil sayılmaz. Bu bakımdan, bu iddia ile açılmış bir dava haksız fiilden doğan bir davadan ibaret olacaktır.”

Sonuç olarak kamulaştırmasız el atma fiilinin tamamen Anayasa'ya aykırı boyutu ile tartışmasız haksız fiil boyutu adli yargıda görülmesi gereken bir taşınmaz davasına vücut verir. Bu yönde hüküm getiren Kamulaştırma Kanunu m. 6/son fıkra *“Onaylı imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur. Bu durumlarda yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren bir karar alınır.”* şeklindeki hükmünce onaylı imar planının kesinleşmesi gereği taşınmaz mülkiyetinin kamulaştırılması işlemine başlanıldığını gösteren tek taraflı bir idari kararla kamulaştırmasız el atma işlemine girilemez. Anılan hüküm kamu yararı kararını ortadan kaldırmakta ve fakat kamulaştırma muhatabına (kamulaştırma konusu taşınmazın maliki) karşı kamulaştırma kararı ve sonrasında ilk olarak Kamulaştırma Kanunu m.8 ve sonrasında bir dizi idari işlem yapılması gereken işlemleri asla ortadan kaldırmamaktadır.

#### IV- TARİHİ SÜRECE BAĞLI DEĞERLENDİRME

1924 Anayasası'nın 74. Maddesi ile birlikte mülkiyet hakkının kamulaştırma işlemi ile nasıl sınırlandırılacağı belirtilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarının düzenlemelerine baktığımızda kamulaştırma işleminin bir bedel karşılığında yapılabileceği ve kamu yararının gerektirdiği durumlarda mülkiyet hakkının kanunla sınırlandırılabilen hüküm altına alınmıştır. 1982 Anayasası'ndaki mülkiyet hakkı anlayışının 1961 Anayasa'sındaki farkı; 1961 Anayasası'nda mülkiyet hakkı “Sosyal ve Ekonomik Haklar” kısmında yer alırken 1982 Anayasası'nda “Temel Hak ve Özgürlükler” kısmında yer almaktadır.<sup>22</sup>Mülkiyet hakkı böylece Anayasalar ile koruma altına alınmıştır.

Kamulaştırmasız el atma kavramı, Türk hukukunda kendini ilk olarak kanuni düzenleme yerine, Yargıtay içtihatlarında göstermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na ait 1956 tarihli iki İçtihadı Birleştirme Kararı ardından da

22 Yasin Ulusoy; a.g.e., s. 5

1959 tarihli yine İçtihadı Birleştirme Kararı kamulaştırmасız el atmaya ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Bu kararlar ışığında kamulaştırmасız el atma kavramı, kamulaştırma işlemi yapılmaksızın yola dönüştürülen taşınmazlar hakkında cereyan etmiştir.<sup>23</sup> Söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, konuyla ilgili son derece çağdaş bir yaklaşım getirmesi, bireylere ait mülkiyet hakkına, yasalarla belirtilen usuller dışında getirilen hiçbir sınırlamayı kabul etmemesi ve en önemlisi de mülkiyet hakkının zaman ötesi bir kavram olduğunu kabul ederek, açılacak el atmanın önlenmesi, tazminat gibi davaların herhangi bir zamanaşımına tabi olmadığını vurgulaması ve mülkiyet hakkını aynı hak olmasının ötesinde temel bir insan hakkı olarak ele alması nedeni ile anayasamıza, uluslar arası hukuka ve AİHS ek 1 numaralı protokolün 1. Maddesine uygun bir yaklaşım sergilediği için oldukça önemlidir.<sup>24</sup>

Bahsi geçen Yargıtay kararlarında benimsenen çözümler, kamulaştırmасız el atılan taşınmaz malikine tazminat davası açma konusunda bir serbesti tanıdığından Fransız Hukukunun etkisi altında kalan yazarlar tarafından, bu çözümün kamu hizmetlerinin sürekliliği/devamlılığı ilkesi ile çatıştığını<sup>25</sup> ileri sürülerek eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin etkisiyle 5.01.1961 tarihinde belirtilen görüşten tamamen farklı 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları Veya Müesseseleri Tarafından Filen Amme Hizmetine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkındaki Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile bir defaya mahsus olmak üzere kamulaştırma kanunlarının öngördüğü amaçlara fiilen tahsis edilmiş bulunan taşınmazlar, ilgili kamu tüzelkişisi veya kamu kurumu adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılmışlardır. Ancak 221 sayılı kanun, bir defa uygulandığı için ileriye yönelik olarak kesin bir çözüm getirememiş ve halen kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılan kamulaştırmасız el atmalarda Yargıtay'ın 1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları uygulanmıştır.<sup>26</sup> 221 sayılı kanun aynı zamanda yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıllık hak düşürücü süre öngörmüştür. Ancak bu yasanın sadece 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 09.10.1956

23 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; 16.05.1956 gün ve 1956/1-6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; 16.05.1956 gün ve 1956/1-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; 11.02.1959 gün ve E.1958/17, K.1959/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (C. Salih Şahin; a.g.e., s. 21-27)

24 Emel Karabağ; *Kamulaştırmасız El Koyma Davaları ve Yargıtay İçtihatları*, (çevrimiçi), [www.yargitay.gov.tr/.../Karabag\\_Kamulastirmasiz\\_El\\_Atma\\_Davaları.doc](http://www.yargitay.gov.tr/.../Karabag_Kamulastirmasiz_El_Atma_Davaları.doc) (20.08.2010), s.3

25 İsmet Giritli/Pertev Bilgen; *İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1967, s.67

26 Yasin Ulusoy; a.g.e., s.57-58

tarihinden önceki fiilen kamuya tahsis edilmiş taşınmazlar için geçerli olacağı da belirtilmiştir.

221 sayılı Kanunun 1, 2, 3 ve 4. Maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Bu başvuru üzerine 17.01.2008 tarihli 2004/25 E. ve 2008/42 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi kararında yasanın uygulama alanı şu şekilde ifade edilmiştir:

“221 sayılı Yasa, bir istisna olarak, belirli bir süre içinde yapılan, ancak kamulaştırması yapılmayan taşınmaz malların kamu adına tescil işlemleri için yürürlüğe girmiştir. Genel ve yasal bir kamulaştırma düzeni tanıyan bu Yasa, 1956 yılına kadar geçen süreyi içeren ve kamulaştırma amacına yönelik olarak tahsis edilen taşınmazları kapsamakta, 1956 yılından sonra ise bu Yasa kapsamındaki iş ve işlemler nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için devam eden davalar nedeniyle uygulaması sürmektedir. 6830 sayılı Yasa'yı yürürlükten kaldıran, ek ve değişiklikleriyle bugün yürürlükte bulunan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 4. maddesinde, “5 Ocak 1961 tarih ve 221 sayılı Kanunun kapsamına girmeleri nedeniyle kamu tüzelkişileri veya kurumları adına kamulaştırılmış sayılan taşınmaz malların eski malik, zilyed veya bunların halefleri tarafından açılmış ve kesin hükme bağlanmamış davalarda sözü edilen 221 sayılı Kanunun hükümleri uygulanır” denilmek suretiyle, devam eden davalarda 221 sayılı Yasa'nın uygulanma olanağı sağlanmıştır.”

221 sayılı yasa 1961 yılında yürürlüğe girmiş ve 1956 tarihli 6830 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önceki tarihli kamulaştırmaları kapsamaktadır. Günümüzde uygulanmakta olan 2942 sayılı yasa ise 1983 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 6830 sayılı yasayı uygulamadan kaldırmıştır. 1983 tarihli Kamulaştırma Kanununun anılan 38. Maddesi ile Anayasa geçici hükmünden aldığı zırl ile iptale konu olmadan varlığını sürdürmüştür. Şimdi alt başlık altında iptal kararı sonrası doğan hukuki sorunları irdelemeye geçebiliriz.

## **A- KAMULAŞTIRMA KANUNU MADDE 38 HÜKMÜ DEĞİŞİKLİĞİ**

### **1- Kanuni Düzenleme**

08.11.1983 tarihli 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 38. Maddesi şu şekildedir:

“Madde 38- Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu

yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala elkoyma tarihinden başlar."

## 2- Düzenlemenin Niteliği

2942 sayılı yasa çerçevesinde düzenlenen 38. Madde'nin niteliğine değindiğimizde Karabağ'ında belirttiği üzere; maddede belirtilen şartlar oluştuğunda, idarenin, mal sahibine herhangi bir bedel ödemeksizin, taşınmazın kendi adına tescilini isteyebileceği hususunda bir hüküm bulunmamakla beraber, kanunun gerekçe metninde “ Eski Medeni Kanunun 638,639 ve 897. maddeleri dikkate alınarak mülk edinmedeki kazandırıcı zaman aşımı süresinin, mülkiyetin kaybedilmesinde de idarelerin menfaatleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği” belirtildiğinden uygulamada idareler kamulaştırmasız el koydukları taşınmazlarla ilgili olarak el koyma tarihinden itibaren 20 yıllık sürenin dolmasından sonra açtıkları tapu iptali ve tescil istemli davalarda tapu kaydındaki maliki hasım göstererek de kamu hizmeti için el konulan taşınmazlara her hangi bir bedel ödemeksizin, bu yerin idare adına tescilini isteme hakkına sahip olmuşlardır.<sup>27</sup>

Madde içerisinde belirtilen 20 yıllık süre hakimın re'sen göz önüne alması gereken, zamanaşımı kavramının sahip olduğu niteliklere sahip olmayan(durma-kesme gibi) ve hakkın özünü ortadan kaldırdığından<sup>28</sup> hak düşürücü süredir.

## 3- Anayasa Mahkemesine İptal Davası Açılmama Özelliği

1982 Anayasası'nın geçici 15. Madde hükmünün üçüncü fıkrası gereğince “Bu dönem (12 Eylül 1980 7 Aralık 1983 ) içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnamelemler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez”. 08 Kasım 1983 tarihli 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu madde metninde belirtilen tarih aralığında olduğundan 2001 yılı Anayasa değişikliğine kadar Kamulaştırma Kanunu'nun 38. Maddesi anayasa aykırılığından dolayı Anayasa Mahkemesi önüne götürülememiştir. Darbeci zihniyetin hukuk devleti kavramı ile ilgisi olmayan uygulaması olarak Türk hukuk tarihine girmiş ve bu ayıp iktidardakilerin ve muhalif partilerin 12 Eylül hukukuna sahip çıkmalarının göstergesi olarak uzun yıllar sürmüştür.

27 Emel Karabağ; a.g.m., s.6

28 Emel Karabağ; a.g.m., s.7

## **B- ANAYASANIN GEÇİCİ 15. MADDE HÜKMÜNÜN KALDIRILMASI SÜRECİ**

1982 Anayasası'nın Geçici 15. Maddesi 12 Eylül dönemi tasarruflarına karşı anayasa yargısının yolunu kapatmışken 2001 yılında yapılan değişiklikle bu engel ortadan kalkmıştır.

2001 yılı değişikliklerinde Geçici 15. Maddenin son fıkrasının kaldırılmasının gerekçesi şu şekilde öngörülmüştür:

“Madde gerekçesi:

Madde 37.- Madde ile geçici 15 inci maddenin son fıkrasının yürürlükten kaldırılması öngörülmekte; 12 Eylül 1980 - 6 Aralık 1983 döneminde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığının iddia edilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.”

2001 yılı değişiklikleri 1982 Anayasası üzerinde yapılan en kapsamlı değişikliklerden biridir. Kapsamlı değişiklikleri içermesine rağmen Kabaoğlu ilgili değişikliklerin yapılma usulü hakkında; “toplumun değişik kesimlerinde yapılan tartışmaların ve önerilerin duyulmayışı veya dikkate alınmayışı da, anayasanın bir toplumsal uzlaşma belgesi olarak algılanmamakta olduğunu ortaya koymuştur”<sup>29</sup> görüşünü dile getirmiştir.

Anayasanın değiştirilme sürecine ilişkin eleştirilere rağmen Geçici 15. Maddenin 3. fıkrasının iptali; 1982 Anayasası'nın 2. Maddesindeki “hukuk devleti” ve 11. Maddesindeki “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” ilkelerine ters düşen bir hükmün ortadan kalkmasını sağlamıştır. Aynı şekilde 36. Madde yer alan hak arama hürriyetinin kapsamını da genişletmektedir. Yapılan bu olumlu değişiklik ile 12 Eylül dönemine ait ele aldığımız 2942 sayılı yasanın 38. maddesi gibi bazı düzenlemelere ilişkin anayasa yargısı yolu açılmış olmaktadır.

## **C- ANAYASA MAHKEMESİ KARARIYLA KAMULAŞTIRMA KANUNU MADDE 38'İN İPTAL SÜRECİ**

Anayasanın Geçici 15. maddesinin son fıkrasının 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile iptal edilmesinden sonra Şereflikoçhisar Asliye 1. Hukuk, Ürgüp Asliye Hukuk, Siirt Asliye Hukuk ve İskenderun Asliye 1. Hukuk Mahkemeleri; 2942 sayılı yasanın 38. maddesinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 35., 36., 40., 46., ve 125. maddeleriyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 nolu Protokol'ünün

29 İbrahim Ö. Kabaoğlu; 2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye, (çevrimiçi) [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf), 26.08.2010, s.5



1. maddesine aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuşlardır.<sup>30</sup> Anayasa Mahkemesi esas incelemesinde Kamulaştırma Kanunun 38. maddesinin, Anayasanın 35. maddesindeki mülkiyet hakkı ile ilgili düzenlemeye aykırı olduğunu bu madde ile mülkiyet hakkının temel insan hakkı olarak korunduğunu ve Anayasanın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin hükme ve Anayasanın 46. maddesine, “yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum” olduğundan aykırı olduğunu belirtmiş ve özellikle mülkiyet hakkının zaman ötesi bir hak olup bu hakkın zaman aşımına uğratılamayacağını vurgulamıştır. Ayrıca “devletin veya bir kamu tüzel kişinin kamulaştırma işlemi olmaksızın temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına keyfi bir şekilde el konularak bireylerin sahip oldukları taşınmazları üzerinde özgürce tasarruf etmelerinin engellenmesi ve yirmi yıl sonunda dava hakkı da tanınmayarak, mülkiyet haklarının ellerinden alınması hukuk devleti ilkesine aykırıdır” ifadesini kullanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ek 1 nolu protokolün 1. maddesindeki “ Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslar arası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.” şeklindeki ifadeye yer vermiş, nitekim bu kural uyarınca AİHM'nin önüne gelen değişik davalarda kamulaştırmasız el koymanın mülkiyet hakkına aykırı bulunduğu da belirtilerek iptal kararının gerekçesinde AİHM'nin kamulaştırmasız el koymayı mülkiyet hakkı ihlali olarak kabul ettiği Papamichalopolus-Yunanistan, Corbonare and Venture-İtalya, Belvedere Alberghiera S.R.L-İtalya davalarında Yunan deniz kuvvetleri ile İtalyan Belediyelerinin Kamulaştırmasız el atmaya ilişkin eylemlerinin mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirildiği açıkça belirtilmiştir.<sup>31</sup> Anayasa Mahkemesi belirtilen gerekçelerle Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş, iptal kararı 04.11.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece bir hukuk ayıbı, gecikilmesindeki ayıbı ile beraber ortadan kalkmıştır.

30 Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.04.2003 tarih, 2002/112 E. ve 2003/33 K., Resmi Gazete tarih 4.11.2003, sayı: 2003/25279

31 Emel Karabağ, a.g.m., s.7



## **D- KAMULAŞTIRMA KANUNU GEÇİCİ MADDE 6'NIN DEĞİŞİKLİK SÜRECİ**

Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararının 4.11.2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanıp yürürlüğe girmesinin ardından ortaya çıkan içtihat farklılığının giderilmesi gerekmektedir.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezliğinin Anayasa'nın 153. maddesinin beşinci fıkrasında belirtilmiş olduğunu vurgulamak gerekecektir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu kararında da “Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümemesi asıldır. Bu bakımdan idari yargıdaki iptal kararları beyan edici, açıklayıcı olduğu halde Türk Anayasa Yargısındaki iptal kararları genelde kurucu (inşai) niteliktedir.” denmektedir.<sup>32</sup>

Uygulamada karşılaşılan sorunları gidermek adına, taşınmazlara kamulaştırmatsız el atmadan kaynaklanan sorunla ilgili, yirmi yıllık hak düşürücü süreye ilişkin maddenin de iptali ile 30.Haziran.2010 tarihli Resmi Gazetede yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na Geçici Madde 6 eklenmiştir. İlgili maddenin genel gerekçesinde “Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten sonra ve önceki yirmi yıl içinde taşınmazlarına kamulaştırmatsız elkonulanların dava açmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak, yirmi yıllık dava açma süresinin geçmiş olması sebebiyle artık dava açılmayacağı yolundaki içtihat sebebiyle, söz konusu iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten önceki yirmi yıldan daha önce taşınmazlarına kamulaştırmatsız el konulanlar ye hak düşürücü süre sebebiyle dava açamayacaklar veya açacakları davalar hak düşürücü süre sebebiyle reddedilebilecektir. Bu nedenle 4.11.1983 tarihinden önce taşınmazlarına kamulaştırmatsız el konulanların hak ve durumlarının düzenlenmesi gerektiğini” belirtmiştir.

Geçici madde 6'nın ilgili genel gerekçesinde sorun ortaya konulmuş ve gerekçede “bu sebepler neticesinde bir taraftan yirmi yıllık dava açma süresini geçirmiş olmaları sebebiyle artık kamulaştırmatsız elkoyma sebebiyle dava açamayan ve böylece hiçbir bedel ödenmeden mülkiyet hakları ellerinden alınanların mağduriyetini gidermek, tazminat ödenmesini objektif esaslara bağlamak; diğer taraftan da idarenin muhatap olacağı ihtilâfları en aza indirmek ve idarenin malî sıkıntıya düşmesini mümkün olduğunca önlemek maksadıyla kamulaştırmatsız elkoyma sebebiyle talep edilebilecek olan tazminatın dava

32 Yargıtay HGK Kararı,25.05.2005 gün ve 2005/5-288 E., 2005/352 K.

açmaya gerek olmaksızın uzlaşma yoluyla ödenebilmesini, uzlaşma temin edilemeyen hâllerde dava yoluna gidilebileceğini ve süre sebebiyle dava hakkının düşmesi söz konusu olanlar hakkında da aynı şekilde işlemde bulunulabilmesini öngören bu Kanun Tasarısı hazırlanmıştır.” ifadesine yer verilmiştir.

Geçici 6. Maddenin madde gerekçesinde, genel gerekçelerdeki durum göz önüne alınarak hangi yollarla çözüm getirileceği belirtilmiştir. Madde metninden ve madde gerekçesinden anlaşıldığı üzere üç temel durum söz konusudur. Şöyle ki;

“Öncelikle madde metninde de belirtildiği üzere uzlaşma yoluna başvurmak esastır. Uzlaşma yoluna başvurulmaksızın dava açılmayacaktır.

1- 4/11/1983 tarihinden önce taşınmazlarına kamulaştırmasız elkonulanlardan henüz dava açmamış olanlar, uzlaşma talebinde bulunabilecek ve uzlaşma temin edilemediği takdirde dava yoluna giderek hak arayabileceklerdir.

2- 4/11/1983 tarihinden önce taşınmazlarına kamulaştırmasız elkonulanlardan dava açmış olup da hak düşürücü sürenin geçmiş olduğu gerekçesiyle davaları reddedilmiş olanlar, hukuk devleti ve adalet ilkeleri gözetilerek Kamulaştırma Kanununun 38 inci maddesinin iptal edilmesinden önce yirmi yıllık dava açma süresi içinde dava açılmaması sebebiyle dava açma hakkı düştüğü kabul edilenlerin de mağduriyetini gidermek üzere; açtıkları tazminat davası sadece süre yönünden dava açma hakkının düştüğü gerekçesiyle reddedilmiş olanlar için de madde hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür.

3- Maddenin beşinci fıkrasında ise 4/11/1983 tarihinden önce gerçekleşen kamulaştırmasız elkoymadan dolayı tazmin talebiyle dava açmış olanlara da uzlaşma yoluyla haklarına kavuşma imkânı sağlamak üzere, isterlerse bu maddeye göre uzlaşma yoluna gitmeyi talep edebilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu fıkra göre, davacı, maddede öngörülen uzlaşma yoluna gitmeme tercihini bildirdiği takdirde davası normal seyrinde devam edecek; böyle bir tercih ve irade beyan edilmez ise davacının söz konusu tercihi kullanabileceği ihtimali gözetilerek dava bir yıl süre için bekletilecektir. Davacının uzlaşma talebi hâlinde, uzlaşma neticesine kadar davanın bekletileceği ve uzlaşılabilmesi hâlinde, uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasından sonra davaya devam edileceği de hüküm altına alınmıştır.”

#### **E- KAMULAŞTIRMA KANUNU 38. MADDENİN ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTALİNDEN SONRA UYGULAMA OLANAĞI KALMAMA ÖZELLİĞİ**

Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuk sahasında oluşturduğu etkisini Anayasa madde 153'te görmekteyiz. Bu hükme göre, anayasa Mahkemesi kararları kesindir, istisnası dışında iptal kararlarının Resmi gazete'de yayımlandığında yürürlükten kalkar, iptal kararları geriye yürümez (Anayasa Mahkemesi HGK Kararı, 2005/5-288 E., 2005/352 K.) ve Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme, yargı organlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.

Kamulaştırma Kanunu 38. madde Anayasa Mahkemesi'nin 10.04.2003 tarih, 2002/112 E. ve 2003/33 K., sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve kesin oluşu dikkate alındığında 38. Maddenin Anayasa Mahkemesi kararından sonra uygulama alanı ortadan kalkmıştır.

Bu sonuçla daha önce ( ve fakat Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe girmesinden itibaren geriye doğru yirmi yıldan sonra) kamulaştırmaz elatma fiiline muhatap olan özel hukuk kişilerinin bu fiile dayalı dava açma hakları artık taşınmaza el koyma tarihinden itibaren artık yirmi yılın geçmesi ile düşmeyecektir. Hemen beliriveren ilke mülkiyet hakkının hak düşürücü süre ve zamanaşımı sürelerine tabi olmamasıdır.

## **V- GEÇİCİ MADDE 6'YA İLİŞKİN KOŞULLAR**

### **A- MADDİ KOŞULLAR**

#### **1- 5999 Sayılı Kanun Değişikliğinin Konusu Kamulaştırmaz El Atma Eylemidir.**

5999 sayılı Kamulaştırma Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa geçici 6. Maddeyi eklemiştir. Maddenin başlığı da “Kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazmin” olarak ifade edilmiş madde metninde de birinci fıkrada kamulaştırmaz el atmanın unsurları sayarak düzenlemenin konusu tamamen kamulaştırmaz el atma eylemine ilişkindir.

Geçici Madde 6: “Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle....” demek suretiyle haksız elatmaya dayalı fiille özel hukuk kişilerine ait taşınmazlara yönelik haksız fiillerin tazmini amacı güdülmüştür.

#### **2- 5999 Sayılı Kanun Kapsamında Kamulaştırmaz El Atma Konusu Taşınmazlara Belirli Tarihler Arasında El Atılmış Olmalıdır.**

Kamulaştırmaz el atma fiilini incelerken elimizde üç adet önemli tarih

aralığı mevcuttur. Bunlardan ilki 221 sayılı yasanın uygulama alanını belirleyen 09.10.1956, ikincisi 38. maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinin yürürlüğe girdiği 04.11.2003 tarih ve

iptal kararından geriye doğru yirmi yıl gidilmek suretiyle vurgulanan 04.11.1983 tarihidir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere geçici 6. maddeye dayalı düzenleme 09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihi arasında oluşmuş kamulaştırmasız el atma fiillerine ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi kararının 2003 tarihinde Resmi Gazete'de yürürlüğe girmesiyle birlikte iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi sonucu iki farklı kişi grubu oluştu. Buna göre, 04.11.2003 tarihinden önce kamulaştırmasız el atma tarihinden itibaren yirmi yıllık sürenin dolmasıyla birlikte kendiliğinden (ipso jure) aynı hakkın dava açma hakkının düşmesiyle birlikte idareye aslen iktisap sağlayan ediminin gerçekleştiği durumlarda bu kişilerin artık kamulaştırmasız elatmadan dolayı dava hakkı bulunmamaktaydı. Eşdeyişle bu kişilerin aleyhine kamulaştırmasız elatma fiili (el koyma) 4.11.1983 tarihinden önce tamamlanmış olmakla sonrasında geçen yirmi yıl ile dava hakları düşmekteydi. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi kararının 4.11.2003 tarihinden önceye yönelik geçmişe yürürlü olmaması olgusunda anılan yirmi yıllık sürenin bu tarihten önce dolmadığı durumlarda, ki Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girdiği tarihten bir gün sonra dolacak olsa bile Kamulaştırma Kanunu madde 38'e dayalı hak düşürücü süreye dayalı dava açamamalarındaki engel ortadan kalkmakla hiçbir süreye bağlı olmadan yukarıda ilgili başlıkta andığımız kamulaştırmasız el atmaya yönelik tüm davaları açabileceklerinde kuşku ve duraksamaya yer yoktur.

Şimdi bu durumda 221 sayılı yasanın düzenleme konusu hükme bağladığı 9.10.1956 tarihinden önce gerçekleşmiş kamulaştırmasız el atmaları tasfiye ettiğine göre ortada devletin kamulaştırmasız el atma ayıbına uğramış mağdur kişiler 9.10.1956.11.1983 tarihinde kamulaştırmasız el atma fiilinin taşınmaza el koymakla oluşarak tamamlanmış olduğu taşınmaz aynı hak sahipleridir. İşte 5999 sayılı yasanın geçici 6. maddesi bu dönemdeki kamulaştırmasız el atma fiili konusu taşınmazların aynı hak sahibi gerçek ve tüzel kişi maliklerinin Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile dahi giderilememiş mağduriyetini önleme amaçlıdır.

9.10.1956 4.11.1983 4.11.2003

|                                                    |                                                                                                                                                       |                                      |
|----------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------|
| 221 sayılı Yasa gereği<br>Kam. Kan.                | Bu süreçte kamulaştırmasız el atma fiili tamamlanmış olmakla                                                                                          | Bu süreçte el konulan taşınmazların  |
| kamulaştırılmış sayılma<br>20 yıllık hak           | (Anayasa Mahkemesinin iptal kararının geriye yürüdüğü en son                                                                                          | madde 38 ile hak kaybına yol açan    |
| sonucu bu Kanun hükümleri<br>iptal kararı sonucu   | tarihten önce) kamulaştırmamasız el atmaya dayalı mağdur kişilerin                                                                                    | düşürücü sürenin 4.11.2003 tarihli   |
| ile tasfiye edilmiş olmaları<br>kalkmasından sonra | dava açma hakları Anayasa Mahkemesi iptal kararından önce hak                                                                                         | Kam. Kan. m.38 hükmü ortadan         |
| nedeni ile herhangi bir<br>mülkiyet haklarının     | düşürücü süre ile düştüğü ve idare lehine kendiliğinden (ipso iure)                                                                                   | dolduğu ve hüküm iptal edildiği için |
| hakları kalmamıştır<br>tabi olmama gereği          | tescilsiz kazanım olgusunun gerçekleşmesi sonucu dava hakkı                                                                                           | hak düşürücü süre ve zamanasına      |
| diledikleri zaman dava                             | hukukten korunmasız kalmıştır. İşte Yasanın düzenlenme amacı                                                                                          | ilkesi artık iptal karardan sonra    |
| bulunmamaktadır.                                   | (ratio legis) karşısında iptal kararının geriye yürümezliği karşısında                                                                                | açma haklarına engel                 |
|                                                    | taşınmaz mülkiyetinin idareye geçmiş olmasının yarattığı mağduriyetin<br>önlenebilmesi sonucu bu tasfiye hükmünde düzenleme son derece<br>Yerindedir. |                                      |

(EK 1)

### **3-Daha Önce Kamulaştırmasız El Atma Eyleminden Ötörü Tazminata Hak Kazanılmış Veya Davası Hak Düşürücü Süre Dışında Nedenlerle Reddedilmiş Olmalıdır.**

Anılan Yasanın değişik Geçici 6. maddesinin 8. Fıkrası hükmünce “*Evvelce açtıkları davalar sonunda tazminat almaya hak kazanmış veya süre dışındaki sebeplerden dolayı davaları reddedilmiş olanlar hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz*” kuralı getirilmiştir. Haklı olarak tazminatla kimse zenginleştirilemez şeklindeki temel hukuk ilkesince bu nedenle hak sahibi olunmayacağı tartışmasızdır. Burada tazminata hak kazanma kavramını Türk Yargı Sisteminde Kesin Hükümle Tazminata Hak Kazanmış Olma ve AİHM'ne göre Hak Kazanmış olmak üzere iki başlık altında incelemek gerekecektir. AİHM'e göre tazminata hak kazanmış olma ise zararın tamamıyla tazmin edilmiş olması ve muhakemenin iadesi yoluyla Türk yargı sisteminde zararın tazmin edilmiş olması olarak ayrılmaktadır.

Buna karşılık açtığı dava hak düşürücü süre nedeni ile reddedilmiş olanlar için kesin hükümden söz edilmeyecektir. Şöyle ki; dava açtığı tarihte Kamulaştırma Kanunu m. 38 hükmünce 20 yıllık hak düşürücü süre geçmiş olması olgusunda hak düşürücü sürenin itiraz oluşturması sonucu bedele dönüştürme veya haksız saldırının önlenmesi davası reddedilmiş olanlar yasa değişikliğinin düzenleme amacı içinde kalmakla talepte bulunabileceklerdir. Özel mülkiyete elverişli olmayan kıyı, orman, kültür ve tabiat varlıkları arazilerinde yolsuz kadastro tesciline dayalı dava kesin hükümle reddedilenler hakkında yasa değişikliğinin taşınmazlarına ilişkin haklarının zaten mevcut olmadığı kesin hükme konu olmakla yeniden gündeme getirmeyeceği de tartışmasızdır.

### **B- ŞEKLİ KOŞULLAR**

#### **1- Müracaat**

##### **a- Müracaat Yazılı Olmalıdır.**

Geçici madde 6 hükmünün ikinci fıkrasından da anlaşılabacağı üzere müracaatını yazılı olması gerekmektedir. Çünkü, müracaat edilen tarih baz alınarak değer biçilmesi ve diğer işlemlerin süreleri hesaplanacaktır. Ayrıca hukuk sistemimizin yazılılık esasına dayanması da bunun bir sonucudur.

##### **b- Müracaat Hak Düşürücü Süreye Bağlanmamıştır.**

09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmasız el atmalara ilişkin malikin tazminat talebine yönelik müracaatı önceki düzenleme

de olduğu gibi 20 yıllık veya daha farklı bir hak düşürücü süreye bağlanmamıştır. Her hangi bir süreye bağlanmamış olması mülkiyet hakkının varlığının korunmasının doğal bir sonucudur.

**c- Müracaat İlgili İdareye Yapılmalıdır.**

**aa- İlgili idare kamulaştırmaz el atmaya konu olan kamu hizmetine göre belirlenir.**

Kamulaştırmaz el atmanın bir koşulu da değinildiği gibi idarenin özel mülkiyette olan bir taşınmaza kamu hizmeti sebebiyle el atmasıdır. Bu noktada zararın karşılanması için talep idareden istenmektedir. Burada önemli olan nokta hangi idareye yönelineceğidir. Eğer taşınmaza el atan idare ile kamu hizmetini yürüten idare aynı ise bir problem yok karşımızda tek bir idare söz konusudur; ancak taşınmaza el atan idare ve kamu hizmetini yürüten idare farklı idari birimler ise karşımıza iki idare çıkar ve hangisine müracaat edeceğimiz önem arz eder.

Yargıtay bu konuda farklı görüşler benimserken, Hukuk Genel Kurulu 1976 tarihli kararlarında, “ Bedelin, yolu yapan idareden değil, yolun sahibi olan kuruluştan istenmesi gerektiğini belirtmiştir.” Bu görüşünü destekleyen ikinci kararında da “ el atılan yeri mülkiyetine geçiren tüzel kişilik aleyhine açılması gerektiğine kara vermiştir.”<sup>33</sup> Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, müracaat edilecek ilgili idare, kamu hizmetini yürüten idare olarak belirlenecektir.

**bb- İlgili idare Kamulaştırma Kanunu madde 5 hükmüne göre saptanmalıdır.**

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu Madde 5'te kamu yararı kararı verecek kurumlar sayılmaktadır. Kamulaştırmaz el atmadan söz edebilmemiz için ortada bir kamu yararı kararının olması gerektiğini belirtmiştik. Bu nedenle kanuna göre kamu yararı kararı verecek merciler dışındaki idareler, kamu yararı kararı almış olsalar dahi kanun gereği kamu yararı kararı almış sayılamayacakları için sakat idari işlem kamulaştırmaz el atma fiilinin niteliği değişmeyecektir. Bu sebeple müracaat yapılacak ilgili idare belirlenirken 5. madde hükmünce taşınmazın orta malı veya hizmet malı niteliğinde fiili özgülenmesi ve o kamu hizmetinin görülmesi kimin hukuki sahasını ilgilendiriyor ise bu kanun hükümleri açısından kamulaştırmaz el atma da ilgili idare haksız fiil muhatabı -kabul etmese de - sayılacaktır.

**2- Müracaat Üzerine İdarece Yapılacak Şekli Koşullar**

33 Ali Arcak; *Kamulaştırmaz El Koyma ve Yeni Hükümler*; 2. Bastı, Ankara, 1987, s.59

Bu başlık altında Yasa hükümleri incelendiğinde, geçerli bir kamulaştırma işlemi yapılsa idi uyulması gereken usuli işlemlerden yararlanıldığı görülmektedir. Bu yönde Kamulaştırma Kanunu m.8 ve diğer ilgili maddelerden de yararlanıldığı görülmektedir. Makalenin amacını aşacağı için bu konuları yalnızca belirtmekle yetinip ayrıntılı açıklamalarda bulunmaktan kaçınıyoruz.

#### **a- Komisyonlar Kurulması**

##### **aa- Kıymet takdiri komisyonu**

Düzenlemenin ikinci fıkrasına göre kişinin ilgili idareye tazminat müracaatı üzere, fiilen el konulan taşınmazın değerini belirlemek için Kamulaştırma Kanunu'nun 8/2. maddesine göre idarenin bünyesinde kıymet takdir komisyonu kurulur.

##### **bb- Uzlaşma komisyonu**

Oluşturulan kıymet takdiri komisyonunca taşınmazın değeri belirlendikten sonra, kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazmin talebiyle idareye çok sayıda müracaatların olabileceği ve açılması muhtemel davalar neticesinde idarelerin mali yönden zora düşebilecekleri ihtimali gözetilerek, nakden veya bazı hakların tanınması suretiyle tazmin konusunda uzlaşmaya varılabilmesine imkan tanımıştır gerekçesiyle, yine Kamulaştırma Kanunu'nun 8/3. maddesine göre idarenin bünyesinde uzlaşma komisyonu kurulması öngörülmüştür.

##### **b- Bedel tespiti**

5999 sayılı yasa ile getirilmiş olan düzenlemenin madde gerekçesinde bedel tespitinin kıymet takdir komisyonunca yapılacağı ve el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının tahmini değerinin tespit edileceği ve bu tespit yapılırken de fiilen elkoymanın çok uzun zaman önce yapılmış olabileceği, elkonulan taşınmazın o tarihteki niteliği ile ödemenin yapılacağı tarihteki niteliğinde farklılıklar bulunabileceği ve elkoymadan sonra yapılan imar hizmetleri ile diğer kamu hizmetleri sebebiyle taşınmazın değerinde çok fazla bir artış meydana gelmiş olabileceği hususları gözetilerek taşınmazın tazmin talebinde bulunulan tarihteki niteliği yerine elkoyma tarihindeki niteliğinin esas alınması ve böylece denkleştirmeye gidilmek suretiyle, tazmin talebinde bulunulan tarih itibarıyla değer tespiti yapılacağı belirtilmiştir. Ayrıca, kamulaştırmaz elkoyma sebebiyle elkoyma tarihinden itibaren söz konusu taşınmazdan malikin faydalanmamış olduğu da gözetilerek, tespit edilen bu değere, elkoyma tarihinden itibaren her yıl için



gerçekleşen yıllık enflasyon oranında ilavede bulunulması gerektiği ve bu suretle de bir denkleştirmede bulunacağı öngörülmüştür. Hali hazırda madde metninde de bu niteliklerin Kamulaştırma Kanunu 11. ve 12. maddelerine göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

**c- Uzlaşma Görüşmelerine Davet Usulü**

**aa- Uzlaşma görüşmelerine davet yazılı olmalıdır.**

Taşınmazın tahmini değeri tespit edildikten sonra yazılı yapılan müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde talep sahibini, Kanunun 8. maddesine göre belirlenen uzlaşma komisyonu uzlaşma görüşmelerine davet eder. Hukukumuzda yazılı usulün geçerliliği ve ispat aracı olarak kullanılması göz önüne alındığında ve ayrıca geçici madde 6/2 hükmünce uzlaşma görüşmelerine davet yazılı yapılacaktır.

**bb- Uzlaşma görüşmelerine davet tebligat usulünce yapılmalıdır.**

Geçici madde 6 düzenlemesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere yazılı olan uzlaşma görüşmelerine davetin usulü 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır.

**cc- Uzlaşma görüşmelerine davette tahmini bedel belirtilmemelidir.**

Uzlaşma görüşmelerine davete ilişkin yapılan düzenlemede yapılacak olan davette kıymet takdiri komisyonunca belirlenen tahmini değer taleb sahibine bildirilmeyeceği belirtilmiştir. 4650 sayılı yasa değişikliği ile Kamulaştırma Kanunu m.8/IV fıkraya girmiş olan tahmini bedeli kamulaştırma muhatabına bildirmeme yolundaki emredici hüküm eleştiriye açıktır. Devletin, entrik zeka ile işlem yapmayacağı kabulüne dayalı olarak uzlaşma görüşmelerinden sonuç almak isteyen idarenin “ben bedeli bildirmeyeyim, belki de saf vatandaşım daha düşük bedele razı olur” düşüncesinin kabul edilebilir yanı yoktur.

**3- Kamulaştırmaz El Atma Muhatabı Uzlaşma Görüşmelerine İcabet Etmelidir.**

**a- Olumlu Başvuru (İcabet) Yazılı Olmalıdır.**

Kamulaştırma Kanununda yapılan değişiklikle uzlaşma komisyonu karşı tarafı uzlaşmaya davet edecektir. Bu davet üzerine bahsettiğimiz talep sahibi davete icabet ederse bunu yazılı şekilde belirtecektir. Davet usulünün Tebligat Kanununa göre yapılacağı düzenlemede açıkça belirtilmiş olmasına rağmen davete icabetin usulü açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenledir ki, davetin yazılı olması gibi icabette yazılı olmalıdır ki başlayacak sürelerde karışıklık olmamalıdır.

**b- İcabete Davet İçin Düşünme ve Karar Verme Süresi  
Getirilmemiştir.**

5999 sayılı yasa ile getirilen değişikliğe ilişkin düzenleme ayrıntılı bir düzenlemedir. Komisyonların kurulacağı, hangi maddelere bakılacağı ve sürelerin neler olacağı ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir. Ancak davet üzerine icabet eden hak sahibinin bu davete ne kadar süre içinde icabet edeceği madde hükmünde belirtilmemiştir. Madde metninde uzlaşma görüşmelerinin davete icabet tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılacağı idareyi bağlayıcı yetki ile yükümlü kılmaktadır. belirtilmiştir lakin icabetin ne zaman olacağına dair bir hüküm konulmamıştır. Bu nedenledir ki, talep sahibinin süresiz bu hakka sahip olduğu anlaşılmalıdır. Bu sonuç yerindedir; çünkü mülkiyet hakların hak düşüncesi süreye tabi olamaması ilkesinin gereği bu konuda süre getirilmesini anlamsız kılacaktır.

Geçici madde 6 düzenlemesinin içeriğine bakıldığında Kamulaştırma Kanunun diğer maddelerine hangi hallerde atıf yapılacağı açıkça düzenlenmiştir.. Kamulaştırma Kanunu 8/5 maddesinde belirtilen “15 günlük” süre; geçici madde 6 düzenlemesinde açıkça belirtilmediğinden ve burada hak sahibinin özellik arz eden (özel norma dayalı) bir başvurusu olduğundan Kamulaştırma Kanunu madde 8'deki süre uygulaması bu konuda kıyasen uygulanmayacaktır.

**VI- KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA MUHATABININ  
MAĞDURİYETİNİN GİDERİLMESİ**

**A- UZLAŞMASONUCU MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ**

**1- Uzlaşma Görüşmelerinin Olumlu Sonuçlanması**

Uzlaşma komisyonunca yapılan davete icabet eden talep sahibi ile idare arasında karşılıklı anlaşarak uzlaşma görüşmeleri olumlu sonuçlanabilmektedir. Asıl talep edilen de bu durumun oluşmasıdır. Getirilen düzenlemeye göre; uzlaşmaya varılması halinde, üzerinde uzlaşılan hakkın türünü, tanınma şart ve usullerini, nakdi ödemede bulunulacak ise miktarını ve ödeme şartları ile taşınmazların tesciline veya terkine dair muvafakati de ihtiva eden bir sözleşme akdedilerek bu sözleşme çerçevesinde işlem yapılır ve uzlaşma konusu taşınmazlar resen tapuya tescil veya terkin edilir.

**2- Uzlaşma Görüşmeleri Sonucu Mağduriyetin Giderilme Yolları**

5999 sayılı yasa ile Kamulaştırma Kanununa getirilen düzenlemede uzlaşma görüşmeleri sonucu mağduriyetin giderilme yolları şunlardır:

- Nakdi ödeme,
- İdareye ait taşınmazın trampası,
- İdareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması,
- İdareye ait taşınmaz üzerinde imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması.

### **3- Uzlaşmanın Kesinleşmesi Üzerine Yapılacak İşlemler**

Geçici madde 6 hükmünün düzenlemesinde; uzlaşmaya varılması halinde, üzerinde uzlaşılan hakkın türünü, tanınma şart ve usullerini, nakdi ödemede bulunulacak ise miktarını ve ödeme şartları ile taşınmazların tesciline veya terkinine dair muvafakati de ihtiva eden bir sözleşme akdedilerek bu sözleşme çerçevesinde işlem yapılır ve uzlaşma konusu taşınmazlar resen tapuya tescil veya terkin edilir. Bu hüküm Kamulaştırma Kanunu m. 8'de 4650 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten daha doğrudur. Çünkü; Kamulaştırma Kanunu'nun 8. Maddesi 5. Fıkrasında yer alan uzlaşma tutanağı, MK m.706 anlamda şekil şartını yerine getirmemekte, tarafların tapuda işlem yapma yolunda temennisi niteliğindedir. Eş deyişle kamulaştırma muhatabına müeyyidesi bağlayıcılık oluşturmayan niteliği ile tapuda ferağ vermekten imtina hakkı sağlamaktadır. Kamulaştırma Kanunu m.10/1. Fıkra ilk cümlesi ile de bu sonuç tartışmasızdır. Oysa, resmi memurun iştiraki ile gerçekleşen tutanak M.K. m. 705/II fıkrasında açıkça tescilsiz edinim sebebi olarak sayılmakla kamulaştırmaya vücut vermekle idareye tek taraflı olarak MK 1013/son fıkra hükmünce tutanağı tapuya ibraz ile adına tescile vücut vermeliydi. Bu yöndeki hata 5999 sayılı Yasa ile tekrar edilmemiş, geçici 6/V fıkra ile idare adına tescilin re'sen gerçekleştirileceği yolunda hüküm konulmuştur. Sonuç olarak; bu hüküm ile Kamulaştırma Kanunu 8. Madde esaslarından ayrılınması başarılı olmuştur.

#### **a- Kamulaştırmasız El Atma Muhatabına İfanın Gerçekleşmesi**

##### **aa- Tazminat bedelinin nakden ödenmesi**

Uzlaşma görüşmeleri olumlu sonuçlanıp uzlaşmanın nakdi ödeme şeklinde olacağı kesinleştikten sonra yeni gelen düzenlemeye göre; uzlaşılan nakdi tazminat bedeli, bütçe imkanları dahilinde, sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitli olarak da ödenebilir. Taksitli ödeme süresince, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir.

#### **bb- Diğer Bir Şekilde İfta (İfa yerini tutan edim veya ifa uğruna edim)**

5999 sayılı Yasa ile getirilen geçici 6. Maddenin 3. Fıkrası “*Uzlaşma; nakdi ödeme, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı*

*ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle yapılabilir. ”* hükmü getirilmiştir. Bu hüküm Kamulaştırma Kanunu m. 8/VII fıkra hükmü ve 26. Maddenin yorumu ile değerlendirmek gerekecektir. Ancak, söz konusu geçici IV. Fıkrası daha geniş bir olanak tanımaktadır. Şöyle ki; idareye ait bir taşınmazda sınırlı ayni hak tanınması ile başka bir yerde imar hakkı kullandırılması farklı seçeneklerdir.

Öncelikle nakden tazmin yerine başka bir şey verilmesi Roma Hukuku temelli borçlar öğretisine yabancı değildir. İfa yerini tutan edim (daito in solutum) ile ifa uğruna edim (datio solitionis) olanakları alacaklının kabulüne dayalı olarak borçluya tanınmıştır. Bu nedenle maddi tazminat yerine başka bir taşınmaz verilmesi daha önce kamulaştırmасız el konulan taşınmazın karşılığı (sygnallamatik) olmadığı için artık trampa olmamasına rağmen trampa diye adlandırılmıştır. Ancak bu konuda trampa ile ilgili olarak Kamulaştırma Kanunu m.26 hükmünü kıyasen uygulanacağı için bu tartışma teorik olmaktan öteye gidemeyecektir.

Öte yandan nakden tazminat yerine sınırlı ayni hak tanınması “ Kamu taşınmazlarının idaresi hakkında yönetmelik hükümlerine tabi” medeni hukuk işlemlerine konu olarak milli parklar kanununca intifa veya üst hakkı gibi irtifaklar sınırlı ayni hak örnekleri olarak karşımıza çıkabilecektir.

Bu başlık altında “ başka yerde imar hakkı kullandırılması” tabiri hukuki bir tabir olmaktan uzaktır. Şöyle ki; karşımızda özel hukuk ilişkisi bulunmakta ve muhatabına bu yolla tanınacak hak ayni hak söz konusu olacaktır. Bu nedenle nakdi tazmin yerine verilecek imar hakkı, imar parseli üzerinde bir yapı/tesis inşa etme hakkı verecekse,böyle bir hak taşınmazla ilinti kurulmaksızın ( paylı mülkiyet veya bağımsız parsel mülkiyeti verilmesi ya da üst hakkı veya diğer bir ayni hak kurulmaksızın) söz konusu edilemeyecektir. Bu da yasal anlamında trampadan ya da isimsiz sözleşmeye dayalı ayni hak tesisinden başka bir şey değildir. Bu tür maddi hukuk ilkelerinden uzak özel hukuka yabancı terimler yaratılmasını doğru bulmadığımızı belirtmek isteriz. Bu yasada trampa yerine takas denmesini dahi başarı olarak görüyoruz. Ancak MK 1000 anlamında birleştirme tabiri var iken toplulaştırma ve bu yasadaki gibi imar haklarının kullandırılması gibi tabirler kabul edilemez niteliktedir.

Trampa ile ilgili olarak denklik bedeli söz konusu olduğundan, idarece önerilen taşınmazın artık ifa yerini tutan değil ifa uğruna edim olarak teklife konu olacağı açıktır. Denklik parası kamulaştırma m.26 hükmün kıyasen uygulanması ile karşılıklı değerler arası miktar yüzde yirmiye aşamayacaktır.

Kamulaştırma Kanunu madde 26 gereğince; mal sahibinin kabul etmesi halinde kamulaştırma bedeli yerine, idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş olan taşınmaz mallarından, bu bedeli kısmen veya tamamen karşılayacak miktarı verilebilir.

Kamulaştırma bedeli yerine verilecek taşınmaz malın değeri, idarenin ihale komisyonunca yoksa bu amaçla kuracağı bir komisyonca tespit edilir. Taşınmaz mal bedelleri arasındaki fark taraflarca nakit olarak karşılanır. Ancak idarenin vereceği taşınmaz malın değeri, kamulaştırma bedelinin yüzde yüzüymüsünü aşamaz.

### **b- Kamulaştırmaz El Atılan Taşınmazın İdareye Devri**

#### **aa- Tescile tabi taşınmazın devri**

Kamulaştırmaz el atılan taşınmazın idareye devri hususunda öncelikle Medeni Kanun 998. maddesinde sayılan tapuya kaydedilemeyecek taşınmazların iradi yolla devri esaslarından farklı olarak taşınmazın idare adına devri re'sen gerçekleştirilecektir.

#### **bb- Tescile tabi olmayan taşınmazların terkinini (MK 999)**

Medeni Kanun 999. maddesine göre tescile tabi olmayan taşınmazların terkinini şu şekilde düzenlenmiştir: “Özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynî hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz. Tapuya kayıtlı bir taşınmaz, kayda tâbi olmayan bir taşınmaza dönüşürse, tapu sicilinden çıkarılır.” Çıkarılma tapuya kaydın terkinini olarak ifade edilmiştir. Buna göre tapuya kayıtlı olmayan taşınmazın Kadastro Kanunu m.14 hükmüne ve MK 713/V. Fıkrasına dayalı mülkiyet haklarında kamulaştırmaz el atma konusu olacaktır.

Medeni Kanun uyarınca tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz malların tescili ve zilyedin haklarına ilişkin olarak Kamulaştırma Kanunu 19. madde hükümleri çerçevesinde kamulaştırmaya konu olmasında tescile tabi olmayan taşınmaz malların terkinini aynı şekilde idare lehine yapılır. Sonuçta daha önce kadastro sonucu tapuya kaydı gerekmeyen ve fakat özel mülkiyet konusu taşınmazın zaten tapuda kayıtlı olmaması nedeni ile tapuda yapılabilecek işlemi yoktur.

### **B- 5999 SAYILI YASA KONUSU MAĞDURİYETİN DAVA YOLUYLA GİDERİLMESİ**

#### **1- Mağduriyet Ancak Tazminat Davası Yoluyla Giderilebilecektir.**

5999 sayılı yasa ile Kamulaştırma Kanununa getirilen düzenleme ile

idareyle malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği veya talep sahibinin tazminat müracaatının üzerinden en geç altı ay içerisinde uzlaşma görüşmelerine davet edilmemişse bu sürenin sona erdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde malik tarafından sadece tazminat davası açılabileceği belirtilmiştir. Düzenleme başka bir dava hakkının tanınamaktadır.

Geçici madde 6'nın tazminata ilişkin hükümleri;

- Uzlaşma sağlanamadığı takdirde uygulanır.
- Vuku bulduğu tarih itibari ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmasız el koymadan dolayı açtıkları tazminat davası süre bakımından dava hakkının düştüğü gerekçesiyle reddedilmiş olanlar hakkında da uygulanır.
- Evvelce açtıkları davalar sonunda tazminat almaya hak kazanmış veya süre dışındaki sebeplerden dolayı davaları reddedilmiş olanlar hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz.

Bu bağlamda, gerek iç hukuka gerekse milletlerarası hukuka göre evvelce açtıkları davalar sonunda hak kazanmış oldukları tazminat henüz ödenmemiş olanlara, idare tarafından nakdi ödeme yerine, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması gibi diğer uzlaşma yolları teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

## **2- Haksız Elatmanın Önlenmesi Konulu Adli Yargı Mercilerinde Dava Açma Hakkı Verilmemiştir.**

Tazminat davası dışında anılan süreçte yirmi yılın dolması ile birlikte hak düşümü sonucunda taşınmazı idareye geçmiş olanların artık haksız saldırının önlenmesi davası açması olanaksızdır. Bu konuda Anayasa mahkemesinin iptal kararının geriye yürümezliği ilkesince ortadan kalkan bir hakkın idarenin kazanılmış hakka saygı niteliğinde ikame bir hak tanınması olanağı konusunda artık kamulaştırmasız el atma fiilinin muhatabı olan ayni hak sahiplerine karşı tanıdığı haksız saldırının önlenmesi davası açarak idarenin haksız zilyetliğine son verme yetkisinden artık söz edilemeyecektir.

## **3- Dava Açma Konusunda Süre Getirilmiştir.**

### **a- Sürenin niteliği**

İdare ile malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde üç aylık süre

içerisinde malike tazminat davası açma hakkı tanınmıştır. Her ne kadar idareye başvuru konusunda süre getirilmemiş ve uzlaşma teklifi üzerine uzlaşma görüşmelerinin gerçekleşmesinden itibaren getirilen üç aylık sürenin hak düşürücü süre olduğu iddia edilebilecekse de bu yolda yorumu kabul etme olanağı yoktur. Bu üç aylık süre mülkiyet hakkından doğan hakların korunmasına yönelik olan bir hakkın sağlanması amacıyla olduğundan ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 38. Madde hükmünde yer alan 20 yıllık sürenin hak düşürücü olması niteliği sonucu Anayasa ve yasalara aykırı bulunarak iptal edildiğinden yeni getirilen düzenlemede var olan süre hak düşürücü nitelikte olması kabul edilemez. Mülkiyet hakkı, hukuk devletlerinin vatandaşlarına tanıdığı ve anayasalar ile güvence altına alınmış en önemli haklardan birisidir. Bu amaçla, mülkiyet hakkından doğan bir hakkı kısıtlayacak sürenin bir hakkı ortadan kaldıracak nitelikte hak düşürücü olması hukuk devleti mantığı ile bağdaşmamaktadır. Bu yönden müracaat konusunda hak düşürücü süre olmaması üzerine uzlaşma görüşmelerinin yeniden başlatılması talepleri kabul edilmelidir.

#### **b- Sürenin tabi olduğu olgular**

Malike tanınan dava açma hakkı bir üst başlıkta nitelendirdiğimiz üç aylık süreye bağlanmıştır. Bu sürenin başlangıcı şu olgulara bağlanmıştır:

- İdare ile malik arasında uzlaşma sağlanamadığına dair uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği tarihten itibaren,
- Malik tarafından tazminat müracaatı üzerine, müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde uzlaşmaya davet olmaksızın sona erdiği tarihten itibaren,
- Bu maddenin tazminata ilişkin hükümlerinin vuku bulduğu tarihten itibaren.

#### **4- Görülmekte Olan (Derdest) Davalara İlişkin Hüküm Ve Sonuçlar**

Geçici madde 6 hükmünde tanınan tazminat davası ayrıca; vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmasız el koymadan dolayı bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce tazmin talebiyle dava açmış (derdest) olanlar hakkında da uygulanır. Bu madde hükümlerine göre uzlaşma yoluna gitmeyi isteyip istemediklerini bu maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde idareye ve mahkemeye verecekleri dilekçeler ile bildirebilirler. Uzlaşma talebi üzerine, uzlaşma görüşmelerinin neticesine kadar dava bekletilir; uzlaşamaması halinde, uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasından sonra davaya devam edilir.

##### 5- Tazminat Alacaklarının Haciz Yetkisini Vermemesi Ve Eleştirisi

Geçici 6. Maddenin son fıkrası “*Bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez.*” hükmü getirmektedir. Bu hüküm son derece hatalıdır. Hak aymazlığı konusunda sabıkalı İdarelerin tutumu karşısında idarelerin kendilerine kanunla tanıdığı bu tür bir zırh kabul edilebilir nitelikte değildir. Bu hükmü, amacı karşısında geniş kalan ifadesi ile daraltıcı yoruma tabi tutmak gerekir. Şöyle ki; idarenin kamu hizmetine özgülenmiş taşınmaz malları haczedilmeyerek ve fakat özel mal niteliğinde özel hukuk konusu malik sıfatı ile mülkiyet hakkı sahibi olduğu, (hüküm ve tasarrufunda olmayan) taşınmazları pekala haczedilebilecektir. Basiretli idare, vatandaşına olan borcunu zamanında ödeyecek; aksi takdirde anılan yönde taşınmazların hazine katlanacaktır.

##### KAYNAKÇA

- Akar, Zeki; *Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları*, C.II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002
- Arcak, Ali; *Yeni Kamulaştırma Yasası*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1984
- Arcak, Ali; *Kamulaştırmaz El Koyma ve Yeni Hükümler*, 2. Bası, Ankara, 1987
- Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev; *İdare Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1967
- Gözler, Kemal; *İdare Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, Eylül 2009
- Günday, Metin; *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınları, 2004
- Kabaoğlu, İbrahim Ö.; *2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye*, (çevrimiçi)  
[http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf), 26.08.2010
- Kaplan, Gürsel; *İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: “Fiili Yol”*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2, Ankara, 2007
- Karabağ, Emel; *Kamulaştırmaz El Koyma Davaları ve Yargıtay İçtihatları*, (çevrimiçi),  
[www.yargitay.gov.tr/.../Karabag\\_Kamulastirmasiz\\_El\\_Atma\\_Davala](http://www.yargitay.gov.tr/.../Karabag_Kamulastirmasiz_El_Atma_Davala)



ri.doc, 20.08.2010

- Kaya, Tayfun; *Kamulaştırmasız El Koyma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001
- Oğurlu, Yücel; *İdare Hukukunda “Fiili Yol” ve Yargısal Denetimi*, KHukA, Mart 2003
- Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe; *Eşya Hukuku*, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004
- Onar, Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966
- Şahiniz, C. Salih; *Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmasız El Koyma İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı el Koyması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006
- Ulusoy, Yasin; *Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma*, Nobel Yayın, Ankara, Haziran 2004
- Yayla, Yıldızhan; *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, Eylül 2009

**KANUN NO: 5999**

## **KAMULAŞTIRMA KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN**

**Kabul Tarihi: 18 Haziran 2010**

**Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 30 Haziran 2010 - Sayı: 27627**

MADDE 1 - 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"Kamulaştırmasız el koyma sebebiyle tazmin

GEÇİCİ MADDE 6 - Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde, öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır.

Tazminat müracaatı üzerine, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değeri; bu Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre teşkil edilen kıymet takdir komisyonu marifetiyle, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınmak ve bu Kanunun 11 inci ve 12 nci maddelerine göre hesaplanmak

suretiyle tespit edilir. Tespitten sonra, bu Kanunun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre teşkil olunan uzlaşma komisyonunca, müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde 7201 sayılı Kanun hükümlerine göre tebliğ edilen bir yazı ile, tahmini değer bildirilmeksizin, talep sahibi uzlaşma görüşmelerine davet edilir.

Uzlaşma; nakdi ödeme, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle yapılabilir.

Uzlaşma görüşmeleri, hukuki veya fiili engel bulunmadığı takdirde davete icabet tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde sonuçlandırılır ve uzlaşmaya varılıp varılmadığı, malik veya temsilcisi ile komisyon üyeleri tarafından imzalanan bir tutanağa bağlanır. Bu tutanak ile uzlaşma görüşmelerine ilişkin bilgi ve belgeler, açılacak davalarda taraflar aleyhine delil teşkil etmez. Uzlaşmaya varılması halinde, üzerinde uzlaşılan hakkın türünü, tanınma şart ve usullerini, nakdi ödemede bulunulacak ise miktarını ve ödeme şartları ile taşınmazların tesciline veya terkinine dair muvafakati de ihtiva eden bir sözleşme akdedilerek bu sözleşme çerçevesinde işlem yapılır ve uzlaşma konusu taşınmazlar resen tapuya tescil veya terkin edilir.

Uzlaşılan nakdi tazminat bedeli, bütçe imkanları dahilinde, sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitli olarak da ödenebilir. Taksitli ödeme süresince, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir.

İdare ve malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği veya ikinci fıkradaki sürenin uzlaşmaya davet olmaksızın sona erdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde malik tarafından sadece tazminat davası açılabilir. Dava açılması halinde, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının müracaat tarihindeki değeri, ikinci fıkranın birinci cümlesindeki esaslara göre mahkemece tespit ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine ve malike tazminat ödenmesine hükmedilir. Tescile veya terkinine ilişkin hüküm kesin olup tarafların hükmedilen tazminata ilişkin temyiz hakkı saklıdır.

Kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden bu madde uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerden yüzde iki pay ayrılır. Kesinleşen alacakların toplam tutarının ayrılan ödeneğin toplam tutarını aşması halinde, ödemeler, sonraki yıllara sari olacak şekilde, garameten ve taksitlerle

gerçekleştirilir. Taksitlendirmede, bütçe imkanları ile alacakların tutarları dikkate alınır. Taksitli ödeme süresince, 3095 sayılı Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir. İdare tarafından, mahkeme kararı gereğince nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkrafta belirtilen diğer uzlaşma yolları da teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

Bu maddenin tazminata ilişkin hükümleri, vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmасız el koymadan dolayı açtıkları tazminat davası süre bakımından dava hakkının düştüğü gerekçesiyle reddedilmiş olanlar hakkında da uygulanır. Evvelce açtıkları davalar sonunda tazminat almaya hak kazanmış veya süre dışındaki sebeplerden dolayı davaları reddedilmiş olanlar hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz. Ancak, gerek iç hukuka ve gerekse milletlerarası hukuka göre evvelce açtıkları davalar sonunda hak kazanmış oldukları tazminat henüz ödenmemiş olanlara, idare tarafından nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkrafta belirtilen diğer uzlaşma yolları teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

Vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmасız el koymadan dolayı bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce tazmin talebiyle dava açmış olanlar; bu madde hükümlerine göre uzlaşma yoluna gitmeyi isteyip istemediklerini bu maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde idareye ve mahkemeye verecekleri dilekçeler ile bildirebilirler. Uzlaşma talebi üzerine, uzlaşma görüşmelerinin neticesine kadar dava bekletilir; uzlaşılamaması halinde, uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasından sonra davaya devam edilir.

Bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez."

MADDE 2 - Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 - Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

---

# BORÇLAR HUKUKU SÖZLEŞMELERİNDE KESİN HÜKÜMSÜZLÜK KAVRAMI\*

---

AR. GÖR. EMİNE KOÇANO RODOSLU\*\*

\* Prof. Dr.Metin Gürkanlar'ın yönetiminde hazırlanıp, 23.10.2010 tarihinde Doğu Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde savunulan "Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Butlan Kavramı" adlı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

\*\* Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi.



## 1. GENEL OLARAK

Bilindiği gibi, sözleşmelerin belirgin ve önemli özelliği, taraflar arasında bir borç ilişkisi kurmaları ve bunun sonucu olarak da bir “borç kaynağı” oluşturmalarıdır. Borç kaynağı niteliğindeki sözleşmeler “borçlandırıcı sözleşmeler”dir. Borçlar Hukuku alanına giren sözleşmelerle, borçlandırıcı sözleşmeleri birbirinden ayırmak gerekir. Gerçekten, borçlandırıcı sözleşmelerle daima bir borç ilişkisi kurulur ve bundan bir borç (alacak) doğar. Oysa, borçlar hukuku alanına giren bazı sözleşmeler bir borç kaynağı niteliği taşımazlar. Bazen bir borç ilişkisi veya bir borç devredilebileceği gibi ortadan da kaldırılabilir. Örneğin, alacağın temlik, borcun nakli, borçluya süre verme sözleşmeleri bu türdendirler. Borçlandırıcı sözleşmelere ilişkin kurallar diğer sözleşmelere de mümkün olduğu ölçüde kıyasen uygulanabilirler.<sup>1</sup> Kişilerin, sözleşmelerle yükümlülük altına girebilmeleri veya haklar yaratabilmeleri için özgür iradeleriyle hareket etmeleri gerekir. Borçlar Hukuku alanında en temel ilkelerden biri irade özgürlüğü ilkesidir. İrade özgürlüğü, kişilerin kendi özel hukuk ilişkilerini diledikleri gibi kendi sorumlulukları altında özgür iradeleriyle düzenleyebilmeleridir.<sup>2</sup> Sözleşme özgürlüğü ilkesi “irade özerkliği”

1 Sözleşme kavramının klasik tanımına uymamakla birlikte, YBK m. 620'de (BK. m. 520) düzenlenen adi şirket sözleşmesi ile TMK. m. 676'da düzenlenen miras paylaşma sözleşmelerine de Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerle ilgili hükümleri TMK. m. 5 gereğince kıyasen uygulanırlar.

2 **Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir:** Borçlar Hukuku, 4. Bası, C. I, İstanbul 2008, s. 501.

ilkesinin Borçlar Hukuku alanında karşımıza çıkan bir sonucudur. Sözleşme özgürlüğü, bireylerin özel hukuk ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisini ifade eder.<sup>3</sup> Borçlar Hukuku alanındaki kişilerarası ilişkiler sözleşme özgürlüğü ilkesi ile yönetilir. Bu ilkeye Anayasa'da temel hak ve özgürlükler arasında yer verilmiştir. Sözleşme özgürlüğü Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınmıştır. Buna göre “herkes dilediği alanda ... sözleşme hürriyetine sahiptir”. Ayrıca TMK. m. 23/II kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini ve özgürlüklerin ancak, hukuka veya ahlâka aykırı olmayacak şekilde sınırlandırılabilceğini hükme bağlamıştır. Bu düzenlemeye paralel olarak YBK 26'da (BK m. 19/I) “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler” hükmüne yer verilmiştir. Sözleşme özgürlüğü çeşitli alt özgürlükleri de içinde barındıran geniş kapsamlı bir kavramdır.<sup>4</sup> Bu kavram, “sözleşme yapıp - yapma özgürlüğünü”, “sözleşmenin konusunu ve koşullarını seçme özgürlüğünü”, “sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünü”, “şekil özgürlüğünü” ve “sözleşmenin türünü belirleme özgürlüğünü” içerir.

Sözleşme özgürlüğün sınırı kanun koyucunun getireceği emredici kanun hükümleriyle veya yazılı olmayan hukuka yollamada bulunan genel kurallardan hareket ederek, mahkemelerin çıkardıkları kısıtlamalarla daraltılabilir.<sup>5</sup> Bu sınırlamalara uymamanın yaptırımı Borçlar Kanunu'nun 27/I'de (BK. m. 19- 20) kesin hükümsüzlük olarak belirlenmiştir. Bu hükme göre, emredici hukuk kurallarına, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı sözleşmeler ile konusu imkânsız olan sözleşmeler sözleşme özgürlüğünün sınırını aşmaktadırlar. Ayrıca, ayırt etme gücünden yoksun olanların yaptıkları hukukî işlemler, kanunun şekil zorunluluğu öngördüğü işlemler veya tarafların anlaşmasıyla özel bir şekilde yapılması zorunlu kılındığı halde bu şekil şartına uyulmaksızın yapılmış olan işlemler, muvazaalı işlemler ile kanuna karşı hile oluşturan işlemler de sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşmaktadırlar.

Bir sözleşme kurulurken taraflar sözleşmenin varlığı ile değil, istedikleri

3 **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008, s. 270; **Başpınar, Veysel:** Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s.16; **Tekinay, Selâhattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 362 ve orada anılan yargıtay kararları.

4 **Başpınar,** s. 17.

5 **Tandoğan, Haluk:** Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara 1977, s. 12.

hukukî sonuçların doğup doğmayacağı ile ilgilenirler.<sup>6</sup> Sözleşme kurulurken kurucu unsurların mevcut olmaması halinde sözleşme varlık kazanamaz yani “yok” hükmündedir. Ancak, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için, kurucu unsurlar dışında kanunun aradığı diğer unsurların (geçerlilik unsurlarının) da tamam olması gerekir.<sup>7</sup> Geçerlilik unsurlarından kamu düzenini ilgilendirecek derecede önemli olanların eksikliği halinde, kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olmaktadır.

Geçerlilik unsurlarını bünyesinde taşımayan bir sözleşme var olmakla birlikte, hukuk dünyasında hüküm ve sonuç doğurmaz. Bir başka anlatımla kesin hükümsüz bir hukukî işlemde, hukukî işlemin kurulabilmesi, hukuk dünyasında varlık kazanabilmesi için gerekli irade beyanları mevcuttur, hukukî işlem kurulmuştur, ancak, bazı sakatlıklara maruz kaldığından geçersizdir, hüküm ve sonuçlarını doğuramamaktadır. Kesin hükümsüz sözleşmelerle “yok” hükmündeki sözleşmeler arasındaki en önemli fark da kendini bu noktada göstermektedir.

Hukukî işlemler, eksik unsurun niteliğine göre çeşitli hükümsüzlük yaptırımlarına tabi olurlar. Hükümsüzlük kavramı, “geniş anlamda hükümsüzlük” ve “dar anlamda hükümsüzlük” olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Geniş anlamda hükümsüzlük, “bir hukukî işlemin hükümlerini meydana getiremeyeceği veya doğurmuş olduğu hükümlerin ortadan kaldırılmasını gerektiren bütün halleri içine alır”.<sup>8</sup> Yani, bir hukukî işlemin kurulduğu anda var olan veya kurulmasından sonra meydana gelen bir sebeple hükümsüz hale geldiği durumları kapsar. Örneğin, sözleşmenin sonradan ortaya çıkan bir sebeple feshedilmesi veya sözleşmeden dönülmesi durumları geniş anlamda hükümsüzlük kavramı kapsamında değerlendirilir.<sup>9</sup> Buna karşılık dar anlamda hükümsüzlük kavramı, bir hukukî işlemin kurulduğu anda mevcut bir sebeple sakatlandığı halleri ifade eder.<sup>10</sup> Örneğin, sözleşmenin konusunun hukuka aykırı olması nedeniyle kesin hükümsüz olması dar anlamda hükümsüzlüktür.

Hükümsüzlük türleri içerisinde en ağır yaptırım niteliğini taşıyan kesin

6 **Güral, Jale:** Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu Sistemi, Ankara 1953. s. 91.

7 **Güral,** s. 92.

8 **Güral,** s. 2.

9 **Güral,** s. 2.

10 **Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami:** Medeni Hukuk, 15. Bası, İstanbul 2008, s. 187; **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2009, s. 136.



hükümsüzlük, sözleşmenin baştan itibaren ve kesin olarak hüküm ifade etmemesi anlamına gelmektedir.

01.07.2012 tarihinde yürürlülden kalkacak olan 818 sayılı BK 20. maddesinin kenar başlığını oluşturan “butlan” kavramı YBK m. 27’de “kesin hükümsüzlük” olarak değiştirildiğinden, değişiklik öncesinde “butlan” ve “mutlak butlan” kavramlarına ilişkin olarak doktrinde süregelen tartışmalarında artık pratik bir değeri kalmamıştır.

## 2. KESİN HÜKÜMSÜZLÜK SEBEPLERİ

Her hukuk düzeninde birbirinden farklı kesin hükümsüzlük sebepleri vardır.<sup>11</sup> Doktrinde “kesin hükümsüzlük sebepleri” kavramı yerine, bazı yazarlarca “içerik sakatlığı sebepleri” deyiminin kullanıldığına da rastlanmaktadır.<sup>12</sup>

Kesin hükümsüzlük sebeplerinin tespit edilebilmesi için her şeyden önce sözleşmenin içeriği kavramından ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. BK. m. 19’un kenar başlığı “akdin mevzuu” olarak düzenlenmiştir.<sup>13</sup> Sözleşmenin konusu, sadece sözleşmenin ne ile ilgili olduğu ve tarafların ifa etmekle yükümlü oldukları edimleri kapsayan bir kavramdır. Sözleşmenin içeriği kavramı ise, sözleşmenin konusu kavramını da içinde barındıran, tarafların açık veya örtülü olarak üzerinde görüş birliğine vardıkları tüm hükümleri kapsayan daha geniş bir anlam taşır.<sup>14</sup> Yani, sözleşmenin içeriği kavramına sözleşmede yer alan, fakat anlaşma niteliğinde olmayan tek taraflı hukukî işlemler de dahildir. Örneğin, sözleşmeye konulan bir hüküm ile taraflardan birinin diğer tarafa temsil yetkisi vermesi halinde, YBK m.42 (BK. m. 34) hükmüne göre yetkilendirme işlemi tek taraflı bir işlem olduğundan, bu işlem sözleşmenin konusu olmadığı halde sözleşmenin içeriğine girmiş olur.<sup>15</sup> Dolayısıyla, kanunda “sözleşmenin içeriği” kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı, ancak, her iki kavramın da İsviçre Türk Hukuku açısından eş anlamlı olarak kullanılabileceği öğretide baskın görüş niteliğinde kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Nitekim, YBK 26. Maddesinin başlığı “Sözleşmenin İçeriği” şeklinde değiştirilmiştir.

11 Başpınar, s. 24.

12 Başpınar, s. 24.

13 Borçlar Kanununda sözleşmenin konusundan bahsedilmesinin en önemli nedenlerinden biri, İsviçre Medeni Kanunu’nun Türkçe çeviriye esas alınan Fransızca metninde “sözleşmenin konusundan” söz ediliyor olmasıdır. Oysa, Almanca metninde “sözleşmenin içeriği” ifadesine yer verilmektedir. Bu konu için bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 526.

14 Ateş, s. 197 vd.

15 Bu örnek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 526 dipn.

16 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 526-527.

Doktrinde sözleşmenin içeriği kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda bu kavramın dar veya geniş yorumlanmasına dayalı olarak farklı görüşler ileri sürülmektedir.<sup>17</sup>

Bir görüş dar bir yorumdan hareket ederek sözleşmenin içeriğinin tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, yani edimleri kapsadığını ileri sürerken,<sup>18</sup> içerik kavramının geniş yorumlanması gerektiğini savunan diğer görüş yandaşları, sözleşmenin taraflarının anlaşıp kararlaştırdıkları her şeyi, hatta tarafların istedikleri “dolaylı ortak amacı”<sup>19</sup> içerik kavramı kapsamında görmektedirler.<sup>20</sup> Doktrinde baskın olan görüş, bizim de katıldığımız bu ikinci görüştür.

Kesin Hükümsüzlük sebepleri, YBK m. 27/I'de (BK 19/II - 20/I) düzenlenmiştir. BK. m. 19/II'ye göre, “Kanunun kat'i surette emrelediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlâka (âdâba) veya umumî intizama yahut şahsî hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir”. Bu maddede, “hukuka aykırılık”, “ahlâka aykırılık”, “kamu düzenine aykırılık” ve “kişilik haklarına aykırılık” sözleşme özgürlüğünün sınırları olarak sayılmıştır.

BK. m. 20/I'de ise, “Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlâka (âdâba) mugayir olursa o akit bâtıldır” hükmü yer almaktadır.

Sözleşme özgürlüğünün sınırları her iki maddede de farklı düzenlenmiştir. Bu durum doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Birinci görüş, BK. m. 19/II'de sayılan sebeplerin sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı bir fonksiyona sahip olduğu düşüncesini benimsemektedir. Bu görüş doktrinde eleştirilmektedir.<sup>21</sup> Çünkü, hangi hallerde sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı BK. m. 20/I'de belirtilmiştir. Bunun BK. m. 19/II'de tekrar edilmesine gerek yoktur. Ayrıca, BK. m. 19/II ile BK. m. 20/I arasında uyum bulunmamaktadır.<sup>22</sup>

Diğer görüşe göre, BK. m. 19/II'de sayılan “ahlâk”, “kamu düzeni” ve “kişilik hakları” kavramları sözleşme özgürlüğüne sınır çizmeyip sadece

17 Başpınar, s. 58; Eren, s. 285.

18 Başpınar, s. 58; Eren, s. 285.

19 Sözleşme ilişkisi sonucunda ulaşılmaması mümkün olan her iki tarafça istenip izlenen amaca “dolaylı ortak amaç” denir. Örneğin, bankayla yapılan bir kredi sözleşmesinde doğrudan doğruya amaç müşteriye kredi sağlanması iken, müşteri aldığı kredi ile uyuşturucu ticareti yapmayı amaçlıyorsa ve banka da bunu bilerek kredi veriyorsa bu husus dolaylı ortak amacı oluşturur. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 534.

20 Başpınar, s. 59; taraflara sözleşmeyi kurma kararı verdikten niyete “doğrudan amaç” denir. Doğrudan amaç, tarafların hukukî ilişkiyi kurarak doğrudan ulaşmak istedikleri amaçtır. Bunu, taraflardan her birinin sözleşmeyi yaparken etki altında kaldıkları subjektif düşünce (saik) ile karıştırmamak gerekir. Bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. S. 428.

21 Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 395.

22 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 530 vd.

emredici kanun hükmüne aykırılığın söz konusu olup olmadığını yorumlamada yol göstericidirler.<sup>23</sup> Bu görüş taraftarları, BK. m. 19/II ve BK. m. 20/I'in birlikte ele alınarak sözleşme özgürlüğünün sınırlarının üç kategoride incelenmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Birinci kategori “hukuka aykırılık”tır. Hukuka aykırılığın kapsamına BK. m. 19/II'de sayılan “emredici hukuk kurallarına ve kanunun yasaklayıcı hükümlerine aykırılık”, “kamu düzenine aykırılık” ve “kişilik haklarına aykırılık” halleri de girmektedir. İkinci kategori “ahlâka aykırılık”tır. Kişilik haklarına aykırılık da bu kategorinin kapsamında ele alınabilir. Üçüncü kategori ise, “sözleşmenin konusunun imkânsız olması”dır.<sup>24</sup>

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde sözleşme özgürlüğü kavramı hükme başlanmış ve ayrıca BK'nun 19/II ve 20/I maddeleri “Kesin Hükümsüzlük” kenar başlığını taşıyan YBK m. 27/I'de düzenlenmiş ve böylece, sözü edilen tartışma da son bulmuştur.

Kesin hükümsüzlük sebeplerinin sadece YBK m. 27/I'de (BK. m. 19/II - 20/I) sayılanlardan ibaret olup olmadığı tartışılmakla birlikte YBK m. 27/I dışında da kesin hükümsüzlük yaptırımını öngören yasa hükümleri mevcuttur.<sup>25</sup> Bunlara “geniş anlamda içerik sakatlığı” sebepleri denmektedir. Şekle aykırılık (BK 11 - YBK. m. 12), muvazaa (BK 18 - YBK. m. 19) ve ehliyetsizlik (TMK. m. 15) bu kapsamda değerlendirilmektedirler.<sup>26</sup> YBK m. 27/I'de (BK m. 19/II - BK. m. 20/I) sayılan sebepler ise “dar anlamda içerik sakatlığı” sebepleri olarak nitelendirilmektedirler.<sup>27</sup>

Birden fazla içerik sakatlığı sebebinin bir arada bulunması mümkündür. Bu durumda sözleşmenin hangi sebepten kesin hükümsüz olacağını hakim somut olaya göre belirleyecektir.<sup>28</sup> Gerçi, sözleşmeyi sakatlayan farklı nedenlerin tamamı dar anlamda içerik sakatlığı sebebi niteliğindeyse, kesin hükümsüzlük yaptırımının bunlardan hangisine dayandırılacağının pratik açıdan bir önemi yoktur. Çünkü, dar anlamda sakatlık sebepleri sınırlı sayıdadır ve bunların herbirinin yaptırımı BK. m. 27/I'de düzenlenen kesin hükümsüzlüktür.

## **I. Hukuka Aykırılık**

### **A. Genel Olarak**

Borçlar Kanunu'nda hukuka aykırılık, m. 19/II'de “kanunun kat'i surette

23 Oğuzman / Öz, s. 72 vd.

24 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 531; Başpınar, s. 24; Altunkaya, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s. 80.

25 Başpınar, s. 103 vd.

26 Başpınar, s. 105.

27 Başpınar, s. 103.

28 Başpınar, s. 106.

emrelediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet”, m. 20/I’de ise “gayri muhik” deyimleriyle ifade edilmiştir. YBK. m. 27’de ise bu iki kavramı da kapsayacak şekilde “Kanunun emredici hükümlerine ... aykırı” ifadesine yer verilmiştir.

Hukuka aykırılık, sözleşmenin, objektif, yazılı veya yazısız bir hukuk kuralıyla çatışmasıdır.<sup>29</sup> Yani, sözleşmenin emredici bir hukuk kuralına aykırı olması, hukuka aykırılığın doğmasına sebep olur.

Hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için tarafların hukuka aykırılığı, bilip bilmemeleri önem taşımaz.<sup>30</sup> Dolayısıyla, hukuka aykırılık objektif olarak tespit edilmişse, tarafların subjektif durumlarının bir önemi yoktur. Yargıtay da aynı görüşü benimsemiştir:

“... Bir sözleşmenin ihtiva ettiği hak ve borçlar, hukuk düzeninin emredici bir normu ile çatıştığı takdirde hukuka aykırı olur. Emredici normlar herkese hitap eden, herkese ödevler yükleyen genel ve objektif davranış kurallarıdır. Bir sözleşmenin kendisi veya muhtevası, emir veya yasayı koyan bir normla çatıştığı, ona aykırı olduğu zaman, hukuka aykırı sayılır. Hukuka aykırı davranışta ayrıca tarafların ihlâl bilinci aranmaz<sup>31</sup> ...”.

Tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri ortak amaç hukuka aykırı ise, sözleşme YBK. m. 27/I (BK. m. 20/I) uyarınca kesin hükümsüzdür. Sözleşmenin içeriği geniş yorumlanarak, tarafların güttükleri “dolaylı amaçlar” da sözleşmenin içeriğine dahil sayılmalıdır.<sup>32</sup>

## B. Hukuka Aykırılığın Ölçütleri

### 1. Emredici Hükümlere Aykırılık

Emredici hükümler, tarafların sözleşme ile aksini kararlaştıramayacakları hukuk kurallarıdır.<sup>33</sup> Hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için sözleşmenin emredici bir hukuk kuralına aykırı olması gerekmektedir. Örneğin, borçlunun kast veya ağır ihmali olsa dahi alacaklıya karşı sorumlu tutulmamasına (BK m. 99/I - YBK. m. 115/I), borcun ödenmemesi halinde

29 Başpınar, s. 124; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 532; Akyol, Şener: Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995, s. 141. Hatemi’ye göre, hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için, emredici bir yazılı hukuk kuralının ihlâl edilmesi gerekmektedir. Bu konuda bkz. Hatemi, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s. 140.

30 Akyol, s. 141; Hatemi, s. 147; Von, Tuhr Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Çev. Edege Cevat, C. I II, 2. Bası, Ankara 1983, s. 246.

31 Yarg. 4. HD, 3.6.1986, E. 1985 / 2315, K. 1985 / 5606 (Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1992, s. 307).

32 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Sözleşme, s. 534; Başpınar, s. 60.

33 Eren, s. 287; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 535; Kaynar, Reşat: Türk Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümleri, İstanbul 1965, s. 47; Ateş, s. 147.

alacaklının rehinli malın mülkiyetini kazanmasına<sup>34</sup> (TMK. m. 873/II) veya yasada belirlenen zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesine (BK m. 127 - YBK. m. 148) ilişkin sözleşmesel düzenlemeler hukuka aykırıdır. Yasaların suç saydığı eylemleri konu alan sözleşmelerin de hukuka aykırı olduğu kuşkusuzdur.<sup>35</sup>

Emredici hukuk kuralları, tarafların birini veya her ikisini korumaları yönünden “İki taraflı emredici hükümler” ve “bir taraflı emredici hükümler” olmak üzere ikiye ayrılır.<sup>36</sup> İki taraflı emredici hükümler, tarafların her ikisini de koruma amacı güden hükümler olduğundan, bu tür hükümler taraflardan herhangi biri lehine değiştirilemezler. Örneğin, zamanaşımı sürelerinin kesinliğine ilişkin YBK. 148 (BK. m. 127), iki taraflı emredici hükümdür ve sözleşmenin tarafları lehine değiştirilemez. Bir taraflı emredici hükümler ise, sadece bir tarafı koruma amacı güderler ve korumayı amaçladıkları taraf lehine değiştirilebildikleri halde, diğer taraf lehine değiştirilemezler. Bu tür hükümlere, iş hukuku alanında oldukça çok rastlanır. Çünkü işçi, işverene göre daha zayıf durumdadır ve emredici kanun hükümleri işçiyi korumaya yönelik olduğundan, bu hükümler işçinin lehine değiştirilebilirler.<sup>37</sup>

Taraf iradelerine sınırlama getirir nitelikteki bir emredici hukuk kuralına aykırı sözleşme hükmü öngörülmüşse, sözleşme tümüyle hükümsüz sayılmayıp, kesin hükümsüz olan bu sözleşme hükmü yerine emredici hukuk kuralı geçer.<sup>38</sup> Örneğin, YBK. m. 148'de (BK. m. 127), öngörülen yasağa rağmen, taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile YBK m. 146'da (BK. m. 125) düzenlenen zamanaşımı süresini değiştirirlerse, bu değişikliğe ilişkin sözleşme hükmü geçersiz olacak, onun yerine YBK m. 146'da (BK. m. 125) öngörülen süreler uygulanacaktır.

Alman Hukukunda “emredici hükümler” ile “yasaklayıcı hükümler” arasında kesin bir ayrım yapılmakla birlikte, İsviçre Türk Hukuklarında “yasaklayıcı hükümler” “emredici hükümler” içerisinde yer almaktadır.<sup>39</sup> Bundan dolayı, yasaklayıcı hükümler kavramına kısaca değinmekle yetineceğiz.

Yasaklayıcı kanun hükmünün açıkça sözleşmenin geçersiz olduğunu öngördüğü durumlarda sorun yoktur. Ancak, bu hükümlerin açıkça geçersizlik

34 Lex commissoria Yasağı.

35 Akyol, Borçlar, s. 143; Eren, s. 290.

36 Eren, s. 287; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 536.

37 Eren, s. 288; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 536.

38 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 534; Eren, s. 287.

39 Geniş bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 537.

yaptırımını öngörmediği durumlarda ilgili yasaklayıcı hükmün anlam ve amacını araştırmak gerekir.<sup>40</sup> Sözleşmeyi geçersiz saymakla, yasaklayıcı hükmün öngördüğü amaca ulaşılabilecekse sözleşme geçersiz olmalıdır. Sözleşmeyi geçersiz kılmak yasaklayıcı hükmün amacına hizmet etmiyorsa sözleşme geçerliliğini korumalıdır. Örneğin, Federal Mahkeme, İsviçre'de çalışma izni olmayan işçilerin, işverenlerle yaptıkları hizmet sözleşmelerini geçersiz saymamıştır. Çünkü, kanunun amacı işverene karşı daha zayıf durumda olan işçiye korumaktır. Sözleşmenin geçersiz sayılması durumunda yabancı işçiler hiçbir hak ileri süremezler ve zarar görürler. Bu da yasaklayıcı kanunun hükmünün amacına ters düşer.<sup>41</sup>

Emredici hukuk kuralları açısından ayırt etme gücünden yoksunluk ve şekil zorunluluğuna aykırılık halleri de büyük önem taşıdıklarından burada bunlara da kısaca değinmek yararlı olacaktır.

#### **a. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk**

Ayırt etme gücünden yoksun kişilerin irade açıklamaları hukukî sonuç doğurmaz (TMK. m. 15). Yasal açıdan önemli olan husus, ayırt etme gücünün, hukukî işlemin (sözleşmenin) yapıldığı anda var olup olmadığıdır.

Kanun, ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin yaptıkları hukukî işlemleri kesin hükümsüz sayarken, onların menfaatlerini koruma amacını gütmektedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin veya onun yasal temsilcisinin yahut da sözleşmenin diğer tarafının bu amaca aykırı bir şekilde kesin hükümsüzlüğü ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir.<sup>42</sup>

#### **b. Şekil Zorunluluğuna Aykırılık**

Borçlar Kanunu ilke olarak şekil serbestisini benimsemiş ancak bazı hukukî işlemler (sözleşmeler) açısından şekil zorunluluğu getirmiştir. Ayrıca taraflar da yaptıkları hukukî işlem için şekil zorunluluğu öngörebilirler. Yasanın şekil zorunluluğuna tabi kıldığı işlemler bu şekle uyulmaksızın yapılırsa geçersizdirler (BK m. 11- YBK. m.12).

Taraflarca kararlaştırılan geçerlilik şekline (rızaî şekle) uyulmadığı

40 **Oftinger, Karl/Jeanpretre, Raymond:** Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Çev. Kemal Dayınlarlı, Ankara 1990, s. 88 vd.

41 “OR. 20 /BK. m. 20 gereğince hukuka aykırı konu sözleşmeyi batıl kılar. Ancak, yasaklayıcı veya buyurucu kurala aykırı her vaad, hukukî işlemin butlanını doğurmaz; butlanın uygulanması yasaklayıcı ya da buyurucu kuralın bunu açıkça belirtmesine, ya da karşı konulmak istenen sonucun önemi bakımından, kuralın anlam ve amacından bu sonucun çıkarılabilesine bağlıdır” BGE. 45 II 551, 47 II 464, 60 II 315, 80 II 329, (**Karahasan**, s. 298); Federal mahkeme'nin aynı yöndeki kararı için bkz. BGE 81 II 613 (İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, İBD 1957, C. 31, S. 7-9, s. 5). Geniş bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı**, s. 541.

42 Bkz. 9.3.1955 tarih ve 22/2 sayılı İBK (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

takdirde sözleşmeye uygulanacak yaptırımın ne olacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yasal şekle uyulmadan yapılan sözleşmeye uygulanacak yaptırım ne ise, rızai şekle uyulmadan yapılan sözleşmeye de aynı yaptırım uygulanmalıdır.<sup>43</sup> İkinci bir görüşe göre, yasanın öngördüğü bir şekil şartın zorunluluğu olmadıkça taraflar kendi aralarında kararlaştırdıkları şekli değiştirebilirler veya ortadan kaldıracırlar.<sup>44</sup> Bu nedenle salt rızai şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez.

Kanun geçerlilik şeklini sözleşmenin tamamı için zorunlu kılabileceği gibi sözleşmenin sadece bir unsuru için de öngörmüş olabilir.<sup>45</sup> Bu durum bağımlı sözleşmelerde ortaya çıkmaktadır.<sup>46</sup>

Geçerlilik şekline uyulmadan yapılan sözleşmenin, hangi yaptırıma tâbi olacağı konusu doktrinde tartışmalıdır.<sup>47</sup> Çoğunluğun görüşüne göre, şekil zorunluluğuna uyulmadan yapılan sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir.<sup>49</sup> Dolayısıyla, böyle bir sözleşme yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüzdür.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararına göre:

“Bu geçersizliğin hukukî mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klâsik olarak nitelenen “butlan” görüşüne karşı son yıllarda kendine özgü geçersizlik görüşü de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça defî olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re'sen gözetilmeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay (da) butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında ) re'sen göz önüne almak zorundadır”.<sup>49</sup>

Şekil zorunluluğuna aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük

43 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 329.

44 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 329.

45 Nomer, Füsün N.: “Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK. m. 2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s. 595-626, s. 597.

46 Altaş, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 71.

47 Geçerlilik şartına uyulmadan yapılan sözleşmenin kendine özgü hükümsüzlük, yokluk ve iptal edilebilirlik yaptırımlarına tabi olabileceğini savunan görüşler vardır. Geniş bilgi için bkz. Altaş, s. 89 90; Tuğ, Adnan: Türk Özel Hukukunda Şekil, Trabzon 1979, s. 177 vd.

48 Yaşar, B. Sevgi: “Türk Özel Hukukunda Şekil Kavramı ve Şekil Eksikliği Sebebiyle TMK. m. 2/F'sı Gereğince Sınırlanması”, THD, S. 4, Aralık 2006, s. 31 44, s. 41; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 134; Kılıhçoğlu, Ahmet: “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, AÜHF, C. 38, S. 1, 1983, s. 209-222, s. 211; Tuğ, s. 182; Postacioğlu, İlhan E. : Gayrimenkullerin Ferağına Mütteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İstanbul 1945, s. 183.

49 YİBK., 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).



olduğunu savunan yazarlar bu görüşlerini kanunun ifadesine dayandırmaktadırlar.<sup>50</sup> Çünkü, BK. m. 11/II'de “sahihlik” kelimesi “geçerlilik” anlamında kullanılmıştır ve bunun karşı anlamı “geçersizlik” kesin hükümsüzlük olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla, şekil zorunluluğuna aykırılığın kesin hükümsüzlüğe yol açtığı kanun koyucunun iradesine dayanmaktadır. YBK m. 12'de kullanılan “hüküm doğurmaz” ifadesi de aynı sonucu doğurur.

Kimi yazarlar şekil zorunluluğuna aykırı sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabî olmasını eleştirmektedirler.<sup>51</sup> Şekil zorunluluğuna uyulmadığı için kesin hükümsüz olan sözleşmenin sonradan geçerlilik kazanamaması kesin hükümsüzlük görüşüne yöneltilen en önemli eleştiridir.<sup>52</sup> Bu yazarlara göre, kanun koyucu YBK m. 12'de (BK. m. 11) bilerek ve isteyerek şekil zorunluluğuna aykırılığın kesin hükümsüz olduğunu düzenlememiştir. Ayrıca, bazı kanun maddelerinden, kanun koyucunun iradesinin şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olmadığı sonucu dahi çıkarılmaktadır.

Kesin hükümsüzlük görüşüne yöneltilen diğer bir eleştiri de, kesin hükümsüzlüğün hakim tarafından re'sen dikkate alınmasıdır. Şekil kuralları daha çok tarafları korumak amacıyla öngörülmüş olduğundan, taraflar, bu özel korumadan ister yararlanırlar, ister yararlanmazlar. Hakim, tarafların bu konudaki iradelerine müdahale edememelidir.<sup>53</sup> Dolayısıyla kesin hükümsüzlük yaptırımı, şeklin koruma amacı ile bağdaşmamaktadır.<sup>54</sup>

## 2. Kişilik Haklarına Aykırılık

Kişilik haklarını koruyan kanun hükümleri, emredici nitelikte olduğundan bu hükümlere aykırı sözleşmeler hukuka aykırılık oluşturur.<sup>55</sup> Kişinin hak ve özgürlükleri Anayasa ile güvence altına alınmış olmanın ötesinde Türk Medeni Kanunu'nun 23, 24 ve 25. maddelerinde de yasal güvencesini bulmaktadır. Kişilik haklarının konusunu oluşturan değerler ile hak ve fiil ehliyetlerinden ve özgürlüklerinden kişinin yasal sınırlamaların ötesine taşan ödünler veremeyeceği TMK. m. 23'de açıkça belirtilmektedir. Kişi hak ve fiil ehliyetini kısmen veya tamamen sınırlayacak hukukî işlemler yapamayacağından kişilik

50 Altaş, s. 103'den naklen.

51 Altaş, s. 108.

52 Altaş, s. 108.

53 Altaş, s. 109.

54 Nomer, s. 600.

55 Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku, 1. Kitap Sözleşmeler, İstanbul 1996, s. 233; Eren, s. 289; Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Özdemir Oktay, Saibe: Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2009, s. 150; Akipek, jale / Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 6. Bası, C. I, İstanbul 2007, s. 375; Esener, Turhan: Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969, s. 203.



haklarına aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir.

Kişilik haklarına aykırı sözleşmeler çoğu kez ahlâka ve hatta hukuka da aykırı nitelikte olmaktadır. Bu husus, TMK. m. 23/II'de de açıkça ifadesini bulmaktadır. Yasanın buradaki amacı kişilerin ekonomik ve soysal faaliyetlerde karşılaşacakları zorunluluklar nedeniyle kişilik değerlerini geliştirmekten kendilerini yoksun bırakacak türde sözleşme ilişkilerine girmelerini engellemektir. Örneğin, kişi ömrünün sonuna kadar bir siyasi görüşe sadık kalma veya yerleşim yerini hiçbir surette değiştirmeme yahut da ömrünün sonuna kadar evlenmeme türünden yükümlülükler getiren bir sözleşme yapamaz.<sup>56</sup>

Kişi özgürlüklerine hukukî işlem ile getirilecek sınırlamalar da kişinin ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırmamalı ve onun ekonomik geleceğini tehlikeye sokmamalıdır.<sup>57</sup> Özgürlüklerin aşırı biçimde sınırlandırılmış olup olmadığını hakim takdir edecektir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, sözleşmenin taraflarından birinin kişiliğini ve ekonomik özgürlüğünü çok geniş ölçüde haksız olarak sınırlayan sözleşmenin ahlâka aykırı kabul edilmesi gerektiğine ve ayrıca herhangi bir sözleşmeyle ilgili taahhüdün, zorunlu olarak içerdiği özgürlük sınırlamanın, borçlunun en önemli varlık veya değerlerini tehlikeye sokacak kadar ileriye gitmemesi ve alacaklının sınırsız keyfililiğine tabî olmaması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>58</sup>

TMK. m. 23/II'nin kapsamına giren kişilik değerleri ve varlıklarının ne olduğu doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bir görüşe göre, BK. m. 19/II (YBK m. 27/I), TMK. m. 23/II'yi tamamlamaktadır.<sup>59</sup> Bu görüşe göre TMK. m. 23/II dar yorumlanmalı ve sadece özgürlüklere getirilen sınırlamalar için başvurulacak bir hüküm niteliğinde olmalıdır. Kişilik hakları içinde yer alan, kişinin manevi alanı, beden bütünlüğü, özel hayatı gibi kişilik değerlerinin ihlâli söz konusu olduğu zaman ise BK. m. 19/II'ye başvurulmalıdır.

Diğer bir görüşe göre, TMK. m. 23/II daha geniş yorumlanmalı ve özgürlüklerin yanında, kişinin manevi bütünlüğü, beden bütünlüğü, özel hayatı gibi tüm kişilik değerlerinin hukuka veya ahlâka aykırı olarak sınırlandırılmasını kapsamına almalıdır.<sup>60</sup> BK. m. 19/II açısından bakıldığında ise, bu maddenin sadece hangi kuralların emredici olduğunu göstermek

56 Akipek/Akıntürk, s. 374.

57 Ateş, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007, s. 252; Ayrıca bkz. YHGK., 11.02.1976, E. 1973/4-1088, K. 1976/209 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

58 BGE 53 II 317 (Oftinger/Jeanpretre, s. 95).

59 Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 153.

60 Bu görüş ve eleştiriler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 567.

amacıyla yorumlayıcı bir fonksiyona sahip olduğunu kabul etmek gerekir.<sup>61</sup> Bir an için BK. m. 19/II'nin sözleşme serbestisine sınır getiren bir hüküm niteliğinde olduğu kabul edilse bile, bunun TMK. m. 23/II'ye yollamada bulunduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü, TMK. m. 23'teki sınırlayıcılık tüm kişilik değerlerini kapsamaktadır.<sup>62</sup>

TMK. m. 23'de kişilik haklarının hukuka veya ahlâka aykırı olmasının yaptırımı açıkça ifade edilmemiştir. TMK m. 23'ün ve YBK m. 27/I'in (BK m. 19/II) aynı konuda hüküm içermesi, yani iki farklı hükmün varlığı ve hangisinin uygulanabileceği tartışmalara yol açmıştır. Bu konuda doktrinde üç görüş vardır.<sup>63</sup>

Bir görüşe göre, TMK. m. 23/II'nin ihlâli, YBK m. 27/I (BK. m. 19/II ve BK. m. 20/I) anlamında bir içerik sakatlığıdır.<sup>64</sup> Dolayısıyla, TMK. m. 23/II'nin ihlâlinin yaptırımı BK. m. 20'de düzenlenen kesin hükümsüzlüktür.

İkinci bir görüşe göre, TMK. m. 23/II ile YBK. m. 27/I'de (BK m. 19/II- BK m. 20/I) iki farklı durum düzenlenmektedir. YBK. m. 27/I'de (BK. m. 19/II- 20/I) öngörülen kesin hükümsüzlük yaptırımı sözleşmenin konusunun (içeriğinin) hukuka ve ahlâka aykırı olması halinde uygulanacaktır. Oysa, TMK. m. 23/II'de sözleşme içeriği nedeni ile değil taraflardan birine (zayıf tarafa) onun özgür iradesi ile karar verme yetkisini zorlamak suretiyle aşırı bir bağıllık getirdiği için kişilik haklarına aykırı kabul edilmektedir. O halde TMK. m. 23'ün kapsamına giren sözleşmelerde YBK. m. 27/I'den (BK. m. 20/I) farklı olarak sadece borçlunun üstlendiği yükümlülüklerin onun kişisel özgürlükleri üzerindeki bağlayıcı etkisi göz önünde bulundurulmaktadır. Bu yüzden de bunlara uygulanacak yaptırım YBK. m. 27/I'e (BK m. 19/II- BK. m. 20/I) göre değil, TMK. m. 23 çerçevesinde kalınmak suretiyle ve niteliklerine uygun düşecek biçimde belirlenmelidir.<sup>65</sup> Örneğin, kişilik hakları açısından mutlak (kesin) bir bağlanma yasağına aykırılık (belli bir özgürlükten tamamen vazgeçme gibi) söz konusu ise yükümlülük altına giren taraf TMK. m. 23 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımından yararlanabilmeli, fakat, diğer taraf açısından sözleşme bağlayıcılığını korumalıdır.<sup>66</sup> Örneğin bir film yapımcısı ile bir dublör arasında, bedel karşılığı tehlikeli sahnelerde başrol oyuncusunun yerine oynamak üzere bir sözleşme yapıldığı takdirde borcun ifasında yaşamsal bir tehlike söz konusudur ve bu konuda kişinin serbestçe karar verme özgürlüğü

61 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 528.

62 Geniş bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 567.

63 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 568.

64 Başpınar, s. 141; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 568; Ateş, s. 168.

65 Bu görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 569.

66 Geniş bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 569.

ortadan kalkmıştır. Sözleşmenin geçerliliği BK. m. 27/I'e (BK m. 19/II- BK. m. 20/I) göre değil, TMK. m. 23/II'nin amacına uygun olacak bir şekilde belirlenmelidir. Karar verme özgürlüğünden vazgeçen taraf baştan itibaren, geçerli bir borç altına girmez. Örneğin, dublör son dakikada tehlikeli sahnede oynamaktan vazgeçerse, film yapımcısı ondan herhangi bir tazminat veya cezaî şart ödemesini talep edemez. Buna karşılık, film yapımcısı sözleşme ile bağlıdır. Dublör tehlikeli sahnede oynadıktan sonra, film yapımcısı geçersizlik iddiasında bulunamaz ve edimini yerine getirmekten kaçınamaz. Yani, sözleşme taraflardan birini aşırı bağlılık altına sokarsa borçlu dilediği takdirde kendisine tanınacak bir fesih hakkından yararlanarak sözleşme ilişkisine ileriye yönelik (ex nunc) son verebilmelidir. Fesih hakkını kullanıp kullanmamak borçlunun iradesine tabî olduğundan hakim bu re'sen dikkate alması da söz konusu olamayacaktır.<sup>67</sup>

İsviçre hukukunda baskın olan üçüncü görüş ise, ikinci görüş taraftarlarının yukarıda açıklamaya çalıştığımız argümanlarını bazı detay değişikliklerle ayakta tutmaya çalışmaktadır.<sup>68</sup> Buna göre, TMK. m. 23/II'ye aykırı olan sözleşmeler YBK. m. 27/I'e (BK m. 19/II - BK m. 20/I) göre kesin hükümsüzdür. Ancak burada kesin hükümsüzlük, katı bir şekilde uygulanmamalı, TMK. m. 23/II'nin kişilik haklarını koruyucu etkisi göz önünde bulundurularak uygulanmalıdır. Bu görüşe göre kesin hükümsüzlüğü sadece kişilik hakları zarar gören taraf ileri sürebilmeli, hakim de bunu sadece kişilik hakları zarar gören taraf lehine dikkate alabilmelidir.<sup>69</sup>

Görülüyor ki, bu görüş taraftarlarının ileri sürdüğü çözüm, YBK. m. 27/I'deki (BK. m. 20/I) kesin hükümsüzlük kavramı, özel hüküm niteliğindeki TMK. m. 23'ün kişilik haklarını koruyucu amacı dikkate alınarak ve bu amaca uygun biçimde sınırlandırılarak uygulanmalıdır.<sup>70</sup>

Özetlemek gerekirse, yasaklayıcı yasa hükümlerine aykırılığın yaptırımı mutlaka YBK. m. 27/I (BK m. 20/I) gereği kesin hükümsüzlük olmayıp bu yasaklayıcı hükümlerin her birinin anlam ve amacı dikkate alınarak belirlenmeli ve yasaklayıcı hükmün yaptırımının YBK. m. 27/I (BK m. 20/I) uyarınca kesin hükümsüzlük olduğu durumlarda bile, özel hükmün anlam ve amacı gereği klasik kesin hükümsüzlük yaptırımının sınırlandırılıp değişikliğe tâbi tutarak uygulanması kabul edilmelidir.<sup>71</sup>

67 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 570 ve orada dipn. 140.

68 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 570 571.

69 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 571.

70 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 571.

71 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 571 572.

Diğer taraftan, YBK m. 27/I'de (BK. m. 19/II) hukuka aykırılıktan söz edilmişken, TMK. m. 23/II'de bunun tekrar edilmesine gerek bulunup bulunmadığı düşünülebilir. Ancak, doktrinde, TMK. m. 23/II'de yer alan hukuka aykırılık kavramına özel hükümlere yollama yapmak amacıyla yer verildiği, kanunun başka bir maddesinde özgürlüklerin sınırlandırılması yasaklanmış ve özel yaptırımlar öngörülmüşse, TMK. m. 23/II yerine öncelikle bu özel hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir.<sup>72</sup> Örneğin, ömür boyu sürecek bir hizmet sözleşmesinin yaptırımı, YBK. m. 27/I'de (BK m. 20/I) düzenlenen kesin hükümsüzlük değildir. Burada, özel yaptırım içeren ve işçinin on yıl geçtikten sonra belli bir fesih öne line uymak koşuluyla, tazminat vermeksizin sözleşmeyi her zaman feshedebileceğini öngören BK. m. 343 hükmü uygulanacaktır.<sup>73</sup>

### 3. Kamu Düzenine Aykırılık

Kamu düzeni kavramı nisbi bir kavram olup, yer ve zamana göre değişmektedir.<sup>74</sup>

Yargıtay'a göre:

“... Kamu düzeni takdiri bir kavramdır. Bunu kesin olarak sınırlamaya olanak yoktur ... kamu düzeni kavramı ifade edilebilmekten çok, duyulabilen sezilebilen şeylerdir, ... ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir”.<sup>75</sup>

Görülüyor ki kamu düzeni ile ilgili hükümler emredici niteliktedirler ve kamu hukuku alanına ait olabilecekleri gibi özel hukuk alanına da ait olabilirler.<sup>76</sup> Ancak hemen ifade etmek gerekir ki borçlar hukuku alanında kamu düzeni ile ilgili kurallara nadiren rastlanır. Örneğin, sözleşme özgürlüğü, ahde vefa, güven ilkesi konularına ilişkin kurallar Borçlar Hukuku alanında kamu düzenini ilgilendiren kurallar olarak değerlendirilebilirler.<sup>77</sup>

Doktriner tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, yazılı olmayan bir kamu düzeni kuralına aykırılığında hukuka aykırılık kapsamında değerlendirilmesi

72 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 565; Akipek / Akıntürk, s. 374.

73 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 566; Akipek / Akıntürk, s. 374; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 391.

74 Eren, s. 258; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 546; Esener, Akit, s. 203.

75 YHGK, 12.12.1990, E. 1990/ 3-527, K. 1990/627

([www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/printKarar.jsp?pKararId...](http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/printKarar.jsp?pKararId...) erişim tarihi: 04.03.2010).

76 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 547; Eren, s. 288.

77 Eren, s. 288.

ve kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması yerinde olacaktır.<sup>78</sup>

## II. Ahlâka Aykırılık

Yeni Borçlar Kanunu 27/I'de (BK m. 19/II - BK m. 20/I), ahlâka aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiş, ancak, kanun koyucu ahlâka aykırılığın tanımını yapmamıştır.

Bir toplumda belli bir zamanda, orta zekâlı, dürüst ve makul kimselerin ortalama düşünce ve algılayışları toplumun ahlâki değer yargılarını oluşturur.<sup>79</sup> Bu tanımları konumuzla ilişkilendirecek olursak, bir sözleşme, aydın, vicdanlı, makûl ve namuslu insanların doğruluk ve insaf duygularını inciten taahhütler içeriyorsa, ahlâka aykırıdır.<sup>80</sup>

Ahlâk, sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini oluşturan, genel bir hukuk ilkesidir.<sup>81</sup> Ahlâk kurallarına bu niteliği kazandıran YBK m. 27/I (BK. m. 19/II BK m. 20/I) hükmüdür.

Yazılı olmayan bu kurallar (ahlâk kuralları) nispi ve değışkendirler.<sup>82</sup> Hakim, bir sözleşmenin ahlâk kurallarına aykırı olup olmadığını sözleşmenin yapıldığı andaki durumu göz önünde bulundurarak belirlemelidir.<sup>83</sup>

Somut olayda, doktrin ve içtihatlar da temel alınan “taahhütlerin yoğunluğu, süresi, konusu”, “edim - karşı edim dengesi”, “borçlunun kişisel durumu” gibi ilke ve kriterler bütün olarak değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır.<sup>84</sup> Örneğin, bir kimsenin para karşılığında dinini, mezhebini, siyasi görüşünü, uyruğunu, yerleşim yerini değıştirmesini ya da para karşılığında kızının evlenmesine rıza göstermesini, boşanma taahhüdünde bulunmasını,<sup>85</sup> boşanma sonunda nafaka istememesini, öngören sözleşmeler de ahlâka aykırıdır.<sup>86</sup> Yargıtay'a göre:

“... Kızın babasının evlenmeye razı olmasının karşılığı olarak başlık adı altında aldığı mal veya para, bu ölçüler içinde hukuka aykırı (ahlâka aykırı) düşeceğinden, bunu sağlayan bağıt ve taahhütler de hükümsüz sayılmalıdır...”<sup>87</sup>

78 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 549.

79 Krş. : Ateş, s. 83; Eren, s. 292; Oğuzman / Öz, s. 74; Başpınar, s. 136.

80 Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 398.

81 “Genel hukuk ilkeleri, toplumdaki birliği, bütünlüğü ve hukukî güvenliğı sağlayan üst değerlerdir”. Bu konuda bkz. Ateş, s. 88.

82 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 551; Ateş, s. 88; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 399.

83 Başpınar, s. 137; BGE 84 II 628 (Kaneti, Selim: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları I, Ankara 1968 Kararlar, s. 34).

84 Ateş, s. 243 vd.

85 Yarg. 2. HD, 22.10.1974, E. 974 / 6074, K. 974 / 60431 (Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası).

86 Başpınar, s. 138; Eren, s. 292.

Bir sözleşmenin içeriğinin hem hukuka hem de ahlâka aykırı olması mümkündür.<sup>88</sup> Örneğin, bir memura işinin görülmesi için rüşvet vermek veya bir kimseyle adam öldürmesine ilişkin sözleşme yapmak hem hukuka, hem de ahlâka aykırıdır.

Sözleşmenin kurulmasından önce sözleşmenin dayanağını oluşturan koşulların, ahlâka aykırı olması durumunda, sözleşmenin ahlâka aykırılık gerekçesiyle YBK m. 27/I'de (BK. m. 20/I) düzenlenen kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olup olmayacağı veya sözleşmenin içeriği kavramının ahlâka aykırılık bakımından geniş yorumlanıp yorumlanmayacağı konusunda doktrin ve Yargıtay'ın iki farklı görüşü vardır.

Bir görüşe göre, tarafların ortak amacı “sözleşmenin içeriği” kavramına dahil sayılarak ahlâka aykırılık buna göre değerlendirilmelidir. Sözleşmenin kuruluşu sırasındaki koşullar ahlâka aykırılık bakımından sözleşmeyi geçersiz saymaya tek başlarına yeterli değildirler. Bu gibi durumlarda, sözleşmenin aşırı yararlanma (gabin) veya irade bozukluğu hallerinden biriyle sakatlanabilmesi söz konusu olabilir.<sup>89</sup>

Diğer bir görüşe göre ise, sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki hâl ve şartlar sözleşme içeriğinin sebebini belirlemekte ve sözleşme içeriğiyle doğrudan doğruya bağlantılı olguları içermektedir. Bu yüzden, BK. m. 20'deki (YBK m. 27/I) “bir akdin mevzuu” deyiminin ahlâka aykırılık açısından geniş yorumlanması ve sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki hâl ve şartların da sözleşmenin ahlâka aykırılık denetimi açısından dikkate alınması gerekmektedir.<sup>90</sup> Bu konuda verilebilecek en güzel örnek taraflardan birinin tekel durumunda olmasıdır. Bu gibi durumlarda güçlü taraf, iş hayatının gerekleri ile bağdaşmayacak ve edimler arasında aşırı dengesizlikler söz konusu olacak şekilde sözleşmenin kurulmasını sağlamaktadır.

Sözleşmenin içeriği kavramı geniş yorumlanarak, tarafların birlikte isteyip izledikleri dolaylı ortak amacın da ahlâka aykırı olması durumunda sözleşmenin içeriği YBK. m. 27/I (BK m. 20/I) uyarınca kesin hükümsüz olur.<sup>91</sup> Taraflardan sadece birinin istediği ve izlediği amaç ahlâka aykırı ise, bu sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Hatta, bir tarafın istediği ve

87 Yarg. 11. HD, 11.02.1980, E. 1980 / 620, K. 1980/620 ( **Tekinay, Selâhattin Sulhi**: “Başlık Parasına İlişkin Uygulamalar Hakkında”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan I, 1982, s. 77-89, s. 79 vd).

88 **Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı**, s. 555.

89 **Hatemi**, s. 172; BGE 84 II 13 (**Kaneti**, Kararlar, s. 28).

90 Yarg. 20. HD, 28.03.2002, E. 2002 / 1955, K. 2002 / 2791 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

91 **Başpınar**, s. 145; **Eren**, s. 294; **Ateş**, s. 224; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 400; **Von Tuhr**, s. 249.

izlediği ahlâka aykırı amacı, diğer taraf sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenmiş olsa bile, bu husus sözleşmenin geçerliliğini etkilemez.<sup>92</sup> Örneğin, “evli bir adam olan (A), metresi (B)'ye hediye etmek için mücevheratçı (C)'den bir kolye satın alırken, ahlâka aykırı bir amaç (saik) gütmektedir. Fakat bu amacın (saikin) ahlâka aykırılığı, (A) ile (C) arasındaki sözleşmeyi kesi hükümsüz kılmaz. Fakat, (C), (A)'yı böyle bir hediye için ikna etmiş ve satım sözleşmesi yapılırken güdülen amaç da onunla birleşmişse”,<sup>93</sup> bu durumda sözleşme ahlâka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olur.

Amaç ile içeriği birbirinden kesin çizgilerle ayırmak çoğu kez olanaksızdır. Çünkü, sözleşmenin içeriğini oluşturan taahhütler (yükümlülükler) ahlâka aykırı unsurlar taşırsa, sözleşme, içeriği ahlâka aykırı olması nedeniyle kesin hükümsüz olur. Ne var ki, gene pek çok durumda sözleşmenin içeriğinin ahlâka aykırı olup olmadığını belirlerken “ taraflarca güdülen amaç” unsuru içeriğin kontrol edilmesi açısından büyük önem taşır. Diğer bir anlatımla, içerik ve amacı birlikte değerlendirmek gerekecektir. Örneğin, bir genelev işletmesini devir sözleşmesi gerek içerik gerekse amaç açısından ahlâka aykırı ve bu nedenle kesin hükümsüz saymak gerekirse de genelev işletmek için devletten izin alınmış olması durumunda bu izin sözleşmenin ahlâka aykırılığını ortadan kaldırmamakla birlikte, sözleşmenin ahlâka aykırı olup olmadığı tartışmasını gereksiz kılmaktadır. Böyle olunca da taraflar, sözleşmeden doğan haklarını birbirlerine karşı ileri sürebileceklerdir.<sup>94</sup>

### III. İmkânsızlık

#### A. İmkânsızlığın Başlangıçta Var Olması

Edim, sözleşmenin kurulduğu anda imkânsız olabileceği gibi, sözleşme kurulduktan sonra da imkânsız hale gelebilir. Edimin başlangıçtan itibaren mi yoksa sonradan mı imkânsız olduğunun tespiti sözleşmenin geçerliliği ve ifası bakımından önem taşımaktadır. Eğer, imkânsızlık sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu anda söz konusu olursa, sözleşme YBK m. 27/T'e (BK m. 20/I) göre kesin hükümsüzdür.<sup>95</sup> Buna karşılık, sözleşme kurulduktan sonra edimin ifası imkânsız hale gelmiş ise, “sonraki imkânsızlık”

92 Başpınar, s. 146.

93 Tekinay/Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 400 - 401.

94 YİBK, 14.01.1948, E. 1948/30, K. 1948/2 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 13. HD, 13.12.1976, E. 1976/2884, K. 1976/8294 (YKD, 1977, S. 8, s. 118-119); geniş bilgi için bkz. Postacıoğlu, E.: “Genelev İşletenlerin Mal Sahiplerinin Yaptıkları Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği”, Karar İncelemesi, İHFM 1949, C. XV, S. 4, s. 1288 1309, s. 1288 vd.

95 Akyol, Borçlar, s. 152; Başpınar, s. 115; Altunkaya, s. 101; Eren, s. 295; Yarg. 15. HD., 25.5.1981, E. 825, K. 1234 (Dalamanlı, Lütfü / Kazancı, Faruk / Kazancı, Muharrem: İlmî ve Kazâî İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. I, İstanbul 1990, 227 vd.).



söz konusu olur. Bu imkânsızlık sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Sözleşme geçerli bir şekilde kurulmuştur.<sup>96</sup> Bu durumda “sözleşmenin konusunun imkânsızlığından” değil, “sözleşmeden doğan borcun ifasının imkânsızlığından” söz edilir.

Başlangıçtaki imkânsızlık, edimin sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan, objektif, sürekli, maddi ve hukukî bir engelden dolayı borçlu da dahil hiç kimse tarafından ifa edilemiyor olmasıdır.<sup>97</sup> Örneğin, kira sözleşmesine konu ev sözleşme yapılmadan yanmışsa veya satılan ferdan belirlenmiş bir at satım sözleşmesinin kurulduğu sırada ölmüş bulunuyorsa, kira ve satım sözleşmesine konu edimlerin ifa edilememesinin nedeni başlangıçtaki imkânsızlıktır.<sup>98</sup>

Başlangıçtaki imkânsızlık, sadece sözleşmelerde söz konusu olabilir. Kanundan doğan borçlarda<sup>99</sup> buna yer yoktur. Çünkü, kanun imkânsız olan bir edimin yerine getirilmesini hiç kimseden bekleyemez.<sup>100</sup>

Başlangıçtaki imkânsızlık sözleşmenin konusunun yanında sözleşme ile ulaşılmak istenen dolaylı ortak amaçla ilgili olarak da karşılaşılabilen bir kavramdır.<sup>101</sup>

Sözleşmede seçimlik edimler söz konusu olduğu zaman bu edimlerden birinin imkânsız olduğu durumlarda sözleşme geçersiz olmayıp, borcun konusunu diğer edim oluşturur.<sup>102</sup> Edimlerden birinin geçersiz olması durumunda, YBK. m. 27/II'ye (BK m. 20/II) göre, kısmî hükümsüzlük söz konusu olur.<sup>103</sup> Ancak, tarafların farazi iradelerinden, edimlerden biri için başlançtaki imkânsızlığı bilselerdi diğer edimi konu alan sözleşmeyi yapmayacakları sonucu çıkarılabiliyorsa, sözleşme YBK. m. 27/I'e (BK m. 20/I) göre kesin hükümsüzdür.<sup>104</sup>

Sözleşmenin YBK. m. 27/I (BK m. 20/I) anlamında geçersiz olabilmesi için, başlangıçtaki imkânsızlığın kesin ve sürekli nitelikte olması gerekmektedir.<sup>105</sup> Süreklilikten amaç, başlangıçtaki imkânsızlığın sonradan ortadan kalkmasının söz konusu olamayacağıdır.

96 Altunkaya, s. 104.

97 Altunkaya, s. 103; Başpınar, s. 116. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, 20.02.1990, E. 1990/9411, K. 1990/1087 (Karahasan, Borçlar, s. 282).

98 Eren, s. 295.

99 Örneğin, TMK m. 364'den doğan yardım nafakası borcu kanundan doğan bir borçtur.

100 Altunkaya, s. 154.

101 Altunkaya, s. 154.

102 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 405; Altunkaya, s. 155; Başpınar, s. 118.

103 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 816.

104 Altunkaya, s. 155; Başpınar, s. 118.

105 Altunkaya, s. 162; Başpınar, s. 121.



## B. İmkânsızlığın Objektif Nitelikte Olması

Yeni Borçlar Kanunu m. 27/I'deki (BK m. 20/I) imkânsızlık objektif anlamda imkânsızlıktır. Yasada objektif ve sübjektif anlamda imkânsızlığın tanımı yapılmamıştır. Bu husus doktrine bırakılmıştır. Sözleşmedeki imkânsızlığın objektif imkânsızlık mı, yoksa sübjektif imkânsızlık mı olduğunu belirlerken, ifayı engelleyen husus dikkate alınacaktır.<sup>106</sup> Sübjektif imkânsızlık borçlunun kendi özel durumundan kaynaklanan ifa imkânsızlığı anlamına geldiği halde, objektif imkânsızlık, edimin en geç sözleşmenin kurulduğu anda, borçlu da dahil hiç kimse tarafından yerine getirilemiyor olmasıdır.<sup>107</sup> Sübjektif imkânsızlık sözleşmeyi kesin hükümsüz kılmadığı halde, objektif imkânsızlık halinde sözleşme kesin hükümsüz hale gelir.<sup>108</sup> Örneğin, “A, B'ye daha önce yanmış bir evin satışını veya ölmüş bir atın bağışlanmasını taahhüt etmişse”<sup>109</sup> başlangıçtaki objektif imkânsızlık hali söz konusudur.

Sözleşmenin başlangıçtaki imkânsızlıktan dolayı kesin hükümsüz olabilmesi için, sözleşmenin konusunun objektif anlamda imkânsız olması gerekmekte ise de, yalnızca borçlunun bizzat ifa etmesi gereken nitelikteki edimlerin, borçlunun kişisel özünden kaynaklanan yetersizliği nedeniyle ifasının mümkün olmaması durumunda, objektif anlamda imkânsızlığın mı, yoksa sübjektif anlamda imkânsızlığın mı söz konusu olduğu tartışmalı bir konudur.<sup>110</sup> Örneğin, “ünlü bir ressamla yapılan bir istisna sözleşmesinde ressam yeteneğini sözleşmenin yapıldığı anda kaybetmiş bulunuyorsa”,<sup>111</sup> buradaki imkânsızlığın objektif anlamda imkânsızlık olduğunu söylemek daha isabetli görünmektedir.<sup>112</sup> Çünkü, örneğimizde olduğu gibi taahhüt edilen edimi ünlü ressam da dahil hiç kimse yerine getiremez ve sözleşme YBK. m. 27/I (BK m. 20/I) uyarınca kesin hükümsüz olur.<sup>113</sup>

Ümit satımında, mesela, doğmamış bir at yavrusunun veya bir tarladan çıkacak ürünün satımı durumunda, tarlanın ürün vermemesi veya at

106 Altunkaya, s. 111; Başpınar, s. 120.

107 Eren, s. 295; Başpınar, s. 119; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 404; Serozan, Rona : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 167; Altunkaya, s. 110; Von Tuhr, s. 253; Akyol, Borçlar, s. 151.

108 Yarg. 15. HD, 13.04.1977, E. 1977/350, K. 1977/870 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 15. HD., 25.5.1981, E. 1981/825, K. 1981/1234 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

109 Eren, s. 295.

110 Serozan, İfa, s. 170.

111 Eren, s. 296.

112 Başpınar, s. 119; Altunkaya, s. 112; Esener, Akit, s. 207; Eren, s. 296; Karş: Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 907; Serozan, İfa, s. 170.

113 Eren, s. 269.

yavrusunun doğmadan telef olması halinde sözleşme imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüz olmaz.<sup>114</sup> Ancak, sözleşmenin konusu olan tarla veya at ya da yavrusu hiç mevcut değilse, sözleşme baştan itibaren imkânsızdır.

“Edimin başlangıçta imkânsız olduğunun sonradan fark edilmesi, sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde edimin sonradan ifa edilebilir hale gelmesi başlangıçtaki imkânsızlığın ortaya çıkmasını engellemez”.<sup>115</sup> Sözleşmenin ifasının bir şarta veya bir süreye bağlı olduğu durumlarda sürenin dolduğu veya şartın gerçekleştiği anda edimin ifası mümkünse, imkânsızlık söz konusu olmaz.<sup>116</sup> Sözleşme, ifa anında, edimin ifasının mümkün olabileceği düşüncesi ile yapılmışsa ve ifa anında edim mümkünse sözleşme kesin hükümsüz olmaz.<sup>117</sup>

#### IV. Muvazaa (Danışıklık)

Muvazaalı işlemlerde kesin hükümsüzlük yaptırımını muvazaanın mutlak veya nisbi olmasına göre iki durumda incelemek gerekir.

Mutlak muvazaada görünürdeki işlem tarafların iradelerine uygun olmadığı için, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir.<sup>118</sup> Bize de muvazaalı işlemlere kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması daha doğru gelmektedir. Çünkü muvazaalı işlemde tarafların irade açıklamaları mevcut, ancak, iradeleri ile açıklamaları arasında uyum bulunmamaktadır.<sup>119</sup> Dolayısıyla, muvazaalı işlem hiç bir zaman hüküm ve sonuç doğurmaz. Muvazaalı işlemin kesin hükümsüz olması durumunda buna bağlı olan ferî sözleşme ve haklar da kesin hükümsüz olur. Örneğin, cezai şart ve kefalet sözleşmesi ferî hak niteliğindedir. Bu tür hakların bağlı olduğu asıl sözleşmenin muvazaa nedeniyle kesin hükümsüz olması durumunda, ferî haklar da kesin hükümsüzdür.<sup>120</sup>

Nisbi muvazaada ise görünürdeki işlem tarafların iradelerine uygun olmadığından kesin hükümsüzdür.<sup>121</sup>

Nisbi muvazaada,<sup>122</sup> gizli işlemin geçerli olabilmesi için sözleşmenin geçerlilik şartlarını taşıması gerekir. Örneğin, saklı paylı mirasçıdan, mal

114 Akyol, Borçlar, s. 154; Başpınar, s. 122.

115 Altunkaya, s. 161.

116 Eren, s. 298. Altunkaya, s. 161; Esener, Akit, s. 208.

117 Altunkaya, s. 161.

118 Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011, s. 167; Aday, Nejat: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992, s. 24. Bazı yazarlara göre muvazaada tarafların ciddi irade açıklamaları bulunmadığından ve bu nedenle esaslı unsurlardan yoksun bulunduğu için işlem butlan yaptırımına değil yokluk yaptırımına tabi olmalıdır. Geniş bilgi için bkz. Eren, s. 322; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 579

119 Aday, s. 24.

120 Eren, s. 321.

121 Kılıçoğlu, Borçlar, s. 167; Ayrıca bkz. YİBK. 5.2.1947, 20/6 (Özkaya, Eraslan: İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2004, s. 234).

kaçırmak için üçüncü kişiye taşınmaz devretmek isteyen miras bırakan, ileride saklı paylı mirasçının açacağı tenkis davasından kurtulmak için taşınmaz mal bağışını satış olarak göstermiştir. Satım sözleşmesi tarafların gerçek iradelerine uymadığı için kesin hükümsüzdür (BK m. 18 - YBK. m. 19). Buna karşılık, gizli işlemi oluşturan bağışlama sözleşmesi ise, tarafların iradeleri gerekli şekil şartı içinde açıklanmadığı için geçersizdir (BK. m. 238/II-YBK m. 288/II).<sup>123</sup>

Görünürdeki işlemin geçerlilik şekline uygun olarak yapılmasının, gizli işlemdeki şekil eksikliğini giderip gidermeyeceği doktrinde tartışmalıdır.<sup>124</sup> Türk Hukuk sisteminde, görünürdeki işlemin geçerlilik şekline uygun olarak yapılmasının, gizli işlemdeki şekil eksikliğini gidermeyeceği kabul edilmektedir.<sup>125</sup>

#### V. Kanuna Karşı Hile

Kanuna karşı hilede emredici bir hukuk kuralıyla yasaklanan bir sonuca tarafların anlaşmak suretiyle yasanın izin verdiği başka bir işlemle ulaşmaları söz konusudur.<sup>126</sup> Örneğin, avukatlık mesleğinden men edilen kişinin, alacağı temellük etmek suretiyle kendi adına takip etmesinde kanuna karşı hile mevcuttur.<sup>127</sup> Burada avukatlık mesleğinden men edilmiş kişi, hukuk düzeninin emredici bir kuralla yasakladığı bir sonucu, kanunun izin verdiği başka bir işlemle, (alacağın temlik sözleşmesiyle) elde etmek istemektedir.

Kanun koyucu, emredici hukuk kuralıyla hem tarafların izledikleri amacı,

122 Muvazaalı işlemin geçersizliği gizli işlemi de batıl kılmaz. **Eren**, s. 385; **Esener, Turhan**: Türk Hukusunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, s. 60.

123 **Eren**, s. 326; Karş. : **Özkaya**, İnançlı İşlem, s. 966; **Yavuz, Nihat**: Muvazaa, İnançlı İşlem, Namı-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, Ankara 2008, s. 26; **Akyol**, Borçlar, s. 146; YHGK ve YİBK'na göre, "... Gerek mutlak muvazaada, gerekse nisbi muvazaada görünüştaki akit tarafların gerçek iradelerine uymadığından hükümsüzdür. Şekle bağlı akitlerde, şekle uygun yapılmadığından, nisbi muvazaadaki gizli akit de şekil noksanlığından geçersizdir ..." YHGK., 04.05.1960, E. 1960/2-14, K. 1960/24 (**Yavuz**, s. 111); "...gerçekte bağışlanmak istenildiği halde iradelerin satış doğrultusunda açıklanmış olması halinde satış sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gizli bağış sözleşmesi de şekil koşulundan yoksunluktan ötürü geçersiz bulunduğu..." YİBK., 1.4.1974, 1/2 (**Yavuz**, s. 87).

124 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Esener**, Muvazaa, s. 75; **Aday**, s. 40 vd.

125 **Esener**, Muvazaa, s. 80.

126 **Özsunay, Ergün**: İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 240.

127 BGE 78 II 207 (**Yavuz**, s. 27). Federal Mahkeme'nin bir başka kararına göre, "Bir hukukî muamele ... BK'nun 20. maddesinin 1. fıkrası gereğince in fraudem legis le yapılır yapılmaz batıldır; yani yasal bir hükmü hileli bir amaç için kullanırsa özel bir durumda böyle olup olmadığını anlamak bir yorum sorunudur. Bunun için ekonomik bir neticeyi kanunun yasaklayıp yasaklamadığını veya tarafların tasarruf hakkı dışında kalan, ancak bazı sınırlamalar içinde müsaade edilmesi veya daha ziyade sonucu yasaklanmaksızın ona ulaşmanın yolları ve çarelerini düzenleyip düzenlemediğini araştırmak gerekir; bu sonucun durum da, benzeri bir sonuca ulaşmaya müsaade ederse, hukukun diğer yollarını kullanmaya hiçbir engel yoktur... Örneğin, resmi şekle riyeti zorunlu kılan gayrimenkul satışı için, resmi şekle riyeti gerektirmeyen başka bir yasak yol kullanarak tapu kütüğüne kaydetmek suretiyle mülkiyetin devri ile mukayese edilebilir aynı ekonomik sonucu gerçekleştirmek yasak değildir..." BGE 54 II 429 (**Oftinger / Jeanpretre**, s. 93).

hem de amaca ulaşmak için takip edilen yolu yasaklamış olabilir. Kanunun yasakladığı amaca ulaşmak için yapılan sözleşme geçersizdir. Örneğin, borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir<sup>128</sup> (TMK. m. 873/II). Tarafların yaptıkları bu işlem, emredici hukuk kuralının yasakladığı işlemin doğuracağı sonucu doğurmalıdır.<sup>129</sup>

Buna karşılık, kanun amacı değil sadece aracı yasaklıyorsa, o amaca başka bir araç ile erişmek hukuka aykırı değildir.<sup>130</sup>

Kanuna karşı hilenin yaptırımının ne olduğu konusunda doktrinde iki farklı görüş vardır. Bir görüşe göre, bertaraf edilen hükmün öngördüğü yaptırımın uygulanması gerekmektedir.<sup>131</sup> Bir başka görüşe göre ise, kanuna karşı hile halinde emredici kanun hükmü ihlâl edildiğinden, YBK. m. 27 (BK m. 20) uygulanacaktır.<sup>132</sup> Yargıtay'ın bu konudaki görüşü ise, kanunen yasaklanmış bir sonuca (amaca) dolaylı bir biçimde başka bir işlemle ulaşılması, kanuna karşı hilenin olduğu yönünde değil muvazaanın söz konusu olduğu yönündedir.<sup>133</sup> Muvazaa ile kanuna karşı hile nitelik ve amaçları itibarıyla birbirinden ayrı kurumlardır.<sup>134</sup> Kanuna karşı hilede taraflar gerçek amaçlarını gizleyerek, yaptıkları sözleşmenin sonuçlarını istemektedirler ve bu sözleşmeyi kanunun emredici bir hükmünü bertaraf etmek suretiyle yapmaktadırlar. Muvazaada (nisbi muvazzada) ise, taraflar görünürdeki sözleşmenin sonuçlarını istememektedirler. Kanımızca, kanuna karşı hilenin bütün unsurlarının olduğu olaylarda Yargıtay'ın kanuna karşı hileye değil de muvazaaya hükmetmesi yerinde değildir.

### 3. KESİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI

#### I. İşlemin Baştan İtibaren Kesin Hükümsüz Olması

Kesin hükümsüz bir sözleşme başlangıçtan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz diğer bir anlatımla sözleşmeyi kesin hükümsüz kılmak için herhangi bir girişimde bulunmaya gerek yoktur; sözleşme kendiliğinden

128 Eren, s. 336.

129 Eren, s. 337; Yavuz, s. 27.

130 Eren, s. 336; Yavuz, s. 27.

131 Akyol, Borçlar, s. 149; Eren, s. 337; Yavuz, s. 31;

132 Özkaya, İnançlı İşlem, s. 969; Esener, Muvazaa, s. 16; Muvazaalı evlenmeler ile ilgili olarak kanun özel bir hüküm getirmedüğinden, bu tür evliliklere uygulanacak yaptırımın ne olacağı konusu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, çoğunluğun görüşüne göre muvazaalı evlenmelere kanuna karşı hile yaptırımını uygulanmalıdır. Bu tür evliliklere genellikle vatandaşlığın sağlayacağı bir takım imkânlardan yararlanmak için başvurulmaktadır. Buna göre, "hakim, evliliği geçerli sayacak fakat evlenme ile ulaşmak istenen amacı; yani vatandaşlık, çalışma veya oturma izni elde etme amaçlarını geçersiz, dolayısıyla da kişiyi o amaçlara ulaşmamış sayacaktır". Geniş bilgi için bkz. Akıntürk, Turgut: Aile Hukuku, 10. Bası, C. II, İstanbul 2006, s. 220.

133 14. HD., 6.11.1984, E. 1984/4408, K. 1984/6692 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

134 Eren, s. 337; Özkaya, İnançlı İşlem, s. 1003.

kesin hükümsüzdür. Böyle bir sözleşmeye dayanarak edimleri ifa etmeme, borca aykırılık sonucunu doğurmaz. Buna bağlı olarak taraflar, edimlerin aynen ifa edilmesini talep edemezler, edimleri ifa etmemek tazminata neden olmaz ve önceden ifa edilen edimlerin iadeleri istenebilir.

Kesin hükümsüzlüğü ileri sürmek, hukukî niteliği itibariyle bir def'i değil, itirazdır.<sup>135</sup> Def'i bir hak olduğu için hakim tarafından re'sen dikkate alınamaz; hak sahibinin bunu ileri sürmesi gerekmektedir. İtiraz ise, hakim tarafından re'sen dikkate alınabilir. Kesin hükümsüzlüğü ileri sürmek hukukî niteliği itibariyle itiraz olduğundan, borçlu tarafından ileri sürülmesi dahi dava malzemesinden, davalının cevap lâyihasından, tarafların ileri sürdükleri olaylardan, dosyadaki diğer belgelerden tespit edilebiliyorsa hakim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır.<sup>136</sup>

Kesin hükümsülük, kamu düzenini korumak amacıyla getirilmiş bir yaptırım olduğu için, sözleşmenin geçersizliğinden menfaati etkilenen herkes bunu ileri sürebilir.<sup>137</sup> Bu husus Yargıtay'ın kararlarında da açıkça ifade edilmektedir.<sup>138</sup>

Kesin hükümsüzlük, sadece sözleşmenin karşı tarafına değil, kesin hükümsüz işleme dayanarak hak sahibi olduğunu iddia eden herkese karşı ileri sürülebilir.<sup>139</sup>

Borçlar Hukukunda hukukî işlemlerin nisbiliği prensibine göre, ilke olarak haklar ve borçlar sadece borçlu ve alacaklı taraf için söz konusu olmaktadır.<sup>140</sup> Dolayısıyla, hukukî işlemle hiçbir ilgisi olmayan, hukukî ilişkiden hiçbir menfaat elde etmeyecek bir kişi kesin hükümsüzlüğü ileri sürememelidir.<sup>141</sup> Üçüncü kişiler bir hukukî işlemin kesin hükümsüzlüğünü, ancak bu hukukî işlem nedeniyle maddi menfaatlerinin ihlâl edilmesi halinde isteyebilirler. Bu menfaat, hukuken korunan, hâlen mevcut ya da doğacağı kesin bir menfaat olmalıdır.<sup>142</sup>

135 Eren, s. 302; Güral, s. 100; Hatemi, s. 151; Başpınar, s. 24.

136 Von Tuhr, s.222; Pekcamtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhamet: Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 2005, s. 287; Hatemi, s. 151; Eren, s. 301; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 87; Oğuzman / Öz, s. 138; Akyol, Borçlar, s.72.

137 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 586; Eren, s. 72; Başpınar, s. 23; Güral, s.103; Ateş, s.276; Esener, Akit, s.214; Oğuzman / Barlas, s. 191.

138 Bkz. Yarg. 1. HD, 16.9.1980, E. 1980/ 80880, K. 1980 / 10700 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

139 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 586; Güral, s. 108; Von Tuhr, s. 223; Tekil, Fahiman: "Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1091-1114, s. 1099 vd.

140 Eren, s. 21.

141 Güral, s. 103.

142 Güral, s. 105.

Kesin hükümsüzlük itirazının ileri sürülmesi zamanaşımına tâbi değildir.<sup>143</sup>

Kesin hükümsüz bir sözleşme kurulduğu andan itibaren, kesin olarak ve kendiliğinden geçersiz olduğundan geçersizliğin bir dava sonucu karar altına alınmasına gerek yoktur.<sup>144</sup> Ancak taraflar, kesin hükümsüzlüğün varlığını mahkemece tespit ettirebilmek için herhangi bir süreye bağlı kalmadan menfi (olumsuz) tespit davası açabilirler.<sup>145</sup>

## II. Kesin Hükümsüz İşlemin Borç Doğurmaması

### A. Edimlerin İstenememesi

Kesin hükümsüz bir sözleşme başlangıçtan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmadığı için, böyle bir sözleşmeye dayanarak edimlerin ifa edilmesi talep edilemez. İfa gerekmediğine göre, edim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi nedeniyle tazminat talep edilememesi de doğaldır.<sup>146</sup> Kesin hükümsüz sözleşmeye dayanılarak fer'i hakların ifası da talep edilemez.<sup>147</sup> Çünkü fer'i haklar aslî hakka bağlı olan, aslî hak mevcut ve geçerli olduğu takdirde kullanılabilen haklardır.<sup>148</sup>

### B. Tazminat istenememesi

Geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin, borçlunun kusuruyla ifa edilmemesi halinde alacaklı uğradığı zararı tazmin ettirmek için borçluya karşı tazminat davası açabilir.<sup>149</sup> Tazminat davasının açılması, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin sona erdiğini değil, sözleşmenin, içeriği değişerek devam ettiğini gösterir.<sup>150</sup>

Kesin hükümsüz bir sözleşme geçerli bir borç ilişkisi doğurmadığı için, edimlerin ifa edilmemeleri borca aykırılık yaratmadığı gibi tazminat davasının açılmasına da imkân vermez.<sup>151</sup>

Türk Hukuk sisteminde, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne bilerek sebebiyet veren tarafın doğrudan sorumluluğunu düzenleyen hükümler

143 Ateş, s. 280.

144 Ateş, s. 279; Oğuzman / Barlas, s. 191; Yarg. 1.HD, 06. 03.2002, E. 2001/10578, K. 2002/ 2892 (www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKararDetail\_njsp erişim tarihi: 22.09.2010).

145 Eren, s. 301; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Arpacı / Serozan, s. 585; Evlenme ve ölüme bağlı tasarruflarda butlan farklı esaslara tabi tutulmuştur. TMK. m. 156'da düzenlenen batıl bir evlenme hakim kararına kadar geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Geniş bilgi için bkz. Akıntürk, s. 232; TMK. m. 557 ve devamında batıl ölüme bağlı tasarrufların ancak iptal davasıyla geçersiz kılınabileceği öngörülmektedir.

146 Ateş, s. 304.

147 Ateş, s. 304.

148 Ateş, s. 304.

149 Eren, s. 993; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 854.

150 Tekinay/Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 855; Eren, s. 993.

151 Ateş, s. 305.

152 Başpınar, s. 178; Altunkaya, s. 239.

bulunmamaktadır.<sup>152</sup> Bu durumda, kıyasen Borçlar Kanunu genel hükümleri uygulama alanı bulur.<sup>153</sup> Genel hükümlerin yeterli olmadığı durumlarda ise, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinde özellikle culpa in contrahendo sorumluluğu devreye girecektir.<sup>154</sup>

### C. Alınların İadesi

Kesin hükümsüz bir sözleşmenin tarafları, bu sözleşmeden doğdukları düşünülen edim yükümlülüklerini geçersizlik iddiasından veya kararından önce ya da sonra ifa etmiş olabilirler.<sup>155</sup> Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü edimlerin ifa edilmesinden önce ileri sürülmüş ise, YBK m. 27 (BK m. 20) devreye girer ve bu hükme göre, sözleşme kesin hükümsüz olduğundan taraflar edimlerin ifasını isteyemezler.<sup>156</sup> Buna karşılık, taraflar edimlerin tamamını veya bir kısmını kesin hükümsüzlük itirazının ileri sürülmesinden veya hakim tarafından bu yönde bir karara konu olmasından önce ifa etmiş olabilirler. Bu durumda hukukî sebebin baştan itibaren geçersiz olması nedeniyle edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme (yerine göre istihkak) hükümlerine göre istenebilir.<sup>157</sup>

Kanun koyucu sebepsiz zenginleşmeyle verilenlerin iadesine bir istisna getirmiştir. Buna göre, hukuka ve ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyler geri istenemez (BK m. 65, YBK m.81). Ancak, YBK'nun 81. maddesine 2. cümle eklenerek, bu tür amaçlarla verilen ve sebepsiz zenginleşmenin konusu olan şeyin Devlete mal edilmesine hakim karar verebileceği düzenlenmiştir.

Yeni Borçlar Kanunu'nun 27/I ve 81. (BK 20/I ve 65) maddeleri arasında uygulama alanı açısından farklar vardır.<sup>158</sup> YBK. m. 27 (BK m. 20) konusu hukuka veya ahlâka aykırı olan sözleşmelerin içerik denetimi ile ilgili iken, YBK. m. 81 (BK m. 65), hukuka veya ahlâka aykırı amaçlarla yapılan ifalar ile ilgilidir.<sup>159</sup> Ayrıca, YBK. m. 27'ye (BK m. 20) göre sözleşmenin batıl olabilmesi için her iki tarafın da hukuka veya ahlâka aykırı amacı gütmeleri gerekmektedir. Ancak, YBK. m. 81 (BK m. 65) hükmünün uygulanabilmesi için sadece edimi ifa eden kişinin ahlâka aykırı amacı bilmesi ve onu edimi ifa etmeye iten

153 Başpınar, s. 178; Altunkaya, s. 239.

154 Başpınar, s. 178; Altunkaya, s. 239; Ateş, s. 303.

155 Ateş, s. 309.

156 Ateş, s. 309.

157 Ateş, s. 309; "... taraflar arasında sözleşme başlangıçtan beri geçersiz bulunsa dahi herkes verdiğini geri alma hakkına sahip bulunduğundan..." Yarg. 15. HD, 27.04.1989, E. 1988 / 4461, K. 1989 / 2129 (Erdem, Nafiz: Türk Borçlar kanunu Şerhi ve Davaları, Adana 1991, s. 146).

158 Öz, Turgut: "BK. m. 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu Ve BK. m. 20 Kuralı İle İlişkisi Rüşyet Başlık Parası", İBD, 1985, S. 1-3, s. 105-130. s. 117; Ateş, s. 321 vd.; Oğuzman / Öz, s. 765.

159 Öz, s. 117.



nedenin o amaç olması yeterlidir.<sup>160</sup>

YBK. m. 27 (BK m. 20) ile YBK. m. 81 (BK m. 65) hükümleri arasında farklar olmasına rağmen, çoğu hukuka veya ahlâka aykırı olaylarda iki hüküm birlikte değerlendirilerek uygulama alanı bulur.<sup>161</sup> Örneğin, para karşılığı cinsel ilişkide bulunmaya ilişkin sözleşmenin konusu ahlâka aykırı olduğu için sözleşme YBK. m. 27 (BK m. 20) uyarınca kesin hükümsüzdür, aynı zamanda sözleşmenin ifası için verilen edim ahlâka aykırı bir amaçla verildiği için YBK. m. 81'e (BK m. 65) göre iadesi istenemeyecektir.<sup>162</sup>

### III. Kesin Hükümsüzlüğün İleri Sürelemeyeceği Haller

Kesin hükümsüz bir sözleşmeye kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının katı bir şekilde uygulanması bazen kabul edilmesi zor sonuçların doğmasına neden olabilir. Bundan dolayı istisnâî bazı durumlarda kesin hükümsüzlük ileri sürülemeyecektir. Özellikle kesin hükümsüzlük iddiasının dürüstlük kurallarına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturduğu hallerde, taraflar bu iddiayı ileri süremezler.<sup>163</sup>

Geçerlilik şekline uyulmadan yapılan sözleşmeye kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması bazen hakkaniyete uygun olmayan sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Şekil zorunluluğuna uyulmadan yapılan bir sözleşme tam ve gereği gibi ifa edildikten sonra, kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.<sup>164</sup> Sözleşmenin tam ve gereği gibi ifa edilmediği hallerde ise, hakkın kötüye kullanılması yasağının oluşabilmesi için bazı ek unsurların gerçekleşmesi aranmaktadır. Örneğin, şekil eksikliğine rağmen sözleşmeyi ifa edeceği konusunda karşı tarafta haklı güven yaratan tarafın, sonradan sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek ifayı yerine getirmemesi<sup>165</sup> ya da taraflardan birinin şekil eksikliğini, şeklin koruyucu amacı ile ilgili bulunmayan, sırf sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmekten kaçınmak için ileri sürmesi<sup>166</sup> yahut da şekil eksikliğini bilmeden ifade bulunan tarafın, durumu daha sonra öğrenmesinden itibaren uzunca bir süre geçtikten sonra şekil eksikliğini ileri sürmesi<sup>167</sup> gibi durumlar hakkın kötüye kullanılması

160 Ateş, s. 323; Öz, s. 118.

161 Öz, s. 120.

162 Öz, s. 120.

163 Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 80.

164 Kılıçoğlu, Ahmet: "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması", YD, 1989, C. 5, S. 1-4, s. 289-322, s. 301; Altaş, s. 196; Bu konuda bkz. YİBK., 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

165 Yaşar, s. 42 - 43; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 317-318; Kılıçoğlu, Şekil, s. 214; Nomer, s. 608. Bu konuda bkz. Yarg. 13. HD., 2.12.1991, E. 1996/7217, K. 1991/10901 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

166 Tekinay/Akman /Burcuoğlu / Altop, s. 107 - 108; Yarg. 13. HD., 22.11.1996, E. 1996/8841, K. 1996/10336 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).



niteliğini taşır.

Hakim hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlâl edilip edilmediğini re'sen araştırmalıdır.<sup>168</sup> Bu araştırma sonucunda hakkın kötüye kullanıldığı kanısına varırsa taraflar ileri sürmeseler dahi bunu re'sen dikkate almalı ve sözleşme geçerli bir sözleşmenin doğuracağı hüküm ve sonuçları doğurmalıdır.<sup>169</sup>

#### KAYNAKÇA

- Aday, Nejat: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992
- Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 6. Bası, C. I, İstanbul 2007.
- Akyol, Şener: Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995 (Borçlar).
- Altaş, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998
- Altunkaya, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.
- Ateş, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007.
- Başpınar, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1999.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.
- Esener, Turhan: Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969 (Akit).
- Esener, Turhan: Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956 (Muvazaa).
- Güral, Jale: Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu Sistemi, Ankara 1953.
- Hatemi, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976.
- Kaneti, Selim: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları I, Ankara 1968.
- Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1992 (Borçlar).

167 Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 320; Yaşar, s. 43.

168 Altaş, s. 111.

169 Altaş, s. 111; Yarg. 13. HD., 2.12.1991, E. 1991/7217, K. 1991/10901 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

Çalışmamız kapsamında birden fazla eseri bulunan yazarların eserleri arasındaki farklılığı göstermek için parantez içinde kullanılan kısaltmalar ile atıfta bulunulmuştur. Ayrıca, tek atıf yapılmış olan eserlere kaynakçada yer verilmemiştir.

- Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011 (Borçlar).
- Kılıçoğlu, Ahmet: “Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye kullanılması”, AÜHFD, C. 38, S. 1, 1983, s. 209-222 (Şekil).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, İstanbul 2008.
- Nomer, Füsun N.: “Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK. m. 2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s. 595-626.
- Oftinger, Karl / Jeanpretre, Raymond: Borçlar Kanunu Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Çev. Kemal Dayınlarlı, 2. Bası, Ankara 1990.
- Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Özdemir Oktay, Saibe: Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2009.
- Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 15. Bası, İstanbul 2008.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2009.
- Öz, Turgut: “BK. m. 65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK. m. 20 Kuralı İle İlişkisi Rüşvet Başlık Parası”, İBD, 1985, S. 1-3, s. 105-130.
- Özkaya, Eraslan: İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara 2004.
- Serozan, Rona : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006.
- Tekinay, S. Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993.
- Von, Tuhr Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Çev. Edege Cevat, C. I II, 2. Bası, Ankara 1983.
- Yaşar, B. Sevgi: “Türk Özel Hukukunda Şekil kavramı ve Şekil Eksikliği Sebebiyle TMK m. 2/F'sı Gereğince Sınırlanması”, THD, S. 4, Aralık 2006, s. 31-44.
- Yavuz, Nihat: Muvazaa, İnançlı İşlem, Namı-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, Ankara 2008.



---

# HÜKMÜN AÇIKLANMASININ ERTELENMESİ

---

Prof. DR. DOĞAN SOYASLAN\*

\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi



**a) Amacı**

CMK'nun 231. maddesinde düzenlenmiştir.

Yargılamayı yapan hâkim bir neticeye varıyor. Ancak bu neticeyi açıklamıyor. Açıklamayı şartlı olarak erteliyor.

Amacı mağdurun zararını tazmin etmek cezaevlerinin yükünü azaltmak. Çünkü çok doldu cezaevleri-Hapis cezalarının kötü etkilerini gidermek, Yargıtay'ın iş yükünü azaltmaktır.

Yargı sürecini daha da uzatarak sanıkları yormamak. Gerçekte suçu işlememiş kişilerin adliye koridorlarında yıpranmasını, yorulmasını engellemektir.

Hürriyeti bağlayıcı cezalar büyük bir ümitle ortaya atıldı. İnsan onuruna uygun bir ceza idi. Amacı suçluyu hürriyet gibi bir nimetten mahrum etmekti, suçluyu terbiye etmekti.

Ama devlet amacına ulaşamadı. Şartlı tahliyeler, para cezasına çevirmeler, ertelemeler, kamu davasının açılmasını ertelemeler hepsi de hapis cezasının mahzurlarını ortadan kaldırmak için ihdas edilmiştir.

Hapis cezasının süresi iki yılı geçmeyen, geçmişinde kasıtlı bir suç işlememiş ve gelecekte de suç işlemeyeceği intibasını veren kişi beş yıllık denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlemez ve kendisi için öngörülen tedbirlere uygun hareket ederse beş yılın sonunda yargılama ortadan kaldırılmasıdır.

Kamu davasının iddianameyle açılarak kovuşturmanın başlamasıyla

yargılama yapılır ve mahkeme hüküm vererek yargılamayı sonuçlandırır. Hüküm davanın tarafları önünde açıklanabileceği gibi adreslerine de tebliğ olunur. Birinci durumda hükmün tefhimi, ikinci durumda hükmün tebliği söz konusu olur.

Tefhim veya tebliğden itibaren bir hafta içinde istinaf veya temyize başvurulmaz ise hüküm kesinleşir ve infaz edilir. Başvurulursa yargılamaya devam olunur.

Kanun yargılamayı yapan mahkemeye gelecekte suç işlemeyeceği düşünülen iyi halli kişiye ilişkin hükmün açıklanmasını erteleme ve daha sonra davanın düşürülmesine karar verme yetkisi tanınmıştır.

Gerçekten sanığın erteleme süresi içinde suç işlememesi ve kendisine yüklenen tedbirlere uygun davranması halinde hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşürülmesine karar verilebilecektir. Bu konuda mahkemenin takdir yetkisi vardır.

Hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararına karşı itiraz etmek mümkündür. İtiraz hakkı genel hükümlere göre davanın tarafları olan C. Savcısı, müşteki mağdur, malen sorumlu ve sanığa, karardan menfaati zarar görenlere aittir. Sulh Ceza Mahkemesi kararına karşı Asliye, Asliye cezanın kararına karşı Ağır Ceza, Ağır Cezanın kararına karşı en yakın ağır ceza mahkemesine itiraz olunur.

Mahkeme hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı vermeden önce sanığa bu kararı kabul edip etmeyeceğini sormalı, kabul etmesi halinde erteleme kararı vermelidir. Böylece kişinin hak arama özgürlüğü kısmen korunmuş olmaktadır.

#### **b) Açıklanması Ertelenebilecek Hükümler**

Hükümde sanığa yüklenen ceza iki yıl veya daha az hapis olmalıdır. Süresi iki yıldan fazla olan hükümler ertelenemez. Keza adli para cezasını içeren hükümler de ertelenebilir. Adli para cezasının miktarı önemli değildir.

Verilen ceza kasıtlı veya taksirli bir suçtan dolayı olabilir.

Taraflar uzlaşma kapsamında anlaşmışlar ise gereği yapılır. Uzlaşma metninin infazı ertelenemez. Yerine getirilir. Açıklanması ertelenen hükümde öngörülen hapis cezası Türk Ceza Kanunun 51 maddesi uyarınca ertelenemeyecektir. 50. maddede öngörülen seçenek yaptırımlara çevrilemeyecektir. Söz konusu seçenek yaptırımlar adli para cezasına çevirme, zararın tazmini, belli yerlere gitmekten yasaklanma, ehliyet ve ruhsat gibi belgelerin belli bir süre geri alınması gibidirler.

### C) Sanığa İlişkin Şartlar

Mahkemenin hükmün ertelenmesi kararı verebilmesi için, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması gerekir. Kasıtlı bir suçtan daha önce mahkûm olan eski hükümlü hakkında hükmün ertelenmesi kararı verilemez.

Taksirli suçtan mahkûm olması hükmün ertelenmesi kararı verilmesine engeldir.

Mahkeme, hükmün açıklanmasının ertelenmesi halinde sanığın yeniden suç işlemeyeceği kanaatine sahip olması gerekir. Böyle bir kanaate ulaşabilmek için sanığın mesleğine, içinde bulunduğu sosyal çevreye, yaşına, gelecekte beklenmelerine ve aile yaşamına bakılacaktır.

Erteleme için mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. Eğer mağdurun zararı derhal giderilmezse, denetim süresince (beş yıl içinde) ödenmek üzere aylık taksitlerle bağlanabilir. Bu durumda da hükmün ertelenmesine karar verilebilecektir.

Ödeme veya zararın bir şekilde tazmini sanık tarafından yapılacaktır. Sanığın bir yakını veya bir başkası tarafından da yapılırsa her durumda sanık adına olacaktır. Böylece kanun hükmü ertelerken mağdur tarafını da tatmin etmeyi hedeflemiştir.

#### d) Denetim veya Erteleme Süresi

Hükmün açıklanması beş yıl için ertelenebilir. Beş yıl içinde sanık kasden bir suç işlemeyi ve kendisine yüklenen denetimli serbestlik tedbirine uyduğu takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilecektir. (md. 231/11)

Kasıtlı suçun yaptırımının hapis veya adli para cezası olmasının önemi yoktur. Keza söz konusu suç şikâyetle bağlı olabileceği gibi olmayabilir de.

Denetim süresi içinde taksirli suç işlemiş olması erteleme ortadan kaldırılmasının nedeni değildir.

Sanığa denetim süresi içinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır. Tedbirin süresi bir yıldan fazla olamayacaktır. Söz konusu süreyi mahkeme belirleyecektir. Mahkeme tedbiri zorunlu olarak uygulayacaktır. Bu konuda takdir yetkisi yoktur.

Denetim süresi içinde dava zamanaşımı işlemez, durur.

#### e) Uygulanabilecek tedbirler

Sanık bir meslek ve sanat sahibi değilse, meslek ve sanat öğrenmesi için bir eğitim programına devam etmesine karar verilebilecektir. Bu tedbirin amacı



muhtemelen bir mesleği, uğraşısı, hayatını kazanarak yaşamını sürdürme olanağı bulunmayan sanığa bir meslek kazandırarak tekrar suç işlemesini engellemektir.

Sanığın bir meslek ve sanatı varsa, bir kamu kurumunda veya aynı mesleği icra eden özel kurum veya birinin gözetiminde ücretli olarak çalıştırılmasına karar verilebilir.

Bu tedbirin amacı da sanığa iş disiplini ve hayatını kazandırmak böylece yeniden suça yönelmesini engellemektir.

Çünkü işsizlik, başıboşluk, disiplinsiz bir hayat, parasızlık kişiyi suça iten sebepleri oluşturur.

Sanığın belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü bulunmasına, ya da mahkemece uygun görülecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilecektir.

Tüm bu tedbirler sanığın suçu işlediği yer ve şartlar, işleme nedenleri, sanığın kişiliği ve geleceği göz önüne alınarak mahkemece belirlenecektir. Amaç sanığın tekrar suç işleyerek adalet karşısına çıkmasını engellemektir. Belli bir çevrede suç işleyen sanık o çevrede bulunmakta devam ediyorsa muhtemelen yeniden suç işleyecektir. Mahkeme o çevreye gitmesini yasaklayarak sanığın tekrar suç işlemesini engelleyecektir.

#### **f) Hükümün Ertelenmesi Kararının Kaldırılması**

Beş yıllık denetim süresi içinde sanığın kasden yeni bir suç işlenmesi halinde hükümün ertelenmesi kararı mahkemece ortadan kaldırılır ve hüküm açıklanır. Hükümde yer alan suçun yaptırımı hapis cezası olabileceği gibi adli para cezası da olabilir.

İşlenen suçun şikâyeteye bağlı veya resen takibolunan bir suç olmasının önemi yoktur.

Taksirle işlenen suçlar erteleme kararının kaldırılması nedeni değildir.

Sanığın mahkemenin yüklemiş olduğu denetim yükümlülüklerine aykırı davranması halinde de hükümün ertelenmesi kararı mahkeme tarafından ortadan kaldırılacaktır.

Mahkemenin açıklamasını ertelediği hükmü ortadan kaldırması hükmü artık açıklaması anlamına gelecektir.

Hükmü açıklayan mahkeme, yeni bir hükümle önceki cezanın yarısına kadarının infaz edilmemesine karar verebilecektir.

Bunun dışında eğer koşulları uymakta ise T.C. Kanunu'nun 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırımlardan birisinin (adli para cezasına çevirme, zararın

tazmini, ehliyet ve ruhsatın belli bir süre geri alınması) veya 51. maddede öngörülen erteleme karar verilecektir (md. 231/11).

Önceki cezanın yarısına kadarının infaz edilmesi veya seçenек yaptırım ve tecil uygulanması kararları, mahkemenin eski hükmü kaldırıp yerine yeni bir hüküm vermesi anlamına gelmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bunlara mahsus bir sisteme kaydolunur. Söz konusu kayıtlar soruşturma ve kovuşturmayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının ertelenmesinin uygulanması dolayısıyla istenmesi halinde kendilerine verilebilecektir. Başka kurumlara verilemeyecektir. (md. 231/13).

Hükmün açıklanmasının ertelenmesi özünde yararlı bir kurumdur. Ancak yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Gerçekten düzenleme birtakım sorunları beraberinde getirmiştir. Mesela suç eşyası müsadere edilecek midir? Temyiz yolunun olmayışı hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırmaktadır. Anayasa Mahkemesi sanığın kasden yeni bir suç işlemesi ve yükümlülüklere uymaması sonucu hükmün açıklanmasından sonra üst mahkemelere başvurma hakkı olduğu gerekçesiyle maddenin Anayasa'nın 36. maddesinde öngörülen hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu iddiasını reddetmiştir.

İtiraz yolu pratikte hiçbir işe yaramamaktadır. Suçun aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi halinde erteleme kararının özel hukukta etkisi ne olacaktır? Uygulamada ağır olan adli para cezalarından sanığı kurtarmak için kullanıldığı ileri sürülmektedir.

Yargıtay bir mahkemenin bir sanık hakkında iki ayrı suçtan hüküm vermesi halinde her iki hüküm için de erteleme kararı verileceği kanaatindedir.

#### **g) Temel İlkelerle Çelişkiler**

Hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı bazı temel ilkelerle uyumsuzdur.

Önce hâkimler açısından bakarsak, hâkim sanık hakkında suçlu mu suçsuz mu karar veremediği durumlarda da bu yola başvurabilecek sanığı denemeyi düşünebilecektir. Bu gibi durumlarda sanık suç işlemiş olabileceği gibi işlememiş de olabilir. İş yükünün yoğun olduğu yerlerde daha fazla olacaktır.

Suç gerçekten işlediğine inanan sanık beş yıl suç işlememeye özen göstererek- bu karardan memnun olacaktır.

Çünkü netice de adli sicile suç kaydı yapılmayacak, ancak beş yıl boyunca tavır ve hareketlerine dikkat edecektir.

Hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararına karşı itiraz kanun yoluna

gidilebilecek, temyiz kanun yoluna gidilemeyecektir. (md. 231/12)

Ancak söz konusu kanun yolu asıl kanun yolu değildir. Tali kanun yoludur. Aslında itiraz kanun yolu ile sonuçlandırılması CM Kanunun temel ilkelerine aykırıdır.

Gerçekten itiraz kanun yolu kural olarak hâkimlik kararlarına karşı gidilen bir yoldur. Ara kararlara karşı gidilen yoldur. Dosya üzerinde incelemesi yapılan yoldur.

Son karara karşı itiraz yolu hukukumuzda görevsizlik kararına karşı itiraz yoludur.

Hükmün açıklanmasının ertelenmesine itiraz son karara itiraz mahiyetindedir. Bu durum temel ilkelere aykırıdır.

İtirazı inceleyecek mahkeme bir son kararı incelemeyecek, dosyaya yetki ve süre açısından bakacak, Cumhuriyet Savcısının görüşünü alacak, hiçbir zaman esasa giremeyecektir. Yeniden yargılama yapacak hali de vakti de yoktur. Beraat veya düşme kararı vermeyecektir. Bu durum özü itibariyle kanun yolu incelemesini oluşturmayacaktır.

Şu durumda hükmün açıklanmasının ertelenmesi hukuka aykırı ise tek geçerli kanun yolu kanun yararına bozma olarak kalmaktadır. Kanun yolu kapalı olamaz. Çünkü bu yol tüm hâkimlik ve mahkeme kararlarına karşı bir yoldur. Amaç hukuk birliğini sağlamaktır.

Mesela beraat vermesi gerekirken hükmün açıklanmasının ertelenmesi yoluna gidilmesi yazılı emir yoluyla bozulabilecektir.

Keza ruhsatsız bir tabanca ile insanların içinde silah atılmış (T.C.K. 170) dava açılmış, hükmün açıklanmasının ertelenmesi yoluna gidilmiş ancak tabanca için müsadere kararı verilmiş ise yazılı emir yolu ile müsadere kararı bozulacaktır. (CMK md. 231/5)

Ancak müsaderenin T.C.K. 54. madde uyarınca güvenlik tedbiri olması müsadere edilmesine engel değildir denebilecektir. Ancak bu durumda da kanunsuz güvenlik tedbirinin olamayacağı ileri sürülebilecektir.

“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder” (CMK 231/5)

Burada önümüze çıkan bir diğer sorun da yazılı emir yoluna gidilmesi halinde, kararına itiraz olunan mahkemenin kararına karşı mı gidileceği yoksa itiraza bakan mahkemenin kararına karşı mı yazılı emir yoluna gidilebileceğidir.

Temel ilkelere göre ilk kararı veren mahkemenin kararı son karardır. Ona karşı yazılı emir yoluna gidilebilir.

---

# Türkiye'de Tasarım Tescil Sistemine Yönelik Bir Değerlendirme

---

Av. Dr. Cahit SULK\*

Prof. Dr. Özlem (ERZURUMLUOĞLU) ER\*\*

\* İTÜ Endüstri Ürünleri Tasarımı Bölümü Öğretim Üyesi, [ero@itu.edu.tr](mailto:ero@itu.edu.tr)

\*\* İstanbul Barosu; İstanbul Bilgi Üniversitesi ve İTÜ Yarı Zamanlı Öğretim Üyesi, [suluk@suluk.av.tr](mailto:suluk@suluk.av.tr)



## I. TARİHİ GELİŞİM

### A. Türk Fikri Mülkiyet Korumasında Yaşan Süreç

Fikri ürün insanlık tarihi kadar eskidir. Buna karşılık konuya ilişkin hukuki düzenlemeler 15. yüzyılda başlamış olup, modern düzenlemeler ise Fransız İhtilalinden sonra yapılmıştır.

Fikri mülkiyet koruması, XV-XVI. Yüzyıllarda imtiyazlarla sağlanırken, XIX. Yüzyılda sanayi devrimi sonrasında kanuni düzenlemelerle gerçekleşmiştir.<sup>1</sup> Sanayileşme, ekonominin merkezileşmesi ve ulusçuluk gibi hususlar, modern ulusal fikri mülkiyet mevzuatını kabulde etkili olmuştur.

Dünyada göze çarpan ilk düzenleme 1443 tarihinde Venedik'te gerçekleşmiştir. İlk patent kanunu yine 1474 yılında Venedik'te uygulamaya konulmuştur. Bu konudaki ikinci kanun ise İngiltere'de Tekel Kanunu adıyla bilinen 1624 tarihli kanundur. Bu düzenlemeyi 1790 tarihli Amerikan, 1791 tarihli Fransız ve 1799 tarihli İsviçre patent kanunları izlemiştir.<sup>2</sup>

Ülkemizdeki gelişime bakıldığında Batılı ülkelerle çok yakın tarihlerde hukuki düzenlemeler yapıldığı görülecektir. Osmanlı İmparatorluğu döneminde esnaf örgütü olan loncalar çok önemli görevler ifa etmiştir. Ancak

1 Ali Necip **ORTAN**: Avrupa Patent Sistemi, C. I, BTHAE, Ankara 1991, s. 139.

2 Ünal **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, Arıkan, İstanbul 2005, s. 488; Uğur **YALÇINER**, Sınai Mülkiyet'in İlkeleri, Yalçiner Danışmanlık, Ankara 2000, s. 5 ve 6.

tarihimizde ne yazar ne de yayınevi loncasının bulunmadığı aktarılmaktadır.<sup>3</sup> 1727 tarihinde İbrahim Müteferrika'nın matbaayı getirmesiyle eserden çoğaltma yoluyla ekonomik olarak yararlanmak daha kolay hale gelmiştir. Müteferrika'ya verilen izin, imtiyazdan ziyade kitap basımı yasağının kaldırılması olarak nitelenmektedir.<sup>4</sup>

Eser sahibi bakımından ilk önemli belge, telif haklarına ilişkin 1850 tarihli Encümen-i Daniş Nazimnamesi'dir. Nizamname ile eser sahibini ödüllendirmek ve başkalarını da teşvik etmek amacıyla kayd-ı hayat şartı ile imtiyaz verilmekteydi. Ayrıca bu düzenlemeyle sansürün yasallaştığı üzerinde durulmaktadır.<sup>5</sup> Modern anlamda ilk telif yasası 1910 tarihli Hakkı Te'lif Kanunu'dur. Bu kanunun yerini, 1952 tarihinde yürürlüğe giren ve sırasıyla 1983, 1995 ve 2001, 2004 ve 2008 tarihlerinde önemli değişiklikler geçiren 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) almıştır.<sup>6</sup> Bu yasa halen yürürlüktedir.

Ülkemizde patentlerle ilgili ilk metin 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu'dur. Bu kanun dünyanın altıncı patent kanunudur ve 1844 tarihli Fransız kanunundan iktibas edilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması ile beraber planlı bir şekilde yön verilen sanayileşme süreci ithal edilen ürünlerin yerli üretimle ikamesini öncelikli hedef olarak koyduğu ve bu çerçevede kopyalamanın bir öğrenme aracı olarak görüldüğü dikkate alındığında 110 yıl yürürlükte kalan 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu'nda 1995 yılına kadar önemli bir değişiklik yapılmaması anlaşılabılır. Türkiye'nin AB ile Gümrük Birliği anlaşması imzalaması gündeme geldiğinde ise Türk endüstrisinin yenilikçi ürün geliştirme kapasitesinin o tarih itibarı ile gelmiş olduğu seviyeden bağımsız olarak, fikri mülkiyet mevzuatının AB ile uyumlu hale getirilmesi bir gereklilik olarak değerlendirilmiş ve bu çerçevede 1995 yılında 551 sayılı Patentlerin Korunması Hakkında KHK (PatKHK) yürürlüğe konulmuştur.<sup>7</sup> Anılan KHK'da patent, ek patent ve faydalı modeller düzenlenmiştir. PatKHK'nın mehzazı esas itibarıyla 1980 tarihli Alman Patent

3 **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 83

4 **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 83

5 **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 83

6 Kanun No.5846, Kabul Tarihi: 5.12.1951 (RG, 13.12.1951, S. 7931). Bu Kanun, 2936 sayılı Kanun (RG, 3.11.1983, S. 18210), 4110 sayılı Kanun (RG, 12.6.1995, S. 22311), 4630 sayılı Kanun (RG, 3.3.2001, S. 24335 Mük.) ve 5101 sayılı Kanun (RG, 12.3.2004, S. 25400). Kanun No: 5728, Kabul Tarihi: 23.1.2008 (RG, 8.2.2008, S. 26781).

7 KHK No: 551. RG, 27.06.1995, S. 22326. Bu KHK, 566 sayılı KHK (RG, 22.9.1995, S. 22412), 4128 sayılı Kanun (RG, 7.11.1995, S. 22456), 5194 sayılı Kanun (RG, 26.6.2004, S. 25504) kanunlarla değiştirilmiştir.

Kanunu'dur. Ayrıca zorunlu lisans sistemi, 1986 tarihli İspanya Patent Kanunundan alınmıştır.<sup>8</sup> Ulusal patent mevzuatının diğer bir parçasını da PatKHK'nın uygulama yönetmeliği oluşturmaktadır.<sup>9</sup>

Markalar bakımından ilk düzenleme 1872 tarihli nizamnamedir. Bu Nizamname'nin yerini, 1888 tarihli Alamet-i Farika Nizamnamesi almıştır. Her iki düzenlemenin de mehazı 1857 tarihli Fransız Markalar Kanunu'dur.<sup>10</sup> Alamet-i Farika Nizamnamesi 551 sayılı ve 1965 tarihli Markalar Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar yürürlükte kalmıştır. 1995 tarihinde Markalar Kanunu'nun yerini ise, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK (MarKHK) almıştır.<sup>11</sup> MarKHK'nın bir de uygulama yönetmeliği bulunmaktadır. Bu yönetmelik Nisan 2005 tarihinde tümüyle değiştirilmiştir.<sup>12</sup>

1995 yılında 555 sayılı CoğışKHK'lar da tasarım ve faydalı modellere benzer şekilde ilk kez müstakil bir düzenlemeye konu olmuştur.<sup>13</sup> Tasarımlara benzer şekilde bu KHK da AB mevzuatından iktibas edilmiştir. Yine CoğışKHK'nın bir de uygulama yönetmeliği bulunmaktadır.<sup>14</sup>

1995 yılı fikri mülkiyet hukukumuz bakımından bir *milattır*. Gerçekten Gümrük Birliğine uyum süreci çerçevesinde Türkiye'nin Topluluk hukukuyla uyumlaştırması gereken mevzuatı arasında fikri mülkiyet mevzuatı önemli bir yer tutmaktadır. 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararının (OKK) 54. maddesinde Türk mevzuatının, en kısa sürede Topluluk mevzuatı ile uyumlaştırılması öngörülmüştür. Anılan madde hükmüne göre, Gümrük Birliğinin işleyişiyle doğrudan ilgili alanlar ile bazı uluslararası anlaşmaların yanında özellikle fikri mülkiyet mevzuatının uyumlaştırılması öngörülmüştür. 1/95 Sayılı OKK'ye göre, mevzuat uyumu iki tarafın uzmanlarına danışılarak gerçekleştirilecektir (m. 57). Başka bir deyişle, artık Türkiye bazı alanlara ilişkin mevzuatını kendi başına düzenleyemeyecek, AB'nin görüşlerini almak durumunda kalacaktır. Bu bağlamda Türkiye 1995 tarihinde patent (ve faydalı model), marka, tasarım ve coğrafi işaretlere ilişkin dört ayrı KHK ile fikri mülkiyetin göze çarpan

8 Ünal **TEKİNALP**, Turkey (Introduction to the Commercial and Economic Law in Turkey) in International Encyclopedia of Laws, Kluwer, The Hague, 1998, s. 102.

9 RG, 5.11.1995, S. 22454. Bu yönetmelik başka bir yönetmelikle (RG, 6.12.1998, S. 23545) değiştirilmiştir.

10 **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 338.

11 KHK No: 556. RG, 27.06.1995, S. 22326. Bu KHK, 4128 sayılı Kanun (RG, 7.11.1995, S. 22456), 5194 sayılı Kanun (RG, 26.6.2004, S. 25504) kanunlarla değiştirilmiştir.

12 RG, 9.4.2005, S. 25781.

13 KHK No: 555. RG, 27.06.1995, S. 22326. Bu KHK, 4128 sayılı Kanun (RG, 7.11.1995, S. 22456), 5194 sayılı Kanun (RG, 26.6.2004, S. 25504) kanunlarla değiştirilmiştir.

14 RG, 5.11.1995, S. 22454



alanlarında reform denecek düzeyde düzenlemelere gitmiştir.

Fikri mülkiyet hukukumuzda 1995 sonrasında önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bu tarihten sonra DPT bünyesinde oluşturulan özel ihtisas komisyonları vasıtasıyla beşer yıllık dönemler halinde birtakım hedefler konulmuş ve bu hedeflerde büyük ölçüde başarılı da olunmuştur.<sup>15</sup> Ancak Kültür ve Turizm Bakanlığının ilgili birimi yeniden yapılandırılmamıştır. Bunun yanı sıra üniversitelerde fikri mülkiyet anabilim dalı hala kurulamadığı gibi, fikri mülkiyet hukuku yaygın bir şekilde zorunlu ders olarak da okutulmamaktadır.<sup>16</sup>

Yine ülkemiz bakımından 1995 yılında yürürlüğe giren Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS) fikri mülkiyet mevzuatımızı derinden etkilemiştir. TRIPS'in etkisi evrenseldir. Bugün 150'yi aşkın ülkede geçerli olan TRIPS bu hakların dünya çapında asgari düzeyde de olsa benzer şekilde ve ilkeler çerçevesinde korunmasını zorunlu kılmaktadır.

Hukuk politikası bakımından fikri mülkiyet mevzuatımızın kabulü tartışmalara neden olmuştur. Bir görüşe göre, Türkiye, Lozan Anlaşmasından doğan yükümlülüklerini yerine getirmek için Paris ve Bern Anlaşmalarına taraf olmuştur. Benzer şekilde bugün de yine dış etkilerle Türkiye fikri mülkiyet mevzuatını baştan sona yenilemiştir.<sup>17</sup> Dış etken olarak, Gümrük Birliğinin yanında DTÖ'yü kuran Anlaşmanın eklerinden birisi olan TRIPS'i de burada ayrıca anmak gerekir.<sup>18</sup>

### **B. Tasarım Korumasına İlişkin Türkiye'de Yaşanan Süreç**

Türk hukukunda tasarım kavramına, ilk olarak 1925 tarihinde Paris Anlaşmasının kabulü ile yer verilmiştir. Daha sonra tasarımların hukuken korunmasına ilişkin çalışma 1951 tarihinde *Hirsch* tarafından gerçekleştirilmiştir.

**Hukukumuzda tasarımlar**, Türkiye'nin Gümrük Birliği'ne giriş sürecinde Topluluk mevzuatına uyum sağlayabilmek için **ilk kez 27 Haziran 1995 tarih ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK**

15 Sözelimi, telif haklarına ilişkin 6. ve 7. Plan'da öngörülen hedeflere büyük ölçüde ulaşıldığı tespiti yapılmaktadır. BKZ. DPT: Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı; Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, s. 41 ve 42.

16 MÜ Hukuk Fakültesinde fikri mülkiyet hukuku zorunlu ders olarak okutulmaktadır.

17 Ahmet M. KILIÇOĞLU, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler ve Eleştirisi", FİSAUM Konferanslar Dizisi (I), AÜHF Yay., Ankara 1998, s. 3-4; Emre GÖKYAYLA: Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Yetkin, Ankara 2000, s.42-43.

18 Nitekim ORTAN, haklı olarak bu değişikliklerde AB ile ilişkiler, ABD'nin konuyu GATT (ve daha sonra DTÖ) ile dünya ticaretinin bir unsuru haline getirmesi ve nihayet patent (fikri mülkiyet) sisteminin teknik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin bir şartı olarak görülmesi etkenlerinin tamamının rol oynadığı görüşünü dile getirmiştir. Bkz. Avrupa Patent Sistemi, s.147.

**(EndTasKHK) ile özel bir mevzuata konu olmuştur.<sup>19</sup> Bu tarihten önce tasarım hakkı, genel hükümlerle özellikle FSEK ve haksız rekabet hukukuyla korunmaktaydı.** EndTasKHK ile tasarımların korunması alanındaki hukuki boşluk doldurulmuş olup, bu düzenlemeyle birlikte tasarımlar özel hükümlerle korunmaya başlanmıştır. EndTasKHK'da bazı değişiklikler yapılmıştır.<sup>20</sup> 1995 tarihli EndTasKHKY ise 2006 yılında tamamen değiştirilmiştir.<sup>21</sup>

Yukarıda da belirtildiği üzere Türkiye tasarım mevzuatını hazırlarken uluslararası gelişmelerden önemli derecede etkilenmiştir. Anılan mevzuatın hazırlanmasında 1/95 Sayılı OKK'nın 8 numaralı eki ile DTÖ'yü kuran Anlaşmanın eki olarak kabul edilen TRIPS'in büyük etkisi olmuştur. Bu bağlamda EndTasKHK'ya şeklini, AB'nin 1993 tarihli Yönerge ve Tüzük Taslakları<sup>22</sup> ile TRIPS'in verdiğini söylemek yanlış olmaz. Burada şunu da belirtelim ki, AB'nin henüz taslak halindeki ve olgunlaşmamış metinlerini, bir KHK olarak kabul etmemizdeki isabet tartışmaya açıktır. Gerçekten bu taslaklar üzerinde sonradan yapılan değişiklikler nedeniyle bugün, Topluluk Tasarım Hukuku ile Türk Tasarım Hukuku belirli bir düzeyde uyumsuz hale gelmiştir.

Bugünlerde patent, marka, tasarım ve coğrafi işaretlere ilişkin KHK'ların kanun haline getirilmesi için kanun taslakları ve tasarıları hazırlanmıştır.<sup>23</sup> Uzunca bir süredir yürütülen çalışmaların ne zaman sonuçlanarak yürürlüğe gireceği belirsizliğini bugün de korumaktadır.

Tasarım Kanunu Tasarısının iki temel amacından söz edilebilir. Bunlardan *birincisi*, AB mevzuatı ile uyumu sağlamak. *İkincisi* ise, onbeş yıllık tecrübenin bir sonucu olarak aksayan yönleri gidermek. Bu bağlamda özellikle şu düzenlemeler dikkat çekicidir.<sup>24</sup>

**i) AB mevzuatında olduğu gibi tescilli tasarımların yanında tescilsiz**

19 RG, 27.6.1995, S. 22326.

20 EndTasKHK'yı değiştiren yasalar şunlardır: 4128 Sayılı Yasa (RG, 7.11.1995, S. 22456; 5194 Sayılı Yasa (RG, 26.6.2004, S. 25504).

21 EndTasKHKY 1995 yılında yürürlüğe girmiştir (RG, 5.11.1995, S. 22454. Ancak sonradan değişiklikler yapılmıştır (RG, 31.12.1997, S. 23217. 2006 tarihinde ise tamamen değiştirilmiştir. Bkz. RG, 7.2.2006, S. 26073).

22 EndTasKHK'nın mehzazını teşkil eden metinler için bkz. Proposal for a European Parliament and Council Directive on the Legal Protection of Designs (93/C 345/09) COM (93) 344 Final-COD 464, ATRG, 23.12.93, No: C 345/14; Proposal for a Regulation on Community Design (94/C29/02), COM (93) 342 Final, 3 December 1993, ATRG, 31.1.1994, No: C 29/20.

23 <http://www.fikrimulkiyet.com>

24 Geniş bilgi için bkz. Cahit SULUK/Alı ORHAN: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. III: Tasarımlar, Akıran, İstanbul 2008, s. 76 vd.

tasarımların da korunacağı öngörülmüştür. Tescilsiz tasarımlar, tasarımın kamuya sunulmasından itibaren 3 yıl süre ile korunacaktır.

**ii) AB mevzuatı ile uyumsuzluğu ortadan kaldıran pek çok konuda adım atılmıştır.** Örneğin, entegre devre topografyaları ürün sayılmakta; ayırt edici niteliğin belirlenmesinde belirgin farklılık yerine, sadece farklılık aranmakta, yine farklılıktan çok ortak özelliklere ağırlık verileceği hükmü kaldırılmaktadır. Bu örnekler çoğaltılabilir.

**iii) TPE'nin rolü hakkında çok radikal bir çözüm benimsenmiştir.** Aynen OHIM'in yaptığı gibi TPE, tasarımı tescil ettikten sonra işlemde elini uzun süre çekmemektedir. Buna göre, tescili yapılan bir tasarımın koruma şartlarını taşımadığı, tescilin devam ettiği sürece (maksimum 25 yıl), TPE'ye itiraz yapılabilecektir. Mer'i düzenlememizde itiraz süresi, askı süresi olan 6 aylık bir süre ile sınırlandırılmıştır.

**iv) AB hukukunda olduğu gibi normal kullanım esnasında görünmeyen tasarımlar koruma dışında bırakılmaktadır.**

**v) Başvuruda tarifnamenin verilmesi zorunlu olmaktan çıkarılarak ihtiyari hale getirilmektedir.**

**vi) AB hukukunda olduğu gibi bir tasarımın kısmi hükümsüzlüğü etraflı bir şekilde kaleme alınmıştır.**

**vii) Hükümsüzlük nedenleri artırılmıştır.** Buna göre, birinin korunan bir fikri mülkiyet hakkına tecavüz oluşturan tasarımın hükümsüzlüğü istenebilecektir.

**viii) Ceza maddesi tümüyle elden geçirilmiştir.**

## II. TASARIM KAVRAMI VE FARKLI YAKLAŞIMLAR

Tasarımcılar ve hukukçular, tasarım kavramına farklı anlamlar yüklemektedir. Tasarımcılara göre bu kavram, pazarda tespit edilen ihtiyacı en iyi şekilde karşılayan ürünün planlanması eylemidir. Yani tasarımcılar bu terime, üretim sürecinin tamamını kapsayacak genişlikte bir anlam yüklemektedir. Onlara göre, ürünün görünümünün yanında yapısı, işlevi, dayanıklılığı, çalışma kolaylığı, güvenliği, ergonomisi ve çevreyle etkileşimi gibi birçok husus bu kavrama dâhildir.<sup>25</sup> Buna karşılık hukukçulara göre

25 Sözelimi bir yazar tasarımcının işini şöyle tarif etmektedir: “Tasarımcı, ürünün insanla ilişkisini, konforlu, sağlıklı, güvenli, iletişimli bir kullanım sağlamak ve bunlara gereksinim duyan tüketiciye ürünü ulaştırmak amacıyla, ürüne yüklediği bütün görsel, estetik ve fonksiyonel değerlerle ifade eder”. Bkz. Gülay HASDOĞAN, *Türkiye’de Endüstriyel Tasarımların Korunmasında Uygulamaya Yönelik Sorunlar: Ayırt Edici Nitelik Değerlendirmesi İçin Kavramsal Bir Model Önerisi*”, Legal FSHD, C. I, S. 2/2005, s. 343. Yazara göre, görünüş yerine algılanan unsur ve özelliklerin bütünü ifadesi tercih edilmelidir. Bkz. s. 350.

tasarım; bir ürünün tamamının veya bir parçasının çizgi, şekil, renk, biçim, doku, malzemenin esnekliği ve/veya süslemesi gibi insan duyuları ile algılanabilen çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu görünümdür (*appearance*).<sup>26</sup> Kısaca **tasarım, hukuki bakış açısı ile bir ürün veya ürün parçasının görünümüdür.**

Tasarım mevzuatıyla kural olarak tasarımcıların deyimiyle *kabuk tasarımları* korunur. Ancak öyle istisnai durumlar olabilir ki, tasarımı algılamada görme duyusu yanında dokunma gibi insanın diğer duyu organları da işlev görebilir. Ürüne bakan kişinin göremediği, fakat algıladığı özellikler de olabilir. Bu bağlamda *malzeme* ve *esneklik* gibi özellikler görünemez ve fakat tasarım mevzuatıyla korunur. Örneğin, bir kumaşın yumuşaklığı ya da bel korsesinin esnekliği dokunma duyusuyla algılanabilir ve bu özellikler tasarım mevzuatıyla koruma altındadır.

**Hukuk düzenleri genellikle tasarımı, bir ürünün görünümünü diğer ürünlerin görünümünden ayırt eden özellikler olarak ele almakta olup, bir ürünün diğerlerinden teknolojik olarak farklılıkları dikkate alınmaz.** Sözgelimi, bir ilaç şişesinin görünümü tasarım mevzuatıyla korunur. Ancak bu şişenin bastırılarak açılan kapak özelliği tasarım korumasının kapsamına girmez; bu özellik patent veya faydalı model hukukuyla korunur.

EndTasKHK'nın 3/a maddesinde tasarım şu şekilde tanımlanmıştır: *“Tasarım', bir ürünün tümü veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütünü,... ifade eder”*. Bu tanım tasarımcılar ve hukukçuların tasarım kavramına bakışlarındaki farkı yansıtan bir tanımdır. Zira metin salt olarak ele alındığında şöyle bir sonuca varılacaktır: *“Tasarım' bir ürünün tümü (tümünün) veya bir parçası (parçasının) veya üzerindeki süslemenin, ... insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütünü(nü) ... ifade eder”*. Kısacası bu metinden, ürün ve parçanın bizatihi kendisinin tasarım olduğu sonucuna varılacaktır.<sup>27</sup>

26 **SULUK/ORHAN**, s. 27.

27 Ancak EndTasKHK'daki tanımda geçen bütün ifadesinin bilinçli bir tercih olduğu görülmektedir. Bkz. **HASDOĞAN**, s. 343. Tasarımcıların müdahalesi ile konulan bu ifade esas alınır, tasarım kavramı görünümün ötesinde patent hukuku alanına kayan özellikleri de içine alacak kadar geniş bir anlam ifade eder.

28 **EUROPEAN COMMISSION**: Introduction to the Green Paper on the Legal Protection of Industrial Design, III F/5131-EN, Brussels, June 1991, No: 2.1; David **BAINBRIDGE**: Intellectual Property, 4. Ed., Financial Times-Pitman Publishing, London 1999, s. 453; <http://www.wipo.int/about-ip/en/>, No: 2.630 ve 2631 (20.12.2002); **WIPO** (Ed.): Introduction to Intellectual Property Theory and Practice, Kluwer, London 1997, s. 223; İstanbul 2. FSHM, 16.5.2006, E. 2004/784, K. 2006/139 Yayımlanmamıştır.

Oysa **tasarımın, ürünün kendisi olmadığı; onun görünümüyle ilgili fikri ürün olduğu, genel kabul görmektedir.**<sup>28</sup> Bu anlayışa göre, fikri ürünün, soyut olması nedeniyle, somutlaştığı eşyadan/üründen farklı bir varlığı bulunmaktadır. Başka bir deyişle *tasarım, ürünün tamamının veya bir parçasının unsur ve/veya özelliklerinden oluşan görünümüdür. Korunan da bu görünümdür.* Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, **ortada EndTasKHK m. 3 anlamında bir ürün olmadığı sürece, KHK'da öngörülen tasarım koruması da gerçekleşmeyecektir.**<sup>29</sup> Bir ürünün korunan bir tasarımı (görünümü) varsa, bu ürünü üretip ticaretini yapmak sadece tasarım sahibine veya onun izin verdiği kimselere aittir. Ancak herkes farklı bir görünüm kazandırarak o ürünü üretip ticaretini yapabilir. Zira tasarım hukuku, korunan bir tasarım üzerinde tekel hakkı verir; yoksa bizatihi ürün üzerinde koruma sağlamaz.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, hukuki bakımdan tasarımdan anlaşılması gereken, kural olarak ürünün **görünümüdür.** Ki bu görünüm; o ürünün renginden, üzerindeki şekil ve süslemelerden ve hatta o ürünün yapıldığı maddenin özelliğinden kaynaklanabilir.

Bu açıklamalar ışığında *hukuki bakımdan* tasarım şöyle tanımlanabilir: **Tasarım, bir ürünün tamamının veya bir parçasının çizgi, şekil, renk, biçim, doku, malzemenin esnekliği ve/veya süslemesi gibi insan duyuları ile algılanabilen çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu görünümüdür.**<sup>30</sup>

Burada üzerinde durulması gereken ikinci kavram *üründür.* Çünkü EndTasKHK'ya göre *ürünlerin* tasarımı koruma altındadır. Ürün, zati değeri ve özellikleri olan somut cisimdir.<sup>31</sup> EndTasKHK m. 3/(b)'de bu tanım daraltılarak ürün şu şekilde tanımlanmıştır: “‘Ürün’, bilgisayar programları ve yarı iletkenlerin topografyaları hariç olmak üzere, endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesnenin yanı sıra bileşik bir sistem veya bunu oluşturan parçalar, setler, takımlar, ambalajlar gibi nesneleri, birden çok nesnenin veya sunuşun bir arada algılanabilen bileşimlerini, grafik semboller ve tipografik karakterleri... ifade eder”.

Maddede ürün olarak; **i) Nesneler, ii) Bileşik sistem veya bu sistemin parçaları (bileşik ürün ve bileşik ürünün parçaları), iii) Setler, iv) Takımlar, v)**

29 Dolayısıyla mimari proje gibi çizimle ifade edilip de, henüz bir cisimleşmemiş çalışmalar EndTasKHK'nın korumasından faydalanamaz. Bunlar şartları varsa telif mevzuatına göre korunur.

30 SULUK/ORHAN, s. 29.

31 Nuşin **AYİTER**: İhtira Hukuku, Ankara 1968, s. 40; Tahir **SARAC**, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Seçkin, Ankara 2003, s. 56.

Ambalajlar, **vi)** Birden çok nesne veya sunuşun bir arada algılanabilen bileşimleri, **vii)** Grafik semboller ve **viii)** Tipografik karakterler sayılmıştır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, *AB* ve Türk hukukunda tasarımı korunacak ürün yelpazesi oldukça geniş tutulmuştur.

### **III. KABUL EDİLEN YENİ KORUMA SİSTEMİNİN TÜRKİYE'DEKİ ETKİLERİ**

#### **A. Benimsenen Yeni Koruma Sistemi**

1995 öncesinde tasarımlar genel hükümlerle korunmaktaydı. Genel hükümlerden maksat esas itibarıyla TK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleridir. Şartların varlığı halinde tasarımlar telif ve patent gibi özel mevzuat hükümleriyle de korunuyordu. Yukarıda belirtildiği üzere tasarımlara özgü ilk düzenleme 1995 yılında EndTasKHK'nın kabulü ile gerçekleşmiştir.

EndTasKHK ile yeni ve ayırt edici nitelikteki tasarımlar beşer yıllık dönemler halinde yenilenmek kaydıyla maksimum yirmibeş yıl korunur. Bunun için tasarımın Türkiye'de tescil ettirilmesi gerekmektedir. Tescil işlemini Türk Patent Enstitüsü (*TPE*) yapar. *TPE*, kendisine yapılan başvuruları sadece şekli bakımdan inceler; esas inceleme yapmaz. Yani bir tasarımın koruma şartlarını taşıyıp taşımadığı incelemesi yapılmaz. Buna karşılık *TPE* tarafından yapılan tesciller 6 ay süre ile ilan edilir ve bu esnada tescil, üçüncü kişilerin itirazına açık tutulur. Üçüncü kişilerin itirazı üzerine *TPE*, itiraz kapsamında söz konusu tasarımın koruma şartlarını taşıyıp taşımadığını inceler ve buna bağlı olarak tescili iptal edebileceği gibi itirazı da reddedebilir. *TPE*'nin kararına karşı tescil sahibi veya itiraz sahibi, iki ay içinde iptal davası açabilir.

Tescilli tasarımlar inhisari nitelikte yetkiler vermesi, mutlak hak olması, süreyle sınırlanmış olması, hukuki işlemlere konu olması ve ülkesel olarak korunması gibi niteliklere sahiptir.

Tasarım hakkının olumlu cephesine göre, tasarımı kullanma hak ve yetkisi münhasıran tasarım sahibine aittir. Burada kullanma kavramı geniş anlamıyla ele alınmaktadır. Buna göre, tasarlanan ya da tasarımın uygulandığı ürünü üretmek, piyasaya sunmak, satmak, sözleşme yapmak için icapta bulunmak, ithal etmek ve bu amaçlarla elde bulundurmak, kullanma kavramı kapsamındadır (EndTasKHK m. 17). Olumsuz yönü ise tasarım sahibinin, başkalarının yukarıda sayılan eylem ve işlemleri yapmasına engel olmasıdır. Diğer bir deyişle, tasarımı ekonomik bakımdan değerlendirmek hakkın olumlu, başkaları tarafından kullanılmasına mani olmak ise olumsuz yönünü

oluşturur.<sup>32</sup> Burada ekonomik değerlendirmeyi ticari kullanım olarak anlamak gerekir. Zira ticari amaç taşımayan kullanımlar hakkın kapsamı dışında bırakılmıştır (EndTasKHK m. 21).

Münhasır hakkın bir sonucu olarak, üçüncü kişiler aynı veya aynı sayılan tasarımı, önceki tasarımdan tamamen bağımsız olarak meydana getirse bile hak sahibi tasarımın kullanımını engelleyebilir. Oysa telif ve tescilsiz tasarım koruması, sahibini sadece taklide karşı korur (*anti-copying protection*). Yani bu iki koruma şeklinde üçüncü kişilerin, bağımsız olarak meydana getirdiği eser ve tasarım, öncekine benzese de koruma görür. Yeter ki, öncekinden kopya edilmesin; yani öncekinden bağımsız olarak meydana getirilmiş olsun. Bu tür korumaya *telif stili koruma* da denir.<sup>33</sup> Taklide karşı korumada hak sahibi, sadece tasarımın üçüncü kişilerce taklit edilmesini veya aynısının üretilmesini önleyebilir. Bu halde hak sahibinin, sonraki tasarımın, kendi tasarımına benzediğini ispat etmesi yetmez; ayrıca sonraki tasarımın, kendi tasarımından taklit edildiğini de ispatlaması gerekir. Oysa inhisari yetki veren tescilli bir tasarımda, aynısı veya küçük farklılıklardan dolayı aynı sayılan sonraki tasarım ile bu benzerliğin ispatlanması gerekli ve yeterli olup, tescilli tasarım sahibinin, sonraki tasarımın, kendi tasarımından kopyalandığını ya da taklit edildiğini ispatlaması gerekmez. Özetle, sonraki tasarım sahibinin, önceki tasarımdan tamamen habersiz olarak geliştirilmiş bir tasarımı kullanması da tescilli tasarım hakkına tecavüz sayılır.

Tasarım hakkının sağladığı inhisari koruma, herkese karşı ileri sürülebilir. Bu açıdan ürünü üreten ile tasarım hakkı tecavüz edilerek üretilen ürünü satan veya elinde bulunduran arasında bir fark yoktur.<sup>34</sup> Hak sahibi ikinci kategorideki kişilere karşı da, kusurları olmasa dahi, tasarım hakkını ileri sürebilir. Örneğin, bir reklâm firması reklâmını yaptığı ürün taklit ise, iyi niyetli olsa bile bu hüküm kapsamında sorumludur.<sup>35</sup> Tazminatlar bakımından ise kusur aranır.

İnhisari yetkinin adaletsiz sonuçlar doğuracağı düşüncesiyle bu durum, kaynağını hakkaniyet düşüncesinden alan *ön kullanım hakkı* ile dengelenmek istenmiştir (EndTasKHK m. 23).

33 ALRC, Designs - Discussion Paper, Sydney, August 1994, No: 7.5.

34 Oysa PatKHK m. 74/I'de bir ayırıma gidilerek dolaylı tecavüzün varlığı için kusur aranmıştır. Bu konuda bilgi için bkz. Sami KARAHAN, Cahit SULUK, Tahir SARAÇ, Temel NAL: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 2. Bası, Seçkin, Ankara 2009 s. 201-203.

35 Örnek, Deitrich OHLGART, C.: (Ed.: Mario FRANZOSI) European Design Protection - Commentary To Directive And Regulation Proposals, Kluwer, The Hague 1996s. 129'dan alınmıştır.



Tasarım hakkı, tasarım sahibine maddi ve manevi haklar bahşeder. Bugün tasarım hakkının ekonomik yönüne ağırlık verilmiş olması bu sonucu değiştirmemektedir. **Tasarımcı, tasarım sahibinden tasarımcı olarak tanıtılmasını (adının belirtilmesini), tasarım sicilinde, rüçhan belgelerinde ve yayın sırasında isminin geçmesini isteyebilir** (EndTasKHK m. 18; PatKHK m. 15 ve 44). Buna karşılık, belge üzerinde adın belirtilmesi tasarımcı tarafından istenememektedir. Bu düzenleme hakkın manevi yönünü gösterir niteliktedir.<sup>36</sup> Gerçekten **AB ve Türk hukukundaki düzenleme tasarımcı temeline dayanmaz**. Bunun yerine ekonomik etkenlere vurgu yapılmaktadır. Bu düzenleme, sorunun kültürel boyutunu dikkate almadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>37</sup>

**Fikri mülkiyet haklarının öne çıkan özelliği süreye bağlı olmalarıdır.** EndTasKHK'ya göre tasarımlar beşer yıllık sürelerle yenilenerek azami 25 yıla kadar korunur (EndTasKHK m. 12). Onarım amaçlı kullanım halinde ise tasarımın ilk piyasaya sürülmesinden itibaren 3 yıllık koruma süresi öngörülmüştür (EndTasKHK m. 22). Süre dolunca hak da sona erer. Süre ile birlikte hak da sona erdiği, yani ortadan kalktığı için bundan sonra tescilli tasarım hakkına dayanılmaz.

Tasarım hakkı bir takım hukuki işlemlere konu olabilir. Bu bağlamda bu hak devir, lisans, haciz ve rehin gibi işlemlere tabi tutulabileceği gibi miras yolu ile de intikal eder.

Tasarım hakkı, endüstriyel tasarım belgesi hükümsüz kılınıncaya kadar geçerli kabul edilir ve EndTasKHK'nın sağladığı korumadan faydalanır. Diğer bir deyişle tescil, sahibi lehine tasarımın geçerli olduğu yönünde bir karine teşkil eder. Bu karine ancak tasarım belgesinin hükümsüz kılınması ile çürütülebilir.<sup>38</sup> Nitekim AB hukukunda tescilli tasarımlar karine olarak geçerli kabul edilmekte ve tecavüz davaları bu varsayımdan hareketle sonuçlandırılmaktadır. Buna karşılık, AB hukukunda tescilsiz tasarımlar bakımından aynı ilke benimsenmemiştir.

**Başvuru hakkı da sahibine kural olarak tescilli bir tasarım gibi yetkiler bahşeder** (EndTasKHK m. 48/II). Kanaatimizce tasarımlar bakımından

36 Aynı yönde Uma SUTHERSANEN: Design Law in Europe, Sweet and Maxwell, London 2000, s. 61-62. Aksi yönde TEKİNALP, Intellectual Property, s. 132.

37 Marianne LEVIN (Ed.: Mario FRANZOSI): European Design Protection - Commentary To Directive And Regulation Proposals, Kluwer, The Hague 1996, s. 64.

38 Saibe OKTAY (ÖZDEMİR): Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuk Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta, İstanbul 2002, s. 7475.



yayımlanmamış bir başvurunun sahibine, belge sahibi gibi inhisari yetkiler tanınmış olması yerinde değildir. Çünkü üçüncü kişi, söz konusu tasarımın aynısını veya benzerini, başvuru sahibinin tasarımından bağımsız bir şekilde geliştirmiş olabilir. Nitekim Topluluk Tüzüğü'nün 19. maddesinin 3. fıkrasına göre, başvuru yayımlanmadığı sürece sadece taklide (*reproduction*) karşı koruma sağlanmaktadır. Yayın ile birlikte inhisari hak bütün yönleriyle doğmaktadır. Bu düzenlemeden anlaşılabileceği üzere AB hukukunda tescilli bir tasarımın inhisari hak vermesi için yayımlanması gerekir. Yayımdan önce tasarımlar, aynen tescilsiz tasarımlarda olduğu gibi sadece taklide karşı koruma sağlar.<sup>39</sup>

### **B. Yeni Koruma Sisteminin Uygulamaya Etkileri**

Yukarıda belirtildiği üzere EndTasKHK'ya göre yeni ve ayırt edici nitelikteki tasarımlar koruma altına alınmıştır. Aşağıda açıklanacağı üzere tasarım korumasına yönelik hukuki düzenlemelerin uygulamaya yansımaları ise iyimser beklentiden farklı olmuştur. Bu noktada beklenenin, Türk endüstrisinin yeni ve özgün tasarımlar geliştirerek rekabetçiliğini artırması olduğunu belirtmek gerekir.

Ülkemizde bugün yılda ortalama 30.000 adet tasarım tescili yapılmaktadır. Bu rakam ABD'de yapılan tasarım tescil sayısına denk gelmektedir. Öte yandan, incelemesiz sistemin benimsenmesi nedeniyle uygulamada tescil ettirilen tasarımların % 90'dan fazlası “yeni” değildir. Firmalar yeni ve özgün tasarımlar geliştirmek üzere yatırım yapmak yerine kolay yolu tercih etmekte ve yıllardır bilinen ve neredeyse anonim hale gelen mevcut ürünleri için tasarım tescil başvuruları yapmaktadır. Bu tescillerin yaklaşık % 10'una itiraz edilmekte, diğerleri ise otomatik olarak tescil edilmektedir. Bu şekilde tescil edilen belgeler, rakiplere karşı kullanılmakta, ürünleri toplatılmakta ve yıllar süren davalara konu olmaktadır.

Ürün tasarım ve geliştirme kabiliyetlerini “taklide dayalı öğrenme” yoluyla geliştirme aşamasını tamamlamadan modern bir tasarım koruma mevzuatı ile karşı karşıya kalan Türk endüstri kuruluşlarının davranış biçimi büyük oranda sistemi kendi mevcut yapılarına uydurmak yönünde olmuştur. Başka bir deyişle, birçok endüstri kuruluşu yeni ve özgün tasarıma yatırım yaparak farklılaşmak yerine, mevzuatın boşluğundan faydalanarak harc-ı alem tasarımların tescili yolu ile korumadan yararlanmayı tercih etmektedir. Bu ise, fikri mülkiyet korumasını amacından saptırmıştır. Böylece modern fikri

39 Bkz. Topluluk Tüzüğü'nün 19. maddesinin Gerekçesi.

mülkiyet sisteminden beklenen fayda, yerini mağduriyetlere bırakmıştır. Yani tasarım mevzuatı, amacından saptırılarak mağdur yaratan bir mekanizmaya dönüşmeye başlamıştır.<sup>40</sup>

### C. Yeni Koruma Sistemi ve İçtihat Hukuku

Yasa koyucular tasarım sahibine münhasır yetkiler vererek bir süre tasarımı rekabete karşı korur. Tasarımları korumakla yasa koyucular, tasarım konusu ürün grubunda pazardaki rekabetin süreli olarak sınırlandırıldığının farkındadır. Bunun göze alınmasının altında özetle şu nedenler yatar: Yenilikleri destekleyerek tasarım sahiplerini ödüllendirmek veya teşvik etmek, özgün tasarımların yaygınlaşmasını sağlamak, böylece ülke ekonomisini uzun vadede dünya ekonomileri ile rekabete açabilmek. Böylece yasa koyucular, tasarımların promosyonu ile serbest rekabet arasında denge kurarlar. Bu dengenin sağlanabilmesi için tasarım korumasının süreli olması işin doğası gereğidir.

Diğer yandan tasarım hukukunda ülkesellik ve tescil ilkeleri geçerlidir. Buna göre, bir tasarım hangi ülke(ler)de tescil edilmişse, sadece o ülke(ler)de korunur. Tescili yapılmayan ülkelerde tasarım, iltibasa yol açılmadığı sürece topluma bağışlanmış demektir. Bu nedenle tescilin yapılmadığı ülkelerde dileyen herkes tasarımı kural olarak serbestçe kullanabilir.

Bu temel açıklamalardan da anlaşılabilceği üzere süre ile sınırlılık, ülkesellik ve tescil ilkeleri sınaî hak korumasının en karakteristik özelliklerindendir. Bundan dolayı koruma süresi sona eren bir tasarımın sahibi, kural olarak haksız rekabet hükümlerine dayanamaz. Çünkü tasarım hukukunun temel ilkesi gereği, koruma sürelidir; süre bitince buluşun ve tasarımın kullanımı serbest hale gelir. Koruma süresinin sona ermesine rağmen haksız rekabet kurallarına müracaat etmek bu temel ilkeye açıkça aykırıdır. Benzer şekilde koruma talep edilen ülkede tasarım tescil edilmelidir. Buna karşılık Türk içtihat hukukunda tescilsiz tasarımlar haksız rekabet hükümleri ile korunmaktadır. Haksız rekabet korumasında bir süre sınırı da yoktur.

Yargıtay eski tarihli (1995 öncesi) kararlarında tescilsiz buluşların ve

40 Tasarım eğitimcisi bir yazar bu konuda şu tespiti yapmaktadır: “Yasanın (EndTasKHK'nın) yürürlüğe girmesi endüstriyel tasarım hizmet sektöründe yaratıcı fikrin değerini artırırken yasanın uygulanmasında öngörülemeyen bazı sorunlar, tescil ve koruma sisteminin getirilerinin sorgulanmasına neden oldu. Açılan davalar arasında yaratıcı fikrin sahibine fayda getiren olumlu örnekler az sayıda rastlanırken, yasanın getirdiği hakların kapsamı ve tescil sistemi anlaşılmadan yapılan tescil başvuruları ve sonucunda açılan davalar, çok sayıda olumsuz örneği oluşturdu”. Yazar bu olumsuzluklara örnek olarak; *i)* İncelemesiz sistemden kaynaklanan tescilin mutlak hak getirdiği yanlışlığını, *ii)* Yenilik ve ayırt edici nitelik ölçütlerinin anlaşılmadığını ve *iii)* Yetersiz görsel anlatımla yapılan tescilleri göstermektedir. Bkz. **HASDOĞAN**, s. 344.

tasarımların haksız rekabet hükümleri ile korunacağını kabul etmekteydi. Bu kararlardan birinde şu ifadeler kullanılmıştır:<sup>41</sup> “...Buharlı ütü makinesinin İhtira Beratı Kanununa göre, patentinin alınmamış olmasının, bunu imal eden davacının makine üzerindeki haklarını Türk Ticaret Kanununun haksız rekabet hükümlerinden yararlanarak korunmasına bir engel teşkil etmemesine,... ”. Başka bir olayda dava konusu tescilsiz ürünün buluş ve tasarım özellikleri bakımından Yargıtay şu ifadeleri kullanmıştır: <sup>42</sup> “...Davalı tarafından üretilen Climaks markasını taşıyan sobanın davacı tarafından üretilen 'Delonghi' markasını taşıyan sobanın dış görünüm, dizayn ve teknik sistem yönünden aynıyet derecesinde benzemesi sebebiyle davalı eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine... ”.

1995 tarihli EndTasKHK'nın yürürlüğe girmesinden önceki Yargıtay'ın yukarıdaki kararlarının modern sınai mülkiyet sistemi ile uyumlu olmadığı açıktır. Ne var ki Yargıtay, 1995 sonrası kararlarında da bu görüşünü sürdürmektedir. Bir olayda ABD'de tescilli ve fakat Türkiye'de tescili bulunmayan bir patente ilişkin ihtisas mahkemesi çok isabetli bir şekilde şu değerlendirmeyi yapmıştır:<sup>43</sup> “...Davacı ürününün ABD'de tescilli beş adet patente konu olduğunun belirtildiği, etiketleme makineleri için davacının TPE nezdinde tescilli tasarım veya patent belgesinin bulunmadığı, o halde yalnızca ABD'de geçerli patent belgesinden doğan hakların Türkiye'de ihlalinden bahsetmenin söz konusu olamayacağı, ayrıca bu buluşun veya ürünün Türkiye'de haksız rekabet yolu ile korunmasının da talep edilemeyeceği, aksi düşüncenin Türk Patent Enstitüsü'ne hiçbir bedel ödmeden ve ülkemizde geçerliliği bulunmayan bir buluşa veya ürüne koruma verilmesi anlamına geleceği, bu hususun patent belgesinin süreli olması ve 20 yıllık sürenin sonunda buluşun tüm insanlığın hizmetine sunulması ve herkesin bundan istifade etmesini sağlayan amacına ve 551 sayılı KHK'nın 133/2. maddesine aykırılık teşkil edeceği, ayrıca özel yasa düzenlemelerinin bulunduğu hallerde genel hukuk (haksız rekabet) kurallarına başvurulmasının da mümkün olmadığı... ”. İhtisas mahkemesinin kararında dayandığı 551 Sayılı Patent KHK'nın 133. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir: “Hakkı sona eren patentin konusu, sona erme sebebinin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren, toplumun

41 11. HD, 28.12.1990, E. 8343, K. 8476 Gönen ERİŞ: Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, 3. Basi, Seçkin, Ankara 2004, s. 1084-1085.

42 11. HD, 26.2.1996, E. 1996/769, K. 1996/1151 Yayımlanmamıştır. Aynı yönde 11. HD, 26.2.1996, E. 1996/770, K. 1996/1167 SULUK/ORHAN, s. 919.

43 İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 18.4.2006, E. 2004/893, K. 2006/120 Yayımlanmamıştır.

*malı sayılır”.*

2008 tarihinde Yargıtay, ihtisas mahkemesinin yukarıda anılan kararını, kanaatimizce çok hatalı bir şekilde şu gerekçelerle bozmuştur:<sup>44</sup> “...**Patent ve faydalı model hakkında düzenleme getiren 551 sayılı KHK.nde Türkiye’de tescil edilmemiş olan buluşların korunmayacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. TTK.’nun haksız rekabete ilişkin 56 vd. maddelerinin varlığı karşısında mahkemenin ilk gerekçesi, hukuka uygun bir gerekçe olarak kabul edilemez”.**

Yargıtay’ın konuya ilişkin bu kararlarını çoğaltmak mümkündür.<sup>45</sup>

Fikri mülkiyet mevzuatı ile haksız rekabet mevzuatı arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi vardır.<sup>46</sup> Bu ilişkide özel kanun önce uygulanır. Eğer özel kanun, konusunu eksiksiz olarak düzenlemişse ve genel kanuna göre daha kapsamlı ve üstün koruma sağlıyorsa, genel kanunu bertaraf eder. Ayrıca özel kanunla getirilen sınırlamalar, genel kanuna dayanılarak bertaraf edilemez. Yani, özel kanun bir konuda sınırlama öngörerek korumayı esirgemişse, artık genel kanuna dayanılarak o korumadan yararlanılamaz. Özel kanunda yer alan boşluklar, ancak özel kanunun amacına uygun olması şartıyla genel kanuna dayanılarak doldurulabilir.<sup>47</sup>

Diğer yandan hak sahibi, kural olarak şartları varsa fikri mülkiyet mevzuatının yanında haksız rekabet hükümlerine de dayanabilir. Yani haksız rekabet hükümleri *sui generis* düzenlemelerin yanında, ikinci derecede değil; gereğinde ve şartları varsa doğrudan ve birinci derecede uygulanır. Zira korumanın dayandığı ilkeler birbirinden farklıdır.<sup>48</sup> Gerçekten bu iki koruma modelinin kümülâsyonu koruma tiplerinin nitelik farkından dolayı doğaldır. Bununla birlikte kümülâtif koruma ilkesi uygulanırken dikkatli olunmalıdır. Sözgelimi, somut olayda bir fikri mülkiyet koruması olmamasına rağmen iltibas varsa haksız rekabet gerçekleşmiştir. Haksız rekabet uygulamasında önemli olan, başkasının ürününe benzetme eyleminin kendisi değil, eylemin nasıl gerçekleştirildiğidir. Emek ilkesinden hareketle taklit eylemi, tek başına haksız rekabet olarak nitelendirilemez.<sup>49</sup> Aksi halde haksız rekabet koruması,

44 11. HD, 4.3.2008, E. 2006/11131, K. 2008/2607 Yayımlanmamıştır.

45 Bu konuda başkaca kararlar için bkz. **SULUK/ORHAN**, s. 709 vd.

46 Dilek **CENGİZ**: Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, Beta, İstanbul 1995, s. 51-52; Sabih **ARKAN**: Marka Hukuku, C. II, AÜHF Yay., Ankara 1998, s. 225; **SARAÇ**, s. 218.

47 **CENGİZ**, s. 52; **SARAÇ**, s. 218.

48 **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 36; **SARAÇ**, s. 219.

49 Bu yönde Ayşe **ODMAN BOZTOSUN**: “Haksız Rekabet Hukukunda Emegin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XXI, 9-10 Aralık 2005, BTHAE, s. 224.

fikri mülkiyet korumasına bir alternatif olarak ortaya çıkar ve bu korumayı işlevsiz ve anlamsız hale getirir.<sup>50</sup> Bu bağlamda özgün vasıf üzerindeki fikri mülkiyet koruması sona ermesine rağmen, bu özgün vasfın korunması için haksız rekabet kurallarına dayanılabilmesi, hakkın süreye bağlı olma ilkesiyle açıkça çelişir.<sup>51</sup> İltibasın varlığı bu duruma istisna teşkil eder.<sup>52</sup>

Tescilsiz ürünlerin haksız rekabet hükümleri ile korunacağını benimseyen Yargıtay, hukukun bu genel prensiplerine uygun bir içtihat geliştirememiştir.<sup>53</sup> Yargıtay'ın uygulaması bireysel menfaatleri toplumun menfaatine tercih etmek anlamına gelir. Oysa TRIPS'in 7. maddesinde de dikkat çekildiği üzere; *“Fikri mülkiyet haklarının korunması ve uyulamaya konulması, teknolojik yeniliklerin ilerlemesine ve teknolojinin transferi ve yayılmasına, teknolojik bilgilerin üreticilerin ve kullanıcıların karşılıklı çıkarlarına katkıda bulunmalı, sosyal ve ekonomik refaha, keza hak ve yükümlülüklerin dengelenmesine yardımcı olmalıdır”*. PatKHK ve EndTasKHK'nın 1. maddeleri de bu görüş doğrultusunda kaleme alınmıştır. Fakat Yargıtay uygulaması bu amaca ulaşmayı önleyici mahiyettedir.

#### IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Avrupa'da uzun yıllara dayanan bir fikri gelişim süreci ve sanayi devrimi sonrasında gelişen ve daha sonra AB ülkelerinde geçerli hale gelen fikri mülkiyet mevzuatının, Türkiye'nin fikri ve endüstriyel gelişiminin bir sonucu olarak değil de, bir hukuki yükümlülük olarak tepeden inme bir kararla benimsemiş olması birtakım sorunları da beraberinde getirmiştir. Yenilikçi bir geleneği olmayan Türk endüstrisi, benimsenen yeni sisteme uymak yerine, sistemi kendine uydurmayı tercih etmiştir.

Diğer yandan içtihat hukukundaki konuya ilişkin *haksız rekabet yaklaşımı*, modern fikri mülkiyet sistemini zayıflatmakta ve sistemin yerleşmesini engellemektedir. Yargıtay, emek ilkesine dayalı olarak geliştirdiği haksız rekabete ilişkin içtihatlarında bir değişiklik yapmadığı takdirde, yapılan bu

50 Bu yönde ODMAN BOZTOSUN, s. 228.

51 TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 36.

52 Nitekim bu ihtimal EndTasKHK'nın 22. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Belirtilen hükme göre, tescilli olan *must match* nitelikteki bir tasarım üç yılla sınırlı olarak korunur. Sürenin dolmasından sonra, ürünün kaynağı konusunda toplumu yanıltmamak, yani iltibasa yol açmamak kaydıyla dileyen herkes bu özellikteki bir tasarımı kullanabilir.

53 O kadar ki, yukarıda (dnp. 59) da belirtildiği üzere *must match* özellikteki tasarımlar üç yıl süre ile korunur. Yargıtay konuya ilişkin kararlarını emek ilkesine dayandırarak süresi dolan *must match* parça tasarımlarının kullanılmasını tek başına haksız rekabet olarak nitelendirmektedir. Örnek olarak bkz. 11. HD, 07.06.2007, E. 2006/1112, K. 2007/8653 SULUK/ORHAN, s. 857-860; 11. HD, 01.06.2006, E. 2005/4002, K. 2006/6561 - SULUK/ORHAN, 859-860. Yargıtay'ın eski tarihli kararları da bu yöndedir. Bkz. 11. HD, 2.7.1996, E. 1996/4596, K. 1996/4958 SULUK/ORHAN, s. 924-925; 11. HD, 23.6.1997, E. 1997/2514, K. 1997/4904 SULUK/ORHAN, s. 922-923.

düzenlemelerin amacına ulaşması mümkün değildir. Çünkü Yargıtay'a göre, fikri mülkiyete ilişkin mevzuat hükümleri ile haksız rekabet hükümleri kümülâtif olarak uygulanır. Yargıtay, özel hüküm-genel hüküm ilişkisini de dikkate almaksızın kümülâtif koruma ilkesini yaygın, kapsamlı ve hatalı bir şekilde uygulamaktadır. Yeni TK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte içtihat hukukunda olumlu yönde bir değişiklik olacağını da beklemiyoruz. Zira haksız rekabet yaklaşımı, bir anlayış meselesi olup, bu yaklaşım terk edilmediği sürece olumlu yönde bir ilerleme olmayacaktır.

Bugün Türk tasarım hukuku uygulamasında yaşanan sorunların bir süre daha süreceği söylenebilir. Bu sorunların ortadan kalkması için, öncelikli olarak 1995 yılından bu yana uygulamada yaşanan sorunlara ve bunların nedenlerine yönelik bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Böyle bir değerlendirmede dikkate alınması gereken önemli noktalardan biri, mer'i yasal düzenlemelerin Türk endüstrisinin yeni ürün ve tasarım geliştirme kapasitesinin gelişimine yaptığı katkı olmalıdır. Mevzuatta yapılacak değişiklik önerilerinin, hukuki yorumların ötesinde Türkiye'nin orta ve uzun vadeli endüstrileşme ve rekabet stratejileri çerçevesinde ele alınması, mevcut düzenlemelerle hedeflenen sonuçlar ve fiili durum arasındaki farkın ortadan kalkması ya da azaltılmasına yönelik önemli bir açılım sağlayabilir. Ayrıca içtihat hukukunun da sistemin ruhuna uygun bir şekilde gelişmesi, yeni sistemin oturması bakımından büyük önem taşımaktadır.



---

## YENİ ÇEK KANUNUNA GÖRE ÇEKİN NİTELİĞİ VE TÜRLERİ\*

---

DOÇ. DR. METİN TOPÇUOĞLU\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Bu çalışma, 31.01.2011 tarihine kadar var olan mevzuat ve kaynaklardan yararlanarak hazırlanmıştır.**





### D) Genel Olarak

Yürürlükten kaldırılan 3167 sayılı “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun” (EÇK), 1985 yılından beri 24 yıllık uygulama döneminde çekle ilgili sorunların çözümünde yetersiz kalmış, beklentilere cevap verememiş, birçok hükmü geniş tartışmalara yol açmıştır.<sup>1</sup> EÇK'da zaman zaman önemli değişiklikler yapılmasına rağmen çek ödemelerine ilişkin sistemde ve çek hamillerinin korunmasında arzu edilen sonuca ulaşılamamıştır. EÇK, çekin güvenli bir ödeme aracı olması amacını benimsemiş, kısmen veya tamamen karşılıksız çek keşide edenleri beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırmış (m. 16/1), ileri tarihli çek uygulamasını bertaraf etmek istemiştir. Bu sebeple ibraz günü dikkate alınmış, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce bankaya ödenmek üzere ibraz edilen fakat karşılığı kısmen ya da tamamen bulunmayan çek için hukuki ve cezai takip yetkisi kabul edilmiştir. EÇK'nın yaptırımını ağır hükümlerine rağmen karşılıksız çek sayısında bir azalma olmamış, bilakis dava ve takipler giderek artmış, Yargıtay'da çok sayıda karşılıksız çek keşide etme suçuna ilişkin dosya birikmiştir. Sonradan kanun koyucu 4814 sayılı Kanun<sup>2</sup> ile karşılıksız çek keşide etme suçuna ilişkin tutumunu yumuşatmıştır.<sup>3</sup> Fakat bu değişiklikler de

1 Bkz. Öztan, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2007, s. 241, 242; Poroy, R./Tekinalp, Ü.: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2010, s. 254, p. 429.

2 RG, 08.03.2003, S. 25042.

derde deva olmamış, 2009 yılı şubat ayında çıkarılan 5838 sayılı Kanun<sup>4</sup> ile süresi sınırlı olsa bile, vadeli çek uygulaması kabul edilmiştir.

EÇK, hamilin korunması anlayışı çerçevesinde yapılandırılmıştır. 5941 sayılı Çek Kanunu (YÇK)<sup>5</sup> çerçeveyi genişleterek başta çek hamilleri olmak üzere, genel olarak piyasanın, ticaret dünyasının ve kamunun korunması hedefini esas almıştır.<sup>6</sup> YÇK, çeke dolayısıyla piyasaya güveni korumak için karşılıksız çek keşide edeni, karşılıksız kalan miktardan az olmamak şartıyla, binbeşyüz güne kadar adlî para cezası ile cezalandırmıştır (m. 5/1). Ayrıca keşideci hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı (YÇK m. 5/4) konulacağı gibi tacir sıfatını taşıyan kimselerin ticarî işletmesiyle ilgili iş ve işlemlerinde, tacir çeki kullanmamaları doğrudan hürriyeti bağlayıcı cezalarla cezalandırılmıştır (YÇK m. 7/1).

Kayıt dışı ekonominin denetim altına alınması, kara para trafiğinin engellenmesi önlemlerine katkıda bulunmak amacıyla hamiline düzenlenecek çek yapraklarının şekline<sup>7</sup> ilişkin yeni kurallar getirilmiş (YÇK m. 2/6), bu kurallara uygun olarak hamiline çek düzenlemeyen kişiler, her bir çekle ilgili olarak, hapis cezası ile cezalandırılmıştır (YÇK m. 7/9).

YÇK, Bankaların araştırma ve özen yükümlülüğünü genişletmiş ve ağırlaştırmış (m. 2/1, 2), karşılıksız çıkan çeklerde banka ile keşideci arasındaki dönülmesi mümkün olmayan gayri nakdi kredi sözleşmesi gereği asgari ödeme miktarını arttırmıştır (m. 3/3). Hesaptaki karşılığı ödemekte isteksiz davranan veya ihmali olan banka, gecikme cezası ödemekle yükümlü tutulmuştur (YÇK m. 3/7). Bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarı hamile ödemeyen banka görevlisi ise şikâyet şartına bağlı olarak hapis cezası ile cezalandırılmıştır (YÇK m. 7/5).

## II) Kanunun Niteliği

Mevzuatımızda çekle ilgili hükümler Türk Ticaret Kanunu [TK ve yeni Türk Ticaret Kanunu (YTK)<sup>8</sup>] ile YÇK'da toplanmıştır. TK'da çekin geçerlilik

3 Bkz. Arkan, S.: “3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler”, BATİDER, C. XXII, S. 1, Ankara 2003, s. 17 vd.

4 RG, 28.02.2009, S. 27155-Mükerrer.

5 RG, 20.12.2009, S. 27438.

6 Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi (TBMM, Dönem 23, Yasama Yılı 4, S. Sayısı 445), p. 16.

7 Çek defterlerinin baskı şekli Maliye Bakanlığı, Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliğinin görüşü alınarak, Merkez Bankası Tebliği ile düzenlenir. Merkez Bankası çek defterlerinin baskı şekline ilişkin kriterleri 2010/2 sayılı “Çek Defterlerinin Baskı Şekline, Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktar ile Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı Kararlarının Bildirilmesine ve Duyurulmasına İlişkin Tebliğ” (RG, 20.01.2010, S. 27468) ile düzenlemiştir. Söz konusu Tebliğ, MB 2010/2 Say. Teb. olarak anılacaktır.

8 Henüz RG'de yayınlanmayan 13.01.2011 tarih ve 6102 numaralı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun (YTK), 01.07.2012 yılında yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. Kanun metni için bkz. TBMM, Dönem 23, Yasama Yılı 2, S. Sayısı 96 (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>).

şartları, keşidesi, tedavülü, ödenmesi ve hukuki sonuçları düzenlenmiştir. YÇK, çek hamillerinin karşılıksız çek tehlikesine karşı korunmasını, piyasanın güven içinde çalışmasını ve para transferi ile ilgili suiistimalleri (kara para aklanması, terörün finansmanı) engellemeyi hedeflemektedir. TK'nın çekte ve genel olarak da kambiyo senetlerine ilişkin hükümleri, hamilin hukuki taleplerini yeterince karşılamaktadır. Çekin iradi veya irade dışı karşılıksız bırakılması düşüncelerine karşı caydırıcı olması, kayıt dışı ekonominin ve kara para ilişkilerinin kontrol altına alınması için TK'dan ayrı bir kanuna ihtiyaç duyulmuştur.

Çekin şekli, içeriği, düzenlenmesi, kullanımı; keşideci, muhatap ve hamil ile ilgili hükümler içeren YÇK, boşluk dolduran niteliği ile *özel kanun* hükmündedir.<sup>9</sup> Dolayısıyla *amaç kapsamında yer alan konularda* Kanun, öncelikli olarak uygulanma imkânına sahiptir. YÇK'nın amacı, “çek defterlerinin içeriklerine, çek düzenlenmesine, kullanımına, çek hamillerinin korunmalarına ve kayıt dışı ekonominin denetim altına alınması önlemlerine katkıda bulunmaya ilişkin esaslar ile çekin karşılıksız çıkması ve belirlenen diğer yükümlülüklerle aykırılık hâllerinde ilgililer hakkında uygulanacak yaptırımları belirlemektir” (YÇK m. 1). Öncelikle maddenin “... belirlenen diğer yükümlülüklerle ... uygulanacak yaptırımları belirlemektir” şeklindeki ifadesi yerine “... çekin karşılıksız çıkması ... hâllerinde ilgililer hakkında uygulanacak yaptırımları belirlemektir” şeklinde anlaşılması, Kanunun amacında, herhangi bir daralmaya yol açmayacaktır. Yolsuzlukla mücadele, kayıt dışı ekonomi gibi başka kanunlarda düzenlenmesi gereken konuların YÇK'nın amaç maddesinde vurgulanması yersizdir.

YÇK, ağırlıklı olarak ceza hükümleri içermesine rağmen özel hukuk alanında da etkili olacak önemli hükümler içermektedir. YÇK'da, çekin şekil şartları ve kanunda düzenlenmeyen konularda TK ve genel hükümlerin uygulanacağı ifade edilmekle birlikte (m. 1/2; 2/9), genel hükümlerle çelişen veya onlarda düzenlenmeyen konular da vardır. YÇK'nın özel hukuk alanını etkileyecek hükümlerine hiç değilse genel olarak işaret etmekte fayda vardır:

- 1) Temsile ilişkin hükümler (YÇK m. 2/3, 4, 10; 5/3),
- 2) Yetkisiz temsilin sonuçları (YÇK m. 5/2, 3),
- 3) Belirli hallerde dolaylı temsil ilişkisinin karine olarak kabul edilmesi (YÇK m. 4/2),

<sup>9</sup> Bkz. Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s. 299, p. 500; Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 241, 245.

4) İleri tarihli çeklerde kanuni ibraz süresinden önce hukuki takip yolunun kapatılması (YÇK m. 3/8),

5) Bankaların özen yükümlülüğünün ve sorumluluğunun ağırlaştırılması (YÇK m. 2/1).

### III) ÇEKİN ÖDEME ARACI OLMA ÖZELLİĞİNİ YİTİRMESİ

#### 1) Genel olarak

Çek, öncelikle bir kambiyo senedi ve genel olarak kıymetli evraktır. Kanunen emre yazılı senet olarak kabul edilen çek, nitelikli bir havale ilişkisi ve ödeme aracıdır. Ayrıca emre ve hamile düzenlenmek şartıyla soyut nitelik taşıyan çek, kamu güvenini haizdir.<sup>10</sup>

Ülkemizde halen ödemelerin ağırlıklı olarak nakit üzerinden yapıldığı, bu durumun bankacılık sistemimizin ve genel olarak ülkemiz ekonomisinin gelişmesini olumsuz etkilediği ifade edilmektedir.<sup>11</sup> Bilindiği gibi kambiyo senetlerinden poliçe ve bono kredi; çek ise ödeme aracı olarak kullanılır. Kanun koyucu, çekin ödeme aracı olması ilkesini muhafaza etmek ve çeke güveni korumak için hukuki sorumluluğa ek olarak cezai sorumluluğu da benimsemiştir. Ekonomik suçu hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandıran EÇK hem Anayasaya aykırılık iddialarına hem de ekonomik hayatın gerçeklerine aykırı olduğu iddiasıyla eleştirilmiştir. Ekonomik alanda ceza sisteminin esas alınması, sürekli olarak yeni tedbirler ve daha ağır cezalar getirilmesi düşüncesine yol açmıştır.<sup>12</sup> Ağır hürriyeti bağlayıcı cezalar caydırıcı olmamış, karşılıksız çek sayısı ve tutarı giderek artan bir seyir izlemiştir.<sup>13</sup> Sonradan kanun koyucu, karşılıksız çek sayısını azaltmak ve karşılıksız çek keşide edenleri de dava veya takiplerden ya da mahkûmiyetin sonuçlarından kurtulmaya teşvik etmek için yeni tedbirler getirmiştir: Düzeltme hakkının kabul edilmesi (EÇK m. 8), hapis cezasının ağır para cezasına çevrilmesi ve tekerrür şartına bağlanması (EÇK m. 16/1), karşılıksız kalan miktar hakkında hamil ile keşideciye uzlaşma yolunun açılması (EÇK m. 16b/2, 3) gibi.<sup>14</sup>

“Çek, görüldüğünde ödenir. Buna aykırı her hangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir. Keşide günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz

10 Geniş bilgi için bkz. Kendigelen, A.: Çek Hukuku, İstanbul 2007, s. 33-41; Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 227 vd; Ülgen, H./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A.: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2009, s. 190-192; Pulaşlı, H.: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2009, s. 169-171.

11 Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi, p. 13.

12 Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 241.

13 Karşılıksız çek ile ilgili Merkez Bankasının 2000-2010 yılı verileri için bkz. <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/bgm/oatim/cekadet.html> (27.01.2011).

14 Bkz. Arkan, 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler, s. 12 vd.

olunan bir çek ibraz günü ödenir” (TK m. 707; YTK m. 795). TK m. 707'ye uygun olarak EÇK m. 16/1, “üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz süresi içinde 4 üncü madde uyarınca ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, ... çek bedeli tutarı kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar” hükmünü içeriyordu. Çekin ödeme aracı olmasının doğal sonucu olarak şekil şartları arasında vadeye yer verilmemiştir. Fakat piyasa uygulamasında, çekin teorik ve olması gereken özelliği doğrultusunda kullanıldığını iddia etmek mümkün değildir.<sup>15</sup>

YÇK, geçmiş döneme ilişkin başarısızlığı dikkate alarak nakit ve çek piyasasının sağlıklı işlemlerini öngören hükümler getirmek istemiştir. Bu anlamda vade şartı açıkça kabul edilmemiş fakat ileri tarihli çeklerde keşidecinin ceza sorumluluğuna ek olarak müracaat haklarının kullanılması imkânını kaldırmıştır. Böylece keşidecinin hukuki ve cezai sorumluluğunun düzenleme tarihine göre hesaplanacak kanuni ibraz süresi kaydına tabi tutulması ile ileri tarihli çek, hukuki korumaya kavuşturulmuş olmaktadır.<sup>16</sup> Bankalar, YÇK m. 3/8 hükmünü dolayısıyla kanuni ibraz süresini dikkate alarak ileri tarihli çekleri, karşılığı olsa bile, ödemeyecektir. Bu sebeple Kanunun gerekçesinde hala çekin ödeme aracı olduğu ilkesinden söz edilmesi doğru değildir.

Eklemek gerekir ki, çekin arzu edilen kullanma yoğunluğuna ulaşamamasının tek nedeni elbette ceza sistemindeki başarısızlık değildir. Günümüzde bankaların kart sistemi (bankamatik, kredi kartı); internet, telefon, cep telefonu araçları ile elektronik ortamda ve hızlı para transferi imkânları giderek gelişmekte ve yaygınlaşmaktadır. Bankaların itibarlı müşterileri için limit sınırı olmayan kredi kartı tahsis etmesi, kredi kartlarının vade (taksit) fonksiyonuna sahip olması çeke olan ihtiyacı giderek azaltmaktadır. Aslen ödeme aracı olarak kabul edilen çekin, kısa ibraz süreleri içindeki tedavül fonksiyonu dışında, ödemelerin banka kartı ile yapılmasına bir üstünlüğü de

15 Kanunun gerekçesinde EÇK'nın, ileri tarihli çekleri normal çek ile aynı hukukî ve cezai rejime tâbi tuttuğu için “kalın bir koruma zırhı ile güçlendir”diği ifade edilmektedir (Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi, p. 1/e). Ayrıca bkz. Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s. 299, p. 501.

İleri tarihli çeklerde hukuki ve cezai sorumluluğu ortadan kaldıran YÇK için bu tespit doğrudur. Hâlbuki EÇK, isabetli olup olmadığı sorunu bir yana, fiili ibraz gününü dikkate alarak hukuki ve cezai takip imkânını kabul etmiş, böylece keşideciyi ileri tarihli çek düzenleme iradesinden caydırmak istemiştir. Bu sebeple EÇK, ileri tarihli çek uygulamasını güçlendirmemiş, bilakis ceza yaptırımını ile engellemeyi hedeflemiştir.

16 Tasarı azımsanmayacak sıklıkta, Kanunun çekin ödeme aracı olduğu ilkesini dikkate aldığını ya da benimsediğini hatırlatmaktadır. Örneğin Kanun Tasarısı Gerekçesi, p. 10/f, p. 13, p. 17, p. 20, p. 21; YÇK m. 1 gerekçesi, m. 2 gerekçesi. Aynı yönde YÇK ile çekin kredi aracına dönüştüğü fikri için bkz. Pulaşlı, H.: Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, Ankara 2010, s. 2.

yoktur. Hatta kredi kartı ile ödeme sisteminin, çek keşidesi sureti ile yapılacak ödemelere göre daha avantajlı olduğu söylenebilir. Keşidecinin, banka kartı ile yapacağı ödemeleri taksitlendirmesi, alacaklının ise söz konusu ödemeyi bankadan tahsil aşamasında herhangi bir riskle karşılaşma endişesinin, takip yapma yükümlülüğünün bulunmaması imkânları banka kartlarını çeke göre daha çekici kılmaktadır. Aynı koşulların bono kullanımı için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Bütün bu sebeplerle yakın bir gelecekte çek ve bono kullanımının azalması ve nihayet söz konusu kambiyo senetlerine olan ihtiyacın ortadan kalkması kaçınılmazdır.<sup>17</sup>

## 2) İleri tarihli çeklerde hukuki takip yolunun kapatılması

TK m. 707/1 (YTK m. 795/1) hükmüne göre ödeme aracı olarak kabul edilen çek, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce muhatap bankaya ibraz edilirse ve hesapta yeterli karşılığı varsa ödenir. Hesapta çekte yazılı meblağı karşılayacak miktar yoksa hamil, keşideci ve diğer sorumlulara karşı (ciranta, avalist) müracaat hakkını kullanabilecektir. Ancak YÇK m. 3/8 bu imkanı kaldırmış, keşidecinin cezalandırılması için şikayet hakkının kullanılmasında olduğu gibi, müracaat haklarının kullanılabilmesinde de *keşide tarihine göre hesaplanacak kanuni ibraz süresini*<sup>18</sup> esas almıştır. Bu sebeple Kanunun gerekçesindeki bu ilkeye aykırı açıklama hukuki sorumluluk açısından doğru değildir. Gerekçede ileri tarihli çekin, keşide tarihinden önce de tahsil için bankaya ibraz edilebileceği; kısmen veya tamamen karşılıksız olması hâlinde hamilin, TK'dan doğan yetkilerini kullanabileceği belirtilmektedir.<sup>19</sup>

YÇK, hesapta karşılığı bulunan çekin ödenmesi imkânını açık tutmuş, fakat kısmen veya tamamen ödenmemiş çeklerle ilgili olarak keşideciye karşı hamilin, hiç değilse müracaat hakkını kullanabilme silahını elinden almış ve böylece *çekin, düzenleme tarihinden önce ödenmesi ihtimalini hem hukuken hem de fiilen bertaraf etmiştir*. Hesapta yeterli karşılığın bulunup bulunmadığı

17 ABD, Kanada ve AB ülkelerinde iç ödemelerde çekin kaldırılması, bunun yerine daha az masraflı ödemelerin teşvik edilmesi (elektronik çek, virman, ödeme kartları, borcun kayden tahsili) hedefi üzerinde çalışıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Geva, B.: “Recent International Developments in the Law of Negotiable Instruments and Payment and Settlement Systems”, Texas International Law Journal, Vol. 42: 685, Texas 2007, s. 686; Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 171, 172; Yücel, M. T.: “Çek Suçları Kriminolojisi”, Çek Hukukunun Güncel Sorunları, Sempozyum (4 Ocak 2002), İstanbul 2002, s. 39-53.

18 Bundan sonra “keşide tarihine göre hesaplanacak kanuni ibraz süresi”, “düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi” ibareleri yerine kısaca “kanuni ibraz süresi” denmekle yetinilecektir.

19 Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi, p. 29. Aynı hata YÇK m. 5/1 gerekçesinde de sürdürülmüştür: “... 6762 sayılı Kanun hükümlerine göre, ileri tarihli çek, üzerinde yazılı düzenleme tarihi gelmeden önce de tahsil amacıyla bankaya ibraz edilebilir. Bu tarihten önce ibraz edilen çekin kısmen veya tamamen karşılıksız çıkması hâlinde, çekle ilgili olarak bu Tasarı hükümlerine göre karşılıksızdır işlemi yapılacaktır. Kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan bu çekle ilgili olarak ibraz eden hamil 6762 sayılı Kanunun verdiği yetkileri kullanabilir”.

bilgisi, banka yetkililerinin tekelindedir. Gerçi YÇK m. 7/5, “Karşılığı tahsil edilmek üzere bankaya ibraz edilen çekin karşılığının hesapta mevcut olmasına rağmen, hamile ödemede bulunmayan ... banka görevlisi(nin), şikâyet üzerine ... hapis cezası ile cezalandırıl”ması imkanını kabul etmiştir. Şüphesiz hamilin, keşidecinin hesap hareketini, hesapta yeterli karşılığın var olup olmadığını görebilme (kontrol edebilme) hak ve yetkisine sahip olduğu bir hukuk siteminde bu imkan önemlidir.<sup>20</sup>

Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'na<sup>21</sup> göre müşteri sırrı: “Ticarî işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve malî piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsî, iktisadî, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeleri” ifade eder. Ayrıca bankalar, “bilgi ve belge istemeye kanunen açıkça yetkili kişi ve merciler dışında müşterilere ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri gizli tutmak ve özenle saklamak zorundadırlar”<sup>22</sup>. Görüldüğü gibi hamilin, muhatap bankaya ibraz ettiği ileri tarihli çekin karşılığının, bankada olup olmadığını teyit edecek keşideci hesap bilgisini veya dökümünü elde etme imkanı bulunmamaktadır. Mevcut sistemimize göre hamil, banka görevlisinin çek karşılığının var olup olmadığı yönündeki sözüne ve bilgisine itimat etmekle yetinecektir. YÇK m. 7/5 hükmünün, bankalara bu konuda yeni bir yükümlülük getirdiği ihtimalinden hareket edilse bile, madde içeriğinin ve gerekçesinin bu sonucu kabul etmeye yeterli olmadığı kuşkusuzdur. TK hükmüne rağmen keşide tarihinden önce müracaat haklarının kullanılması yetkisini kaldıran kanun koyucunun muradının, kanuni ibraz süreleri içinde ödemenin geciktirilmemesi olduğu söylenebilir.

İleri keşide tarihli çek uygulamasındaki tarafların centilmenlik anlayışı YÇK m. 3/8 ile bağlayıcılık kazanmış, müracaat haklarının kullanılması engellenerek fiili uygulama, hukuki zemine oturtulmuştur. Bu sebeple, bono ve poliçeden farklı bir fonksiyon üstlenmeyen ileri tarihli (vadeli) çekte cezalandırma ilkesinden vazgeçilmelidir.<sup>23</sup> Vadeli çek uygulaması yerleştiğine

20 Müşteri sırrı hakkında bkz. Dursun, H.: “Ticari Sır, Banka Sırrı ile Müşteri Sırrının Açıklanması Suçlarına Genel Bir Bakış”, Kamu-İş, C. 11, S. 1, Ankara 2009, s. 202.

21 <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/ticari.doc> (erişim tarihi: 20.01.2011).

22 Türkiye Bankalar Birliği Bankacılık Etik İlkeleri, [http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Yasal\_Duzenlemeler/TBB\_Tarafından\_Yapılan\_Diger\_Duzenlemeler/Etik\_Ilkeler\_29.09.2010.pdf (erişim tarihi: 20.01.2011)], m. 10.

23 Merkez Bankası verilerinden aktarılan bilgiye göre, 2009 yılı Haziran ayı itibarı ile Türkiye ekonomisinin yaklaşık dörtte birden fazlasını çek bedeli oluşturmaktadır. Bu meblağın hacmi ve ülke ekonomisinin bakımından arz ettiği önem gereği, karşılıksız çekte ceza tehdidinin sürdürülmesi düşüncesi savunulmaktadır. Bkz. Özgenç, İ.: “Yeni Çek Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli (26 Mart 2010), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2010, s. 71.



göre, aksi anlayışı sürdürmenin ticari hayata ve nakit akışına olumlu etkisi gösterilemeyecektir. Ayrıca vadeli çeki bilerek ve isteyerek kabul eden hamilin, vadeden önce ödeme talebi ile bankaya başvurması dürüstlük kurallarına da aykırıdır. “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” (MK m. 2/2). Hâlbuki Kanun koyucunun çeki ödeme aracı olarak nitelendirmesi ve ısrarcı tavrı, dürüstlük kurallarına aykırı bir anlayışın korunmasına da katkı sağlamıştır. Kanun koyucunun, çekin ödeme aracı olması ilkesini terk ederek vadeli çek uygulamasını hukuki zemine oturtması piyasa gerçekleri ile uyumludur. Ayrıca ek maddelerle vadeli çek uygulaması hem uzatılmış hem de yeni süreler verilmiştir (Geçici m. 1/5). Çekin 2012 yılına kadar kanuni ibraz süresinden önce bankaya ödenmek üzere ibrazı engellenmiştir.

Özetlemek gerekirse ileri tarihli çeklerle ilgili şu hususlara dikkat çekilebilir:

1) Müracaat haklarının kullanılması imkânı kaldırılmıştır.

2) Muhatap banka, karşılığı bulunan çeki ödeyecek, karşılığı bulunmayan çeki, “karşılıksızdır” işlemine tabi tutmadan iade edecektir.

3) Kısmen karşılığı bulunan çek, hamilin arzusu doğrultusunda, kısmi karşılık miktarı kadar ödenebilecektir. Bu durumda banka, “karşılıksızdır” işlemine tabi tutmadan, çekin aslı özerine yapılan ödeme miktarını yazıp muhafaza altına alarak, onaylı fotokopisini hamile verecektir (YÇK m. 3/6). Hamil, çekin ödenmeyen kısmı için kanuni ibraz süresini bekleyecektir.<sup>24</sup>

4) Bankanın, dönülmesi mümkün olmayan gayri nakdî kredi sözleşmesi gereği hamile yapması gereken asgari ödeme miktarı, çekin süresinde ibrazı şartına bağlıdır (YÇK m. 3/3).<sup>25</sup>

### 3) İleri tarihli çeklerde cezai takip yolunun kapatılması

1985 yılında yürürlüğe giren EÇK, çekin ödeme aracı olması özelliğini pekiştirmek amacıyla ileri tarihli çeklerde fiili ibraz gününü esas alarak karşılıksız çek düzenleyen keşideciyi cezalandırmıştır. Fakat 2003 yılında bu uygulamadan vazgeçilmiş, suç için YÇK sisteminde de geçerli olan kanuni

24 Konuyla ilgili sorunlar için bkz. Pulaşlı, Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, s. 43, 44; Reisoğlu, S.: Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, [http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans\_Sunumlari/SR\_yeni cek kanunu ve degerlendirilmesi\_07012010.pdf (27.01.2011)] s. 10, 11; Narbay, Ş.: “5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 43, Ankara 2010, s. 93, 94.

25 Aynı yönde bkz. Kırca, İ.: 5941 Sayılı Çek Kanunu Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010, s. 21. Aksini düşünen yazarlar da vardır bkz. Narbay, 5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi, s. 93.

ibraz süresi dikkate alınmıştır. Böylece karşılıksız çek keşide etme suçunun uygulama alanı, kanuni ibraz süresinde ibraz edilen ve ödenmeyen çeklerle sınırlandırılmıştır. YÇK m. 5/1 hükmünün gerekçesine göre, “...Ceza sorumluluğundan söz edebilmek için, çekin, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde, bankaya ibraz edilmiş olması gerekir. ... Kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan bu çekle ilgili olarak ibraz eden hamil 6762 sayılı Kanunun verdiği yetkileri kullanabilir. Ancak, bu tarihten önce ibraz edilen çekin kısmen veya tamamen karşılıksız çıkması, ceza sorumluluğunu gerektirmemektedir”.

Ülkemizde kambiyo senetlerinden poliçe, pek az bir uygulama alanı bulmuş, bono ve çek daha çok rağbet edilen kıymetli evrak olmuştur. Bono kullanımının, kural olarak tüketici işlemlerinde; kira ve hizmet gibi taksitli (vadeli) alım satım işlemlerinde yoğunlaştığı, bu yolla ortaya çıkan meblağın çekerle göre önemli bir hacim teşkil etmeyeceği söylenebilir. Ödeme vasıtası olarak kabul edilen ve nakit işlemlerinde ağırlıklı olarak kullanılan çek ile ilgili ticari hayatın sağlıklı işlenmesini temin edecek bonodan farklı tedbirler alınması yadırganamaz. Ancak her vesile ile ifade edildiği gibi çekin; TK, YÇK ve yabancı hukuk sistemlerinin benimsediği ödeme aracı olması ilkesi ülkemizde rağbet görmemiştir. Aksine, ülkemiz piyasalarında çekin ileri tarihli düzenlenmesi ve kredi aracı olarak kullanımı yaygınlaşmıştır.<sup>26</sup> Vadeli işlemlerde bononun değil, çekin tercih edilmesi, ceza tehdidi sebebiyle çekin karşılıksız çıkmayacağı beklentisine dayanmaktadır.<sup>27</sup>

YÇK'nın, “Karşılığı tahsil edilmek üzere bankaya ibraz edilen çekin karşılığının hesapta mevcut olmasına rağmen, hamile ödemede bulunmayan ... banka görevlisi(nin), şikâyet üzerine .. hapis cezası ile cezalandırıl”masını<sup>28</sup> öngören hükmünün (m. 7/5), ileri tarihli çeklerde uygulama alanına sahip olup olmadığı sorunu açık değildir. Söz konusu hükmün, kanuni ibraz süreleri içindeki mevcut karşılığın ödenmesi ile ilgili olduğu kabul edilmelidir. Aksi

26 Piyasa aktörlerini ileri tarihli çek kullanmaya sevk eden nedenler için bkz. Çöl, H. C.: “İleri Tarihli Çekerle İlişkin Sorunlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 1, Ankara 2004, s. 197 vd.

27 Bkz. Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s. 299, p. 501; Tekinalp, Ü.: *İleri Keşide Tarihli (Vadeli) Çeklere İlişkin Bir Öneri*, MHB, S. 1-2, Prof Dr. Aysel ÇELİKEL'e Armağan, Yıl 19-20, İstanbul 1999-2000, s. 923 vd.

28 YÇK m. 7/5 hükmünün gerekçesinde şu bilgilere yer verilmiştir: “Banka görevlisinin karşılığı tahsil edilmek üzere bankaya ibraz edilen çekin karşılığının hesapta mevcut olmasına rağmen, hamile ödemede bulunmaması, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç olarak tanımlanmıştır. Özgü suç niteliği taşıyan bu suç da, ancak ihmali davranışla işlenebilir”. Söz konusu maddede düzenlenen suçun kasten işlenebileceği, bankanın nakit pozisyonunun müsait olmaması, başka bir şubeden nakit getirilmesi gibi makul sayılabilecek gecikmelerde banka görevlilerinin cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Donay, S.: *Gerekçeli ve Açıklamalı Çek Kanunu*, İstanbul 2010, s. 66, 67; Reisoğlu, Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, s. 8.

halde, hem banka görevlileri hem de keşideci mağdur olabilecektir. İleri tarihli bir çeki, hamilin keşide tarihinden önce ibrazı üzerine banka görevlisinin ceza tehdidi ile karşılığı ödemesi, başka bir çeki için hesabını uygun hale getiren keşideciyi mağdur edecektir. Organize hareket ederek hesabı boş veya zorunlu durumlarda uygun hale getirebilen keşideci ile banka görevlisi, ceza tehdidinden ve mağdur olmaktan kurtulacaklardır. Hem hukuki hem de cezai yükümlülük açısından kanuni ibraz süreleri esas alındığına göre, banka görevlilerine hesaptaki karşılığı geciktirmeksizin ödeme zorunluluğu getiren hüküm için de kanuni ibraz süreleri geçerli olmalıdır.

#### 4) İleri tarihli çeklerin “karşılıksızdır” işlemine tabi tutulmaması

Kanunun gerekçesinde karşılıksız çek, “çek üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre, kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmiş olup da, kısmen veya tamamen karşılıksız çıkmış bulunan ve karşılıksızlığı Tasarıda öngörüldüğü şekilde belgelenmiş olan çek”<sup>29</sup> şeklinde tanımlanmıştır.

“Karşılıksızdır” işlemi, hamilin talepte bulunması hâlinde yapılır (YÇK m. 3/4). Bankanın, “karşılıksızdır” işlemine tabi tutabilmesi için çekin, YÇK m. 3/8 gereği kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibrazı şarttır. Bu süreden önce vaki olan ibrazlarda banka, çekin karşılığı varsa ödeyecek, yoksa çeki herhangi bir işleme tabi tutmadan hamile iade edecektir.<sup>30</sup> Öyleyse “karşılıksızdır” işlemi, “çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ... şartı” ile yapılabilecektir (YÇK m. 3/8). Bu sebeple Kanunun genel gerekçesindeki, m. 3/2 gerekçesinin tersine, ileri tarihli çeklerin, düzenleme tarihinden önce tahsil için bankaya ibraz edilmesi; kısmen veya tamamen karşılıksız çıkması hâlinde “karşılıksızdır” işlemine tabi tutulması şeklindeki açıklama doğru değildir.<sup>31</sup> Eklemek gerekir ki, hukuki takip yolu kapatılan ileri tarihli çeklerin, keşide tarihinden önceki ibrazında “karşılıksızdır” işlemine tabi tutulmasının pratik bir önemi yoktur. Zira keşidecinin, hukuki ve cezai takip yapabilmesi için kanuni ibraz süresini beklemesi ve çeki bu süre içinde tekrar bankaya ödenmek üzere ibraz etmesi zorunludur. Kanuni ibraz süresi içinde ödenmesi amacıyla bankaya ibraz edilen çekin karşılığı varsa ödenecek; aksi halde, hamilin talebi üzerine, kısmen veya tamamen karşılıksız olduğu banka beyanı ile tespit edilecektir.<sup>32</sup>

29 Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi, p. 28.

30 “Karşılıksızdır” işlemi yapılması gerektiği konusunda bkz. Pulaşlı, Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, s. 40, 42.

31 Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi, p. 29.

32 Bkz. Kırca, 5941 Sayılı Çek Kanunu, s. 21; Oğuzoğlu, Ç./Oğuzoğlu, Ö.: Çek Kanunu, Ankara 2010, s. 82.

## 5) İleri tarihli çeklerin ödenmemesinden doğacak sorumluluk

### A) 31/12/2011 tarihine kadar

İleri tarihli çekin, kanuni ibraz süresinden önce ödenmesi amacı ile bankaya ibrazı “geçersiz” kabul edilmiştir: “31/12/2011 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir” (YÇK Geçici m. 1/5). Öncelikle belirtilmelidir ki çekin ödenmek üzere bankaya ibrazı bir fiildir ve hukuki muamelelerin tabi olduğu geçersizlik yaptırımının, hukuki fiil veya olaylarla irtibatlandırılması doğru değildir. Kanun koyucunun maksadı, çekin keşide tarihinden önce muhatap bankaya ibrazının hukuki ve cezai işlemler için sonuç doğurmamasıdır.<sup>33</sup>

#### a) Hukuki sorumluluk

İleri tarihli çekin, keşide tarihinden önce muhatap bankaya ibrazının hüküm doğurmaması,<sup>34</sup> EÇK'nın yürürlükte olduğu dönemde hamilin müracaat haklarını kullanmasını önlemiştir. Karşılığı olsa bile muhatap banka, TK m. 707/2 (YTK m. 795/2) hükmüne rağmen, ileri tarihli çekleri 2009 yılı sonuna kadar ödemekten kaçınma yükümlülüğüne tabi tutulmuştur.

YÇK m. 3/8, ileri tarihli çeklerde, keşide tarihinden önce müracaat haklarının kullanılmasını yasakladığı için söz konusu hükmün yegâne önemi, hesapta yeterli karşılığı bulunan çeklerin bu yılın sonuna kadar ödenmesinin engellenmesidir.

Muhatap banka, 31.12.2011 tarihine kadar, keşide tarihinden önce ibraz edilen çekleri:

- 1) Yeterli karşılığı olsa bile ödemeyecektir,
- 2) Karşılığı bulunmuyorsa (tamamen ya da kısmen) “karşılıksızdır” işlemine tabi tutulacaktır,
- 3) YÇK m. 3/3 gereği, kanunen yükümlü olduğu asgari miktarı ödemeyecektir,
- 4) Hesapta karşılığı bulunsan bile ödemekten kaçınma sebebi ile gecikme cezasına (her geçen gün için binde üç) maruz kalmayacaktır (YÇK m. 3/7).

#### b) Cezai sorumluluk

İleri tarihli çeklerde cezalandırma sistemi terk edildiği için keşidecinin ceza

33 2011 yılı sonuna kadar nitelik ve fonksiyon bakımından çekin, bono ve poliçeden hiçbir farkı bulunmadığı yönünde bkz. Kahyaoglu, E. C.: “5941 Sayılı Çek Kanunu ile İlgili Bazı Tesbitler”, Kazancı Dergisi, S. 67-68, İstanbul 2010, s. 144.

34 “31/12/2009 tarihine kadar, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir” (5838 sayılı Kanun, m. 18). Kriz gerekçesi ile 5838 sayılı Kanun'un bahsettiği yetkiyi YÇK, 31.12.2011 tarihine kadar uzatmıştır.

sorumluluğu, kanuni ibraz süresinin bitiminden itibaren başlayacaktır. Ayrıca kısmen veya tamamen karşılığı bulunmayan çekle ilgili olarak, talebe rağmen, “karşılıksızdır” işlemi yapmayan; çekin karşılığının hesapta mevcut olmasına rağmen, hamile ödemede bulunmayan ya da bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarı hamile ödemeyen banka görevlisinin cezalandırılması (YÇK m. 7/4, 5) mümkün değildir.<sup>35</sup>

### **B) 31/12/2011 tarihinden sonra**

#### **a) Hukuki sorumluluk**

İleri tarihli çeklerin ibraz gününde ödenmesi ilkesini (TK m. 707/2; YTK m. 795/2) muhafaza eden YÇK, müracaat hakkının kullanılmasını kanuni ibraz süresine bağladığı için söz konusu ilkenin etkisini kaybettiği söylenebilir. Kanun koyucunun, çekin ödeme aracı olması ilkesine bağlı görünmesi, fakat ileri tarihli çeklerin korunmasından da taviz vermemesi çelişkili sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Hukuki sorumluluğu, kanuni ibraz süresi şartına bağlamakla birlikte, karşılığı bulunan çeklerin ödenmesi imkânını açık tutan YÇK m. 3/8 hükmünün, adaletsiz sonuçlara yol açacağı kuşkusuzdur.<sup>36</sup> Gerçekten ileri tarihli çeklerde bilinçli olarak çek hesabını boşaltan; sıfırlayan keşideci ile hesabında para bulunduran keşideci arasında, ikincisi aleyhine ayırım yapılmakta, iyi niyetli keşideci adeta cezalandırılmaktadır. Çek hesabını, ileri tarihli çek dışındaki tasarrufları için hazır bulunduran keşidecinin mağdur olması kaçınılmazdır. Bu ihtimallerde banka, hamile ödeme yapmadan keşidecinin iznini aramalı, keşidecinin açık izni olmayan ileri tarihli çekleri ödemekten kaçınmalıdır. Karşılığı olan ileri tarihli çekin ödenmesini isteyen, karşılığı olmayan çeklere karşı müracaat haklarının kullanılmasını erteleyen YÇK sistemine karşı iyi niyetli keşidecinin mağduriyeti, ancak izin şartı ile engellenebilir.

Çek karşılığının hesapta bulunmasına rağmen ödemenin geciktirilmesinde, her geçen gün için binde üç gecikme cezası öngören YÇK m. 3/7 hükmünün, ileri tarihli çeklerde geçerli olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Nakit sıkışıklığı ve banka menfaatleri gibi gerekçelerle ödemelerin savsanması endişesini bertaraf etmek için kanun koyucu; banka için gecikme cezası, görevliler için de hürriyeti bağlayıcı ceza kabul etmiştir. Bankanın gecikme cezasına maruz kalması, kanuni ibraz sürelerindeki ihmalin sonucu olarak

35 Aksi düşünce için bkz. Pulaşlı, Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, s. 38, 39.

36 İleri tarihli çeklerde, şartları çerçevesinde, ihtiyati haciz talep edilebilecektir. Bkz. Bilgen, M.: “5941 Sayılı Çek Kanunu ve Uygulamalar”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli (26 Mart 2010), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2010, s. 25, 26.

ortaya çıkar. Hesapta yeterli karşılığı bulunan ileri tarihli çeklerin ödenmemesi, gecikme cezası taleplerine vücut vermez.<sup>37</sup> Aksi sonucun kabulü, yukarıda bahsettiğimiz banka görevlilerinin cezalandırılmasında olduğu gibi, dürüst keşidecinin mağdur olmasına yol açacaktır.

### b) Cezai sorumluluk

İleri tarihli çeklerde şikâyet hakkı,<sup>38</sup> kanuni ibraz sürelerinin başlamasından itibaren kullanılabilmesi için keşideci, sadece bu zamandan sonra cezalandırılabilir (YÇK m. 5/1). Kanunî ibraz süresi içinde ödenmesi amacıyla ibraz edilen çekin karşılığının, ilgili banka hesabında tam olarak bulundurulmaması, karşılıksız çek keşide etme suçunu oluşturur. Çek karşılığının, ibraz anında, ilgili çek hesabında bulundurulmaması suçun oluşumu için gereklidir ve yeterlidir.<sup>39</sup> Bu sebeple, sonradan fakat ibraz süresi dolmadan çek karşılığının ilgili hesapta emre amade tutulması, söz konusu suçun oluşmasını engellemez. Hiç şüphesiz keşidecinin tutumu, etkin pişmanlık hükümlerinin (YÇK m. 6) uygulanması bakımından dikkate alınacaktır.<sup>40</sup>

İleri tarihli çek düzenleyen, ancak kanunî ibraz süresi içinde ilgili banka hesabında yeterli karşılığı bulundurmayan gerçek ve tüzel kişiler hakkında, karşılıksız çıkan her bir çekle ilgili olarak, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilir (YÇK m. 5/4).

Kanun koyucunun ileri tarihli çeklerde hukuki takip yolunu da kapayarak “kanuni ibraz süresi”ni esas alması, ileri tarihli çekleri dolayısıyla keşideciyi koruması, çekin ödeme aracı olması ilkesini bertaraf etmiştir. YÇK sisteminde, ödeme aracı olması özelliğini kaybeden çekin, hala ceza tehdidi ile korunması izah edilemez. Çek kullanımını azaltacak olsa bile, çek ödemelerinin güvenilirliğini temin etmek için cezaların caydırıcı olması özelliğinden yararlanmak yerine, hukuki imkânların genişletilmesi yoluna gitmekte zorunluluk vardır. Dolayısıyla hamil, ödeme gücünden kuşku duyduğu keşidecinin ceza içermeyen çekini kabul etmeyerek riskten

37 Aksi fikir için bkz. Kırca, 5941 Sayılı Çek Kanunu, s. 19, 20; Pulaşlı, Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, s. 39.

38 YÇK açısından “şikâyet hakkı”nı ayrıntılı olarak inceleyen bir çalışma için bkz. Gençtürk, M.: “5941 Sayılı Yeni Çek Kanuna Göre Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunda Şikâyet Hakkı”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, Isparta 2010, s. 237-257.

39 Geniş bilgi için bkz. Özgenç, İ.: **Çek Kanunu, Ankara 2010, s. 69 vd**; Donay, Gerekçeli ve Açıklamalı Çek Kanunu, s. 78 vd; Kınacı, A.: “5941 Sayılı Çek Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar ve Koruma Tedbiri Gerektiren Fiiller”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli (26 Mart 2010), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2010, s. 48 vd.

40 Bkz. YÇK m. 5/1 gerekçesi.

kurtulmuş olacaktır.

Ticari hayatın yönü çekin kredi aracı olarak kullanılması ise kanun koyucunun ısrarla bu talebi yok sayması veya görmezden gelmesi, fiili durumun ortaya çıkardığı sorunları çözmeyecektir. Bilindiği gibi, bankaları sorumluluk altına sokmamak ve çekin para yerine ikame olmasını engellemek düşüncesi ile çekte kabul yasaklanmıştır.<sup>41</sup> Ancak bankalar arası rekabet banka çeki, garantili çek gibi çek türlerini doğurmuştur. Bu anlamda çek uygulamasına yönelik güvenin korunması, çekin yaygınlaşması ve ibrazında ödeneceği inancının muhafazası için kabul yasağı kaldırılmalı, hatta kabul müessesesi teşvik edilmelidir. Böylece araştırma ve takip imkânı bakımından güçlü konumdaki bankaya karşı kötü niyetli kimselerin çek keşide etmesi zorlaşacak, çek mağdurları olabildiğince azalacaktır.<sup>42</sup>

#### IV) ÇEK TÜRLERİ

##### 1) Tacir Çeki

##### A) Genel Olarak

Cenevre Yeknesak Kurallarında ve yabancı hukuklarda bulunmayan tacir çeki, hukuk sistemimize YÇK m. 2/6 ile girmiştir.<sup>43</sup> Tacir çeki dışındaki çeklerin “*genel çek*” olarak ifade edilmesi mümkündür. Fakat genel çek ifadesi umumi çizgili çek ile karıştırılmamalıdır.<sup>44</sup> Genel çek<sup>45</sup> tacir çeki<sup>46</sup> ayırımı, sadece çek defterlerinin baskı şekli ile ilgilidir, çekin niteliğini ve şekil şartlarını etkileyecek bir sonuç doğurmaz. Zira çekin şekil şartlarını düzenleyen TK m. 692 (YTK m. 780)'de çekin rengi ve baskı şekline ilişkin bir kayıt yer almaz. TK'daki unsurları taşıyan çeklerin, YÇK 2/6-8 maddesindeki şartları taşımaya bile geçerli olacağı açıkça kabul edilmiştir (YÇK m. 2/9). Tacir çekleri de kanunen emre yazılıdır, nama<sup>47</sup> ve hamile<sup>48</sup> düzenlenebilir.

41 Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 262.

42 Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 262, 263.

43 Bkz. Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s. 301, p. 503a-c.

44 Umumi çizgili çek, *belirli bir bankanın adı yazılmadan* çekin, ön yüzünün birbirine paralel iki çizgi ile çizilmesidir (TK m. 715, 716; YTK m. 803, 804).

45 Genel çeklerde (tacir olmayan kişi çekleri), “zemini yeşil (renk kodu: PANTONE 384 U) olan çerçeve içerisinde beyaz renkte (negatif görüntü) ve büyük harflerle “TACİR OLMAYAN” ibaresi yer alır (MB 2010/2 Say. Teb. m. 3/1-d.3).

46 “Tacir çeklerinde zemini lacivert (renk kodu: PANTONE 314 U) olan çerçeve içerisinde beyaz renkte (negatif görüntü) ve büyük harflerle “TACİR” ibaresi yer alır” (MB 2010/2 Say. Teb. m. 3/1-d.1).

47 MB 2010/2 Say. Teb.'de emre ve nama çeklerin renk esası belirlenmediğinden, genel çekler için söz konusu Tebliğin m. 3/1-d.3; emre veya nama yazılı tacir çekleri için m. 3/1-d.1'deki ilkelere (m. 3/1-d.3) göre hareket edileceği anlaşılmaktadır.

48 “Hamiline düzenlenen tacir çeklerinde zemini kırmızı (renk kodu: PANTONE Warm Red U) olan çerçeve içerisinde beyaz renkte (negatif görüntü) ve büyük harflerle, Hamiline ifadesi ikinci satırda olmak üzere, “TACİR HAMİLİNE” ibaresi yer alır. Ayrıca bu tür çekler, lehtar ismi için ayrılan kısımda “HAMİLİNE” ibaresi yer alacak şekilde bastırılır” (MB 2010/2 Say. Teb. m. 3/1-d.2).



YÇK, çek defteri basma yetkisini sadece bankalara vermiştir. Kaldı ki keşidecinin, Merkez Bankası Tebliğindeki kriterlere uysun veya uymasın, TK m. 692 (YTK m. 780) hükmüne uygun olmak kaydıyla, bizzat hazırladığı veya basarak çoğalttığı çekler de geçerlidir.<sup>49</sup> Fakat çekin bankalarca basılacağı hükmüne aykırı davranan keşideci, hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır (YÇK m. 7/8). Gerçi Kanunun gerekçesinde, şirketlerin kendilerinin bastırdıkları çeklerin olumlu yönlerine işaret edilmiş; bilinen, tanınmış şirketlerin çeklerinin itibar gördüğü, hatta bizatihi düzenleyicisi şirket olan çeklerin güven yarattığı açıklamasına yer verilmiş, fakat bankaların münhasır çek bastırma yetkisine dokunulmamıştır.<sup>50</sup> Olumlu yönleri kabul edilmesine rağmen kanun koyucunun, bankalar dışında çek basanları hürriyeti bağlayıcı ceza ve adli para cezası ile cezalandırması düşündürücüdür. Çekin, münhasıran bankalarca bastırılması yetkisinin bankalara mali katkı dışındaki gerekçeleri kayda değer olsa bile söz konusu yetkiye aykırı hareketin, hürriyeti bağlayıcı ceza ve adli para cezası ile cezalandırmayı gerektirip gerektirmeyeceği sorunu tartışmaya açıktır. Yeknesak bir baskı şeklinin önemi, çekin tanınması ve sahtecilik veya tahrifat gibi bir takım suiistimalleri bertaraf etmesi bakımından göz ardı edilemez. Bankalar arasında tek yetkili banka olmadığına göre, baskı şekli ve esasları belirlendikten sonra, pekâlâ keşidecilerin de çek basabilmesi yetkisi kabul edilebilir. Bankaların ve Maliye'nin çekleri baskı şekli ile tanıma, takip ve izleme kolaylığı sağlayacak yeknesak şartların tespiti ile yetinilmeli, banka dışındaki kimselerin; keşidecilerin kendi çeklerini basabilmelerine izin verilmelidir.

Tacir çekinin iki temel işleve sahip olduğu anlaşılmaktadır: 1) Çeke güveni artırmak<sup>51</sup>, 2) kayıt dışı ekonomiyi kontrol altına almak.<sup>52</sup> Dolayısıyla çeke güveni güçlendirme işlevi bir yana; tacirler için ticari işletmenin konu, taraf ve

49 Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 245.

50 “(B)irçok yabancı ülkede çek defterleri(ni), bizde olduğunun aksine (resmen) münhasıran bankalar değil, [keşidecilerin] kendileri bastırabilmekte; çeki düzenleyenler, özellikle şirketler, kendi çek defterlerini tasarlamakta, bu defterleri kullanmaktadırlar. Tacir olmayanlar da, bankalardan aldıkları defterlerle işlem yapmaktadırlar. Amerika Birleşik Devletleri ile Avrupa Birliği ülkelerinde, oldukça da yerleşik ve yaygın olan, kendi bastırdığı çekleri kullanma uygulaması şirket çeklerine güven duyulmasına sebep olmakta, özellikle tanınmış, tanınmış olmasa bile bilinen şirketlerin çekleri itibar görmekte, hatta düzenleyicinin salt şirket olması çeke güveni sağlamakta ve çekin piyasada kolaylıkla dolaşmasına yardımcı olmaktadır. Ülkemizde bugüne kadar bu farklılıktan yararlanılmamıştır. 3167 sayılı Kanunun tüm çekler için bir örnek yaprak düzeni getirmiş olması, fiili bir farklılaşmaya da kapıyı kapamıştır. Tasarı, bu deneyimden yararlanarak tacir çeki ile tacir olmayan kişinin çekini ayırmıştır. Bu ayırım, Tasarının sisteminin de gereğidir. Böylece çeke güveni artırmak amaçlanmıştır. Ancak, bu ayırım 6762 sayılı Kanundaki çeke ilişkin hükümlerde değişiklik yapmamaktadır” (Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi, p. 22).

51 Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi, p. 22. Tacir çekinin olumlu yönleri için bkz. Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s. 301, p. 503a.

52 Tacir çekinin kayıt dışı ekonomideki rolüne yönelik eleştiri için bkz. Kahyaoglu, 5941 Sayılı Çek Kanunu ile İlgili Bazı Tesbitler, s. 141, 142.



ilgili olduğu borçlarda tacir çeki kullanmak bir yükümlülüktür. YÇK m. 2/6 gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: “Kişinin, bir ticarî ilişki çerçevesinde ve tacir sıfatıyla düzenleyeceği çekin münhasıran tacir kişiye özgü çek olması gerekir. Tasarının amacıyla ilgili olarak belirtildiği gibi, bu suretle, kayıt dışı ekonominin denetim altına alınması önlemlerine katkıda bulunulacaktır”.

## **B) Hukuki sorumluluk**

### **a) Keşidecinin sorumluluğu**

YÇK m. 2/6, 11 hükmüne göre, tacir çekini tacir sıfatını taşıyanlar ve esnafılar düzenleyebilir, serbest meslek erbabı tacir çeki kullanamayacaktır. Tacir çeki “tacirin ticari işletmesiyle ilgili iş ve işlemlerinde” düzenlenecektir (YÇK m. 7/1). Ticari işletme ile ilgili iş ve işlemler, ticari işin sadece bir kısmını oluşturur. Ticari iş, TK m. 3 ve 21 (YTK m. 3 ve 19) hükümleri doğrultusunda belirlenir. TK'da düzenlenen bütün hususlar ve bir ticari işletme ile ilgili işler ticari iştir (TK m. 3; YTK m. 3). Gerçek kişi tacirlerin fiil ve işlemleri karine olarak ticari iş kabul edilir (TK m. 21/1; YTK m. 19/1). Tüzel kişi tacirlerin adi alanı olmadığı için istisnasız bütün fiil ve işlemleri ticari iş sayılır. Ayrıca taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliği taşıyan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm olmadıkça diğeri için de ticari iş kabul edilir (TK m. 21/2; YTK m. 19/2).<sup>53</sup> Görüldüğü gibi tacir, sadece işletmesi ile ilgili fiil ve işlemlerinden dolayı tacir çeki düzenlemekle yükümlüdür.<sup>54</sup> Özellikle gerçek kişi tacirin, ticari işletmesi dışındaki alanı adi alan olduğundan, ticari işletmesi ile ilgili olmayan fiil ve işlemleri için tacir çeki düzenleme zorunluluğu yoktur.

Kayıt dışı ile mücadeledeki muhtemel rolü hesaba katılarak gerçek kişi tacirin, adi işlerinde tacir çeki düzenlemeleri arzu edilmemiştir.<sup>55</sup> Fakat “tacir sıfatı”nın çekle ilgili olumlu, güven uyandırıcı etkisini dikkate alarak gerçek kişi tacirin, adi işlerinde de tacir çeki kullanabilmesi gerektiği düşünülebilir. Hukuki sorumluluk açısından gerçek kişi tacirin adi borçları ile ticari borçları arasında farklılık yoktur. Gerçekten tacirler, her türlü borçlarından dolayı iflasa tabidirler (TK m. 20/1; YTK m. 18/1). YÇK m. 7/1 ticarî işletme ile ilgili iş ve işlemlerde tacir çeki kullanmayan tacirin cezalandırılmasını kabul ettiğine göre

53 Ticari iş konusunda geniş bilgi için bkz. Ülgen, H./Teoman, Ö./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A./Nomer Ertan, N. F.: Ticari işletme Hukuku, İstanbul 2009, p. 176-190; Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2009, s. 63 vd..

54 Bu anlamda Donay'ın, tacirin “ticari iş ve işletmesi ile ilgili olsun veya olmasın her iki tür çeki” kullanabileceği fikrine katılmak mümkün değildir (Gerekçeli ve Açıklamalı Çek Kanunu, s. 60).

55 Bkz. YÇK m. 2/6 gerekçesi.

adi borçlarında tacir çeki kullanan tacirin maruz kalacağı herhangi bir ceza yaptırımını bulunmamaktadır.<sup>56</sup>

Tacirin, ticari işletmesi dışında kalan borçları için tacir çeki düzenleme yükümlülüğü yoktur. Tacir çeki kullanma yükümlülüğüne ilişkin bir uyuşmazlıkta tacir, söz konusu yükümlülüğün ancak çek borcunun ticari işletmesiyle ilgili iş ve işlemlerden doğmadığını ispatla kurtulabilecektir.

Esnaflar, kendi işletmeleriyle ilgili iş ve işlemlerinden kaynaklanan borçları için çek keşide edebileceklerdir. Esnaf odalarına kayıtlı olan ve tacir kişilere özgü çek hesabı açtıran esnaflar, tacirlere ilişkin hükümlere tabidir (YÇK m. 2/11). Bu bakımdan, tacir kişinin, ticarî işletmesi dışında tacir çeki kullanma yasağı, esnaflar hakkında da geçerlidir. Esnafların, tacir çeki kullanmaları istisnai bir imkândır, zorunluluk yoktur. İstisnaların genişletilmemesi esastır. Ancak adi<sup>57</sup> borçlarda tacir çeki düzenlemeyi yasaklayan bir hüküm olmadığından esnaflar, işletmeleri ile ilgili olsun ya da olmasın, her türlü borçları için tacir çeki düzenleyebileceklerdir.<sup>58</sup>

Tacir çeki; unsurları, düzenlenmesi, tedavülü, ödenmesi, müracaat haklarının kullanılması açısından çeklerle ilgili genel hükümlere tabidir ve kambiyo senetleri içinde ayrı bir tür oluşturmaz.<sup>59</sup> Dolayısıyla ceza ve vergi sorumluluğu dışında tacir çeki kullanma yükümlülüğünün ihlali, keşidecinin hukuki sorumluluğuna yol açmaz.

### **b) Bankanın sorumluluğu**

Kanunun gerekçesinde çeki güveni artırmak, çekin piyasada tedavülüne yardımcı olmak için genel çek - tacir çeki ayırımına gidildiği; düzenleyicisi tacir olan çeklerin daha itibarlı ve güvenli hale geleceği varsayımı ifade edilmektedir.<sup>60</sup> Bu durumda tacir veya esnaf olmayan kimseye tacir çeki veren bankaya karşı, özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesi ile sorumluluk davası açılabilirdi sonucuna ulaşılır (YÇK m. 2/1, 2).<sup>61</sup>

56 Ayrıca bkz. Kırca, 5941 Sayılı Çek Kanunu, s. 10; Reisoğlu, Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, s. 2; Narbay, 5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi, s. 75; Doğan, B. F.: "5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Yeni Çek Türleri", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 5, S. 5, Ankara 2010, s. 45.

57 Adi iş - ticari iş ayırımı sadece tacirler açısından önem taşır. Bkz. Ülgen/Teoman/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, p. 176 vd, ayrıca 830.

58 Ayrıca bkz. Narbay, 5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi, s. 76, 77; Helvacı, M.: "Çek Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", BATİDER, C. XXV, S. 4, Ankara 2009, s. 243.

59 Krş. Pulaşlı, Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, s. 24, 27.

60 Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi, p. 22; Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, , s. 302, p. 503a.

61 Kanun'da açıkça yer verilmesi de tasarının müzakeresi sırasında kanun koyucu, YÇK sisteminde özen yükümlülüğünün ihlal eden bankalara karşı hamilin, sorumluluk davası açabilmesi imkânına işaret edilmiştir. Ayrıca bkz. Helvacı, Çek Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 241, 248.

### C) Cezai sorumluluk

YÇK m. 7/1 hükmüne göre, “Tacirin ticarî işletmesiyle ilgili iş ve işlemlerinde, tacir olmayan kişinin çek defterini kullanarak çek düzenleyen ve düzenleyen kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Öncelikle belirtilmelidir ki, söz konusu madde, Kanunun genel gerekçesinde zikredilen “ceza hükümleri yoruma açık olmamalıdır”<sup>62</sup> ilkesini yansıtmamaktadır. Gerçekten YÇK m. 7/1'in gerçek kişi tacirin, bir başkasının genel çekini mi (tacir olmayan kişi çeki) yoksa kendine ait genel çeki mi kastettiği belirsizdir. Belirsizliğin sebebi, herhalde kanun koyucunun, tacir çeki dışındaki çekleri (genel çekleri) “tacir olmayan kişi çeki”, “tacir olmayan kişilere ait çek”<sup>63</sup> şeklinde ifade etmesinden kaynaklanmaktadır.

Tacirin, bir başkasına ait çeki, kendi hesaplarında kullanması sahtecilik fiilini oluşturur.<sup>64</sup> Bilindiği gibi, emre veya hamile yazılı kambiyo senedine ilişkin sahtecilik suçu, resmi belgede sahtecilik hükmündedir (TCK m. 210) ve daha ağır ceza (iki yıldan beş yıla kadar hapis) yaptırımına dâhildir (TCK m. 204/1). Bu sonucun, TCK m. 210 hükmüne aykırı olacağı ve başka tartışmalara yol açacağı kuşkusuzdur.<sup>65</sup> Biz, ikinci ihtimalin yani gerçek kişi tacirin ticari borçlarında, kendisine ait tacir çekini değil genel çeki kullanmasının kastedildiğini düşünüyoruz. Aksi halde tacirler için ticari işletme borçlarında tacir çeki kullanılması yükümlülüğünün kabul edildiği, ancak herhangi bir müeyyideye bağlanmadığı sonucuna ulaşılabacaktır.

Tüzel kişi tacirlerin adi alanı olmayacağı için genel çek kullanmaları düşünülemez. Tüzel kişi tacirlerin, anılan madde hükümlerine göre sorumluluğu, YÇK m. 4/2 ilişkileri ile sınırlıdır. Bu anlamda tüzel kişi tacirin, kimi ödemelerini (bir borcun ifası, satın alınan mal veya hizmetlerin karşılığı, kira bedeli, işçilik ücretleri vs), YÇK m. 4/2'deki ilişkiler çerçevesinde bir başkasının genel çekleri (tacir olmayan kişi çeki) ile yapması, temsilcilerin YÇK m. 7/1 hükmü çerçevesinde sorumluluğunu gerektirir.<sup>66</sup>

62 Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi, p. 10/h.

63 Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi, p. 22.

64 Bkz. Donay, Gerekçeli ve Açıklamalı Çek Kanunu, s. 59.

65 Nitekim Donay, YÇK m. 7/1'in, bir başkasına ait çekin kullanılmasını cezalandırdığını ifade etmektedir (Gerekçeli ve Açıklamalı Çek Kanunu, s. 59, 60).

66 YÇK m. 2/6 gerekçesindeki açıklamalar bu sonucu teyit etmektedir: “(T)acir sıfatını haiz tüzel kişiler, örneğin bir anonim şirket, bir limited şirket adına düzenlenecek olan bütün çekler ancak tacir çeki olabilecektir. Bunların taraf olduğu ticarî ilişkilerde, tacir tüzel kişinin borcuna karşılık olarak organlarında görev yapan veya temsilcisi sıfatını taşıyan ya da herhangi bir gerçek kişi adına açılmış çek hesabı ile ilişkilendirilmiş çek düzenlenmeyecektir”.

Ticari işletmesiyle ilgili iş ve işlemlerinde tacir çeki kullanmayan keşideci, hapis cezası ile cezalandırılır (YÇK m. 7/1). Esnafların, işletmelerine ilişkin borçlarında tacir çeki kullanmamaları herhangi bir yaptırıma tabi değildir.<sup>67</sup> Zira öncelikle kanun, tacirlerden farklı olarak, esnaflar için tacir çeki kullanma yükümlülüğü öngörmemiş, sadece bir imkan bahsetmiştir. Ayrıca kıyasen ceza hükümlerinin uygulama alanı genişletilemez. Kanuna sonradan eklenen esnaflar, YÇK m. 7/1, 2'ye ilave edilmemiş, muhtemelen bilerek ceza yaptırımından istisna tutulmuşlardır. Fakat aynı fiilin, tacirler için ceza sebebi, esnaflar için yetki olarak kabul edilmesi, kayıt dışı ekonomi ile mücadele kaygısını yansıtmamaktadır ve her halükarda tartışmaya açıktır.<sup>68</sup> Tacir veya esnaf olmayan kişiye tacir çeki veren banka görevlisi de adli para cezasına mahkum olur (YÇK m. 7/2).

## 2) Hamiline çek

### A) Genel olarak

Bilindiği gibi kıymetli evrak üç şekilde düzenlenebilir: Emre (TK m. 736, 737; YTK m. 824, 825), nama (TK m. 566-569; YTK m. 654-657) ve hamile (TK m. 570-572; YTK m. 658-660). Kural olarak kambiyo senetleri, kanunen emre yazılı senetlerdir. Bir kambiyo senedini emre yazılı olmaktan çıkarmak için açıkça “emre yazılı değildir” veya “namadır” kaydını yazmak şarttır (TK m. 593/2; YTK m. 681/2). Kambiyo senetlerinden sadece çek üç şekilde (emre, nama ve hamile) düzenlenebilir; bono ve poliçe hamile düzenlenemez.

Hisse senetleri ise bedelleri peşinen ödenmedikçe hamiline çıkarılamaz (TK m. 409/3; YTK m. 484/2). Hamile yazılı senet, “senedin metin veya şeklinden, hamili kim ise o kimsenin hak sahibi sayılacağı ... senet”tir (TK m. 570/1; YTK m. 658/1). Çek hamiline;

1) Açıkça “hamile” kaydının yazılması (TK m. 697/1.3; YTK m. 785/1.c),

2) Lehdarın gösterilmemesi (TK m. 697/3; YTK m. 785/3),

3) Lehdar olarak belirli bir kimsenin ismi yazıldıktan sonra veya “hamiline” kelimesi ya da benzer bir tabirin eklenmesi ile düzenlenir (TK m. 697/2; YTK m. 785/2).<sup>69</sup> Fakat çek yapraklarının üzerinde “hamiline” ibaresinin matbu olarak yazılması zorunluluğu ve banka dışında çek defteri basanların ağır ceza yaptırımına (hapis ve adli para cezası) maruz kalmaları (YÇK m. 2/6; 7/8) karşısında TK m. 697/1.3, 2, 3 (YTK m. 785/1.c, 2, 3) hükmünün pratik bir

67 Ayrıca bkz. Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s. 302, p. 503c; Doğan, 5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Yeni Çek Türleri, s. 50.

68 Aksi fikir için bkz. Özgeç, Çek Kanunu, s. 34.

69 Bkz. Kendigelen, Çek Hukuku, s. 127.

önemi kalmamıştır.<sup>70</sup> YÇK m. 2/6 hükmüne uygun olarak hamiline çek defterlerinin baskı şekli MB 2010/2 Say. Teb. m. 3/1-d.2, 4'de düzenlenmiştir. Bununla birlikte keşidecinin, Tebliğ ilkeleri doğrultusunda basılmış çek defterini farklı düzenleme şekline dönüştürerek kullanması, TK hükümlerine uygun çeki hükümsüz kılmaz. Örneğin emre yazılı genel çekin ya da emre yazılı tacir çekinin “hamiline” ibaresi ile hamiline çek olarak kullanılması gibi. Bu ihtimal, keşidecinin vergi ve ceza sorumluluğu dışında herhangi bir sorumluluğunu gerektirmez.<sup>71</sup> TK hükümlerine göre geçerli olan ve sadece vergi sorumluluğu doğurabilecek bu tür çekleri muhatap banka ilgili hesaptan ödeyecektir. Elbette banka, tespit tarihinden itibaren en geç bir hafta içinde, hamiline çek defteri yaprağını kullanmadan hamiline çek düzenleyen keşideciyi, Cumhuriyet başsavcılığına ve Gelir İdaresi Başkanlığına bildirmekle yükümlüdür (YÇK m. 4/3; 7/9).<sup>72</sup>

Hamiline düzenlenecek çekler, açıkça ayırt edilebilecek şekilde bastırılacaktır (YÇK m. 2/6). Öncelikle çek yaprakları üzerine “hamiline” ibaresi matbu olarak yazılacaktır.<sup>73</sup> Keşideci, sadece hamiline düzenleyerek kullanacağı özel bir hamiline çek hesabı açtırmalı, bu hesaptan emre veya nama yazılı çek düzenlememelidir (YÇK m. 2/6). Ayrıca genel çek hesabından (emre veya nama yazılı çek hesabı) hamile yazılı çek keşide edilmemelidir.

### **B) Hukuki sorumluluk**

Hamiline çek defteri yaprakları kullanmadan hamiline çek düzenlemek, genel çek hesabından hamiline çek keşide etmek, hamiline çek hesabından emre veya nama çek düzenlemek hukuki sorumluluğa yol açmaz. Hamiline çek düzenleme yükümlülüğünün amacı, kayıt dışı ekonomi ile mücadeledir.<sup>74</sup> Özellikle terör kaynakları ve kara paranın aklanmasında hamile yazılı çeklerin kullanıldığı bilinmektedir.<sup>75</sup>

70 Bkz. Doğan, 5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Yeni Çek Türleri, s. 52.

71 Bkz. Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi, p. 24.

72 Ayrıca bkz. Helvacı, Çek Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 250; Reisoğlu, Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, s. 2, 3; Narbay, 5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi, s. 79, 80; Doğan, 5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Yeni Çek Türleri, s. 55, 56.

73 Hamiline düzenlenen genel çeklerde (tacir olmayan kişi çeki), “zemin kahverengi (renk kodu: PANTONE 168 U) olan çerçeve içerisinde beyaz renkte (negatif görüntü) ve büyük harflerle, Hamiline ifadesi ikinci satırda olmak üzere, “TACİR OLMAYAN HAMİLİNE” ibaresi yer alır. Ayrıca bu tür çekler, lehtar ismi için ayrılan kısımda “HAMİLİNE” ibaresi yer alacak şekilde bastırılır” (MB 2010/2 Say. Teb. m. 3/1-d.4).

74 Maliye Bakanlığı'nın, kayıt dışı ekonominin önemli bir enstrümanı olarak gördüğü hamiline çeklerin hukuk sistemimizden kaldırılmasını bile teklif ettiği anlaşılmaktadır. Bkz. Tekinalp, Ü.: “Yeni Çek Kanunu”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli (26 Mart 2010), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2010, s. 11.

75 Kanun Tasarısı Genel Gerekçesi, p. 23-25.

YÇK'nın öngördüğü tacir çeki ve hamiline çek, ayrı bir tür oluşturmaz. Bu ayırım, söz konusu çeklerin soyutluk ilkesi, def'i sistemi gibi kıymetli evrakın temel niteliklerini etkilemez.<sup>76</sup> Tacir çekinin ve hamiline çeklerin, ebadı ve renkleri dışında, tabi olduğu hüküm ve sonuçlar genel çeklerle aynıdır. Bu sebeple şekil şartları, düzenleme ve devir şekli, def'i sistemi, çekin ödenmesi, müracaat haklarının kullanılması ve karşılıksızlık durumunda yapılacak işlemler bakımından tacir çeki ve hamiline çek ile genel çekler arasında bir fark bulunmamaktadır.<sup>77</sup>

### C) Cezai sorumluluk

YÇK m. 2/6'ya göre hamiline yazılı çekler; nama ve emre yazılı çeklerden ayırt edilebilecek şekilde basılacaktır. Çekin üzerinde matbu olarak “hamiline” ibaresi yazılmış olacak; ayrıca aynı hesaptan nama, emre ve hamiline yazılı çekler düzenlenemeyecektir. Hamiline çek defteri yaprağı kullanmadan hamile çek düzenleyen kişi, her bir yaprak için ayrı ayrı hapis cezası ile cezalandırılır (YÇK m. 7/9).

Hamiline çek hesabı sahibinin kimlik bilgileri, adresi; hamiline çek hesabından ödeme yaptığı kişilere ait bilgiler, ödemelerin tutarları bankalar tarafından, Gelir İdaresi Başkanlığına bildirilir. Hamiline çek defteri yaprağını kullanmadan hamiline çek düzenlendiğini tespit eden banka, mevcut delilleriyle birlikte durumu, tespit tarihinden itibaren en geç bir hafta içinde Cumhuriyet başsavcılığına ve Gelir İdaresi Başkanlığına bildirmekle yükümlüdür (YÇK m. 4/1, 3).

### SONUÇ

1) İleri tarihli çeklerde, karşılıksız çıkan çek keşidecisinin sorumluluğu, düzenleme tarihine göre hesaplanacak ibraz sürelerinin başlaması ile gündeme gelecektir. Bu tarihten önce keşidecinin hukuki ve cezai sorumluluğundan söz edilemeyeceğinden çek, ödeme aracı olması özelliğini yitirmiştir.

2) İleri tarihli çeklerin, düzenleme tarihinden önce ödenmesi ihtimali, hem hukuken hem de fiilen bertaraf edilmiştir.

3) İleri tarihli çeklerde banka, karşılığı bulunmayan çekleri “karşılıksızdır” işlemine tabi tutmadan iade edecektir.

4) Karşılığı bulunan çekin ödenmesini geciktiren banka için Kanunun öngördüğü gecikme cezası (YÇK m. 3/7), düzenleme tarihine göre

76 Aksî fikir için bkz. Önder, M. F.: “5941 Sayılı Çek Kanunu Uyarınca Çek Türlerinin Açıkça Renkleri ve İşimleriyle Ayrılmasının Ortaya Çıkaracağı Sonuçlar”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Isparta 2010, s. 308.

77 Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s. 301, p. 502, 503a.

hesaplanacak ibraz süreleri içinde uygulama imkânına sahiptir.

5) Bankanın, kanunen ödemek zorunda olduğu asgari ödeme yükümlüğü (YÇK m. 3/3), düzenleme tarihine göre hesaplanacak ibraz süreleri içinde geçerlidir, ileri tarihli karşılıksız çeklerde asgari ödeme yükümlülüğü yoktur.

6) Tacirler ve esnaflar, işletmelerine ilişkin iş ve işlemlerinde tacir çeki kullanacaklardır. Herhangi bir yaptırım bulunmadığı için tacir ve esnafların, işletmeleri dışındaki iş ve işlemlerinde de tacir çeki kullanmaları mümkündür.

7) YÇK m. 2/6'ya (ve MB 2010/2 Say. Teb. ilkeleri) uygun olarak üzerinde “hamiline” ibaresine matbu olarak yer verilmesi şartı gereği çekin, “lehdar” kaydını düzenleyen TK m. 697 (YTK m. 785) hükmünün, hamiline çekler yönünden pratik önemini yitirdiği söylenebilir.

## KAYNAKLAR

ARKAN, Sabih: “3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler”, BATİDER, C. XXII, S. 1, Ankara 2003, s. 5-22.

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2009.

BİLGİN, Mahmut: “5941 Sayılı Çek Kanunu ve Uygulamalar”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli (26 Mart 2010), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2010, s. 13-44.

ÇÖL, Hüseyin Cem: “İleri Tarihli Çeke İlişkin Sorunlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 1, Ankara 2004, s. 195-220.

DOĞAN, Beşir Fatih: “5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Yeni Çek Türleri”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 5, S. 51, Ankara 2010, s. 41-61.

DONAY, Süheyl: Gerekçeli ve Açıklamalı Çek Kanunu, İstanbul 2010.

DURSUN, Hasan: “Ticari Sır, Banka Sırrı ile Müşteri Sırrının Açıklanması Suçlarına Genel Bir Bakış”, Kamu-İş, C. 11, S. 1, Ankara 2009, s. 199-235.

GENÇTÜRK, Muharrem: “5941 Sayılı Yeni Çek Kanuna Göre Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçunda Şikâyet Hakkı”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, Isparta 2010, s. 237-257.

GEVA, Benjamin: Recent International Developments in the Law of Negotiable Instruments and Payment and Settlement Systems, Texas International Law Journal, Vol. 42: 685, Texas 2007, s. 685-726.

HELVACI, Mehmet: “Çek Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, BATİDER, C. XXV, S. 4, Ankara 2009, s. 229-251.



- KAHYAOĞLU, Emin Cem: “5941 Sayılı Çek Kanunu ile İlgili Bazı Tesbitler”, Kazancı Dergisi, S. 67-68, İstanbul 2010, s. 140-148.
- KENDİGELEN, Abuzer: Çek Hukuku, İstanbul 2007.
- KINACI, Ali: “5941 Sayılı Çek Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Koruma Tedbiri Gerekli Fiiller”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli (26 Mart 2010), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2010, s. 45-68.
- KIRCA, İsmail: 5941 Sayılı Çek Kanunu, Konferans (22 Ocak 2010), Ankara 2010.
- NARBAY, Şafak: “5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 43, Ankara 2010, s. 65-97.
- OĞUZOĞLU, Abdullah Çetin/OĞUZOĞLU, Özkan: Çek Kanunu, Ankara 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet: Çek Kanunu, Ankara 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet: “Yeni Çek Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli (26 Mart 2010), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2010, s. 69-76.
- ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2007.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2010.
- PULAŞLI, Hasan: Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, Ankara 2010.
- PULAŞLI, Hasan: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2009.
- REİSOĞLU, Seza: “Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar”, [http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans\_Sunumlari/SR\_yeni\_cek\_kanunu\_ve\_degerlendirilmesi\_07012010.pdf(27.01.2011)] s. 1-19.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2009.
- ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün: Ticari işletme Hukuku, İstanbul 2009.
- TEKİNALP, Ünal: “Yeni Çek Kanunu”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli (26 Mart 2010), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2010, s. 7-12.
- TEKİNALP, Ünal: *İleri Keşide Tarihli (Vadeli) Çeklere İlişkin Bir Öneri*, MHB, S. 1-2, Prof Dr. Aysel ÇELİKEL'e Armağan, Yıl 19-20, İstanbul 1999-2000, s. 923-932.
- YÜCEL, Mustafa Tören: “Çek Suçları Kriminolojisi”, Çek Hukukunun Güncel Sorunları, Sempozyum (4 Ocak 2002), İstanbul 2002, s. 39-53





---

# ANAYASA HUKUKUNDA HÜKÜMET SİSTEMİ TARTIŞMALARI

---

Prof. Dr. MEHMET TURHAN\*

\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu ile Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 2009 yılında tanıştım. Keşke hocayı daha önce tanısaydım. Bu yazımın Erzan Erzurumluoğlu'na çıkarılacak olan Armağan'da yer alacak olmasından mutluluk duyuyorum. Profesör Erzan Erzurumluoğlu'nu Türkiye'de hukuk eğitimine, hukukun uygulamasına ve teorisine yaptığı önemli katkılar nedeniyle kutluyorum.



Hiç kuşkusuz yapılması düşünülen yeni anayasanın felsefi temelinin demokratik, özgürlükçü, çoğulcu ve açık toplum anlayışına uygun olması gerekir. Bu ise 1982 Anayasasının arkasında yatan düşüncenin tam karşıtı bir düşünceyle anayasa hazırlamak demektir. 1982 Anayasasının tam tersine yeni anayasa ideolojik bakımdan tarafsız olmalıdır. Bu ilke anayasanın felsefi-ideolojik nitelikli herhangi bir projeyi onaylamaması ve hiçbir felsefi-dini-ahlaki anlayışa karşı önyargı içermemesini gerektirir. Yeni anayasada devleti herhangi bir etnik-kültürel toplulukla özdeşleştiren veya etnik imaları olan hiçbir ifadeye de yer vermemek doğru olacaktır. Yine yapılacak olan anayasada 1924 Anayasasında yer alan özgürlük” tanımına yer verilmelidir. 1924 Anayasasının özgürlük tanımı şöyleydi: “Hürriyet, başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufta bulunmaktır. Hukuk-u tâbiyyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hudud-u hürriyetidir.” O halde yeni anayasada da özgürlüklerin doğal hukuktan kaynaklandığı belirtilmeli ve devletin bu hakları tanımak zorunda olduğu vurgulanmalıdır. Kişilerin haklarının anayasada yazılı olanlardan ibaret olmadığı özellikle belirtilmelidir.<sup>1</sup> Hangi hükümet sistemi tercihi edilirse edilsin, o hükümet sisteminin yukarıdaki felsefi görüşe uygun olması gerekir.

1 Mustafa Erdoğan, “Yeni Anayasa (I) Temel Felsefe ve İlkeler”, *Star, Açık Görüş*, 20 Eylül 2010.

Anayasa hukuku derslerinde anlatılan parlamenter, başkanlık ve yarı-başkanlık hükümet sistemleri özgürlükçü, çoğulcu ve açık toplumlarda uygulanmakta olan sistemlerdir. Kişinin belirli bir hükümet sistemini savunması, o kişinin çoğulcu, özgürlükçü ve açık toplum ilkelerini benimsediği veya benimsemediği şeklinde yorumlanmamalıdır. Nendense ülkemizde başkanlık veya yarı-başkanlık sistemlerini savunanların özgürlükçü, çoğulcu ve demokratik sistemden uzaklaşmak isteyenler olduğu ileri sürülmektedir. Bu tümüyle yanlış bir düşüncedir. Başkanlık, yarı-başkanlık ve parlamenter hükümet sistemleri özgürlükçü ve demokratik rejimlerde uygulanmakta olan sistemlerdir. Ancak bana göre parlamenter hükümet sistemi özgürlükçü, çoğulcu demokratik sistemi gerçekleştirmede başkanlık veya yarı-başkanlık hükümet sisteminden daha başarılıdır.

### **NİYE PARLAMENTER HÜKÜMET SİSTEMİ TERCİH EDİLMELİDİR?**

Bir ülkenin yerleşik demokrasiye, yani ülkede oynanan tek oyunun demokrasi olduğu bir sisteme, sahip olduğunu söyleyebilmek için o ülkenin şu özelliklere sahip olması gerekir: (a) Toplumda önemli ve dikkate değer hiçbir aktör demokratik olmayan bir rejimin yaratılması için önemli kaynaklar harcamamalı veya o devletten ayrılmak için yabancıların müdahalesine veya şiddete başvurmamalıdır. (b) Kamuoyunun güçlü bir çoğunluğu demokrasinin en uygun siyasal yönetim biçimi olduğuna inanmalıdır. (c) Hükümet ile ilgili veya ilgili olmayan toplumsal güçler bütün çelişkilerini ve çatışmalarını ülkenin demokratik sürecinin kurallarına uyarak çözmek konusunda anlaşmış olmalı ve bu konuda güçlü bir gelenek oluşmuş olmalıdır.<sup>2</sup> Bu yazıda hükümet sistemlerinden hangisinin parlamenter, başkanlık ve yarı-başkanlık hükümet sistemleri- demokrasiye geçişi ve demokrasinin yerleşik hale gelmesini kolaylaştıracığı konusu üzerinde durulacak ve varılacak sonuca göre ülkemiz için hangi hükümet sisteminin bu konuda daha iyi sonuç vereceği tartışılacaktır.

Bu tartışmaya geçmeden önce parlamenter ve başkanlık sistemlerinin dünyada hangi ülkelerde uygulandığını görmek gerekmektedir. Parlamenter hükümet sisteminin çoğu Batı Avrupa ve eski İngiliz Devletler Topluluğu ülkelerinde oldukça başarılı bir biçimde işlediği belirtilebilir. Ancak bu ülkeler dışındaki yerlerde ve özellikle Afrika'da parlamenter hükümet sistemi başarılı

2 Juan Linz & Alfred Stephan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe* (Baltimore: The John Hopkins University Press, 1996), s. 5-6.

olamamıştır. Japonya, İsrail ve İngiliz Devletler topluluğu ülkeleri dışında parlamenter hükümet sistemi fazla rağbet görmemiş ve kabul edildiği ülkelerde de kısa bir süre sonra darbelerle kesintiye uğramış ve yerini *otoriter* başkanlık hükümet sistemlerine bırakmıştır. Başkanlık hükümet sisteminin uygulamadaki işleyişine baktığımızda da, bu sistemin Amerika Birleşik Devletleri (ABD) dışında başarılı olmadığı söylenebilir. Latin Amerika ülkelerinde uygulanan başkanlık sistemleri istikrarsızlıklara çare olamadıkları gibi, sık sık darbelere ve bu darbelerin sonucu olarak diktatörlüklere yol açmıştır. Kuvvetler ayrılığı sistemi istikrarlı bir denge sağlayacağına hemen hemen uygulandığı bütün Latin Amerika ülkelerinde başkanlığın abartılmış bir biçimini ortaya çıkarmıştır. Latin Amerika'da bu durum *caudillismo* olarak adlandırılmaktadır.

Demokratik geçiş sürecindeki her ülkenin en önemli önceliği demokrasi lehine güçlü bir halk desteğini ve diktatörlüğe karşı kurumlarının garantörlüğünü sağlamaktır. Ne yazık ki, kamuoyunun bu iyimserliği ve demokrasi için gösterdiği istek, eğer hükümet içindeki çatışmalar hükümetin halkın beklentilerini karşılayacak reformların gerçekleşmesini engelleyecek olursa hızlı bir biçimde yok olmaktadır. Hükümet içindeki anlaşmazlıklar geçmişten gelen anti-demokratik güçlerin kendilerini yeniden göstermelerine fırsat sağlayacaktır. Bu nedenle demokrasiye yeni geçen bir ülke için seçilecek hükümet sistemin *siyasal yönetimin işbirlikçi* davranmasını teşvik etmesi gerekir. Bununla birlikte işbirliğine dayanan hükümetler dahi halkın gözünden düşebilir. Demokratik geçiş sürecindeki esas tehlike kamunun bilinçli ve bilinçsiz bir biçimde belirli bir hükümetten hoşlanmamasını demokrasiden hoşlanmama biçimine dönüştürebilmesidir. Bu nedenle demokratik geçiş sürecinde siyasal sistem sadece işbirliğini değil, aynı zamanda kamu desteğini önemli ölçüde yitiren *hükümeti veya liderleri değiştirebilme kapasitesine* de sahip olması gerekir.<sup>3</sup>

Parlamenter hükümet sistemi diğer hükümet sistemlerinden yani, başkanlık ve yarı-başkanlık hükümet sistemlerinden daha fazla siyasal yönetimde işbirliğini özendirmekte ve esnek bir yönetime neden olmaktadır. Bu özellikleri nedeniyle parlamenter sistem demokrasiye geçiş sürecinin başarılı olmasına önemli katkılar sunabilmektedir. Parlamenter hükümet sistemi siyasal aktörlerin işbirliğini gerçekleştirmede daha iyidir; çünkü bu sistemde yasama ile yürütme parlamentoda birleşmektedir. Yani parlamento

3 Mark Freeman, "Constitutional Frameworks and Fragile Democracies: Choosing Between Parliamentarism, Presidentialism and Semi-Presidentialism", *Pace International Law Review*, Vol: 12 (2000), s. 256-257.

dışında ayrı ve önemli bir siyasal ödöl yeri (örneğin güçlü bir başkanlık) yoktur. Yasama organında herhangi bir parti çoğunluğu sağlayamadığında koalisyon oluşumuna başvuru ister istemez kendiliğinden ortaya çıkacaktır; çünkü bu sistemde iktidara gelebilmenin veya iktidara ortak olmanın tek yolu budur. Parlamenter sistem daha esnek bir yönetime de sahiptir; çünkü halkın desteğini yitiren hükümetleri güvensizlik oyuyla uzaklaştırabilmek bu sistemde her zaman mümkündür.<sup>4</sup>

Oysa başkanlık ve yarı-başkanlık sistemlerindeki kurumsal düzenlemeler siyasal aktörler arasında işbirliğini ve sistemin işleyişindeki esnekliği sağlamada başarılı değildir. Bunun nedeni hem başkanlık hem de yarı-başkanlık sisteminde önemli yetkilere sahip ve belirli bir süre için doğrudan halk tarafından seçilen bir başkana sahip olmalarıdır. Başkanlık sisteminde yürütme yetkisi tek başına başkana aittir. Kuvvetler ayrılığının benimsenmesi, yani başkanın ve parlamentonun birbirlerini frenlemeleri, yeni ve kırılgan demokrasilerde istikrarı ve siyasal sistemi bozucu çatışmalara dönüşme riski taşır. Bu da halkın hükümete güvenin ve desteğinin yok olmasına neden olur. Başkanlık hükümet sisteminde başkan belirli bir süre için (genellikle dört veya beş yıl) parlamentodan bağımsız bir biçimde ülkeyi yönetme yetkisine sahiptir ve bu nedenle bu sistemde başkanların iktidarlarını başkalarıyla paylaşmaları için herhangi bir neden yoktur. Bir başka deyişle bu durumu başkanlık ve yarı-başkanlık sistemlerinde iktidarın paylaşımı konusunda kurumsal bir teşvik yoktur diye ifade edebiliriz. Bu söylenenler başkan ülkedeki popülaritesini tümüyle yitirse veya etkin bir yönetimi gerçekleştiremese dahi geçerlidir. Her ne kadar başkanın görevine son verme için *impeachment* yolu varsa da, bu yol ceza sorumluluğuyla ilgili olup, parlamenter sistemdeki siyasal sorumluluğu sağlayan güvensizlik oyunundan tümüyle farklıdır.<sup>5</sup>

Son çözümlemede bütün siyasal rejimler ne denli rasyonel bir biçimde tasarlanırlarsa tasarlansınlar varlıklarının devamı toplumdaki temel güçlerin, grupların ve kurumların desteğine sahip olmalarına bağlıdır. Bu nedenle rejimler yasalar ve demokratik araçlarla elde edilen iktidarlarını meşru otorite olarak tanıması için çalışırlar. Bu konuda kamusal bir oydaşmaya ulaşmak isterler. Yine rejimler bunun yanında liderlerinin ülkeyi iyi yönetme yeteneğine sahip olduklarını, halka güven verdiklerini, iktidarlarının sınırlarına saygı gösterdiklerini göstermek isterler ve bu konularda belirli bir oydaşmaya

4 *Ibid.*, s. 257.

5 *Ibid.*, s. 257-258.

dayanmak isterler. Bu nitelikler özellikle başkanlık sistemlerinde gereklidir; çünkü başkanlık sistemlerinde bunlara ulaşabilmek daha zordur. Başkanlık sistemi liderlerin kişisel niteliklerine aşırı bel bağlamaktadır. Siyasal liderlerin kişisel niteliklerine aşırı dayanma riskli bir yoldur; çünkü hiç kimse başkanlık makamının her zaman bu niteliklere sahip kişilerce doldurulacağını garanti edemez.<sup>6</sup>

Parlamente bir sistemde demokratik meşruluğa sahip tek bir kurum vardır; o da parlamentodur. Bu sistemde hükümet yasama organından kaynaklanmakta ve yasama organın güvenine sahip olabildiği ölçüde görevde kalabilmektedir.<sup>7</sup> Oysa başkanlık sisteminde demokratik meşruluğa sahip iki kurum vardır: Bunlar başkan ve parlamentodur.

Başkanlık sistemlerinde önemli anayasal yetkilere sahip olan yürütme yani başkan doğrudan halk tarafından belirli bir süre için seçilir ve görevde kalabilmesi için parlamentonun güvenine sahip olması gerekmez. Başkan hem hükümetin hem de devletin başıdır. Başkan belli bir süre için seçildiğinden iki seçim arasında ancak *impeachment* denen cezai sorumluluğa yol açabilecek bir yasama meclisi soruşturması sonucunda görevinden alınabilir. Demek ki başkanlık sisteminin iki temel özelliği vardır: 1) Hem yürütmeyi kontrol eden başkan hem de yasama organı doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Yani her iki organında demokratik meşruluğu vardır. Bu sistemde “ikili demokratik meşruluk” söz konusudur. 2) Hem başkan hem de yasama organı belirli bir süre için ayrı ayrı seçilirler ve birbirlerinin varlıklarına son veremezler. Bu da başkanlık hükümet sisteminin “esnek olmama” özelliğini ortaya çıkarmaktadır.<sup>8</sup> Başkanlık sisteminin zayıf yanları bu iki temel özellikten kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bu iki özelliği daha ayrıntılı bir biçimde incelemek gerekmektedir.

## BAŞKANLIK SİSTEMİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

### *İkili Meşruluk*

Başkanlık sisteminin en sorunlu yanı yasama ve yürütme organları arasında ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklar ve bunun sonucunda ortaya çıkacak olan

6 Juan Linz, “The Perils of Presidentialism”, *Journal of Democracy*, (Winter 1990), s. 69.

7 Leon D. Epstein parlamente hükümet sisteminin yürütmenin yasamadan kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu bir sistem olarak tanımlamaktadır. Bakınız: Leon D. Epstein, “Parliamentary Government”, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, der. David L. Sills, Cilt 11 (New York: Macmillan and Free Press, 1968), s. 419.

8 Juan Linz, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It make a Difference,” *The Failure of Presidential Democracy*, derleyen Juan J. Linz ve Arturo Valenzuela (Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994), s. 6. Ayrıca bakınız: Karl Loewenstein, “The Presidency Outside The United States: A Study in Comparative Political Institutions”, *Journal of Politics*, Vol. 11, No: 3 (Aug., 1949), s. 451



çıkamazlardır. Parlamenter sistemde hükümetler parlamentodaki çoğunluk veya çoğunluklar tarafından oluşturulur ve sürdürülür (en azından parlamentodaki çoğunluk hükümetin sürdürülmesine göz yumar) ve bu nedenle bu sistemde çözümsüz çıkmazlar söz konusu olmaz. Parlamenter sistemde parlamentodaki çoğunluğun desteğine sahip olmayan hükümet düşer ve yeni hükümetin ortaya çıkabilmesi için yeni bir çoğunluğun oluşması gerekir. Parlamenter sistemde böyle bir durumda yani hükümet parlamentodaki çoğunluğun desteğini yitirirse ya parlamento içinden başka bir çoğunluğa sahip yeni bir hükümet ortaya çıkar ya da seçimlere gidilir. Başkanlık sisteminin temel zayıflığı veya aksayan yönü başkanların zaman zaman yasama organının işbirliğini sağlayamamasıdır. Başkanlık sisteminin uygulandığı ülkelerde eğer çok partili bir sistem veya parçalanmış iki parti sistemi varsa yasama ve yürütme arasındaki doğal çekişme rayından çıkacaktır. Parlamenter sistemin aksine başkanlık sistemi yasama ile yürütme arasındaki anlaşmazlıkları hemen çözebilmek gibi bir özelliğe sahip değildir. Başkanlık sisteminde güvensizlik oyu ve fesih gibi araçlarla yasama ve yürütme organları birbirlerinin varlıklarına son veremedikleri için yasama ve yürütme arasındaki çıkmazları veya açmazları hukuksal bir yolla çözebilmek imkânsızdır.<sup>9</sup>

Başkanlık sisteminin en temel özelliği başkanın halk tarafından doğrudan seçilmesi nedeniyle parlamenter sistemlerdeki cumhurbaşkanlarından veya krallardan farklı olarak demokratik meşruluk iddiasında bulunmasıdır. Başkanlık sisteminde başkan parlamenter sistemde çoğu başbakanın aldığı oydan daha azına sahip olmasına rağmen, böyle bir iddiada bulunabilmektedir. Başkanlık sisteminde yasama organı da eğer iyi örgütlenmiş tutarlı ve disiplinli partilerden oluşuyor ve parlamentodaki çoğunluk başkanı destekleyen çoğunluktan farklı bir çoğunluğu temsil ediyorsa, demokratik ilkeler açısından hangisinin halk adına konuşmaya hakkı olduğun saptayabilmek mümkün değildir. Acaba başkanın mı yoksa yasama organındaki çoğunluğun mu halk adına konuşmaya hakkı vardır? Kısaca söylemek gerekirse, başkanlık sisteminde hem yasama hem de yürütme organı halk tarafından doğrudan seçildiğinden her iki organ da demokratik meşruluk iddiasında bulunabilmektedir. Bu uyuşmazlığı çözebilmek kolay değildir. Başkanın ve yasama organının farklı partilerden oluşması durumunda her iki organ da halk tarafından seçildiği için, demokratik meşruluğa sahip olduklarını ileri sürerek

9 Arturo Valenzuela, "Latin America: Presidentialism in Crisis", *Journal of Democracy* (October 1993), s. 5.

işbirliği yapmaktan kaçındıkları durumlarda ordu “*poder moderador*” olarak demokratik siyasete müdahalede bulunabilir.<sup>10</sup> Yani başkanlık sistemi askeri darbelere davetiye çıkarabilir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) yasama ve yürütme organları arasında bu tür uyuşmazlıkların çıktığı ama bu ülkede demokrasinin tehlikeye düşmediği söylenmiştir. ABD'nin bu istisnai durumu şöyle açıklanabilir: ABD'nde ülkenin siyasal yaşamına hâkim olan iki büyük parti vardır ve bu partilerin ideolojileri birbirine yakındır. Ayrıca bu iki büyük parti tutarsız ve disiplinsiz partilerdir. ABD'ndeki demokrasi ve askerlerin sivilinlerin kesin denetimi altında olması geleneği çok güçlüdür. Ayrıca ABD federal bir devlettir. Federalizm olgusu başkanın gücünü dengelemektedir. Yine ABD'nde Yüksek Mahkemenin siyasal sistem içinde hiçbir ülkeyle karşılaştıramayacak bir biçimde son derece saygın bir konumu vardır. Bu koşulların bulunmadığı Latin Amerika ülkelerinde uygulanan başkanlık sistemi diktatörlüklere ve otoriter rejimlere dönüşmüştür.<sup>11</sup>

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında başkanlık sisteminde yürütme iktidarının parlamenter sistemdekinden daha güçlü olduğu söylenemeyecektir. Başkanlık sistemi kuvvetler ayrılığına ve kuvvetlerin birbirini dengelemesine dayanır. Ancak bu kuvvetler ayrılığı çoğu kez siyasal hareketsizliğe (yani siyasal olarak karar alamamaya) neden olur. Gelişmekte olan ülkelerde ise politikaların etkin bir biçimde uygulanabilmesi için kuvvetlerin belli bir yerde toplanması gerekir. Başkanlık sistemlerinde demokrasiden vazgeçmeden kuvvetlerin bir yerde toplanması zordur. Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbirlerinden ayrılığı ve birbirlerini dengelemeleri siyasal hareketsizliği yaratır. Oysa etkin bir yürütme iktidarı demokrasinin varlığı ve gelişebilmesi için şarttır. Latin Amerika'daki başkanlık sistemleri çoğunlukla güçsüz yürütme iktidarlara yaratmışlardır. Kuvvetler ayrılığı ve kuvvetlerin birbirini dengelemesi sonunda yürütme iktidarı güçsüz hale gelmiş ve bu da demokrasilerin yıkılışına neden olmuştur. Başkanlık sistemlerinde yasama organının güçlendirilmesinin demokrasiyi geliştireceği iddiasında bulunulmuştur. Ne yazık ki, parçalanmış parti sistemine sahip Latin Amerika ülkelerinde yasama organının güçlendirilmesi yürütmenin güçsüzlüğünün daha da artmasına neden olmuştur.<sup>12</sup>

10 Juan Linz, “Presidential or Parliamentary Democracy”, s. 7.

11 Fred. W. Riggs, “The Survival of Presidentialism in America: Para-constitutional Practices,” *International Political Science Review* 9, No. 4 (1988), s. 247-278.

12 Scott Mainwaring, “Presidentialism in Latin America”, *Parliamentary versus Presidential Government*, derleyen Arend Lijphart (Oxford: Oxford University Press, 1992), s. 112-113.

Şu da belirtilmelidir ki, başkanlık sistemlerinde de koalisyonların oluşturulması mümkündür; ama başkanlık sistemlerinde koalisyonların kurulabilmesi parlamenter sistemlerden çok daha güçtür. Parlamenter sistemlerde eğer yasama organında tek bir parti çoğunluğu sağlayamamışsa, hükümetin ortaya çıkabilmesi için mutlaka koalisyon hükümetinin kurulması gerekir. Eğer koalisyon hükümeti kurulamaz ise yasama organı fesh edilir ve seçimlere gidilir. Başkanlık sisteminde ise parlamentoda bir koalisyon ortaya çıkmasa da başkanın görevi sona ermez. Başkanlık sisteminde koalisyonların oluşturulması parlamenter sistemde olduğu gibi bir zorunluluk değildir.<sup>13</sup>

#### *Başkanlık Sisteminin Katılığı*

Başkanlık ve parlamenter sistemler arasındaki temel farklılıklardan biri de şudur: Parlamenter sistem siyasal sürece esneklik getirirken, başkanlık sistemi siyasal süreci bükülmez yani sert bir hale getirmektedir. Başkanlık sisteminde başkan ve parlamento belirli bir süre için seçilir. Ne başkan ne de parlamento birbirlerinin görevine son veremezler. Başkan seçildikten sonra halkın desteğini yitirse dahi görevinden alınmaz. Uzlaşmaz bir yasama organına karşı da başkanın yapabileceği bir şey yoktur. İki seçim arasında seçimlere gidebilmek olanağı yoktur. Sistem esnek bir sistem değildir. Siyasal sistemin bu katılığı değişen koşullara uyumu zorlaştırır. Başkanlık sisteminde partisinin güvenini yitiren başkanın yerine muhalefetle daha iyi ilişki kurabilecek birini getirebilmek imkânsızdır. Kamuoyunun baskısıyla başkanın istifa etmesinin başkanlık sisteminin sertliğini azaltacağı söylenebilirse de, siyasetçilerin bu konudaki tutumları düşünüldüğünde böyle bir duruma çok sık rastlanmayacağı da son derece açıktır.<sup>14</sup>

Oysa parlamenter sistemde hükümet ile parlamento arasındaki siyasal süreç donmuş değildir. Halkın desteğini yitirmiş ve bu nedenle iş göremeyen hükümetleri değiştirmek için başkanlık sisteminde olduğu gibi dört veya beş yıl beklemek gerekmez. Başkanlık sisteminde halkının veya partisinin güvenini yitirmiş bir başkanın görevini sonlandırabilmek hemen hemen imkânsızdır. Kutuplaşma çok aşırı düzeylere çıksa dahi inatçı bir başkanı değiştirebilmek çok zordur. Kısaca parlamenter sistemdeki *hükümet krizleri* başkanlık sisteminde *rejim krizine* dönüşmektedir.<sup>15</sup>

#### **DİĞER ÖZELLİKLER**

##### *Önceden bilinebilirlik ve hesap verebilirlik*

13 *Ibid.*, s. 115.

14 Juan Linz, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It make a Difference," s. 10.

15 Juan Linz, "The Perils of Presidentialism", *Journal of Democracy*, Winter 1990, s. 65.

Önceden bilinebilirlik açısından başkanlık sisteminin daha iyi bir yerde olduğu belirtilmiştir. Buna göre başkanlık sisteminde seçmen oy verdiği aday kazanırsa ülkeyi dört veya beş yıl yöneteceğini bilmektedir. Parlamenter sistemde ise bir partinin temsilcileri için oy kullanan seçmenin, oy verdiği milletvekilinin başbakan olarak kimi destekleyeceğini bilmediği ileri sürülmüştür. Parlamenter hükümet sisteminde seçmen eğer bir parti parlamentoda tek başına çoğunluğu elde edememesi durumunda hangi partilerin koalisyon hükümeti kuracağını da önceden bilemez. Bu nedenle hesap verilebilirlik açısından başkanlık sisteminin daha iyi olduğu belirtilmiştir.<sup>16</sup> Yine başkanlık sisteminde sorumluluğun teşhisinin kolay olduğu, yürütmenin tek kişinin elinde olması nedeniyle halkın hesap soracağı kişiyi kolaylıkla tespit edeceği söylenmiştir. Bir başka deyişle, başkanlık sisteminde başkanın sorumluluktan kurtulması ve sorumluluğu bir başkasının üzerine atabilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.

Juan Linz'in belirttiği gibi bu iddiaların hiçbiri tam doğru değildir. Başkanlık seçimlerinde seçmen parlamenter sistemlerde olduğundan daha kötü durumdadır. Başkan adaylarının çoğunun siyasal lider olarak bir geçmişi bulunmamaktadır. Başkan adaylarının partileriyle, partilerinin programıyla ve ideolojisiyle ne kadar özdeşleştiği bilinemediği gibi, eğer seçilirse kabinesinin kimlerden oluşacağı hakkında da çok az bilgi vardır. Başkanlık seçimleri genellikle bir kişi hakkında düşüncelere ve o kişinin vaatlerine dayanılarak yapılır. Parlamenter sistemlerde seçmenlerin partilere oy verdiği ve kendini kimin yöneteceğini bilmediği savı ise doğru değildir. Parlamenter sistemlerde partiler genellikle siyasal liderleriyle bilinirler. Seçmenler oy verirken partilerin liderlerini de dikkate alırlar. Yine seçmenler oy verdiği partinin seçimleri kazanması durumunda oy verdikleri partinin liderinin başbakan olacağını bilirler. Parlamenter sistemlerde muhalefetteki partilerin gölge kabineleri vardır. Bu nedenle seçmenler sadece başbakanı değil, oy verdikleri parti seçimi kazanırsa kabinede kimlerin yer alacaklarını da bilebilirler. Oysa başkanlık sisteminde başkan kabinesini seçimden sonra belirler. Başkanlık sisteminde önceden bilinebilen kişi sadece başkan iken, parlamenter sistemde kabinenin birçok adı da bilenebilir.<sup>17</sup>

Başkanlık sistemlerinde sorumluluğun teşhisinin daha kolay olduğu ve seçmenin hesap soracağı kişiyi kolayca bulabileceği söylenmiştir. Ancak

16 Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1999), s. 156.

17 Juan Linz, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It make a Difference," s. 12.

başkanlık sistemlerinin bazılarında var olan bir kişinin ancak bir kez başkan olabileceği yolunda bir hüküm varsa, başkanın halk tarafından siyasal açıdan sorumlu tutulabilmesine hukuken olanak yoktur. Eğer başkanın yeniden seçilebilmesi söz konusuysa, bu kez de başkan başarılı olamamasını yasama organında yeterli çoğunluğa sahip olamamasına bağlayabilir. Yani başarısız bir başkan eğer yasama organı istediği yasaları çıkarsaydı başarılı olacağını; ama bunu yapmaması nedeniyle gerekli başarının sağlanamadığını ileri sürecektir. Oysa parlamenter sistemde başbakan bu tür mazeretlere sığınamayacaktır; çünkü parlamenter sistemde yasama organının çoğunluğuna hâkim olmadan iktidarda kalınabilmenin olanağı yoktur.<sup>18</sup>

Parlamenter sistemde hesap verilebilirlik ancak belirli koşullarda bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Eğer hükümet istikrarsızlığı aşırı bir hal almışsa, sık sık değişen koalisyon hükümetleri varsa ve koalisyon hükümetlerinin kurulmasında önemli rol oynamış herhangi bir parti de yoksa parlamenter sistemde hesap verilebilirlik önemli bir sorun olarak ortaya çıkar.<sup>19</sup>

Başkanlık sisteminde hesap verilebilirlik konusunda ortaya çıkan bir sorun daha vardır. Yeniden seçilme mümkün olsa dahi, başkanlık sisteminde seçmenler başkandan hesap sormak istediklerinde başkanlık döneminin bitmesini beklemek durumundadır. Oysa parlamenter sistemlerde başbakan ve kabinesinden her zaman gensoru veya güvensizlik oylaması yoluyla hesap sorulabilir. Yani parlamenter hükümet sisteminde yasama döneminin bitmesiyle birlikte veya parlamentodaki liderlik veya parti krizi sonunda seçimlere gidildiğinde halk tarafından hükümet sorumlu tutulabilmektedir.<sup>20</sup>

#### *Zaman Faktörü*

Demokrasi sadece seçimle iktidara gelmeyi değil aynı zamanda seçimle gitmeyi de öngörür. Bu nedenle seçimlerin düzenli aralıklarla tekrarlanması gerekir. Seçimi kazanan kişinin ölene kadar iktidarda kalması demokrasiyle bağdaşmaz. Başkanlık sistemlerinde başkanlar genellikle dört veya beş yıllık bir süre için seçilirler ve genellikle bir kişinin iki defadan daha fazla seçilmeyeceği anayasalarda hükme bağlanmıştır. Başkanlık sistemlerinde başkanın yetkileri o denli çoktur ki, bu sistemde başkanın bu yetkilerini kullanarak diktatörlüğe kayabileceğinden korkulur ve bu nedenle başkanın kaç kez başkan olabileceği anayasalarda açıkça belirtilir. Başkanlık sistemlerinde genellikle bir kişinin bir kez veya iki kez başkan seçilebileceği veya arka

18 *Ibid.*, s. 13.

19 *Ibid.*, s. 13.

20 *Ibid.*, s. 14.

arkaya iki kez başkan seçilemeyeceği gibi sınırlamalar anayasalarda yer almaktadır. Bu tür kısıtlayıcı hükümler ise ihtiraslı başkanlar için son derece sinir bozucu hükümlerdir ve bazı ihtiraslı başkanlar bu hükümleri değiştirmeye çalışırlar. Anayasalarda yer alan bu yasak hükümlerini değiştirmeye çalışmak ise bu ülkeleri gergin bir atmosfere sürükleyerek kutuplaşmalara neden olmakta ve bunun sonucunda askeri darbeler ortaya çıkmaktadır. Oysa parlamenter hükümet sistemlerinde başbakanlar için bu tür sınırlamalar düşünülmemiştir. Parlamenter sistemlerde başbakanların diktatörlüğe kayabileceği korkusu başkanlık sistemlerindeki başkanların diktatörlüğe kaymasından çok daha azdır. Böyle bir korkunun olmamasının nedeni parlamenter sistemlerde anayasaya aykırı yollara başvurmadan hükümeti değiştirebilmenin mümkün olmasıdır.<sup>21</sup>

#### *Kazanan Her Şeyi Kazanır*

Başkanlık sisteminde kazanan her şeyi kazanmakta ve kaybeden de her şeyi kaybetmektedir. Bir başka deyişle, başkanlık sisteminde demokratik siyaset “ya hep, ya hiç” biçimindeki bir oyununa benzemektedir. Başkanlık sisteminde seçimi kazan başkan yürütme organının denetimini bütünüyle elde eder, Yani yürütme organının denetimi başkanlık sisteminde “kazanan her şeyi kazanır” biçimindedir. Başkanlık sisteminde başkanlık seçimini kaybedenler siyasal mücadeleden dışlanmaktadır; çünkü bu sistemde başkanlığı kazananların kaybedenlerle ilişki kurmaya ihtiyaçları yoktur. Başkanlık sisteminin bu özelliği siyasal kutuplaşmayı ve gerilimi artıracaktır.

#### *Başkanlık Sistemi İktidarın Kişiselleşmesine Yol Açabilir*

Başkanlık sisteminde yürütme tek kişiden oluşmaktadır. Bu sistemde başkan hem devlet başkanı hem de hükümet başkanı konumundadır. Halk tarafından seçilen ve anayasada belirtilen görev süresinden önce görevinden alınamayan başkan kendisinin devleti, hükümeti ve bütün halkı temsil ettiği yanılsamasına kapılabilir. Bu nedenle başkanlık sisteminde sık sık iktidarın kişiselleşmesi olgusu ortaya çıkmaktadır.

Mümtaz'er Türköne Parlamenter sistem ile başkanlık sistemi arasındaki farklılığı ve parlamenter sistemin üstünlüğünü şu ilginç sözlerle bize aktarmaktadır:

“Başkanlık sistemi ile parlamenter sistem arasındaki fark, rugby ile futbol arasındaki farka benzer. Rugby, oval bir topla 15'er kişilik takımlarla, iri kıyım oyuncuların birbirini ezip geçtiği, kemik

21 Juan Linz, “The Perils of Presidentialism”, *Journal of Democracy*, (Winter 1990), s. 66.

seslerinin duyulduğu sert bir oyun. Futbol ise stratejinin, zekânın, tekniğin bir birleşimi. Birinde en kestirme yoldan sonuç almak, diğerinde ise seyirlik bir oyun çıkartmak önemli. Başkanlık sisteminin yegâne başarılı örneği olan ABD'de rugby'nin futboldan daha popüler olması bu yüzden tesadüf değil. Tercihiniz ne? Sonunda 'biz kazandık' diyeceğiniz kuralların asgari düzeyde işlediği kıran kırana bir mücadele mi? Yoksa 'ofsayt mıydı, değil miydi?' muhabbetleriyle sosyalleşmek mi?"<sup>22</sup>

### *Başkanlık Sisteminin Türkiye İçin Taşıdığı Sakıncalar*

Başkanlık sisteminde yürütme tek kişiden oluşmaktadır, Yani bu sistemde başkan hem hükümet hem de devlet başkanı statüsüne sahiptir. Halk tarafından doğrudan seçilen ve görev süresi dolmadan görevden alınamayan bir başkan devleti, hükümet ve halkı temsil ettiği yanlışına kapılabilir. Başkanlık sistemi Türkiye için önemli sakıncalar içermektedir. Uzun yıllar mutlak yetkilere sahip tek bir kişinin yani padişahın yönetiminde yaşamış olan ve siyasal iktidarın kendini sınırlaması diye bir geleneğin olmadığı toplumumuzda, özellikle ikisi de genel oydan gelen başkanlık makamı ile parlamentonun aynı siyasal parti eline geçmesi azınlıkta kalanların temel güvenceleri bakımından ciddi sakıncalar taşıyacaktı.

Halk tarafından seçilen ve bu nedenle de seçim kampanyalarının, meydan nutuklarının ve parti çekişmelerinin yıpratılmasına uğrayan bir kişinin devletin başında yer alması Türkiye'de bazı sorunlara yol açacağı söylenebilir. Parlamenter sistem altında yaşamış ve bu nedenle cumhurbaşkanında çok daha az zedelenmiş bir devlet adamı niteliği arayan Türk toplumunun siyasal tartışmalar sonucunda yıpranmış bir cumhurbaşkanını kolayca kabul edebileceği söylenemez. Başkanlık sisteminde devlet başkanı ve hükümet başkanı ayrımı sona ermektedir. Oysa siyasal açıdan saygınlığı olan ama yetkileri olmayan devlet başkanlığı ülkemiz açısından önemlidir.

Türkiye Osmanlı İmparatorluğu'ndaki parlamenter sistemden sonra Milli Mücadele döneminin meclis hükümeti sisteminden başlayarak günümüze gelinceye kadar çizdiği çizgi ile başkanlık sistemi arasındaki karşıtlık ortadadır. Bir başka deyişle, başkanlık sisteminin Türk Anayasa Geleneğine aykırı düştüğü söylenebilir. Ülkemizin bildiği ve tanıdığı hükümet sistemi parlamenter hükümet sistemidir. Hiç bilmediğimiz, bize yabancı olan başkanlık sisteminin ne tür sorunlara yol açacağı bilinmemektedir. Bu nedenle

22 Mümtaz'er Türköne, "Başkanlık Sistemi Tartışması: (II)", *Zaman*, 22 Nisan 2011.



bildiğimiz hükümet sisteminden ayrılmama daha akla yakın bir görüştür.<sup>23</sup> Ayrıca şu da belirtilmelidir ki bir başka ülkenin sistemini taklit etmek iyi sonuçlar doğurmayacaktır. Taklit her alanda olduğu gibi hükümet sisteminde de sorunlu bir şeydir ve bu nedenle her zaman kaçınılması gereken bir husustur.

Türk parti sisteminin var olan yapısı göz önüne alındığında başkanlık veya yarı-başkanlık hükümet sistemine geçmenin çok önemli sakıncaları olacağını söyleyebiliriz. Türkiye'deki partiler disiplinli, tutarlı, ideolojik ve programatik yapılarıyla nedeniyle parlamenter sistemle tam anlamda bütünleşmişlerdir.<sup>24</sup> Parlamenter hükümet sisteminde hükümet parlamentoya dayanmak zorundadır. Bu da hükümetin parlamento tarafından desteklenmesini gerektirir. Bu destek parlamentoda partilerin parti çizgileri doğrultusunda oy vermeleri yani disiplinli olmalarını zorunlu kılar.<sup>25</sup> Başkanlık sistemine geçildiği anda parlamenter sistemden gelen partilerin bu özellikleri hemen değişmeyecektir. Başkanlık sisteminde ise partilerin disiplinli olmaları parlamentodaki çoğunlukla başkan farklı partilerden ise çok büyük sorunlar yaratacaktır. Disiplinli ve tutarlı partilerle başkanlık sistemine geçmek yüzme bilmeyen bir kişiyi can simidi olmadan denize atmaya benzeyecektir. Var olan bu parti sistemini ve partilerin yapısını göz önüne almadan tercih edilecek bir hükümet sistemi büyük bir felaketle sonuçlanabilir.

### **PARLAMENTER SİSTEMİN İŞLERLİLİĞİNİ ARTIRACAK ÖNERİLER:**

Kuşkusuz Türkiye'de özgürlükçü ve çoğulcu demokratik rejimi parlamenter sistemin daha iyi yaşatacağını söylemek uyguladığımız parlamenter sistemin hiçbir kuralının değiştirilmemesi demek değildir. Parlamenter sistemin daha iyi işlemesi ve etkili bir yürütmenin yaratılabilmesi için bazı düzenlemeler yapmak mümkündür. Ancak bu tür düzenlemelerin kanımca parlamenter sistemin mantığına ters düşmemesi ve sistemin vazgeçilemez çerçevesi olan özgürlükçü demokrasiye aykırı sonuçlar doğurmaması gerekir.<sup>26</sup>

a) Parlamenter sistemde yürütme organı ancak parlamentoda *sağlam, disiplinli ve tutarlı* bir çoğunluğa sahip ise otorite ve istikrar sahibi olabilir. Eğer parlamenter sistemde hiçbir parti parlamentoda mutlak çoğunluğu

23 *Gerekçeli Anayasa Önerisi* (Ankara: A.Ü. Siyasal bilgiler Fakültesi Yayını, 1982), s. 211.

24 Ekrem Ali Akartürk, *Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri* (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınları, 2010), s. 307.

25 Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes İkinci Baskı* (New York: New York University Press, 1997), s. 193.

26 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 11 Baskı (Ankara; Yetkin Yayınları, 2010), s. 48.



sağlayamazsa veya iktidar zayıf çoğunluklara dayanıyorsa veya parlamentodaki çoğunluk kendi içinde yeterli ölçüde *disiplinli* ve *tutarlı* değilse güçlü bir yürütme ortaya çıkamayacak, hükümet istikrarsızlıkları ve bunun sonucunda da siyasal istikrarsızlar belirecektir. Parti sisteminde aşırı parçalanmaya ve parti sayısının artmasına neden olan ise seçim sistemidir. Parlamenter sistemde en önemli husus sağlam, tutarlı ve disiplinli bir parlamento çoğunluğunun ortaya çıkabilmesidir. Parlamenter sistemin niteliği ve yapısı hükümet otoritesinin değerlendirilmesinde yasama ve yürütme organlarının birlikte ele alınmasını gerektirir.

Parlamenter sistemin mantığını bozmadan sistemin işlerliğini artırmak için yapılacak düzenlemelerden ilki seçim sistemiyle ilgilidir. Parlamento seçimleri için öyle bir seçim sistemi kabul edilmelidir ki, parlamentoda hem açık seçik bir çoğunluk oluşabilmeli hem de küçük partilerin gerçek güçlerinin üstünde bir rol oynamaları önlenmelidir. Ülkemizde yüzde on barajlı sistemin zaman zaman bunu sağlayabildiği söylenebilir de, kanımca dar bölge seçim sistemi mecliste açık seçik çoğunluğun oluşmasına daha iyi hizmet edebilecektir. Yüzde on barajlı sistemde bir seçim çevresinde bir parti ne denli güçlü olursa olsun eğer ülke genelinde kullanılan geçerli oyların yüzde onunu olamazsa mecliste temsili mümkün olamamaktadır. Bu Güney Doğu Anadolu'da Kürt kökenli vatandaşlarımızın mecliste yeteri kadar temsil edilememelerine neden olmaktadır. Dar bölge seçim sistemi bu tür sakıncalar içermemektedir.

b) 1982 Anayasası hükümetin kurulmasını kolaylaştırıcı ve düşürülmesini güçleştirici kurallar getirmiştir. Bu kurallar yapılacak yeni anayasada da muhafaza edilmelidir. Bunlara Alman Anayasasında yer alan “yapıcı güvensizlik oyu” eklenebilir. 1949 Alman Anayasasının 67. maddesine göre, Bundestag'ın başbakanı güvensizlik oyuyla düşürebilmesi için üyelerinin çoğunluğuyla yeni bir başbakan seçmesi gerekir. Yani muhalefet yeni bir başbakan seçmedikçe başbakanı düşüremez. Bu sistemde yıkmak için önce yapmak gerekmektedir. Bu nedenle de buna yapıcı güvensizlik oyu adı verilmiştir.

c) Parlamenter sistemlerde yürütme organının güçlendirilmesi için çeşitli yollara başvurulabilir. 1982 Anayasası da yürütme organını güçlendirmeye çalışmıştır. Ancak bunu yaparken yürütme organını oluşturan Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan Cumhurbaşkanını tercih etmiştir. Oysa parlamenter sistemlerde tam da bunun tersini yapmak gerekir. 1982 Anayasasını yapanlar

muhalafetle iktidar arasındaki çekişmelere ve huzursuzluklara yol açabileceğini düşündükleri yetkileri Cumhurbaşkanını tanımışlardır. Bir başka deyişle, cumhurbaşkanlığı darbeyi yapan Kenan Evren'in cumhurbaşkanı olacağı düşünülmüş ve tasarlanmıştır. Bu nedenle de parlamenter sistemde yansız olması gereken Cumhurbaşkanlığı makamı yansızlığına gölge düşürebilecek ölçüde yetkilendirilmiştir. 1982 Anayasası Cumhurbaşkanlığı makamını seçilmiş siyasetçileri dengeleyecek ve frenleyecek bir çeşit vesayet makamı olarak düşünmüştür.

Cumhurbaşkanlığını asker ve sivil bürokratların vesayetinden kurtarmak için 2007 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yoluna başvurulmuştur. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi bu makamı asker ve sivil bürokrasinin vesayetinden kurtaracaktır. Ancak cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi bu makamın demokratik meşruluğunu da güçlendirecektir. Halk çoğunluğundan destek alan bir cumhurbaşkanı kendisine tanınmış olan yetkileri daha rahatça kullanabilir. Halk tarafından seçilme ve iki defa seçilebilme biçiminde yapılan bu düzenleme yansız Cumhurbaşkanlığı düşüncesinden uzaklaşmadır.<sup>27</sup> Yani bu düzenlemeyle ister istemez parlamenter sistemden bir uzaklaşma ortaya çıkaracaktır.<sup>28</sup>

Başkanlık sistemindeki başkanın tersine, parlamenter sistemdeki cumhurbaşkanının görev süresi daha uzun tutulur. Başkanlık sisteminde başkanın görev süresi dört ilâ altı yıl arasında değişirken, parlamenter sistemlerde cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıla kadar çıkabilmektedir. Parlamenter sistemde cumhurbaşkanlığı süresinin uzun olmasının herhangi bir zararı bulunmamaktadır. Tam tersine cumhurbaşkanlığının yürütme alanına ilişkin yetkileri olmadığından görev süresinin uzunluğu yararlı bile görülür. Cumhurbaşkanının görev süresi yasama organının yasama döneminden daha fazla olduğu için, Cumhurbaşkanının iki farklı çoğunluğun hükümetiyle çalışmak zorunda kalacağı ve bu nedenle de yansız davranmaya zorlanacağı ileri sürülmüştür. Cumhurbaşkanı devletin başı olarak siyasal açıdan sorumsuzdur. Parlamenter sistemlerde cumhurbaşkanı yardımcılığı diye bir kurum da düşünülmemiştir. Parlamenter sistemlerde cumhurbaşkanının bütün işlemleri

27 Karl Loewenstein, "The Presidency Outside the United States: A Study in Comparative Political Institutions", *Journal of Politics*, Vol. 11, No: 3 (Aug., 1949), s. 465.

28 Loewenstein Weimar Anayasasını eleştirirken en sınırlı anlamda da olsa başkanlık sisteminin özelliklerinin parlamenter sistemle uyumlayacağını belirtmektedir. Bakınız: Karl Loewenstein, "The Balance Between Legislative and Executive Power: A Study in Comparative Constitutional Law", *University of Chicago Law Review*, 5 (1937-1938), s. 572.

karşı-imza kuralına tabidir. Cumhurbaşkanı yürütme yetkisinin kullanılmasına başbakan ve bakanlar aracılığıyla katılabilir. Kısaca belirtmek gerekirse parlamenter sistemde cumhurbaşkanlığı törensel ve sembolik bir kurumdur.<sup>29</sup>

Cumhurbaşkanının parlamento tarafından değil de, halk tarafından seçilmesinin parlamenter hükümet sistemini her zaman parlamenter hükümet sistemi olmaktan çıkaracağı söylenemez ise de, devletin başının halk tarafından seçilmesi böyle bir potansiyele sahiptir. Halk tarafından seçilen cumhurbaşkanı yürütme organının gerçek başı haline gelebilir ve ülkenin genel siyasetini belirleyebilir. Tabii bunun aksi de mümkündür. Cumhurbaşkanının ülkenin genel siyasetini belirleyen bir aktör haline gelebilmesi genellikle siyasal koşullara bağlıdır. Parlamentoda çoğunluğa sahip bir partinin lideri cumhurbaşkanı seçilmesi durumunda, cumhurbaşkanının gerçek anlamda yürütmenin başı olma olasılığı ortaya çıkacaktır ve sistem hukuken değilse de uygulamada başkanlık hükümet sistemi gibi işleyecektir.<sup>30</sup>

Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi mutlaka parlamenter sistemle uyumsuzdur denemez; ama cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin kabul edilmiş olması cumhurbaşkanına tanınan geniş yetkilerle birlikte düşünüldüğünde, 2007 Anayasa değişikliğinden sonra ülkemizde hükümet sisteminin yarı başkanlık sistemine yaklaştığı kabul edilmelidir. Bu açıklanan nedenlerle cumhurbaşkanının yetkilerinin normal bir parlamenter sistemdeki sembolik ve temsili yetkilerle sınırlandırılması ve mümkünse tekrar cumhurbaşkanının parlamento tarafından seçilmesi yöntemine dönüşmesi en doğru yol olacaktır. Eğer cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinden vazgeçilmeyecekse başkanlık süresiyle yasama döneminin süresini aynı yapmak doğru olacaktır; çünkü başkanlık süresiyle yasama dönemi süresi aynı olursa aynı çoğunlukların hem yasamaya hem de yürütmeye hâkim olabilmesi mümkün olacaktır.<sup>31</sup> Ayrıca cumhurbaşkanının siyasal sorumsuzluğu ve bunun gereği olan karşı-imza ilkesinin de yeni yapılacak anayasada istisnasız kabul edilmesi gerekmektedir.

Başkanlık sisteminin objektif zayıflıkları ve sakıncaları bu sistemin Türkiye'de denenmesini sakıncalı bir duruma getirmektedir. Ayrıca başkanlık sisteminin istenmesinin temel nedeni parlamenter sistemde sık sık rastlanan

29 *Ibid.*, s. 469.

30 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 9. Baskı (Bursa: Ekin Yayınları, 2010), s. 300. Daha geniş bilgi için bakınız: Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* (Bursa: Ekin Yayınları, 2011), s. 570-632.

31 Bu görüş ilk olarak 2007 Anayasa değişiklikleriyle ilgili olarak yaptığımız tartışmalar sırasında Nur Uluşahin tarafından ileri sürülmüştür.

hükümet istikrarsızlıklarıdır. Daha önce de belirtildiği gibi başkanlık sisteminde başkan belirli bir süre için seçildiğinden tanımı gereği böyle bir istikrarsızlık söz konusu olamaz. Başkanlık sistemi de hükümet istikrarsızlığı çeken parlamenter hükümet sistemine sahip ülkelerde bu istikrarsızlığa bir çare olarak düşünülmektedir. Ancak şu an ülkemizde böyle bir hükümet istikrarsızlığı söz konusu değildir. Hükümet istikrarsızlığı olmadığı sürece de başbakanın gücü başkanlık sistemindeki başkandan daha fazladır diyebiliriz. O halde ülkemizde başkanlık sistemini isteminin bir mantığı da yoktur. Başkanlık sistemi ile parlamenter sistem arasında yer alan yarı başkanlık hükümet sistemi ise bütün melez modellerde olduğu gibi uygulanması daha zor bir sistemdir. Bu durumda ülkemizde parlamenter sistemden uzaklaşmamak akla daha uygun gözünmektedir.

### KAYNAKLAR

Akartürk, Ekrem Ali, *Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri* (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınları, 2010).

Epstein, Leon D., "Parliamentary Government", *International Encyclopedia of the Social Sciences*, der. David L. Sills, Cilt 11 (New York: Macmillan and Free Press, 1968), s. 419-426.

Erdoğan, Mustafa, "Yeni Anayasa (I) Temel Felsefe ve İlkeler", *Star, Açık Görüş*, 20 Eylül 2010.

Freeman, Mark, "Constitutional Frameworks and Fragile Democracies: Choosing Between Parliamentarism, Presidentialism and Semi-Presidentialism", *Pace International Law Review*, Vol: 12 (2000), s. 253-282.

*Gerekçeli Anayasa Önerisi* (Ankara: A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1982).

Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes İkinci Baskı* (New York: New York University Press, 1997).

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* (Bursa: Ekin Yayınları, 2011).

Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 9. Baskı (Bursa: Ekin Yayınları, 2010).

Lin, Juan & Alfred Stephan, *Problems of Democratic Transition and*

*Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe* (Baltimore: The John Hopkins University Press, 1996).

Linz, Juan, "The Perils of Presidentialism", *Journal of Democracy*, (Winter 1990), s. 51-69.

Linz, Juan, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It make a Difference," *The Failure of Presidential Democracy*, derleyen Juan J. Linz ve Arturo Valenzuela (Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994), s. 3-87.

Loewenstein, Karl, "The Balance Between Legislative and Executive Power: A Study in Comparative Constitutional Law", *University of Chicago Law Review*, 5 (1937-1938), s. 566-608..

Loewenstein, Karl, "The Presidency Outside the United States: A Study in Comparative Political Institutions", *Journal of Politics*, Vol. 11, No: 3 (Aug., 1949), s. 447-496.

Mainwaring, Scott, "Presidentialism in Latin America", *Parliamentary versus Presidential Government*, derleyen Arend Lijphart (Oxford: Oxford University Press, 1992), s. 111-117.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 11 Baskı (Ankara; Yetkin Yayınları, 2010).

Riggs, Fred. W., "The Survival of Presidentialism in America: Para-constitutional Practices," *International Political Science Review*, 9, No. 4 (1988), s. 247-278.

Türköne, Mümtaz'er, "Başkanlık Sistemi Tartışması: (II)", *Zaman*, 22 Nisan 2011.

Uluşahin, Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1999).

Valenzuela, Arturo, "Latin America: Presidentialism in Crisis", *Journal of Democracy* (October 1993), s. 3-16.

---

## REHİNİLİ TAHVİL\*

---

Ali SEDAT ULUÇ\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Diyarbakır 6. Noteri



## GİRİŞ

Rehinli tahvil, taşınmaz rehni ile güvence altına alınan ödünç senedidir. Türk Medeni Kanununun 930 ve devamı maddelerinde taşınmaz rehni ile güvence altına alınan rehinli tahvilin çıkarılmasıyla ilgili açıklamalar yapılmış olmasına rağmen bu konuda yeni bir rehin tipi düzenlenmemiş, mevcut rehin çeşitleri kullanılarak taşınmaz karşılığı senet ihracına izin verilmiştir. Ancak, Medeni Kanunda rehinli tahvilin çıkartılması ile ilgili düzenleme bulunmasına rağmen uygulamada rehinli tahvile rastlanmamak tadır.

## TAŞINMAZ REHNİ ÇEŞİTLERİ

“Taşınmaz rehni, bir alacağı teminat altına almak amacıyla bir veya birden çok taşınmaz üzerinde kurulan ve alacaklıya borç ödenmediğinde taşınmazın paraya çevrilmesini talep etme yetkisi veren sınırlı bir ayni haktır. Taşınmaz rehinde, belirli bir taşınmaz ile alacağın tahsilinin güvence altına alınması söz konusudur. Başka bir deyişle, alacağın belli bir taşınmaz veya birden çok taşınmazla güvence altına alınmasını sağlayan ilişkiyi rehin müessesesi sağlamaktadır.”<sup>1</sup>

Rehin hakkı, belirli bir mala ilişkin olarak bir güvence sağladığından, bu güvence belirli bir alacağa özgülenmiş, belirli bir mal üzerinde somutlaşmış, objektif nitelik taşıması nedeniyle sağlam bir garanti niteliği taşımaktadır.

1 Altay, S. /Eskiocak, A. : Taşınmaz Rehni, İstanbul 2007 s. 1.



“Sermaye ihtiyacının kredi ile sağlanması konusunda taşınmaz rehni en ön planda yer alan bir teminat türüdür. Şöyle ki, alacaklı alacağını tahsil edemediğinde, rehin konusu taşınmazı paraya çevirerek, rehin derecesinin sıra ve miktarı gözetilerek, satış bedelinin sağladığı imkan dahilinde alacağını öncelikle elde edebilecektir. Rehin hakkı, bu niteliği itibarıyla, alacaklıya taşınmazın değerinden alacağını elde etme yetkisi veren sınırlı bir ayni hak teşkil eder. Rehinli alacaklı bu hakkını, herkese karşı ve özellikle rehinli taşınmazı devren iktisap edenlere ve iflas masasına karşı da ileri sürebilmek hakkına sahiptir.”<sup>2</sup>

### **I. İpotek**

“İpotek, alacak hakkını güvence altına alan ayni bir teminat teşkil eder. Bu nedenle ipotek, taşınmazın değerine yönelik sınırlı bir ayni haktır.”<sup>3</sup>

“İpotek, kişisel hak niteliğindeki alacağa ayni güvence sağlamayı öngörmekle sınırlı bir ayni hak olarak; sadece teminat fonksiyonunu içeren bir taşınmaz rehin türüdür. İpoteğin bu güvence işlevinin yanı sıra, ayrıca taşınmazın değerinin el değiştirmesine hizmet eden tedavül işlevi mevcut değildir. Bu nedenle, ipoteğin kapsadığı tutarın ve rehin hakkının kıymetli evrakta tecessüm ettirilerek tedavüle sunulması olanaksızdır.”<sup>4</sup>

“Taşınmaz rehninin asıl fonksiyonu bir alacağa teminat olmaktır. Bu nedenle taşınmaz rehninin bu fonksiyonu kaldırılamaz. Taşınmaz rehninin bir diğer fonksiyonu ise üzerinde kurulduğu taşınmazın rehne teminat teşkil eden değerini tedavül ettirebilmesidir. İpoteğin bir tek fonksiyonu vardır, alacağa teminat olmak. Burada taşınmazın değerinin taşınmazdan soyutlanarak tedavül etme fonksiyonu yoktur.”<sup>5</sup>

### **II. İpotekli Borç Senedi**

“İpotekli borç senedi, kıymetli evraka bağlı, borçluya kişisel sorumluluk yükleyen, bağımsız bir alacak hakkını temin eden bir taşınmaz rehnidir.”<sup>6</sup>

İpotekli borç senedi ile taşınmazın değeri kıymetli evraka dönüştürülmekte ve tedavülü sağlanarak uzun vadeli kredi niteliğinde ekonomik hayata katkı sağlanmaktadır.

“İpotekli borç senedinin düzenlenmesi ile doğan kıymetli evrak alacağı aynı miktardaki taşınmaz değeri ile teminat altına alınmıştır. İpotekli borç senedi ile ipotek arasındaki önemli fark bu özellikten doğmaktadır. Şöyle ki, ipotekte

2 Altay/Eskiocak, s. 2.

3 Altay/Eskiocak, s.7.

4 Altay/Eskiocak, s.7.

5 Soner, H. Ç. : İpotekli Borç senedi ve İrad Senedi, Ankara 2004, s. 34.

6 Karahacıoğlu, A. H./ Doğrusöz, M. E. /Altın, M. : Türk Hukukunda Rehin, s.172.

sadece alacakların, bir taşınmaz rehni ile teminat altına alınması amaçlanmışken, ipotekli borç senedinde kişisel alacağı teminat altına alma görevinin yanı sıra, taşınmazın değerinin tedavülü görevi de üstlenilmiştir. Bu nedenle ipotekli borç senedinde, taşınmaz rehninin teminat ve dolaşım sağlama fonksiyonu birleştirilmiş olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>77</sup>

İpotekli borç senedinde, borcun doğumundan kaynaklanan temel borç ilişkisi ile senetten oluşan borç arasındaki bağ ortadan kaldırılmakta ve böylece sebepten soyut bir borç durumu söz konusu olmaktadır.

İpotekli borç senedi yoluyla rehin kurulması için tapu idaresince taşınmaza resmen değer biçilir. Biçilmiş değeri aşan miktar için ipotekli borç senedi yoluyla rehin kurulamaz.

İpotekli borç senedi tapu memuru tarafından düzenlenir ve senetler üzerinde tapu memuru ile yetkili Hazine temsilcisinin imzaları bulunur. Düzenlenen ipotekli borç senedi, alacaklı veya temsilcisine ancak borçlunun yazılı rızası alındıktan sonra verilebilir.

İpotekli borç senedi düzenlenirken alacaklı- borçlu ve malikin haklarını tam bir özen ve tarafsızlıkla korumak üzere bunlar tarafından bir temsilci atanabilir. Temsilcinin adı tapu kütüğüne ve rehin senedine yazılır. Temsilcinin yetkisinin sona ermesi halinde ilgililer anlaşamazlarsa, sulh hakimi gerekli önlemleri alır.

İpotekli borç senedinde eşyaya bağlı bir borç ilişkisi söz konusu olmadığından, borçlu sadece taşınmazın değeri ile değil bütün mal varlığı ile sorumludur.

Bu özelliği sayesinde senetlerin piyasada tedavülü güvence altına alınmış ve alacaklıya hem taşınmaz üzerinden alacağını tahsil edebilme imkanı, hem de kalan borcu borçlunun malvarlığından tahsil edilebilme imkanı sağlanmıştır.

### III. İrat Senedi

Kıymetli evraka bağlanan irat senedi, el değiştirme özelliğine sahip, bir taşınmaz üzerinde taşınmaz yükü şeklinde kurulmuş bir alacak hakkı meydana getirir.

İrat senedinde mal varlığı ile sorumluluk söz konusu olmayıp, taşınmazın değeri ile sorumluluk söz konusudur. Bu nedenle de teminat olarak gösterilen taşınmazın maliki ile irat senedinde borçlu olarak görünen kişinin aynı olması zorunludur.

77 Koçak, D. : Konut Finansman Kanunu Öncesi ve Sonrası Mortgage, s. 87.

İrat senedinin güvencesini ancak tarım arazisi, konutlar ve üzerinde bina yapılabilecek arsalar oluşturabilir.

İrat senetlerindeki alacak miktarı, tarım arazisinde arazinin gelir değerinin, diğer taşınmazlarda taşınmazın gelir değeri ile bina ve arsa değerleri ortalamasının beşte üçünü aşamaz. Değerlendirmeler tapu idaresince resmen yapılır.

İrat senedi Türk Ticaret Kanunu anlamında kıymetli evrak olarak düzenlenir. Bu nedenle de nama ya da hamile yazılı olarak düzenlenmesi mümkündür.

İrat senetleri tapu memuru tarafından düzenlenir ve senedin üzerinde tapu memuru ile yetkili Hazine temsilcisinin imzaları bulunur.

Bu senetler, alacaklı veya temsilcisine ancak yüklü taşınmaz malikinin yazılı rızaları üzerine verilebilir.

Rehin senedinden aksi anlaşılmadıkça, senet hamile yazılı olsa bile borçlu, bütün ödemelerini alacaklının yerleşim yerinde yapmak zorundadır.

#### **IV. Taşınmaz Rehniyle Sağlanan Ödünç Senetleri**

Ülkemizde ekonomik ihtiyaçların karşılanması amacıyla taşınmaz rehniyle güvence altına alınan ödünç senetlerinin çıkarılmasına izin verilmiş ve bu amaçla Türk Medeni Kanunu'nun 930 ve devamı maddelerinde rehinli tahviller ve seri halinde rehin senedi ile ilgili açıklamalar yapılmıştır.

Ancak, bu amacın gerçekleştirilmesi için yeni bir rehin tipi oluşturulmamış, mevcut rehin çeşitleri kullanılarak, taşınmaz karşılık gösterilmek suretiyle senet ihracına imkan tanınmıştır.

#### **TAŞINMAZ REHİNİYLE SAĞLANAN ÖDÜNCÜ SENEDİ OLARAK REHİNLİ TAHVİL**

Gelişen ticari hayat karşısında şirketler de gerekli yatırımı yaparak bu gelişime ayak uydurmak zorundadır. Ancak bu yatırım zaman zaman büyük miktarda kaynak teminini gerekli kıldığından öz kaynakları yeterli olmayan şirketler kaynak teminini öncelikle ödünç almak yoluyla gerçekleştirmeye çalışmakta, bu da ya bir kredi kuruluşundan borç alınması ya da doğrudan halka başvurarak onlardan borç alınması şeklinde olabilmektedir.

Şirket, gerekli kaynağı elde edebilmek için ya hisse senedi ihraç etmekte ya da çıkartacağı tahviller aracılığıyla doğrudan doğruya borçlanma yoluna gitmektedir. Ancak, şirketler kredi ihtiyacının karşılanması için çıkardıkları tahvillere karşı küçük tasarruf sahiplerinin güvenini kazanmak zorundadır.

Çünkü şirketlerin çıkardığı tahvili satın alan küçük tasarruf sahipleri borç vadesinde ödenmediğinde ellerinde güvenceye bağlanmış bir belge olmasını isteyecektir.

### I. Tanımı ve Niteliği

Rehinli tahviller, niteliği itibariyle Türk Medeni Kanunu'nun 930. maddesinden de anlaşılacağı üzere, taşınmaz ile güvence altına alınmış ödünç senedi niteliğindedir.

“Rehinli tahviller, ihracı yapan kredi müessesesinin aktifinde bulunan ipotekle teminat altına alınmış kredi alacakları üzerinde rehinli tahvil sahipleri lehine, kanun hükmü uyarınca rehin hakkı sağlayan menkul kıymetlerdir.”<sup>8</sup>

“Rehinli tahvil, taşınır rehninin ve özellikle de taşınır rehni türlerinden hak ve alacak rehninin özel türüdür.”<sup>9</sup>

“Rehinli tahvil sahipleri, kredi kurumunun taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacakları ile cari işlerinden doğan alacakları üzerinde, yazılı bir rehin sözleşmesine ve senetlerin teslimine gerek olmaksızın kanun uyarınca kendiliğinden rehin hakkına sahiptirler.”<sup>10</sup>

Türk Medeni Kanunu'nun 970. maddesine göre ; “İşletme olarak taşınmaz rehni karşılığında ödünç verme işleriyle uğraşmak üzere yetkili makamdan izin alanlar, özel bir rehin sözleşmesi ve teslim yükümlülüğü olmasa bile, taşınmaz rehniyle güvence altına alınmış alacakları ile cari işlerinden doğan alacaklarını karşılık göstererek rehinli tahvil çıkarabilirler.”

“Rehinli tahvil sahipleri, doğrudan doğruya alacakları teminat altına alan taşınmaz üzerinde bir rehin hakkına sahip olmayıp, taşınmaz rehni ile teminatlı alacaklar üzerinde kanun hükmü uyarınca rehin hakkına sahip olurlar.”<sup>11</sup>

“Rehin hakkının kurulabilmesi için senetlerin teslimini gerekli görmeyen bu madde ile, teslimi gerektirmeyen bir taşınır rehni (taşınır ipoteği) türü düzenlenmiştir. Böylece Medeni Kanunun 970. maddesi, Medeni Kanun'da öngörülmüş zilyedliğin devri şartına (Medeni Kanun m. 939) Medeni Kanun m. 940'dan sonra getirilmiş ikinci ve son istisnadır. Ancak, Medeni Kanun m. 940'dan farklı olarak rehinli tahvilde, rehin hakkının doğabilmesi için herhangi bir sicile tescil yapılmasına da gerek yoktur. Bu sebeple, rehinli tahvil, Medeni Kanunda düzenlenmiş olan tek teslimsiz ve sicilsiz taşınır rehni (taşınır ipoteği) türü olma özelliğine sahiptir.”

8 Doğru, H.: Menkul Kıymetleştirme ve Mortgage, s. 32.

9 Cansel, E. : Rehinli Tahvilat, Ankara 1964, s. 303.

10 Cansel, s. 303, 310.

11 Doğru, s. 32.

## II. Şekli

Çıkarılacak tahvilin taşınmaz rehniyle güvence altına alınabilmesi için öncelikle nama veya hamiline yazılı olması gereklidir. Emre yazılı olarak çıkartılacak tahvillerin taşınmaz rehni ile güvence altına alınması mümkün görünmemektedir. Çünkü, emre yazılı olarak çıkartılan tahvillerin ciro yoluyla devredilmesi halinde, cirantanın sorumluluğunun devam etmesi söz konusu olmayacaktır.<sup>12</sup>

Kanunda tahvilin sayısı veya en az hangi değerde olacağı ya da en fazla hangi miktar için çıkartılabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Çıkartılacak tahvillerin en küçük miktarının ne kadar olacağını taraflar serbestçe belirleyebilirler. Ancak bunların seri halde ihraç edilen rehin senetleri gibi aynı küpürde olup olmaması konusunda da Kanunda herhangi bir düzenleme yoktur.

## III. Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme

Rehlinli tahvil ile ilgili olarak Türk Medeni Kanunu'nun 930, 970, 971 ve 972. maddelerinde düzenleme yapılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 930. maddesinde, rehlinli tahvilin çıkarılma şekline değinilmiş, 970. maddesinde rehlinli tahvilin niteliği, 971. maddesinde şekli ve 972. maddesinde de düzenlenmesi anlatılmıştır.

### REHİNLİ TAHVİL ÇIKARILMAYÖNTEMLERİ

Türk Medeni Kanunu'nun 930. maddesine göre; “Nama veya hamile yazılı tahviller, aşağıdaki hallerde taşınmaz rehniyle güvence altına alınabilir:

1. Ödücün tamamı için ipotek veya ipotekli borç senedi yoluyla rehin kurulması ve alacaklılar ile borçlu için ortak bir temsilcinin atanması,
2. Tahvil çıkarmayı üzerine alan kurum yararına ödücün tamamı için taşınmaz rehni kurulması ve bu rehlinli alacağın da tahvil alacaklıları yararına rehin edilmesi.”denilmekte ancak 'nama veya hamile yazılı tahviller 'denilmesine rağmen tahvilin ne olduğuna açıklık getirmemektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nda ise tahvil, ' Anonim şirketlerin ödünç para bulmak için itibari kıymetleri eşit ve ibareleri aynı olmak üzere çıkardıkları borç senetlerine tahvil denir' şeklinde açıklamaktadır.

“Ticaret Kanunu'nun verdiği tarifte belirtilmiş değilse de, tahviller kıymetli evraktır. Bu itibarla ayrıca Ticaret Kanunu'nun kıymetli evraka müteallik umumi hükümleri (557 - 565) dikkate alınmalıdır.”<sup>13</sup>

12 Ergüne, M. S. : Hukukumuzda Taşınır Rehninin Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002, s. 57.

13 Davran, B. : Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 69.

Çıkartılacak rehinli tahvillerin taşınmaz rehni ile güvence altına alınması iki şekilde mümkün olmaktadır. Birincisi, tahviller için bir tek taşınmaz rehni kurularak ortak temsilci atanması, diğer yol ise taşınmaz rehninin tahvil çıkartacak kurum yararına kurulması ve bu rehinli alacağın tahvil alacaklıları yararına rehin edilmesidir.

### **I. Tahvil Alacaklıları Yararına Taşınmaz Rehni Oluşturulması**

Tahvil alacaklıları yararına taşınmaz rehni oluşturularak ortak temsilci atanması yolu ile çıkartılacak tahvillerde ödücün tamamı için bir tek ipotek ya da ipotekli borç senedi kurulması gerekir.

“Tahvilleri çıkaran bankaların alacaklılara karşı borç yüklenmediği faraziye, Medeni Kanunun 930/I maddesi uyarınca, tahvil borcunu yüklenen, krediyi sağlayan teşebbüs tahvilleri ihraç eder. Bu şekilde tahvil borçlusunun doğrudan doğruya işletme sahibi olduğu durumlarda, kanun alacaklıları ve borçluyu temsil etmek üzere bir temsilcinin atanmasını zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda, aracı bankanın güvenilir kişi olarak belirlenmesi gereklidir. Aracı banka, ipotek belgesini veya ipotekli borç senedini alacaklılar adına muhafaza eder. Rehin sözleşmesinin de alacaklıları temsilen aracı banka ile taşınmaz maliki arasında yapılması gerekir. Bu sözleşmede alacaklı olarak senetler üzerinde hak sahibi olacaklar belirtilir; bunların isimlerinin sözleşmeye yazılması zorunlu değildir. Senetler nama yazılı ise, alacaklıların adı da sözleşmeye yazılabilir. Hamile veya emre yazılı tahvillerde senetleri ihraç edenin alacaklı olarak gösterilmesi mümkündür.”<sup>14</sup>

Rehin ile ilgili bilgiler tapu kütüğünde tek bir tescille kayıt edilir. Her senedin ayrı ayrı belirtilmesi zorunluluğu yoktur. Tescilde, borcun tutarı ile birlikte senetlerin sayısı da gösterilir. Alacaklılar sütununda tahvillerin emre veya hamile yazılı oldukları belirtilir. Bununla birlikte, rehin haklarına ilişkin düşünceler sütununda, tahvillerin adet ve niteliği, temsilci atanan hallerde de temsilci ile ilgili bilgiler belirtilir.

Tahvillerin tamamı, borçlu ile rehin edilen taşınmaz maliki tarafından imza edilir. İhraç edilen tahvillerde ayrıca, ödücün koşulları ve temsil görevini yerine getiren aracı ihraç kurumunun kimlik bilgileri de belirtilir.

“Tahviller rehin senedi olmadığından, rehnin kurulmasındaki resmi şekle tabi değildir. Tahvil, alacaklının tüm alacak için kurulmuş olan taşınmaz rehnine katılmasını sağlar.”<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Altay./Eskiocak, s. 312.

<sup>15</sup> Altay./Eskiocak, s. 312.

İpotek kurulması durumunda çıkartılacak tahvil miktarı ile ilgili herhangi bir sınırlama söz konusu olmadığından, ödünç miktarını ipotek kurulacak taşınmazın değeri ile sınırlamak mümkün değildir. Bu nedenle tahvil alacaklısının tahvilin güvencesi konumundaki taşınmazın değerini araştırması zorunluluğu doğmaktadır.

Tahvillerin güvencesi olarak kurulacak taşınmaz rehninin ipotekli borç senedi olması durumunda, taşınmaza Türk Medeni Kanunu m. 899'a göre Tapu İdaresince resmen değer biçileceğinden, taşınmazın resmi değerinden fazla tahvil çıkartılması söz konusu olmayacaktır.

Atanacak ortak temsilci ile ilgili Kanunda bir açıklık olmadığından, ipotekli borç senedi ve irat senedi ile ilgili 915. maddede yapılan düzenleme aynen uygulanabilecektir.

## **II. Taşınmaz Rehninin Aracı Banka Yararına Oluşturulması**

Kurum yararına taşınmaz rehni kurularak taşınmaz rehninin tahvil alacaklıları lehine rehin edilmesi durumunda ise, kurulacak taşınmaz rehni ipotek, ipotekli borç senedi ya da irat senedi olabilecektir. Burada, ödücün tamamı için taşınmaz rehni kurulmaktadır.

Aracı banka, tahvil sahiplerine karşı doğrudan doğruya borçlu konumundadır. Alacaklılar karşısına borçlu olarak tahvilleri ihraç eden aracı banka çıkmakta ve kredi borçlusu işletme tahvilleri ihraç eden bankaya karşı bankanın çıkardığı tahvil tutarında borçlanarak bu tutar üzerinden banka lehine taşınmazı üzerine ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi aracılığıyla rehin koydurmaktadır.

“Tahvil alacaklıları lehine, alacak rehnine ilişkin işlemler uyarınca rehin hakkı kurulabilmesi için tahvili çıkaran bankanın dışında başka bir kredi kurumunun temsilci sıfatıyla sistem içine girmesi gerekmekte ve tahvil sahipleri lehine oluşturulacak rehine ilişkin işlemleri onlara izafeten temsilcinin yapması söz konusu olmaktadır. Böylece, tahvil ihraç eden banka rehin senetlerini temsilciye teslim edecek ve senetler bu kurum tarafından muhafaza edilecektir.”<sup>16</sup>

Tahvil çıkartacak kurum yararına borcun tamamı için bir taşınmaz rehni kurulacaksa, ödücün tamamı için rehin kurulması ve ortak temsilci atanarak tahvil çıkartılması yolundan farklı olarak, irat senedi yoluyla da rehin kurulabilecektir.

Türk parası dışında da rehinli tahvil çıkarılması mümkün olup, yabancı

16 Altay/Eskiocak, s. 313.

para ile verilen kredileri güvence altına alabilmek için yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilir.

“Kredi kuruluşlarının yurt içinde ve yurt dışında faaliyette bulunması arasında fark bulunmamaktadır. Yabancı para üzerinden güvence altına alınacak döviz kredilerinin nakdi -gayri nakdi (teminat mektubu), vadeli-vadesiz, ihracat-ithalat kredisi olması arasında her hangi bir fark gözetilmemiştir.”<sup>17</sup> Ancak bu durumda, rehinli tahvil üzerindeki para birimi ile taşınmaz üzerine konulan rehinin de aynı para birimi üzerinden olması zorunluluğu vardır.

## **REHİNLİ TAHVİLLERİN ÖDENMESİ ve REHNİN SONA ERMESİ**

“Rehinli tahvilat karşılığında alınan krediler, belirli bir sürede ve öngörülen ödeme planına göre ödenirler. Dolayısıyla alacaklılar rehinli tahvilatın (ödeme planı dışında) ödenmesini isteyemezler.”<sup>18</sup>

### **I. Rehlinli Tahvillerde Vade**

“Hem kredi arayana uzun vade ile ve cüzi bir faiz mukabilinde kredi temin edecek, hem de kredi verenin yatırdığı sermayeyi dilediği zaman geri almasını temin edecek bir iktisadi ve hukuki vasıta olarak rehinli tahvilat ortaya çıkmıştır.”<sup>19</sup>

Kredi kurumları kredi verebilmek için gerekli parayı rehinli tahvil ihraç ederek sağlarlar. Elde edilen para kredi kurumunun kendisine ait olmayan, kendi sermayesinde olmayan bir paradır. Bu parayı da, kredi isteyen kişilere uzun vade ile ve taşınmaz rehni karşılığı kredi olarak verirler.

Kredi veren kurumlar, verdikleri krediyi en geç rehinli tahvil ihraç ederek topladığı parayı rehinli tahvil sahiplerine ödeyecekleri tarihten önce tahsil etmek zorundadır. Kredi alanın iade borcu, tahvil sahibinin beklemeye zorunlu olduğu vade sonunda ifa edilmiş olmalıdır.

“Mesela Fransa'da Credie Foncier 75 yıla kadar kredi açıyor. İsviçre kredi müesseseleri de asgari 15, azami 40 yıla kadar kredi veriyor.”<sup>20</sup>

İpotekli borç senedi ve irat senedi için vade kural olarak senette yazılıdır.

Medeni Kanunun 900. maddesi gereğince, alacak aksi kararlaştırılmış olmadıkça, faizlerin ödenmesi gerekli olan tarihte, bu tarihten en az altı ay önce alacaklı veya borçlu tarafından diğer tarafa yapılacak bildirim ile muaccel olur.

17 Şener, Y. S. : Türk Hukuku'nda İpotek ve Uygulaması, İstanbul 2006, s. 69.

18 Ögütçü, A. T. /Doğrusöz, M. E. : Rehin Hukuku, 1982, s. 99.

19 Cansel, s. 301.

20 Cansel, s. 301.



Bu maddeye göre, altı ay sonrası için vade (ödeme tarihi) belirlenebilir.

Medeni Kanunun 906. maddesi gereğince de, irat senedi ile yüklü olan taşınmazın maliki, sözleşmeyle daha uzun bir bildirim süresi kabul edilmiş olsa bile, her altı yıllık dönemin sonu için bir yıl önce bildirmek ve bedelini ödemek koşuluyla taşınmazın yükten kurtarılmasını isteyebilir.

Kanunda öngörülen haller dışında alacaklı, ancak her on yıllık dönemin sonu için bir yıl önce bildirmek suretiyle borcun ödenmesini isteyebilir.

## **II. Rehinli Tahvillerin Ödenmesi**

Medeni Kanun 936/1'e göre; 'Senetlerin geri ödenmesi, çıkarma sırasında yapılan veya o sırada verilen yetkiye dayanarak aracı kurumun düzenleyeceği plana göre gerçekleştirilir. Sırası gelen senedin karşılığı alacaklıya ödenmekle senedin hükmü kalmaz.'

Ödemenin rehin senedinin gerçek hamiline yapılması gerekir.(MK. m. 917) Senet hamile yazılı ise, senedin zilyedi; nama yazılı ise, düzenli temliklerle kendisine intikal etmiş olan senet zilyedi; emre yazılı ise, düzenli cirolarla senedi iktisap etmiş olan hamil senedin ödeneceği alacaklıdır. (TTK. M.559)

Borçluya senedin devredildiği bildirilmese dahi, senedin hamili olan alacaklı ödeme talebinde bulunabilir. Devir borçluya bildirilmemişse, senet hamile yazılı olsa dahi, borçlu yıllık edimleri ve kuponsuz faizleri önceki alacaklıya ödeyebilir. Ancak, yıllık edimler ve faiz kupona bağlanmış ise, bu ödemeler ancak kupon karşılığı kuponu ibraz edene yapılabilir.

Rehin senedinden aksi anlaşılmadıkça, senet hamile yazılı olsa bile borçlu bütün ödemelerini alacaklının yerleşim yerinde yapmak zorundadır. (MK. m.916/1). Bu hükme göre, ipotekli borç senedi ve irat senedine bağlı borç götürülecek borçtur. Ancak taraflar dilerse başka bir ödeme yeri belirleyebilirler.

Alacaklının yerleşim yeri belli değilse ya da borçlunun zararına değiştirilmişse, borçlu borcunu kendi yerleşim yerindeki veya alacaklının eski yerleşim yerindeki hakimın belirleyeceği yere tevdi ederek borcundan kurtulabilir.

Senedin faiz kuponları varsa, faiz ödemeleri kuponları ibraz edene yapılır. Şu kadar ki, kupona bağlı olmayan faiz ve yıllık edimler, senet hamil yazılı olsa bile eski alacaklıya ödenebilir.

## **III. Rehnin Kaldırılması**

Medeni Kanun m. 936/2'ye göre; 'Aksi kararlaştırılmadıkça tescilin terkinin, ancak borçlunun tescilde belirtilen yükümlülüklerini tamamen yerine getirmiş ve senetlerin bütün kuponları ile birlikte geri verilmiş olmasına veya

geri verilmemiş kuponlar varsa bunları karşılayacak miktarın hakimın belirleyeceği yere tevdi edilmesine bağlıdır.’

Aksine bir anlaşma yoksa yapılacak kısmi ödemelerle terkin yapılamaz. Tapu sicilindeki borç azaltılamaz, ancak tüm senetler ödendiğinde tapu sicilindeki kayıt terkin edilebilir. Burada birçok senet için tek bir borç olduğundan, tüm senetlerin ödenmesi gerekmektedir.

Borçlu, belirli zamanlarda faizle birlikte anaparanın bir kısmını da ödemeyi üstlenebilir. Taksit olarak her yıl ödenecek paranın, senetlerin belli bir bölümünü karşılaması zorunludur.

Rehnin sona ermesi kural olarak terkin ile olur. Senet bir kıymetli evrak olduğundan, senet ödenirse, alacaklı senedi iptal etmeden borçluya teslim eder. Senet borçlusu elinde bulundurduğu senedi tapu müdürüne teslim ederek hem senedin iptalini hem de rehnin terkinini istemelidir.

#### **D. Rehinli Tahvil ile ilgili Uygulama**

Medeni Kanunda düzenlenmiş olmasına rağmen rehinli tahvil ile ilgili herhangi bir uygulama bulunmamaktadır.

Yukarıda da sözünü ettiğimiz gibi, kurum yararına taşınmaz rehni kurularak taşınmaz rehнинin tahvil alacaklıları lehine rehin edilmesi durumunda kurulacak taşınmaz rehni türlerinden ipotekli borç senedi ya da irat senedi rehinli tahvilin çıkarılması sırasında uygulanabilmektedir. Ancak, ipotekli borç senedi ya da irat senedi ile ilgili MK.da düzenleme yapılmasına rağmen, ipotekli borç senedi ve irat senedi ile ilgili uygulamaya asıl işlevsellik kazandırması beklenen 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda 'Kurulca belirlenir' denilmesine rağmen bu güne kadar Kurul tarafından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum da, ipotekli borç senedi ve irat senedi ile ilgili uygulamayı imkansız kılmaktadır.

#### **SONUÇ**

İsviçre Medeni Kanunu'nun 884 886. maddeleri arasında düzenlenen rehinli tahvil Türk Medeni Kanunu'nun 970 972. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İsviçre'de 25.06.1930 tarihinde çıkartılan 'Rehinli Tahvil Çıkarılması Hakkındaki Federal Kanun' ile birlikte İsviçre Medeni Kanunu'ndaki düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

2007 yılında yürürlüğe giren 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 8. maddesi ile 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 13/A maddesi değiştirilmiş ve bu madde ile aslında uygulaması olmayan rehinli tahvil ile aynı nitelikte bir uygulama getirilmiştir. Aslında rehinli tahvili düzenleyen maddeler var iken

aynı konuda başka bir kanun ile aynı amaca yönelik olarak düzenleme yapılması gereksizdir. Çünkü, rehinli tahvil ile ilgili hükümler, gerekli ek düzenlemeler de yapıldığında konut finansmanı sistemindeki (Mortgage) ipotek teminatlı menkul kıymetler ile ilgili ihtiyacı karşılayacak hale gelecektir. Ancak ne yazık ki, bu madde de gerekli ek düzenlemeler yapılmadığından rehinli tahvil gibi uygulaması olmayan ölü hüküm olarak kalmıştır.

Medeni Kanun'da 'Tahvil çıkaracaklar ile tahvil çıkarmaya ilişkin koşullar ve çıkarma izni vermeye yetkili makam özel kanunla belirlenir' denilmesine rağmen, bugüne kadar böyle bir kanun da çıkarılmamıştır.

Ülkemizde rehinli tahviller ile ilgili uygulamanın başlayabilmesi ve başarılı olabilmesi için, öncelikle çıkarılacak rehinli tahvillerin geniş halk kitlesi tarafından kabul edilerek satın alınması gerekmektedir. Rehlinli tahvillerin yatırım sahipleri tarafından satın alınması ancak tahvil ihraç edecek kuruma güven duyulması sonucu olabilir. Bu güven de ülkedeki para değerinde istikrar bulunmasına, ekonominin sağlıklı bir büyüme içerisinde ve sağlam olmasına bağlıdır. Ayrıca, alınacak tahvillerin kolay paraya çevrilmesi ve yatırım sahipleri için cazip bir getirisinin olması tahvile olan talebi arttırabilecektir.

Kabul edildiği tarihten bu güne kadar değişikliğe uğrayan Medeni Kanunumuz kabul edildiği günde dahi uygulaması olmayan birçok maddeyi her defasında aynen alarak bugüne kadar getirmiştir. Halen hiçbir uygulaması olmayan ölü hüküm niteliğindeki maddeler, kanun çalışmaları sırasında hiçbir ayıklamaya tabi tutulmamış, sanki uygulaması varmış gibi her defasında yeni kanuna aktarılmıştır. Bu durum da, kanun çalışmalarının ülkemizde ne kadar ciddiye alındığının açık göstergesidir.

#### **KAYNAKLAR :**

ALTAY, S./ ESKİOCAK, A. : Türk Medeni Kanunu'nda Taşınmaz Rehni, İpotek, İpotekli Borç Senedi, İrat Senedi, İstanbul 2007.

CANSEL, Erol : Rehlinli Tahvilat, Ankara 1964.

DAVRAN, Bülent : Rehlin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.

DOĞRU, H. : Menkul Kıymetleştirme ve Mortgage, İstanbul 2007.

ERGÜNE, M. Serkan : Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002.

KARAHACIOĞLU, A.H./ DOĞRUSÖZ, M.E./ ALTIN, M.: Türk Hukukunda Rehlin, Ankara 1996.

KOÇAK, Duygu : Mortgage, İstanbul 2007.

ÖĞÜTÇÜ, A.Tahir/ DOĞRUSÖZ, M.E. : Rehlin Hukuku, 1982.

SONER, H.Ç. : Borç Senedi ve İrad Senedi, Ankara 2004.

ŞENER, Y.Selim : Türk Hukuk'unda İpotek ve Uygulaması, İstanbul 2006.

---

# İDARİ DENETİM ALTINDA BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER: RTÜK ÖRNEĞİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ\*

---

ÖĞR. GÖR. DR. ESER UŞ\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi



## GİRİŞ

17 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe giren 649 sayılı Kanun Hükmünde Kararname<sup>1</sup> m. 45 ile “*Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.*” hükmü getirilmiştir. Bu nedenle, merkezi idarenin hiyerarşi ve vesayetinden muaf olan Bağımsız İdari Otoritelerin “bağımsızlık” niteliklerini gözden geçirme zorunluluğu doğmuş bulunmaktadır.

Bu kuruluşların Türk hukuk sistemine girmelerinden itibaren tartışma konusu olmuş “bağımsızlık”ları ve bu özellikleri ile Türk idari teşkilatı içinde bunlara bulunmaya çalışılan yer sorunu 649 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (KHK) söz konusu hükmü ile çözüme ulaşmış görünmektedir. Varlık nedenleri rekabete açılan sektörlerde siyasi iktidardan bağımsız olarak, tarafsız karar alarak piyasa denetimi yapmak olan Bağımsız İdari Otoritelerin ilgili düzenlemeden nasıl etkilendikleri ve/veya etkilenebilecekleri Radyo Televizyon Üst Kurulu RTÜK) örneğinde çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

1 RG, 17 Ağustos 2011, S. 28028.

Tercihin bu kurum üzerinde yoğunlaşmasının ilk nedeni, RTÜK'ün Türkiye'deki diğer BİO'lardan farklı olarak piyasa ekonomisinin düzenlenmesinden ziyade, birden çok temel hak ve özgürlüğün söz konusu olduğu kitle iletişim alanında faaliyet göstermekte olmasındandır. Özel radyo televizyon işletmeleri, siyasi iktidar ve alanın pasif ve en fazla korunmaya ihtiyaç duyan süjesi halk arasında bir perde görevi görerek, temel hak ve özgürlüklerin hukuka uygun kullanılmasını ve çoğulculuğun sağlanmasını gözetirken bir yandan da ifade özgürlüğünü ve vatandaşların haber alma hakkını sağlamak durumundadır. Bütün bu işlevi yerine getirirken bir yandan da yasama yürütme ve yargı yanında “dördüncü kuvvet” sayılan medyanın en fazla kitleye ulaşan radyo-televizyon alanında siyasi iktidarın olumsuz etkilerinden bağımsık bir şekilde faaliyet yürütmesi gerekmektedir. Bu nedenle, diğerlerine göre çok daha hassas bir konumda bulunan RTÜK'ün gerek siyasi iktidar, gerekse sermayeyi temsil eden radyo televizyon işletmeleri karşısında objektif ve tarafsız karar alabilme mekanizmalarının bulunması elzemdir.

RTÜK tercihinin ikinci nedeni ise 15.2.2011 tarihli 6112 sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesi ile RTÜK'ün görsel-ışitsel iletişim özgürlüğü alanına yaptığı müdahaleleri 649 sayılı KHK ile getirilen idari denetim ışığında değerlendirmektir. Söz konusu değişikliklerden sonra, RTÜK'ün tarafsızlık ve objektif karar alabilme yetkisi ve dolayısıyla ifade özgürlüğü üzerindeki etkilerinin neler olabileceği çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle bunca zaman tartışmalara zemin olmuş BİO'ların “bağımsızlık” özellikleri incelenecektir. Daha sonra ise, 649 sayılı KHK ile getirilen idari denetimin hukuki niteliği ve kapsamının neler olabileceği üzerinde durulup, bunların RTÜK'ün tarafsızlığı ve temel hak ve özgürlükler açısından sonuçları değerlendirilecektir.

## **I. “BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE” (BİO) KAVRAMI VE TÜRK İDARİ TEŞKİLATI İÇİNDEKİ YERİ**

### **A. “Bağımsız İdari Otorite” Kavramı**

İlk olarak serbest piyasa ekonomisini benimsemiş ABD'de ortaya çıkan kurumlar, 1929 ekonomik krizinde piyasanın “regülasyon”u (düzenleme ve denetleme)<sup>2</sup> amacıyla bir yöntem olarak seçilmiştir.<sup>3</sup> Buna karşın, Avrupa

2 Belirli bir alanda ya da faaliyette “oyunun kurallarının” belirlenmesi ve bu kurallara uyulup uyulmadığının denetlenmesi olarak tanımlanan regülasyon, düzenleme ve denetleme faaliyetini ifade etmektedir. ULUSOY, Ali, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme” in **Günışığında Yönetim**, İlhan ÖZAY, Filiz, İstanbul, 2004, s.140.

3 KARACAN, Ali İhsan, “Özerk Kurumların Özerkliği”, **Rekabet Dergisi**, 2002, S.8, s.4.

Birliği tarafından 1980'li yıllardan itibaren tercih edilmeye başlanan Kurumlar, siyasi iktidar ve ekonomik güç odaklarından “bağımsız” olarak, gelişen teknoloji ve medya araçları karşısında temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla ekonomik düzenleme rolü üstlenmişlerdir. Diğer bir ifadeyle, klasik olarak devlet müdahalesinin bulunduğu alanlarda farklı bir müdahale biçimi olarak Avrupa Birliği tarafından üye devletlere empoze edilmişlerdir.<sup>4</sup>

Avrupa Birliği, ABD'de ortaya çıkan ve varlık nedenini piyasa mekanizmasının başarısızlığında bulan<sup>5</sup> “regülasyon” kurumunu uygulamaya koyarken en çok piyasadaki işletme ile düzenleyicinin birbirinden ayrılmasına önem vermiştir.<sup>6</sup> Topluluk anlayışına göre “devlet aynı anda hem oyuncu hem hakem olamaz”<sup>7</sup> ve ona düşen görev sadece düzenleyicilikten ibarettir. Bu noktada idareye verilen görev düzenleme ve denetleme fonksiyonudur. Kamu hizmetini işleten ile bu hizmeti işletecek olanı belirleyen, onu denetleyen bilinen vasıtasıyla, aksaklık halinde sorumlu bulunabilecek, böylece kamu hizmetlerinde açıklık ilkesi de gerçekleştirilebilir.<sup>8</sup> Bu mantık düzenleyicinin bağımsız olması gerektiği sonucuna varmış ve bu işlevi yürüten kurumlar “bağımsız düzenleyici kurullar” veya “regülasyon kurumları” ya da “bağımsız idari otoriteler”<sup>9</sup> olarak adlandırılmıştır.

Burada bağımsızlıktan anlaşılması gereken yürütme organı karşısındaki bağımsızlıktır.<sup>10</sup> Zira politik iktisat alanında yapılan bilimsel araştırmaların sonucuna göre politika olgusu da, toplumsal yaşamdaki her kurum gibi ekonomik bir anlam taşımaktadır ve dolayısıyla politikacılar da ekonomik aktörlerdendir. Bu nedenle, her ekonomik aktör gibi kar maksimizasyonu ve rant kollama amacıyla hareket edeceklerdir.<sup>11</sup> Sermaye piyasası, radyo televizyon yayıncılığı, rekabet, bankacılık gibi “toplumsal yaşamın hassas alanları”nda<sup>12</sup> faaliyet gösteren Kurumlardan beklenen, uzmanlık gereken

4 MORANGE, Jean, “Le principe d'impartialité et les autorités de régulation”, **RFDA**, mai-juin 2000, s.580-581.

5 PAŞAOĞLU, Ömür, **Doğal Tekellerde Regülasyon ve Rekabet**, Rekabet Kurumu Yay. Lisansüstü Tezler Serisi No:14, Ankara, 2003, s.14-15.

6 İbid, s.148.

7 DUBOIS, Louis, “Le service public et la construction communautaire”, **RFDA**, 11(2) mars-avril 1995, s.294.

8 VOISSET, Michèle, “Le service public autrement. De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux”, **RFDA**, No: 11(2), mars-avril 1995, s.314.

9 TAN'a göre, “bağımsız idari otorite” kavramı, kurumların yürütme organı karşısında “bağımsız”, kamu tüzel kişilikleri olsun olmasın “idari” ve danışma organı olmayıp düzenleyici ve icrai karar aldıklarından “otorite” olduklarını göstermektedir. s.375.

10 KARAHANOGULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti**, Turhan, Ankara, 2002 s.148.

11 AKTAN, Coşkun Can, 'dan aktaran ULUSOY, Ali, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme” in **Günışığında Yönetim**, İlhan ÖZAY (Ed.), Filiz, İstanbul, 2004, s.140.

12 CHAPUS, René, **Droit administratif général**, Montchrestien, Paris, 2001, s.219



ilgili alanlarda siyasi beklenti ve çıkarlardan soyutlanmış olarak tarafsız ve objektif bir şekilde karar alabilmeleridir. Özellikle ülkemizde siyaset ve siyasetçinin egemenliğin gerçek sahibi olan halkın gözünde güven problemi ile karşı karşıya olması ve bu kanaatlerin toplumda yaygınlaşması BİO'ların toplumsal meşruiyetlerine de zemin hazırlamaktadır.<sup>13</sup>

### B. “Bağımsızlık” Niteliği ve BİO'lar Üzerinde İdari Denetim

Kıta Avrupası ve özellikle Fransız ve Türk idare hukukçuları tarafından BİO'ların “bağımsızlık” niteliğine dikkatli yaklaşılmıştır. Klasik idari teşkilat oluşumunda merkezden yönetim ve idari denetim altındaki yerinden yönetim kuruluşlarından oluşan ikili sistemi baz alan Fransa'da “bağımsızlık” yerine “özerklik” kelimesinin kullanılması önerilmiştir.<sup>14</sup> Zira bu teşkilat yapısı ve kurumların kanunlarında merkezi idareye tanınmış yetkilerle üzerlerinde vesayet denetiminin bulunmadığını söylemenin doğru olmayacağı belirtilmiştir.<sup>15</sup> Tartışmanın karşı tarafı ise, bu kurumların siyasi iktidarın olumsuz etkilerinden bağımsık bir şekilde görevlerini ifa edebilmeleri amacıyla “bağımsızlık” niteliklerinin tanınması gerektiğini, anglo-sakson hukuk sisteminden ithal edilmiş kurumların klasik devlet teşkilatı içindeki yerlerinin “*sui generis*” nitelikte olduğunu savunmuşlardır.<sup>16</sup>

Aynı tartışmalar Fransız idare hukukundan esinlenmiş Türk idare hukukunda da yaşanmıştır. Anayasa m.123 hükmüne göre merkezi idare ve yerinden yönetim arasındaki birliği sağlayan idarenin bütünlüğü ilkesine göre şekillendirilmiş Türk idari teşkilatı içinde, bu kurumların üçüncü bir kategori oluşturması anayasaya aykırı olarak değerlendirilmiştir.<sup>17</sup> Bu görüşlerin nedeni “bağımsızlık” nitelikleri nedeniyle bu kurumların vesayet denetimine tabi olmamalarıdır. Ancak, bu kurumların kuruluş kanunlarında ilişkilendirildikleri bakanlıkla aralarındaki ilişkinin pekâlâ bir vesayet ilişkisi olduğu ve vesayet denetimi altında bulunmalarının bağımsızlıklarını tek başına tehlikeye düşüremeyeceği de savunulmuştur. Buna göre, kurum üyelerine tanınan bağımsızlıklar ile güvenceler ve merkezi idarenin hiyerarşik denetiminden bağımsık olmaları bağımsızlıklarını garantileyebilecektir.<sup>18</sup>

13 ASLAN, Nagehan TALAT, “Yönetimin Yeni Yapı Taşları Bağımsız İdari Otoriteler: 'Yavru Leviathanlara Doğru'”, *Sosyal Siyaset Konferansları*, s.59, 2010/2, s.43.

14 SABOURIN, Paul, “*Les autorités administratives indépendantes dans l'Etat*”, in *Les autorités administratives indépendantes*, C.-A. Colliard&G. Timsit, PUF, Paris, 1988, s.277-292.

15 SABOURIN, “*Les autorités administratives indépendantes*”, *AJDA*, 20 mai 1983, s.275.

16 AUTIN, Jean Louis, *Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: Une autre mode de régulation*”, *RDP*, No.5, 1988, s.1217.

17 GİRİTLİ-BİLGİN-AKGÜNER, *İdare Hukuku*, Der Yay., İstanbul, 2006, s.384; GÜNDAY, s.343-347.

18 GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku C.I*, Ekin, Bursa, 2003, s. 489-491.

Diğer taraftan başka bir görüşe göre, bu kurumların bağımsızlığı üzerlerinde tipik bir vesayet yetkisi bulunmasa dahi, idarenin bütünlüğü ilkesiyle çelişmeyecektir. Nitekim yasakoyucu kurumların her birinin merkezi idare ile “ilişkili” bakanlığını göstererek idarenin bütünlüğü ilkesini sağlamış bulunmaktadır.<sup>19</sup> Bununla birlikte, söz konusu “ilişki”nin vesayet denetimi olarak nitelendirilemeyeceği de belirtilmiştir.<sup>20</sup> Nitekim Türk idari teşkilatında “bağlı” ve “ilgili” kuruluşlar bulunup,<sup>21</sup> ilişkili kuruluşların da “ilgili” kuruluş olarak kabul edilmesi ve üzerlerinde vesayet denetimi bulunduğu yönündeki tartışmalara da Danıştay’ın T.C. Merkez Bankası hakkında verdiği karar noktayı koymuştur. Buna göre Danıştay, T.C. Merkez Bankasının “bağımsız idari otoriteler” gibi *sui generis* nitelikte olup, Başbakanlığın ilgili kuruluşu sayılamayacağını, ancak “ilişkili” kuruluş olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>22</sup>

İlişkili kuruluş kavramının bu kurumların merkezi idare ile ilişkilendirilmeleri ve fakat bağlı ya da ilgili kuruluş da olmamaları için bulunmuş pratik bir formül olarak nitelenmesi<sup>23</sup> de yanlış olmayacaktır. Söz konusu “ilişki”nin ise, yasada açık olarak belirtilen haller dışında organların görevden alınması ve işlemlerinin geçerliliğini etkileme konusunda merkezi idareye bir yetki tanınmadığı için BİO’ların işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi açısından yargıyı harekete geçirme olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu durumda idari yargı mercileri ilişkili bakanın açtığı iptal davalarında “menfaat ihlali” koşulu bulunup bulunmadığını değerlendirmemelidir.<sup>24</sup>

Anayasa Mahkemesi, 4743 sayılı Kanun ile RTÜK’ün mali denetiminin Sayıştay’ın mali denetimi dışında bırakılması hakkındaki düzenlemeyi bu kurumlara “görevlerini kamu yararının gerektirdiği en iyi biçimde gerçekleştirmelerini sağlamak amacıyla idari ve mali yönden özerklik verilmesi(nin) TBMM denetimi dışında kalmalarını gerektirmeyeceği” gerekçesiyle verdiği iptal kararında bir yandan da BİO’ların özerkliğinin altını

19 ULUSOY, “Bağımsız İdari Kurumlar”, **DD**, S.100, 1999, s.11 vd.

20 ULUSOY, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Ankara Barosu Dergisi**, No.5,2000, s.43.

21 GÖZÜBÜYÜK/TAN, **İdare Hukuku C.I**, Turhan, Ankara, 2010, s.377.

22 Danıştay İDDK, 10.03.2005, E.2005/74, K.2005/68. Her ne kadar Danıştay’ın kararında “ilişkili kuruluş” ifadesi “ilgili kuruluş”a göre daha zayıf bir bağ göstermek için kullanılmışsa da, bu ifadenin BİO’ların diğer bürokratik kurumlara bağlılığını ifade ettiği için özerklik konusunda üstü örtülü bir gerileme olduğu ifade edilmiştir. Bkz. KARACAN, s.35. Ayrıca KARACAN, BİO’ların ayrı ayrı bakanlıklarla ilişkilendirilmelerinin de yanlış olup, bu kurumların hepsinin ve doğrudan “Başbakan (Başbakanlık değil)” ile ilişkilendirilmeleri gerektiğini savunmaktadır.

23 TAN, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.35/2, Haziran 2002, s.17.

24 ULUSOY, s.143.

çizmiştir. Buna göre, “...bunların idari ve mali özerklikleri konusunda anayasal bir zorunluluk olmamasına karşın, yasakoyucunun öngördüğü özerkliğin yürütme organınca oluşturulacak bir komisyon tarafından yapılacak denetimle sağlanamayacağı da kuşkusuzdur.”<sup>25</sup> Bu noktada Anayasa Mahkemesinin BİO'ların yürütme organının denetimine bırakılmasının özerklikleri açısından bir sınırlama oluşturacağı yorumu yapmakta olduğu görülmektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesinin her ne kadar RTÜK hakkında verdiği karar ile BİO'lar üzerinde vesayet yetkisini tanısa da, bunun tipik bir vesayet denetimi olmadığına işaret ettiğini söylemek de yanlış olmayacaktır.<sup>26</sup>

Bununla birlikte 6223 sayılı kanun ile Bakanlar Kuruluna verilen KHK çıkarma yetkisi dolayısıyla getirilen değişiklikler tüm bu tartışmalara son vermiştir. Şöyle ki, 17 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe giren 649 sayılı Kanun Hükmünde Kararname<sup>27</sup> m. 45 ile getirilen “*Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.*” hükmü ile düzenleyici denetleyici kuruluşların üzerinde bir idari denetim mekanizması oluşturulmuştur. Buna göre, Kurum üzerindeki denetimler sadece Sayıştay tarafından yapılan mali ve idari yargı tarafından gerçekleştirilen yargısal denetimle sınırlı kalmayıp, idari denetimi de içerir duruma gelmiştir.

Türk hukuk sisteminde BİO'ların her birinin kamu tüzel kişisi olarak kurulduğu dikkate alınarak söz konusu “idari denetim”in vesayet denetiminden başka bir şey olamayacağı da açıktır. Bu düzenlemenin “anormal” olmadığı, BİO'lara verilen “*görevi hakkıyla yerine getirilebilmesi için*” bunlar üzerinde bir devletin kendisine bir vesayet yetkisi tanımamış olması, daha sonra tanımayacağı anlamına gelmediği GÖZLER tarafından belirtilmiştir. Buna göre 649 sayılı KHK'den önce de,

“*Tabir caizse, devlet ile bağımsız idari otoriteler arasında bir “vesayet durumu” vardır; ancak bu, içi boş bir durumdur; içi yetkilerle donatılmamıştır; ama bir gün donatılabilir de.*”<sup>28</sup>

25 Anayasa Mahkemesi, 25.6.2002, E.2002/31, K.2002/58, RG.14.3.2006, S.26108.

26 Nitekim Metin GÜNDAY'a göre, kamu tüzel kişiliğini haiz ve kamu kurumu olan BİO'lar hizmet yerinden yönetim kuruluşu dışında bir şey değildirler. Bunların diğer kamu kurumların tek farkı, kendilerine tanınan özerkliğin diğerlerine tanınanlardan çok daha fazla olmasıdır. Bununla birlikte, GÜNDAY kamu hizmeti değil, kolluk faaliyeti yürüten bu kurumlar üzerinde vesayet denetimi bulunmadığını belirtmektedir. GÜNDAY, Metin, “*Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi*”, in *Rekabet Hukuku ve Yargı*, Rekabet Kurumu Yay., Ankara 1999, s.61.

27 RG, 17 Ağustos 2011, S. 28028.

28 GÖZLER, s.493.

Sonuç olarak, GÖZLER'in ifadesine göre, mevcut olan “vesayet durumu”, 649 sayılı KHK hükmüyle somutlaştırılmış ve Kurul üyelerinin atamalarında hükümetin yetkisinin yanında BİO'ların kararları üzerinde de yürütme organının denetimi ihdas edilmiştir. Bu nedenle, artık kavramlarda farklılaşmaya gidilerek bu kurumları “bağımsız idari otorite” olarak adlandırmak yerine “düzenleyici kurul” ya da “özerk kurul” olarak nitelemek hukuken daha doğru olacaktır. Öte yandan, en azından kuruluş kanunlarında yasakoyucu tarafından “bağımsız” olarak nitelenen kurumların bu bağımsızlıklarının sağlanması da mümkün olmayacaktır. Bu noktada dikkat çeken konu, BİO'ların “*görevi hakkıyla yerine getirilebilmesi için*” Yasama organı tarafından devlete tanınmayan vesayet yetkisinin şimdi konulmasının gerekçesinin<sup>29</sup> ve sonuçlarının neler olabileceğidir.

## II. GÖRSEL-İŞİTSEL ALANDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN İDARİ GÜVENCESİ OLARAK RTÜK

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun<sup>30</sup> m. 34 uyarınca radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini<sup>31</sup> düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan RTÜK idari ve mali özerkliğe sahip, tarafsız bir kamu tüzel kişisidir. RTÜK mevzuatın kendisine verdiği görev ve yetkileri m.34/2 uyarınca “kendi sorumluluğu altında ve bağımsız olarak” yerine getirecektir. Hükümetle olan ilişkileri ise Başbakan veya görevlendireceği bir bakan aracılığıyla yürütülür (m.34/4)

RTÜK “kendi sorumluluğu altında ve bağımsız olarak” radyo-televizyon alanında düzenleme ve denetleme görevini yerine getirirken, hem ikincil düzenlemeler yapabilmekte hem de bireysel nitelikte karar alabilmektedir. Aldığı kararlar ile birden çok temel hak ve özgürlüğün bulunduğu bu alanda özgürlüklerin kullanılmasının garantisi de olan RTÜK'ün anayasanın ve yasakoyucunun çizdiği sınırlar içinde kalması gerekmektedir. Bu nedenle öncelikle radyo-televizyon alanında söz konusu olan kitle iletişim özgürlüğü ve bunun meşru sınırlama nedenlerinden bahsetmek ve böylece RTÜK'ün temel hak ve özgürlükler alanındaki rolünü belirleyerek yetki alanının da sınırlarını

29 Bu konuda dönemin Başbakanı Bülent ECEVİT'in açıklaması şu şekildedir: ““Bir hata mı yaptık doğru mu yaptık, yanlış mı yaptık bilmiyorum. Ama Türkiye’de çok fazla özerk kuruluş kuruldu. İpin ucunu kaçırdık. **Devlet içinde; fakat devletten daha yetkili** bazı kuruluşlar kuruldu. Onlara söz geçiremiyoruz. Haklı olabilirler haksız olabilirler; fakat bu ciddi bir sorun. Yani devletin etkinliğini yeniden demokratik kurallar içinde işler hale getirmemiz gerektiği düşüncesindeyim”;

Zaman Gazetesi, 26.11.2001'den aktaran ASLAN, s.46.

30 RG,03.3.2011, S.27863.

31 6112 sayılı Kan. m.3/h hükmünde “İsteğe bağlı yayın hizmeti: Programların kullanıcının seçtiği bir zamanda ve münferit isteği üzerine medya hizmet sağlayıcı tarafından düzenlenmiş bir program kataloğuna bağlı olarak izlendiği veya dinlendiği yayın” olarak tanımlanmıştır.

çizmek gerekmektedir.

### A. Kitle İletişim Özgürlüğü ve İfade Özgürlüğü

Toplumsal iletişim özgürlüğü<sup>32</sup> veya haberleşme özgürlüğü<sup>33</sup> olarak da ifade edilen kitle iletişim özgürlüğü, kitle iletişim araçları vasıtasıyla duygu, düşünce ve bilgi aktarımı yapılan muhatabın kitlesel özellik gösterdiği<sup>34</sup> alanlarda söz konusudur. Radyo-televizyon, süreli-süresiz basın ve internet alanında söz konusu olan bu özgürlük, düşünce ve kanaat özgürlüğü, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğünü de içine alır niteliktedir.

Anayasa m.25'te “*Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.*

*Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.*” hükmüyle düzenlenen düşünce ve kanaat özgürlüğü, fikir ve kanaatlere yani düşünce “hammadde”sine ulaşabilme olanak ve serbestliği ile mümkün olacaktır. Haber bilgi ve belgelerine ulaşabilme olanakları, yani dolayısıyla bu bilgi ve belge kaynaklarının düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüklerinin bulunması düşünce ve kanaat özgürlüğünün ön koşulu ya da temel ögesidir.<sup>35</sup> Anayasa m.26/1'in “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.*” hükmüyle “ifade özgürlüğü” kapsamında değerlendirilen bu durum düşünce ve kanaatin oluşabilmesi için gerekli “enformasyon”un sağlanması açısından düşünce özgürlüğünün olmazsa olmazı niteliğindedir.

İfade özgürlüğü, yayma özgürlüğünü de kapsar biçimde, kişilerin haber, kanı ve bilgilere dilediği gibi ulaşabilmesini ve bunun sonucunda edindiği kanaatlerini kınanmadan, yargılanmadan açıklamasını ve yaymasını ifade eder. Kişiler gerek haber, kanı ve bilgilere ulaşmada, gerekse bunları açıklama ve yaymada bu özgürlüklerini tek başlarına kullanabilecekleri gibi, toplu olarak da kullanabilirler. Kişilerin benzerleri ile bir araya gelerek düşünce ve kanaatlerini açıklamaları toplanma ve dernek kurma özgürlüğüne; dini inançlarını açıklamaları din ve inanç özgürlüğüne; sanat araçları veya bilimsel çalışmalarıyla açıklamaları bilim ve sanat özgürlüğüne işaret eder.<sup>36</sup> Kişilerin

32 KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, Afa, İstanbul, 1998, s.283.

33 İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Beta, İstanbul, 2005, s.21.

34 YILDIZ, Sevil, **Medya Hukuku**, Nobel, Ankara, 2010, s.6.

35 KABOĞLU, s.191-192.

36 GEDİK, Ömer, **Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü**, Seçkin, Ankara, 2008, 38-39.

düşüncelerini açıklarken vasıta olarak kitle iletişim araçlarını kullanmaları halinde ise kitle iletişim özgürlüğünden bahsedilir. Bu durumda tüm bu özgürlüklerin ifade özgürlüğünden kaynaklandığını kabul etmek gerekir.

Kitle iletişim özgürlüğü, kendi içinde görsel-ışitsel özgürlükler, basın özgürlüğü ve internet özgürlüğü olmak üzere üç boyutu barındırmaktadır. Çalışmamızın konusu RTÜK'ün bu alandaki müdahaleleri olduğundan radyo-televizyon alanındaki görsel-ışitsel özgürlüklerden bahsetmekle sınırlı kalacağız.

## **B. RTÜK'ün Görsel-İşitsel İletişim Özgürlüğüne Müdahale Biçimleri**

### **1. RTÜK'ün Görsel-İşitsel Alana Girişteki Müdahalesi**

#### **a. İzin Rejimi**

Radyo ve televizyon yayınlarını kapsama alan görsel-ışitsel iletişim özgürlüğü alanında ifade özgürlüğü daha sınırlıdır. İlke olarak “bastırıcı” rejime sahip olan basın özgürlüğünden farklı olarak, radyo televizyon alanında “önleyici” rejim söz konusudur.<sup>37</sup> Önleyici rejimden anlaşılması gereken, radyo televizyon alanının izin sistemine bağlanmış olması ve bu alan için yasakoyucunun ve ikincil düzenlemelerin ışığında yayıncıların bir takım sorumluluklarının bulunmasıdır.

Anayasa m.26 “düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü” olarak düzenlenen ifade özgürlüğü konusunda radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanabileceği hükmünü getirmiştir. Öncelikle, burada izin sisteminden bahsedilirken “izin” alması gerekenler radyo televizyon alanında faaliyet gösterecek “işletme”lerdir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin 2. fıkrası hükmü “Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.” ifadesiyle açıkça radyo televizyon ve sinema işletmelerinin izin rejimine bağlanabileceğini öngörmüştür. Türkiye’de yasakoyucu “yayımların izin rejimine bağlanması” ifadesini tercih etse de, bunun yayın değil, “işletme” anlaşılması yeterli olmayacaktır. Bu düzenlemede yapılacak bir değişiklik ile “yayın” kelimesinin “işletme” olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde basın dışı iletişim alanlarında yasakoyucuya sansür yetkisinin verildiğinin kabulü gerekir.<sup>38</sup>

İzin sisteminin gerekçeleri teknik, sosyolojik ve iktisadi olarak ayrılmaktadır.<sup>39</sup> Teknik gerekçe, kullanılabilir frekansların sınırlılığıdır. Radyo-

37 KABOĞLU, s.287.

38 İÇEL/ÜNVER, s.48.

39 KABOĞLU, s.287.

televizyon yayını yapabilmek için sınırlı frekanslardan yararlanmak gerekmektedir. Kamu malı niteliğini haiz olan frekanslar ise özel radyo televizyon işletmelerine ancak bir kamu kurumu tarafından tahsis edilebilirler. Bu nedenle radyo televizyon işletmecisi öncelikle frekans kullanabilmek için izin almak durumundadır. Buradaki tahsis işlemi kamu mallarından özel yararlanmayı konu alır şekilde ve idare hukukunun genel ilkelerine tabi olmak durumundadır. Bununla birlikte gelişen teknolojiyle paralel olarak kablo, uydu ve internet aracılığıyla da yayın yapıldığı düşünüldüğünde izin rejiminin bu alanlarda da devam etmesinin nedeni, sosyolojik gerekçelerde bulunabilecektir. Şöyle ki, görsel-ışitsel iletişimin öznelere, diğer alanlardakilere göre daha geniş bir kitleyi oluşturmakta olup, aynı zamanda “pasif” konumdadırlar, zira sürekli-süresiz yayın ve internet alanında olduğu gibi aktif bir davranışla (satın alma, okuma, internette arama yapma, sayfayı okuma vb.) içeriğe ulaşmamaktadırlar. Bu nedenle, kamu yararına yapılmakta olan radyo-televizyon yayın içeriklerinin yine kamu yararı amacıyla daha titiz bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir.<sup>40</sup> İktisadi nedenler olarak da yayın araçlarının kurulum ve program üretiminin maliyetinin yüksek olması gösterilmektedir.

Anayasa m.26'de “yayın” kelimesinin kullanılması dışında, bu düzenleme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi organlarının görüşlerine de uygundur. İfade özgürlüğünün medyanın diğer alanlarında olduğu gibi aynen görsel-ışitsel iletişim alanında da geçerli olacağına dikkat çeken Mahkeme, frekansların sınırlılığı ve işin teknik boyutları nedeniyle doğası gereği bir düzenlemeyi zorunlu kıldığını belirtmiştir. Buna göre, devletlerin lisans ve ruhsat konusunda getirdikleri düzenlemeler, dolayısıyla izin rejimi yayınların içeriklerine ilişkin bir takdir yetkisi anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte devletlerin bu konuda da hak ve yetkileri sınırsız olmayıp, keyfi bir takdire konu olamayacaktır.<sup>41</sup>

6112 sayılı Kanun m.37/b uyarınca “*Millî frekans planında karasal radyo ve televizyon yayınları için 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu hükümlerine göre Üst Kurula tahsis edilen frekans bantları çerçevesinde televizyon kanal ve radyo frekans planlamalarını yapmak veya yaptırmak ve*

40 MORANGE, “*L'intérêt public en droit public de la communication: valeur constitutionnelle*”, in *Acte de Colloque Franco-Quebecois, 19-20-21 septembre 1994*, Victoire Ed., s.27.

41 *Sacchi c.İtalya ve Jersild c. Danimarka* kararlarından aktaran ŞAHİN, Kemal, *İnsan hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*, XII Levha, İstanbul, 2009, s.221-222.

42 RG, 10.11.2008, S.27050 (mük.).



*uygulamak*” RTÜK’ün görevidir. Buna göre RTÜK, karasal radyo ve televizyon yayınları için frekans bantları konusunda düzenleme yapmak, bu bantların tahsis yoluyla dağıtımını esas ve usullerini belirlemek ve tahsis kararı almaya yetkilidir. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu<sup>42</sup> m.36’nın yaptığı atıfla 6112 s. Kanun m.26 uyarınca RTÜK sınırlı sayıda olan frekansların tahsisi, özel radyo ve televizyon işletmelerine yayıncılık lisansının verilmesi ve bunun için ihale yapmaya yetkilidir.

RTÜK’ün kurulduğu 1994 yılından beri ulusal frekans planlaması ve frekans tahsisleri konusu tartışmalı bir durum arz etmiştir. İlk frekans planını 1995’te hazırlayan RTÜK frekans tahsislerine 1997’de başlamıştır. Ancak bu süreç politik ve milli güvenlik açısından “ulusal güvenlik belgesi” alınması zorunluluğu getirilmesi nedeniyle sonuçlanamamıştır.<sup>43</sup> Radyo-televizyon yayıncılarına geçici lisans verilmiştir. 2002’de 4756 sayılı Kanun ile 3984 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle verilen geçici lisanslar daimi lisansa çevrilmiş ve halihazırda mevcut bir radyo ve televizyon kanalını satın almak pazara girmenin tek yolu haline gelmiştir. 2002’de yapılan değişiklikle ayrıca frekans planlamalarını yapma yetkisi RTÜK’ten alınıp Telekomünikasyon Kurumu’na (bugün Bilgi teknolojileri ve İletişim Kurumu) verilmiştir. Ancak frekans tahsisleri yine yapılamamış, bu durum yayıncılar ve kurum yöneticilerini töhmet altında bırakmıştır.<sup>44</sup> Dünya çapında düzenleyici kuruluşların en temel görevlerinden biri olan frekans tahsisi yapma görevini yerine getirmeyen ve yayıncıları üzerinde yayın yaptıkları frekansların kaçak kullanıcısı durumuna

43 1997’de yerel medya ihalelerinin yapılmasından sonra, ilk frekans ihalelerini kazananların genellikle İslami çevrelere ait kuruluşlar olması konuyu Milli Güvenlik Kurumu gündemine taşımıştır. Bunun üzerine hükümet anayasal yetkisini kullanarak RTÜK’ten ihalelerin ertelenmesini talep etmiştir. İhalelerin iptali üzerine dönemin RTÜK Başkanı Prof. Dr. Orhan Oğuz istifa etmiştir. Bunu izleyen süreçte ihalelere katılabilmek için “irticai ve bölücü yayınlar”ın engellenmesine yönelik olarak esas ve ölçütleri Başbakanlık tarafından saptanan bir “ulusal güvenlik belgesi” alma kaydı getirilmiştir. Bu nedenle ihale süreçleri sonuçlandırılmamış ve frekans tahsisleri yapılamamıştır. KEJANLIOĞLU, Beybin/ADAKLI, Gülseren/ÇELENK, Sevilay, “Yayıncılıkta Düzenleyici Kurullar ve RTÜK”, in **Medya Politikaları**, KEJANLIOĞLU/ÇELENK/ADAKLI (Der.), İmge, Ankara, 2001, s.130-133.

44 Frekans planlamalarının, tahsisinin ve lisans verme işlemlerinin bir türlü sonuçlanmaması konusunda kayda değer bir görüş de yayın kuruluşları ile RTÜK arasında bir çeşit mutabakat olduğu yönündedir. Buna göre, RTÜK bu mutabakatla “... tahsis işleminin siyasal yönünden, medya kuruluşları ise ekonomik yönünden kurtulmaktadır. Üst Kurulun bugüne kadarki tek tahsis denemesinin, sadece bir yerel tahsis ihalesi denemesinin, nasıl mafyanın ve çeşitli siyasal grupların dahil olduğu ve devletin çeşitli üst düzey kurumlarının da devreye girerek ertelendiğini basından izledik. Ulusal ölçekteki bir ihalenin Üst Kurula getireceği siyasal maliyetin boyutlarını tahmin etmek güç olmasa gerek. Medya kuruluşlarının karşılaştacağı ekonomik maliyetin ulusal ölçekli tahsislerde milyonlarca dolarlık fiyatlara ulaşabileceğini öngörmek abartı olmayacaktır.” ATABEK, Ümit, “Üst Kurul’un Yap(a)madıklarına Eleştiri”, **İletişim**, 1999/1, Gazi Üniv. İLEF Yay., s.254-255. Bununla birlikte söz konusu “ilişki”ye “mutabakat” demenin zor olduğu ya da söz konusu mutabakatın RTÜK ile medya kuruluşları arasında değil, “devletin çeşitli üst düzey kurumları” ile medya kuruluşları arasında bulunduğu dair bir görüş de mevcuttur. Buna göre, özerkliği tehlike altında olan RTÜK açısından “zorunlu” bir “boyun eğme” söz konusudur. Bkz. KEJANLIOĞLU/ADAKLI/ÇELENK, s.135-136.



düşüren bu sorunun çözülmesi beklenmektedir.

Nitekim 6112 s. Kanun m.37/c uyarınca RTÜK “*medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yayın lisansı talebinde bulunabilmeleri için gerekli idarî, malî ve teknik şartları belirlemek ve bu kuruluşlardan şartları sağlayanlara yayın lisansı vermek*” konusunda yetkilidir. Kanun m.3/hh'de “*Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve diğer düzenlemelerde belirtilen şartları haiz oldukları takdirde kablo, uydu, karasal ve benzeri ortamlardan her türlü teknoloji ile yayın yapabilmeleri için her bir yayın türü, tekniği ve ortamına ilişkin olarak ayrı ayrı olmak üzere Üst Kurulca verilen izin belgesi*” olarak tanımlanan yayın lisansı on yıl süreyle verilir. Lisans süresinin bitiminde boşalan karasal yayın kapasitesi için RTÜK tarafından tekrar ihaleye çıkılacaktır (m. 27/2). Yayın lisansının, lisans sahibi kuruluş tarafından devredilmesi mümkün değildir, yayın faaliyetine devam etmeme kararı alan kuruluş lisansını RTÜK'e iade etmek zorundadır.

6112 sayılı Kanun m.3/l uyarınca “özel radyo televizyon kuruluşları” terimi yerine kullanılan “medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar”ın kablo, uydu, karasal ve benzeri ortamlardan yayın yapabilmeleri için her bir yayın tekniği ve ortamına ilişkin ayrı lisans almak zorundadırlar. Lisansın hangi yayın tekniği ve ortamına ilişkin verildiği lisans belgesinde açıkça belirtilir. Farklı yayın teknikleri ve ortamlarından aynı anda yayın yapmak isteyen kuruluşlar, her yayın tekniği ve ortamı için ayrı lisans almak ve eş zamanlı yayın yapmak zorundadır.

Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yayın lisansı alabilmeleri için ayrıca m.19'da düzenlenen şartları taşımaları gerekmektedir. Buna göre,

a) Yayın lisansı alacak kuruluşların münhasıran radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti sunmak amacıyla Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre anonim şirket olarak kurulmuş olmaları gerekmektedir. Aynı şirket ancak bir radyo, bir televizyon ve bir isteğe bağlı yayın hizmeti sunabilir ve yayın lisansının verilmesinden sonra da ana sözleşmeye bu esaslara aykırı hüküm konması mümkün değildir.

b) Siyasî partiler, sendikalar, meslek kuruluşları, kooperatifler, birlikler, dernekler, vakıflar, mahallî idareler ve bunlar tarafından kurulan veya bunların doğrudan veya dolaylı ortak oldukları şirketler ile sermaye piyasası kurumları ve bunlara doğrudan veya dolaylı ortak olan gerçek ve tüzel kişilere yayın lisansı verilemez. Bu kuruluşlar, medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara

doğrudan veya dolaylı ortak olamazlar.

c) Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların hisseleri nama yazılı olmak zorundadır. Herhangi bir kişi lehine intifa senedi ihdas edilemez.

d) Bir gerçek veya tüzel kişi doğrudan veya dolaylı olarak en fazla dört karasal yayın lisansına sahip medya hizmet sağlayıcı kuruluşa ortak olabilir. Ancak, birden çok medya hizmet sağlayıcıya ortaklıkta bir gerçek veya tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı hisse sahibi olduğu medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yıllık toplam ticarî iletişim geliri, sektörün toplam ticarî iletişim gelirinin yüzde otuzunu geçemez. Toplam ticarî iletişim geliri bu oranı aşan gerçek veya tüzel kişiler RTÜK tarafından verilen doksan günlük süre içinde bu oranın altına inecek şekilde medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardaki hisselerini devreder. Bu süre içinde devir işleminin yapılmaması halinde Kurul tarafından idari para cezasına hükmedilecektir.

e) Gerçek kişiler için eşler ile üçüncü derece dâhil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlara ait hisseler de aynı kişiye aitmiş gibi değerlendirilir.

f) Bir medya hizmet sağlayıcı kuruluşta doğrudan toplam yabancı sermaye payı, ödenmiş sermayenin yüzde ellisini geçemez. Yabancı bir gerçek veya tüzel kişi en fazla iki medya hizmet sağlayıcı kuruluşa doğrudan ortak olabilir. Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların ortağı olan şirketlere yabancı gerçek veya tüzel kişilerin iştirak ederek yayın kuruluşlarına dolaylı ortak olmaları hâlinde, yayıncı kuruluşların yönetim kurulu başkanı, başkan vekili ile yönetim kurulu çoğunluğu ve genel müdürünün Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması ve ayrıca yayıncı kuruluş genel kurullarında oy çoğunluğunun Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetini haiz gerçek veya tüzel kişilerde bulunması zorunludur. Şirket ana sözleşmelerinde bu hususları sağlayan düzenlemeler açıkça belirtilir.

g) Yerli veya yabancı hissedarlar hiçbir şekilde imtiyazlı hisse senedine sahip olamaz.

3984 sayılı Kanunda %25 olan yabancı hisse oranı 6112 sayılı kanun ile %50'ye çıkarılmıştır. Medya sahiplik oranlarının yeniden düzenlenmesi konusunda yapılan değişiklik ise, küreselleşme ile birlikte yaşanan serbestleşme politikalarının yansıması niteliğindedir. Yeni yasada yabancı sermaye oranının %25'den %50'ye çıkarılması konusu basitçe küreselleşen dünyayla uyum süreci gibi görülebilir, ancak her ne kadar küreselleşme ile uyumlu bir şekilde sermayenin uluslararasılaşması gibi görülse de, konu medya olduğunda olay hiçbir zaman sadece sermayenin serbestçe yayılması değildir.

Bu aynı zamanda belli düşüncelerin ve politikaların da yayılmasını içerir. Medya alanında sermaye sahipliğinin aynı zamanda zihinsel üretim aracı sahipliği olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu değişikliğin son derece ideolojik alt tabanlı, siyasi, ekonomik ve sosyal hayatı etkileyecek ve kolayca denetlenemeyecek sonuçlarının olabileceği unutulmamalıdır.

### **B. Görsel-İşitsel Alanda Mülkiyet Sorunu ve Çoğulculuğun Sağlanması**

Modern demokrasilerde toplumdaki tüm sosyal, siyasal ve ekonomik katmanlara görüşlerini ifade edebilme, seslerini duyurabilme imkânını sağlanması gerekmektedir. Böylece toplum katmanları ile siyasal sistem arasında iletişim sağlanarak çoğulcu demokrasinin gelişmesi garanti edilebilir. Bu noktada medyanın sahip olduğu gücün önemi yadsınamaz.. Medya piyasasında tekelleşme ya da piyasada "tekelleşme" ile söz konusu piyasada bir ya da birkaç firmanın, gerek mülkiyet yoluyla gerekse aralarında anlaşmalar yaparak egemenlik kurması anlamını taşımaktadır ve literatürde bu durum "medyada yoğunlaşma" olarak adlandırılmaktadır.<sup>45</sup> Buna göre, medya sektöründeki yoğunlaşma oranı, piyasadaki bir ya da birkaç firmanın piyasanın ne kadarını kontrolleri altında tuttuklarını gösterir orandır. Kitle iletişim özgürlüğü açısından bakıldığında, bu durumun medyada gerek mülkiyet sahipliği gerekse medya yapımının içeriği açısından "tektipleşme" ya da "bir örnekleşme"<sup>46</sup> tehlikesi barındıracağı açıktır Bu nedenle yayın lisansı alacak medya hizmet sağlayıcısı kuruluşlar için sermaye konusunda getirilen yasal düzenlemeler ile mülkiyet sınırlaması yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi de "...medyanın çok sesliliğini sağlamaya yönelik koruyucu önlemler almanın devletin görev ve sorumluluğunda" olduğundan bahisle "bağımsız ve yansız yayıncılığın sürdürülebilmesine olanak sağlanması bakımından Anayasanın 26. Maddesinde belirtilen nedenlerle sınırlı olarak medya sahipliğine ilişkin kimi kısıtlamalar getirilebileceği" değerlendirmesi yapmıştır.<sup>47</sup>

1980'lerden itibaren yayıncılık alanında teknolojik dönüşümlere paralel olarak geleneksel medya sahipliğinin yerini yeni medya sahipliğine bıraktığı gözlenmiştir. Buna göre, tekstil, inşaat, turizm vb. alanlarda biriken sermayenin büyük bir kısmı medya alanında yatırımlara aktarılmıştır. Bunun gerekçeleri olarak, kitle iletişim araçlarının gücü (siyasi çevrelerde itibar ve kamuoyu üzerindeki denetim), diğer sektörlerdeki riskli kapitalin riskinin azaltılması

45 AVŞAR, Zakir, "Medyada Yoğunlaşma ve Şeffaflaşma: Yasal Düzenlemeler, Beklentiler, Sorun Alanları", *İletişim Araştırmaları Dergisi*, 2004, N. 2(2), s.89.

46 ADAKLI, "Yayıncılık Alanında Mülkiyet ve Kontrol", in *Medya Politikaları*, s.153.

47 Anayasa Mahkemesi, 21.9.2004, E.2002/100, K.2004/109, RG, 04.8.2006, S.26249.

(kredi alımı ve devlet ihalelerine nüfuz) ve reklam harcaması yapmak yerine yeni bir pazarlama stratejisi olarak medya araçlarına sahip olmak gösterilmiştir.<sup>48</sup>

Medyada mülkiyet konusunda 3984 sayılı kanundaki düzenlemenin yetersiz kalması nedeniyle Türkiye'de medya alanında söz sahibi olan sadece birkaç kuruluş bulunmaktadır. Türkiye'de medya sektöründe görülen yoğunlaşma hem yatay, hem dikey, hem de çapraz yoğunlaşma olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı sermaye sahibinin birbirinden bağımsız birden fazla yayın organına sahip olması yatay yoğunlaşma; olarak adlandırılmaktadır. Bir şirketin medya alanında üretimden tüketime kadar her safhada kontrol ve sahipliğinin olması veya farklı medya alanlarında yayılma dikey yoğunlaşma olup, yayıncılar ile ilişkili oldukları program üretici firmalar ve dağıtım pazarları arasındaki sahiplik ve sermaye entegrasyonu bulunmaktadır. Çapraz yoğunlaşma ise, aynı sermaye sahipliğinin farklı medya alanlarında ve bunun dışında da diğer alanlarda mülkiyet sahipliği ise, çapraz medya yoğunlaşması olarak tanımlanmaktadır.<sup>49</sup> Yani, televizyon yayıncıları ve yazılı basın veya internet sağlayıcıları gibi diğer medya unsurları arasındaki sahiplik ve sermaye entegrasyonu yanı sıra, örneğin otomotiv, finans vb. alanlarda da mülkiyet ve yatırımların söz konusu olduğu yoğunlaşma çapraz yoğunlaşma olup, Türkiye'deki durum da budur.

Bu yoğunlaşmaların hangi türü olursa olsun medya alanında çokseslilik ve dolayısıyla çoğulcu demokrasi açısından olumsuz sonuçlar getireceği açıktır. Bu nedenle her ülke medya alanında yoğunlaşmanın önüne geçebilmek için bir takım önlemler almaktadır. Türkiye'de yasakoyucu medya alanında yoğunlaşmanın önüne geçebilmek için ikili bir sistem kabul etmiş, bir yandan yayın lisansı sayısı sınırlaması getirirken, diğer taraftan birden fazla yayın lisansına sahip olan kuruluşlar için sektördeki yıllık gelir içindeki pay sınırlaması düzenlemiştir. Buna göre özel bir medya kuruluşu en fazla dört tane karasal yayın lisansına sahip olabilecektir. Bununla birlikte, doğrudan veya dolaylı olarak birden fazla yayın lisansına sahip olan gerçek veya tüzel kişi medya kuruluşunun sektördeki yıllık toplam ticari iletişim gelirinin sektörün yıllık toplam ticari iletişim gelirinin %30'unu geçmesi mümkün değildir. Bu anlamda, yasakoyucu karma bir yol izleyerek *gelir payı/lisans sahipliği modeli* ile yoğunlaşmaya karşı önlem almıştır.<sup>50</sup>

48 TUNCEL, Hakan, “*Bab-ı Âli'den İkitelli'ye*”, **Birikim**, 1994, s.64'ten aktaran ADAKLI, S.154-155.

49 AVŞAR, s.89-90.

50 AVŞAR'ın aktarımına göre Radyo ve televizyonlarda yoğunlaşmaya götürecek durumların ölçülmesi

6112 sayılı Kanunun “reklam” kelimesi yerine tercih ettiği ve fakat ikisini de aynı anda kullandığı “ticari iletişim” m.3/z'de “*Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların radyo ve televizyon reklâmları, program desteklemesi, tele-alışveriş ve ürün yerleştirmeyi de kapsamak üzere, ekonomik bir faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişinin, ürün, hizmet veya imajını, doğrudan veya dolaylı olarak tanıtmak amacıyla tasarlanmış sesli veya sessiz görüntülerin bir ücret veya benzeri bir karşılıkla ya da öz tanıtım amacıyla bir programla birlikte ya da bir program içine yerleştirilerek verilmesi*” olarak tanımlanmıştır.

6112 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan Medya Hizmet Sağlayıcı Kuruluşlarının Elde Ettiği Ticari İletişim Gelirlerinin Denetimi ve Bu Gelirler Üzerinden Alınacak Üst Kurul Paylarının Beyan ve Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik<sup>51</sup> 26.08.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Türkiye'deki çapraz yoğunlaşma gerçeğinin bir diğer boyutu da medya kuruluşlarının bağlı oldukları holdinglerinin diğer sektörlerdeki faaliyetleri konusunda ortaya çıkabilecektir. Dikkat çekici olan bu holdinglerin enerji, bankacılık, otomotiv, inşaat, turizm<sup>52</sup> gibi sektörlerde de faaliyet göstermeleridir. Medyanın 1980'lerden itibaren değişen ekonomik yapısı sonucu devlet ile medya kuruluşları arasındaki bağımlılık ilişkisi artmış, bu durum bir çok noktada medya kuruluşları açısından haber alma hakkını

---

ve önlenmesi için ülkelerin uyguladığı modeller ana hatlarıyla şu şekildedir: a) *İzleyici Payı Modeli*: Belirlenmiş bir

zaman dilimi içinde bir özel veya tüzel kişi tarafından yayınlanan bir veya daha fazla kanalın toplam izlenme oranı içindeki azami izlenme yüzdesini belirlemek amacıyla taşımaktadır. b) *Lisans Sahipliği Modeli*: Bir yayıncı

kuruluşun birden fazla lisanslı radyo ve televizyon kuruluşuna sahip olma konusunda sınırlama getirme amacıyla taşımaktadır. Örneğin bir yayıncı kuruluş, doğrudan veya dolaylı olarak, yasayla belirlenenden daha fazla sayıda yayın lisansına sahip olamaz ya da bu lisans sahipleri ana sermaye üzerinde kontrol hakkına sahip olamazlar. c) *Gelir Payı/Frekans Sınırlama Modeli*: Bu model, iki kritere göre uygulanmaktadır. İlk kriter, ticari yayınlar için mümkün olan toplam frekans kapasitesine ilişkin program kanallarındaki azami payı tanımlamaktadır. İkinci kriter, bütün pazardaki toplam gelire göre bir pazardaki bir kuruluşa getirilen tavan geliri ifade etmektedir. d) *Sermaye Payı/Yayın Lisansı Modeli*: Üç farklı kritere göre uygulanmaktadır: 1) Herhangi bir yayıncı göz önüne alındığında sermaye payının tavanı sınırlandırılır; 2) Sahip olunabilecek lisans sayısı sınırlandırılır; 3) Birden fazla yayın istasyonlarının sermaye paylarına ilave sınırlamalar getirilir (örn. Analog karasal yayınlar).Bkz. AVŞAR, s.94-95.

51 RG, 26.08.2011, S.28037.

52 Bu sektörlerin hepsinde birden faaliyet gösteren medya holdinglerine örnek olarak, Doğan Holding, Doğuş Grubu, Ciner Grubu, Çukurova Holding, Çalık Holding örnek verilebilir. <http://www.doganholding.com.tr/yatirimlar/medya.aspx>; [http://www.dogusgrubu.com.tr/web/23-92-1-1/dogus\\_grubu\\_-tr/sektorler/medya/dogus\\_yayin\\_grubu](http://www.dogusgrubu.com.tr/web/23-92-1-1/dogus_grubu_-tr/sektorler/medya/dogus_yayin_grubu); <http://www.cinergroup.com.tr/index>; [http://www.cukurova.com.tr/endustri\\_grup.asp](http://www.cukurova.com.tr/endustri_grup.asp); <http://www.calik.com/TR/Sektorler/tekstil> (Erişim tarihi, 6.12.2011).

engeller nitelikte bir “otosansür”e dönüşmüştür.<sup>53</sup> Özellikle bu kuruluşların medya dışı alanlarda faaliyet gösterdikleri sektörler dikkate alındığında siyasi, ekonomik ve çevresel olarak toplumsal muhalefetin de üzerinde yoğunlaştığı alanlar olduğu görülmektedir. Bu noktada, vatandaşların haber alma haklarının sağlanması amacıyla haberlerin hangi sektöre ilişkin olursa olsun objektif bir şekilde ve tüm görüşlere yer verilerek aktarılması gerekmektedir. Bunun güvencesi ise, 6112 sayılı Kanun m.37/1 ile “ifade ve haber alma özgürlüğünün, düşünce çeşitliliğinin, ... rekabet ortamının ve çoğulculuğun güvence altına alınması, yoğunlaşmanın önlenmesi ve kamu menfaatinin korunması amacıyla gerekli tedbirleri almak” görevi verilen RTÜK olmak durumundadır. Bu kuruluşların medya faaliyetleri sayesinde kişisel siyasi ve ekonomik çıkarlarını gütmeye yoluna gitmeleri kaçınılmazdır. Ancak, medyanın gücünün siyasi iktidar üzerindeki etkisi, dolaylı yoldan RTÜK üzerinde bir takım etkiler doğurabilecektir.

Bununla birlikte, görsel-ışitsel alanda yerli ve yabancı kişi ve kuruluşlara yatırım yapma imkanı tanınmaktayken eğitim, kültür ve siyasal çoğulculuk alanında faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarına ve baskı gruplarına bu hakkın tanınmaması da dikkat çeken bir durumdur.<sup>54</sup> Ayrıca, kitle iletişim özgürlüğünün tam anlamıyla sağlanabilmesi için çoğulculuğun sağlanması açısından medya hisse dağıtımları yeterli olmayıp, yayın içerikleri açısından da çoğulculuğun sağlanması gerekmektedir. Özel medya kuruluşları arasındaki rekabet yayın içerikleri açısından çoğulculuğu garanti etmemektedir. Bunun gerçekleşmesi için program içeriklerinin kaynağındaki çeşitlilik ve yayınların üretim biçimi de çoksesliliği sağlama konusunda etkin unsurlardır. Bu nedenle Avrupa Konseyinin tavsiyesi üzerine AB ülkelerinde yoğunluk olarak Avrupa ülkelerinde medya sahipliğinde izleyici oranı/payı modeli artan bir şekilde uygulanmaktadır.<sup>55</sup>

## **2. RTÜK'ün Görsel-İşitsel İletişim Yayınlarının İçeriklerine Müdahaleleri**

RTÜK'ün görsel-ışitsel iletişim alanına müdahalesi yayın içerikleri konusundaki müdahaleleri, bu konuda yasakoyucunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde ikincil düzenlemeler yapmak ve yayın içeriklerinin bu

53 ELMAS, Esra/KURBAN, Dilek, **İletişimsel Demokrasi-Demokratik İletişim, Türkiye'de Medya: Mevzuat, Politikalar, Aktörler**, Demokratikleşme Programı Medya Raporu-I, TESEV Yay., İstanbul, 2011, s.52.

54 GEDİK, s.138.

55 AVŞAR, s.99.

düzenlemelere uygun olarak yürütölüp yürütölmediğini denetlemek, ihlal halinde yaptırım uygulamak olarak ortaya çıkmaktadır.

#### **a. Yayın İlkeleri**

Anayasa m.13'te temel hak ve özgürlüklerin sadece ilgili maddelerinde gösterilen nedenlerle, anayasanın sözüne ve ruhuna ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak, özlerine dokunulmaksızın ve ölçölülük ilkesine uymak kaydıyla kanun ile sınırlanabileceği düzenlenmektedir. Nitekim, ifade özgürlüğünü düzenleyen m.26 bu özgürlüğün sınırlanma nedenlerini de göstermiştir. Buna göre, ifade özgürlüğü millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütönlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilmektedir.

Anayasadaki bu düzenlemelere dayanılarak 6112 sayılı Kanun m.8 yayınlara ilişkin ilkeleri belirlemiştir. Buna göre yayın hizmetleri,

a) Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlık ve bağımsızlığına, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütönlüğüne, Atatürk ilke ve inkılâplarına aykırı olamaz.

b) Irk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik edemez veya toplumda nefret duyguları oluşturmaz.

c) Hukukun üstönlüğü, adalet ve tarafsızlık esasına aykırı olamaz.

ç) İnsan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkesine aykırı olamaz, kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira niteliğinde ifadeler içeremez.

d) Terörü övemez ve teşvik edemez, terör örgütlerini güçlü veya haklı gösteremez, terör örgütlerinin korkutucu ve yıldırıcı özelliklerini yansıtıcı nitelikte olamaz. Terör eylemini, faillerini ve mağdurlarını terörün amaçlarına hizmet eder şekilde sunamaz.

e) Irk, renk, dil, din, tabiiyet, cinsiyet, özörlölük, siyasî ve felsefî düşünce, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapan ve bireyleri aşağılayan yayınları içeremez ve teşvik edemez.

f) Toplumun millî ve manevî değerlerine, genel ahlaka ve ailenin korunması ilkesine aykırı olamaz.



g) Suç işlemeyi, suçluyu ve suç örgütlerini övücü, suç tekniklerini öğretici nitelikte olamaz.

ğ) Çocuklara, güçsüzlere ve özürlülere karşı istismar içeremez ve şiddeti teşvik edemez.

h) Alkol, tütün ürünleri ve uyuşturucu gibi bağımlılık yapıcı madde kullanımı ile kumar oynamayı özendirici nitelikte olamaz.

ı) Tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerini esas almak ve toplumda özgürce kanaat oluşumuna engel olmamak zorundadır; soruşturulması basın meslek ilkeleri çerçevesinde mümkün olan haberler, soruşturulmaksızın veya doğruluğundan emin olunmaksızın yayınlanamaz; haberin verilisinde abartılı ses ve görüntüye, doğal sesin dışında efekt ve müziğe yer verilemez; görüntülerin arşiv veya canlandırma niteliği ile ajanslardan veya başka bir medya kaynağından alınan haberlerin kaynağının belirtilmesi zorunludur.

i) Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimse suçlu ilân edilemez veya suçluymuş gibi gösterilemez; yargıya intikal eden konularda yargılama süresince, haber niteliği dışında yargılama sürecini ve tarafsızlığını etkiler nitelikte olamaz.

j) Haksız çıkarlara hizmet eden ve haksız rekabete yol açan unsurlar içeremez.

k) Siyasî partiler ve demokratik gruplar ile ilgili tek yönlü veya taraf tutar nitelikte olamaz.

l) Genel sağlığa, çevrenin ve hayvanların korunmasına zarar verecek davranışları teşvik edemez.

m) Türkçenin, özellikleri ve kuralları bozulmadan doğru, güzel ve anlaşılır şekilde kullanılmasını sağlamak zorundadır; dilin düzeysiz, kaba ve argo kullanımına yer verilemez.

n) Müstehcen olamaz.

o) Kişi veya kuruluşların cevap ve düzeltme hakkına saygılı olmak zorundadır.

ö) Bilgi iletişim araçları yoluyla yarışma veya lotarya düzenlenemez, dinleyici ve seyircilere ikramiye verilemez veya ikramiye verilmesine aracılık edilemez.

p) Medya hizmet sağlayıcı tarafından yapılan veya yaptırılan anket ve kamuoyu yoklamalarının, hazırlık aşamasından sonuçların ilânına kadar noter nezaretinde gerçekleştirilmesi zorunludur.



r) Kişileri fal veya batıl inançlar yoluyla istismar edemez.

s) Toplumsal cinsiyet eşitliğine ters düşen, kadınlara yönelik baskıları teşvik eden ve kadını istismar eden programlar içeremez.

ş) Şiddeti özendirici veya kanıksatıcı olamaz.

(2) Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılmadan yayınlanamaz.

(3) İsteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcıları, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimini olumsuz etkileyebilecek nitelikteki yayın hizmetlerinin, bunların bu tür hizmetleri normal şartlar altında duymayacakları ve görmeyecekleri şekilde sunulmasını sağlamakla yükümlüdür.

6112 sayılı Kanuna dayanılarak RTÜK tarafından Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik<sup>56</sup> çıkarılmıştır

Bunlar dışında yasakoyucu reklamların yayınlanması ve içeriklerine ilişkin bir takım düzenlemeler yapmış (m.9), yayınların belli bir oranının Türk halk ve Türk sanat müziği yayınlarına (m.14/4) ve Avrupa eserlerine (m.15) ayrılması zorunluluğu da getirmiştir.

Tüketicilerin ve çocukların korunmasına yönelik düzenlemeler, reklamların adil ve dürüst olmalarına ve çocukların özel durumları dikkate alınarak hazırlanmaları gereğini gözetmektedir. Bu anlamda tüketicilerin ve çocukların korunması açısından meşru görülmektedirler. Reklamların yayın süresinin belli bir oranını geçemeyeceğine ilişkin düzenlemelerin yayıncının hakları üzerinde sansür etkisi yarattığı yönünde görüşler<sup>57</sup> bulunmaktaysa da, Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi hükümlerine uygun niteliktedir. Aksi yönde bir uygulama haksız rekabete yol açabilecek ve özellikle radyo ve televizyon yayıncılığından beklenen sosyal ve kamusal yararları ve kitle iletişim özgürlüğünden yararlanılmasını zedeleyebilecektir.

Türk halk ve sanat müziği ile Avrupa eserleri yayınlama zorunluluğunun da yayıncının ifade ve girişim özgürlüğü üzerinde bir sınırlama oluşturduğu ve bir tercih belirttiği belirtilmiştir. Bu ifadeler yerine Yasakoyucunun genel olarak, “eğitim, kültür ve sanat” gibi ibareler kullanmasının kuruluşlara belli bir tercih

<sup>56</sup> RG, 2.11.2011, S.28103.

<sup>57</sup> ŞAHİN, s.189.

ve bakış açısı dayatılması durumundan kurtaracağı ifade edilmiştir.<sup>58</sup>

### **b. Yayın İlkeleri Işığında RTÜK'ün Temel Hak ve Özgürlükler Alanındaki Takdir Yetkisi**

6112 sayılı Kanun, önceki kanunda radyo-televizyon yayıncılığına getirilen önemli kısıtlamaların büyük çoğunluğunu barındırmaktadır. Özellikle, “Türkiye Cumhuriyeti devletinin varlık ve bağımsızlığı, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ile “toplumun millî ve manevî değerleri, genel ahlak ve ailenin korunması ilkeleri” ve “müstehcenlik” sınırları belli olmayan kavramlardır. Bunlara ek olarak “kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı ifadeler” de sayılabilir. Bu muğlak ifadeler radyo-televizyon yayıncılarına uyarımadan yayın lisansının iptaline kadar geniş bir yelpazede yaptırım uygulama yetkisine sahip olan RTÜK'e geniş bir takdir payı bırakmaktadır. Çalışmamızın konusu açısından özellikle tanımı ve sınırları muğlak olan bu kavramlar açısından değerlendirme yapılacaktır.

#### **aa. Genel Ahlak ve Müstehcenlik**

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.19 ve AİHS m.10'da güvence altına alınan ifade özgürlüğünün meşru kısıtlama nedenleri arasında “genel ahlakın korunması” da yer almaktadır. AİHM *Handyside c.İngiltere* kararı “genel ahlak” değerlendirmesi açısından belirleyici niteliktedir. Mahkeme, ahlak kavramının zamana ve mekana göre değişebileceğine ve bu nedenle de devlet makamlarının kendi ülkelerindeki ahlak anlayışını değerlendirme konusunda Mahkemeye göre daha iyi konumda olduklarına vurgu yapmıştır. Bu kapsamda Mahkemenin görevi yerel yargı makamlarının Sözleşme m.10/2'yi iyi niyetle ve makul bir biçimde kendilerine bırakılan serbesti içinde hareket edip etmediğini denetlemektir.<sup>59</sup> Ahlak kavramının ülkeler arasında ve dahi aynı ülke içinde farklılıklar göstermesi nedeniyle sözleşmeciler devletlere bu konuda tanınan takdir yetkisi daha geniştir.<sup>60</sup>

AİHM, *Müller c.İsviçre* Kararında “genel ahlaka aykırılık” nitelemesinde, eserin müstehcenliğine karar verilirken bilirkişi incelemesi gerekmediği, eserin

<sup>58</sup> İbid, s.191.

<sup>59</sup> ÇANKAYA/BATUR YAMANER, **Kitle İletişim Özgürlüğü**, Turhan, Ankara, 2006, s.29-30. *Handyside* adlı yayıncı tarafından basılan ve daha önce Avrupa'nın birçok ülkesinde basılmış bulunan cinsel eğitimi için yayınlanmış “Küçük Kırmızı Balık” adlı kitap hakkında İngiltere mahkemeleri tarafından “müstehcenlik” nitelemesi nedeniyle toplatma kararı verilmiştir.

<sup>60</sup> TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin, Ankara, 2004, s.447.

“normal hassasiyette bir vatandaşın ahlaki değerlerini yargılayıp yargılamadığına” bakılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>61</sup>

Türk hukuku açısından bakıldığında, kamu tüzel kişilerinin elinde olan basın dışı kitle iletişim araçlarından yararlanma hakkı (AY m.31) ve dernek kurma özgürlüğüne (AY m.33) ilişkin anayasal düzenlemelerde kendisine yer bulan “genel ahlak” kavramı Anayasa m.26/2’de sayılan ifade özgürlüğünün meşru sınırlama nedenleri arasında sayılmamaktadır. Anayasa m.13’ün temel hak ve özgürlüklerin ancak ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak sınırlanabileceği hükmüyle birlikte düşünüldüğünde 6112 sayılı Kanun m.8/f’de ifade edilen genel ahlaka uygun olma şartı Anayasaya aykırıdır.

Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunun (TCK) “Genel Ahlakla Karşı Suçlar” başlığını taşıyan 7. bölümünde müstehcenlik suç olarak düzenlenmiştir. TCK m.226/2 uyarınca müstehcen görüntünün, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlanması veya yayınlanmasına aracılık edilmesi suçtur oluşturmaktadır. TCK ve 6112 sayılı Kanun müstehcenlik kavramının tanımını yapmış değildir. Müstehcenlik kavramının genel geçer bir tanımını da yapmak mümkün değildir. Arapça “hücnat” kökünden gelen müstehcen, “açık saçık, edep dışı, ar ve haya duygularını inciten, yakışsız, iğrenç, tiksindirici” gibi anlamlarda kullanılmaktadır.<sup>62</sup>

Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.8/n müstehcenlik kavramını “*Cinsel duyguları sömürmeye yönelik, bireyleri cinsel meta olarak gösteren, insan bedenini cinsel tahrik unsuruna indirgeyen, toplumsal yaşam alanı içinde sergilenemeyecek mahrem söz ve davranışlar içeren, toplumda yaşayan bireylerin ar ve utanma duygularını örseleyen ve cinsel isteklerini tahrik ve istismar eder nitelikte*” yayınlar olarak tanımlamıştır. Ancak bu tanım da net bir niteleme yapabilmek açısından yeterli görünmemektedir. Bu nedenle, müstehcenlik kavramının içerik ve kapsamının belirlenmesinde ceza hukuku doktrini ve mahkeme kararları dikkate alınmalıdır. Buna göre müstehcenlik kavramını düzenlerken yasakoyucunun toplumda ortak bir duygu olan “genel adab”ı dikkate alarak gelecek bir kötülüğü, yani genel ahlakın düşmesini önlemeyi amaçladığı belirtilmiştir.<sup>63</sup> Bu bağlamda kapsamı belirsiz ve değişken olan müstehcenlik kavramı da kendisiyle aynı nitelikleri taşıyan genel adab ve dolayısıyla genel ahlak kavramıyla açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle

61 ÇANKAYA/BATUR YAMANER, s.31 vd.

62 KEJANLIOĞLU, “Cinsellik, 'Erotik Programlar', Müstehcenlik ve 'Ahlakçı' İkiyüzlülük”, in **Medya Politikaları**, s.319.

63 EREM, Faruk, **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 1985, s.220.

müstehcen nitelmesi yapılırken ortak bir duygu olan hicap esas tutulmalı, fiilin işlendiği zamanın sosyal ve kültürel şartları, birlikte yaşayanlar arasındaki ortak edep duygusu dikkate alınmalıdır.<sup>64</sup> Danıştay bu konuda AİHM'nin *Müller* kararındaki yorumundan farklı olarak bilirkişi incelemesi yaptırma yoluna gitmeyi tercih etmektedir. Kanaatimizce doğru olan uygulama budur, aksi takdirde ciddi bir sanatsal, edebi veya bilimsel bir değer içeren eserlerin de müstehcen sayılarak yanlış değerlendirilmesi mümkün olacaktır.<sup>65</sup>

Bu nedenle müstehcenlik değerlendirmesi yapılırken, AİHM tarafından da altı çizilen “genel ahlak kavramının zaman ve mekâna göre değişkenliği” gözetilmeli ve bu kavram dar yorumlanarak toplumun “o an”ında ve o zamanın sosyal ve kültürel şartları gözetilerek ortak olan ve hukukun ilgilendiği “asgari ahlak”<sup>66</sup> anlayışının dikkate alınması gerekmektedir. Zira radyo ve televizyon kuruluşlarının elinde bu konuda objektif ölçütler bulunmamaktadır. Bu noktada da, kamu düzeninin unsurlarından biri olan genel ahlakın korunmasının tek başına amaç olarak ele alınmaması, ihlale konu yayının açık ve yakın bir tehlike oluşturması durumu dikkate alınmalıdır.<sup>67</sup> Ancak ahlak kurallarının ihlali açık ve yakın tehlikeyi tespit etmek de “genel ahlaka aykırı yayın”ı tespit etmek kadar güç olacaktır. Toplumu oluşturan bireylerin ahlak anlayışlarının aritmetik ortalamasının alınması da mümkün olmadığına göre, toplumun genelinin ahlaka mugayir olduğu konusunda üzerinde ortak kanaati olan fiiller ihlal olarak dikkate alınmalıdır. Bu anlamda korunmada öncelikli kabul edilen çocuklar ve gençler açısından “genel ahlaka aykırı yayın” konusunda görece daha geniş yorum yapılabilse de, yayınların saat düzenlemeleri ile bu kategorinin korunması mümkündür. Bu nedenle, ifade özgürlüğünün korunabilmesi için toplumun ortak “genel ahlak anlayışı” minimum düzeyinden değerlendirilmeli, herkeste asgari müşterek olan minimum ahlak dikkate alınmalıdır.

#### **bb. Toplumun Milli ve Manevi Değerleri ve Ailenin Korunması**

Toplumun milli ve manevi değerlerine ve ailenin korunması ilkesine aykırı yayın yasağı da aynen “genel ahlak” kavramı gibi objektif kriterlerle açıklanması mümkün olmayan düzenlemedir. Zira böyle bir sınırlamanın çerçevesini çizmek mümkün görünmemektedir. Bu maddeye dayanarak ihlal nitelmesi yaparken RTÜK'ün takdir yetkisini keyfi bir şekilde kullanabilmesi

64 PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu C.4 (m.223-345), Seçkin, Ankara, 2008, s.3373.

65 Danıştay 10.D, 15.5.2001, E.1999/5326, K.2001/1807.

66 BİLGE, Necip, **Hukuk Başlangıcı**, Turhan, Ankara, 2011, s.11.

67 OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, XII Levha, İstanbul 2011, s.124.

olasıdır. Bu noktada, RTÜK'ün özerkliği, bağımsızlığı ya da kusursuz olarak faaliyette bulunmaya liyakatli olup olmadığı dahi dikkate alınmaksızın, kavramların muğlaklığı nedeniyle ifade özgürlüğü üzerinde bir tehdit bulunmaktadır. Bu anlamda RTÜK kararlarının yargısal denetime açık olması da bu tehlikeyi bertaraf etmeye yeterli görünmemektedir.<sup>68</sup>

Bununla birlikte, bu maddelerin ihlali bir yayın kuruluşunun cezalandırılması için gerekçe oluşturmakta, ihlalin varlığına karar verecek kurum olan RTÜK üyelerinin belirlenmesinde de siyasi partiler ve TBMM son sözü söylemektedir.<sup>69</sup> RTÜK'ün daha önce yayın ilkeleri ihlali nedeniyle verdiği yaptırım kararları, 649 sayılı KHK sonrası hükümetin idari denetimi altında yapacağı ihlal nitelendirmeleri hakkında bilgi verebilecek niteliktedir. Bu nedenle, kavramın muğlaklığı yanında RTÜK üyelerinin bu kavrama hangi anlamları atfettiği de önemli olmaktadır. Örneğin, RTÜK bir televizyon dizinde köpeğe “Hüseyin” adı verilip, dizi boyunca bu şekilde çağrılmasını, bu isimlendirmenin Hz. Muhammed'in torunu ve Hz. Ali'nin oğlu olması nedeniyle Hz Hüseyin'e sevgi duyan bir kitleyi rencide ettiği ve toplumun milli ve manevi değerlerine aykırı olduğu gerekçesiyle dizinin yayınlandığı kanala uyarma cezası vermiştir. RTÜK'ün bu kararı idare mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve Danıştay da ilk derece mahkemesinin bu kararını onamıştır.<sup>70</sup>

Yine bir başka örnekte RTÜK, aldatma ve çok eşlilik gibi konuların mahkeme salonuna dönüştürülen stüdyoda jüri üyelerini canlandıran seyirciler önünde tartışılması temalı programda eşini aldatan bir erkeğin eleştirilmesini ve bu arada “Burada bağıracağına 12 yıllık eşine sahip çıkıp sevdirseydın kendini”, “sen erkek olduğun için kendimden utanıyorum” gibi ifadeler sarf edilmesini toplumun milli ve manevi değerlerine ve Türk aile yapısına aykırı bularak verdiği uyarma cezası idare mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve Danıştay tarafından onanmıştır.<sup>71</sup>

RTÜK'ün toplumun milli ve manevi değerleri ile aile yapısı kavramlarını değerlendirme skalasının genişliği konusunda çarpıcı bir örnek de din ve vicdan özgürlüğü konusundadır. RTÜK, “Hristiyan dini içerikli yayın yaptığı” gerekçesiyle, toplumun milli ve manevi değerlerine, Türk aile yapısına aykırılık nedeniyle olduğu bir radyoya uyarı cezası vermiştir. İşlemin iptal

68 ŞAHİN, s.225.

69 ÜNLÜER, Ayhan Oğuz, “Medyada Etik Söylem ve Medya Etiğini Biçimleyen temel Belirleyiciler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Küresel İletişim Dergisi*, S.2, Güz-2006, s.7.

70 Danıştay 13.D, 4.05.2009, E.2008/4089, K.2009/4795.

71 Danıştay 13.D, 16.6.2009, E.2008/3231, K.2009/6681.

edilmesi için başvurulmuş Ankara 7. İdare Mahkemesi, söz konusu yayının içeriğini oluşturan Hristiyanlık yaşam felsefesi ve motiflerinin tek bir inanca yönelik olarak toplumda özgürce kanaat oluşmasını engelleyecek biçimde verildiğini belirterek RTÜK tarafından verilen yaptırımı hukuka uygun bulmuştur. Uyuşmazlığı temyiz merci olarak inceleyen Danıştay'da tetkik hakiminin görüşü özellikle ifade özgürlüğü açısından dikkat çekicidir.

Tetkik hakimi, AİHM'in, AİHS'in din özgürlüğünü düzenleyen 10'ncu maddesi kapsamında verdiği bir kararında, "Maddede öngörülen din özgürlüğü yalnızca, bireyin dini inancını diğerleriyle topluluk halinde veya aynı inancı paylaşanlar arasında açığa vurma özgürlüğünü değil, tek başına özel olarak, örneğin aydınlatma yoluyla komşusunu inandırma hakkını da kapsar" denildiğini anımsatmıştır. Bu bağlamda, "komşusunu inandırma (ikna etme) hakkının" da din özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden tetkik Hakimi, "İkna eyleminin reddi halinde din veya inanç değiştirme özgürlüğü teorik ve kağıt üzerinde kalan bir varsayım" olacağını belirtmiştir. Ayrıca, AİHS uyarınca, kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren bilgilerin veya fikirlerin değil, aynı zamanda kırıncı, şok edici veya rahatsız edici olanların da düşünce özgürlüğü kapsamında bulunduğu dikkat çeken hakim, bunların "demokratik toplum için olmazsa olmaz; çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleri" olduğunu ifade etmiştir. Danıştay 13. Dairesinin kararı ise, uzman kişilerden oluşan bir bilirkişi heyetine inceleme yaptırılmaksızın diğer unsurlar nedeniyle hukuka uygunluğunu irdelemeye olanak bulunmaması nedeniyle bozma yönünde olmuştur.<sup>72</sup>

RTÜK benzer biçimde şifreli bir kanalda yayınlanan "Sex and The City-2" filminde eşcinsel evlilik töreni sahnesi nedeniyle 'Genç ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini zedeleyici yayın yasağı ilkesine dayanarak ilgili televizyon kanalının savunmasını istemiştir. Karara karşı çıkan üyelerden RTÜK Başkanı Davut DURSUN, cezanın verilmesine değil, dayanak ilkeye karşı çıkmıştır. Toplumun milli ve manevi değerleri ile ailenin korunması ilkesinin ihlali olduğunu düşünen DURSUN, "Kuşkusuz kendisini homoseksüel olarak tanımlayan kimselerin de yasal ve kültürel imkanlar elverdiği ölçüde bir akit dahilinde birleşmeleri mümkündür. Böyle bir durumun, olağanlaştırılarak, sunulması ise, çocuklar ve gençler üzerinde olumsuz etki oluşturacak, toplumun temeli aile kurumunu zafiyete uğratacaktır. Bu tür ilişkilerin normal gösterilmeye çalışılması, Türk aile

yapısına zarar verici niteliktedir." gerekçesini sunmuştur. Karara karşı çıkan üye Esat ÇIPLAK ise, "Toplumsal normların dışında kalan meşruiyet dışı ilişkinin olağanmış gibi sergilenmesi rahatsız edicidir. Ancak bu yayın şifreli bir kanaldadır. Yayın içeriğinden ötürü ilgili yayın kuruluşuna müeyyide uygulamak demek, Üst Kurul'un amacını aşarak topluma neyi tercih etmesi gerektiğini dikte etmek anlamına gelmektedir" yorumunu yapmıştır.<sup>73</sup>

### **cc. Toplumu Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Nefret Duyguları Oluşturma**

6112 sayılı Kanun m.8/b ile ırk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik eden veya nefret duyguları oluşturan yayınlar yasaklanmıştır. Günümüz kamu hukukçuları ve siyaset bilimcileri tarafından ayrımcılığın somut ifadesi olarak değerlendirilen “nefret söylemi” kavramı 6112 sayılı Kanundaki düzenlemeyi kapsar niteliktedir. Nefret söylemi “*bir kişi ya da grubu ırkı, cinsiyeti, yaşı, etnisitesi, milliyeti, dini, cinsel yönelimi, cinsel kimliği, engelliliği, ahlaki ya da politik görüşleri, sosyo ekonomik sınıfı, mesleği ya da görünüşü (boy, kilo veya saç rengi gibi), zihinsel kapasitesi ve benzeri herhangi bir özelliği nedeniyle küçük düşürmeye, yıldırma ve onlara karşı şiddet veya önyargıyı kışkırtmaya niyet eden söylemleri*” ifade etmek için kullanılmaktadır.<sup>74</sup>

İrkçi söylemler kişilerin ırk, etnik köken, renk, dil gibi nedenlerle aşağılanması, hakarete uğramasını ve toplumda bu kişilere karşı nefret ve şiddet duygularının uyandırılmasını içermektedir.<sup>75</sup> AİHS m.10/2'de düzenlenen sınırlama nedenleri arasında ırkçı söylemler sayılmamış bulunmaktaysa da, AİHM aldığı kararlarında bu kapsamda değerlendirilebilecek ifadeleri “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” ve/veya “kamu düzeni” açısından ele alarak değerlendirmektedir. Ayrıca Türkiye'nin de taraf olduğu 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.20 savaş lehine yapılacak her türlü propagandanın yanı sıra ayrımcılığa, düşmanlığa veya şiddete teşvik eden her çağrıyı da yasaklamaktadır.

TCK m.216, “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı Beşinci Bölümünde halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu düzenlemiştir. Maddede

73 Habertürk Gazetesi Haberi, 22.3.2011; <http://www.haberturk.com/medya/haber/613043-escinsel-evlilik-torenine-rtukten-sok-ceza>; (erişim tar. 11.12.2011)

74 PANKOWSKI'den aktaran ÇELENK, “Ayrımcılık ve Medya”, <http://ilef.ankara.edu.tr/etik/wp-content/uploads/sevilay-celenk-ayrimcilik-ve-medya.pdf>; (erişim tar. 19.11.2011)

75 ÇANKAYA/BATUR YAMANER, s.62.



üç ayrı suç tipi öngörülmüştür. Buna göre,

*“(1)Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etmek kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde,*

*(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılamak,*

*(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dinî değerleri alenen aşağılamak suçtur.*

Buna göre TCK m.216 hem halkı kin ve düşmanlığa tahrik, hem de halkın bir kesiminin sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak ve dini değerleri aşağılamak olmak üzere iki nitelikli hakaret suçu öngörmüştür. 6112 sayılı Kanun da m.8 hükümlerinde aynı saiklerle halkı kin ve düşmanlığa tahrik eden (b) ve aşağılayan yayın (e) yasağını getirmiştir.

TCK açısından yasakoyucunun tercihinde dikkati çeken nokta halkın kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşabilmesi için “açık ve yakın bir tehlike” bulunması koşuludur.<sup>76</sup> 6112 sayılı Kanun m.8/b uygulaması esnasında RTÜK, yayınların halkı kin ve düşmanlığa tahrik edip etmediği ve nefret duyguları oluşmasına yol açıp açmadığı konusunda değerlendirme yaparken TCK'da ifade edilen “açık ve yakın tehlike” koşulunu gözetmelidir. Buna göre, yasakoyucu madde gerekçesinde somut tehlike suçu olarak düzenlediği tahriklerin şiddeti içeren ve tavsiye eden<sup>77</sup> nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir. TCK m.216 gerekçesinde bu suçun soyut bir tehlike suçu olmadığı özellikle belirtilmiş ve somut tehlike suçunun da yalnızca şiddeti içeren veya tavsiye eden tahriklerin varlığı halinde madde kapsamına girebileceği ifade edilmiştir. Gerekçe dikkat çeken iki nokta bulunmaktadır. Bunlardan ilki tahrikin objektif olarak

76 İlk olarak 1919'da Amerikan Federal Mahkemesi yargıcı Oliver Wendell Holmes tarafından kazandırılan kavram, zorunlu askerliğe karşı ilanların posta ile dağıtılmasının cezalandırılması konusundaki kararda kullanılmıştır. Holmes, dava konusu fiilin normalde suç olmamasına rağmen ABD'nin savaşta olması nedeniyle somut durumda suç oluşturduğu yönündeki kararında “açık ve mevcut tehlike”nin (*clear and present danger*) bulunması durumunu temel almıştır. Buna göre, “*Her vakada mesele, kelimelerin Kongre'nin önleme hakkı olan maddi şerhler doğuran açık ve mevcut bir tehlike yaratacak mahiyette ya da koşullarda kullanılıp kullanılmadığıdır.*”. TCK'daki ifadesiyle “yakın” tehlikenin de “mevcut” (*present*) olarak anlaşılması gerekmektedir. Aksi takdirde yakınlığın ölçüsünün ve dolayısıyla suçun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesinde farklılıklar ortaya çıkabilecektir. Aktaran, TRAGER, Robert/DICKERSON, Donna L., **21. Yüzyıl'da İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2003, s.73-74.

77 Bu konuda Amerikan Federal Mahkemesi tarafından verilen Brandenburg kararı ifade özgürlüğü açısından dönüm noktası niteliğindedir, zira yargıç Holmes'un “açık ve mevcut tehlike” doktrinine yaklaşımda içeriğinde “şiddeti tahrik ve teşvik etme” kriteri getirilmiştir. Bu anlamda ifadelerin doğrudan eylemi teşvik etmesi gerekmektedir, soyut doktrinlerin içeriği ne olursa olsun eylemle doğrudan bağlantıları olmadığı sürece sınırlandırılmayacağını belirtilmiştir. Aktaran ŞAHİN, s.355358.



“elverişli” olması zorunluluğudur. Bundan anlaşılması gereken “sorumsuz dinleyici” tavrına bağlı olarak ifadenin denetlenmemesi gerekmektedir. İkinci olarak da “halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme” kastının bulunması gereğidir. Bu nedenle dışarıdan kin ve düşmanlığı tahrik eder şekilde algılanan ifadenin sahibinin özel kastını aramak gerekecektir.<sup>78</sup> Bu anlamda TCK m.216’nın gerekçesi RTÜK için de yönlendirici olabilecektir.

AİHS m.10/2’de sayılan ifade özgürlüğünün meşru sınırlama nedenleri arasında dinin korunması bulunmamakla birlikte, AİHM önüne gelen uyuşmazlıklarda “din ve inanç özgürlüğü”nü düzenleyen m.9’u dikkate alarak m.10/2’deki “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” sınırlama nedeni kapsamında değerlendirme yapmaktadır. Mahkeme, ister azınlık ister çoğunluk mensubu olsun dinlerini uygulamak isteyenlerin bunu her türlü eleştiriden uzak olarak gerçekleştirmelerini mantıklı olarak bekleyemeyecekleri görüşündedir. Bununla birlikte, inançların ve dini doktrinlerin karşılaştıkları eleştirilerin biçimi, devletin sorumluluğu ve müdahale alanı konusunda belirleyici olmaktadır.<sup>79</sup> Buna göre, başkaları için incitici olan ve dolayısıyla onların haklarını ihlal eden ve toplumun ilerlemesi için gerekli olan açık tartışmaya hiçbir katkısı bulunmayan ifadelerin önlenebileceği yorumu yapılmıştır. Böylece AİHM dine hakaret unsurları içeren bazı düşünce ve ifadelerin topluma ilerleme açısından bir katkı sağlamadığı gerekçesiyle sınırlanabileceği konusunda izin vermiş bulunmaktadır. Buna göre, demokratik toplumda dince kutsal sayılan değerlere hakaret edilmesi cezalandırılabilir. Sınırlama konusunda ise aynen “genel ahlak” kavramında olduğu gibi sözleşmecî devletlere değerlendirme serbestisi bırakmıştır. Din konusunda da ülkeler arasında bir ortak standart bulunmadığından bahisle sözleşmecî devletlerin kanun ile getirebilecekleri sınırlamalar konusunda değerlendirme serbestilerini genişletmiştir.<sup>80</sup>

*Müslüm Gündüz/Türkiye Kararında AİHM*, şeriatı savunmanın ifade özgürlüğü kapsamında olduğu yorumunu yaparken, laik kesime yapılan hakaretin canlı yayında sarf edilmiş sözler nedeniyle gözden geçirilme olanağının bulunmadığını ve programda karşı görüşün bulunmasını dikkate alarak Türkiye’nin verdiği ceza ile m.10’u ihlal ettiği kanaatine varmıştır.<sup>81</sup> Laiklik temelli dini doktrine hakaret olarak değerlendirilmeyen uyuşmazlık

78 ŞAHİN, S.433-434.

79 Otto-Preminger Institut c. Avusturya, 20.9.1994. par.47.

80 ÇANKAYA/BATUR YAMANER, s.40.

81 Gündüz c. Türkiye, 4.12.2003, par.50. Aczmendi tarikat Şeyhi olan Müslüm Gündüz katıldığı

konusu ifadelerin, şiddet içermediği için zaten kin ve düşmanlığa tahrik kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bununla birlikte AİHM, *A.İ/Türkiye* kararında bir romanda bulunan ifadeler nedeniyle Türkiye Devletinin yaptığı müdahaleyi Müslümanlarca kutsal olan konuları küçük düşürücü saldırılardan korumak amacına yönelik olması nedeniyle m.10'u ihlal eder nitelikte bulmamıştır.<sup>82</sup> Zira uyuşmazlık konusu ifadelerin şoke edici ve kışkırtıcı görüşler olmanın ötesinde İslam dini peygamberine karşı tahkir edici nitelikte bulunduğu yorumu yapılmıştır. Bu nedenle AİHM “*dini dogmaların eleştirisi söz konusu olduğunda inananların kendilerini haksız bir şekilde saldırıya uğramış hissedebileceklerini*” belirtmektedir.

TCK m.216/3 ise dini değerlere hakaret suçunun oluşabilmesi için ifadelerin “filin kamu barışını bozmaya elverişli” olması koşulunu aramaktadır. Bu noktada T.C.Anayasası m.25/3 uyarınca “Kimse ... dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.” hükmü gereğinde dini değerlere hakaret içermemek kaydıyla herkes dini kanaatlerini istediği şekilde de açıklayabilmelidir. İnanmama özgürlüğünü de içermekte olan “din ve inanç özgürlüğü”, ateist ifadelerle tanrının varlığının reddini de kapsamına almaktadır. Bu nedenle bu görüşlerin açıklanması “dini değerlerin hakarete uğraması” olarak değerlendirilmemelidir. Dini dogmaların eleştirisi söz konusu olduğunda inananların kendilerini saldırıya uğramış hissedebilecekleri kabul edilebilirse de, ifade özgürlüğünün şoke edici ve rahatsız edici ifadeleri de kapsamına aldığı unutulmamalıdır.

Ancak unutmamak gerekmektedir ki, idari yaptırımlar ile cezai müeyyideler arasında fark bulunmaktadır<sup>83</sup> ve TCK m.216, yasakoyucu tarafından “suç” olarak tanımlanmış filleri düzenlemektedir. Ancak kolluk faaliyeti yürütmekte olan RTÜK’ün uyguladığı yaptırımlar idari işlem niteliğindedir ve idari yaptırım uygulanabilmesi için ihlal niteliğindeki fiilin TCK anlamında suç oluşturması gerekmemektedir. İfade özgürlüğüne kitle iletişim araçları alanında yapılan müdahaleler daha geniştir, özellikle de

canlı televizyon programında kullandığı “*Demokrat olmak dinsiz olmak demektir*”, “*Türkiye’de demokrasi despotiktir, merhametsizdir, dinsizdir.*” ve “*Resmi nikahtan doğan çocuklar piçtir*” ifadeleri nedeniyle eski TCK m.312/2 ve m.312/3 hükümlerinden yargılanmış ve mahkum edilmiştir. Yargıç Rıza Türmen, AİHM’in Otto-Preminger kararında dini korurken laik düşüncüyü korumadığı yönünde karşı oy kullanmıştır.

82 A.İ. c. Türkiye, 13.9.2005. AİHM, “Yasak Tümceler” adlı romanda bulunan “*Tanrının ulaşı orucunu cinsel ilişki ile bozuyordu... Muhammed ölü bir insanla ya da canlı hayvanla cinsel ilişkiyi yasaklamıyordu*” ifadelerinin üzerinde özellikle durmuştur.

83 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan , *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Asil Yay., Ankara, 2006, s.24 vd.

ulaştığı kitlenin büyüklüğü ve ulaşım kolaylığı dikkate alındığında radyo ve televizyon alanında bu müdahalelerin daha geniş olabileceği konusunda genel bir fikir birliği bulunmaktadır. Bu anlamda RTÜK'ün kanun dairesinde kalmak kaydıyla ihlal fiilini belirleme alanı ceza yargısınınkinden daha geniş olabilecektir. Ceza yargısının “suç” nitelmesi idari kolluk açısından “ihlal” kabul edilebilecek fiillere göre dardır. İhlal oluşturan yayın nedeniyle ceza yaptırımları uygulanması yanında idarece ayrı bir yaptırım uygulanabildiği gibi, idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir eylemin varlığı halinde ceza yargılamasındaki nitelendirme ve verilen karar idari yaptırım uygulanmasını engellemez.<sup>84</sup>

Bununla birlikte idari yaptırım uygulanması gereken fiilin ihlal niteliğinde olup olmadığını değerlendirirken RTÜK'ün özgürlüğün kullanılmasındaki ifadelerin toplumun bir kesimini ya da tamamını şoke edici veya rahatsız edici olabileceğini ve bu nedenle özgürlüğün sınırlanmaması gerektiğini göz önüne alması gerekmektedir. Sonuç olarak RTÜK bir yayın ilkesi ihlali olup olmadığını değerlendirirken ceza yargıcı gibi “suç” tanımı üzerinden inceleme yapmak zorunda olmasa da, objektif sınırlar içinde kalmalı ve genişletici yorum yapmamalıdır.<sup>85</sup> Aksi durumun kabulü RTÜK'ün bu konuda keyfi ve dahi siyasi nitelikte karar alabilmesine olanak tanır. Bu konuda ifade özgürlüğünün korunması açısından kararlarının yargısal denetimi esnasında idare mahkemesi yargıçlarına önemli rol düşmektedir.<sup>86</sup> Bununla birlikte, bu konuda Danıştay kararlarında da bir istikrar olduğu söylenemeyecektir.<sup>87</sup>

84 Danıştay 13.D, 16.5.2005, E. 2005/1140, K.2005/2543.

85 RTÜK'ün genişletici yorum yaparak siyasi eleştiri sınırları içinde kalan bir ifadenin “nefret duygusu oluşturduğu” yönündeki nitelendirmesi genişletici yorum yapmasına örnek olarak verilebilir. Kütahya İşadamları Derneği Başkanının yerel bir televizyon kanalında katıldığı programda “28 Şubat Süreci” olarak adlandırılan siyasi ve ekonomik olayları eleştirdiği ifadeleri nedeniyle, RTÜK tarafından yayındaki ifadelerin “nefret duygusu oluşturduğu” gerekçesiyle televizyon kanalı hakkında yaptırım uygulanması kararı alınmıştır. Danıştay temyiz mercii olarak incelediği uyuşmazlıkta, seçim öncesi yayınlanan programdaki ifadelerin siyasi eleştiri niteliği taşıdığı, nefret duygusu oluşturmadığı gerekçesiyle davayı reddeden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. (Danıştay 13.D, 6.6.2005, E.2005/576, K.2005/2982).

86 Örn. Danıştay 13.D, 7.11.2008, E.2008/56, K.2008/7151. Özel bir radyoda 1.7.2004 tarihinde yayınlanan “Sivas Özel” programında, 1993 Sivas olaylarıyla ilgili olarak Edebiyatçılar Derneği tarafından yayınlanan bir kitap kapağından alıntılar yapılmıştır. Buna göre, “Hiçbir şey birdenbire olmaz. Önce ezanı Arapça'ya çevirdiler dinlediniz. Sonra siz isterseniz hilafeti bile getirin dendi, demokrasi sandınız. Sonra bir çığ gibi Kur'an kursları, imam hatip okulları açıldı, din dersleri anayasal zorunluluk oldu, kabullendiniz. Tesettür arttı, cami sayısı okulları geçti, inanç özgürlüğü sandınız. Giyim kuşama müdahale ettiler. Oruç tutmayı öldürdüler, şaşırdınız. Daha sonra bilim adamı, yazarları yaktilar. Kimin yaptığını düşünüp durdunuz. En sonunda kapınızı acaklar. Size kendinizden başka yardım edecek kimse kalmayacak.” ifadelerinin toplumu şiddete, teröre ve etnik ayrımcılığa sevk ettiği gerekçesiyle RTÜK tarafından ilgili radyoya yaptırım uygulanması kararı verilmiştir. Danıştay söz konusu ifadelerin yayınlanmış bir kitap kapağından alıntılanmış olduğunu belirterek, “şiddete yönelik bir unsur olmasından ziyade, aksine şiddeti ve yaşanan olayları irdelemek ve belli olayları vurgulamaktan başka amaç güdülmediği” gerekçesiyle ihlal bulunmadığı yönünde karar almış ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

#### **dd. Kabul Edilebilir Eleştiri Sınırları Ötesinde Küçük Düşürücü, Aşağılayıcı İfadeler**

6112 sayılı Kanun m.8/ç hükmü gereğince kişi ve kuruluşları küçük düşürücü, aşağılayıcı ve iftira niteliğinde ifadeler içeren yayın yapmak yasaktır. Çalışmanın konusu RTÜK üzerinde siyasi iktidara tanınan denetim yetkisinin ifade özgürlüğüne olası olumsuz etkileri olduğundan, konu politikacılar özelinde incelenecektir.

AİHM politik tartışmaların demokratik toplumdaki önemine binaen, politikacılara yönelik eleştiri sınırlarının diğer kişilere oranla daha geniş olduğu görüşündedir.<sup>88</sup> Mahkemeye göre politikacılar kendilerini bilerek ve kaçınılmaz olarak kamuoyunun yakın ilgisine açmaktadırlar, bu nedenle de eleştirilere göstermeleri gereken hoşgörü sıradan vatandaşlarınkine göre daha geniş olmak durumundadır. AİHM'e göre, hükümete yöneltilen eleştirinin sınırı sade bir vatandaşa hatta bir politikacıya yönelik eleştiri sınırından çok daha geniştir. Demokratik sistemlerde hükümetin eylemleri yalnız yasama ve yargı organlarının değil, basın ve kamuoyunun da yakın incelemesine tabi olmalıdır.<sup>89</sup>

Bununla birlikte politikacıların da kişilik haklarının korunması gerektiği aşıkardır. Bu noktada, kişilik haklarının korunması ile siyasal sorunların kamusal olarak tartışılmasının yararı arasında bir karşılaştırma yapılarak sonuca varılması gerekmektedir.<sup>90</sup> Zira bu türden ifadelere yapılacak müdahaleler gelecekte siyasi konular üzerindeki fikir ve yorum yapılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak bu da medya kuruluşu açısından bir sansüre, dahası yaptırımla karşılaşmamak için en kötü sansür türü<sup>91</sup> olan otosansüre

87 Örneğin, Danıştay bir kararında “*Laiklik içki satışı getirmiştir, kadın satışı getirmiştir.*”, “*Allah aşkınıza bu laikliğin insanlığın tümüne yararlı bana bir tane kanun gösterin... Nerde rezalet var orasını onaylıyor, nerde güzellik var kıyamet kopuyor.*” ve “*Bir tek laiklik kadın satışına izin verir. Niye? Çünkü satılan kendi kızı değildir*” gibi ifadeler nedeniyle RTÜK’ün program hakkında uyguladığı yaptırımı, yayının kamuoyunun bilgilendirilmesi niteliğini aşarak laik kesimi ve laikliği savunan insanları aşağılar nitelikte olduğu gerekçesiyle hukuka uygun bulan ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur (Danıştay 13.D, 10.03.2010, E.2009/1684, K.2010/2142). Buna mukabil daha eski bir kararında Danıştay, “Müslüman deyince nasıl bir insan akla gelir?” sorusuna program konduğu tarafından verilen Müslümanlar nereye gidilir nereye gidilmez bunları bilecek. İçki bulunan bir meclise mesela davet etseler, Müslüman gidebilir mi? Gidemez, niçin? Müslüman şerefli insandır. İçki içilen yerde şeref yoktur. Buna dikkat etmiyor Müslümanlar. Bir de ne yapıyor içki içenler, bazıları herhalde öyle yapıyor. Şerefe diyor kadehleri tokuşturuyorlar, şerefe deyip içiyorlar değil mi? Şerefe demeyecek esasen. Orada şeref olmaz, orada şerefsizlik olur. Öyleyse ne demeli? Şerefsizliğe, şerefsizliğe demeli.” ifadelerini farklı düşünce ve inanç anlayışına sahip insanların kınandığı ve aşağılandığı gerekçesiyle RTÜK tarafından uygulanan yaptırımı hukuka uygun bulan ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır (Danıştay 13.D, 4.12.2006, E.2006/4589, K.2006/4597).

88 Lingens c. Avusturya, 8 Temmuz 1986, aktaran TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s.434-435.

89 Castells c. İspanya, 28 Eylül 1999, aktaran Ibid.

90 ŞAHİN, s.398.

91 TRAGER/DICKERSON, s.104.

dönüşebilecektir.

TCK'nun “Şeref Karşı Suçlar” başlıklı Sekizinci Bölümünde yer alan m.125 hakaret suçunu düzenlemekte ve bu suçun kitle iletişim araçları vasıtasıyla işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte TCK m.301/4 eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağını belirtmiştir. Bu anlamda hakaret içermediği sürece politikacılar ve hükümete yöneltilen ifadeler eleştiri sınırları içinde değerlendirilmelidir.

Danıştay da RTÜK'ün "Kişilerin manevi şahsiyetlerine eleştiri sınırları ötesinde saldırıda bulunulmaması..." ilkesinin ihlali gerekçesiyle uyguladığı yaptırımı iptal eden idare mahkemesinin kararını bozarken, AİHM kararlarına paralel bir gerekçeye dayanmıştır. Buna göre, siyaset adamlarının toplumu etkileme ve yönlendirme konumları, onların "eleştirilebilir" sınırlarını da genişletmektedir. Bu itibarla siyasilerin ağır da olsa haklarında yapılan eleştirileri hoşgörüle karşılamaları gerektiğinden; doğrudan kişisel niteliklerine yönelmeyen, siyasal kimliklerine yönelik ifadelerin eleştiri sınırı içinde mütalaa edilmesi gereklidir. Demokratik bir toplumun vazgeçilmez öğelerinden biri olan siyasi partilerin temsilcilerinin bu sıfatı ile katıldıkları medyatik toplantılarda, kendi savlarının ispatı bakımından karşıt görüşleri eleştirmesi ve bu eleştiriye de en etkileyici şekilde yapmak arzusu içinde olmaları tabiidir. Bu çerçevede içinde siyasilerin birbirlerine karşı yapmış oldukları eleştirilerin üslubu ve ölçüsünün herhangi bir kişiye göre daha farklı ve çarpıcı hatta ağır olması siyaset yapmanın gereği olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>92</sup>

Politikacıların korunması zorunlu kişilik hakları olduğu kuşku götürmez bir gerçektir. Ancak, basın demokratik toplumdaki kamuoyunu bilgilendirme işlevi dikkate alındığında her an göz önünde olan siyasetçileri icraatlarıyla

92 Danıştay 13.D., 8.2.2007, E. 2006/5565, K.2007/354. Karara konu uyuşmazlık İşçi partisi Genel Başkanı Doğu Perinçek'in katıldığı “Kırmızı Koltuk” adlı tartışma programında ““Şimdi bakınız hükümet Kıbrıs’ı filan veremez. Yani böyle Damat Ferit Paşa Hükümeti Türkiye’yi İngiliz’lere; Yunan’a verebilmiş midir ki Tayip Erdoğan, Abdullah Gül yönetimi Kıbrıs’ı Amerika’ya verebilsin...” ibareleri ile başlayan ve "... bu gün iktidarda bulunanlar ben onlara Türkiye Hükümeti demeyeceğim, Küçük Amerika iktidarı diyeceğim. O Atatürk’ün delalet, hıyanet içinde olan gafiller diye tanımladığı iktidar sahipleri diye söyleyeceğim..." şeklinde devam eden ifadeleri nedeniyle televizyon kanalına verilen uyarma cezası nedeniyle çıkmıştır. Bu kararında yaptırımın nedeni olan ifadeleri, demokratik toplumdaki eleştiri sınırları içinde değerlendiren Danıştay, bir başka kararında bunlara çok yakın olan ifadeleri eleştiri sınırlarını aşan, küçük düşürücü, aşağılayıcı ifade olarak değerlendirmiştir. Şöyle ki, Danıştay 13.D, 29.3.2010 tarih ve E.2009/986, K.2010/2668 kararında yine Doğu Perinçek'in Ulusal Kanal'da yayınlanan “Günün İçinden” adlı programda T.C. Cumhurbaşkanı ve Başbakanının Amerikan Devleti ile üst üste ilişkileri içinde konumlandırılan ve Başbakanın ülkeyi bölme ve parçalama misyonu üstlendiği açıklamalarının eleştiri sınırlarını aştığı yorumu yapılmıştır.

ilgili eleştirmenin de basının görevi kapsamı içinde olduğu açıktır. Objektif sınırlar içinde kalmak kaydıyla, görsel ve yazılı basın ifade özgürlüğü ile kişinin şeref ve haysiyetinin korunması arasındaki hassas dengeyi bulmak zorundadır. Objektif, doğruluğu araştırılmış, güncel, toplumsal ilginin mevcut olduğu konularda haberin özü ile verilme şekli arasındaki dengeyi bulmak, şeref ve haysiyet ihlalini önleyecektir. Bu bağlamda, haberde kullanılan ifadelerle haberin özü arasında bir nedensellik bağı aramak yerinde olacaktır. Haberin özünün gerektirmediği şekilde tahkir edici bir dil kullanılmasının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki, politikacılara yöneltilebilecek eleştiri sınırları sıradan vatandaşlarınkine göre çok daha geniştir ve ifadelerin şoke edici ya da rahatsız edici olması bunların müdahaleye maruz kalması için yeterli değildir. Bu nedenle 6112 sayılı Kanun m.8/ç hükmü nedeniyle ihlal kararı verebilmek için “eleştiri” kavramının kapsamını geniş tutmak ve ifade sahibinde tahkir kastı aramak gerekmektedir.

### III. RTÜK ÜZERİNDE MERKEZİ İDARENİN DENETİMİ

15.2.2011'de yürürlüğe giren 6112 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, selefi 3984 sayılı Kanunda RTÜK için kullanılmayan “bağımsız” niteliğine yer vermiştir. Şöyle ki, 6112 s. Kanun m.34/1'e göre “idarî ve malî özerkliğe sahip, tarafsız bir kamu tüzel kişiliği niteliğinde” olan RTÜK, 2. fıkra hükmüne göre bu Kanun ve mevzuatta kendisine verilen görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır.

Bununla birlikte, 649 sayılı Kanun Hükmünde Kararname<sup>93</sup> m. 45 ile “*Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.*” hükmü ile BİO'lar üzerinde merkezi idareye denetim yetkisi verilmiştir. Bu nedenle BİO kategorisinde olan RTÜK'ün bağımsızlık niteliği ile söz konusu idari denetimin kapsamının incelenmesi gerekmektedir.

#### A. 649 Sayılı KHK ile İhdas Edilen “İdari Denetim”in Hukuki Niteliği

6112 s. Kanun m.34 uyarınca kamu tüzel kişiliğini haiz olan RTÜK'ün Türk idari teşkilat yapılanması içinde genel idare içinde bulunmadığı açıktır. Her ne kadar 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu<sup>94</sup> m.3 uyarınca diğer Düzenleyici Kurullar ile birlikte bütçesi merkezi idare bütçesi içine dahil

93 RG, 17 Ağustos 2011, S.28028.

94 RG, 24.12.2003, S.25326.

edilmiş olsa da, bu konu maliye bilimini ilgilendirmekte olup idare hukuku açısından merkezi idare içinde değerlendirilmesi mümkün değildir.

T.C. Anayasası m. 123 uyarınca kuruluş ve görevleriyle bir bütün olan idare, merkezden yönetim ve yerinden yönetim ilkelerine dayanmaktadır. Bazı kamu hizmetlerinin devlet dışındaki kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi olarak tanımlanan<sup>95</sup> yerinden yönetim ilkesi hem yer hem de hizmet adem-i merkeziyetini de içine alacak şekilde geniş olarak algılanmaktadır. Bu anlamda yerinden yönetim (adem-i merkeziyet) ilkesi, kamu hizmetlerinden bir bölümünün merkezi idare teşkilatı (devlet tüzel kişiliği) ve hiyerarşisi dışında yer alan kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesidir.<sup>96</sup>

Devlet tüzelkişiliği dışında örgütlenmiş yerinden yönetim kuruluşlarının eylem ve işlemlerinin devlet bütünlüğünü tehdit etmemesi veya kamu hizmetlerinin ülke genelinde uyumlu bir şekilde yürütülmesini engellememesi için,<sup>97</sup> idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde bunlar üzerinde merkezi idare lehine idari vesayet denetimi öngörülmüştür. İstisnai bir yetki olan vesayetin konusunun ve usulünün mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda hiyerarşiden farklı olarak genel bir yetki olmayıp, kanuna dayanan ve kanunla sınırlı bir yetkiyi ifade etmektedir.<sup>98</sup>

Vesayet denetimi yerinden yönetim kuruluşlarının organları ve kararları üzerinde olmak üzere iki türde ortaya çıkabilmektedir. Yerinden yönetim kuruluşlarının organlarında yer alan kişilerin seçilmesi, atanması, seçimlerinin onanması, görevlerine son verilmesi ya da görevden uzaklaştırma kararları organlar üzerindeki vesayet denetimine örnek teşkil eder. Yerinden yönetim kuruluşunun seçimle oluşması halinde merkezi idareye tanınan vesayet yetkisi Anayasada öngörülmüş durumların gerçekleşmesi halinde geçici olarak görevden uzaklaştırma kararı alınması ile sınırlıdır (AY m.127/4 ve m.135/6). İşlemler üzerinde vesayet yetkisi ise, kural olarak yerinden yönetim kuruluşunun kararlarını onama, onamama, yürürlüğe girmesini geciktirme ve iptali için dava açma şeklinde ortaya çıkar. Ancak bu yetkilerin açıkça, hangi durumlarda ve hangi usullerde kullanılacağı kanunla öngörülmelidir.

Buna göre, devlet tüzelkişiliği dışında ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olan düzenleyici kurullar üzerinde devlet tüzelkişiliğini temsil eden ilgili bakana tanınan yetki vesayet yetkisidir. Buna göre sınırlı olan bu yetkinin

95 GÖZLER, C.I, s.121.

96 GÜNDAY,s.61.

97 İbid, 71.

98 GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER, s.191.



BİO'lar ve dolayısıyla RTÜK üzerinde hangi konularda ve nasıl kullanılacağı, her bir yetki açısından ve her düzenleyici kurum için ayrı olarak ve açıkça kanunla düzenlenmelidir. Kanunla tesis edilebilecek vesayet yetkisi düzenleyici kurulların organları ve kararları üzerinde olacaktır.

RTÜK açısından organda yer alan kişilerin belirlenmesi yetkisi doğrudan Anayasa m.133 ile TBMM'ye verilmiştir. Buna göre, Radyo ve Televizyon Üst Kurulunu oluşturan dokuz üye, siyasî parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasî parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir. Bu anlamda yasakoyucunun RTÜK'ün organı üzerinde vesayet yetkisi tesis imkanı anayasa tarafından sınırlanmıştır. 6112 s. Kanun m.39/3 uyarınca üyelerin seçilerek geldikleri bu görevlerinden alınmaları söz konusu değildir. Bu görevden alamama koşulu organların mahalli idarelerdeki gibi bir seçimle gelmelerinden kaynaklanmaz. Zira TBMM'nin RTÜK'e üye seçme işlemi, bir parlamento kararı olup, şart işlem niteliğinde bir idari karardır.<sup>99</sup>

Buna göre, Anayasa değişikliği yapmaksızın yasakoyucunun merkezi idareye tanıyabileceği tek denetim yetkisi RTÜK'ün kararları üzerinde olabilecektir. 6112 s. Kanun m.34/2 uyarınca RTÜK, hükümet ile olan ilişkilerini Başbakan veya görevlendireceği bir bakan aracılığıyla yürütür. Bu nedenle RTÜK üzerinde merkezi idareye tanınan vesayet yetkisi başbakan veya onun görevlendireceği bir bakan tarafından kullanılacaktır. İşlemler üzerindeki vesayet denetiminin onama, onamama, yürürlüğe girmesini geciktirme ve işlemlerin iptali için dava açma olduğunu ve 649 sayılı KHK'den önce de “ilişkili” bakanlığın, RTÜK için başbakanın RTÜK kararlarına karşı dava açma yetkisinin kabul edildiği dikkate alındığında şu an 6112 s. Kanun ile düzenlenmiş bir vesayet yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca 6112 s. Kanun m.34/2 deki RTÜK'ün kendisine verilen görevleri kendi sorumluluğu altında ve bağımsız olarak kullanacağı yönündeki düzenleme, Kurulun işlevsel bağımsızlığına işaret ederek kararlarının da vesayet yetkisi altında bulunmadığını göstermektedir. Bu anlamda şu an itibarıyla 649 sayılı KHK ile getirilen denetim yetkisinin RTÜK'ün düzenleyici işlemlerinin iptali için dava

99 TİRYAKİ, Refik, “Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK”, *AÜHFD*, C.51, S.4, 2002, s.180. İşlemin niteliği itibarıyla yargısal denetiminin idari yargı tarafından yapılacağı, ancak Danıştay Kanunu m.24'te TBMM'nin idari işlemleri sayılmadığından bu karara Ankara idare mahkemelerinde dava açılabilmesi yönündeki görüş için bkz. TİRYAKİ, s.181.



açma ve Devlet Denetleme Kurulunun denetimini Cumhurbaşkanından talep etme olarak algılanması gerekmektedir. Bununla birlikte, GÖZLER'in 649 sayılı KHK'den önce de var olduğunu belirttiği “içi boş” ve “içi yetkilerle donatılmamış” vesayet durumu bir gün donatılabilir de.<sup>100</sup>

## **B. RTÜK Üzerindeki İdari Denetimin İfade Özgürlüğü Üzerindeki Olası Etkileri**

Temel hak ve özgürlükler sınırlanma nedenleri de gösterilerek anayasada güvence altına alınmış durumdadır. Her özgürlük ancak anayasada ilgili maddede gösterilen nedenlerle sınırlandırılabilir. Bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine, anayasanın sözüne ve ruhuna, laik cumhuriyetin gereklerine, ölçülülük ilkesine aykırı olması mümkün değildir. Temel hak ve özgürlükler, ancak kanunla ve özlere dokunulmadan sınırlandırılabilir.

Bu anlamda anayasanın ifadesi son derece açık olarak yasakoyucunun ve dolayısıyla hükümetin temel hak ve özgürlükler alanında yetki sınırlarını çizmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, asıl sorun bazı hak ve özgürlüklerin meşru sınırlama nedenlerindeki belirsizlikten kaynaklanmaktadır. Siyasi iradenin yönelimine göre, genel ahlak, kamu düzeni, toplumun milli ve manevi değerleri, ailenin korunması, ırk, dil, din, cinsiyet, ekonomik ve sosyal sınıf ve bölgesel temelli aşağılama ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve eleştiri sınırlarını aşan aşağılayıcı ifadeler gibi sınırlama nedenlerinin kapsamı genişleyebilmekte ve daralabilmektedir. Bu nedenle düşünce açıklamalarının içeriği açısından sınırlanmasında “zararlı-zararsız”, “sakıncalı-sakıncasız” veya “tehlikeli-tehlikesiz” olarak yapılacak tüm nitelendirmeler ölçütlerin belirsizliği nedeniyle subjektif olacaktır. Bu konularda yasak düşünce alanları yaratılması da bireyin resmi görüşe uygun düşünmeye zorlanması anlamına gelecektir. Düşünme ve çözüm üretme tekeline sahip devlet seçkinlerinin, Türk devlet geleneğinin bir gereği “resmi doğrular”ı çözüm şeklinde topluma dayatmasının<sup>101</sup> önüne geçilmesi muğlak ifadelerle getirilen sınırların kapsamlarının demokratik olarak yorumlanmasını sağlayabilecektir.

Bu anlamda, ihdas edilmiş bir denetim mekanizması ile her an siyasi iradede çoğunluğa sahip olanın hukuki düzenleme ile RTÜK üzerinde yetkiler edinebileceğinin sosyal ve psikolojik etkisi, asıl bağımsızlık niteliğini üyelerine sağlanan güvencelerden alan<sup>102</sup> RTÜK'ün bağımsız karar alması üzerinde olumsuz etki yapılabilir. Bu durumun sıkıntısı uzun vadede,

100 Bkz. *infra* s.6.

101 KORKMAZ, Ömer, “Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s.149.

102 GÖZLER, s.491.

TBMM'de çoğunluğa sahip siyasi partinin liberal ya da otoriter olmasına göre temel hak ve özgürlükler konusunda yaptığı yorumu ve dolayısıyla RTÜK'ün özellikle yaptırım uygulama yetkisi ile müdahale ettiği alanı genişletebilecektir.

Şöyle ki, 6112 s. Kanun m.35/2 uyarınca siyasî parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı aday arasından her siyasî parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle seçilen RTÜK üyelerinin ağırlığının iktidar partisinden olması olasılığı, yapılacak değerlendirmeleri iktidar partisinden siyasi anlayışı çerçevesine hapsedebilecektir. Kurul üyelerinin bağımsızlığını sağlama konusunda seçilen yöntem ne olursa olsun, siyasi partilerin siyaseten kendilerine yakın olmayan isimleri aday göstermeyecekleri dikkate alınmalıdır. Her halükarda hangi yöntem söz konusu olursa RTÜK'ün iktidardan tam bağımsızlığını düşünmek tam bir mit veya ütopya<sup>103</sup> olacaktır. Zaten RTÜK alacağı kararlarda hükümetin programlarını ve uygulanan politikaları dikkate almak durumunda kalacaktır. Aksi takdirde, hükümetle arasında politikaların yürütülmesi açısından sorun ve çatışmalar ortaya çıkabilecek ve aralarındaki ilişki “Bürokrat-Siyasetçi Çatışması” olarak nitelendirilebilecek bir mahiyete bürünebilecektir.<sup>104</sup> Bu anlamda, şu an içi boş gözükse de RTÜK üzerinde hükümete denetim yetkisi verilmesi güçlü ve otoriter iktidarlar dönemlerinde RTÜK'ün görsel-işitsel alanda ifade özgürlüğü kısıtlama organı haline gelmesine neden olabilecektir.

Nitekim RTÜK düzenleme ve denetleme kurulu işlevinin asli olarak denetleme kısmıyla gündeme gelmektedir. Bunda uyguladığı yaptırımlar kadar, henüz düzenleme işlevini tam anlamıyla yerine getirememesi de etkilidir. Görsel-işitsel alanda RTÜK'ün kurulduğu 1994'ten beri frekans planlamaları, frekans tahsisleri henüz yapılmamıştır. Ancak kuralları belirleyici bir kurum olarak çalışmak yerine gündemi daha yoğun izleyip yayınlarda ortaya çıktığı öne süren ihlaller üzerine daha çok kafa yorarsa medyanın da bunun üzerinde ağırlıklı olarak durması ve RTÜK'ü cezalandırıcı bir kurum gibi göstermesi çok doğaldır.<sup>105</sup>

103 Eski RTÜK üyesi Prof. Dr. Korkmaz Alemdar ile yapılan röportajda, “Peki, meslekten gelen, tarafsız insanlardan oluşan bir RTÜK olamaz mı?” sorusuna Alemdar'ın verdiği yanıt şöyledir: “Ütopyalara inanıyorsanız olabilir. Ama Türkiye gerçeğinde bu maalesef mümkün olmuyor. Yani hiçbir iktidar dünya nimetlerinden etkilenmeyecek kişileri oraya getirme niyetinde olmaz. Belki kompozisyon meselesini biraz daha tartışmak mümkündür. Bence bunda yarar da vardır. Oraya seçilecek insanların nitelikleri konusunu gerçekten ayrıntısıyla konuşmak lazım. Bana göre bir dönemden fazla hiç kimsenin RTÜK'te görev yapmasına izin vermemek lazımdır. Çünkü yeniden seçilebilmek amacıyla böylesine önemli bir kuruluşu baskı altına aldığımızda kimin nasıl tepki vereceğini kestiremiyorsunuz.” Cumhuriyet Gazetesi, 17.07.2011.

104 SOBACI, Zahit, “Türk İdari Teşkilatındaki Adalar: Bağımsız İdari Otoriteler”, AÜHFİD, C.55, S.2, s.166.

105 ALEMDAR, Korkmaz, “RTÜK'ü eleştiren medya iktidarın hışmına uğradı” (Röportaj), Cumhuriyet Gazetesi, 17.7.2011.

RTÜK'ün bu siyasi etkilenmeye örnek teşkil edebilecek nitelikteki karar sayısı hiç de az değildir. Örneğin RTÜK televizyon programında bir gazetecinin , KKTC'de Türkiye aleyhinde yapılan mitinglere değinerek Başbakanın "Bunları biz besliyoruz" sözlerini eleştirmiştir. Bu bağlamda, gazetecinin "Başbakanın beğenmediği fikri seslendirip gösteri yaparsan, kamera ile tespit ederler, örgüt üyesi olursun, hapse tıkılırsın. Başbakan emir verir, savcılar harekete geçer. Ama Kıbrıs'ta anavatanda olmayan demokrasi var " ifadeleri “eleştiri sınırlarını aşar nitelikte aşağılayıcı ifade” olarak değerlendirilerek RTÜK tarafından programın yayınlandığı kanala yaptırım uygulanmıştır.<sup>106</sup> Bu karara ilişkin karşı oy yazısında dönemin RTÜK üyesi Korkmaz ALEMDAR, *“Bu karar Üst Kurul'un benzer konularda verdiği kararlarla çelişkilidir. Üst Kurul genellikle siyasetçiler için yapılan eleştirileri ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirip ihlale konu olmadığına karar verirken, Başbakana ilişkin eleştirileri onun “kişilik haklarına saldırı”, “küçük düşürücü” olarak değerlendirme eğilimindedir. Bu tür değerlendirmeler RTÜK kararlarının nesnellüğünün sorgulanmasına yol açacaktır. Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı güçlüdür ve RTÜK'ün korumasına ihtiyacı yoktur. O da bütün siyasetçiler gibi eleştiriye hatta bazen de ağır biçimde eleştiriye açık olmak zorundadır. Bu demokratik ülkelerde genel kabul gören bir durumdur. Ama ulusal ve uluslararası düzeyde çok sayıda siyasal, ekonomik kararlar alan bir Başbakanın bunlarla ilgili eleştirilere, ağır bile olsa, tahammül etmesi gerekir. Üst Kurul yasasının ilgili maddesini dar bir yorumla ve taraflı bir biçimde uygulama kararı vermiştir. Bu tutum eleştiri yapma hakkının fiilen ortadan kalkmasına yol açabilecek bir değerlendirmedir.”* gerekçesini kullanmıştır.<sup>107</sup>

Yine, Mor Çatı ve 17 kadın örgütünün 25 Kasım Uluslararası Kadına Karşı Şiddetle Mücadele Günü nedeniyle hazırladığı kamu spotları RTÜK tarafından "toplumsal cinsiyet eşitliğine" aykırı bulunmuş ve “kadına karşı şiddet toplumsal bir sorun değilmiş gibi “genellemeler” içermesi” nedeniyle kaldırılması kararı verilmiştir.

106 <http://haber.gazetevatan.com/hurriyet-yazari-rtuku-kizdirdi/380956/1/Haber>, (Erişim tar. 11.12.2011).

107 ALEMDAR, Korkmaz, 10.05.2011 tarih ve 2011/28 sayılı Üst Kurul Toplantısı 01 No.lu Karar Şerhi/Şerhleri, [http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik\\_id=d02cd088-6882-4cf8-8619-3ae215bd8163](http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=d02cd088-6882-4cf8-8619-3ae215bd8163), (Erişim tar. 12.12.2011).  
<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1072363&Date=13.12.2011&CategoryID=77>, (Erişim tar. 13.12.2011). Bu konuda daha önce Başbakanın, kadına yönelik şiddetin muhalefetin ve medyanın istismarıyla artıyormuş gibi gösterildiği ve abartıldığı yönünde açıklaması bulunmaktadır. <http://www.ntvmsnbc.com/id/25189895/>, (Erişim tar. 13.12.2011).

---

# VASIYETİ YERİNE GETİRME GÖREVLİSİNİN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUN İPTALİ DAVASI AÇMASI\*

---

ÖĞR. GÖR. DR. H. Tolunay OZANEMRE YAYLA\*\*

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi



## GİRİŞ

Mirasbırakan son arzularının yerine getirilmesinin sağlanması için ölüme bağlı bir tasarrufla vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilir. Atanan bu kimse, mirasın mirasçılar arasında paylaşılmasının mirasbırakanın iradesine veya Kanun'da yer alan hükümlere göre gerçekleşmesi için gereken işlemleri yapacaktır. Fakat acaba vasiyeti yerine getirme görevlisi mirasbırakan tarafından yapılan ölüme bağlı tasarrufun, iptal sebeplerinden birinin bulunmasına dayanarak iptalini talep edebilecek midir?

Konunun incelenmesinde öncelikle vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanması ve genel itibarıyla görev ve yetkileri üzerinde durulacak; daha sonra Kanun'da yer alan hükümler ve ilgili hükümlerden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak İsviçre Hukuk uygulaması ve öğretisinin görüşü ile Yargıtay

- 1 **Piotet**, P.: Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht, Erster Halbband, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart 1978, s. 156; **Christ**, B.: Praxiskommentar Erbrecht, Herausgeber von Daniel Abt und Thomas Weibel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007, Art. 517, N. 1; **Künzle**, H. R.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Herausgeber: Mark Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich Basel Genf 2007, Art. 517-518, N. 5; **Escher**, A.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), Dritte Auflage, Schulthess & CO AG, Zürich 1959, Art. 517, N. 1; **Öztan**, B.: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Dördüncü Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010, s. 270; **Kocayusufpaşaoğlu**, N.: Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 295; **Dural**, M. / **Öz**, T.: Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, Dördüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 179-180; **Kılıçoğlu**, A.: Miras Hukuku, Üçüncü Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009, s. 156, 157; **İmre**, Z. / **Erman**, H.: Miras Hukuku, Yedinci Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s. 159; **İnan**, A. N. / **Ertas**, Ş. / **Albaş**, H.: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Yedinci Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 253 vd.; **Serozan**, R. / **Engin**, İ.: Miras Hukuku, İkinci Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, N. 208; **Antalya**, O. G.: Miras Hukuku, İkinci

tarafından verilen bir İċtihadı Birleştirme Kararı da dikkate alınarak Türk Hukuk uygulaması ve öğretilsinin görüşünün incelenmesine geçilecektir.

### I. Genel Olarak Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Atanması

Vasiyeti yerine getirme görevlisi mirasbırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufla atanır.<sup>1</sup> Mirasbırakanın bir gerçek veya tüzel kişiyi vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak ataması mümkündür.<sup>2</sup> Ancak, bu şekilde mirasbırakan tarafından atanan gerçek veya tüzel kişi vasiyeti yerine getirme görevlisinin, fiil ehliyetine sahip olması gerekir.<sup>3</sup> Keza, birden fazla kimsenin de vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanması mümkündür.<sup>4</sup>

Vasiyeti yerine getirme görevlisi atama işlemi mirasbırakanın tek taraflı bir tasarrufu olduğundan, mirasbırakan bir vasiyetname yapmak suretiyle vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilir.<sup>5</sup> Başka bir ifade ile, vasiyeti yerine getirme görevlisi atamaya ilişkin ölüme bağlı tasarruf, bu atama mirasbırakanın tek taraflı tasarrufu olduğundan, vasiyetname ile gerçekleştirilmelidir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi atamaya ilişkin

Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 226-227.

- 2 **Bürgi**, K.: Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz, Ivo Schwander, Stephan Wolf, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2006, Art. 517, N. 3; **Piotet**, s. 157; **Christ**, Art. 517, N. 12; **Escher**, Art. 517, N. 4; **Kocaağa**, K.: Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 58; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 253-254; **Antalya**, s. 227; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 295. *Kocayusufpaşaoğlu*, bir gerçek veya tüzel kişinin vasiyeti yerien getirme görevlis olarak atanabileceği gibi, tüzel kişiliği hazi olmayan bir makamın da vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanmasının mümkün olduğunu belirterek; örnek olarak İstanbul 2. Noterliėinin vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanmasını göstermekte ve bu hâlde “bu makamı işgal eden kimse”nin vasiyeti yerine getirme görevini icra edeceğini ifade etmektedir. Bkz. s. 295-296. Konuya ilişkin olarak *Druey* de, gerçek ve tüzel kişilere ek olarak, tüzel kişiliğe sahip olmayan avukatlık büroları ile şahıs birliklerinin vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Druey**, J. N.: Grondriss des Erbrechts, 5. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2002, § 14, N. 40. Türk Hukuk öğretilsinde *Öztan* da, bir avukatın, noterin, bankanın vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanabileceğini ifade etmektedir. Ancak dikkat edilirse yazar, noterliğin değil, bizzat noterin; avukat bürosunun değil, belli bir avukatın vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanmasından söz etmektedir. Bkz. **Öztan**, s. 270. Öğretilde *Kocaağa* da, çalışmasında benzer bir örnek vermekte ve örneğin Antalya 2. Noterinin vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanabileceğini; noterlik görevini sürdüren bu kimsenin ölüm veya başka yere atanma gibi bir sebeple makamından ayrılması durumunda, kendisinin yerine geçen kimsenin aynı göreve devam edeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Kocaağa**, s. 59. Tüzel kişiliği haiz olmayan kişi topluluklarının veya avukatlık bürosu gibi kuruluşların vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanabileceğine ilişkin görüş, öğretilde *Christ* tarafından eleştirilmektedir. *Christ*, vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak işlem yürütebilmek bakımından fiil ehliyetine sahip olmanın şart olması nedeniyle tüzel kişiliği haiz olmayan kişi birliklerinin vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanamayacağını belirtmektedir. Bkz. **Christ**, Art. 517, N. 12.
- 3 **Escher**, Art. 517, N. 3; **Christ**, Art. 517, N. 12; **Piotet**, s. 157; **Bürgi**, Art. 517, N. 3; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 295; **Öztan**, s. 270; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 253; **Antalya**, s. 227; **Kocaağa**, s. 58. *Kocaağa*, konuya ilişkin olarak yaptığı açıklamalarda, fiil ehliyetine sahip olma şartının, ölüme bağlı tasarrufun yapılması anı bakımından değil, vasiyeti yerine getirme görevlisinin göreve başladığı an bakımından aranacağını ifade etmektedir.
- 4 **Bürgi**, Art. 517, N. 3; **Piotet**, s. 156; **Escher**, Art. 517, N. 3; **Öztan**, s. 271; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 295; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 253; **Antalya**, s. 226; **Kocaağa**, s. 61.
- 5 **Escher**, Art. 517, N. 1a; **Piotet**, s. 157; **Christ**, Art. 517, N. 9; **Bürgi**, Art. 517, N. 2; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 295; **Öztan**, s. 270; **Kılıçoğlu**, s. 157; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 255; **Serozan/Engin**, § 4, N. 208; **Antalya**, s. 227; **Kocaağa**, s. 63.

tasarrufun bir miras sözleşmesi içinde yer alması durumunda ise, miras sözleşmesinde yer alan bu düzenleme, vasiyetnamenin hükümlerine tâbi olacak; vasiyet hükmünde sayılacaktır.<sup>6</sup> Dolayısıyla, ister bir vasiyetname ile atansın, ister bir miras sözleşmesi ile, vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmasına ilişkin bu düzenleme, mirasbırakan tarafından her zaman geri alınabilir.<sup>7</sup> Bu çerçevede, vasiyeti yerine getirme görevlisi atama işleminin bir miras sözleşmesi içinde yer alması önem arz etmez.

## II. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Genel Olarak Görev ve Yetkileri

Vasiyeti yerine getirme görevlisi, Türk Medenî Kanunu'nun<sup>8</sup> 550-556. maddeleri arasında düzenlenmiştir.<sup>9</sup> Bu kurum Türk Kanunu Medenî'sinde<sup>10</sup> iki hükümle düzenlenmiş bulunmaktaydı. Görülen lüzum üzerine kanunkoyucu, Türk Medenî Kanunu'nda vasiyeti yerine getirme görevlisine ilişkin daha kapsamlı bir düzenlemeye yer vermiştir.<sup>11</sup>

Türk Medenî Kanunu'nda yer alan bu öncekine nazaran daha kapsamlı olan bu düzenlemede, vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev ve yetkileri de daha ayrıntılı biçimde 552. ve 553.<sup>12</sup> maddelerde düzenlenmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev ve yetkilerinin

6 Druey, § 10, N. 18; Piotet, s. 157; Escher, Art. 517, N. 1a; Christ, Art. 517, N. 9; Bürgi, Art. 517, N. 2; İnan/Ertas/Albaş, s. 255, dpn. 297; Öztan, s. 270-271; Serozan/Engin, § 4, N. 208; İmre/Erman, s. 159; Dural/Öz, s. 179-180; İnan/Ertas/Albaş, s. 255, dpn. 297; Kocayusufpaşaoğlu, s. 295; Antalya, s. 227; Kocağa, s. 71-72.

7 Escher, Art. 517, N. 1a; Christ, Art. 517, N. 9; Bürgi, Art. 517, N. 2; İnan/Ertas/Albaş, s. 255, dpn. 297; Öztan, s. 271; Dural/Öz, s. 179-180; Serozan/Engin, § 4, N. 208; Antalya, s. 227; Kocağa, s. 71-72.

8 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (RG 8.12.2001 t., S. 24607)

9 Vasiyeti yerine getirme görevlisi, Türk Medenî Kanunu'nun üçüncü kitabını oluşturan miras hukukunun "Mirasçılar" başlığını taşıyan birinci kısmı altında ikinci bölümü oluşturan "Ölüme Bağlı Tasarruflar"ın beşinci ayrımında 550-556. maddeler arasında yedi madde altında düzenlenmiştir. Bu hükümlerden, 550. maddede vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanması ve ehliyeti; 551. maddede birden çok vasiyeti yerine getirme görevlisi atanması durumu; 552. maddede vasiyeti yerine getirme görevlisinin genel olarak görev ve yetkileri; 553. maddede vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke malları üzerinde nasıl tasarrufta bulunacağı; 554. maddede vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevinin nasıl sona ereceği; 555. maddede vasiyeti yerine getirme görevlisinin denetlenmesi ve 556. maddede de sorumluluğu düzenlenmiş bulunmaktadır.

10 17.2.1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi (RG 4.4.1926 t., S. 339)

11 Vasiyeti yerine getirme görevlisine ilişkin düzenlemenin Türk Medenî Kanun'da önceki Kanun'a nazaran daha geniş kapsamlı olarak ele alınmasında, önceki Kanun'da yer alan dar kapsamlı düzenlemenin öğretide ve Yargı kararlarında yetersiz bulunarak eleştirilmesi neticesinde BGB § 2197 ve devamı hükümleri ile İtalyan Medenî Kanunu'nun 700-711 maddeleri düzenlemeleri göz önünde bulundurularak oluşturulmuştur. Bkz. Medenî Kanun'un Genel Gerekçesi, Esasa İlişkin Yenilikler, Miras Hukuku, I, b.

12 Türk Medenî Kanunu'nun 'tereki malları üzerinde tasarruf' kenar başlığını taşıyan 553. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır: "Mirasbırakan taahhüt etmiş olmadıkça, terekeye dâhil malların, vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından devri veya bunlar üzerinde sınırlı aynî haklar kurulması, sulh hâkiminin yetki vermesine bağlıdır. Hâkim, olanak bulunduğu takdirde mirasçılara dinledikten sonra karar verir. Olağan giderleri karşılayacak ölçüdeki tasarruflar için yetki almaya gerek yoktur."



düzenlendiği ilk maddeyi oluşturan ve “I. Genel Olarak” kenar başlığını taşıyan 552. maddede, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, mirasbırakan yapmış olduğu tasarrufta aksini öngörmüş veya daha sınırlı bir yetki vermiş olmadıkça, mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla yükümlü olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrasında yer alan bu düzenlemeyi müteakip, vasiyeti yerine getirme görevlisinin özellikle yapacağı işlerin yedi bent halinde sayılmasına geçilmiştir. Bu düzenlemeye göre vasiyeti yerine getirme görevlisi, özellikle, göreve başladıktan sonra gecikmeksizin terekedeki malların, hakların ve borçların listesini, liste düzenlenirken olanak dâhilinde mirasçılarının hazır bulunmalarını da sağlamak suretiyle düzenleyecektir (TMK m. 552/II, b. 1). Vasiyeti yerine getirme görevlisi ayrıca, terekeyi yönetecek, yönetimin gerektirdiği ölçüde tereke mallarının zilyetliğinin kendisine devrini isteyecek (TMK m. 552/II, b. 2); tereke alacaklarını tahsil edecek, borçlarını ödeyecek (TMK m. 552/II, b. 3), vasiyetleri yerine getirecektir (TMK m. 552/II, b. 4). Vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasçıların, terekeyi paylaşmalarının sağlanmasına yönelik olarak, terekenin paylaşılması için plân hazırlayacaktır (TMK m. 552/II, b. 5). Vasiyeti yerine getirme görevlisi ayrıca, tereke ile ilgili dava ve takiplerde miras ortaklığını temsil edecek, mirasçılar tarafından açılan davalardan görevi ile ilgili olanlara katılacak (TMK m. 552/II, b. 6); açtığı ve aleyhine açılan davalar ile yapılan takipleri mirasçılara bildirecektir. Türk Medenî Kanunu'nun 552 maddesinden sonra 553. Maddesinde, yine vasiyeti yerine getirme görevlisinin yetkisine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, vasiyeti yerine getirme görevlisi, terekeye dâhil malların devri ve bunlar üzerinde sınırlı aynî hak kurulması gibi işlemleri, mirasbırakan taahhüt etmiş olmadıkça, sulh hâkiminden yetki alarak yapabilir. Hâkim olanak bulunduğu takdirde mirasçıları dinleyerek karar verecektir. İlgili hüküm uyarınca vasiyeti yerine getirme görevlisinin olağan giderleri karşılayacak ölçüdeki tasarruflar bakımından yetki almasına gerek yoktur.

### **III. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin İptal Davası Açma Hakkı**

Türk Medenî Kanunu'nda vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev ve yetkileri, her ne kadar Türk Kanunu Medenî'sindeki düzenlemeye nazaran daha ayrıntılı biçimde kaleme alınmışsa da, anılan hükümlerde vasiyeti yerine getirme görevlisinin, ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal davası<sup>13</sup>

13 İptal davası, bir ölüme bağlı tasarrufun içeriğine veya şekline ilişkin bir sakatlığın bulunduğunu ileri sürmek suretiyle ilgili ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan her mirasçı veya ilgilinin açabileceği bir yenilik doğuran davadır. **Wolf, S./Steiner, I.**: “*Erbrecht in der Schweiz*”, in:

Konuya ilişkin olarak İsviçre Medenî Kanunu'nun vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev ve yetkilerine ilişkin 518. maddesinde<sup>14</sup> yer alan hüküm<sup>15</sup> incelendiğinde vasiyeti yerine getirme görevlisinin ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal davası açabileceği yönünde açık bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

Dolayısıyla bu konuya ilişkin olarak mirasbırakan tarafından yapılan ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal davası açma hakkına sahip olan kimselere ilişkin düzenlemenin incelenmesi gerekmektedir. Konuya ilişkin hükmü oluşturan Türk Medenî Kanunu'nun 558. maddesinin birinci fıkrasında, iptal davasının, tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından açılabilmesi hükmüne bağlanmıştır. Keza, İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili hükmü karşılayan 519. maddesinin ikinci fıkrasında<sup>16</sup> da iptal davası açma hakkına sahip olan kimseler, ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçı ve vasiyet alacaklısı olarak gösterilmiştir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi 18.9.2003 tarihinde vermiş olduğu 5C.163/2003 sayılı kararında, İsviçre Medenî Kanunu'nun anılan 519. maddesinin ikinci fıkrasının Almanca metninin, Fransızca metin<sup>17</sup> ve hükmün konuluş süreci<sup>18</sup> dikkate alındığında, dar bir şekilde kaleme alındığını; bu

Erbrecht in Europa, herausgegeben von Rembert Süß und Ulrich Haas, Baden-Baden/Basel 2004, s. 891, N. 161'den naklen.

- 14 İlgili hükmün Almanca metninde birinci fıkra hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Die Willensvollstrecker stehen, soweit der Erblasser nicht anderes verfügt, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters.*” İlgili hükmün ikinci fıkrası ise şu ifadeyi taşımaktadır: “*Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbessondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetz auszuführen.*” En nihayet üçüncü fıkra hükmünde de “*Sind mehrere Willensvollstrecker bestellt, so stehen ihnen diese Befugnisse unter Vorbehalt einer anderen Anordnung des Erblassers gemeinsam zu.*” düzenlemesine yer verilmiş bulunmaktadır.
- 15 Kaynak Kanun'da yer alan hüküm Türk Medenî Kanunu'nda yer alan ayrıntılı düzenlemelerden ziyade Türk Kanunu Medenî'si'nin 498. maddesi ile paralellik göstermektedir. Anılan hükmün ilk fıkrasında yer alan düzenleme şu şekildedir: “Vasiyetçi tarafından hak ve vazifeleri tâyin edilmemiş olan tenfiz memuru, miras resmen idareye memur kimsenin hak ve vazifelerini haiz olur.” İkinci fıkra ise şu şekilde kaleme alınmıştır: “Tenfiz memuru, müteveffanın arzusunu yerine getirmek ve hususiyile terekeyi idare, borçları tediye ve muayyen bir mala müteallik vasiyetleri icra ve vasiyetçinin emirlerine veya kanuna göre terekeyi taksim ile mükelleftir. Müteaddit tenfiz memurları, bir akit ile tevki edilen müteaddit vekillerin salâhiyetini hazidirler.”
- 16 İsviçre Medenî Kanunu'nun 519. maddesinin ikinci fıkrasının Almanca metni şu hükmü taşımaktadır: “*Die Ungültigkeitsklage kann von jedermann erhoben werden, der als Erbe oder Bedachter ein Interesse daran hat, das die Verfügung für ungültig erklärt werde.*”
- 17 İsviçre Medenî Kanunu'nun 519. maddesinin ikinci fıkrasının Fransızca metni şu şekildedir: “*L'action peut être intentée par tout héritier ou légataire intéressé.*”
- 18 İsviçre Federal Mahkemesi anılan kararında, Medenî Kanun Tasarısında, o dönem bakımından miras hukukuna ilişkin bir menfaatin iptal davası açmak bakımından yeterli olduğu şeklinde bir çözümün benimsenmiş bulunduğunu belirtmiş ve konuya ilişkin olarak Tasarıdaki Fransızca metne değinmiştir. Bu metin şu şekildedir: “*L'action appartient à toute personne intéressée à titre héréditaire.*” Bu çerçevede İsviçre Federal Mahkemesi, yürürlükteki Kanun'da yer alan düzenlemenin Fransızca metninin Tasarıdaki bu hükmüne uygun olduğunu belirtmektedir.

nedenle de Almanca metinde yer alan düzenlemenin, hükmün gerçek anlamını yansıtmadığını ifade etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, Kanun'un yasalaşma sürecinde, kanunkoyucu, redaksiyon komisyonuna bu hususta yetki vermediği hâlde, Almanca metnin, iptal davasının sadece mirasçı ve vasiyet alacaklısı tarafından açılabileceği şeklinde yorumlamaya elverişli şekilde kaleme alınmış olduğunu belirtmekte; anılan gerekçelerle Federal Mahkeme'nin mirasçı ve vasiyet alacaklısının yanı sıra vasiyeti yerine getirme görevlisinin de, miras hukukuna ilişkin bir menfaati bulunması şartıyla iptal davası açabileceğini kabul etmekte olduğunu ifade etmektedir.<sup>19</sup>

Bu çerçevede İsviçre Hukuk öğretisinde vasiyeti yerine getirme görevlisinin, miras hukukuna ilişkin bir menfaati bulunması şartıyla ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal davası açabileceği hâkim görüş<sup>20</sup> tarafından kabul edilmektedir. Bu çerçevede belirtilmelidir ki, vasiyeti yerine getirme görevlisinin iptal davası açmak bakımından miras hukukuna ilişkin bir menfaati, ancak mirasbırakan, yapmış olduğu bir ölüme bağlı tasarrufla vasiyeti yerine getirme görevlisi atamış ve daha sonra yaptığı bir ölüme bağlı tasarrufla ilgili kimseyi vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atamamışsa söz konusu olacaktır. Başka bir ifade ile, bu hâlde ilk ölüme bağlı tasarrufla vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanan kimsenin, sonraki tasarrufu iptal ettirmek hususunda miras hukukuna ilişkin bir menfaatinin bulunduğu kabul

19 Bkz. anılan 18.9.2003 tarih ve 5C.163/2003 tarihli Karar.

20 **Piotet**, SPR IV/1, s. 274; **Druey**, § 12, N. 48; **Tarnutzer-Münsch**, A. / **Abt**, D.: Praxiskommentar Erbrecht, Herausgeber von Daniel Abt und Thomas Weibel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007, Art. 519, N. 62; **Karrer**, M.: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SCHIT ZGB, 3. Aufl., Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2006, Art. 518, N. 81; **Forni**, R. / **Piatti**, G.: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SCHIT ZGB, 3. Aufl., Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2006, Art. 519/520, N. 25; **Marxer**, S.: Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz, Ivo Schwander, Stephan Wolf, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2006, Art. 519, 520, N. 5; **Tuor**, P.: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band III, Das Erbrecht, 1. Abt. Die Erben, Art. 547-536 ZGB, 2. Aufl., Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1964, Art. 519, N. 8; **Christ**, Art. 518, N. 91; **Künzle**, Art. 517-518, N. 82; **Fankhauser**, R.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Herausgeber: Mark Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich Basel Genf 2007, Art. 519, N. 5; **Sutter-Somm**, T. / **Chevalier**, M.: “Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers”, successio 2007, s. 22; **Brückner**, C. / **Weibel**, T.: Die erbrechtlichen Klagen, 2. Aufl., Schulthess, Zürich Basel Genf 2006, N. 12; **Raschein**, R.: Die Ungültigkeit der Verfügungen von Todes wegen, Winterthur 1954, s. 71; **Müller**, G.: Die Ungültigkeitsklage bei den Verfügungen von Todes wegen, Zürich 1929, s. 81; **Eitel**, P.: “Prozessführung durch den Willensvollstrecker”, in: Willensvollstreckung Aktuelle Rechtsprobleme (2), Referate der Weiterbildungsseminare an der Universität St. Gallen vom 7. September 2004 und 1. September 2005, Herausgegeben von Hans Reiner Künzle, Schulthess, Zürich Basel Genf 2006, s. 152.

edilmektedir.<sup>21</sup> Dolayısıyla vasiyeti yerine getirme görevlisi, anılan bu durum dışında ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal davası açamayacaktır ve bu şekilde bir menfaati bulunmaksızın sırf mirasçıların veya vasiyet alacaklısının menfaatinin gerektirmesi nedeniyle vasiyeti yerine getirme görevlisinin iptal davası açması gündeme gelmeyecektir.<sup>22</sup> Buna karşılık İsviçre Hukuk öğretisinde bazı yazarlar, vasiyeti yerine getirme görevlisinin hiçbir şekilde iptal davası açma hakkına sahip olmadığını ifade etmektedirler.<sup>23</sup>

Türk Hukuku bakımından, vasiyeti yerine getirme görevlisinin ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal davası açıp açamayacağı ile ilgili olarak Yargıtay, 1955 tarihinde vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararında öncelikle vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmasına ilişkin ölüme bağlı tasarrufunda davanın vasiyeti yerine getirme görevlisi aleyhine açılacağını belirtmiş ve bu tespiti takiben şu şekilde bir ifadeye yer vermiştir: “Tenfiz memuru kendi tayininin şümül ve muteberiyetini tespitte müteallik bir dava ikame edebilirse de, tenfiz memuru esas itibarıyla ölüme bağlı tasarrufun iptali davasında davacı sıfatını almağa yetkili değildir. Bu salahiyet mirasçıya aittir. Tenfiz memuru tasarrufu hükümsüz addederse bunun tenfizinden imtina edebilir.” Dikkat edilirse Yargıtay'ın ilgili Kararı, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atandığı ölüme bağlı tasarrufun iptali için dava açamayacağı hususuna ilişkin olup, Yargıtay, önceki bir ölüme bağlı tasarrufla vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanan kimsenin, daha sonra yapılan bir ölüme bağlı tasarrufta vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanmaması durumunda, önceki tasarrufun yürürlük kazanmasını sağlamak üzere, iptal sebeplerinden biriyle malul olan sonraki tasarruf aleyhine iptal davası açıp açamayacağı sorusunu cevapsız bırakmıştır. Bu çerçevede, Yargıtay'ın anılan İçtihadı Birleştirme Kararında değinilen husus, İsviçre

21 Eitel, s. 154; Piotet, SPR IV/1, s. 274; Tuor, Art. 519, N. 8; Karrer, Art. 518, N. 81; Künzle, Art. 517-518, N. 82; Fankhauser, Art. 519, N. 5; Marxer, Art. 519, 520, N. 5; Sutter-Somm/Chevalier, s. 22; Raschein, s. 71; Müller, s. 82; Druey, § 12, N. 48, ayrıca bkz. § 14, N. 69.

22 Druey, J. N.: “Die Aufgaben des Willensvollstreckers”, in: Willensvollstreckung, Herausgegeben von Jean Nicolas Druey und Peter Breitschmid, St. Gallen Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 62, Bern 2001, s. 5; Sutter-Somm/Chevalier, s. 22; Druey, § 14, N. 69; Eitel, s. 154. Eitel, konuya ilişkin olarak, vasiyeti yerine getirme görevlisinin iptal davası açma hakkının istisnai bir durum teşkil ettiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede yazar, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, kendisine bu görevin verildiği ölüme bağlı tasarrufun iptalini talep etmesinin mümkün olmadığını; bu hâlde vasiyeti yerine getirme görevlisinin sadece görevi reddedebileceğini veya kabul sonrası ortaya çıkan vekâlet ilişkisini feshedebileceğini ifade etmektedir. Bkz. s. 154, dpn. 156.

23 Abt, D.: Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Helbing & Lichtenhahn, Basel Genf München 2002, s. 59-60, ayrıca bkz. dpn. 277; Escher, Art. 518, N. 28.

24 7.12.1955 tarih ve 16/25 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (RG 10.2.1956 t., S. 9230)

Hukuk öğretisindeki hâkim görüşe aykırı değildir.<sup>25</sup>

Ancak Türk Hukuk öğretisine bakıldığında hâkim görüşün,<sup>26</sup> vasiyeti yerine getirme görevlisinin hiçbir şekilde iptal davası açamayacağı şeklinde gelişmiş olduğu görülmektedir. Türk Hukuk öğretisinde sadece Öztan,<sup>27</sup> vasiyeti yerine getirme görevlisinin genel itibariyle ölüme bağlı tasarrufun iptali için dava açamayacağını; ancak önceki bir ölüme bağlı tasarrufta vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanan kimsenin, daha sonraki bir tasarrufta vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanmaması durumunda, bu sonraki tasarrufun iptali için iptal davası açabileceğini ifade etmektedir.

### Sonuç

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal davası açma hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin olarak, eğer sadece Kanunda yer alan düzenlemelerin lafzı dikkate alınacak olursa, vasiyeti yerine getirme görevlisinin iptal davası açamayacağı sonucuna ulaşmak gerekecektir. Ancak kanunkoyucunun ilgili hükmü öngörürken güttüğü amaç ve söz konusu hükmün İsviçre Medenî Kanunu Tasarısının meclis tarafından kabul edilen hâlinin, Yasalaşma sürecinde komisyon tarafından değiştirilmiş olduğu dikkate alındığında aksinin kabulü gerekecektir. Bu çerçevede İsviçre Federal Mahkemesi ve İsviçre Hukuk öğretisinin büyük bir kısmı, Türk Medenî Kanunu'nun iptal davası açabilecek kimselerin gösterildiği 558. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ifadenin Almanca mehzazını içeren Kaynak Kanun'un 519. maddesinin ikinci fıkrasının, yukarıdaki gerekçelerle dar bir şekilde kaleme alınmış olduğunu belirterek, vasiyeti yerine getirme görevlisinin miras hukukuna ilişkin bir menfaati bulunması şartıyla ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal davası açabileceğini kabul etmektedir. Anılan gerekçelerin Türk Medenî Kanunu'nun ilgili 558 maddenin birinci fıkrasının yorumlanmasında da dikkate alınması gerekeceğinden vasiyeti yerine getirme görevlisinin miras hukukuna ilişkin bir menfaati bulunması şartıyla ölüme bağlı tasarruf aleyhine iptal davası açabileceğine ilişkin görüşünün Türk Hukuk öğretisi ve yargısı tarafından da kabul edilmesi isabetli olacaktır.

### KAYNAKÇA

Abt, Daniel: Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Unter

25 Bkz. yukarıda dpn. 23 ve bu dipnota bağlı metin.

26 İnan/Ertas/Albaş, s. 298; Dural/Öz, s. 186, 226; İmre/Erman, s. 164; Antalya, s. 232; Eren, F.: Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966, s. 99-100. Öğretide bazı yazarlar, genel olarak vasiyeti yerine getirme görevlisinin iptal davası açamayacağını kabul etmekte,

besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Helbing & Lichtenhahn, Basel Genf München 2002.

**Antalya**, O. Gökhan: Miras Hukuku, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

**Brückner**, Christian / **Weibel**, Thomas: Die erbrechtlichen Klagen, 2. Aufl., Schulthess, Zürich Basel Genf 2006.

**Bürgi**, Klaus: Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz, Ivo Schwander, Stephan Wolf, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2006.

**Christ**, Bernhard: Praxiskommentar Erbrecht, Herausgeber von Daniel Abt und Thomas Weibel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007.

**Druey**, Jean Nicolas: “*Die Aufgaben des Willensvollstreckers*”, in: Willensvollstreckung, Herausgegeben von Jean Nicolas Druey und Peter Breitschmid, St. Gallen Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 62, Bern 2001, s. 2 vd.

**Druey**, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2002.

**Eitel**, Paul: “*Prozessführung durch den Willensvollstreckter*”, in: Willensvollstreckung Aktuelle Rechtsprobleme (2), Referate der Weiterbildungsseminare an der Universität St. Gallen vom 7. September 2004 und 1. September 2005, Herausgegeben von Hans Reiner Künzle, Schulthess, Zürich Basel Genf 2006.

**Eren**, Fikret: Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966.

**Escher**, Arnold: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), Dritte Auflage, Schulthess & CO AG, Zürich 1959.

**Fankhauser**, Roland: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Herausgeber: Mark Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich Basel Genf 2007.

**Forni**, Rolando / **Piatti**, Giorgio: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SCHIT ZGB, 3. Aufl., Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2006.

**İmre**, Zahit / **Erman**, Hasan: Miras Hukuku, Yedinci Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2009.

**İnan**, Ali Naim / **Ertas**, Şeref / **Albaş**, Hakan: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Yedinci Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

**Kılıçoğlu**, Ahmet: Miras Hukuku, Üçüncü Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009.

**Kocaağa**, Köksal: Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

**Kocaağa**, Köksal: “*Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukukî Niteliği*”, GÜHFD, C. VI, S. 1-2, s. 81 vd.

**Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

**Dural**, Mustafa / **Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, Dördüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

**Künzle**, Hans Reiner: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Herausgeber: Mark Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich Basel Genf 2007.

**Marxer**, Susanne: Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz, Ivo Schwander, Stephan Wolf, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2006.

**Müller**, Gottfried: Die Ungültigkeitsklage bei den Verfügungen von Todes wegen, Zürich 1929.

**Öztaş**, Bilge: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Dördüncü Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010.

**Piotet**, Paul: Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht, Erster Halbband, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel und Stuttgart 1978.

**Raschein**, Rolf: Die Ungültigkeit der Verfügungen von Todes wegen, Winterthur 1954.

**Saymen**, Ferit Hakkı: “*Vasiyeti Tenfiz Memurunun Hukukî Mahiyeti*” İBD, Y. 1938, C. XII, S. VIII, s. 481 vd.

**Schreiber**, Alfred: “*İsviçre Hukukunda Vasiyeti Tenfiz Müessesesinin Hukukî Mahiyeti*” (Çev.: Fikret Arık), Adliye Ceridesi, Y. 1941, C. XXXII, S. 1, s. 707 vd.

**Serozan**, Rona / **Engin**, İlkay: Miras Hukuku, İkinci Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

**Sutter-Somm**, Thomas / **Chevalier**, Marco, “*Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers*”, successio 2007, s. 20 vd.

**Şener**, Esat: “*Vasiyetnamenin Tenfizi ve Tenfiz Memurunun Hukukî Niteliği ve Görevleri*” TNBHD, Y. 1992, S. 73, s. 22 vd.

**Tarnutzer-Münsch**, Andrea / **Abt**, Daniel: Praxiskommentar Erbrecht, Herausgeber von Daniel Abt und Thomas Weibel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007.

**Karrer**, Martin: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SCHIT ZGB, 3. Aufl., Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2006.

**Tuor**, Peter: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band III, Das Erbrecht, 1. Abt. Die Erben, Art. 547-536 ZGB, 2. Aufl., Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1964.

**Wolf**, Stephan / **Steiner**, Isabelle: “*Erbrecht in der Schweiz*”, in: Erbrecht in Europa, herausgegeben von Rembert Süß und Ulrich Haas, Baden-Bade

