

**Gazi Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi  
Dergisi**



**Gazi University  
Faculty of Law  
Review**

---

**Cilt XVIII, Nisan 2014, Sayı 2  
Vol. XVIII, April 2014, No. 2**

---



**ANKARA  
Eylül 2014**

# GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Gazi Üniversitesi Gazi University**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

**Sahibi : Owner :**

Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief**

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

**Editörler: Editors :**

Doç. Dr. Bülent YAVUZ Assoc. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assist. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

**Yayın Kurulu : Editorial Board :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Assoc. Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

**Yayın Sekreteri : Secretary of Publication**

Günay KANDEMİR Günay KANDEMİR

**ISSN-1302-0013**

**Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN**  
**Basım Yeri:**

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE  
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>  
e-posta: [hukukdergi@gazi.edu.tr](mailto:hukukdergi@gazi.edu.tr) - [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com)

**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.**

**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.**

### **DANIŞMANLAR KURULU**

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), U L A K B İ M tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto-normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile hukukdergi@gazi.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com adresine gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, İngilizce, Almanca, Fransızca yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.
7. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

### **Örnek**

#### **Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:**

Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*, Baskı. Basıldığı Yer, Yıl,  
Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007.

#### **İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü:**

Örn. AYHAN, s. 178.

#### **Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü:**

AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

#### **Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:**

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

#### **Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:**

Örn. AYHAN, s. 31.

#### **İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:**

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40 ([http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1\\_2\\_3.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf), erişim 13 Haziran 2010).

#### **Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:**

Örn. AYHAN, s. 31.

**İletişim Adresi:** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.

**Tel:** (312) 216 21 90

**Faks:** (312) 215 01 69

**http:** www.hukuk.gazi.edu.tr

**e-posta:** hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com



**İÇİNDEKİLER**

**MAKALELER\***

**ÖZEL HUKUK**

Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı <b>Burak ADIGÜZEL</b> .....	1-52
Fidic Kırmızı Kitap (New Red Book) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu <b>Ebru TÜZEMEN ATİK</b> .....	53-84
Noterlerin Hukuki Sorumluluğu <b>Leyla Müjde KURT</b> .....	85-118
Ticaret Şirketlerinde Genel Kurul Yapılmamasının Hukuki ve Cezai Yaptırımları <b>Fahri ÖZSUNGUR</b> .....	119-138
Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu <b>Hamdi PINAR</b> .....	139-174
Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği <b>Sera Reyhani YÜKSEL</b> .....	175-200

**KAMU HUKUKU**

Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi <b>Selman DURSUN</b> .....	203-252
Yaşam Hakkı: Aihm Kararları ve İdari Yargı Uygulaması <b>Serkan KIZILYEL</b> .....	253-290

\* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Devlet Yapılanması <b>Tahir MURATOĞLU</b> .....	291-366
İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak “Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması” <b>Abdulkadir PEKEL</b> .....	367-394
Yolsuzluğun Vergisel Araçlarla Önlenmesi <b>Orhan ŞENER</b> .....	395-408



**C O N T E N T S**

**ARTICLES\***

**PRIVATE LAW**

<i>Appraisal Right Of Shareholder In Public Company</i> <b>Burak ADIGÜZEL</b> .....	1-52
<i>Liability Of Contractor In Construction Agreements According To Fidic New Red Book Conditions</i> <b>Ebru TÜZEMEN ATİK</b> .....	53-84
<i>Civil Liability Of Notary Publics</i> <b>Leyla Müjde KURT</b> .....	85-118
<i>Legal And Penal Sanctions For The Failure Of Holding General Assemblies At Trading Companies</i> <b>Fahri ÖZSUNGUR</b> .....	119-138
<i>Removal Of Members Of Administrative Board And Directors Of Cooperative And Audit Problem In Cooperatives</i> <b>Hamdi PINAR</b> .....	139-174
<i>Equality Of Woman And Man In Terms Of The Turkish Civil Code</i> <b>Sera Reyhani YÜKSEL</b> .....	175-200

**PUBLIC LAW**

<i>A Comparative Study With German And Italian Penal Law On The Legal Nature Of Execution Of Order In Turkish Penal Law</i> <b>Selman DURSUN</b> .....	203-252
<i>Right To Life: Ecthr's Case Law And The Practice Of The Administrative Judiciary</i> <b>Serkan KIZILYEL</b> .....	253-290

\* Articles are drawn up according to the surnames of the authors.

<i>Die Föderale Struktur Der Bundesrepublik Deutschland</i>	
<b>Tahir MURATOĞLU</b> .....	<b>291-366</b>
<i>“Maintaining Authority And Impartiality Of The Judiciary” As A Restraining Reason For Freedom Of Expression</i>	
<b>Abdulkadir PEKEL</b> .....	<b>367-394</b>
<i>Coping With Corruption Through Taxation Measures</i>	
<b>Orhan ŞENER</b> .....	<b>395-408</b>

**ÖZEL HUKUK >>**

BOŞ

# HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA PAY SAHİBİNİN AYRILMA HAKKI

**Burak ADIGÜZEL\***

## **ÖZET**

2499 sayılı SerPK'da yer almayan pay sahibinin ayrılma hakkı, 6362 sayılı SerPK'da anonim şirket genel kurulunda önemli bir işleme yönelik kararlar için tanınmıştır. 6362 sayılı SerPK m.23'de ve SPK tarafından çıkarılan Seri II-23.1 sayılı tebliğde önemli işlemlere ilişkin alınan genel kurul kararlarına karşı, SerPK m.24 uyarınca muhalif kalan ve bu muhalefetini tutanağa geçiren pay sahipleri, halka açık anonim ortaklıktan ayrılma haklarını kullanabilecekler ve paylarının karşılığı olan ayrılma akçelerini şirketten isteyebileceklerdir. Bu ayrılma akçesi, payları borsada işlem gören anonim şirketler için payın borsa fiyatı ortalaması iken, payları borsada işlem görmeyen anonim şirketler için bir raporla belirlenen adil değer olacaktır.

**Anahtar Kelimeler :** Halka açık anonim şirket, pay sahibi, ayrılma hakkı, önemli işlemler, ayrılma akçesi.

## **APPRAISAL RIGHT OF SHAREHOLDER IN PUBLIC COMPANYY**

### **ABSTRACT**

Appraisal right of shareholder that doesn't occur in No. 2499 on Capital Market Law has been accepted for serious transaction in public company general meeting in Law No.6362 on Capital Market Law. Article 23 and in the Communiqué issued by the CMB Serries II-23.1 mutens be related to significant transactions against the decisions of the general meeting, according to CMB art.24 minutes and this opposition to dissenting shareholders who exercised their rights to publicity traded public companies will be able to seperation of reserves that are equivalent to the share of company and will be able to ask. This separation of reserves, shares traded public company while average market price of the shares, the shares of unquoted public companies at fair value will be determined in a report to.

**Keywords :** Public Company, shareholder, appraisal right, serious transactions, separation of reserves.

---

\* Yrd. Doç. Dr. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, badiguzel@erciyes.edu.tr.

## **I.Giriş**

Ticaret şirketleri içinde en çok tercih edilen şirket türlerinden biri olan anonim şirketlerde, pay sahipleri arasındaki menfaatlerin dengelenmesi önemli sorunlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Anonim şirketlerin çoğunluk pay sahipleri tarafından yönetilmesi, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin çoğunluğa karşı korunmasını mecburi kılmaktadır. Bu bakımdan, menfaatlerin korunmasında azınlık pay sahiplerine bazı hakların tanınması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Eğer anonim şirketler halka açık nitelikteyse, menfaatleri koruyucu hakların, halka kapalı anonim şirketlere nazaran daha fazla olması, şirket yapısının doğası gereğidir.

Bu anlamda, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda (SerPK) halka açık anonim şirketlerden pay sahiplerinin ayrılma (*appraisal right*) ile benzer nitelikte olan pay sahibinin şirketten çıkarılması (*squeeze out*) ve satma hakkı (*sell out right*) düzenlenmiştir. 2499 sayılı kanunda yer almayan bu iki kurum<sup>1</sup>, pay sahipleri ve şirket için getirilmiş karşılıklı niteliğe sahip, birbirinden ayrı nitelikte haklar olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu haklardan HAAŞ pay sahibinin SerPK 24.maddede öngörülen şirketten ayrılma hakkı, 23.maddede belirtilen ortaklığın önemli nitelikteki işlemleri ile bağlantılı olarak tanınmıştır.

Buna karşılık 6102 sayılı TTK m.202/2'deki şirketler topluluğunda hâkimiyetin kötüye kullanılması hâlindeki gibi, daha önceki 6762 sayılı TTK'da olmayan bu hakka benzer haklar, anonim şirketler açısından, hem şirket hem de kullanma şartları esas alındığında ancak özel bazı durumlar da pay sahiplerine tanınmıştır. Aynı zamanda, ayrılma hakkının pay sahibi tarafından kullanılmasını sağlayan önemli işlemler, doğrudan ve dolaylı olarak TTK'da yer alan bazı müesseseleri ilgilendirmektedir.

Bu nedenle, ayrılma hakkını sermaye piyasası düzenlemeleri çerçevesinde ele alırken, HAAŞ'ler açısından önemli işlemler olarak nitelenen durumları, TTK'yı ele alarak inceledik. Aynı zamanda TTK'da bu çerçevede pay sahibine tanınmış benzeri haklara da yeri geldikçe değinerek bir mukayese yapmaya çalıştık.

---

<sup>1</sup> 2499 sayılı SerPK'da satma hakkı düzenlenmemekle beraber, SPK'nın çıkarmış olduğu Seri IV No.8 sayılı Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurulunda Vekâleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekâlet ve Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği'nde bazı şartlar altında ortakların satma hakkını kullanabilecekleri kabul edilmişti.

## **II. Ayrılma Hakkı**

### **A.Ayrılma Kavramı**

Bir ortağın şirketten ayrılması, şirketin feshine veya infisahına neden olmaksızın şirketle olan bağı koparmasıdır<sup>2</sup>. Temelde ayrılma hakkı, var olan ortaklığın bazı sebeplerle sona erdirilmesi olup, sonuçta ayrılan ortağın tüzel kişilikten çıkmasını doğurur<sup>3</sup>. Bir görüşe göre ayrılma, çıkma ve çıkarılma olarak şirketler hukukunda yer alan kavramları içine alan üst bir kavramdır<sup>4</sup>. Nitekim TTK m.253 ile 263 arasında düzenlenen kollektif şirketten çıkma ve çıkarılma hallerinin üst başlığı, ortakların şirketten ayrılması şeklinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte burada ele aldığımız şirketten ayrılma kavramı, çıkma ve çıkarılmadan farklılık arz etmektedir.

Üst kavram olarak anlaşılan ayrılma kavramının iki veçhesi olduğu, bunlardan ortağın kendi iradesiyle şirketle ilişkisini kesmesi ile iradesi dışında ilişkisinin kesilmesini birbirinden ayırmak gerektiği söylenmelidir. Bu anlamda çıkma, ortağın kendi iradesiyle, çıkarılma ise iradesi olmaksızın gerçekleşmektedir.

Anonim şirketlerde ayrılma ile çıkma temelde ortağın kendi iradesiyle şirketle ilişkisinin kesilmesi açısından aynı kavram olarak algılansa da, bu iki kavramın hukuki sebepleri farklıdır. İşte bu nedenle kanımızca ayrılma kavramı bir üst kavram değil, ayrı bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar çıkma ile ayrılma şirket ortağının iradesi ile gerçekleşiyorsa da, çıkma şirket sözleşmesinde öngörülen veya kanunen haklı sebeplerle mümkün iken, ayrılma genel kurulda alınan kararlara bağlı olarak kullanılabilir.

Kural olarak anonim şirketlerde bir ortağın, şirketten kendi iradesiyle ayrılması, bazı istisnalar dışında payın devri ile gerçekleşmektedir. Bunun dışındaki durumlar ise, özel bazı sebeplere bağlı olarak kanunla tanınmaktadır. Zaten anonim şirkette payı devrederek şirketten ayrılma hâli, bir özellik taşımaz ve ayrı bir müessese olarak ele alınmaz. Çünkü anonim şirkette payın serbestçe devredilmesi esas olup, istisnalar haricinde, bir şirket organı veya pay sahiplerinin izne veya onayına tabi değildir<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> DOMANIÇ Hayri; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I,İstanbul 1988, s.668.

<sup>3</sup> FRONING Christoph; Sudhoff, Unternehmensnachfolge, 5. Auflage 2005, § 45, Rn.141, VRIES Pieter Paul; Exit Right of Minority Shareholders in a Private Limited Company, Deventer 2010, s.10.

<sup>4</sup> ÇELİK Aytakin; Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, Ankara 2012, s.65, POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2009, s.924-925.

<sup>5</sup> SEVİ Murat Ali; Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 2.Baskı, Ankara 2012, s.49.

SerPK m.24'de öngörülen ayrılma hakkı, önemli nitelikteki bazı genel kurul kararlarına muhalif kalan pay sahiplerine, paylarını âdil bir değer (*fair value*) üzerinden ortaklığa satma hakkıdır<sup>6</sup>.

Ayrılma hakkı ilk olarak Amerikan Hukukunda mahkeme kararları ile uygulama bulmuş<sup>7</sup>, zaman içinde gelişerek 1950'li yıllarda yapılan *Model Business Cooperation Act*<sup>8</sup> içine alınmıştır<sup>9</sup>. Kıta Avrupası'nda ise, ayrılma hakkını ilk düzenleyen ülke İtalya, bu düzenlemeyi o zamanki Krallık Ticaret Kanun'unda ele almış, daha sonra bu düzenleme farklılaşarak sonraki kanunlara ve en son da İtalyan Medeni Kanun'unda 2437. maddeye geçmiştir<sup>10</sup>.

Diğer kıta Avrupa'sı ülkelerinde de zaman içinde çeşitli kanunlarda<sup>11</sup> ele alınan ayrılma hakkı, AB hukukunda ise, şirketler hukuku direktiflerinde düzenlenmiştir<sup>12</sup>. Türk hukuku açısından ise ayrılma hakkı, 6102 sayılı TTK m.202/2'de şirketler topluluğu hâlinde, hâkimiyetin kötüye kullanılması amacıyla alınan genel kurul kararları için ve konumuz olan SerPK m.24 düzenlemesi ile yeni bir müessese olarak öngörülmüştür.

---

<sup>6</sup> GEIS S. George; An Appraisal Puzzle, Northwestern University Law Review, Vol.105, No:4 2011, s.1641-1642, LETSOU V. Peter; The Role Of The Appraisal in Corporate Law, Boston Collage Law Review, Vol:39, 1998, s.1121, ÖZDOĞAN Ayşegül; Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, Sermaye Piyasası Kurulu, Cumhuriyetin 80.Yılına Armağan, Ankara 2004, s.707, SIEGEL Mary; Back to The Future: Appraisal Rights in The Twenty First Century, Harvard Journal on Legislation, Volume 32, s.79, SÖNMEZ Ziyaeddin Yusuf; Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul 2009, s.8.

<sup>7</sup> Ayrılma hakkı müessesesinin tarihçesi ABD'de 1900'lü yılların başlarına kadar gitmektedir. GEIS, s.1642, SÖNMEZ, s.9.

<sup>8</sup> Bu kanunun ABD açısından yeknesak özelliği, yani tüm ülke için geçerli federal olma özelliği yoktur. Aslında taslak kanun olarak anılan MBCA'yı, eyaletler model kanun olarak ele alarak kendi düzenlemelerini yapmakta, bu kanunun tamamını veya bazı bölümlerini benimsemektedirler. Nitekim bugün ABD'de 29 eyalet, iç hukuk düzenlemesini MBCA'yı esas alarak düzenlemiş, diğer eyaletler ise farklı düzenlemeler yapmışlardır. Bu konuda bkz. www.corporations.uslegal.com (20.02.2014).

<sup>9</sup> Ayrılma hakkının ABD'deki tarihsel gelişimi için bkz. SIEGEL, s.82-93, SÖNMEZ, s.9-19. Ayrılma hakkı pay sahiplerine ilk olarak şirket birleşmeleri açısından tanınmış bir hak olarak ortaya çıkmıştır. GEIS, s.1642.

<sup>10</sup> SÖNMEZ, s.18.

<sup>11</sup> Alman hukukunda Aktiengesetz (*AktG*), Umwandlungsgesetz (*UmwG*), İsviçre hukukunda Fusionengesetz (*FusG*) düzenlemeleri pay sahiplerinin şirketten ayrılma hakkına ilişkin hükümler içermektedir.

<sup>12</sup> AB hukukunda 2.şirketler hukuku direktifinde ilk olarak değinilen ayrılma hakkının, daha sonra 3. ve 6.şirketler hukuku direktiflerinde de yer aldığı görülmektedir.



Hakkın temel amacı, önemli kararlara bağlı değişiklikler sebebiyle, ortak olduklarından farklı bir duruma dönüşecek şirkette, azınlık pay sahiplerinin ortak olarak kalmak istememelerinin kabul edilmesi ve bir zarara uğramaksızın ilişkinin bitirilmesidir<sup>13</sup>. Ayrılma hakkı özellikle, şirkete yatırım yapanların, şirkette alınan bu kararlarla ortaya çıkan temel değişikliklerle, yatırımlarının geleceğinin belirsizleşmesini önlemek bakımından onları koruyucu bir nitelik arz etmektedir<sup>14</sup>.

Bununla birlikte ayrılma hakkının başka amaçlarının da olduğu ileri sürülmektedir. Çünkü bazı kararlar için bu hak tanınırken, bazı kararlar için tanınmadığı için, ayrılma hakkının sadece azınlığın korunması hedefi taşıdığı ileri sürülerek amacı açıklanamaz<sup>15</sup>. Bu açıdan ayrılma hakkı aynı zamanda şirketi elinde tutan pay sahiplerinin ve şirket yöneticilerinin kötü yönetime karşı bir kontrol vasıtasıdır<sup>16</sup>.

Buna göre, çoğunluğun azınlığa karşı korunması, yöneticilerin denetlenmesi<sup>17</sup>, bireysel veto hakkının tazmin edilmesi<sup>18</sup> gibi hususların da ayrılma hakkının amaçladığı unsurlar olduğu belirtilmektedir. Ancak kanımızca bunlar da, sonuç olarak azınlığın korunması amacına bağlanmaktadır. Dolayısıyla asıl amaç dışında, ayrılma hakkının sayılan diğer amaçları, sonuç da asıl amacı yerine getiren tali amaçlar olarak ortaya çıkmaktadır.

### **B.Ayrılma Hakkının Hukuki Niteliği**

Anonim şirketlerde pay sahibi olmak bazı hakların elde edilmesini sağlamaktadır. Ayrılma hakkı da pay sahibinin bir hakkı olduğuna göre, hukuki nitelik olarak bir pay sahipliği hakkı olmakla birlikte, çeşitli kriterler çerçevesinde, bu hakkın pay sahipliği hakları içinden hangisine tekabül ettiği belirlenebilir.

Ayrılma hakkını düzenleyen SerPK m.24'de HAAŞ'ye ortak olan herhangi bir pay sahibinin, kanunun belirlediği şartlarla bu hakkı

<sup>13</sup> Benzer yönde, SÖNMEZ, s.23-24, ÖZDOĞAN, s.707.

<sup>14</sup> LETSOU, s.1122, ÖZDOĞAN, s.714, SIEGEL, s.97, WERTHEIMER M. Bary; The Purpose of The Shareholders' Appraisal Remedy, Tennessee Law Review, Vol.65, 1997-1998, s.667.

<sup>15</sup> KANDA Hideki / LEVMORE Saul; The Appraisal Remedy and the Goals of Corporate Law, UCLA Law Review, Vol. 32, 1985, s.434.

<sup>16</sup> KANDA / LEVMORE, s.442-443, LETSOU, s.1133.

<sup>17</sup> KANDA / LEVMORE, s.443, LETSOU, s.1134-1135.

<sup>18</sup> Bu amaçlara ilişkin olarak ÖZDOĞAN, s.714-719, WERTHEIMER, 666-669. Diğer görüşler için bkz. SIEGEL, s.98 vd.

kullanabileceği kabul edilmiştir. Buradan da anlaşılacağı gibi, ayrılma hakkını kullanabilmek için belli bir oranda şirkette paydaş olmaya gerek yoktur<sup>19</sup>. Dolayısıyla ayrılma hakkı, pay sahibi tarafından şirkete karşı tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılabilen bireysel bir hak niteliğindedir.

Hakkın kullanımı açısından bakıldığında, genel kuruldaki önemli kararlara muhalif kalanlar için tanındığından, hakkı kullanmak bakımından bir pay oranı sahipliği aranmamakla birlikte, genel kurulda alınacak bu tip kararlara muhalif kalınıp ret oyu kullanılmasına rağmen kararın çoğunluk tarafından kabul edilmesiyle, şirkete karşı bu hakkın kullanılması imkânı doğmaktadır. Bu çerçevede de ayrılma hakkının bireysel hak olma niteliği ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca ayrılma hakkı vazgeçilmez bir hak niteliğindedir. Zira ayrılma hakkı SerPK m.24 ile tanınmış kanuni nitelikte ve pay sahibinin rızasına bağlı olmadığı için onun iradesiyle de vazgeçemeyeceği bir hak<sup>20</sup>.

Ayrılma hakkının bireysel ve vazgeçilmez bir hak olma niteliği, bu hakta eşit işlem ilkesinin mutlak olarak uygulanmasına neden olur<sup>21</sup>. Eşit işlem ilkesinin uygulanması neticesi, şirkette pay sahiplerinden bazılarının bu hakka sahip olması bazılarının olmaması şeklinde bir durum oluşturulamaz. Bunun anlamı, paylar için ayrılma hakkı bakımından imtiyaz sağlanamayacağıdır<sup>22</sup>. Esasen SerPK m.24’de tanınmış bu hak için, eşitlik ilkesini ihlal etmek mümkün değildir.

Payın sağladığı hakkın içeriği ve konusuna göre, kullanılmasıyla birlikte, pay sahibine malvarlığı açısından para ile ölçülebilen bir miktar sağladığından malvarlıksal hak kategorisinde değerlendirilebilir<sup>23</sup>. Zira ayrılma hakkının kullanılmasıyla, bunu kullanan pay sahibinin payları şirkete geçecek ve bu kişinin şirketten para olarak bir ayrılma akçesi talep etmesi söz konusu olacaktır.

---

<sup>19</sup> Bu hususta; LETSOU, s.1133, TEKİNALP;( POROY/ÇAMOĞLU), s.452.

<sup>20</sup> Aynı yönde, SÖNMEZ, s.75. Vazgeçilmez hakların feragat edilmez, aynı zamanda pay sahibinden alınamaz bir hak olduğu, pay sahiplerinin bu hak üzerinde tasarruf da edemeyeceği kabul edilmektedir. PULAŞLI Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, Ankara 2011, s.1416.

<sup>21</sup> SÖNMEZ, s.76.

<sup>22</sup> ÖZDOĞAN, s.721, SÖNMEZ, s.75,

<sup>23</sup> SÖNMEZ, s.76.

## **C. Ayrılma Hakkında Önemli Kararlar**

### **1. Genel Olarak**

SerPK m.24, 23.maddede yer alan genel kurulda alınmış önemli kararlara muhalif olan pay sahiplerinin ayrılma hakkını kullanabileceğini kabul etmiştir.

Anonim şirketin genel kurulunda alınan bir kararın önemli olup olmadığını tayin, o kararın anonim şirketin geleceğini, dolayısıyla pay sahiplerinin geleceğini ne şekilde etkilediği ile ilgilidir. Yabancı hukuklarda, hangi kararların önemli sayılacağı tartışma konusu olmuştur<sup>24</sup>. Bu konuda bir görüş, ayrılma hakkının ortaklığın yapısını değiştiren kararlar olması hâlinde geçerli olduğunu öne sürmüştür<sup>25</sup>. Buna karşın üçüncü kişilerce bu değişikliğin yapılması hâlinde, ayrılma hakkının söz konusu olmayacağı belirtilerek bu hususta genelleme yapılamayacağı iddia edilmiştir<sup>26</sup>.

Bir başka görüş, ayrılma hakkını harekete geçiren muamelenin karakteristik özelliğini esas alarak, şirketteki varlık yapısını veya sermaye borç oranını değiştiren kararlar ile faaliyet konusunu değiştirerek ortakların beklentisini değiştiren kararların önemli karar sayılması gerektiğini iddia etmiş<sup>27</sup>, ancak bu iddia şirket ortaklarının sadece risklerini bertaraf etmeyi esas aldığı düşüncesiyle kabul edilmemiştir<sup>28</sup>.

Amerikan hukukunda bu temel çerçevesinde yargı içtihatlarında önemli kararlar farklı farklı ortaya çıkmıştır<sup>29</sup>. Bunlar daha sonra Amerikan eyalet hukuklarına kanunlaştırma olarak yansımıştır. Birleşme ve devralmalar, şirket malvarlığında esaslı değişimler, şirketin amaçları ve organizasyon yapısındaki değişiklikler öne çıkan önemli karar hâlleri olarak sayılmaktadırlar<sup>30</sup>.

Bu karar türleri ele alındığında, genel kurulun münhasır yetkisine giren kararlar, önemli karar olarak kabul edilebilir. Anonim şirkette genel kurula tanınan yetkiler, bu organın temel konularda karar alan bir organ

---

<sup>24</sup> Bu konudaki görüşler için bkz. LETSOU, s.1124 vd, WERTHEIMER, s.671 vd.

<sup>25</sup> KANDA / LEVMORE, s.463-465.

<sup>26</sup> WERTHEIMER, s.671.

<sup>27</sup> KANDA / LEVMORE, s.464.

<sup>28</sup> LETSOU, S.1138-1140.

<sup>29</sup> LETSOU, s.1121.

<sup>30</sup> MBCA § 13.02. Alman hukuku açısından, FRONING, § 45, Rn.142.

olduğunu göstermektedir<sup>31</sup>. Bu anlamda temel kararlar aslında önemli kararlar niteliğindedir ve bunların yönetim kurulu tarafından alınması mümkün olamaz. Dolayısıyla genel kurulun devredemeyeceği yetkileri önemli kararlar olarak kabul edilir.

Bunun dışında ağırlaştırılmış nisapla alınan kararlar da, önemli karar statüsünde değerlendirilebilir<sup>32</sup>. Ancak her ağırlaştırılmış nisaba tabi olan kararın önemli karar olarak öngörülmesi mümkün değildir. Esas sözleşmesinin değiştirilmesine yönelik her karar, örneğin sermaye artırımını, önemli karar sayılamaz. TTK m.421/2’de sayılan ve oybirliği gerektiren kararlar ise önemli karar olmakla birlikte, muhalif kalan kişiler oldukça karar alınamayacağına göre, ayrılma hakkına ilişkin bir nitelik taşımazlar.

Ayrılma hakkı kanuni bazı sebeplere, yani genel kurul karar türlerine bağlanabileceği gibi, şirket esas sözleşmesine konulacak bir sebep, genel kurul karar türü ile de mümkün kılınabilir. Ancak burada da kanunun veya diğer bir düzenlemenin esas sözleşmeye konulmasına izin verdiği ölçüde, esas sözleşme ile ayrılma hakkı tanınabilir<sup>33</sup>. Fakat kanımızca ayrılma hakkının kanunen öngörülmüş sebeplerini artıran, onu genişleten veya değiştiren bir esas sözleşme hükmü konamaz.

SerPK m.23, önemli karar olarak sayılan halleri saydıktan sonra, “gibi” diyerek, benzeri genel kurul kararların da önemli karar olabileceğini kabul etmiştir. Ancak 23.maddede SPK’nın önemli nitelikteki işlemleri, önemlilik ölçüsü de dâhil olmak üzere belirleme yetkisi olduğu açıklanmıştır. Bu konuda SPK tarafından çıkarılan Seri II-23.1 sayılı tebliğin 5.maddesinde, 23.maddede sayılanlar dışında üç genel kurul kararını daha önemli karar olarak saymış, ayrıca bu kararlara ilişkin olmak üzere tebliğin 5.maddesinde önemlilik kriteri başlığı altında çeşitli kıstaslar getirmiştir. Bu kıstaslar her bir önemli karar türüne ait olmak üzere ayrı ayrı belirlenmiş, bazı önemli karar türlerine ilişkin olmak üzere ise kriter getirilmemiştir.

Buradan da anlaşılacağı üzere, HAAŞ’lerde ayrılma hakkı, ancak SerPK m.23 ve Seri II-23.1 sayılı tebliğde sayılanlardır. SerPK ve SPK’nın tebliğ düzenlemesi haricinde bir husus ayrılma hakkı olarak esas sözleşmeye konulamaz. Konulsa da, geçerli bir nitelik taşımayacaktır. Ancak II-23.1 sayılı tebliğ m.5/2’de, bunların dışında da SPK tarafından bazı şartlar altında bazı

---

<sup>31</sup> POROY ;(TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s.300.

<sup>32</sup> SÖNMEZ, s.82.

<sup>33</sup> SÖNMEZ, s.138.

işlemlerin önemli işlem kabul edilebileceği öngörülerek, sınırlı sayı prensibini benimsememiştir.

Bunun yanında SerPK m.23 ve Seri II-23.1 sayılı tebliğde sayılan bazı kararların niteliğine bakıldığı zaman genel kurul dışında yönetim kurulu tarafından da alınabilecek niteliktedir. Çünkü sayılanlardan bazıları HAAŞ'ler için yönetim kuruluna yetki ile devredilebilen ya da yönetim kurulunun bizzat yetkili olduğu kararlardır. Ancak bu hâlde dahi alınan karar, önemli karar statüsüne girdiğinden, bu kararların sadece yönetim kurulunda alınması yeterli değildir. Söz konusu kararların genel kurulda onaylanması mecburi hale gelmiştir. Nitekim Seri II-23.1 sayılı tebliğin 7.maddesi de, önemli nitelikteki işlemlerin genel kurul onayına sunulacağından bahsederek bu hususu teyit etmektedir.

Ayrılma hakkının mevzuatla sınırlanmasının nedeni bir görüşe göre, her zaman kullanılabilir olan bir ayrılma hakkı nedeniyle, şirketten büyük miktarda nakit çıkışlarına engel olunmasıdır<sup>34</sup>. Gerçekten de, geniş bir şekilde tanınmış ayrılma hakkı, şirketin ekonomik durumunu sarsan, hatta ortadan kaldıran bir nitelik kazanır. Bunun yanında ayrılma hakkının her türlü karar için tanınmış olmasının şirketin ortak amaç ve ortak çaba (*affectio societatis*) unsurlarına aykırılık meydana getireceğini de, gözden kaçırmamak gereklidir. Zira anonim şirket, her şirket gibi bu unsurlar üzerine kurulur. Bir ortağın her türlü genel kurul kararı için muhalif kalarak ayrılma hakkını kullanabileceğini kabul etmek, bahsettiğimiz unsurları her hangi bir zamanda göz ardı edebilecek bir ortağın şirket ortağı olması manasına gelecektir. Dolayısıyla anonim şirketin ortakları bu unsurları benimsememiş olarak şirket ortağı olmaları, şirketin amacını ortadan kaldırmaktadır.

## **2. Önemli Karar Türleri**

### **a) Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Sona Erme**

#### **aa) Birleşme**

Birleşme bir veya daha çok ticaret şirketinin malvarlıkları tasfiye edilmeksizin bir ticaret şirketi tarafından devralınmasını, devralınan malvarlığı karşılığında devralan şirketin paylarının devrolunan şirket veya şirketlerin ortakları tarafından belirlenmiş bir değişim oranına göre kendiliğinden iktisap ederek, devralan şirketin ortağı hâline gelmeleridir<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> LETSOU, s.1138, ÖZDOĞAN, s.723.

<sup>35</sup> TEKİNALP Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013, s.609.

Birleşme TTK m.136'ya göre, ya katılma olarak, ya da yeni bir şirket altında birleşme şeklinde ortaya çıkar. SerPK m.24, birleşmenin türüne ilişkin bir ayırım yapmamıştır. II-23.1 sayılı tebliğde de böyle bir ayırma yer verilmediğinden, her iki tür birleşmede de ayrılma hakkı kullanılabilir<sup>36</sup>.

Birleşme olarak kabul edilecek olan, sadece TTK m.136'da unsurları belirtilmiş olan yöntemdir. Bunun dışında şirketlerin tüzel kişiliklerini kaybetmeksizin bir işe yönelik iş birliği yapmaları, bir şirketin diğer bir şirketin kontrolünü ele geçirecek şekilde paylarını satın alması veya bir şirketin malvarlığının, diğer bir şirket tarafından tamamen devralınmasıyla devreden şirketin feshe gitmesi şeklindeki usuller, birleşme olarak kabul edilemez<sup>37</sup>.

Bununla birlikte, SPK'nın çıkardığı II-23.2 sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin<sup>38</sup> 4/(b) maddesinde tarif edilen, birleşme amaçlı ortaklığın<sup>39</sup>, birleşmesi anında ayrılma hakkı kullanabilecektir. Nitekim bu şirketin tanımında da ayrılma hakkı ayrıca yer almaktadır.

TTK m.137'ye göre, sermaye şirketi olan HAAŞ'ler, anonim şirket veya limited şirket olarak bir başka sermaye şirketiyle, kooperatifle veya devralan kendisi olması şartıyla şahıs şirketleriyle birleşebilirler. II-23.2 sayılı tebliğ'in 2.maddesine göre de, HAAŞ'lerin sermaye şirketleri, devralan şirket olmaları şartıyla şahıs şirketleri ve kooperatifler ile olan birleşme işlemlerini kapsamaktadır.

<sup>36</sup> Buna karşın Alman Hukukunda UmwG § 29'da öngörülen birleşme hâlinde ayrılma hakkı, tür değişmesine neden olan birleşmelerde veya pay senetleri borsada işlem gören bir şirketin, işlem görmeyen bir başka şirket tarafından devralınması hâlinde öngörülmüştür. Aynı türden şirketlerin birleşmesinde kabul edilen ayrılma hakkı ise, sadece pay devri sınırlaması mevcutsa mümkündür.

<sup>37</sup> Aynı yönde, SÖNMEZ, s.92.

<sup>38</sup> 28.12.2013 tarih ve 28865 sayılı RG.

<sup>39</sup> Birleşme amaçlı ortaklık; Önceden belirlenmiş bir süre ve yatırım stratejisi doğrultusunda, halka arz sonrası oluşacak sermayesini temsil eden payların en az yarısını halka arz etmek ve sonrasında halka açık olmayan bir ortaklık ile birleşme amacı ile kurulan, bu amacı gerçekleştirmek haricinde herhangi bir faaliyeti olmayan, ana sözleşmesinde ve/veya halka açılma nedeniyle düzenlenen izahnamede belirtilen faaliyetler için halka arzdan elde ettiği gelirin azami yüzde onunu kullanarak bakiye kısmın önceden belirlenmiş süre içerisinde hedeflenen birleşme işleminin gerçekleşmemesi hâlinde kurucular dışındaki ortaklara iade edilmesi amacıyla mevduat, devlet iç borçlanma senedi ve benzeri yatırım araçlarından bir veya birden fazlasına yatırım yapmak suretiyle değerlendirmeyi taahhüt eden ve bu çerçevede gerekli nakit yönetim politikasını halka açılma nedeniyle düzenlenen izahnamede kamuya açıklayan, birleşme işleminin onaylandığı genel kurul toplantısında olumsuz oy kullanan pay sahiplerine ve sona ermesi durumunda kurucular dışındaki tüm pay sahiplerine ait paylara yönelik olarak gönüllü geri alım işlemini izahnamede belirtilen esaslar çerçevesinde gerçekleştirecek olan ve ticaret unvanında birleşme amaçlı ortaklık ibaresi bulunan ortaklıktır.

Buna göre, HAAŞ'nin tüzel kişiliğini kaybedecek şekilde diğer sermaye şirketleri ile birleşmesi mümkündür. Yani devralınan şirket HAAŞ olabilir. Bu devralan şirketin ise bir anonim şirket, HAAŞ veya limited şirket olması söz konusudur. Bu halde HAAŞ'in tüzel kişiliğini yitirmesi pay sahipleri açısından başlı başına bir önemli sebeptir. Diğer durum olan HAAŞ'nin devralan şirket olması hâlinde ise pay sahiplerinin payları ve buna bağlı olarak şirket üzerindeki paya bağlı hakları değişeceğinden, birleşme yine önemli bir karar niteliği taşımaktadır. Birleşmenin şirket pay sahipleri için şirketin yapısını tümünden değiştirdiği göz önüne alındığında, ayrılma hakkının kullanılması açısından önemli bir sebep kabul edilmesi olağandır. Zira azınlık pay sahibi niteliğinde olacak birleşmeye muhalefet edenler için, birleşme ile şirkette meydana gelecek durum, onlar için arzu edilmeyen ekonomik anlamda büyük bir değişime yol açmaktadır<sup>40</sup>.

Birleşme hâlinde ayrılma hakkının hangi şirket ortakları için geçerli olacağı önemlidir. SerPK m.24 açısından, ayrılma hakkının birleşen şirketlerden birisinin HAAŞ olması hâlinde sadece onun ortakları için geçerli olduğu bellidir. Buna karşılık, her iki şirkette HAAŞ olduğu takdirde, bu iki şirket ortakları da birleşme hâlinde, ayrılma hakkını kullanabileceklerdir<sup>41</sup>. TTK m.202/2'de yer alan ayrılma hakkında ise, hâkimiyetin uygulanması ile gerçekleşen bağlı şirketin birleşmesinde, bu bağlı şirketin ortakları, bu hakkı kullanabilmektedir.

Birleşme TTK m.145 ve devamı maddelerinde belirtilmiş usul çerçevesinde gerçekleşecektir. Bununla beraber, birleşme konusunda II-23.2 sayılı tebliğ'in farklı hükümleri HAAŞ hakkında uygulama alanı bulacaktır.

Birleşmeye yönelik kararın alınacağı genel kurulda nisap, SerPK m.29/6 ve tebliğin 7.maddesinde esas sözleşmelerinde açıkça oran belirtilmek suretiyle daha ağır nisaplar öngörülmediği takdirde, toplantı nisabı aranmaksızın, şirket genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisi olarak belirlenmiştir.

Ancak, toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması hâlinde, esas sözleşmede açıkça daha ağır nisaplar öngörülmedikçe, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu ile karar alınır.

<sup>40</sup> KALSS Susanne; Umwandlungsgesetz, Band 56; Herausgegeben von Semler Johannes/Stengel Arndt, 3.Auflage, München 2012, § 29, Rn.2.

<sup>41</sup> UmwG m.29'da ise, devralınan şirket pay sahipleri ayrılma hakkını kullanabilmektedirler.

Buna karşılık TTK m.151’de birleşme hâlinde anonim şirketlerde birleşme kararının alınacağı genel kurulda esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil etmek şartıyla, genel kuruldaki mevcut oyların dörtte üçü ile karar alınabilir. Ancak ilgili hüküm, TTK m.421/5 bent (b)’nin saklı olduğunu belirtmiştir. İlgili hükme göre, pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, birleşme kararı alınabilmesi için genel kurulda aksine hüküm olmadıkça, TTK m.418’deki nisap, yani sermayenin dörtte birini karşılayan pay sahiplerinin veya temsilcileri ile toplanıp, oy çoğunluğu ile karar alması mümkündür.

Bu hükümlerden SerPK m.29/6 ile TTK m.421/5 bent (b) hükmünün birbirinden farklı olduğu ve çeliştiği görülmektedir. HAAŞ’de birleşme hâlinde uygulanacak hükmün, kanaatimizce SerPK m.29/6 olacağı açıktır.

### **bb) Bölünme**

Bölünme, bir şirketin malvarlığının tamamının veya bir kısmının şirketten ayrılarak bir bütün hâlinde mevcut ya da kurulacak bir şirket yahut şirketlere devri, karşılığında da devralan mevcut veya yeni şirketin paylarını bölünen şirketin pay sahiplerinin ya da bizzat bölünen şirketin kendisinin iktisap etmesidir<sup>42</sup>.

Bölünme bu tanımdan anlaşılacağı üzere tam veya kısmi bölünme olarak ayrılmaktadır. Bunun dışında pay sahiplerinin bölünme sonrası yeni oluşan veya malvarlığın devralan şirketteki pay oranlarının aynı oranda olması hâlinde simetrik bölünme, aynı olmaması hâlinde ise asimetrik bölünmeden bahsedilir. Simetrik ve asimetrik bölünme, tam ve kısmi bölünme şeklinde cereyan edebilir. Bölünmenin bu şekilde ayrılmasının en önemli sonucu, ayrılma hakkının bazı yabancı hukuklarda sadece asimetrik bölünmede tanınıyor olmasıdır<sup>43</sup>.

SerPK açısından ise böyle bir ayırım yapılmamış olup, her iki tür bölünmede de ayrılma hakkının kullanılması mümkün olacaktır. SPK’nın çıkarmış olduğu II-23.2 sayılı tebliğin 14.maddesinde, HAAŞ’lerde tam bölünme veya ortaklara pay devri modeliyle kısmi bölünmeden bahsedilmiştir.

---

<sup>42</sup> TEKİNALP, s.654.

<sup>43</sup> Nitekim AB hukukunda 82/891/ECE sayılı bölünmeye ilişkin 6.Konsey Direktifinde bu yönde bir hüküm yer almaktadır. Buna karşın Alman hukukunda UmwG m.125’in 29.maddeye direkt atfıyla, her iki tür bölünmede de ayrılma hakkının varlığının kabul edildiği görülmektedir. Bazı hukuklarda ise, örneğin İsviçre hukukunda FusG’de, bölünmede ayrılma hakkı tanınmamıştır. Bu konuda ÇOŞTAN Hülya; Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara 2004, s.86-87.



## Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı

Söz konusu kısmi bölünmede, yeni kurulmuş veya önceden var olan bir şirkete bölünme konusu malvarlığı devredilmekte, devrin karşılığı olarak da devralan şirkette bir iştirak hissesi elde edilmektedir<sup>44</sup>. Amerikan hukukunda split-off olarak adlandırılan bu bölünme şeklinde, bölünen şirketin pay sahipleri, hem bölünen hem de devralan şirkette pay sahibi hâline gelirler.

TTK'da bölünmeyi düzenleyen m.159-179 arası hükümlerde ise, ayrılma hakkına yer verilmemiştir<sup>45</sup>.

Bölünmeye ilişkin kararı belli nisaplara bağlı olarak genel kurul alır. SerPK m.29/6 hükmüyle, HAAŞ'de meydana gelecek bölünme kararı içinde, birleşmede olduğu gibi, toplantı nisabı aranmaksızın, şirket genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisi, sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması hâlinde, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu gereklidir. TTK'da bölünmeye ilişkin nisaplara dair m.173/2, birleşmedeki nisapları düzenleyen TTK m.151'e atıf yapmıştır. Ancak oranların korunmadığı asimetrik bölünme bakımından m.173/3'e göre nisap, şirkette oy hakkının haiz ortakların en az yüzde doksanı ile kararın alınması yönündedir. Bu yönden, HAAŞ'de alınacak bölünme kararı ister simetrik ister asimetrik olsun, SerPK m.29/6'da öngörülmüş olan nisapların uygulanması sonucu, asimetrik bölünme açısından, HAAŞ'de daha yumuşatılmış bir oranla karar alınmasını sağlamaktadır. Buna göre de, ayrılma hakkını kullanabilecek payların, toplam payların yüzde kırk dokuzuna ulaşması mümkün olabilecektir.

Bölünmede ayrılma hakkının tanınmasının nedeni, birleşmedeki gibi pay sahiplerinin menfaatlerinde meydana getirdiği büyük değişikliklerdir. Simetrik bölünmede belki pay sahiplerinin haklarında önemli bir değişiklik olmayabilir. Mamafih simetrik bölünmede de, HAAŞ'deki pay oranı bölünme sonucu malvarlığının sahibi olan şirkette aynı olsa da, tam bölünmede HAAŞ'deki pay sahipliği haklarının sonlanması, kısmi bölünmede ise, bölünme sonrası malvarlığını devralan şirketin halka açık olmaması hakların farklılaşmasına neden olmaktadır. Bunun yanında simetrik bölünmede, devralan şirket veya şirketlerin pay sahipliği hakları mevcut haklarla orantılı olarak tahsis edilse

<sup>44</sup> HELVACI Mehmet; Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2004, s.22.

<sup>45</sup> Bunun esas nedenin, TTK'ya bölünmeyle ilgili olarak alınan hükümlerde İsviçre Hukuku (*FusG*) hükümlerinin esas alınması olduğunu söylemek mümkündür. Hâlbuki TTK kanunlaşmadan önce, doktrinde bölünmede de, ayrılma hakkının düzenlenmesi gerektiği savunulmuştu. ÇOŞTAN, s.87-88, Aksi görüş HELVACI, s.119.

dahi, o şirketin sermayesine katılım oranları değişebilir<sup>46</sup>. Mevcut bir şirketin bölünme sonrası malvarlığını devralması hâlinde, bu durumla karşılaşmak çoğunlukla mümkün olduğundan, bu hâlde de pay sahiplerinin menfaatlerinin değiştiğinden bahsedilecektir.

Asimetrik bölünme, pay sahiplerinin haklarının mutlak olarak değişmesine neden olur. Özellikle, azınlık pay sahiplerinin haklarının ihlali tehlikesi vardır<sup>47</sup>. Bu nedenle, bu bölüme türünde de ayrılma hakkının tanınması şart olmakta, SerPK m.24 de bunu öngörmektedir.

### **cc) Tür Değişirme**

Esas olarak tür değiştirmede şirket malvarlığında bir değişiklik olmadan, pay sahiplerinin, paya bağlı haklarında da bir farklılık oluşmaksızın şirketin biçim değiştirmesinden bahsedileceğinden, ilk bakışta ortakların menfaatlerinde bir farklılık olmadığı ileri sürülebilir. Ancak tür değiştirme işlemi ile şirketin hukuki yapısı farklılaşmaktadır. Hatta şirketin varlığının bile etkilenmesi söz konusu olabilir. Çünkü tür değiştirme ile payların devir şekli değişecek, pay sahibinin sorumluluğu farklılaşacaktır<sup>48</sup>.

HAAŞ, TTK m.181'e göre ancak başka türdeki bir sermaye şirketine ya da bir kooperatife dönüşebilecektir. Sermaye şirketleri Türk hukukuna göre limited ya da sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket olabilir. Her üç şirket türünün de, anonim şirkete hatta HAAŞ'ye göre bariz farklıklar içermesi<sup>49</sup>, pay sahibi açısından ayrılma hakkını kullanmada bir gerekçedir. HAAŞ'lerde pay sahibine kapalı bir anonim şirkette nazaran sağlanan haklar ve borsaya kote pay senetlerinin varlığındaki pay devir kolaylığının türün değişmesiyle oldukça sınırlanması da, ayrılma hakkının tanınması nedenini göstermektedir<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> ÇOŞTAN, s.79.

<sup>47</sup> ÇOŞTAN, s.80.

<sup>48</sup> TÜRK Hikmet Sami; Ticaret Ortaklıklarının Nev'i Değişirmesine İlişkin Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara 1985, s.145.

<sup>49</sup> Limited şirkette kamu borçlarından pay sahiplerinin payları oranında sınırsız sorumluluğu, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette ise, komandite ortakların sınırsız sorumluluğu, sorumluluk açısından var olan farklılıklardır. Kooperatiflerde ise, pay sahibinin hem sorumluluğu hem hakları büyük bir oranda değişmektedir.

<sup>50</sup> İsviçre Hukukunda tür değiştirmede ayrılma hakkı tanınmamışken, Alman hukukunda tür değiştirme ayrılma hakkının kullanılabilceği bir genel kurul kararı olarak öngörülmüştür. İsviçre hukukunda FusG'nin gerekçesinde tür değiştirmenin pay sahipliği haklarını etkilemeyeceği belirtilmekte, bunun nedeni ise tür değiştirme ehliyetinin sınırlanması, yani bir sermaye şirketinin ancak başka bir sermaye şirketine dönüşmesi olarak

Tür değiştirme kararı da, HAAŞ'lerde birleşme ve bölünme açısından öngörölmüş nisaplara tabidir<sup>51</sup>. Ancak TTK'ya göre anonim şirketler, kooperatife dönüşüyorsa, bu karar tüm ortakların onayıyla mümkündür. Buna göre bir HAAŞ'nin kooperatife dönüşmesi açısından halka açık olmayan bir anonim şirkete göre daha yumuşak bir nisapla tür değiştirme kararı alınabilmektedir.

#### **dd) Sona Erme**

HAAŞ'nin sona ermesi, faaliyetlerinin durması veya durdurulması olup, tüzel kişiliğinin sona ermesi değildir<sup>52</sup>. Tüzel kişilik tasfiye sonucunda sona erecektir. Sona erme bakımından infisah ve fesih olarak iki kavram söz konusudur. SerPK ve II-23.1 sayılı tebliğde bir ayırım yapılmadığına göre, her iki sona erme hâli de kapsam içerisindedir.

SerPK'da, HAAŞ'lerin sona ermesine ilişkin hükümler yer almamaktadır. Bu bakımdan anonim şirketin sona ermesine ilişkin TTK'da yer alan hükümler HAAŞ'ler için de uygulama alanı bulur. TTK m.529 genel sona erme sebeplerini ele almış, bunun dışında TTK m.530'a göre, organ eksikliği nedeniyle şirketin fesih davası sonucunda feshedilmesini ve TTK m.531'de azınlık pay sahiplerinin talebi ile haklı sebeple fesih hâlini düzenlemiştir.

Bu sona erme hâllerinden, sadece genel kurul kararı ile alınan sona ermede, pay sahibi ayrılma hakkını şirkete karşı kullanabilecektir. Şirketin sona ermesi ile aslında pay sahiplerinin tasfiyedeki bakiyelerini almaları ile şirketle ilişkileri ortadan kalkacaktır. Bir bakıma tek taraflı ayrılma hakkının kullanılması yerine, sona erme ile teoride tüm pay sahiplerinin ayrılmasından bahsedilebilir. Ancak şirketi sona ermesine bağlı olarak ayrılma hakkının kullanılması ile tasfiyenin sona ermesi sonrası tasfiye bakiyesini almak, aynı sonucu doğurmaz. Zira esasen ayrılma hakkı, sona erme kararını kabul

---

gösterilmektedir. Oysa Alman hukukunda tür değiştirme ile bir sermaye şirketi bir şahıs şirketine dönüşebilmektedir. Türk hukukunda da İsviçre hukukundaki gibi sermaye şirketinin ancak başka bir sermaye şirketine dönüşmesi şart olsa da, HAAŞ açısından limitet veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete hatta kooperatife dönüşmek pay sahiplerinin pay olarak haklarını etkilemezken paya bağlı kullanılabilir bir çok hakkını etkilediğinden ayrılma hakkının tanınması olağandır. TTK'da ise ayrılma hakkı tür değiştirme açısından tanınmıyorsa, bunun nedenini İsviçre hukukundaki gibi ehliyet sınırlamasında aramak gereklidir.

<sup>51</sup> TTK'da ise, m.189 uyarınca esas sermayenin üçte ikisini karşılaması şartıyla, genel kurulda mevcut oyların üçte ikisiyle, limitet şirkete dönüşürken ek yükümlülük getiriliyorsa tüm ortakların onayıyla mümkündür.

<sup>52</sup> TEKİNALP, s.163.

etmeyen ortağın kullandığı bir usuldür. Ayrıca ayrılma hakkının kullanılması ile ayrılma payının hesabı ile tasfiye payı arasında farklar vardır. Bu yüzden sona erme yönündeki genel kurul kararına muhalif olan kişiye ayrılma hakkı tanınmıştır.

Anonim şirketin sona ermesine ilişkin genel kurul kararı TTK m.529/1 (d) atfıyla, TTK m.421/3-4 uyarınca, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınabilecektir. İlk toplantıda bu orana ulaşamadığı takdirde de izleyen genel kurul toplantılarında aynı nisap aranır. Buna karşılık HAAŞ için SerPK m.29/6, II-23.1 sayılı tebliğ m.7/1'deki nisaplarla sona erme kararı alınabilmektedir.

### **b) Şirket Malvarlığının Devretme, Üzerinde Aynı Hak Tesis Etme veya Kiralama**

#### **aa) Malvarlığının Devri**

Buradaki genel kurulun alacağı önemli karar, şirket malvarlığı üzerinde şirket tarafından yapılacak bir muameleye ilişkindir.

SerPK m.23/1 b.(b)'de şirket malvarlığının tümü veya önemli bir bölümden bahsedilmiştir. Aynı kavram aslında, TTK m.408/2 b.(f)'de de yer almaktadır. Bu konuda doktrindeki tartışma, şirket varlığından anlaşılması gerekenin ne olduğu yönündedir. Bir görüşe göre, kavramın şirket aktifindeki duran malvarlığı<sup>53</sup> olarak anlaşılması daha uygundur<sup>54</sup>. Diğer bir görüş ise, malvarlığının devrinin aktif ve pasif olarak birlikte anlaşılması gerektiği ileri sürmektedir<sup>55</sup>.

Şirketin malvarlığının devredilmesi, TTK m.11'de belirtilen şekilde şirketin tüm aktif ve pasifleriyle devri değildir. Burada şirketin aktiflerinin ve pasiflerinin kısmen veya tamamen devrinden bahsedilmektedir. SerPK'da da önemli kararlar kapsamında birleşme, bölünme ile şirket malvarlığının devrinin, bu devir şekllinden ayrılması da bu durumu doğrulamaktadır. Zaten SerPK m.23/1 b.(b)'de şirketin malvarlığının tümünün devrinden bahsetmekte, şirketin devrinden bahsetmemektedir.

<sup>53</sup> Duran malvarlığı bir muhasebe bilimi kavramı olup, şirketin ticari ve sınıai faaliyetlerinin yapılmasına tahsis edilen taşınmazlar ile aynı amaca tahsis edilmiş menkul mallardır.

<sup>54</sup> BİÇER Levent/HAMAMCIOĞLU Esra; Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı, KHÜHFD, Sayı 1, Haziran 2013, s.40, TEKİNALP; (POROY /ÇAMOĞLU), s.871.

<sup>55</sup> ÖZDAMAR Mehmet; Anonim Ortaklığın Sahip Olduğu Malvarlığının Yönetim Kurulu Tarafından Topluca Devredilmesi, SÜHFD, c.14, Sayı 2, 2006, s.103-104.

Bunun ticari işletmenin devrinden farkı, anonim şirkete ait aktif ve pasiflerin her zaman ticari işletme şeklinde bir organizasyon olmayıp<sup>56</sup>, bütünde belli bir kısma tekabül etmesidir. Örneğin şirketin bir aracının devredilmesinde, bu aracın alınırken kredi kullanılmış ve trafik sicilinde buna ilişkin rehin yer almışsa, aktif ve pasifiyle birlikte araca ilişkin kalan kredi borcu dâhil olarak devri söz konusu olabilecektir.

TBK m.202’de işletmenin devri ile birlikte malvarlığının devrine de yer verilmiştir. Malvarlığından kastedilen, kendi içinde belirli bir bütünlük arz eden parasal değere sahip haklar ve borçlar toplamıdır<sup>57</sup>. TBK m.202’ye göre, devredenle devralan yaptıkları bir sözleşme ile malvarlığının aktif ve pasifiyle birlikte devri konusunda anlaşılır ve ilke olarak da bunların tamamı üzerinde işlem yaparlar<sup>58</sup>. Söz konusu malvarlığı bünyesinde sadece aktif değerler olabileceği gibi, sadece pasifler de olabilir. Bu anlamda borcun nakli de şirket açısından malvarlığının devri sayılır.

Malvarlığının tümünün veya önemli bir bölümünün devri, şirketin yeniden yapılandırılması amacını taşır. Bu işlemin sonunda devreden şirketin holdinge dönüşmesi veya tasfiye sürecine girmesiyle karşılaşabiliriz. Böyle bir durumda yapılan, aslında gerçek olmayan bir birleşme veya fiili birleşmedir (*de facto merger*)<sup>59</sup>. Dolayısıyla işlemin şirket için önemli bir karar olarak nitelendirilmesi tâbidir.

SerPK m.23/1 b.(b), malvarlığının tümünün veya önemli bir bölümünün devredilmesini esas almıştır. Burada anlaşılması gerekli olan, malvarlığının önemli bölümünün ne olduğu ve nasıl belirleneceğidir. Bir görüşe göre, bir anonim şirketin sahip olduğu malvarlığı amacının gerçekleştirilmesi için hayati nitelikte ise, bu şirketin önemli bir malvarlığı sayılacaktır<sup>60</sup>. Örneğin bir şirketin üretim yapan fabrika binasının devredilmesi bu çerçevede değerlendirilebilir. Ancak burada her somut olaya göre, şirket açısından o devrin önemli olup olmadığı durumuyla karşılarız. Aslında devre konu tutarın büyüklüğü ve şirket yapısına etkisi dikkate alınarak, buna ilişkin kararın önemli olup olmadığı anlaşılabilir<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> BİÇER/HAMAMCIOĞLU, s.40.

<sup>57</sup> AKÇAAL Mehmet; İşletmenin Devri, Ankara 2014, s.73.

<sup>58</sup> EREN Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 2012, s.1252-1253.

<sup>59</sup> SÖNMEZ, s.105.

<sup>60</sup> POROY;(TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s.406.

<sup>61</sup> Bu anlamda bütünlük arz etmese de bir defada satışa çıkarılan ve toplam malvarlığının cesamet ve fiyat olarak en az beşte, altıda birini teşkil eden aktiflerin önemli miktara dâhil olduğu ileri sürülmüştür. TEKİNALP, s.173.

II-23.1 sayılı tebliğde ise, malvarlığının önemli kısmı kavramına ilişkin belirleyici bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme, malvarlığının devrinde ne kadar malvarlığının önemli sayılacağına ilişkin kıstaslar getirmektedir. II-23.1 sayılı tebliğin 6.maddesine göre, şirkete ait devredilen malvarlığının önemli sayılması için, işleme konu mal varlığının kamuya açıklanan son finansal tablodaki kayıtlı değerinin kamuya açıklanan son finansal tablolara göre varlık (aktif) toplamına oranı, işlem tutarının yönetim kurulu karar tarihinden önceki altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması baz alınarak hesaplanan şirket değerine oranı veya devredilecek mal varlığı unsurunun son yıllık finansal tablolara göre elde edilen gelire katkısının, son yıllık finansal tablolardaki gelirlere oranının yüzde elliden fazla olması gerekmektedir.

Malvarlığı devrinin önemli sayılması açısından ilk kıstas, şirket toplam malvarlığı olarak bilançoda aktifte yer alanlardan yarısının devridir. Burada II-23.1 sayılı tebliğ, son finansal tablolardan bahsetmektedir. II-14.1 sayılı Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği<sup>62</sup>'nin 7.maddesine göre, “ihraç ettiği sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer pazar yerlerinde işlem gören ortaklıklar, tebliğde düzenlenen esaslara uygun olarak 3, 6 ve 9 aylık dönemler itibariyle ara dönem finansal rapor düzenlemekle yükümlüdürler.” Buna göre malvarlığının devrindeki önemli işlem sayılma şartı, bu bahsedilen ara bilançolardan hangisinden sonra devir kararı alınacaksa, ona göre belirlenecektir. Yani en yakın bilanço, malvarlığının devrinde önemli işlem olup olmadığını belirlemede esas alınır.

Hükümde de görüldüğü üzere bilançodaki aktiflerin ne olduğuna bakılmamış, aktif bir kül olarak kabul edilmiş, bilançodaki aktif malvarlığı üzerinde yük meydana getiren ve pasifte görünen borçlar da ele alınmamıştır. Örneğin şirketin gayrimenkulü bir aktif değer olup, bunun üzerinde var olan ipotek bir yüküdür. Ancak bu yük bilanço pasifinde yer almaz. Fakat bu ipotek bir banka kredisi karşılığı ise, bilançoda bu kredi pasifte yer alır ve gayrimenkul devir konusu olduğunda, duruma göre ipotekli devir veya kredi ödenerek bu gayrimenkulün devri söz konusu olur. İşte bu gibi borçlar, şirketin pasif tarafında kabul edilerek gayrimenkul üzerindeki yükü esas alınmamış, aktif değer yarısının hesaplanmasında bilançoda görünen değerine bakılmıştır.

---

<sup>62</sup> 13.06.2013 tarihli ve 28676 sayılı RG.

## Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı

Malvarlığı devrinin önemli işlem sayılmasında ikinci kıstas, işlem tutarının yönetim kurulu karar tarihinden önceki altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması baz alınarak hesaplanan şirket değerine oranıdır. Bu oranın da yüzde elliden fazla olması hâlinde işlem önemli işlem sayılmıştır. Burada altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyat, payları borsaya kote olmuş HAAŞ için belirlenebilecek bir orandır. Zira bahsedilen günlük ağırlık ortalama, işlem gören pay senetleri için hesaplanabilecektir. Dolayısıyla payları borsada işlem görmeyen HAAŞ'ler için bu kıstasın uygulanmayacağı anlaşılmaktadır.

Son olarak yine önemli işlem sayılmadaki üçüncü kıstas ise, devredilecek mal varlığı unsurunun son yıllık finansal tablolara göre elde edilen gelire katkısının, son yıllık finansal tablolardaki gelirlere oranıdır. Finansal tablolar, muhasebe sistemi içinde kaydedilen ve toplanan bilgilerin, belirli zaman aralığıyla bu bilgileri kullanacaklara iletilmesini sağlayan araçlardır<sup>63</sup>. Finansal tablolar, bilanço, gelir tablosu ve satışların maliyeti tablosu olarak temel, fon akım tablosu, nakit akış tablosu, öz kaynak değişim tablosu, kâr değişim tablosu ek tablolar olarak düzenlenmektedir. Bu tablolarda toplam gelir üzerinden, devir konusu malvarlığının sağladığı gelirin, toplam gelir içindeki payının yüzde elliden fazla olması hâlinde, işlem önemli işlem sayılacaktır. Söz konusu tablolarda gelir, gelir tablosundan anlaşılabilir. Gelir tablosu, işletmenin belli bir hesap döneminde, satışlarını, diğer gelir kalemlerini ve bu gelirlerin elde edilmesi amacıyla katlanılan maliyet ve giderleri içeren bir rapordur<sup>64</sup>. Bu raporda birden fazla gelir türüyle karşılaşılr. Standart gelirler olarak, mal ve hizmet satışları dışında, faaliyet dışı olarak iştirak gelirleri, bağlı şirket ve diğer sermaye yatırımlarından elde edilen temettü gelirleri, faiz gelirleri, kira gelirleri, kambiyo gelirleri ve menkul kıymet satış geliri gibi türleri söz konusudur. Hüküm, tüm gelirler üzerinden malvarlığının katkısının oranını esas almıştır. Bununla beraber malvarlığı üretim veya hizmetten elde edilen gelirler de önemli olmak yanında, son yıllık gelir tablosunda toplam gelir içinde oran olarak az bir yer tutabilir. Bu bakımdan tüm gelir üzerinden değil, şirket konusuna bağlı olarak gelir getiren kalemlerin esas alınarak oranlama yapılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Anlaşıldığı kadarıyla hüküm, devir konusu malvarlığının, HAAŞ'nin dönem gelirine etkisi yüzde ellinin üzerinde olmasını, önemli işlem sayarak

<sup>63</sup> AKDOĞAN Nalan/TENKER Nejat; Finansal Tablolar ve Mali Analiz Teknikleri, 11.Bası, Ankara 2007, s.4.

<sup>64</sup> AKDOĞAN/TENKER, s.178.



HAAŞ'nin elde edeceği geliri oldukça düşüren bir malvarlığı azalmasının pay sahiplerinin menfaatlerini etkileyen bir durum olarak kabul etmiştir. Bu bakımdan, örneğin üretim yoluyla HAAŞ'ye yıllık olarak yüzde elli üzerinde gelir sağlayan bir fabrikanın satılarak devri bu kapsamda görülebilir

Her üç kıstas da tek başına devir işlemini önemli işlem hâline getirir. Öngörülen kıstasların da, HAAŞ için belirttiğimiz açıklamalar dâhilinde, uygun kıstaslar olduğunu söylemek mümkündür.

II-23.1 sayılı tebliğ m.6/3, önemlilik kriterini belirlemede üstte ele aldığımız kıstaslarda belirtilen sınırların altında kalsa dahi, her durumda yönetim kurulunun malvarlığının ortaklığın faaliyetleri açısından taşıdığı önemi dikkate alarak, değerlendirme yapması gerektiğini beyan etmiştir. Burada devir konusu malvarlığının her üç kıstas açısından da bakıldığında yüzde elliden daha az bir oran taşısa da, önemli işlem sayılması gerektiği, bunun HAAŞ'de kıstaslar açısından bakıldığında faaliyete etkisinin objektif olarak önem taşıdığı kabulüne bağlandığını söyleyebiliriz. Burada yönetim kuruluna bir takdir hakkı tanınsa da, yönetim kurulunun takdir hakkının yanlış kullanması hâlinde, pay sahiplerinin buna ilişkin olarak SPK'ya başvuru hakları olacaktır. Aynı zamanda, işlemin önemli olduğu iddiasıyla, mahkemeye genel kurulun iptali için başvurmakta mümkündür.

### **bb) Aynı Hak Tesis Etme Veya Kiralama**

HAAŞ malvarlığının üzerinde aynî hak tesis edilmesi veya malvarlığının kiralanması işlemlerinde de, malvarlığının devrine ilişkin kıstasların varlığı hâlinde, bunların önemli karar kategorisinde olduğu, genel kurulda alınacak bu karara istinaden ayrılma hakkının kullanılabilmesi kabul edilmiştir. II-23.1 sayılı tebliğ, malvarlığının tümü veya önemli bir bölümünün üzerinde aynî hak tesis edilmesi veya kiralanmasından bahsetmektedir. Malvarlığının tümü açısından kanımızca ele alınacak tek kriter, bilançoda aktif malvarlığı olarak gözükenler olacaktır. Zira diğer iki kıstas, ancak malvarlığının belli bir oranının belirlenmesi açısından kullanılmaktadır.

Şirket malvarlığının menkul ya da gayrimenkul olması fark etmez. Tesis edilecek aynî hakkın da ne olduğunun önemi yoktur. Ayrıca burada tesis denildiği için kastedilenin mülkiyet olmadığı, sınırlı aynî hak olduğu da açıktır. Bir HAAŞ açısından bu sınırlı aynî hak, çoğunlukla rehin hakkıdır. Zira kredi kullanan şirketlerden bankalar teminat olarak rehin hakkı tesisi talep etmektedirler. Hükmün sadece aynî hak tesisini esas alması eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, kefalet, garanti, bağış, takas ve ödünç gibi



şirket varlığının el değiştirmesi sonucunu doğuracak tüm işlemlerin maddede yer alması gereklidir<sup>65</sup>. Ancak burada bağış hariç tutarsak, diğer hâllerin şirket malvarlığı üzerinde direkt talep edilebilir bir hak doğurmadığını, ya da şirketin malvarlığında alınan genel kurul kararı ile azalma meydana getirmediğini söylemeliyiz. Zira bu hususlar şirketin malvarlığının azalması sonucunu ileri de doğurabileceği gibi, hiç doğurmayadabilir. Çünkü şirketin garanti veya kefalet vermesi ile malvarlığında bir değişme alınan kararla oluşmamaktadır. Bağışlama ise, miktarına bağlı olarak şirketin menkul veya gayrimenkul bir malvarlığının devri olduğu için zaten önemli işlem kategorisindedir.

HAAŞ açısından aynı hak tesis etmeye ilişkin bu hususlar, malvarlığının kiralamasında da uygulanacaktır. SerpK m.23/1 b.(b)'de önemli miktarda malvarlığının kiralanmasının önemi karar olarak kabul edilmesinin kısa süreli yapılan kira sözleşmeleri için de ele alınmasının uygun olmadığı ileri sürülerek, bu yönden de hüküm eleştirilmiştir<sup>66</sup>. Kanımızca burada kiralamanın süresinin bir önemi yoktur. Önemli olan şirketin malvarlığının önemli kısmının kiralanmasıdır. Zira şirket malvarlığının önemli kısmının kiralanması, şirketin faaliyetinin kiralanana bağlı olarak, kiralama süresi boyunca kısmen veya tamamen yapılamaz hâle gelmesine yol açacaktır. Faaliyetin yapılamaması şirketin amacının o dönemde gerçekleştirilememesi sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla şirket malvarlığının tamamen veya önemli bir kısmının kiralanmasının süre belirtilmeksizin önemli karar sayılması doğrudur<sup>67</sup>.

### **c) Faaliyet Konusunu Değiştirme**

Anonim şirketin faaliyet konusunu değiştirmesi, önemli karar niteliğindedir. Nitekim TTK m.421/3 uyarınca da şirketin işletme konusunun değiştirilmesi ağırlaştırılmış nisaba tabi tutulmuş, sermayenin en az yüzde yetmiş beşinin olumlu oy vermesi şartı aranmıştır. Şirketin amacına ulaşmak için seçilmiş faaliyeti, iş alanıdır<sup>68</sup>. Burada ele alınan, faaliyet konusunun tamamen değiştirilmesidir. Örneğin, şirketin yeni bir sektörde faaliyete geçmesi veya şirketin holdingleşmesi, işletme faaliyetinin tamamen değişmesidir<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> BİÇER/HAMAMCIOĞLU, s.44.

<sup>66</sup> BİÇER/HAMAMCIOĞLU, s.44-45.

<sup>67</sup> Nitekim Yargıtay'da bir kararında şirketin 49 yıllığına kiralanana maden sahasının şirketin tek malvarlığı olup olmadığının araştırılarak genel kurul kararının yoklukla malul olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini esas alarak, önemli olan hususun kiralanana malvarlığı miktarı olduğunu kabul etmiştir. Y.11.HD.17.01.2011 tarih 2009/7073 E. 2011/153 K. sayılı ilamı, www.kazanci.com.

<sup>68</sup> PULAŞLI; C.I, s.601.

<sup>69</sup> FOSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur/NOBEL Peter; Schweizerisches Aktienrecht,

Buna karşın, işletme konusunun daraltılması veya genişletilmesi bu kapsamda sayılmaz. Bu yönde TTK m.421/3'ün gerekçesinde, işletme konusunun tamamen değiştirilmesinin bir konudan başka bir işletme konusuna geçilmesi veya bu sonucu doğuracak değişiklikler olduğu, daraltma veya genişletmeye yönelik değişikliklerin buna dâhil olmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, daraltma veya genişleme şirketin işletme yapısında esaslı değişiklikler meydana getiriyorsa, bu da bir konu değişikliği olup, faaliyet alanının değiştirmesi anlamı taşır<sup>70</sup>.

Bu çerçevede genel anlamda önemli ekonomik risk taşıyan işletme konusu değişikliklerinin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi olarak kabul edilmesi gereklidir<sup>71</sup>.

II-23.1 sayılı tebliğ m.6/4'de anonim şirketin faaliyet konusunu değiştirme bakımından, şirketin esas sözleşmesinde yer alan fiili ana faaliyet konusunun yan faaliyet hâline gelmesine sebebiyet verecek esas sözleşme değişikliğinin ve şirketin fiili ana faaliyet konusunu oluşturan mal ve hizmet üretiminin işleyiş sürecini değiştirecek nitelikteki, örneğin üretim faaliyetinin tümüyle terk edilerek üretim konusu malın dışarıdan tedarik edilmesi gibi işlemlerin bu kapsamda sayılacağını açıklamıştır.

Burada, gibi denilerek belirtilenlere benzer esas sözleşme değişikliklerinin de şirketin işletme konusunun değiştirilmesi olarak kabul edileceği öngörülmektedir.

İlk örnek olarak verilen durum, fiilî faaliyet konusunun, yan faaliyet konusu hâline getirilmesidir.

Ancak ikinci örnek olarak verilen üretim faaliyetinin tümüyle terk edilerek üretim konusu malın dışarıdan tedariki, bir esas sözleşme değişikliği olmaksızın da yapılabilecek bir işlemdir. Buna karşın hüküm, bu yöndeki bir kararın şirketin işletme konusunu ilgilendiren önemli bir karar olduğunu belirtmiş ve ancak HAAS için genel kurulda alınan bir kararla bunun mümkün olabilmesine izin vermiştir. Aynı zamanda bir esas sözleşme değişikliği olmasa da, alınan bu karara karşı olan pay sahiplerinin ayrılma haklarını kullanmaları imkânı tanınmıştır.

---

Bern 1996, § 24, N.35.

<sup>70</sup> UZUNALLI Sevilay; Anonim Şirkette İşletme Konusu, Ankara 2013, s.164-165.

<sup>71</sup> UZUNALLI, s.166.

**d) İmtiyaz Öngörme veya Mevcut İmtiyazların Kapsam ve Konusunu Değiştirme**

SerpK m.23/1 b.(ç) ve II-23.1 sayılı tebliğ m.5/1 b.(ç), genel kurulda bazı paylara imtiyaz tanınması ya da zaten var olan imtiyazların kapsam ve konularının değiştirilmesi yönündeki kararları önemli karar olarak kabul etmiştir.

İmtiyaz, şirketteki bazı paylara diğer paylara nazaran bir üstünlük sağlanmasıdır<sup>72</sup>. Nitekim TTK m.478/2’de imtiyazdan bahsederken, örnek verdiği pay sahipliği haklarında paya tanınmış üstün bir haktır diyerek bu hususu belirtmiştir. İmtiyazın belirlenmesinde kıstas, payın sermayeye katılım oranıdır<sup>73</sup>.

TTK m.478’e göre, imtiyaz tanınması veya imtiyazların değiştirilmesi sadece esas sözleşme ile mümkün olduğundan, genel kurulda alınan karar, esas sözleşmeyi değiştirme kararıdır.

İmtiyaz TTK m.478/2’ye göre, kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır. Dolayısıyla pay sahipliğine doğrudan bağlı olan haklar da imtiyaz tanınabilir. Bu nedenle de, doğrudan payla alakalı olmayan konularda sağlanan üstünlükler, imtiyaz olarak kabul edilemez<sup>74</sup>.

İmtiyaz kural olarak paya tanınmakla birlikte, TTK m.478/3, TTK m.360 hükmünün saklı olduğunu belirtmesine bağlı olarak, esas sözleşmede yine yer almak kaydıyla, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının pay gruplarına, nitelikleriyle grup oluşturan pay sahiplerine ve azınlığa sağlanabilmesiyle, pay sahiplerine de tanınabilir.

TTK m.421/3 uyarınca payda imtiyaz tanınması için yapılan esas sözleşme değişikliğinin, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların olumlu oyuyla alınabilmektedir. SerPK m.29/3 ise, HAAŞ’lerin genel kurul toplantılarında, şirket merkezinin yurt dışına taşınması ile bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar hariç olmak üzere, SerPK’da veya şirket esas sözleşmelerinde açıkça oran belirtilmek suretiyle daha ağır nisaplar öngörülmediği takdirde, TTK m.418’in

---

<sup>72</sup> FOSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §41 N.26. Paylar arasında üstünlük oluşturmayan bir durum imtiyaz sayılamaz. PULAŞLI; C.II, s.1175-1176.

<sup>73</sup> FOSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §41 N.28, PULAŞLI; C.II, s.1176.

<sup>74</sup> PULAŞLI; C.II, s.1177.

uygulanacağını öngörmüştür. Buradan HAAŞ'lerde imtiyaz oluşturma veya değiştirme kararlarında, TTK m.421'deki genel kurul genel nisabının uygulanacağı ileri sürülebilir. Ancak, II-23.1 sayılı tebliğ bu kararları önemli karar statüsüne aldığı için, tebliğin 7/1.maddesinde daha önceki önemli kararlar açısından ele aldığımız nisaplarla, HAAŞ'de bu kararların alınacağını söylemeliyiz.

Hüküm hem imtiyaz oluşturulması hem de var olan imtiyazların değiştirilmesinden bahsetmektedir. Var olan imtiyazların değiştirilmesi kararı, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelik taşıyabilir. Böyle bir durumda sadece HAAŞ genel kurulunda alınan karar yeterli olmaz. TTK m.454 uyarınca ayrıca imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun da karar alması gereklidir. Zira TTK m.454/1, bu karar alınmadıkça, genel kurul kararının uygulanamayacağını öngörmüştür. SerPK ve SPK'nın çıkardığı tebliğlerde de TTK m.454'e ilişkin farklı bir düzenleme olmadığından bu hükümler caridir.

HAAŞ'de birden fazla farklı şekilde imtiyaz tanınmış paylar olabilir. Böyle bir durumda, alınan yeni imtiyaz öngörme, kaldırma veya değiştirme kararı ile hangi imtiyazlar ihlal ediliyorsa o imtiyaz sahipleri genel kurul olarak toplanacaktır.<sup>75</sup>

TTK m.454 hükmü çerçevesinde bir imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu toplanıp karar almadıkça, SerPK m.23'de belirtilen hususları yerine getirmiş bir pay sahibinin ayrılma hakkını da kullanması mümkün olmaz. Ancak TTK m.454/4 çerçevesinde imtiyazlı pay sahipleri imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu için öngörülen toplantı ve karar nisabını sağlar hâlde genel kurula katılmış ve karara olumlu oy kullanmışlarsa, imtiyazlı pay sahipleri genel kurul kararı yapılarak karar alınmasına gerek olmayacak ve pay sahibi SerPK m.23'e göre ayrılma hakkını kullanabilecektir. Bunun yanında TTK m.454/5, çağrıya rağmen imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu toplanıp da karar almazsa da, genel kurul kararı onaylanmış sayılacağından, bu kurulun belirtilen gün ve yerde toplanmamış olması da, ayrılma hakkının kullanılması için bu kurulun karar alma sürecinin bittiği anlamını taşıyacaktır.

İmtiyazlı pay sahipleri genel kurulu imtiyaza yönelik alınan genel kurul kararını TTK m.454/2-3 hükümlerine göre toplanır ve onaylar. Buna göre, HAAŞ'de önemli karar olarak alınan imtiyazın değiştirilmesi kararının ilan edildiği tarihten bir ay içinde imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu toplantıya çağrılacak, imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının

---

<sup>75</sup> TEKİNALP, s.97.

çoğunluyla toplanıp, toplantıdaki payların çoğunluyla karar alacaktır. Tutanak on gün içinde yönetim kuruluna verilecek ve şirket merkezinin bulunduğu yer ticaret sicilinde tescil ve ilan edilecektir.

**e) Borsa Kotunda Çıkma**

Borsa kotasyonu, bir menkul kıymetin tanımlanarak resmi borsa listesine kabul edilmesidir. Dolayısıyla borsa kotundan çıkma, bu listeden ayrılmadır. Kottan çıkma ihraççının talebiyle ya da başka bir sebeple borsa yönetim kurulunun kararıyla sürekli veya geçici bir şekilde borsa kotasyonunu sona erdirir.

Borsa kotasyonunun sona ermesinde, şirketin tür değiştirmesi, birleşmesi, bölünmesi gibi hâller de etkili olabilir. Ancak bu hâller gerçek olmayan kottan çıkma olarak adlandırılmaktadır. Bunlar nedeniyle kotasyonun sona ermesi, kararların doğası gereği borsada işlem gören payların veya işlem görme imkânının ortadan kalkması nedeniyle söz konusu olmaktadır<sup>76</sup>.

HAAŞ'nin yönetim kurulunun Borsa İstanbul Kotasyon Yönetmeliğinin 25.maddesine göre kendi talebiyle kottan çıkması mümkün olacağı gibi, bu yönetmeliğin 24.maddesinde belirtilen hallerde kotasyon komitesinin görüşü alınarak veya bu komitenin teklifi üzerine yönetim kurulu kararı ile kottan çıkarılabilir. Elbette ki, kotasyon yönetmeliğinde şirketin kendi iradesiyle genel kurul kararı dışındaki sebeplerle alınan kottan çıkma kararlarında, ayrılma hakkının kullanılması söz konusu olmayacaktır.

Kottan çıkmanın önemli bir karar sayılmasının nedeni, bu kararlarla payların tedavül yeteneğinin sınırlanması, kamuyu aydınlatma zorunluluklarının ve borsa yönetim kurulunun paylar üzerindeki denetiminin kalkarak, pay sahiplerinin haklarının sınırlanması veya zayıflamasına yol açmasıdır<sup>77</sup>.

II-23.1 sayılı tebliğ, borsa kotundan çıkma yönünde genel kurulun karar alabilmesini şarta bağlamıştır. Yani, şirket genel kurulu, tebliğde belirtilen bu şart haricinde genel kurulda bu yönde bir karar alamaz. Tebliğin 8.maddesine göre, payların kottan çıkarılması amacıyla borsaya başvuruda bulunabilmenin önkoşulu, pay alım teklifi sonucunda veya birlikte hareket etmek de dâhil olmak üzere, herhangi bir şekilde ortaklığın doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının yüzde doksan beş veya daha fazlasına tek başına ya da birlikte hareket ettiği kişilerle birlikte sahip olunmasıdır.

<sup>76</sup> HUFFER Uwe, Aktiengesetz, München 2012, § 119, Rn.26.

<sup>77</sup> SÖNMEZ, s.108.

Şirket genel kurulunca borsa kotundan çıkmaya ilişkin bu şart yerine gelmiş olduğu takdirde karar alınması durumunda, genel kurul karar tarihinden itibaren en geç beş iş günü içerisinde kottan çıkmak amacıyla şirket tarafından borsaya zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla hâkim ortak tarafından SPK'ya başvuru yapılmalıdır.

Pay alım teklifine cevap veren pay sahiplerine ayrılma hakkının kullanım fiyatı üzerinden pay bedelleri ödenerek ayrılma hakkını kullanmaları sağlanır.

### **f) İlişkili Taraflardan Önemli Ölçüde Mal Varlığı Edinme Veya Kiralama**

SerPK m.23'de sayılan önemli karar halleri dışında, hüküm “gibi” ibaresini koyarak başka hususlarından da önemli karar kategorisinde değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Nitekim Seri II-23.1 sayılı tebliğ, bu çerçevede kanun hükmünde belirtilen dört durum dışında üç hâle daha yer vermiştir. Bunlardan biri de, şirketin ilişkili taraflarından önemli ölçüde mal varlığı edinme veya kiralamasıdır.

Burada önemli olan, ilişkili tarafların kim olduğudur. Aslında bunun belirlenebilmesi için Seri II-23.1 sayılı tebliğ bir yol göstermektedir. Tebliğde sayılan önemli kararlardan biri HAAŞ'nin bedelli sermaye artırımlarında, sermaye artırımından elde edilecek fonun ortaklığın mevcut sermayesini aşması ve kurulun ilgili düzenlemelerinde tanımlanan ilişkili taraflara olan ve ortaklığa nakit dışındaki varlık devirlerinden kaynaklanan borçların kısmen veya tamamen ödenmesinde kullanılacak olmasıdır. Burada, açıklanan ilişkili tarafların SPK tebliğlerinde gösterildiği belirtilmiştir.

Bu konuda temel düzenleme II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliğinin<sup>78</sup> tanımların yer aldığı 3.maddesidir. Burada (g) bendinde ilişkili taraf, Türkiye Muhasebe Standartlarında (TMS) tanımlanan kişiler ve bunların işlemleri de (ğ) bendinde, TMS'de tanımlanan ilişkili taraf işlemleri olarak açıklanmıştır.

666 sayılı KHK'ye göre kurulan Kamu Gözetim Kurumu tarafından çıkarılan tebliğlerle düzenlenen TMS'de ilişkili tarafları ele alan tebliğ, 17 sayılı “İlişkili Taraf Açıklamalarına İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 24) Hakkında Tebliğ”dir<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> 03.01.2014 tarihli 28871 sayılı RG.

<sup>79</sup> Bu tebliğ ilk olarak 31.12.2005 tarih 26040 sayılı RG'de yayımlanmış, ancak Uluslara-

## Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı

Bu tebliğe ek “TMS 24 İlişkili Taraf Açıklamaları” başlıklı standartlarda ilişkili taraf, “Tanımlar” başlıklı kısımda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

İlişkili taraf, düzenlemede kişiler ve işletmeler üzerinde belirlenmiştir.

Bir kişi veya bu kişinin yakın ailesinin bir üyesi, işletme üzerinde kontrol veya müşterek kontrol gücüne sahip olması, işletme üzerinde önemli etkiye sahip olması, işletmenin veya işletmenin bir ana ortaklığının kilit yönetici personelinin bir üyesi olması durumlarında ilişkili taraf sayılmaktadır. Yakın aile üyesi kavramı ise kişinin eş ve çocukları, eşinin çocukları ve kişinin kendisi ve eşinin bakmakla yükümlü olduğu kişiler olarak gösterilmiştir.

Buna karşın, bir işletme ile diğer işletmenin aynı grubun üyesi olması (ana şirket, bağlı şirket ve diğer bağlı şirket ilişkisi olması), işletmenin, diğer işletmenin (veya diğer işletmenin de üyesi olduğu bir grubun üyesinin) iştiraki ya da iş ortaklığı olması, her iki işletmenin de aynı bir üçüncü tarafın iş ortaklığı olması, işletmelerden birinin üçüncü bir işletmenin iş ortaklığı olması ve diğer işletmenin söz konusu üçüncü işletmenin iştiraki olması, işletmenin, diğer işletmenin ya da işletmeyle ilişkili olan bir işletmenin çalışanlarına ilişkin olarak işten ayrılma sonrasında sağlanan fayda plânlarının olması, işletmenin yukarı da belirttiğimiz kişiler tarafından kontrol veya müştereken kontrol edilmesi ve bir kişinin işletme üzerinde önemli etkisinin bulunması veya söz konusu işletmenin (ya da bu işletmenin ana ortaklığının) kilit yönetici personelinin bir üyesi olması hallerinde de ilişkili taraf sayılmaktadır.

TMS 24’de işletmenin serbest hareket etmesini etkileyebilecek ya da karar alma sürecine dâhil olabilecek olsalar da, ilişkili sayılmayanlar da belirtilmiştir. Ancak bunlar işletme üzerinde kontrol ya da müşterek kontrol gücüne veya önemli etkiye sahip olmamak kaydıyla ilişkili taraf sayılmamaktadırlar. TMS 24’de bu şartlarla belirtilenler; iki işletmenin, ortak bir yöneticiye ya da ortak bir kilit yönetici personele sahip olması durumunda veya işletmelerden birinin kilit yönetici personelinin diğer işletme üzerinde önemli etkiye sahip olması, iki iş ortaklığı katılımcısının bir iş ortaklığı üzerinde müşterek kontrolü paylaşımları durumunda söz konusu katılımcılar, finansman sağlayanlar, sendikalar, kamu hizmeti şirketleri ve devlet makamları ve merciler, bir işletmenin sadece ortaya çıkan ekonomik bağımlılık nedeniyle önemli hacimde işlem yaptığı bir müşteri, tedarikçi, acente, dağıtımçı ya da genel mümessillerdir.

---

rası Finansal Raporlama Standartlarında meydana gelen değişikliklere bağlı olarak en son 12.03.2013 tarih 28585 sayılı RG’de yayımlanan tebliğe olmak üzere altı kez güncellenmiştir.

Belirtilen bu kapsamda anlaşılacak ilişkili tarafla, HAAŞ arasındaki Seri II-23.1 sayılı tebliğin 6/1. maddesinde belirlenen kriterler çerçevesinde önemli sayılan her türlü kazandırıcı işlem veya kiralama işlemine dair genel kurul kararı, ayrılma hakkının kullanılmasını sağlayacaktır.

**g) Nakit Sermaye Koyma Borcunun Borçlara Mahsup Edilmek Suretiyle Yerine Getirilmesi**

Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.5/1 (f)'de, şirketin yapmayı planladığı bedelli sermaye artırımlarında ortaya çıkan nakit sermaye koyma borcunun, ortaklığa nakit dışındaki varlık devrinden kaynaklanan borçlara mahsup edilmek suretiyle yerine getirilmesi yönünde alınacak bir genel kurul kararının önemli karar olduğu kabul edilmiştir.

Buna göre, şirketin bedelli sermaye artırım kararı alması gerekmektedir. Aynı zamanda bedelli sermaye artırım kararıyla birlikte, bedeli karşılamanın yolu olarak daha önce şirkete yapılan varlık devirlerinden pay sahiplerine veya pay sahibi olmayan üçüncü kişilere karşı var olan borçları mahsup etme yönteminin benimsenmesi kararı alınmalıdır. Her ne kadar madde metninden sadece pay sahipleri için hükmün geçerli olduğu izlenimi uyanıyorsa da, bedelli sermaye artırımına rüçhan haklarının sınırlanması ya da kaldırılması yoluyla, yeni pay sahibi olacak üçüncü kişilerin nakit dışı varlık devirleriyle şirketten alacaklı hale gelmeleri hâlinde de aynı durum geçerli olabilecektir.

Kanımızca burada üçüncü kişinin önceden şirkete bir varlık devri ile şirketten alacaklı olması ile şirketin rüçhan hakkını sınırlaması veya kaldırılması yoluyla ortaya çıkan yeni payları devralacak üçüncü şahısların, bu bedelleri nakit dışı varlık devri yoluyla karşılama arasında bir fark olmaması gerekir. Ancak hükmün lafzı, şirketin önceden borçlanmasından bahsetmektedir. Dolayısıyla önceden şirketin varlık devri ile borçlanması ve buna bağlı olarak genel kurulda yapılacak sermaye artırımında bedelli sermaye artırımını ile bu borcun karşılanması kararı alınması durumunda ayrılma hakkı kullanabilecektir.

Alınan bu önemli karardaki bedelli sermaye artırımını ve bu sermaye artırımının varlık devri nedeniyle borca mahsubu birlikte alınmalı ya da birlikte alınmasa bile, ayrı genel kurullarda birbirini tamamlar şekilde alınmış olmalıdır. Örneğin bir HAAŞ'nin olağan genel kurulunda bedelli sermaye artırımını kararı alındıktan sonra takip eden olağanüstü genel kurulda borçlara mahsup yöntemi ile bu sermaye artırımının karşılanması kararı alınabilir. Burada pay sahibinin ayrılma hakkını kullanabilmesi için sadece bedelli sermaye



artırımı kararı verilmesi yetmemektedir. Dolayısıyla sonraki genel kurulda alınan borçlara mahsup ile bunun karşılanması kararından sonra ayrılma hakkı kullanılabilir.

Ancak bedelli sermaye artırımı kararının yönetim kuruluna esas sözleşme ile tanınmış olması durumunda, bedelli sermaye artırımı kararı dışında, tebliğ m.5/1 (f)'de belirtilen hususun da genel kurulda alınması zorunludur.

Şirketin borçlarının karşılanması nedeniyle yapılan bedelli sermaye artırımında, üçüncü kişilere olan varlık devrinden doğan borçların itfası veya pay sahiplerine rüçhan hakları dışında fazla pay vermek amacı söz konusuysa, burada diğer pay sahiplerinin rüçhan haklarının sınırlandırılması veya kaldırılması söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda, SerPK m.18/5 ve 29/6 hükümleri uygulanacaktır. SerPK m.29/6 hükmündeki genel kurul nisapları, HAAŞ için alınan önemli kararlarla aynıdır. SerPK m.18/5, cümle son ise, TTK'nın rüçhan hakkını düzenleyen 461.maddesinin rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin 2.fikrasının HAAŞ'lerde uygulanmayacağını öngörmüştür. Bu sebeple SerPK m.18/5'de HAAŞ'de yönetim kurulu için öngörülmüş rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin şartların, HAAŞ'nin genel kurulunda alınan karar için de geçerli olduğu kabul edilmelidir.

HAAŞ'nin yönetim kuruluna rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması kararı alması yetkisi verilmişse bile, nakit dışı varlık devri karşılığı borçlara karşılık bedelli sermaye artırımındaki yeni payların bedellerinin karşılanması kararının genel kurulca alınması bir zorunluluktur. Yani yönetim kurulu rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması kararı verebilir. Fakat bu kararı nakit dışı varlık devrinden ortaya çıkan borçların itfası için bu kararı alamaz. Böyle bir karar vermek genel kurul için söz konusu olacaktır. Aksi takdirde, pay sahiplerinin ayrılma hakkını kullanmaları ellerinden alınmış olur. Bu da kanuna aykırı bir durumdur.

#### **h) Bedelli Sermaye Artırımlarında Elde Edilen Fonun Kullanım Şekli**

Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.5/1 (g)'ye göre, HAAŞ'nin yapmayı planladığı bedelli sermaye artırımlarında, sermaye artırımından elde edilecek fonun ortaklığın mevcut sermayesini aşması ve SPK'nın ilgili düzenlemelerinde tanımlanan ilişkili taraflara olan ve ortaklığa nakit dışındaki varlık devirlerinden kaynaklanan borçların kısmen veya tamamen

ödenmesinde kullanılacak olması yönünde genel kurulda alınan karar, önemli karardır.

Bu önemli karar olarak kabul edilen durum, aslında daha önce ele aldığımız bedelli sermaye artırımından elde edilecek miktarın nakit dışı malvarlığı devrine bağlı olarak ortaya çıkmış borçlara mahsubu şeklindeki önemli işlem türüne benzemektedir. Buradaki farklılık, bedelli sermaye artımı sonrası, artırılan sermaye karşılığı ödenen miktarın kullanım tarzının, ayrı bir önemli işlem kabul edilmesidir. Bu kullanım tarzı, HAAŞ ile ilişkili taraflarca nakit dışı varlık devrinin söz konusu olması, bundan HAAŞ'nin borç altına girmesi ve ilişkili taraflara var olan borcun ödenmesi amacıyla elde edilen miktarın kullanılmasıdır.

Bu genel kurul kararında yine, HAAŞ'nin genel kurul veya yönetim kurulu tarafından bedelli sermaye artırım kararı verilmiş olması gereklidir. İkincisi, ilişkili tarafların şirkete nakit dışı varlık devri yapmış olması lazımdır. İlişki taraf kavramının II-17.1 sayılı tebliğin 3.maddesinin (g) bendinde, TMS'de tanımlanan kişiler ve bunların işlemlerinin de (ğ) bendinde, TMS'de tanımlanan ilişkili taraf işlemleri olarak açıklandığını, bunun da TMS'de ilişkili tarafları ele alan TMS 24 olarak anılan tebliğde ortaya konulduğunu söylemiştik.

Bu kişilere nakit dışı varlık devri ile ortaya çıkan borcun sermaye artırımından elde edilen gelirle ödenmek istemesi durumunda, genel kurula gidilerek karar alınması zorunluluğu getirilmiş ve buna karşı olan pay sahiplerinin ise ayrılma hakkı tanınmıştır. Yani yönetim kurulu tarafından bedelli sermaye artırım kararı verilmesi hâlinde dahi, belirtilen şekilde nakit dışı varlık devrinden dolayı elde edilen fonun bu devrinden doğan borçların ödenmesinde kullanılmasında genel kurul kararı almak zorunludur.

### **3. Diğer Önemli Kararlar**

Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.5/2'ye göre, şirketlerin halka açılma öncesindeki vaat, taahhüt veya esaslı durumlarından önemli oranda farklılaşan veya somut bir konuda daha önceden bir vaat veya taahhütte bulunulmamış olsa dahi, bütüncül olarak ele alındığında ortaklığın faaliyetleri ve/veya ticari hayatında önemli ölçüde değişiklik meydana getirebilecek iş ve işlemler, SPK tarafından önemli nitelikteki işlem olarak değerlendirilebilir. Burada SPK'ya bir takdir hakkı tanınmıştır. SPK'nın bu şekilde bir işlemi önemli işlem olarak kabul etmesi hâlinde, bu işlemin alındığı genel kurulda da gerekli şartların sağlanmasıyla, ayrılma hakkı kullanılabilir.

Fıkra, HAAŞ'ın Seri II-23.1 sayılanlar dışındaki SPK tarafından önemli işlem kabul edilebilecek işlemlerde iki temel noktadan birisinin bulunması gerektiğini aramıştır. Bunlardan ilki, şirketin halka açık olmadan önceki pozisyonu ile açıldıktan sonraki pozisyonunu değiştiren bir genel kurul kararı olması, ikincisi HAAŞ iken faaliyet ve/veya ticari iş hayatında bir değişiklik meydana getiren karar olması şartıdır. İlk durumda şirketin pozisyonunu değiştiren yapmış olduğu bir vaat, taahhüt olması veya şirketin esaslı bir durum değişimi meydana getiren bir faaliyet olmasıdır. İkinci durumda, ilk durumdaki gibi bir vaat veya taahhüt olmasa da alınan gelen kurul kararının faaliyetlerde veya ticari iş hayatında olağandışı bir değişiklik meydana getirmesi gerektirmektedir.

İlgili hüküm uyarınca önemli işlemlerin sınırlı sayı prensibine bağlanmayıp, SPK'ya takdir hakkı tanınması kanımızca hukuk güvenliğini zedelemektedir. Tebliğ m.5/2'de öngörülen takdir hakkının kesin sınırları belirlenmemiş bir nitelik taşıdığı, bu durumda pek çok işlemin önemli işlem olarak SPK tarafından kabul edilebilme ihtimalinin olduğunu söylemeliyiz. Ancak II-23.1 sayılı tebliğde belirtilenler dışında olan bir işlemin de, kararın alındığı HAAŞ'ın durumuna göre de, önemli işlem sayılması hakkaniyet gereği gerekli olabilir. Bütün işlemleri önemli işlem olarak SerPK ve tebliğde belirtmeyeceğimize göre, böyle bir takdir hakkı verilmesi de, HAAŞ azınlık pay sahipleri açısından kimi zaman zorunluluk taşımaktadır.

### **4.Ayrılma Hakkının Doğmadığı Haller**

Seri II-23.1 sayılı tebliğin 12.maddesine göre, tebliğde önemli işlemler olarak kabul edilmiş hususlar hakkında karar alınıyor olsa da, belirtilen şartlar vaki ise, bu işlemler önemli işlem sayılmayacak ve bu nedenle ayrılma hakkı kullanılamayacaktır. Tebliğ m.12/2, aynı zamanda bu kararların alınması için kanunen genel kurulun toplanmasının zorunlu olması hariç olmak üzere, genel kurulun toplanmasına da ihtiyaç olmadığını öngörmüştür. Genel kurulun toplanmasının kararın alınması için zorunlu olduğu hâllerde ise, toplantı gündemine ayrılma hakkı doğmadığına ilişkin yönetim kurulu beyanı eklenecektir. İşlemlere ilişkin olarak gerekçeli yönetim kurulu kararı, ilgili bilgi ve belgelerle birlikte SPK'nın özel durumlara ilişkin düzenlemeleri uyarınca KAP (Kamuyu Aydınlatma Platformu)'da<sup>80</sup> açıklanacaktır.

<sup>80</sup> 27.12.2013 tarih 28864 sayılı RG'de yayımlanan VII-128.6 sayılı Kamuyu Aydınlatma Platformu Tebliğine göre, KAP; mevzuat uyarınca kamuya açıklanması gerekli olan bilgilerin elektronik imzalı olarak iletildiği ve kamuya duyurulduğu elektronik sistemdir. HAAŞ'ler bu sisteme SPK'nın zorunlu tuttuğu bilgi ve belgeleri kamuya duyurulmak üzere elektronik

Önemli işlemler içinde olmasına rağmen, önemli işlem sayılmayacak hususlar ise şunlardır: Şirketin tabi olduğu diğer ilgili mevzuat uyarınca yapılması zorunlu olan işlemler, Yönetim kontrolüne bir kamu kurumunun sahip olduğu şirketçe yapılan işlemler, şirketin mevcut paylarına tanınmış imtiyazlarının tüm ortaklar için bedelsiz olarak tamamen kaldırılması, konu veya kapsam bakımından daraltılması işlemleri, yatırım ortaklıklarının yatırım ortaklığı niteliklerinin değiştirilmesi, yitirilmesi ve bu kapsamda yapılan imtiyaz değişiklikleri işlemleri, önemli nitelikteki işlem sonucunda pay alım teklifi zorunluluğu getirilen veya gönüllü olarak pay alım teklifi yapılması SPK tarafından uygun görülen işlemler, bölünen şirketin ortaklık yapısının korunduğu yeni şirket kurulması suretiyle bölünme işlemleri, kolaylaştırılmış usulde birleşme ve bölünme işlemleri, İşlemin İİK çerçevesinde verilen bir karar uyarınca veya kamu alacağının tahsili amacıyla yapılması, işleme konu varlığın finansal kiralama yoluyla hemen geri alınması durumları ile kira sertifikası, varlığa veya ipotega dayalı menkul kıymet veya teminatlı menkul kıymet ihracı amacıyla yapılan mal varlığı devir işlemleri, gayrimenkul yatırım ortaklıklarının portföylerinde yer alan varlıkları kiraya vermesi, gayrimenkul yatırım ortaklıklarının portföylerinde yer alan varlıklar üzerinde III-48.1 sayılı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği hükümleri çerçevesinde aynî hak tesis edilmesi, şirketlerin kendi tüzel kişilikleri adına ve finansal tablolarında tam konsolidasyona dâhil ettikleri ortaklıklar lehine mal varlığı üzerinde aynî hak tesis etmesi, SPK tarafından uygun görülmesi koşuluyla, SPK düzenlemelerine göre hazırlanmış finansal tablolarına göre sermayesinin en az yarısı karşılıksız kalan şirketlerin mal varlığı içinde yer alan ancak ekonomik bir değeri bulunmayan mal varlıklarının devri yoluyla şirketin söz konusu sermaye kaybını sona erdireceği özel amaçlı bağımsız denetim raporu ile tespit edilen işlemler.

#### **D. Ayrılma Hakkının Kullanılması**

##### **1. Ayrılma Hakkının Kullanılma Şartları**

Ayrılma hakkının kullanılabilmesi için hem SerPK m.24 hem de Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.9'da bazı şekli şartlar gösterilmiştir. Bununla beraber ayrılma hakkının kullanılabilmesi için pay sahibi olmak ve işlemin önemli işlem niteliğinde olması dışında herhangi bir maddi şart öngörülmemiştir. Hâlbuki benzer şekilde TTK m.202/2'de şirketler topluluğunda önemli işlemler için kullanılacak ayrılma hakkında, hâkimiyetin hukuka aykırı

---

imza kullanarak göndereceklerdir.

kullanılması sonucu doğuran bir şekilde yapılan işlemin, bağlı şirket yönünden açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebinin olmaması gerekmektedir<sup>81</sup>.

**a) Pay Sahibinin Genel Kurula Katılması Hâlinde**

SerPK m.24/1 ve Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.9, ayrılma hakkının kullanılması açısından şekli şartlarını göstermiştir.

24.maddeye göre, 23.maddede gösterilen önemli nitelikteki işlemlerin oylandığı veya onaylandığı genel kurul toplantısına katılıp, olumsuz oy kullanan ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçiren pay sahipleri ayrılma hakkını kullanabileceklerdir. Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.9/1, SerPK m.24/1'in tekrarı niteliğindedir.

Görüldüğü üzere, pay sahibinin ayrılma hakkını kullanabilme şartı, anonim şirketlerde pay sahibinin genel kurul kararına karşı iptal davası açabilme şartına benzetilmiştir<sup>82</sup>. Bu durum esasında ayrılma hakkının doğasında vardır. Zira alınacak karara muhalif olmak mecburidir. Ancak bu yeterli olmayıp, karara muhalif kalındığını ayrıca tutanağa geçirtmek gerekmektedir<sup>83</sup>. Kanun ayrılma hakkının kullanılabilmesi için sadece olumsuz oy kullanmayı yeterli görmeyerek, geniş anlamda karara muhalefet etmeyi aramıştır<sup>84</sup>. Dolayısıyla iki şartın bir arada gerçekleşmesi, ayrılma hakkının kullanılabilmesi için zorunlu hale getirilmiş, bu anlamda hakkın kullanımı zorlaştırılmıştır.

Genel kurulda çekimser oylar olumsuz olarak kullanılmış sayılsa da, ayrılma hakkının kullanılması için şartı sağlayamaz<sup>85</sup>. Çünkü çekimser oy, karara muhalefet edildiğini göstermez. Ancak genel kurulda önemli karara karşı kullanılan oy çekimser nitelikte olup, daha sonra bu pay sahibinin genel kurul tutanağına muhalefetini yazdırması hâlinde, ayrılma hakkını kullanabilme şartını sağladığı kabul edilmelidir.

<sup>81</sup> PULAŞLI; C.I, s.304.

<sup>82</sup> Ancak SerPK m.24'de kullanılan ibare hukuk terminolojisi ve TTK ile uyumlu değildir. Zira SerPK m.24'de muhalefetini tutanağa işletme ve kaydettirme tabirleri kullanılırken, TTK m.446'da tutanağa geçirtme tabiri kullanılmıştır.

<sup>83</sup> KALSS, § 29, Rn.22, SÖNMEZ, s.116. Ancak Amerikan hukukunda muhalefeti tutanağa geçirtme şartı olmaksızın sadece olumsuz oy kullanmak yeterli sayılmıştır. Bu yönde, LET-SOU, s.1158.

<sup>84</sup> Bu konuda bkz. SÖNMEZ, s.117. TTK m.202'de şirketler topluluğunda hakimiyetin önemli işlemlerde (birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet, bazı esas sözleşme değişiklikleri) hukuka aykırı kullanılması hâlinde pay sahiplerinin seçim haklarından biri olan ayrılma hakkı da, genel kurulda red oyu verip tutanağa geçirme zorunluluğuna bağlanmıştır.

<sup>85</sup> Buna karşın Amerikan hukukunda çekimser oyların da karara muhalif kalma olarak kabul edilerek ayrılma hakkının kullanımı için yeterli olduğu ileri sürülmüştür. LETSOU, s.1158, ÖZDOĞAN, s.738.

Bunun yanında eğer HAAŞ, oydan yoksun bir pay benzeri menkul kıymet çıkarmışsa<sup>86</sup> da, bu pay sahiplerinin genel kurulda oy kullanması mümkün olmasa da, ilgili karara muhalefetlerini genel kurul tutanağına geçirtmiş olmaları, ayrılma hakkını kullanabilmelerini sağlayacaktır<sup>87</sup>. Çünkü oydan yoksun pay sahibi olmak genel kurula müzakereye katılmamak ve karara muhalif olduğunun belirtmemek anlamını taşımaz.

Tutanağa muhalefet geçirilirken, önemli karara muhalif kalındığının belirtilmesi şarttır. Bununla birlikte hangi nedenle alınan önemli karara muhalif kalındığının belirtilmesi gerekmez<sup>88</sup>. Muhalefetin tutanağa geçirme işleminin genel kurul boyunca ne zaman yapıldığının da önemi yoktur. Bu aynı zamanda karara muhalif kalındığının belirtilmesi zamanı açısından da geçerlidir.

### **b) Pay Sahibinin Genel Kurula Katılmaması Hâlinde**

Ayrılma hakkının kullanılma şartı olan önemli karara olumsuz oy kullanıp, muhalefetini genel kurul tutanağına geçirtme şartı, bazı hallerde aramamıştır. SerPK m.24/2 ve Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.9/2 bu halleri, pay sahibinin önemli nitelikte işleme ilişkin karar alınan genel kurul toplantısına katılmasına engel olunması, genel kurul toplantısında usulüne uygun davet yapılmaması veya gündemin usulüne uygun biçimde ilan edilmemesi olarak belirtmiştir.

Bu sayılanlardan en az birinin bulunması yeterlidir. Bununla birlikte, burada belirtilen hâllerin varlığını ispat yükümlülüğü ayrılma hakkını kullanacak pay sahibi üzerindedir.

Pay sahibinin önemli nitelikte işleme ilişkin karar alınan genel kurul toplantısına katılmasına engel olunması durumuna, pay sahibinin hiç genel kurula katılmaması ya da genel kurula katılmış olsa bile önemli işleme ilişkin kararda oy kullanmasının engellenmesi, yani bu karara yönelik oy

---

<sup>86</sup> 22.06.2013 tarih 28685 sayılı RG'de yayımlanan VII-128.1 sayılı Pay Tebliğinde, pay benzeri menkul kıymetler; sermayede temsil edilmesi zorunlu olmayan, sabit bir getiri taahhüdü barındırmayan, pay sahipliği haklarından birini ya da bir kısmını veren ve bu nitelikte olduğu SPK tarafından belirlenen menkul kıymetler olarak tarif edilmiştir. 2499 sayılı eski kanun döneminde ise, Seri I No:36 sayılı tebliğ ile oydan yoksun pay senetleri düzenlenmişti. Yeni SerPK açısından artık pay benzeri menkul kıymet olarak oydan yoksun pay senedi çıkarmak mümkün olabilecektir.

<sup>87</sup> Aynı yönde iptal davası bakımından, MOROĞLU Erdoğan; Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6.Baskı, İstanbul 2012, s.238.

<sup>88</sup> MOROĞLU, s.240-241, SÖNMEZ, s.118.

## Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı

kullanılırken genel kuruldan dışarı çıkartılması hâlleri de girecektir. TTK m.446/1 (b)'de, var olan bu husus, SerPK m.24/2'ye alınmamış olsa da, bunlar da kapsam içindedir.

Genel kurul toplantısına usulüne uygun davetin yapılmaması hâlinde de, pay sahibi önemli işleme ilişkin karara olumsuz oy vermeyip, muhalefetini tutanağa geçirtmese bile, ayrılma hakkını kullanabilecektir. Ancak burada pay sahibinin usulüne uygun davet yapılmaması ile toplantıya katılamamış olması lazımdır. Yoksa usulüne uygun olmayan davet olsa da, pay sahibi genel kurula katılmışsa, karara olumsuz oy kullanma ve muhalefetini tutanağa geçirme yine şarttır<sup>89</sup>.

HAAŞ için genel kurul toplantısına çağrı açısından SerPK m.29 hükmüne bakmak gerekecektir. Bu hükme göre, HAAŞ'ler genel kurullarını, toplantıya, esas sözleşmede gösterilen şekilde, ortaklığın internet sitesi ve Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP) ile SPK tarafından belirlenen diğer yerlerde yayımlanan ilanla çağırmak zorundadırlar. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az üç hafta önce yapılır. Bu fıkraya ilişkin usul ve esaslar SPK tarafından belirlenir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, nama yazılı ihraç edilmiş olup, borsada işlem gören paylar hakkında TTK m.414/1 uygulanmaz.

Bu hüküm gereğince HAAŞ'de borsada işlem görmeyen nama yazılı paylar için, TTK m.414/1'de belirtilen şekilde çağrı yapılmalıdır. Yani hükümde öngörüldüğü gibi bu paylara toplantı gündem ve ilanının çıktığı yerler iadeli taahhütlü mektup ile bildirilecektir. Bununla birlikte, bir HAAŞ'nin paylarının tümü nama yazılı olsa da, belli bir süre sonra borsaya kote olma zorunluluğu vardır. SerPK m.16/2 ve II-16.1 sayılı tebliğin<sup>90</sup> 13.maddesine göre, halka açıklık statüsü kazanmış anonim şirketlerin iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvurmaları gerekmektedir. Bu aynı zamanda BIST Kotasyon Yönetmeliği gereğince borsaya kote olma zorunluluğudur. Dolayısıyla bu şirketlerin nama yazılı payları da borsaya kote olacağından, bu paylar içinde kote olduktan sonra TTK m.414 değil, SerPK m.29'daki çağrı usulü uygulanacaktır.

<sup>89</sup> PULAŞLI; C.I, s.842.

<sup>90</sup> 30.12.2013 Tarih ve 28867 (Mükerrer) sayılı RG'de yayımlanan Ortaklıkların Kanun Kapsamından Çıkarılması Ve Paylarının Borsada İşlem Görmesi Zorunluluğuna İlişkin Esaslar Tebliği.



Yine SerPK m.29’da belirtildiği şekilde ilan edilmemiş bir genel kurul söz konusu olursa, genel kurula bu yüzden katılamayan pay sahibi de, ayrılma hakkını, genel kuruldaki önemli karara muhalif kalmaksızın kullanabilir.

### **c) Pay Üzerinde İntifa Hakkının Varlığı Hâlinde**

Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.9/3, pay üzerinde intifa hakkı bulunduğu ve oy hakkının intifa hakkı sahiplerince kullanıldığı hallerde, intifa hakkı sahibinin ayrılma hakkını kullanamayacağını öngörmüştür. Hükme göre, bu durumda pay sahibi veya temsilcisi, ayrılma hakkını kullanmak için genel kurul toplantılarına katılıp, ilgili işleme karşı olumsuz oy kullanarak muhalefet şerhini toplantı tutanağına işletmek zorundadır.

Pay üzerinde intifa hakkı TTK m.432/2 uyarınca aksikararlaştırılmadıkça, genel kuruldaki oy hakkını da intifa hakkı sahibine sağlamaktadır. Ancak intifa hakkı sahibi pay üzerinde mülkiyet sahibi olmadığı için oy hakkına paralel bir şekilde var olan ayrılma hakkını kullanamaz. Zira ayrılma hakkı, pay sahipliğini ortadan kaldıran bir irade beyanı niteliğinde ve intifa hakkı sahibinin kullanamayacağı bir malvarlığı hakkıdır<sup>91</sup>. Çünkü intifa hakkının tanıdığı malvarlığı hakları, MK m.803/1’deki kullanma ve yaralanma yetkisinden doğmaktadır. Hâlbuki ayrılma hakkı mülkiyete bağlı tasarruf etme yetkisidir.

Aynı zamanda, intifa hakkı sahibi, pay sahibinin yerine genel kurula katılıp, muhalif oy kullanma ve bu muhalefeti tutanağa geçirtme gibi bir işlemi de yerine getiremez. Bunun nedeni ise, intifa hakkı sahibinin pay sahibinin iradi veya kanuni bir temsilcisi olmayıp, bizzat pay üzerindeki intifa hakkı nedeniyle kendi adına ve hesabına oy kullanmasıdır<sup>92</sup>.

Bundan dolayıdır ki, tebliğin 9/3.maddesi, pay üzerinde intifa hakkı olsa dahi, ayrılma hakkının kullanılacağı genel kurula pay sahibinin bizzat katılarak oy kullanması ve muhalefeti tutanağa geçirterek, ayrılma hakkını kullanma hakkını elde etmesi kabul edilmiştir<sup>93</sup>. Bu, intifa hakkının sağladığı hakların kullanılması bakımından öngörülmüş bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır.

---

<sup>91</sup> Aynı yönde, SÖNMEZ, s.68.

<sup>92</sup> KENDİGELEN Abuzer; Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, s.270.

<sup>93</sup> Düzenleme öncesi bu yöndeki görüşler için bkz. KENDİGELEN, s.312, SÖNMEZ, s.69.



## **2.Ayrılma Hakkının Kullanılma Yöntemi**

### **a)Genel Olarak**

Ayrılma hakkının kullanılması bakımından gerekli şartların yerine getirilmesi durumunda, pay sahibinin tek taraflı bir irade beyanı ile ayrılma hakkı kullanır. Ancak ayrılma hakkının bu şekilde kullanımı için, ayrılma hakkına ilişkin çeşitli işlemlerin yapılarak bitirilmesi ve ayrılmanın gerçekleşmesi gerekecektir.

Ayrılma hakkının kullanımında genel kurulda önemli işlemlere ilişkin kararlar müzakere edilip oy kullanmadan önce, şirket tarafından genel kurulda ayrılma hakkına yönelik bazı işlemler yapılması gerekmektedir. Bundan sonra da pay sahiplerinin önemli işlemlere ilişkin kararlarda muhalif oy kullanması ve muhalefetini tutanağa geçirtmesi gerekmekte, ya da bunu yapmasa bile yine de ayrılma hakkının kullanma hakkının imkânının varlığında yapılması gereken işlemler bulunmaktadır.

### **b) Genel Kurul Öncesi Yapılması Gerekenler**

Seri II-23.1 sayılı tebliğin 9.maddesinde, ayrılma hakkının kullanılabilceği önemli işlemlere ilişkin bir kararın alınacağı genel kurulda, ayrılma hakkına ilişkin bazı işlemler yapılması öngörülmüştür.

SerPK m.23/3 ve tebliğ m.9/4'e göre, önemli nitelikteki işlemlerin görüşüleceği genel kurul toplantısının gündeminde, bu kararlara muhalefet oyu kullanacak pay sahiplerinin şirketten ayrılma hakkının bulunduğu hususu, bu hakkın kullanılması durumunda payların şirket tarafından satın alınacağı birim pay bedeli ve ayrılma hakkı kullanılmasına ilişkin işleyiş süreci yer alacaktır.

Bu anlamda, önemli işlemle bağlantılı olarak genel kurul gündemine bu işlem için alınacak karara olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin ayrılma haklarının varlığı yazılacaktır. Ayrılma hakkının varlığı açısından genel bilgi verilmesi ve muhalefetin tutanağa yazdırılması gerektiğinin belirtilmesi gereklidir. Genel kurul çağrı usulü anlamında da, bu hususun pay sahiplerine genel kurul toplantısından önce çağrı ile bildirilmiş olması gerekmektedir.

Çağrı yoluyla bildirmeme hâlinde ayrılma hakkının kullanımına hâle gelmemekte, buna karşın pay sahibi açısından çağrı usulüne uyulmadığından, ayrılma hakkının kullanımı hakkı genel kurulda bulunulmasa bile doğmaktadır. Zira SerPK m.24/2 ve Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.9/2, çağrı usulsüzlüğünde

kullanım genel kurulda olumsuz oy kullanmaksızın ve muhalefeti tutanağa geçirtmeksizin ayrılma hakkının kullanımına izin vermektedir<sup>94</sup>. Ancak daha önce de değindiğimiz üzere, pay sahibinin genel kurula katılmamış olması durumunda bu şekilde ayrılma hakkını kullanmak mümkündür.

Çağrıda, HAAŞ'nin ayrılma hakkının kullanımı durumunda payları satın alacağı ve her bir payın ayrılma hakkındaki satın alma değerinin de, açıklanması gereği belirtilmiştir. Bunun olmaması da kanımızca çağrı usulsüzlüğü sayılacaktır. Kullanım hakkındaki payın satın alma değeri Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.10 hükmüne göre belirlenerek, çağrıda yazılacaktır.

Aynı genel kurulda birden fazla önemli işlem konusunda karar alma durumu söz konusu olabilir. Bu halde tüm önemli işlemlerin ayrı ayrı gündem maddesi olarak yazılması şarttır. Bu husus Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.10/6'dan anlaşılmaktadır. Gündemde yer alan önemli işlemlerden herhangi birine red oyu kullanan ve muhalefetini tutanağa yazdıran pay sahibinin ayrılma hakkını kullanma imkânı doğacaktır.

### **c) Genel Kurul Sonrası Yapılması Gerekenler**

Genel kurul için belirtilen şekilde ilan yapıldıktan sonra, toplanan genel kurulda önemli nitelikteki işleme olumsuz oy kullanıp, muhalefetini tutanağa yazdıran veya bunu yapmasa bile, SerPK m.24/2'de öngörüldüğü şekilde bir durumla karşılaştığı için ayrılma hakkını kullanabilecek pay sahipleri için ayrılma hakkı kullanılabilir hale gelmiştir. Ayrılma hakkını kullanacak pay sahiplerinin bu yönde HAAŞ'ye bir bildirimde bulunmaları yeterli olacaktır. Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.9/6 bunu bir süreye bağlamıştır. Buna göre, ayrılma hakkının kullandırılması genel kurul tarihinden itibaren en çok altı iş günü içinde başlar. Ayrılma hakkının kullanım süresi on iş gününden az, yirmi iş gününden fazla olamaz.

Esasen ayrılma hakkının kullanımı, bu hakkı kullanacaklar için pay bedellerinin genel kurul ilanında bildirim, daha sonra kullanacak pay sahibinin paylarının HAAŞ tarafından satın alınması şeklinde gerçekleştiğinden, özünde bir satım sözleşmesi niteliğinde olup, taraflar arasında bir icap ve kabul şeklinde gerçekleşmektedir<sup>95</sup>. Dolayısıyla HAAŞ tarafından genel kurul öncesi bir icapta bulunulmakta, daha sonra ayrılma hakkını kullanabilecek pay sahibi bunu kabul ettiğini HAAŞ'ye bildirmekte ve genel kurul ilanında belirtilen esaslar çerçevesinde ayrılma hakkı, HAAŞ'nin payları satın almasıyla sonuçlanmaktadır. Burada tebliğ hükmü uyarınca HAAŞ, altı gün içinde

<sup>94</sup> Benzer yönde, genel kurul kararlarının iptali bakımından, MOROĞLU, s.246.

<sup>95</sup> SÖNMEZ, s.141.

ayrılma hakkının kullanılması gerektiği, ayrılma hakkını kullanabilecek pay sahiplerine açıklayacak, bu pay sahipleri ise, yapacakları bildirim ile ayrılma hakkını kullanacaklardır. Kullanım, yani satış işleminin gerçekleşmesi, on ile yirmi iş günü içinde gerçekleşecektir. HAAŞ, bu anlamda en az on iş günü süre veya en fazla yirmi iş günü süre içinde ayrılma hakkını kullanan pay sahiplerinin payları devralmalıdır.

Ayrılma hakkı, pay sahibi tarafından payların tamamı için kullanılmalıdır. Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.9/9, kısmi bir kullanımı yasaklamıştır. Zaten ayrılma hakkının doğası gereği kısmi kullanım mümkün olmaz. Yoksa böyle bir kullanıma ayrılma hakkı diyemeyiz. Ayrıca ayrılma hakkını kullanacak pay sahipleri, bu hakkı grup ayırımına bakılmaksızın kullanmak zorundadırlar. Bu nedenle paylar çeşitli imtiyazlarla farklı guruplara tabi olsalar dahi, tüm payların HAAŞ'ye satışı şarttır.

Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.9/7, ayrılma hakkının aracı kurum vasıtasıyla kullandırılmasını zorunlu tutmuştur. Bunun nedeni HAAŞ tarafından alınacak payların borsada işlem gören fiyat üzerinden ağırlıklı ortalama esas alınarak ödenmesidir. Ancak payları borsada işlem görmeyen HAAŞ'lerde aracı kurum kullanma zorunluluğuna talep üzerine SPK tarafından muafiyet tanınabilir.

Ayrılma hakkını kullanacak pay sahipleri ayrılma hakkına konu payları, şirket adına alım işlemlerini gerçekleştiren aracı kuruma, kamuya açıklanan ayrılma hakkının kullanım sürecine ilişkin ilan edilen çerçevede teslim ederek satışı gerçekleştirecektir. Bunun arkasından pay bedelleri, en geç satışı takip eden işgünü içinde ödenmek zorundadır.

### **d)Ayrılma Hakkının Kullanımının Engellenmesi**

Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.9/5 uyarınca, yönetim kurulunun, genel kurulda alınan önemli işlemlere ilişkin kararların uygulanmasının gerçekleştirilmemesi yoluyla, bu önemli kararlara muhalif olarak ayrılma hakkına sahip olmuş paydaşların bu haklarının kullanmasını engelleyebilmektedir.

Buna göre, önemli nitelikteki işlemlerin görüşüleceği genel kurul toplantısına ilişkin gündemin ilanından önce; ayrılma hakkı kullanımları sonucunda ortaklığın katlanmak zorunda kalabileceği toplam maliyetin belirlenen tutarı aşması veya belirlenen orandan fazla paya sahip veya belirlenen nitelikteki ortakların olumsuz oy kullanması hâlinde, işlemin gerçekleştirilmeyeceğini kararlaştırabilir. Her iki şart da önemli işlemin uygulanmamasının yönetim kurulu tarafından kararlaştırılabilmesi, pay sahipleri tarafından ayrılma haklarının kullanımı ile HAAŞ'nin varlığının tehlikeye düşmesini engellemek içindir.

Burada, genel kurul kararı alınmış olmasına rağmen, yönetim kuruluna belirlenen bu şartlar çerçevesinde alınan bu önemli kararı uygulamama ve ayrılma haklarını engelleme hakkı tanınmıştır. Ancak bu durum, genel kurulca alınmış kararları yerine getirme görevinin bir istisnası değildir. Zira hükme göre, önemli nitelikteki işlemin onayına ilişkin gündem maddesi ile birlikte bu işleme ilişkin önceden belirlenen şartların genel kurul gündeminde açıklanmış olması ve işlemin onayına ilişkin gündem maddesinden sonra ayrı bir gündem maddesi ile işlemde vazgeçilebileceğinin belirtilmesi gerekmektedir. Yani yönetim kurulu önemli işleme ilişkin kararı uygulamaktan vazgeçebilmesi için de genel kuruldan bu yönde bir yetki alması şarttır.

Vazgeçmeye ilişkin gündem maddesi oylanırken, Seri II-23.1 sayılı tebliğ genel kurulda karara ilişkin uygulanacak toplantı ve karar nisaplarına dair esaslarda belirtilenden farklı olarak toplantıya katılan tüm ortaklar ve vekillerin oy kullanabileceğinden bahsetmiştir. SerPK m.29/6 ve Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.7/1’de aranan nisaplara ilişkin olmak üzere, tebliğ m.7/2’de, TTK m. 436/1’e göre taraf olan nihai kontrol eden ortak statüsündeki gerçek kişiler veya bunların yönetim kontrolüne sahip olduğu şirketler, bu işlemlerin gerçek kişilerin kendileri için doğrudan kişisel nitelikte sonuç doğurması durumunda, bu maddenin hükmü saklı kalmak üzere, söz konusu önemli nitelikteki işlemlerin onaylanacağı genel kurul toplantılarında oy kullanamazlar hükmü yer almaktadır.

Oydan yoksunluk başlıklı TTK m.436/1’de, pay sahibinin kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketlerinden bahsedilmektedir.

Belirtilen bu kişilerin alınan önemli nitelikteki kararlarla kişisel olarak alakalı olması, oy yoksunluğunu doğurmaktadır. Kanımızca alaka, sayılan kişilerin doğrudan veya dolaylı menfaat temin eder olmasıdır.

Buna göre, önemli işlemlere dair kararlarda oydan yoksunluk söz konusu iken, bunun uygulanmamasına dair yönetim kuruluna yetki veren kararda oydan yoksun olma söz konusu olmayacaktır.

### **3.Ayrılma Akçesi**

#### **a) Fiyatın Belirlenmesi**

Seri II-23 sayılı tebliğ m.10’da kullanım fiyatı olarak adlandırılan ayrılma akçesi<sup>96</sup>, ayrılma hakkını kullanan pay sahiplerinin, ayrılma sonucu

<sup>96</sup> TTK m.141/1’de bu şekilde isimlendirilen ayrılma akçesi, maddenin gerekçesinde şirket

## Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı

HAAŞ'den talep edecekleri paylarının bedelidir. Ayrılma hakkı pay sahipleri açısından malvarlığına dayalı bir menfaatin canlanması, var olan menfaatin nakde dönüştürülmesidir<sup>97</sup>. Bunun da karşılığı ayrılma akçesidir.

SerpK m.24, ayrılma hakkını kullanan pay sahiplerinin, payları HAAŞ'ye satarak ayrılacağını, HAAŞ'nin bu payları, söz konusu önemli işlemin kamuya açıklandığı tarihten önceki otuz gün içinde borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalamasından satın almak zorunda olduğunu öngörmüştür. Seri II-23 sayılı tebliğ m.10/1, bu hususu açıklayarak, kullanım fiyatının, işlemin ilk defa kamuya açıklandığı tarihten önceki, açıklanan tarih hariç olmak üzere, otuz gün içinde borsada oluşan düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması olarak belirleneceğini söylemiştir. Ayrılma hakkı aracı kurum vasıtasıyla kullanılacağı için, bu yöntem üzerinden hesaplama yapmak ve payların değerini bulmada adil değer açısından bir sorun olmaz.

Bu otuz günlük sürenin belirlenmesinde esas alınan, ayrılma hakkına neden olan önemli işlemin kamuya açıklanması zamanıdır. Kamuya açıklanma açısından ise, tebliğ m.10/3'de de belirlendiği üzere, KAP'da açıklanma tarihi, payları borsada işlem gören HAAŞ için bu otuz günlük sürenin ne şekilde belirleneceğinde esas olacaktır.

Anonim şirkette ayrılma hakkını öngören hukuklarda, ayrılma akçesi, payların adil bir değer (*fair value*) üzerinden satın alınması şeklinde kabul edilmişken, SerPK, payları borsada işlem gören HAAŞ açısından borsada iş günü ortalama fiyatını adil değer olarak belirlemiştir<sup>98</sup>. Buna karşılık, payları borsada işlem görmeyen HAAŞ'ler için Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.10/2, ayrılma hakkı kullanım fiyatı ile bu fiyatın adil ve makul olduğunun tespiti amacıyla SPK'nın ilgili düzenlemelerine göre hazırlanacak değerlendirme raporundan bahsetmiştir. SerPK m.24/4'ün satım fiyatının belirlenmesindeki esasları SPK'ya bırakması sonucu, Seri II-23.1 sayılı tebliğ bu yönde bir düzenleme yapmıştır.

---

birleşmesini menfaatlerine aykırı gören pay sahiplerine tanınacağı belirtilen mevcut payların gerçek değeri ödenerek ortaklıktan ayrılma hakkına dair ödeme olarak tarif edilebilir. Ayrılma akçesi tabiri, TTK m.202/2'de hâkimiyetin uygulanması sonucu haklı sebebi bulunmayan işlemler için ayrılma hakkında kullanılmamıştır.

<sup>97</sup> SIEGEL, s.79.

<sup>98</sup> TTK m.202'de ise hâkimiyetin önemli işlemlerde hukuka aykırı kullanımı bakımından pay sahiplerinin tercih hakkı olan ayrılma hakkının kullanımında varsa borsa değeri, yoksa veya hakkaniyete aykırı düşüyorsa gerçek değer veya genel kabul gören bir yöntemle belirlenen bir değerle kullanılacağı öngörülmüştür.

Anlaşılabacağı üzere, HAAŞ'nin payları borsada işlem görmüyorsa, borsa fiyatının mümkün olmaması nedeniyle, adil ve makul bir değer kriteri<sup>99</sup>, ayrılma hakkında payların bedellerinin ödenmesinde söz konusu olacaktır. Payların bu adil ve makul değeri ise bir değerlendirme raporu ile belirlenecektir. Değerleme raporu, SPK'nın ilgili düzenlemelerine göre hazırlanacaktır. Bununla ilgili 6332 sayılı SerPK döneminde bir düzenleme yoktur. Ancak 2499 sayılı SerPK döneminde çıkarılmış Seri VIII, No:45 sayılı Sermaye Piyasalarında Uluslararası Değerleme Standartları Hakkında Tebliğ bulunmaktadır. Bu tebliğin 2.maddesine göre, sermaye piyasası mevzuatı uyarınca yapılacak değerlendirme işlemlerinin, tebliğ ekinde yer alan uluslararası değerlendirme standartları çerçevesinde yapılması mecburi tutulmuştur. İlgili standartlarda şirket ve buna bağlı olarak pay değerlemelerinin nasıl yapılacağı, hangi kıstasların esas alınacağı ayrıntılı olarak ortaya konulmuştur.

Değerleme raporunun önemli nitelikteki işlemin görüşüleceği genel kurul toplantısı gündemi ile birlikte açıklanması gerekmektedir.

Payları borsada işlem görmeyen HAAŞ için ayrılma hakkının kullanımının başlangıcı yine kamuya açıklanma tarihidir. Bu tarih ise, Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.10/3'e göre SPK ve şirket internet sitesinde yayımlanma tarihi olarak belirlenmiştir.

Gerek payları borsada işlem gören, gerekse görmeyen HAAŞ'ler açısından kamuya açıklanmanın gerçekleşmemesi durumuyla karşılaşılabilmektedir. Bu bakımdan Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.10/3 şu hükme yer vermiştir. "Kamuya açıklama yapılmamış olması veya açıklamanın zamanında yapılmamış olması ya da payları borsada işlem gören ortaklıklar için KAP, payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için ise Kurul ve ortaklık internet sitesi dışında başka bir yerde açıklama yapılmış olması hallerinde; işleme ilişkin yönetim kurulu kararının özel durumlara ilişkin Kurul düzenlemeleri uyarınca kamuya açıklanması gereken tarih veya herhalde ortaklık yetkililerince yönetim kurulu kararından daha önce açıklama yapılmış olması hâlinde bu tarih ayrılma hakkı kullanım fiyatının tespitinde işlemin ilk defa kamuya açıklandığı tarih olarak kabul edilir."

---

<sup>99</sup> Doktrinde adil değer (*fair value*) olarak adlandırılan bu pay değeri, işletmenin mali yapısı ile ilgili çeşitli faktörlere göre değerlendirilmesiyle ortaya çıkan bir nitelik taşımaktadır. SÖNMEZ, s.123. Bu açıdan da, her payları borsada işlem görmeyen HAAŞ için hazırlanacak raporda belirlenen adil değer, o HAAŞ'nin özelliklerine göre kendine has bir değerlendirme içerir. SİEGEL, s.135.

Görüldüğü üzere, düzenleme kamuya açıklama yapılmamış olmasında da ayrılma hakkının kullanım süresini belirlemiş, hiç açıklama yapılmama diye bir durum öngörmemiştir.

Aynı genel kurul toplantısında karara bağlanacak birden fazla önemli işlemi için belirlenecek ayrılma hakkı kullanım fiyatının gündemde ayrıca ve ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir. Ancak pay sahiplerine ödenecek ayrılma hakkı kullanım fiyatının belirlenmesinde, ilgili ortağın olumsuz oy kullandığı tüm önemli nitelikteki işlemlere ilişkin ayrılma hakkı kullanım fiyatlarının en yükseği dikkate alınacaktır.

Payları borsada işlem görmeyen HAAŞ'lerde pay değerinin borsa fiyatı değil değerlendirme raporu ile belirlenecek olması, değerlendirme raporu sonrası ortaya çıkan fiyatı beğenmeyen pay sahipleri için, dava açma haklarının varlığını şart kılmaktadır. Bu dava pay bedelinin tespiti için açılacak bir dava olacaktır. Kanımızca Amerikan hukukunda olduğu gibi, pay bedelini beğenmeyen pay sahiplerinin burada HAAŞ'ye bir başvuru yaparak ek ödeme talep etmeleri, bunun kabul edilmemesi hâlinde, dava açma haklarını kullanmaları daha uygundur<sup>100</sup>. Somut durumda pay bedellerinin tespiti için açılacak dava ve bu davada bir süre SerPK ve Seri II-23.1 sayılı tebliğde öngörülmemiştir. Ancak Seri II-23.1 sayılı tebliğ'in 9/6.maddesine göre, ayrılma hakkının kullanılması genel kurul tarihinden itibaren en çok altı iş günü içinde başlayıp, kullanım süresi on iş gününden az yirmi iş gününden fazla olmaması nedeniyle, değerlendirme raporunda belirlenen pay değerine itiraz eden pay sahibinin, kullanım süresi içinde belirlenen değeri ihtirazi kayıtla kabul edip, bundan sonra talep ettiği ek değer için pay tespiti davası açması gereklidir. Aksi takdirde, ayrılma hakkını kullanma imkânını kaybeder.

### **b) Payların Satın Alınmasının Sonuçları**

Pay sahibinin ayrılma hakkını kullanmasıyla, HAAŞ, payları Seri II-23.1 sayılı tebliğ'de belirtilen kıstaslar içersinde belirlenen sürede kullanım fiyatı üzerinden satın alacaktır. Ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin payları HAAŞ tarafından alındığı andan itibaren, pay sahibinin şirketle olan ortaklık bağı sona erecek, artık ortaklıktan ileri gelen bütün haklar ortadan kalkacaktır.

Bunun zamanı, Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.9/7 uyarınca, şirket adına alım işlemlerini gerçekleştiren aracı kuruma, kamuya açıklanan ayrılma hakkının kullanım sürecine ilişkin ilan edilen çerçevede ve genel hükümler

<sup>100</sup> Bu konuda, ÖZDOĞAN, s.739.



doğrultusunda teslim edilmesi anıdır. Nitekim , Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.9/8, genel kurullarda önemli nitelikteki işlemler bakımından olumsuz oy kullanarak muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleyen pay sahipleri, söz konusu genel kurul toplantısı gündeminde bulunan diğer gündem maddeleri açısından ortaklık haklarını kullanmaya devam ederler diyerek, satışın bitip teslimin gerçekleşmesine kadar pay sahibinin ortaklık haklarını her şekilde kullanmaya devam edeceğini göstermiştir.

Satın alma sonucu, pay sahibine ait paylar HAAŞ'ye geçer. Yani HAAŞ kendi paylarını iktisap etmiş olur. Böyle bir durumda ortaya çıkan, şirketin kendi paylarını iktisap yasağına aykırı davranmasıyla, durumun ne olacağıdır. TTK m.379/1'de anonim şirketler bakımından, kendi paylarını iktisap etmede sınır yüzde on olarak belirlenmiş, SerPK m.22, HAAŞ'lerin kendi paylarını SPK tarafından belirlenen şartlar çerçevesinde satın alabileceğini öngörmüş, buna ilişkin olarak I-22.1 sayılı Geri Alınan Paylar Tebliği çıkarılmıştır<sup>101</sup>. Bu tebliğin, 5.maddesinde gösterilen şartlar dâhilinde, tebliğin 9.maddesine göre HAAŞ'nin kendi paylarını iktisabı da ödenmiş veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşmamaktadır<sup>102</sup>.

Bunlarla beraber, Seri II-23.1 sayılı tebliğ m.10/8, ayrılma hakkının kullanılması sonucunda geri alınan paylar, şirketlerin kendi paylarını geri almasına ilişkin SPK düzenlemelerine tabi olmakla beraber, I-22.1 sayılı tebliğ düzenlemesindeki geri alma sınırına ilişkin oranının ayrılma hakkının kullanılması hâlinde uygulanmayacağı kabul etmiştir<sup>103</sup>.

Geri alınan payların, I-22.1 sayılı tebliğin 19.maddesinin 9.maddeye yaptığı atıfla, ancak yüzde onu, şirketin mülkiyetinde tutulabilir. Aynı zamanda geri alınan payların toplam bedeli, SPK düzenlemeleri çerçevesinde kâr dağıtımına konu edilebilecek kaynakların toplam tutarını aşamaz. Bu halde, ayrılma hakkı gereği satın alınan payların belirlenen sınırlardan fazla olması durumunda, bu payların en fazla ödenmiş ve çıkarılmış sermayenin yüzde onuna tekabül eden ve kâr dağıtımına konu edilebilecek kaynakların toplam tutarı haricindekilerin elden çıkartılması gerekecektir.

I-22.1 sayılı tebliğ m.19/2, bu elden çıkartmanın geri alım tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde olacağını ve bu süre boyunca satılmayan payların

---

<sup>101</sup> 03.01.2014 tarih ve 28871 sayılı RG.

<sup>102</sup> Fakat bu tebliğin 16.maddesinde gösterilen hallerde bu sınırlar uygulanmaz.

<sup>103</sup> I-22.1 sayılı tebliğin 16/1 (c) maddesinde, bir kanuni satın alma yükümlülüğü nedeniyle yüzde onluk sınırın uygulanmayacağı hükmü de aynı yönde sonuç doğurmaktadır.



sermaye azaltımı suretiyle itfa edileceğini belirtmiştir. Bununla beraber I-22.1 sayılı tebliğ m.19/3, ödenmiş veya çıkarılmış sermayenin azaltılması çerçevesinde payların iktisap edilmesi haricinde, payların ortaklığın ödenmiş veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşan kısmının, herhangi bir kayba yol açmadan devirleri mümkün olur olmaz ve her halükarda elde edilmelerinden itibaren üç yıl içinde elden çıkartılması veya bu süre zarfında elden çıkarılmayan payların sermaye azaltımı suretiyle derhal itfa edilmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Bu durumda ayrılma hakkının kullanımı sonucu kendi paylarını iktisap eden HAAŞ, üç yıl boyunca yüzde onu aşan oranda satın aldığı payların, bu oranı aşan kısmını elde tutabilir<sup>104</sup>.

### **SONUÇ**

6362 sayılı SerPK ile getirilen ayrılma hakkı, HAAŞ'lerde azınlık pay sahiplerinin korunması için yeni tanınmış bir müessesedir. Ayrılma hakkı, her pay sahibi tarafından şirkete karşı tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılabilen bireysel bir hak niteliğindedir. Aynı zamanda kanuni nitelikte ve pay sahibinin rızasına bağlı olmadığı için vazgeçilmez bir hak niteliğindedir. Bunun dışında kullanılması, pay sahibine para ile ölçülebilen bir miktar sağladığından malvarlıksal hak olarak da kabul edilmelidir.

Ayrılma hakkının kullanılabilmesi, şirket genel kurulunda alınan önemli bir karara karşı olmakla mümkün olabilmektedir. Önemli karar ise, şirketten şirkete değişiklik gösterebilir. Çünkü anonim şirketin geleceğini, dolayısıyla pay sahiplerinin geleceğini ne şekilde etkilediğine bakılarak bir kararın önemli olup olmadığına kanaat getirilebilir. Yabancı hukuklarda önemli karar kavramı çeşitli genel kurul kararları değerlendirilerek, tanımlanmaya çalışılmıştır. Bununla beraber SerPK m.23, önemli işlem olarak görülen genel kurul kararlarını saymış, bunun dışında Seri II-23.1 sayılı tebliğ'de de bunlara bazı ek kararlar göstermiştir. Ancak bu tebliğin ilgili maddesine göre, bütün sayılanlar haricinde, SPK kararlarıyla başka genel kurul kararların da önemli karar olarak kabul edilmesi mümkün olup, burada sınırlı bir sayı prensibine gidilmemiştir. Ancak SPK'nın takdir hakkına göre, HAAŞ'nin esas sözleşmesine konulacak bir hükümle başka ayrılma hakkı tanınacak önemli kararlar kategorisi oluşturulamaz. Buna SerPK ve Seri II-23.1 sayılı tebliğ engeldir.

---

<sup>104</sup> I-22.1 sayılı tebliğ m.19/4 uyarınca ise, ayrılma hakkının kullanıldığı HAAŞ, sabit sermayeli menkul kıymet yatırım ortaklığı ise, daha önceki alımlar dahil geri alınan paylarının nominal değeri, ödenmiş veya çıkarılmış sermayelerinin yüzde yirmisini ve fiili dolaşımdaki pay oranının yüzde otuzunu aşmamak kaydıyla geri alınan payları süresiz olarak elde tutabilir.

SerPK ve Seri II-23.1 sayılı tebliğde sayılan önemli kararlar, birleşme, bölünme, tür değiştirme ve sona erme, şirket malvarlığının devretme, üzerinde aynı hak tesis etme veya kiralama, faaliyet konusunu değiştirme, imtiyaz öngörme veya mevcut imtiyazların kapsam ve konusunu değiştirme, borsa kotundan çıkma, ilişkili taraflardan önemli ölçüde mal varlığı edinme veya kiralama, nakit sermaye koyma borcunun borçlara mahsup edilmek suretiyle yerine getirilmesi ve bedelli sermaye artırımlarında elde edilen fonun kullanım şekli olarak gösterilmiştir. Ancak bunlar sınırlı sayı biçiminde sayılmamış, SPK'nın tebliğde gösterilen şartlar çerçevesinde bazı işlemler için alınan genel kurul kararlarının önemli işlem kategorisinde değerlendirilebileceği benimsenmiştir.

Düzenlemelere göre, ayrılma hakkı konusu olan önemli işlemler hakkında karar alınabilmesi için, esas sözleşmelerinde açıkça oran belirtilmek suretiyle daha ağır nisaplar öngörülmediği takdirde, toplantı nisabı aranmaksızın, şirket genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy kullanması gerekmektedir. Ancak, toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması hâlinde, esas sözleşmede açıkça daha ağır nisaplar öngörülmedikçe, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu ile de karar alınabilir.

Görüldüğü üzere, SerPK'da genel olarak TTK'da bulunan ağırlaştırılmış toplantı ve karar alma nisaplarını yumuşatan hükümler olmakla beraber, ayrılma hakkının kazanılacağı genel kuruldaki kararlar için ayrı ve özel ağırlaştırılmış bir toplantı ve karar nisabı konulmuştur.

Ayrılma hakkının kullanılabilmesi için pay sahibi olmak ve işlemin önemli işlem niteliğinde olması dışında herhangi bir şart öngörülmemekle beraber, hakkın kullanılması için bazı şekli şartlar vardır. Bunlardan birincisi, pay sahibinin genel kurula katılıp önemli işleme ilişkin genel kurul kararına olumsuz oy kullanması ve bu hususu genel kurul tutanağına muhalefet şerhi olarak geçirtmesidir. Ancak pay sahibinin önemli nitelikte işleme ilişkin karar alınan genel kurul toplantısına katılmasına engel olunması, genel kurul toplantısında usulüne uygun davet yapılmaması veya gündemin usulüne uygun biçimde ilan edilmemesi hâllerinde, bu şart aranmaksızın da ayrılma hakkı kullanılabilir.

Bunun yanında pay üzerinde intifa hakkı bulunduğu ve oy hakkının intifa hakkı sahiplerince kullanıldığı hallerde, intifa hakkı sahibinin ayrılma hakkını kullanamaz. Pay sahibi veya temsilcisi, ayrılma hakkını kullanmak

## **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı**

için genel kurul toplantılarına katılıp, ilgili işleme karşı olumsuz oy kullanarak muhalefet şerhini toplantı tutanağına işletmek zorundadır.

Ayrılma hakkının kullanılmasında önemli işlem hakkında karar alınacak genel kurul öncesi ve sonrasında pay sahibi ve şirket yönetim kurulu tarafından da yapılacak bazı muameleler vardır.

Genel kurul öncesi, genel kurul toplantısının gündeminde, kurulda alınacak önemli karar ya da kararlara muhalefet oyu kullanacak pay sahiplerinin ayrılma hakkının bulunduğu, bu hakkın kullanılması durumunda payların şirket tarafından satın alınacağı birim pay bedeli ve ayrılma hakkı kullanılmasına ilişkin işleyiş süreci yazılmak zorundadır. Aynı zamanda gündemde ayrılma hakkının varlığı açısından genel bilgi verilmesi ve muhalefetin tutanağa yazdırılması gerektiğinin belirtilmesi lazımdır. Çağrıda yer alacak bu hususların bulunmaması, pay sahibinin genel kurula gelmemiş olsa bile ayrılma hakkını kullanma imkânını sağlar. Çağrıda, HAAŞ'nin ayrılma hakkının kullanımı hâlinde payları satın alacağı belirtilmesi ve her bir payın ayrılma hakkındaki satın alma değerinin de açıklanması şarttır.

Genel kurul sonrası ayrılma hakkını kullanabilir olan pay sahiplerinin HAAŞ'ye bu konuda bir bildirim göndermeleri gerekmektedir. Bu bildirim ise bir süreye bağlanmıştır. Ayrılma hakkının kullandırılması genel kurul tarihinden itibaren en çok altı iş günü içinde başlar. Ayrılma hakkının kullanım süresi on iş gününden az, yirmi iş gününden fazla olamaz. Dolayısıyla pay sahibi, bu süreler içinde ayrılma hakkının kullanacağını bildirmezse, daha sonra ayrılma hakkını kullanamaz.

Ayrılma hakkının kullanımı esasen payların pay sahibi tarafından HAAŞ'ye satıp devredilmesi işlemidir ve karşılıklı irade beyanlarının uyuşması ile gerçekleşir. Bununla birlikte ayrılma hakkı aracı kurum vasıtasıyla gerçekleşecektir. Bunun esas nedeninin HAAŞ tarafından alınacak payların borsada işlem gören fiyat üzerinden ağırlıklı ortalama esas alınarak ödenmesidir. Fakat Seri II-23.1 sayılı tebliğ, payları borsada işlem görmeyen HAAŞ'lerde aracı kurum kullanma zorunluluğuna muafiyetin SPK kararıyla tanınabileceğini öngörmüştür. Pay sahipleri, paylarını aracı kuruma, eslim ederek satışı gerçekleştirir. Pay bedelleri de, en geç satışı takip eden işgünü içinde ödenir.

Her ne kadar ayrılma hakkı pay sahipleri için kanunen tanınan bir hak olsa da, bu hakkın kullanımının istisnai olarak HAAŞ tarafından engellenmesi mümkündür. Şirket yönetim kurulu bunu, genel kurulda alınan önemli

işlemlere ilişkin kararların uygulanmasının gerçekleştirilmemesi yoluyla sağlayabilmektedir. Önemli nitelikteki işlemlerin görüşüleceği genel kurul toplantısına ilişkin gündemin ilanından önce, ayrılma hakkı kullanımlarının şirketin katlanmak zorunda kalabileceği toplam maliyetin belirlenen tutarı aşması veya belirlenen orandan fazla paya sahip veya belirlenen nitelikteki ortakların olumsuz oy kullanması hâlinde, işlemin gerçekleştirilmeyeceğini kararı alınabilir. Genel kurul kararı alınmış olmasına rağmen, yönetim kurulu belirlenen bu şartlar çerçevesinde alınan bu önemli kararı uygulamama ve ayrılma haklarını engelleyebilmektedir. Ancak yönetim kurulu bu yetkiyi genel kuruldan aldığı takdirde kullanabilecektir.

HAAŞ'de kullanılan ayrılma hakkı sonrası, payların şirket tarafından satın alınması ile pay sahibine bir ayrılma akçesi ödenecektir. Bu miktar, payları borsada işlem gören HAAŞ'ler için önemli işlemin kamuya açıklandığı tarihten önceki otuz gün içinde borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalamasıdır. Buna karşılık, payları borsada işlem görmeyen HAAŞ'ler için ayrılma hakkı kullanım fiyatı ile bu fiyatın adil ve makul olduğunun tespiti amacıyla SPK'nın ilgili düzenlemelerine göre hazırlanacak değerlendirme raporuna göre ayrılma akçesi belirlenecektir. Payları borsada işlem gören HAAŞ'ler de ayrılma akçesini belirlemede esas alınan tarih kamuya açıklanma tarihi olup, burada KAP'da yayımlanma tarihi esas alınmıştır. Payları borsada işlem görmeyen HAAŞ'lerde ise değerlendirme raporu için pay değerini belirlemede esas alınan tarih şirket internet istesinde yayımlanma tarihidir.

Payları borsada işlem görmeyen HAAŞ'lerde pay değerinin borsa fiyatı değil değerlendirme raporu ile belirlenecek olması, değerlendirme raporu sonrası ortaya çıkan fiyatı beğenmeyen pay sahipleri için, dava açma haklarının olduğunun kabulünü gerektirmektedir. Kanımızca bu dava hakkının kullanımı, değerlendirme raporunda belirlenen pay değerine itiraz edilip, kullanım süresi içinde belirlenen değeri ihtirazi kayıtla kabul edilerek, ek değer için pay tespiti davası açması şeklinde gerçekleşmelidir.

Payların HAAŞ'ye satılması, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi sonucunu doğurur. TTK'da olduğu gibi, HAAŞ'ler için SerPK'da da şirketin kendi paylarını iktisabı belli bir oran haricinde yasaklanmıştır. Bu oranda esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde onudur. Bununla birlikte, bu sınırlar ayrılma hakkının kullanımında uygulanmazlar. Ancak satın alınan payların belli bir süre sonunda elden çıkartılmaları gerekecektir. SPK'nın ilgili tebliğine göre, ayrılma hakkının kullanımı sonucu kendi paylarını iktisap eden HAAŞ, üç yıl

## **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı**

boyunca yüzde onu aşan oranda satın aldığı payların, bu oranı aşan kısmını elde tutabilir. Üç yılın sonunda ise, elden çıkartma veya sermaye azaltımı suretiyle derhal itfa etmesi lazımdır.

Ele aldığımız bu çerçevede düzenlenen ayrılma hakkı, HAAŞ'lerde pay sahibine sağlanmış, şirkete karşı pay sahibinin haklarını dengeleyen bir hak olarak gözükmektedir. TTK m.202/2'de şirketler topluluğunda hâkimiyetin kötüye kullanılması hâlinde alınan genel kurul kararlarına muhalif kalan pay sahiplerine de tanınmış bu hakkın, sadece topluluk oluşturmaksızın bir HAAŞ için ve hâkimiyetin kötüye kullanılması şartı da olmaksızın tanınması, HAAŞ'lerdeki pay sahipliği ve yönetim yapısı açısından gereklidir. Böylelikle HAAŞ pay sahipleri, çoğunluk yönetimine katılamadıkları ve katılma imkânlarının da ileride doğmayacağı bu şirketlerdeki menfaatlerini kısmen veya tamamen ortadan kaldıran kararlara karşı, şirket ortaklığından ayrılarak menfaatlerini koruma yoluna gidebilmektedirler.

### **KAYNAKÇA**

AKÇAAL Mehmet; İşletmenin Devri, Ankara 2014.

BİÇER Levent/HAMAMCIOĞLU Esra; Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı, KHÜHFD, Sayı 1, Haziran 2013.

ÇELİK Aytekin; Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, Ankara 2012.

ÇOŞTAN Hülya; Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara 2004.

DOMANIÇ Hayri; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 1988.

FOSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur/NOBEL Peter; Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

EREN Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 2012.

FRONING Christoph; Sudhoff, Unternehmensnachfolge, 5. Auflage 2005.

GEIS S. George; An Appraisal Puzzle, Northwestern University Law Review, Vol.105, No:4 2011.

HELVACI Mehmet; Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2004.

HUFFER Uwe, Aktiengesetz, München 2012.

KALSS Susanne; Umwandlungsgesetz, Band 56; Herausgegeben von Semler Johannes/Stengel Arndt, 3.Auflage, München 2012.

KANDA Hideki / LEVMORE Saul; The Appraisal Remedy and the Goals of Corporate Law, UCLA Law Review, Vol. 32, 1985.

KENDİGELEN Abuzer; Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994.

LETSOU V. Peter; The Role Of The Appraisal in Corporate Law, Boston Collage Law Review, Vol:39, 1998.

MOROĞLU Erdoğan; Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6.Baskı, İstanbul 2012.

ÖZDAMAR Mehmet; Anonim Ortaklığın Sahip Olduğu Malvarlığının Yönetim Kurulu Tarafından Topluca Devredilmesi, SÜHFD, c.14, Sayı 2, 2006.

ÖZDOĞAN Ayşegül; Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, Sermaye Piyasası Kurulu, Cumhuriyetin 80.Yılına Armağan, Ankara 2004.

POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2009.

PULAŞLI Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, C.I-II, Ankara 2011.

SEVİ Murat Ali; Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 2.Baskı, Ankara 2012.

SIEGEL Mary; Back to The Future: Appraisal Rights in The Twenty

## *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı*

First Century, Harvard Journal on Legislation, Volume 32, 1995.

SÖNMEZ Ziyaeddin Yusuf; Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul 2009.

TEKİNALP Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013.

TÜRK Hikmet Sami; Ticaret Ortaklıklarının Nev'i Değiştirmesine İlişkin Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara 1985.

UZUNALLI Sevilay; Anonim Şirkette İşletme Konusu, Ankara 2013.

VRIES Pieter Paul; Exit Right of Minority Shareholders in a Private Limited Company, Deventer 2010.

WERTHEIMER M. Bary; The Purpose of The Shareholders' Appraisal Remedy, Tennessee Law Review, Vol.65, 1997-1998.

[www.corporations.uslegal.com](http://www.corporations.uslegal.com) (20.02.2014).

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).





# FIDIC KIRMIZI KİTAP (NEW RED BOOK) KURALLARI UYARINCA İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN SORUMLULUĞU\*

Ebru TÜZEMEN ATİK\*\*

## ÖZET

*Milletlerarası inşaat sözleşmelerinde, farklı ulus mensubu tarafların hukuk, örf ve adet yönünden görüş ve anlayış birliğini temin etmelerinin zorluğu karşısında bir milletlerarası tip sözleşmenin varlığına ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyacın sonucu olarak milletlerarası ticari uygulamada çeşitli standart kurallar (tip sözleşmeler) geliştirilmiştir. Bunlar içinde FIDIC kuralları milletlerarası ticari uygulamada inşaat sözleşmeleri hakkında genel kabul görmüş tip sözleşmelerdendir.*

*FIDIC kuralları arasında en çok bilinen ve uygulanan “kırmızı kitap (red book)” olarak adlandırılan tip sözleşmedir. Müteahhidin sorumluluğuna ilişkin hükümler ise bu kitabın genel hükümler içeren birinci kısmında yer almıştır. Uygulamada birçok milletlerarası unsurlu inşaat sözleşmesinde uygulanacağı kararlaştırılan ve milletlerarası unsurlu olmayan inşaat sözleşmelerinde de esas alınabilecek olan FIDIC kurallarında müteahhidin sorumluluğunun belirlenmesi gerek uygulama gerekse Türk hukuku ile karşılaştırılabilmesi açısından önem taşımaktadır.*

*Anahtar Kelimeler: FIDIC Kuralları, Kırmızı Kitap, Müteahhidin Sorumluluğu, İnşaat Sözleşmesi.*

## LIABILITY OF CONTRACTOR IN CONSTRUCTION AGREEMENTS ACCORDING TO FIDIC NEW RED BOOK CONDITIONS

### ABSTRACT

*An international uniform agreement has been required with regard to international construction agreements in consideration of the difficulty in ensuring a common view and understanding with respect to law, tradition and customs of members of different nations. As a result of this requirement, various standard rules (uniform agreement) have been developed in international commercial practice. FIDIC conditions are among generally accepted uniform construction agreements with respect to international commercial practice.*

*The most well-known of FIDIC conditions is the uniform agreement known and implemented as “Red Book”. Provisions relating to the liability of the contractor are*

\* Bu makale “Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu” başlıklı yüksek lisans tezinden özetlenerek güncellenmiştir.

\*\* Öğretim Görevlisi, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

*included in the first part of the book containing the general provisions. Identification of the liability of the contractor in FIDIC which is decided in practice to be applied to construction agreements having international components and which can also be referred to in construction agreements having no international components is significant both with respect to the practice and comparison with Turkish Law.*

**Keywords:** *FIDIC Conditions, Red Book, Liability of the Contractor, Construction Agreement.*

## GİRİŞ

İnşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin uygulamada ön planda gözüken ve bu nedenle özellikle üzerinde durulması gereken, teknik ve karmaşık yapısı sebebiyle farklı özellikler arz eden en önemli uygulanış biçimlerinden biridir<sup>1</sup>. Teknik yapısı nedeniyle özel düzenleme gereken inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak milletlerarası ticarî uygulamada çeşitli standart kurallar kullanılmaktadır<sup>2</sup>. Bu standart kurallar arasında en yaygın uygulama alanı bulan ise FIDIC kurallarıdır<sup>3</sup>. Bu çalışmada FIDIC kurallarından “yeni kırmızı

<sup>1</sup> Kaplan, İbrahim, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, *İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, b. 2, Ankara 1996, s. 119.

<sup>2</sup> ABD’de AIA, Almanya’da VOB, Avusturya’da ONORM, Fransa’da AFNOR, İngiltere’de JCT ve ICE, İsviçre’de SIA bu standart kurallar arasında yer almaktadır. Bkz. AKINCI, Ziya, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir 1996, s. 11.

<sup>3</sup> FIDIC “Müşavir Mühendisler Milletlerarası Federasyonu (*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils - International Federation of Consulting Engineers*)” nun baş harflerinden oluşan bir kısaltmadır. FIDIC, 1913 yılında kurulmuş, müşavir mühendislerin yer aldığı millî komitelerin oluşturduğu bir milletlerarası federasyondur. FIDIC’e her ülkeden ancak tek bir kuruluş üye olabilmektedir ve Federasyon altmışbeşin üzerinde üye ülkeden oluşan uluslararası bir meslek kuruluşu niteliğindedir (Cushman, Robert F./ Loulakis, Michael C., *Design-Build Contracting Handbook*, 2th Ed., New York 2001, s. 208; International Federation of Consulting Engineers, *About FIDIC*, Lausanne, FIDIC, 1990, s. 3-4). Türkiye’de ise “Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği (TürkMMMB)” bu kuruluşa üyedir.

kitap (new red book)<sup>47</sup> olarak adlandırılan tip sözleşmeye ilişkin açıklama ve değerlendirilmelere yer verilecektir.

Üç bölümden oluşan kırmızı kitabın ilk bölümünde genel şartlara, yani prensip olarak tüm sözleşmeler için aynı olan hükümlere yer verilmiştir. İkinci bölümde özel şartların hazırlanmasına ilişkin rehber, üçüncü bölümde ise teklif mektubu, sözleşme anlaşmaları ve uyuşmazlık çözüm anlaşması formları yer alır. İkinci ve üçüncü bölümlerde her sözleşmenin kendine özgü özellikleri yer alır ve bu bölümler genel hükümlerle bağlantılı hükümler içermektedir<sup>5</sup>.

9 Mayıs 1999 tarihinden bu yana FIDIC standart kuralları Dünya Bankası ve diğer çok taraflı gelişim bankaları tarafından tavsiye edilmekte, Dünya Bankası tarafından 10 Milyon ABD Dolarının üzerinde sözleşme bedeli olan işlerde kredi şartlarından olarak aranmaktadır<sup>6</sup>. Bu durum, özellikle son yıllarda milletlerarası alanda FIDIC kurallarının uygulama alanının genişlemesine ve öneminin artmasına neden olmuştur.

Taraflar, FIDIC standart kurallarının sözleşmelerine uygulanmasını benimsemeleri halinde, hem zamandan tasarruf edecekler hem de önceden tayin edilmesi zor olan durumları henüz sözleşme düzenlenirken belirleyerek hukukî uyuşmazlıklara meydan verilmesini çoğu zaman önleyebileceklerdir. Buna karşılık, FIDIC tip sözleşmeleri, uyuşmazlıkların çözümünde her zaman tek başına yeterli olamayacağından, tarafların ek düzenlemeler yaratma yahut esasa uygulanacak hukuku kararlaştırma yoluna gitmeleri gerekmektedir.

---

<sup>4</sup> Kapak renginin kırmızı olması nedeniyle “Red Book” olarak tanınan “İş Sahibi Tarafından Tasarlanan Bina ve Mühendislik İşlerine İlişkin İnşaat İşleri İdari Şartnamesi (Conditions Of Contract For Construction For Building And Engineering Works Designed By The Employer)” adından da anlaşılacağı üzere ihale ve inşaat sözleşmesinin temel ilkelerini tespit eden kitaptır. İlk olarak 1957 yılında yayınlanan kırmızı kitabın dördüncü ve son baskısı 1987 yılında yapılmıştır. Daha sonra 1999 yılında kitap yeniden düzenlenerek daha önce 72 maddeden oluşan birinci kısım yeni kırmızı kitap ile 20 maddeye indirilmiştir. 1999 yılında yapılan revizyon nedeniyle bu yayın, kitabın 5. baskısı olarak değil, “yeni kırmızı kitap (new red book)” olarak adlandırılmaktadır. Booen, L. Peter, “FIDIC’s Conditions of Contract for the Next Century: 1998 Test Editions”, International Construction Law Review, Vol. 16, Part 2, January 1999, s. 5; BUNNI, Nael G., The FIDIC Forms of Contract, 4th Ed., London 2005, s. 1-5. FIDIC kuralları gerek söz dizimi gerekse tanımlar ve hükümler bakımından “İngiltere Müşavir Mühendisler Odası” (Institute of Civil Engineers - ICE) tarafından aynı amaç ile hazırlanan şartnameden esinlenerek hazırlanmıştır (SAWYER, John G./ GILLOTT, C. Arthur, The FIDIC Conditions Digest of Contractual Relationships and Responsibilities, 2th Ed., London 1985, s. 2).

<sup>5</sup> AKINCI, s. 33.

<sup>6</sup> HÖK, Götz-Sebastian, *Uluslararası İnşaat Hukuku: FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) Hakkında Açıklamalar*, Çeviren ve Uyarlayan C. Gökhan Erbaş, Ankara 2009, s. 2.

Tarafların aralarındaki inşaat ilişkisini FIDIC kurallarını esas alarak düzenlemeleri durumunda, taraflara kanunlarca tanınan irade serbestisi sınırları çerçevesinde FIDIC kuralları uygulanacaktır<sup>7</sup>. Bu çerçevede FIDIC kuralları, uygulanacağı kararlaştırılan sözleşmeler açısından sözleşme eki niteliğindedir. FIDIC kurallarında herhangi bir boşluk bulunması durumunda ise bu boşluk, taraflar arasındaki inşaat sözleşmesine ilişkin olarak hangi ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiş ise o ülkenin hukuk kuralları uyarınca doldurulacaktır<sup>8</sup>. Uygulanacak hukukun kararlaştırılmadığı hallerde ise milletlerarası özel hukuk kurallarından hareketle esasa uygulanacak hukuk tespit edilerek uygulanacaktır.

Önemle belirtmek gerekir ki, FIDIC kuralları yalnızca milletlerarası unsurlu inşaat sözleşmelerinde değil, aynı zamanda milli nitelikteki inşaat sözleşmelerinde de uygulanabilir niteliktedir. Daha önce söz konusu kuralların başlığında bulunan “milletlerarası” ibaresi yeni kırmızı kitap ile birlikte kaldırılmış, bununla FIDIC kurallarının yalnızca milletlerarası inşaat sözleşmeleri için değil aynı zamanda milli nitelikteki inşaat sözleşmeleri için dünyanın her yerinden gelen taraflarca kullanılması amaçlanmıştır. Buna göre hiçbir milletlerarası unsur içermeyen bir inşaat sözleşmesinde dâhi FIDIC kurallarının esas alınması mümkündür.

FIDIC kuralları yorumlanırken dikkat edilmesi gereken bazı hususlar mevcuttur. FIDIC kırmızı kitabının önsözünde resmi ve milletlerarası alanda tanınan metnin İngilizce metin olduğu belirtilmektedir. İnşaat sözleşmeleri gibi bir teknik konuda oldukça karmaşık ve farklı yorumlanabilir bir dille yazılan İngilizce metnin, FIDIC’in Türkiye temsilcisi olan Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği (TürkMMMB) tarafından kabul edilen bir Türkçe çevirisi yayınlanmıştır<sup>9</sup>. Bu durum Türk uygulayıcılar için kolaylık sağlayacak bir gelişme olarak nitelendirilebilirse de resmi metnin İngilizce metin olduğunu da gözden uzak tutmamak, yoruma ihtiyaç bulunan hallerde İngilizce metni esas almak gerekecektir.

Çalışmamızda FIDIC kurallarının esas alınması durumunda müteahhidin sorumluluğu üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Burada kastedilen FIDIC kuralları ile belirlenen sözleşmeden doğan sorumluluktur. Müteahhidin

---

<sup>7</sup> AKINCI, s. 11 ve 32.

<sup>8</sup> KARAYALÇIN, Yaşar, “FIDIC Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukukî Durumu”, *İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, b. 2, Ankara 1996, s. 307.

<sup>9</sup> Bkz. [http://www.tmmmb.org.tr/e.php?e=27\\_fidic\\_efca](http://www.tmmmb.org.tr/e.php?e=27_fidic_efca) (Erişim: 17.05.2014).

sözleşme dışı sorumluluğu ise o hukukî ilişkide esasa uygulanacak hukuka göre çözümlenmesi gereken bir meseledir.

FIDIC kurallarında müteahhidin sorumluluğunun tespitine geçmeden önce müteahhit kavramının belirlenmesi gerekir. FIDIC kurallarının 1.1.2.3 maddesinde “müteahhit (yüklenici); teklifi iş sahibince kabul edilen kişi ile onun kanunî mirasçıları demek olup, bu kişinin tayin ettiği herhangi bir kimse (iş sahibinin mutabakatı hariç) müteahhit olarak kabul edilemez” düzenlemesine yer verilmiştir. FIDIC açısından müteahhidin gerçek ya da tüzel kişi olması mümkündür.

Özellikle büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde, işlerin aksamadan yürümesi ve herbir kısmî edimin süresinde, noksansız ve ayıpsız olarak yerine getirilmesinin sağlanması ancak iyi bir organizasyon ile mümkündür. İnşa işine katılan teknik kişilerin çokluğu ve kısmî edimler arasındaki işlevsel bağ inşaat sözleşmesinin ifasında inşa işlerine özgü birtakım esasların göz önünde bulundurulmasını gerektirir<sup>10</sup>.

İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin yükümlüsü olduğu davranış borçlarını belirlerken öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, inşaat işinin teknik bir iş, müteahhidin de bir teknik adam olduğudur. Bu kapsamda işin yapımını üstlenen müteahhit, bu teknik işe ilişkin “yapı tekniği kuralları”nı ve aynı zamanda “meslek borcu” olarak da nitelendirilebilen davranış borçlarını bilmekle yükümlüdür<sup>11</sup>.

Müteahhidin borçları FIDIC kırmızı kitabının 4.1 maddesinde genel olarak düzenlenmiştir. Buna göre müteahhit, işleri sözleşme ile belirtilen kapsamda ve mühendisin talimatlarına uygun olarak planlamalı, icra etmeli, tamamlamalı, teslim etmeli ve ortaya çıkabilecek tüm kusurları gidermelidir.

Müteahhidin borçları incelenirken öncelikli borcunun sözleşme şartlarına uygun ifa olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir<sup>12</sup>. İnşaat sözleşmesinin ifası, her şeyden önce müteahhidin sözleşme konusu inşa eserinin tamamlanarak teslimi ve bunun karşılığında iş sahibinin ücret ödemesi ile mümkündür. FIDIC kurallarının müteahhidin genel borçlarını tek bir başlık altında düzenlendiği 4.1. maddesinden hareketle müteahhidin bir inşa eseri meydana getirme ve teslim olmak üzere iki aslî borcu bulunduğunu

<sup>10</sup> SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Ankara 1978, s. 19.

<sup>11</sup> SELİÇİ, s. 20-21.

<sup>12</sup> MURDOCH, John/ HUGHES, Will, *Contraction Contract: Law and Management*, Florence 2000, s. 147-148.

söylemek mümkündür. Bununla birlikte müteahhidin asli borçlarından doğan, bu borçların akde ve tarafların menfaatlerine en uygun surette ifasını sağlayan diğer birtakım borçları da bulunmaktadır. Öğretide özen yükümlülüğünden çıkarılan bu tür borçlara “yan borçlar” veya “özen borçları” da adı verilmektedir<sup>13</sup>. Somut olayın özelliklerine göre farklılık gösterebilen yan borçlar, sözleşme ile açıkça belirlenmiş olabileceği gibi kanundan ya da tarafların uygulanmasını kararlaştırdıkları kurallardan doğabilir. FIDIC kurallarında da müteahhidin borçları belirlenirken asli borçlarının yanında yan borçlara da yer verilmiştir (m. 4.10). Yan borçlar sözleşmenin ifası ve ifa yöntemi ile ilgili bazı yükümlülüklerle ilişkindir.

FIDIC kuralları açısından müteahhidin borçlarını zaman bakımından ise işin teslimine kadar olan borçları ve teslimden doğan borçlar olmak üzere ikiye ayırarak incelemek mümkündür. İnşaata teslimine kadar olan borçlar işe başlamadan ve işin ifası süresince olmak üzere iki ayrı aşamayı içerir. Bu durumda sahanın incelenmesi gibi işe başlamadan önce doğan borçların yanında, özen yükümlülüğü gibi işin ifası sırasında ortaya çıkan borçlar da işin teslimine kadar olan borçlar kapsamındadır.

## **I. MÜTEAHHİDİN İŞİN TESLİMİNE KADAR OLAN BORÇLARI VE BUNLARDAN DOĞAN SORUMLULUĞU**

FIDIC kuralları Müteahhidin Genel Borçları başlıklı 4.1. maddesine göre<sup>14</sup>: “Müteahhit işleri (sözleşmede belirlenen kapsamda) Sözleşme ile Mühendisin talimatlarına uygun olarak planlamalı, yerine getirmeli ve tamamlamalı ve aynı şekilde işlerde doğacak tüm kusurları bertaraf etmelidir.

*Müteahhit sözleşmede belirtilen Müteahhide ait tüm tesisleri ve dökümanları tedarik etmeli ve aynı şekilde planlama, yerine getirme, tamamlama ve kusurun giderilmesi için gerekli olan geçici veya devamlı nitelikteki müteahhidin personelini, mallarını, tüketim mallarını ve diğer materyalleri ve hizmetleri kullanıma sunmalıdır.*

*Müteahhit, şantiyedeki tüm faaliyetlerin ve tüm diğer uygulanan inşaat yöntemlerinin uygunluğu, dayanıklılığı ve güvenliği konusunda sorumludur. Sözleşmede farklı bir hüküm kararlaştırılmış olmadıkça, müteahhit (i) müteahhit dökümanlarının tümü, geçici işler ve sözleşmeye uygun olarak yerine getirme için gerekli olan bu parçalar için olduğu gibi, tesislerin ve malzemelerin herbir parçasının planlamasından sorumludur ve (ii) bunun*

<sup>13</sup> TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C. 2, b. 3, Ankara 1987, s. 48.

<sup>14</sup> Bkz. HÖK, s. 19.

*dışında kalıcı işlerin planlanması ya da tanımlanması nedeniyle sorumlu değildir.*

*Mühendis her zaman alınan önlemler ve işlerin yerine getirilmesi amacıyla tavsiye edilen metodlar hakkında bilgi isteyebilir. Müteahhit, mühendise önceden haber vermeden bu yöntemlerden büyük ölçüde sapamaz (...)*”.

Söz konusu genel hükümden ve müteahhidin sorumluluk hallerine ilişkin özel düzenlemelere yer verilen diğer maddelerden hareketle müteahhidin işin teslimine kadar olan borçları ve bunlardan kaynaklanan sorumluluk halleri aşağıdaki şekilde belirlenebilir.

### **A) Sahanın İncelenmesi**

Müteahhidin işe başlamadan ve hatta işe ilişkin teklifini sunmadan önceki en önemli borcu FIDIC Kuralları'nın 4.10. maddesinde düzenlenmiş olan inşaatın yapılacağı sahanın incelenmesidir. Söz konusu madde uyarınca müteahhidin yükleneceği işe ilişkin olarak teklifini sunmadan önceki süreçte (*pre-tender period*) sahayı yani işyerini ve çevresini incelemiş, burada işin yürütümü ve şartlarına, yer altı suları ve iklim koşullarına, şantiyenin türü ve özelliklerine, ülke hukuku, usulleri ve iş hukuku uygulamalarına ilişkin olan gerekli bilgileri elde etmiş, teklifini etkileyecek bütün risk ve koşullar hakkında gereken bilgiyi edinmiş olduğu varsayılır<sup>15</sup>.

İş sahibinin sahaya ilişkin olarak elindeki bütün bilgileri müteahhide temin etmesi gereğine karşılık, bu bilgilerin yorumlanmasından müteahhit sorumludur (m. 4.10. birinci paragraf). İş sahibi sonradan haberdar olduğu diğer bilgileri de aynı şekilde müteahhide sunmalıdır. Bu kapsamda müteahhit, teklifini verirken kendisine verilen bilgiler doğrultusunda işin ifasını etkileyebilecek her türlü riski, olağanüstü halleri göz önünde bulundurmakla yükümlüdür ve teklifini bu koşullar altında vermiş kabul edilir<sup>16</sup>. Müteahhit, kendisine verilen bu bilgilerde eksiklik olduğu iddiasında ise bunu ispatla yükümlü olacaktır.

Sözleşme ile üstlenilen işin müteahhidin meslek çevresince olağan olarak bilinen ve uygulanan yapı tekniği kurallarını bilmek ve bunlara

---

<sup>15</sup> FIDIC kurallarının 4.10. maddesinde sayılan bu koşullar sınırlı değildir. AKINCI, s. 34; BUNNI, s. 223; SAWYER/ GILLOTT, FIDIC Conditions, s. 28.

<sup>16</sup> BUNNI, s. 223; SAWYER, John G./ GILLOTT, C. Arthur, *The FIDIC Digest*, London 1990, s. 8.



uygun davranmak müteahhidin sorumluluğundadır<sup>17</sup>. İnşaat sözleşmesinde risk dağıtımı müteahhidin bu hususları bildiği varsayımı ile yapılır. Sahanın incelenmesi borcu da müteahhidin bu işi meslek edinmiş olması nedeniyle öngörülü olması gereğinin bir sonucudur.

Teklif öncesi dönemde müteahhidin işi üstlenmek için gerekli kaynakları sağlaması ve iş sahibinin olası projelerine ilişkin yeterli bilgi, kapasite ve tecrübeye sahip olması gereklidir<sup>18</sup>. Bu durum ayrıca müteahhidin yardımcılara olduğu kadar kendi yeteneklerine ve dayanma gücüne inancının varlığını da gerektirir<sup>19</sup>. Müteahhidin iş sahibine gerekli ve kabul edilebilir teklifi vermesi ancak bu şekilde sağlanacağından, bu durum müteahhidin borcu olarak değil, işi alabilmesi için gerekli bir yeterlik olarak değerlendirilmelidir.

### **B) İşe Zamanında Başlama ve İşin Öngörülen Hızda Yürütülmesi**

FIDIC kuralları ile işin zamanında tamamlanmasını temin amacıyla bazı tedbirlere yer verilmiş ve iş sahibine işe zamanında başlanmaması ve işin ifasında gecikme hallerinde sözleşmenin feshi imkânı tanınmıştır. Bu tedbirler; işin ilerleme hızının kontrolü ve gerek görülmesi halinde bu duruma müdahale edilmesi, işin zamanında bitirilip bitirilemeyeceğinin kontrolü için işlerin belirli bir programı takiben yapılması ve gecikme halinde cezaî şart ödenmesidir.

FIDIC m. 8.1 uyarınca mühendis, en az 7 gün önce işin başlangıç tarihini müteahhide bildirir. Taraflarca özel şartlarda aksi kararlaştırılmış olmadıkça, başlangıç tarihi müteahhidin kabul mektubunu (*letter of acceptance*) almasından sonraki 42 gün içerisinde olmalıdır. Müteahhit, inşaatın yapımına mühendisin bu yönde bildirisini aldıktan sonra makul en kısa süre içerisinde başlamakla ve işlerin yürütülmesini belirtilen hızda ve gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.

FIDIC m. 8.5 ile müteahhide süre uzatımı verilmesini gerektirecek bir sebep bulunmaması halinde, işin ilerleme hızının sözleşme ile kararlaştırılan teslim zamanına uygun olmayan bir biçimde yavaş olması ihtimali düzenlenmiştir. Bu halde mühendis, durumu müteahhide bildirecek ve müteahhit de işin uygun hızda ilerlemesini sağlamak üzere alınabilecek önlemleri tespit ederek (istihdamın artırılması, hafta tatilinde çalışılması, fazla çalışma yapılması gibi), bunu mühendisin onayına sunacaktır. Mühendisin

---

<sup>17</sup> SELİÇİ, s. 21.

<sup>18</sup> SAWYER/ GILLOTT, FIDIC Conditions, s. 8.

<sup>19</sup> SAWYER/ GILLOTT, FIDIC Conditions, s. 8.



işin hızlandırılması yolundaki tâlimatına rağmen, müteahhidin gerekeni yapmaması, müteahhidin temerrüdüne ve bunun sonucu olarak sözleşmenin feshine yol açabilir.

Sözleşme süresi esas alındığında işin ilerleme hızının yavaş olması ve bu nedenle mühendisin talimatı üzerine işin hızlandırılması için gereken önlemlerin alınması halinde müteahhide herhangi bir ek ödeme yapılmaz<sup>20</sup>. Bununla birlikte, işin hızlandırılması amacıyla alınan bu ek tedbirler dolayısıyla, iş sahibi ek denetim masrafları yapmış ise, bu ek masraflar müteahhide yapılması gereken ödemelerden düşülebilir.

İşin yürütümü aşamasında öngörülen bir başka önlem de işlerin önceden hazırlanmış bir programa uygun olarak ifasının denetimidir. Projenin çeşitli aşamalarının bitiriliş süresi bir program çerçevesinde düzenlenerek, işin ifasının söz konusu programa uygun hızda yürütülüp yürütülmediği mühendisçe kontrol edilir. Bu amaçla, FIDIC kurallarının 8.3. maddesi müteahhidin sözleşme kapsamındaki işlerin ifasına ilişkin olarak bir program hazırlaması ve bu programı, mühendisin onayına sunması gerektiğini düzenlemektedir. Bununla birlikte, gerek işin ilerleme hızına ilişkin gelişmeler sonucu gerekse mühendisin FIDIC m. 13<sup>3</sup>'deki yetkisini kullanması sonucu bu programda değişiklik yapılması mümkündür<sup>21</sup>.

### **C) İnşa Eserinin Meydana Getirilmesi ve Teslimi**

İnşaat sözleşmesinde temel ve karakteristik edim, kararlaştırılan inşa eserinin meydana getirilerek teslimidir. Buna göre FIDIC kuralları gereğince de müteahhidin asıl borcu, işverenin ücret ödeme borcuna karşılık olarak ortaya çıkan işin gereği gibi ifasıdır.

Müteahhidin işi ifası sırasında, işin ifasına bağlı olarak ortaya birtakım yan borçları ve bunlardan doğan sorumlulukları bulunmaktadır.

#### **1. İş Bizzat Yapma Borcu ve İşin Alt Müteahhitlere Devri**

FIDIC kuralları gereğince asıl olan müteahhidin işi bizzat yerine getirmesidir. Zira FIDIC kurallarının 4.4. maddesinde işin tamamının alt inşaat sözleşmesiyle alt müteahhitlere devrinin mümkün olmadığı düzenlenmiştir<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> AKINCI, s. 56.

<sup>21</sup> AKINCI, s. 57.

<sup>22</sup> İşlerin tamamının işverenin rızası olmaksızın alt müteahhitlere devri, FIDIC m. 15.2 (c) gereğince işverene sözleşmeyi fesih hakkı kazandırır. Bu halde iş sahibi, 14 gün öncesinden haber vermek suretiyle sözleşmeyi feshederek, müteahhidi inşaat sahasından çıkarabilir.

Bununla birlikte işin bir kısmının alt müteahhitlere devri ise mümkündür. Uygulamada özellikle FIDIC kurallarına sıkça başvurulmuş büyük çaplı inşaat işlerinde yüklenen işin farklı kısımları çoğu zaman farklı teknik bilgi ve uzmanlık gerektirdiğinden alt müteahhitlere (taşeron – tali müteahhit)<sup>23</sup> başvurulmasına rastlanmaktadır.

FIDIC 1.1.2.8 maddesi gereğince alt müteahhit; “*Sözleşmede işlerin bir kısmı için alt müteahhit olarak belirtilen ya da atanmış kişiler ile bu kişilerin kanunî halefleri anlamına gelmektedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna karşılık öncelikle belirtmek gerekir ki FIDIC kuralları alt müteahhitler hangi hallerde atanabileceği hususunda yeterli düzenlemeye sahip değildir.

FIDIC açısından alt müteahhitler, onaylanmış alt müteahhit ve atanmış alt müteahhit olmak üzere ikiye ayrılır. “*Atanmış (aday) alt müteahhit (nominated subcontractors)*”, asıl müteahhit tarafından kendi iradesi ile seçilemeyen, iş sahibi ya da mühendis tarafından seçilen veya ileride seçilecek olan kişilerdir. Bir alt müteahhit tayini halinde bunun atanmış alt müteahhit olması asıldır. Atanmış alt müteahhitler FIDIC kurallarının 5.1. maddesinde “sözleşmede atanmış tali müteahhit olarak belirtilmiş kişiler” ya da “mühendisin müteahhide, alt müteahhit olarak istihdam edilmesi tâlimatı verdiği müteahhit” olarak belirtilmiştir.

FIDIC kurallarının 5.2. maddesinde müteahhidin mâkul sebeplerinin varlığı ve bunu destekleyen hususları mühendise bildirmesi halinde atanmış alt müteahhidi çalıştırmak zorunda olmadığı belirtilmiştir. Müteahhidin kendisinin teklif ettiği ve onay istediği müteahhit ise “*onaylanmış (kabul edilmiş) alt müteahhit*”tir. FIDIC kurallarının 4.4.(a) ve (b) maddesinde işçi temin etme, sözleşmede belirtilen standartlara uygun malzeme satın alma, işçilerin herhangi bir kısmını, sözleşmede adı geçen alt müteahhide verme

---

<sup>23</sup> Taşeron ile alt müteahhidin farklı iki hukuki kurum olduğunu ileri süren yazarlar bulunmaktadır. Buna göre taşeron, işçilik ya da parça başı iş yapan ve asıl müteahhit ile aralarında hizmet sözleşmesine dayanan bağımlı kişidir. Alt müteahhit ise asıl müteahhidin işinin bir kısmını ya da tamamını yapmayı üstlenen kendi adına bağımsız olarak çalışan kişidir (TÜRE-GÜN, Necip, “FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, *İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmecisi, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, b. 2, Ankara 1996, s. 266; TANDOĞAN, s. 77). Ancak, FIDIC kurallarında böyle bir ayrıma yer verilmemiş olmakla birlikte, her iki kavram açısından uygulamada aynı amaçla kullanılmaktadır. Açıklanan nedenle bu çalışmada “alt müteahhit” ile “taşeron” kavramları müteahhidin işin bir bölümünü ya da tamamını devrettiği bağımsız çalışan bir kişi olarak olduğu düşünülerek, FIDIC kurallarında *subcontractor* olarak anılan kurum için her iki kavramı da kapsar şekilde “alt müteahhit” kavramı tercih edilmiştir.

konuları hariç asıl müteahhidin, mühendisin<sup>24</sup> onayı olmaksızın işlerin bir kısmını alt inşaat sözleşmesiyle devredemeyeceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, alt müteahhitlik sözleşmesine başvuran genel müteahhide, alt müteahhidin işlerinin öngörülen başlangıç tarihi ve bu işlerin başlaması konularında en az 28 gün öncesinden bilgilendirme yükümlülüğüne de yer verilmiştir (m. 4.4. (c)).

FIDIC kurallarının işlerin tamamının alt müteahhide devredilemeyeceğini ancak bir kısmının devrinin mümkün olduğunu belirten 4.4. maddesinde müteahhidin alt inşaat sözleşmesinden doğan sorumluluğuna da yer verilmiştir. Onaylanmış alt müteahhitlerin, vekillerinin ve çalışanlarının fiillerinden ve görev ihmallerinden doğan tüm sorumluluk asıl (genel) müteahhide aittir. Bu kapsamda FIDIC kuralları esas alınan inşaat sözleşmelerinde onaylanmış alt müteahhidin yapmış olduğu işlerden doğan tüm sorumluluk asıl müteahhide ait olacağından, onun malî durumunun araştırılması gibi hususlarda asıl müteahhit tarafından gereken özen gösterilmelidir<sup>25</sup>. FIDIC kurallarında müteahhidin, alt müteahhitlerin ya da bunların vekillerinin ve çalışanlarının sorumluluğundan bahsedilirken, alt müteahhidin atanmış ya da onaylanmış alt müteahhit olması bakımından herhangi bir farka yer verilmemiştir. Her ne kadar makul sebeplerin varlığı halinde müteahhidin atanmış tali müteahhitlerle çalışması zorunluluğu bulunmamakta ise de, seçiminde müteahhidin rolünün bulunmadığı sorumluluk düzeninde göz önüne alınmamıştır. Buna karşılık, atanmış alt müteahhidin, asıl müteahhit tarafından yeterli bir biçimde denetlenmiş olmasına rağmen kusurları olması halinde bunun sorumluluğunun işverene ait olması gerekir<sup>26</sup>. Diğer yandan atanmış alt müteahhidin de kusuru olmaksızın ya da öngörülemeyen hallerin varlığı nedeniyle ortaya çıkan risk ve zararlara ilişkin olarak ise ister alt müteahhit seçimindeki hatası ister öngörememesi nedeniyle olsun yine iş sahibinin sorumlu tutulması uygun olacaktır<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> FIDIC kurallarının “Tanımlar” başlıklı 1.1.2.4 üncü maddesinde mühendis; “sözleşme hükümlerine göre mühendis olarak faaliyette bulunmak üzere tayin edilen ve ismen belirtilen kişi” olarak tanımlanmıştır. FIDIC kuralları açısından mühendis, teknik, mâli konulara ve ulaştırmaya ilişkin görevler üstlenir. Müşavir mühendisler iş sahibi ve müteahhit dışında, gerçek ya da tüzel kişilerdir (DAYINLARLI, Kemal, *İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi*, Ankara 1998, s. 50).

<sup>25</sup> TÜREGÜN, s. 266-268.

<sup>26</sup> TÜREGÜN, s. 270; YALÇINDURAN, Türker, *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri*, Ankara 2000, s. 53.

<sup>27</sup> TÜREGÜN, s. 270.

Belirtmek gerekir ki, FIDIC kurallarında iş sahibinin alt müteahhidin sözleşmeyle belirlenen ücretine ilişkin sorumluluğuna dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna göre alt müteahhidin ücretinin ödenmesi halinde birinci derecede sorumluluk sözleşme gereği müteahhide ait olacakken, iş sahibinin de sorumluluğu olup olmadığı hususu sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk kuralları çerçevesinde belirlenir.

## **2. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü**

Sadakat borcu genel olarak “iş sahibi yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak<sup>28</sup>” anlamını taşır . Sadakat borcu ile özen borcu birbirine sıkı sıkıya bağlıdır ve müteahhidin özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur<sup>29</sup>.

Müteahhidin sadakat borcu FIDIC kurallarında açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, inşaat sözleşmelerinin bir iş görme sözleşmesi niteliğinde olmasının bir sonucudur. İş görme, genellikle başkasının menfaatine uygun hareketi gerektirdiğinden<sup>30</sup> inşaat sözleşmelerinde müteahhit, işi kendisine duyulan güvene uygun olarak özen ve sadakatle yapmakla yükümlüdür<sup>31</sup>. İnşaat sözleşmeleri iş sahibi ile müteahhit arasındaki karşılıklı güven ilişkisine dayanır ve bu nedenle müteahhidin, iş sahibinin edim sonucundan beklediği menfaate uygun davranması asıldır<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> TANDOĞAN, s. 34; YAVUZ, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler*, b. 10, İstanbul 2012, s. 457.

<sup>29</sup> Y. 15. HD., 25.01.1999 tarih ve 1998/4289 E., 1999/115 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası). Bununla birlikte Y. 15. HD., 08.06.2004 tarih ve 2003/6368 E., 2004/3196 K. sayılı kararında “(...) sadakat ve özen borcu TMK.nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralının bir uzantısıdır” demek suretiyle bu borçların ise dürüstlük kuralından kaynaklandığını belirtmektedir (YAVUZ, s. 53).

<sup>30</sup> İstisnaen aksi duruma gerçek olmayan (eksik) vekaletsiz iş görmede rastlamak mümkündür. Bu halde iş gören başkasının menfaatine olduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiği bir işi kendi menfaatine yapmaktadır (TANDOĞAN, s. 33, dn. 4 ve s. 446).

<sup>31</sup> DAYINLARLI, Kemal, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, b. 4, Ankara 2008, s. 34; TANDOĞAN, s. 33.

<sup>32</sup> Y. 15. HD. 25.01.1999 tarih ve 1998/4289 E., 1999/115 K. sayılı kararında “Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi, kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. (...)Yüklenici, sözleşmeye uygun olmayan proje ve bu projeye aykırı iş yapmakla sadakat ve özen borcunu ağır biçimde ihmal etmek, davacıda varolan güveni kökünden sarsmakla kusurlu olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin imar kurallarına uymamakla da başka bir neden aranmaksızın kusurludur” ifadesine yer vererek inşaat sözleşmelerinin taraflar arasındaki güven esasına dayandığını belirtmiştir (Sinerji İçtihat Bankası).

Müteahhidin inşa eseri meydana getirirken, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Buna göre müteahhit, eseri meydana getirirken öğrenmiş olduğu yeni teknik ve fikirleri kendi hesabına başka bir işte kullanamaz ve başkalarının kullanımına sunamaz<sup>33</sup>. Bu borcun varlığı açısından söz konusu teknik ve fikirlerin bir patent hakkına konu olması gerekmez. Ancak patent hakkının varlığı durumunda müteahhidin göstereceği sadakat daha fazla önem kazanır<sup>34</sup>.

Müteahhidin özen yükümlülüğünden ise FIDIC kurallarının 17.2. maddesinde açıkça söz edilmektedir. Buna göre işin başlangıç tarihinden geçici kabul belgesinin düzenlenmesine kadar olan dönemde işler ve malzemeler açısından müteahhidin özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Geçici kabul belgesi düzenlenmiş olmasına karşılık, eksik kalan işler bulunması halinde ise müteahhidin özen yükümlülüğü eksik kalan işler için devam etmektedir.

FIDIC kurallarının 17.2. maddesinde geçici kabul belgesinin düzenlenmesine kadar olan süreçte işverenin riskleri içerisinde sayılmayan durumlardan kaynaklanan her türlü özen yükümlülüğünün ihlâli durumunda oluşacak zarar ve kayıplardan müteahhidin sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir.

Müteahhidin bu borcu eserin teslimi ile sona ermeyeceği gibi akdin sona ermesinden sonra da devam eder. Müteahhit ayrıca bu kapsamda olmak üzere eserin teslimi sırasında eserin kısımların kullanılması, bakımı, sökülmesi, yeniden kurulması, ayarlanması ve tamiri için yeterli ayrıntıda kullanma ve bakım kılavuzlarını mühendise vermelidir (m. 4.1 (c)). Ayrıca sözleşmede buna ilişkin hüküm bulunması halinde iş sahibinin tesisi işletecek personelinin eğitimi müteahhit tarafından sağlanmalıdır<sup>35</sup>.

### **3. İnşa Eserinin Teslimi**

FIDIC kurallarında inşaatın teslimi özel usullere tâbi tutulmuştur. İnşaatın teslimi için işin esas itibariyle tamamlanmış olması şarttır. İşin esas itibariyle tamamlanmış olmasından (*substantially completed*), sözleşme ile üstlenilen işin iş sahibinin kullanması ve yararlanması mümkün olacak şekilde bitirilmiş olması anlaşılmalıdır<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> TANDOĞAN, s. 35; YAVUZ, s. 443.

<sup>34</sup> DAYINLARLI, s. 36.

<sup>35</sup> DAYINLARLI, s. 36.

<sup>36</sup> CORBETT, Edward C., FIDIC 4th - A Practical Legal Guide, London 1991, s. 113.

FIDIC kuralları uyarınca müteahhidin inşaatın tesliminden önce tamamlama testlerini yaptırması gerekir. Tamamlama testleri; ön değerlendirme, değerlendirme ve deneme testleri olmak üzere üç aşamada ve sırasıyla uygulanır<sup>37</sup>. Bunun sonucunda, bir eksiklik saptanmadığı takdirde<sup>38</sup> mühendis tarafından bir tamamlama sertifikası düzenlenerek müteahhide verilir. Tamamlama sertifikası düzenlenmedikçe müteahhidin sözleşmeyle belirlenen ve talimatlarla oluşan borçlarını yerine getirdiği kabul edilmez (m. 11.9).

### **a) Geçici Kabul Belgesi Düzenlenmesi**

FIDIC m. 10.1 uyarınca müteahhit, işlerin tamamının esas itibariyle tamamlanmış olduğunu iş sahibine ve mühendise yazılı olarak bildirir. Teslim için başvuru öngörülen teslim tarihinden 14 gün önce yapılmalıdır (m. 10.1). Mühendis bu başvurunun kendisine ulaşmasını izleyen 28 gün içerisinde işin geçici kabule uygun bulunması halinde bir geçici kabul belgesi düzenleyerek müteahhide ve iş sahibine verir. Geçici kabulü istenen inşaatta geçici kabule engel eksiklik ve bozuklukların bulunması durumunda mühendis bu eksiklikleri içeren bir yazı hazırlar ve bunu müteahhide iletir. Müteahhit, inşaattaki eksiklik ve bozuklukları gidermesi ve bunu bildirmesi durumunda kusurları giderdikten sonraki 28 gün içinde geçici kabul belgesi almaya hak kazanır. Belirtmek gerekir ki inşaattaki değer ve işlev yönünden küçük eksiklikler ya da tamamlanması gereken işler eserin teslimine engel değildir.

İç hukukumuzdaki uygulamaların aksine FIDIC kuralları uygulanan sözleşmelerde işin tamamlanma seviyesi mühendisin kanaatine göre tespit edilir. Geçici kabul işlemlerini iş sahibinin kuracağı bir heyet değil, mühendis kendi elemanları ile yapacaktır<sup>39</sup>.

Geçici kabul belgesinin tarihi FIDIC kuralları esas alınan sözleşmeler açısından teslim tarihidir ve bununla kesin kabul dönemi başlar (FIDIC m. 10.1). Geçici kabul belgesinin verilmesi açısından işin bir kül olarak kabulü ve tamamının iş sahibinin tarafından teslim alma (*employer's taking over*)

---

<sup>37</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. yeni Sarı ve Gümüş Kitap m. 9.1/3.

<sup>38</sup> Tamamlama testlerinden herhangi birinin olumsuz sonuç vermesi halinde FIDIC m. 7.5 (ret etme) uygulama imkânı bulur ve müteahhit ya da iş sahibi testlerin tekrarını talep edebilir. Yenilenen testler de olumsuz sonuç verirse mühendis, testlerin bir kez daha yenilenmesine karar verebileceği gibi, iş sahibinin eksiklik ve arızaların giderilmesi hakkının kullanılmasını (m. 11.4) sağlayabilir ya da iş sahibinin talebiyle bir teslim alma sertifikası düzenleyebilir (m. 9.4).

<sup>39</sup> TÜREGÜN, s. 284.

esaslarına uygun hale getirilmiş olması esastır<sup>40</sup>. Ancak FIDIC kurallarının 10.2. maddesinde sözleşmede ayrı bitirme süresi öngörülmüş olması halinde işlerin bir bölümünün teslimine de imkân sağlanmıştır. Buna göre sözleşmede belirli bölümler için ayrı bitirme süreleri var ise [FIDIC m. 10.2 (a)] ya da bitmeden iş sahibi tarafından kullanılmış kısımların [FIDIC m. 10.2 (b)] varlığı halinde mühendis, müteahhidin talebi üzerine [FIDIC m. 10.2 (c)] bu bölüm ve kısımlar için geçici kabul belgesi düzenleyebilir.

FIDIC kuralları uyarınca inşaatın kısmen teslimi (m. 10.2) ya da kararlaştırılan kısımların (m. 10.1) teslimi esas itibariyle mümkündür<sup>41</sup>. Bu halde işveren, yapı eserini teslim edilen bölümle sınırlı olarak kullanabilir.

### **b) Süre Uzatımı Gerektiren Haller**

FIDIC kurallarının 8. maddesinde işin süresinde bitirilip bitirilmediğinin tespiti açısından işin ne zaman bitirilmiş sayılacağına da yer verilmiştir<sup>42</sup>. Buna göre geçici kabul belgesi düzenlenmesine ilişkin 10. maddeye uygun olarak, işe başlama tarihinden itibaren hesaplanmak üzere işe ilişkin teklifin ekinde yer alan işin tamamına yahut bir bölümüne ait süre içerisinde yahut uzatılan süre içerisinde o bölüm ya da işin tamamı bitirilir. Zira FIDIC kuralları açısından esas olan, işin taraflarca sözleşmede kararlaştırdıkları sürede bitirilmesidir.

İnşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan teslim zamanının tek taraflı olarak uzatılması ya da kısaltılması mümkün değildir. Ancak sözleşme ile süre uzatımını gerektiren haller açıkça tespit edilmiş olabilir. Buna karşılık FIDIC kurallarında süre uzatımına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

FIDIC kurallarının 8.4. maddesinde süre uzatımı verilmesini gerektiren hallere açıkça yer verilmiştir. FIDIC kuralları esas alınan inşaat sözleşmelerinde süre uzatımı talepleri, uluslararası yeknesaklığı sağlamak amacıyla sıkı kurallara bağlanmıştır. Süre uzatımında muhtemel haksızlıkların önlenmesi bakımından taleplerin zamanında yapılması ve delillendirilmesi önem arz eder<sup>43</sup>. Buna göre projede bulunmadığı halde yapılan fazladan ve ek işlerin<sup>44</sup>,

<sup>40</sup> TÜREGÜN, s. 283.

<sup>41</sup> HÖK, s. 72.

<sup>42</sup> AKINCI, s. 53.

<sup>43</sup> Y.15.HD'nin, 26.02.2001 tarihli ve 2000/4429 E., 2001/1032 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>44</sup> Bu tür fazladan ve ek işler, FIDIC m. 13.1 uyarınca iş değişiklikleri (*change orders*) kapsamına girmektedir. Anılan madde ile mühendisin ihtiyarında olan ve müteahhidin yerine getirmekle mükellef olduğu sözleşme kapsamındaki iş miktarının azaltılması, artırılması veya bazı işlerden vazgeçilmesi, işin niteliğinin, cinsinin, kalitesinin değiştirilmesi, işin yapımına



beklenmeyen istisnaî nitelikli olumsuz iklim koşullarının<sup>45</sup>, iş sahibinden kaynaklanan gecikmelerin ve engellerin, müteahhidin kusuru ve sözleşmeye aykırı davranışı olmaksızın ortaya çıkan özel durumların<sup>46</sup> ve FIDIC kuralları ile atıfta bulunulan diğer nedenlerin<sup>47</sup> varlığı halinde süre uzatımı söz konusu olabilecektir<sup>48</sup>. Ancak sayılan nedenlerin varlığı tek başına yeterli olmayıp, bunların süre uzatımı hakkı kazandıracak nitelikte olması gerekir. Yargıtay'ın bu konudaki kararlarında da FIDIC Sözleşmelerinde süre uzatım istemlerinin sıkı şekil şartlarına bağlandığı vurgulanmaktadır<sup>49</sup>.

FIDIC kuralları ile işin zamanında bitirilmesini temin için bazı tedbirler de öngörülmüştür<sup>50</sup>. Buna göre müteahhit, sözleşme kapsamındaki işlerin ifasına ilişkin bir program hazırlar ve bu programı mühendisin onayına sunar. Mühendisin işin yürütümünün programa uygun olmadığı kanısına varması veya FIDIC m. 13 gereğince sahip olduğu “değişiklikler” konusunda talimat

ilişkin teknik değişiklikler (seviyenin, konunun, hatların, boyutların değiştirilmesi gibi), işin tamamlanması için gerekli ek işler, işlerin yapım sırasının ve zamanlamasının değiştirilmesi değişiklik olarak nitelendirilmiştir. Ancak bunlardan işin miktarının azaltılması ya da bazı işlerden vazgeçilmesi hali ile işin kalitesinin değiştirilmesi halleri kural olarak FIDIC kurallarının 13 üncü maddesinin kapsamı dışında kalır.

<sup>45</sup> Çok olağandışı hava şartlarında bile eğer istisnai derecede zorluğa sebep olmuyor ise süre uzatımı verilemez (CORBETT, s. 250).

<sup>46</sup> Burada esas olan hakkaniyet gereği süre uzatımı talebinin haklı görüleceği hallerdir. Bu halin mühendis ve hakemler tarafından dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir (CORBETT, s. 251).

<sup>47</sup> FIDIC kurallarının birçok maddesi ile müteahhidin süre uzatımı talep edebileceği hollere 8.4 üncü maddeye atıfta bulunmak suretiyle yer verilmiştir. FIDIC kurallarına göre çizimlerdeki gecikme, olumsuz fiziksel engel ve koşullar, işyerinde bulunacak fosiller, eski paralar, kıymetli ve antika eşyalar, arkeolojik açıdan değer taşıyan her türlü yapı enkaz ve kalıntılar, öngörülmemiş bulunan ancak sonradan mühendisçe gerekli bulunan testler, işin durdurulması, sahanın zamanında ya da hiç teslim edilmemesi, yüklenicinin işi durdurması veya çalışma hızını düşürmesi hallerinde süre uzatımı talebi yapılabilir.

<sup>48</sup> Müteahhit, FIDIC kuralları ile belirlenen nedenlerin varlığı halinde, bu nedenin ortaya çıkmasından itibaren 28 gün içerisinde mühendise haber vermelidir [FIDIC m. 20.1(a)]. Bu ihbarı takip eden 28 gün içerisinde de süre uzatımı talebine dayanarak teşkil eden neden hakkında ayrıntılı bilgi verecektir [FIDIC m. 20.1(b)]. Mühendisin buna ilişkin herhangi bir tespit yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilginin hazırlanması için öngörülen 28 günlük süre mühendis tarafından uzatılabilir [FIDIC m. 20.1(b)]. Ancak mühendisin ayrıntılı bilginin verilmesi için makul bir süre vermek yetkisi istisnaî hallerin varlığı halinde söz konusudur ve müteahhidin bu istisnaî hallerin gerçekleştiğine ilişkin olarak müteahhidi ikna etmesi gerekmektedir (CORBETT, s. 258). İşin uzatılacağı sürenin tespiti yetkisi mühendise aittir. Ancak mühendis, bu yetkiyi iş sahibi ve müteahhit ile yapacağı müzakereler sonucunda kullanır.

<sup>49</sup> Y. 15. HD.'nin 17.09.2002 tarihli ve 2001/5595 E. ve 2002/3931 K. sayılı kararı (Sinerji İçtihat Bankası).

<sup>50</sup> AKINCI, s. 56.



verme yetkisini kullanması halinde programda değişiklik yapılması her zaman mümkündür.

#### **D) İmkânsızlık Halinde Sorumluluk**

Müteahhidin kusurlu objektif imkânsızlığına uygulamada nadir rastlanır. Zira inşaat işleri açısından objektif imkânsızlığın gerçekleşmesi oldukça zordur. Üzerinde inşaat yapılan yer var olduğu ve bu yere inşaat yapılması mümkün olduğu sürece imkânsızlıktan söz edilemez<sup>51</sup>. Müteahhidin yapmış olduğu inşaatın kendi kusuru ile yıkılması halinde dahi müteahhit aynı yere tekrar inşaat yapmak ile yükümlüdür; bu durum sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle sona ermesini gerektirmez.

FIDIC kurallarının 17.3. maddesinde imkânsızlık olarak nitelendirilebilecek haller düzenlenmiştir<sup>52</sup>. 17.3. maddede belirtilen haller sınırlayıcı değildir. Bu tür kusursuz imkânsızlık hallerinin ortaya çıkması durumunda müteahhit eseri teslim borcundan kurtulur.

#### **E) Hasara İlişkin Sorumluluk**

FIDIC kuralları ile hasara ilişkin sorumluluğa ilişkin genel kurallara yer verilmiş ve müteahhidin hasara ilişkin sigorta yaptırması gerektiğine<sup>53</sup>, müteahhidin sigorta tarafından karşılanmayan ya da sigortadan tahsil

---

<sup>51</sup> SELİÇİ, s. 47.

<sup>52</sup> FIDIC kurallarının 17.3. maddesinde düzenlenen imkânsızlık halleri şunlardır;  
“(a) Savaş, düşmanca filler (savaş ilanı olsun olmasın), işgal, yabancı düşmanların fiilleri,  
(b) İsyân, terör, ihtilal, ayaklanma veya askerî darbe ya da iç savaş,  
(c) İyonize radyasyon ya da bir nükleer yangından, radyoaktif toksit patlayıcıdan çıkan nükleer yakıt veya nükleer atıkların veya patlayıcı nükleer santrallerin veya nükleer maddelerin veya diğer tehlikeli maddelerin sebep olduğu radyoaktif kirlenme,  
(d) Ses hızında veya sestense hızlı hareket eden uçakların veya diğer hava araçlarının sebep olduğu basınçlı hava dalgaları,  
(e) Münhasıran müteahhidin veya müteahhit taşeronlarının elemanlarından kaynaklanmadıkça, her türlü isyan karışıklık ya da düzensizlik,  
(f) Sözleşme ile öngörülen hallerin haricinde işveren tarafından kalıcı işlerin herhangi bir kısmı veya parçasının kullanılmasından ya da işgal edilmesinden kaynaklanan zarar,  
(g) İşlerin projelendirilmesinden kaynaklanan zarar,  
(h) Normal olarak deneyimli ve basiretli bir yüklenicinin önlem almasının beklenemeyeceği doğal afetler” (AKINCI, s. 34-35, dn. 88).

<sup>53</sup> FIDIC kurallarının 18.2. maddesi gereğince müteahhit, işlerde kullanılan malzeme ve demirbaşları sigortalamakla yükümlüdür. Ayrıca müteahhit, sözleşmenin ifasından kaynaklanan her türlü ölüm veya yaralanma ya da maddi hasarlardan kaynaklanan sorumluluklar için, kendinin ve iş sahibinin adına müşterek bir sigorta yaptırmak zorundadır. Müteahhidin sözleşme gereğince sigorta yapmakta ve primlerini yatırmakta temerrüde düşmesi halinde, iş sahibi bu sigortayı yaptırabilir ve prim tutarlarını müteahhitten talep edebileceği gibi, müteahhide yapılacak ödemelerden de mahsup edebilir.

edilmeyen hasar ve zararlardan da sorumlu olduğuna değinilmiştir. FIDIC kuralları gereğince müteahhit, istisnalar hariç<sup>54</sup>, kusuru ile yahut kusuru dışında ortaya çıkan her türlü zararı tazmin ile yükümlüdür.

Müteahhidin hasara ilişkin sorumluluğu teslim ile sona erer ve iş sahibine geçer. Buna göre kabul mektubunun verilmesine kadar meydana gelecek hasar müteahhide ait olacaktır. Kabul mektubunun verilmesinden sonra ise meydana gelecek hasarlar iş sahibinin sorumluluğundadır ve bu halde müteahhit yine tam ücrete hak kazanır.

### **F) İnşaatın Tesliminde Temerrüt Halinde Sorumluluk**

İnşaatın sözleşmede belirlenen sürece tesliminde temerrüt halinde gecikme tazminatı ödenmesi ve sözleşmenin feshi gündeme gelebilir. FIDIC kurallarında müteahhidin işin tamamını veya bir bölümünü süresi içinde tamamlayamaması halinde gecikilen her gün için teklif ekinde belirlenen miktarda gecikme tazminatı ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir (m. 8.7)<sup>55</sup>. Aynı hükümle iş sahibine, bu tazminatı müteahhidin hâlihazırda mevcut olan veya doğacak istihkaklarından kesme imkânı tanınmıştır. Ancak, gecikme tazminatının ödenmesi müteahhidi işin tamamlanarak tesliminden ve sair borçlarından kurtarmaz.

FIDIC kurallarında müteahhidin teslimde temerrüdüne ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiş, sözleşmenin feshini düzenleyen ve fakat müteahhidin temerrüdünü de kapsayan genel bir düzenlemeye yer verilmiştir (FIDIC m. 15). Fesih hakkının kullanılması için gerekli şartların oluştuğu hususu mühendis tarafından tespit edilmiş olmalıdır. Anılan madde uyarınca iş sahibinin sözleşmeden dönme seçiclik hakkını tercih etmiş olması durumunda işi kendisinin tamamlaması ya da bir başka müteahhitle anlaşması mümkündür. Bununla birlikte iş sahibi yahut yeni anlaştığı müteahhit, müteahhide ait olan ve işin tamamlanması için gerekli gördükleri bütün malzeme ve ekipmanları kullanabilir. Ayrıca iş sahibi veya yeni müteahhit tarafından kullanılan müteahhidin malzeme ve ekipmanlarının karşılığı mühendis tarafından tespit edilir.

---

<sup>54</sup> FIDIC kurallarının 18.3. maddesi ile müteahhidin hasara ilişkin sorumluluğunun istisnaları düzenlenmiştir. Anılan madde gereğince, işlerin sözleşme uyarınca gerçekleştirilip tamamlanması veya kusurlarının giderilmesinin kaçınılmaz sonucu olarak meydana gelecek hasar müteahhidin sorumluluğu dışında kalmaktadır.

<sup>55</sup> FIDIC kuralları ile müteahhidin temerrüdü halinde iş sahibinin hakları gecikmiş ifa ile birlikte cezaî şartın ödenmesini talep etme ve sözleşmeden dönme olarak belirlenmiştir. Yukarıda değinilen süre uzatımı verilmesi gereken hallerin varlığı halinde işin zamanında bitirilmesi sebebiyle ortaya çıkan haklar ancak verilen ek süre içerisinde de işin tamamlanamaması halinde söz konusu olacaktır.

Sözleşmenin temerrüt nedeniyle iş sahibi tarafından feshi halinde müteahhit, fesih tarihinde fiilen yapılmış olan işlerin bedelini talep hakkına sahiptir. Bu bedel de FIDIC m. 12 uyarınca mühendis tarafından tespit edilir.

İş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi üzerine, ayıplarla ilgili garanti süresinin dolmasına kadar müteahhide yapılan ödemeler durdurulur. Bu süre sonunda, müteahhide yapılan ödemeler, fiilen tamamlanan işlerin bedeli, sözleşme ile kararlaştırılmış olması halinde kararlaştırılan gecikme tazminatı ve diğer tüm masraflar ile kıyaslanarak müteahhide ödenecek miktar belirlenir. Müteahhide yapılan ödemelerin fiilen tamamlanmış işlerin bedelini aşması halinde müteahhit, bu fazla ödemeleri iade ile yükümlüdür ve bu meblağ müteahhidin borcu olarak kabul edilir. Bunun dışında iş sahibinin isteyebileceği tazminata ilişkin herhangi bir hüküm getirilmemiştir.

FIDIC kurallarında yer alan feshin sonuçlarına ilişkin düzenlemelerden hareketle müteahhidin temerrüdü halinde işverenin sözleşmeden dönme ile değil sözleşmenin feshi hakkına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğuracak ve işlere ilişkin tasfiye taraflar arasındaki sözleşmeye ve sözleşme eki niteliğindeki bu düzenlemelere göre yapılacaktır.

### **G) Araç Gereç ve Malzemeye İlişkin Sorumluluk**

Çalışma araçlarını malzemeden ayırt etmek gerekir. Hammadde ya da gereçler; “araçlar (vasıtalar) ile âlet ve takımlar (edevat)” kavramına girmez<sup>56</sup>. Çalışma araçları; tamamlanmış eserin tesliminden sonra ondan yeniden uzaklaştırılabilen ya da müteahhit tarafından kendi mülkiyetinde olduğu için geri alınabilen şeylerdir<sup>57</sup>.

İnşaatın yapımında kullanılan araç, gereç ve malzemeden sorumluluk malzemenin müteahhit tarafından sağlanması ve iş sahibi tarafından sağlanması ihtimallerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Araç, gereç ve malzemenin müteahhit tarafından sağlanması haline ilişkin olarak, FIDIC kurallarının 7. maddesinde kullanılacak malzeme, araç

<sup>56</sup> KARAHASAN, Mustafa Reşit, *Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 1975, s. 1081.

<sup>57</sup> Araç ve gereç sağlama borcuna özellikle iş makineleri parkının temini, şantiye binasının ve işçi lojman ve yemekhanesinin yapılması; şantiye ve inşaat için gerekli elektrik ve su tesislerinin kurulması; servis araçlarının tedariki; mazot, petrol vs. sağlanması örnek gösterilebilir (ARAL, Fahrettin, AYRANCI/Hasan, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, b. 9, Ankara 2012, s. 343; EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, *İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, b. 2, Ankara 1996, s. 68).

ve işçiliğin sözleşmeye uygun olmasını düzenlenmekte ve 11. madde ayıba karşı tekeffül borcunu ele alınmaktadır. FIDIC kuralları uyarınca (m. 7), yapılması öngörülen testlerin sonucu olarak mühendis, ayıplı olduğunu veya sözleşmeye uygun olmadığını belirterek, malzeme ve aracı reddedebilir<sup>58</sup>. Böyle bir durumda, mühendis, gerekçesi ile birlikte durumu derhal müteahhide bildirecektir. Durumun kendisine bildirilmesine rağmen müteahhidin ayıpları gidermemesi durumunda, FIDIC Kuralları'nın 15. maddesi uyarınca sözleşmenin feshi yoluna gidilebilir<sup>59</sup>.

Mühendisin, sözleşmeye uygun olmayan malzeme veya araçların sahadan uzaklaştırılması hususunda talimat verme yetkisi bulunmaktadır. Müteahhidin, mühendisin bu talimatını yerine getirmemesi durumunda, sözleşmenin ihlali söz konusu olacak ve 15. maddenin hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Araç, gereç ve malzeme sağlanmasında esas olan en azından inşaatın sözleşmede belirtilen niteliklere uygun orta kalitede malzemenin sağlanmasıdır. Orta kalitedeki malzeme, en azından objektif olarak “iyi cins” malzemedir. Orta kalitedeki (iyi cinsten) malzeme, sözleşmede kararlaştırılan eseri, sözleşmeye uygun olarak meydana getirmeye elverişli malzeme demektir<sup>60</sup>. Sözleşmede taraflarca kararlaştırılmış olan eser, kararlaştırıldığı tarz ve nitelikte meydana geldiği takdirde, söz konusu elverişlilik gerçekleşmiş olur<sup>61</sup>. Uyuşmazlık halinde malzemenin kalitesi, iyi niyet kurallarına göre belirlenir.

Müteahhidin araç, gereç ve malzemeye ilişkin sorumluluğu özenle kullanma ve saklama yükümlülüğünü de içerir. FIDIC kurallarının müteahhidin genel özen yükümlülüğüne ilişkin 17.2. maddesinde müteahhidin işin yapımına ilişkin özen yükümlülüğü düzenlenirken, araç, gereç ve malzemeye ilişkin özen yükümlülüğünden de söz edilmektedir. Buna göre, müteahhidin özen yükümlülüğü bulunduğu zaman dilimi içerisinde yani işe başlanmasından geçici kabul belgesi düzenlenmesine kadar işlerde, malzemelerde ve müteahhidin dokümanlarına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek zararlar müteahhit tarafından tazmin edilir.

## **H) Teslimden Önceki Noksan ve Bozukluklara İlişkin Sorumluluk**

FIDIC kurallarının 11. maddesinde de işin yapılması aşamasında meydana gelen kusur ve hasarlardan müteahhidin sorumlu olacağına dair

---

<sup>58</sup> AKINCI, s. 45.

<sup>59</sup> AKINCI, s. 45.

<sup>60</sup> ARAL, s. 346; EREN, s. 70.

<sup>61</sup> ARAL, s. 346; EREN, s. 70.

düzenlemelere yer verilmiştir. Öncelikle teslimden önce bir kusur ya da hasarın meydana gelmesi durumunda müteahhidin, durumu iş sahibine ya da temsilcisine gecikmeksizin bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Söz konusu eksik işler ya da hasar, müteahhidin sorumlu olduğu bir planlamadan, sözleşmeye uygun olmayan tesis, malzeme ve ifadan ya da müteahhidin diğer bir yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklanıyor ise müteahhit bu kusurları giderme yükümlülüğü altındadır (FIDIC m. 11.1).

Müteahhidin kendisine verilen makul süre içerisinde kusur ya da hasarı gidermemesi durumunda işverenin öncelikle müteahhide bu konuda ek süre tanınması gerekmektedir (FIDIC m. 11.4). Bu süre içerisinde de zararların giderilmemesi halinde iş sahibinin bazı seçimlik hakları doğmaktadır. Buna göre iş sahibi;

a) İşleri makul bir biçimde müteahhit hesabına kendisi yapabilir ya da başkasına yaptırabilir. Bu durumda müteahhit, doğan masrafları ödemekle mükelleftir.

b) Sözleşme bedelinin uzlaşma ile ya da alınacak bir kararla mâkul bir biçimde indirilmesini mühendisten talep edebilir.

c) İşlerdeki kusur veya hasar işverenin işin tamamından ya da önemli kısımlarından tam olarak yararlanmasına engel olacak nitelikte ise sözleşmenin tamamını yahut kullanılmayan kısımlarla ilgili bölümünü sona erdirebilir.

Tüm bu durumlarda iş sahibinin diğer tazminat haklarına hanel gelmez. İş sahibi, seçimlik haklarını kullanırken bunun yanı sıra uğramış olduğu zararın tazminini de FIDIC m. 17.1 (i) uyarınca talep hakkını haizdir.

## **II. MÜTEAHHİDİN TESLİMDEN SONRA ORTAYA ÇIKAN AYIPLARDAN SORUMLULUĞU (AYIBA KARŞI TEKEFFÜL)**

### **A) Genel Olarak**

İş sahibine teslim edilen inşa eseri, müteahhit tarafından taahhüt edilen, iş sahibi tarafından halin şartlarına göre beklenen ve sözleşmede öngörülen nitelikleri taşımadığı takdirde müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olur.

İnşaat sözleşmesinde tıpkı satım sözleşmesinde olduğu gibi teslim borcunun bir tamamlayıcısı olarak ayıba karşı tekeffül borcunun varlığı kabul edilmektedir<sup>62</sup>. Bu şekilde ortaya çıkan ayıba karşı tekeffül borcu, müteahhidin

<sup>62</sup> EREN, s. 78; TANDOĞAN, s. 160; YAVUZ, s. 456.

inşaatı taahhüt ettiği ve sözleşmede öngörülen kullanım amaçları açısından gerekli niteliklere uygun olarak teslim edilmesi borcunu ifade eder<sup>63</sup>.

Ayıplı ve noksan işlerin müteahhide bildirilmesi prosedürü FIDIC kurallarının 11.1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, müteahhit işi bitirip, sözleşmede öngörülen testlerden olumlu sonuç aldıktan sonra, durumu mühendis ve iş sahibine bildirecektir. Bu bildirim aynı zamanda, müteahhidin mühendisten kesin kabul belgesini talep etmesi anlamına gelir. Bildirim üzerine mühendis, 21 gün içinde ya kesin kabul belgesi düzenleyerek verir ya da eksik işlerin bulunması durumunda, bu işlerin tamamlanması hususunda talimatta bulunur. Bu süre aynı zamanda mühendisin ayıpları bildirmesi için öngörülen süredir. FIDIC kuralları uyarınca muayene ve bildirim yükümlülüğü hem noksan hem de ayıplı işler için söz konusudur.

## **B) Ayıp Olarak Nitelendirilen Durumlar**

FIDIC kurallarında Müteahhidin ayıptan sorumluluğu, “Kusurların Giderilmesi” başlığı altında hem sözleşmede taahhüt edilen özelliklere veya mühendisin talimatlarına aykırılık hâllerini hem de eserin kullanımı için gerekli niteliklerin bulunmaması hâlini kapsayacak biçimde düzenlenmiştir<sup>64</sup>. FIDIC kuralları yorumlanırken ayıplı işler kavramı, Türk hukukundakinin aksine noksan işleri de kapsar şekilde anlaşılmalıdır. Ayıp kavramı “miktar ve vasıfları itibarıyla inşaat sözleşmesinde açıkça veya örtülü olarak taahhüt edilen edimlerin miktar ve vasıflarına aykırılık” olarak ifade edilmektedir<sup>65</sup>.

### **1. Sözleşme ile Kararlaştırılan Vasıflarda Eksiklik**

Uygulamada genellikle taraflar arasında imza edilen sözleşmede ve özellikle de eki sayılan teknik şartnamelerde inşaatın taşınması gereken özellikleri, kullanım amacı, işleyiş biçimi, kalitesi vb. gibi nitelikler belirlenir<sup>66</sup>. Sözleşmede taraflarca kararlaştırılan nitelikler yer, biçim, ölçü, imal tarzı gibi somut eseri belirlemeye yarayan vasıflar veya eseri daha yakından tanımlayan özel vasıflar<sup>67</sup> da olabilir.

Müteahhidin ayıp sonucunda doğan yasal sorumluluktan daha ağır bir sonucu sözleşme ile kabul etmesi de mümkündür. Örneğin; müteahhidin

<sup>63</sup> KARAHASAN, s. 135; TANDOĞAN, s. 160; YAVUZ, s. 457.

<sup>64</sup> AKINCI, s. 46.

<sup>65</sup> AKINCI, s. 46; BUNNI, s. 255.

<sup>66</sup> TANDOĞAN, s. 162.

<sup>67</sup> Çatının veya yüzme havuzunun su geçirmezliği, tesisatta kullanılacak enerjinin derecesi vb. gibi.

vaat etmiş olduğu vasıflarda eksiklik nedeniyle başka bir şart aranmaksızın iş sahibine fesih hakkı tanınması ya da ayıp sonucu zarar için kusur sorumluluğuna rıza göstermesi gibi şartlar sözleşme ile kararlaştırılmış olabilir. Sözleşme ile kararlaştırılan bir vasfın eksik olması halinde, inşaatın bu haliyle teknik olarak kusursuz olması halinde dâhi inşaat ayıplı kabul edilir<sup>68</sup>. Ancak bu durumda fesih, ücret indirimi veya tamir ve düzeltmeyi talep etme haklarının şartları bulunmayabilir ya da bunların ileri sürülmesi TMK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması kabul edilebilir<sup>69</sup>.

Sözleşmeyle inşaatta bulunması istenilen asgarî nitelik düzeyinin belirlenmesi de mümkündür. Bu durumda kararlaştırılan niteliğin üzerinde bir kalitenin varlığı sözleşmeye aykırılık teşkil etmez. Ancak bunun sözleşmede kararlaştırıldan daha iyi kalitede ve fazladan eklenen nitelik eserin kullanılmasını etkilememelidir. Örneğin inşaatın duvarlarının normal sıva yerine mermer ile kaplanması halinde mermerin ağırlığı inşaatın dayanıklılığını olumsuz etkiliyorsa yine ayıbın varlığından söz edilir<sup>70</sup>.

Tarafların, eserin belirli bir vasfı hususunda anlaşıp anlaşmadıkları veya hangi vasıflar üzerinde anlaştıkları her münferit olayda sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumlanması ile tespit edilir<sup>71</sup>. Bu noktada özellikle sözleşmenin lafzı ve amacı dikkate alınır.

FIDIC kurallarında sözleşme ile taahhüt edilen vasıflarda eksiklik halinde müteahhidin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bunun yanında mühendisin talimatlarına aykırılıktan kaynaklanan ayıp da müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kapsamında değerlendirilir.

FIDIC kurallarının 11.1. maddesi uyarınca, inşaatta kullanılan bütün malzeme araç ve işçiliğin sözleşmede taahhüt edilen vasıflara uygun olması gerekir. Bu vasıflar iş sahibi ve müteahhit arasında yapılan sözleşmede ve projede belirlenir. Müteahhidin sözleşme ile taahhüt etmiş olduğu bir vasfın eksikliği inşaatın ayıplı sayılması için yeterlidir. Bunun eserin kullanıma etkisi kural olarak göz önünde tutulmaz.

FIDIC kurallarının 11.1. maddesi, malzeme, araç ve işçiliğin sözleşmeye uygun olması gerektiği kadar, mühendisin tâlimatlarına da uygun

---

<sup>68</sup> ŞENOCAK, Zariife, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara 2002, s. 95.

<sup>69</sup> YAVUZ, s. 457; TANDOĞAN, s. 163-164.

<sup>70</sup> SELİÇİ, s. 139; YAVUZ, s. 457.

<sup>71</sup> ŞENOCAK, s. 95.



olması gerektiğine yer vermiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, mühendisin verdiği tâlimatların sözleşmede yer alan malzeme, araç, işçilikle ilgili hükümlere aykırı olmamasıdır. Zira bu halde, mühendisin sözleşmede belirlenenden daha yüksek bir standart öngörmesi durumunda, işte değişiklik yapılmasına ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>72</sup>.

Mühendisin sözleşme ile belirtilenden daha düşük bir standart öngörmesi durumunda bazı problemler ortaya çıkar. Zira mühendisin görev ve yetkilerini belirleyen 1.1.2.4. maddesi uyarınca mühendisin, müteahhidi sözleşme ile belirtilen edimlerden muaf tutma yetkisi yoktur. Buna göre FIDIC m. 13.1 ile mühendise verilen değişiklik yetkisi, kullanılacak malzeme, işçilik ve araçta, sözleşmede belirlenenden daha düşük bir standardın uygulanmasını engelleyecek şekilde FIDIC kurallarının 1.1.2.4. maddesi ile sınırlanmıştır. Bu halde mühendisin talimatlarının işte değişiklik olarak nitelendirilebilecek düzeyde yüksek standartlar öngörmesi ya da kararlaştırılandan daha düşük bir standart belirleyerek müteahhidi işlerden muaf tutması mümkün değildir. Bu talimatlar edimin ağırlığını değiştirmeyecek nitelikte, objektif olarak “kabul edilebilir” olmalıdır. Ancak bu koşullarda mühendis talimatlarına aykırılık halinde bir aybın varlığından söz etmek mümkün olacaktır.

## **2. Lüzumlu Vasıflarda Eksiklik**

Sözleşmede eserin taşınması ve taşınmaması gereken nitelikler düzenlenmemiş ise, müteahhidin kullanmaya elverişli ve normal yapıda bir eser teslim etme borcunun varlığı kabul edilir<sup>73</sup>. Bu durum sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumlanmasından, genel hayat tecrübelerinden ve edimin amacından çıkarılabilir. İnşaatta lüzumlu vasıfların eksikliği ve bulunmaması gereken inşaatın niteliği ile bağdaşmayan vasıfların bulunması, müteahhidin ayba karşı tekeffül sorumluluğuna yol açar<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> AKINCI, s. 47.

<sup>73</sup> Y. 15. HD.’nin 17.03.1977 tarih ve 1977/5464 E., 1977/1290 K. sayılı kararına göre; “Eser sözleşmesinden doğan, yüklenicinin borçları, bozukluklara karşı sağlama (ayba karşı tekeffül) borcunu da kapsar. Bozukluk, bir maldaki normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunması caiz olmayan bozuklukların bulunmasıdır. Diğer bir söyleyişle, bozukluk (ayıp), eşyanın normal niteliklerinden ayrılmasıdır. Eserin taşınması gereken nitelikleri ise, özellikle sözleşme ile belirlenir. Ters durumda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 05.10.1960 tarih ve 1960/4-46 E. ve 1960/248 K. sayılı inancında da belirtildiği üzere, yüklenici, TMK m. 2 uyarınca, sözleşme konusu yapılan eserin kullanılacağı yeri göz önünde bulundurarak uygun nitelikteki eseri meydana getirmelidir. Eser belli niteliklerden yoksunsa bozuk (ayıplı) sayılır” (KARAHASAN, s. 265).

<sup>74</sup> ŞENOCAK, s. 97; TANDOĞAN, s. 164; YAVUZ, s. 458.



İnşaatin normal yapısı ve bu çerçevede sahip olması gereken normal vasıflar, onun çeşidi ve kullanma amacı açısından normal olana göre belirlenir. Hangi özelliklerin o inşaat açısından mutad olduğu hususunda belirleyici olan, iş çevrelerindeki yaygın görüşlerin objektif açıdan makul ve doğru bulunduğu prensiplerdir<sup>75</sup>. Bu çerçevede müteahhit en azından orta kalitede bir inşaat yapmakla mükelleftir. Teslim edilen inşaat kullanılan malzeme ve yapım açısından orta kalitenin altında ise, bu inşaat sahip olması gereken normal vasıfları taşıyor demektir.

Müteahhit, herhangi bir şekilde kullanılmaya elverişli bir inşaat değil, mevcut sözleşmedeki kullanım amacına elverişli inşaat teslim etmek ile yükümlüdür. Sözleşmede açıkça veya örtülü bir biçimde özel kullanım amacı öngörüldüğü takdirde, inşaatın bu amaca uygun bir biçimde tamamlanarak teslim edilmesi gerekir<sup>76</sup>.

İnşaat sözleşmesinde yapımı üstlenilen inşaatın kullanım amacı kural olarak sözleşme ile belirlenir. İnşaat, teknik bir iş olarak belirli plan ve projeler doğrultusunda yapılır ve planda inşaatın ne tür bir inşaat olduğu (konut, termik santral, baraj vb. gibi) belirtilir. Sözleşmede sarih ya da zımnî olarak bir kullanım amacı kararlaştırılmadığı takdirde ise inşa eserinin dâhil olduğu türe göre mutad olan kullanım amacına uygun olması aranmalıdır<sup>77</sup>.

Tekniğin genel kabul görmüş kurallarına<sup>78</sup> göre hareket eden müteahhidin kural olarak kullanıma elverişli bir inşaat yaptığı kabul edilir. Zira teknik şartnamenin yapı tekniği kurallarını ifade ettiği yönünde aksinin ispatı mümkün bir karine mevcuttur. Bu nedenle inşaat tekniği kurallarına aykırılık halinde ayıp söz konusu olur<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> ŞENOCAK, s. 97.

<sup>76</sup> TANDOĞAN, s. 164; Yargıtay HGK'nun 05.10.1960 tarih ve 1960/4-46 E., 1960/248 K. sayılı kararına göre; "Eserde bulunması gerekli vasıflar sözleşmede gösterilmemiş ve bu konuda bir numune de verilmemişse, müteahhit, TMK m. 2 uyarınca sözleşme yorumlanarak, şeyin kullanılacağı yeri göz önünde tutmak suretiyle imalatta bulunmalıdır. Bu nedenle, eski bir anıtta kullanılmak üzere çini ismarlanmış, fakat numune verilmemişse, müteahhit alelade çini değil, dayanıklı çini teslim etmek zorundadır"(TANDOĞAN, s. 164, dn. 182).

<sup>77</sup> ÖZ, M. Turgut, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul 1989, s. 92-93; SELİÇİ, s. 140; ŞENOCAK, s. 98; TANDOĞAN, s. 164-165.

<sup>78</sup> Tekniğin genel kabul görmüş kuralları; "bir eserin tamamlanması ve meydana getirilmesinde kullanılan genel kurallar olup, bilimsel çevrelerde teorik açıdan doğruluğu sabit ve kabul edilmiş olan ve bu kuralları uygulamaya yetkili, en yeni bilgilerle donatılmış teknik elemanlar tarafından bilinen ve de (süreklilik taşıyan uygulamadan doğan) tecrübeye göre teknik açıdan elverişli, uygun ve gerekli görülen kurallardır" (naklen, ŞENOCAK, s. 99).

<sup>79</sup> SELİÇİ, s. 141.

FIDIC kurallarının 4.10. maddesi uyarınca müteahhidin, sözleşmeyi incelerken veya ifa ederken, proje veya şartnamede hata veya eksiklik görmesi durumunda, durumu mühendise bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Anılan düzenleme inşaatın sözleşmede öngörülen amaca uygun olarak kullanılması için gerekli vasıfları taşımasını sağlamaya yöneliktir<sup>80</sup>.

### **C) Ayıplardan Sorumluluk Süresi**

Ayıplardan doğan sorumluluktan söz edebilmek için kuşkusuz öncelikle ayıp ihbarının hangi süre içerisinde gerçekleştirileceğinin tespiti gerekmektedir. Bu konuda FIDIC kuralları tarafların anlaşmasıyla süre belirlenmesini uygun tercih olarak sunmuş, bu nedenle tip sözleşmede herhangi bir süreye yer verilmemiştir. FIDIC m. 11.2’de iş sahibinin kusurları “gecikmeksizin” müteahhide bildirmesi gereğinden söz edilmektedir. Bununla birlikte FIDIC tarafından yayınlanan örnek şartlar içerisinde kusurun bildirilmesine ilişkin olarak inşaatın tesliminden başlayan 365 günlük bir süre öngörülmüştür<sup>81</sup>. Ancak tarafların aralarında anlaşarak bu süreyi uzatmaları ya da kısaltmaları mümkündür.

FIDIC kurallarının uygulandığı inşaat sözleşmelerinde ayıbın söz konusu olduğu hallerde, mühendisin bu ayıpları iş sahibine bildirmesi gerekmektedir. FIDIC m. 11.1 uyarınca, müteahhit işi tamamlayıp, sözleşmede öngörülen testlerden olumlu sonuç aldıktan sonra, durumu mühendis ve iş sahibine bildirecektir. Bu bildirim, daha önce de açıklandığı üzere aynı zamanda müteahhidin mühendisten geçici kabul belgesi talep etmesi anlamına gelir. Müteahhide geçici kabul belgesinin verilmesi ile birlikte FIDIC kurallarının 11.3. maddesi uyarınca, müteahhidin ayıplardan sorumlu olduğu süre işlemeye başlar.

Ayıp ihbarının öngörülen süre içerisinde gerçekleştirilmesi halinde müteahhidin sorumluluğu açısından önem taşıyan husus, müteahhidin bu ayıplardan sorumlu tutulacağı süredir. FIDIC kurallarının 11.1. maddesi gereğince taraflar, ayıplardan sorumluluk süresini teklif ekinde ayrıca kararlaştıracaklardır. Tarafların bu süreyi kararlaştırmamış olmaları halinde uygulanacak hukukta yer alan düzenlemeler dikkate alınacaktır. Uygulamada genellikle müteahhidin ayıplardan sorumlu olduğu süre, genellikle geçici kabul belgesinin verilmesinden itibaren altı ve oniki ay olarak tespit edilmektedir<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> AKINCI, s. 48.

<sup>81</sup> HÖK, s. 77.

<sup>82</sup> CORBETT, s. 284.

FIDIC kuralları ile bu sürenin iki yıldan fazla olmaması önerilmektedir (FIDIC m. 11.3).

Belirtmek gerekir ki, FIDIC kurallarının 12.1 maddesi uyarınca kabul işlemleri ve ayıp ihbarı mühendis tarafından yapılmalıdır. FIDIC kuralları esas alınan inşaat sözleşmelerinde teklif ekinde kararlaştırılan veya uygulanacak hukukun düzenlemiş olduğu ayıplardan sorumluluk süresinin geçmesi ile ya da müteahhidin kendisine bildirilen ayıpları gidermesi üzerine, müteahhide bir ayıba karşı tekeffül belgesi verilir. Bu belgenin verilmesi ile iş sahibi inşaatı kabul etmiş sayılacaktır.

## **D) Ayıp Halinde İş Sahibinin Hakları**

### **1. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı**

Müteahhidin ayıpları giderme borcu ilk olarak FIDIC kurallarının 4.1. maddesinde “müteahhidin genel sorumluluğu” başlığı altında düzenlenmiştir. Bununla birlikte FIDIC m. 11.1.de hangi durumlarda ayıpları gidermek için yapılan masrafların müteahhide yükleneceği belirtilmiştir. Buna göre, mühendis kullanılan malzeme, araç ve işçiliğin sözleşmeye aykırı olduğu, müteahhidin projesinin hatalı olduğu ya da sözleşmede belirtilen herhangi bir borca aykırı davrandığı görüşünde ise, ayıpların giderilmesi için yapılan masraflar müteahhide ait olacaktır. Yapılan masrafın bunun dışında bir sebebe dayanması halinde ise artık ayıptan söz edilemeyecektir. Bu halde yapılan masraflar iş değişikliği olarak değerlendirilebileceğinden ancak bu esasa göre bedeli tespit edilebilir<sup>83</sup>.

Yine, FIDIC kurallarının 11.3. maddesi uyarınca müteahhit, mühendisin kendisine bildirdiği ayıpları, ayıba karşı tekeffül borcunun süresi içerisinde gidermekle yükümlüdür. Müteahhit, ayıpları giderirken de aynı işin ifasında olduğu gibi işin yapıldığı yerin hukuk kurallarına ve yetkili mercilerin kararlarına uygun davranmakla yükümlüdür.

FIDIC kuralları gereğince kural olarak ayıpları giderecek olan müteahhittir. FIDIC kurallarının 11.4. maddesinde mühendis tarafından bildirilen ayıpların makul bir süre içerisinde giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Müteahhit, mühendisin talimatı üzerine inşaatın, masrafı kendisine ait olmak üzere, sözleşmeye uygun (ayıpsız) hale getirilmesini sağlamakla yükümlüdür.

---

<sup>83</sup> SANDBERG, Agne, “A Contractor’s View on FIDIC Conditions of Contract For EPC Turnkey Projects”, *International Construction Law Review*, Vol. 16, Part 2, 1999, s. 52.

FIDIC m. 11.4-a uyarınca mühendis tarafından verilen tâlimata rağmen, müteahhidin ayıpları makul süre içerisinde gidermemesi durumunda iş sahibi, masrafları müteahhide ait olmak üzere ayıpların üçüncü bir kişi tarafından giderilmesine karar verebilir. Bu durum ancak ayıpların iş sahibine yükletilmemesi halinde söz konusu olur<sup>84</sup>.

Ayıbın üçüncü kişiler tarafından giderilmesi durumunda müteahhit yapılan işlerden sorumlu olmayacaktır. Bu durumda makul masrafların müteahhit tarafından işverene ödenmesi gerekmektedir. Sözleşme gereğince işin müteahhit tarafından yapılması halinde sarf edilecek masrafların makul masraf olarak nitelendirilmesi uygun olacaktır.

FIDIC kurallarında işin başkasına yaptırılmasına ilişkin olarak getirilen söz konusu düzenleme uyarınca müteahhit, başkasına bırakılan işin masraflarına katlanmakla yükümlü olmasına karşılık, üçüncü kişinin ifasının sonuçlarından sorumlu tutulamaz. Zira bu halde iş sahibi, tercih hakkını kullanarak bu riski dolaylı olarak üstlenmektedir.

## **2. Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı**

FIDIC kurallarının 11.4-b maddesinde iş sahibinin ayıp halinde hakları düzenlenirken ücretin indirilmesini talep hakkına da yer verilmiştir. Buna göre iş sahibinin FIDIC m. 3.5'e<sup>85</sup> uygun olarak mühendisten, ücretten makul bir miktar indirim yapılmasını talep etmesi mümkündür.

Mühendisin ücretten indirim yapılıp yapılmaması konusunda bir takdir hakkı söz konusu değildir. Zira, burada iş sahibi seçimlik hakkını kullanmaktadır. Mühendisin, iş sahibinin ücretten indirim talebi halinde yetkisi ücretten yapılacak indirim oranını ve miktarını belirlemekle sınırlıdır. FIDIC kurallarının 3.5. maddesi uyarınca mühendisin, ücretten indirim yapma görev ve yetkisini kullanırken somut olayın özelliklerini ve inşaat sözleşmesinde yer alan şartları göz önünde tutarak adil bir biçimde davranması gerekir. Mühendis, ücretin indirilmesi konusunda kararını gerekçelendirmeli ve nihayet kararı her iki tarafa da tebliğ etmelidir.

---

<sup>84</sup> FIDIC kuralları uygulanan inşaat sözleşmelerinde ayıbın iş sahibine ait olup olmayacağına müteahhide ve iş sahibine danıştıktan sonra mühendis karar verir.

<sup>85</sup> FIDIC m. 3.5.1 gereğince; “Sözleşme şartları, mühendisi bu maddeye göre herhangi bir karar vermesini ya da istişare etmesini gerekli kılar, mühendis her iki tarafa danışarak bir uzlaşmaya varılmasını sağlayacaktır. Uzlaşmanın sağlanmaması durumunda ise mühendis tüm şartları göz önüne alarak sözleşmeye uygun biçimde adil bir karar verecektir”.

### 3. Sözleşmeden Dönme

Ayıbın eseri tamamen değersiz kılması veya eserdeki ayıbın giderilemeyecek türden olması ve iş sahibinin kullanımını engelleyecek durumda olması hâlinde iş sahibi, sözleşmeden dönebilir (m.11.4-c)<sup>86</sup>. Buna göre mühendisin teslim belgesini verirken ayıpları bildirmiş olmasına rağmen müteahhidin bu ayıpları gidermemesi üzerine iş sahibi, eseri kabulden kaçınmaya ve sözleşmeden dönme hakkına sahip olur. Çünkü sözleşmenin ifa edilmiş sayılabilmesi için, ayıba karşı tekeffül belgesinin imzalanması gerekmektedir. Bu belge, her türlü ayıpların giderilmesi şartıyla, ayıptan sorumluluk süresinin dolmasından itibaren 28 gün içerisinde düzenlenecektir<sup>87</sup>.

Ayıpların giderilmemesi durumunda, iş sahibisözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır. Ayıbın inşaatı tamamen değersiz kılması veya inşattaki ayıbın giderilemeyecek türden ve kullanımı engelleyecek durumda olması halinde de ayıbın giderilmesi yerine sözleşmeden dönme hakkının doğrudan kullanılması mümkündür<sup>88</sup>.

İş sahibi sözleşmenin tamamını veya kullanılmayan bölümlerle ilgili kısmını sona erdirmeye konusunda da tercih imkânına sahiptir. Ancak, bu tercih hakkının, ayıbın iş sahibinin işlerden ya da işlerin önemli bölümlerinden tam olarak yararlanmasını önemli ölçüde engellemesi halinde söz konusu olacağını gözden uzak tutmamak gerekir. İş sahibi, yapılan işin önemli ölçüde eksiklikleri olması halinde dâhi diğer tercih haklarını kullanarak inşaatın tamamlanmasını sağlayabilecek durumda ise sözleşmeden dönme yerine bu yöntemlere başvurması iyiniyet kurallarına uygun olacaktır.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan hareketle FIDIC kurallarının ayıba karşı tekeffül hali için katı bir sistem belirlemediğini söylemek mümkündür. Bu nedenle somut olayda sorumluluğun tespiti için sözleşmeye ve burada hüküm bulunmaması halinde esasa uygulanacak hukukun kurallarına bakmak gerekecektir<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> AKINCI, s. 51.

<sup>87</sup> Müteahhidin ayıpları gidermesi ayıptan sorumlu olduğu süreyi aşıyorsa 28 günlük süre ayıpların giderilmesi anından itibaren başlayacaktır.

<sup>88</sup> AKINCI, s. 51.

<sup>89</sup> HÖK, s. 36.

## SONUÇ

Milletlerarası ticarî uygulamada inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak kullanılan standart kurallar arasında en yaygın kullanım alanına sahip olan FIDIC kuralları, müteahhidin sorumluluğuna ilişkin çeşitli hükümler içermektedir.

İnşaat sözleşmesinde karakteristik edim borçlusu olan müteahhidin borçları ve bundan doğan sorumlulukları, FIDIC kuralları uyarınca inşaatın teslimine kadar ve inşaatın tesliminden sonra olmak üzere iki aşamada karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu sorumluluk düzenlenirken sistematik bir yaklaşımla hareket edilmemiş, işin aşamalarına göre yeri geldikçe müteahhidin borçları ve bunlardan kaynaklanan sorumluluklarına değinilmiştir.

Genel olarak değerlendirildiğinde inşaat sözleşmelerinde taraflar arasında bir denge kurmak ve tarafların henüz düzenleme aşamasındayken dâhi sözleşmeye duydukları güveni pekiştirmeyi sağlamak amacıyla oluşturulan FIDIC kurallarında bu amacın büyük ölçüde gerçekleştirilmiş olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu açıdan bakıldığında FIDIC kuralları büyük çaplı inşaat ihalelerinde konuyu teknik bir bakış açısıyla ele alarak, sorumluluk, mühendislik, iş aşamaları gibi hususlardaki ayrıntılı düzenlemelere yer vermesi nedeniyle ihtiyaçlara cevap verebilir ve tercih edilebilir niteliktedir.

## KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir 1996.

ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Ankara 2012.

BOOEN, L. Peter, “FIDIC’s Conditions of Contract for the Next Century: 1998 Test Editions”, *International Construction Law Review*, Vol. 16, Part 2, s. 5-26, January 1999.

BUNNI, Nael G., *The FIDIC Forms of Contract*, 4th Ed. London 2005.

CORBETT, Edward C., *FIDIC 4th - A Practical Legal Guide*, London 1991.

CUSHMAN, Robert F./ LOULAKIS, Michael C., *Design-Build Contracting Handbook*, 2th Ed., New York 2001.

DAYINLARLI, Kemal, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, b. 4, Ankara 2008 (Temerrüt).

DAYINLARLI, Kemal, *İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi*, Ankara 1998 (Müşavir Mühendislik).

EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, *İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, b. 2, s. 59-86, Ankara 1996.

HÖK, Götz-Sebastian, *Uluslararası İnşaat Hukuku: FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) Hakkında Açıklamalar*, Çeviren ve Uyarlayan C. Gökhan Erbaş, Ankara 2009.

INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS, *About FIDIC*, Lausanne 1990.

KAPLAN, İbrahim, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, *İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, b. 2, s. 119-171, Ankara 1996.

KARAHASAN, Mustafa R., *Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 1975.

KARAYALÇIN, Yaşar, “FIDIC Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukukî Durumu”, *İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, b. 2, s. 291-315, Ankara 1996.

MURDOCH, John/ HUGHES, Will, *Contraction Contract: Law and Management*, Florence 2000.

ÖZ, M. Turgut, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul 1989.

SANDBERG, Agne, “A Contractor’s View on FIDIC Conditions of Contract For EPC Turnkey Projects”, *International Construction Law Review*, Volume 16, Part 2, s. 47 – 58, 1999.

SAWYER, John G./ GILLOTT, C. Arthur, *The FIDIC Digest*, London 1990 (FIDIC Digest).

SAWYER, John G./GILLOTT, C. Arthur, *The FIDIC Conditions Digest of Contractual Relationships and Responsibilities*, 2th Ed., London 1985 (FIDIC Conditions).

SELİÇİ, Özer, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, Ankara 1978.

ŞENOCAK, Zarife, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara 2002.

TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C. 2, b. 3, Ankara 1987.

TOTTERDILL, Brain W., *FIDIC Users' Guide: a Practical Guide to the 1999 Red and Yellow Books*, London 2001.

TÜREGÜN, Necip, "FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri", *İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, b. 2, s. 249-285, Ankara 1996.

YALÇINDURAN, Türker, *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri*, Ankara 2000.

YAVUZ, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, b. 10, İstanbul 2012.



## NOTERLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Leyla Müjde KURT\*

### ÖZET

*Noterler kamu hizmeti görmekle birlikte, kamu görevlisi veya serbest meslek çalışanı olarak nitelendirilemezler. Noterlerin kendine özgü bir hukuki statüleri vardır. Noterin başlıca görevi belgelere ve işlemlere resmîyet kazandırmaktır. Noterlik faaliyetlerinin hukuka aykırı olması halinde kişiler büyük zararlara uğrayabilirler. Noterlik Kanunu m. 162'ye göre, noterler hukuka aykırı noterlik fiilinden zarar gören kişilere karşı sorumludurlar.*

*Noterin hukuka aykırı noterlik faaliyetinden ötürü zarar gören kişiye karşı hukuki sorumluluğunun temeli haksız fiil hükümleridir. Noterin hem kendi fiilinden, hem de çalışanın fiilinden ötürü hukuki sorumluluğu Noterlik Kanunu'nda bir kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmiştir. Noter kusurunun bulunmadığını veya çalışana gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Ancak noterin noterlik faaliyeti ile doğan zarar arasında nedensellik bağının bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması mümkündür.*

**Anahtar Kelimeler:** *Noter, Hukuka Aykırı Noterlik Fiili, Hukuki Sorumluluk, Kusursuz Sorumluluk, Tazminat.*

### CIVIL LIABILITY OF NOTARY PUBLICS

#### ABSTRACT

*Although the notary publics fulfill a public service, they can not be considered a public officer or a freelancer. They have a sui generis legal status. Principal duty of the notary publics is to attribute formality to documents and transactions. A person may incur heavy losses if the notary work is unlawful. In accordance with the article 162 of Notary Law, notary publics are responsible against those who suffered damage for unlawful notary works.*

*The base of the civil liability of notary public against the person damaged by the unlawful notarial act is tort provisions. Civil liability of notary public for both his own act and his employee's act is arranged as a strict liability by Notary Law. The notary public can not be exonerated from civil liability by proving that he had no fault or he took the required care to his employee. However he can be exonerated from liability if he proves that there's no causal relation between the notary work and the damage.*

**Keywords:** *Notary Public, Unlawful Notarial Act, Civil Liability, Strict Liability, Indemnity.*

\* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## GİRİŞ

NK. m. 1'e göre "Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar." O halde noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve çıkabilecek uyuşmazlıklara engel olmak için hukuki işlemleri belgelendirerek veya onaylayarak bunlara resmîyet kazandırmak ve kanunlar tarafından kendilerine yüklenen diğer görevleri yerine getirmekle yetkili ve görevli kılınmış kamu hizmeti gören kişilerdir.

NK. m. 1'de noterliğin bir kamu hizmeti olduğu belirtilmekle birlikte, noterlerin hukuki statüleri konusunda mevzuatta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Pek çok konuda Adalet Bakanlığı'nın izin ve denetimine tâbi olan noterlerin mesleklerini bağımsız biçimde ifa ettikleri, dolayısıyla serbest meslek çalışanı olduğunu kabul etmek güçtür<sup>1</sup>. Adalet Bakanlığının noterlere ilişkin yetkilerinden başka, noterlerin noterlikten başka iş yapamamaları (NK. m. 50) ve devlet dairelerinin çalışma saatlerine uymak zorunda olmaları (NK. m. 51) noterliğin memurluğa benzeyen yönleridir. Ancak kanun koyucu, devletten maaş almamaları itibarıyla mali yönden devletten bağımsız olan noterleri, memur olarak nitelendirmemiş; sadece bazı durumlarda onlara kamu görevlilerine ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir<sup>2</sup>. Anayasa m. 128 anlamında diğer kamu görevlileri "sözleşmeli personel, işçi ve geçici işçiler"den ibaret olup, noterler bu kategorilerden birine de dahil değildirler. Şu halde ne serbest meslek mensubu, ne de kamu görevlisi olarak nitelenebilen noterlerin kendine özgü (*sui generis*) bir hukuki statülerinin bulunduğu kabul edilmelidir<sup>3</sup>.

Noterlerin yaptıkları işler çok çeşitlidir. Noterlerin kanunla başka mercilere verilmemiş olan her türlü hukuki işlemleri düzenlemek, belgeler

<sup>1</sup> Noterlerin atanmaları, izne ayrılmaları, işten el çektirilmeleri konularında Adalet Bakanlığı yetkilidir (NK. m. 27, m. 57, m. 123). Gelir Vergisi Kanunu m. 66 noterleri serbest meslek çalışanı olarak kabul etmiştir. Ancak bu kabul sadece vergi hususuna münhasır olduğundan, bu hükümden noterin serbest meslek çalışanı olduğu sonucuna varılamaz. ULUKAPI/ATALI, s. 6; TOPÇUOĞLU, s. 195-196.

<sup>2</sup> NK. m. 151 ve 152 hükümleri, noterlerin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ve görevlerini yerine getirirken onlara karşı işlenen suçlar ile ilgili olarak Türk Ceza Kanunu uygulaması bakımından "kamu görevlisi sayılacakları"nı ifade etmektedir. Buna göre, noterler kamu görevlisi değildir, onlara sadece kamu görevlilerine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Öte yandan, NK. m. 40'ta, noterlik dairesi "resmî dairedir" denilmemekte, "resmî daire sayılır" denilmektedir. Keza aynı hükme göre, noterlik dairesinin kira ve her tür gideri notere aittir. ULUKAPI/ATALI, s. 5-6; TOPÇUOĞLU, s. 195.

<sup>3</sup> ULUKAPI/ATALI, s. 6-7; TOPÇUOĞLU, s. 195-196.

üzerindeki imzaları onaylamak, protesto, ihbarname, ihtarname göndermek, kanunen tescili gereken işlemleri tescil etmek (NK. m. 60), tespit işleri (NK. m. 61), emanet işleri (NK. m. 62), defter onaylamak (NK. m. 68), tebligat işleri (NK. m. 70) gibi pek çok işi bulunmaktadır. Noterlerin düzenlediği senetlerin ispat gücü de adi senetlere nazaran daha fazladır. Noterlerin yetkileri dahilinde ve mevzuata uygun olarak düzenleme veya onaylama biçiminde hazırladıkları senetler resmi senet sayılmaktadır (NK. m. 82 f. 1)<sup>4</sup>. Gerek düzenleme biçiminde, gerek onaylama biçiminde yapılan noter senetleri kesin delil teşkil etmektedir<sup>5</sup>.

Bir güven müessesesi olan ve önemli sonuçlar doğuran işlemler yapmakla yetkilendirilmiş olan noterlerin sorumlulukları da ağırdır. Noterlerin görevleri ile ilgili olarak hukuki sorumlulukları (NK. m. 162) yanında, disiplin (NK. m.125) ve ceza sorumlulukları da bulunmaktadır. Çalışmamızın konusunu noterlerin hukuki sorumluluğu oluşturmaktadır.

#### **A- Noterin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği:**

Noterlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen Noterlik K. m. 162'ye göre “*Stajiyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar.*”

*Noter, birinci fıkra gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajiyer veya noterlik personeline rücu edebilir.”* Burada noterin kendi fiilinden ötürü sorumluluğu ve noterlik çalışanının fiilinden ötürü sorumluluğu olmak üzere iki ayrı sorumluluk düzenlenmiştir. Öte yandan noter, noterlik işlerinden zarar görmüş olan herkese karşı sorumlu tutulduğuna göre, yalnız noterde işlem yaptıran kişiye (iş sahibine) karşı değil, noterlik işlerinden zarar gören üçüncü kişilere karşı da sorumludur.

---

<sup>4</sup> Düzenleme biçimindeki senetler hem senet metni, hem de senetteki imza ve tarih bakımından resmîyet kazanırken (NK. m. 82 f. 2), onaylama biçimindeki senetlerde resmîyet senetteki imza ve tarih ile sınırlıdır (NK m. 82 f. 3). TANRIVER, *Noterlerin İşlevleri*, s. 57; ÖZBEK, s. 42-46; KICALIOĞLU, s. 134. Düzenleme ve onaylama biçiminde hazırlanan senetler dışında kalan noterlik işlemleri de aksi ispatlanana kadar geçerli kabul edilmektedir (NK. m. 82 f. 4).

<sup>5</sup> ÖZBEK, s. 43-46; KICALIOĞLU, s. 134.

### **1- Sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olup olmadığı meselesi:**

Noterlikte işlem yaptıran kişi dışındaki kişiler (üçüncü kişiler) ile noter arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı açık olduğundan, bu kişilere karşı noterin NK m. 162 ile düzenlenen hukuki sorumluluğunun temelini haksız fiil olduğu tartışmasızdır<sup>6</sup>. Buna karşılık noterin noterlikte işlem yaptıran kişilere karşı sorumluluğunun dayandığı esas tartışmalıdır. Bu konuda varılacak sonuç özellikle kusur ispatında ispat yükünün kime ait olacağı ve noterin hukuki sorumluluğunun tâbi olacağı zamanaşımı süresinin belirlenmesi ile zararın ve tazminatın hesaplanması bakımından önemlidir<sup>7</sup>.

İsviçre’de noter bazı kantonlarda memur statüsünde iken, bazı kantonlarda serbest meslek mensubudur<sup>8</sup>. İsviçre doktrininde noterliğin serbest meslek faaliyeti olarak yürütüldüğü durumlarda, noterin yaptığı işler resmi işler (*amtliche Tätigkeit/ l’activité ministérielle*) ve resmi olmayan işler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Resmi işler noterin Noterlik Kanunu gereği yapmak zorunda olduğu ve sadece noterlerin yapabileceği hukuki işlemleri belgelendirmeye yönelik faaliyetler, yani resmi senet düzenleme işleridir. Resmi olmayan işler ise, noterin mesleki bir tekelden yararlanmadan serbestçe yaptığı, başka hukukçuların da yapabileceği örneğin, vasiyeti yerine getirme görevi, arabuluculuk, bir malvarlığının veya taşınmazın yönetimi gibi işlerdir<sup>9</sup>. Noter ile iş sahibi arasındaki ilişki noter resmi işlerini yaparken kamu hukuku ilişkisi; resmi olmayan işlerini yaparken vekalet ilişkisi, yani bir özel hukuk ilişkisidir. Noterin resmi işlerinden sorumluluğu haksız fiil hükümlerine, resmi olmayan işlerinden sorumluluğu ise vekalet sözleşmesi hükümlerine tâbidir<sup>10</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi’nin içtihadı da bu yöndedir.

<sup>6</sup> DOĞU, s.584; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 696; ULUKAPI, s. 69; KARTAL, s. 349.

<sup>7</sup> ULUKAPI, s. 69.

<sup>8</sup> İsviçre’de noterlik mesleği ile ilgili düzenleme yapma yetkisi kantonlara bırakılmıştır. Noterler Bern, Freiburg, Neuchâtel, Genève gibi kantonlarda serbest meslek mensubudur. Örneğin, Freiburg Noterlik Kanunu (m. 1) ve Cenevre Noterlik Kanunu (m. 1) noterin bir kamu görevlisi olduğunu ifade etmekle yetinmiş, noterlik mesleğini memurluk olarak düzenlemiştir. Bern Noterlik Kanunu’nda noterin serbest bir çalışan olduğu ancak kamusal (öffentlich) bir görev ifa ettiği (m. 2) belirtilmiştir. Neuchâtel Noterlik Kanunu m. 1’de de noterin bir kamu görevlisi olduğu ve bir serbest meslek icra ettiği hükme bağlanmıştır. Buna karşılık noterler Zürich, Schaffhausen gibi kantonlarda memur statüsündedirler.

<sup>9</sup> FELLMANN, Art 394, N 152, 154; MOOSER, Présentation générale, s. 48; MOOSER, Responsabilité du notaire, s. 162.

<sup>10</sup> FELLMANN, Art 394, N 153-156; MOOSER, Présentation générale, s. 48; MOOSER, Responsabilité du notaire, s. 162. İsviçre’de serbest meslek faaliyeti yürüten noterin resmi olarak nitelendirilen işlemleri bakımından noterlikte işlem yaptıran kişiyle arasında bir kamu hukuku ilişkisi bulunduğu kabul edildiği halde, noterin resmi işlerinden ötürü hukuki sorum-

İsviçre Federal Mahkemesi<sup>11</sup> noterin bir serbest meslek çalışanı konumunda olduğu kantonlarda genel olarak noter ile iş sahibi arasındaki ilişkiyi vekalet sözleşmesine dayandırmaktadır. Buna karşılık, noterin düzenlediği resmi senetlerdeki hukuka aykırılıktan doğan zararlardan ötürü sorumluluğunda, haksız fiil hükümlerini uygulamaktadır<sup>12,13</sup>.

Türk doktrindeki bazı yazarlar<sup>14</sup> da İsviçre'deki bu eğilime katılmakta; noter ile noterlikte işlem yaptıran kişi arasında bir özel hukuk sözleşmesi bulunduğunu kabul etmektedirler. Bu görüşe göre, noterin hukuki sorumluluğu uyumsuzluğun resmi senede dayandığı hallerde haksız fiil hükümlerine, bunun dışında vekalet sözleşmesi temeline dayanmaktadır.

Türk doktrinindeki hâkim görüşe göre ise, noter ile noterlikte işlem yaptıran kişi arasında bir özel hukuk sözleşmesi bulunmamaktadır. Burada noterin hukuki sorumluluğunun dayanağı haksız fiil hükümleridir<sup>15</sup>. Bu görüşe göre, noterin sorumluluğunun niteliğinin noterin yaptığı her bir işleme göre

luluğuna İBK'nun haksız fiil hükümlerinin uygulaması gerektiği savunulmaktadır. Bunun nedeni, İBK m. 61 f. 1'in kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken kişilere verdikleri zararlardan sorumlulukları bakımından İBK'nun haksız fiil hükümlerine yaptığı atıftır.

<sup>11</sup> Örneğin bkz. BGE 88 II 162.

<sup>12</sup> Örneğin bkz. BGE 90 II 274. Federal Mahkeme, noterin taşınmaz satımına ilişkin düzenlediği resmi senette hatalı bilgiler yer almasından ötürü zarara uğrayan alıcının notere karşı açtığı tazminat davasında, vekalet sözleşmesi hükümlerinin değil, haksız fiil hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir. Olayda noter tarafından resmi şekilde düzenlenen taşınmaz satım sözleşmesine, satım konusu taşınmaz üzerindeki ipotek bilgileri tapu kütüğündeki kayıtlardan farklı şekilde yazılır. Tapu kaydındaki ipotek bilgileri ile satım sözleşmesindeki ifadeler uyumadığından, satım sözleşmesine dayalı olarak tapuda mülkiyet nakli gerçekleşmez. Bir süre sonra satıcı iflas edip halen satıcının mülkiyetinde bulunan satım konusu taşınmaz iflas masasına girince zarara uğrayan alıcı, notere karşı tazminat davası açar. BGE 90 II 274, 276-277.

<sup>13</sup> Federal Mahkeme'ye göre resmi belgelerin düzenlenmesinin organizasyonu görevi devlete aittir; noter de resmi belge düzenlerken kamusal bir görev yapmaktadır. İBK. m. 61 f. 1'e göre, memurlar ve kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken verdikleri zararlardan sorumlulukları konusunda, federal veya kantonal kanun koyucu tarafından başka bir düzenleme yapılmadıkça, İBK'nun haksız fiil hükümleri uygulanacaktır. Somut olayda noterin kamu görevini ifa ederken verdiği zarardan sorumluluğu konusunda böyle ayrık bir düzenleme bulunmadığından, Mahkeme, noterin düzenlediği hukuka aykırı resmi belgeden doğan zararlardan sorumluluğu bakımından haksız fiil hükümlerini uygulamıştır. BGE 90 II 274, 277.

<sup>14</sup> ATABEK, s. 17; KARTAL, s. 349; ÖZBEK, s. 75.

<sup>15</sup> OKTAY-ÖZDEMİR, s. 699; ULUKAPI, s. 69; NART, s. 433-434; KICALIOĞLU, s. 136. Kısmen farklı görüşte: GÜMÜŞ, s. 13-14 dn. 32. Gümüş, NK. m. 60'da 9 bent halinde sayılan işlemler bakımından noter ile noterlikte iş yaptıran kişi arasında bir özel hukuk sözleşmesi bulunmadığını kabul etmekle birlikte, burada bir kamu hukuku ilişkisi olduğu ve Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı görüşündedir. Yazara göre NK. m. 162'deki sorumluluk kamu hukukuna ilişkin bir sorumluluktur.

ayrı ayrı değerlendirme yapılarak tespit edilmesi isabetli bir yöntem değildir<sup>16</sup>. NK. m. 162 hükmü de noterin örneğin, tespit işlerinden doğan zararlar bakımından sözleşme sorumluluğunun, resmi senet düzenlenmesinden doğan zararlar bakımından ise haksız fiil sorumluluğunun bulunduğuna ilişkin bir ayırım yapılmasına imkân vermemektedir. Yargıtay<sup>17</sup> da, herhangi bir ayırım yapmaksızın NK. m. 162’de yer alan sorumluluğun haksız fiil temeline dayandığını kabul etmektedir.

Kanaatimizce de, noterin hukuki sorumluluğunun dayanağı haksız fiil hükümleridir. Noterin yaptığı işleri onun bir konuda mesleki tekel olma gereği yaptığı işler ve bunun dışında kalan işler olarak ayırmak ve bu sonuncu durumda bir özel hukuk sözleşmesinin varlığını kabul etmek bazı zorlukları beraberinde getirir. Bu ayırımı yapmak güçlük arz edebileceği gibi, noter ile iş sahibi arasında özel hukuk sözleşmesi bulunduğu kabul edilen durumlarda da mutlaka vekalet sözleşmesi bulunduğu söylenemez. Noterin yaptığı işlerin çeşitliliği göz önüne alındığında yapılan her bir iş için sözleşme türünü ayrıca tespit etmek gerekir. Noter ile iş sahibi arasında ilişkinin sözleşme ilişkisi olduğu kabul edilirse, örneğin, noterler tebligat işi yaptıklarında vekalet sözleşmesi, buna karşılık emanet saklama işi (NK. m. 62) yaptıklarında vedia sözleşmesi söz konusu olacaktır<sup>18</sup>. Bu zorluk bir yana bırakılırsa, noterin sorumluluğunu herhangi bir ayırım yapmaksızın düzenleyen NK. m. 162 hükmü de kimi hallerde sözleşmeye dayalı, kimi hallerde haksız fiile dayalı bir sorumluluğun kabulüne olanak tanımamaktadır.

## **2- Sorumluluğun kusursuz sorumluluk olup olmadığı meselesi:**

Noterlerin hukuki sorumluluğunun dayanağı haksız fiildir. Bu noktada da karşımıza bu sorumluluğun, bir kusursuz sorumluluk hali olup olmadığı tartışması çıkmaktadır.

Bir görüşe<sup>19</sup> göre, noterin kendi fiilinden ötürü sorumluluğu kusur sorumluluğu iken, çalışanlarının fiillerinden ötürü sorumluluğu kusursuz

---

<sup>16</sup> ULUKAPI, s. 70.

<sup>17</sup> Yarg. 4. HD., 21.11.2007 T., 2007/1527, 2007/14638 K.: “*Dava, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 162. maddesine dayalı maddi tazminat talebine ilişkindir. Davacı, dava dışı kişiden satın aldığı aracın, satış işleminin davalı noter huzurunda yapıldığını, davalı noterin, görevi gereği kendisinden beklenen özeni göstermeyerek sonradan sahte olduğu belirlenen trafik tescil belgesi ile fenni muayene izin belgesine göre aslında çalıntı olan bu aracın kendisine satılmasına neden olduğunu ileri sürerek uğradığı maddi zararın tazminini talep ve dava etmiştir. Dava konusu uyuşmazlık, hukuki niteliği itibariyle haksız eylemden kaynaklanmaktadır.*” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>18</sup> ULUKAPI, s. 70.

<sup>19</sup> NART, s. 429-430; DEDEAĞAÇ, s. 95; ÜNAL, s.53; MERİÇ, s. 42.

sorumluluktur. Noterin çalışanının fiilinden sorumlu olması için kendi kusuru gerekmezse de, çalışanının zarara yol açan fiil bakımından kusurunun bulunması gerekir. Bu görüşteki yazarlardan bazılarına<sup>20</sup> göre, NK. m. 162 f. 1’de kullanılan “*bile*” sözcüğü, noterlerin kendi işlemleri dışında yer almasına rağmen çalışanlarının fiillerinden ötürü sorumlu tutulacağını ifade etmek için kullanılmış olup, bu maddeyi noterin bizzat gerçekleştirdiği fiiller bakımından uygulamak mümkün değildir. Bu itibarla noterin kendi fiilinden sorumluluğu bakımından haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen genel hüküm olan BK. m. 49 hükmü uygulanmalıdır.

Hâkim görüşü<sup>21</sup> göre ise, NK. m. 162’de “kusur”dan söz edilmediğine göre, noterin gerek kendi fiillerinden, gerek noterlik çalışanlarının fiillerinden sorumluluğu bir kusursuz sorumluluktur. Noterin hukuki sorumluluğunu bazı yazarlar<sup>22</sup>, MK. m. 1007’de düzenlenen Devletin tapu sicilinin tutulmasından ötürü sorumluluğuna benzetmektedirler. Yürürlükteki mevzuat uyarınca noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu benimseyen yazarlardan bazıları bu düzenlemeyi yerinde görürken, bazıları da eleştirmektedir. Düzenlemeyi yerinde görenlere<sup>23</sup> göre, bu ağır sorumluluğun temelinde noterlerin işlemlerinin doğruluğu konusunda iş sahiplerine güvence verme gerekliliği ve noterlik işlemlerinin yanlış yapılmasından büyük zararların doğma tehlikesinin bulunması vardır. Noterlerin hukuki sorumluluğunun kusursuz sorumluluk biçimindeki mevcut düzenleniş tarzını eleştiren yazarlara<sup>24</sup> göre ise, bu sorumluluk kusur sorumluluğu esasına dayandırılmalı ya da en azından noterin çalışanlarının fiillerinden sorumluluğu bakımından notere kurtuluş kanıtı getirme olanağı tanınmalıdır.

---

<sup>20</sup> DEDEAĞAÇ, s. 93.

<sup>21</sup> TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 132; DOĞU, s. 586; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 699; KARTAL, s. 349; KICALIOĞLU, s. 136, ULUKAPI, s. 69, 71; İNAN, s. 30; ÖZBEK, s.76.

<sup>22</sup> ULUKAPI, s. 69; İNAN, s. 31.

<sup>23</sup> TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 132; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 85; KICALIOĞLU, s. 137.

<sup>24</sup> ULUKAPI, s. 72, 85; TANRIVER, Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik, s. 596; TANRIVER, Noterin İşlevleri, s. 68.



Yargıtay'a<sup>25</sup> göre ise, noterlerin gerek kendi fiillerinden, gerek çalışanlarının fiillerinden ötürü NK. m. 162'de düzenlenen sorumluluğu bir kusursuz sorumluluktur. Buna göre, haksız fiil sorumluluğunun kusur dışındaki unsurları burada da aranacaktır.

Olan hukuk (*de lege lata*) açısından baktığımızda, kanaatimizce de NK. m. 162 hükmünde noterin gerek kendi fiilinden, gerek çalışanının fiilinden ötürü sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına göre düzenlenmiştir. Bu hükümde kusur şartına yer verilmeksizin noterin hukuka aykırı noterlik faaliyetinden sorumlu olacağı belirtilmiştir. Kuşkusuz bir sorumluluk hükmünde “kusur” ifadesine yer verilmemiş olması, o hükmün mutlaka kusursuz sorumluluk öngördüğü anlamına gelmez. Örneğin, manevi tazminata ilişkin BK. m. 56 ve BK. m. 58 hükümlerinde kusur ifadesi geçmediği halde tazminat sorumluluğunun doğması için kusur şartı aranmaktadır. Ancak bu hükümler kusur sorumluluğunu düzenleyen BK. m. 49 hükmünün devamı niteliğinde olduğu ve kusur şartı BK. m. 49'da sorumluluğun şartı olarak açıkça düzenlendiği için bu sonuca ulaşılmaktadır<sup>26</sup>. Oysa NK. m. 162 f. 1 hükmü bakımından NK.nun sistematüğinden böyle bir sonuç çıkmamaktadır. Öte yandan, NK. m. 162 f. 1 hükmü olmasaydı, noterlik faaliyetinden doğan zararlar kapsamında noter, kendi fiili bakımından BK. m. 49, noterlik çalışanının fiili bakımından ise BK. m. 66 hükmü çerçevesinde sorumlu tutulabilecekti. Kanun koyucu bu hükümlerdeki düzenlemeleri yeterli görseydi, onun NK. m. 162 f. 1 hükmüyle ayrı bir düzenleme yapması gerekmezdi. NK. m. 162 f. 1 hükmünde “kusur” veya “kurtuluş kanıtı” ifadeleri kullanılmadığına göre, kanun koyucunun BK. m. 49 ve m. 66 hükümlerindeki sorumluluk esaslarını NK'nda da aynen tekrarladığına ilişkin bir işaret de bulunmamaktadır. Aksine bu durum kanun koyucunun NK. m. 162 f. 1 hükmündeki düzenlemeyle BK. m. 49 ve BK. m. 66 hükümlerinde öngörülenden farklı bir sorumluluk esasını

---

<sup>25</sup> Yarg.11. HD., 21.5.2012 T., 2012/4425 E., 2012/8488 K.: “*Noterlerin, Noterlik Yasası'nın 162. maddesi uyarınca sorumlu olmaları için, kusurlu olmalarının gerekmediği tartışmasızdır. Diğer bir anlatımla, tüm kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu üzere, zarar gören, davalının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Kusursuz sorumluluğun kusurlu sorumluluktan tek farkı bu noktada toplanmaktadır. Bu bağlamda zarar gören, kusurlu sorumlulukta olduğu üzere zararını ve zararlar eylem arasındaki uygun illiyet bağımlı kanıtlamak zorundadır.*” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası) Yarg. 4. HD., 9.7.1998 T., 1998/316 E., 1998/6105 K.: “*1512 sayılı Noterlik Yasası'nın 162. maddesinde noterlerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre noterler zarar görenlere karşı kusursuz sorumludurlar. Çalışanların sorumluluğu ise BK. 41. maddesi uyarınca kusurlu sorumluluğa dayanmaktadır. Çalışanların yaptığı işten zarar meydana gelmişse, noter yine kusursuz olarak sorumlu olacaktır.*” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>26</sup> EREN, s. 791, 795.



benimsediğine işaret etmektedir. Belirtmek gerekir ki, NK. m. 162 f. 1’de kullanılan “bile” sözcüğünden de noterin kendi fiilinden sorumluluğunun bu hükmün kapsamı dışında olduğu sonucu çıkarılamaz. Aksine, evleviyetle kendi fiilinden ötürü kusur şartı aranmaksızın sorumlu tutulmuş olan noterin, çalışanlarının fiillerinden “bile” kusur şartı aranmaksızın sorumlu olacağı sonucu çıkar.

Kusursuz sorumluluğun esası doktrinde genel olarak hakkaniyet sorumluluğu, olağan sebepsorumluluğu (nezaret ve özen gösterme yükümünden doğan sorumluluk) ve tehlike sorumluluğu olarak üçe ayrılmaktadır<sup>27</sup>. Ancak bu üç kategori dışında kalan kusursuz sorumluluk hallerinin de bulunabileceği kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

Meseleyi öncelikle hakkaniyet sorumluluğu açısından değerlendirelim. Hakkaniyet düşüncesinde özellikle zarar veren ile zarar görenin karşılıklı ekonomik durumları göz önünde tutulur<sup>29</sup>. Örneğin, ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin verdikleri zararlardan hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulmalarını öngören BK. m. 65 hükmü ile düzenlenen kusursuz sorumluluğun dayanağı hakkaniyet düşüncesidir<sup>30</sup>. Burada özellikle zarar verenin zengin, zarar görenin fakir olması halinde, zarar görenin zarara katlanmak zorunda kalmasının adalet duygusunu zedeleyeceği düşüncesi öne çıkmaktadır<sup>31</sup>. Noterlerin genel olarak noterlik faaliyetinden zarar gören kişilerden daha zengin oldukları söylenemez. Zararın doğumunda kusuru bulunmayan noteri zarar görenin zararını tazminle sorumlu tutmamanın adalet duygusunu sarsıcı bir yönü de yoktur. Bu bakımdan noterin sorumluluğu hakkaniyet esasına dayalı değildir.

Noterin hukuki sorumluluğunun dayanağı özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi midir? Öncelikle belirtmek gerekir ki, noter noterlik faaliyetinin yerine getirilmesinde gerek kendi filleri bakımından, gerek noterlik çalışanlarının bu faaliyet kapsamında denetlenmesi bakımından dikkat ve itina göstermekle yükümlüdür. Yani, noter noterlik faaliyetini

---

<sup>27</sup> REY, N 77 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 498-499; EREN, s. 499 vd.; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 200 vd.

<sup>28</sup> Örneğin, bazı yazarlar, tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumlu olması (MK. m. 1007) örneğinde bu kategoriler dışında kalan bir kusursuz sorumluluk hali bulunduğu kabul etmektedirler. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 498.

<sup>29</sup> TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 5.

<sup>30</sup> EREN, s. 615; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 499.

<sup>31</sup> EREN, s. 615.

özenle yerine getirmekle yükümlüdür. Bu ödevin kaynağı vekalet sözleşmesi değildir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi<sup>32</sup>, katıldığımız görüşe göre, noter ile noterlikte işlem yaptıran kişi arasında vekalet sözleşmesi yoktur. Buradaki özen yükümlülüğünün kaynağı kanundur. Gerçekten de NK.nun muhtelif hükümleri noteri görevinin gerektirdiği özenle hareket etmekle yükümlü kılmıştır. Örneğin, NK. m. 72 f. 3'e göre "Noter, iş yapacağı kimşelerin kimlik, adres ve yeteneğini ve gerçek isteklerini tamamen öğrenmekle yükümlüdür."<sup>33</sup> Keza bu kanuna dayanılarak çıkarılan Noterlik Kanunu Yönetmeliği m. 77 f. 1'e göre "Noter, noterlik dairesi servislerinde çalışan personel arasında, iş durumuna göre gerekli görev bölümünü yaparak dairesinin düzenli bir şekilde çalışmasını sağlamakla yükümlüdür." Bu Yönetmeliğin 133. maddesine göre, "Noterin izin ve hastalık hallerinde bu noterliğe vekâlet edecek kimse, esas noterin denetim ve gözetimine tabidir." Ancak NK m. 162 f. 1'de noter bakımından öngörülen sorumluluğun dayanağı onun noterlik faaliyetini gerçekleştirirken gerek kendi fiilleri bakımından, gerek çalışanlarını denetlemek bakımından gerekeni yapmamış olması, yani özensizlik göstermiş olması mıdır? Noter işine veya çalışanına gereken özeni gösterdiğini ispat etse dahi ne kendi fiilinden, ne de çalışanın fiilinden ötürü sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bu durum, kanaatimizce, noterin gerek kendi fiilinden, gerek çalışanın fiilinden sorumluluğunun özen yükümlülüğünün ihlaline dayalı bir sorumluluk olmadığına emare teşkil etmektedir<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Bkz. yukarıda A-1-.

<sup>33</sup> Noterlerin noterlik faaliyetine dahil işleri hukuka uygun, görevin gerektirdiği saygınlık ve güvene uygun biçimde gerçekleştirmeleri gereğine dikkat çeken başka hükümler de vardır. NK. m. 53'e göre "Noterler, kanunların emredici hükümlerine aykırı hususlarda işlem yapamazlar." NK m. 54'e göre "Noter ve noterlik katipleri, görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları, kanunların emrettiği haller dışında açıklamazlar." NK. m. 125'e göre "Mesleğin vakar ve onuruna aykırı eylem ve hareketlerde bulunanlarla, görevlerini yapmayan veya kusurlu olarak yapan yahut da görevinin gerektirdiği güveni sarsıcı hareketlerde bulunan noterler hakkında, noterlik hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi amacı ile, durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre aşağıdaki maddede yazılı disiplin cezaları verilir."

<sup>34</sup> BK. m. 69 hükmü de yapı maliki bakımından kurtuluş kanıtı getirme imkânının bulunmadığı bir kusursuz sorumluluk hali düzenlemektedir. Bu hükümlerle öngörülen kusursuz sorumluluğun dayandığı esas tartışmalıdır. Bir görüşe göre, BK. m. 69'daki düzenlemede bir özen (olağan sebep) sorumluluğu söz konusudur. Bu görüşteki yazarlara göre, yapı malikine zararın doğmaması için gerekli tüm özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânının tanınmamış olması, burada ağırlaştırılmış bir özen sorumluluğu bulunduğu anlamına gelmektedir. EREN, s. 643-645; KELLER/SCHMID-SYZ, s. 159. Buna karşılık, diğer görüşe göre, burada bir özen sorumluluğu bulunmamaktadır. Yapı maliki kendisine yüklenen bir özen görevini yerine getirmediği için değil, yapıdan en üst düzeyde yararlanan kişi olduğu için yapının sebep olduğu zarardan sorumlu tutulmaktadır. Yani, malik yapının nimetinden yararlandığı için, külfetine de katlanmaktadır. OĞUZMAN/ÖZ, s. 138, 169. Yapı malikinin kusursuz sorumluluğunun hem tehlike fikrine, hem de menfaat esasına dayandığı görüşünde:

Acaba NK. m. 162 f. 1 hükmünün notere yüklediği sorumluluk tehlike esasına mı dayanmaktadır? Tehlike sorumluluğuna ilişkin genel düzenleme BK. m. 71 hükmünde yer almaktadır. Bu hükmün 1. fıkrasına göre, “*Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.*” Kuşkusuz, örneğin, patlayıcı madde imal eden bir işletmeden veya nükleer enerji tesisinden farklı olarak, noterlerin faaliyetlerinin kamu için önemli bir tehlike yarattığından söz edilemez. Bu itibarla burada teknik anlamda bir tehlike sorumluluğu da yoktur. Ancak tehlike sorumluluğuna bir faaliyete büyük menfaatler bağlanması, bu faaliyetin kamu güvenine mazhar olması, faaliyetteki aksaklıktan büyük zararlar doğma tehlikesinin bulunması ve bu nedenle faaliyet sahibinin doğan zarardan sorumlu tutulması biçiminde geniş bir anlam yüklenirse, olan hukuk (*de lege lata*) bakımından, NK. m. 162 f. 1 hükmünün özel bir tehlike sorumluluğu hükmü olduğu sonucuna varılabilir.

Tehlike sorumluluğuna geniş bir anlam verilmek suretiyle kusursuz sorumluluğun esasının tehlike ilkesine dayandırıldığı bir başka düzenleme de MK. m. 1007 hükmünde bulunmaktadır. MK. m. 1007 f. 1’e göre “*Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan devlet sorumludur.*” Tapu sicilinin tutulması faaliyetine büyük menfaatler bağlanmakta, faaliyetteki aksaklıklardan büyük zararlar doğabilmekte, buna karşılık kamunun tapu siciline güvenmesi istenmektedir<sup>35</sup>. Bu nedenle, MK. m. 1007 hükmü ile devlet, faaliyet sahibi olarak yürüttüğü faaliyetin tehlikelerinden sorumlu tutulmuştur<sup>36</sup>. Yargıtay da, devletin tapu sicilinin tutulmasından

---

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 517. 6098 s.lı BK. ’nda yapı malikin sorumluluğu, “özen sorumluluğu” başlığı altında düzenlenmiştir. Oysa, 818 s.lı BK. ’nda böyle bir sınıflandırma yapılmamıştı. Yeni kanunun gerekçesinde hükme neden bu başlık altında yer verildiği yönünde bir açıklama yoktur. Bununla birlikte, yürürlükte olan 6098 s.lı BK. ’nun getirdiği bu sistematik kanun koyucunun BK. m. 69’da düzenlenen sorumluluğu özen sorumluluğu olarak nitelendirdiğini göstermektedir. Şayet kusursuz sorumluluğun dayanağı sadece özen ödevinin ihlal edilmiş olması ise, bir kimsenin hem özen ödevini ihlal ettiği için sorumlu olduğunu kabul edip, hem de özen ödevini ihlal etmediğini ispat etse dahi onu sorumlu tutmaya devam etmek, kanaatimizce, kendi içinde bir çelişki barındırmaktadır. Bu itibarla, yapı malikinin kusursuz sorumluluğunun dayanağının özen ödevinin ihlalinde değil, başka bir noktada, örneğin, OĞUZMAN/ÖZ’ün savunduğu gibi bir şeyin nimetinden yararlanmanın onun külfetine de katlanması gerektiği esasında aranması daha isabetli olurdu. Bu bakımdan BK m. 69 hükmünün esasının yeni kanun sistematigi çerçevesinde kanun koyucu nazarda özen ödevinin ihlali olması, bunun yerinde bir düzenleme olup olmadığının tartışılmasına engel değildir.

<sup>35</sup> SİRMEN, s. 37; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 18.

<sup>36</sup> SİRMEN’e göre, tapu sicilinin tutulması başkaları için ağır tehlike yaratan bir faaliyet değildir. Bu bakımdan devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan sorumluluğunda

sorumluluğunu düzenleyen MK. m. 1007'in bir tehlike sorumluluğu hali olduğunu kabul etmektedir<sup>37</sup>. Noterin yürüttüğü faaliyetteki aksaklıklardan da kişiler bakımından büyük zararlar doğma tehlikesi bulunmakta ve noterin yaptığı işleme de kamunun güvenmesi istenmektedir. Noterin, hukuka aykırı noterlik faaliyetinden ötürü, özellikle kendi işlediği fiil bakımından kusursuz sorumluluğu söz konusu olacaksa, bunun temelinde ancak, tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğunda olduğu gibi, bu faaliyetin doğru biçimde yürütülmesine kamunun mutlak biçimde güvenmesi gerekliliği, bu itibarla da yürütülen faaliyetin tehlikesinin faaliyet sahibine yüklenmiş olması esası bulunabilir. Ancak burada noterlik faaliyetinin sahibinin tek başına noter olduğunu düşünmek yanıltıcı olur. Devlet noterlik faaliyetinin hukuka uygun olarak görülmesine, noterlikçe yapılan işlere kamunun mutlak biçimde güvenmesine o kadar büyük bir önem vermektedir ki, bu faaliyeti Adalet Bakanlığı (NK. m. 27, m. 57, m. 123) ve Cumhuriyet Savcılığı (NK. m. 122) aracılığıyla sürekli izin ve denetimi altında tutmaktadır. Burada bir kamu hizmeti olan noterlik hizmetinin noterler eliyle yürütülmesini sağlayan devletin, faaliyetin asıl sahibi olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Kanaatimizce, noterin noterlik faaliyetinden doğan zararlardan ötürü hukuki sorumluluğunun kusur esasına dayandırılıp dayandırılmaması kanun koyucusunun izlediği yasama politikasıyla ilgilidir. Olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından durumu incelersek, kanun koyucu noterliği serbest meslek faaliyetine daha yakın görüyorsa, burada diğer serbest meslek sahiplerinin (örneğin, avukatların<sup>38</sup>) tâbi olduğu ana kuraldan ayrılmamalı ve

---

gerçek (dar) anlamda bir tehlike sorumluluğundan değil, ancak geniş anlamda bir tehlike sorumluluğundan söz edilebilir. SIRMEN, s. 37, 39.

<sup>37</sup> Yarg. HGK., 11.07.2007 T., 2007/4-422 E., 2007/536 K.: “*Tehlike sorumluluğu, terminolojide “ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu”; “ağırlaştırılmış objektif sorumluluk” olarak yer alır. (...) Devletin “tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğuna” ilişkin olarak, kusursuz sorumluluk/ağırlaştırılmış sebep/ağırlaştırılmış objektif sorumluluk/tehlike sorumluluğuna ilişkin kurallar uygulanır.(...) Burada, kusursuz sorumluluğun dayanağı, tapu siciline bağlı büyük çıkarların ve yanlış tesciller sonucunda sicile güven ilkesi yüzünden aynı hakların yerinin doldurulmaz biçimde değişmesi ve bu hakların sahiplerinin onlardan yoksun kalmaları tehlikesinin varlığı ile açıklanabilir. Gerçekten, tapu sicilinin tutulmasını üzerine alan Devlet, tapu siciline tanınan güvenden ötürü, hak durumuna aykırı kayıtlardan doğan tehlikeyi de üstlenmektedir.*” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>38</sup> Avukatlık K. m. 1 f. 1'e göre “*Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.*” Avukatların avukatlık mesleği ile ilgili hukuki sorumluluğu kusur esasına tâbidir. ŞENOCAK, s. 29. Yargıtay da bu görüştedir. Yarg. 13 HD., 14.5.2002 T., 2002/4738 E., 2002/5566 K.: “*(...) vekil, iş görürken kasten, ihmal veya dikkatsizlikle müvekkile verdiği zarardan kusursuzluğunu isbat etmediği sürece özen borcunu yerine getirmiş sayılamayacağından sorumludur.*” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

noterin fiillerinden doğan zararlar bakımından kusur sorumluluğu esasını kabul etmelidir. Bu ihtimalde, noterin çalışanlarının fiillerinden ötürü sorumluluğu da özen sorumluluğu esasına dayandırılarak noterin kurtuluş kanıtı getirme imkânının bulunduğu bir kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmelidir. Buna karşılık, kanun koyucu, kamu hizmeti görmesi itibarıyla noteri kamu görevlilerine daha yakın bir statüde görüyorsa, o zaman devletin bu kamu hizmetini noterler eliyle sürdürdüğünü ve bu itibarla son tahlilde faaliyetin sahibinin devlet olduğunu dikkate almalıdır. Bu durumda devletin, tıpkı tapu sicilinin tutulmasından ötürü sorumluluğunda (MK. m. 1007) olduğu gibi, noterlik faaliyetinden doğan zararlar bakımından kusursuz sorumluluk esasına dayalı olarak aslî sorumlu olması, şayet kusuru varsa notere rücu edebilmesi en uygun çözüm olur.

### **B- Noterin Hukuki Sorumluluğunun Şartları:**

Noterin NK. m. 162 uyarınca sorumlu tutulabilmesi için haksız fiilin kusur dışındaki unsurları gerçekleşmelidir:

#### **1- Noterin veya Çalışanının Bir Fiilinin Bulunması:**

Noterin hukuki sorumluluğunun doğması için öncelikle zarara yol açan bir fiil bulunmalıdır. NK. m. 162 f. 1’de “*Stajyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından (...) sorumludurlar.*” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre noterlerin sorumlu olduğu davranış bir yapma fiili (örneğin, geçerlilik şekline uymadan vasiyetname tanzim edilmesi) ya da bir yapmama fiili (örneğin, tebliği talep edilen bir belgenin tebliğ edilmemesi) olabilir<sup>39</sup>.

Noterin sorumluluğuna yol açan fiil bizzat noter tarafından yapılmış olabileceği gibi, stajyer, katip veya katip adayı gibi noterlik çalışanları tarafından da yapılmış olabilir. Noter çalışanları stajyer, katip ve katip adaylarından ibaret değildir. NK. m. 162 f. 1’de sayılanlar dışında kalan temizlikçi, odacı gibi noterlik çalışanları da bulunabilir. NK. m. 162 kapsamında noterin sorumluluğuna yol açan davranışlar noterlik faaliyetleri ile ilgili olanlardır<sup>40</sup>. O halde, noterlikteki temizlikçi, odacı gibi çalışanların tamir veya temizlik işleri sırasında iş sahiplerine veya üçüncü kişilere verdikleri zararlardan ötürü noterin sorumluluğu adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen genel

<sup>39</sup> OKTAY-ÖZDEMİR, s. 707-708; ULUKAPI, s. 73; KARTAL, s. 347-348.

<sup>40</sup> KARTAL, s. 347.

hüküm niteliğindeki BK. m. 66 (eBK. m. 55) hükmüne tâbidir<sup>41</sup>. Buna karşılık, NK. m. 162 f. 1 ile notere getirilen sorumluluk bakımından esas olan noterlik hizmetine giren bir işin yapılması olduğundan, örneğin, odacı noter katibi gibi hareket ederek hukuka aykırı bir noter senedi düzenlerse noterin NK. m. 162 f. 1 uyarınca sorumluluğu söz konusu olur.

## **2- Fiilin Hukuka Aykırı Olması:**

Noterin noterlik faaliyeti kapsamında bir fiilden doğan zarardan sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılığı açıklayan sübjektif teori ve objektif teori olmak üzere iki teori bulunmaktadır. Sübjektif teoriye göre, fail zarar verici fiili işlemekle herhangi bir hukuka uygunluk sebebi olmaksızın kendi hukuk alanını aşıyorsa hukuka aykırılık söz konusudur. Fail yetki alanı içinde kaldığı takdirde, başkalarına zarar veren bir davranışta bulunsada dahi bu davranış hukuka aykırı değildir<sup>42</sup>. Bu görüş failin yetki sınırları içinde davranıp davranmadığı, görevini ihlâl edip etmediği araştırılırken çoğunlukla failin kusurunun (kasıt veya ihmalinin) bulunup bulunmadığının araştırılmasını gerektireceği için eleştirilmektedir<sup>43</sup>. Gerçekten de bu görüş kabul edilirse, noterin veya çalışanın davranışı ancak görevin ihlali niteliğini taşıyorsa hukuka aykırı kabul edilecektir. Failin davranışı ile görevini ihlâl edip etmediği araştırılırsa, örneğin, sahte nüfus cüzdanına dayanarak vekaletname düzenleyen noterin veya çalışanın sahteliği bilip, bilmediği (kasıt) veya gerekli özeni gösterse bilebilecek durumda olup olmadığı (ihmal), yani kusuru araştırılacaktır. Fail kusurlu değilse hukuka aykırılık yoktur biçiminde, kabul edilemez bir sonuç çıkacaktır.

Bizim de katıldığımız İsviçre-Türk hukukunda hâkim görüş olan objektif teoriye göre ise, hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı güden emredici hukuk kurallarına aykırılıktır<sup>44</sup>. Burada ihlâl edilen hukuk kuralının özel hukuka veya kamu hukukuna ilişkin olması, yazılı veya yazısız olması önemli değildir; yeter ki hukuk düzenini oluşturan bir norma aykırı davranılmış olsun<sup>45</sup>. Dolayısıyla buradaki hukuk kuralları noterliğe ilişkin mevzuattan ibaret değildir. Bu görüş kabul edildiği takdirde, noterin

<sup>41</sup> DOĞU, s. 586-587; ULUKAPI, s. 70-71; KARTAL, s. 347.

<sup>42</sup> Bu görüş için bkz. REY, N 677 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476; EREN, Borçlar Genel, s. 584; OĞUZMAN/ÖZ, s. 14; ATAMER, s.25.

<sup>43</sup> Bu eleştiri için bkz. SİRMEN, Tapu Sicili, s. 65.

<sup>44</sup> Bu görüş için bkz. REY, N 670 vd.; EREN, Borçlar Genel, s. 584; OĞUZMAN/ÖZ, s. 14; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 18.

<sup>45</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 588; OĞUZMAN/ÖZ, s. 15; ATAMER, s. 25.

veya çalışanın davranışı ile görevini ihlal edip etmediği değil, emredici bir hukuk kuralını ihlal edip etmediği araştırılacaktır<sup>46</sup>. Buna göre örneğin, aldatma kabiliyeti bulunan sahte bir nüfus cüzdanına dayanarak vekaletname düzenleyen noter veya çalışanı, gerekli araştırma yükümü yerine getirildiği halde sahtelik anlaşılamayacak olsa, yani görevin ihlali söz konusu olmasa da hukuka aykırı davranmış olur. Zira gerçeğe aykırı vekaletname düzenlemek yasaktır. Noter veya çalışanı gerçeğe aykırı vekaletname düzenlemekle bir hukuk kuralını ihlal ettiği için onun fiili hukuka aykırı sayılacaktır. Sonuç olarak, noterin veya çalışanın göreviyle ilgili davranışının hukuka aykırı olup olmadığının tespitindeki kıstas, davranışın gerçekleşmesinde göreve aykırılık bulunup bulunmadığı değil, bu davranış ile emredici bir hukuk kuralının ihlal edilip edilmediğidir<sup>47</sup>.

### **3- Hukuka Aykırı Fiilden Zarar Doğmuş Olması:**

Noterin sorumluluğunun doğması için hukuka aykırı fiilden bir zarar doğması gerekir. NK. m. 162 f. 1’de de “*noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar.*”denilerek bu esas tekrarlanmıştır. Buradaki zarar, maddi veya manevi, doğrudan veya dolaylı olabilir<sup>48</sup>.

Sadece noterlikte hukuka aykırı bir işlem yapılmış olması, bundan bir zarar doğmadıkça, noterin sorumluluğuna yol açmaz<sup>49</sup>. Örneğin, noterlikte sadece sahte bir vasiyetname düzenlenmiş olması buna dayalı olarak işlem yapılmak suretiyle zarar meydana gelmedikçe hukuki sorumluluğa yol açmaz.

Zararın bir dava açılarak önlenmesi imkânı mevcut oldukça zarar henüz gerçekleşmediğinden, sorumluluk da söz konusu olmaz. Böyle bir durumda noterden ancak açılacak davanın masrafları talep edilebilir<sup>50</sup>. Örneğin, A’ya ait taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı noterde düzenlenen sahte vekaletname ile gerçekte vekil olmayan S tarafından tapuda B’ye devredilirse, B adına yapılan tescil yolsuzdur. Mülkiyet hakkına halen sahip olan A, B aleyhine tapu sicilinin düzeltilmesi davası (MK. m. 1025) açarak tapudaki bu yolsuzluğu

<sup>46</sup> Objektif görüşün tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu bakımından sonuçları için bkz. SİRMEN, Tapu Sicili, s. 63 vd.

<sup>47</sup> Bu yönde: ULUKAPI, s. 74. Yazara göre de noterin sorumluluğuna yol açan fiilin hukuka aykırılığı, göreve aykırı hareket etme gibi subjektif bir esasa değil, kişilerin çıkarlarını koruyan hukuk kurallarının ihlali şeklinde objektif bir esasa dayalıdır.

<sup>48</sup> OKTAY-ÖZDEMİR, s. 705; ULUKAPI, s. 74; NART, s. 446; ÖZBEK, s. 84.

<sup>49</sup> OKTAY-ÖZDEMİR, s. 697; KARTAL, s. 348; ÖZBEK, s. 84.

<sup>50</sup> OKTAY-ÖZDEMİR, s. 703-704; ÖZBEK, s. 84; ULUKAPI, s.75.



düzeltebilir. Burada A'nın, yaptığı mahkeme masrafları dışında uğradığı bir zarar yoktur. Ancak gerçek malikin açtığı tapu sicilinin düzeltilmesi davası sonucunda adına yapılan tapu kaydı iptal edilen alıcı B'nin, S'ye ödediği satım bedeli nedeniyle bir zararı bulunmaktadır.<sup>51</sup> Oysa aynı örnekte iyiniyetli üçüncü kişi konumundaki C, B adına oluşan yolsuz tescile dayanarak bu taşınmazı B'den iktisap ederse, C'nin kazanımı MK. m. 1023 gereği korunur. A taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kaybeder ve C'ye karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açamaz. Taşınmaz üzerindeki aynı hakkını böylece kaybeden A'nın malvarlığında bu taşınmazın değeri tutarında rızası dışında bir azalma meydana gelmiş olur. Bu durumda A noterlik faaliyetiyle ilgili bir işlem (sahte vekaletname) sebebiyle maddi zarara uğramış olur.

#### **4-Hukuka Aykırı Fiil İle Zararın Doğumu Arasında Nedensellik Bağının Bulunması:**

Noterin hukuki sorumluluğunun gerçekleşmesi için noterin veya çalıştırdığı kişilerin noterlik faaliyetiyle ilgili hukuka aykırı fiili ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Yani olağan hayat tecrübelerine göre, bu fiil, böyle bir zararı meydana getirmeye elverişli olmalı; meydana gelen zararın uygun sebebi olmalıdır<sup>52</sup>. Örneğin, noterlikte sahte bir vekaletname düzenlenmiş, ancak sahte vekil bu vekaletnamede yer almayan bir yetkiye dayanarak işlem yapmış ve bundan bir zarar doğmuşsa, bu zarar ile sahte vekaletname arasında uygun nedensellik bağı mevcut değildir<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Yarg. 4. HD., 14.2.2006 T., 2004/6580 E., 2006/1098 K.: "(...) gerçek malik yerine geçerek dava konusu taşınmazı davacılaraya satan kişilerin, tapu sicilindeki kayıtlardan elde ettikleri malike ait bilgileri kullanarak ve kendi resimlerinin yapıturlmasını sağlayarak nüfus idaresinden aldıkları kimlik ile taşınmaz satışı için noterde vekaletname düzenleterek bu vekaleti kullanmak suretiyle tapuda gerçekleştirdikleri işlemlerle taşınmazın davacılaraya satılmış olduğu anlaşılmaktadır. Bundan sonra gerçek malik tarafından açılan dava ile davacılar adına olan tapu iptal edilmiş ve taşınmaz gerçek malike dönmüştür. Böylece davacıların zarara uğradığı açıktır." (Kazancı İçtihat- Bilişin Bankası)

<sup>52</sup> REY, N 525; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 698; ULUKAPI, s. 75; KARTAL, s. 349; NART, s. 440 vd.

<sup>53</sup> Yarg. 4. HD. 3.3.1976 T., 1975/5652 E., 1976/2246 K. "Davada gerçek olmayan bir vekaletname düzenlenmesi durumu vardır. (...) Bu vekaletname yalnız (U) lehine bankadan alınacak para için ona karşı ipotek kurulmasını amaç tutan bir özel yetkiyi saptamakta olup üçüncü kişilerin ve bu arada olayda olduğu gibi (Antel Çivi ve Tele Endüstrisi Anonim Ortaklığı) adına ve yararına veya böyle olmasa bile ipotegin bütün üçüncü kişiler yararına kurulmasını sağlama hakkı vermemektedir. Buna rağmen tapuda vekaletnamenin verdiği bu yetki sınırlaması bir tarafa bırakılarak (U) bütün üçüncü kişiler lehine ipotek sağlamış gibi hareket eden vekil taşıdığı yetkinin dışına çıkarak müvekkilinin malını Anonim şirket yararına bankaya ipotek vermiştir ki, bu işlem vekile sağlanan yetki dışındadır. O halde Noterin sağladığı yanlış işlemle zarar arasında bir ilişki yoktur. Zarar tapunun yanlış vekaletnamede gös-



Nedensellik bağıını kesen sebepler sadece kusur sorumluluğunda değil, kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulama alanı bulur<sup>54</sup>. Buna göre, üçüncü kişinin veya zarar görenin fiili ya da mücbir sebep uygun nedensellik bağıını kestiği takdirde noterin sorumluluğu söz konusu olmaz<sup>55</sup>.

*Üçüncü kişilerin*, yani noterlik faaliyetinden zarar gören kişi dışındaki kişilerin *ağır kusurlu fiillerinin* zarar ile noterin hukuka aykırı fiili arasındaki nedensellik bağıını kesmesi en yaygın durumdur. Örneğin, noter vekaletnameyi iş sahibinin sahteliği hiçbir şekilde anlaşılabilen sahte kimliğine dayanarak düzenlemişse, sahte vekaletname düzenleme fiili yine hukuka aykırıdır. Ancak sahteliği anlaşılabilen bir kimlik kullanan üçüncü kişinin ağır kusurlu bu fiili noterin hukuka aykırı fiili ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağıını kesmiştir.

Yargıtay da özellikle noterlikte işlem yaptıran kişinin noteri *aldatma kabiliyeti olan*<sup>56</sup> sahte kimlik veya belgeler kullandığı durumlarda, üçüncü

*terilen işlemler dışında bir işlemin yapılmasından doğmuştur. Noter bu vekaletnameyi yanlış düzenlememiş olsaydı dahi buna dayanılarak (U)'nun taşınmazı banka yararına ipotek edilemeyecek idi. Yanlışlık Noter'in yanlış vekaletnamesinden değil, tapunun yanlış işleminden doğmaktadır".* (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Karar için bkz. ayrıca ULUKA-PI, s. 75; DOĞU, s. 588-589 dn. 37. Buna karşılık Yargıtay'ın aksi yönde kararları da mevcuttur: Yarg. HGK. 8.11.1978 T., 197774-1268 E., 1978/972 K.: "*Davacı banka vekili gerçeğe aykırı vekaletname düzenlemek suretiyle bankanın zararına sebebiyet veren davalı noterden zarar tutarının alınmasına karar verilmesini istemiş mahkemece iddia sabit görülerek tazminata hükmedilmiştir. Karar özel dairece zararı Doğuran işlemin yapılması konusunda vekaletnamede yetki bulunmadığı ve bunun sonucu olarak tapu memurunun gereken yetkiyi kapsamayan vekaletnameye dayanarak işlem yapmaması gerektiği ve şu suretle zararlar noterin yaptığı yanlış işlem arasında illiyet bağıının gerçekleşmediği gerekçesiyle karar bozulmuş mahkeme direnmiştir. Vekaletnamenin gerçeğe aykırı olduğu olayda gerçekleşmiştir; tapudaki işlem bu vekaletname dayanak yapılmak suretiyle yapılmıştır. O halde zarara birlikte sebebiyet verme durumu söz konusudur. Bu nedenlerle vekaletnameyi düzenleyen noterin sorumluluğunun kabulü gerekir. Yukarıda açıklanan nedenlerle usul ve yasaya uygun olan direnme kararı onanmalıdır."* (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Kanaatimizce, Yargıtay HGK'nun bu kararda sadece gerçeğe aykırı vekaletname düzenlenmiş olmasının noterin sorumluluğu için yeterli görmesi, zararın vekaletnamede yer almayan bir yetkinin kullanılması sonucu ortaya çıktığı hususunu göz ardı etmesi hatalıdır.

<sup>54</sup> TEKİNAY/AKMAN /BURCUOĞLU/ALTOP, s. 568-569; OĞUZMAN/ÖZ, s. 137.

<sup>55</sup> Yarg. 3. HD., 3.12.2012 T., 2012/20157 E., 2012/24792 K.: "*Noterlik Yasasının 162.maddesi uyarınca, noterlerin zarardan sorumlu tutulabilmeleri için kusurlu olmalarının gerekmediği tartışmasızdır. (...) Kusursuz sorumluluğun tüm hallerinde, uygun illiyet bağıının zarar görenin veya 3.kişinin ağır kusuru ile beklenmeyen bir halin varlığı durumunda kesileceği, teori ve yargısal kararlarda kabul edilmiş bulunmaktadır. Aksi halde risk veya şart nazariyesi öne çıkacak ve zararın var olduğu her halde, kusursuz sorumlu olanın sorumluluğu yoluna gidilecektir ki, böyle bir sonuç hukukumuzda kabul edilmemiştir."* (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>56</sup> NART'a göre, Yargıtay'ın ancak noterde işlem yaptıran üçüncü kişi, noteri veya çalışanı-

kişinin bu fiilinin noterin fiili ile oluşan zarar arasındaki nedensellik bağımlı kestigiine hükmetmektedir<sup>57</sup>. Esasen Yargıtay bu içtihadıyla, noterin

nı aldatma kabiliyeti bulunan belgeleri kullandığı takdirde nedensellik bağımlı üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle kesildiğini kabul etmesi hatalıdır. Bu görüşe göre, üçüncü kişi bu sahte kimlik veya belgeleri kullanmakla zaten kasıtlı davrandığı için ağır kusurludur; kimlik veya belgenin aldatma kabiliyetinin bulunup bulunması kusurun derecelendirilmesine bir katkı sağlamaz. NART, s. 442 vd. Bu eleştiriye katılmıyoruz. Kanaatimizce, sahte belgelerin aldatma kabiliyeti olup olmadığı üçüncü kişinin ağır kusuru bulunup bulunmadığının tespitinde değil, bu ağır kusurun nedensellik bağımlı kesecek yoğunluğa ulaşp ulaşmadığının tespitinde bir kriter olarak kullanılmaktadır. Sahte kimlik veya belge ile noterlikte işlem yaptırılan kişinin bunların aldatma kabiliyeti olsa da olmasa da kastla, yani hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek hareket ettiği için ağır kusurlu olduğu açıktır. Ancak kimlik veya belgenin aldatma kabiliyeti yoksa, yani sahteliği noterin veya çalışanının özenli bir incelemesi ile anlaşılabilir durumda, burada üçüncü kişinin ağır kusurlu fiili zarar ile noterin veya çalışanın fiili arasındaki nedensellik bağımlı kesecek yoğunluğa ulaşamaz. Zira üçüncü kişinin kusurunun nedensellik bağımlı kesmesi için, bu kusurun belli bir yoğunluğa ulaşması, uygunluk yönünden zararlı sonucu tek sebebi olarak gözükmesi gerekir. Bkz. EREN, s. 566. Oysa aldatma kabiliyeti bulunmayan, yani sahteliği dikkatli bir inceleme ile anlaşılabilen bir kimlik veya belgeye dayanılarak noterlikte işlem yapıldığında, NK.nun öngördüğü işini özenli, meslek kurallarına uygun biçimde yapma yükümlülüğüne aykırı olarak gerekli incelemeyi yapmayan noterin fiili zararın uygun sebebi olarak kalmaya devam eder. NK.nun muhtelif hükümlerinin noteri görevinin gerektirdiği özenle hareket etmekle yükümlü kıldığı konusunda bkz. yukarıda A- 2-.

<sup>57</sup> Örneğin Yarg.4. HD. 3.4.2006 T., 2006/1956 E., 2006/3585 K. “*Davacı sahte vekaletname ile kendisine tapuda satılan taşınmazın gerçek malikin açtığı tapu iptali ve tescil davasını kazanması sonucu elinden çıktığını, zarara uğradığını belirterek tazminat istemiştir.(...) Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi Başkanlığı'nın 9/8/2001 tarihili ekspertiz raporuna göre vekaletname çıkarılmada kullanılan sahte nüfus cüzdanı işgal kabiliyetine haizdir. Davalılar Maliye Hazinesi ve Noter T. 'nun sorumlulukları Medeni Kanun'un 1007. maddesi ve Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi gereğince kusursuz sorumluluktur. Diğer bir anlatımla zarar gören bu davalıların kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Bu davalılar da kusurlarının bulunmadığı savunmasının ötesinde uygun illiyet bağımlı kesildiğini kanıtlamalıdır. Kusursuz sorumlulukta illiyet bağımlı kesilebilmesi için zarar görenin ağır kusurunun olması veya zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülmemen bir halin bulunması gerekmektedir. Somut olayda işgal kabiliyeti bulunan nüfus cüzdanını kullanan üçüncü kişinin bu eylemi ile illiyet bağımlı kesilmiştir.” (Kazanıcı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası) Yarg. 4. HD., 9.2.2010 T., 2009/7021 E., 2010/1034 K.: “*Somut olayda, sahte motorlu araç tescil belgesi ve sahte nüfus kimlik belgesi kullanılarak noterde satış işlemi yapılmıştır. Bu belgelerin aldatma yeteneğinin bulunması durumunda, 3. kişinin suç oluşturan bu eylemi nedensellik bağımlı keseceğinden, işlemi yapan noter kusursuz olarak da sorumlu tutulamaz.*” (Kazanıcı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). . 4. HD., 3.4.2006 T., 2006/1956 E., 2006/3585 K.: “*Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi Başkanlığı'nın 9/8/2001 tarihili ekspertiz raporuna göre vekaletname çıkarılmada kullanılan sahte nüfus cüzdanı işgal kabiliyetine haizdir. Davalılar Maliye Hazinesi ve Noter T. 'nun sorumlulukları Medeni Kanun'un 1007. maddesi ve Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi gereğince kusursuz sorumluluktur. Diğer bir anlatımla zarar gören bu davalıların kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Bu davalılar da kusurlarının bulunmadığı savunmasının ötesinde uygun illiyet bağımlı kesildiğini kanıtlamalıdır. Kusursuz sorumlulukta illiyet bağımlı kesilebilmesi için zarar görenin ağır kusurunun olması veya üçüncü bir kişinin illiyet bağımlı kesebilecek nitelikte ağır kusurunun**

sorumluluğunun kusura dayalı olması ile kusursuz sorumluluk olması arasındaki farkı pratikte aşgariye indirmektedir. Zira noterin hukuki sorumluluğunun en yaygın olarak gündeme geldiği hal, sahte evraka dayalı olarak noterde işlem yapılmasıdır. Sonuç itibarıyla kusur sorumluluğu da kabul edilseydi, aldatma kabiliyeti olan evraka dayanarak işlem yapan noter hukuka aykırı fiilinde kusuru bulunmadığı için sorumlu olmayacaktı. Mevcut durumda ise noter, aldatma kabiliyeti olan sahte kimlik veya belgelerin kullanıldığı durumlarda, bu kimlik ve belgeleri kullanan kişinin (üçüncü kişinin) ağır kusurlu fiili zarar ile noterin fiili arasındaki nedensellik bağı kestigi için doğan zarardan sorumlu tutulmamaktadır.

Yüksek Mahkeme yeni tarihli bazı kararlarında, kimlik tespiti gereken durumlarda, aldatma kabiliyeti bulunsa dahi noterin tek bir belgeyi (örneğin, sadece nüfus cüzdanını veya sadece ehliyeti) incelenmekle yetinmesini nedensellik bağının kesilmesi için yeterli görmemektedir<sup>58</sup>. NK. m. 72 f. 3'e

*olması veya zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülmeven bir halin bulunması gerekmektedir. Somut olayda iğfal kabiliyeti bulunan nüfus cüzdanını kullanan üçüncü kişinin bu eylemi ile illiyet bağı kesilmiştir.”* (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>58</sup> Yarg. 21.3.2011 T., 2010/9959 E., 2011/2948 K.: “Kusursuz sorumlulukta nedensellik bağının kesilebilmesi için zarar görenin ağır kusurlu veya üçüncü bir kişinin illiyet bağına keşebilecek nitelikte ağır kusurunun olması veya zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülmeven bir halin bulunması gerekmektedir. O halde mahkemece davalı noterin işyeline gelerek kendisini Ş.Ö. olarak tanıtan ve nüfus cüzdanı ibraz eden kişi ile nüfus cüzdanındaki fotoğrafı kontrol etmeyen, nüfus cüzdanındaki fotoğraftaki kişi ile gelen kişi aynı kişi ise bu fotoğrafın monte edilmiş biçimini incelenmeden, nüfus cüzdanındaki soğuk damga kontrol edilmeden, gelen kişinin kimliğini tespit açısından nüfus cüzdanından başka sürücü belgesi, ruhsat vb. belge ibrazı sağlanarak işlem yapan kişinin kimliği tam olarak tespit edilmeden işlem yapılması sebebiyle davalı noterin eylemi ile davacının zararı arasındaki nedensellik bağının kesilip kesilmediği hususları üzerinde durulmadan sahte nüfus cüzdanı ibrazı ile illiyet bağının kesildiği gerekçesiyle noter hakkındaki davanın reddine karar verilmesi de doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası) Yarg.4. HD., 16.6.2010 T., 2009/11127 E., 2010/7273 K.: “Dava, sahte belge ile araç satışından dolayı uğranılan maddi zararın ödenmesi istemine ilişkindir. (...) Davalı noter, noterliğinde yapılan işlemin usul ve yasaya uygun olduğunu, sunulan belgelerin aldatma yeteneği bulunduğundan nedensellik bağının kesildiğini ileri sürerek, istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur. (...) Dosyadaki bilgi ve belgelerden, noterlikte yapılan satış işleminde kimlik bilgileri kullanılan Abdullah'ın gerçek doğum gününün 01.01.1947 olduğu, noterliğe sunulan sahte belgede ise adı geçenin doğum yılının 1967 olarak yazılı bulunduğu, sürücü belgesini doğrulatmadığı için doğum yılındaki çelişkiyi göremeyen davalı noterin bu eylemi ile davacının uğradığı zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunduğundan, davalı noterin sorumlu tutulması gerekir.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası) Yarg. 4.HD., 14.2.2006 T., 2004/16580 E., 2006/1098 K.: “(...) noterde vekaletname düzenlenirken, her ne kadar nüfus idaresinden alınmış, resim dışında gerçek malike ait bilgileri içeren, sahteliğinin anlaşılması mümkün olmayan kimlik kullanılmış ise de, noterde kalan vekaletname aslına sahte kimlikteki fotoğrafın aynısı yapılmışken, şahıslara verilen vekaletname örneğine farklı bir fotoğraf yapılmıştır. Bu fotoğraflar karşılaştırmalı olarak incelendiğinde, birbirleri ile önem-

göre “*Noter, iş yaptıracak kimselerin kimlik, adres ve yeteneğini ve gerçek isteklerini tamamen öğrenmekle yükümlüdür.*” Kanun, notere, işlem yaptıracak kişinin kimliğini tamamen öğrenme yükümlülüğü getirdiğine göre, noter kimlik tespiti işine azami özeni göstermek zorundadır. Kanaatimizce, işin uzmanı olan noterden beklenen özen onun kimlik tespitinde kullanılan belgelerin doğruluğunu başka kayıt veya belgeler ile teyit etmesini gerektireceğinden, Yargıtay’ın bu içtihadı yerindedir. Öte yandan, sahte belge veya kimlikle noterde işlem yaptıran üçüncü kişinin kullandığı belge veya kimlikte aldatma kabiliyeti yoksa, üçüncü kişinin kusurlu fiili, kendisinden beklenen özen ödevini yerine getirmeyerek ayrıntılı incelemede bulunmayan noterin hukuka aykırı fiili ile zarar arasındaki nedensellik bağıını kesmeyeceğinden, noterin hukuki sorumluluğu söz konusu olur. Burada üçüncü kişinin kusurlu davranışı nedensellik bağıını kesmeyip, sadece zararın gerçekleşmesine katkıda bulunduğundan ortak nedensellik söz konusudur<sup>59</sup>.

Meydana gelen zarar ile noterin fiili arasındaki nedensellik bağıının *zarar görenin fiili* sebebiyle kesilmesi de mümkündür. Örneğin, sahte vekaletname kullanılarak kendisine ait bir taşınmaz tapuda satılan kişi, sahte vekaletname düzenlendiğini bildiği halde bu duruma ses çıkarmamış, bu devri önlemek için hiçbir girişimde bulunmamışsa, artık zarar görenin ağır kusurunun nedensellik bağıını kestiği söylenebilir<sup>60</sup>. Zarar görenin kusuru nedensellik bağıını kesecek

---

*li derecede farklı oldukları ilk bakışta anlaşılabilir niteliktedir. (...) davalı noterin vekaletnamenin düzenlenmesinde gerekli dikkat ve özeni göstermediği anlaşıldığından doğan zarardan sorumlu tutulması gerekir.”* (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>59</sup> Ortak nedenselliğin bulunduğu durumlarda sorumluluk ortadan kalkmaz, failerin müteselsil sorumluluğu söz konusu olur. Eren, s. 548, 567-568.

<sup>60</sup> Örnek için bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, s. 713. Yargıtay satış bedelinin çok altında bir fiyatla tanımadığı kişiden motorlu taşıt satın alan alıcısı (zarar göreni) kusurlu bulmuştur. Ancak zarar görenin kusurunun noterin hukuka aykırı fiili ile oluşan zarar arasındaki nedensellik bağıını kesecek ağırlıkta olmadığına hükmetmiştir. Yarg. 3. HD., 3.12.2012 T., 2012/20157 E., 2012/24792 K.: “*Somut olayda, belgeleri gören ve sahteliği fark etmeyen davalı noterin teknolojinin gelişmesi ile; internette sorgulama, mernis sistemi gibi kolaylıklara kavuşmuş olmasına rağmen yapılan sahtekarlığı fark etmemiş olması dikkat ve özen eksikliğini gösterse de; satış ve kasko değeri 15.000 TL olan aracı tanımadığı bir kişiden 7.000 TL’si peşin olmak üzere 8.000 TL’ye satın alan ve kuşkulanan davalının da bölüştük kusuru bulunmaktadır. Ancak davacının kusuru davalının sorumluluğunu tamamen kaldırmaz. Resmî işlem yapma görevini üstlenmiş olan davalının daha fazla bilgi ve tecrübeye sahip olması nedeni ile daha üst düzeyde dikkat ve özen görevi vardır. Bu nedenle davacının kusuru, kamusal bir görev yapan davalı noterin sorumluluğu yönünden illiyet bağıını kesecek ağırlıkta değildir. Bu durum sadece zarardan uygun bir indirim yapma nedeni olabilirse de, davanın tümünden reddini gerektirmez. O halde mahkemece kusur ve zararın kapsamı belirlenerek davalının sorumluluğuna karar verilmelidir.”* (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası) Kanaatimizce, Yargıtay’ın bu kararı sonuç itibarıyla isabetli değildir. Zira somut olayda sadece zarar görenin fiilinin no-

yoğunlukta değilse, zarar görenin noter aleyhine NK. m. 162'ye dayalı olarak açacağı tazminat davasında noter aleyhine hükmedilen tazminattan indirim sebebi teşkil eder<sup>61</sup>.

Nedensellik bağı bir *mücbir sebepten* ötürü de kesilebilir. Noterin resmi şekle uymaması nedeniyle geçersiz olan bir vasiyetname ile kendisine değerli bir tablo vasiyet edilen kişi söz konusu tabloyu iktisap edemediği için zarara uğramıştır. Ancak tablo sigortalı olmamış olup vasiyet edenin ölümünden sonra çıkan bir yangında telef olmuşsa, bu kişi vasiyetnamenin geçersizliği sebebiyle tabloyu elde edemeyecek olduğundan bahisle noteri sorumlu tutamaz. Zira burada yangın (mücbir sebep), zarar ile noterin hukuka aykırı fiili arasındaki nedensellik bağı kesmiştir<sup>62</sup>.

### **5- Kusurun Gerekli Olmaması:**

Noterin hukuki sorumluluğunun gerçekleşmesi bakımından kusurun bulunması gerekli değildir. Noter, kendi hukuka aykırı fiilinden doğan zararlarda, zararın gerçekleşmesinde kusurunun bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz.

Noterin noterlik çalışanının hukuka aykırı fiilinden sorumluluğunda kusurun rolü üzerinde ayrıca durulmalıdır. Kanaatimizce, halen yürürlükte olan düzenlemeye göre (*de lege lata*), noterin NK. m. 162 f.1 hükmüyle gerek

---

terin fiili ile meydana gelen zarar arasındaki nedensellik bağı kesmek için yeterli olup olmadığı araştırılmış; sahte kimlik kullanarak noterde satın sözleşmesi akdeden üçüncü kişinin fiilinin nedensellik bağı kesip kesmediğine değinilmemiştir. Oysa Yargıtay'ın yerleşik içtihadı çerçevesinde sahte kimlik kullanarak noterde araç satan üçüncü kişinin kullandığı belgelerin noteri aldatma kabiliyeti varsa, nedensellik bağı üçüncü kişinin bu fiili ile kesilmiş olur. Üçüncü kişi mernis sisteminde araç sahibi olarak kayıtlı olan kişi adına aldatma kabiliyeti olan sahte bir kimlik düzenlemişse, noter gerekli özeni gösterip internet sorgulaması yapsa dahi belgedeki sahteliği fark edemez.

<sup>61</sup> Yarg. 4. HD., 9.2.2010 T., 2009/7021 E., 2010/1034 K.: “*Davacı, davalılardan Noter N.Gül’ün noterliğinde düzenlenen satış sözleşmesi ile satın aldığı araca çalıntı olduğu gerekçesiyle el konulduğunu, satış işlemi sırasında noterliğe sunulan satıcıya ait Araç Tescil Belgesi’nin ön yüzünde bulunması gereken su damgalı (filigranlı) mühür ile sahte kimlik belgesinin arka yüzünde bulunması gereken mühür bulunmadığından, aldatma yeteneği bulunmayan bu belgeler ile satış işlemi gerçekleştirilen davalı Noter ile noterlik yazmanı (katibi diğer davalının, uğradığı zarardan sorumlu olduklarını ileri sürerek, uğradığı zararın ödetilmesini istemiştir. (...) Yerel mahkemece yapılacak iş, nüfus kimlik belgesinin de aldatma yeteneği olup olmadığı belirlenerek, aldatma yeteneği varsa dava reddedilmeli, aksi halde nüfus kimlik belgesindeki mühür eksikliğinin davacı tarafından da görülüp anlaşılacağı ve davacının bu konudaki savsamasının onun bölüştük kusurunu oluşturacağı göz önüne alınarak, belirlenecek tazminat tutarından (eski) Borçlar Yasası’nın 44. maddesi gereğince uygun bir indirim yapılmalıdır.*” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>62</sup> Benzer örnek için bkz. OKTAY-ÖZDEMİR, s. 714.

kendi, gerek çalışanın hukuka aykırı fiilinden kusursuz sorumlu tutulmasının dayandığı esas aynı olup, geniş anlamda bir tehlike sorumluluğudur. Sorumluluğun temelinde, noterlik faaliyetinin hukuka uygunluğuna duyulması gereken güvenin boşa çıkmasından doğan zarardan noterin bu faaliyetin sahibi olarak sorumlu tutulması yatmaktadır. Çalıştırılan kişinin, çalıştırının işini görürken bir üçüncü kişiye hukuka aykırı bir fiille zarar vermesi durumunda adam çalıştırının bu kişiye karşı sorumlu olacağını düzenleyen BK. m. 66 hükmü ise, özen gösterme yükümlülüğünün ihlaline dayalı bir sorumluluktur. Yani, kusursuz sorumluluk hali öngören bu iki hükmün dayandıkları esas farklıdır<sup>63</sup>. Nitekim, NK. m. 162 f. 1 hükmünde, BK. m. 66 hükmünden farklı olarak notere kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı da tanınmamıştır.

NK. m. 162 f. 1 hükmü noterin çalışanlarının fiillerinden sorumlu tutulması için noterin veya çalışanlarının kusurlu olmasını şart koşmamıştır<sup>64</sup>. Buna göre, noter, noterlik çalışanın hukuka aykırı fiilinden sorumluluk bakımından kendi kusurunun veya çalışanın kusurunun bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz. NK. m. 162'de, notere kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamıştır<sup>65</sup>. Yani, noter, çalışanın seçiminde, ona işiyle ilgili talimat vermede ve onu denetlemekte zararın doğmasını engellemek için gereken özeni gösterdiğini ispat ederek de sorumluluktan kurtulamaz. Doktrinde<sup>66</sup> bu husus eleştirilmekte ve notere çalışanın fiilinden sorumluluk bakımından kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınması gerektiği ileri sürülmektedir.

### **C- Noterin Hukuki Sorumluluğunun Sonuçları:**

#### **1-Noterin Tazminat Ödeme Yükümlülüğü:**

##### **a- Zararın ve tazminatın belirlenmesi:**

Noterin hukuki sorumluluğunun şartları gerçekleştiğinde, noterin, noterlik faaliyetinden zarar gören kişiye karşı tazminat ödeme yükümlülüğü doğar (NK. m. 162). Kusursuz sorumluluk hallerinde zararın saptanması,

---

<sup>63</sup> Farklı görüşte: NK. m. 162'nin adam çalıştırının sorumluluğunun özel biçimde düzenlendiği bir hüküm olduğu, yani bu hüküm ile BK m. 66 (eBK m. 55) arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunduğu yönünde bkz. TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 81, 84; PULAŞLI, s. 11-12; ULUKAPI, s. 71.

<sup>64</sup> TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 85.

<sup>65</sup> KARTAL, s. 350; ULUKAPI, s. 71; NART, s. 431; ÖZBEK, s. 77.

<sup>66</sup> ULUKAPI, s. 72; ÜNAL, s. 53.



tazminatın belirlenmesi, zamanaşımı konularında, kusursuz sorumluluğu düzenleyen hükümlerde aksi öngörülmüş olmadıkça, BK.nun kusura dayanan sorumluluk hükümleri uygulanır<sup>67</sup>. Buna göre, zararın miktarının belirlenmesinde BK. m. 50 f. 2; tazminatın miktarının belirlenmesinde ise BK. m. 51, 52 hükümleri esas alınır. Şu halde, örneğin, zarar görenin zararın doğumunda ortak kusuru varsa, bu durum tazminattan indirim sebebi olabilir (BK. m. 51).

### **b- Ek kusur:**

Noterin veya çalışanın kusuru, noterin hukuki sorumluluğu için şart değildir. Bununla birlikte noterin veya çalışanın zararın doğumunda kusuru söz konusu ise, bu kusur ek kusur olarak değerlendirilir. Ek kusur, duruma göre, failin eylemiyle zarar arasındaki nedensellik bağının üçüncü kişinin veya zarar görenin fiilinden ötürü kesilmesini engelleyebilir; bu yoğunlukta değilse, zarar görenin (varsa) ortak kusurunu ortadan kaldırarak tazminattan indirim yapılmasını (BK. m. 51) engelleyebilir<sup>68</sup>.

Zarar noterlik çalışanın fiilinden doğmuşsa, çalışanın zararın doğumunda kusurlu olup olmaması onun bizzat sorumlu tutulup tutulamayacağı bakımından da önemlidir. Noterlik çalışanı kusurlu ise, zarar gören, noterin sorumluluğuna (NK. m. 162) gidebileceği gibi, doğrudan noterlik çalışanına karşı da haksız fiil (BK. m. 49) esasına dayalı olarak tazminat davası açabilir.

### **c- Müteselsil Sorumluluk:**

Noterlik faaliyetinden zarar gören kişinin uğradığı bu zarardan noter, noterlik çalışanı, sahte vekaletname kullanan kişi, tapu müdürü gibi birden çok kişinin müteselsil sorumluluğu ortaya çıkabilir<sup>69</sup>. Örneğin, noterlik faaliyeti kapsamındaki hukuka aykırı işlemi yapan noter katibi fiilinde

<sup>67</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 137.

<sup>68</sup> REY, N 808; EREN, s. 622; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 8.

<sup>69</sup> Yarg. 4. HD., 21.11.2007 T., 2007/1527 E., 2007/14638 K.: “Dava konusu olayda; davacı, dava dışı kişiden bir otomobil satın almış ve satış sözleşmesi davalı noter tarafından düzenlenmiştir. Ancak, sonradan davacının satın almış olduğu aracın çalıntı olduğu, satış sözleşmesi sırasında davalı notere sunulan bazı belgelerin sahte olduğu anlaşılmış ve araç, davacının elinden çıkmıştır. (...) Davalı noterin sorumluluğu, haksız eylemin asil faili olduğu belirlenen ve hakkında kamu davası açıldığı anlaşılan dava dışı üçüncü kişinin ödeme acizine, hakkında takip veya dava açılmasına bağlı değildir. Davalı ve üçüncü kişi, davacının zararını nedeniyle davacıya karşı müteselsil sorumlu durumundadırlar. Borçlar Yasasının 142. maddesine göre; alacaklı, müteselsil borçluların tümünden veya birinden (veya birkaçından) borcun tamamen veya kısmen ödenmesini isteyebilir. Borcun tamamen ödenmesine kadar bütün borçluların sorumluluğu devam eder.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası)

kusurlu ise, işlem sahibinin uğradığı zarardan noter NK. m. 162 gereği, katip ise BK. m. 49 gereği sorumludur. Değişik sebeplerle de olsa katip ve noter aynı zarardan sorumlu oldukları için zarar görene karşı BK. m. 61'e göre müteselsil borçlu olurlar. Bir başka durumda da noterin, sahte vekaletname kullanan kişinin ve tapu müdürünün hukuka aykırı fiili nedeniyle de Devletin müteselsil sorumluluğu söz konusu olabilir. Örneğin, noterlikte düzenlenen sahte vekaletnameye dayanılarak tapuda bir kimsenin taşınmazı alıcıya satılıp devredilir, ancak daha sonra gerçek malik tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak tapu kaydını iptal ederse, alıcı sahte vekile ödediği satım bedeli kadar bir zarara uğrar. Bir başka örnekte, sahte vekaletnameye dayalı olarak (A)'ya ait taşınmaz (B)'ye tapuda devredilir ve söz konusu taşınmazı tapu kaydına güvenen iyiniyetli üçüncü kişi olan (C) MK. m. 1023 uyarınca iktisap ederse, mülkiyet hakkını kaybeden (A) zarara uğrar. İşte gerek sahte vekaletname sebebiyle zarara uğrayan alıcı (vekaletnamenin sahteliğini bilmemek kaydıyla), gerek aynı hakkın kaybı durumunda taşınmaz maliki, sahte vekaletnameyi kullanan kişinin (BK. m. 49), noterin (NK. m. 162) ve tapuda işlem yapan tapu müdürünün fiili nedeniyle Devletin (MK. m. 1007) müteselsil sorumluluğuna gidebilir<sup>70</sup>.

#### **d- Zamaşımı:**

Zarar görenin noterin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak açacağı davalarda zamaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıldır (BK. m. 72 f. 1).

#### **2- Noterin Çalışanlarına Rücu Hakkı:**

Noterlik çalışanının noterlik faaliyeti kapsamına giren bir işte kusuruyla bir kişiye zarar vermesi durumunda, bu zarardan noter NK. m. 162 f. 1 uyarınca, çalışan ise BK. m. 49 uyarınca sorumlu olur. Farklı sebeplerden dolayı da olsa aynı zarardan sorumlu olmaları itibarıyla noter ve çalışanı bu zarardan müteselsilen sorumlu olurlar (BK. m. 61). Bu durumda tazminatın kendi payına düşenden fazlasını ödeyen müteselsil borçlu, bu fazla ödeme için

<sup>70</sup> OKTAY-ÖZDEMİR, s. 704; ÖZBEK, s. 84-85, 87. Yarg. 4. HD., 14.2.2006 T., 2004/6580 E., 2006/1098 K.: “*Davalı noterin vekaletnamenin düzenlenmesinde gerekli dikkat ve özeni göstermediği anlaşıldığından doğan zarardan sorumlu tutulması gerekir. (...) Tapu Sicil Müdürlüğü yönünden ise, sahte vekaletname ve bunun ekindeki nüfus cüzdanı ile tapu kayıtlarındaki bilgiler karşılaştırıldığında, diğer tüm bilgiler birbirleri ile uyumlu olmakla birlikte, satış işlemi kullanılan nüfus cüzdanındaki fotoğrafın gerçek malike ait diğer resimlere benzemediği hemen anlaşılabilir kadar açıktır. İşlemi yapan görevlinin buna dikkat etmemiş olması kusurlu bir davranıştır.*” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası)



diğer müteselsil borçlulara karşı rücu hakkına sahiptir (BK. m. 62 f. 2). BK. m. 62 f. 2'ye nazaran özel hüküm olan NK. m. 162 f. 2 hükmünde de zarar görene tazminat ödeyen noterin, çalışanlarına rücu hakkı düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, noter, NK. m. 162 f. 1 gereğince zarar görene ödediği tazminat miktarı için “işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajiyer veya noterlik personeline rücu edebilir”. Maddede sözü edilen hukuka aykırı fiile “sebepl olma” ifadesi ile kastedilen noterlik personelinin kusurunun bulunmasıdır. Şu halde, noter çalıştırdığı kişiye ancak bu kişi kusurlu ise ve ödediği tazminat miktarıyla sınırlı olarak rücu edebilir<sup>71</sup>.

Noterin çalışanlarına karşı rücu talebinin tâbi olduğu zamanaşımı bakımından BK. m. 73 hükmü uygulanır. Buna göre, noterin rücu talebi, noterlik faaliyeti sebebiyle zarar gören kişiye tazminatı ödediği ve müteselsil sorumlu olan kusurlu noterlik çalışanın kim olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde tazminatı ödediği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

#### **D- Noterin Sorumluluğunun Teminat Altına Alınması:**

Mevcut düzenlemeye göre, noterlerin hukuki sorumluluğu kusura dayanmayan, ağır bir sorumluluktur. Sorumluluk gerçekleştiğinde noterin zarar görene ödemesi gereken tazminat çok yüksek tutarlara ulaşabilir. Noterin şahsi malvarlığı tazminatı ödemeye yetse dahi bu durum noteri ekonomik açıdan büyük sıkıntıya sokabilir. Öte yandan, noterin şahsi malvarlığından tazminat tutarının tümünün karşılanamaması halinde zarar görenin başvurabileceği bir başka imkanın daha bulunması zarar gören açısından önemlidir<sup>72</sup>. Bu ihtiyaçlar noterlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin çeşitli teminatların oluşturulmasına neden olmuştur:

#### **1- Teminat Hesabı:**

Noterlik faaliyetinden zarar gören kişilere güvence sağlamak amacıyla NK. m. 38 hükmüyle noterlere milli bir bankada teminat hesabı açtırma zorunluluğu getirilmiştir<sup>73</sup>. NK. m. 38 f. 5'te “*Teminat parası noterlerin görevleri dolayısıyla sebep olabilecekleri zararlara ve bu yüzden haklarında verilebilecek para cezasına karşılık teşkil eder.*” hükmüne yer verilmiştir.

<sup>71</sup> DOĞU, s. 590; ULUKAPI, s. 78; KARTAL, s. 351.

<sup>72</sup> DOĞU, s. 602; ULUKAPI, s. 80; ASLAN-DÜZGÜN, s. 499.

<sup>73</sup> Noterler noterlik görevine başladıklarında noterliğin gayrisafi gelirinin % 5'i kadar, sonraki yıllarda ise her yıl bir önceki yılın fiili gayrisafi gelirlerinin % 1'i kadar parayı teminat olarak adlarına açtıracakları bir banka hesabına yatırmak zorundadırlar (NK m. 38 f. 1 ve f. 2).

NK. m. 162 kapsamında noterlik faaliyeti sebebiyle kişilere verilen zararlar da noterlerin görevleri dolayısıyla sebep oldukları zararlar kapsamındadır<sup>74</sup>. Noterlik Kanunu Yönetmeliği m. 76 f. 3'te “*Bu hesap noter tarafından açılır ve (Adalet Bakanlığı veya Cumhuriyet Savcılığından talimat verilmedikçe bu hesaptan para çekilemez) şerhinin konulması da noterce bankaya bildirilir.*” hükmü mevcuttur. Buna göre, noterlik faaliyetinden zarar gören kişi notere karşı NK. m. 162 hükmüne dayalı olarak açtığı tazminat davasını kazandığı takdirde, mahkeme ilâmi ile Adalet Bakanlığı veya Cumhuriyet Savcılığına başvurarak, bu makamdan noterin teminat hesabının bulunduğu bankaya kendisine ödeme yapması için talimat vermesini talep edebilir<sup>75</sup>.

NK. m. 38'de düzenlenen milli bir bankada teminat hesabı açma zorunluluğu, notere değil, sadece zarar gören tazminat alacaklısına bir güvence sağlamaktadır. Tazminat alacaklısına sağlanan bu güvence de teminat tutarları düşük tutulduğu için noterlik işlemlerinden doğacak muhtemel zararları karşılamakta yetersiz kalmaktadır<sup>76</sup>.

## **2- Hukuki Sorumluluk Fonu:**

Türkiye Noterler Birliği, noterlerin NK. m. 162'de yer alan hukuki sorumluluklarını karşılamak üzere “Noterlerin Hukuki Sorumlulukları Fonu” adı altında bir fon kurmuştur. Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliği m. 2'ye göre, noterlerin noterlik görevinin ifasına ilişkin olarak kendilerinin kasıtlı fiilleri dışındaki fiilleri, yanlarında çalıştırdıkları kişilerin ise kasıtlı veya kasıtsız fiillerinden dolayı zarar görenlere karşı doğacak hukuki sorumlulukları Yönetmelikte belirlenen şartlar ve üst sınır dâhilinde fondan karşılanır<sup>77</sup>. Bu fondan yapılacak yardım, sigortanın ödediği miktarın dışında kalan kısımlar için ödenir. (TNBHSFY m. 4)

Zarar görenin fona karşı yöneltebileceği bir talep hakkı yoktur<sup>78</sup>. Fondan talepte bulunma hakkı sadece noterlere tanınmıştır. NK. m. 162 çerçevesinde aleyhine açılan tazminat davasını kaybedip, Mahkeme tarafından zarar görene

---

<sup>74</sup> ULUKAPI, s. 80; ASLAN-DÜZGÜN, s. 500.

<sup>75</sup> İcra yoluyla takipte ise, ilgili makamlara bu başvuruyu zarar gören (tazminat alacaklısı) yerine, onun talebiyle icra müdürü yapar. ULUKAPI, s. 81.

<sup>76</sup> DOĞU, s. 603; ULUKAPI, s. 81; ASLAN-DÜZGÜN, s. 500-501.

<sup>77</sup> Bu hükümlerle fonun teminat altına aldığı tutarın her işlem için üst sınırı ve bir yıl için toplam üst sınırı belirlenmiş olup, bu tutarların her yıl Türkiye Noterler Birliği Yönetim Kurulu'na yeniden değerlendirilmesi öngörülmüştür.

<sup>78</sup> Noterlik faaliyetinden zarar kişilere doğrudan fona başvurarak uğradıkları zararın tazminini isteme hakkının tanınmasının fonun amacına daha uygun düşeceği yönünde: DOĞU, s. 606.

tazminat ödemesine hükmedilen noter, kararın kesinleşmesinden sonra, kesinleşme şerhini taşıyan kararlar birlikte bir dilekçe ile Türkiye Noterler Birliğine başvurarak fondan kendisine Yönetmelikte belirtilen üst sınıra kadar ödeme yapılmasını talep edebilir (TNBHSFY m. 6 f. 1). Ancak hukuki sorumluluk fonu ile sağlanan teminatın tutarı düşüktür ve noterlerin hukuki sorumluluklarının teminat altına alınması bakımından yeterli değildir<sup>79</sup>.

### **3- Mali Sorumluluk Sigortası:**

Gerek NK. m. 38'de düzenlenen teminat hesabı, gerekse de Türkiye Noterler Birliği tarafından oluşturulan Hukuki Sorumluluk Fonu noterin hukuki sorumluluğunu teminat altına almakta yetersiz kalmaktadır. NK. m. 162 kapsamında noterlik faaliyetinden zarar gören kişiye ve hukuki sorumluluğu doğan notere en kapsamlı güvenceyi noterlerin yaptıracağı mesleki mali sorumluluk sigortası sağlamaktadır<sup>80</sup>.

Türkiye Noterler Birliği 80'li yıllardan bu yana sigorta şirketleri ile bütün noterleri kapsayan toplu sigorta sözleşmeleri yapmaktadır<sup>81</sup>. Bunun dışında noterlerin bireysel olarak mali sorumluluk sigortası sözleşmesi akdetmeleri de mümkündür. Mesleki mali sorumluluk sigortası ile sigorta şirketi, sigorta ettirenin (noterler birliği veya noterin) ödediği prim karşılığında, sigortalıyı mesleki faaliyetiyle ilişkili fiillerden zarar gören kişilere ödeyeceği tazminat yükünden kurtarmayı, yani mesleki risk gerçekleştiğinde sigortalıya (zarara sebep olan veya sebep olan kişiyi çalıştıran notere) sözleşme kapsamında ödeme yapmayı taahhüt etmektedir<sup>82</sup>.

Sigortacının sorumluluğunun doğması için riskin gerçekleşmesi gerekir<sup>83</sup>. Öte yandan zararın noterin veya çalışanının kasdi fiilinden

<sup>79</sup> DOĞU, s. 606; ASLAN-DÜZGÜN, s. 501.

<sup>80</sup> ULUKAPI, s. 82; ASLAN-DÜZGÜN, s. 501.

<sup>81</sup> Bu konuda bkz. ULUKAPI, s. 82; ASLAN-DÜZGÜN, s. 502.

<sup>82</sup> ASLAN-DÜZGÜN, s. 502-503.

<sup>83</sup> Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartnamesi B.1. maddesinde bu sigorta kapsamında riskin ne zaman gerçekleştiği düzenlenmiştir. (Şartname için bkz. 26.5.2013 T., 28658 s.lı R.G.) Söz konusu şartname hükmü noterlik mesleki mali sigortası bakımından uygulandığında riskin üç halde gerçekleştiği görülür: Öncelikle, sigortacının yazılı muvafakati dahilinde olmak şartıyla sigortalının (noterin) zarar gören kişiye ödeme yapması halinde risk gerçekleşmiştir. Öte yandan, sigortacının sigortalıya (notere) ayrıca hukuki yardımda da bulunmayı üstlendiği durumlarda, zarar görenin notere karşı NK m. 162 uyarınca zararının tazminini noterden talep ettiğinin veya notere karşı tazminat davası açtığından sigorta ettiren tarafından sigortacıya bildirildiği anda risk gerçekleşmiş olur. Bunun dışında risk, notere karşı açılan tazminat davasında zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın noterin sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması ile gerçekleşir. Bu konuda bkz. ayrıca ASLAN-

doğmamış olması gerekir. Zira TTK. m. 1429 f. 2'ye göre “*Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur*”. Şu halde, gerek noterin, gerek çalışanlarının kasıtlı olarak işledikleri hukuka aykırı fiillerden ötürü notere yöneltilen tazminat talepleri sigorta kapsamı dışındadır<sup>84</sup>. Bu düzenleme kanaatimizce isabetli değildir. Zira noterin kasıtlı fiillerinden doğan zararların sigorta tarafından karşılanmaması anlaşılabilirse de, noterlik çalışanın kasıtlı fiilinden ötürü de noterin sigorta kapsamı dışında tutulması adil olmayan, teminatın amacına aykırı bir düzenlemedir.

Noterlik faaliyetlerinden ötürü kişilerin uğradıkları zararın tazminini temin etmenin ve noterlerin ödemek zorunda kalacakları tazminat nedeniyle mali açıdan yıkıma uğramalarını engellemenin en etkin yolu mesleki mali sorumluluk sigortalarının sağladığı teminatın kapsamının yüksek tutulması ve sigorta yaptırmanın noterler açısından zorunlu hale getirilmesidir. Öte yandan, noterlerin veya çalışanlarının hukuka aykırı işlemleri nedeniyle zarar gören kişilere sigorta tazminatını doğrudan sigorta şirketinden talep edebilme imkânı tanınması, bu kişilerin noterin ödeme güçsüzlüğüne karşı korunması bakımından isabetli olacaktır. Nitekim, araç işletenin kusursuz sorumluluğu bakımından, Karayolları Trafik Kanunu m. 91. f. 1 ile, araç işletenlere malî sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu getirildiği gibi, aynı kanunun 97. maddesinde, zarar görene, zorunlu malî sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde doğrudan sigortacıya karşı talepte bulunma ve dava açma hakkı tanınmıştır. Aynı çözüm noterlik faaliyetinden zarar gören kişiler bakımından da benimsenebilir.

O halde, Noterlik Kanunu'na “*Noterler noterlik faaliyetinden doğacak zararların tazminini teminat altına almak üzere mesleki mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadırlar. Teminatın asgari sınırı her yıl Türkiye Noterler Birliği tarafından tespit edilir.*

*Hukuka aykırı noterlik faaliyetinden zarar gören, mesleki mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde doğrudan doğruya sigortacıya karşı talepte bulunabileceği gibi dava da açabilir.*” biçiminde bir hükmün eklenmesi uygun olur.

---

DÜZGÜN, s. 506-507.

<sup>84</sup> ASLAN-DÜZGÜN, s. 504.

## SONUÇ

Kanun koyucu noterliğin bir kamu hizmeti olduğunu belirtmiş (NK. m. 1), ancak noterlerin hukuki statüsü konusunda açık bir hüküm getirmemiştir. Pek çok konuda Adalet Bakanlığı'nın izin ve denetimine tâbi olmaları nedeniyle serbest meslek mensubu oldukları söylenemeyen, buna karşılık kamu görevlisi olarak da nitelendirilemeyen noterlerin kendine özgü (*sui generis*) bir hukuki statüleri bulunmaktadır.

Önemli sonuçlar doğuran işlemler yapmakla yetkilendirilmiş olan noterlerin sorumlulukları ağırdır. Noterlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen NK. m. 162'ye göre, noter, hukuka aykırı noterlik faaliyeti nedeniyle zarar gören herkese karşı sorumludur. Noter ile noterlikte iş yaptıran kişi veya noterlik faaliyetinden zarar gören üçüncü kişiler arasında bir özel hukuk sözleşmesi bulunmamaktadır. Olan hukuka (de lege lata) göre, NK. m. 162 f. 1 hükmüyle düzenlenmiş olan noterin gerek kendi fiillerinden, gerek noterlik çalışanlarının fiillerinden ötürü hukuki sorumluluğu bir kusursuz sorumluluktur. Burada, teknik (dar) anlamda bir tehlike sorumluluğu bulunmamakla birlikte, tehlike sorumluluğuna bir faaliyete büyük menfaatler bağlanması, faaliyetteki aksaklıktan büyük zararlar doğma tehlikesinin bulunması ve bu nedenle faaliyet sahibinin doğan zarardan sorumlu tutulması biçiminde geniş bir anlam yüklenirse, bir tür tehlike sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak noterlik faaliyetinin sahibinin sadece noter olduğunu kabul etmek doğru değildir. Devlet noterlik faaliyetinin hukuka uygun olarak görülmesine o kadar büyük bir önem vermektedir ki, bu faaliyeti sürekli izin ve denetimi altında tutmaktadır. Bu bakımdan, bir kamu hizmeti olan noterlik hizmetinin noterler eliyle yürütülmesini sağlayan devletin, faaliyetin asıl sahibi olduğu söylenebilir.

Olmaması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından meseleyi ele alırsak, *sui generis* bir hukuki statüde bulunan noterler bakımından kanun koyucu bir tercih yapılmalıdır. Kanun koyucu noterliği serbest meslek faaliyetine daha yakın görüyorsa, burada diğer serbest meslek sahiplerinin hukuki sorumluluğunda olduğu gibi, noterin hukuki sorumluluğu da kusur sorumluluğu olmalıdır. Bu durumda, noterin çalışanlarının fiillerinden ötürü sorumluluğu da noterin kurtuluş kanıtı getirme imkânının bulunduğu, çalışanlar üzerindeki özen ödevinin ihlali esasına dayalı bir kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmelidir. Buna karşılık, kanun koyucu, noteri kamu görevlilerine daha yakın görüyorsa, o zaman bir kamu hizmeti olan noterlik

faaliyetinin asıl sahibinin devlet olduğunu dikkate almalıdır. Bu durumda tapu sicilinin tutulmasından ötürü devletin sorumluluğunda (MK. m. 1007) olduğu gibi, devletin kusursuz sorumluluk esasına dayalı olarak aslı sorumlu olması, şayet kusuru varsa notere rücu edebilmesi isabetli olur.

Noterin hukuki sorumluluğu mevcut düzenlemeye göre bir kusursuz sorumluluk halidir. Bu itibarla noterin NK m. 162 uyarınca sorumlu tutulabilmesi için haksız fiilin kusur dışındaki unsurları gerçekleşmelidir. Buna göre, noterin veya çalışanının noterlik faaliyetine ilişkin bir fiili bulunmalı; bu fiil objektif olarak hukuka aykırı olmalı; fiilden bir zarar doğmuş olmalı ve fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Nedensellik bağına kesen sebepler kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulanacağı için, üçüncü kişinin veya zarar görenin fiili veya mücbir sebep uygun nedensellik bağına kestiği takdirde noterin sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu itibarla, noterde işlem yaptıran kişinin noteri aldatma kabiliyeti olan sahte kimlik veya belgeler kullandığı durumlarda, üçüncü kişinin ağır kusurlu bu fiili noterin fiili ile oluşan zarar arasındaki nedensellik bağına kesebilir. Öte yandan, noter kendi fiilinden sorumluluktan kusursuz olduğunu ispatlayarak kurtulamayacağı gibi, noterlik çalışanının hukuka aykırı fiilinden sorumluluktan da kendi kusurunun veya çalışanının kusurunun bulunmadığını kanıtlayarak kurtulamaz.

Noterin hukuki sorumluluğunun şartları gerçekleştiğinde, noterin noterlik faaliyetinden zarar gören kişiye karşı tazminat ödeme yükümlülüğü doğar (NK. m. 162). Burada sorumluluğun sonuçları bakımından haksız fiilleri düzenleyen genel hükümler uygulanır.

Noterin hukuki sorumluluğu doğduğunda, gerek tazminat ödemek zorunda olan noterin mali açıdan yıkıma uğramaması, gerek zarar gören kişinin tazminatı tümüyle elde edebilmesi için çeşitli teminatlar oluşturulmuştur. Bunlar arasında en etkili güvenceyi mesleki mali sorumluluk sigortaları sağlamaktadır. Bu itibarla, mesleki mali sorumluluk sigortalarının sağladığı teminatların kapsamı yüksek tutulmalı; sigorta yaptırmak noterler açısından zorunlu hale getirilmeli; zarar görene, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde doğrudan sigortacıya karşı talepte bulunma ve dava açma hakkı tanınmalıdır.

## KAYNAKÇA

**ASLAN-DÜZGÜN, Ülgen**, Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. XVII, Sa. 1-2, s. 491-512.

**ATABEK Reşat**, Noter; Mali Sorumluluk Sigortası, TNBHD, Ağustos 1974, Sa. 3, s. 16-20.

**ATAMER, Yeşim**, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı Ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996.

**DEDEAĞAÇ, Ender**, Noterlerin Tazminat Hukuku Açısından Sorumluluğu, TNBHD, 2006, Sa. 130, s. 92-98.

**DOĞU, Engin**, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1979, C. 5, Sa. 3, s. 579-610.

**EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b. 14, Ankara 2012.

**FELLMANN, Walter**, Berner Kommentar, Bd. IV/2/2, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992.

**GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, b. 1, İstanbul 2001.

**İNAN, Atilla**, Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Sayıştay Dergisi, Sa. 36, s. 25-35.

**KARTAL, Bilâl**, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1998, C. 24, Sa. 3, s. 340-355.

**KELLER, Max/SCMIED-SYZ, Carole**, Haftpflichtrecht, Zürich 2001.

**KICALIOĞLU, Mustafa**, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, Temmuz 2007, Sa. 11, s. 131-145.

**KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz**, Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1984, Sa. 2, s. 175-284.

**MERİÇ, Nihat**, 1512 Sayılı Noterlik Yasasınının 162. Maddesi İle İlgili Düşünceler, TNBHD, 1994, Sa. 83, s. 39-42.

**MOOSER, Michel**, La Responsabilité du notaire en relation avec le



nouveau droit de la protection de l'adulte, Revue suisse de notariat et du registre foncier (RNRF), 2013, C. 94, Sa. 3, s. 161-180. (Kısaltma : Responsabilité du notaire)

**MOOSER, Michel**, Présentation générale du sujet, Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars / L'obligation d'informer du notaire, Zürich-Basel-Genf 2006, s. 43- 65. (Kısaltma: Présentation générale)

**NART, Serdar**, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Dkuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sa.: 2009, C. 11, s. 425-452.

**OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, b. 10, İstanbul 2013.

**OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 693-714.

**ÖZBEK, Mustafa Serdar**, Noter Senetlerinde Sahtelik, Ankara 2009.

**PULAŞLI, Hasan**, Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, TNBHD, 1983,Sa. 39, s. 10-16.

**REY, Heinz**, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008.

**SİRMEN, Ayşe Lâle**, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Ankara 1976.

**ŞENOCAK, Zarife**, Avukatın Akdî Sorumluluğunun Şartları, Ankara Barosu Dergisi, 1998/2, s. 5-33.

**TANDOĞAN, Hâluk**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 1981. (Kısaltma: Kusura Dayanmayan Sorumluluk)

**TANDOĞAN, Hâluk**, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010. (Kısaltma: Mesuliyet)

**TANRIVER, Süha**, Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 577-597. (Kısaltma: Avrupa Birliği)

**TANRIVER, Süha**, Noterlerin İşlevleri Alanındaki Yeni Açılımlar ve Bu Bağlamda Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun



Tasarısı Taslağının İrdelenmesi, TNBHD, Kasım 2004, Sa. 124, s. 56-68.  
(Kısaltma: Noterlerin İşlevleri)

**TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.

**TOPÇUOĞLU, Metin**, Noter İle İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği, BATİDER, 2000, C. XX, Sa. 4, s. 191-213.

**ULUKAPI, Ömer**, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Noterlik Hukuku Sempozyumu: I-II, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, NOTEV (Noterlik Hukuk Araştırma Enstitüsü) Yayınları No: 1, Ankara 1997, s. 65-85.

**ULUKAPI, Ömer/ATALI, Murat**, Noterlik Hukuku, Konya 1994.

**ÜNAL, Mehmet**, 1512 Sayılı Noterlik Yasasınının 162. Maddesi (Noterin Hukuki Sorumluluğu), TNBHD, 1999, Sa. 101, s. 48-53.

## **KISALTMALAR**

Art.	: Artikel
b.	: Bası
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
Bd.	: Band
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt

dn.	: Dip Notu
eBK	: (818 sayılı) Eski Borçlar Kanunu
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
N	: Numara
NK	: Noterlik Kanunu
RG	: Resmi Gazete
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
TNBHSFY	: Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliği
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Yarg.	: Yargıtay

# TİCARET ŞİRKETLERİNDE GENEL KURUL YAPILMAMASININ HUKUKİ VE CEZAI YAPTIRIMLARI

Fahri ÖZSUNGUR\*

## ÖZET

*Genel kurulun tüzel kişi topluluklarının vazgeçilmez bir parçası olması, ticaret hayatındaki önemini vurgulamaya yetmez. Genel kurul ticaret şirketlerinin karar mekanizması olmasının yanı sıra varlıklarının dayandıkları en önemli organdır. 6102 sayılı TTK ile getirilen yenilikler, genel kurulun önemini daha da artırmış ancak genel kurulun yapılmaması durumundaki yaptırımların uygulanması açısından açık noktaları kapatmamıştır. Teoride mevzuata konulan hükümler, pratikte tam anlamı ile uygulama alanı bulamamıştır. Teori ve pratiğin bir araya gelmesi ve genel kurulun yapılmamasının açık bir yaptırıma tabi tutulması şirketlerin denetiminin artmasını, teorik yani salt yazıda ve kayıta kalan şirket tiplerinin azalmasını sağlayacaktır. Bu makalede, ticaret şirketlerinden özellikle anonim, limited ve kooperatif şirketlerinin genel kurul yapmamalarının hangi yaptırımlara bağlandığı mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenmiş, denetim mekanizmasının çalıştırılması konusuna yer verilmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Genel kurul, hukuki yaptırım, cezai yaptırım, genel kurulda yaptırım, genel kurul yapılmaması

## LEGAL AND PENAL SANCTIONS FOR THE FAILURE OF HOLDING GENERAL ASSEMBLIES AT TRADING COMPANIES

### ABSTRACT

*The importance of general assemblies, which are inevitable parts of legal entities, can not be overemphasized for the world of commerce. In addition to being the decision mechanism for trading companies, general assemblies are the most important organ which form their basis. Reforms introduced with the Turkish Commercial Code number 6102 further increased the importance of general assemblies, but did not closed the gaps from the point of sanctions applied when general assemblies are not duly held. Provisions included in the legislation in theory could not be applied in full in practical terms. Bringing the theory and the practice together and applying clear sanctions for the failure to hold general assemblies would increase the level of control on companies and reduce the number of virtual companies which only exist on the paper. In this paper, sanctions applied for trading companies when general*

---

\* Av., Adana Ticaret Sicili Müdür Yardımcısı, E-Posta: ticaretsicili@gmail.com.

*assemblies are not held were reviewed particularly for joint incorporated companies, limited companies and cooperative companies, and the issue of operating related control mechanisms were studied.*

**Keywords:** *General assembly, legal sanction, penal sanction, general assembly sanction, failure to hold general assembly*

## **GİRİŞ**

Ticaret şirketlerinde genel kurul, ticaret hukuku ve tüzel kişilik açısından önem arz eden organlardan biridir. Genel kurul, tüzel kişiliğin özelliklerinden biri olan organ yapısının temel taşlarını oluşturur. Ticaret şirketlerinin, hukuk süjesi<sup>1</sup> ve tüzel kişi olmalarının hukuki sonucu olarak genel kurul toplantılarını yapması gerekmektedir. Ancak genel kurul, tüzel kişi olmanın kendisine yüklediği görevleri yerine getirmeyebilir ya da toplantıya çağrılmayabilir. Genel kurul, mevzuat hükümlerine uygun olarak toplanmadığı veya genel kurul toplantısı için gerekli çağrılar yapılmadığı durumlarda, bu durumlara sebebiyet veren sorumlu kişiler hakkında hukuki ve cezai yaptırımların uygulanması ticaret hukuku açısından bir gerekliliktir.

6102 sayılı TTK'da genel kurul yapılmamasının hukuki ve cezai yaptırımları<sup>2</sup> kesin sınırlar içerisinde öngörülmemiştir. Genel kurulun toplanmaması ya da toplantıya çağrılmaması şirket içi ya da dışındaki diğer kişileri olumsuz yönde etkileyebilecek, bazı zararların oluşmasına sebebiyet verebilecektir. Ekonomik hayatın istikrarlı bir şekilde ilerlemesi şirketlerin etkin ve sürekli<sup>3</sup> olmasına bağlıdır. Bu bağlamda, genel kurulun herhangi bir sebeple ya da toplantıya çağrılmaması sonucu yapılamaması ekonomik hayatın istikrarlılığını etkileyebileceğinden, bu duruma bağlanmış olan hukuki ve cezai yaptırımların sınırlarının mevzuat hükümleri çerçevesinde tespiti gerekmektedir.

### **I.Kavram**

“*Genel kurul*”, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile kooperatiflerdeki genel kurulu ve şahıs şirketlerindeki ortaklar kurulunu ifade etmektedir. Bu tanımlama TTK m. 135/1' de az

<sup>1</sup> İsviçre hukukunda hukuk süjesi “Sujets/Rechtsträger/soggetti guiridici” olarak ifade edilmektedir.

<sup>2</sup> Anonim şirketlerde hukuki ve cezai sorumluluk durumları için Bkz., Karahan, ss.781-817.

<sup>3</sup> Belirttiğimiz “Sürekli”, şirket sözleşmesi ile belirlenmiş, mevzuat ile ya da yargı kararları ile sınırlanmış olan süre içerisindeki ticari akışın ve hukuki statünün sürekliliği durumudur.

sonra da bahsi yapılacağı üzere belirli konularla ve hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır. Aynı madde hükmüne göre, genel kurul gerektiğinde ortakların tümünü ifade etmektedir. 6102 sayılı TTK 135 inci madde gerekçesinde, “*genel kurul*” kavramının şahıs şirketlerinde kullanılan bir kavram olmadığı ancak TTK m. 134 ila 194 üncü maddelerde ortaklar kurulunu ya da ortakların tümünü ifade ettiği açıklanmıştır. Bu yoldan hareketle gerek kanun metni gerekse gerekçesi, “*genel kurul*” kavramının hangi şirketler için kullanılacağı konusunda yeterli açıklamalar vermemektedir. Ayrıca TTK m. 135/1’de ifade edilen “*gerektiğinde ortakların tümünü*” ifadesinin hangi gereken durumlar olduğu da açıklığa kavuşturulmuş değildir. Tamamen yoruma açık olan bu ifade ile “*genel kurul*” kavramının sınırları tam olarak çizilmemiş aksine açık bırakılmıştır.

TTK m. 134 ila 194 arasında ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değişikliği işlemlerine ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme hakkında kıyas yolu ile uygulanacak hukuk kuralları da bu hükümler arasında yer almaktadır. Birleşme, bölünme ve tür değişikliği işlemleri ile ilgili olarak TTK m. 134 ila 194 arasında kooperatifler, sermaye şirketleri, kolektif ve komandit şirketler, şahıs şirketleri, ticari işletmelerden bahsedilmektedir. TTK m. 135/1’de “*gerektiğinde ortakların tümünü.*” ifadesi ile madde aslında ve gerekçesinde bahsi geçen “...134 ilâ 194 üncü maddelerde ortaklar kurulunu ve/veya ortakların tümünü, yani tüm ortakları da ifade etmektedir.” açıklamaları birbirleriyle örtüşüyor gibi görünse de kavram açıklamasında kanun metninde geçen kelime ile “*genel kurul*” kavramına ucu açık bir anlam yüklenmiştir. Zira bölünme, birleşme ve tür değişikliği işlemleri için “*genel kurul*” kavramı madde gerekçesi ile birçok ticari işletmeye işaret edilmiştir. Bu madde metni ile önce genel kurulun sınırları çizilmeye çalışılmış, sonrasında “*gerektiğinde ortakların tümünü*” denilerek madde gerekçesinden de öte bir anlam genişliği sağlanmıştır. Bu nedenle, madde gerekçesi ile madde metni arasında anlam genişliği bağlamında uyumsuzluk olduğu kanaatindeyiz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 135 inci maddesinin birinci fıkrasında da belirtildiği üzere “Şirket”<sup>4</sup> kelimesi “ticaret şirketleri”ne işaret etmektedir. Aynı kanunun 124 üncü maddesinin birinci fıkrasında ise “ticaret şirketleri”<sup>5</sup>, kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketleri ile sınırlanmıştır. Bu bağlamda, genel

<sup>4</sup> Bkz., Göktürk, Kürşat, “Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Mayıs 2013, C. XVII, Sa. 1-2, (s. 631-662), s. 634 vd.

<sup>5</sup> Bkz., Bilgili/Demirkapı, s. 51.

kurul kavramının ticaret şirketleri olan kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketleri ile sınırlandırılması gerektiği kanaatindeyiz.

## **II. İsviçre Hukukunda Genel Kurul Yapılmaması Durumunda Sorumluluk**

“Sorumluluk”<sup>6</sup> ana başlığı ile “Yönetim ve Tasfiye”<sup>7</sup> başlığı altında düzenlenmiş olan CO Art. 754’ten 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na alınan mehz kanun metni TTK 553 üncü maddeyi oluşturmaktadır. TTK m. 553 hükmü 6762 sayılı kanunun 309 uncu maddesine<sup>8</sup> karşılık gelen hükmünden farklılıklar göstermektedir. Belirgin farklılıklardan birisi, 6762 sayılı TTK m. 309 hükmü doğrudan ve dolaylı zararların her ikisine de uygulanabilir olmamasına karşın, 6102 sayılı TTK 553 üncü madde hükmü her ikisine de uygulanabilir bir hükümdür.<sup>9</sup>

İsviçre Borçlar Kanunu m. 754/1<sup>10</sup> özellikle yönetim kurulu üyeleri, tüm yöneticiler, hissedarlar ve tasfiye yetkililerinin sorumlulukları ile ilgilidir. Madde metninde yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan/ilgili kişiler<sup>11</sup>olarak çevrilebilecek metin İsviçre hukukunda geniş anlamda kullanılmaktadır. Bu sebeple, 6102 sayılı TTK m. 553 gerekçesinde,

<sup>6</sup> Anılan kelime İsviçre Borçlar Kanunu’nda “Responsabilité” başlığı altında düzenlenmiştir.

<sup>7</sup> Anılan kelime İsviçre Borçlar Kanunu’nda “Dans l’administration, la gestion et la liquidation” başlığı altında düzenlenmiştir.

<sup>8</sup> Anılan madde hükmü “Şirketin 305, 306, 307 ve 308 inci maddelerde yazılı fiillerle ızzar edilmesi halinde, bundan, dolayısıyla zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklılarının dava hakları vardır. Ancak, hükümlenacak tazminat şirkete verilir. Şirketin iflası halinde pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının haiz oldukları haklar iflas idaresine ait olur. Bu hususta İcra ve İflas Kanununun 245 inci maddesi hükmü caridir. Mesul olan kimselerin cümlesi aleyhinde şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilir. Mesul olan kimselere karşı tazminat istemek hakkı davacının zararı ve mesul olan kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararı doğuran fiilin vukuu tarihinden itibaren beş yıl geçmekle müruruzamana uğrar. Şu kadar ki; bu fiil cezayı müstelzim olup Ceza Kanununa göre müddeti daha uzun müruruzamana tabi bulunuyorsa tazminat davasına da o müruruzaman tatbik olunur.” şeklindedir.

<sup>9</sup> Aynı konuya ilişkin Bkz., Pulaşlı, s. 2033, 2014.; Kendigelen, s. 459.; Bilgili/Demirkapı, s. 650.; Karahan, s. 802.; Pulaşlı, s. 336, 2006.; Şener, s. 407.; Tekinalp, s. 238, 2011.; Tekinalp, s. 398, 2013.

<sup>10</sup> CO Art. 754 madde metninin aslı “1 Les membres du conseil d’administration et toutes les personnes qui s’occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l’égard de la société, de même qu’envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu’ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs.” şeklindedir.

<sup>11</sup> Anılan metnin aslı “Les membres du conseil d’administration et toutes les personnes quis’occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l’égard de la société,” şeklindedir.

“Yöneticiler” kelimesinin kullanılmasının daha doğru olduğu ifade edilmiştir. İsviçre hukukunda yönetim kurulunun sorumluluğu, hakları ihlal edilen hisse sahiplerine karşı tazminat yükümlülüğünü içerir. Yönetim kurulunun sorumluluğu, kasten ya da ihmali davranış ile mümkündür. Bu sorumluluk sadece yönetim kurulu ile sınırlı değildir. Yönetim ile ilgili herkes şirkete karşı, kasten ya da ihmali davranışları<sup>12</sup> ile verdikleri zararlardan sorumludur.<sup>13</sup> Bu nedenle, İsviçre hukukunda yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler, sorumluluğun yükleneceği kişi anlamında geniş düşünülmelidir.<sup>14</sup>

TTK m. 553’te “Kurucular” kelimesinden bahsedilmiş ancak bu kelimeye mehzaz kanun metninde yer verilmemiştir. Kurucuların sorumluluğuna ise İsviçre Borçlar Kanunu m. 753’te yer verilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu m. 753’te kuruluşa ilişkin sorumluluk ağırlık kazanırken, m.754’te ise yönetim ve tasfiye ile uğraşanların sorumlulukları belirgindir. İsviçre Borçlar Kanunu’nda yetkililerin sorumlulukları geniş anlamda kullanılmıştır. Ancak TTK m. 553’te ise sorumluluk, kanun ve esas sözleşme ile sınırlı tutulmuştur. 6102 sayılı TTK gerekçesinde ise kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m. 753’te yer verilen “Yükümlerin ihlali” ifadesinin geniş anlamda olduğu ifade edilmiş, açık bir ifade olmadığı ve somutlaştırmadığı yönünden eleştirel bir bakış açısı geliştirilmiştir. Ancak yerel hukuk kurallarının ve esas sözleşmenin de öngöremeyeceği hukuki, teknolojik, ekonomik ve sosyal gelişmeler meydana gelebilir. Değişen şartlar, sosyal, ekonomik ve siyasi politikalar yerel mevzuatların değiştirilmesini gerektirebilir. Böyle bir durumda mevzuat metinleri ile sorumluluk hukukunun çerçevesini şirketler hukuku yönünden bu şekilde çizmek hakların ihlaline ya da kaybına sebebiyet verebilir. Zira TTK m. 553/1’de belirtilen “Yöneticiler” kelimesinin yorumlanması 6102 sayılı TTK gerekçesinde öğretiyeye ve yargı kararlarına<sup>15</sup> bırakılırken, sorumluluğun sınırlarının açıkça çizilmeye çalışılması kanaatimizce uygulama açısından

<sup>12</sup> Sorumluluğun kasti ya da ihmali davranışla mümkün olduğu hakkında Bkz., Fortmoser, Peter, “Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates: Teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung”, Der Schweizer Treuhänder 5/02, <http://www.fortmoser.ch/publications/articles/2002-aufgaben-st.pdf>, s. 488.

<sup>13</sup> Oberson, Filiales suisses vs. Succursales suisses: Aspects juridiques et fiscaux., [http://www.unige.ch/droit/mbi/upload/pdf/M\\_moire\\_MBL\\_-\\_Genevi\\_ve\\_Siffert.pdf](http://www.unige.ch/droit/mbi/upload/pdf/M_moire_MBL_-_Genevi_ve_Siffert.pdf), s. 32.

<sup>14</sup> Sorumluluğun yükleneceği kişilerin geniş düşünülmesi gerektiği hakkında Bkz., Bertschinger, Urs, s. 10.; Jörg, Florian S., “Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht”, [http://www.frogstyle.ch/froriep/download/Altes\\_und\\_Neues\\_zum\\_Konzerngesellschaftsrecht.pdf](http://www.frogstyle.ch/froriep/download/Altes_und_Neues_zum_Konzerngesellschaftsrecht.pdf), s. 106.

<sup>15</sup> Hükmün uygulanış tarzı ve hakimin takdir yetkisini kullanması için Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 88.

çelişki doğuracaktır. Aynı şekilde, yöneticilerin tayini konusunda hukuk yaratma ihtimali daha yüksek olacak, sorumluluk sınırları açısından ise kanun ve esas sözleşmede hüküm olmayan fiili olgular karşısında hukuk yaratma durumu ortaya çıkacak ve her iki durum için farklı uygulamaların ortaya çıkması uygulama sorunlarını beraberinde getirecektir.

### **III. Alman Hukukunda Genel Kurul Yapılmaması Durumunda Sorumluluk**

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'na göre genel kurulun toplantısına çağırılı, yönetim kurulu yapar.<sup>16</sup> Aksi sözleşme ile öngörülmemiş ise genel kurul toplantıları şirketin ticaret siciline tescilli merkez adresinde yılda en az bir defa yapılır.<sup>17</sup> Genel kurul yapılmaması durumundaki sorumlulukların uygulama alanı bulabileceği hükümler aynı kanunun 117 nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre şirketin zararına hareket eden yönetim kurulu ve denetim kurulu üyeleri, oluşan zararını ödemekle yükümlüdür. Tazminat istekleri aynı hükümle beş yıllık zamanaşımı süresine bağlanmıştır. Böylelikle AktG § 121/2'deki yükümlülüklerini kasten (vorsätzlich)<sup>18</sup> yerine getirmeyerek genel kurulu toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri, genel kurulun toplanmaması sebebiyle oluşan zararlardan AktG § 117/1 gereği sorumludur.

Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch) altıncı bölümünde HGB Art. 331 ve devamı maddelerinde adli ve idari para cezaları<sup>19</sup> düzenlenmiştir. “Bußgeldvorschriften” yani “Cezalar” başlığı altında düzenlenmiş olan HGB Art. 334'te bir kısım fiiller için cezai hükümler öngörülmüştür. Özellikle finansal tablolar ve defterlerin tutulmaması HGB Art. 331 ve 334 hükümleri gereği cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Ancak genel kurulun toplanmamasının açık bir yaptırıma bağlandığı bir hüküm gerek Alman Ticaret Kanunu'nda gerekse Alman Paylı Ortaklıklar (Anonim Şirketler) Kanunu'nda bulunmamaktadır.

### **IV. Türk Hukukunda Genel Kurul Yapılmamasının Yaptırımları**

Genel kurulun yapılmaması durumu, “aktif” ya da “pasif eylem” ile gerçekleşebilir. Aktif eylemde olağan ya da olağanüstü genel kurul

---

<sup>16</sup> AktG § 121.

<sup>17</sup> AktG § 121/5.

<sup>18</sup> Kasten zarar verme hakkında Bkz., Bollmann, Christian-Friedrich, s. 26. Ayrıca Bkz., Friedrich, Marc A., s. 16.

<sup>19</sup> Adli ve idari para cezası Alman Ticaret Kanunu'nda “Sechster Unterabschnitt Straf- und Bußgeldvorschriften Ordnungsgelder” şeklinde yer almaktadır.



toplantısı için önceden toplantı hazırlıkları yapılmıştır. Aktif eylemde toplantının yapılması hazırlıklara rağmen önceden ya da toplantı esnasında engellenmektedir. Toplantıya yapılacak bir fiili ya da terör saldırısı gibi suç unsuru taşıyan eylemler “aktif eylem”lerdir. Aynı şekilde toplantı gündem maddesinin ilanında yapılan bir usulsüzlük ya da sahtecilik ile genel kuruldan toplantıya katılacakların haberinin olmamasının sağlanması da aktif eyleme örnek verilebilir. Bu tip eylemlerin konusu açıkça suç unsuru taşıdığından ve Türk Ceza Kanunu’nda uygulama alanı bulduğundan, makalede pasif eylem üzerinde durulacaktır.

“Pasif eylem” bir hukuk süjesinin hiçbir etkili eylemi olmaksızın, kanun ve/veya sözleşme tarafından kendisine verilen yetkileri kullanmayarak gerçekleştirilmesi kanunla zorunlu hale getirilmiş olan hukuki bir işlemin yapılmasına sessiz kalması sonucunda ortaya çıkan durumdur. Görüleceği üzere pasif eylemin unsurları, “Hukuk süjesi”, “Kanun ve/veya sözleşme ile yetkinin verilmiş olması”, “Kanun ve/veya sözleşme ile verilmiş olan yetkinin hiç kullanılmaması”, “Gerçekleştirilmesi kanunla zorunlu hale getirilmiş olan hukuki bir işlem”dir. Pasif eylem, bir hukuk süjesi tarafından yapılması kanunla zorunlu bir hukuki işlemin gerçekleştirilmesine sessiz kalınması sonucu ortaya çıkan durumdur. Çok taraflı<sup>20</sup> bir hukuki işlem olan genel kurul kararının alınması için ilgilileri tarafından sessiz kalınması durumunda pasif eylem meydana gelecektir. Pasif eylemde, eylem hiç gerçekleştirilmez.<sup>21</sup> Eylemin eksik gerçekleştirilmesi durumunda ise ihmalden bahsetmek mümkündür. Az sonra pasif eylemin hukuki<sup>22</sup> ve cezai yaptırımları konusuna değinilecektir.

#### **a. Genel Kurul Yapılmamasının Hukuki Yaptırımları**

6102 sayılı TTK m. 409 hükmü anonim şirketlerin, 617 nci maddesi ise limited şirketlerin olağan genel kurul toplantılarının her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapmaları gerektiği hükümlerini içermektedir. Kooperatiflerin ise 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 45 inci maddesinde belirtildiği üzere her faaliyet dönemi sonundan itibaren altı ay içinde her yıl en az bir defa olağan genel kurullarını yapmaları gerekmektedir. Ancak

<sup>20</sup> Genel kurul kararının çok taraflı hukuki işlem olduğu yönündeki görüşü için Bkz., Pulaşlı, s. 709, 2014.

<sup>21</sup> Hukuki olguların gerçekleşmesi öncesindeki bekleme durumu (Vorstufe des Rechts) için Bkz., Antalya, s. 46.

<sup>22</sup> Tarafların birbirilerini fiilen doğru anlamamaları neticesinde ortaya çıkan olası hukuki uyumsuzluk durumunda sorunun “Yeni güven teorisi” ile çözülmesi konusunda Bkz. Eren, s. 154., Yavuz, s. 90, 111, 142, 446, 734, 1378.

bu toplantıların yapılmaması açıkça hiçbir yaptırıma bağlanmamıştır. Aynı şekilde şirket ortaklarının toplantıya çağrılmaması durumu ile ilgili de bir yaptırım açıkça öngörülmemiştir.

6102 sayılı TTK m. 530<sup>23</sup> da ve 636/2' de uzun bir süre zarfında şirketin gerekli organlarından birisi mevcut değilse ya da genel kurul herhangi bir şekilde toplanamıyorsa ve şirketin durumu mevcut yasal düzenlemelere uygun hale getirilmiyorsa, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi şirketin feshine karar verir. Böylelikle genel kurul yapılmaması asliye ticaret mahkemesince verilecek “*şirketin feshine ilişkin karar verme*” hukuki yaptırımına bağlanmıştır. Gerçekten de şirketin feshi, şirket ve şirket ortakları için büyük bir yaptırımdır.

Genel kurul yapılmamasının hukuki yaptırıma bağlandığını gösteren en önemli kanıtlardan birisi 6102 sayılı TTK m. 553<sup>24</sup> ve 644 üncü hükümleridir. Bu hükümlere göre anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ile limited şirketlerde şirket müdürleri, genel kurulu toplantıya çağırılmamalarından<sup>25</sup> dolayı genel kurulun toplantı yapılmamasına sebebiyet verdikleri için, bu hükümler uyarınca, kanundan ve şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlâl etmeleri nedeni ile ortaya çıkabilecek zararlardan dolayı sorumlu olacaklardır. Oluşan zararların tazmini için şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklıları dava açabilecektir. Dava, kusurlarıyla kanundan ya da esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine

<sup>23</sup> Anılan madde metni “(1) Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli olan organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığının istemi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, yönetim kurulunu da dinleyerek şirketin durumunu kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirler. Bu süre içinde durum düzeltilmezse, mahkeme şirketin feshine karar verir. (2) Dava açıldığında mahkeme, taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alabilir.” şeklindedir.

<sup>24</sup> Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu başlığı altında düzenlenmiş olan 6102 sayılı TTK 553 üncü maddesinde “(1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. (2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar. (3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz.” denilmektedir.

<sup>25</sup> Yönetim kurulu ve tasfiye memurunun genel kurulu toplantıya çağırılmaları konusunda Bkz. Şener, s. 444.

getirmeyerek genel kurulun toplanmamasına pasif eylemleriyle neden olan kurucu, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurlarına karşı açılacaktır. Aleyhine dava açılacak kurucu, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurlarına izafe edilebilecek tazmin miktarı ve bu kişilerin sorumlulukları, yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettiği ölçüdedir. Şirketin zarara uğraması durumunda TTK m. 555'e göre pay sahiplerinin her biri ve şirket, bu zararların tazminini isteyebilir. Pay sahipleri talep ettikleri tazminat tutarlarının şahıslarına ödenmesini talep edemezler. Bu tazminat tutarlarının ancak şirkete ödenmesi talep edilebilir. Pay sahibinin, şirketin uğradığı zararlar için açacağı davalarda, davaya dayanak olguların maddi ve hukuki sebeplerle desteklenmesi gerekmektedir. Dava konusunun ispata elverişli maddi sebepleri, tek başına davayı ispata yeterli olmayacaktır. Bu sebeplerin aynı zamanda hukuki sebepleri de içermesi gerekmektedir.

Genel kurul yapılmamasının hukuki yaptırıma bağlandığını gösteren diğer bir kanıt ise; sermayenin kaybı, borca batık olma durumu başlığı altında düzenlenmiş olan 6102 sayılı TTK m. 376 hükmüdür. Anılan hükme göre anonim şirketlerde son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığında, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar. Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı yönetim kurulunca anlaşılması halinde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer. Sona erme genel kurulun toplanmamasının hukuki yaptırımıdır.

Toplantının ertelenmesi başlığı altında düzenlenmiş olan TTK m. 420/2'ye göre azlığın istemiyle bir defa ertelendikten sonra finansal tabloların müzakeresinin tekrar geri bırakılmasının istenebilmesi için, finansal tabloların itiraza uğrayan ve tutanağa geçmiş bulunan noktaları hakkında, ilgililer tarafından, dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri uyarınca cevap verilmemiş olması şarttır. Birinci fıkra hükmüne göre, finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular, sermayenin onda birine, halka açık şirketlerde yirmide birine sahip pay sahiplerinin istemi üzerine, genel kurulun bir karar almasına gerek olmaksızın, toplantı başkanının kararıyla bir ay sonraya bırakılabilirken, ikinci fıkrada genel kurulun ertelenmesi belirli bir şarta bağlanmıştır. Böylece genel kurulun toplanmaması ikinci fıkradaki şartların varlığı yaptırımına bağlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında bir kelime eksikliği olduğunu da

belirtmek isteriz. Zira ikinci fıkranın ikinci cümlesinin başında geçen”....  
*geri bırakılmasının istenebilmesi,.....olması şarttır.”* şeklinde olduğu  
görölmektedir. Cümlede “*istenebilmesi*” kelimesinden sonra “*için*” kelimesinin  
gelmesi gerektiği kanaatindeyiz.<sup>26</sup>

Limited şirketlerin esas sermaye payının geçişini düzenleyen TTK m.  
595/7’ye göre, ortaklar genel kurulunun onayına sunulan ve tarafların imzaları  
noterden onaylı yazılı bir pay devri başvuru tarihinden itibaren en geç üç ay  
içinde genel kurul tarafından reddedilmediği takdirde onay verilmiş sayılır.  
Bu durum, ortaklar genel kurulunun limited şirketlerde en önemli karar organı  
olmasına rağmen, toplanmaması ya da konu ile ilgili karar almamasını “Onay  
vermiş sayılma” durumu ile hukuki bir yaptırıma bağlandığını göstermektedir.  
Böylelikle genel kurul, toplanmaması sebebiyle pay geçiş işlemi onaylamaz  
ise bu pay geçişi üç ayın sonunda onaylanmış sayılacak ve genel kurul  
toplanmaksızın şirketi ilgilendiren önemli bir işlem kabul görmüş sayılacaktır.  
Yani limited şirket, genel kurulun toplanmaması, toplantısız onay ile hukuki  
bir yaptırımla karşı karşıya kalacaktır.

Denetçinin sorumluluğunu düzenleyen TTK 554 üncü maddesinde  
denetçi ve özel denetçilerin sorumluluklarından bahsedilmiştir. Kanun metninin  
birinci fıkrasında bir yandan “Şirketin ve şirketler topluluğunun yılsonu ve  
konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını denetleyen denetçi ve  
özel denetçiler. “ ifadesi kullanılırken diğer yandan “Kanuni görevlerinin  
yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde.” ifadesi kullanılarak  
cümle devam ettirilmiştir. Madde gerekçesinde sorumluluğun kusur ilkesine  
bağlandığı ve şartları uyuyorsa teselsüle ilişkin TTK 557<sup>27</sup> nci maddenin  
uygulanacağı ifade edilmiştir. Kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde  
kusurlu hareket ettikleri takdirde denetçiler hem şirkete hem de pay sahipleri  
ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarar nedeni ile sorumludur. Dolayısı  
ile genel kurulun toplanmaması ile ilgili kendisine kusur izafe edilebilecek ve  
kanuni görevlerini yerine getirmemesinden kaynaklanan bir zarar doğmuş ise

<sup>26</sup> TTK m. 420/2 hükmü “Azlığın istemiyle bir defa ertelendikten sonra finansal tabloların mü-  
zakeresinin tekrar geri bırakılmasının istenebilmesi (*için*), finansal tabloların itiraza uğrayan  
ve tutanağa geçmiş bulunan noktaları hakkında, ilgililer tarafından, dürüst hesap verme ölçü-  
sü ilkeleri uyarınca cevap verilmemiş olması şarttır.” şeklinde olmalıdır.

<sup>27</sup> (1) Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, ku-  
suruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zar-  
ardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur. (2) Davacı birden çok sorumlu kişiyi  
zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat  
borcunu belirlemesini isteyebilir. (3) Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün  
gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir.

bu durumda şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan dolayı denetçilerin sorumlulukları doğacaktır.

Yönetim kurulu üyesi, genel kurulun iznini almaksızın şirketle kendisi ya da bir başkası adına işlem yapamaz.<sup>28</sup> Genel kurulun izninin alınmaması şirkete, yönetim kurulu tarafından izinsiz yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürme hakkı verir. İşlemin batıl olduğunu ileri sürme hakkı sadece şirkette olup işlemin diğer tarafının böyle bir hakkı bulunmamaktadır. TTK m. 395/1'de düzenlenmiş olan bu hüküm ile yönetim kurulu üyesinin şirketle işlem yapma iznini almamış olması, şirkete işlemin batıl olduğunu ileri sürme hakkı vermesi yönünden yönetim kurulu üyesi aleyhine bir hukuki yaptırıma bağlanmıştır. Bu durumda izin alınmaması genel kurulun toplanmaması ile de mümkündür. Zira genel kurul yapılamaz ise izin de alınmaz. Böylece genel kurul toplanmadığı için yönetim kurulunun şirketle işlem yapma izni alamamış olması ve buna rağmen izinsiz işlem yapmış olması da aynı yaptırıma bağlanmıştır.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda genel kurul yapılmaması bir kısım hukuki yaptırımlara bağlanmıştır. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 43 üncü maddesi yönetim kurulu veya ana sözleşme ile bu hususta yetkili kılınan diğer bir organ ve gerektiğinde denetçiler kurulu, ortağı olduğu üst birlik ve tasfiye memurları genel kurulu toplantıya çağırma yetkisine sahiptir. Bu sayılanların genel kurulu toplantıya çağırmasında, genel kurulu kooperatifin türüne göre ilgili Bakanlık toplantıya çağırma yetkisine sahiptir. Aynı kanunun 44 üncü maddesine göre dört ortaktan az olmamak koşulu ile ortak sayısının aşgari onda birinin isteği ile genel kurul toplantıya çağrılır. Bu görevi yönetim kurulu yerine getirmek durumundadır. İsteğin on gün içinde yerine getirilmemesi durumunda genel kurulun toplanmasını isteyenler kooperatifin ilgili olduğu bakanlığa başvurabilirler. Bakanlığın genel kurulu çağırmasında ise kooperatif merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye müracaat edilerek genel kurulu bizzat toplantıya çağırma izni alınabilir. Bu ihtimaller dahilinde genel kurul üç yıl olağan genel kurul yapmazsa, kooperatif 1163 sayılı kanunun 81/6 hükmü gereğince dağılır. Tüm anlatılanlar ışığında genel kurulun yapılmaması, aynı kanunun 43 ve 44 üncü maddeleri gereğince genel kurulun çağrılmasındaki yetkinin Bakanlığa ve mahkemeye geçmesi hukuki yaptırımına bağlanmıştır. Aynı şekilde 3 yıl olağan genel kurul yapılmaması da, 1163 sayılı yasanın 81/6 hükmü gereğince kooperatifin dağılması hukuki yaptırımına bağlanmıştır.

<sup>28</sup> Ortaklıkla işlem yapma yasağı konusunda Bkz., Tekinalp, s. 160, 2011.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 62 nci maddesinde yönetim kurulunun sorumluluğu<sup>29</sup> düzenlenmiştir. Bu hükme göre “Yönetim Kurulu, kooperatif işlerinin yönetim(i)<sup>30</sup> için gereken titizliği gösterir ve kooperatifin başarısı ve gelişmesi yolunda bütün gayretini sarf eder. Yönetim Kurulu, kendi tutanakları ile genel kurul tutanaklarının, gerekli defterlerin ve ortak listelerinin muntazam hazırlanıp, tutulup, saklanmasından ve işletme hesabiyle, yıllık bilançonun kanuni hükümlere uygun olarak hazırlanıp tetkik olunmak üzere denetleme kuruluna verilmesinden sorumludur. Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.” denilmektedir. Burada düzenlenmiş olan hüküm aslında yönetim kurulunun genel kurulun toplantılarını denetimini de içermektedir. Bu hüküm genel kurulun olağan genel kurullarını yapması ve bu genel kurul tutanağını deftere işleme konusundaki sorumluluğunu kapsamaktadır. Ayrıca genel kurulun toplantıya çağırılmamasından dolayı kusuru oranında meydana gelen zararlar nedeni ile yönetim kurulunun sorumluluğu vardır. Yine 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 98 inci maddesinin yollaması ile Kooperatifler Kanunu'nda aksine açıklama bulunmayan durumlarda Türk Ticaret Kanunu'ndaki anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanacaktır.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 63 üncü maddesinde ise genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma olgusundan bahsedilmektedir. Bu hükme göre kooperatifin aczi halinde bulunduğunu kabul ettirecek ciddi sebepler varsa yönetim kurulu piyasada cari fiyatlar esas olmak üzere, derhal bir ara bilançosu tanzim eder, Son yılın bilançosu veya daha sonra yapılan bir tasfiye bilançosu ya da ara bilançosu kooperatif mevcudunun, borçlarını artık karşılamayacağını belirtiyorsa, yönetim kurulu durumu kooperatif ilgilisi bakanlığa bildirir ve genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırır. Bu hüküm aslında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen 62 nci maddenin sorumluluk bağlamında devamı niteliğindedir. Olağan genel kurula çağırılmama ilişkin pasif eylem, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun ek ikinci maddesinin ikinci fıkrası ile cezai yaptırımlara bağlanmışken, olağanüstü genel kurula çağırılmama ilişkin pasif eylem açık bir yaptırıma bağlanmamıştır. Diğer taraftan, yönetim kurulu üyeleri aynı kanunun 62 nci

---

<sup>29</sup> Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 832.

<sup>30</sup> Madde metnindeki “yönetim” kelimesi “yönetimi” şeklinde olmalıdır.

maddesi hükmü gereğince olağanüstü genel kurulu toplantıya çağırılmaları durumunda, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumlu olur ve suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılırlar.

Genel kurulda kararın alınamayacak olması, genel kurulun yapılamayacağı anlamına gelmez. Böyle istisnai duruma, tek kişilik anonim şirketlerde, tek ortağın yönetim kurulu üyesi olması ve bu üyenin genel kurulda ibra edilmesi durumu örnek olarak verilebilir.<sup>31</sup> Oy hakkında yoksunluk durumlarını düzenleyen 6102 sayılı TTK 619 ve 436 ncı madde hükümlerine göre, limited şirketlerde herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılmış bulunanlar ile anonim şirketlerde şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, ibraları ile ilgili kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamazlar. İbra, kanunla genel kurulun onayına bağlanmıştır. Genel kurul, kendi onayına bağlanan “İbra”nın oyların kullanılamaması nedeniyle alınamaması durumunda, ibraya karar vermeksizin, ibraya dair olgulara işaret ederek, gündemdeki diğer maddeleri görüşebilir. Şirkette tek ortak ve aynı ortağın yönetim kurulu ya da müdür olması durumunda ibra açıkça yapılsa dahi, olağan genel kurulda finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, kârın kullanım şekli, dağıtılacak kâr ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesi hususları görüşüleceğinden bu hususların görüşülmesi ve mevzuat ile şirket sözleşmesine aykırı bir durum bulunmaması karşısında ibra hukuken yapılmış sayılır.<sup>32</sup> Tek kişilik şirketlerde ya da aynı sayıda görev yapan şirketlerin tüm ortaklarının müdür ya da yönetim kurulu üyesi olması sebebiyle bunların ibra edilememesi sorununa, bir çözüm bulunması gerekmektedir. İbrada bu kişilerin oy kullanmasının kısıtlanmış olması, bu tip istisnai durumlarda nasıl hareket edileceği yönünde kuşklar doğurmaktadır. Bu kuşkların giderilmesi, ibrada kendisi adına oy hakkını kullanmama durumunun ortadan kaldırılması ile mümkün olacaktır. Bu nedenle genel kurulda ibrası yapılacak yönetim kurulu üyesinin, aynı zamanda şirketin tek ortağı olması durumunda kanaatimizce ibranın yapılabilmesi gerekir. Sorunun bu şekilde çözülmesi, kurumsal

<sup>31</sup> Böyle bir durumda, genel kurulda ibra yapılmamasının, ibranın verilmediği şeklinde nitelendirilmemesi gerektiği hakkındaki haklı görüş için Bkz., Tekinalp, s. 254, 2013.

<sup>32</sup> Olağan genel kurul ve toplantı çeşitleri 28.11.2012 tarih 28481 sayılı RG.’de yayımlanmış olan Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m. 5/a hükmünde ifade edilmektedir.



yönetim ilkelerinin<sup>33</sup> temelinde yatan süreklilik ve sürdürülebilirlik<sup>34</sup> esasına uygun düşecek, aynı şekilde şirket ile organlarının istikrarlılığı da sağlanmış olacaktır.

### **b. Genel Kurul Yapılmamasının Cezai Yaptırımları**

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun ek ikinci maddesinin ikinci fıkrasına göre genel kurulu olağan toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri altı aya kadar hapis ve otuz günden üç yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 67 nci maddesine<sup>35</sup> aykırı hareket eden kooperatif ve üst kuruluşlarının denetim kurulu üyeleri bir aydan altı aya kadar hapis ve otuz günden üç yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Kooperatifi denetlemeye yetkili bakanlık, kooperatifler ve üst kuruluşlarının yönetim ve denetim kurulu üyeleri ile memurları hakkında görevlerine ilişkin olarak işledikleri suçlardan dolayı açılan kamu davalarına katılma talebinde bulunabilir. Genel kurulun toplanmamasının doğal bir neticesi de denetçinin katılmaması durumunu oluşturduğundan, madde hükmündeki yaptırımı genel kurulun toplanmamasının dolaylı yaptırımı olarak ifade etmek mümkündür.

Genel kurul toplantı ve müzakere defteri<sup>36</sup>, TTK m. 64/4' de belirtildiği

---

<sup>33</sup> Kurumsal Yönetim ilkeleri Alman hukukunda “Deutsche Corporate Governance Kodex” adıyla anılmaktadır. Anılan ilkelere Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu arasında işbirliği, şeffaflık, Raporlama ve Yıllık Mali Tabloların Denetimi gibi ilkeleri kapsamaktadır. İlkelerde özellikle yönetim kurulunun yükümlülükleri, işletmenin varlığını sürdürmesi, piyasa ekonomisine sürekli ve uygun bir değer kazandırmak vurgulanmıştır. Süreklilik ve sürdürülebilirlik, hesap verilebilirlik, eşitlik ve şeffaflık bu ilkelerin temelinde yatar. Bu ilkeler yerel ekonomi ve dış yatırımcı için güven ilişkisinin kurulmasını kolaylaştırmayı hedefler. Konu ile ilgili Bkz., Pulaşlı, s. 280, 2006.

<sup>34</sup> Anılan ilkelerin temelini ifade edildiği Alman Hükümet Komisyonu (Regierungskommission) tarafından sunulmuş olan Deutscher Corporate Governance Kodex'te yer alan “Präambel” yani “Önsöz” başlığı altındaki madde metni “Der Kodex verdeutlicht die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat, im Einklang mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen (Unternehmensinteresse)” şeklindedir. Anılan madde metninde, yönetim ve denetim kurulunun yükümlülükleri açısından, piyasa ekonomisine ve sürdürülebilir şirket çıkarlarına uyum sağlamanın hedeflendiği ifade edilmiştir. Aynı düşünce ve görüşler için Bkz., Bürgers/Körber, s. 1277.

<sup>35</sup> Anılan kanun metninde “Denetçiler yönetim ve genel kurul toplantılarına katılırlar. Ancak, yönetim kurulunda oy kullanamazlar.” denilmektedir. Genel kurulun toplanmamasının doğal neticesi denetçinin de toplantıya katılmaması ya da katılmaması olduğundan, bu hükmü genel kurulun toplanmamasının dolaylı bir etkisi olarak görmek gerekir.

<sup>36</sup> 6102 sayılı TTK ile toplantı ve müzakere defterinin yönetim kurulu defteri gibi önemli bir işleve sahip olacağı yönündeki görüş için Bkz., Kendigelen, s. 307.



üzere ticari defterlerdendir. Cezai sorumluluk<sup>37</sup> hükümlerini düzenleyen TTK m. 562/5-c'ye göre ticari defterlerin mevcut olmaması veya hiçbir kayıt içermemesi ya da TTK'ya uygun bir şekilde saklanmaması durumunda sorumlular, üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır. Genel kurul toplantı ve müzakere defterine, yapılan genel kurulların tutanakları işlenir. Genel kurul toplantı ve müzakere defterini tutması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi TTK m. 375/1-f'e göre yönetim kurulunun devredilemez, vazgeçilemez görev ve yetkileri arasında yer almaktadır. Bu yükümlülükler ve sorumluluklar birlikte düşünüldüğünde, genel kurulun hiç yapılmaması sebebiyle olağan genel kurulların deftere geçirilmemiş olması TTK m. 562/5-c'deki yaptırımı gerektirir. Genel kurulun kuruluştan itibaren hiç yapılmaması durumunda genel kurul ve müzakere defteri hiçbir kayıt içermeyeceğinden, genel kurulun yapılmaması yönetim kuruluna cezai yaptırımı gerektirecektir.

### **c. Genel Kurul Yapılmamasındaki Sorumlulukta Zamanaşımı**

Genel kurul yapılmamasına sebebiyet veren ya da genel kurulu çağırarak görevli olanların görevlerini yerine getirmemelerinden dolayı oluşan sorumluluk durumunda, sorumlular aleyhine şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi içerisinde dava açılabilir. Fiil, eylemin niteliğine ve 5237 sayılı TCK'ya göre daha uzun bir dava zamanaşımını gerektiriyorsa, sorumluluk gereği açılacak tazminat davasına bu uzun zamanaşımı süresi uygulanır. Zamanaşımı ve yetkili mahkeme konuları TTK m. 560 ve 561'de düzenlenmiştir.<sup>38</sup>

Sorumlulukta zamanaşımı, Kooperatifler Kanunu'nun 37 nci maddesinde de düzenlenmiştir. Ancak anılan hüküm genel kurul yapılmamasından ya da genel kurulun toplantıya çağırılmamasından kaynaklanan tazminat haklarına yönelik bir hüküm değildir. Bu hükme göre alacaklıların, ortakların şahsi sorumluluklarından doğan isteme hakları, daha önce kanuni bir hüküm gereğince düşmedikçe iflas işlemlerinin sona ermesinden başlayarak bir yıl süre ile alacaklılardan her biri tarafından ileri sürülebilir. Ortakların birbirine

<sup>37</sup> Cezai sorumluluk hükümleri için Bkz., Kendigelen, ss. 470-474.

<sup>38</sup> Bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 172.

olan rücu hakları da bu hakka vücut veren ödemenin yapıldığı andan başlamak üzere bir yıl içinde zamanaşımına uğrar. Kooperatiflerin genel kurullarının yapılmamasından dolayı oluşacak zararlardan dolayı 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 98 inci maddesinin yollaması nedeni ile TTK m. 560/1'deki beş yıllık zamanaşımı süresi kooperatifler için de geçerlidir.

### **SONUÇ**

Ticaret şirketlerinin genel kurullarını ya da ortaklar kurullarını yapmamaları durumunda hangi hukuki ya da cezai yaptırımlarla karşılaşılacağı konusunda mevzuatımızda çerçevesi çizilmiş açık bir hüküm mevcut değildir. Genel kurulların toplanmaması beraberinde ticari<sup>39</sup>, sosyal, hukuki ve daha birçok yönden olumsuzlukları beraberinde getirebilir. Markalaşma yolunda ilerleyen, bilişim teknolojisinin gelişmesi ile birlikte değişen şartlara uyum sağlamaya çalışan şirketler, yatırımları ve aldıkları kararlar sayesinde ticari hayatı doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle, genel kurulların şirket ile ilgili kararlarını almak üzere toplanmaması ticari hayat açısından büyük sorunları beraberinde getirebilecektir. Zira ekonomi halkasındaki bir zincirin kopması, diğer halkaları da etkileyecektir.

Ticaret şirketlerinden özellikle anonim, limited ve kooperatiflerin genel kurullarının herhangi bir sebeple yapılamamasının hukuki yaptırımlardan çok cezai yaptırımlara bağlanma gereksinimi vardır. Şeffaf, denetlenebilir ve açık bir yönetim için genel kurulun haklı bir gerekçe olmaksızın yapılmamasının çerçevesi çizilmiş ve açık cezai hükümlere bağlanması gerekmektedir. Ticari hayattaki güvenin salt ülke içi ekonomideki güven olarak algılanmaması gerekir. Zira çok uluslu şirketler dünya ekonomisinde hızlı bir şekilde yayılmakta ve bir çoğu ise uluslararası piyasada ülke adı ile anılmaktadır.<sup>40</sup> Bu nedenle ekonomi zincirinin temellerini oluşturan şirketlerin en önemli organlarından birisi olan genel kurullarının toplanmaması sebebiyle diğer tarafların veya şirketin uğrayacağı zararlardan dolayı cezai müeyyidelerin artırılması ve çerçevesi çizilmiş hükümlere<sup>41</sup> bağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda genel kurulun toplanmamasının salt hukuki yaptırımlara bağlanması yeterli olmayacaktır.

---

<sup>39</sup> Tasarruf-yatırım ilişkisindeki dengesizliklerin ekonomik gerilemeye neden olduğuna dair açıklamalar sunan hızlandırıcı prensibi için Bkz. Parasız. s. 252.

<sup>40</sup> Bkz. Seyidoğlu s. 6.

<sup>41</sup> Çerçevesi çizilmiş hükümlerden kasıt, tamamen sınırlandırılmış hükümler değildir. Zira sorumluluk hukukunu tamamen sınırlandırmak mümkün değildir.

## KAYNAKÇA

ANTALYA, O. Gökhan, (2009). *Miras Hukuku*. İstanbul.

BERTSCHINGER, Urs. (2012). “*Führung und Verantwortung in der Aktiengesellschaft Aktuelle Fragen und Perspektiven für die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung*”, Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2012, Band 1: Versicherung in Wissenschaft und Praxis. St. Gallen.

BİLGİLİ, Fatih/Demirkapı, Ertan. (2013). *Şirketler Hukuku*. Bursa.

BOLLMANN, Christian-Friedrich. (1995). *Untersuchungen über das Spar-, Giro-, und Kreditwesen Der Schadenersatzanspruch gemäß § 317 AktG bei Schädigung der abhängigen Eine-Person-AG*, Duncker&Humblot, Berlin.

BÜRGERS, Tobias/Körber, Torsten. (2011). *Aktiengesetz*, 2. Baskı, C. F. Müller, Hamburg.

EREN, Fikret. (2013). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara.

FORTMOSER, Peter, “*Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates: Teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung*”, Der Schweizer Treuhänder 5/02. (ss. 485-493) 5 Haziran 2014 <http://www.forstmoser.ch/publications/articles/2002-aufgaben-st.pdf> adresinden erişildi.

FRIEDRICH, Marc A. (2002). D&O Liability: Die Haftung des Managements nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Karlsruhe.

GÖKTÜRK, Kürşat. *Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Mayıs 2013, C. XVII, Sa. 1-2, (s. 631-662).

JÖRG, Florian S., “*Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht*”, (ss. 19-121) 06 Haziran 2014 [http://www.frogstyle.ch/froriep/download/Altes\\_und\\_Neues\\_zum\\_Konzerngesellschaftsrecht.pdf](http://www.frogstyle.ch/froriep/download/Altes_und_Neues_zum_Konzerngesellschaftsrecht.pdf) adresinden erişildi.

KARAHAN, Sami. (2013). *Şirketler Hukuku*. Konya.

KENDİGELEN, Abuzer. (2012). *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul.

OBERSON, Xavier. (2010, 31 Ağustos). “*Filiales suisses vs. Succursales suisses: Aspects juridiques et fiscaux*”. (ss. 1-95) 08 Mayıs 2014

[http://www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/M\\_moire\\_MBL\\_-\\_Genevi\\_ve\\_Siffert.pdf](http://www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/M_moire_MBL_-_Genevi_ve_Siffert.pdf) adresinden erişildi.

OĞUZMAN, M. Kemal/Barlas, Nami. (2013). *Medeni Hukuk*. İstanbul.

PARASIZ, İlker. (2007). *Para Teorisi ve Politikası*. Bursa.

POROY, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin. (1993). *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*. İstanbul.

PULAŞLI, Hasan. (2014). *Şirketler Hukuku Şerhi*. Ankara.

PULAŞLI, Hasan. (2006). *Şirketler Hukuku Temel Esaslar*. Adana.

SEYİDOĞLU, Halil, (2001). *Uluslararası İktisat*. İstanbul.

ŞENER, Oruç Hami. (2012). *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*. Balçova.

TEKİNALP, Ünal. (2011). *Tek Kişilik Ortaklık I, Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık*. İstanbul.

TEKİNALP, Ünal. (2013). *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul.

YAVUZ, Cevdet. (2013). *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul.

## **YARARLANILAN WEB SİTELERİ**

Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations). 30 Nisan 2014 <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/201401010000/220.pdf> adresinden erişildi.

Aktiengesetz (AktG). 7 Mayıs 2014 <http://www.buzer.de/gesetz/4702/> adresinden erişildi.

Handelsgesetzbuch 7 Mayıs 2014 <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hgb/gesamt.pdf> adresinden erişildi.

German Corporate Governance Code 08 Mayıs 2014 [http://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/en/download/code/D\\_CorGov\\_final\\_2013.pdf](http://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/en/download/code/D_CorGov_final_2013.pdf) adresinden erişildi.

Deutscher Corporate Governance Kodex 8 Mayıs 2014 [http://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/D\\_CorGov](http://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/D_CorGov)

Endfassung\_2013.pdf adresinden erişildi.

Filiales suisses vs. Succursales suisses :

Aspects juridiques et fiscaux 08 Mayıs 2014 [http://www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/M\\_moire\\_MBL\\_-\\_Genevi\\_ve\\_Siffert.pdf](http://www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/M_moire_MBL_-_Genevi_ve_Siffert.pdf) adresinden erişildi.

Deutscher Corporate Governance Kodex 5 Haziran 2014 [http://www.atterra.de/public/download/ANT-DCGK\\_2010\\_CorGov.pdf](http://www.atterra.de/public/download/ANT-DCGK_2010_CorGov.pdf) adresinden erişildi.

## **KISALTMALAR CETVELİ**

AktG	: Deutsches Aktiengesetz (Alman Anonim Şirketler Kanunu)
Art	: Article
CO	: Code des Obligations suisse (İsviçre Borçlar Kanunu)
HGB	: Handelsgesetzbuch
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
KVK	: Kurumlar Vergisi Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu



# KOOPERATİF YÖNETİCİLERİNİN GÖREVDEN ALINMASI VE KOOPERATİFLERDE DENETİM SORUNU

Hamdi PINAR\*

## ÖZET

*Türkiye’de günümüzde faaliyet gösteren 26 ayrı türde 84.232 kooperatif bulunmakta olup, bunların ortak sayıları toplamı ise 8.109.225’tir. Türkiye’de bulunan kooperatiflerin büyük bölümünü konut yapı kooperatifleri ve tarımsal alandaki kooperatiflerden oluşmaktadır. Kooperatifler alanında 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (KoopK) dışında 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanun (TarKKoopB-Kanunu) ile 4572 sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun yürürlüktedir. Türk Ticaret Kanununa göre kooperatifler aynı zamanda bir ticaret şirkettir. KoopK’da yönetim kurulu üyeliğinin kazanılması ve yitirilmesine ilişkin toplu ve düzenli hükümler bulunmamaktadır. KoopK m. 90 kapsamında ilgili bakanlıklara, kooperatifler ve üst örgütler ile bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin görevlerine, kanunda belirtilen şartların varlığı halinde, tedbir amaçlı son verilebilme yetkisi verilmiştir (KoopK m. 90/3). Çalışma kapsamında yöneticilerin görevden alınması ve bununla bağlantılı olarak kooperatiflerde teftiş ve denetim konusu öncelikle genel nitelikteki KoopK ve devamında özel nitelikteki kanuni düzenleme olan TarKKoopB-Kanunu hükümleri çerçevesinde incelenecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** Türkiye, Kooperatif, Tarım ve Kredi Kooperatifleri, Yönetim Kurulu, Denetim.

## REMOVAL OF MEMBERS OF ADMINISTRATIVE BOARD AND DIRECTORS OF COOPERATIVE AND AUDIT PROBLEM IN COOPERATIVES

### ABSTRACT

*There are 84.232 cooperatives that are active in Turkey in 26 different types, with 8.109.225 companions in total. Most of the cooperatives in Turkey are in the form of housing cooperatives and agricultural cooperatives. The laws currently in force governing cooperatives are Law No. 1163 of Cooperatives, Law No. 1581 of Agricultural Credit Cooperatives and Associations, and Law No. 4572 of Agriculture Sales Cooperatives and Associations. According to Turkish Commercial Law, cooperatives are also commercial partnerships. In the Law of Cooperatives, collective and systematic rules regulating the attainment and loss of membership in*

\* Yrd. Doç. Dr., LL.M., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

*the administrative board do not exist. Article 90 of Law of Cooperatives authorizes relevant ministries to terminate board memberships and remove senior executives of cooperatives, associations and their privities as a precautionary measure, when the conditions laid down in the law are realized (Art. 90/3). In this paper, removal of members of administrative board and directors, and consequently the matter of supervision and audit in cooperatives will be examined within the framework of Law of Cooperatives, and more specifically, Law of Agricultural Credit Cooperatives and Associations.*

**Keywords:** *Turkey, Cooperative, Agricultural Credit Cooperatives, Administrative Board, Audit*

## **I. GİRİŞ**

6183 sayılı Kooperatifler Kanunu (KoopK) m. 1'e göre, tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir. Bu tanımda da vurgulandığı üzere, kooperatiflerin amacı ortaklarının ekonomik menfaatlerini geliştirmektir. Birey çapında yapılan bu amaç, ortak sayısı ile doğru orantılı olarak aynı zamanda geniş kapsamlı ve çok yönlü olmaktadır.

Tarihsel gelişimine bakıldığında kooperatifçiliğin Türkiye'deki ilk uygulaması Mithat Paşa tarafından 1863 yılında devlet eliyle kurulan "memleket sandıkları" ile (tarım kredi kooperatifçiliği benzeri bir yapı) başlayıp günümüze kadar gelişerek geldiği görülmektedir<sup>1</sup>. Türkiye'de günümüzde faaliyet gösteren 26 ayrı türde 84.232 kooperatif bulunmaktadır, bunların ortak sayıları toplamı ise 8.109.225'tir. Ülke genelindeki yaklaşık 84.000 kooperatiften, 13.000'inin tarımsal amaçlı, 71.000'inin tarım dışı amaçlarla kurulmuştur. Kooperatifler içinde toplam 54.996 konut yapı kooperatif bulunmaktadır ki, bu rakam toplam kooperatif sayısı içinde yüzde 65'lik bir payı ifade etmektedir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Türkiye'de kooperatifçiliğin tarihi gelişimi hakkında bkz. *Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Stratejisi ve Eylem Planı 2012-2016*, s. 16 (<http://www.alomaliye.com/2012/turkiye-kooperatifcilik-stratejisi-eylem-planı-2012-2016.htm>, erişim: 12.6.2014); BİLGİN, N. / TANIYICI, Ş.: Türkiye'de Kooperatif ve Devlet İlişkilerinin Tarihi Gelişimi, *KMU İİBF Dergisi* 2008, Yıl: 10, Sa. 15, s. 136 vd.

<sup>2</sup> Türkiye'de istatistiklere göre son yıllarda en çok kurulan kooperatifler yapı kooperatifleri,



## Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu

Kooperatiflerin kurulmasında ve yürütülmesinde ortaklar arasında ve ortaklarla yöneticiler arasındaki ilişkide en belirleyici unsurların başında muhakkak ki karşılıklı güven ve yöneticilere güven gelmektedir. Güven düzeyi yükseldikçe kooperatifler açısından çok yönlü yararların ortaya çıktığı ve kooperatif işlerinin de kolaylaştığı birçok piyasa araştırması ile ortaya çıkmıştır<sup>3</sup>.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan *Strateji ve Eylem Planı 2012-2016*'da öncelikle sorun olarak tespit edilen konulardan biri de kooperatiflerde denetim sorunudur. Gerçekten kooperatifler, yapıları itibariyle çok sayıda kimsenin belirli bir ekonomik amaç etrafında bir araya gelmek suretiyle faaliyet gösterdikleri güvene dayalı kuruluşlardır. Bu Planda, ülkemiz kooperatifçiliğinde etkili bir denetimin maalesef yapılamadığı vurgulanmaktadır. Bunun en önemli sebebi ise, kooperatiflerde denetim kurulu üyeleri, genellikle uzman olmayan kişilerden oluşması ve bu kişilerin kanun ve anasözleşmeden kaynaklanan görev ve sorumluluklarını da yeterince bilmemesi veya yerine getirmemesidir. Türkiye'de bulunan kooperatiflerin büyük bölümünün konut yapı kooperatiflerinden oluşması ve özellikle bazı konut yapı kooperatiflerinde yaşanan başarısızlıklar ve suiistimallerden ötürü, denetim sorunu sıklıkla gündeme gelmekte, kamuoyunda bu kuruluşların denetimsiz örgütler olduğu izlenimi oluştuğu ifade edilmektedir. Haliyle bu durum, kooperatiflere bakış açısını olumsuz etkilemekte ve kooperatifçilikte ciddi bir imaj sorunu yaratmaktadır<sup>4</sup>.

Bu çalışmada, kooperatiflere ilişkin yürürlükteki mevzuatın bazı hükümlerinin yorumlanması ve ortaya çıkan sonuçların uygulamaya yol göstermesi amaçlanmıştır. Türkiye'de kooperatifçilik konusunda 6183 sayılı KoopK dışında iki kanuni düzenleme daha bulunmaktadır. Dolayısıyla Türkiye'de hem genel nitelikte kanun olarak 6183 sayılı KoopK'ya tâbi olan kooperatifler hem de özel düzenlemesi yapılmış olan kooperatifler bulunmaktadır. Bu özel düzenlemeler ise 1581 sayılı Tarım Kredi

---

tarımsal kooperatifler ve taşıma kooperatifleridir. Türkiye'de kooperatifçilik konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Stratejisi ve Eylem Planı 2012-2016*, s. 16 vd.

<sup>3</sup> Bu konuya ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGİN, N. / DEMİRER, H. / İŞLEYEN, A.: Kooperatiflerde Güvenin Sonuçlarına Yönelik Bir Araştırma, C.Ü. İİBF Dergisi 2012, C. 13, Sa. 2, s. 57 vd.; UYSAL, H. T.: Konut Yapı Kooperatiflerinde Yolsuzluk ve Usulsüzlük, Akademi Bakış Dergisi, Temmuz-Ağustos 2012, sa. 31, s. 1 vd.; UYSAL, H. T. / ÇETİN, C.: Konut Yapı Kooperatiflerinde Güven İlişkisi ve Yeni Bir Yaklaşım: Fonksiyonel Değişim Modeli, Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi 2012, C. 8, Sa. 17, s. 129 vd.

<sup>4</sup> *Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Stratejisi ve Eylem Planı 2012-2016*, s. 31 vd.

Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu (TarKKoopB-Kanunu)<sup>5</sup> ve 4572 sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanundur<sup>6</sup>. Bu çalışmada sadece yöneticilerin görevden alınması ile teftiş ve denetim konusu, öncelikle genel nitelikteki 6183 sayılı KoopK ve devamında özel nitelikteki kanuni düzenleme olan 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu hükümleri açısından incelenecektir.

## **II. BİR TİCARİ ŞİRKET OLARAK KOOPERATİF**

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6012 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 124. maddesine göre ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir<sup>7</sup>. Böylece kooperatiflerin ticari şirket olup olmadıkları hususundaki tartışmalar da tamamıyla sona ermiştir<sup>8</sup>. Netice itibarıyla -artık tartışmasız bir şekilde- kooperatifler, tüzel kişiliği haiz ticaret şirkettir. Kooperatif merkez birliklerinin hukuki niteliği KoopK m. 76/1'e göre bir kooperatif olup ve kural olarak da kooperatiflerin kuruluş şekline tâbidir. O halde bir kooperatif şeklinde kurulabilen kooperatif birlikleri ve kooperatif merkez birliği de aynı zamanda 6102 sayılı TTK m. 124'e göre bir ticari şirkettir.

Bir ticari şirket olarak kooperatifler hakkında ilk olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanması akla gelecektir. Ancak Türk Ticaret Kanunu hükümleri ticaret hukuku alanında her konuyu düzenleyen genel nitelikte bir kanuni düzenlemedir. Oysa kooperatifler konusunda özel bir düzenleme olarak 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (KoopK) yürürlüktedir. Dolayısıyla 1163 sayılı KoopK'daki hükümler, 6102 sayılı TTK hükümlerine nazaran öncelikle uygulanmak zorundadır. Bunun sonucu olarak sadece KoopK'da aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanundaki anonim şirketlere ait hükümlerin uygulanacağı yönde sınırlayıcı bir düzenleme yapılmıştır (KoopK m. 98). O halde kooperatifler hususunda öncelikle 1163

<sup>5</sup> Bkz. TEKİNALP, Ü. (Poroy, R. / Çamoğlu, E.): Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10.B., İstanbul 2014, nr. 1769 vd.

<sup>6</sup> 01.6.2000 tarih ve 4572 sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun (RG 16.6.2000 tarihi ve 24081 sayı) olup, bu Kanunun m. 4/4'de yönetim kurulunun "*Bakanlıkça 1163 sayılı Kanunun 90 ıncı maddesi gereği görevlerine tedbiren son verilmesi*" şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bundan dolayı bu çalışmada, Tarım Satış Kooperatif ve Birliklerinde yöneticilerin görevden alınması konusu ayrı bir başlık altında incelenmemiştir.

<sup>7</sup> Türk hukuk sisteminde şirketlerin sınıflandırılması konusunda bkz. POROY, R. (Tekinalp, Ü / Çamoğlu, E.): Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10.B., İstanbul 2014, nr. 16 vd.

<sup>8</sup> POROY (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar 2010, nr. 25; KARAHAN, S. / DERYAL, Y.: Şirketler Hukuku, 2. B., Konya 2013, s. 875 vd. DERYAL, Y.: Türk Hukukunda Kooperatiflerin Hukuki Niteliği Sorunu, Prof. Dr. Oğuz İmregün Armağanı, İstanbul 1998, s. 147 vd.

sayılı KoopK hükümlerini uygulamak ve aksine hüküm olmayan veyahut açık olmayan hususlarda ise TTK'daki anonim şirketlere ilişkin hükümler dikkate alınarak yorum yapılması isabet olacaktır<sup>9</sup>.

### **III. KOOPERATİFLER KANUNUNA GÖRE YÖNETİCİLERİN GÖREVDEN ALINMASI VE DENETİM**

#### **A. Kooperatiflerle İlgili Temel Esaslar ve Yönetim Kurulu**

6183 sayılı KoopK m. 1'de kooperatiflerin tanımı yapılmıştır. Bu hükme göre, tüzel kişiliği haiz olmak üzere kooperatifler gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulabilmektedir. Kooperatiflerin amacı ortaklarının ekonomik menfaatlerini geliştirmek olduğundan kooperatifler, değişir ortaklı ve değişir sermayeli olabilmektedir.

Kooperatifler birçok açıdan TTK'daki anonim şirkete ilişkin hükümlerden ayrılmaktadır. Ancak TTK'ya nazaran özel bir kanun olan KoopK'daki hükümlerde açıkça düzenlenmemiş hususlarda, anonim şirketlere ilişkin hükümler dikkate alınabilecektir (KoopK m. 98). O halde KoopK'da açıkça düzenlenmiş hususlara kısaca bakmakta yarar vardır. Bu hususların başında bir kooperatifin en az 7 ortak tarafından kurulabilmesidir (KoopK m. 2). Böylece 6762 sayılı mülga TTK'da öngörülen 5 ortak şartı ile yeni 6102 sayılı TTK ile getirilen tek kişi anonim şirket kurma imkânı kooperatifler açısından uygulanması mümkün değildir. Kooperatifler Kanunu ve anasözleşme hükümleri içinde kooperatifin faaliyetini yöneten ve onu temsil eden icra organı, yönetim kurulu olup en az üç üyeden oluşmaktadır. Kooperatif yönetim kurulu üyelerinin ve yedeklerinin aynı zamanda kooperatif ortağı olmaları şarttır (KoopK m. 55). Oysa yeni TTK ile anonim şirketlerde yönetim kurullarının en az üç kişiden oluşma şartı kaldırılarak yönetim kurullarının bir veya daha fazla kişiden oluşmasına imkân sağlanmıştır. Aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olma şartı da kaldırılmıştır (TTK m. 359). Bir diğer husus ise yönetim kurulu üyelerinin en çok kaç yıl süre ile seçilebilmesidir. TTK m. 362'ye göre anonim şirketlerde en çok 3 yıl süre ile yönetim kurulu üyeliği seçilebilirken, KoopK m. 57'de yönetim kurulu üyeleri en çok 4 yıl için seçilebileceği düzenlenmiştir<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Bu konudaki tartışmalar ve eleştiriler için bkz. KARAHAN / DERYAL, Şirketler Hukuku, s. 878 vd.

<sup>10</sup> Yönetim kurulu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHAN / DERYAL, Şirketler Hukuku, s. 912 vd.

6762 sayılı mülga TTK'da yer alan veya 6102 sayılı TTK ile getirilen yenilikler, genel nitelikte bir kanun ile getirilmiş olduğu tartışmasızdır. Oysa genel nitelikteki TTK'ya nazaran 1163 sayılı KoopK özel nitelikte bir kanun olduğu için ve KoopK'daki hükümlerin de aynı yönde değiştirilmediği sürece doğrudan anonim şirketlere ilişkin bu hükümlerin uygulanma imkânı hukuken mümkün değildir. Bunun sonucu olarak kooperatiflerin organları ve özellikle de yönetim kuruluna ilişkin KoopK'daki hükümler dikkate alınmak zorundadır.

Yönetim kurulunun yönetim ve temsil yetkisinin kapsamı, sınırlandırılması ve devri hususları 1163 sayılı KoopK m. 56 vd. hükümlerinde açıkça düzenlenmiştir. Yönetim kurulu, KoopK ve anasözleşme hükümlerine göre kooperatifleri yöneten ve onu temsil eden icra organıdır. Ancak yönetim kurulu, yönetim kurulu üyelerinden bir veya bir kaçını kooperatifi temsil yetkisini haiz murahhas üye olarak seçebilir (KoopK m. 56/5). İsterse yönetim kurulu, temsil yetkisini kısmen veya tamamen ve üstelik kooperatif ortağı bulunmaları şart olmayan bir veya birkaç müdüre (doğrusu: murahhas müdür) de devredebilir (KoopK m. 58)<sup>11</sup>. Atama yetkisi olan Kurulun, esas itibariyle ve aksine bir hüküm yoksa azil yani görevden alma yetkisi de vardır. Nitekim kooperatif yönetim kurullarının da azil yetkisi KoopK m. 64'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre kooperatif yönetim kurulu, işlerin görülmesi ile görevlendirdiği kimseleri ve atadığı müdürleri (murahhas aza veya üye/ler) ve diğer temsilci ve vekilleri her zaman azledebilir.

## **B. Üst Örgütlenme ve Bunların Hukukî Niteliği: Kooperatif ve Ticari Şirket**

1163 sayılı KoopK ile getirilen en önemli yeniliklerden biri de kooperatif üst örgütlenmesinin gerçekleştirilmesidir<sup>12</sup>. Kooperatiflerin müşterek menfaatlerini korumak, amaçlarını gerçekleştirmek için iktisadi faaliyette bulunmak, faaliyetlerini koordine etmek ve denetlemek, dış memleketlerle olan münasebetlerini düzenlemek, kooperatifçiliği geliştirmek ve eğitim yapmak, kooperatifçilik konularında tavsiyelerde bulunmak gibi hizmetlerin yerine getirilmesi için üst örgütlenme getirilmiştir. Üst örgütlenmeden kasıt ise, kooperatif birlikleri, kooperatifler merkez birlikleri ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliği'dir (KoopK m. 70)<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Bkz. TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu): Ortaklıklar 2010, nr. 1947 vd. ve 536.

<sup>12</sup> TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu): Ortaklıklar 2010, nr. 1965 vd.

<sup>13</sup> Türkiye'de genel olarak kooperatiflerin üst örgütlenmelere katılımı %25 civarındadır. Ancak Tarım Kredi, Pancar Ekicileri, Tarım Satış ile Esnaf ve Sanatkarlar Kredi ve Kefalet koope-

## Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu

Kooperatif birlikleri, kooperatif şeklinde kurulan ve konuları aynı veya birbiriyle ilgili nitelikte olan 7 veya daha çok kooperatif tarafından kurulabilir (KoopK m. 72).

Kooperatif birlikleri birleşerek kendi aralarında merkez birlikleri kurabilirler (KoopK m. 76). Kooperatif merkez birliklerinin de hukuki niteliği KoopK m. 76/1'e göre bir kooperatif olup kural olarak da kooperatiflerin kuruluş şekline tâbidir. O halde bir kooperatif şeklinde kurulabilen kooperatif birlikleri ve kooperatif merkez birliği aynı zamanda 6102 sayılı TTK m. 124'e göre de ticari bir şirkettir<sup>14</sup>.

### **C. Kooperatiflerde Teftiş ve Denetim Sorunu ve Yöneticilerin Görevden Alınması**

#### **1. Denetim Organı**

Kooperatiflerin bütün işlem ve hesapları denetçiler tarafından denetlenmekte olup denetçiler bu işi de genel kurul adına yapmaktadır. Denetçiler, genel kurulca en az bir yıl için seçilir. Kooperatiflerde en az bir veya daha fazla denetçi seçilebilir. Genel kurul isterse yedek denetçiler de seçebilir. Kanun gereğince genel kurul tarafından seçilen bu denetçilerin ve yedeklerinin kooperatif ortaklarından olması şart değildir (KoopK m. 65).

Denetçilerin denetleme görevleri kapsamında inceleme (KoopK m. 66), rapor düzenleme (KoopK m. 67) ve sır saklama yükümlülüğü (KoopK m. 68) olarak üç görevleri bulunmaktadır<sup>15</sup>.

İnceleme yükümlülüğünü yerine getirirken denetçiler aşağıdaki hususları incelemek zorundadırlar (KoopK m. 66):

(1) Kâr-zarar hesabını, yani gelir-gider hesabının anlaşılması için işletme hesabıyla bilançonun defterlerle uygunluk halinde bulunup bulunmadığı,

---

ratiflerinde ise bu katılımın çok yüksek olduğu belirtilmektedir. Bkz. *Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Stratejisi ve Eylem Planı 2012-2016*, s. 20.

<sup>14</sup> Türkiye Milli Kooperatifler Birliği de aynı şekilde kurulmak zorunda olduğu için yine TTK m. 124'e göre ticari şirkettir.

<sup>15</sup> Kooperatif denetimi ile bağdaşmayan görevler de ayrıca düzenlenmiştir (KoopK m. EK 3). Bu konuda ayrıca üç bakanlık tarafından ortak bir tebliği çıkarılmıştır. Bkz. Kooperatifler ve Üst Kuruluşlarının Yönetim Kurulu Üyeleri ve Denetçileri İle Bunların Eş ve Hısımlarının Bağdaşmayan Görevlerine İlişkin Tebliğ, RG 27.6.2011 tarih ve 27977 sayı. Ayrıca bkz. ÇALIŞKAN, M.: Küçük Torba Yasanın, Kooperatif Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerine Getirdiği İkinci Görev Yasağı, *Mali Çözüm Dergisi*, Mart-Nisan 2011, s. 129 vd.

- (2) Defterlerin düzenli bir surette tutulup tutulmadığı,
- (3) İşletmenin neticeleriyle mameleki hakkında uyulması gerekli olan hükümlere göre işlem yapılıp yapılmadığı,
- (4) Ortakların şahsen sorumlu veya ek ödeme ile yükümlü olan kooperatiflerde denetçiler, ortaklar listesinin usulüne uygun olarak tutulup tutulmadığı.

Denetçilerin bu yükümlülüklerini yerine getirirken yöneticiler, bu maksatla denetçilere defterleri ve belgeleri vermek ve ayrıca istenilen her konu hakkında da bilgi vermekle yükümlüdürler. Böylece ortakların gerekli gördükleri hususlarda denetçilerin dikkatini çekmeye ve açıklama yapılmasını istemeye yetkili olmalarının da bir anlamı olabilecektir (KoopK m. 66/2-3).

Rapor düzenlenme yükümlülüklerini yerine getirmek için denetçiler her yıl yazılı bir raporla beraber tekliflerini genel kurula sunarlar<sup>16</sup>. Bu rapor kapsamında denetçiler, görevleri çerçevesinde işlerin yürütülmesinde gördükleri noksanlıkları, kanun veya anasözleşmeye aykırı hareketleri, bundan sorumlu olanların bağlı buldukları organa ve gerekli hallerde aynı zamanda genel kurula haber vermekle yükümlüdürler. Bu görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmek ve kooperatiflerdeki yapılan faaliyetleri gözlemek amacıyla denetçiler, yönetim ve genel kurul toplantılarına katılırlar. Ancak, denetçilerin yönetim yetkisi olmadığından yönetim kurulunda denetçiler oy kullanamazlar (KoopK m. 67).

Denetçiler, sır saklama yükümlülüğü altında denetim görevini yürütürler. Bu kapsamda denetçiler, görevleri sırasında öğrendikleri ve açıklanmasında kooperatifin veya ortakların şahısları için zarar umulan hususları kooperatif ortaklarına ve üçüncü şahıslara açıklayamazlar (KoopK m. 68)

Denetim organı ve denetçiler konusunda 6183 sayılı Kooperatifler Kanunu getirdiği hükümler dışında kooperatiflerin, anasözleşme ve genel kurul kararı ile denetleme teşkilatı hakkında daha geniş hükümler koymak, denetçilerin görev ve yetkilerini artırmak ve özellikle ara denetlemelerini öngörmelerine de imkân tanımıştır (KoopK m. 69).

---

<sup>16</sup> Bu raporun düzenlenmesinde usul ve esaslara ilişkin bkz. Kooperatifler ve Üst Kuruluşları Denetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurul Toplantılarına Sunacakları Denetim Kurulu Raporunun Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ, RG 11.6.2008 tarih ve 26903 sayı.

## 2. Teftiş ve Denetim

### a) Hukuki Düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi Kararı

Kooperatifler, kendi denetim organı dışında KoopK m. 70 vd.'na göre kooperatif birlikleri, kooperatifler merkez birliklerinin ve KoopK m. 90'a göre de ilgili bakanlığın denetimine tâbidir. Bu tür denetimin genel nitelikte olduğu açıktır. Kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin işlem ve hesapları ile varlıklarını denetleme görevi ilgili bakanlık<sup>17</sup> tarafından müfettişlere, kooperatif kontrolörlerine veya denetim için görevlendirilecek olan personele yaptırılır (KoopK m. 90/1).

Yukarıda ana hatları ile açıklanan denetim organının yetki ve yükümlülükleri ile karşılaştırıldığında ilgili bakanlık ve diğer üst örgütlenmelere verilen denetim çok genel niteliktedir. Sadece KoopK m. 90/3'de kredi verilmesinde denetimin kimin tarafından ve ne şekilde yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, *kooperatifler ve üst kuruluşlarına kredi veren kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve ilgili bakanlıklar; verilen kredilerin açılış gayesine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını, plan ve projesine uygunluğu, teknik özellikleri ve kalite açısından denetleyebilirler.*

Kooperatiflerle ilgili olarak denetim organı dışında ilgili Bakanlığın teftiş ve denetleme yetkisini düzenleyen 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (KoopK) m. 90'da 2010 yılında bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikle ilgili bakanlığa belirli şartların oluşması halinde *"yöneticilerin görevlerine tedbiren son verme"* yetkisi tanınmıştır<sup>18</sup>. Bu değişikliğe karşı yapılan başvuru hakkında Anayasa Mahkemesi, şu gerekçelerle iptal talebinin reddetmiştir<sup>19</sup>: *"İptali istenen 90. maddenin üçüncü fıkrasının 2. cümlesi ile kooperatiflerin*

<sup>17</sup> Bu hükümde (m. 90) geçen "ilgili bakanlık" deyiminden tarımsal amaçlı kooperatifler ve üst kuruluşları için Tarım ve Köyişleri Bakanlığı (2011'den itibaren: *Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı*), yapı kooperatifleri ve üst kuruluşları için Bayındırlık ve İskân Bakanlığı (2011'den itibaren: *Çevre ve Şehircilik Bakanlığı*) ve diğer kooperatifler ve üst kuruluşlar için ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı (2011'den itibaren: *Gümrük ve Ticaret Bakanlığı*) anlaşılır.

<sup>18</sup> Kanun değişikliğinden sonra ilgili bakanlık olan Tarım Bakanlığı yolsuzluk sebebiyle Kayseri Pancar Ekicileri Kooperatifi ve bu kooperatifin iştiraklerinden olan Kayseri Şeker Fabrikası A.Ş. ile Boğazlıyan Şeker Fabrikası A.Ş.'nin yönetim kurulu üyeleri ve şirket yöneticilerini görevden almıştır. Bkz. ÇALIŞKAN, M.: Son Kanun Değişikliği Kapsamında Kooperatif Yöneticilerinin Bakanlıkça Görevden Alınması, Mali Çözüm Dergisi, Ocak-Şubat 2011, s. 159.

<sup>19</sup> AYM, E. 2010/79; K. 2012/9, T. 19.1.2012 R.G. 29.05.2012-sa. 28307 (www.anayasa.gov.tr).



denetiminden sorumlu olan ilgili bakanlıkların denetim elemanlarının yaptığı denetimler sonucunda, kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin, Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin ve bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi durumunda, ilgili bakanlıklara, kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak, gecikmesinde sakınca görülen hallerde ileride telafisi güç veya imkansız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla bu kişilerin görevlerine tedbiren son verebilme yetkisi tanınmıştır. Böylece yasa koyucu idarenin bu yetkiyi hangi hallerde kullanabileceğini açıkça belirlemiştir. Kooperatifler, Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen özel teşebbüs kapsamındadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. Yapılan düzenleme ile Anayasa'daki 'tedbirleri alır' ibaresine paralel olarak, ilgili bakanlıklara yapılan denetimler sonucu hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerin tespiti halinde kooperatif veya diğer üst birliklerin yöneticilerinin görevlerine tedbiren son verebilme yetkisi tanınmıştır. Anayasa'nın 171. maddesine göre devletin kooperatifçiliğin geliştirilmesi için gerekli tedbirleri alması gerekir. Kooperatiflerin kendine özgü yapısı ve önemi nedeniyle Anayasa'ya özel bir madde konarak kooperatiflere verilen değer vurgulanmak istenmiştir. İptali istenen kurala göre, denetim elemanlarının yaptıkları teftiş sonucunda yöneticilerin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin tespiti halinde ilgili bakanlık, yöneticilerin görevlerine tedbiren son verebilecektir. Verilen bu yetkiyle, kooperatifler ile ilgili suistimallerin önüne geçilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 2., 48. ve 171. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

İlgili kanun hükmünü ve Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile karşı oy yazıları da dikkate alındığında aşağıdaki tespitler yapılabilir:

(1) Kooperatiflerin teftiş ve denetimi ilgili bakanlıklar tarafından yapılabilir.

(2) İlgili bakanlıkların denetim elemanlarının yaptığı denetimler sonucunda, kooperatiflerin veya üst örgütlenmelerinin ve bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemleri tespit edilmelidir.

(3) Bizatihi hukuka aykırılık yeterli değildir. Hukuka aykırı eylem ve işlemler dışında ilgili bakanlıklar ayrıca,



## Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu

- a. kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alarak,
- b. gecikmesinde sakınca görülen hallerde
- c. ileride telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla hareket etmek zorundadır.

(4) Yukarıdaki şartlar kümülatif olarak oluşmuşsa bu kişilerin görevlerine sadece tedbiren son verebilme yetkisi ilgili bakanlığa tanınmıştır.

### **b) Yöneticilerin Görevlerine Tedbiren Son Verme**

#### **aa) Genel Olarak**

Türkiye’de hangi alanda olursa olsun kurulmuş tüm kooperatifler ile bunların üst örgütlenmelerinin teftiş ve denetlemesi ile bunların sonuçları KoopK m. 90’da düzenlenmiştir. Bu niteliğinden dolayı da bu hüküm, Türk Ticaret Kanununa nazaran kooperatifler alanında uygulanan özel nitelikte bir düzenlemedir. Ancak kendi alanında daha özel kanunlar bulunduğu takdirde ise tüm kooperatif ve üst örgütlenmelere ilişkin bir hüküm olduğu için genel nitelikte bir kanuni düzenleme halini alacaktır. Bundan dolayı kooperatifler alanında daha özel düzenleyici bir hüküm bulunmadığı takdirde tüm örgütlenmeler kooperatif şeklinde olduğu için KoopK m. 90 uygulama alanı bulabilecektir.

Denetleme, ilgili bakanlık<sup>20</sup> tarafından görevlendirilecek personelle yerine getirilir. Denetlemede kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin işlem ve hesapları ile varlıkları incelenir (KoopK m. 90/1). Kooperatifler ve bunların üst örgütlenmeleri, denetim sonuçlarına göre ilgili bakanlıkça verilecek talimata uymak zorundadırlar. Yapılan denetimler sonucunda, kooperatifler ve üst örgütler ile bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin görevlerine aşağıdaki şartların varlığı halinde tedbiren son verilebilmektedir (KoopK m. 90/3):

(1) Kooperatifler, üst örgütlenme ve bunların iştirakleri denetlenmiş olmalıdır.

<sup>20</sup> Bu hükümde (m. 90) geçen “ilgili bakanlık” deyiminden tarımsal amaçlı kooperatifler ve üst kuruluşları için Tarım ve Köyişleri Bakanlığı (2011’den itibaren: *Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı*), yapı kooperatifleri ve üst kuruluşları için Bayındırlık ve İskân Bakanlığı (2011’den itibaren: *Çevre ve Şehircilik Bakanlığı*) ve diğer kooperatifler ve üst kuruluşlar için ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı (2011’den itibaren: *Gümrük ve Ticaret Bakanlığı*) anlaşılır.

(2) Bu denetim sonucunda yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

(3) Bu eylem ve işlemlerin hukuka aykırılığı hususunda bir tartışmalı durum veya tek taraflı değerlendirme söz konusu olmamalı, bilakis bir açıklık olmalıdır. Örneğin kanunun emredici hükümlerinin ihlâli hususunda tereddüt olmaması hali açıkça hukuka aykırılık için yeterli iken; tartışmalı bir hususta isabetsiz karar ile takdir hakkında yanılmak söz konusu olduğunda açıklık şartı gerçekleşmeyecektir<sup>21</sup>.

(4) İlgili Bakanlık, kamu yararı ve hizmet gereklerini dikkate alarak gecikmesinde sakınca görülen hallerde ileride telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla bu kararı almalıdır.

(5) Yöneticilerin görevlerine ancak ve ancak tedbiren son verebilir.

(6) Yöneticilerin görevlerine tedbiren son verilmesi halinde ilgili bakanlık, bir yıl içerisinde olağanüstü genel kurul toplantısının yapılmasını sağlamak zorundadır.

### **bb) Yöneticiler**

KoopK m. 90'da tedbiren görevden alınacak kişiler olarak; kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin, Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin ve bunların iştiraklerinin "yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticileri" sayılmıştır. Bu şekildeki bir düzenleme tedbir amaçlı da olsa ilgili bakanlıklara görevden alma yetkisi vermektedir. Bu kapsama ise yönetici grubuna dâhil olan kişiler girmektedir. Bu hüküm kapsamının tespitinde hükmün lafzı geniş bir şekilde yorumlamaya müsaittir. Ancak hükmün kapsamının çok geniş bir şekilde yorumlanması, diğer yorum ilkeleriyle ortaya çıkacak sonuçla çelişebilir. Zira kooperatiflerde de (KoopK m. 58)<sup>22</sup> aynı anonim şirketlerde olduğu gibi yönetim kurulu üyeleri arasında görev dağılımı ve yönetim yetkisinin kısmen veya tamamen devri söz konusu olabilmektedir<sup>23</sup>. Hükmün gayesi, yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey

<sup>21</sup> Şirketler hukuku açısından bkz. PINAR, H.: Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu, BATİDER 2009, C. XXV, S. 4, s. 382 vd. ve 392 vd.

<sup>22</sup> KoopK m. 58: *Anasözleşme, Genel Kurula veya Yönetim Kuruluna, kooperatifin yönetimini ve temsilini kısmen veya tamamen kooperatif ortağı bulunmaları şart olmayan bir veya birkaç müdüre veya Yönetim Kurulu üyesine tevdi etmek yetkisini verebilir.*

<sup>23</sup> Bu konuda anonim şirketler açısından ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, B. F.: Anonim Şirket

## Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu

yöneticilerinin hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinden dolayı ileride telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla görevden alınmasıdır. O halde aralarında görev dağılımı olan yönetim kurulunun tamamının tedbir amaçlı olsa bile görevden alınması hükmün gayesini aşacaktır. Dolayısıyla böyle bir durumda söz konusu kooperatifte yönetim kurulu üyelerinin görev dağılımı veya yönetim yetkisinin devrinin olup olmadığının öncelikle incelenmesi gerekir. Hukuka aykırı eylem ve işlemlerden hangi yönetim kurulu üyesinin sorumlu olduğunun açık bir şekilde tespit edilmesi de şarttır. Aksi takdirde ilgili bakanlık tarafından alınan karar, KoopK m. 90'daki amacını aşacak bir şekilde keyfiliğin aracı olarak kullanılmış olacaktır.

Yönetim kurulu üyeleri dışında KoopK m. 90'da "üst düzey yöneticileri"nin de görevden alınması imkânı bulunmaktadır. "Üst düzey yöneticiler" kavramı ile hangi kademe yöneticilerin anlaşılması gerektiği hususunda KoopK'da bir açıklık bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, TTK'daki anonim şirketlere ilişkin hükümler dikkate alınmalıdır (KoopK m. 98)<sup>24</sup>. 6102 sayılı TTK'da bir hükümde açıkça "üst düzey yöneticiler" kavramı kullanılmıştır. Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun içeriğine ilişkin TTK m. 516/2'de "üst düzey yöneticiler" geçmektedir (c bendi). Bu hükümde "yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilere ödenen ücret, prim, ikramiye gibi mali menfaatler, ödenekler, yolculuk, konaklama ve temsil giderleri, ayni ve nakdî imkânlar, sigortalar ve benzeri teminatlar" ifadesi yer almıştır. Ancak hükümden de anlaşılacağı üzere üst düzey yöneticilerle kimlerin kast edilmiş olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Bunun dışında yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerini düzenleyen TTK 375/1/a'da ve yine müdürlerin devredilemez ve vazgeçilemez görevlerine ilişkin TTK 625/1/a'da "Şirketin üst düzeyde yönetilmesi" ifadesi kullanılmıştır.

TTK'daki her üç hükmü birlikte değerlendirdiğimizde şirketin üst düzeyde yönetilmesi ile görevli olan kişilerin üst düzey yöneticiler olduğu sonucuna varmak mümkündür. Üst düzey yönetimden; şirketin stratejik

---

Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, B. 2., İstanbul 2011, s. 113 vd.; AKDAĞ GÜNEY, N.: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012, s. 53 vd.; KIRCA, İ. (Şehirli Çelik, F. H. / Manavgat, Ç.): Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 474 vd. ve 592 vd.; TEKİNALP, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. B., İstanbul 2013, s. 202 vd. PULAŞLI, H.: Şirketler Hukuku Genel Esasları, 2. B., Ankara 2013, s. 422 vd.

<sup>24</sup> KoopK'daki bu açık hükmeye aykırı yorumla üst düzey yöneticilerin kimler olduğu konusundaki görüş için bkz. ÇALIŞKAN, Ocak-Şubat, s. 152.

hedeflerinin tayini, bu hedeflere ulaşmayı sağlayacak araçların belirlenmesi ve anılan hedeflerin takibi sürecinde yönetimle görevli organların kontrolünün anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>25</sup>. Üst düzey yönetici olarak da organ niteliğini haiz kişiler<sup>26</sup>, bir diğer ifade ile yönetim kurulu üyeleri ve yetki devri yapılan yönetim kurulu üyeleri arasından şirketi temsil için seçilen murahhas üye dışında bu kapsama tüzel kişiliği temsil yetkisi olan murahhas müdürler girecektir<sup>27</sup>. Bu yetkileri olan murahhas üyeler ve müdürler ticari hayatta icra kurulu başkanı, icracı üye(ler), genel müdür veya CEO vs. olarak da adlandırılmaktadır<sup>28</sup>. Müdürlerin altındaki şirketin işlerinin görülmesinde görev alan alt yöneticiler, “üst düzey yöneticiler” kapsamına girmemektedir<sup>29</sup>.

O halde ilgili bakanlıklar tarafından şartların varlığı halinde tedbiren görevden alınabilecek kooperatif üst düzey yöneticilerin tespiti için, söz konusu kooperatifte yönetim kurulu üyelerinin görev dağılımı veya yönetim yetkisinin devrinin olup olmadığının incelenip yetki devrinin yapıldığı yönetim kurulu üyesi veya üyeleri tespit edilmelidir. Bunların dışında varsa, kooperatif tüzel kişiliğini temsil ile görevlendirilen müdürler belirlenmelidir. Bu üst yöneticiler arasından da hangi yöneticilerin hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemleri olduğu açıktaki ortaya konulduktan sonra bu yöneticiler, ilgili bakanlık tarafından KoopK m. 90’a göre tedbir amaçlı olmak kaydıyla görevden alınabilir.

### **cc) Kooperatiflerin İştirakleri**

Üst düzey yöneticiler gibi kapsamı tartışma konusu olabilecek bir diğer husus ise kooperatiflerin iştirakleri ile ne kastedildiğinin belirlenmesidir. Zira KoopK m. 90’a göre sadece kooperatiflerin değil aynı zamanda bunların iştiraklerinin de üst yöneticileri tedbiren görevden alınabilir. Yukarıdaki gibi “iştirak” kavramının çerçevesinin belirlenmesi için TTK’daki anonim şirketlere ilişkin hükümlere müracaat edilmesi gerekir (KoopK m. 98)<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> KIRCA (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 541 vd.

<sup>26</sup> KIRCA (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 555 vd.

<sup>27</sup> DOĞAN, s. 228 vd.; KIRCA (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 627 vd.; AKDAĞ GÜNEY, s. 98 vd.

<sup>28</sup> Terminoloji sorunu hakkında bkz. KIRCA (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 594 vd.; DOĞAN, s. 230 vd.; AKDAĞ GÜNEY, s. 100 vd.

<sup>29</sup> KIRCA (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 556. Her somut olayda tam olarak üst düzey yöneticilerin kim ve kimlerden oluştuğu hususunda ayrıca söz konusu olan tüzel kişiliğin varsa iç yönergesi (örgüt yönetmeliği) ve/veya yönetim teşkilatına bakılması da yol gösterici olacaktır. KIRCA (Şehirli Çelik / Manavgat), s. 545; DOĞAN, s. 125 vd.

<sup>30</sup> İştiraklerin belirlenmesi konusunda muhasebe standartlarını dikkate alan bir değerlendirme

## Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu

6102 sayılı TTK'da şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerde iştirak kavramı kullanılmaktadır (m.195 vd.). Bir ticari şirketin başka bir ticari şirketin sermayesinde pay sahibi olması halinde bir iştirak söz konusu olur. İştirak kavramı ile sermaye paylarında ortak olunan şirket kast edilmektedir. Basit iştirak söz konusu olduğunda sermaye oranındaki katılım için özel bir yüzde miktarına ulaşması aranmaz. Ancak bazı durumlarda iştirakler, belli oranlara ulaştığı takdirde bir anlam ifade edecektir. Meselâ şirketler topluluğu altında bir tür de "iştirake dayalı topluluk" türüdür. Burada hâkimiyet, "iştirak"ten kaynaklanan yönetim organında karar alabilecek sayıda üyeye sahip olunarak tesis edilmesiyle ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla pay ve oy haklarının çoğunluğu ile yönetim organındaki üye sayısı iştirakin büyüklüğü ve gücüne bağlıdır<sup>31</sup>. Hâkimiyetin varlığının kabul edildiği haller TTK m. 195'de düzenlenmiştir. Hâkimiyet ilişkisinin tespitinde iştirak yüzdesinin hesaplanması önemlidir. TTK m. 196'ya göre bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketindeki iştirakinin yüzdesi, o sermaye şirketindeki payının veya payların itibarı değerleri toplamının, iştirak olunan şirketin sermayesine oranlanmasıyla bulunur. Bu hükümlerin uygulandığı özel hallerden biri de bir kooperatifin bir anonim veya limited şirkete katıldığında iştirak ve oy hakkının yüzdesinin hesaplanmasıdır<sup>32</sup>.

Bir iştirak ilişkisi değişik sebeplerden olabilir. Bunların başında elinde mevcut nakdi değeri iyi bir getiri beklentisi içinde yatırıma dönüştürmektir. Bunun dışında iştirak ilişkisi şirket faaliyet alanıyla ilişkili olarak da ortaya çıkabilir. Özellikle kooperatifler açısından kendi üretim alanıyla ilgili destek alanlarda veya üretilen bu ürünleri değişik kanallarla pazarlayacak şirketlere iştirak olabilir. O halde bir kooperatifin, çok geniş ve çok farklı şirketlerde farklı oranlarda bir iştirak ilişkisi bulunabilir. Bir kooperatifle iştirak ilişkisi olan bir şirket yöneticilerinin bile, KoopK m. 90 hükmünün lafzına bakıldığında, tedbir amaçlı da olsa görevden alınması mümkün görülebilir. Zira iştirak yüzdesi konusunda KoopK m. 90'da hiçbir açıklık bulunmamaktadır. Kooperatiflerin sadece küçük bir oranıyla pay sahibi olduğu şirketler açısından idarenin doğrudan müdahalesi olabilecektir. Böyle bir müdahale şekli, şirket tüzel kişilerin yönetim ve yöneticilerin görevlerinde güvensizliğe yol açacaktır. Bu

---

için bkz. ÇALIŞKAN, Ocak-Şubat, s. 153 vd.

<sup>31</sup> TEKİNALP, nr. 23-26.

<sup>32</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, nr. 23-32 vd. ve 23-52 vd. Bunların dışında iki şirketin birbirinin ortağı olmaları halinde ise karşılıklı iştiraktan söz edilir. Karşılıklı iştirak yüzdelere göre basit veya nitelikli karşılıklı iştirak söz konusu olabilir. Bkz. TEKİNALP, nr. 23-61 vd.

keyfiligi önlemek için iştirak ilişkisinin belirlenmesinde KoopK m. 98 hükmü gereğince TTK hükümlerinin dikkate alınması isabetli olacaktır. Burada şirket topluluğuna ilişkin düzenlemeler olan TTK m. 195 vd. hükümlerinin dikkate alınması doğru bir çözüm olacağı kanaatindeyiz. Netice itibariyle KoopK m. 90 hükmünde aranılan tüm şartların varlığı halinde hâkim şirket olan bir kooperatif tüzel kişiliği altında bağlı şirket statüsünde olan şirketlerin “iştirak” olarak kabul edilmesi ve ancak bunların yöneticilerinin ilgili bakanlıklar tarafından görev alınması mümkündür.

#### **dd) Görevden Alınma Şartları**

##### **aaa) Hukuku Aykırılık**

İlgili kanuni düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi kararından çıkan sonuç dikkate alındığında üzerinde durulması gereken öncelikli husus; hukuka açıkça aykırı bir eylemin veya işlemin varlığının tespitinde idare organının yetkisinin sınırının belirlenmesidir. Anayasa Mahkemesi üyesi Erdal Tercan’ın da Karşioy yazısında isabetli bir şekilde ifade ettiği üzere idarenin kendi yaptığı tespite göre işlem yapması ve bunun sonucunun gereği adımlar atılması sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Kanaatimize göre, burada dikkate edilmesi gerekli husus şudur: Hukuka aykırılık, yöneticilere takdir hakkının tanındığı hususlarda değil; bilakis ya emredici hukuk kurallarının ya da anasözleşmedeki hükümlerin ihlâl edilmesi halinde tartışmasız bir açıklık ortaya çıkacaktır<sup>33</sup>. İdare, hukuka aykırı gördüğü hususları açıkça ve tek tek ortaya koymalıdır. Bu koydukları hususlarda da tartışmalı bir durum sözü konusu olmamalıdır. Genel ve temel hukuk bilgisi ile yapılan işlerin hukuka aykırı olduğu konusunda ortalama bir seviyedeki hukukçu bilgi düzeyine sahip bir kişinin bakış açısıyla bir kanaat oluşmalıdır. Örneğin azledilmekten veya yeniden seçilememe kaygısıyla genel kurulun olağan toplantıya çağrılmaması, sahte fatura düzenlenmesi, şahsi borcun kooperatif borcu olarak gösterilmesi, kooperatif kasasındaki paraların yöneticiler tarafından görevleri dışında tamamen usulsüz olarak kişisel harcamalarda kullanılması, ortak olmayanlara usulsüz krediler verilmesi gibi. Ayrıca yöneticilerin görevden alınabilmesi için bu hukuka aykırılık durumunun devam eder nitelik arz etmesi veya kooperatif denetim organının da bunun içinde olması ya da ortakların bundan ciddi bir şekilde zarar göreceği konusunda bir tartışma olmamalıdır. Burada unutulmaması gereken bir diğer nokta ise hukuka aykırılığın tespiti konusunda nihai ve kesin yetkinin mahkemelere ait olmasıdır.

<sup>33</sup> İsabetsiz bir şekilde hukuka aykırılığı sadece haksız fiil olarak değerlendiren görüş için bkz. ÇALIŞKAN, Ocak-Şubat, s. 155 vd.

### **bbb) Kamu Yararı**

Hukuka aykırılık tek başına yeterli değildir. Hukuka aykırılığın tespitinden sonra ilgili bakanlık, kamu yararı ve hizmet gereklerini dikkate alarak hareket ettiğini ortaya koymalıdır. Burada özellikle kamu yararı kavramı üzerinde durulmalıdır. Zira ilgili Bakanlığın her kararı kamu yararı ile alınmış bir karar değildir. Anayasa Mahkemesi bir kararında “kamu yararı” kavramına ilişkin şu şekilde bir değerlendirme yapmıştır:

*“Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında da belirtildiği gibi, kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararadır. Bu saptamanın doğal sonucu olarak da, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak yasa kuralı konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması halinde, söz konusu yasa kuralı Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer ve iptali gerekir.”<sup>34</sup>*

Anayasa Mahkemesinin bu kararını dikkate aldığımızda ilgili Bakanlığın kamu yararını gözetmediği konusunda bazı hususlara açıklık getirmesi gereklidir. İlgili Bakanlık, alınan somut kararda kamu yararı gözetildiğini yani *bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarar* olduğunun tartışarak gerekçeli ve açıkça ortaya koymalıdır. Bir diğer ifade böyle bir gerekçeden yoksun olan Bakanlık kararı, keyfi nitelikte veya yalnız özel çıkarlar ve belli kişilerin yararına bir karar olacaktır.

### **ccc) Hızlı Hareket Edilmesi Zorunluluğu**

Hukuka aykırı ve kamu yararının bulunması dışında ilgili Bakanlığın, yöneticileri görevden alabilmesi için KoopK m. 90/3 gereğince hızlı hareket etmesi gereken bir zorunluluğun bulunması da gereklidir. Kanunda bu durum açıkça ifade edilmiştir. KoopK m. 90/3 hükmü dikkate alındığında hızlı hareket etmek için üç şart vardır. Bunlar:

- (1) Gecikmesinde sakınca görülen hallerin varlığı gereklidir.
- (2) Bu haller, ileride telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açabilecek nitelikte olmalıdır.
- (3) Bakanlık, böyle bir durumu engellenmek amacıyla böyle bir karar almalıdır.

<sup>34</sup> AYM, E. 2011/65 K. 2013/49 T. 28.3.2013, RG. 25.01.2014-28893 (www.anayasa.gov.tr).



O halde hukuka aykırı bir durumu tespit ettikten sonra kamu yararını gerekçeli bir şekilde ortaya koyan ilgili Bakanlığın, hangi hallerin gecikilmesi halinde telafisi güç veya imkânsız zararlar ortaya çıkacağını ve kendisi tarafından alınan tedbir kararı sonuçlarının ise böyle bir durumu engelleyici nitelikte olduğunu ortaya koyması gerekir. Burada zararı doğuran mevcut bir halin devamı veyahut bir zarar tehlikesinin varlığı şarttır. Bunun yanında zarara yol açan mevcut halden veya zarar tehlikesinden “*ileride telafisi güç veya imkânsız*” zararlar çıkacağı gerekçeli bir şekilde ortaya konulmalıdır. Buna ilişkin olarak KoopK m. 8/2-3’e aykırılık halleri örnek olarak gösterilebilir. Yönetim Kurulunun kendi lehine genel kurulda bazı kararları çıkarmak için anasözleşmede gösterilen ortaklık şartlarını taşımayanları ortak kabul etmesi (2.f.) veya yapı kooperatiflerinde genel kurulca kararlaştırılan sayının üzerinde ortak kaydetmesi(3 f.) halinde hukuka aykırı bir durum ortaya çıkacaktır. Bu şekildeki ortakların da katılacağı bir genel kurulda alınacak kararlar kanuna açıkça aykırı olacaktır. Ancak bu genel kurul kararlarına karşı gidilen mahkeme süreci uzun sürebilecektir. Bu süreçte yönetim kurulu aldığı yetkilerle kooperatiflerin malvarlığında bulunan özellikle taşınmazları elden çıkarması mümkündür. Bu taşınmazları edinen kişilerin tekrar bunları elden çıkarması halinde sicile güven ilkesi gereğince iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hiçbir hak iddia edilemeyecektir. Aynı şekilde bir kooperatif anasözleşmesinde satılması yasaklanan bir sosyal tesisin yönetim tarafından satılması halinde de dava sürecinin uzun sürebileceği göz önüne alındığında ilgili bakanlık tarafından derhal müdahale edilmesi zarureti ortaya çıkacaktır. Aksi durumda bu taşınmazın da tapu kaydına güvenerek iyiniyetli üçüncü başka bir kişi tarafından mülkiyetin kazanılması halinde geri alınması mümkün olmayacaktır. Böylesi durumlar gecikmesinde sakınca görülen bir hal olup ileride telafisi güç ve imkânsız zararlara yol açabilecektir. İlgili bakanlık, mahkeme sürecini beklemeden yöneticileri görevden alarak yerine gelecek yeni yöneticilerin veya kayyumların bu zararların önüne geçmesine imkân vermiş olacaktır.

#### **ddd) Yöneticilerin Görevden Alınması Tedbir Amaçlı Olmalı**

1163 sayılı KoopK m. 90’a göre ilgili bakanlık ancak ve ancak “tedbiren” yöneticileri görevden alabilir. Yukarıdaki şartların kümülatif olarak gerçekleşmesinden sonra tedbir devreye girebilecektir. Bizatihi tedbir kavramı ile geçicilik vurgulanmış ve yukarıdaki şartlar altında başka çare de kalmamıştır. KoopK m. 90/3’e göre bakanlığın yetkisi sadece ve sadece görevden alma ile sınırlı olup görevden aldığı yöneticilerin yerine tek taraflı olarak belirleyeceği kişileri atayamaz. KoopK m. 55’e göre kooperatiflerde



yedek yönetim kurulu üyeliği mümkündür. Bu durumda görevden alınan yönetim kurulu üyelerin yerine yedekler geçecektir. Yedek üyelerin göreve başlaması iki şekilde mümkün olabilir. Öncelikle görevden alınan üyelere rağmen mevcut yönetim kurulu üye sayısı toplantı yeter sayısını sağladığı durumlarda bu üyeler alacakları bir kararla yedek üyeleri toplantıya davet edebilirler. Bu çağırma olumlu cevap veren yedek üyelerin usulüne ve kanuna uygun bir şekilde yönetim kurulu üyeliğine başladıkları kabul edilir<sup>35</sup>. İkinci yol ise KoopK m. 56/4'e göre denetim kurulu tarafından çağırmanın yapılmasıdır. Denetim kurulunun bu çağırma yapabilmesi için yönetim kurulunun toplantı yeter sayısını sağlamayacak bir sayıya düşmesidir. Bu durumda ya hiçbir yönetim kurulu üyesi görevde kalmamıştır; ya da görevden alınma sonrası görevde kalan üyelerin sayısı da toplantı yeter sayısına ulaşmamaktadır. Bundan dolayı denetim kurulu, tüzel kişilik adına yeteri kadar yedek üyeyi göreve çağırarak görevlidir.

Eğer yedek üye seçimi yapılmamış veya başka sebeplerle yedek üyelerin azalması sebebiyle yönetim kurulunun toplantı ve karar yeter sayısına ulaşılması da mümkün olmuyorsa mahkeme aracılığı ile kooperatif yönetimi için kayyum tayin edilmelidir. Bunların dışında, tedbir kararından sonra KoopK m. 90/3'e göre ilgili bakanlık, bir yıl içerisinde olağanüstü genel kurul toplantısının yapılması için gerekli tedbirleri de almakla yükümlüdür.

#### **dd) Anayasal Denetim**

12 Eylül 2010 tarihli referandumla getirilen en önemli yeniliklerden biri de Türk anayasa hukukunda bireysel başvuru yolunun getirilmesidir. Böylece temel hak ve özgürlükler aleyhine alınan kararların Anayasa Mahkemesine götürülmesinin yolu açılmıştır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler, aslında bireyin devlete (kamuya) karşı korunması amacıyla düzenlenmiştir. Ancak özel hukuk alanındaki genel hükümlerin yorumlanmasında Anayasadaki temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı bir yorum getirilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu konuda Alman Anayasa Mahkemesinin 1958 yılında vermiş olduğu *Lüth* kararı ile -ilk kez- temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanındaki uygulamalara yansımaları kabul edilmiştir. Bu durum “yansıma etkisi” (*Ausstrahlungswirkung*) olarak adlandırılmaktadır. Böylece her alandaki genel hükümlerin yorumlanmasında Anayasanın ruhuna uygun bir yorumlanma ve dolayısıyla buna da uygun bir uygulamanın ortaya çıkması sağlanmış olacaktır<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Y 7.CD., 9.12.1997, E. 9760, K. 10115 (ERİŞ, G.: Kooperatifler Hukuku, 3.B., Ankara 2001, s. 1232).

<sup>36</sup> KÖHLER, H.: “Einleitung”, Köhler, H. / Bornkamm, J. (der.), *Wettbewerbsrecht*, 32. Aufl.,

Özel hukuk alanında bir düzenleme olmasına rağmen KoopK m. 90/2'ye göre ilgili bakanlıkça yöneticilerin tedbiren bile olsa görevden alınması yetkisinin kullanılması halinde, 1982 Anayasa m. 48 vd. düzenlenen özel teşebbüs kurma, çalışma ve özellikle sözleşme özgürlüğü<sup>37</sup> sınırlandırılmış olacaktır. Negatif statü niteliğinde olan bu hak ve özgürlükleri kullanan bireylere devlet müdahale etmediği takdirde hiçbir sorun ortaya çıkmazken; devletin bir müdahalesi olduğunda ise hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu olacaktır<sup>38</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 2008 yılında verdiği bir kararında sözleşme özgürlüğünün kapsamını şu şekilde belirlemiştir<sup>39</sup>:

*“Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.”*

Bu özgürlükler elbette sınırsız değildir. Ancak özgürlüklerin sınırlandırılmasında temel ölçüt ise Anayasa m. 13'de getirilmiş olan ölçülülük ilkesidir<sup>40</sup>. Dolayısıyla yukarıdaki şartlar altında ilgili bakanlık tarafından alınan kararlar yöneticilerin görevden alınması ile özellikle yöneticiler ve kooperatifler açısından çalışma ve sözleşme özgürlüğüne bir müdahale teşkil edecektir. Zira burada bakanlık, tek taraflı olarak yaptığı müdahale ile yöneticileri görevden almaktadır. Böyle bir durumda ise Anayasa'daki ölçülülük ilkesinin dikkate alınmalıdır<sup>41</sup>. Ölçülülük ilkesi, amaç araç ilişkisi

---

München 2014, nr. 1.45.

<sup>37</sup> GÖZLER, K.: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 9. B., Bursa 2010, s. 154.

<sup>38</sup> GÖZLER, s. 114.

<sup>39</sup> AYM Esas 2005/128, Karar 2008/54 Tarih 7.2.2008, R.G. Tarih: 01.07.2008 - Sayı: 26923, (www.anayasa.gov.tr).

<sup>40</sup> Ölçülülük ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, s. 131 vd.

<sup>41</sup> EPPING, V. / HILLGRUBER, C. (der.): GG, Beck'scher Online-Kommentar, München 2014, Art. 20, nr. 191.

## Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu

temeline dayanmaktadır. Bir diğer ifade ile yasal bir amacı gerçekleştirmek için bir müdahalenin araç olarak elverişli, zorunlu ve ölçülü olması gerekmektedir<sup>42</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda ölçülülük ilkesini şu şekilde açıklamıştır:

*“Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak **eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, ‘ölçülülük ilkesi’** olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de **elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık** ilkeleri oluşturmaktadır.*

*‘Elverişlilik ilkesi’, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, ‘zorunluluk ilkesi’ öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve ‘orantılılık ilkesi’ ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir”<sup>43</sup>.*

Netice itibariyle bakanlığın, yöneticilerin görevden alınmasına ilişkin kararın ulaşılmak istenen amaç açısından elverişli, zorunlu ve orantılı olması gereklidir. O halde yukarıdaki şartlar ayrıntılı ve tek tek tartışıldıktan sonra Anayasadaki temel haklar ve özgürlükler süzgecinden geçirilerek bir karar verilmesi gereklidir. Bundan dolayı KoopK m. 90/2’deki yöneticilerin görevden alınması bakanlık tarafından “*gecikmesinde sakınca görülen hallerde ileride telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açılmasının engellenmesi*” amacıyla olmalıdır. Bir diğer ifade ile telafisi güç veya imkânsız zararın engellenmesi için yöneticilerin görevden alınması, bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Yöneticilerin görevden alınması aynı zamanda zorunluluk olmalıdır. Zarara sebep olan eylemi devam ettiren yöneticileri görevden alması her ne kadar amaca elverişli olsa bile Bakanlığın, “*en yumuşak aracı*” seçmesi<sup>44</sup> zorunludur. Örneğin üye sayısı itibariyle küçük olan kooperatiflerde ana sözleşme ile verilen yetkiler sebebiyle genel kurulu kolaylıkla olağanüstü toplantıya çağırarak yöneticilerin değiştirilmesine yol açabilecek bir denetim organı varken veya zararın gerçekleştiren eylemlerin bitmesi halinde yöneticilerin görevden alınması halinde hem amaca elverişli olmayacak hem de zorunluluk gerçekleşmeyecektir. Aynı şekilde denetçiler vasıtasıyla olağanüstü genel kurulu toplantıya çağırarak kooperatif yöneticilerinin değiştirilmesi imkânını değerlendirmeden yöneticilerin tedbiren görevden

<sup>42</sup> EPPING / HILLGRUBER, Art. 3, nr. 34 vd.; Art. 20, nr. 189 vd.

<sup>43</sup> AYM, E. 2013/15 K. 2013/131 T. 14.11.2013, RG. 28.02.2014-28927 (www.anayasa.gov.tr).

<sup>44</sup> GÖZLER, s. 131.

alınması zorunluluk şartına ayrılık teşkil edecektir. Zira genel kurul tarafından seçilen yönetim kurulu, önceki üyeler aleyhine hukuki sorumluluk sürecini başlatabilecek ve ortaya çıkan zararın tazmini de talep edebilecektir. Bunların dışında kooperatiflerde denetim organlarının görevlerini yapması yönünde çağrıda bulunarak bu organlar aracılığı ile bir çözüme ulaşabilmenin mümkün olduğu hallerde yöneticilerin görevden alınması, orantılık ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Bu şartlar ve hukuki sınırlar dikkate alınmadan kooperatif yöneticilerinin görevden alınmaları üzerine yapılan yargılamada mahkeme, öncelikle hukuka aykırılığın olup olmadığını tespit etmek zorundadır. Ancak hukuka aykırılığın varlığının tespiti bile tek başına yeterli olmayıp, alınan tedbir kararında diğer şartların mevcut olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Eğer ilgili bakanlığın KoopK m. 90/3 hükmünü açıkça kötüye kullandığı ortaya çıkacak olursa, ilk önce, tedbir kararı kaldırılarak yöneticilerin görevlerine iadesi derhal sağlanmalıdır. Sonrasında ise ilgili bakanlığın tazminat sorumluluğu ortaya çıkabilir. Zira istisnai bir yetki olan tedbiren görevden almayı bakanlığın usulsüz ve kötüye niyetli bir şekilde kullanmış olduğu ispat edilirse hem yöneticilere ve hem de yöneticilerin görevden alınması ile piyasadaki kredibilitesi veya başka bir şekilde zarar gören kooperatife, ilgili bakanlık tazminat ödemek zorunda kalabilir.

#### **D. Kooperatifler Kanunu Açısından Saklı Hükümler**

Kendinden önce yürürlükte bulunan bazı kanunlar hakkında 24 Nisan 1969 tarihinde kabul edilen 1163 sayılı KoopK 96. maddesinde açık bir hüküm getirmiştir. Bu hükme göre, 2834 sayılı Tarım Satış Kooperatifleri<sup>45</sup> ve Birlikleri Kanunu ile 2836 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri Kanunu hükümleri ve 7116 sayılı Kanunun yapı kooperatiflerine ait hükümleri saklıdır. Şu kadar ki, yukarıda zikredilen kanunlarda açıklık olmayan hallerde bu kanun hükümleri uygulanır.

1969 yılında çıkarılan 1163 sayılı KoopK'dan sonra 18 Nisan 1972 tarihinde 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu (TarKKoopB-Kanunu) kabul edilmiştir. 1581 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesine göre 2836 sayılı Kanunla kurulmuş bulunan Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır. 2836

<sup>45</sup> 2834 sayılı Tarım Satış Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu 5. maddesinde yapılan 28.3.2013 tarihli değişiklikle artık bakanlıkça ortak sayısı ve ciro gibi kıstaslar dikkate alınarak belirlenen birlikler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümlerine göre bağımsız denetime tabidir.

## Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu

sayılı Kanun hükümlerine göre kurulmuş bulunan kooperatifler ayrıca kuruluş formalitelerine tabi olmaksızın bu kanuna göre kurulmuş sayılır.

1969 yılında yürürlüğe giren 1163 sayılı KoopK Kanunu m. 96 ile saklı tutulan hükümlerle alanında daha özel nitelik arz eden kanuni düzenlemeler açıkça zikredilmiştir. Böylece bir yanlış anlamaya yol açmayacak şekilde bu hükümlerin 1163 sayılı KoopK ile yürürlükten kaldırılmadığı düzenlenmiştir. 2836 sayılı Kanunun yerini alan, daha ayrıntılı ve yenilik getiren ise 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu olup 1972'den beri yürürlüktedir.

KoopK m. 96 hükmündeki açık düzenlemeden de anlaşılacağı üzere tarım kredi kooperatiflerine ilişkin düzenlemelerin, KoopK hükümlerine nazaran özel nitelik arz ettiği ve kendi özel kanunlarına tâbi olduğu açıktır. Dolayısıyla 2836 sayılı Kanunun yerine kabul edilen 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu da aynı şekilde KoopK hükümlerine nazaran özel nitelikte bir kanuni düzenleme olduğu tartışmasızdır. Bundan dolayı tarım kredi kooperatifleri konusunda kendi özel kanununda (1581 s. TarKKoopB-Kanunu) açık olmayan hususlarda öncelikle kooperatifler için çıkarılmış olan 1163 sayılı KoopK hükümlerine ve KoopK'da aksine düzenleme olmayan hususlarda ise 6102 sayılı TTK hükümlerine bakmak gerekmektedir. TTK ve KoopK hükümlerine göre özel nitelikte bir düzenleme olan 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu hükümlerinin hangi hususlarda açık olup olmadığına tespiti büyük önem taşımaktadır.

### **IV. TARIM KREDİ KOOPERATİFLERİ VE BİRLİKLERİ**

#### **A. Kuruluş**

1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu 1. maddesine göre, bu kanunda yazılı hükümlerden faydalanılmak suretiyle üreticiler, aralarında ekonomik menfaatlerini korumak ve özellikle meslek ve geçimleriyle ilgili ihtiyaçlarını sağlamak amacıyla karşılıklı yardım ilkesine dayanan ve tüzel kişiliği olan değişir ortaklı, değişir sermayeli tarım kredi kooperatifleri kurabilirler.

1163 sayılı KoopK m. 70 vd. hükümlerinin tarım kredi alanındaki özel düzenlemesi niteliğindeki 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu m. 1/3'de, tarım kredi kooperatiflerinin bir veya birkaç il dâhilinde bölge birliklerini ve en az 5 bölge birliğinin de anlaşarak merkez birliğini kurabileceği düzenlenmiştir.

1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu gereğince Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği 17 Mayıs 1977'de kurulmuştur<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Tarihçe için bkz. <http://www.tarimkredi.org.tr/>, erişim: 20.6.2014.

## **B. Yönetim Kurulu**

### **1. Yönetim Kurulu Seçimi**

1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu 4. madde ve devamında kapsamlı bir şekilde tarım kredi kooperatifleri, tarım kredi kooperatifleri bölge birlikleri ile Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliğinin yönetimi düzenlenmiştir.

Burada açık düzenleme olduğundan inceleme, sadece Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği ile sınırlandırılmıştır. Birlik yönetim kurulu, genel kurula katılma hakkını haiz temsilciler arasından en çok 4 yıl için seçilen 9 üyeden oluşmaktadır. Seçilen bu yönetim kurulu, bir başkan ve iki başkanvekilini kendi arasından seçecektir (m. 4).

### **2. Yönetim Kurulu Üyelerinin Görevlerine Son Verilmesi**

Üyeliğin kazanılmasındaki şartların kaybı ile üyelik de elbette sona erecektir<sup>47</sup>. Bir diğer sona erme sebebi ise, yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiş olan KoopK m. 90'daki şartların varlığı halinde ilgili bakanlık tarafından tedbiren görevden alma yetkisinin kullanılmasıdır. Ancak kooperatiflerin yönetim kurulu üyeliğinin kazanılması ve kaybedilmesi hususunda 1163 sayılı KoopK hükümleri yeterli olmadığından KoopK m. 98 gereğince bazı hususlarda TTK'daki anonim şirketler hükümlerine bakılması gereklidir<sup>48</sup>.

1163 sayılı KoopK hükümlerine nazaran 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu hükümlerinde ayrı ve açık bir şekilde kooperatif yönetim kurullarının görevlerine son verilmesi düzenlenmiştir. TarKKoopB-Kanunu m. 6'ya göre Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği yönetim kurulu üyeleri yapılan inceleme ve soruşturma sonuçlarına göre yalnızca aşağıdaki her iki şartın birlikte bulunması halinde görevlerine son verilir:

- (1) Yönetim kurulu üyeleri görevleri ile ilgili olarak suç işlemiş olmalı ve
- (2) bu fiilleri nedeniyle haklarında yargı mercilerince mahkûmiyet kararı verilmelidir.

Bir diğer husus; bu şartları yani suç işlemiş ve mahkûm olmuş yönetim kurulu üyesinin görevi kendiliğinden sona erip ermediğidir. Bu konuda 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu m. 6/2'de açık bir hüküm getirilmiştir. Her iki şartı gerçekleştiren bir üye ile üyelerin çoğunluğu olduğu bir durumda yetkinin kimde olduğu da aynı şekilde 2. fıkrada düzenlenmiştir. Bu hükme göre,

---

<sup>47</sup> TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu): Ortaklıklar 2010, nr. 1948.

<sup>48</sup> TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu): Ortaklıklar 2010, nr. 1948.

(1) Çoğunluk olmayan durumlarda yetkili:

Yönetim kurulunun her hangi bir üyesi veya çoğunluk teşkil etmediği durumlarda yönetim kurulu üyesinin yukarıdaki şartlar altında görevine son verme işlemi sadece Merkez Birliği Yönetim Kurulunca gerçekleştirilir. O halde Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliğinde yönetim kurulu 9 kişiden oluşmak zorunda olduğuna göre, 4 kişiye kadar olan suç ve mahkûmiyet söz konusu ise bu üyelerin görevlerine Merkez Birliği Yönetim Kurulu alacağı karar ile son verecektir. Zira bu durumda Merkez Birliği 5 üye ile çoğunluk kararı alabilecek durumdadır.

(2) Çoğunluğun mahkûm olduğu durumlarda yetkili:

Tarım Bakanlığı ise sadece Merkez Birliği Yönetim Kurulu üyelerinin ekseriyetinin, yani en az 5 üyenin mahkûm olduklarının anlaşılması halinde, bunların görevine son verme işleminde tek yetkilidir. Zira bu durumda yönetim kurulu çoğunlukla karar alabilecek bir durumda değildir.

1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu m. 6/3'e göre, yukarıdaki şartların varlığı halinde Merkez Birliği denetçilerinin görevlerine son verme işleminde doğrudan ve tek yetkilinin Tarım Bakanlığı olduğu düzenlenmiştir. O halde Bakanlığın sadece denetçilerle sınırlandırılmış bir yetkisi olduğu açıktır. Zira aynı hükmün 4. fıkrasında sayılan aşağıdaki kişiler hakkında tek yetkili ise Merkez Birliği Yönetim Kuruludur. Bu kişiler ise;

(1) Kooperatif ve bölge birlikleri yönetim kurulu üyeleri ve denetçileri ile personelidir.

(2) Merkez Birliği personelidir.

Ancak 4. fıkra hükmünde görevden alma şartları açısından açık bir ayırım daha yapılmıştır. İster kooperatif, ister bölge birlikleri, isterse Merkez Birliği personeli olsun mahkûmiyet kararı şartı aranmazken; kooperatiflerin ve bölge birliklerin yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin görevlerine ancak mahkûmiyet kararı olduğu takdirde Merkez Birliği Yönetim Kurulunca son verilebilecektir.

Personelin kapsamı ve bunların görevine son verilmesine ilişkin usûl ve esaslar çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür (TarKKoopB-Kanunu m. 6/5). 18.02.2011 tarih ve 116 sayılı karar ile kabul edilen Tarım Kredi Kooperatifleri, Bölge Birlikleri ve Merkez Birliğinin insan kaynakları tek bir yönetmelikle düzenlenmiştir. Bu Yönetmeliğin hükümlerine göre, genel



müdür, genel müdür yardımcıları, teftiş kurulunda, hukuk müşavirliğinde istihdam edilenler de dâhil olmak üzere çalışanlar personel statüsündedir. Bunların bir kısmı toplu iş sözleşmeli personel iken bir kısmı da bunun dışında tutulmuştur (Yönetmelik m. 5).

Yönetmeliğin “Tayin ve Nakiller” başlığı altındaki Üçüncü Bölüm 16. maddede terfi esasları düzenlenmiştir. Genel Müdür ve Genel Müdür Yardımcılarının en az dört yıllık yükseköğretim yapmış olma ve en az sekiz yıl çalışmış olma şartı aranmaktadır. Dolayısıyla personel statüsünde olan Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği Genel Müdürü ve Genel Müdür Yardımcılarını atama ve görevden alma yetkisi Tarım Bakanlığına ait olmayıp sadece ve sadece Merkez Birliği Yönetim Kuruluna aittir.

Netice itibariyle 1163 sayılı KoopK hükümlerine nazaran daha özel nitelikte olan 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu hükümlerinde yönetim kurulu üyeleri, denetçiler ve personelin seçimi ve görevden alınması hususları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla açık hükümlerin bulunduğu konularda doğrudan 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

## **C. Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanununa Göre Denetim**

### **1. Denetim Organı**

1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu (TarKKoopB-Kanunu) Ek 1 ve Ek 2. maddeleri denetçiler ve denetim konusunu düzenlemiştir. Ek 1’e göre, tarım kredi kooperatiflerinde iki denetçi genel kurul tarafından ve genel kurula katılma hakkını haiz ortaklar arasında seçilirken; bölge birliklerinde ise genel kurul tarafından temsilciler arasından veya dışarıdan iki denetçi seçebilmektedir. Merkez Birliğinde de aynı şekilde temsilciler arasından veya dışarıdan iki denetçi genel kurul tarafından seçilmektedir. 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu Ek 1. maddenin 2. fıkrasına göre ayrıca Tarım Bakanlığınca bir denetçi atanmaktadır. Denetçi seçilenlerin tarım kredi kooperatiflerinde en az ilkokul, bölge birliklerinde ortaokul, lise veya dengi okul, Merkez Birliğinde yüksekokul mezunu olmaları şarttır.

Denetim organı dışında 1581 sayılı TarKKoopB-Kanuna göre Merkez Birliği, hem Bölge Birliklerini hem kooperatifleri teftiş ve denetleme yetkisine (m. 3/3/d ve Ek 2/2); Bölge Birlikleri ise kendilerine bağlı kooperatifleri teftiş ve denetleme yetkisine sahiptir (m. 3/2/d ve Ek 2/2). Böylece tarım kredi kooperatiflerinin her kademesinde denetim organı bulunurken, ayrıca



## Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu

yukarıdan aşağıya doğru işleyen bir teftiş ve denetim mekanizması da kurulmuştur.

1581 sayılı TarKkoopB-Kanunu doğrultusunda Türkiye Tarım Kredi Kooperatifler Merkez Birliği Anasözleşmesi<sup>49</sup> m. 30 vd. hükümlerinde denetçilerin seçilme şartları, görevleri ve sona ermesi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Özellikle denetçilerin görevleri hususunu burada vurgulamak gereklidir. Anasözleşme m. 31'e göre,

(1) Denetçiler, Birliğin bütün işlemlerini genel kurul adına denetler, bilanço, gelir-gider farkını inceleyerek, yıllık faaliyet sonucunu bir raporla genel kurula sunarlar (1.f.).

(2) Denetçiler, Birlik işlemlerinde tespit edecekleri yolsuzlukları ve usulsüzlükleri bir raporla Merkez Birliği yönetim kurulu başkanlığına bildirmek ve ilk genel kurula sunmak mecburiyetindedirler. Yolsuzlukları ve usulsüzlükleri zamanında bildiren denetçiler sorumluluktan kurtulur. Ayrıca, denetçiler düzenleyecekleri raporlarını üçer aylık dönemler halinde Merkez Birliği yönetim kuruluna bildirirler (2.f.).

(3) Denetçiler, yönetim kurulu toplantılarına ve müzakerelerine katılabilirler. Ancak, oy kullanamazlar (3.f.).

Yukarıdaki hüküm dikkate alındığında ilk fıkradaki genel rapor dışında özellikle ikinci fıkrada denetçilere çok büyük bir yükümlülük verildiği görülmektedir. Zira yolsuzluk veya usulsüzlük söz konusu olduğunda bunun gereğini zamanında yapmadıkları takdirde denetçiler de sorumlu olacaktır. Her üç ayda bir denetçiler rapor hazırlamak ve bunları yönetim kuruluna sunmak zorundalar. Denetçiler, kendilerine intikal edecek bu tür araştırma ve inceleme konularında, uzmanlık ve yoğun mesai gerektirecek durumlarda elbette Merkez Birliği bünyesindeki -bir ticari şirket olarak- iç denetim mekanizmalarından veya teftiş ve denetim ile görevlendirilen diğer personelden istifade edebileceklerdir.

Denetçiler, her ne kadar oy hakları olmasa da yönetim kurulunun toplantı ve müzakerelerine katılabilme imkânına da sahiptir. Böylece denetçiler, yönetim kurulunun tüm müzakere ve kararlarını gözlemlemeyerek işlerin yürütülmesi ve kararların alınması sürecinin tamamından haberdar olabilmektedirler. Bunun dışında Türkiye Tarım Kredi Kooperatifler Merkez Birliği Anasözleşmesi m. 18/b hükmüne göre, denetim kurulu değil sadece bir

<sup>49</sup> İlgili mevzuat hükümleri için bkz. <http://www.tarimkredi.org.tr/>, erişim: 20.6.2014.

denetçi bile Merkez Birliği Genel Kurulunu olağanüstü toplantıya çağırarak için yönetim kuruluna yazılı talep de bulunabilmektedir.

1581 sayılı TarKkoopB-Kanunu ve Merkez Birliği Anasözleşmesinde yer alan denetçilerin görev ve yetkileri düşünöldüğünde, genel nitelikteki bir kanun olarak 1163 sayılı KoopK'da öngörölen hükümlere nazaran Merkez Birliğinde oldukça geniş yetkileri olan bir denetim organı olduğu ortaya çıkmaktadır. 1581 sayılı TarKkoopB-Kanunundaki ve Merkez Birliği Anasözleşmesindeki hükümler dikkate alındığında ise denetim mekanizmasının oluşturulması farklılık göstermektedir. Özellikle ilgili bakanlık olarak Tarım Bakanlığının doğrudan üye atayabilme yetkisi sayesinde atanan denetçi sayesinde öncelikle kooperatiflerin her türlü faaliyetlerinden her zaman ve doğrudan Bakanlık haberdar olma imkânına kavuşmuştur. Ayrıca başta ticari şirketlerde olmak üzere kooperatif camiasında da şikâyet konusu olan denetim organlarının yönetim kurulunun gölgesinde ve etkisinde kalmasının önü de ilgili Bakanlığın doğrudan üye ataması ile kapatılmıştır.

Denetçilerin sorumluluğunu düzenleyen Merkez Birliği Anasözleşmesi m. 40'da denetçiler için müteselsil sorumluluk ve kusur karinesi öngörölmüştür. Anasözleşme m. 40'a göre denetçiler, kanun veya bu anasözleşme ile kendilerine yükletilen görevlerini hiç veya gereği gibi yapmamalarından doğan zararlardan dolayı kusursuz olduklarını ispat etmedikçe müteselsilen sorumludurlar. Dolayısıyla denetçiler, yolsuzluklar veya usulsüzlükler konusunda kendi görevlerini gereği gibi yapmadıkları takdirde ortaya çıkan zarardan müteselsilen sorumlu olacaklardır. Bundan kurtulmalarının tek yolu ise denetçilerin kusursuz olduklarını yine kendilerinin ispat etmeleridir.

## **2. Teftiş ve Denetim**

Tarım kredi kooperatifleri, bölge birlikleri ile Merkez Birliğinin teftiş ve denetimi 1581 sayılı TarKkoopB-Kanunu Ek 2. maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre kooperatifler, bölge birlikleri ve merkez birliği, Tarım Bakanlığının teftiş ve denetimine tâbidir (1.f.). Bakanlık dışında ayrıca kooperatifler bağlı oldukları bölge birliği ve merkez birliğinin, bölge birlikleri de merkez birliğinin teftiş ve denetimine tabi oldukları da açıkça belirtilmiştir (2.f.). Kooperatifler, bölge birlikleri ve Merkez Birliği, Tarım Bakanlığının yapacağı teftiş ve denetimler sonucuna, kanun ve ana sözleşmelerdeki görevleri ile ilgili ortaya çıkacak eksiklikler konusunda vereceği talimatlara uymak zorundadırlar (3.f.).

## Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu

Burada özellikle hükmün lafzı, hükmün kapsamını tayin açısından tek başına yeterli değildir. Hukuki kurallar lâfzî, sistematik, tarihsel ve gaî yorum metotları dikkate alınarak yorumlanır. Bu nedenle Ek 1 ve Ek 2 ilişkisi kurularak sistematik bir yorum ile teftiş ve denetimi düzenleyen hükümlerin gayesi de dikkate alınarak bir yorum yapılması isabetli olacaktır.

1163 sayılı KoopK hükümlerinde herhangi bir alanda ilgili bakanlığa denetim kuruluna doğrudan üye atama yetkisi verilmezken; 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu ile Tarım Bakanlığına bu şekilde bir atama yetkisi verilmiştir. Böylece Tarım Bakanlığı, bizatihi Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliğinin her türlü faaliyetlerini denetleme ve ayrıca -dolaylı da olsa- Merkez Birliği Anasözleşmesi gereğince olağanüstü genel kurulu toplanmasını sağlayacak bir yetkiye sahiptir. Bu durumda özel nitelikte ve ayrıntılı düzenlenmiş yetkiler dışında aynı konuda Bakanlığın hem denetçisi aracılığı ile hem müfettişi aracılığı ile teftiş ve denetim yapılmasının bir mantığı olmayacaktır.

Bakanlığın teftiş ve denetimleme yetkisini düzenleyen 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu Ek 2. maddenin amacı, Ek 1'deki düzenleme dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira Ek 2 hükmünün amacının aslında tüm tarım kredi kooperatifleri, bölge birlikleri ve Merkez Birliği için Ek 1'de getirilen denetim dışında kalan hususların tespitine ve giderilmesi yönelik olduğu açıktır. Dolayısıyla Tarım Bakanlığı, Merkez Birliği ortakları yahut üçüncü şahıslardan gelen şikâyetleri öncelikle atamış olduğu bu denetçiye ve bu denetçi vasıtasıyla genel kurulca seçilen diğer denetçilere intikal ettirerek denetim mekanizmasını işler hale getirmesi daha doğru bir yol olacaktır. Söz konusu mekanizmayı işletmeden yahut bu mekanizmanın yani Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliğinin genel kurulca seçilmiş ve/veya atanmış denetçilerinin görev ve yetki sahasına giren konularda Bakanlık İç Denetim Birimlerinin görevlendirilmesi halinde 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu hükümleri ve genel hukuk ilkeleri açısından görev ve yetki aşımı niteliğinde olacaktır.

Bu çerçevede içinde kalmak kaydıyla Bakanlıkça yapılan teftiş ve denetim sonucunda Bakanlığın, Merkez Birliğinin kanun ve anasözleşmesindeki görevleri ile ilgili ortaya çıkacak eksiklikler konusunda talimatlar verebilecektir. Merkez Birliğinin görevleri ile sınırlı olmak şartıyla Merkez Birliği, Bakanlığın bu talimatlarına uymak zorundadır (Ek 2/3).

1581 sayılı TarKkoopB-Kanunu m. 3/3'de Merkez Birliklerinin görevleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir<sup>50</sup>.

### **3. Değerlendirme**

1163 sayılı KoopK ile getirilmiş denetim sisteminin kooperatiflerde yeterli ve etkin bir denetimi sağlayamadığı açıktır. Nitekim benzeri bir anlayışla 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren TTK'da da şirketler açısından denetim organı kaldırılmıştır. Bunun yerine bağımsız denetim getirilmiştir<sup>51</sup>. 1163 sayılı KoopK'da 2010 yılında yapılan değişiklikten sonra ilgili bakanlık tarafından yapılan denetimlerin sonucunda özellikle belirli şartların varlığı halinde yöneticileri görevden alma yetkisinin ilgili bakanlığa verilmesi ile daha etkin bir denetim sistemi getirilmek istenilmiştir. Bu şekildeki bir denetim ilgili bakanlıklar tarafından yaygın bir şekilde yerine getirildiği takdirde her alandaki kooperatiflerde ve özellikle yolsuzlukların yaygın olduğu konut yapı kooperatifleri üzerinde etkisini de gösterecektir. Ancak kooperatiflerin sayısının çok fazla olması ve ilgili bakanlıkların yeterli

<sup>50</sup> Bu görevler şunlardır:

- a) Kooperatif ve bölge birliklerinin bu kanuna ve kooperatifçilik ilkelerin uygun olarak gelişmesini sağlamak, kooperatifçilik ve mesleki eğitim faaliyetlerinde bulunmak,
- b) Kooperatif ve bölge birliklerine finansman kaynakları temin etmek ve bunların geliştirilmesi için her türlü tedbirleri almak, kredi işlerinin düzenle yürütülmesini sağlamak,
- c) Kooperatif ve bölge birliklerinin üretim ve zaruri tüketim maddeleri ile üretim araçlarını toptan sağlamak, imal etmek ve ortak ürünlerinin değerlendirilmesi ile ilgili faaliyetleri rasyonel bir şekilde düzenlemek ve bu konularda her türlü teşebbüse girişmek veya iştirak etmek ve gerekli tesisleri kurmak, faaliyet konusuna giren hususlarda ithalat ve ihracat yapmak,
- ç) Kooperatif ve bölge birliklerinin görev ve çalışma konularının düzenle yürütülmesini sağlamak üzere genel uygulama esaslarını tespit etmek,
- d) Kooperatif ve bölge birliklerini denetlemek,
- e) Kooperatiflerle, bölge ve merkez birliklerinin personel politikasını tespit etmek ve yürütmek,
- f) Kooperatif ve bölge birliklerinin kuruluşuna karar vermek ve kuruluş merkezini ve çalışma alanını tespit etmek,
- g) Kooperatif ve bölge birliklerinin finansman ihtiyaçlarını karşılamak üzere tahvil çıkarmak,
- h) Hükümetçe görevlendirildiğinde, Devlet destekleme alımları ile ilgili faaliyetleri yürütmek,
- ı) Kooperatiflerin ve bölge birliklerinin toplayacakları mevduatın kullanılma şekil ve şartları ile bu konudaki üst kuruluşlarla olan bağlantıları gösteren yönetmeliği hazırlayarak Ticaret Bakanlığına sunmak,
- i) Birlik ve Kooperatiflerce sağlanan kredi, araç ve gereçlerin kullanım şekil ve şartları ile amaca uygun olarak kullanıldığının kontrolünü gösteren bir yönetmelik hazırlamaktır."

<sup>51</sup> Aynı şekilde bir değişiklik 2834 sayılı Tarım Satış Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu 5. maddesinde yapılan 28.3.2013 tarihinde yapılmıştır. Artık bakanlıkça ortak sayısı ve ciro gibi kıstaslar dikkate alınarak belirlenen birlikler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümlerine göre bağımsız denetime tabidir

## Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu

denetim elemanlarının bulunmaması etkin bir denetim sisteminin işlemlerini engellemektedir<sup>52</sup>.

Oysa tarım kredi kooperatiflerinde denetim diğer kooperatiflerden yukarıda açıklandığı üzere ayrılmaktadır. Öncelikle vurgulamak gerekir ki, tarım kredi kooperatifleri, bölge birlikleri ve Merkez Birliğinin teftiş ve denetimini düzenleyen Ek 2. madde de 1163 sayılı KoopK m. 90'daki gibi ilgili bakanlığa görevden alma yetkisi verilmemiştir. Bu konuda ayrıca 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu 20. madde hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışılması gereklidir. Bu hükme göre, bu kanun ve bu kanuna göre düzenlenen ana sözleşmelerde açıklık bulunmayan hususlar için 1163 sayılı KoopK hükümleri uygulanır. Dolayısıyla öncelikle “açıklık bulunmayan hususlar” konusu açısından bakıldığında 1581 sayılı TarKKoopB-Kanununun yönetim kurulu ve diğer personelin görevden alınması hususlarında bir açıklık getirip getirmediği yukarıda ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuştu. Yukarıda da ifade edildiği üzere 1163 sayılı KoopK hükümlerinde 2010 yılında yapılan 5983 sayılı Kanun değişikliklerinden önce kooperatiflerin yönetim kurulu üyelerinin görevlerine son verilmesi konusunda ilgili bakanlıkların yetkisi konusunda hiçbir hüküm bulunmamaktaydı. Bu değişiklikte yukarıda ayrıntılı açıklanmış olan şartların varlığı halinde (1163 s. KoopK m. 90) ilgili bakanlık, tedbiren kooperatif yöneticilerini görevden alabilmektedir. Bakanlığın bu yetkisi ancak 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu m. 20 hükmünde ifade edildiği üzere “açıklık bulunmayan hususlar” olduğu durumlarda uygulama alanı bulabilir. 1163 sayılı KoopK hükümlerine nazaran daha özel bir kanuni düzenleme olarak 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu tarım kredi kooperatifleri, bölge birlikleri ve Merkez Birliği yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerinin ve diğer personelin seçimi ve görevlerine son verilmesi konusunda 1163 sayılı KoopK hükümlerine nazaran ayrıntılı özel bir düzenleme içermektedir. Dolayısıyla yöneticilerin görevden alınabilecekleri şartlar ve özellikle de yetkili olanların kimler olduğu konusunda 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunundaki hükümler çok açıktır. Bu hükümlerde Merkez Birliği Yönetim Kurulunun hangi şartlarda ve hangi durumlarda kimleri görevden alabileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde Kanunda, Tarım Bakanlığına da sadece Merkez Birliği Yönetim Kurulu üyelerini hangi şartlar altında ve hangi durumda yetki verildiği açıkça düzenlenmiştir. 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu m. 6/4'e göre, tarım kredi kooperatiflerinin ve bölge birliklerinin yöneticileri ve denetçilerini görevden alma yetkisi sadece Merkez Birliği Yönetim Kuruluna

<sup>52</sup> Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Stratejisi ve Eylem Planı 2012-2016, s. 31.

verilmiştir. Bu kişiler hakkında Tarım Bakanlığının herhangi bir yetkisi söz konusu değildir. Bu kadar ayrıntılı ve açık özel düzenlemeler dikkate alındığında 1581 sayılı TarKkoopB-Kanunu açısından m. 20 hükmü gerekçe gösterilerek teftiş ve denetleme kapsamında verilmemiş bir yetkinin 1163 sayılı KoopK m. 90'a atfı yapılarak kullanılması mümkün değildir. Böyle bir yetki kullanımı açıkça 1581 sayılı TKKKB-Kanunu m. 6'ya aykırılık teşkil edecektir.

1581 sayılı TarKkoopB-Kanunu ile ilgili bakanlık olan Tarım Bakanlığının, Merkez Birliği denetim organına doğrudan üye atama yetkisi tanınmıştır. Böylece diğer alanlardaki kooperatiflerde yaşanan denetim organlarının genellikle uzman olmayan kişilerden oluşması ve bu kişilerin kanun ve anasözleşmeden kaynaklanan görev ve sorumluluklarını da yeterince bilememesi veya yerine getirememesinden kaynaklanan sorunlar aşılmış olmaktadır. Tarım Bakanlığı, bizatihi denetimin her safhasında bulunarak Merkez Birliğini etkin bir şekilde denetleyebilmektedir. Zira yolsuzlukları ve usulsüzlükleri zamanında bildirmeyen denetçiler de sorumluluk altındadır. Buna ilave olarak hem Merkez Birliği, bölge birliklerini ve kooperatifleri; hem de bölge birlikleri kendilerine bağlı kooperatifleri teftiş ve denetleme yetkisine sahiptir.

Yapılan denetimler sonucunda içeriden her konuda daha kolay inceleme ve bilgi sahibi olan Bakanlıkça atanan denetçinin söz konusu teftiş ve denetimlerin sonucunu Ek 2. maddeye göre işlem tesis etmek üzere Bakanlığa bildirme yetkisinin de bulunduğu 1581 sayılı TarKkoopB-Kanunu sistematığına uygun düşeceğinin kabulü gerekir. Böyle bir durumda zaten Bakanlık adına denetim kurulunda görev yapan üye hem kendi görevini hem de Ek 2'de öngörülmüş olan sadece göreve ilişkin olan Bakanlığın teftiş ve denetim görevini yerine getirmiş olacaktır. Böylece Bakanlıkça atanan denetçi, özellikle herhangi bir yolsuzluk veya usulsüzlük olmamasına rağmen Merkez Birliğinin görevlerini yerine getirirken ortaya çıkan eksiklikleri de talimat verilmesi amacıyla Bakanlığa bildirebilecektir.

Bu şekildeki etkin bir iç denetim dışında kooperatiflerin görevleri ile sınırlı olmak kaydıyla Tarım Bakanlığı için 1581 sayılı TarKkoopB-Kanunu Ek 2. maddesinde denetim imkânı getirilmiştir. Denetim sonrası Bakanlık, Merkez Birliği de dâhil olmak üzere tüm tarım kredi kooperatiflerinin kanun ve ana sözleşmelerindeki görevleri ile ilgili ortaya çıkan eksiklikler konusunda talimatlar verebilme yetkisine sahiptir. Bakanlığın bu talimat yetkisi, elbette bu

## Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu

tür kooperatiflerin sadece görevleriyle sınırlıdır. Zira Tarım Bakanlığı, atadığı üye ile Merkez Birliğinin denetim organında aktif görev almaktadır. Bunlara ilave olarak 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu m. 6'ya denetçilerin görevden alınması, bir başka ifade ile organ boşluğu olması halinde Tarım Bakanlığının kendi iç denetim birimlerinin teftiş ve denetim yetkisini doğrudan uygulaması da mümkündür.

Sonuç olarak denetçilerin sahip oldukları yetki ve sorumlulukları açısından bakıldığından dışarıdan bir denetimden daha etkin ve sorumluluk getiren bir sistem kurulduğu görülmektedir. 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu EK 1. maddesinde ve Merkez Birliği Anasözleşmesi hükümlerinde getirilen özel yetki ve sorumlulukla düzenlenmiş hukuki durumu Ek 2 tamamlayıcı niteliktedir. Bir diğer ifade ile EK 1'deki denetim mekanizmasının işlemediği durumlarda ve sadece görev konusuna ilişkin hususlara ilişkin olarak getirilmiş bir düzenleme olduğu açıktır. Bundan dolayı Ek 2'deki denetim hiçbir şekilde Ek 1'deki denetim organının görev ve yetkisinde olan hususları kapsayacak şekilde genişletici bir şekilde yorumlanamaz ve bu sınırları aşamaz.

Böylesi özel yetki ve sorumlulukla düzenlenmiş hukuki duruma nazaran Ek 2'de, Ek 1'de getirilen yetki alanının dışındaki hususlara ilişkin olarak getirilmiş bir düzenleme olduğu açıktır. Aksine bir yorum, Ek 1 hükmü ile Bakanlığa verilen denetim organına doğrudan üye atama yetkisini anlamsız kılacaktır. Ayrıca Bakanlığın Ek 2'deki denetim yetkisi hiçbir zaman kooperatif yönetim kurulunun aldığı tüm kararların yerindelik denetimi gibi bir amaçla kullanılması da mümkün değildir.

### **V. SONUÇ**

6012 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 124. maddesine göre kooperatifler de bir ticaret şirkettir. TTK'ya nazaran 1163 sayılı KoopK özel bir düzenlemedir. Ancak KoopK'daki hükümlerde açıkça düzenlenmemiş hususlarda TTK'daki anonim şirketlere ilişkin hükümler dikkate alınabilecektir (KoopK m. 98). 1163 sayılı KoopK'da yönetim kurulu üyeliğinin kazanılması ve yitirilmesine ilişkin toplu ve düzenli hükümler bulunmamaktadır. KoopK'da sadece m. 90 kapsamında ilgili bakanlıklara, kooperatifler ve üst örgütler ile bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin görevlerine, kanunda belirtilen şartların varlığı halinde, tedbir amaçlı son verilebilme yetkisi verilmiştir (KoopK m. 90/3). Bir kooperatif şeklinde kurulabilen bir kooperatif merkez birliği olarak Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği aynı zamanda 6102 sayılı TTK m. 124'e göre bir ticari şirkettir.



KoopK m. 90'da tedbiren görevden alınacak üst düzey kişiler, yönetim kurulu üyeleri, eğer yetki devri yapılmışsa yönetim kurulu üyeleri arasından şirketi temsil için seçilen murahhas üye ve tüzel kişiliği temsil yetkisi olan murahhas müdürler girecektir. KoopK m. 90'a göre sadece kooperatiflerin değil aynı zamanda bunların iştiraklerinin de üst yöneticileri tedbiren görevden alınabilir. TTK'daki aranan şartların varlığı halinde hâkim şirket olan bir kooperatif tüzel kişiliği altında bağlı şirket statüsünde olan şirketlerin "iştirak" olarak kabul edilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. İlgili bakanlık tarafından yöneticilerin görevden alınması, özellikle yöneticiler ve kooperatifler açısından çalışma ve sözleşme özgürlüğüne bir müdahale teşkil edeceğinden bu gibi durumlarda Anayasa'daki ölçülülük ilkesi gözetilerek bir karar alınmalıdır.

Kooperatiflerde teftiş ve denetim konusunda 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu düzenlemesi, 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu hükümleri dikkate alındığında genel nitelikte olduğu tartışmasızdır. Dolayısıyla 1163 sayılı KoopK m. 90'de düzenlenen ilgili bakanlıkların kooperatifleri teftiş ve denetim yetkisi de aynı şekilde genel nitelikte olup özel düzenlemesi olmayan tüm kooperatifler için uygulanabilir. Tarım kredi kooperatiflerine ilişkin özel kanun niteliğindeki 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu tamamıyla ayrıksı, bağımsız ve özel hükümlerle teftiş ve denetim konusu düzenlenmiştir. Bundan dolayı 1163 sayılı KoopK m. 90'da yer alan teftiş ve denetime ilişkin ilgili bakanlık yetkilerinin, tarım kredi kooperatifleri ve birliklerinde uygulaması hukuken mümkün değildir. Nitekim 1163 sayılı KoopK 96. maddesi bu hususu açıkça belirtmektedir.

1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu 4-6. maddelerinde yönetim kurulunun seçimi, yönetim ile yönetim kurulu üyelerinin görevlerine son verilmesi şartları ve bu hususta kimlerin yetkili olduğu ayrıntılı ve açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre ancak yönetim kurulu üyeleri görevleri ile ilgili olarak suç işlemiş ve bu fiilleri nedeniyle haklarında yargı mercilerince mahkûmiyet kararı verilmiş olduğu takdirde görevlerinden alınabilir. Tarım Bakanlığı, sadece Merkez Birliği Yönetim Kurulu üyelerinin ekseriyetinin, yani en az 5 üyenin mahkûm olduklarının anlaşılması halinde, bunların görevine son verme işleminde yetki sahibidir. Oysa Merkez Birliği Yönetim Kurulu, hem Merkez Birliği yönetim kurulu üyelerinin ekseriyeti olmadığı hallerde hem de kooperatif, bölge birlikleri yönetim kurulu üyeleri, denetçileri ve personeli ile Merkez Birliği personelin görevlerinden alınması konusunda tek yetkilidir.



## Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu

1581 sayılı TarKKoopB-Kanununa göre teftiş ve denetimin esasları da tamamen farklıdır. Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın 1581 sayılı TarKKoopB-Kanunu Ek-1 maddesinde yer alan Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği'ne denetçi atama yetkisi ile getirilen sistem, 1163 sayılı KoopK'daki teftiş ve denetim sisteminden çok daha etkili bir denetim öngörmektedir. Merkez Birliği denetim organına doğrudan üye atayan Tarım Bakanlığı, Merkez Birliğini etkin bir şekilde denetleyebilmektedir.

### KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY, N.: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012.

BİLGİN, N. / DEMİRER, H. / İŞLEYEN, A.: Kooperatiflerde Güvenin Sonuçlarına Yönelik Bir Araştırma, C.Ü. İİBF Dergisi 2012, C. 13, Sa. 2, s. 57 vd.

BİLGİN, N. / TANIYICI, Ş.: Türkiye'de Kooperatif ve Devlet İlişkilerinin Tarihi Gelişimi, KMU İİBF Dergisi 2008, Yıl: 10, Sa. 15, s. 136 vd.

ÇALIŞKAN, M.: Son Kanun Değişikliği Kapsamında Kooperatif Yöneticilerinin Bakanlıkça Görevden Alınması, Mali Çözüm Dergisi, Ocak-Şubat 2011, s. 151 vd. (Ocak-Şubat)

ÇALIŞKAN, M.: Küçük Torba Yasanın, Kooperatif Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerine Getirdiği İkinci Görev Yasağı, Mali Çözüm Dergisi, Mart-Nisan 2011, s. 129 vd.

DERYAL, Y.: Türk Hukukunda Kooperatiflerin Hukuki Niteliği Sorunu, Prof. Dr. Oğuz İmregün Armağanı, İstanbul 1998, s. 147 vd.

DOĞAN, B. F.: Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, B. 2., İstanbul 2011.

EPPING, V. / HILLGRUBER, C. (der.): GG, Beck'scher Online-Kommentar, München 2014.

ERİŞ, G.: Kooperatifler Hukuku, 3.B., Ankara 2001.

GÖZLER, K.: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 9. B., Bursa 2010.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Stratejisi ve Eylem Planı 2012-2016.

KARAHAN, S. (der.): Şirketler Hukuku, 2. B., Konya 2013

KIRCA, İ. / ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H. / MANAVGAT, Ç.: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013.

KÖHLER, H.: “Einleitung”, Köhler, H. / Bornkamm, J. (der.), *Wettbewerbsrecht*, 32. Aufl., München 2014.

PINAR, H.: Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu, *BATİDER* 2009, C. XXV, S. 4, s. 382 vd.

POROY, R. / TEKİNALP, Ü. / ÇAMOĞLU, E.: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10.B., İstanbul 2010 (Ortaklıklar 2010).

POROY, R. / TEKİNALP, Ü. / ÇAMOĞLU, E.: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 13.B., İstanbul 2014 (Ortaklıklar 2014).

PULAŞLI, H.: Şirketler Hukuku Genel Esasları, 2. B., Ankara 2013.

TEKİNALP, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. B., İstanbul 2013.

UYSAL, H. T.: Konut Yapı Kooperatiflerinde Yolsuzluk ve Usulsüzlük, *Akademi Bakış Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2012, sa. 31, s. 1 vd.

UYSAL, H. T. / ÇETİN, C.: Konut Yapı Kooperatiflerinde Güven İlişkisi ve Yeni Bir Yaklaşım: Fonksiyonel Değişim Modeli, *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi* 2012, C. 8, Sa. 17, s. 129 vd.

# TÜRK MEDENÎ KANUNU BAKIMINDAN KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİ

Dr. Sera Reyhani YÜKSEL\*

## ÖZET

4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren Türk Kanunu Medenîsi'nde kadın erkek eşitliğini hayata geçirmeye yönelik pek çok hüküm bulunmaktaydı. Özellikle Mecelle'ye kıyasla kadın erkek eşitliğini sağlamak konusunda oldukça başarılı olan bu düzenlemeler zaman içerisinde yetersiz kalmıştır. Bu nedenle, 1.1.2002 tarihli Türk Medenî Kanunu'nda, eşitlik ilkesi doğrultusunda yeni düzenlemeler yapılmıştır. Eski Medenî Kanun zamanında kadın erkek eşitliğine aykırı olduğu ifade edilen hükümler Türk Medenî Kanunu'na alınmamıştır. Türk Medenî Kanununun getirdiği yenilikler daha ziyade kadın erkek eşitliği ile ilgili konuları kapsamaktadır. Şüphesiz en köklü değişiklikler Aile Hukukunda özellikle mal rejimleri konusunda yapılmıştır. Kadının soyadı bakımından hâlen var olan eşitsizlik dışında kadın erkek eşitliğini sağlama hedefine ulaşıldığı söylenebilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Cinsiyet, Eşitlik, Türk Medenî Kanunu, Aile Hukuku

## EQUALITY OF WOMAN AND MAN IN TERMS OF THE TURKISH CIVIL CODE

## ABSTRACT

There were many provisions about providing equality of man and woman in the Turkish Civil Code which entered in force on 4 October 1926. These regulations were quite successful in ensuring equality of woman and man especially compared to Mecelle; however these provisions have been inadequate over time. Therefore, in the new Turkish Civil Code which came into operation on 1.1.2002, new arrangements have been made in accordance with the principle of equality. Provisions which are mentioned to be against the equality of woman and man in the previous civil law are not included Turkish Civil Code. The innovations of the Turkish Civil Code cover issues especially related to equality of woman and man. Undoubtedly the most radical changes were made in marital properties, particularly in Family Law. It can be said that the equality of woman and man is provided except for inequality issue of woman's surname.

**Keywords:** Turkish Civil Code, Equality, Sex, Family Law

---

\* Dr., sereyhani@hotmail.com.

## GİRİŞ

Eşitlik ilkesi, modern bir hukuk devletinin en önemli enstrümanlarından biridir. Ancak eşitliğin insanlığın doğuşundan beri var olduğu ve insanların her dönemde eşit olduğu düşünülmemelidir. İnsanlık uzun mücadeleler sonucunda eşitlik ülküsüne ulaşabilmiştir. “*Tarihsel açıdan bakıldığında eşitlik ve özgürlük talepleri burjuvazinin zafer kazanmasıyla birlikte genelleşip birer insan hakkı olarak kabul edilmiştir ve bu anlamda burjuvazi, bütün ezilenlerin ve özgürlük peşinde koşanların ülküsünü dile getirmiştir*”<sup>1</sup>. Bireylerin serbest pazarda ticaret yapabilmelerine ilişkin geniş ekonomik özgürlüğe parlamentonun monarşiye karşı güç kazanması biçimindeki politik özgürlüğün de eklenmesiyle liberal ideoloji doğmuştur. John Locke tarafından söylenen “*İnsanlar doğuştan özgür, eşit ve bağımsızdır*” şeklindeki sözler o dönemin ruhunu ifade eden sözler olarak görülmelidir<sup>2</sup>. Ancak tarih boyunca kadının erkeklerle eşit konumda olduğu ve eşitlik taleplerinin her iki cinsiyet için de arzu edildiği düşünülmemelidir. Mesela John Locke tarafından dile getirilen eşitlik vaadi kadınların, kölelerin, dinî azınlıkların, siyahların, çingenelerin ve yoksulların egemenlerle olan ilişkilerini değiştirememiş ve bu gruplar liberal eşitlik vaadinin kapsamı dışında bırakılmışlardır<sup>3</sup>. Tarihin çok eski dönemlerinden bugüne kadar süren kadın-erkek eşitliği tartışmalarının kökeninde kadın ve erkeğin farklı doğalara sahip olması gösterilmiş ve kocasının koruması altında ev alanına hapsedilen kadın 19’uncu yüzyıldan itibaren oy hakkı kazanma, evli olan kadınlar ise kendi mülkiyetlerine sahip olma gibi hakları elde edebilmiştir<sup>4</sup>. Ülkeler de özellikle on dokuzuncu yüzyılın sonlarından itibaren kadınların haklarını koruyucu düzenlemeler yapmaya başlamıştır. 1960’lı yıllarda da feminizm ile bağlantılı olarak ortaya çıkan “*kadın hareketi*” sonucunda eşitlik politikaları ivme kazanmıştır<sup>5</sup>. Nitekim 1900’lü yıllarda etkisini gösteren bu kadın hareketleri Türkiye’de de yankısını bulmuştur. 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre’den iktibas edilmiş bulunan Eski Medenî Kanunda da kadını koruyan ve erkeklerle eşit düzeye

<sup>1</sup> BERKTAY, Fatmagül, “*Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye*”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları no 7, 2004, s. 1, [http://stk.bilgi.edu.tr/docs/berktay\\_std\\_7.pdf](http://stk.bilgi.edu.tr/docs/berktay_std_7.pdf), Erişim Tarihi: 20.01.2014.

<sup>2</sup> BAKIRCI, Kadriye, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, Ankara 2012, s. 65.

<sup>3</sup> BAKIRCI, s. 65.

<sup>4</sup> YÜKSEL, Murat, Feminist Hukuk Kuramı ve Feminist Düşünce Teorileri, İstanbul 2003, s. 7 vd.

<sup>5</sup> ÖZDAMAR, Demet, CEDAW Sözleşmesi, Ankara 2009, s. 57.

getirmeye çalışan pek çok hüküm bulunmaktaydı. 1926 tarihli bu kanunun, gününe göre kadın haklarında değeri yadsınamayacak önemli bir ilerleme, kadın haklarında bir reform olduğu ifade edilmelidir; çünkü Mecellenin kadını ikinci sınıf insan sayan ve bu bakımdan kadın erkek arasındaki eşitliği hiç konu edinmeyen tutumu ile Medenî Kanunun getirdiklerinin basit bir karşılaştırması ilerlemeyi gözler önüne serebilir<sup>6</sup>. Fakat bu düzenlemeler zaman içerisinde yetersiz kalmıştır. Bu nedenle, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu'nda, eşitlik ilkesi doğrultusunda yeni düzenlemeler yapılmıştır. Türk Medenî Kanunu'nun getirdiği yeniliklerin daha ziyade kadın erkek eşitliği ile ilgili konuları kapsadığı ve en köklü değişikliklerin Aile Hukukunda özellikle mal rejimleri konusunda yapıldığı görülmektedir.

### **A. Kadın-Erkek Eşitliğinin Ulusal ve Uluslararası Alandaki Dayanakları**

Türk Anayasa hukukundaki gelişmelere bakıldığı takdirde eşitlik ilkesinin 1876, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer aldığı görülür. Ancak 1961 ve 1982 Anayasaları haricinde Anayasaya uygunluk denetimi yapılamadığı için gerçek güvencenin ve gerçek anlamda eşitlik ilkesinin 1961 Anayasası ile getirildiğini ifade etmek gerekmektedir<sup>7</sup>. Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında eşitlik ilkesinin Anayasa'da açıkça yazılı olmasa bile demokratik hukuk devleti anlayışına dayanan her hukuk düzeninde geçerli olan genel bir hukuk ilkesi olduğu belirtilmiştir<sup>8</sup>. Mesela Anayasa Mahkemesi, 1970 yılında Anayasa'nın hukuk devleti modelini daha da güçlendirecek bir karar vererek eşitlik ilkesini hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkesinin ana unsuru olarak kabul etmiştir<sup>9</sup>. Eşitlik ilkesi 1982 Anayasasının 10'uncu maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre: "*Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi*

<sup>6</sup> TEMP, Güldam, "*Hukuk Önünde Kadın Erkek Eşitliği*", Çağdaş Hukuk, Yıl 2, Sayı 17-18, Eylül-Ekim 1993, s. 44; [http://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/3bfc1d4783966c6\\_ek.pdf?dergi= HABER%20B%DCLTEN %DD](http://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/3bfc1d4783966c6_ek.pdf?dergi= HABER%20B%DCLTEN %DD), Erişim Tarihi: 18.01.2014.

<sup>7</sup> İNCEOĞLU, Sibel, "*Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*", Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 47.

<sup>8</sup> ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, s. 126; YILDIZ, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s. 54; Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesine aykırılığın aynı zamanda hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir: E. 1991/34, K. 1991/34, KT. 8.10.1991; Aynı yönde E. 1991/15, K. 1991/22, KT. 19.7.1991 Kararlar için bakınız TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2013, s. 121.

<sup>9</sup> E.1970/1, K.1970/31, KT. 16.06.1970 Karar için bakınız ÇAĞLAR, Selda, "*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu*", Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, s. 47-48, ayrıca dph. 13.

*düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır”.*

Uluslararası birçok belgede insanlar arasındaki eşitliğe ve insanların belli özellikleri sebebiyle ayrımcılığa maruz kalmamasına ilişkin kurallar mevcuttur. Bu uluslararası belgeler içinde Birleşmiş Milletler tarafından 1948 yılında ve Türkiye tarafından da 1949 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi insan haklarının temel kaynaklarından biridir. Beyannamenin başlangıç kısmında neden ilan edildiği belirtilirken uluslararası bir belgede ilk olarak kadın-erkek eşitliğine vurgu yapan cümlelere yer verilmiştir ve şöyle denmiştir: “*Birleşmiş Milletler halkları, temel insan haklarına, insanlık onuruna ve değerine, erkek ve kadınların eşit haklara sahip olduklarına olan inançlarını Birleşmiş Milletler Şartında teyit ederek, daha geniş özgürlükler düzeni içinde toplumsal ilerlemeye ve yüksek standartlara ulaşmaya karar verdiklerinden(...)*”<sup>10</sup>. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 2’nci maddesinde ise “*Herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetilmeksizin, bu bildiride ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir*” ifadesi yer almaktadır.

Kadın erkek eşitliği konusunda Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (CEDAW)<sup>11</sup> burada zikredilmesi gereken diğer bir sözleşmedir. İlgili sözleşme 1979 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na kabul edilmiş, 1981 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından 1985 tarihinde onaylanmıştır. CEDAW hükümleri iç hukukumuzda -özellikle “aile hukuku” ve “evlilik hukuku” kısmında kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik getirdiği önemli değişikliklerle Türk Medenî Kanunu’na- önemli bir katkıda bulunmuştur<sup>12</sup>. Böyle bir sözleşmenin varlığı kadınlara karşı ayrımcılığın ulusal değil evrensel düzeyde bir problem olduğunu ortaya koymuştur. İlgili

---

<sup>10</sup> DİNÇKOL, Bihterin, “*Kadın Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4, Sayı 8, Güz 2005/2, s. 106.

<sup>11</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women

<sup>12</sup> ÖZDAMAR, s. 95.

sözleşme dünya kadınları için “kadınların insan hakları bildirgesi” olarak nitelendirilmektedir ve kadınlara karşı ayrımcılığın hak eşitliği ve insanlık onuruna saygı ilkelerinin ihlâli olduğu saptamasında bulunduktan sonra, kadınlara karşı ayrımcılığın da tanımını yapmaktadır<sup>13</sup>.

1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de özellikle 14’üncü maddesinde korunan hak ve özgürlüklerden yararlananlar arasında ayrımcılık yapılamayacağı ve dolayısıyla kadın-erkek arasında da herhangi bir ayırım olmadığı yönündeki düzenlemesiyle uluslararası düzlemde eşitliğe vurgu yapan metinlerin en önemlilerinden biridir. Çalışmanın kapsamını aşacak olması dolayısıyla tüm uluslararası metinlerdeki kadın-erkek eşitliğine vurgu yapan düzenlemelere değinmek yerine kadınlara karşı ayrımcılığı önlemeye yönelik düzenlemelerin bazısı zikredilebilmiştir. Çalışmamızın devamında kadın-erkek eşitliğine ilişkin Türk Medenî Kanunu’ndaki düzenlemelere yer verilecektir.

## **B. Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği**

### **1. Genel Olarak**

Medenî Kanunun kabulünden önceki dönemde kadın-erkek eşitliğine bakışı İslâmiyet öncesi dönem ve İslâmiyet’in kabulünden sonraki dönem olarak ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. İslâmiyet’in kabul edilmesinden önceki dönemlerde Türk ailesi erkeğin tek kadınla evlenmesi ile kurulan, monogam bir aile yapısına sahipti. Aile reisi erkek olmakla beraber kadının ailede saygın bir konumu vardı. Kadın kendi mallarının maliki olup boşanma hakkına da sahipti<sup>14</sup>. Kadının zekâ ve kabiliyetine güvenildiği için kadına devlet ve toplum hayatında resmi görevler verilmiş, kadın devlet yönetiminde önemli bir rol üstlenmiş, ülke savunmasına katılmış ve eğitim-öğretim kurumları oluşturmuştur<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> **DİNÇKOL**, s. 108; CEDAW’ın “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Tanımı” başlığını taşıyan 1’inci madde düzenlemesi şu şekildedir: “Bu sözleşmenin amacı bakımından “kadınlara karşı ayrımcılık” terimi siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medenî durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kulma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir.”

<sup>14</sup> **CANSEL**, Erol, “Medenî Kanun’da Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk)”, Medenî Kanunun 50. Yılı, Ankara 1977, s. 36; **AYDIN**, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2013, s. 17 vd.

<sup>15</sup> **CİN**, Halil, “Tarih Boyunca Kadının Hukukî Statüsü Açısından Türk Kadınının Durumuna Kısa Bir Bakış”, Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 6.



Türk toplumu İslâm dinini kabul ettikten sonra aile de İslâmî esaslara uymuştur ve İslâmiyet'in Türkler tarafından kabulü ile Türk kültürü İslâm tesiri ile değişmiş ve zenginleşmiştir<sup>16</sup>. İslâm Hukuku da aileyi erkeğin hâkimiyetine dayalı olarak kurmaktaydı ve erkek dörde kadar kadınla evlenebilirdi (teaddüd-i zevcat)<sup>17</sup>. Hatta kadın evlenme sözleşmesi sırasında hazır bulunmaz ve genellikle bir erkek vekil ile temsil olunurdu, kadının evlenmeye rızasını da bu vekil açıklardı. Ayrıca prensip olarak, boşanma hakkına sahip olan koca olup kadının boşanabilmesi ancak belli şartlar altında mümkün olabilmekteydi<sup>18</sup>. Sebepsiz boşanmalar dinen hoş görülmemekle beraber koca talak<sup>19</sup> için bir sebep ileri sürmek zorunda değildi<sup>20</sup>. Bununla beraber İslâm hukukunda kadın kural olarak hak ve fiil ehliyetine sahiptir. Kadın sağ ve tam olarak doğmakla medenî haklardan yararlanır<sup>21</sup>. İslâm hukukunda eşin bütün masrafları kocaya aittir ve nafakanın kapsamına yiyecek, içecek, tedavi, ilaç ve bazı durumlarda hizmetçi masrafları girmektedir<sup>22</sup>. İslâm hukukunda kadına miras hakkı tanınmıştır; ancak bu hak sadece erkek ve kız kardeşler arasındaki ikili birli paylaşma dışında eşitlik esasına dayandırılmıştır<sup>23</sup>.

## **2. Türk Medenî Kanunu'nda Kadın-Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler**

### **a. Hak Ehliyeti (m. 8)**

İnsanı kişi kılan ve “amaç” birliklerine tüzel kişilik sağlayan “hak ehliyeti” hak konusu değil, hak sahibi, hak öznesi olabilme, haklara sahip olabilme ve borçlanabilme yeteneği anlamına gelmektedir<sup>24</sup>. Hak ehliyeti

<sup>16</sup> CANSAL, s. 36; CİN, s. 8.

<sup>17</sup> İslâm hukukunda erkeklere tanınan birden fazla kadınla evlenme imkânı Osmanlı Devletinde yaygın bir uygulama alanı bulmamıştır ve çok evliliğe genellikle çocukları olmayan kimseler tarafından başvurulmuştur. (AYDIN, s. 282.)

<sup>18</sup> CANSAL, s. 37.

<sup>19</sup> Talak aslında her ne şekilde olursa olsun evlenme sözleşmesiyle eşler arasında sabit olan şeri (hukukî) bağın ortadan kaldırılmasıdır. Şu hâlde kocanın tek taraflı irade beyanıyla yaptığı boşama, eşlerin karşılıklı rızalarıyla boşanmaları ve hâkimin kararıyla meydana gelen boşanma talaktır (Bakınız AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Özel Hukuk I (Şahsın Hukuku-Aile Hukuku), 2. Cilt, İstanbul 2012, s. 262.)

<sup>20</sup> AYDIN, s. 286.

<sup>21</sup> CİN, s. 12.

<sup>22</sup> AYDIN, s. 285; Aynı yönde CİN, s. 12; AKGÜNDÜZ, s. 260.

<sup>23</sup> CİN, s. 12-13.

<sup>24</sup> HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s. 3; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku- Cilt II- Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s. 39; HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013, s. 45; OĞUZMAN, M. Ke-



alanında “genellik ilkesi” ve “eşitlik ilkesi” olarak iki ilkenin varlığından söz edilir. Genellik ilkesi, her insanın<sup>25</sup> hak ehliyetine sahip olduğu anlamına gelirken eşitlik ilkesi herkesin eşit ölçüde hak ehliyetine sahip olması şeklinde ifade edilir<sup>26</sup>. Nitekim Türk Medenî Kanunu’nun 8’inci maddesi eşitlik ilkesinin hem genellik hem özellik ilkesine vurgu yapar tarzda düzenlenmiştir ve şu şekildedir: “Her insanın hak ehliyeti vardır./Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler”. Her insanın hak ehliyeti vardır ifadesiyle canlılar içerisinde sadece insanların hak ehliyeti olduğu kabul edilmiş, dolayısıyla hayvanların hem hak ehliyeti olmadığı hem de hukukî anlamda kişi olarak kabul edilmeyecekleri belirtilmiştir. Buna karşılık bu ifadeyi tüzel kişilerin hak sahibi olma ehliyetlerinin olmadığı şekilde anlamamak gerekir; çünkü Türk Medenî Kanunu’nun 48’inci maddesi tüzel kişilerin hak ehliyetini açık şekilde düzenleme altına almıştır<sup>27</sup>. Her insanın hak ehliyeti olduğu ifadesi din, dil, ırk, cinsiyet, renk, sosyal sınıf, düşünce, yabancılık vb. gibi farklar gözetilmeksizin herkesin hak ehliyetine sahip olduğunu belirtse de maddenin devamı uyarınca hak ehliyetine hukuk düzeni tarafından birtakım farklılıkların getirilmesi mümkündür<sup>28</sup>. Hukuk alanında eşitliği mutlak eşitlik olarak algılamamak gerekir; çünkü insanın içinde bulunduğu durumu, özellikleri ve ihtiyaçları açısından diğerlerinden farklılıklar taşıması doğaldır. İnsanların sahip oldukları benzerlikleri ise siyasî iktidar sınıflandırarak tanımlar. Bu

mal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2013, s. 40.

<sup>25</sup> Çağdaş özel hukuklarda her insanın kişi olarak kabul edilmesi belli bir kültür düzeyi ve gelişimin sonucudur. Mesela Roma toplumunda kişi olabilmek için insan olmak yeterli koşulu sağlamadığı gibi hak ehliyetine sahip olmanın hür olmak (status libertatis), Roma vatandaşı olmak (status civitatis) ve baba hâkimiyeti (status familiae) altında bulunmamak şeklindeki diğer koşullarının yerine getirilmesi gerekmektedir. Romanın çeşitli dönemlerine göre farklılıklar söz konusu olsa da üç status’a sahip olmanın yanı sıra hak ehliyetini tamamen kaldırmamakla beraber sınırlandıran bazı durumların olduğu kabul edilmiştir. Azatlık (libertinus), şerefsizlik (infamia), din, belli bir sınıfa veya mesleklere mensup olmak ve cinsiyet hak ehliyetini daraltan hallerden bazılarıdır. Bakınız **GÖNENÇ**, Fulya İlçin, Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010, s. 15 ve s. 22, dpn. 41.

<sup>26</sup> **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, Kişiler, s. 4.

<sup>27</sup> **ZEYTİN**, Zafer, “Türk Medenî Kanunu’nda Kadın- Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan”, İstanbul 2009, II. Cilt, s. 1653, dpn. 12.

<sup>28</sup> **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 40; **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK** hak ehliyetinde eşitlik ilkesine Anayasanın 14’üncü maddesinin 2’nci fıkrası ve 16’ncı maddesi temelinde ancak Anayasa’da belirtilen sınırlandırma ölçüsünde sınırlama getirileceğini söylemenin doğru olduğunu ve Anayasa’nın 10’uncu maddesi eşitlik ilkesine hiçbir istisna tanımadığı için eşitlik ilkesinin istisnası denilemeyeceğini ifade eder. Bakınız **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, Kişiler, s. 4.

sebeple eşitlikten söz ederken, diğerlerinden ayrılan ortak özellikleri ve kendi içinde benzerlikleri dolayısıyla oluşturulan bir grubun, kendi içindeki eşitliğine, grubun iç tutarlılığına ve bu grubun dışında kalanlardan ayırıcı ölçütlerine işaret edilmektedir<sup>29</sup>. Bu durumda söz konusu olan “eşitlerin eşitliği” olup “eşit olmayanların eşitsizliği” eşitlik ilkesini ihlâl etmez<sup>30</sup>. Eski Medenî Kanunumuzda Türkiye’ye özgü toplumsal<sup>31</sup> ve biyolojik nitelikteki nedenlerle kaynak kanundan farklı biçimde düzenlenmiş olan evlenme yaşı mevcut Türk Medenî Kanunu’nda erkek ve kadın ayrımı yapılmadan her iki cins için de olağan evlenme yaşı 17 yaşın, olağanüstü evlenme yaşı 16 yaşın tamamlanması olarak belirlenmiştir<sup>32</sup>. Türk Medenî Kanunu evlenme yaşı ile kadın ve erkek arasındaki yaş farkını kaldırarak kadın-erkek eşitliğini sağlama yönünde önemli bir adım atmıştır. Bununla beraber kadın-erkek arasındaki eşitsizlik en aza indirgenmeye çalışılmışsa da Türk Medenî Kanunu’nda kadın aleyhine hâlen birtakım hükümlere rastlamak mümkündür<sup>33</sup>. Aşağıda sırasıyla kadın-erkek eşitliğine aykırı olarak hak ehliyetine sınırlama getiren durumlar ele alınacaktır.

#### **aa. Evli Kadının Soyadı**

Bir aileyi oluşturan bireyleri diğer ailelerin bireylerinden ayıran ve kuşaktan kuşağa geçen ada soyad denir<sup>34</sup>. Kadın evlenene kadar kural olarak

<sup>29</sup> İNCEOĞLU, s. 50.

<sup>30</sup> TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 121; Hukuk alanında eşitlik “eşitlere eşit ya da benzer durumlara benzer işlem yapılması” buyruğu olarak düşünülür. Bu yönde ÖDEN, s. 25.

<sup>31</sup> Türkiye Cumhuriyeti’nin kurulduğu dönemlerde kanun koyucu yaptığı ilk Medenî Kanun’da erkeğin 18, kızın ise 17 yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceğini benimsemiştir; ancak ülkede asgari evlenme yaşının bir anda bu kadar yukarı çekilmesi toplumda bir panik ortamı yaratmış ve bir anda yaş düzeltme istemiyle açılan davaların sayısında büyük bir artış gözlemlenmiştir. Öngörülen bu evlenme yaşının Türk sosyal yaşamına uygun düşmediğinin anlaşılmasıyla 15.6.1938 tarihli ve 3453 Sayılı kanunla (eski) Medenî Kanunun 88’inci maddesinde değişiklik yapılmış ve asgari evlenme yaşı erkek için 17 kadın için 15 olarak belirlenmiştir. Bu yönde bakınız NAMLI, Mert, “Yeni Medenî Kanunun Evlilik Hukukunda Yaptığı Değişiklikler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2003, Yıl 2, Sayı 2, s. 257.

<sup>32</sup> ULUSAN, M. İlhan, “Türk Medenî Kanunu’nun Dünü ve Bugünü”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002, Cilt 1, Sayı 1-2, s. 162; Türk Medenî Kanunu tasarı hâlindeyken (1998 tasarısı) evlenme yaşına yönelik iki türlü eleştiri olmuştur. Eleştirinin biri çocuk hakları sözleşmesine göre 18 yaşına kadar her insanın çocuk sayılacağından evlenme yaşının on sekize çıkarılması gerektiği yönünde olmuşken, eleştirinin diğeri evlenme yaşının yükseltilmesinin nikâhsız birleşmelerin çoğalmasına neden olacağı yolunda olmuştur. Bakınız BÜYÜKTANIR, Tahir, “Türk Medenî Kanunu (Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar)”, Ankara Barosu Dergisi, 2002/2, s. 58.

<sup>33</sup> HELVACI, s. 48-49.

<sup>34</sup> HELVACI, s. 176; Benzer yönde DURAL/ÖĞÜZ, s. 166; ATASAYAN, M. Gözde, “Kadı-

doğumla birlikte kazanmış olduğu soyadını taşır ve sahip olduğu bu soyad ile hukukî işlemler yapar, sosyal ve meslekî ilişkiler içine girer. Kişinin adı üzerindeki kişilik hakkı yalnızca hukukî alanda sonuç doğurmaz aynı zamanda kişinin manevî dünyası üzerinde de etkilidir; çünkü kişi hem benliğini hem de kimliğini adının çevresinde oluşturur. Her kişi gibi şüphesiz kadın da evlenme anına kadar, benlik ve kimliğini evlenmeden önceki soyadı etrafında kurmuştur; ancak evlenme merasimi ile birlikte kadının kimliğinin önemli bir unsurunu oluşturan soyadını kanunen değiştirmek zorunluluğu bulunmaktadır<sup>35</sup>. Bu sebeple Türk Medenî Kanunu'nun kadınlar tarafından en çok eleştirilen ve kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğu ileri sürülen hükümlerinden birisi de kadının kocasının soyadını taşımak zorunda olmasına ilişkin hükümdür<sup>36</sup>.

Eski Medenî Kanunun 1997 yılında 4248 sayılı Kanun ile değiştirilen 153'üncü maddesinin, kadının kocasının soyadının önünde önceki soyadını da taşımasına imkân veren; fakat kocasının soyadını taşıma zorunluluğunu devam ettiren hükmü, Türk Medenî Kanunu'nun 187'nci maddesinde aynı şekilde korunmuştur<sup>37</sup>. Türk Medenî Kanunu'nun 187'nci maddesi şu şekildedir: “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın ise bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir”. Eski Medenî Kanun'da olduğu üzere Türk Medenî Kanunu'nun 187'nci madde hükmünde de evlenen kadının kocasının soyadını taşıması zorunluluğu devam etmektedir. Evlenen kadının kocasının soyadını almayı kendi soyadını taşımaya devam etmesi yolundaki öneriler kanunu hazırlayan komisyonunda geleneklerimize

---

*nın Soyadı da Yok*”, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 199-200; Bir başka tanıma göre soyad, nesilden nesle geçen ve bir kişinin bir soya, bir aileye bağlılığını ifade eden addır. Bu yönde bakınız **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 106.

<sup>35</sup> **ERGENE**, Deniz, “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medenî Kanun'da Değişiklik Önerisi”, MHB 2011, Yıl 31, Sayı 2, s. 129.

<sup>36</sup> **KILIÇOĞLU**, Ahmet, “Medenî Kanun Açısından Kadın Erkek Eşitliği”, Ankara Barosu Dergisi, 1991/1, s. 12; Ancak aksi görüşte olan **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**'e göre, evlenen kadın önceki soyadını da evlilik soyadından önce taşımaya devam edebildiğine göre cinsler arasında ayrımcılık ve eşitsizliğe yol açan bir durum yoktur: **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, Kişiler, s. 55.

<sup>37</sup> **ÇAKIRCA**, Seda İrem, “Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK m. 187'nin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, Cilt 1, s. 741; **ÇAKIRCA**, Seda İrem, “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, İÜHF 2012, Cilt 70, Sayı 2, s. 145.

ters düştüğü gerekçesiyle kabul görmemiştir<sup>38</sup>. Kadın ve erkeğin anlaşarak içlerinden birinin soyadını aile soyadı olarak seçmesi Türk Medenî Kanunu uyarınca mümkün görünmemektedir<sup>39</sup>. Bu sebeple evlenmek yoluyla soyadı değişikliğine maruz kalan sadece kadın eş olmaktadır. Kadının kişiliğinin bir parçası olan soyadı evlenerek değişmekte ancak kocanın soyadı hiçbir zaman değişmemektedir ve erkek eş hayatının hiçbir döneminde başka bir kimlikle anılmak zorunda kalmamaktadır<sup>40</sup>. Eski Medenî Kanununun 153'üncü maddesi kadının kocanın soyadını taşımasının yanı sıra kadının evin mutluluğu için gücünün yettiği oranda kocasına muavin ve müşavir olmasını istemekte ve ev işlerini kadının yapacağını belirtmektedir. Bu hüküm iki yönden eleştiriye uğramıştır. Eleştirinin ilki, kadının kocanın soyadını almasının ilkel kabile toplumunun geleneğinin bir uzantısı olduğu ve kabul edilemeyeceği yolundadır. Buna göre ilkel toplumlarda kadın kocanın kabilesine katılmakta ve bu yolla o kabilenin bir üyesi olmaktadır; ancak günümüz ailesi iki kişinin karşılıklı ve gönüllü iradesiyle oluştuğu için kadının kocasının kabilesine katılması söz konusu olmamaktadır. Bu şekilde kadını kocasının soyadını almak zorunluluğunda bırakmak kadını erkeğe bağlı kılmanın, kadını ikincilleştirmenin bir yoludur. Eleştirinin ikincisi ise, aile birliğinde kadına muavinlik (yardımcılık), müşavirlik (danışmanlık) tanınmanın, kadına değer vermek değil, onu geri plâna itmek, eşit söz ve karar sahibi olma hakkını elinden almak anlamına geldiği yolundadır. Ayrıca ilgili maddenin ev işlerini kadının yapması zorunluluğunu getirmesi kadını yüceltmek yerine onu eve hapsederek dünya ile ilişkisinin kesilmesine neden olmaktadır. Kadın ev dışında çalışma karşılığı bir gelir elde etmediği için kadının yaptığı ev işleri göze görünmemektedir. Ev dışında para kazanan erkek olduğu için erkeğin evde kesin hâkimiyeti söz konusu olmaktadır<sup>41</sup>. Türk Medenî Kanunu'nda eski Medenî Kanun'da olduğu gibi evlenen kadının kocasının soyadını taşıması zorunluluğu devam etmekteyse de en azından kadının kocasının muavin ve müşaviri olduğu, eve kadının bakacağına ilişkin kadını silikleştiren hükme yer verilmemiştir. Kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı yönündeki kuralın eşitlik ilkesine aykırılığı sebebiyle Anayasa Mahkemesinden iptali

<sup>38</sup> NÖMER, Haluk N., "Avrupa Birliğine Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", MHB 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Cilt 22, Sayı 2, s. 423.

<sup>39</sup> ZEYTİN, s. 1655; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 110.

<sup>40</sup> ÇAKIRCA, Serozan'a Armağan, s. 743.

<sup>41</sup> TEMP, s. 45; [http://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/3bfc1d4783966c6\\_ek.pdf?dergi=HABER%20B%20DCLTEN%DD](http://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/3bfc1d4783966c6_ek.pdf?dergi=HABER%20B%20DCLTEN%DD).

istenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 20 Eylül 1998 tarih ve 61/59 sayılı kararıyla eşitliğe aykırı olmadığı gerekçesiyle ilgili hükmün iptali istemini reddetmiştir<sup>42</sup>. Hâlbuki Türkiye hem İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini, hem de Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesini (CEDAW) onaylamış olduğu için Türk kadınının soyadı konusunda erkek ile eşit konumda olabilmesi zorunluluk arz etmektedir<sup>43</sup>. Zira Anayasanın 90'ncü maddesinin son fıkrası<sup>44</sup> uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşma ile bir kanunun çatışması durumunda milletlerarası antlaşmaya üstünlük tanınacaktır.

Evli kadının soyadı konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açılan bir dava Türkiye'nin aleyhine sonuçlanmıştır. Davaya konu olan olayda, davacı Ayten Ünal Tekeli, avukatlık mesleğine başladığı andan itibaren Ayten Ünal olarak tanınan ancak evlenmesiyle beraber eski Medenî Kanun'un 153'üncü maddesi uyarınca Ayten Tekeli olarak anılmak zorunda kalan bir Türk vatandaşıdır. Evlenmeden önceki soyadı olan Ünal'ı kullanmak üzere yerel mahkemeye başvuran davacının bu talebi reddedilmiş ve yerel mahkemenin davanın reddi yönündeki kararı Yargıtay tarafından onanmıştır. Bu sırada 1997 tarihinde Medenî Kanunun 153'üncü maddesine eklenen bir fıkra ile evli kadına evlenmeden önceki soyadını kocanın soyadı önünde taşıma imkânı verilmiştir; ancak başvuran söz konusu değişikliğin kendisinin soyadı olarak yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanabilme yönündeki talebini karşılamadığını düşündüğü için bu olasılıktan yararlanmamayı tercih etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Türkiye'nin kadının soyadına ilişkin olarak evlenen kadının önceki soyadını kullanabilmesine rağmen evlilik soyadının erkeğin soyadı olması yolundaki kanunî düzenlemesinin Avrupa

<sup>42</sup> Anayasa Mahkemesi E. 1997/61 K. 1998/59 T. 29.09.1998 Karar için bakınız **ATASAYAN**, s. 202, dñn. 7; Buna karşılık Anayasa Mahkemesi başka bir kararında 2525 Sayılı Soyadı Kanunu'nun 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." hükmünü Anayasanın ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığına ilişkin 41'inci maddesi ile kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna dair Anayasanın 10'uncu maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi E. 2010/119, K. 2011/165 T. 8.12.2011 Karar için bakınız **ATASAYAN**, s. 204, dñn. 9.

<sup>43</sup> **AYDIN**, Gülşah Sinem, "Türk Medenî Kanunu m. 187", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 250.

<sup>44</sup> Anayasanın 90'ncü maddesinin son fıkrası şu şekildedir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci<sup>45</sup> maddesiyle bağlantılı olarak 14'üncü<sup>46</sup> maddesini ihlal ettiğini hükme bağlamıştır<sup>47</sup>. Bu sebeple kadının evlenmekle kocasının soyadını alma zorunluluğuna ilişkin düzenlemesi eşitliğe uygun şekilde yeniden kaleme alınmalıdır.

### **bb. Kadın İçin Bekleme Süresi (m. 132)**

Türk Medenî Kanunu'nda kadın-erkek eşitliği bakımından kadının yaradılışından kaynaklanan zorunlu eşitsizlikler de vardır<sup>48</sup>. Mesela evliliği sona eren kadının yeniden evlenebilmesi için var olan bekleme süresi bu yönde bir hükümdür. Türk Medenî Kanunu'nun 132'nci maddesinin 1'inci fıkrası şu şekildedir: “*Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez*”. Bu süre azami gebelik süresidir ve bu sürenin dolması beklenmeksizin kadının evlenmesi ve sonrasında kadının hamile olduğunun anlaşılması çocuğun soybağı (nesebi) açısından sorunlar doğurabileceğinden evliliği sona eren kadına 300 günlük bekleme süresi getirilmiştir<sup>49</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, Türk Medenî Kanunu'nda cinsiyet farkı dolayısıyla hak ehliyeti sınırlaması kalmamıştır ve evliliği sona eren kadının yeniden evlenebilmesi için evliliğin sona ermesinden başlayarak aranan 300 günlük bekleme süresi Tabii Hukuktan gelen bir kural olup bu kuralı hak ehliyeti sınırlaması olarak kabul etmek mümkün değildir<sup>50</sup>. Kanaatimizce de kadının anne olmak gibi doğuştan getirdiği biyolojik özelliği sebebiyle hak ehliyetine getirilen bu sınırlama Medenî Kanun'daki kadın erkek eşitliğini

<sup>45</sup> İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin “*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*” başlıklı 8'inci maddesi şu şekildedir:

*1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir./2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”*

<sup>46</sup> İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin “*Ayrımcılık yasağı*” başlıklı 14'üncü maddesi şu şekildedir:

*“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”*

<sup>47</sup> ÇAKIRCA, Serozan’a Armağan, s. 724 vd; AİHM 4. Daire, Başvuru No: 29865/96, KT. 16.11.2004 Kararın tam metni için bakınız <http://www.kahdem.org.tr/?p=138>.

<sup>48</sup> HELVACI, s. 49.

<sup>49</sup> Kadın için bekleme süresi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 50 vd.

<sup>50</sup> HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, Kişiler, s. 6.



bozan bir hüküm olarak algılanamaz. Zira kadının önceki evliliğinden gebe olmadığına anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkemenin bu süreyi kaldıracağına ilişkin 132'nci maddenin 3'üncü fıkrâ hükmü 300 gün bekleme zorunluluğunu mutlak olmaktan çıkarmaktadır.

### **b. Evlilik Birliğinin Kurulmasından Önceki Aşamada Kadın-Erkek Eşitliğine İlişkin Hükümler**

Eski Medenî Kanununun 98'inci maddesi evlenme başvurusunun “erkeğin ikametgâhındaki evlendirme memuruna yapılmasını” öngörmekteyken Türk Medenî Kanunu'nun 134'üncü maddesi “evlenecek erkek ve kadının, birisinin oturduğu yerdeki evlendirme memuruna birlikte başvurabilmeleri” imkânını getirmiştir. Bu hüküm erkeğin ikametgâhı yerine kadın veya erkekten herhangi birisinin oturduğu yer evlendirme memuruna başvurulması imkânını getirmesi sebebiyle eşitlik ilkesine uygun bir hükümdür. Ayrıca yerleşim yeri kavramı yerine oturan yer kavramının tercih edilmesinin daha işlevsel olduğu ve evlenme başvurusunda bulunanlara daha fazla serbesti tanıdığı da belirtilmiştir<sup>51</sup>. Zira yerleşim yeri (eski Medenî Kanun'da ikametgâh) kişilerin bir ülkenin belli bir yöresinde yerleşmek, orada sürekli şekilde oturmak yoluyla o yeri bütün hayat ve iş ilişkilerinin merkezi hâline getirdikleri yerdir<sup>52</sup>. Yerleşme niyeti olmaksızın bir yerde eylemli olarak oturulması da söz konusu olabilir ki bu yer oturan yerdir ve bu yerin belirlenmesi yerleşim yerini belirlemekten daha kolaydır.

### **c. Evlilik Birliğinin Kurulmasından Sonraki Aşamada Kadın-Erkek Eşitliğine İlişkin Hükümler**

#### **aa. Kadının Kişisel İlişkileri Bakımından Kadın-Erkek Eşitliğini İlgilendiren Hükümler**

Türk Medenî Kanunu eski Medenî Kanuna göre evlilik birliğinin kurulmasından sonraki aşamada da kadın erkek eşitliğini sağlamak bakımından daha ileri bir düzeydedir. Eski Medenî Kanun'daki eşitsizliğe neden olan birçok hükme yer verilmemiş ya da eşitsizliğe neden olan birçok hüküm eşitliği sağlayacak şekilde değişikliğe uğramıştır. Eski Medenî

<sup>51</sup> ZEYTİN, s. 1661.

<sup>52</sup> ÖZKAN, Işıl, Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 66; HAVUTÇU, Ayşe, “Evli Kadının Yerleşim Yeri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, Cilt 7, Sayı 1, s. 31; HELVACI, s. 97; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, Kişiler, s. 46; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 130; DURAL/ÖĞÜZ, s. 189.

Kanunun 21'inci maddesindeki “kocanın ikametgâhı karının ikametgâhı addolunur” hükmü kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğu için Türk Medenî Kanunu'na alınmamıştır. Eski Medenî Kanunun 21'inci madde düzenlemesi ile kural olarak evli kadının bağımsız bir yerleşim yerine sahip olamayacağı, yerleşim yerinin kocaya bağımlı olduğu kabul edilmişti. Eski Medenî Kanun zamanında bu düzenlemenin evli kadının bağımsızlığını sınırlandırmadığı sadece evliliğin gerektirdiği birliğin sağlanabilmesi için eşlerin bir arada, yardım ve dayanışma içinde yaşamaları gerektiği ve eşlerin aynı yerleşim yerini paylaşmalarının belli ölçüde zorunlu olduğu belirtilmekteydi<sup>53</sup>. Gerekli durumlarda eşitlik ilkesi gereği kadına ayrı yerleşim yeri edinebilme olanağı tanınmıştır ve bu durum “CEDAW” bakımından da uygundur. Ancak eşlere ayrı yerleşim yeri edinebilme olanağının tanınmasının onların birlikte yaşama ve birbirlerine sadık kalma yükümlülüğünü (TMK m. 185/son) ortadan kaldırmadığı belirtilmelidir<sup>54</sup>.

Türk Medenî Kanunu'nun “Aile Hukuku” başlıklı ikinci kitabının birinci kısmı olan “Evlilik Hukuku”nun, “Evliliğin Genel Hükümleri” başlığını taşıyan üçüncü bölümünde yapılan değişikliklerin amacı gerekçede de belirtildiği üzere kadın-erkek eşitliğini sağlamaktır<sup>55</sup>. Eşitliği sağlamaya yönelik hükümlerden biri de Türk Medenî Kanunu'nun 186'ncı maddesi ile getirilen düzenlemedir. Bu madde “konutun seçimi, birliğin yönetimi ve giderlere katılma” başlığını taşımaktadır. Bu maddeyle Eski Medenî Kanun'un konutun seçimini kocaya tanıyan hükmü<sup>56</sup> (m. 152) değiştirilmiş ve eşlerin beraberce oturacakları ortak konutu birlikte seçmeleri ilkesi getirilerek kadına göre üstün konuma getirilmiş bulunan kocanın tek başına konut seçme imkânı ortadan kaldırılmıştır<sup>57</sup>. Burada söz konusu olan konut, müşterek oturulacak yerdir ve bu yerin mutlaka bir ev ya da yapı olması gerekli

---

<sup>53</sup> HAVUTÇU, Yerleşim Yeri, s. 32-33.

<sup>54</sup> BÜYÜKTANIR, s. 65.

<sup>55</sup> Gerekçe için bakınız YAVUZ, Cevdet, Türk Medenî Kanunu-Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, s. LXII.

<sup>56</sup> Kadın erkek eşitliğine aykırı olan bu hüküm eski Medenî Kanun zamanında da çok eleştirilmiştir. Kadının bütün bir yaşam boyu kocasıyla birlikte oturacağı evin seçiminde ona söz hakkı verilmediği belirtilmiştir. Birliğin mutluluğunu temin, gerektiğinde de evin ihtiyaçları için kocaya malî yardımla yükümlü tutulan kadına bu konuda söz hakkının verilmemesinin kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğu ve günümüzde koca gibi belli bir meslek icra ederek evin masraflarına katılan, hatta birçok hâlde oturan evin kira bedelini bizzat ödeyen kadına evin seçiminde söz hakkının verilmemesinin eskimiş bir hüküm niteliğini aldığı ifade edilmiştir. Bakınız KILIÇOĞLU, s. 11.

<sup>57</sup> ÖZDAMAR, s. 258.



değildir. Eşlerin müşterek konutu, bir kiralık daire, oda, otel odası, baraka, karavan hatta gemi vb. yerler olabileceği gibi birden fazla ve farklı yerlerde olabilir. Konutun, eşler tarafından birlikte seçilmesine ilişkin yükümlülük söz konusu yerin kiralanması ya da satın alınması esnasında diğer eşin rızasını gerektirmemektedir. Bu bakımdan konutun kazanılmasında her bir eş tek başına yetkilidir<sup>58</sup>. Eşlerin konutu ile kastedilen eşlerin sahip oldukları her konut değildir, eşlerin birlikte kullanımına yani, ailenin kullanımına tahsis edilen konut veya konutlardır ve bunların zaman bakımından sürekli biçimde ailenin kullanımına tahsis edilmesi de gerekli olmayıp, sürekli olmasa da, zaman zaman eşlerin kullanımına özgülenmesi, ortak yaşamın orada da sürdürülmesi yeterlidir. Bu sebeple eşlerden birinin sık sık işi nedeniyle gittiği bir şehirde, iş seyahatlerine gittiği zaman kalmak amacıyla kiraladığı bir daire veya kaldığı otel odası, eşlerin konutu sayılmaz<sup>59</sup>.

Eski Medenî Kanun kocanın en önemli haklarını ve yükümlülüklerini evlilik birliğinin reisi olmak, evi seçmek, evlilik birliğini temsil etmek, karı ve çocukların bakımıyla yükümlü olmak şeklinde belirlemiştir. Aile reisliği ise eski Medenî Kanun'un 152'nci maddesinin 1'inci fıkrasında "*koca birliğin reisidir*" şeklinde düzenlenmiştir. Erkeğe tanınan bu üstünlük ataerkil bir sosyal yapının ürünüydü. Bu hüküm kocaya evlilik birliğinin yönetiminde her ne kadar öncelik tanısa da kocanın kadının efendisi olmadığını, sadece kocanın aynı hukuka malik iki şahıs arasında önce gelen ("primus inter pares") olduğunu hatırlatmaktaydı<sup>60</sup>. Evlilik birliğinde gerekli ahengin, düzenin sağlanabilmesi için taraflardan birinin reis olması gerektiği düşüncesi üzerine yapılan bu düzenleme de karı-koca arasında eşitsizlik yarattığı düşüncesiyle eleştirilere konu olmaktaydı<sup>61</sup>. Türk Medenî Kanunu eşitliğe aykırı bu hükme yer vermemiş ve 186'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında eşlerin birliği beraberce yöneteceklerine ilişkin düzenleme getirmiştir. Eşler evlilik birliğini yönetirken çocuğun adı, alacağı eğitim, gideceği okul gibi önemli konularda uyuşmazlığa düşerlerse kocanın oyu üstün olmadığından hâkime birlikte ya da tek başlarına başvurabileceklerdir<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> UÇAR, Ayhan, "4721 Sayılı Medenî Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu Müessesesi", e-akademi, Ocak 2006, Sayı 47, [http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=4721\\_SAYILI\\_MEDENI\\_KANUN\\_ILE\\_IHDAS\\_EDILEN\\_YENI\\_BIR\\_MUESSESE:AILE\\_KONUTU\\_MUESSESI&kimlik=1137595698&url=makaleler/auca-1.htm](http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=4721_SAYILI_MEDENI_KANUN_ILE_IHDAS_EDILEN_YENI_BIR_MUESSESE:AILE_KONUTU_MUESSESI&kimlik=1137595698&url=makaleler/auca-1.htm), Erişim Tarihi: 18.01.2014.

<sup>59</sup> HAVUTÇU, Yerleşim Yeri, s. 40.

<sup>60</sup> NAMLI, s. 285.

<sup>61</sup> AKINCI, Şahin, "Medeni Kanun'da Kadın ve Aile", GÜHFD, Haziran-Aralık 2004, Cilt 8, Sayı 1-2, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8\\_2.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8_2.pdf), Erişim Tarihi: 10.01.2014.

<sup>62</sup> ZEYTİN, s. 1662.

Eski Medenî Kanununun 263'üncü maddesindeki evlilik devam ederken eşlerin çocukların velayetini birlikte kullanacağı, anlaşmazlık durumunda babanın oyunun geçerli olacağına ilişkin hükmü değiştirilerek Türk Medenî Kanunu'nun 336'ncı maddesinde evlilik devam ettiği sürece anne ve babanın velayeti birlikte kullanacakları hükme bağlanmıştır. Babaya göre çocuklar üzerinde daha çok emek sahibi olan, çocukların sağlığı, beslenmesi ve eğitimi gibi konularda daha fazla uğraş verip zaman ayıran annenin velayet hakkının kullanılmasında son söz hakkına sahip olmaması eşitlik ilkesine tamamen aykırıdır<sup>63</sup>. Bu sebeple kadın erkek eşitliğini hedeflemiş Medenî Kanuna bu hükmün alınmaması son derece yerinde olmuştur.

Türk Medenî Kanunu'nun 186'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacaklardır. Eski Medenî Kanununun 152'nci maddesine göre evin ve çocukların geçimi kocaya aitti. Bu ilke ve dolayısıyla bundan doğan yükümlülük kadın-erkek eşitliğini erkekler aleyhine bozmakta olduğundan kocanın ailenin geçindirilmesi yönündeki yükünü hafifletmek üzere Türk Medenî Kanunu'nda kadın olan eşe de birliğin giderlerine katılma konusunda yükümlülük yüklenmiştir. Ancak eşlerin, özellikle kadınlardan pek çoğunun tamamen ekonomik bağımsızlığa kavuşmuş olduklarını, hepsinin belirli ve düzenli bir gelire sahip olduklarını iddia etmek güç olduğundan birliğin giderlerine katılımın mutlaka parasal olması gerekmeyip "emek" ile katılma da söz konusu olabilecektir<sup>64</sup>. Türk Medenî Kanunu'nun 196'ncı maddesi eşlerin birlikte yaşarken ailenin geçimi için yapacakları parasal katkının hâkim tarafından belirlenmesinin gerektiği hâllerde ev işlerini gören, çocukların bakımını üstlenen eşin bu emeğinin dikkate alınacağını açıkça ifade etmiş olduğundan eşler arasındaki katılım yükümlülüğü mutlak eşitlik ilkesine göre değil, hakkaniyete ve kadın-erkek eşitliğine uygun olarak sağlanmıştır<sup>65</sup>.

Evlilik birliğinin temsili hususunda da eski Medenî Kanunun kadın erkek eşitliğine aykırı olan hükmü esaslı bir değişikliğe uğramıştır. Türk Medenî Kanunu'nun 188'inci maddesine göre eşlerden her biri ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil etme yetkisine sahip olup birliğin temsili yetkisini kullandıkları hâllerde üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu (m. 189/f. 1) tutulacaklardır. Türk Medenî Kanunu'nun

---

<sup>63</sup> KILIÇOĞLU, s. 16.

<sup>64</sup> AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya, Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 115.

<sup>65</sup> ZEYTİN, s. 1662.

evlilik birliğinin temsili ile ilgili hükümlerinde temsil terimi<sup>66</sup> teknik anlamda kullanılmamıştır. Evlilik birliğinin temsili Aile Hukukuna has, kendine özgü bir kurumdur<sup>67</sup>. Evlilik birliğinin tüzel kişiliği olmadığı için buradaki temsil gerçek anlamda “evlilik birliğinin temsili” olmayıp bir eşin ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için yaptığı borçlanma işlemlerinden (MK. m. 188) diğer eşin de müteselsilen sorumlu olması (MK. m. 189/f. 1), ona da başvurulması anlamına gelmektedir<sup>68</sup>. Ailenin sürekli ihtiyaçları deyimiyle ne kastedildiği ailenin sosyal düzenine, içinde bulunduğu ekonomik duruma ve yerel adetlere göre belirlenmelidir. Ancak yiyecek, içecek, giyecek ve yakacak maddelerinin, evin ve çamaşırların temizlenmesi için temizlik araç ve gereçlerinin, öğrenimlerini sürdüren çocuklar için gerekli kitap, defter ve diğer eğitim araç ve gereçlerinin satın alınması; zorunlu küçük onarımların yaptırılması, hastalık durumunda hekime muayene olma ve ilaç satın alınması, eve günlük bir ya da birkaç gazete satın alınması için gerekli hukukî işlemleri, bunlar ailenin sürekli ihtiyaçları kabul edildiği için eşlerden her biri diğerinin rızasına ve katılımına ihtiyaç olmaksızın tek başına yapmak yetkisine sahiptir<sup>69</sup>. Doktrinde<sup>70</sup> evlilik birliğinin temsilinden söz edilerek sonuçta erkek eşin borçlanmalarından kadın eşin “müteselsilen” sorumlu

<sup>66</sup> Borçlar Hukukunda temsilcinin yaptığı hukuki işlem temsilcinin hukuk alanını etkilemez; çünkü temsilci başkası ad ve hesabına yaptığı işlemin tarafı olmadığı için bu işlemin hüküm ve sonuçları temsil edilenin hukuk alanında etkilerini gösterir. Evlilik birliğinin temsilinde ise eşlerden birinin birliği temsilen üçüncü kişi ile yaptığı hukuki işlemin tarafı olmasının yanı sıra işlemin sonuçları diğer eşi de etkilemektedir. Ayrıca doğrudan temsilde, temsilci, temsil edilen ad ve hesabına üçüncü kişi ile işlem yapmaktadır ve doğrudan temsilin en önemli koşulu, temsilcinin, işlem yaptığı üçüncü kişiye bu sıfatını açıklaması, diğer bir deyişle işlemi başkası adına yaptığını belirtmesidir. Buna karşılık evlilik birliğinin temsilinde işlemi yapan eşin üçüncü kişiye birlik adına hareket ettiğini bildirmesine gerek yoktur. Evlilik birliğinin temsili, dolaylı temsil niteliğinde de değildir. Kendi adına fakat başkası hesabına hareket eden dolaylı temsilci üçüncü kişi ile hukuki işlem yaptığında, işlemin hüküm ve sonuçları önce kendi hukuk alanında doğmaktadır. Dolaylı temsilci yapacağı ikinci bir işlemle yaptığı hukuki işlemin sonuçlarını temsil edilene aktarmalıdır; ancak evlilik birliğinin temsilinde eşlerden birinin yaptığı işlemin diğer eşin de hukuk alanını etkilemesi kendiliğinden olmaktadır. Bakınız HAVUTÇU, Ayşe, Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006, s. 25 vd.

<sup>67</sup> HAVUTÇU, Evlilik Birliğinin Temsili, s. 27; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2014, s. 171.

<sup>68</sup> HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, Aile, s. 74.

<sup>69</sup> AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 127; ZEYTİN, s. 1662; NAMLI, s. 300; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 172; Doktrinde başka örnekler de verilmiştir. Mesela akraba ve arkadaşlar için özel günlerde uygun hediyeler alınması; evde bakılan hayvanlar varsa bunların bakımı, beslenmesi ve sağlık giderleri; eşlerin ortak yararlandığı otomobilen bakım ve olağan onarım masrafları gibi ihtiyaçlar da sürekli ihtiyaçlardan sayılmaya elverişli ihtiyaçlar olarak sayılmıştır. Bu yönde örnekler için bakınız HAVUTÇU, Evlilik Birliğinin Temsili, s. 73.

<sup>70</sup> HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, Aile, s. 75.

olması sonucunda alacaklıların doğrudan doğruya ona da başvurabilmeleri kuralının getirilmesinin kadın erkek eşitsizliğinin bu “esef verici” görünümünü ortadan kaldırdığı ve kadına kocası tarafından borçlandırılabilme ve icra takibine maruz kalabilme onur ve kıvancının sağlandığı ileri sürülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 29.11.1990 ve 30/31 sayılı kararıyla eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilinceye kadar, eski Medenî Kanununun 159’uncu maddesine göre koca, karının bir meslek veya sanatla uğraşmasına izin verme yetkisine de sahipti. Türk Medenî Kanunu’nun “Eşlerin meslek ve işi” başlığını taşıyan 192’nci maddesine göre ise eşlerden her biri, meslek ya da iş seçiminde diğ erinin iznini almak zorunda değildir. Buna karşılık eşler meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararını göz önünde tutmak zorundadır. Eski Medenî Kanun zamanında mesleğin seçimi ve yürütülmesi hususundaki sınırlandırma sadece kadın bakımından öngörülmüş olduğu için kadının statüsünden farklı olarak koca, kadının açık veya üstü kapalı onayına ya da hâkimin iznine bağlı olmaksızın meslek ve sanatın seçiminde serbestti. Türk Medenî Kanunu’nun 192’nci madde metnindeki eşler terimine bakılacak olursa seçilip icra edilecek olan mesleğin evliliğin huzur ve yararına olup olmadığı tartışması sadece kadının seçip icra edeceği meslek açısından değil, koca için de söz konusu olabileceğinden koca da artık serbestçe değil ancak ailesinin huzur ve yararını göz ederek mesleğini seçip icra edebilecektir<sup>71</sup>.

Eski Medenî Kanununun karı koca arasında cebri icra yasağını (EMK m. 165) ve karının koca lehine yapacağı bazı işlemlerin geçerliliğini hâkimin onayına tâbi tutan 167’nci, 168’inci ve 169’uncu maddeleri kadın-erkek eşitliğine aykırı görülmesi ve günümüz şartlarına uygun olmaması nedeniyle Türk Medenî Kanunu’na alınmamıştır.

### **bb. Kadının Mali İlişkileri Bakımından Kadın-Erkek Eşitliğini İlgilendiren Hükümler**

Türk Medenî Kanunu’nun getirdiği değişiklikler içinde evli kadını en çok etkileyen veya etkileyebilecek olan düzenlemeler “mal rejimleri” alanındadır. Mal rejimi, evlilikten sonra karı-koca arasındaki malî ilişkileri (mallardan yararlanma, mallar üzerinde tasarrufta bulunma, malların yönetimi ve eşlerin bu konudaki sorumlulukları gibi) düzenleyen sistemin adıdır<sup>72</sup>. Eski

---

<sup>71</sup> UÇAR, Ayhan, “4721 Sayılı Medenî Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, AÜEHFD 2002, Cilt 6, Sayı 1-4, s. 318-319.

<sup>72</sup> AKINCI, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8\\_2.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8_2.pdf); AKINTÜRK/ATEŞ KARA-

Medenî Kanun'da eşler arasındaki yasal mal rejimi mal ayrılığı idi. 1998 Tasarısı ile yasal mal rejimi "Paylaşmalı Mal Ayrılığı" olarak belirlenmişti (m. 202). Buna karşılık, 1999 Tasarısında, İsviçre hukukunda 1988 yılında kabul edilen "edinilmiş mallara katılma" rejiminin, ülkemizde de yasal mal rejimi olarak kabul edildiği belirtilmiş, daha sonra bu hüküm kanun metninde de aynen kabul edilmiştir<sup>73</sup>. Türk Medenî Kanunu'nun 202'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, "eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır". Bu sayede eşlerin kişisel malları dışındaki evlilik süresince edindikleri mallar, kural olarak, evliliğin sona ermesi hâlinde eşit olarak paylaşılacaktır. Bu, kadınların ekonomik ve buna bağlı olarak tüm haklarını koruyucu, adaleti ve toplumsal huzuru sağlayıcı çok önemli bir gelişme olarak görülmüştür; çünkü hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuran ve eski Medenî Kanunumuzda geçerli olan her eşin kendi adına kayıtlı mallara sahip olması esasına dayanan "mal ayrılığı" rejimi değiştirilmiştir<sup>74</sup>. Edinilmiş mallara katılma rejiminin evlenme tarihinden itibaren değil, "kanunların geriye yürümemesi" ilkesi gerekçe gösterilerek Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren<sup>75</sup> hüküm ifade etmesi eleştirilmiştir<sup>76</sup>. Hakkaniyete aykırı olduğu gerekçesiyle mal ayrılığı rejiminin terk edilip edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul edilmesine karşılık, bu mal rejiminin evlenme tarihinden itibaren uygulanmasını kabul etmemenin mağdurları koruma amacıyla çelişeceği ifade edilmektedir. Kaldı ki her ne kadar yasal mal rejiminin kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olmasına gerekçe olarak kanunların geriye yürümemesi ilkesi gösterilmiş olsa da eşlerin aralarında anlaşması durumunda mal rejimi evlenme tarihinden itibaren uygulanabilecektir<sup>77</sup>. Ancak kanunun geçmişe etkili olmama yönündeki tercih tarzını haklı bulan aksi yönde bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüş uyarınca kanun değişiklikleri sırasında yürürlük tarihi öncesi ve sonrası farklı durumların ortaya çıkması doğaldır ve bu her zaman adaletsizlik

---

MAN, s. 143-144; NAMLI, s. 307.

<sup>73</sup> BAŞPINAR, Veysel, "Türk Medenî Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz", AÜHFD 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 86-87.

<sup>74</sup> ÖZDAMAR, s. 262.

<sup>75</sup> 4722 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 10'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası nedeniyle Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2002'den önce evlenmiş olan eşler yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin evliliğin başından itibaren geçerli olmasını istiyorlarsa kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak 1 yıl içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejimini seçebileceklerdi.

<sup>76</sup> ÖZDAMAR, s. 263; NAMLI, s. 311.

<sup>77</sup> Bu eleştiriler hakkında bakınız NAMLI, s. 311 vd.

olarak nitelendirilemez. Zira kanunların geçmişe etkili olarak uygulanması temel prensibinden vazgeçilerek yeni mal rejiminin kendiliğinden evlenme tarihinden itibaren geçerli olacağı düzenlenmiş olsaydı bu temel kurala istisna getirilmiş olacak ve bir karmaşa yaşanmasına neden olunacaktı. Burada eleştirilmesi gerekenin eşlerin bir araya gelerek yeni yasal mal rejiminin evlenme tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde sözleşme yapmalarının hayatın gerçeği ile bağdaşmadığı ve Türk toplum yapısına uymadığı gerçeğinin göz ardı edilmesi olduğu belirtilmiştir<sup>78</sup>. Doktrinde edinilmiş mallara katılma rejiminin eşler arasında eşitliği sağlasa da adil bir rejim olmadığı da belirtilmektedir. Bu görüş uyarınca<sup>79</sup> eşlerden birinin iyi bir işi ve yüksek bir geliri olmasına rağmen diğer eş hiç çalışmamışsa, çalışmayan eş, edinilmiş malların yarısını alabileceği gibi edinilmiş mallara katılma rejimi, iddia edildiği gibi kadının lehine olan bir mal rejimi de değildir. Zira kadın ve erkeğin aynı gelire sahip olduğu durumda mallar yarı yarıya paylaşılacak ve Türk toplumunda kadının aynı zamanda eve ve çocuklara da baktığı gerçeği göz ardı edilmiş olacaktır. Diğer bir deyişle kadının eve yaptığı katkının erkeğe göre daha fazla olduğu hususu dikkate alınmadan yapılan bir paylaşım adil görülmemektedir. Kanaatimizce edinilmiş mallara katılma rejimi her durumda eşlerin menfaatine uygun olmayabileceğinden özellikle doktrinde belirtildiği üzere kadın eşin eve yaptığı katkıyı göz ardı edebileceğinden eşitliğe çok fazla hizmet eden bir düzenleme değildir.

Kanun koyucu eşlerin aralarındaki mâli ilişkileri diledikleri gibi düzenlemelerine imkân hazırlamak amacıyla yasal mal rejimiyle beraber “mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı” olmak üzere seçimlik mal rejimlerinden birini seçme imkânı da getirmiştir.

#### **d. Evliliğin Sona Ermesinde Kadın-Erkek Eşitliğine İlişkin Hükümler**

Evlilik birliğinin boşanma, iptal ve benzeri sebeplerle sona ermesi durumunda kadının hukukî konumuna ilişkin birtakım değişiklikler

---

<sup>78</sup> GÜNERGÖK, Özcan, “*Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Mal Rejimleri Bakımından Değerlendirilmesi*”, AÜEHFD 2002, Cilt 6, Sayı 1-4, s. 340; ZEYTİN de edinilmiş mallara katılma rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanmamasını yerinde bulmaktadır. Yazara göre, her ne kadar yasal mal rejiminin geçmişe yürütülmesinde kamu yararı varsa da bir hukuk devletinde hukuk kurallarının geriye yürümemesi devlete ve hukuka güven ilkesinin bir gereğidir ve ancak istisnaî durumlarda bu ilkedan vazgeçilebilir. Edinilmiş mallara katılma mal rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanması hâlindeki kamu yararı, bu kurumu düzenleyen hükümlerin kamu düzeni ve genel ahlâkı sağlamaya yönelik değerlendirilmesi için yeterli değildir. (ZEYTİN, s. 1670.)

<sup>79</sup> AKINCI, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8\\_2.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8_2.pdf).

yapılmıştır. Boşanma davasında yetki hususunu düzenleyen madde yeniden kaleme alınmış ve kadın-erkek eşitliğine uygun bir hâl almıştır. Eski Medenî Kanunun 136'ncı maddesine göre boşanma davalarında yetkili mahkeme davacının ikametgâhı mahkemesidir; ancak eski Medenî Kanunun 21'inci maddesine göre kadının ikametgâhı kocasının ikametgâhı olduğu için boşanma davasını açacak kadın bu davayı ancak kocasının ikametgâhı mahkemesinde açabilmekteydi. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 9'uncu maddesine 1711 sayılı Kanunla eklenen üçüncü fıkra hükmü, boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkemeyi davacının ikametgâhı veya eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi olarak belirlemişti. Ancak Türk Medenî Kanunu'nun 168'inci maddesine göre, boşanma ve ayrılık davasında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri ya da boşanma davasının açılmasından önce son defa altı aydır birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Türk Medenî Kanunu'nun 168'inci maddesinin getirdiği yeni düzenleme ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 9'uncu maddesi değişikliğe uğramıştı. 6100 Sayılı Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise 5'inci maddesinde mahkemelerin yetkisinin, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, bu Kanundaki hükümlere tâbi olduğunu belirtmiştir. Böylelikle Türk Medenî Kanunu'nun 168'inci madde düzenlemesi uyarınca yetki belirlenecektir. Ayrıca görevli mahkeme de artık Aile Mahkemesi olacaktır.

Türk Medenî Kanunu'nda yoksulluk nafakası isteme hakkı, eşitlik kuralı gereği hem erkeğe hem de kadına aynı şartlarla tanınmıştır. Eski Medenî Kanunun 144'üncü maddesine göre erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının hâli refahta bulunması gerekmekteydi. Türk Medenî Kanunu'nun 175'inci maddesi bu ayrımı kaldırmıştır. Buna göre boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mâli gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Doktrinde kadın erkek eşitliğini sağlamak için yapılan bu değişikliğe eleştiri getirildiği de söylenmelidir. HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, Türk Medenî Kanunu'nda kadın aleyhine olarak cinsiyet ayrımcılığını kaldırma girişiminin "hayranlık" verici bir örneği olarak "hali refah" kaydının kaldırılması ve kadın eşin erkek eşe mali yükümlerinde eşit kılınmasını de lege ferenda, kadından hiç nafaka istenememesi gerektiği, kadının ancak ahlâki vazife olarak ve kendi rızası ile bu ödemeleri yapabileceği gerekçesiyle eleştirmektedir<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, Aile, s. 112.



Boşanan kadının kişisel durumunu düzenleyen 173'üncü madde boşanan kadının evlenmeden önceki soyadını yeniden alabilmesine olanak sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Konuya ilişkin eski Medenî Kanununun 141'inci maddesi ise boşanan kadının bekârlık soyadını yeniden alacağı hükmünü getirmişti. Türk Medenî Kanunu'nun 173'üncü maddesi ise kadının evlenmeden önce dul olması hâlinde hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebileceğini belirtmiştir. Bununla beraber kadın boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati olduğunu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğini ispatlarsa kadının istemi üzerine hâkim kocasının soyadını taşımasına izin verebilecektir. Kadının sosyal çevresinde kocasının soyadı ile tanınmasını yeterince dikkate almadan kadının boşanma hâlinde evlenmeden önceki soyadını almasının kural hâline getirilmesinin kadın-erkek eşitliğini sağlamak açısından eleştiriye açık olduğu ifade edilmiştir<sup>81</sup>. Bu eleştiriye biz de katılmaktayız. Türk Medenî Kanunu'nun kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı yönündeki 187'nci maddesi kadının sadece bekârlık soyadını taşımasına imkân vermemektedir. Kadın sosyal çevresinde kocasının soyadıyla tanındıktan sonra bu kez de evlenmeden önceki soyadını taşıyacağını kural hâline getirmek kadının kimliğinin bir parçası olan soyadı konusunda hem evlenme aşamasında hem de evliliğin sona ermesi sırasında kadını kimliksizleştirmek ve onun iradesini hiçe saymaktır.

Türk Medenî Kanunu'nun 336'ncı maddesinde evlilik devam ettiği sürece anne ve babanın velayeti birlikte kullanacakları vurgulanmıştır. Ortak hayata son verilmiş ya da ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim velayeti eşlerden birine verebilir. Velayet anne ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir. Çocuğun çıkarları doğrultusunda çocuk anneye bırakıldığı için velayet hakkına da anne tek başına sahip olmaktadır. Velayet hakkına sahip olmayan babanın çocuğun bakımı ve eğitimine ilişkin yükümlülükleri devam ediyor olmasına rağmen bu konularda anneye beraber karar alma imkânının düzenlenmemiş olması kadın erkek eşitsizliğinin erkek aleyhine yaşandığı bir durum olarak görülmektedir<sup>82</sup>.

## SONUÇ

Türk Medenî Kanunu kadın ve erkek arasında ayrımcılığa son vermek ve eşitlik ilkesini hayata geçirmek amacıyla eski Medenî Kanun zamanında var olan eşitliğe aykırı birçok hükme bünyesinde yer vermemiştir. Eski

---

<sup>81</sup> ZEYTİN, s. 1664.

<sup>82</sup> ZEYTİN, s. 1665.



Medenî Kanunun 21'inci maddesindeki “kocanın ikametgâhı karının ikametgâhı addolunur” hükmü kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğu için Türk Medenî Kanununa alınmamıştır. Eşitliği sağlamaya yönelik hükümlerden biri de Türk Medenî Kanunu'nun 186'ncı maddesi ile getirilen düzenlemedir. Bu madde “konutun seçimi, birliğin yönetimi ve giderlere katılma” başlığını taşımaktadır. Bu maddeyle Eski Medenî Kanun'un konutun seçimini kocaya tanıyan hükmü (m. 152) değiştirilmiş ve eşlerin beraberce oturacakları ortak konutu birlikte seçmeleri ilkesi getirilmiştir. Eski Medenî Kanunun 263'üncü maddesindeki evlilik devam ederken eşlerin çocukların velayetini birlikte kullanacağı, anlaşmazlık durumunda babanın oyunun geçerli olacağına ilişkin hükmü değiştirilerek Türk Medenî Kanunu'nun 336'ncı maddesinde evlilik devam ettiği sürece anne ve babanın velayeti birlikte kullanacakları hükme bağlanmıştır. Aynı zamanda eski Medenî Kanun zamanında mesleğin ve sanatın seçimi ve yürütülmesi hususundaki sınırlandırma sadece kadın bakımından öngörülmüş olduğu için kadının statüsünden farklı olarak koca, kadının açık veya üstü kapalı onayına ya da hâkimin iznine bağlı olmaksızın meslek ve sanatın seçiminde serbestti. Bu konuda Türk Medenî Kanunu'nun 192'nci madde metnindeki eşler terimi, seçilip icra edilecek olan mesleğin evliliğin huzur ve yararına olup olmadığı tartışmasını sadece kadının seçip icra edeceği meslek açısından değil, koca için de söz konusu kıldığından, koca da artık serbestçe değil ancak ailesinin huzur ve yararını gözeterek mesleğini seçip icra edebilecektir.

Medenî Kanun kadın erkek eşitliğini temel prensip olarak kabul etmiş ve bu yönde olumlu birçok değişiklik yapmış olmasına rağmen bu eşitliğe aykırı ve kadın aleyhine sonuçlar doğurabilecek bazı hükümler hâlâ mevcuttur. Şüphesiz bunlar içinde en önemlisi ve en çok eleştiri konusu olan hüküm kadının evlenmekle kocasının soyadını taşıyacağına dair 187'nci madde hükmüdür. Soyadının kişinin vazgeçilmez kişilik hakkına konu olan değerlerden biri olduğu gerçeğinin göz ardı edilmesi ve kadına bu konuda irade özgürlüğünün verilmemesi eşitliği sağlama amacıyla olan bir kanunun bu hedefiyle bağdaşamamaktadır. Bu sebeple bu hüküm Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesine uyumlu hâle getirilmelidir.

### KAYNAKÇA

**AKGÜNDÜZ**, Ahmet, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Özel Hukuk I (Şahsın Hukuku-Aile Hukuku), 2. Cilt, İstanbul 2012.

**AKINCI**, Şahin, “*Medenî Kanun’da Kadın ve Aile*”, GÜHFD, Haziran-Aralık 2004, Cilt 8, Sayı 1-2, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8\\_2.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8_2.pdf).

**AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ KARAMAN**, Derya, Aile Hukuku, İstanbul 2011.

**ATASAYAN**, M. Gözde, “*Kadının Soyadı da Yok*”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 199-219.

**AYDIN**, Gülşah Sinem, “*Türk Medenî Kanunu m. 187*”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 246-276.

**AYDIN**, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2013.

**BAKIRCI**, Kadriye, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, Ankara 2012.

**BAŞPINAR**, Veysel, “*Türk Medenî Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz*”, AÜHFD 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 79-101.

**BERKTAY**, Fatmagül, “*Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye*”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları no 7, 2004, s. 1, [http://stk.bilgi.edu.tr/docs/berktay\\_std\\_7.pdf](http://stk.bilgi.edu.tr/docs/berktay_std_7.pdf).

**BÜYÜKTANIR**, Tahir, “*Türk Medenî Kanunu (Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar)*”, Ankara Barosu Dergisi, 2002/2, s. 55-110.

**CANSEL**, Erol, “*Medenî Kanun’da Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk)*”, Medenî Kanunun 50. Yılı, Ankara 1977.

**CİN**, Halil, “*Tarih Boyunca Kadının Hukuki Statüsü Açısından Türk Kadınının Durumuna Kısa Bir Bakış*”, Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 1-25.

**ÇAĞLAR**, Selda, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu*”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, s. 43-89.

**ÇAKIRCA**, Seda İrem, “*Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK m. 187’nin Değerlendirilmesi*”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, Cilt 1, s. 703-749. (Serozan’a Armağan)

**ÇAKIRCA**, Seda İrem, “*Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi*”, İÜHFM 2012, Cilt 70, Sayı 2, s. 145-164.

**DİNÇKOL**, Bihterin, “*Kadın Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4, Sayı 8, Güz 2005/2, s. 101-117.

**DURAL**, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku- Cilt II- Kişiler Hukuku, İstanbul 2013.

**DURAL**, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2014.

**ERGENE**, Deniz, “*İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medenî Kanun’da Değişiklik Önerisi*”, MHB 2011, Yıl 31, Sayı 2, s. 123-176.

**GÖNENÇ**, Fulya İlçin, Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010.

**GÜNERGÖK**, Özcan, “*Türk Medenî Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun Mal Rejimleri Bakımından Değerlendirilmesi*”, AÜEHFD 2002, Cilt 6, Sayı 1-4, s. 333-342.

**HATEMİ**, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013. (Kişiler)

**HATEMİ**, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Aile Hukuku, İstanbul 2013. (Aile)

**HAVUTÇU**, Ayşe, “*Evli Kadının Yerleşim Yeri*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, Cilt 7, Sayı 1, s. 29-50. (Yerleşim Yeri)

**HAVUTÇU**, Ayşe, Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006. (Evlilik Birliğinin Temsili)

**HELVACI**, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013.

**İNCEOĞLU**, Sibel, “*Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 45-62.

**KILIÇOĞLU**, Ahmet, “*Medenî Kanun Açısından Kadın Erkek Eşitliği*”, Ankara Barosu Dergisi, 1991/1, s. 9-17.

**NOMER**, Haluk N., “*Avrupa Birliğine Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı*”, MHB 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Cilt 22, Sayı 2, s. 421-450.

**NAMLI**, Mert, “*Yeni Medenî Kanununun Evlilik Hukukunda Yaptığı Değişiklikler*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2003, Yıl 2, Sayı 2, s. 241-388.

**OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul 2013.

**ÖDEN**, Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara 2003.

**ÖZDAMAR**, Demet, *CEDAW Sözleşmesi*, Ankara 2009.

**ÖZKAN**, Işıl, *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara 2003.

**TANÖR**, Bülent/**YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2013.

**TEMP**, Gülendım, “*Hukuk Önünde Kadın Erkek Eşitliği*”, *Çağdaş Hukuk*, Yıl 2, Sayı 17-18, Eylül-Ekim 1993, [http://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/3bfc1d4783966c6\\_ek.pdf?dergi=HABER%20B%DCLTEN%DD](http://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/3bfc1d4783966c6_ek.pdf?dergi=HABER%20B%DCLTEN%DD).

**UÇAR**, Ayhan, “*4721 Sayılı Medenî Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi*”, e-akademi, Ocak 2006, Sayı 47, [http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=4721 SAYILI MEDENİ KANUN İLE İHDAS EDİLEN YENİ BİR MÜESSESE: AİLE KONUTU MÜESSESİ&kimlik=1137595698&url=makaleler/aucar-1.htm](http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=4721%20SAYILI%20MEDENI%20KANUN%20ILE%20İHDAS%20EDİLEN%20YENİ%20BİR%20MÜESSESE%3A%20AİLE%20KONUTU%20MÜESSESİ&kimlik=1137595698&url=makaleler/aucar-1.htm).

**UÇAR**, Ayhan, “*4721 Sayılı Medenî Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler*”, *AÜEHFD* 2002, Cilt 6, Sayı 1-4, s. 317-332.

**ULUSAN**, M. İlhan, “*Türk Medenî Kanunu'nun Dünü ve Bugünü*”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2002, Cilt 1, Sayı 1-2, s. 153-172.

**YAVUZ**, Cevdet, *Türk Medenî Kanunu-Türk Borçlar Kanunu*, İstanbul 2011.

**YILDIZ**, Gaye Burcu, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara 2008.

**YÜKSEL**, Murat, *Feminist Hukuk Kuramı ve Feminist Düşünce Teorileri*, İstanbul 2003.

**ZEYTİN**, Zafer, “*Türk Medenî Kanunu'nda Kadın- Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler*”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, İstanbul 2009, II. Cilt, s. 1649-1680.

**KAMU HUKUKU >>**

BOŞ

# TÜRK CEZA HUKUKU'NDA EMRİN İFASININ HUKUKİ NİTELİĞİNİN ALMAN VE İTALYAN CEZA HUKUKU'YLA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İNCELENMESİ

Selman DURSUN\*

## ÖZET

*Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*

*Türk Ceza Hukuku'nda emrin ifasının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Hukuka uygun emirlerin ifasının hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği genel olarak kabul edilmekle birlikte, hukuka aykırı emirlerin ifasının niteliği, özellikle hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir kavramı tartışmalıdır. Bu çalışmada tartışmalara ışık tutmak amacıyla öncelikle hukuka aykırı bağlayıcı emir kavramının kapsamlı bir şekilde değerlendirildiği Alman Ceza Hukuku'ndaki durum incelenmiştir. Sonrasında kanuni düzenlemelerin benzerliği sebebiyle kısaca İtalyan Ceza Hukuku'na değinilmiştir. Yapılan karşılaştırma sonucunda Türk Ceza Hukuku'nda emrin ifasının hukuki niteliğine dair tespitlerde bulunulmuş, hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının mazeret nedeni niteliği taşıdığı savunulmuş, ancak bu konudaki düzenlemelerin emrin hukuka aykırılığının bilinmesi veya bariz olması açısından sorunlu olduğuna işaret edilmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Yetkili merciin emrini ifa, amirin emrini ifa, emrin ifası, hukuka uygunluk nedeni, mazeret nedeni, kusuru etkileyen neden

## **A COMPARATIVE STUDY WITH GERMAN AND ITALIAN PENAL LAW ON THE LEGAL NATURE OF EXECUTION OF ORDER IN TURKISH PENAL LAW**

### **ABSTRACT**

*In Turkish Penal Law, different views are put forward on the legal nature of execution of order. Although the execution of lawful orders is generally accepted as a ground for justification, the legal nature of unlawful orders, especially the concept of unlawful but binding orders is controversial. In this study, firstly in order to shed light on the discussions, the situation in the German Penal Law, where the concept of unlawful binding orders is in detail analyzed, was examined. Following this, because of the similarity of the legal regulations, the Italian Penal Law was briefly mentioned.*

---

\* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*As a result of the comparison some points about legal nature of the execution of order in Turkish Penal Law were made. It was defended that carrying out the unlawful but binding order has the nature of a ground for excuse. However it was also pointed out that the current legal regulations on this topic are problematical in terms of fulfilling knowingly the unlawful orders or obeying the manifestly illegal orders.*

**Keywords:** *Execution of orders of a competent authority, carrying out of superior's order, execution of order, grounds of justification and excuse or of affecting of culpability.*

## **GİRİŞ**

Toplumsal yaşamda çeşitli gerekçelerle kişiler arasında değişik düzeylerde hiyerarşik ilişkiler tesis edilmiş olabilir. Özellikle kurumsal yapılarda, aileden devlete kadar uzanan organizasyon yelpazesinde, düzenin sağlanması açısından bu tür bir ilişki biçiminin varlığı çoğu zaman zorunlu bir ihtiyaçtır. Bu bağlamda sözü edilen durumun hukuk kuralları tarafından tanzim edilmesi de kaçınılmaz olup, en önemlisi devlet organizasyonuna dair olmak üzere konuyla ilgili birçok düzenleme bulunmaktadır. Kamu hukukunda ve bunun içerisinde bilhassa sivil veya askeri idari hiyerarşiye, kamu personel rejimine yönelik kuralların yanı sıra, özel hukukta da adam çalıştırmanın sorumluluğu, işveren - işçi ilişkisi, tüzel kişiler ve şirketlerdeki yönetim yapısı gibi benzer nitelikte münasebetleri öngören hükümler mevcuttur. İlgili yapının niteliğine ve genel olarak hukuk düzeninin özelliğine göre de hiyerarşiye dair kuralların katılığı farklılık arz edecektir.

Söz konusu yapısal ilişkinin gereklerinden biri olarak, belirli kişilere emir verme yetkisi tanınmış, diğer kişilere de bu emirler doğrultusunda davranma yükümlülüğü yüklenmiş olabilir. Burada sorun, emrin ifası kapsamında hukuki sorumluluk doğurabilecek bir fiil işlendiğinde, sorumluluğun kime ait olacağı ve özellikle emre uygun hareket etme yükümü altındaki kişinin durumudur. Bu noktada özel hukuk ve idare hukuku sorumluluğunda emri vereni öne çıkaran, meseleyi bütüncül de ele alabilen sorumluluk kuralları geçerli iken, emir üzerine işlenen fiilin bir suç tipine ilişkin olması bağlamında ceza hukuku sorumluluğu, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi başta olmak üzere bu alana özgü ilke ve kurallar gereği farklılık taşımaktadır. Bu nedenle emrin ifası dolayısıyla işlenen suçlardaki sorumluluk, gerek milli gerekse milletlerarası ceza hukuku açısından son derece problemlidir.

Türk Ceza Hukukunda emrin ifası, ceza sorumluluğunu etkileyen bir kurum olarak hem mülga hem de yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda



düzenlenmiş olup<sup>1</sup>, diğer kanunlarda da tamamlayıcı hükümler bulunmaktadır. Emrin ifasının hukuki niteliği, emrin niteliğiyle de bağlantılı olarak genellikle suçun hukuka aykırılık unsuru içerisinde bir hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluk alanında bir mazeret nedeni<sup>2</sup> olarak değerlendirilebilmekte, bazı hallerde ceza sorumluluğu bakımından oldukça farklı sonuçlara

<sup>1</sup> Türk Ceza Hukuku'nda emrin ifası, gerek mülga gerekse yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun ilgili madde (mülga 765 sayılı Kanun m.49 ve 5237 sayılı Kanun m.24) metinlerindeki ifadeden hareketle genellikle "yetkili merciin emrini" ifa olarak anıldığı gibi, yürürlükteki 24. maddenin başlığına atıfla "amirin emrini" yerine getirme şeklinde de adlandırılabilir. İncelememizde, hem kısa olması hem de merciin daha çok tüzel kişileri, amirin ise gerçek kişileri çağrıştırması itibariyle genel bir adlandırma olarak emrin ifası deyimini tercih edilmiştir.

<sup>2</sup> İncelememizde sık sık değinilecek olan mazeret nedeni kavramı, Türk Ceza Hukuku doktrininde daha önce bazı yazarlar tarafından farklı anlamlarda kullanılmış olsa da (*Taner*, 441-442; *Erem/Danışman/Artuk*, 549 vd.; *Yüce*, 253-254) özellikle 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğü sonrasında esasen Alman Ceza Hukuku'ndaki anlamında kusurluluk konusuyula bağlantılı olarak öne çıkmaya başlayan, nispeten yeni terimdir. Alman doktrinindeki hâkim görüşlerden hareketle ve TCK hükümleri de dikkate alınarak, ancak çalışmanın kapsamını aşmamak için kısaca ifade etmek gerekirse; işlenen suç dolayısıyla failin kusurlu kabul edilerek cezalandırılabilmesi için, (normatif kusur/luluk öğretisinde) genel olarak, kusur yeteneği, haksızlık bilinci ve beklenebilirlik (hukuka veya hukuk normlarının emir ve yasaklarına uygun davranmanın beklenebilirliği) şeklinde üç temel unsurdan söz edilebilir (kusur tipikliği). Bunlardan kusur yeteneği ve haksızlık bilinci kusurluluğun/kusurun kurucu unsurları olup, bunların yokluğu (kusur yeteneğinin olmaması ve haksızlık bilincine mani olan hata halleri) kusurluluğun/kusuru engelleyen (kaldıran) nedenler olarak tasnif edilmektedir. Buna karşılık mazeret nedenleri beklenebilirliği önleyen veya çok zorlaştıran olağanüstü durumları, başka bir deyişle beklenebilir olmamayı (beklenemezliği) ifade etmektedir. Burada kusur yeteneği ve haksızlık bilincinin varlığına, dolayısıyla kusurluluğun ve içerik itibariyle belli ölçüde kusurun mevcudiyetine rağmen, söz konusu kusur, sıradışı şartların oluşturduğu ve norma uygun davranmanın beklenebilirliğini devre dışı bırakan önemli bir *motivasyon (güdülenme) baskısı* ve bu şartlar altında işlenen fiilin *haksızlık içeriğinin azalması* (çifte azalma) sebebiyle cezanın önleme amacıyla da ilişkili olarak cezaya liyakat sınırının altında kaldığı için kınamadan vazgeçilen, mazur görülen bir niceliktedir. Bu yönüyle mazeret nedenleri, kusurluluğun/kusuru engelleyen nedenlerden ayrılarak kusuru azaltan nedenlere yaklaşmakta, ancak haksızlığın azalmasına da dayandığı için onlardan farklılık arz etmektedir. Kusurluluk, kusur, kusur tipikliği ve mazeret nedeni kavramları hakkında bkz. *Welzel*, § 19, I-II, § 23; *Jescheck/Weigend*, § 42, I, 1, § 43, II-II; *Jakobs*, § 17/2, 43-45, 53-56; *Schmidhäuser*, 10/1-2, 11/1-6; *Wessels/Beulke*, kn. 432-433; *Ebert*, 96, 106; *Gropp*, § 7/1-2, 64; *Kühl*, § 12/1-12; *Krey/Esner*, kn. 748; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 7/27-28, § 10/96-103; *Kindhäuser*, § 21/11-13; *Heinrich*, kn. 562-563; *Frister*, § 7/12; *Bringewat*, kn. 531-535; *Murmann*, § 16/9-11; *Kasiske*, 7/149; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/108-111; *Paeffgen*, NK, Vor § 32/239-255. Karş. *Sözüer*, 231 ve normatif kusur/luluk anlayışı bağlamında beklenebilirlik hususunda *Hafizogulları*, 337 vd. Belirtmek gerekir ki kusurluluğun/kusuru engelleyen neden - mazeret nedeni ayrımını benimsemeyen veya bu ayrıma karşı olan görüşler de mevcuttur. Bkz. *Blei*, § 48, § 60; *Baumann/Weber/Mitsch*, § 23/2; *Roxin*, § 19/56-57; *Hirsch*, LK, Vor § 32/193-194; *Rönnau*, LK, Vor § 32/323; *Schlehofer*, MK, Vor § 32/248-253. Hâkim kusur/luluk öğretisinin eleştirisi ve fiil sorumluluğu, fiil sorumluluğunu engelleyen nedenler hakkında *Maurach/Zipf*, § 30/30 vd., § 32, § 33. Ayrıca bkz. *Özbek ve Diğerleri*, 360-361; *Meraklı*, 261 vd.; *Dülger*, 122 vd.

varılabilmektedir. Bu hususta emrin hukuka aykırı olması durumu ve bilhassa Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemeyle (m.223/f.3) mevzuatımıza da terim olarak girmiş olan “hukuka aykırı bağlayıcı emir” kavramı, emrin ifasının hukuki niteliğine dair tartışmaları derinleştirmektedir. İşbu incelemenin konusunu ve kapsamını da esasen bu tartışmalar oluşturmakta olup, bunun dışında emrin ifasının koşulları ve ilgili diğer hususlar ayrıntılı olarak ele alınmayacak, gerektiğinde değinilecektir.

Aşağıda öncelikle emrin ifasının hukuki niteliğiyle ilgili oldukça kapsamlı ve birbirine zıt analizlerin yapıldığı, hukuka aykırı bağlayıcı emir deyiminin de kavramsal olarak kaynağı olduğu düşünülen Alman Ceza Hukuku'ndaki durum incelenecektir. Devamında ise, her ne kadar doğrudan kaynaklardan yararlanma imkânı olmasa da emrin ifasına dair Türk Ceza Kanunu düzenlemesiyle büyük bir benzerlik arz etmesi itibariyle karşılaştırma açısından önem taşıyan İtalyan Ceza Hukuku'ndaki vaziyete kısaca değinilecektir. Nihayet karşılaştırmalı hukuktan edinilen perspektif çerçevesinde Türk Ceza Hukuku'na dair değerlendirmeler yapılacaktır. Çalışma, yapılan tespitlerin özetlendiği ve önerilerin yer aldığı sonuç bölümü ve Türk Ceza Hukuku'nda emrin ifasının hukuki niteliğini toplu bir biçimde gösteren bir tabloyla sona erecektir.

## **I. ALMAN CEZA HUKUKU'NDA EMRİN İFASININ HUKUKİ NİTELİĞİ**

Alman Ceza Kanunu'nda, Türk Ceza Kanunu m.24'te olduğu gibi emrin ifasına dair genel bir hüküm bulunmamaktadır. Konuyla ilgili hükümler esas olarak kamu görevlileri ve askerlerle ilgili gerek federal gerekse eyalet düzeyindeki mevzuatta yer almaktadır. Polisler bakımından ise eyalet bazındaki düzenlemelerde bazı örnekler mevcuttur. Aşağıda öncelikle, bu hususta öne çıkan federal düzenlemelere, özellikle emrin hukuka aykırılığını içeren maddeler dikkate alınarak kısaca değinilecek, ardından ise öğretilerdeki değerlendirmelere yer verilecektir.

### **A. Kanuni Hükümler**

İncelenen konuyla ilgili düzenlemelerin başında 05.02.2009 tarihli **Federal Memurlar Kanunu**'nun (Bundesbeamtenengesetz, BBG) 63. paragrafı gelmektedir. Söz konusu paragraf, memurların hizmet fiillerinin hukuka uygunluğundan tam bir kişisel sorumluluk taşıdıklarını belirttikten sonra (f.1), hizmete ilişkin emirlerin hukuka uygunluğu aleyhine kuşkusuz olan memurların bunu derhal veya doğrudan amirlerine tasdik ettirmeleri gerektiği, emrin

tasdikine rağmen hukuka uygunluğa dair kuşkuları devam ediyorsa sonraki üst amire başvurmaları gerektiği, bu şekildeki çifte ve talep halinde yazılı olan tasdikten sonra memurların emri ifa etmek zorunda oldukları ve şahsi sorumluluktan kurtulacakları düzenlenmiştir. Ancak bu hükmün, emredilen davranış *insan onurunu* ihlal ediyorsa ya da *cezalandırılabilir (suç)* veya *düzene aykırı (kabahat)* ise ve suç veya kabahat niteliği memurlar tarafından *bilinebilir* (erkennbar) ise uygulanmayacağı da açıkça ifade edilmiştir (f.2). Ayrıca gecikmede sakınca olduğu ve üst amirin kararı zamanında alınmadığı için amirin emri derhal ifayı talep etmesi durumunda da emir tasdiki hariç diğer hükümlerin geçerli olduğu öngörülmüştür (f.3)<sup>3</sup>.

Benzer bir düzenleme 17.05.2005 tarihli **Seferberlik Hizmetini Reddedenlerin Sivil Hizmeti Hakkında Kanun**'un (Sivil Hizmet Kanunu, Zivildienstgesetz – ZDG) hizmet emirlerine ilişkin 30. paragrafında yer almaktadır. Hizmet verenlerin genel olarak emre itaat mecburiyeti vurgulandıktan (f.1) sonra, emrin hukuka uygunluğuna dair şüpheye karşı emrin tasdiki halinde itaat zorunluluğu olduğu, ancak emrin *hizmet amaçla* verilmemesi veya *insan onurunu* ihlal etmesi veya ifası halinde bir *suç* veya *kabahat* işlenecek olması hallerinin bunun dışında kaldığı (f.2) belirtilmiştir. Hizmet verenin hizmet emrini ifa dolayısıyla, emrin ifasının *cezalandırılabilir* veya *düzene aykırı* olması ve *cezalandırılabilirliği* veya *düzene aykırılığı bilmesi* veya *kendince bilinen koşullara göre* (nach den ihm bekantnen Umständen) bunun *bariz* (offensichtlich) olması dışında şahsi sorumluluğunun olmadığı ayrıca düzenlenmiştir (f.3).

Bunun dışında 30.05.2005 tarihli **Askerlerin Hukuki Durumu Hakkında Kanun**'un (Askerler Kanunu, Soldatengesetz – SG) itaat başlıklı 11. paragrafında, askerin amirine itaat etmek zorunda olduğu, onun emirlerini elinden geldiğince eksiksiz, özenli ve derhal ifa etmesi gerektiği vurgulandıktan sonra, *insan onurunu* ihlal eden veya *hizmet amaçla* yönelik olmayan bir emri ifa etmemenin itaatsizlik olmadığı, hataen böyle bir emri alma halinde askerin, ancak eğer hatadan kaçınması mümkün değilse ve kendince bilinen koşullara göre emre hukuki yollarla karşı koyması beklenemezse sorumluluktan kurtulacağı (f.1) hükmü yer almaktadır. Keza ifası halinde bir *suçun* işlenmesi söz konusu olan emre itaat edilmeyeceği, buna rağmen emre itaat edilmesi halinde astın sadece, bu şekilde bir suçun

<sup>3</sup> Aynı içerikte hükümler, 17.06.2008 tarihli **Eyaletlerdeki Memurların Statüsel Haklarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun** (Memurların Statüsü Kanunu, Beamtenstatusgesetz – BeamStG) § 36'da da yer almaktadır.

işleneceğini *bilmesi* veya *kendince bilinen koşullara göre* bunun *bariz* olması halinde *kusurlu* sayılacağı düzenlenmiştir (f.2).

Aynı yönde hükümler, 16.03.1976 tarihli **Hapis Cezalarının ve Hürriyeti Bağlayıcı İyileştirme ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun**'un (Ceza İnfaz Kanunu, Strafvollzugsgesetz – StVollzG) emir üzerine hareket etme başlıklı 97. paragrafı ile 10.03.1961 tarihli **Federal Kolluk Memurlarının Kamu Gücünü Kullanırken Doğrudan Zor Kullanımı Hakkında Kanun**'un (UZwG) aynı başlığı taşıyan 7. paragrafında hemen hemen aynı ifadelerle; infaz hizmetlileri ile kolluk memurlarının, amirinin veya yetkili diğer bir kimsenin emri üzerine doğrudan zor kullanmakla yükümlü oldukları açıklanmış, ancak emrin *insan onurunu* ihlal etmesi veya *hizmetsele amaca* yönelik olmaması halleri bunun dışında tutulmuştur (f.1). Yine ifası halinde bir *suçun* işlenebileceği emirlerin yerine getirilemeyeceği, buna rağmen emrin ifa edilmesi durumunda ise hizmetli veya memura ancak, bu yolla bir suçun işleneceğini *bilmesi* veya *kendince bilinen koşullara göre* bunun *bariz* olması durumunda *kusur* atfedileceği öngörülmüştür (f.2). Maddelerin devamında ise hizmetli veya memurların emrin hukukiliğine karşı görüşlerini *şartlar elveriyorsa* ileri sürmeleri gerektiğine dair hükümlere yer verilmiştir<sup>4</sup>.

Nihayet 24.05.1974 tarihli **Askeri Ceza Kanunu**'nun (Wehrstrafgesetz – WStG) 5. paragrafında, astın emir üzerine ceza kanunlarındaki bir *tipikliği gerçekleştiren hukuka aykırı bir fiil* işlemesi durumunda, hukuka aykırı bir fiil işlediğini *bilmesi* olması veya *kendince bilinen koşullara göre* bunun *bariz* olması halinde *kusurlu* olacağı (f.1) düzenlenmiştir. Paragrafın 2. fıkrasına göre astın kusuru, emrin ifası sırasında bulunduğu özel durum dikkate alındığında az ise, mahkeme cezayı indirebileceği gibi, cünhalarda cezayı kaldırabilir<sup>5</sup>. Bunun gibi 26.06.2002 tarihli **Milletlerarası Ceza Kanunu**'nun

<sup>4</sup> Benzer hükümler, polisin zor kullanma yetkisi bağlamında eyalet düzenlemelerinde de bulunmaktadır. Örneğin **Bavyera Devlet Polisinin Görev ve Yetkileri Kanunu** (Polisin Görevleri Kanunu, Polizeiaufgabengesetz - PAG) § 62, **Hessen Kamu Güvenliği ve Düzeni Kanunu** (HSOG) § 56, **Kuzey Ren Vestfalya Polis Kanunu** (PolG NRW) § 59. Bavyera Polisin Görevleri Kanunu'nun Türkçe çevirisi için bkz.: *Yenisey*, 13 vd.

<sup>5</sup> Kanunun emrin bağlayıcılığı ve hataya ilişkin 22. paragrafında, Kanunun 19 ila 21. paragraflarında düzenlenen *emre itaatsizlik suçlarında* astın, emrin *bağlayıcı* olmaması, özellikle emrin *hizmetsele amaca* yönelik verilmemesi, *insan onurunu* ihlal etmesi veya ifası halinde bir *suçun* işlenebilecek olması durumunda *hukuka aykırı* davranmış olmayacağı belirtilmiş, bu hükmün astın emrin bağlayıcılığı konusunda hataya düşmesi halinde de geçerli olacağı (f.1) düzenlenmiştir. Maddenin devamında çeşitli hata hallerine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

(Völkerstrafgesetzbuch – VStGB) 3. paragrafında da emir üzerine Kanunda düzenlenen suçların işlenmesi halinde failin, emrin hukuka aykırılığını *bilmiyorsa* ve emrin hukuka aykırılığı *bariz* değilse *kusurlu* hareket etmiş olmayacağı belirtilmiştir. Son olarak, 20.04.2013 tarihli **Deniz İş Kanunu** (SeeArbeitsgesetz – SeeArbG) paragraf 124'te, mürettebatın ve gemide bulunan diğer kişilerin icrai nitelikteki emirleri yerine getirmekle yükümlü oldukları (f.1, f.3) ifade edildikten sonra, *insan onurunu* ihlal eden ya da ifası halinde bir *suç* veya *kabahat* işlenmesi söz konusu olan bir emri ise ifa yükümlülüğünün bulunmadığı (f.2) açıkça ortaya konmuştur<sup>6</sup>.

Söz konusu hükümler **genel olarak değerlendirildiğinde**, bir defa tüm kanunlarda ifası *suç* oluşturabilecek emirlerin yerine getirilmeyeceği, bazı kanunlarda ise ifası *kabahat* (BBG, ZDG, SeeArbG) veya *insan onurunu* ihlal (VStGB dışındaki diğer tüm kanunlar) teşkil edebilecek ya da *hizmetesel amaca* yönelik olmayan (ZDG, SG, StVollzG, UZwG, WStG)<sup>7</sup> emirlere itaat edilmeyeceği düzenlenmiştir. Bundan daha önemli ortak bir nokta ise, astın emrin ifası nedeniyle işlediği suç (veya bazı kanunlar açısından kabahat) dolayısıyla *kusurlu* kabul edilebilmesi için, emrin bu niteliğini *biliyor* olması ya da bunun kendince bilinen koşullara göre *bariz* olması gereğinin açıkça öngörülmesidir. Ayrıca Askeri Ceza Kanunu'ndaki kusurun azalmasına bağlı olarak ceza indirimini ve hatta suçun türüne göre cezanın kaldırılmasını içeren hüküm dikkat çekicidir.

## B. Değerlendirme

Yukarıdaki hükümler çerçevesinde Alman Ceza Hukuku öğretisinde emrin ifası, emrin niteliğine göre suçun hukuka aykırılık unsuru kapsamında bir **hukuka uygunluk nedeni** (Rechtfertigungsgrund) ya da kusurluluk alanında çoğunlukla bir **mazeret nedeni** (Entschuldigungsgrund) olarak değerlendirilmektedir.

<sup>6</sup> Söz konusu Kanun'dan önce yürürlükte olan 26.07.1957 tarihli mülga **Denizciler Kanunu** (Seemannsgesetz – SeemG) paragraf 109'da mürettebatla sınırlı olarak emre itaat yükümlü düzenlenmekte (f.1) ve mürettebatın, ifası *suç* veya *kabahat* teşkil eden emri yerine getirmekle yükümlü olmadığı (f.2) öngörülmekteydi. İnsan onurunu ihlale dair bir hüküm bulunmamaktaydı. Öte yandan WStG'de olduğu gibi mülga SeemG'de de emre itaatsizliğin suç olarak öngörüldüğü § 115'te emrin *hukuka uygun* olmaması halinde itaatsizlik fiilinin cezalandırılabilir olmadığı, bu hükmün mürettebatın emrin hukuka uygun olduğu hususunda hataya düşmesi halinde de geçerli olduğu (f.5) düzenlenmiş, 6. fıkrada da hataen emrin hukuka aykırı olduğunu kabul etmenin sonuçlarına yer verilmişti. Yürürlükteki SeeArbG'de ise (emre uymamaya dair § 145-146'daki kabahat ve suç düzenlemeleri dışında) bu nitelikte bir hüküm mevcut değildir.

<sup>7</sup> Polislerle ilgili eyalet kanunlarında (PAG § 62, HSOG § 56, PolG NRW § 59) da aynı ifade kullanılmıştır.

Hukuka uygun (ve bağlayıcı) bir emrin ifasının bir **hukuka uygunluk nedeni** teşkil ettiği genel olarak kabul edilmekle<sup>8</sup> birlikte, **hukuka aykırı** ve fakat **bağlayıcı emir** kavramı ve bunun niteliği son derece tartışmalıdır. Her şeyden önce bu kavram, kanuni düzenlemelerdeki bazı ifade biçimlerine dayandırılmaktadır. Yukarıda değinilen maddelerde memurların hukuka aykırı olduğunu düşündükleri bir emri amirlerine tasdik ettirmeleri halinde emri ifa etmelerinin zorunlu olduğunun belirtilmesi (BBG § 63, ZDG § 30) karşısında, -eğer emir gerçekten hukuka aykırı ise- ortada hukuka aykırı, fakat bağlayıcı bir emir bulunmaktadır. Aynı şekilde kolluk memurları ve infaz hizmetlileri ile askerlere ilişkin hükümlerde yalnızca ifası suç teşkil edebilecek emirlerin yerine getirilmeyeceğinden söz edilmesinden (UZwG § 7, StVollzG § 97, SG § 11, WStG § 5)<sup>9</sup> hareketle ifası kabahat teşkil edebilecek emirlerin bağlayıcı olduğu<sup>10</sup>, bu durumda da hukuka aykırı ve bağlayıcı bir emrin söz konusu

<sup>8</sup> *Mezger*, § 30, II, 2; *Blei*, § 42, II; *Baumann/Weber/Mitsch*, § 17/143, § 23/50; *Maurach/Zipf*, § 29/7; *Jescheck/Weigend*, § 35, II, 4; *Schmidhäuser*, 9/57, dn. 76, 11/29; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/87; *Hirsch*, LK, Vor § 32/173; *Rönnau*, LK, Vor § 32/295; *Fischer*, Vor § 32/8; *Dau*, MK, WStG § 2/41; *Amelung*, 337; *Küper*, 91; *Walter*, 279; *Meyer*, 560. Hukuka uygun emrin içeriği hususunda bkz. *Haft*, 110; *Hirsch*, LK, Vor § 32/174-176. Astın hukuka aykırılığa dair özel bilgisi, emirden sonra durumun değişmesi veya vicdan hürriyeti bağlamında hukuka uygun ve fakat bağlayıcı olmayan emrin mevcut olup olmadığı ve buna ilişkin tartışmalar için bkz.: *Dau*, MK, WStG § 2/26; *Küper*, 91, dn. 103; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/88. Bu bağlamda amirin gerekli incelemeyi yaptıktan sonra takdir yetkisini kullanarak, örneğin zor kullanma hususunda verdiği emrin, gerçek durum farklı olsa da hukuka uygunluğu ve fakat astın amirin hataya düştüğünü bilmesi veya hatanın bariz olmasının kendisi açısından hukuka uygunluk etkisi doğurmayacağı hakkında bkz.: *Jescheck/Weigend*, § 35, II, 4; *Maurach/Zipf*, § 29/6, 11; *Hirsch*, LK, Vor § 32/176; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/88. Karş. *Blei*, § 42, II, 1.

<sup>9</sup> Yukarıda örnek olarak değinilen eyalet polis kanunlarındaki hükümler (PAG § 62, HSOG § 56, PolG NRW § 59) de aynı içeriğe sahiptir.

<sup>10</sup> İlgili Kanunlarda esasen kabahatlere ilişkin bir açıklık olmamakla birlikte, maddelerin itaat zorunluluğuna ilişkin ifadelerinin aksi anlamından bu sonuca varılmaktadır. Karş.: *Roxin*, § 17/15, 17; *Dau*, MK, WStG § 2/34. *Walter*, aksi anlamdan varılan bu sonucun, tüm aksi anlamlarda olduğu gibi bağlayıcı olmadığını, fakat memurlara ve sivil hizmetlilere ilişkin hükümlerde açıkça kabahatlerden söz edilerek emrin bağlayıcı olmadığını belirtilmesi karşısında, burada hukuka aykırı bağlayıcı emri kabul eden baskın görüşün haklı olduğunu belirtmektedir (*Walter*, 280). İlgili hükümlerin böyle bir yorumu zorunlu kılmadığı, ifası kabahat teşkil eden emirlerin de bağlayıcı olmadığını görüşü için bkz. *Spindel*, LK, § 32/86 ve keza 100-101.



olduğu<sup>11</sup> belirtilmektedir<sup>12</sup>. Doktrinde hukuka aykırı ve bağlayıcı emrin ast açısından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği savunulduğu gibi<sup>13</sup>, karşı görüş bunun ancak kusurluluk çerçevesinde bir mazeret nedeni olabileceğini kabul etmektedir<sup>14</sup>. Hukuka uygunluk nedeni fikrinin baskın hale geldiği

<sup>11</sup> Doktrinde daha ileri olarak, Federal Memurlar Kanunu'nda (aynı şekilde Sivil Hizmet Kanunu'nda) memurun sorumluluğu için suç veya kabahat niteliğinin memur tarafından bilinebilir olması koşulunun bulunmasına ve özellikle bilinebilirlik yoksa memurun sorumlu olmayacağı sonucuna dayanılarak, burada da emrin ifasının suç veya kabahat teşkil etmesine rağmen bağlayıcı olmaya devam ettiği (yani hukuka aykırı ve bağlayıcı bir emrin bulunduğu) sonucuna varılmaktadır (Roxin, § 17/16; S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor § 32/89; Lenckner, FS Stree/Wessels, 227; Schlehofer, MK, Vor § 32/121, 256. Aynı yönde Haft, 111; Kindhäuser, § 15/13. Karş. Kühl, § 9/118b-118c; Ambos, 222, dn. 16; Walter, 280). Yazarlar (Roxin ve Lenckner/Sternberg-Lieben), bunun mantığa ve ceza hukuku sistemine aykırı olduğunu ve fakat yürürlükteki hukukun bunu kabul ettiğini ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık doktrinde çoğunlukla ifası suç veya (askerler ile doğrudan zor kullanımında kolluk görevlileri hariç) kabahat oluşturan emirlerin bağlayıcı olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Blei, § 42, II, 1; Jescheck/Weigend, § 35, II, 2b ve § 46, I, 2; Schmidhäuser, 9/57, 11/31; Wessels/Beulke, kn. 450; Jakobs, § 16/12; Gropp, § 6/189-190; Hirsch, LK, Vor § 32/177. Karş. Kühl, § 9/118b-118c. Federal Memurlar Kanunu'ndaki ifade çerçevesinde bilinebilirliğin memurun sorumluluğu ve kusurlu ilgili olduğu hususunda ayrıca bkz. Stratenwerth, 198-199. Eski Alman Askeri Ceza Kanunu § 47'deki astın emrin hukuka aykırılığını bilmemesi halinde sorumlu olmayacağına dair hüküm bağlamında bilip bilmeme durumunun emrin ifasının hukuka aykırılığıyla ilişkili olmadığı, hukuka aykırılığın salt normatif bir kavram olduğu, bunun kusura ilişkin olduğu yönünde Dolaptschieff, 242-243. Haksızlığın subjektifleştirilmesi bağlamında eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. Spindel, LK, § 32/78-79 vd.

<sup>12</sup> İtaat yükümünü maddi açıdan idare hukukunda geçerli olan hukuka uygunluk karinesine dayandıran ve hukuka aykırı emrin bağlayıcılığını hukuka uygunluk karinesinin sınırlarıyla ilişkilendiren açıklamalar için bkz. Stratenwerth, 48-52, 110-111, 153-154, 165 vd., 197, 204; Jescheck/Weigend, § 35, II, 2. Dau, MK, WStG § 2/27-28; Meyer, 558, 571-572. Söz konusu karinenin hukuka uygunluğu izah için yeterli olmadığı hususunda Köhler, 312.

<sup>13</sup> Jescheck/Weigend, § 35, II, 3; Jakobs, § 16/14; Schmidhäuser, 9/57; Roxin, § 17/19; Wessels/Beulke, kn. 450; Gropp, § 6/187-190; Kühl, § 9/118d; Köhler, 312; Haft, 110-111; Krey/Esser, kn. 683; Stratenwerth/Kuhlen, § 9/134; Kindhäuser, § 15/13; S/S/ Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor § 32/89; Lenckner, 224; Hirsch, LK, Vor § 32/177; Schlehofer, MK, Vor § 32/121; Ambos, 222; Walter, 280; Stratenwerth, 182, 204; Ramm, 400-401. Bu görüşteki eski doktrin için bkz. Stratenwerth, 4-5. W-Beulke, adli infaz hizmetlileri, askerler ve sivil hizmetlilerle ilgili yeni kanunların farklı hükümler içerdiğini, bu kişilere yönelik hukuka aykırı emrin bağlayıcı olmadığını, dolayısıyla burada hukuka uygunluğun bulunmadığını, astın bazı şartlarla kusurlu kabul edildiğini ifade ederek (Wessels/Beulke, kn. 450), yukarıda değinilen hükümlere işaret etmiştir.

<sup>14</sup> Welzel, § 15, II, 2/c; Mezger, § 30, II, 2; Blei, § 42, II, 2; Baumann/Weber/Mitsch, § 23/52; Maurach/Zipf, § 29/7; Heinrich, kn. 511, 594; Rönnau, LK, Vor § 32/298; Paeffgen, NK, Vor § 32/192; Fischer, Vor § 32/8, 16; Dau, MK, WStG § 2/43, § 5/1; Schölz/Lingens, § 2/32; Amelung, 337; Küper, 92; Dolaptschieff, 248-249. Somut olayda yararların karşılaştırılmasına bağlı olarak hukuka uygunluk ve mazeret nedeni değerlendirilmesi için bkz. Hoyer, 17, 22. Ayrıca bkz. Meyer, 560-561, 564. Mazeret nedeni görüşünü savunan ve baskın olduğu belirtilen eski doktrin için bkz. Stratenwerth, 5-7. Karş. Dolaptschieff, 239-240.

anlaşılmaktadır<sup>15</sup>.

Hukuka aykırı bağlayıcı emri *hukuka uygunluk nedeni* olarak ele alan görüş, gerekçe olarak astın içinde bulunduğu yükümlülük çatışmasına ve hiyerarşik yapının gereklerine dayanmaktadır<sup>16</sup>. Zira astın bir yanda hukuka aykırı davranmama yükümlülüğü dururken, diğer yanda emre itaat yükümü bulunmaktadır. Kanun koyucu bazı önemsiz olaylarda devlet faaliyetlerinin temel düzen ilkesi ve hiyerarşinin bir gereği olarak astın amire itaat yükümlülüğünü, hukuk düzenine itaat yükümlülüğüne üstün tutmuştur<sup>17</sup>. Sonuç itibarıyla bu görüş, genel olarak emrin ifasının hukuki niteliği hususunda emrin bağlayıcı olup olmasını esas almaktadır<sup>18</sup>. Buna

<sup>15</sup> Bazı eserlerde mazeret nedeni yaklaşımı hâkim görüş olarak ifade edilirken (*Jescheck/Weigend*, 394, dn. 16; *Roxin*, § 17/18; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/87; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177), *Paeffgen* baskın görüşün hukuka uygunluk nedeni çözümü olduğunu belirtmekte, ancak karşı düşüncelyi, güçlü bir azınlık görüşü olarak nitelendirmektedir (*Paeffgen*, NK, Vor § 32/194-195). Aynı yönde *Rönnau*, LK, Vor § 32/298; *Weigend*, MK, VStGB § 3/12; *Krey/Esser*, kn. 683; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9/134; *Walter*, 280; *Meyer*, 561, 564. *Ame lung*, uzun süre mazeret nedeni fikrinin hâkim olduğunu, *Stratenwerth*'in doçentlik çalışmasından sonra hukuka uygunluk nedeni görüşünü savunanların arttığını vurgulamıştır (*Ame lung*, 337). *Küper* de mazeret nedeni çözümünün geleneksel ve çoğunlukla baskın görüş olarak ifade edildiğini, ancak diğer çözümün egemen hale geldiğinin belirtilebileceğini, bunun zamanla daha fazla taraftar kazandığını belirtmiştir (*Küper*, 91).

<sup>16</sup> *Küper*, 92.

<sup>17</sup> Bu durumda hukuka uygunluk etkisi doğuran bir yükümlülük çatışmasından (*rechtfertigende Pflichtenkollision*) söz edilmektedir. Bkz. *Jescheck/Weigend*, § 35, II, 3; *Stratenwerth*, 165-166 vd.; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177; *Ambos*, 222. Yükümlülük çatışmasının hukuka uygunluk etkisi bağlamında devletin işlevselliğini korumak üzere ilgili normlardaki itaat yükümlülüğü, özel hukuk, idare hukuku ve bazen kabahatler hukuku normlarına uyma yükümlülüğüne nazaran daha yüksek değerlendirilmektedir (*Ame lung*, 337). *Roxin*, burada hareket yükümü ile ihmal yükümünün çakışması sebebiyle dar anlamda yükümlülük çatışmasının bulunmadığını, söz konusu çatışmanın hukuka uygunluk etkisi doğuran zorunluluk hali hükmüne (Alman CK § 34) göre değerlendirilebileceğini, bu çelişkide eğer emrin ifasıyla hafif bir ihlal oluşuyorsa memur ve askerinin itaatindeki yararın, haksızlıktan kaçınmadaki yarar tercih edileceğini, buna karşılık ağır (ceza hukukunu, insan onurunu ve kısmen kabahatler hukukunu ihlal eden) ihlallerde haksızlıktan kaçınmanın öne geçeceğini belirtmiştir (*Roxin*, § 17/19). Ayrıca bkz. *Meyer*, 562-564; *Hoyer*, 17, 22. *Jakobs*, yalnızca astın hukuka aykırılık riskinden kurtulması, emrin bağlayıcılığı ve itaatini önemini esas alması halinde hiyerarşiyeye uyum talebinin kabul edilebilir olabileceğini vurgulamaktadır (*Jakobs*, § 16/14). *Kühl* de bu çelişkiden ancak hukuka uygunluk çözümüyle kaçınılabileceğini ifade etmektedir (*Kühl*, § 9/118d). *Gropp* ise gerekçe olarak; işlevsel bir hiyerarşinin esası olan üstlük-astlık ilkesinin, astın üste *itaatini* gerektirdiğini, itaat yükümlülüğü uyarınca astın emrin hukukiliğine dair *her şüphesinin* dikkate alınmayacağını, aksi halde sistemin işlevselliğinin ortadan kalkabileceğini, dikkate almama durumunu emrin *bağlayıcı* olması halinde mevcut olduğunu açıklayarak, astın, emrin hukuka uygunluğuna dair kuşkusuna (kuşkusuna gerçek olsa bile) rağmen hukuka uygun hareket etmiş olacağı sonucuna varmaktadır (*Gropp*, § 6/188). Hukuka uygunluk çözümünü hareket kavramıyla ilişkili olarak açıklayan görüş için bkz. *Ramm*, 394 vd.

<sup>18</sup> *Meyer*, 561. Konuyu devlet faaliyetlerinin emrettiği davranışlar kapsamında daha geniş bir



göre emrin hukuka uygunluğundan bağımsız olarak, bağlayıcı olan emirler hukuka uygunluk nedeni, bağlayıcı olmayanlar ise mazeret nedeni şeklinde değerlendirilmektedir.

Buna karşılık konuyu *kusurluluk* kapsamında esasen bir *mazeret nedeni* olarak değerlendiren görüş; astın itaat yükümünün veya hukuka aykırı emrin bağlayıcılığının haksızlığı haklı hale getirmeyeceğini, ast ile üst arasındaki içsel hukuki ilişkiye dair bu durumun, dışsal ilişkiler bakımından fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıramayacağını belirterek, bağlayıcılık sebebiyle astın emri reddetmesi beklenebilir olmadığından mazur görülerek kendisine kusur isnadında bulunulmayacağını savunmaktadır<sup>19</sup>. Aynı görüşteki yazarların bazıları ise, hukuka aykırı ve aynı zamanda bağlayıcı bir emrin varlığını kabul etmemekte, bağlayıcı emrin hukuka aykırı ve tersine hukuka aykırı emrin bağlayıcı olamayacağını belirtmektedir<sup>20</sup>. Bazı kanunlardaki ifası kabahat

çerçeve de inceleyen *Stratenwerth*, hukuka uygunluğun, resmi emirlerin bağlayıcı ve itaat yükümünün bir suç işlemeden kaçınma yükümünden daha üst düzeyde olması halinde günde me geleceğini belirttikten sonra çeşitli ayrımlar yapmıştır. Buna göre *bağlayıcı olmayan* anayasa ve kanun hükümleri, yargı kararları ve yürütme işlemleri ile hizmete ilişkin emirler itaat yükümü doğurmayacağından *hiçbir zaman* ceza hukuku açısından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmazlar. Buna karşılık, *bağlayıcı* anayasa ve kanun hükümleri ile yargı kararları, hukuka aykırı olduklarında dahi bunların icrasına dair fiiller için *istisnasız* hukuka uygunluk nedenidir, zira burada itaat yükümü tüm diğer hukuki yükümlülüklerden yüksektir. Nihayet *bağlayıcı* yürütme işlemleri ve emirler, hukuka aykırı olduklarında, *yalnızca* itaat yükümü, ceza hukuku (kabahatler hukuku dâhil) yükümlülüklerinin *önüne geçiyorsa* hukuka uygunluk nedeni teşkil ederler. İlgili kanun hükümleri uyarınca memurlar açısından bu hiçbir şekilde mümkün değilken, askerler bakımından yalnızca kabahatlerde bu geçerlidir (*Stratenwerth*, 181-182). Yazar, çalışmasının ilerleyen kısımlarında memurlar yönünden ceza hukuku ihlal eden emirlerin bağlayıcı olmadığını, askerler için ise kanunun yükümlülük çatışmasını kabahatlerde itaat yükümünü, cürüm ve cünhalarda ise suçun işlenmemesi yükümünü öne alan bir biçimde çözdüğünü, dolayısıyla kabahatlere ilişkin emirlerin bağlayıcı ve ifasının hukuka uygun olduğunu, cürüm ve cünhalarla ilgili olanların ise bağlayıcı olmadığını ve ifasının hukuka aykırılık teşkil ettiğini açıkça ifade etmiştir (*Stratenwerth*, 197-198, 204). Karş. *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9/134.

<sup>19</sup> *Amelung*, 337; *Küper*, 92; *Rönnau*, LK, Vor § 32/298; *Paeffgen*, NK, Vor § 32/192-193; *Welzel*, § 15, II, 2/c; *Mezger*, § 30, II, 2. Ayrıca bkz. *Stratenwerth*, 6; *Roxin*, § 17/18; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/89; *Hoyer*, 22; *Meyer*, 562. *Maurach/Zipf*, hukuka aykırı emri ifa eden astın amiri gibi hukuka aykırı hareket etmiş olacağını ifade ettikten sonra, gerçekten hukuka aykırı bir emrin bulunup bulunmadığı, emrin buna rağmen ast için bağlayıcı olup olmadığı, bu durumda astın hareketin ne şekilde değerlendirileceği hususlarının artık fiile ilişkin değil, yalnızca failin değerlendirilmesine dair bir sorun olduğunu, meselenin hukuka aykırılık yerine isnadiyet öğretisine ait bulunduğunu vurgulamıştır (*Maurach/Zipf*, § 29/7).

<sup>20</sup> *Baumann/Weber/Mitsch*, § 23/51. Ayrıca bkz. *Stratenwerth*, 6; *Jescheck/Weigend*, 394, dn. 16. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin mümkün olup olmadığını kapsamlı bir şekilde analiz eden *Dolaptschieff*, bir hareketin aynı hukuk düzeni tarafından onaylanıp, daha doğrusu bağlayıcı kabul edilip, aynı zamanda onaylanmamasının, başka bir deyişle hukuka aykırı olması-

teşkil edebilecek emirlerin bağlayıcılığını sonuçlayan hükümler eleştirilmekte, ancak yine de konu kusur bağlamında değerlendirilmektedir<sup>21</sup>. Netice olarak bir bütün halinde bu görüş, emrin ifasının niteliğini kural olarak emrin hukuka uygun olup olmamasıyla bağlantılı olarak değerlendirmekte, yalnızca hukuka uygun emirlerin ifasını hukuka uygun kabul etmektedir. Hukuka aykırı emirlere ise, istisnaen bağlayıcı olsa da kusurluluk alanında mazeret nedeni olarak sonuç bağlanmaktadır.

Hukuka aykırı bağlayıcı emir konusundaki bu iki farklı görüşün, hukuka aykırı emirle karşı karşıya olan kişilerin davranışlarının hukuki niteliği, üst ile ast arasındaki iştirak ilişkisi ve taksirli suçlar bakımından farklı sonuçları bulunmaktadır. Esasen belirtilen hususlarda varılan sonuçlar da söz konusu görüşlerin gerekçeleri arasında yer almaktadır.

Buna göre hukuka aykırı emrin ifası hukuka uygun kabul edildiğinde, emri ifa eden asta karşı, ortada haksız bir saldırı olmadığından *meşru savunma* (Alman CK § 32) söz konusu olmayacak, savunma niteliğindeki karşı koyma hareketi sınırlı bir biçimde hukuka uygunluk nedeni olan *zorunluluk hali* (Alman CK § 34) kapsamında değerlendirilebilecektir<sup>22</sup>. Buna karşılık hukuka

---

nın mümkün olmadığını, bu nedenle ne hukuka aykırı bağlayıcı ne de bağlayıcı hukuka aykırı emrin bulunmadığını, hukuka aykırı olanın yalnızca yasak olabileceğini, fakat hiçbir zaman yükümlülük veya bağlayıcı olamayacağını ve tersine yükümlülük, bağlayıcı olanın her zaman hukuka uygun olacağını, asla hukuka aykırı olamayacağını, dolayısıyla hukuka aykırı bağlayıcı emrin kendisiyle çelişen bir durum olduğunu ifade etmiştir (*Dolaptschieff*, 247). Aynı yönde bir görüş olarak hukuka aykırı, bağlayıcı emir kavramının kendi içinde çelişkili olduğuna ve hukukla çelişen bir davranış aracılığıyla hukuka aykırı hareketi yapmaya yönelik hukuki bir yükümlülüğün gerekçelendirilemeyeceğine dair bkz. *Spendel*, LK, § 32/90.

<sup>21</sup> *Baumann/Weber/Mitsch*, ilgili kanunların ne yazık ki *askeri alanda ve doğrudan zor kullanma* yönünden, *kabahatin* işlenmesine ilişkin emirlerin bağlayıcılığı noktasında, hukuka aykırı emrin bağlayıcı olamayacağına dair ilkeye *istisna* hükümler içerdiğini, konuya yabancı bu istisnayı bahsedilen ilkenin dışına çıkarma girişimlerinin ikna edici olmadığını, bu durumun gerek ilgili hükümlerdeki ifadelerle rağmen kabahatlere ilişkin emrin bağlayıcılığı reddeden yorumlar (bkz. *Spendel*, LK, § 32/100-101) gerekse tipe uygun kabahat davranışlarını hukuka uygun kabul eden görüşler için geçerli olduğunu, emrin bağlayıcılığına rağmen burada da astın *kusurunun* olmadığı sonucuna varılması gerektiğini ifade etmişlerdir (*Baumann/Weber/Mitsch* § 23/53). *Heinrich*, hukuka aykırı emrin hukuka uygunluk nedeni teşkil etmeyeceğini, kusur kapsamında değerlendirileceğini, hukuka aykırı emrin kural olarak bağlayıcı olmadığını, dolayısıyla itaatin gerekmediğini, ancak askerler açısından kabahatler alanında emrin hukuka aykırılığına rağmen bağlayıcı olduğunu, bu durumun cebre dayalı zorunluluk haliyle karşılaştırılabilir olduğunu, burada da failin zor altına bir haksızlık gerçekleştirdiğini, dolayısıyla yalnızca mazur görülebileceğini belirtmiştir (*Heinrich*, kn. 511, 594).

<sup>22</sup> *Roxin*, § 17/20; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/89; *Lenckner*, 225; *Paeffgen*, NK, Vor § 32/199; *Jescheck/Weigend*, § 35, II, 3; *Gropp*, § 6/191; *Jakobs*, 459, dn. 22. Ayrıca bkz. *Stratenwerth*, 186 vd. Bu bağlamda hukuka aykırı emrin ifası hukuka uygun kabul edildiğinde vatandaşın ifa fiiline dirençsiz bir biçimde katlanma yükümlülüğü altına sokulduğu, ma-

aykırı emrin ifasını da her halükarda hukuka aykırı kabul eden görüşe göre ise, emri yerine getirene karşı, kusur durumu sebebiyle sınırlı bir *meşru savunma* imkânı mevcuttur<sup>23</sup>.

İkinci olarak ise, iştirak kuralları çerçevesinde amirin sorumluluğu hususunda hukuka uygunluk görüşü, emri ifa eden astın hukuka uygun davrandığı sonucuna varması sebebiyle amirin hukuka uygun hareket eden birini araç olarak kullanmak suretiyle *dolaylı fail* olarak sorumlu tutulabileceğini savunurken<sup>24</sup>, hukuka aykırı emrin ifasını hukuka aykırı kabul

zeret nedeni çözümünün, burada mevcut olan yararların çatışmasını en adil biçimde çözdüğü, hukuka aykırı devlet faaliyetlerinin oluşumuna hiçbir katılımı olmayan vatandaşın hukuki durumunun zayıflatılmadığı, emri ifa eden memurun, içinde bulunduğu çatışma nedeniyle kişisel sorumluluktan kurtulduğu, fakat kendisinin serbestçe seçtiği bir meslek riski olarak meşru savunma riskini taşıması gerektiği (*Amelung*, 337, riski üstlenme yönünden karşı. *Mezger*, 227) düşüncesine karşılık olarak; astın bir yandan emirle bağlı kılınırken diğer yandan meşru savunmaya maruz bırakılmayacağı (her ne kadar kabahatlerde çoğunlukla bireysel hukuki değerlere saldırı olmadığı için meşru savunma mümkün değilse de), ifa fiiline muhatap olanın hukuka uygunluk nedeniyle hiçbir şekilde korumasız kalmayacağı, katlanma yükümüyle karşı karşıya olmadığı, zorunluluk haline ilişkin kuralları ve astın haklı yararlarını dikkate alması gerektiği (*Walier*, 280) ifade edilmiştir. Yine hukuka uygunluk çözümünde meşru savunma hakkının devre dışı kalmasıyla ilişkili olarak, bunun polis devleti öğretisi olduğu, hukuk devletiyle izah edilemeyeceği, haksız ve yersiz bir çözüm olduğu itirazına karşılık, zorunluluk hali değerlendirmesi için bkz. *Stratenwerth*, 7, dn.12, 11. Zorunluluk hali korumasının yanı sıra, ifası suç teşkil eden emirlerin bağlayıcı olmaması sebebiyle ağır zarar doğuran hallerin kapsam dışında kalması ve diğer zararların devlet tarafından giderilme imkânı bağlamında burada vatandaşın katlanılmaz bir şey beklenmediği değerlendirilme için bkz. *Roxin*, § 17/20.

<sup>23</sup> *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/89; *Lenckner*, 225; *Rönnau*, LK, Vor § 32/298; *Jakobs*, § 16/11, 14, dn. 22; *Heinrich*, kn. 511; *Amelung*, 337; *Hoyer*, 18-19, 22; *Mezger*, 227. Bu konuda kapsamlı bir inceleme yapan *Spendel*, hukuka aykırı emirle ilgili sorunun meşru savunma hakkıyla bağlantılı değerlendirilmesi gerektiğini, memurların itaat yükümü ve idari eylemlerin hukuka uygunluğu kapsamındaki tek taraflı bakış açısının haksız ve tatmin edici olmayan sonuçlara yol açacağını, burada çıkar çatışmasının tarafları olan emri veren, emri ifa eden ve vatandaşın korunması gereken çıkarları olduğunu, sorunun doktrinde savunulan üç farklı çözüm yolunun bulunduğunu belirtmiştir. Hukuka uygunluk nedeni görüşünü esas alan birinci çözümün, meşru savunma hakkını tanımaması yönüyle vatandaş aleyhine olduğunu, mazeret nedeni fikrine dayanan ikinci çözümün ise meşru savunma tehlikesiyle karşı karşıya bırakılan emri ifa edene maliyet yüklediği, doğrusunun, hukuka aykırı bağlayıcı emri, dolayısıyla bu emirlere itaati reddeden ve böylece yükümlülüğü emri veren üzerine bırakan üçüncü çözüm olduğunu savunmaktadır (*Spendel*, LK, § 32/74-75 vd.).

<sup>24</sup> *Roxin*, § 17/20; *Kühl*, § 9/118d; *Jakobs*, § 16/11, 14; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 12/58; *Haft*, 111; *Lenckner*, 224-225; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/89; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177; *Stratenwerth*, 10. Sonuç olarak bu çözüm tarzında, hukuka aykırı bağlayıcı emirler bakımından yalnızca emri ifa eden astın fiili hukuka uygun kabul edilmekte ve emri veren amirin davranışının haksızlığını sürdürdüğü, böylece haksızlığın haklı hale getirilmesinin söz konusu olmadığı belirtilmektedir (*Roxin*, § 17/20; *Kühl*, § 9/118d). Daha açık olarak *Lenckner*, burada bölünmüş bir hukuka aykırılık değerlendirilmesinden söz ederek, amirin dolaylı fail olarak sorumlu olduğu ve aynı zamanda devlete atfedilen fiilin dış ilişkiler açısından

eden görüş ise amirin, *dolaylı fail* veya *azmettiren* şeklinde sorumluluğunun söz konusu olabileceğini belirtmektedir<sup>25</sup>.

Nihayet özellikle hukuka uygunluk görüşü açısından sorun teşkil eden bir konu, hukuka aykırı bağlayıcı emrin, örneğin özel hukuk kurallarını ihlal eden veya -askerler ve bazı kamu görevlileri açısından- kabahat teşkil eden bir emrin ifasının *taksirli bir suçta* temel oluşturması ve ortada bir suç olması nedeniyle emrin bağlayıcılığının durumudur. İfası taksirli suç riski taşıyan ve bu nedenle *tehlikeli emir* olarak da adlandırılan bu gibi hallerde, tehlikenin *somut* olması ihtimalinde emrin, diğer suç oluşturan emirlerde olduğu gibi, bağlayıcı olmadığı sonucuna varılmaktadır<sup>26</sup>.

hukuka aykırı olarak kaldığı, yalnızca ifa eden şahıs bakımından iç ilişkideki itaat yükümü sebebiyle bir hukuka uygunluğun bulunduğunu vurgulamaktadır (*Lenckner*, 224-225; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/89. Karş. *Roxin*, § 17/20; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177; *Walter*, 280. Dışarısı açısından davranışın hukuka aykırılığının bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. *Paeffgen*, NK, Vor § 32/193). Bu ayrımla ilişkili olarak, asta karşı mümkün olmayan meşru savunmanın amire yönelik olabileceği hususunda bkz. *Haft*, 111; *Roxin*, § 17/20; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177. *Jakobs*, üst ile ast arasındaki bu farklı değerlendirmeyi hukuka uygunluk çözümünü destekleyici bir gerekçe olarak göstermekte ve hiyerarşik organizasyonun “maliyetini” hiyerarşinin kendisinden yararlandığı astın değil, hiyerarşiyi kullanan amirin dolaylı fail olarak taşıması gerektiğini belirtmektedir (*Jakobs*, § 16/14. Karş. *Ambos*, 222).

<sup>25</sup> *Welzel*, askeri alanda verilen hukuka aykırı bağlayıcı emirler açısından emri verenin dolaylı fail olarak sorumlu olduğunu belirtirken (*Welzel*, § 15, II, 2/c), *Maurach/Zipf*, kural olarak amirin astın fiilleri nedeniyle sorumluluğunun azmettirme veya dolaylı faillik bağlamında faillik ve şeriklik öğretisi kapsamındaki bir konu olduğunu ifade etmektedir (*Maurach/Zipf*, § 34/18). *Jakobs* ise bağlayıcı hukuka aykırı emrin kabul edilmediği çözüm tarzında astın emrin bağlayıcılığına dair hatalı düşüncesinin mazeret oluşturabileceğini ve tam bir mazeret durumunda amirin, mazur hareket eden bir aracın arkasındaki dolaylı fail olduğunu söylemektedir (*Jakobs*, § 16/11).

<sup>26</sup> *Roxin*, § 17/21; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/90; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177; *Dau*, MK, WStG § 2/35; *Jescheck/Weigend*, 394, dn. 13; *Jakobs*, § 16/14; *Küper*, 92. Bu konudaki esas alınacak kriterlere dayalı görüş farklılıkları ve bunların tasnifi için bkz. *Paeffgen*, NK, Vor § 32/200; *Rönnau*, LK, Vor § 32/299. Ayrıca bkz. *Weigend*, MK, VStGB § 3/12, dn. 42. *Roxin*, birçok kabahate kendiliğinden bağlı soyut tehlikenin yeterli olmadığını, trafiğin tehlikeye düşürülmesine, yaralamaya ve hatta öldürmeye ilişkin somut bir tehlikenin olması gerektiğini vurgulamaktadır (*Roxin*, § 17/21). *Lenckner/Sternberg-Lieben*, izin verilen riski aşan, açıkça ağır bir özen yükümü ihlalinin bulunması, dolayısıyla taksirli suçla ilişkin tipikliğinin gerçekleşmesinin yüksek düzeyde muhtemel olduğu bir tehlikenin mevcudiyeti halinde emrin bağlayıcı olmadığını, buna göre örneğin geceleyin bir tatbikattan eve dönüşte herkesin uyuduğu bir köyün içinden geçerken hız sınırının aşılması yönündeki bir emir bağlayıcı iken, yine tatbikat sırasında geceleyin kalabalık bir caddede ışıklandırması olmayan bir taşıt sürülmesine dair emrin bağlayıcı olmadığını, örnekteki ilk olayda ast açısından taksirli yaralama veya öldürmenin hukuka aykırılığının ortadan kalkabileceğini, ancak ikinci olayda bunun mümkün olmadığını belirtmektedir (*S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/90). *Jakobs*, davranışların kabahat veya suç olarak nitelenmesinin neticenin gerçekleşmesine bağlı olmadığını, örneğin üçüncü bir kişiyi basitçe yaralamaya dair bir emrin, ifası başarısız olsa

Emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni niteliğinden başka, kusurluluk kapsamındaki niteliği üzerinde de kısaca durmak gerekir. İnfaz memurları ve hizmetlileri ile askerlere ilişkin mevzuatta (StVollzG § 97, UZwG § 7, SG § 11, WStG § 5, aynı şekilde VStGB § 3)<sup>27</sup> emir üzerine bir suç işlenmesi, başka bir deyişle hukuka aykırı (ve bağlayıcı olmayan) bir emrin ifa edilmesi halinde açıkça kusur ifadesi kullanılarak, astın hukuka aykırılığı bilmesi veya hukuka aykırılığın bariz olması hallerinde kusurlu sayılacağı belirtilmiştir. Genel memurlara ve sivil hizmetlilere ilişkin hükümlerde (BBG § 63, ZDG § 30) ise kusurdan söz edilmemekle birlikte, bilinebilirlik ya da bilme veya bariz olma hususu, işlenen suç veya kabahat dolayısıyla sorumluluktan kurtulmanın koşulları olarak düzenlenmiştir. Buna göre emrin ifasını, bağlayıcı olup olmamasına göre değerlendiren görüş, *hukuka aykırı ve bağlayıcı olmayan* emirleri, buna karşılık emrin hukukiliğini temel alan görüş, daha önce de ifade edildiği gibi, bağlayıcı olsun olmasın tüm *hukuka aykırı* emirleri kusurluluk alanında genellikle **mazeret nedeni** olarak incelemektedir<sup>28</sup>. Doktrinin bir

dahi bağlayıcılığın bulunmadığını, bu çözümün taksirli suçlarda pratik olarak anlamlı olduğunu, zira örneğin bir taşıtın kabahat oluşturan kullanımına yönelik bir emrin, söz konusu kullanım aynı zamanda taksirle yaralama veya öldürme hareketi ise netice gerçekleşme de bağlayıcı olmayacağını ifade etmektedir (*Jakobs*, § 16/14). *Roxin* de kanun koyucunun cezalandırılabilir bir davranışa yönelik emirlerin bağlayıcı olmadığını belirttiğini, bunun neticenin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine bağlı olamayacağını, astın emir verildiği anda ifaya bağlı tehlikeler sebebiyle emri ifa edemeyeceğini bilmesi gerektiğini (*Roxin*, § 17/21) ileri sürmüştür. Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. *Hirsch*, LK, Vor § 32/177. Hukuka aykırı bağlayıcı emir kavramını reddeden *Spendel*, kabahat teşkil eden emrin infaz görevlileri, askerler ve polisler açısından da bağlayıcı olmadığını, ancak idari veya askeri hizmetin özel gereklerinin (polislerin bir karşıklığı bastırma veya askerlerin bir afete yardım etmek için hızlı transfer edilmeleri gibi) trafik güvenliği ve düzenine dair genel yarara üstün olması dolayısıyla (Kabahatler Kanunu § 16'daki hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali kapsamında) hukuka uygun olmasının bunun dışında olduğunu belirtmiş, trafik güvenliğini ihlale ilişkin verdiği örnekler bağlamında idari ve askeri hukuka ve hatta özel hukuka aykırı emirlerin de bağlayıcı olmadığını savunmuştur (*Spendel*, LK, § 32/100-102).

<sup>27</sup> Daha önce değinilen polislerle ilgili eyalet mevzuatında (PAG § 62, HSOG § 56, PolG NRW § 59) da aynı yönde düzenlemeler bulunmaktadır.

<sup>28</sup> *Jescheck/Weigend*, § 35, II, 5, § 46, I-II; *Schmidhäuser*, 11/29-31; *Wessels/Beulke*, kn. 450; *Gropp*, § 7/93-99; *Kühl*, § 12/159; *Krey/Esser*, kn. 683; *Bringewat*, kn. 531; *Rönnau*, LK, Vor § 32/300; *Schölz/Lingens*, § 2/30; *Dau*, MK, WStG § 2/42; *Weigend*, MK, VStGB § 3/13. Ayrıca bkz. *Baumann/Weber/Mitsch*, § 23/52; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177; *Schlehofer*, MK, Vor § 32/205; *Fischer*, Vor § 32/16; *Welzel*, § 15, II, 2/c. *Jescheck/Weigend*, emir üzerine ceza ile karşılaşan bir fiili işlemenin mazur olabilmesinin sebebinin, mazeret nedeni olan zorunluluk hali ve meşru savunmada sınırın aşılmasında olduğu gibi, hareketin haksızlığının ve fiile dair kusurun ağırlığının önemli ölçüde azalmasında yattığını, astın, memurlarda disiplin hukuku, askerlerde ceza hukuku ile yaptırım altına alınan itaat yükümlülüğünü yerine getirme isteğiyle hukuka uygun hareket ettiğini düşündüğünü, keza asta karşı, emredilen davranışın cezalandırılabilirliğini bilmemesi sebebiyle yöneltililebilecek kusur kınamasının, emri denetleme yükümünün kısıtlanması sebebiyle azaltıldığını, memurun yalnızca, eğer kendi



kısmı ise ilgili (BBG § 63 dışında) hükümlerdeki bilme ifadeleri bağlamında bu düzenlemeleri yasak hatasının (Alman CK § 17) özel şekli olarak kabul etmektedir<sup>29</sup>. Bu bağlamda söz konusu durumun, hem kendine özgü mazeret

sinden cezalandırılabilir bir hareket gerçekleştirmesinin talep edildiğine dair emareler varsa yetkili amirin emrinin bağlayıcılığını sorgulamak yükümlülüğünün olduğunu, temelde memurun, amirlerin verdiği tüm emirlerin, Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası gereği hukuka uygun verildiğine güvenebilmesi gerektiğini, askerlerin (benzer şekilde emir üzerine doğrudan zor kullanırken kolluk memurlarının) esasen hiçbir denetim yükümüyle karşı karşıya olmadıklarını, kural olarak askerinin denetim hakkının bulunmadığını, Askerler Kanunu'nun 11. paragrafı kapsamında askerinin verilen emri "elinden geldiğince eksiksiz, özenli ve derhal ifa etmek" zorunda olduğunu, ilgili Federal Mahkeme içtihadı uyarınca astın yalnızca eğer kendisine emri veren amirin maddi koşullar hakkında hataya düştüğünü biliyorsa ve gerçek durum bilgisinde emir muhtemelen verilmeyecek idiyse veya kendince bilinen koşullara göre bu barizse yakınma hakkına sahip ve bununla yükümlü olduğunu, aynı sonucun, Askerler Kanunu'nun 11. paragrafı kapsamında astın, emre uyma aracılığıyla bir suçun işlenişine katılabileceğini bilmesi veya bunun bariz olması halinde de geçerli olduğunu ifade etmektedir (*Jescheck/Weigend*, § 46, I, 3). Benzer şekilde *Gropp* da emrin bağlayıcı olmamasına rağmen ifa edenin kural olarak mazur olduğunu, zira astın kendisine yüklenen itaat yükümünü karşılama isteğiyle hareket ettiğini, dolayısıyla davranışı nedeniyle kınanamayacağını (*Gropp*, § 7/96) belirtmektedir.

<sup>29</sup> *Roxin*, § 21/74; *Jakobs*, § 16/12, § 19/53; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/121; *Neumann*, NK, § 17/98, 98a; *Vogel*, LK, § 17/114-119; *Joecks*, MK, § 17/94. *Lenckner/Sternberg-Lieben*, hukuka aykırı emri ifanın mazeret nedeni teşkil etmeyeceğini (hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin mazeret değil, onun öncesinde hukuka uygunluk nedeni oluşturduğunu), keza emre uymama nedeniyle astın şahsi olumsuzluk yaşama korkusunun onu yalnızca zorunluluk hali koşulları altında mazur gösterebileceğini, hatayla ilgili olarak ise genel memur hukukunda, emrin teyidi sürecinde ilgili davranışların cezalandırılabilirliğinin ast tarafından bilinebilir olmamasının kusurlu ilgili bir sorun olmadığını (bkz. yukarıda hukuka aykırı bağlayıcı emirle ilgili görüşler), ancak burada astın sınırlı bir denetim yükümünün olmasının bir sonucu olarak belirli koşullardaki hataların, genel hata kurallarının ötesinde kusurun oluşumunu engelleyebildiğini belirterek ilgili hükümleri farklı hata ihtimalleri çerçevesinde değerlendirmişlerdir (*S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/121). Burada söz konusu hükümlerdeki bilme ve özellikle bariz olma koşulunun, Alman CK § 17'ye kıyasla kaçınılmazlığın koşullarını ast lehine daralttığı belirtilmektedir. *Roxin*, bu koşulların her kaçınılabilir hatanın değil, yalnızca kolayca kaçınılabilir hatanın cezalandırılmasına yol açtığını, bunun, savunduğu kusur teorisi çerçevesinde kaçınılabilir bir hatanın da önleyici olarak katlanılabilir ise cezasızlığı sonuçlayabileceği doğrultusunda bir durum olduğunu, burada kanunun koyucunun temel sorumluluğu emri verenin taşınmasından hareket ettiğini, kanunun bu durumda da geniş anlamda tüm sorumluluğu kapsayıcı bir kusur kavramı kullandığını, zira kanunda failin yalnızca emrin bariz hukuka aykırılığı halinde kusurlu sayılacağı belirtilmesinin, diğer hallerde, kaçınılabilirlik bağlamında dar anlamda bir kusur bulursa da sadece ceza sorumluluğunu dışarıda bıraktığı anlamına geldiğini ifade etmiştir (*Roxin*, § 21/74). Belirtilen hükümlerin Alman CK § 17'den farklı olmasının gerekçesi olarak, astın özel motivasyon baskısı altında olması ve asıl sorumluluğun amirde bulunması, keza askerler ve kolluk memurları açısından işlevsel hiyerarşi ve kararların hızlı alınması için bunun bir gereklilik olduğu hususunda bkz. *Neumann*, NK, § 17/98; *Vogel*, LK, § 17/114-119; *Joecks*, MK, § 17/94; (bunun kusur kavramının işlevselliğinin bir delili olduğu değerlendirilmesinde birlikte) *Jakobs*, § 19/53. Öte yandan doktrinde, Askeri Ceza Kanunu § 5'i ve özellikle suç niteliğinin bariz olması durumunu yasak hatası kapsamında ve fakat sınırlı kast teorisiyle ilişkili olarak

nedeni hem de yasak hatasının özel düzenlemesi olduğu da savunulmaktadır<sup>30</sup>. Hukuka aykırı (ve bağlayıcı olmayan) emrin mazeret nedeni veya özel yasak hatası olarak kusura/kusurluluğa etkisi, astın emrin bu niteliğine dair bilgi durumuna bağlıdır. Astın, verilen emrin suç ya da (memurlar ve sivil hizmetliler açısından) kabahat teşkil ettiğini *bilmesi* ve buna rağmen emri ifa etmesi halinde kusurlu olacağı, mazeret nedeninden veya özel yasak hatası düzenlemesinden yararlanamayacağı açıktır<sup>31</sup>. Ancak astın böyle bir bilgisinin

izah eden *Maurach/Zipf*'in görüşü (*Maurach/Zipf*, § 38/28-29) eleştirilmiş, burada yalnızca yasak hatasındaki kaçınılmazlığın koşullarının zayıflatıldığı bir durumun bulunduğu belirtilmiştir (*Roxin*, § 21/74. Aynı yönde *Neumann*, NK, § 17/98; *Vogel*, LK, § 17/115).

<sup>30</sup> *Jescheck*, emrin ifası mazeret nedeninin kaçınılmaz yasak hatasının bir çeşidi olmadığını, bilakis kendine özgü bir mazeret nedeni olduğunu, yalnızca astın emrin her fiili tüm koşullarda hukuka uygun kılacağına dair hatasının (“emir emirdir”) bir emir hatası olarak düşünülebileceğini, ne var ki bugün için bu hatanın kaçınılmaz olarak kabul edilemeyeceğini savunurken (*Jescheck*, § 46, I, 4), *J-Weigend*, bunun aynı zamanda yasak hatasının özel düzenlemesi olduğunu, zira burada Alman CK § 17, cümle 2’den farklı olarak, astın ilave bir düşünmeye gerek olmaksızın (bariz olma hali) kaçınılabilir bir hata içinde olduğunda cezalandırıldığını belirtmektedir (*Jescheck/Weigend*, § 46, I, 4). *Weigend*, bir başka çalışmasında, bağlayıcı olmayan emrin yerine getirilemeyeceğini, emri ifa edenin cezasızlığının yalnızca hatalı bir şekilde emrin bağlayıcı olduğunu düşünmesi halinde gündeme geleceğini, bu durumda ast için özel bir mazeret nedeninin bulunduğunu, zira astın itaat yükümünü yerine getirmek isteğiyle hareket ettiğini, buna karşılık eğer ast, emredilen davranışı haksızlık olarak değerlendirmiyorsa özel mazeret nedenine ihtiyaç olmadığını, Askeri Ceza Kanunu § 5 ve Milletlerarası Ceza Kanunu § 3’teki özelliğın, Alman CK § 17’deki katı kistasın astın özel durumu sebebiyle yumuşatılması olduğunu, failin yalnızca hatadan kaçınabildiğinde değil, hukuka aykırılık bariz olmadıkça, taksirli bilmeme halinde de kusursuz kabul edildiğini belirtmiştir (*Weigend*, MK, VStGB § 3/13).

<sup>31</sup> Bu bağlamda doktrinde kendine özgü mazeret nedeni ve aynı zamanda yasak hatasının özel şekli görüşüne karşı olarak, mazeret nedenleri ile kusurluluğu/kusuru engelleyen nedenler ayrımı yapıldığında emrin ifasının kusurluluğu engelleyen neden olarak kabul edilmesi gerektiği, zira burada yasak hatasındaki gibi bir durumun olduğu itirazı ileri sürülmüştür (*Ambos*, 221; benzer şekilde *Lackner/Kühl*, § 13/27). Bu itiraza cevap olarak, burada kusur kınamasının tümüyle devre dışı kalmadığı, failin kendi fiilinin haksızlığını en azından bilebilecek durumda olduğu, aksi takdirde zaten yasak hatasına ilişkin Alman CK § 17’nin gündeme geleceği, astın bilme imkânını tam olarak kullanmamasına rağmen, emir durumu sebebiyle baskı altında olmasına ve kapsamlı bir denetim fırsatı olmaksızın hemen karar vermesine bağlı ilave kusur azalması nedeniyle mazur görüldüğü ifade edilmiştir (*Weigend*, MK, VStGB § 3/15). Aynı konuda *Gropp*, bağlayıcı olmayan emre dayalı mazeret nedeninin, diğer mazeret nedenlerinden yapısal bir farklılık taşıdığını, burada motivasyon baskısı altında bir hareket gerekmediğini, fakat bunun kusurluluğu engelleyen bir neden olarak tasnifinin de ikna edici görünmediğini, çünkü kusurluluğu engelleyen nedenlerde haksızlık azalmasının söz konusu olmadığını, oysa bağlayıcı olmayan emri ifada yine de itaat yükümünü yerine getirme isteği çerçevesinde bunun mevcut olduğunu, bu sebeple sözü edilen nedenin hem kendine özgü mazeret nedeni hem de yasak hatasının özel düzenlemesi olarak değerlendirildiğini (*Gropp*, § 7/99) ileri sürmüştür.

<sup>31</sup> Buradaki bilmenin, ilgili içtihatlarla atıfla kesin bir bilgiyi (sichere Kenntnis) ifade ettiği, astın bu hususta şüpheye sahip olmasının ve bunu mümkün veya muhtemel kabul etmesinin yeterli olmadığı konusunda bkz. *Jescheck/Weigend*, § 46, II, 2; *Jakobs*, § 19/54; *Schölz*/

olmaması ve fakat gerekli dikkati göstermesi halinde bunu bilebilecek olması durumunda, genel memurlarda *bilinebilir* (erkennbar) olma, askerler, sivil hizmetliler ve doğrudan zor kullanmada kolluk ve infaz görevlileri (ve keza VStGB § 3<sup>32</sup>)<sup>33</sup> açısından ise bunun kendilerince bilinen koşullara göre *bariz* (offensichtlich) olması halinde kusur kınaması gerçekleşecektir<sup>34</sup>. Bariz olma, her türlü şüphenin ötesinde, herkesin ayrıca düşünmeksizin, hemen, kolayca bilebileceği bir durumu ifade etmektedir<sup>35</sup>. Fakat bariz olma hususu değerlendirilirken, astın olaya ilişkin bilgisi, kendince bilinen koşullar da

*Lingens*, § 5/9; *Dau*, MK, WStG § 5/7; *Walter*, 281. *Weigend*, bilme halinde kusurlu olmadı bahseden WStG § 5 açısından baskın görüşün kesin bilgiyi aradığını, ancak VStGB § 3'te bilmeme halinde kusursuzluktan söz edildiğini, burada hâkim görüşün Alman CK § 17 açısından da kabul ettiği gibi nispi bir bilincin cezalandırılabilirlik için yeterli olduğunu ileri sürmüştür (*Weigend*, MK, VStGB § 3/21).

<sup>32</sup> VStGB § 3'te askeri emirlerin yanı sıra, karşılaştırılabilir fiili bağlayıcılık etkisi olan emirlerden de söz edilerek, benzer nitelikteki sivil amirlerin emirleri de aynı kapsamda değerlendirilmiştir. Söz konusu hükme göre de ast, olumsuz bir ifade biçimiyle emrin hukuka aykırılığını bilmemesi (sübjektif koşul) ve emrin hukuka aykırılığının bariz olmaması (objektif koşul) halinde mazur görülecektir (*Weigend*, MK, VStGB § 3/17, 27).

<sup>33</sup> Aynı yöndeki eyalet düzenlemeleri (örneğin PAG § 62, HSOG § 56, PolG NRW § 59) bağlamında bunlara polisler de ilave edilmelidir.

<sup>34</sup> Bilinebilirlik için, memurun emrin hukuka uygunluğuna karşı düşünmeye onu zorlayabilecek emrelerin önemli olduğu belirtilmiştir. Sivil alanda memurlar açısından mazeret etkisinin sınırlarının dar olmasının gerekçesi olarak ise, kural olarak memurların kendilerine verilen emirleri denetleme zamanına ve imkânına sahip olmaları, sivil devlet yapısının karşıt fikirler nedeniyle aksamayacağı, bilakis bir hukuk kurumu olarak kendi otoritesi içinde güçleneceği gösterilmiştir. Fakat askeri alanda durumun farklı olduğu, zira burada asta emri denetleme hakkının tanınmayabildiği belirtilmiştir. Bu bağlamda 1940 tarihli Alman Askeri CK § 47 uyarınca astın *yalmızca*, amirin emir aracılığıyla bir cürüm veya cünhayı "amaçladığına" dair *kesin bilgisi* sorumluluk doğururken, yürürlükteki hukukta kendince bilinen koşullara göre *bariz* olma koşulunun arandığı, askerlerin sorumluluğunun memurlara göre daha ılımlı, fakat 1945'e kadar geçerli askeri ceza hukukuna göre daha katı ele alınmasının sebebinin, askeri hizmetlerin, bir hukuk devletinde anlaşılması lazım gelen tarzdaki gereklerinde yattığı, astın denetim hakkının bugün de askeri hizmetlerinin yapısıyla bağdaşmayacağı, buna karşılık vicdansızlık ve hukuki körlüğün askeri alanda da mazur görülemeyeceği, fiilin kusur içeriğinin, bariz ceza hukuku ihlalinde, fiil emir üzerine işlense dahi, astın hukuk anlayışındaki mazur görülemez eksiklikte yer aldığı, bu düzenlemenin şartları aynı olmasa da kolluk memurları açısından da geçerli olduğu belirtilmiştir. Keza bariz ceza hukukuna ihlal eden emirlerde astın sorumluluğunun taksirli suçlarda da geçerli olduğu vurgulanarak, asta trafikte bir yayanın ölümüne yüksek bir ihtimalle yol açabilecek şekilde sürmesi yönünde kabahat teşkil eden bir emir verilmesi hali örnek gösterilmiştir (*Jescheck/Weigend*, § 46, II, 3). Bariz olma düzenlemesinin arkasında yatan düşüncenin, eski Alman Askeri CK § 47 döneminde yaşanan tecrübeler ışığında astın fiilin suç niteliğini bilmemeye dayalı hukuki umursamazlığının ve hukuki körlüğünün önüne geçmek olduğu hususunda bkz. *Dau*, MK, WStG § 5/10.

<sup>35</sup> *Jescheck/Weigend*, § 46, II, 3b; *Schölz/Lingens*, § 5/13; *Ambos*, 221; *Weigend*, MK, VStGB § 3/24; *Dau*, MK, WStG § 5/10; *Neumann*, NK, § 17/98; *Vogel*, LK, § 17/116.



dikkate alınacaktır<sup>36</sup>.

Nihayet Askeri Ceza Kanunu'nun (WStG) 5. paragrafının 2. fıkrası uyarınca astın mazeret nedeninden veya özel yasak hatasından yararlanamaması, dolayısıyla kusurlu olması halinde, eğer kusuru, emrin ifası sırasında bulunduğu özel durum dikkate alındığında az ise, mahkeme cürümlerde cezayı, Alman CK § 49/f.1'e göre indirebileceği gibi, cünhalarda cezayı kaldırabilir. Burada astın suç oluşturan emri ifa sırasında bulunduğu, örneğin ağır bir çatışma hali, geceleyin ani baskına maruz kalma, yüksek zayıat sebebiyle yıpranma, uzun süren operasyon sebebiyle yorgunluk gibi olağan olmayan, özel durumların norma uygun irade oluşturmayı, bunun beklenebilirliğini önemli ölçüde zorlaştırmasına bağlı olarak kusurun azalması sebebiyle takdiri bir ceza indirimi veya cezanın kaldırılması söz konusu olabilecektir<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> İlgili kanun maddelerinde (SG § 11, WStG § 5, ZDG § 30 StVollzG § 97, UZwG § 7, keza polislerle ilgili eyalet kanunlarına örnek olarak PAG § 62, HSOG § 56, PolG NRW § 59), astın “kendince bilinen koşullara göre” (nach den ihr/ihm bekannten Umständen) bariz olmasından söz edilmesi, konunun sübjektif açıdan da değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir. Buna göre bariz olma öncelikle objektif olarak, ortalama veya özenli bir kişi (asker) esas alınarak incelenecek, ardından ortaya çıkan durum, astın olaya ilişkin özel bilgisiyle ilişkilendirilecektir. Başka bir deyişle ortalama bir asker soyut olarak değil, astın olay açısından önemli bilgileriyle birlikte ele alınacak ve bu şekilde bireysel olarak kolayca bilinebilecek bir durumun olup olmadığı saptanacaktır. Kendince bilinen koşullar ifadesi, esasen astın olayın geçmişine, komuta durumuna, eğitimine dayalı özel, uzmanlık bilgisi ile arka plan bilgisini kapsamaktadır (*Schölz/Lingens*, § 5/12-13; *Dau*, MK, WStG § 5/10; *Weigend*, MK, VStGB § 3/24). Konunun, hatadan kaçınılabilirlik bağlamında astın sorumluluğunu sınırlayıcı yönde yapılan bir değerlendirmesi için bkz. *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/121. VStGB § 3'te bariz olmaya dair sübjektif kritere yer verilmemiş olmakla birlikte doktrinde bunu objektif kriterin failin şahsında bireyselleştirilmesi açısından dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. *Weigend*, MK, VStGB § 3/24; *Vogel*, LK, § 17/118. Öte yandan bariz olma ve astın kişisel bilgi durumu, duvar koruma davaları (Mauerschützen-Fälle) olarak bilinen ve Berlin Duvarıyla ilişkili olarak Doğu Almanya'da (Alman Demokratik Cumhuriyeti'nde – DDR) sınırda görev yapan askerlere, sınırdan geçip ülkeden kaçmaya çalışan vatandaşlara yönelik ateş emri verilmesi olaylarına ilişkin yargılamalar kapsamında özel olarak tartışılmıştır. Bkz. *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/89a, 121; *Joecks*, MK, § 17/96; *Rönnau*, LK, Vor § 32/297, dn. 1154; *Kühl*, § 9/118e, § 12/159; *Gropp*, § 7/97, dn. 123.

<sup>37</sup> *Jescheck/Weigend*, § 46, II, 3c; *Jakobs*, § 20/55; *Schölz/Lingens*, § 5/14-17; *Dau*, MK, WStG § 5/11-13. Cünhalarda cezanın kaldırılabilmesinin, failin kusurunun, özel durum sebebiyle herhangi bir cezanın verilmesinin haksızlık olarak gözükebilecek düzeyde az olması, neredeyse mazeret nedeni olan zorunluluk halinin sınırlarına ulaşılması durumunda gündeme geleceği (*Schölz/Lingens*, § 5/17) ifade edilmiştir. Diğer taraftan, ifası suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin, yalnızca koşulları varsa emre dayalı zorunluluk hali kapsamında mazeret nedeni teşkil edebileceğine (*Jescheck/Weigend*, § 46, II, 3c) de işaret edilmektedir.

## II. İTALYAN CEZA HUKUKU'NDA EMRİN İFASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İtalyan Ceza Hukuku'nda emrin ifası, esas itibariyle İtalyan Ceza Kanunu'nda düzenlenmekte olup, yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'yla büyük ölçüde benzerlik arz etmektedir<sup>38</sup>. Aşağıda ilgili hükümlere değinildikten sonra, kısaca konuyla ilgili değerlendirmeler yer verilecektir.

### A. Kanuni Hükümler

Emrin ifası, 1930 tarihli *Rocco Kanunu* olarak da anılan **İtalyan Ceza Kanunu**'nun (Codice Penale)<sup>39</sup> 51. maddesinde “Hakkın icrası ve görevin ifası” başlığı altında düzenlenmektedir<sup>40</sup>. Dört fıkradan oluşan maddenin 1. fıkrasında, bir hakkın icrasının veya bir hukuk normuyla ya da kamu otoritesinin (merciinin) *hukuka uygun bir emriyle* yüklenen bir *görevin ifasının* cezalandırılabilirliği engellediği belirtilmiştir.

Maddenin 2. fıkrasında *suç* oluşturan bir fiilin, ilgili merciin (makamın) emriyle işlenmesi halinde, suçtan dolayı her zaman *emri veren* kamu görevlisinin sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak maddenin 3. fıkrasında, söz konusu suçtan *emri yerine getirenin* de ayrıca sorumlu olduğu, fakat fiili *hata* sonucu *hukuka uygun bir emre itaat ettiğini sanmanın* bunun dışında kaldığı ifade edilmiştir.

Son olarak maddenin 4. fıkrasında ise, kanun emrin *hukuka uygunluğu* hakkında hiçbir *denetime izin vermediğinde*, hukuka aykırı emri *ifa edenin* cezalandırılabilir *olmadığı* öngörülmüştür.

Bu hükmü askerler açısından tamamlayıcı bir düzenleme 11 Temmuz 1978 tarih ve 382 sayılı Kanun olan **Askeri Disiplin Hakkında Prensip Normları (Norme di principio sulla disciplina militare)** m.4'te yer almaktadır. Maddede askerin cumhuriyet kurumlarına mutlak sadakat

<sup>38</sup> Aynı yönde *Bozbayındır*, 129.

<sup>39</sup> İtalya'da ceza kanunlarının, onların içeriği belirleyen kişilerle anılması geleneğinin bir parçası olarak yürürlükteki Ceza Kanunu da ilgili dönemde Adalet Bakanı olan *Arturo Rocco*'nun adıyla (codice Rocco) zikredilmektedir. Mülga 765 sayılı TCK'nın mehası olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu da yine dönemin Adalet Bakanı olan *Giuseppe Zanardelli*'ye atfen *Zanardelli Kanunu* (codice Zanardelli) olarak anılmaktadır. Bkz. *Maiwald*, 21, 26. Karş. *Taner*, 151; *Dönmezer/Erman*, kn. 199; *Yüce*, 64.

<sup>40</sup> Hükmün Türkçe çevirisi için bkz. *Pisapia* (çev. Atıf Akgüç), 138, 141, 142. Karş. *Dönmezer/Erman*, kn. 771; *Erem/Danışman/Artuk*, 564, dn.23. Almanca çevirisi için bkz. Das italienische Strafgesetzbuch, (Übers. Roland Riz), 47; *Jarvers*, 171. Ayrıca bkz. *Maiwald*, 101-102.

görevine, sorumluluk bilinci, disiplin ve hiyerarşik ilişkiye, keza emirlerin normlara uygun olmasına vurgu yapıldıktan sonra, 5. fıkrada *açıkça devlet kurumlarına yönelik* olan veya ifası her halükârda *açıkça suç* oluşturan bir emir verilen askerinin, söz konusu emri *ifa etmemekle* yükümlü olduğu ve derhal amirlerini bilgilendirmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>41</sup>.

## B. Değerlendirme

Yukarıda değinilen hükümler çerçevesinde İtalyan Ceza Hukuku'nda emrin ifası kurumuna bakıldığında, hukuka uygun ve hukuka aykırı emirler arasında katı bir ayırım yapıldığı ve keza astın emri denetleme yetki ve yükümlünün olup olmamasına göre sorumluluğun farklı düzenlendiği görülmektedir<sup>42</sup>.

Her şeyden önce şekli ve maddi açıdan *hukuka uygun* olan kamusal bir emrin<sup>43</sup> yerine getirilmesi -kaynağını doğrudan hukuk normlarından alan görevlerin yapılması gibi- görevin ifası olarak bir *hukuka uygunluk nedeni* teşkil etmektedir (m.51/f.1)<sup>44</sup>.

Buna karşılık *hukuka aykırı emir* konusunda detaylı düzenlemeler (m.51/f.2-4) yapılmış olup, işlenen suçtan esas itibariyle emri veren sorumlu tutulmuştur (m.51/f.2). Emri yerine getiren açısından ise emrin hukuka uygunluğunun denetlenebilirliği belirleyici bir rol oynamaktadır<sup>45</sup>. Bu bağlamda *bağlayıcı olmayan* ve *bağlayıcı emir* ayırımı da yapılmaktadır<sup>46</sup>. Denetlenebilir (bağlayıcı olmayan) emirlerde, kural olarak hukuka aykırı emri yerine getiren de işlenen suçtan sorumludur. Zira burada emri ifa eden yalın bir icracı konumunda olmayıp, emrin şekli ve maddi açıdan hukuka

<sup>41</sup> Söz konusu hüküm Barış Zamanı Askeri Ceza Kanunu'nun (Codice Penale Militare di Pace) görevin ifasına dair aynı yöndeki 40. maddesinin yerine geçmiştir. Askeri Ceza Kanunu'nun 40. maddesi, yukarıda değinilen Askeri Disiplin Hakkında Prensiplere ilişkin Kanun'un 22. maddesiyle ilga edilmiştir. Bkz. *Gaeta*, 176, dn.7. Karş. *Jarvers*, 173; *Pisapia*, 142.

<sup>42</sup> *Jarvers*, 171; *Maiwald*, 102; *Pisapia*, 141.

<sup>43</sup> Emrin, maddede de işaret edildiği üzere kamu hukukuna dayalı, kamusal bir makam tarafından verilmiş olması gerekir. Özel hukuk ilişkileri, örneğin işverenin emirleri bu kapsamda değildir (*Maiwald*, 102; *Jarvers*, 172). Ancak söz konusu hükmün, örneğin polis ve askerlerde olduğu gibi özel hiyerarşik ilişkilerde verilen emirlerin yanı sıra, polisin vatandaşa yönelik emirleri için de uygulanabilir olduğu belirtilmektedir (*Jarvers*, 172).

<sup>44</sup> *Maiwald*, 100, 102; *Jarvers*, 171. Karş. *Pisapia*, 138, 141, 143. Hukuka uygun emir veren amirin de görevini ifa ettiği hakkında *Jarvers*, 173.

<sup>45</sup> Bu noktada özellikle 51. maddenin 4. fıkrası bu ayırımı temel oluşturmaktadır. Karş. *Maiwald*, 102; *Pisapia*, 142.

<sup>46</sup> *Pisapia*, 142-143; *Jarvers*, 172.

uygunluğunu denetlemek, hukuka aykırı emre uymamakla yükümlüdür<sup>47</sup>. Ancak emri yerine getiren bu konuda fiili bir *hataya* düşmüşse sorumluluktan kurtulmaktadır (m.51/f.3)<sup>48</sup>.

Emri ifa edeni sorumluluktan kurtaran ikinci bir hal, kanunen emrin hukuka uygunluğunun denetlenebilir olmamasıdır. Bu durumun polisler ve askerlerdeki hiyerarşik ilişkilerde söz konusu olduğu belirtilmiştir<sup>49</sup>. *Hukuka aykırı bağlayıcı emir* (ordini illegittimi insindacabili) olarak anılan bu durumun hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup, **hukuka uygunluk** ve **mazeret nedeni** görüşleri ileri sürülmüştür. Doktrinin bir kısmı, burada emre derhal itaatteki yararın, ceza normuyla korunan yarardan üstün olduğundan hareketle kişisel bir hukuka uygun nedeninden söz etmektedir. Karşı görüş ise, burada hukuka uygun nedenlerindeki tipik değer karşılaştırmasından ziyade astın içinde bulunduğu kişisel durumun dikkate alınması gerektiğini, itaat yükümü dolayısıyla güçlü bir ruhi baskının astın hareketini etkilediğini ve onun hukuka uygun davranmasını engellediğini savunmakta, söz konusu hükmü mazeret nedeni olarak nitelendirmektedir<sup>50</sup>.

Bununla birlikte sözü edilen hükmün birtakım sınırlarının olduğu, her şeyden önce *şekli* açıdan, örneğin emrin yetkili bir merciden verilmesi yönüyle hukuka uygunluk denetiminin yapılabileceği, içerik bakımından ise emrin *açıkça suç* teşkil etmesi halinde itaat yükümünün bulunmadığı doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Nitekim yukarıda yer verilen Askeri Disiplin Hakkında Prensipl Normları m.4'te bu yönde açık bir düzenleme yapılmıştır<sup>52</sup>. Öte yandan doktrinde emrin bariz suç oluşturduğu, herkesin bilebileceği hallerin yanı sıra, astın emrin hukuka aykırılığı hususunda somut

---

<sup>47</sup> *Jarvers*, 172. Yazar bu durumun, gerek hukuka aykırı emri reddetme yükümlülüğü olan ast gerekse hukuka aykırı polis emirlerine uymayabilecek olan vatandaş açısından geçerli olduğunu belirtmektedir.

<sup>48</sup> *Pisapia*, söz konusu hata hükmünün yalnızca bağlayıcı olmayan emirler için geçerli olduğunu, emrin hukuka uygunluğunu (meşruiyetini) kontrol hakkı mevcut olmayan bağlayıcı emirlere teşmil edilemeyeceğini, zira astın bu emirleri ifaya mecbur olduğunu belirtmiştir (*Pisapia*, 142). Yazar ayrıca burada söz konusu olan hata bakımından Ceza Kanunu'nun hukuka uygunluk nedenlerinde hatayı da düzenleyen 59. maddesine atıf yapmıştır (*Pisapia*, 143). *Jarves* ise tipiklikte hataya (m.47) işaret etmiştir (*Jarvers*, 172). Karş. *Maiwald*, 102. Her iki hata hükmünde (m.47/1, 59/4) de taksirli sorumluluk saklı tutulmuştur.

<sup>49</sup> Polis ve askerlerle ilgili kanun hükümleri için bkz. *Jarvers*, 172. Karş. *Pisapia*, 143.

<sup>50</sup> *Jarvers*, 171, 173. Karş. *Maiwald*, 102.

<sup>51</sup> *Pisapia*, 142-143; *Maiwald*, 102; *Jarvers*, 173.

<sup>52</sup> Bu Kanunun yürürlüğünden önce Barış Zamanı Askeri Ceza Kanunu m.40'ta bu yönde açıklık vardı (*Pisapia*, 142). Karş. *Gaeta*, 176, dn.7; *Günel*, 126.

olayda *özel* bir bilgisinin olduğu hallerde de itaat mecburiyetinin bulunmadığı ileri sürülmektedir<sup>53</sup>.

### III. TÜRK CEZA HUKUKU'NDA EMRİN İFASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk Ceza Hukuku'nda emrin ifası, temelde Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, memurlara, polis ve askerlere ilişkin mevzuatta da konuyla ilgili hükümler bulunmaktadır. Aşağıda öncelikle ilgili düzenlemelere değinilecek, ardından öğretilerdeki görüşler değerlendirilecektir.

#### A. Kanuni Hükümler

Emrin ifası, maddi ceza hukuku açısından 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun (TCK'nın) "Kanunun hükmü ve amirin emri" başlığını taşıyan 24. maddesinin 2 ila 4. fıkralarında öngörülmektedir<sup>54</sup>. Buna göre yetkili bir merciden verilip, *yerine getirilmesi görev gereği zorunlu* olan bir emri *uygulayanın* sorumlu olmayacağı (f.2), buna karşılık konusu *suç* teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, aksi takdirde *yerine getiren* ile *emri verenin* sorumlu olacağı (f.3) düzenlenmiştir. Maddenin 4. fıkrasında ise emrin *hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği* hallerde, yerine getirilmesinden *emri verenin* sorumlu olacağı ifade edilmiştir<sup>55</sup>. Belirtmek gerekir ki bu hüküm, TCK'daki birçok maddenin

<sup>53</sup> *Pisapia*, 142.

<sup>54</sup> Madde gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: "Hükümet Tasarısının 'Kanunun hükmü ve amirin emri' başlıklı 27 nci maddesinin iki ve üçüncü fıkraları değiştirilmiştir. Hiyerarşik yapı içinde amirin verdiği emrin hukuka uygun olması hâlinde, verilen bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olacaktır. Amirin emri, hukuka aykırı olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından bağlayıcı olabilir. Anayasamıza göre; kamu görevlileri, görevlerini ifa ederken amiri durumundaki kişilerden aldıkları emirleri hukuka aykırı bulmaları hâlinde, bu emri 'yerine getirmeyen ve bu aykırılığı o emri verene bildirir'ler. Ancak, emir hukuka aykırı olmakla beraber, amir 'emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu hâlde emri yerine getiren sorumlu olmaz' (madde 137, fıkra 1). Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur. Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hâle getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk, emri verene aittir. Hükümet Tasarısındaki hükümde, bu durumda emri verenin de sorumluluktan kurtarılmasına yönelik bir ifadeye yer verilmişti. Yapılan değişiklikle bu yanlışlik düzeltilmiştir.

<sup>55</sup> Emir, hukuka aykırı olmanın yanı sıra, ayrıca suç da teşkil edebilir. Anayasamız, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine 'hiçbir surette' izin vermemektedir (madde 137, fıkra 2). Bu durumda emri 'yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz'. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle Anayasanın söz konusu hükmüyle paralellik sağlanmıştır".

<sup>55</sup> Mülga 765 sayılı TCK m.49'da, salâhiyettar bir merciden verilip *infazı vazifeten zaruri* olan

aksine Hükümet Tasarısıyla küçük bazı ifade farklılıklarıyla birlikte aynı içeriğe sahip olup, yürürlükteki maddenin yorumunda Tasarı gerekçesinden de yararlanılabilir<sup>56</sup>.

- bir emri *icra suretiyle işlenen fiillerden* dolayı *faile* ceza verilemeyeceği (f.1, bent 1) belirtilmiş, maddenin 2. fıkrasında ise, bir numaralı bentte gösterilen halde merciinden sadır olan emir *hilafı kanun* olduğu takdirde neticesinden hâsıl olan *cürme* müterettip cezanın *emri veren amire* hükmolunacağı öngörülmüştür. Öte yandan maddenin 2. fıkrasının mehz Kanundaki karşılığı kısmen farklı olup, mehz hükümde emrin suç oluşturmasından söz edilmektedir. Bkz. *Majno*, 562. Hükmü doğru çevrilmeyeceği hakkında *Erem/Danışman/Artuk*, 562, dn. 16. Bu durumun sonucu etkilemediği görüşü için *Günal*, 97, dn. 151 bis.
- <sup>1</sup>858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda ise bu konu özel hükümlerde bazı suç tiplerinde düzenlenmiştir. Örneğin Kanunun 99. maddesinde, “Büyük ve küçük memurinden her kim olur ise olsun, evamir-i devlet ve ahkâm-ı kavanin ve nizamat icrasına ve her nevi emval-i mürettebenin tahsiline muhalefet için sarf-ı nüfuz ve kuvve-i müessire edecek ve ettirecek olur ise, muvakkaten haps cezasıyla mücazat olunur. Ve eğer memurların bu vechile hareketi *amirlerinin emriyle zaruri ve mecburi vuku bulmuş* ise, bu ceza bu makulelerin hakkında cari olmayıp ibtida *emir kimden zuhur etmiş ise, onun hakkında* icra kılınır. Ve eğer bu misillü bir hareket daha ağır bir cinayeti müeddi olur ise o ağır cinayetin cezası hüküm ve icra olunur” hükmü yer alırken, 103. maddesinde, “Mehakim ve mecalis erbabından ve sair memurin-i devletten biri, müttehem olan eşhasa cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence etmeyi hüküm veyahut icra eder ise, muvakkaten kal'a-bendlik ve müebbeden rütbe-i memuriyetten mahrumiyet cezalarıyla mücazat olunur. Ve bunu *maiyyet memurları* ma-fekinde bulunan *amirlerinin emriyle* yapmış ise bu cezalar bu *emri eden kimse hakkında* icra kılınır. Ve işkence olunan şahıs bundan müteessiren fevt olur veyahut eziyetten dolayı azasından birine bir güne zarar ve noksan isabet eyler ise, buna cüret eden memur hakkında kâtil yahut cârih cezası dahi icra edilir” denmektedir. Keza konut dokunulmazlığını ihlal suçuyla ilgili olarak 105. maddede, “Her bir memur, kavanin-i mülkiye ve askeriyeye müesses olan zabtî nizamın cevaz verdiği hususattan gayri ahvalde ve kavanin ve nizamatın tayin ettiği usulden başka olarak memuriyeti sıfatı ile bir kimsenin hanesine cebren girer ise, altı aydan üç seneye kadar haps olunur. Ve bunun *amirinin emri ile yapmış olduğu* tebeyyün eder ise, *kendisi* cezadan *ma'fuv tutulup* amiri her kim ise bu ceza *onun hakkında* icra olunur. Ve memurinin gayri dahi her kim olur ise olsun, ya ihafe veyahut cebr ile kimsenin hanesine girer ise, bir haftadan altı aya kadar hapis ile mücazat olunur” hükmü bulunmaktadır. Nihayet öldürme ve yaralama fiilleriyle ilgili olarak Kanunun 184. maddesinde, “Bir kimse *amir-i mücbirin emriyle* bir şahsı katletse, katil cezası *amiri hakkında* icra olunur. Amir-i mücbir, memuru emrine muhalefet ettiği takdirde itlafına muktedir olan kimse demektir. Bundan maada suretlerde *memur* olan kimse *mazur olmayıp*, katil cezası onun hakkında icra kılınır. Ve bu misillü amir-i gayri-i mücbir hakkında dahi muvakkaten kürek cezası hükmolunur” ifadesine ve m.185'te de “Bir kimesne *amir-i mücbirin emriyle* bir şahsı cerh ya da darp ederse, yara ve beresinin derecesine göre bâlâda mezkûr olan cerh ve darp cezaları *amiri hakkında* icra olunur. Ve eğer *amir-i gayri mücbir* ise, bu cezalar *faili hakkında* icra olunup bu misillü *amir-i gayri-i mücbir olanlar dahi* bir haftadan bir seneye kadar hapis olunur. Fakat kat'ya tatil-i uzuv ile emreden kimse herhalde muvakkaten kürek cezasına müstehak olur” hükmüne yer verilmiştir.
- <sup>56</sup> Hükümet Tasarısının 27. maddesi, “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. / Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan **da** sorumlu olmaz. / **Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ile emrin veren sorumlu olur.** / Emrin, hukuka uygunluğunun **denetlenmesi** kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur” hükmünü içermektedir. Madde gerekçesinde ise; “Maddeyle getirilen hukuka uygunluk nedeni aslında Anayasanın 137 nci



Konuyla ilgili önemli bir düzenleme yine 2005 yılında yürürlüğe

maddesine dayanmaktadır. Maddede, kanunun hükmünü icra edenin herhangi bir suçtan dolayı sorumlu tutulmayacağı açıklanmıştır. Maddede yetkili bir merciden verilen ve memurun görevi gereği yerine getirmek mecburiyetinde bulunduğu emrin icrası halinde **de** sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Ancak, Anayasanın 137 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm gereği konusu suç teşkil eden emri verenin de suçtan dolayı sorumlu olacağı şüphesizdir. / Verilen emrin konusunun açıkça suç oluşturduğunun bilinmemesi ve anlaşılabilmesi hâlinde, memurun işlenen suçtan dolayı, hata nedeniyle, sorumlu olmayacağı meydandır. Bu takdirde emri veren suçtan dolayı sorumlu olacaktır. / Anayasal ve kanunî düzenlemeye göre, amirin emrini icra eden kişi, emrin 'yetki', 'konu' ve 'şekil' açısından kanuna uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür. Değinen denetlemeyi yapmadan hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi, emri yerine getiren kişiyi sorumluluktan kurtarmaz. Buna karşılık, belirli gereksinimler nedeniyle, emri icra etmekle yükümlü olan kişinin, emri yerine getirmek konusunda kanun denetimini yapmasını engelleyen ve her durumda emrin uygulanmasını öngören kanun düzenlemeleri vardır. / Örneğin 22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununda ve 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda, bu türden hükümler bulunmaktadır. / Bu durumda, emrin hukuka aykırılığını denetleme olanağı bulunmayan bir kişinin, emri yerine getirmesi irade dışı bir davranıştır. Buna karşın bu kişinin hukuka aykırı bir emri yerine getirmesi nedeniyle sorumlu tutulması 'ceza sorumluluğunun kişiselliği' kuralına aykırı olur. Belirtilen durumda, suç oluşturan hukuka aykırı eylemin işlenmesinden, sadece emri verenin sorumlu tutulması yerinde görülerek, Tasarının bu maddesine, 'Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesi kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.' hükmü eklenmiştir. / Mevzuatta söz gelimi askerî kanunlarda, memurun kendisine verilen emri yerine getirmeye mecbur tutulduğu hâllerdeki istisnalar elbette ki saklıdır. Bu gibi hâllerde, 3 üncü maddede yer alan özel kanunlarla Ceza Kanunu arasındaki ilişkiyi düzenleyici hüküm dolayısıyla özel kanundaki hüküm uygulanacaktır. Bu bakımdan Anayasanın 137 nci maddesinin son fıkrasındaki istisna saklı kalacaktır" ifadelerine yer verilmiştir.

Her ne kadar TCK m.24'ün gerekçesinde "Hükümet Tasarısındaki hükümden, bu durumda emri verenin de sorumluluktan kurtarılmasına yönelik bir ifadeye yer verilmişti. Yapılan değişiklikte bu yanlışlık düzeltilmiştir" (Karş. *Sözür*, Einführung, 30) denilmekteyse de her iki metin karşılaştırıldığında bu açıklamanın dayanağı olabilecek tek farklılık, Tasarının 27. maddesindeki emri uygulayan sözcüğünün devamında bulunan (dahi anlamı olan) "da" bağlacıdır. İlgili fıkra tek başına ele alındığında emri uygulayanın, emri veren yetkili merciyle birlikte sorumlu olmayacağı izlenimini verdiği söylenebilir. Ancak bu fıkra bir önceki fıkrayla ve madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde söz konusu bağlacın, emri verenin de sorumluluktan kurtarmaya yönelik olmadığı, maddenin 1. fıkrasına atıfla kanun hükmünü yerine getiren gibi emri yerine getirenin de (dahi) sorumlu olmayacağını belirtmeye dönük olduğu anlaşılmaktadır. Zira aynı bağlaç gerekçede de kanun hükmünü icraya dair açıklamadan sonra yine dahi anlamında kullanılmıştır.

Diğer taraftan gerek yürürlükteki maddenin gerekse Tasarı maddesinin 3. fıkrasında, Anayasanın 137. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm kısmen farklı bir şekilde tekrarlanmaktadır. Anayasada ifade biçimi itibarıyla yalnızca emri ifa edene yönelik bir anlatımla, konusu suç teşkil eden *emri yerine getiren* kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilirken, gerek Tasarıda gerekse Kanunda *emri verenin* sorumluluğuna *da* vurgu yapılmıştır. Nitekim Tasarı gerekçesinde "...Anayasanın 137 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm gereği konusu suç teşkil eden *emri verenin de* suçtan dolayı sorumlu olacağı şüphesizdir" denilerek bu hususa işaret edilmektedir. Kanunda ise Tasarıdan farklı olarak, Anayasadaki hükme paralel olarak konusu suç teşkil eden emrin *hiçbir suretle* yerine getirilemeyeceği ibaresi eklenmiş, bu durum madde gerekçesinde de ifade edilmiştir.



giren 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun (CMK'nın) duruşma sonunda verilecek hükümleri öngören 223. maddesinde yer almakta olup, sanık hakkında, yüklenen suçun *hukuka aykırı fakat bağlayıcı* emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi halinde, *kusurunun* bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir (CMK m. 223/f.3, bent b)<sup>57</sup>. Öte yandan CMK'nın çeşitli hükümlerinde muhakeme işlemlerine dair emirler ve özellikle savcının adli kolluğa yönelik emir verme yetkisi de düzenlenmiştir<sup>58</sup>.

Maddi ve şekli ceza hukukuna ilişkin bu düzenlemelerin yanı sıra, kamu görevlilerine ilişkin mevzuatta da birtakım tamamlayıcı nitelikte hükümler bulunmaktadır. Bunların başında kabul tarihi 1965 yılı olan 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu** (DMK) gelmektedir. Kanunun memurlarının görev ve sorumluluklarını düzenleyen (1982 yılında değişiklik geçiren) 11. maddesinde, memurların kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumlu oldukları (f.1) belirtildikten sonra, devlet memurunun amirinden aldığı emri, Anayasa,

<sup>57</sup> Söz konusu ifade CMK'ya 5353 sayılı Kanunla sonradan eklenmiş olup, söz konusu Kanunun gerekçesinde bu hususta, "5271 sayılı Kanunun 223 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendine yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi hali de eklenmiştir. Böylece 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24 üncü maddesinde kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak öngörülen bu halde verilecek son kararın ne olacağı gösterilmiştir" açıklamasına yer verilmiştir.

<sup>58</sup> CMK'nın birçok hükmündeki, örneğin m.81 (savcının emriyle fizik kimliğin tespiti), m.91 (gözaltı süresinin uzatılması emri), m.98 (yakalama emri), m.119 ve 127 (arama ve el koyma emri), m.163 (istisnaen soruşturma yapan sulh ceza hâkiminin emri), m.203 (mahkeme başkanı veya hâkimin emri) m.270 (itiraz merciinin emri) gibi emir ifadelerini içeren hükümlerinin yanı sıra, savcı ile adli kolluk arasındaki emir ilişkisi özel olarak tanzim edilmiştir. CMK m.160/f.2 ve m.161/f.1'de savcının *emrindeki* adli kolluk görevlileri marifetiyle delil toplayacağı ve her türlü araştırmayı yapabileceği belirtildikten sonra, m.161/f.2'de adli kolluk görevlilerinin, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri *emrinde çalıştıkları* savcıya derhâl bildirmek ve savcının *adliyeyle ilişkin bütün emirlerini geciktirmesizin yerine getirmekle* yükümlü oldukları ifade edilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında savcının emirleri kural olarak yazılı, acele hallerde sözlü verebileceği, sözlü emirlerin yazılı olarak da bildirileceği düzenlenmiş, 5. fıkrada ise savcının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurlarının doğrudan soruşturulacakları öngörülmüştür. Aynı şekilde doğrudan adli kolluğa ilişkin olan 164. maddenin 2. fıkrasında da soruşturma işlemlerinin savcının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılacağı ve adli kolluk görevlilerinin, savcının *adli görevlere ilişkin emirlerini* yerine getireceği belirtilmiş, maddenin 3. fıkrasında adli kolluğun, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrinde olduğu ifade edilmiştir. Bu konuda 167. madde uyarınca çıkarılan Adli Kolluk Yönetmeliği'nde de benzer hükümler mevcuttur. Karş. mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) 154. maddesi bağlamında kolluğun adli ve idari emir ihtilafı bakımından durumu hakkında *Günel*, 82-83.

kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse *yerine getirmeyeceği* ve bu aykırılığı o emri verene bildireceği, amir emrinde *ısrar eder* ve bu emrini *yazı ile yenilirse*, memurun bu emri *yapmaya mecbur olduğu*, ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluğun *emri verene* ait olduğu (f.2) ifade edilmiştir. Devamında ise konusu *suç* teşkil eden emrin, hiçbir suretle yerine getirilmeyeceği, *yerine getiren kimsenin de* sorumluluktan kurtulamayacağı vurgulanmış (f.3) ve nihayet *acele hallerde* kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için *kanunla* gösterilen istisnaların saklı olduğu (f.4) düzenlenmiştir<sup>59</sup>.

1949 tarihli 5442 sayılı **İl İdaresi Kanunu**'nun (İİDK) 23. maddesi, il idare şube başkanları ve kaymakamların, vali tarafından resen verilen emirlerin kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet Kararlarına uygun olmadığı içtihadında buldukları takdirde *durumu* valiye *yazacaklarını*, valinin emrin mevzuata uygun bulunduğu *ısrar etmesi* halinde *yazılı olarak emir* vereceğini ve aynı zamanda işi *ilgili mercie* yazacağını, *cevap gelinceye kadar* valinin verdiği *emrin kendi sorumluluğu altında* uygulanacağını düzenlemektedir. Aynı yönde bir hüküm, kaymakamın ilçe idare şube başkanlarına vereceği emirler bakımından da söz konusudur (m.38).

1934 tarihli 2559 sayılı **Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu**'nun (PVSK) 2. maddesinde (madde 1965 yılında değişiklik geçirmiştir), polisin genel emniyetle ilgili görevleri belirtildikten sonra, DMK m.11'le hemen hemen aynı içerikte bir hüküm olarak, polisin amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, *yerine getirmeyeceği* ve bu aykırılığı emri verene bildireceği, ancak, amir emrinde *ısrar eder* ve bu emrini *yazılı olarak yenilirse*, emrin *yerine getirileceği*, bu halde emri *yerine getirenin sorumlu olmayacağı*, konusu *suç* teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilmeyeceği, *yerine getirenlerin* sorumluluktan kurtulamayacağı (f.2) ifade edilmiştir. Ancak maddenin son fıkrasında 13 bent halinde birtakım haller sayıldıktan sonra, bu durumlarda yetkili amir tarafından verilecek *sözlü*

<sup>59</sup> DMK'dan önce yürürlükte bulunan 788 sayılı Memurin Kanunu m.40, "Memur, emir ve talimatname ve nizamname ve kanun hükümlerine mugayir olarak herhangi bir makam veya amirinden bir emir telakki edince onun ahkama mugayeretini kendi amirine bildirir, amir *ısrar ederse* memur *bütün mes'uliyeti kendi amirine ait ve münhasır olduğunu tahriren bildirerek* o emri infaz eder. Bu misillü emirlerin kanunen *cürüm* teşkil eden mevaddan bulunmaması lazımdır. Aksi takdirde memur bu emri *kat'iyen infaz etmez* ve daha yüksek makama keyfiyeti bildirmeğe mecburdur" hükmünü taşımaktaydı. Öte yandan maddede amirin emrinin yazılı tekrarının öngörülmemesi, aksine yazılı bildirim yükümünün memura yüklenmesi hükmü, Anayasa Mahkemesince 1961 Anayasasının konuyla ilgili 125. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir (AYM, 22.5.1963, 205/123).

emirlerin derhal *yerine getirileceği*, bu emirlerin *yazılı* olarak verilmesinin *istenemeyeceği*, bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluğun *emri verene* ait olduğu belirtilmiştir.

Askerler açısından ise öncelikle 1961 tarihli 211 sayılı **Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu**'nun (TSKİHK'nın) astın görevlerini düzenleyen 14. maddesine değinmek gerekir. Maddede göre astın; amir ve üstüne<sup>60</sup> umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine *mutlak surette itaate* ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine *mutlak itaate* mecbur olduğu (f.1), muayyen olan *vazifeleri*, aldığı *emri*<sup>61</sup> vaktinde yapacağı ve değiştiremeyeceği, haddini aşamayacağı vurgulandıktan sonra, icradan doğacak mesuliyetlerin *emri verene* ait olduğu (f.2) ifade edilmiştir. Maddede ayrıca itaat hissini tehdit eden hertürlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketlerin cezai müeyyidelerle men olunacağı (f.3) belirtilmiştir<sup>62</sup>. Konumuz açısından çok önemli bir hüküm, 1930 tarihli 1632 sayılı **Askeri Ceza Kanunu**'nun (AsCK'nın) iştirake dair 41. maddesinde yer almaktadır. Madde iştirak konusunda 765 sayılı TCK'nın ilgili hükümlerine yollama yaptıktan (f.1) sonra, emrin ifasına özgü önemli düzenlemelere yer vermektedir. Buna göre *hizmete müteallik* hususlarda verilen emir bir *suç* teşkil ederse, bu suçun işlenmesinden *emir veren* sorumludur (f.2). Ancak, ast kendisine verilen emrin *sınırlarını aşmışsa* (f.3, bent A), amirin emrinin adli ve askeri bir *suç maksadını* ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince *malum* ise (f.3, bent B) müşterek fail olarak cezalandırılacaktır. Ancak bu maddenin, AsCK ek m. 8 ve ek m.10 uyarınca zımnen ilga edildiği, bunun yerine TCK'nın iştirake ve emrin ifasına dair maddelerinin uygulanması gerektiği sonucuna varılabilir<sup>63</sup>. Buna karşılık, söz konusu hükmün emrin

<sup>60</sup> TSKİHK amir ve üst kavramlarını ayırarak, *amiri* makam ve memuriyet itibarıyla emretmek salâhiyetini haiz kimse (m.9) olarak tanımlamış, *üst* tabirinin ise rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterdiğini (m.10) belirtmiştir. Aynı maddelerde amirin emri altındakilere *maiyet* deneneceği, *astın* ise üstün rütbe veya kıdemce aşağısında bulunan kimse olduğu düzenlenmiştir.

<sup>61</sup> Kanunda emir deyiimi, *hizmete* ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesi şeklinde tarif edilmiş (m.8), hizmet ise kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işler (m.6) şeklinde açıklanmıştır.

<sup>62</sup> Bu hüküm bağlamında itaat ile ilgili detaylar Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği'nin (TSKİHY'nin) 4 ila 12. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Örneğin 10. maddede astın, aldığı bir emirden dolayı âmirine mütalâada bulunmasının kesinlikle yasak olduğu, emrin doğruluğuna yönelik bir davranışta bulunamayacağı vurgulanmıştır.

<sup>63</sup> *Değirmenci*, Emre İtaatsizlik, 14-15; *Kangal*, 145; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 475, 481. Karş. *Bozbayındır*, 133. Öte yandan TCK'nın genel hükümlerine atıf yapan ek m.8'in

denetlenmesinin engellendiği hallerde astın sorumsuzluğunun istisnalarını (ve sınırımı) göstermesi itibarıyla TCK m.24'ü (özellikle f.4'ü) tamamlayıcı bir nitelik taşıdığı<sup>64</sup>, iştirake dair ifadeler dışında bu hükmün TCK ile çatışmadığı, dolayısıyla bununla sınırlı olarak yürürlükte olduğu da düşünülebilir<sup>65</sup>.

Jandarma, askeri açıdan yukarıda değinilen mevzuata tabi olmakla birlikte idari ve adli (kolluk) görevleri bakımından farklı hükümler öngörülmüştür<sup>66</sup>. Konuyla ilgili olarak 2803 sayılı Kanun'a dayalı olarak çıkarılan 1983 tarihli **Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği**'nin (JTGYY) 143. maddesinin 3. fıkrası, il jandarma alay komutanlarının, valiler tarafından kendilerine doğrudan yapılan *istekleri*, kanun ve nizamlara aykırı gördüklerinde *durumu bir yazı ile valilere bildirecekleri*, valilerin *isteklerinin* kanun ve nizamlara uygun olduğunda *ısrar ettiklerinde yazılı istekte*

mevcudiyetine rağmen ek m.10'un öngörülme amacı, TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca ortaya çıkan zimni ilga etkisi sebebiyle bu hükmün uygulama kabiliyetinin sağlanmasıdır.

<sup>64</sup> Nitekim TSKİHY m.33, emre itaatın sınırları konusunda AsCK m.41/f.3, bent B'ye atıf yapmaktadır. Buna göre emirlerin hizmete yönelik olmasından başka, kural olarak *kanun ve nizamları* ihlâl etmemesi gerektiği, ancak *AsCK m.41/b kapsamına giren haller haricinde* astın, aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile emri *ifa edeceği* ve ondan sonra şikâyet yoluna başvurması gerektiği ifade edilmiştir (f.1). Maddenin 2. fıkrasında ise, amirin verdiği emrin *AsCK m.41/b kapsamına giren hallerle ilişkin* olması halinde emrin *ifa olunmayacağı* ve fakat gecikmeksizin en kısa yoldan bir derece yukarı âmire bilgi verileceği, bu takdirde emrin yapılmasından doğacak bütün sorumluluğun *asta* ait olacağı düzenlenmiştir.

<sup>65</sup> Bununla birlikte TCK Hükümet Tasarısı madde gerekçesinde, emrin denetlenmesinin engellendiği hallerle ilişkin olarak AsCK örnek gösterilmiş ve bu durumda denetleme olanığı olmayan astın sorumlu tutulmasının ceza hukuku ilkelerine aykırı olması sebebiyle TCK m.24/f.4'teki hükmün eklendiği belirtilmiştir. Ancak mevzuatta söz gelimi askeri kanunlardaki emri ifa zorunluluğuna dair istisnaların da Anayasa m.137/f.3'te belirtildiği gibi saklı olduğu, bu gibi hallerde Tasarının, yürürlükteki TCK m.5'in aksine özel kanunlara üstünlük tanyan 3. maddesi uyarınca söz konusu hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir. Ne var ki TCK m.5'in bu anlamda özel kanunlara üstünlük tanımaması ve AsCK ek m.10'un ek m.8 ile birlikte belirli istisnalar dışında açıkça TCK'nın genel hükümlerinin uygulanacağını belirtmesi, AsCK 41'in yürürlükte olduğunu savunmayı güçleştirmektedir. Bununla birlikte TCK m.24/f.4'ün, emrin denetlenmesinin "kanun" tarafından engellenmesi ibaresiyle doğrudan bu ve benzeri hükümleri temel alması karşısında, burada zimni ilga sonucuna varılamayacağı da belirtilebilir. Doktrinde bir görüş, AsCK m.41/f.2-3'ün Anayasa'nın 137. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen istisna kapsamına girdiğini, bu nedenle söz konusu hükümlerin yürürlükte olduğunu ifade etmiştir (Önsel, 36-37). Karş. Koca/Üzülmez, 304, dn. 877.

<sup>66</sup> 1983 tarih ve 2803 sayılı *Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu* jandarmayı, emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanun ve nizamların verdiği görevleri yerine getiren silahlı, askeri bir güvenlik ve kolluk kuvveti olarak tanımlamış (m.3), Jandarma Genel Komutanlığı'nın, Türk Silahlı Kuvvetlerinin bir parçası olduğu, Silahlı Kuvvetlerle ilgili görevleri, eğitim ve öğrenim bakımından Genelkurmay Başkanlığına, emniyet ve asayiş işleriyle diğer görev ve hizmetlerin ifası yönünden İçişleri Bakanlığına bağlı olduğu ifade edilmiştir (m.4).

bulunacakları ve aynı zamanda durumu *İçişleri Bakanlığına bildirecekleri*, Bakanlıktan *cevap gelinceye kadar*, valinin yaptığı isteğin *kendi sorumluluğu altında* uygulanacağı, ancak konusu *açıkça*, askeri ya da adli bir suç oluşturan emirlerin hiçbir şekilde *yerine getirilmeyeceği* düzenlenmiştir.

Bundan başka deniz ticaret hukuku kapsamında mülga 1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) kaptanın gemide bulunan kimselerle ilişkileri çerçevesinde disiplin yetkisinin (m.1467), gemide işlenen suçlarla ilgili soruşturma, hatta tutuklama yetkisinin (m.1472) yanı sıra, *gemi adamlarının* kaptan, gemi zabıtları ve diğer amirleri tarafından verilen *hizmet emirlerini hiçbir itiraz ileri sürmeksizin derhal ve harfiyen yerine getirmekle* yükümlü oldukları düzenlenmiş (m.1468), emirleri yerine getirmemek suç olarak düzenlenmişti (m.1470). Ne var ki bu hükümlere yürürlükteki 2011 tarihli 6102 sayılı TTK'da yer verilmemiştir<sup>67</sup>. Bununla birlikte aynı alana ilişkin olmak üzere 1946 tarihli 4922 sayılı **Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun**'un ceza hükümleri içerisinde yer alan 21. maddesinde birtakım kabahat ve suç hükümlerini takiben son fıkrada, donatanın *kanuna aykırı emrine* uymuş olmanın, *kaptanı* sorumluluktan *kurtaramayacağı* belirtilmiştir<sup>68</sup>.

Nihayet konuyla ilgili temel bir hüküm olarak, **Anayasa**'nın (AY'nin) idari teşkilata ilişkin olan ve "Kanunsuz Emir" başlığını taşıyan 137. maddesine de işaret etmek gerekir. Maddeye göre, 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* (f.1). Ancak konusu *suç* teşkil eden emir, hiçbir suretle *yerine getirilmez*, yerine getiren kimse *sorumluluktan kurtulamaz* (f.2). Maddenin son fıkrasında ise, *askerî hizmetlerin* görülmesi ve *acele hallerde* kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için *kanunla* gösterilen istisnalar saklıdır denmiştir<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Bu hükümlerin Kanuna alınmamasının gerekçesi; "...ayrıca aynı Kanunun Son Hükümlerinde yer alan 'Kaptanla gemide bulunan kimselerin münasebetlerine ait' 1467 ilâ 1472 nci maddeleri ise insan haklarına ve iş hukukuna ilişkin Türkiye'nin tarafı olduğu milletlerarası sözleşmelere aykırı düştüklerinden, Tasarıya alınmamıştır." şeklinde açıklanmıştır.

<sup>68</sup> Karş. *Hakeri*, 319.

<sup>69</sup> Aynı hüküm, birebir aynı ifadelerle 1961 Anayasasının 125. maddesinde de yer almaktadır. Nitekim 1982 Anayasasının 137. maddesine ilişkin Danışma Meclisi gerekçesinde, 1961 Anayasasındaki ilgili madde gerekçesinin aynen muhafaza edildiği belirtilmiştir. 1961 Anayasasının 125. maddesinin gerekçesinde ise, "Bu madde eski Anayasamızın 94 üncü maddesi ile Memurin Kanununun 40 ıncı maddesinde yer alan hükümler arasındaki ahenksizliği gide-

## B. Değerlendirme

Türk Hukukunda emrin ifasının hukuki niteliği, yukarıdaki hükümler, doktrindeki görüşler ve daha önce Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla ilgili yapılan tespitler de dikkate alındığında, emrin niteliğine ve denetlenebilirliğine göre, suçun hukuka aykırılık unsuru bağlamında **hukuka uygunluk nedeni** veya kusurluluk alanında bir **mazeret nedeni** olarak değerlendirilebilir.

Öncelikle konuyla ilgili temel düzenleme olan TCK m.24'ün 2 ila 4. fıkralarına bakıldığında, f.2'de emrin hukukiliğinden söz edilmeksizin, yetkili bir merciden verilen ve yerine getirilmesi görev gereği zorunlu (bağlayıcı) bir emri uygulayanın sorumlu olmayacağı belirtilmekte, ancak bu sorumsuzluğun sebebi gösterilmemektedir. Maddenin 3. fıkrasında ise konusu suç teşkil eden emrin yerine getiril(e)meyeceği<sup>70</sup> (bağlayıcı olmadığı), aksi takdirde yerine getirenin emri verenle birlikte sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Nihayet 4. fıkrada da kanunen hukukiliği denetlenemeyen (bu anlamda bağlayıcı) emirlerin ifasından yalnızca emri verenin sorumlu olacağı düzenlenmektedir<sup>71</sup>. Öte yandan CMK m.223/f.3'e sonradan eklenen hükümde, hukuka aykırı fakat bağlayıcı bir emri ifa edene kusurunun bulunmaması sebebiyle ceza verilmeyeceği öngörülmektedir. Her ne kadar burada hukuka aykırı ve bağlayıcı emre dair açık bir hukuki nitelendirme yapılmışsa da bunu TCK m.24'le doğrudan ilişkilendirmek güç olup, bununla neyin kastedildiği izaha muhtaçtır<sup>72</sup>. Dolayısıyla tüm bu hükümlerden tek başına bir sonuç çıkarmak

---

ren, bu konuda vuzuhu sağlayan ve aynı zamanda, kanunilik prensibi ile idari hiyerarşi ve disiplin zaruretlerini telif eden hükümler sevk edilmiştir" ifadeleri kullanılmıştır. Bu bağlamda 1924 Anayasasının 94. maddesi, "*Kanuna aykırı işlerde üstün emrine uymuş olmak memuru sorumdan kurtarmaz*" şeklindedir. 1921 Anayasasında konuyla ilgili bir hüküm yer almazken, Osmanlı Devleti dönemindeki 1876 Anayasasının memurlara ilişkin kısmında yer alan 41. madde, "*Memurun âmirine hürmet ve riayeti lâzımeden ise de itaati kanunun tâyin ettiği daireye mahsustur. Hilâfi kanun olan umurda âmire itaat mes'uliyetten kurtulmağa medar olamaz*" hükmünü içermektedir.

<sup>70</sup> AY, DMK ve PYSK'da söz konusu emirlerin yerine "getiril"meyeceği şeklinde daha kesin bir ifade kullanılmıştır. TCK'daki nüansın, anlatım tercihinden öte, bilinçli bir anlam farklılığına yol açma amacı taşıdığını sanmıyoruz.

<sup>71</sup> Böylece dolaylı olarak önceki fıkralar açısından emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin gerekliliği ve ayrıca söz konusu fıkraların denetlenebilir emirlere ilişkin olduğu da açıklanmış olmaktadır. Karş. TCK m.24/f.4'ün, genel olarak emrin hukuka uygun olması koşulunun kaynağını teşkil ettiği hakkında *Centel/Zafer/Çakmut*, 298; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 464. Mülga TCK bakımından da 49. maddenin son fıkrasının aksi anlamından aynı sonuca varılmaktaydı. Bkz. *Dönmezer/Erman*, kn. 769; *Günal*, 97-99; *Önder*, 175; *İçel ve Diğerleri*, 127.

<sup>72</sup> Daha önce değinilen ve bu hükmü CMK m.223'e ekleyen 5353 sayılı Kanunun gerekçesinde genel bir ifadeyle TCK m.24'te "kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep" olarak düzenle-



zordur. Konunun madde gerekçeleri ile memur, polis ve askerlerle ilgili mevzuatla birlikte değerlendirilmesi lazımdır.

Bu noktada emrin hukuka uygun olup olmadığı esas alınarak konu incelendiğinde, **hukuka uygun** bir emrin ifasının<sup>73</sup>, emri verenle birlikte emri yerine getiren açısından bir **hukuka uygunluk nedeni** teşkil ettiği rahatlıkla söylenebilecektir<sup>74</sup>. Hukuka uygun emir ifadesiyle, genel olarak, gerek AY gerekse DMK, İİDK, PVSK, TSKİHY, JTGYY’de bahsedildiği üzere Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine<sup>75</sup> uygun, emri

nen bir halden söz edilmiştir. Oysa TCK m.24’te (veya madde gerekçesinde) açıkça hukuka aykırı ve bağlayıcı emir şeklinde bir ifade yer almamaktadır.

<sup>73</sup> Emrin ifasının ne tür emirleri kapsadığı gerek mülga gerekse yürürlükteki TCK’da açıkça düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte doktrinde buradaki emrin, kamu hukuku kapsamındaki ilişkilerden doğan resmi emirleri ifade ettiği, özel hukuk ilişkilerini içermediği kabul edilmektedir (*Dönmezer/Erman*, kn. 766; *Erem/Danışman/Artuk*, 558; *Günal*, 60, 66-67; *Alacakaptan*, 102; *Tosun*, 181-182; *Toroslu*, 153; *Önder*, 174; *İçel ve Diğerleri*, 125; *Demirbaş*, 258; *Centel/Zafer/Çakmut*, 297; *Hakeri*, 320; *Özbek ve Diğerleri*, 382; *Zafer*, 266-267; *Meraklı*, 288; *Yokuş Sevük*, 94; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 461; *Bozbayındır*, 130. Mülga TCK’nın kabahat türünden suçlarda yöneten-yönetilen veya ast-üst (tabi-metbu) ilişkisinde sorumluluğu düzenleyen 60. maddesinin bu konuda bir istisna oluşturduğu hakkında bkz. *Günal*, 11, 60, 78. Karş. *Taner*, 563-564; *Dönmezer/Erman*, kn. 999 vd.; *Erem/Danışman/Artuk*, 558, 543 vd.; *Önder*, 359; *İçel ve Diğerleri*, 290. Nitekim mülga TCK’nın mehazı olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun 49. maddesinin son fıkrasında açıkça resmi bir memurun emrinden söz edilmiştir. Bkz. *Majno*, 205; *Erem/Danışman/Artuk*, 562, dn. 16. Söz konusu Kanun’un İtalyanca aslında 49. maddenin 1. fıkrasında “dell’Autorità competente” ifadesi yer alırken, son fıkrasında “pubblico ufficiale” ibaresi kullanılmıştır. Karş. yukarıda 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun 51. maddesi.

<sup>74</sup> Nitekim TCK m.24’ün gerekçesinde bu durum, “Hiyerarşik yapı içinde amirin verdiği emrin hukuka uygun olması hâlinde, verilen bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olacaktır” şeklinde ortaya konulmuştur. Doktrinde de hukuka uygun emirlerin ifası veya genel olarak emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Bkz.: (*Yekebaş*) *Vehbi*, 442 vd.; *Kantar*, 292, 295-296; *Taner*, 397-398 vd.; *Kunter*, 168; *Dönmezer/Erman*, kn. 765, 769; *Günal*, 134-135; *Alacakaptan*, 100, 102; *Tosun*, 176, 178 vd.; *Yüce*, 273; *Toroslu*, 153-154; *Önder*, 173-177; *Öztürk/Erdem*, kn. 331, 334; *Soyaslan*, 387-388; *İçel ve Diğerleri*, 120, 123; *Demirbaş*, 258; *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, 403-404, karş. 516 vd.; *Centel/Zafer/Çakmut*, 296; *Ersay*, 91; *Özgenç*, 396; *Sözüer*, Einführung, 29; *Sözüer*, Mazeret, 231; *Hakeri*, 246-247, 318-319; *Koca/Üzülmez*, 301; *Özbek ve Diğerleri*, 261, karş. 379 vd.; *Zafer*, 264; *Yokuş Sevük*, 93-94; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 456, 471-472; *Bozbayındır*, 129-130. Hukuka uygunluk nedenlerini “mazeret sebebi (=kusurluluğu kaldıran sebep)” olarak adlandıran ve hukuka uygun emrin ifasını “emri icra mazereti” olarak değerlendiren görüş için bkz.: *Erem/Danışman/Artuk*, 552-553, 558 vd. *Hafizoğulları/Özen* emrin ifasını her hâlükârda hukuka uygunluk nedeni saymaktadır (*Hafizoğulları/Özen*, 240). Karş. *Soyaslan*, 389.

<sup>75</sup> TSKİHY m.33’te emirlerin hizmete ilişkin olmasından başka, kanun ve *nizamlara* uygun olması gereğinden bahsedilmiştir. TSKİHK m.5’e göre *nizam* deyimi, tüzük, kararname, yönetmelik, talimname ve talimat hükümlerini kapsamaktadır. İİDK’da emrin hükümet kararlarına uygunluğundan da söz edilmiştir.



verenin yetkili olduğu, bu nedenle de ifası memur/ast açısından *görev gereği zorunlu* olan (TCK m.24/f.2) emir kastedilmektedir<sup>76</sup>. Ancak emrin ifasının ceza hukuku açısından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmesi için, suçun hukuka aykırılık unsurundan önce ortada tipe uygunluğun bulunması gerekir. Başka bir deyişle hukuka uygunluk etkisi, emrin ifasının belirli bir suç tipinin maddi ve manevi unsurlarını (tipikliği) oluşturması ve fakat emrin yerine getirilmesinin tipikliğin gerçekleşmesine izin vererek hukuka aykırılık unsurunun oluşumunu engellemesi halinde söz konusu olacaktır<sup>77</sup>. Örneğin yetkili merci tarafından verilmiş, hukuka uygun bir yakalama veya arama emrini ifa suretiyle bir kimsenin özgürlüğünü kısıtlayan veya konut ya da işyerine giren kolluk görevlisinin fiili, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma veya konut dokunulmazlığının ihlali suç tiplerine uygun olmakla birlikte, hukuka uygun bir emri ifa nedeniyle hukuka aykırı olmayacaktır. Bu sebeple ifası belirli bir suç tipini ihlal etmeyen hukuka uygun emirlerin, örneğin kolluk görevlisinin amirin emri üzerine belirli bir bölgede devriye gezmesinin veya umuma açık bir eğlence yerini denetlemesinin, doğal olarak herhangi bir suç tipinin hukuka aykırılık unsurunun oluşumunu engelleyici bir rolü olmayacaktır. Dolayısıyla ceza hukukunda hukuka uygunluk nedeni olarak emrin ifası, her zaman için bu anlamda “konusu suç teşkil eden” ve fakat hukuka uygunluk etkisi sebebiyle “ifası suç teşkil etmeyen” emirlere ilişkindir<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Bu noktada emri verenin, emir verme yetkisinin kaynağı olan mevzuatın veya yargı kararının hukuka aykırı olmasının etkisi, incelememizin kapsamını aşan, hukuk sisteminin gelişimini ilgilendiren ayrı bir tartışma konusu olup, emrin muhatabının denetim yetkisinin sınırları da dikkate alınmalıdır.

<sup>77</sup> Alman Hukukunda emir üzerine suç tipine uygun hareket etmeden veya emirden doğan tipe uygun davranıştan söz edilmiş (*S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/87; *Maurach/Zipf*, § 29/10; *Blei*, § 42, II, 1; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9/134), emrin hukuka uygunluğunun koşulları arasında emreden amirin, bir suç tipine uyan hareketi emretmeye dair hukuki bir yetkisinin bulunmasından bahsedilmiştir (*Hirsch*, LK, Vor § 32/173, 175). Türk Hukukunda da *Kantar*, emrin ifasının bir unsuru olarak, ifa kapsamında yasaklanmış bir fiilin gerçekleşmesi gerektiğine yer vermiştir (*Kantar*, 296). *Günel* da hukuka uygun bir emrin ifası suretiyle ika edilen fiilin “genel olarak suç teşkil eden” bir fiil olduğunu belirterek bu hususa işaret etmiştir (*Günel*, 134-135). Aynı yönde *Ersoy*, 91.

<sup>78</sup> Bu bağlamda aşağıda tekrar değinileceği üzere, AY'de buna uygun olarak DMK, PVSK, JTGYY ve TCK'da, ifası suç teşkil eden hukuka aykırı emirleri anlatmak üzere kullanılan “konusu suç teşkil eden/oluşturan emir” deyimini meseleyi tam olarak ifade etmediği gibi, emrin ifasının hukuka uygunluk etkisinin mümkün olmadığı şeklinde yanlış bir izlenim de vermektedir. Kanaatimizce doğrusu “ifası suç teşkil eden emir” olmalıdır. Esasen söz konusu ifadeyle de kastedilen budur.

Buna karşılık *hukuka aykırı* bir emrin ifası, emri verenin yanı sıra emri yerine getiren bakımından da hukuka aykırıdır ve kural olarak hukuka aykırı fiilden dolayı her iki taraf da sorumludur. Ancak genel hata hükümlerinin yanı sıra, emri ifa edenin, hiyerarşik yapının getirdiği mecburiyet bağlamında belirli koşullarda sorumluluktan kurtulmasına yönelik özel düzenlemeler öngörülebilmetedir<sup>79</sup>. Ceza hukuku değerlendirmesi bakımından, hukuka uygun emirlerde olduğu gibi, burada da hukuka aykırı emrin ifasının belirli bir suç tipine ilişkin olması, bu manada konusunun suç teşkil etmesi şarttır<sup>80</sup>. Bu husus, özellikle hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir kavramı açısından ayrı bir öneme sahiptir. Öte yandan hukuka aykırı ve suç teşkil eden emrin ifası dolayısıyla emri yerine getirenin sorumluluğu açısından emrin *denetlenebilirliğinin* ve bununla ilişkili olarak *bağlayıcılığının* da belirleyici bir rolünün bulunduğunu vurgulamak gerekir<sup>81</sup>.

AY m.137/f.1 ve buna paralel olarak DMK m.11/f.2, PYSK m.2/f.2’de memurun, amirinden aldığı emri Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görmesi halinde yerine getirmeyeceği ve amirine bildireceği belirtilerek<sup>82</sup>, kural olarak hukuka aykırı emirlerin bağlayıcı olmadığı söylenmiştir. Ancak amirin, memurun bu görüşünü yerinde bulmayarak emrinde yazılı olarak ısrar etmesi halinde memurun emri ifaya mecbur olduğundan bahsedilmek suretiyle emrin bağlayıcı olduğu, fakat doğabilecek sorumluluğun emri yerine getirene değil, emrinde ısrar eden amire ait olduğu ifade edilmiştir<sup>83</sup>. Eğer emir, memurun düşündüğü gibi gerçekten de hukuka aykırı ise, bu durumda *hukuka aykırı fakat bağlayıcı emirden söz*

<sup>79</sup> TCK m.24’ün gerekçesinde de yalnızca hukuka uygun emrin ifasının hukuka uygunluk etkisi göstereceği, hukuka aykırı emrin ifasının, bağlayıcı olsa dahi hukuka uygunluk nedeni teşkil etmeyeceği, sadece hiyerarşik yapı dolayısıyla sorumsuzluğun gündeme gelebileceği ifade edilmiştir. Ancak gerekçedeki hukuka aykırı bağlayıcı emir konusunda verilen örnek hakkında aşağıdaki açıklamalarımıza da bakılmalıdır.

<sup>80</sup> Doktrinde “konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emir” ve “konusu suç teşkil eden kanunsuz emir” ayrımıyla bu duruma işaret edilmekte, hukuka aykırı ve fakat suç teşkil etmeyen emirlerin daha çok idare, disiplin veya anayasa hukukunu ya da özel hukuku ilgilendirdiği belirtilmektedir (*Erem/Danişman/Artuk*, 561; *Günel*, 136, 182. Ayrıca bkz. *Tosun*, 178; *Toroslu*, 154; *Soyaslan*, 388; *Özbek ve Diğerleri*, 385; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 471-472, 477).

<sup>81</sup> Karş. aşağıda toplu olarak, Ek: Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliği Tablosu.

<sup>82</sup> Esasen bu hükümler, memurun emri denetleme yetki ve yükümlülüğünün de kaynağını oluşturmaktadır.

<sup>83</sup> Alman Federal Memurlar Kanunu’nda memurun, emri veren amire ilave olarak sonraki üst amire de başvuracağı düzenlenerek çifte tasdik öngörülmüş, böylece emrin hukukiliğine ilişkin sorunun mümkün olduğu ölçüde iç hiyerarşik yapıda çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır.

edilebilecektir. Ne var ki aynı hükümlerin devamında (AY m.137/f.2, DMK m.11/f.3, PVSK m.2/f.2) konusu (ifası) *suç teşkil eden* emirlerin hiçbir surette (amir yazılı olarak tekrar etse de) yerine getirilmeyeceği, dolayısıyla *bağlayıcı olmadığı*, bu durumda emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı açıklanmaktadır. O halde hukuka aykırı emrin bağlayıcılığının ve bu bağlayıcılık nedeniyle memurun sorumluluktan kurtulmasının, yalnızca *suç teşkil etmeyen*, örneğin özel hukuk veya idare hukuku haksızlıklarıyla sınırlı olduğu<sup>84</sup>, ceza hukuku haksızlıklarını kapsamadığı sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Belirtmek gerekir ki hukukumuzda görevin gereklerine aykırılığı, mağduriyet, zarar veya menfaat neticelerine bağlı olarak da olsa suç sayan görevi kötüye kullanma (TCK m.257) düzenlemesi karşısında, hukuka aykırı ve bağlayıcı emrin konusu olabilecek özel hukuk veya idare hukuku haksızlıklarının alanı oldukça sınırlıdır. Bu bağlamda aşağıda kabahatlerle ilgili olarak yapılan değerlendirmeler de dikkate alınmalıdır. Görevi kötüye kullanma suçunu, konusu suç teşkil eden emir kavramından bağımsız değerlendiren bir görüş için *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 476.

<sup>85</sup> Bu nedenle TCK m.24'ün gerekçesinde; "...Amirin emri, *hukuka aykırı* olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından *bağlayıcı* olabilir. Anayasamıza göre; kamu görevlileri, görevlerini ifa ederken amiri durumundaki kişilerden aldıkları emirleri hukuka aykırı bulmaları hâlinde, bu emri 'yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir'ler. Ancak, emir hukuka aykırı olmakla beraber, amir 'emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu hâlde emri yerine getiren sorumlu olmaz' (madde 137, fıkra 1). Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur. Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hâle getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz" şeklindeki açıklamalarda yer verilen örnek ve yapılan değerlendirmenin, suç teşkil etmeyen haksızlıklara yönelik olduğu, ceza hukukuna ilişkin olmadığı sonucu varılacaktır. Buna karşılık doktrinde madde gerekçesindeki bu açıklamalara uygun olarak; bahsi geçen durum TCK m.24/f.2 kapsamında "yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan emir" olarak değerlendirildiği gibi, daha önemlisi CMK m.223/f.3'te düzenlenen ve hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası suretiyle işlenen *suçtan* dolayı sorumluluktan kurtulma sonucunu doğuran sebep de bununla ilişkilendirmektedir. Bkz. *Özgenç*, 396-398; *Sözüer*, Einführung, 29-30; *Sözüer*, Mazeret, 231; *Hakeri*, 319, 321; *Koca/Üzülmez*, 301-302. Karş. *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, 516-517; *Özbek ve Diğerleri*, 379, 381-382, 384-387; *Zafer*, 314-315; *Meraklı*, 287-290; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 459, 471, 472-473. Öte yandan TCK Tasarısına ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda da Hükümet Tasarısının "Hukuka Uygunluk Nedenleri" şeklindeki ilgili bölüm başlığının "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" olarak değiştirilmesinin gerekçesi olan doktrinsel görüşler açısından bağlayıcı olmama gerekçesinin örnekleri arasında emrin ifasından da söz edilmiştir. Raporda, doktrinde bu bölümdeki bazı nedenlerin hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu belirtilmiş ve zorunluluk hali örneğine ilave olarak, "Aynı şekilde, yetkili merciin emrinin yerine getirilmesinin *genellikle bir hukuka uygunluk nedeni* olduğu kabul edilirken; bazı görüşler, bu durumda *hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin* bulunduğunu ve dolayısıyla, *kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden* olduğunu ileri sürmektedirler" açıklaması yapılmıştır. AY m.137/f.1 ve DMK m.11/f.2'deki emrin yazılı tekrarı halinde sorumluluğu emri verene ait olduğuna dair hükmün ceza sorumluluğuna ilişkin olmadığı, zira konusu suç oluşturan emrin hiçbir surette yerine getirilmeyeceği ve yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı hakkında *Gözübüyük*, kn. 271. Karş. *Günal*,

Bu durumda, yani *hukuka aykırı* ve aynı zamanda ifası *suç teşkil eden* emri yerine getiren memur, emrin ifası hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacak, emri veren amiriyle birlikte işlenen suçtan dolayı sorumlu olacaktır (TCK m.24/f.3)<sup>86</sup>. Zira bu ihtimalde TCK m.24/f.2’de belirtildiği üzere, içerik itibariyle “yetkili” merciden verilmiş bir emirden söz edilemeyeceği gibi, asıl önemlisi “yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan” bir emir de bulunmamaktadır. Bilakis memur, ifasının suç oluşturması sebebiyle hiçbir surette yerine getirmemesi gereken, *bağlayıcı olmayan* bir emri yerine getirmiştir ve sorumluluğun doğması tabiidir<sup>87</sup>. Burada memurun, yukarıda değinilen mevzuat hükümlerinden kaynaklanan emri *denetleme yetki ve yükümlüğü* kapsamında ifasının suç oluşturduğunu görmesine rağmen, yani haksızlık bilinciyle ve norma uygun davranması (emre uymaması) beklenebilir iken emri ifa etmişse kusurlu sayılarak cezalandırılacağı açıktır<sup>88</sup>. Buna karşılık memur (ve keza amir) bu konuda hataya düşmüşse, ilgili hata hükümleri (TCK m.30/f.3 ve bazı hallerde f.4) çerçevesinde, eğer kaçınılmaz bir hata varsa kusurluluğun bulunmaması sebebiyle sorumluluktan kurtulabilir<sup>89</sup>. Aynı

122-123. TCK m.24/f.2’nin AY m.137/f.1’in tekrarı olduğu ve suç teşkil etmeyen emrin ceza sorumluluğu doğurup doğurmayacağını veya kimin sorumlu olacağını belirlemenin TCK’nın görevi olmadığı hususunda *Ünver*, 62; *Yıldız*, 49.

<sup>86</sup> Karş. 4922 sayılı Kanun’un 21. maddesinin son fıkrasında yer alan, donatanın *kanuna aykırı* emrine uymuş olmanın, kaptanı, ilgili suç ve kabahatlerden dolayı sorumluluktan kurtarmayacağı hükmü.

<sup>87</sup> Dolayısıyla TCK m.24/f.3 hükmü olmasa da f.2’deki (ilgili mevzuattaki hükümlerle birlikte belirlenecek) koşulların aksi anlamından aynı sonuca ulaşılabileceği söylenebilir. Nitekim mülga TCK m.49’da bu yönde açık bir hükmün yer almamasına rağmen, maddenin 1. ve son fıkrasındaki hükmün aksi anlamına dayanılarak, ifası suç teşkil eden emirlerin, emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin kapsamı dışında olduğu sonucuna varılmaktaydı. Ancak özellikle m.49’un son fıkrası ve Anayasanın ilgili hükmü bağlamında emri ifa eden açısından tereddüt oluşmaktaydı [(*Yekebaş*) *Vehbi*, 443-445; *Taner*, 399-400; *Dönmezer/Erman*, kn. 766 bis, 769, 773; *Erem/Danışman/Artuk*, 561-562; *Günel*, 147; *Alacakaptan*, 104; *Yüce*, 274 vd.; *Önder*, 177; *İçel ve Diğerleri*, 129]. Bu anlamda TCK m.24/f.3’ün konuyla ilgili olası tereddütleri giderdiği ve madde gerekçesinde de belirtildiği üzere Anayasanın ilgili hükmüyle paralellik sağladığı söylenebilir. Karş. *Özgenç*, 398; *Sözüer*, Einführung, 30.

<sup>88</sup> “Anayasal ve kanunî düzenlemeye göre, amirin emrini icra eden kişi, emrin ‘yetki’, ‘konu’ ve ‘şekil’ açısından kanuna uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür. Değinilen denetlemeyi yapmadan hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi, emri yerine getiren kişiyi sorumluluktan kurtarmaz” (TCK m.24’ün Hükümet Tasarısı gerekçesi).

<sup>89</sup> TCK’nın Hükümet Tasarısı gerekçesinde de “Verilen emrin konusunun açıkça suç oluşturduğunun bilinmemesi ve anlaşılabilmesi hâlinde, memurun işlenen suçtan dolayı, *hata* nedeniyle, sorumlu olmayacağı meydandadır. Bu takdirde emri veren suçtan dolayı sorumlu olacaktır” denilerek bu olasılıktan söz edilmiştir. Gerekçede amirin emrin ifasının suç teşkil ettiğini bilmesi, memurun durumu bilmemesi ihtimali esas alınarak emri verenin sorumluluğunun devam edeceği ifade edilmiştir. Oysa kimi durumlarda amir de hataya düşmüş olabilir ve bu halde onun da hata hükümlerinden yararlanması mümkündür. Karş. *Günel*, 148-153; *Yokuş Sevük*, 96.

şekilde cebir veya tehdit (TCK m.28) ya da zorunluluk haline (TCK m.25/f.2) ilişkin hükümler saklıdır. Bu noktada memurun itaat yükümü ve baskısı altında hareket etmesi yönüyle genel hata hükümleri ve mazeret nedenleri dışında özel bir düzenlemenin gerekli olup olmadığı düşünülebilir. Alman düzenlemesinde genel memurlar bakımından bilinebilir olmadan söz edilerek (BBG § 63, BeamStG § 36), memurun gerekli dikkati göstermesi halinde emrin suç ya da kabahat niteliğini bilebilecek olması yeterli görülmüştür. TCK'nın ilgili hata hükümleri kapsamında kaçınılabilirliğe ilişkin -memurun itaat yükümüne dayalı özel durumu da dikkate alınmak suretiyle- yapılacak değerlendirme de temelde aynı sonucu doğuracağından ayrı bir hükme gerek olmadığı düşünülebileceği gibi, bu hususta açıklık sağlamak amacıyla özel bir düzenleme yapılması gerektiği söylenebilir<sup>90</sup>.

Nihayet, bazı hallerde işin veya mesleğin niteliği gereği emri yerine getirenin emrin hukuka uygunluğunu *denetleme yetkisi öngörülme*yerek, itaat yükümlülüğü artırılmış olabilir. Dolayısıyla emri ifa edenin sorumluluğunun da buna uygun olarak ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim AY 137/f.3'te, askerlik hizmeti ile acele hallerde kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnaların saklı olduğu belirtilerek, önceki fıkralarda bahsedilen emri denetleme ve emri ifa edenin sorumluluğu hususunda farklı hükümler getirilebileceği öngörülmüştür. Bu kapsamda askerlik hizmetine ilişkin olarak temelde TSKİHK m.14 ve AsCK m.41/f.2'de<sup>91</sup>, kamu düzeni ve güvenliğine ilişkin acil haller bağlamında ise PVSK m.2/f.3'te astın emri denetlemeksizin, derhal ifa etme yükümlülüğü düzenlenmiş, sorumluluk ise (kural olarak) yalnızca emri verene yüklenmiştir<sup>92</sup>. Bu hükümlerin bir yansıması olarak TCK m.24/f.4'te<sup>93</sup> de aynı şekilde, emrin hukuka

<sup>90</sup> Yukarıda değinilen İtalyan Ceza Kanunu düzenlemesinde emri yerine getirenin hataya düşebileceğinden açıkça söz edilmiş (m.51/f.3), ancak hata konusunda farklı bir standart öngörülmemiştir.

<sup>91</sup> Bu konuda farklı bir değerlendirme için bkz.: *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 473-475.

<sup>92</sup> CMK m.161/f.2'de adli kolluğun savcının emirlerini "gecikmeksizin" yerine getireceğinin belirtilmesi, aynı maddenin 3. fıkrasında savcının "acele hallerde" sözlü emir verilebileceğinin öngörülmesi, adli kolluğun savcının emirlerini denetleme yetkisinin engellendiği şekilde bir yorum yapmaya elverişli bir görünüm arz etmektedir. Karş. tutuklama müzakeresinin kolluk tarafından denetlenemeyeceği hakkında *Toroslu*, 154-155. Keza yakalama emrinin denetlenmesinin zor olduğu yönünde *Zafer*, 316.

<sup>93</sup> Daha önce de değinildiği üzere, TCK Hükümet Tasarısı gerekçesinde de bu hükmün temeli olarak sözü geçen kanunlar şu ifadelerle gösterilmiştir: "Buna karşılık, belirli gereksinimler nedeniyle, emri icra etmekle yükümlü olan kişinin, emri yerine getirmek konusunda kanun denetimini yapmasını engelleyen ve her durumda emrin uygulanmasını öngören kanun düzenlemeleri vardır. / Örneğin 22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı *Askerî Ceza Kanununda* ve

uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden sadece emri verenin sorumlu olacağı hükmüne yer verilmiştir. Netice itibariyle bu gibi hallerde ast, denetleme imkânı olmadığı ve emri gecikmeksizin ifa etmekle yükümlü olduğu için, bu koşullar altında hukuka aykırı ve suç teşkil eden bir emri de yerine getirmiş olabilir. Kanun koyucu burada genel hata ve mazeret nedenleri hükümleriyle yetinmemiş<sup>94</sup>, ast bakımından<sup>95</sup> ayrı bir **mazeret nedeni** öngörmüştür. Asta kanunen emrin hukuka uygunluğunu kontrol etme yetkisi tanınmadığı, emir bu anlamda *bağlayıcı* olduğu için<sup>96</sup>, astın emrin hukuka uygun olup olmadığı hususundaki bilinç durumuna, bu hususta hataya düşüp düşmediğine bakılmaksızın sorumsuz olduğu kabul edilmiştir<sup>97</sup>. Ne var ki ast gerçekten bu konuda kaçınılmaz bir hata içinde bulunabilir ya da denetim imkânı olmamasına rağmen emrin suç oluşturduğunu yine de biliyor veya bilebilecek bir halde olabilir. İlk ihtimal hata hükümleri kapsamında değerlendirilebilirse de ikinci ihtimalde haksızlık bilinci mevcut olduğu için, ceza sorumluluğunun doğmaması ancak norma uygun davranışın (emre uymamanın) beklenebilir olmadığını ifade eden özel bir mazeret nedenine dayanabilir<sup>98</sup>. Bu durumda

---

4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı *Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda*, bu türden hükümler bulunmaktadır”.

<sup>94</sup> TCK m.24/f.3-4’ün kusurluluğu etkileyen hataya ilişkin olduğu ve m.30’da düzenlenmesi gerektiği hakkında *Ünver*, 62. Karş. *Yıldız*, 50.

<sup>95</sup> Her ne kadar söz konusu hükümlerde açıkça emri yerine getirenlerle ilgili bir ifade kullanılmamışsa da hükümlerin aksi anlamından bunların sorumlu olmayacağı sonucu çıkmaktadır. Nitekim TCK m.24’ün aşağıda ayrıca değinilecek olan Hükümet Tasarısı gerekçesinin ilgili kısmında, emri yerine getirenin irade dışı hareket ettiği, sadece emri verenin sorumlu tutulması gerektiği belirtilerek bu husus açıklanmıştır. Kanunun bu ifade tarzı eleştirilebilir. Zira burada önemli olan emrin ifası, dolayısıyla ifa edenin sorumluluğudur. Benzer nitelikteki İtalyan Ceza Kanunu’nun 51. maddesinin son fıkrasında, sorumsuzluk hali, emri yerine getiren açısından ifade edilmiştir. Mülga TCK m.49’un son fıkrasında da emri veren esas alınmıştır.

<sup>96</sup> Doktrinde kanunen denetlenemeyen bu tür emirler hakkında “bağlayıcı gayri meşru emir” ifadesi de kullanılmaktadır (*Toroslu*, 154; *Artuk/Gökçen/Yeni Dünya*, 518-519; *Koca/Üzülmez*, 302). Karş. *Bozbayındır*, 130.

<sup>97</sup> Karş. İtalyan Ceza Kanunu m.51/f.3’teki hata hükmününun bağlayıcı olmayan emirlere ilişkin olduğu, bağlayıcı emirlere teşmil edilemeyeceği hususunda *Pisapia*, 142.

<sup>98</sup> Emrin kanunen denetlenebilir olmaması, derhal ifa mecburiyeti bağlamında itaat yükümünün ve amacının ön planda olması, keza emre itaatsizliğin yaptırımına karşılanacak olmasına dayalı baskı gibi hususlar, emri ifa edenin mazur görülmesinin temelini oluşturmaktadır. Belirtilen sebepler, ast bakımından işlenen fiilin haksızlık içeriğini azaltmakta, bu bağlamda norma uygun davranmaya dair irade serbestisini, bu konudaki beklenebilirliği engellemekte, dolayısıyla kusur, cezaya layık olmayacak, işlenen fiil nedeniyle kınanamayacak, mazur görülebilecek dereceye indiği için ast sorumlu olmamakta, sorumluluk yalnızca emri verene yüklenmektedir. Karş. *Meraklı*, 286-287. Nitekim TCK m.24/f.4’e dair Hükümet Tasarı ge-



CMK m.223/f.3-b.(b) uyarınca *hukuka aykırı* fakat *bağlayıcı* bir emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmiş bir *suç* bulunacağından<sup>99</sup>, emri ifa eden sanık hakkında *kusurunun* bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir<sup>100</sup>.

Söz konusu mazeret nedeninin herhangi bir sınırlama içermeyen, astın mutlak itaatini, dolayısıyla mutlak sorumsuzluğunu sonuçlayan, astı adeta araç

rekçesinde; “Bu durumda, emrin hukuka aykırılığını denetleme olanağı bulunmayan bir kişinin, emri yerine getirmesi *irade dışı* bir davranıştır. Buna karşın bu kişinin hukuka aykırı bir emri yerine getirmesi nedeniyle sorumlu tutulması ‘ceza sorumluluğunun kişiselliği’ kuralına aykırı olur. Belirtilen durumda, *suç* oluşturan *hukuka aykırı* eylemin işlenmesinden, *sadece* emri verenin sorumlu tutulması yerinde görülerek, Tasarımın bu maddesine, ‘Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesi kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.’ hükmü eklenmiştir.” ifadeleriyle bu durum izah edilmeye çalışılmıştır. Söz konusu ifade aynen kanunlaştığına göre Hükümet Tasarısı gerekçesinin yürürlükteki hüküm açısından da geçerli olduğu söylenebilir.

<sup>99</sup> Kanımızca TCK m.24/f.4 açısından emrin bağlayıcılığı, kanun tarafından hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellenmesinden kaynaklandığı için söz konusu mazeret nedeninin, “hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası”ndan ziyade, “kanunen hukuka uygunluğu denetlenemeyen emrin ifası” olarak anılması daha doğru olacaktır. Böylece ceza hukuku bakımından hukuka aykırı emrin bağlayıcılığı ve ifa mecburiyeti kavramsal olarak kabul edilmemiş, meselenin esasına doğrudan işaret edilmiş olur.

<sup>100</sup> *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, 518-519; *Yıldız*, 49-50; *Zafer*, 316. Daha önce de değinildiği gibi doktrinde bazı yazarlar, madde gerekçesinden hareketle hukuka aykırı bağlayıcı emir kavramını temelde (AY m.137/f.1 ile paralel olarak) TCK m.24/f.2 ile ilişkilendirmekte, konusu suç oluşturan emirlerin (AY m.137/f.2 ile aynı doğrultuda) m.24/f.3 uyarınca yerine getirilemeyeceğini belirtmekte, nihayet AY m.137/f.3’ün, yalnızca m.137/f.1’deki yazılı tekrar kuralına istisna oluşturduğu, yoksa m.137/f.2’deki konusu suç teşkil eden emirlere istisna getirmediği, buna uygun olarak PYSK m.2/f.3 ve aynı şekilde TCK m.24/f.4’ün de yazılı tekrarı gerekmeyen emirleri içerdiği, konusu suç olan emirleri m.24/f.3 (keza AY m.137/f.2) gereği kapsamadığını savunmaktadırlar. Ayrıca kurulan bu bağıntı zincirine, suç oluşturan emri ifa ihtimalinden söz etmesi itibarıyla uyumsuzluk gösteren ASCK m.41/f.2-3’ün de AY 137/f.2’ye aykırı olduğu ileri sürülmektedir (*Özgenç*, 396-400; *Sözüer*, Einführung, 29-31; *Sözüer*, Mazeret, 231; *Hakeri*, 319, 321-322; *Koca/Üzülmüş*, 301-303. Karş. *Öztürk/Erdem*, kn. 336-339; *Özbek ve Diğerleri*, 379, 381-382, 384-388; *Zafer*, 314-315; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 469, 472-475. Kanatimizce bu yorum tarzı, aşağıda ayrıca değinileceği üzere, suç niteliği bilinen veya bariz olan emirler dolayısıyla sorumsuzluğa imkân vermeme kaygısına dayanmakla birlikte, gerek AY m.137’nin gerekse TCK m.24’ün fıkralarının kendi içindeki sıralaması bakımından sorunlu olduğu gibi (AY m.137/f.3 ve TCK m.24/f.4’ün, söz konusu maddelerin önceki fıkralarının istisnası gibi algılanmaya elverişli olduğu, hukuk devletinde suç işleme yetkisinin verilemeyeceği, dolayısıyla her iki fıkranın da gözden geçirilmesi hakkında *Özbek ve Diğerleri*, 387-388; *Meraklı*, 286), çok daha önemli olarak ise, suç oluşturan emirleri mutlak biçimde dışlaması itibarıyla ceza hukuku açısından “hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin” ifasının kusurluluk alanında, mazeret nedeni niteliğini de izahsız bırakmaktadır. Zira CMK m.223/f.3-b.(b)’de “yüklenen suçun” hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya diğer mazeret nedenleri olan zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle “işlenmesi” ifadesi kullanılmıştır.



konumuna indirgeyen<sup>101</sup>, dolayısıyla suiistimale müsait kapsamı, çeşitli milli ve milletlerarası düzeydeki kötü tecrübeler de dikkate alındığında<sup>102</sup>, günümüz hukuk devleti ve ceza hukuku anlayışı açısından kabul edilebilir değildir. Belirli mesleğin veya işin özelliği gereği itaat yükümünün artırılması, emrin bu yönüyle bağlayıcı olması bir ihtiyaç ve hatta zorunluluk olmakla birlikte, bunun, suç teşkil ettiği bilinen veya bu özelliği bariz olan emirleri de mazur görecektir şekilde geniş olması ölçülü değildir. Emrin denetlenebilir olmaması, ancak dikkatli bir araştırmayla suç oluşturduğu anlaşılabilir olan emirlerle sınırlı bir mazur görmeyi haklılaştırabilir. Nitekim PVSK m.2/f.3 ve TCK m.24/f.4'ün mutlak sorumsuzluğu ifade eden hükümlerine karşılık<sup>103</sup>, AsCK m.41/f.3'te -emrin sınırlarını aşmadan başka- emrin suç amacını taşıyan bir fiile yönelik olduğunun ast tarafından *biliniyor* (malum) olması istisna tutulmuştur<sup>104</sup>. Belirtmek gerekir ki, doktrinde PVSK ve TCK'nın herhangi

<sup>101</sup> TCK m.24'ün Hükümet Tasarısı gerekçesindeki denetleme olanağı olmayan bir emri ifa eden astın "irade dışı" bir davranışta bulunduğu, bundan dolayı sorumlu tutulmasının başkasının fiilinden sorumluluk anlamına geldiğinden hareketle ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil edeceği yönündeki açıklamalar, bu minvalde değerlendirilebilir.

<sup>102</sup> Tarihi gelişim itibariyle hukuka aykırı emrin ifasından dolayı sorumluluk hakkında, yerel ve milletlerarası hukukta öne çıkan mutlak sorumsuzluk, mutlak sorumluluk ve günümüzde hâkim olan şartlı sorumluluk yaklaşımları ile şartlı sorumluluk örneği olarak Milletlerarası Ceza Mahkemesi (MCM) Roma Tüzüğü m.33 hakkında *Gaeta*, 173-181; *Bozbayındır*, 125-128. Türk Hukuku bakımından *Bozbayındır*, TCK m.24/f.3 bağlamında mutlak sorumluluk, buna karşılık AsCK m.43/f.3 ilişkili olarak ise şartlı sorumluluk doktrininin kabul edildiğini belirtmiştir (130-131). Kanımızca bu tespitlere, doktrindeki farklı görüşlere rağmen, TCK m.24/f.4 ve PVSK m.2/f.3'ün lafızları dikkate alındığında, denetlenemeyen emirlerde mutlak sorumsuzluk yaklaşımının temel alındığı tespiti ilave edilebileceği gibi, TCK m.24/f.3 (genel olarak denetlenebilir emirler) yönünden hata hükümlerinin uygulanabilirliğine bağlı sorumluluk sınırlaması da hatırlatılmalıdır.

<sup>103</sup> Mülga TCK m.49'un son fıkrasında da kanuna aykırı emirden doğan cürme ilişkin cezanın emri veren amire hükmolunacağı belirtilerek, mutlak bir ifade kullanılmıştır. Ancak fıkrada emrin denetlenebilir olup olmamasına değinilmeksizin, hatta 1 no.lu bende atfla tüm emirleri kapsayıcı bir düzenleme yapılmıştır. *Stratenwerth* de konuyla ilgili çalışmasında, söz konusu hükme işaretli Türk Hukukunu, mutlak itaat ilkesini, astın sorumsuzluğunu benimseyen az sayıdaki ülkeler arasında değerlendirmiştir. Bkz. 28-29.

<sup>104</sup> Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla karşılaştırıldığında burada yalnızca astın subjektif bilgisinden söz edilmiş, emrin objektif olarak açıkça suç teşkil etmesi hali öngörülmemiştir (*Erman*, kn. 114-115; *Dönmezer/Erman*, kn. 776; *Günel*, 128). Bununla birlikte doktrinde emrin açıkça suç oluşturduğu hallerde astın, bunun suç işletmek amacıyla verildiğini bilmediğini iddia etmesinin kolay olmadığı, itaat mecburiyetinin "suçluluğu aşkar" emirlere kadar götürülemeyeceği belirtilmiştir (*Günel*, 156-157. Karş. *Erem/Danışman/Artuk*, 562). Mevcut hükmün eleştirisi ve hükümde objektif kıstas yönünde değişiklik yapılması hakkında *Özgenç*, 401-402; *Bozbayındır*, 133-134. Ayrıca karşı. JTGYY m.143/f.3'teki valinin açıkça askeri ya da adli bir suç oluşturan emirlerinin yerine getirilmeyeceği hükmü. Öte yandan *Günel*, eserinde hazırlanmakta olan Askeri Ceza Kanunu Tasarısı'ndan söz etmiş, Alman AsCK'nın (WStG) 5. paragrafıyla paralel bir hükme yer vermiştir. Bkz. 128, dn. 262. Hukuka aykırı emrin ifasından dolayı şartlı sorumluluğun çeşitli görünümünün olduğu, en

bir istisna içermeyen söz konusu fıkra içeriklerine rağmen, genellikle başta AY olmak üzere ilgili hükümlerin bir önceki fıkralarına atıfla<sup>105</sup>, esas itibarıyla suç oluşturan emirlerin bağlayıcı olmadığı, emri ifa edenin sorumlu olacağı savunulmaktadır<sup>106</sup>. Kanımızca bu konuda açık bir düzenleme yapılması şarttır.

çok kabul edilen şeklinin açıkça hukuka aykırılık doktrini olduğu hakkında *Bozbayındır*, 127-128. MCM Roma Tüzüğü m.33/f.2'de soykırım ve insanlığa karşı suçlara dair emirler, açıkça hukuka aykırı emirler olarak kabul edilmiştir.

<sup>105</sup> AY m.137/f.2, DMK m.11/f.3, PVSK m.2/f.2 ve TCK m.24/f.3'te konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmeyeceği ifade edilmektedir. Ancak inceleme konusu olan emirler, aynı hükümlerin bir sonraki fıkraları kapsamında yer almaktadır. Bunların da esasen konusu (ifası) suç oluşturan bir nitelik taşımalarına rağmen, denetlenebilir olmadıkları için sorumluluk bakımından istisna getirilmektedir. Dolayısıyla istisnai bir halin yorumlanmasında sorumluluk açısından tekrar kurala dönmek çelişkili bir durum gibi gözükmektedir. Kural-istisna değerlendirmesi bağlamında karşı. *Özbek ve Diğerleri*, 387-388. Mülga TCK m.49'da, yürürlükteki TCK m.24/f.3 gibi bir hüküm bulunmamasına rağmen, AY (1924 AY m.94, 1961 AY m.125/f.2 dahil) başta olmak üzere, DMK ve PVSK'nın ilgili fıkralarına dayanılarak benzer nitelikte zorlayıcı yorumlar yapılmıştır. Öte yandan mülga TCK m.49/f.2'de, mevcut TCK m.24/f.4'te olduğu gibi emrin denetlenebilirliği ayırımı yapılmaksızın, hukuka aykırı ve suç (cürüm) teşkil eden tüm emirler için ortak bir düzenlemenin bulunması da ayrı bir sorun teşkil etmektedir.

<sup>106</sup> *Öztürk/Erdem*, kn. 339; *Demirbaş*, 261-263; *Centel/Zafer/Çakmut*, 300-301; *Özgenç*, 398-399; *Sözüer*, Einführung, 30-31; *Sözüer*, Mazeret, 231; *Hakeri*, 321-322; *Koca/Üzülmez*, 302-303; *Özbek ve Diğerleri*, 388; *Zafer*, 315; *Meraklı*, 290-291; *Yokuş Sevük*, 95; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 475-476, 480-481; *Bozbayındır*, 130. Mülga TCK m.49'un son fıkrasındaki mutlak ifadeye karşın, AY'nin ilgili hükmüyle (1924 AY m.94 dâhil) uzlaştırıcı bir yorumla 49. maddenin önceki fıkrasına dönüş yapmak suretiyle, emrin yetkili merciden verilmediği, görev yönünden ifasının zorunlu olmadığı değerlendirilmesine öne sürüldüğü gibi [*Taner*, 399-400. Karş. (*Yekebaş*) *Vehbi*, 444-445; *Erem/Danişman/Artuk*, 562; *Tosun*, 179-184; *Önder*, 177], emrin hukukiliğinin önceki fıkrada belirtilen şartlardan ayrı, müstakil olduğundan hareketle, bu durumda doğrudan AY'nin ilgili fıkrasına (1961 AY m.125/f.2, 1982 AY m.137/f.2) atıf yaparak suç teşkil eden emirlerden astın sorumlu olduğu sonucuna da varılmaktaydı. Bu bağlamda AY 137/f.3 (aynı şekilde 1961 AY 125/f.3) ile ilişkili olarak itaat yükümü artırılmış kişiler kapsamında asker ve polisler ile ilişkin mevzuata, dolayısıyla denetlenemeyen emirlere değinilmekle birlikte, suç oluşturduğu bilinen emirler bakımından askerlerde AsCK m.41/f.3'e dayanılmakta, polisler açısından ise PVSK m.2/f.3'ün, m.2/f.2'ye yalnızca yazılı tekrar açısından istisna teşkil ettiği ileri sürülmekte, hatta bu yorumun maddenin AY 137'ye aykırı olmaması için zorunlu olduğu belirtilmekteydi (*Dönmezer/Erman*, kn. 773-781). Gerekece veya sonuç itibarıyla aynı yönde *Erem/Danişman/Artuk*, 562-563; *Günel*, 98-99, 120-133, 147, 153-159; *Alacakaptan*, 104-106; *Tosun*, 183-184; *Önder*, 177; *İçel ve Diğerleri*, 129. Konusu suç olan emrin yerine getirilmeyeceği kuralının askerlik ve güvenlik hizmetinde mutlak olmadığı yönünde *Yüce*, 275-276. Karş. *Tosun*, 179 vd. Yapılan değerlendirmelerde, askerler açısından AsCK m.41/f.3'teki sınırlama nedeniyle AY m.137/f.2'ye (veya 1961 AY m.125/f.2) dayanma ihtiyacı duyulmamasına, bilakis AsCK'nın söz konusu düzenlemesinin istisna hükmü içeren AY m.137/f.3 (veya 1961 AY m.125/f.3) kapsamında ve bununla uyumlu olduğunun (*Günel*, 128) belirtilmesine karşılık, aynı istisnanın parçası olduğu kabul edilen PVSK m.2/f.3 bakımından önceki fıkraya dönüp farklı bir değerlendirme yapmak, tutarlı ve tatmin edici görünmemektedir. Sorun AsCK'daki gibi -yetersiz de olsa- bir sınırlama hükmünün eksikliğinden kaynaklanmakta olup, çözüm bu konuda açık bir kanuni düzenleme yapılmasında yatmaktadır.

Burada son olarak **kabahatlerde emrin ifasının** niteliğine değinmek gerekir. AY başta olmak üzere emrin ifasına dair ilgili hükümlerdeki suç ifadesini doğru bir biçimde anlamlandırabilmek için öncelikle kısaca kabahat kavramı ele alınmalıdır. 2005 yılında yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu'nun (KabK) 2. maddesine göre, kanunun, karşılığında idari yaptırım<sup>107</sup> uygulanmasını öngördüğü haksızlıklar kabahat olarak adlandırılmaktadır. Ne var ki 2005 yılı öncesinde gerek söz konusu haksızlıkların isimlendirmesi gerekse kabahat deyiminin anlamı farklıydı. KabK'dan önceki mevzuatta, idari yaptırımlarla karşılanan haksızlıklar hakkında genel bir düzenleme mevcut olmayıp, bu fiillere doktrinde genellikle “idari suç” (veya “idari kabahat”, “idari haksız fiil”) gibi isimler verilmiş ve yine bu bağlamda idari ceza hukukundan söz edilmiştir<sup>108</sup>. Aynı dönemde yürürlükte olan mülga 765 sayılı TCK'nın suçları cürüm ve kabahat şeklinde ikiye ayırması (m.1/f.2) bağlamında kabahat terimi, idari değil, adli birtakım yaptırımları (hafif hapis, hafif para cezası, belirli bir meslek veya sanatın icrasının tatili, m.11) gerektiren bir suç türünü ifade etmekteydi.

Bu çerçevede 2005 öncesi mevzuat ve terminoloji esas alındığında, AY, DMK, PVSK ve AsCK'nın ilgili hükümlerindeki suç ibaresinin, idari yaptırımlarla karşılanan haksızlıkları (idari suçları veya 2005 sonrası adıyla kabahatleri) kapsamadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla konusu idari suç olan emirlerin, -diğer hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emirlerde olduğu gibi- yazılı tekrar halinde (AsCK açısından bilinmesine rağmen) yerine getirilmesi gerektiği, bu anlamda hukuka aykırı bağlayıcı emir niteliğinde olduğu söylenebilir. 2005 sonrasında kabahatlerin suç olmaktan, dolayısıyla suçun bir çeşidi olmaktan çıkarılarak idari suç kavramının yerini alması, ilk planda bu konuda farklı bir değerlendirmeye yol açmamaktadır. Zira yeni terminoloji dikkate alındığında da ilgili hükümlerdeki suç deyimini, kabahati (eski ifadesiyle idari suçu) içermemektedir. Fakat bu noktada KabK m.12 çok önemli bir farklılık doğurmaktadır. Zira bu madde, Kab.K'da aksine hüküm bulunmayan hallerde, TCK'nın hukuka uygunluk nedenleri ile “kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere” ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> KabK m.16 uyarınca kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, *idari para cezası ve idari tedbirlerden* ibaret olup, idari tedbirler de *mülkiyetin kamuya geçirilmesi* ve ilgili kanunlarda yer alan *diğer tedbirlerden* oluşmaktadır. Karş. KabK m.3/f.1-b.(b).

<sup>108</sup> *Mahmutoğlu*, 52-54, 97-98. Bu konuda ayrıca bkz. *Yüce*, 25-26.

<sup>109</sup> KabK m.3/f.1-b.(b) uyarınca söz konusu hüküm, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren kabahatler açısından uygulanacaktır.

da uygulanacağını öngörmektedir<sup>110</sup>. Emrin ifasıyla ilgili olarak söz konusu Kanun'da ayırık bir düzenleme bulunmadığından, yapılan atıf gereği TCK'daki konuyla ilgili hükümler olan m.24/f.2-4 temel alınacaktır. Buna göre yetkili bir merci tarafından hukuka uygun olarak verilen, dolayısıyla yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emrin ifası (m.24/f.2) suretiyle belirli bir kabahat tipine uygun bir hareket yapıldığında, kabahatin hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyecek, fiil hukuka uygun olacağından kabahat oluşmayacaktır. Hukuka aykırı emirler bakımından, 24. maddenin 3. fıkrası önem taşımakta olup, söz konusu hüküm, atıf kapsamında kabahatlere uyarlandığında<sup>111</sup> konusu (ifası) kabahat teşkil eden emirlerin hiçbir surette yerine getirilmeyeceği, aksi takdirde emri verenle birlikte emri yerine getirenin sorumlu olacağı sonucuna varılacaktır<sup>112</sup>. Nihayet emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin

<sup>110</sup> Madde gerekçesi şöyledir: "Madde metninde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleriyle kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerine ilişkin hükümlerinin kabahatler açısından da uygulanabileceği kabul edilmiştir. Ancak, Tasarıda aksine hüküm bulunan haller saklı tutulmuştur. / Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hükümleri, hakkın kullanılması, görevin yerine getirilmesi, meşru savunma ve ilgilinin rızası olmak üzere dört ana grupta toplanabilir. Kusurluluğu etkileyen nedenlere ilişkin hükümleri ise, kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran nedenler olarak iki gruba ayrılabilir. Maddenin düzenlemesine göre, hukuka uygunluk nedenleri ile zorunluluk hali, cebir veya tehdit etkisinde olma, *hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi* gibi kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin varlığı halinde, idarî para cezasına karar verilemeyecektir. Ancak, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile ilgili olarak Tasarıda ayrı hükümlere yer verilmiş olması dolayısıyla, Türk Ceza Kanununun bu hallere özgü hükümleri kabahatler açısından uygulanamayacaktır. Keza, Türk Ceza Kanununun örneğin haksız tahrik gibi kusurluluğu azaltan nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler açısından uygulanamayacaktır."

<sup>111</sup> Bu noktada m.24/f.3'teki "suç" ifadesinin "kabahat" olarak uyarlanması çeşitli açılardan tereddüt doğurabilirse de bunların esaslı olmadığı kanaatindeyiz. Bir defa KabK m.12'de herhangi bir sınırlama yapılmaksızın ilgili hükümlerin uygulanacağı belirtilmiş olup, TCK m.24/f.3 de emrin ifasıyla ilgili hükümlerdedir. İkinci olarak ise, atıf yapılan TCK düzenlemeleri tabii olarak suç kavramını esas almakta olup, atıf uyarınca bunların kabahate dönüştürülmesi kaçınılmazdır. Nitekim örneğin, kusuru engelleyen bir mazeret nedeni olarak cebir veya tehdidin öngörüldüğü TCK m.28/f.1'deki suç ibaresinin de kabahatler açısından kabahat olarak anlaşılması gerekmektedir.

<sup>112</sup> Varılan bu sonuç AY m.137 açısından tartışmaya açıktır. Zira maddenin 2. fıkrasında suç ibaresinin kullanılması sebebiyle yalnızca suç oluşturan emirlerin ifa edilmeyeceği, maddenin 1. fıkrası kapsamında suç oluşturmeyen diğer hukuka aykırı emirlerin ise yazılı tekrar halinde ifa edileceği, ifa edenin sorumlu olmayacağı düzenlenmektedir. Bu bağlamda ifası kabahat oluşturan emirlerin 1. fıkraya dahil olduğu kabul edildiğinde, KabK m.12'nin atfı çerçevesinde TCK m.24/f.3'ün kabahatler açısından geçerli olmadığı, kabahat teşkil eden emirlerin yazılı olarak teyit edilmesi durumunda, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu (hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı) bir emir niteliğini kazanacağı (TCK m.24/f.2) ve ifa eden açısından mazeret nedeni olacağı söylenebilecektir. Buna karşılık, konusu kabahat teşkil eden emirlerin yerine getirilmeyeceği sonucunun AY m.137 ile çelişmediği, suç kavramına kabahatlerin de ilave edildiği ileri sürülebileceği gibi, daha önemli bir gerekçe olarak, m.137/f.2'deki suç kavramının, adli suçların yanı sıra idari suçları (yeni ismiyle kabahatleri) de kapsadığı, nitekim Ana-

engellendiği hallerde işlenen kabahatten yalnızca emri veren sorumlu olacak, emri ifa eden, mazeret nedeninden yararlanacaktır (m.24/f.4)<sup>113</sup>.

## SONUÇ

Yukarıda yapılan inceleme ve değerlendirmeler göstermiştir ki ceza hukukunda emrin ifası kurumu, bilhassa emrin hukuka aykırı olması halinde ifa edenin sorumluluğu açısından her üç ülkede de son derece sorunlu ve izahı güç bir karmaşıklıktadır. Bu durumun temel sebebinin, konuyla ilgili düzenlemelerin dağınıklığının yanı sıra, ceza hukuku ilkeleri bakımından farklı ihtimallere dair sistematik ve tatmin edici bir içeriğe sahip olmaması olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bu düzlem içerisinde emrin ifasının hukuki niteliği hususunda net, tartışmasız bir tespit bulunmak da güçleşmektedir.

Bununla birlikte genel olarak hukuka uygun bir emrin ifasının, gerek emri veren gerekse emri yerine getiren açısından hukuka uygunluk nedeni niteliğini taşıdığı rahatlıkla söylenebilir. Bu bakımdan fazla bir tartışma mevcut değildir. Ancak hukuka aykırı emir bakımından aynı kolaylıkta bir belirleme yapma imkânı bulunmamaktadır.

Alman Ceza Hukuku'nda ilgili mevzuattaki birtakım ifadelerden hareketle, özellikle askerler ve kolluk görevlileri açısından ifası kabahat teşkil eden hukuka aykırı emirler bağlamında doktrinin büyük bir bölümü, hukuka aykırı bağlayıcı emirden söz etmekte ve emrin bağlayıcılığını öne çıkararak bunun bir hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiğini savunmaktadır. Buna karşılık öğretinin önemli bir kısmı emrin hukuka aykırılığını temel alarak, burada bağlayıcılığın ancak bir mazeret nedeni oluşturabileceğini belirtmekte, bazıları ise hukuka aykırı bağlayıcı emir kavramını tümüyle reddetmektedir. Öte yandan hukuka aykırı (ve bağlayıcı olmayan) diğer emirlerin ifası, ilgili hükümlerdeki açık düzenlemeler gereği emrin hukuka aykırılığının bilinmesi veya hukuka aykırılığın bilinebilir ya da bariz olması dışında

---

yasa Mahkemesi'nin (AYM) çeşitli kararlarında, AY'nin "suç ve cezalara ilişkin esaslar"ın düzenlendiği 38. maddesini kabahatler açısından da geçerli bir biçimde yorumladığı (örneğin, 26.12.2013, 43/168; 29.11.2012, 106/190; 15.03.2012, 2011/105-2012/38; 11.06.2009, 2007/115-2009/80) savunulabilir. Aynı tartışma DMK m.11/f.2-3 ve PYSK m.2/f.2 açısından da yapılabilirse de KabK'nın sonraki tarihli bir kanun olması nedeniyle burada sorunun çözümü daha kolaydır. Karş. KabK m.12'ye değinmeksizin konuyu AY m.137/f.1 kapsamında değerlendiren görüş için *Meraklı*, 291, dn. 112.

<sup>113</sup> AsCK m.41/f.3'te açıkça "adli ve askeri bir suç" ibaresi yer aldığından, söz konusu hüküm kabahatler ("idari suçlar") açısından geçerli olmayacaktır. Ancak verilen emrin bir kabahat tipine yönelik olmasına rağmen, ifası somut olarak taksirli bir "suç" işleme tehlikesi taşıyan ve bu nedenle Alman Hukukunda tehlikeli emir olarak da adlandırılan hallerde, m.41/f.3'ün devreye girebileceği belirtilmelidir.

kendine özgü bir mazeret nedeni veya bazı yazarlarca özel yasak hatası olarak nitelendirilmektedir.

Alman Hukuku'ndan farklı olarak emrin ifasının doğrudan ceza kanununda düzenlendiği İtalyan Hukuku'nda hukuka aykırı ve suç teşkil eden emir konusunda, emrin hukuka uygunluğunun denetlenebilir olup olmaması rol oynamakta ve emrin bağlayıcılığı da buna göre belirlenmektedir. Denetlenebilir emirlerde emri ifa eden ancak hata hükümlerinden yararlanarak sorumluluktan kurtulabilirken, denetlenemeyen emirlerde ifa edenin cezalandırılabilir olmadığı öngörülmektedir. Söz konusu cezasızlık hali, doktrinde hukuka aykırı bağlayıcı emir olarak ele alınmakta ve bu duruma ilişkin olarak, Alman Hukukuna benzer şekilde hukuka uygunluk nedeni veya mazeret nedeni nitelendirmesi yapılmaktadır. Ceza Kanunu'nun mutlak ifadesine rağmen, doktrinde ve uygulamada hukuka aykırılığın bariz veya biliniyor olması halinde emrin bağlayıcı olmadığı savunulmakta, askerlerle ilgili olarak da bariz hukuka aykırılığa dair açık bir düzenleme bulunmaktadır.

İtalyan düzenlemesiyle büyük bir benzerlik arz eden TCK hükümleri ile CMK'nın açıkça hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir ifadesini kullanan ve bunu kusurla ilişkilendiren hükmü bağlamında, Türk Hukuku'nda da hukuka aykırı emrin ifası bakımından emrin denetlenebilirliğiyle ilişkili bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Denetlenmesi kanunen engellenmeyen, bilakis hukuki bir yetki ve yükümlülük olarak öngörülen emirlerin ifası kapsamında işlenen suçlar açısından, genel hata ve mazeret nedenlerinin dışında, emri yerine getireni sorumluluktan kurtaracak özel bir düzenleme mevcut olmayıp, aksine sorumluluğu vurgulayıcı hükümler vardır. Ancak denetlenmesi engellenen, bu anlamda bağlayıcı olduğu söylenebilecek emirler nedeniyle işlenen suçlar yönünden, CMK'da kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı sonucu bağlanan hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası düzenlemesi devreye girecek olup, burada emrin denetlenebilir olmamasına dayanan bir mazeret nedeni söz konusudur. Ne var ki, sözü geçen mazeret nedeninin sınırları, daha doğrusu sınırsızlığı büyük bir sorun teşkil etmektedir. TCK'da ve PVSK'da mutlak sorumsuzluğu doğurucu bir ifade kullanılmışken, AsCK'da emrin hukuka aykırılığını bilmeden ibaret de olsa sınırlayıcı bir hüküm bulunmaktadır. Doktrinde bahsedilen sorunu aşma kaygısıyla hukuka aykırı emrin ifasını adeta ceza hukuku sahasından çıkararak, özellikle CMK'daki düzenlemeyi izahsız bırakan görüşler ileri sürülmektedir. Kanaatimizce bu konuda, halen birçok milli ve milletlerarası ceza hukuku düzenlemelerinde olduğu gibi, emrin hukuka aykırılığının bilinmesini ve



bariz olmasını istisna tutan açık bir düzenleme yapılması şarttır. Mevcut durumda mazeret nedeninin, hukuk devleti ilkesi ışığında ve özellikle mazeret nedeninin ancak emrin özel olarak denetlenmesiyle saptanabilecek hukuka aykırılıklara dair sorumsuzlukla sınırlı bir meşruiyet taşıması dikkate alınarak, belirtilen iki hali dışlayıcı şekilde yorumlanmasının -güç olmakla birlikte- bir zorunluluk arz ettiği de ifade edilebilir. Nihayet ifası kabahat oluşturan hukuka aykırı emirler bakımından, KabK'nın TCK'ya atfı yapılarak itibariyle suçlarla ilgili değerlendirmeler bunlar açısından da geçerli olacaktır. Ancak AY'deki suç ifadesi dar anlamda kabul edilirse bu ihtimalde Alman Hukuku'ndaki anlamıyla hukuka aykırı bağlayıcı emir durumu ortaya çıkacaktır. Bu hususta da açık düzenleme yapılması ihtiyacı vardır.

### KAYNAKÇA

*Alacakaptan, Uğur*, Suçun Unsurları, 1975.

*Amelung, Knut*, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, Juristische Schulung, 1986, 329 vd.

*Ambos, Kai*, Zur strafbefreienden Wirkung des "Handelns auf Befehl" aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht, Juristische Rundschau, 1998, 221 vd.

*Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner*, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 4. Baskı, 2009.

*Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, 2003.

*Bozbayındır, Ali Emrah*, Turkey and the International Criminal Court, 2013.

*Blei, Hermann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 18. Auflage, 1983.

*Bringewat, Peter*, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Auflage, 2008.

*Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem*, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Baskı, 2011.

*Das italienische Strafgesetzbuch*, Übers. Roland Riz, 1969.

*Dau, Klaus*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/2, Nebenstrafrecht III, 2009.

*Değirmenci, Olgun*, Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu, KHO Bilim Dergisi, 2008, 1 vd. (Emre İtaatsizlik)



*Değirmenci, Olgun*, Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2012, 455 vd. (Amirin Emrini İfa)

*Demirbaş, Timur*, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 7. Baskı, 2011.

*Dolaptschieff, Nikola*, Sind rechtswidrige bindende Befehl möglich?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1939, 238 vd.

*Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir*, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku: Genel Kısım, Cilt: II, 10. Bası, 1994.

*Dülger, Murat Volkan*, Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2014, 124 vd.

*Ebert, Udo*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2001.

*Erem, Faruk/Danişman, Ahmet/Artuk Mehmet Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 14. Baskı, 1997.

*Ersoy, Yüksel*, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2002.

*Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Auflage, 2009.

*Frister, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2011.

*Gaeta, Paola*, The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law, European Journal of International Law, 1999, 172 vd.

*Gözübüyük, A. Şeref*, Yönetim Hukuku, 25. Bası, 2007.

*Gropp, Walter*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2005.

*Günel, Yılmaz*, Yetkili Merciin Emrini İfa, 1967.

*Hafizoğulları, Zeki*, Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/L'inesigibilità), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, 337 vd.

*Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem*, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 5. Baskı, 2012.

*Haft, Fritjof*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, 2004.

*Hakeri, Hakan*, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 12. Baskı, 2011.

*Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2005.

*Hirsch, Hans Joachim*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11.

Auflage, 2003.

*Hoyer, Andreas*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen, 1998.

*İçel, Kayıhan ve Diğerleri*, İçel Suç Teorisi, 2. Bası, 2000.

*Jakobs, Günther*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991.

*Jarvers, Konstanze*, Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Italien, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Hrsg. Ulrich Sieber, Karin Cornils, Band 5, 2010, 151 vd.

*Jescheck, Hans-Heinrich*, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 1988.

*Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996.

*Joecks, Wolfgang*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Auflage, 2011.

*Kangal, Zeynel*, Askerî Ceza Hukuku, 2. Baskı, 2012.

*Kantar, Baha*, Ceza Hukuku, Talebe Notu, 1939.

*Kasiske, Peter*, Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil, 2011.

*Kindhäuser, Urs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2011.

*Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan*, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 6. Baskı, 2013.

*Köhler, Michael*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997.

*Krey, Volker/Esser, Robert*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2011.

*Kunter, Nurullah*, Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, 1949.

*Kühl, Kristian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2008.

*Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, 2011.

*Lenckner, Theodor*, Der “rechtswidrige verbindliche Befehl” im Strafrecht – nur noch ein Relikt? Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, 223 vd.

*Mahmutoğlu, Fatih Selami*, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, 1995.

*Maiwald Manfred*: Einführung in das italienischen Strafrecht und Strafprozessrecht, 2009.

*Majno, Luigi*, Ceza Kanunu Şerhi: Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Cilt: I, 1977.

*Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, 1992.

*Meraklı, Serkan*, Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2010, 261 vd.

*Meyer, Frank*, Ausschluss und Minderung strafrechtlicher Verantwortung bei Handeln auf Weisung, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 2012.

*Mezger, Edmund*, Strafrecht, 3. Auflage, 1949.

*Murmann, Uwe*, Grundkurs Strafrecht, 2. Auflage, 2013.

*Önder, Ayhan*, Ceza Hukuku Dersleri, Cilt: II-III, 2. Bası, 1992.

*Önsel, Oğuzhan*, Askeri Ceza Kanununun 1'inci ve Ek 8'inci Maddeleri Işığında Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerinin Askerî Ceza Kanununa Etkisi, Askerî Adalet Dergisi, Ocak 2012, 17 vd.

*Özbek, Veli Özer ve Diğerleri*, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 2. Baskı, 2011.

*Özgenç, İzzet*, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 8. Bası, 2013.

*Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan*, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Baskı, 2011.

*Paeffgen, Hans-Ullrich*, Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, Band 1, 3. Auflage, 2010.

*Pisapia, Gian Domenico*, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri: Genel Kısım, Çev. Atıf Akgüç, 1965.

*Ramm, Harry*, Der rechtswidrige verbindliche Befehl, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1939, 363 vd.

*Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, 2006.

*Rönnau, Thomas*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Auflage, 2006.

*Schlehofer, Horst*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Auflage, 2011.

*Schölz, Joachim, Lingens, Eric*, Wehrstrafgesetz, 4. Auflage, 2000.

*Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Lenckner, Theodor/Sternberg-Lieben, Detlev*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, 2010 (*S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*).

*Soyaslan, Doğan*, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 4. Baskı, 2012.

*Sözüer, Adem*, Einführung in die Gesamtreform des türkischen Strafrechts (I), 2006 (Einführung).

*Sözüer, Adem*, Türk Ceza Kanunu'nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar, HPD, Sayı: 6, 2006, 231 vd. (Mazeret).

*Spendel, Günter*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 2003.

*Stratenwerth, Günter*, Verantwortung und Gehorsam, 1958.

*Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2011.

*Taner, M. Tahir*, Ceza Hukuku: Umumi Kısım, 3. Basım, 1953.

*Toroshu, Nevzat*, Ceza Hukuku, 17. Baskı, 2012.

*Tosun, Öztekin*, Suç Hukuku El Kitabı, 1979.

*Ünver, Yener*, YTCK'da Kusurluluk, Ceza Hukuku Dergisi, Eylül 2006, 41 vd.

(*Yekebaş*) *Vehbi*, Hukuku Ceza, Ders Notları, 1932.

*Yokuş Sevük, Handan*, Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Aktuelle Grundlagenprobleme des materiellen Strafrechts, Hrs. Gunnar Duttge, Yener Ünver, Band I, 2012.

*Yüce, Turhan Tüfan*, Ceza Hukuku Dersleri, 1982.

*Walter, Tonio*, Das Handeln auf Befehl und § 3 VStGB, Juristische Rundschau, 2005, 279 vd.

*Weigend, Thomas*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/2, Nebenstrafrecht III, 2009.

*Welzel, Hans*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969.

*Yenisey, Feridun*, Bavyera Polis Kanunu, Ankara 2007 ([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)).

*Zafer, Hamide*, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, TCK m.1-75, 2. Bası, 2011.

# YAŞAM HAKKI: AİHM KARARLARI VE İDARİ YARGI UYGULAMASI

Serkan KIZILYEL\*

## ÖZET

*Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen en temel haktır. Bu hakkın yeterince korunamaması halinde, Sözleşmede yer alan diğer hak ve özgürlükler anlamsız hale gelecektir. Yaşam hakkının korunması konusunda devletlere yüklenen negatif ve pozitif yükümlülükler bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinin denetlenmesi konusunda ise idari yargıya önemli bir sorumluluk düşmektedir. İdari yargıda bu denetim genelde tam yargı davaları yoluyla yapılmaktadır. Ancak iptal davalarında da yaşam hakkı gündeme gelebilmektedir. İdari yargının denetim sorumluluğunu yeterince yerine getirmemesi halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu hakkın ihlal edildiğine karar verebilmektedir. Bu bakımdan, idari yargının Mahkemenin bu hakkı korurken kullandığı tüm temel parametreleri kabul etmesi ve etkin bir şekilde uygulaması gerekmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Yaşam Hakkı, Pozitif Yükümlülük, Öldürme Yasağı, İdari Yargı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

## RIGHT TO LIFE: ECTHR'S CASE LAW AND THE PRACTICE OF THE ADMINISTRATIVE JUDICIARY

### ABSTRACT

*The right to life is the most fundamental right regulated in the European Convention on Human Rights. In case of insufficient protection of this right, other rights and freedoms enshrined in the Convention become meaningless. There are negative and positive obligations loaded on states to protect the right to life. Supervising the fulfilment of these obligations is a significant responsibility for the administrative jurisdiction. This control is generally carried out through full remedy actions in administrative judiciary. However, the right to life also may arise over the course of annulment actions. Whereas the administrative judiciary fails to fulfil the responsibility of supervision effectively, the European Court of Human Rights could decide that the right has been violated. In this regard, administrative judiciary should accept and effectively implement all fundamental parameters of the Court that are applied over the course of the protection of the right.*

**Keywords:** Right to Life, Positive Obligation, Prohibition of Killing, Administrative Judiciary, European Court of Human Rights

---

\* Dr., Hâkim, Danıştay, s\_kizilyel@hotmail.com

## 1. GİRİŞ

Yaşam ile ilgili olarak söylenebilecek ilk husus, onun çok değerli ve kutsal olduğudur.<sup>1</sup> Yaşama olanağı insan için en temel sermaye ve her şeyin başlangıcıdır. Bundan dolayı insanın doğal olarak sahip olduğu ilk hakkın yaşam hakkı olduğu kabul edilir.<sup>2</sup> İlk olması nedeniyle diğer tüm hakların öncesi ve ön şartıdır. Dolayısıyla varlığa ilişkin her şeyin temelini oluşturan yaşamın korunması, insanın değişmeyen en önemli önceliğini oluşturmaktadır.

İnsan, yaşamını korumak için her türlü tedbiri almış ve bu amaçla devleti kurmuştur. Bu yönüyle devletin amacı, insanların yaşamını korumak ve buna yönelik tehlikeleri bertaraf etmektir. Bununla birlikte, yaşama yönelik tehlikeler halen bütünüyle giderilememiştir. Hatta yaşamı korumak için kurulan devlet, yaşam hakkını tehdit eder hale gelmiştir. Büyük ve bütünleşmiş bir örgüte sahip olan devletin bu hakkı ihlal etmesi diğer faillerden daha kolay olabilmektedir. Bu noktada, devletin işlem ve eylemlerini denetleyen idari yargının önemi belirlemektedir.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve Savaş sırasında devletin neden olduğu kitlesel ihlaller nedeniyle doğal hukukta var olduğuna kuşku bulunmayan yaşam hakkı, uluslararası pozitif normlara da girmeye başlamış ve uluslararası seviyede de korunmaya çalışılmıştır. Bu anlamıyla yaşam hakkı, bu hakka tehlike olabilen ya da dışarıdan beliren tehlikeyi giderebilen devleti, yaşamı koruma konusunda zorlamaktadır.<sup>3</sup>

Yaşam hakkı, medeni ve siyasi haklar olarak da ifade edilen birinci kuşak haklardan olup doğal hukukun ve liberal öğretinin norm hale getirilmiş formudur. Bu hak, insan haklarının tarihsel süreci içerisinde evrilmesinde ve devletin demokratik hukuk devleti niteliğinin ortaya konulmasında ölçüt

---

<sup>1</sup> Arzu Besiri, “Ötenazi ve Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, sayı 86, 2009, s. 193.

<sup>2</sup> A. Kadir Çüçen, *İnsan Hakları*, Bursa, MKM Yayıncılık, 2011, s. 78.

<sup>3</sup> “Yaşam Hakkı: A- Önce insanın, fizik-biyolojik-psikolojik varlığını, arızasız olarak sürdürebilmek için gerekli olan bir sağlık ve bütünlük içinde dünyaya gelebilmesini deyimler; B- Sonra, insanın, fizik-biyolojik varlığına, doğumu olayı ile birlikte hemen eklenecek olan moral-entelektüel girişim olanaklarına sahip olarak, sürebilmesini deyimler; C- Daha sonra, böylece, fiziki-biyolojik-psikolojik-moral-entelektüel bütünlüğünü kazanmış insan varlığının-hukuksal kişilik yönü ile beraber- toplumun yararı adına da olsa, doğa yasasından gelenden başka, hiçbir yeryüzü bağ, önlem, zor yapım (müeyyide) ile sınırlanmamasını, etkilenmemesini, noksana uğratılmamasını, yok edilmemesini deyimler.” Ayrıntılar için bkz. Bahri Savcı, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1980, s. 14.

olarak ele alınabilecek niteliktedir.<sup>4</sup> O, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (Sözleşme) düzenlenen ilk haktır. Onun ihlal edilmesi durumunda, diğer haklar anlamsız hale gelmektedir.<sup>5</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme), bu hakkı ilk incelediği 1994 yılından beri hakkın kapsamını zenginleştirmek ve farklı alanlara yaygınlaştırmak suretiyle geniş bir koruma alanı oluşturmuştur.<sup>6</sup> Mahkemeye göre, yaşam hakkı Sözleşmenin en temel maddelerinden birisini oluşturduğundan barış zamanında Sözleşmenin 15. maddesine göre istisna tutulmasına izin verilmemektedir. Yine, Sözleşmenin 2. maddesi, 3. madde ile birlikte Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerini oluşturmaktadır.<sup>7</sup> Buna göre, Mahkeme yaşam hakkını demokratik toplumun vazgeçilmez unsuru olarak algılamaktadır.

Yaşam hakkının Sözleşmede düzenlenme tarzı da onun önceliği ile uyumlu olmuştur. Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse” ibaresinde yer alan “mutlak” ve “zorunlu” terimleri ölümcül güç kullanımı konusunda Sözleşmede yer alan diğer maddelerden ayrılır. Sözleşmenin diğer maddelerinde, özellikle 8. ila 11. maddelerinde, istisnalara yer verilmesine rağmen, istisnaları daraltan bu yönde bir ibare yer almamaktadır.

Uygulamada yaşam hakkı ihlaline ilişkin iddiaları ciddiyle ele alan Mahkeme, yaşam hakkının sözleşmede düzenleme biçimini de dikkate alarak, diğer maddelerden daha sert bir inceleme yapmaktadır. Buna göre Mahkeme, devletin kullanacağı ölümcül gücün Sözleşmede yer alan ve çok dar yorumlanan ölçütlere uygun olmasını arar. Bu kapsamda, böylesi bir güç kullanımının mutlak şekilde gerekli olanın ötesine geçmemesini ilkesel olarak şart koşmaktadır. Buna ek olarak Mahkeme, ölümcül gücün demokratik toplumda gerekli olmasını, başka bir ifade ile meşru araçlara dayanmasını da aramaktadır.<sup>8</sup>

Bu çalışmanın amacı, Sözleşme uygulamasında büyük bir öneme sahip olan yaşam hakkının idari yargı uygulamasını incelemektir. Bu kapsamda,

<sup>4</sup> Cengiz Topel Çiftçioğlu, “Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, sayı 103, 2012, s. 138.

<sup>5</sup> Douwe Korff, *Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, 4. baskı, İstanbul, Beta Basım, 2003, s. 751.

<sup>6</sup> Robin CA White, Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 143.

<sup>7</sup> *Mc Cann ve diğerleri/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 18984/91, 5 Eylül 1995, p. 147.

<sup>8</sup> Korff, *a.g.e.*, s. 24.



idari yargıya yansıyan olaylarla ilgili olarak Mahkemenin, yaşam hakkının korunması amacıyla geliştirdiği ilkeler ile bunların idari yargıya etkileri değerlendirilecektir. Bu doğrultuda, idari yargının ve özelden Danıştay'ın kararlarının Sözleşme karşısındaki durumu ve Mahkeme kararlarına ne ölçüde uygun düştüğü ele alınacaktır. Yine, Danıştay'ın içtihadını Mahkeme kararları doğrultusunda değiştirmesi gereken alanlar dikkate sunulacaktır.

## **2. YAŞAM HAKKININ İDARİ YARGI İLE İLİŞKİSİ**

Kural olarak yaşam hakkı, adli yargının konusuna girmektedir. Yaşam hakkı ihlalinin öncelikle ceza hukukuna ilişkin bir alan olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Gerçekten, gerek Sözleşmenin 2. maddesinin kaleme alınma tarzı, gerek Mahkemeye yapılan başvurular ve Mahkemenin ürettiği içtihat, yaşam hakkının ceza hukuku ağırlıklı olarak ele alındığı kanaatini oluşturmaktadır. Bu anlamda, yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların incelenmesinde, Mahkeme öncelikle ceza yargılaması üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Mahkeme, yaşam hakkının ihlal edildiği olaylarda mutlaka ceza yargısının olay hakkında soruşturma ve yargılamaya başlamasını beklemektedir. Nitekim Mahkeme'ye göre, Sözleşmenin 2. maddesinin gerektirdiği yargı sistemi, ölüm olaylarının olduğu olaylarda gerektiğinde cezai yaptırımını temin eden bağımsız ve tarafsız soruşturma ve yargılamayı içermelidir.<sup>9</sup> Cezai sorumluluğun olduğu olaylarda, mutlaka idari yargıya başvurulması zorunluluğu aranmamaktadır.

Bu değerlendirmenin bir sonucu olarak, yaşam hakkının ihlal edilmekle birlikte cezai yaptırımın uygulanmadığı olaylarda, Türkiye tarafından yapılan savunmalarda, iç hukuk yollarının tüketilmediği, zira iç hukukta durumuna göre özel hukuk ya da idare hukuku sorumluluğunun bulunduğu, idare ve hukuk mahkemelerinin ceza mahkemelerine göre daha esnek delil elde etme ve değerlendirme olanağına sahip olduğu, bu yönde ilgili mahkemelere başvurulması halinde iç hukuktan bir sonuç alınabileceği ileri sürülmesine rağmen bu iddialar Mahkeme tarafından yerinde bulunmamaktadır.

Bu yönde iddianın ileri sürüldüğü bir başvurusunda<sup>10</sup> Mahkeme, Türk hukukunda medeni, idari ve cezai telafi yöntemlerinin bulunduğu ve bunların farklı sorumluluk türleri olduğunu kabul etmiştir. Bu kapsamda da, idari yargının telafi yöntemleri arasında Anayasanın 125. maddesine göre kusursuz

<sup>9</sup> Önerıldız/Türkiye, AİHM, No. 48939/99, 30 Kasım 2004, p. 94.

<sup>10</sup> Yaşa/Türkiye, AİHM, No. 63/1997/847/1054, 2 Eylül 1998.

sorumluluk olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, bu sorumluluk türünde devletin sorumlu olarak kabul edilebilmesi için hukuka aykırı faaliyette bulunan devlet görevlisinin kimliği önemli değildir. Bununla birlikte, Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında yer alan yükümlülük, ölümcül eylemde bulunanın kimliğini tespit ve bunların cezalandırılması zorunluluğunu bünyesinde barındırır. Buna göre Mahkeme, devletlerin idari yargı araçlarıyla zararların karşılanması suretiyle sorumluluktan bu şekilde kurtulmalarını kabul etmemektedir. Aksi takdirde, Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca kusursuz sorumluluğun esas alınması ve mutlaka tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmesi halinde, devletin suçluyu bulma yönündeki yükümlülüğü kaybolacaktır. Bu nedenle yaşam hakkı bakımından medeni ya da idari yargı yollarına başvuru zorunluluğu getirilemez.<sup>11</sup> Mahkeme, bu değerlendirmeyi kusursuz sorumluluk ilkesi yönünden yapmakta ise de, bunun hizmet kusuru için de geçerli olacağına kuşku bulunmamaktadır.

Bununla birlikte Mahkeme, yaşam hakkının ve bedensel bütünlüğün ihlal edildiği durumların kasta bağlı olmayan eylemlerden doğması halinde ise, idari ve disiplin işlemlerinin yürütülmesine bağlı olarak ceza hukukuna ilişkin usule başvurulması zorunluluğu bulunmadığını ortaya koymaktadır.<sup>12</sup> Buna göre, ihlale konu olan eylemin niteliğine ve maddi olayın durumuna göre, ceza hukukunun gereklerini yapma zorunluluğu aranmayabilir. Bu hallerde, Sözleşmenin 2. maddesinde yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesi idari yargıdan talep edilecektir.<sup>13</sup> Bu durum, idarenin yaşam hakkına saygılı olmasının yanında, yaşamı başka kaynaklardan gelecek tehlikelere karşı koruma yükümlülüğünden de kaynaklanmaktadır.<sup>14</sup> *Vo* başvurusunda, tıbbi uygulama hatası sonrası hamileliğin sona ermesi üzerine açılan ceza davasında hekimlerin beraat etmesi üzerine Mahkeme, olayda idari yargıya başvurulmaması nedeniyle idarenin ihmalinin irdelenmesine gidilmeyeceğine karar vermiştir.<sup>15</sup>

Yaşam hakkının korunması sorunu, bazı olaylarda, sadece idari yargı önünde belirebilmektedir. İdari yargının konuyu ele aldığı hallerde, idari yargı

---

<sup>11</sup> *Yaşa/Türkiye*, p. 71-75.

<sup>12</sup> *Öneryıldız/Türkiye*, p. 92.

<sup>13</sup> Anlatılan durum, medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin olarak açılacak davaların idari yargının görev alanı içerisinde kaldığı durumlar bakımından geçerlidir. Medeni davanın hukuk mahkemelerinde açılacağı davalar bakımından aynı açıklama bu kez hukuk yargısı için geçerlidir.

<sup>14</sup> Safa Reisoğlu, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul, Beta Basım, 2001, s. 38.

<sup>15</sup> *Vo/Fransa*, AİHM, No. 53924/00, 8 Temmuz 2004.

organları tarafından yapılan yargılamanın ve verilen kararların bizatihi kendisi de Sözleşmeye uygunluk testine tabi tutulmaktadır.<sup>16</sup> Buna ilişkin pek çok örnek karar vardır. Bu kararlar, yaşam hakkının korunmasının idari yargının da bir yükümlülüğü olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle, sadece idari yargı kararlarının değerlendirildiği başvurularda, idari yargı organlarının tutumlarının Sözleşmenin 2. maddesine uygunluğu incelemesi yapılmaktadır. Yaşam hakkının idari yargıdaki görünümü daha çok “idarenin kamu hukuku kurallarına ve idari yargıya tabi olan mali sorumluluğudur.”<sup>17</sup> Bununla birlikte, istisnai olarak da hukuka aykırı olan işlemlerin iptal edilmesi şeklinde de yaşam hakkı korunmaktadır.

Hem idari hem de cezai sorumluluğun bulunduğu hallerde, Mahkemenin tarafların ileri sürdüğü iddialar çerçevesinde bir değerlendirme yaptığı gözlemlenmektedir. Bununla birlikte, Mahkeme her iki yargı yerinde de yapılan yargılamanın Sözleşmenin 2. maddesindeki yükümlülüklerle uygun olup olmadığını incelemektedir.<sup>18</sup> Buna göre, bu iki yargı organınca yapılan yargılamadan birinin dahi sorunlu olması halinde, ihlal kararı verilmektedir. Bazen Mahkeme, davacıların iddialarını derinleştirerek farklı yönlerden ihlal bulması veya kararında sorun bulunan yargı yerinin değerlendirmesine daha fazla değer atfetmesi mümkündür. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak Mahkeme, ceza yargılamasında bir sorun görmediği ve ceza mahkemesi kararına bir itirazın bulunmadığı, tüm iddianın idari davaya yöneldiği durumda sadece idari yargılamanın vardığı sonuçtan hareket etmek suretiyle ihlal kararı vermektedir.<sup>19</sup>

Sonuç olarak, yaşam hakkının öncelikli konusunu ceza hukuku oluşturduğunun kabul edilmesi doğaldır. Bununla birlikte, gerek bir idari işlemin gerek ise de bir idari eylemin yargısal denetimi nedeniyle idari yargı işlevinde de, yaşam hakkının geniş uygulaması vardır. Yine genel olarak ifade edilebilir ki Mahkeme tarafından ihlal kararı verildiği hallerde konunun idari yargıda hizmet kusuru ve iptal ile malul olarak kabul edilmesi gerekir.

### **3. YAŞAMIN BAŞLANGICI VE SONU**

Sözleşmenin 2. maddesinde geçen “herkesin yaşam hakkı yasayla korunur” ifadesinde yer alan “herkes” (everyone veya toute personne) terimi,

<sup>16</sup> Eğitim hakkı bakımından bkz. *Temel ve diğerleri/Türkiye*, AİHM, No. 36458/02, 3Mart 2009.

<sup>17</sup> Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 11. baskı, Bursa, Ekin Basım, 2011, s. 745.

<sup>18</sup> *Çoşalev/Türkiye*, AİHM, No. 1413/07, 9 Ekim 2012.

<sup>19</sup> *Kayak/Türkiye*, AİHM, No. 60444/08, 10 Temmuz 2012.

salt gerçek kişileri kapsamaktadır. Buna göre, yaşam hakkı ancak bireylerin hayatını güvence altına almaktadır. Hayvanlar “herkes” kapsamında olmadıkları için Sözleşme tarafından korunmamaktadırlar.<sup>20</sup> Benzer şekilde, şirket, dernek, siyasi partiler gibi özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişileri de yaşam hakkı kapsamında değerlendirilemez.<sup>21</sup> Bununla birlikte, tüzel kişiler bütünüyle Sözleşmenin koruması dışında değildir. Tüzel kişilerin de hakkın türüne göre, Sözleşmede yer alan nimetlerden yararlanmaları mümkündür.<sup>22</sup>

Sözleşme kapsamında korunan yaşamın tam olarak ne zaman başladığı tartışma konusudur.<sup>23</sup> Sözleşme, yaşamın başlangıcı noktasında herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu bakımdan, Mahkemenin bu konuda taraf devletlere bir takdir alanı (margin of appreciation) bıraktığı görülmektedir. Bir kararında Mahkeme, yaşamın ne zaman başlayacağı konusunda devletlerin, Sözleşmenin yaşayan bir belge olduğu ve günün koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiği ilkesini dikkate almak suretiyle, geniş takdir yetkisinin olduğunu belirtmiştir. Bu takdirin nedeni, bu konuda bilimsel ve hukuki anlamda bir Avrupa uzlaşısının olmamasıdır.<sup>24</sup> Yarışan menfaatler arasında bir dengenin bulunması ulusal makamlara bırakılmış durumdadır.

Mahkeme, ceninin “herkes” ifadesi kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde karar vermektedir. Mahkeme, daha önce Komisyonun verdiği kararları devam ettirmek suretiyle ceninin yaşam olarak kabul edilmesinden ısrarla kaçınmaktadır. Mahkemenin konuyla ilgili olarak baktığı davalardan biri *Vo*'dur. Bu davada, altı aylık hamile olan başvuru rutin kontrolü için

<sup>20</sup> Hayat sahibi tüm canlılar içinde sadece insanın yaşamının ahlaki olarak çok değerli bulunması ve korunmasının temel nedeni insanın özel bir yere sahip olması ve diğer canlılarda bulunmayan bazı niteliklere sahip olmasıdır. Bkz. Çüçen, **a.g.e.**, s. 13.

<sup>21</sup> Korff, **a.g.e.**, s. 8.

<sup>22</sup> Örneğin 1 No'lu Protokolün 1. maddesinde yer alan, “her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır” hükmü tüzel kişileri kapsayıcı niteliktedir.

<sup>23</sup> İç hukukta da özel hukuk ve kamu hukuku yönünden yaşamın başlangıcı farklılaştırılmıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 28. maddesinde “Kişilik, çocuğun sağ olarak tamıyla doğduğu anda başlar ve ölüme sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.” hükmü nedeniyle ana rahmine düşmekle haklara sahip olabilmektedir. Buna karşın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulamasında yaşam ancak tam ve sağlam olarak doğumdan sonra başlamaktadır. Buna göre, ancak kısa bir süre bile olsa anne bedeninden ayrı olarak yaşayan kişi ceza hukuku anlamında yaşam hakkı korunabilir. Bu nedenle ceninin düşürülmesi adam öldürme kapsamında değerlendirilmekte, ayrı ama daha hafif cezayı gerektiren suç olarak düzenlenmektedir. Benzer bir değerlendirme için bkz. Halil Yılmaz, “*Cenini Öldürme (Çocuk Düşürme/Düşürme Suçu)*”, **Ankara Barosu Dergisi**, sayı 2, 2001.

<sup>24</sup> *Vo/Fransa*, p. 82.

hastaneye getirildikten sonra, burada aynı soyadını taşıyan başka bir bayan ile karıştırılmış, nihayetinde rahmi spiral ile delinmiş, amniyotik sıvısının akmasına ve ceninin zorunlu olarak alınmasına neden olunmuştur. Başvurucu, ceninin yaşam hakkının istem dışı olarak ihlal edildiği gerekçesiyle yaptığı başvuruda Mahkeme, ceninin Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında korunan bir kişi olmadığını, ceninin bir yaşam hakkı varsa da bunun annenin menfaatleri ile sınırlandırıldığını belirlemiştir.<sup>25</sup>

Yeni bir kararında Mahkeme, tıbbi ihmal nedeniyle hem annenin hem de ceninin ölmesi olayında ceninin yaşam hakkı kapsamında olmadığı yönündeki geleneksel yaklaşımından uzaklaşmasını gerektirebilecek bir neden görmemiş ve başvuruların ceninin Sözleşmenin 2. maddesi kapsamına girdiğine ilişkin iddialarını inceleme gereği duymamıştır. Mahkeme, bahsi geçen ceninin hayatının annenin hayatı ile sıkıca bağlı ve anneye uygulanacak tedaviye muhtaç olduğunu düşünmektedir. Ancak bu olay, ölen annenin yaşam hakkının ihlali nedeniyle incelenmiştir.<sup>26</sup>

Yaşamının başlangıcı konusunda hukuki sorun, kendisini kürtajın yaşam hakkı ile ilişkisi konusunda da göstermektedir. Kürtajın, Sözleşmenin başta 6., 8. ve 10. maddeleri olmak üzere diğer maddeleri ile de ilgisi vardır. Mahkemeye göre, hamilelik ve onu sonlandırmak sadece annenin özel hayatının bir meselesi değildir.<sup>27</sup> Kürtajın, kadının özel yaşamı ile çok yakın bir ilişkisi olduğu gibi, ceninin, baba adayının ve kamunun da menfaatlerini ilgilendirmektedir.

Mahkemenin konuyu ele aldığı ve açık bir içtihat ortaya koymaktan çekindiği kararlar genel olarak taraf devletlere takdir yetkisi verilmesi yönündeyken daha sonra Mahkeme ilk kez *Boso* davasında kürtaj ile ilgili bir konuyu esastan ele almıştır. Bu davada, Mahkeme somut olaydaki kürtajın ulusal hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmiş ve aksi iddialara rağmen

---

<sup>25</sup> Yaşayan bir hukuk metni olan Sözleşmenin günümüz şartlarına göre yorumlanması suretiyle ceninin yaşam hakkının korunması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Katherine Freeman, "The Unborn Child and the European Convention on Human Rights: To Whom Does "Everyone's Right To Life" Belong?", **Emory International Law Journal**, cilt 8, 1994, s. 665.

<sup>26</sup> Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye, AİHM, No. 13423/09, 9 Nisan 2013, p. 108; Bununla birlikte yaşamamın dölleme ile ana rahminde başladığına ve bundan sonra yaşamın başladığının kabul edilebileceğine ilişkin görüş için bkz. Rachel Warren, "Pro [Whose?] Choice: How the Growing Recognition of a Fetus' Right to Life Takes the Constitutionality Out of Roe", **Chapman Law Review**, cilt 13, 2009, s. 235.

<sup>27</sup> *Bruggemann ve Scheuten/Almanya*, AİHM, No. 6959/75, 12 Temmuz 1977.

bunun ulusal hukuka uygun olduğunu belirlemiştir. Bundan sonra Mahkeme, ulusal hukukta yer alan düzenlemelerin ceninin ve kadının menfaatlerini koruma arasında bir denge bulmaya çalışıp çalışmadığını sorgulamıştır. Somut olayda, taraf devletin bu hassas alandaki takdir yetkisinin ötesine geçtiğine ilişkin bir tespit olmadığından bahisle başvuru reddedilmiştir.<sup>28</sup>

Dolayısıyla Mahkemenin içtihadından çıkan sonuç, öncelikle kürtajın bizzatıhi kendi başına yaşam hakkının bir ihlali olmayacağıdır. Mahkeme genel kuralı böyle belirlemekle birlikte, cenini bütünüyle madde kapsamı dışında tutmak da istememiştir. Mahkeme, kürtajın ulusal hukuka uygun olmasını aramaktadır. Buna göre, cenin ve anne ile kamu menfaatleri arasında adil bir dengeyi kuran rasyonel ulusal mevzuata göre yapılan kürtaj, Sözleşmenin 2. maddesinin ihlali olarak görülmemektedir. Bu bakımdan, ulusal mevzuata aykırı yapılan kürtaj ile adil bir denge kurmayan bir mevzuata göre yapılan kürtaj, yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir. Mahkemenin böyle bir karar vermesi halinde, cenini yaşam hakkı kapsamında değerlendirmiş olacaktır ki bu da mevcut pozisyonundan bir uzaklaşmayı ifade etmektedir. Ancak her halde, mevzuata aykırı olarak yapılan bir kürtajın, idari yargıda hizmet kusuru olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Yine hukukun adil bir denge kurup kurmadığının incelenmesinin idari yargı tarafından yapılabilmesi gerekir. Ancak bu değerlendirmenin kanun için yapılması, somut norm denetimi yoluyla gidilebilecek bir anayasa yargısının olması nedeniyle idari yargı için olanaklı değildir.

Yaşamın sonu konusunda da, Sözleşmede hüküm bulunmaması nedeniyle bir kısım duraksamalar yaşanmaktadır. Bu kapsamda, yakından incelenmesi gereken konu ötenazinin yaşam hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bilindiği gibi ötenazi, içinde bulunduğu sağlık sorunlarına bağlı olarak dayanılamayacak derecede acı ve ıstırap çekenlerin yaşamlarını, acısız veya çok az acıtan bir ölümcül yol kullanılarak veya kişiyi yaşamda tutan cihazları durdurarak sonlandırmak anlamına gelir.<sup>29</sup> Ötenazi iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Birincisi, yaşamın sonlandırılmasına yönelik dışarıdan yapılan müdahaledir ki buna aktif ötenazi denilmektedir. İkincisi ise, yaşamın sonlandırılmasına yönelik dışsal bir müdahale olmasına gerek olmaksızın, ancak aynı sonucu doğuracak şekilde, genelde yardımsız yaşatılması mümkün olmayan hastaların bağlı olduğu cihazların kapatılması ya da acil ihtiyaç duyulan tıbbi yardımın sunulmamasıdır ki buna da pasif ötenazi denilmektedir.

<sup>28</sup> *Boso/İtalya*, AİHM, No. 50490/99, 5 Eylül 2002.

<sup>29</sup> (Erişim) <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%96tanazi>, 13 Mayıs 2013.

Aktif ötenazi kapsamında ele alınan konu, daha çok ölme isteğinin yaşam hakkı kapsamında olup olmadığı sorunsalı ile ilgilidir. Ölme hakkı, hem ulusal hem de uluslararası hukukta ahlak yoğunluklu olarak tartışılan bir konudur. Genel kabule göre, kişinin kendi yaşamını sonlandırmaya hakkı yoktur. Yaşamın devamı, toplumsal ve ahlaki yönleri ihmal edilerek, bütünüyle kişinin kendi takdirine bırakılamaz. Zira temel hak ve özgürlüklerden vazgeçmek kabul edilemez.<sup>30</sup> Bunun karşısındaki savunma, kişinin kendi iradesine karşı yaşam hakkının korunmasının, ahlaki bir zorunluluk olarak kabul edilmeyeceğidir.<sup>31</sup> Ancak bunun için de sıkı bazı şartların varlığı aranır.

Bu konu, Mahkemenin önüne bir hukuki sorun olarak gelmiştir. Mahkeme, ölme hakkı iddiasıyla ilk kez *Sanles Sanles* başvurusunda karşılaşmıştır.<sup>32</sup> Usule ilişkin bir nedenle bu başvurunun reddedilmesinden sonra benzer yönde bir başvuru bu kez Birleşik Krallıktan yapılmıştır.<sup>33</sup> Bu başvuruyu yapan *Dianne Pretty*, boynundan aşağısı tümüyle felç olmuş, buna karşın bilinci yerinde olan biridir. Motor nöron hastalığı olan başvuran, hastalığının ilerleyen zamanlarında daha büyük sızımlar çekeceği ve onununun zedeleneceği endişesine bağlı olarak yaşamını sonlandırmak istemiştir. Ancak dışardan yardım olmaksızın bunu yapamayacağından, eşinin kendisine yardım etmesini istemiştir. Bu durumda başvuran, savcılıktan böyle bir yardımda bulunması halinde eşi hakkında ceza soruşturması açılmaması taahhüdü istemiştir. Ancak bu taahhüt savcılık tarafından verilmemiş ve ulusal mahkemeler de başvuranın talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Mahkemeye giden başvuru, yaşam hakkının aynı zamanda yaşamak istememeyi de içerdiği, iradi olarak yaşama son verilmesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği, aksi takdirde bu şekilde yaşamın sonlanmasına izin veren devletlerin bu hakkı ihlal ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri

---

<sup>30</sup> Savcı, **a.g.e.**, s. 18-19; “Yaşama hakkı vazgeçilmez/devredilmez bir hak olarak tanımlanıyor ise, bu hakkı ortadan kaldırma yetkisinin kişinin kendisine bırakılabileceğini savunmak kolay gözükmemektedir; dolayısıyla, kişinin kendisine bile bırakılamayan bu tür bir yetkinin başkasına verilebileceğinin savunulması daha da zor olacaktır. Ve ayrıca, ‘hak’ kavramının bir ödev unsuru gerektirdiği de unutulmamalıdır. Oysa yukarıda da ortaya konulduğu gibi, bir kişiye böyle bir öldürme ödevinin dayatılabilmesi hem kavramsal, hem kuramsal, hem ahlaki, hem de hukuki açıdan imkânsız gözükmemektedir. O halde, intihara ilişkin tartışmalar bir yana, (aktif) ötanaziyi kavramsal ve kuramsal açıdan temellendirilebilir bir ‘hak’ olarak savunmak bu nedenle de kolay değildir.” Bkz. Ertuğrul Cenk Gürcan, “Ötenazi: Yaşam Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, **AÜHF**, cilt 60, sayı 2, 2011, s. 275.

<sup>31</sup> Çiftçioğlu, **a.g.e.**, s. 140.

<sup>32</sup> *Sanles Sanles/İspanya*, AİHM, No. 43335/99, 26 Ekim 2000, p. 94.

<sup>33</sup> *Pretty/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 2346/02, 29 Nisan 2002.



sürmüştür.<sup>34</sup>

Konuyu ele alan Mahkemeye göre, Sözleşmenin 2. maddesi, herhangi bir dil çarpıtması olmadan, yaşam hakkının ölme hakkını ya da yaşamaktan ziyade ölmeyi de içerecek şekilde kendi kaderine egemen olma hakkını kapsadığı şeklinde yorumlanamaz.<sup>35</sup> Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 1418 sayılı Tavsiye Kararına da vurgu yapmak suretiyle Mahkeme, Sözleşmede ölme hakkının olmadığı yönünde bir karar vermiştir.<sup>36</sup> Başvuruyu reddeden Mahkemenin kararından kısa bir süre sonra *Pretty* doğal bir şekilde nefes darlığına bağlı olarak ölmüştür.<sup>37</sup> Böylece Mahkeme, aktif ötenazide yardım eden için ceza soruşturmasından muafiyet güvencesi verilmemesini 2. maddenin ihlali olarak değerlendirmemiştir. Bununla birlikte Mahkeme, bu durumda ölümcül hasta olan bireylere yardımcı olarak yaşamlarını sonlandırmaya olanak sunan devletlerin de, bu konuda 2. maddeyi ihlal ettiğini söylememiştir.<sup>38</sup> Dolayısıyla Mahkemenin devletlere bir takdir yetkisi verdiği açık bir şekilde anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, hastanın rızası bu gibi durumlarda büyük önem taşımaktadır. Tedavisi mümkün olmayan veya acı veren bir hastalığı olan kişiyi merhamet için öldürme söz konusu olsa dahi, 2. maddeden hastanın rızasının olmadığı durumlardaki ötenazinin suç teşkil etmesi gerektiğini çıkarmak mümkündür. Yaşam hakkı, akıl rahatsızlığı ya da fiziksel engele sahip bir kişinin rızası olmaksızın tabi tutulduğu ötenaziyi kabul etmez.<sup>39</sup>

Pasif ötenazi ise, sağlık hizmetlerinin sunulmasında gündeme gelmektedir. Sağlık hizmeti sırasında kişinin makinelere bağlı olmadan yaşamasının mümkün olmadığı hallerde, yaşam destek ünitelerinin kapatılıp kapatılamayacağı konusu yaşam hakkı ile doğrudan ilgilidir. Bu konu halen Mahkeme tarafından karara bağlanmamıştır. Ancak ulusal uygulamalarda tıbben yaşam destek ünitesi ile yaşamın gereksiz yere uzatıldığına ortaya konulduğu hallerde, rıza olmasa bile bu makinelerin kapatılabileceği yönünde uygulama vardır. Mahkemenin içtihatlarına bakıldığında, bunun başvuruya konu olması halinde taraf devletlere geniş bir takdir yetkisinin verileceği kanaati

---

<sup>34</sup> *Pretty/Birleşik Krallık*, p. 35.

<sup>35</sup> *Pretty/Birleşik Krallık*, p. 39.

<sup>36</sup> *Pretty/Birleşik Krallık*, p. 40.

<sup>37</sup> (Erişim) [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/1682546.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/1682546.stm), 4 Mayıs 2013.

<sup>38</sup> Korff, a.g.e., s. 20.

<sup>39</sup> David J. Haris v.d., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2013, s. 41.

oluşmaktadır. Buna göre, rasyonel bir şekilde, orantılı olarak menfaatleri dengeleyen bir yasa, taraf devletlerin takdir yetkisinde görülebilecektir. Bu durumda, Sözleşmenin 2. maddesine göre pasif ötenazinin mutlaka bir suç haline getirilmesi gerekmemektedir.<sup>40</sup>

Türkiye tıp uygulamasında, yaşamı makinelerle gereksiz yere uzatıldığı hekimler tarafından düşünülen hastaya yakınlarının izni ile pasif ötenazi yapıldığı bilinmektedir. Yine bu durumda olduğu bilinen bir hastaya bağlı makinelerin durdurulması ya da acil sağlık hizmeti sunulmaması (kalp masajı gibi) örnekleri de olabilir. Bu tür pasif ötenazi örnekleri pozitif hukukta düzenlenmemiştir. Bu bakımdan, özellikle yakınların izninin olmadığı hallerde, yapılan işlemin bir hizmet kusuru olup olmadığı konusu idari yargıda tartışma konusu olabilecektir. Kanaatimizce, bu konuda kusurun olup olmadığının belirlenmesinde, maddi olayın niteliğinin ve tıbbın bilimsel verilerinin esas alınması gerekir. Tıbbi hata ise, yapılan müdahalenin tıbben kabul edilip edilmediği ve tıp literatürü ile tıbbın geliştiği seviye bakımından olağan kabul edilip edilmeyeceğine göre belirlenir. Eğer müdahale normal kabul edilecekse artık, idare hukuku anlamında hizmet kusurundan bahsedilmemesi gerekir.

Son olarak, Sözleşmenin 2. maddesi sadece ölümün meydana geldiği durumlarla sınırlı değildir. Madde, kullanılan güç ölümle sonuçlanmazsa dahi öldürücü potansiyel taşıması halinde uygulanmaktadır. Yine de, bu sonuç sadece olağanüstü şartlarda mağdurun ölmediği durumlarla sınırlı tutulmaktadır. Bu bağlamdaki eylemlerin Sözleşmenin 2. maddesi kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesinde, diğer unsurların yanı sıra uygulanan gücün derecesi ve türü ile gücün kullanılmasındaki amaç veya niyete bakılır. Bu genel ilkeye göre, cezaevindeki açlık grevinin sona erdirilmesi amacıyla yapılan operasyon sırasında pek çok kişinin ölmesi, operasyonun ciddi bir güçle yapılması, gücün ölümcül olması ve başvuranın ağır bir şekilde yaralanması nedeniyle başvuru için yaşam hakkının uygulanmasına karar verilmiştir.<sup>41</sup>

#### **4. HUKUKİ DÜZENLEME ZORUNLULUĞU**

Sözleşmenin 2. maddesinde yer alan “herkesin yaşam hakkı yasayla korunur” hükmü nedeniyle ulusal hukukta yaşamın pozitif düzenlemelerle korunması gerekir. Yasayla yaşam hakkının korunması, pozitif yükümlülüğün bir gereğidir. 2. maddede İngilizce “law”, Fransızca ise “loi” terimi

---

<sup>40</sup> Korff, a.g.e., s. 15-16.

<sup>41</sup> *Düzova/Türkiye*, AIHM, No. 40310/06, 5 Haziran 2010, p. 67.

kullanılmıştır. Bu terimler, iç hukukta hem hukuk hem de kanun olarak kullandığımız kavramları karşılamaktadır. Ancak kanaatimize göre, burada kullanılan haliyle “law” veya “loi”, kanun yerine tüm pozitif düzenlemeleri içerecek şekilde anlaşılan hukuk kavramını ifade etmektedir.

Mahkeme hukuk kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir kısım ölçütler koymuştur. *Sunday Times* kararında<sup>42</sup> Mahkeme, hukukla öngörülme ifadesinden iki şartın varlığını anlamaktadır. Bunlardan ilki, normun yeterli bir şekilde ulaşılabilir olmasıdır. Bireylerin, bir davada bu hukuki kuralın uygulanabilir olduğuna ilişkin yeterli belirlemeye sahip olması gerekir. İkinci olarak, bir norm, muhatabı bireylerin yapması gereken davranışlarını düzenleme konusunda yeterli özeni ve açıklığı barındırmalıdır. Bu norm, durumuna göre belli bir dereceye kadar öngörülebilir olmalı ve sonuçları hakkında bir belirlilik içermelidir. Ancak Mahkemeye göre, öngörülebilirlik belli bir durumda normun herhangi bir yoruma ihtiyaç duymayacak kadar açık olması olarak değerlendirilemez.

Maddede yükümlülük olarak düzenlenen pozitif hukuk düzenlemesinin başında, ölümcül güç kullanmanın suç kabul edilmesi ve ceza yaptırımına bağlanması, başka bir ifadeyle yaşam hakkı ihlalinin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesi gelmektedir. Bir kararında Mahkeme, Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yükümlülüğün temel unsurunu, yaşam hakkını ihlal eden suçları önlemek ve şayet meydana geldi ise ceza yaptırımına bağlamak olduğunu vurgulamıştır.<sup>43</sup> Dolayısıyla bu yükümlülük failin devlet veya bireyler olmasına göre değişmeksizin, hem yaşam hakkı tehlike altında olan bireylerin önleyici tedbirlerle korunmasını hem de yaşam hakkının ihlal edilmesi halinde bunun ceza soruşturmasına konu olmasını içermektedir. Bunun için yaşam hakkı ihlalinin cezai yaptırma bağlayan bir düzenleme gerekmektedir. Bununla birlikte, devlet her yaşama son verilmesini yasadışı ilan etmek zorunda değildir. Sözleşmenin 2. maddesinde izin verilen istisnalar ile sınırlı kalınmak suretiyle devletin, bazı yaşama son verme eylemlerini cezai sorumluluk içinde öngörmemesi mümkündür.<sup>44</sup>

Sözleşmenin 2. maddesinde yer alan hukuki düzenleme yükümlülüğü, sadece ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerle sınırlı değildir. Yaşam hakkının korunması konusunda yapılması gereken düzenlemeler kapsamına idari

---

<sup>42</sup> *Sunday Times/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 6538/74, 24 Mart 1979.

<sup>43</sup> *Osman/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 87/1197/8711083, 28 Ekim 1998, p. 115.

<sup>44</sup> *Osman/Birleşik Krallık*, p. 116.

nitelikteki ikincil düzenlemeler de girmektedir. Yaşam hakkının korunmasına yönelik önlemlerin alınmaması, bu hakkın ihlali sonucunu doğurabilir. Sözleşmenin uygulanmasında, tehlikeli faaliyetler ile sağlık hizmetinin hukuki düzenlemelere konu edilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir.<sup>45</sup> Yine kolluk faaliyetlerine ilişkin mevzuatta da yaşam hakkının korunmasına ilişkin düzenlemelerin olması gerekir. Bunun için kolluk operasyonları, hukuk tarafından açık bir şekilde düzenlenmiş olmalıdır. Yine, hukuki düzenlemelerin yeterli ve etkin bir şekilde, keyfiliği ve gücün suiistimalini önleyecek tedbirleri barındırması gerekir.<sup>46</sup>

Yaşam hakkına yapılacak müdahalelerin de mutlaka bir düzenlemeye bağlanması gerekir. Buna göre, devlet tarafından yaşam hakkının istisnası olabilecek müdahalelerinin usul ve esasları ile kamu düzeninden sayılacak görev ve yetkileri açık bir biçimde düzenlenmesi gerekir.<sup>47</sup> Aksi takdirde, pozitif yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir devletten söz edilmiş olur.

## **5. GÜÇ KULLANARAK ÖLDÜRME YASAĞI**

Sözleşmenin 2. maddesindeki ölüm cezasının infazı hariç olmak üzere hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemeyeceği yolundaki hüküm, devletin negatif yükümlülüğünü göstermektedir. Buna göre, istisnalar hariç olmak üzere hiç kimsenin yaşamına son verilemez. Mahkemeye göre, Sözleşmede devletin ölümcül güç kullanması bazı durumlarda meşru olarak kabul edilmekte ise de, bu durum devlete açık çek verildiği anlamına gelmemektedir. Buna göre, düzenlenmemiş keyfi devlet faaliyetleri sonrasında meydana gelen ölümler, yaşam hakkına saygı ile uyumlu olmayacaktır.<sup>48</sup> Başka bir ifade ile öncelikle devlet, öldürmeme yükümlülüğüne uygun hareket etmek durumundadır.<sup>49</sup> Bu, devletin ilk ve en açık yükümlülüğünü oluşturur.<sup>50</sup>

Mahkeme, yaşam hakkının kamu otoritesi tarafından ihlal edildiğine ilişkin iddiaları çok ciddi bir şekilde değerlendirmektedir. İddianın ağırlığı nedeniyle Mahkeme, bu tür iddianın sübuta erdiğini kabul etmek için

---

<sup>45</sup> Bkz. Öneriyıldız/Türkiye ve Erikson/İtalya, AİHM, No. 37900/97, 26 Ekim 1998.

<sup>46</sup> Makaratzis/Yunanistan, AİHM, No. 50385/99, 20 Aralık 2004, p. 58.

<sup>47</sup> Handan Yokuş Sevük, “Kolluk Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi ve Yaşam Hakkı”, *YÜHFD*, cilt 9, sayı 2, 2012, s. 247.

<sup>48</sup> Makaratzis/Yunanistan, p. 58.

<sup>49</sup> Çiftçioğlu, *a.g.e.*, s. 144.

<sup>50</sup> White, Ovey, *a.g.e.*, s. 145.

makul şüphenin ötesinde delilin varlığını aramaktadır.<sup>51</sup> Başka bir ifadeyle başvuruçunun, ihlalin meydana geldiğini kanıtlaması gerekir.<sup>52</sup> İspat külfeti, bu iddiayı ileri süren başvuruçuya aittir. Makul şüphenin ötesinde ilkesinden, iddianın yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarımlara dayanması ya da olaylara ilişkin çürütülemez varsayımların bulunması anlaşılmaktadır.<sup>53</sup>

Kural olarak Mahkeme, ikincil (subsidiary)<sup>54</sup> olmasına bağlı olarak ulusal mahkemelerin delilleri değerlendirmesiyle bağlıdır. Bu bakımdan Mahkeme, ulusal mahkemelerin delilleri değerlendirmelerinden ayrılmamaya gayret göstermektedir. Mahkemenin ulusal mahkemelerin delillerin takdirinden ayrılması ancak güçlü nedenlerin bulunması halinde söz konusu olabilecektir.<sup>55</sup> Bir kararında Mahkeme, olay yeri incelemesi ile adli tıp incelemesinin eksikliğine vurgu yapmak suretiyle delillerin güvenilirliği ve değerlendirmesi tartışmalarına girmiştir.<sup>56</sup>

Mahkeme, yaşam hakkına ilişkin başvurularda delillerin toplanması aşamasında ileri sürülen iddia ile ilgili olarak delegasyon önüne çıkarak ifade vermeyen başvuranların iddialarını delillendiremediklerine karar vermiştir.<sup>57</sup> Benzer şekilde, savunmacı devletin talep edilen belgeleri vermemesi, yapılan operasyonda sivil yaşamların korunmasına dönük tedbirlerin delillendirilememesi olarak değerlendirilmiştir.<sup>58</sup>

Devletlerin eylemlerinde yaşam hakkını korumaları için gerekli olan tüm tedbirleri almaları gerekmektedir. Mahkemenin, önceden hazırlanmış güvenlik operasyonlarını düzenleyen devletler üzerinde katı yükümlülükler öngören bir yaklaşımı vardır. Bir operasyonun planlanmasında, yönetilmesinde ve kontrolünde gereken özeni gösterme görevi, sadece operasyondan

<sup>51</sup> *Kaya/Türkiye*, AİHM, No. 158/1996/777/978, 19 Şubat 1998, p. 78.

<sup>52</sup> Korff, **a.g.e.**, s. 28.

<sup>53</sup> *Avşar/Türkiye*, AİHM, No. 25657/94, 10 Temmuz 2001, p. 282.

<sup>54</sup> Sözleşmeyi değiştirecek olan 15 No'lu Protokolün 1. maddesiyle Sözleşmenin başlangıcına eklenmesi düşünülen paragraf ile Sözleşmenin uygulanmasında subsidiarite ilkesinin olduğu, devletlerin Sözleşmede düzenlenen hak ve yükümlülükleri öncelikle temin edecekleri ve bu konuda bir takdir yetkileri olduğu düzenlenmektedir. Protokolün İngilizce tam metnini görmek için Bkz. (Erişim) [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2012\)166&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2012)166&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383), 10 Haziran 2003.

<sup>55</sup> *Avşar/Türkiye*, p. 283.

<sup>56</sup> *Gül/Türkiye*, AİHM, No. 22676/93, 14 Aralık 2000, p. 89.

<sup>57</sup> *Kaya/Türkiye*, p. 77.

<sup>58</sup> *İsayeva/Rusya*, AİHM, No. 57950/00, 24 Şubat 2005, p. 182.

etkilenecek sivillerin değil, aynı zamanda eğer mümkün ise şüphelilerin de yaşamlarının korunması ya da korunmaya çalışılmasını kapsamaktadır. Güvenlik tehlikesinin kimsenin yaşam hakkını risk altına sokmadan önlenmesi mümkün ise, göreceli olarak daha güvenli olan bu yolun seçilmesi gerekmektedir. Makul şüphenin ötesi ilkesi ışığında eğer bu yol mümkün iken, daha ölümcül yollara başvurulmuş ise bu takdirde yaşam hakkının ihlal edildiği kabul edilir.<sup>59</sup> Böylece Mahkeme, taraf devletlere yaşam hakkı için daha az tehlikeli olan yolun kullanılmasını şart koşmaktadır.

Şüpheli teröristlerin üzerlerinde bomba olduğu konusuna inandırılmaları sonrasında teröristlerin görülmesi üzerine hemen silaha sarılarak sivil bireylerin canlarının da tehlikeye atılması suretiyle şüphelilerin öldürülmelerine ilişkin bir olayda Mahkeme, yeterli önleyici tedbirlerin alınmaması, bilgilerin yeterli bir şekilde değerlendirilmeden öldürme konusunda eğitim alan askerlere ulaştırılması ve sivillerin bulunduğu alanda doğrudan ölümcül güç kullanılması nedeniyle mutlak suretle gerekli olan güç kullanımını konusunda ikna olmadığından bahisle yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>60</sup>

Türkiye hakkında yapılan başvurularda yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararlardan birini *Ülüfer* oluşturmaktadır.<sup>61</sup> Askerlik hizmetini yapmaktayken hırsızlık suçundan dolayı adliyeye götürülen ve çıkışta elleri kelepçeli olarak araç bekleyen şahsın, kaçması üzerine kendisini kovalayan jandarmanın sözlü uyarılarına ve uyarı niteliğindeki ateş açmalarına rağmen kaçmaya çalışırken vurularak ölmesi üzerine açılan ceza davasında öldürme olayının suç oluşturmadığı, idari davada ise idareye atfedilebilecek bir kusur bulunmadığı yönünde karar verilmiştir. Bu kararlar yüksek yargı organları tarafından onanmıştır. Mahkeme, kaçma halinde kolluğa bunu önlemeye yetecek oranda silah kullanmasına olanak veren ulusal kanunun, kaçanın başka birilerine açık tehdit oluşturmaması halinde dahi silaha izin vermesini eleştirmiştir. Mahkemeye göre, yakalanmak istenenin, bir başka kimsenin hayatını veya bedensel bütünlüğünü hiçbir şekilde tehdit etmediği ve şiddet içeren bir suç işlememiş olduğu bilinmesine rağmen kullanılan ölümcül güç mutlak zorunluluk olarak kabul edilemez.

Türkiye’de terörizme karşı yürütülen operasyonlar sırasında meydana gelen ölümler, Mahkeme tarafından sıklıkla ele alınan bir konu olagelmıştır.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Korff, a.g.e., s. 32.

<sup>60</sup> *Mc Cann ve diğerleri/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 18984/91, 25 Eylül 1995, p. 211-214.

<sup>61</sup> *Ülüfer/Türkiye*, AİHM, No. 23038/07, 5.6.2012.

<sup>62</sup> Serkan Cengiz, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı*”, *TBB Dergisi*, sayı 93, 2011, s. 386.

Ani gelişmeyen operasyonların planlanması ve yönetimi konusunda devletin yükümlülüğü daha fazladır. PKK ile silahlı çatışmaya girildiği devlet tarafından belirtilen bir operasyon nedeniyle bir kişinin ölmesi sonrasında Mahkeme, devletin sorumluluğunun devlet görevlilerinin açtığı ateşin bir sivilin ölümüne neden olduğuna dair önemli kanıt mevcut olduğu hallerle sınırlı olmadığını belirterek, istenmeyen sivil yaşam kaybını engellemek veya her durumda en aza indirmek amacıyla, karşıt bir gruba yönelik gerçekleştirilen güvenlik operasyonunun kurgu ve yöntem seçiminde uygun önlemlerin alınıp alınmadığının da göz önünde bulundurulması gerektiğine karar vermiştir. Böylece olayda, *Havva Ergi*'yi öldüren merminin güvenlik güçleri tarafından ateşlendiğinin tespit edilmemiş olmasına rağmen Mahkeme, pusudaki PKK'lıların ateş gücünden gelebilecek zararlar da dâhil olmak üzere, çatışmanın yaşandığı yere yakın olan köylülerin hayatına gelebilecek zararları engelleyebilecek ya da en aza indirgeyebilecek nitelikte bir operasyon yapılıp yapılmadığı konusu üzerinde durmuştur.<sup>63</sup> Mahkeme, pusu operasyonunun planlanması ve idaresi hakkında doğru delil sunulmamasına bağlı olarak, sivil şahısların hayatlarının korunmasında yeterli önlemlerin alınmadığı sonucuna varmıştır.<sup>64</sup> Bu başvuruda, sivillerin yaşamlarının tehlikeye atılacak şekilde operasyon yapılması Sözleşmenin ihlali olarak görülmüştür.

Operasyonların planlanması ve kontrolünde yaşam hakkının korunması konusunda yeterli özeninin gösterilmemesinin idare hukukunda doğurduğu doğal sonuç, bu tür operasyon ve eylemlerin hizmet kusuru olarak kabul edilmesidir. Güvenlik hizmetlerinin planlanması ve kontrolünde meydana gelecek özensizliklerin birer hizmet kusuru olarak değerlendirilmesi, yaşam hakkının ihlal edilmesi halinde de tazminat ödenmesi idare hukukunun genel ilkelerine de uygun olacaktır. Terörle mücadele birçok güçlük içermekte ise de, bunun en temel hak olan yaşam hakkını zayıflatmasına izin verilmemesi gerekir.<sup>65</sup>

Bu yaklaşıma karşın Danıştay, güvenlik hizmetlerinin planlanması ve yönetilmesi konusunu kararlarında tartışmaya açmamaktadır. Danıştay, daha basit bir inceleme yapmak suretiyle doğan sonucun meşruluğu üzerinden değerlendirme yapmaktadır. Bir kararında Danıştay, davacılar murisinin protesto eylemi sırasında açılan ateş sonucu ölmesi nedeniyle uğranıldığı ileri

<sup>63</sup> *Ergi/Türkiye*, AİHM, No. 66/1997/850/1057, 28 Temmuz 1998, p. 79.

<sup>64</sup> *Ergi/Türkiye*, p. 81.

<sup>65</sup> Işıl Karakaş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: ‘Mc Cann’den ‘Kaya’ ve Ötesine”, *GÜHFD*, sayı 1, 2002, s. 570.



sürülen zararın tazmini istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ve tazminat ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, idare mahkemesi tarafından terör örgütü üyesi olduğu ya da meydana gelen olaylarda aktif olarak rol aldığı, güvenlik güçlerine ateş ettiği veya herhangi bir şekilde saldırıda bulunduğu yönünde bir belirleme bulunmayan davacılar murisinin ölüm olayının, 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekirken aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali ve maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiş, ancak temyizi aşamasında bu karar bozulmuştur. Danıştay, yapılan yasadışı gösteride göstericilerin güvenlik güçlerine taş ve sopalarla saldırmaları ve daha sonra da ateş açmaları üzerine, daha vahim olayların meydana gelmesini önlemek ve savunma amacıyla güvenlik güçlerince de açılan ateş sonucunda davacılar murisinin ölmesinde, kanunsuz eylemde ve güvenlik güçlerine ateş açan topluluk içinde yer almakta ısrar eden murislerinin kusurlu olması nedeniyle 5233 sayılı Kanun kapsamında tazminat ödenmesine imkân bulunmadığına karar vermiştir.<sup>66</sup> Bu olayda Danıştay, Mahkemenin kullandığı mutlaka zorunlu olma ilkesi ile operasyonların planlanmasında yaşam hakkı ihlali olup olmadığı değerlendirmesine girmemiştir.

## **6.DEVLETİNYAŞAMHAKKINIKORUMAYÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Yaşam hakkının ikinci niteliği devletin pozitif yükümlülüğünün gereği olarak, bireylerin yaşatılması için gerekli olan önlemlerin alınmasıdır. Mahkemenin uzun yıllara dayanan içtihatlarıyla geliştirdiği ve çerçevesini oluşturmaya başladığı bu yükümlülük, devletlere belli bir yönde pozitif olarak adım atmasını, önlem almasını ve pratik olarak uygulamasını gerektirdiğinden kapsamı itibariyle negatif yükümlülüğe göre daha geniş olduğu söylenebilir. Devletin pozitif yükümlülüğü çok farklı alanlarda kendini gösterdiğinden bünyesinde bir belirsizlik de taşımaktadır.

### **6.1. Bireylerin Diğer Bireylere Karşı Korunması**

Diğer bireyler tarafından öldürülen bireylerin yakınlarının, devletin öldürülenleri koruması gerekmesine rağmen bunu yerine getirmediği gerekçesiyle yaptıkları başvurular bulunmaktadır.<sup>67</sup> Devletin korumamasına ilişkin bu tür iddialarda iki temel adım vardır. Bunlardan birincisi, devletin toplumda yaşayan her bir bireye özgü güvenlik sağlamanın olanaksızlığıdır.

---

<sup>66</sup> Danıştay 15. Dairesi, E:2011/9634, K:2012/1341, 21 Mart 2012.

<sup>67</sup> Devletin bireylerden gelen tehlikelere karşı temel hak ve özgürlükleri koruma yükümlülüğünün pozitif dayanağını Sözleşmenin 1. maddesi ile 17. maddesi oluşturmaktadır.

Başka bir ifadeyle genel güvenlik hizmetlerinin yanında her bir bireyi tehlikelere karşı korumak için özel önlem alınması mümkün değildir. İkincisi ise, devletin gerçekten özel bir tehlike altında olanları korumaya yönelik önleminin olmaması halinde, güvenlik konusunda devletin üstlendiği görevi ihmal ettiğinin açık olmasıdır. İşte, bir bireyden ya da birey grubundan diğerine ya da diğerlerine yönelen tehlikelerin giderilmesine yönelik olan devlet yükümlülüğünün bu iki uç nokta arasında olması gerekir.

Bu konunun tartışıldığı ilk başvurulardan birisi *Osman*'dır. Başvuranın kocası, oğlunun öğretmeni tarafından öldürülmüştür. Oğlu ise aynı olaydan ağır yaralı olarak kurtulmuştur. Başvurunun konusu, kamu otoritesinin bir birey tarafından yaşam hakkına yönelen tehlikenin giderilmesi konusundaki ihmaldir. Konuyu değerlendiren Mahkemeye göre, devletin yükümlülüğü sadece yaşam hakkını ihlal etmekten imtina etmek ile sınırlı değildir; aynı zamanda yaşam hakkını koruyacak adımların atılması da gerekmektedir. Pozitif yükümlülüğün bir gereği olarak belli durumlarda yaşam hakkının başka bireylere karşı korunması da devletin yükümlülüğünde bulunmaktadır.<sup>68</sup>

Bununla birlikte Mahkemeye göre, modern toplumlarda bireylerin korunmasının zorluğunu göz önüne almak suretiyle bu yöndeki pozitif yükümlülüğün devletlere katlanılması zor bir külfet doğurmaması gerekir. Bu bakımdan, bireylere yönelen tüm tehlikeler devlet için önleyici tedbir alma zorunluluğunu doğurmaz. Mahkemeye göre, devletin bir tehlike nedeniyle önleyici ve durdurucu nitelikte tedbirlerin alınması konusunda sorumluluğunun olabilmesi için yaşam hakkını ihlal edeceği bilinen ya da bilinmesi gereken gerçek ve aktüel bir tehlikenin, gerekli tedbirlerin alınması suretiyle önlenilecek iken önlenmemesi gerekir. Ancak bu durumun gerçekleşip gerçekleşmediğine, her bir olayda, maddi durum tek tek değerlendirilmek suretiyle karar verilebilir.<sup>69</sup> Anılan ölçütlerin gerçekleşmesi halinde, güvenlik hizmetinin sunulmasında bir kusur olduğu kabul edilerek idari yargıda tam yargı davası ile tazmin edilmesi gerekir.

Bu genel ilkeler ışığında yaptığı değerlendirmede Mahkeme, taraflar arasındaki husumetin daha önce şikâyet yoluyla polise taşındığını tespit etmişse de, öğretmenin psikolojik rahatsızlığı olduğunun sonradan anlaşılması ve öldürme niyetinin hiçbir durumda açığa çıkmaması nedeniyle polisin detaylı bir inceleme yapmamasının ya da ev araması veya tutuklama yoluna

<sup>68</sup> *Osman/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 23452/94, 28 Ekim 1998, p. 115.

<sup>69</sup> *Osman/Birleşik Krallık*, p. 116.

gitmemesinin koruma görevinin ihmali olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>70</sup>

Türkiye ile ilgili olarak verilen bir kararında da pozitif yükümlülüğün kapsamı ortaya konulmuştur. Öğretmen olarak görev yapan ve sendika yöneticisi olan şahsın görev yaptığı okula giderken uğradığı silahlı saldırı sonrasında ölmesi üzerine olayın devlet görevlileri tarafından yapıldığına ilişkin iddiayı inceleyen Mahkeme, ulaşılan ve sunulan delillerden ölümün devlet tarafından işlendiğine ilişkin makul şüphenin ötesinde bulgu olmadığından bahisle bu yöndeki iddiaya itibar etmemiştir. Ancak anılan ölçütler uyarınca devletin şahsı koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edilip edilmediği değerlendirilmesinde bulunmuştur. Anılan kararda, ölen şahsın ve yine öğretmen olan eşinin sıklıkla telefonda öldürülecekleri yönünde tehdit almaları, sendika faaliyetleri nedeniyle idare ile sorunlar yaşamaları, aldıkları ölüm tehditlerinin savcılığa bildirilmesine rağmen herhangi bir önlemin alınmaması ve o dönemde Kürtlerle ilgili faili meçhul cinayetlerin sık sık tekrarlanması dikkate alındığında devletin bilmesi gereken tehlike karşısında ölenin korunmadığı sonucuna varılmıştır.<sup>71</sup>

## **6.2. Küçüklerin Korunması**

Devletin koruma yükümlülüğü ile ilgili olarak ele alınan bir diğer konu, kendilerini koruma yetisinden kısmen ya da tamamen uzak olan çocukların korunması konusudur. Mahkeme çocukların yaşam hakkının korunması konusunda devlete düşen yükümlülüğün daha ağır olduğunu kabul etmektedir. Bu kapsamda, Mahkeme önüne gelen küçüklerin başında öğrenciler gelmektedir. Bu konudaki önemli kararlardan biri ortaokula giden bir öğrencinin öldürülmesi olayıdır.<sup>72</sup> Ölen, yanında öğrenci olmayan başka arkadaşlarıyla okuduğu okulun hemen yanında bir öğrenci grubu ile tartışmıştır. Bu tartışma sonrasında öldüren öğrenci itilip kakılmanın etkisiyle yalan söyleyerek girmesine göz yumulan okul mutfağından bir bıçak almış ve bu bıçak ile yine okul dışında öğrenci arkadaşını öldürmüştür. Yapılan ceza yargılaması sonrasında, adam öldürmekten dolayı mahkûmiyet cezası verilmiştir. İdare mahkemesinde açılan davada ise, mahkeme oyçokluğuyla tazminat davasını reddetmiş ve bu kararı Danıştay onamıştır. Ölenin yakınları, yatılı olan okulun güvenliğinin sağlanmaması (ders vakti olmasa bile),

<sup>70</sup> *Osman/Birleşik Krallık*. Bu konuda verilen bir başka karar için bkz. *Paul ve Audrey/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 26277/99, 14 Mart 2002.

<sup>71</sup> *Akkoç/Türkiye*, AİHM, No. 22947/93, 22948/93, 10 Ekim 2000, p. 82-94.

<sup>72</sup> *Kayak/Türkiye*.

okul mutfağından bıçak alınması ve öldürenin mevzuata göre okula devam etmemesi gereken bir yaşta olmasına rağmen okul ile ilişkisinin kesilmemesi gerekçeleriyle idarenin kusurlu olduğunu ileri sürmüştür. Devlet ise, Mahkemenin yerleşik içtihadına göre ölenin gerçek ve aktüel bir risk altında olduğuna ilişkin bir verinin olmadığı, bu nedenle idarenin ölüm olayında bir kusurunun bulunmadığı, olayın okul dışında ve tamamen tarafların inisiyatifini geliştirdiğini savunmuştur.

Mahkemeye göre, gerçek ve aktüel bir tehlikenin burada önceden bilinemediği, bu nedenle idarenin sorumlu tutulmadığı, yaşının büyük olmasına rağmen okul ile ilişkisinin kesilmemesi ile ölüm arasında bir illiyet bağı bulunmadığı açık ise de, öğrencilerin korunması konusunda daha itinalı davranılması gerektiği, öğrencilerin öğrenci olmayanlar tarafından tehdit edildiklerine ilişkin farklı tespitlere rağmen çıkışta gerekli önlemin alınmadığı, okul bahçesinin sürekli denetlenmesi gerektiğine ilişkin talimata rağmen güvenliğin tam olarak sağlanamadığı ve öğrencinin okuldan temin ettiği bıçak ile ölüm olayına neden olduğu dikkate alındığında öğrencinin yaşamının korunması adına gerekli olan pozitif yükümlülüğün yerine getirilemediği sonucuna varılmıştır.<sup>73</sup>

Öğrencilerle ilgili bir başka başvuru ise, öğrencinin koruma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonrasında ölmesi ile ilgilidir. Olayda, yoğun kar yağışı nedeniyle okullar planlanandan bir gün önce idari tatile çıkmıştır. O gün yedi yaşında olan ölen, okulların tatil olduğundan haberi olmaksızın kendisini alan belediye otobüsü ile okula gelmiştir. Okulda karneler dağıtıldıktan sonra normal süresini beklemeden tatile ayrılmışlardır. Öğrenci dört kilometre uzakta olan evine, belediye otobüsü gelmediği için fırtınada yürüyerek gitmeye çalışmıştır. Öğrenci soğuktan donarak ölmüş ve cesedi ertesi gün bir dere kenarında bulunmuştur. Konuyla ilgili olarak idare tarafından yapılan soruşturma sonucunda, her sabah yedi öğrenciyi alan ve akşam saatinde tekrar öğrencileri bırakan belediye otobüsüne o gün öğrencilerin öğlen saatlerinde dağılacağı haberini vermeyen müdür yardımcısı kusurlu bulunmuştur.

Bunun üzerine idarenin ölüm olayında kusurlu davrandığından bahisle idare mahkemesinde adli yardım istemli olarak tazminat davası açılmıştır. İdare mahkemesinin istemi üzerine davacılar, kamu otoritelerinden aldığı belgelerle mali yoksunluk halinde olduklarını ispatlamaya çalışmışlardır.

---

<sup>73</sup> Kayak/Türkiye, p. 61-66.

Bununla birlikte mahkeme herhangi bir gerekçe göstermeden adli yardım istemini reddetmiş ve istenen harcın yatırılmaması nedeniyle dosya kapatılmıştır. Ceza yargılamasında da olay trajik bir şekilde yürümüştür. Önce 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni verilmemiş, itirazı bölge idare mahkemesi tarafından kaldırılmış, yargılamada ceza mahkemesi beraat kararı vermiş, Yargıtay işin esasına girmeden yapılan bir duruşmada kâtibin tutanakta imzasının olmadığını gerekçe göstererek beraat kararını usulden bozmuş, eksiklik giderildikten sonra tekrar beraat kararı verilmiş ve dosya karar vaktinde halen kesinleşmemiştir.

Mahkeme, bir genel ilke olarak öğrenciler gibi savunmasız bireylerin yaşam hakkının korunması konusunda devletin pozitif yükümlülüklerinin daha geniş olduğuna vurgu yapmıştır. Mahkeme, idari yargılamada bu kadar önemli ve fakir olduğu anlaşılan kişinin başvurusunun reddedilmesi suretiyle tazminat yolunun kapatılmasını ve aradan sekiz yıl geçmesine rağmen ceza davasının halen karara bağlanamamış olmasını değerlendirmek suretiyle yedi yaşındaki bir çocuğun korunması konusunda özensiz davranıldığı sonucuna varmıştır.<sup>74</sup>

Çocukların yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün pekiştiği bir diğer örnek de *Paşa ve Erkan Erol* başvurusudur.<sup>75</sup> Tunceli'nin bir köyünde, askeri karakolun korunması amacıyla mera olan bölgeye yerleştirilen, etrafı tel örgülerle çevrilen, uyarı levhaları konulan ve bu yönde karakol tarafından bilgilendirmeleri yapılan alana, dokuz yaşındaki başvuru otlatıldığı hayvanlarının peşinden girmiş ve kısmen görünen mayını toprak altından çıkarmak isterken mayın patlamış ve yaşamına protezle devam etmek zorunluluğu doğuracak şekilde yaralanmıştır. Ceza davası açılmamasına rağmen idare mahkemesinde açılan davada, köylülerin yeterli bir şekilde defalarca uyarıldığı, mayınlı bölgenin tel örgü ile çevrildiği ve uyarı levhaları asıldığı, buna rağmen önlemler aşılarak alana girilip mayın ile uğraşıldığı ve babası mayınlı arazi hakkında köyde yaşayanları bilgilendiren muhtar olan çocuğun yaralanmasında ebeveynin gözetim eksikliği olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Danıştay da, bu konuda hizmet kusuru bulunmadığı, kusursuz sorumluluktan da bahsedilemeyeceği gerekçesiyle mahkeme kararını onamıştır. Ancak Mahkemece, bu alanın hayvanların otlatıldığı ve köy yaşamının yoğun olarak sürdüğü mera alanı olduğu, çocukların büyükler gibi anılan önlemleri kavramalarının mümkün olmadığı, anılan yerde birbirinden

<sup>74</sup> *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu/Türkiye*, AİHM, No. 19986/06, 10 Nisan 2012.

<sup>75</sup> *Paşa ve Erkan Erol/Türkiye*, AİHM, No. 51358/99, 10 Temmuz 2012.

uzak iki sıra tel örgüsü ve levhaların güvenliği önleme adına yetersiz olduğu gerekçesiyle küçüklerin yaşam hakkı kapsamında pozitif yükümlülüğün gereklerinin yerine getirilmediğine karar verilmiştir.<sup>76</sup>

Böylece Mahkeme, idari yargıda uygulaması olan yetişkin bireyler için müterafik kusur olarak kabul edilebilecek bağı, çocuklar yönünden sorumluluktan kurtulma nedeni olarak kabul etmemiştir. Bu duruma göre kanaatimizce, idari yargıda idarenin kusura dayalı sorumluluk şartlarının yeniden değerlendirilmesi gerektirmektedir.

### **6.3. Özgürlüğünden Mahrum Bırakılanların Yaşam Hakkının Korunması**

Yeterli önlemlerin alınmaması halinde, devletin hukuka aykırı güç kullanımının üzerinin örtülmesi ve delillerinin karartılması, özellikle bunun kapalı kapılar ardında gerçekleşmesi durumunda, çok kolaydır.<sup>77</sup> Özgürlüğünden mahrum bırakılan grubun başında gözaltına alınanlar bulunmaktadır. Mahkeme, gözaltında olanları toplumun öncelikle korunması gereken kesimlerinden biri kapsamında görmektedir. Özellikle korunması gereken grup kapsamında olduklarından gözaltındakilerin yaşam hakkının korunması için pozitif yükümlülük daha da ağırlaşmaktadır. Devletler özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere ilişkin azami özeni göstermekle yükümlüdür.<sup>78</sup> Dolayısıyla sağlıklı olarak gözaltına alınan kişilerin bedensel olarak zarar görmeleri halinde, bedensel zararın nasıl meydana geldiği konusunda inandırıcı bir açıklama yapma yükümlülüğünün devletin görevi olduğu yönünde yerleşmiş bir içtihat vardır.<sup>79</sup> Bundan hareketle Mahkeme, gözaltına alma olayı kamu otoritesinin bilgisi dâhilinde cereyan ettiğinden, yaralanma ve ölümün gözaltı sırasında oluştuğunu kabul eder. Gerçekten, bu tür durumlarda kamu otoritesinin ikna edici ve tatminkâr bir açıklama yükümlülüğü altında olduğu kabul edilir.<sup>80</sup>

*Salman* davası bu yönde verilen önemli kararlardan biridir. Başvurucunun kocası terör örgütüne yardım ve yataklık yaptığı gerekçesiyle gözaltına alınmış, bir gün sonra fenalaştığı için hastaneye kaldırılmış ve orada

<sup>76</sup> *Paşa ve Erkan Erol/Türkiye*, p. 33-38.

<sup>77</sup> White, Ovey, **a.g.e.**, s. 147.

<sup>78</sup> Cengiz, **a.g.m.**, s. 389.

<sup>79</sup> *Salman/Türkiye*, AIHM, No. 21986/93, 27 Haziran 2000, p. 99.

<sup>80</sup> *Salman/Türkiye*, p. 100; Yaşam hakkı ihlalden kurtulabilmek için makul bir açıklamanın yeterli olduğuna ilişkin açıklama için bkz. Cengiz Başak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlali", **AÜHFĐ**, cilt 51, sayı 4, 2002, s. 45.

yaşamını yitirmiştir. Başvurucu, göğüste yer alan yaralar, kırık kaburgalar ve ayakaltında yer alan morluklar nedeniyle ölümün meydana geldiğini, devlet ise ölümün doğal kalp krizinden olduğunu savunmuştur. Gözaltında ölenlerle ilgili olarak ispat külfeti karşı tarafa, yani devlete geçtiği gerçeğinden hareketle Mahkeme yaptığı değerlendirmede, öncelikle ölenin iyi bir sağlık durumu içinde gözaltına alındığını ve daha önce herhangi bir rahatsızlığının olmadığını vurgulamıştır. Yine devletin ölenin vücudunun değişik yerlerinde yer alan morluk, darbe ve kırıkların gerekçesini ikna edici bir şekilde ortaya koyamadığını belirtmiştir. Mahkeme bu nedenle yaralanmaların ölenin gözaltına alınması sırasında yaşandığı, kaburga kırıklarının ise ölene uygulanan kalp mesajından kaynaklandığı savunmasına itibar etmemiştir.<sup>81</sup>

Sözleşmenin 2. maddesi, gözaltına alınanın açık olmadığı hallerde de gündeme gelmektedir. Bu tür olaylarda genellikle gözaltına alma olayı kanıtlanamamış, ancak sonuçta ilgili öldürülmüş ya da kaybolmuştur. Kamu görevlilerinin gözaltına alma sırasında ve sonrasında öldürme ya da kayıp olaylarına karıştıkları yönünde delilin bulunması halinde, devletin yaşam hakkını ihlal ettiği kabul edilir. Bu halde idarenin kusursuz sorumluluğundan değil, hizmet kusuruna dayalı sorumluluğundan bahsedilir.

Mahkeme, kayıp kişi nedeniyle devletin yaşam hakkından sorumluluğunu *Timurtaş* başvurusunda tartışmıştır. Başvurana göre, oğlu bir köye yakın bir bölgede birkaç kişiyle birlikte gözaltına alınmış, diğerleri bir şekilde serbest bırakılmasına rağmen oğlundan bir daha haber alınamamıştır. Devlet savunmasında, başvuranın oğlunun gözaltına alındığı iddiasının doğru olmadığı savunmuştur.<sup>82</sup> Mahkeme öncelikle altı yıl altı aydan beri kendisinden haber alınamayan şahsın ölmüş olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin sorunu değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, Sözleşmenin 5. maddesine göre, gözaltına alınan ve böylece devletin otoritesi altına girenlerin nerede olduklarına ilişkin devletin hesap verme yükümlülüğü vardır. Kamu otoritelerinin gözaltına alınanların akıbetleri konusunda mantıklı açıklama getiremediği durumlarda ve cesedin yokluğu halinde, olayın koşullarına, özellikle olayla ilgili delillerin varlığı, sabit hususlara bağlı olarak yeterli delil seviyesine ulaşıldığında gözaltına alınanın öldüğü farz edilebilmelidir. Şahsın aradan geçen süre ve elde edilen deliller dikkate alındığında ölmüş olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.<sup>83</sup> Yine *Ertak* başvurusunda

---

<sup>81</sup> *Salman ve Türkiye*.

<sup>82</sup> *Timurtaş/Türkiye*, AİHM, No. 23531/94, 13 Haziran 2000, p. 15-22.

<sup>83</sup> *Timurtaş/Türkiye*, p. 82.



olduğu gibi tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde gözaltına alındığı ve öldüğü sonucuna varılan şahsın kamu görevlileri tarafından öldürüldüğü ve yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.<sup>84</sup>

Bununla birlikte, gözaltına alma ve devletin sorumluluğunun varlığını başvuru ortaya koymak durumundadır. Mahkemenin, gözaltına alındıktan sonra kaybolma olaylarında başvuruculara kanıtlanma yükümlülüğünü yüklemesi problemlidir. Öncelikle Mahkeme kaybolma davalarında delillendirmenin zorluğunu dikkate almamaktadır. Mahkemenin bu yaklaşımı bireysel haklara yetersiz bir güvence vermektedir. Yine, başvurucuya bu şekilde yüksek standartlı bir kanıtlanma yükümlülüğünün konulması, devletin kaybolma olayındaki sorumluluğunu irdelene olanağını kapatmaktadır. Son olarak, bu yaklaşım Mahkemenin kararları arasında bir tutarsızlık doğmasına da neden olmaktadır.<sup>85</sup>

Devletin doğrudan kendi yönetimi altında olan tutuklu ve hükümlülerin yaşam haklarını koruması da pozitif yükümlülüğünün bir gereğini oluşturmaktadır. Mahkeme, hapisanede bulunanların hassas bir durumda olduklarını ve kamu otoritesinin bunları koruma görevi olduğunu vurgulamaktadır. Devlet, hapisanede yaşanan her türlü faaliyetlerden sorumlu olup bu sorumluluk özellikle bireylerin öldükleri davalarda daha katıdır.<sup>86</sup> Devletin bu durumdaki bireyleri özellikle intihara karşı korumak için neler yapması gerektiği, bu konudaki yükümlülüğünün nereye kadar gidebileceği Mahkeme tarafından her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmektedir.<sup>87</sup> Mahkeme, Sözleşmenin 2. maddesinin değerlendirilmesi kapsamında, bireyin intihar edeceği konusunda gerçek ve aktüel bir riskin varlığının bilinip bilinmediği ve varsa bu riskin önlenmesi için gerekenlerin tümünün yapıp yapılmadığını irdeler.<sup>88</sup>

Türkiye ile ilgili bir başvuruda, cezaevinde hükümlü bulunan başvuranın, açlık grevinin sonlandırılması amacıyla yapılan müdahale sonrasında ciddi ve kalıcı bir şekilde yaralanmasıyla sonuçlanan operasyonun yaşam hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür.<sup>89</sup> Mahkeme, müdahale için gereken mutlak zorunlu

---

<sup>84</sup> *Timurtaş/Türkiye*, p. 85-86.

<sup>85</sup> Irum Taqi, "Adjudicating Disappearance Cases In Turkey: An Argument For Adopting the Inter-American Court Of Human Rights 'Approach'", *Fordham International Law Journal*, cilt 24, 2001, s. 981.

<sup>86</sup> *Keenan/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 27229/95, 3 Nisan 2001, p. 91.

<sup>87</sup> Korff, *a.g.e.*, s. 74.

<sup>88</sup> *Keenan ve Birleşik Krallık*, p. 93-102.

<sup>89</sup> *Düzova/Türkiye*, AİHM, No. 40310/06, 5 Haziran 2010.

olma şartının somut olayda gerçekleşmediğini, özellikle devletin idaresi altında bulunan cezaevine yapılan bu operasyonun gerekçesinin tam olarak açıklanamadığını, düzensizliğin baş göstermesinde devletin de ihmalinin olduğunu ve başvuranın silahla vurulmasını gerektirecek şekilde isyancılar arasında yer aldığı ortaya konulmadığını gerekçe göstererek Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>90</sup> Böylece Mahkeme, cezaevleri konusunda devletin pozitif yükümlülüğünün çok geniş olduğunu ortaya koymuştur. Cezaevlerinin güvenliğinin temini konusunda gerekli tedbirler alınmasına rağmen güvensiz bir ortam oluşmuşsa, ancak bu halde ve sadece neden olanlara orantılı bir güç kullanılmasına olanak sunulmaktadır.

Buna karşın, cezaevlerinde başlayan direnme nedeniyle kamu güvenliğinin tesisi amacıyla başlatılan operasyon kapsamında ölümlerin meydana gelmesi olayında idare mahkemesi, yaşam hakkının Anayasayla teminat altına alınmış en temel kişisel hak olduğu, olayda mahkûmların güvenlik güçlerine saldırırken kullandıkları her türlü silahın mahkûmlarca temini ile mahkûmların kolaylıkla bir araya gelip isyan başlatabilmiş olmaları konusunda yeterli tedbirleri almayarak tutuklu ve mahkûmların bazılarının yaşamlarını yitirmesinde idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle tazminat isteminin kabulü yönünde karar vermiştir. Danıştay, cezaevinde asayiş ve disiplinin sağlanması amacıyla yapılan operasyonun hizmetin işleyişinde kusur olarak kabul edilemeyeceği, şahsın kendi kusurunun illiyet bağıını kesen bir neden olduğu ve olaya katılanlar hakkında adam öldürme iddiasıyla açılan davaların halen devam ettiği gerekçesiyle hizmet kusuru bulunmayan müdahale nedeniyle mahkeme kararını bozmuştur.<sup>91</sup> Danıştay kararında cezaevinde bulunanların idarenin yakın ve etkin gözetiminde bulunması ile kırılğan bir durumda bulunmaları hususuna herhangi bir vurgu bulunmamaktadır.

Mahkemeye göre, cezaevlerinde olanların sağlık hizmetlerinden yararlandırılmaları ayrıca önem arz eden bir durumdur. Buna göre, devletin bütünüyle idaresi altında bulunan kişilere gerekli tıbbi desteğin sağlanmaması yaşam hakkının ihlali olarak kendini gösterebilir. Mahkeme *Huytu* kararında, cezaevinde bulunanların yaşam hakkının korunması yükümlülüğünün bunlara sağlık hizmeti sunma ve ölmemelerini sağlayacak tedbirleri almayı da içerdiğini belirtmiştir.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> *Düzova/Türkiye*, p. 90-93.

<sup>91</sup> Danıştay 10. Daire, E: 2006/4154, K: 2008/9568, 30.12.2008.

<sup>92</sup> Bir olayda Mahkeme, şahsın Mart 1998'de başlayarak şiddetli baş ağrısı çekmeye başladığı, cezaevi doktorunun migren teşhisi koyduğu, ağrılarının sürekli artması üzerine zaman zaman ilgilinin Çankırı Devlet Hastanesine götürüldüğü, kendisine ağrı kesici verildiği, deva-

Hükümlülerin durumuyla ilgili bir başka başvuru olan *Çoşalev*'de ise, devletin cezaevinde intihar eğilimi olanlar nedeniyle pozitif yükümlülüğünün kapsamı tartışılmıştır. Olayda, başvuruçuların reşit olmayan oğlu cezaevi çocuk koğuşunun avlusunda kendisini asmak istemiş, ancak memurlar tarafından müdahale edilerek kurtarılmıştır. İlgili kısa bir süre sonra aşırı dozda ilaç kullanmak suretiyle tekrar intihara teşebbüs etmiş ve yine farkına varılarak kurtarılmıştır. Bunun üzerine bir başka ile nakledilmiştir. Yeni yerde de intihar eğilimi olduğu yönetim tarafından gözlemlenmiştir. İlgili farklı zamanlarda üç kez cezaevi idaresi ile görüşerek başka bir yere nakledilmek istemiş ve koğuş arkadaşları ile anlaşamadığını ifade etmiştir. En son görevlilere saldırmış, kendini yaralamış ve revire kaldırılmıştır. Tek başına hücreye yerleştirildikten sonra aynı gün çarşafı ile kendini asarak intihar etmiştir. Olay nedeniyle idare mahkemesinde açılan davada, idarenin şahsın kendi şahsi problemleri nedeniyle intihar etmesinden dolayı sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir.

Danıştay, cezaevi idaresinin intihara eğilimi olan şahsın korunması konusunda ihmali olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur. Strazburg Mahkemesi, psikolojik durumu gittikçe kötüleşen ölenin yakın gözetim altında tutulmasının yetmeyeceği, kendisine aynı zamanda psikolojik tedavi verilmesi gerektiği gerekçesiyle yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>93</sup> Buna göre, hükümlüde intihar niyeti varsa gerekli önlemleri almak ve örneğin gün boyunca gözetim altında tutmak zorunluluğu devletin yükümlülüğüdür.<sup>94</sup>

mında artık beslenemez duruma geldiği ve kriz halleri yaşadığı, bu halde iken bilinç kaybı yaşadığı, Şubat 1999'dan itibaren ise tamamen yatağa bağlı hale geldiği, bazen diğer koğuş arkadaşları tarafından kendisine ağrı kesici iğne yapıldığı, 6 Şubat 1999 tarihinde durumunun daha da ağırlaşması üzerine Çankırı Devlet Hastanesine götürüldüğü ve yine ağrı kesici verildiği, ancak bir başka bölümden Ankara Devlet Hastanesi Hematoloji bölümüne sevk edildiği, sevk saat 2.40'ta yapıldığı, cezaevi müdürünün ise saat 4:00'te onay verdiği ve zırhlı araçla Ankara'ya getirildiği ve şahsın 6:30'da öldüğünü tespit etmiştir. Mahkeme, ölenin ciddi bir rahatsızlığı olduğunun idare tarafından bilinmesinin olanaklı olduğu, buna rağmen hastalığın teşhis ve tedavi edilmesi konusunda gerekli özenin gösterilmediği ve acil halde bile hastanın zırhlı araç ile Ankara'ya getirilmesinin konuya bakışlarını gösterdiği gerekçesiyle mahpusun sağlığının korunması adına gerekli pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediğini karara bağlamıştır. Bkz. *Huyulu/Türkiye*, AİHM, No. 52955/99, 16 Kasım 2006. Bir kararında Danıştay yapılan muayene sonucunda antero septal iskemi ve kroner yetmezliği tanısı ile tıp fakültesine sevk edilen hastanın ambulans yerine kendi imkânlarıyla yaya olarak ayrılmasına izin verilmesi sonrasında yarım saat sonra kalp krizi geçirerek ölmesi olayını bir hizmet kusuru olarak değerlendirmiştir. Bkz. Danıştay 10. Daire, E:2006/4794, K:2009/1148, 18 Şubat 2009.

<sup>93</sup> *Çoşalev/Türkiye*.

<sup>94</sup> M. Sezgin Tanrikulu, "İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı", *TBB Dergisi*, sayı 66, 2006, s. 57.

Mahkemenin, Danıştay tarafından bozma kararı verilmesine rağmen, adli yargıda ceza yargılamasında yaşam hakkının korunmamasını göz önünde bulundurarak ihlal kararı verdiği anlaşılmaktadır.

#### **6.4. Çevre Kapsamında Yaşam Hakkının Korunması**

Çevre ve şehircilik ile ilgili pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen ölümler, yaşam hakkının ihlalidir. Bu bakımdan, idari yargı yerlerinde iptal davaları ile idari işlemlerin, tam yargı davaları ile de idari eylemlerin yaşam hakkına uygunluğunun incelenmesi gerekir. Yaşam hakkı da dâhil olmak üzere Sözleşmede güvence altına alınan bireysel hakları doğrudan etkilediği ileri sürülen çevre meseleleriyle ilgili Mahkemeye bir dizi başvuru yapılmıştır.

Bu konuda verilen kararların başında *Öneriyıldız* gelmektedir. Başvuran olay tarihinde bir gecekonuda akrabalarıyla birlikte yaşamaktaydı. Bu alan uzun zamandan beri dört belediyenin vahşi çöplük alanı olarak kullanılmaktaydı. Anılan alanda, metan gazı sıkışması olduğu ve bunun tahliyesine ilişkin hiçbir önlemin alınmadığı uzman raporlarına da bağlanmıştı. Belediyeler arasında önlemin alınması konusunda sorumluluğun kime ait olduğu konusundaki tartışmalar devam etmekteyken patlama olmuş, evler yığının altında kalmış ve başvuranın bazı yakın akrabaları da yaşamını yitirmişti.<sup>95</sup>

Mahkemeye göre, Sözleşmenin 2. maddesi gereğince yaşam hakkını tehlike altına sokan her türlü riske karşı caydırıcı idari yapının oluşturulması ve insan yaşamına potansiyel risk oluşturan tehlikeli faaliyetlerle ilgili düzenlemelere gidilmesi özel bir öneme sahiptir. Gerekliğinde devlet bu alanlarda ruhsatlandırma yapmalı, bu nitelikteki faaliyetleri denetlemeli, güvenliği sağlamalı ve risklere karşı tehlike içinde olanları korumak amacıyla herkesi pratik önlemleri almaya zorlamalıdır.<sup>96</sup>

Olayda, bu bölgede yaşayan insanların gerçek ve yakın bir tehlikeye maruz kaldıklarının devlet tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği açık olduğundan gerekli adımların atılmadığına ve önlemlerin alınmadığına karar verilmiştir. Burada gecekonduların tahliyesine gidilmediği gibi sakinlere kamu hizmetinin sunulmasına ve onlardan vergi tahsil edilmesine de devam edilmiştir. Sonuç olarak, çevre ve kentçilik konularında takdir yetkisi geniş olmakla birlikte devletin, var olan tehlikeyi giderme konusunda gerek mevzuat gerekse idari işbirliği ve koordinasyon anlamında etkin bir sistem kurmadığı,

<sup>95</sup> *Öneriyıldız/Türkiye*.

<sup>96</sup> *Öneriyıldız/Türkiye*, p. 89-90.

imar ve şehircilikte zayıf kaldığı ve gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle yaşam hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir.<sup>97</sup>

Bu karar, çevre ile ilgili düzenlemeleri ile planlama ve kontrol sistemleri zayıf olan devletlere bir uyarıdır. Atık alanları gibi çevre ile ilgili konularda Avrupa standartlarında düzenleme yapılmaması, yaşam hakkının hukuk tarafından korunması yükümlülüğünün yerine getirilmediği şeklinde algılanır. Hukuki alanda bu standartların kabul edilmesi de tek başına yeterli değildir. Düzenlemelerin uygulamada katı bir şekilde hayata geçirilmesi ve bunlara uyulmaması halinde etkin bir hesap sorma ve gerekirse cezalandırma yoluna gidilmesi de gerekir.<sup>98</sup>

Tehlikeli alanlarda yaşamalarına izin verilmesi, devletin tehlikeli durumdan haberi olması ve ölümlerin fiilen meydana gelmesi nedeniyle *Öneryıldız* kendine özgü özelliği olan bir karardır.<sup>99</sup> Bu örneğe rağmen Mahkeme, yaygın olarak çevrenin insan yaşamı üzerinde yaratmış olduğu etkiyi 2. maddeden ziyade 8. madde altında ele almaktadır.<sup>100</sup>

### **6.5. Sağlık Hizmetinde Yaşamın Korunması**

Birçok başvuruda ölüm ile sonuçlanan tıbbi hatanın farklı yönlerden devletin sorumluluğunu gerektirdiği ileri sürülmüştür. Sağlık hizmetinde yaşam hakkının korunmasına yönelik hukuki ve idari yapının kurulması bir zorunluluk olmakla birlikte, sunulan hizmetin kalitesi anlamında bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu kapsamda, sağlık güvencesi olan bir şahsın kullandığı ilaçların bedelinin bir kısmının kendisi tarafından ödenmesi zorunluluğunun yaşam hakkını ihlal ettiğine ilişkin başvuru, sağlık hizmetinin mali kaynaklara bağlı olması nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.<sup>101</sup>

Mahkemeye göre, yaşam hakkının korunmasına ilişkin devletin pozitif yükümlülüğü hastanelerde hastaların hayatlarının korunmasına ilişkin düzenleme yapılması zorunluluğunu ve yaşanan ölüm olayları dolayısıyla uygulayıcıların sorumluluğunu gerektiren etkili yargısal sistemin kurulmasını

---

<sup>97</sup> *Öneryıldız/Türkiye*, p. 97-110.

<sup>98</sup> Korff, **a.g.e.**, s. 66.

<sup>99</sup> Svitlana Kravchenko, John E. Bonine, “*Interpretation of Human Rights for The Protection of the Environment in the European Court of Human Rights*”, **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, cilt 25, 2012, s. 280.

<sup>100</sup> Cengiz, **a.g.m.**, s. 395.

<sup>101</sup> *Nitecki/Polonya*, AİHM, No. 65653/1, 21 Mart 2002.

içerir.<sup>102</sup> Bu bakımdan, yaşamın korunmasına ilişkin pozitif düzenleme olması sağlık hizmetleri bakımından da geçerlidir.<sup>103</sup> Böylece Mahkemeye göre, kamu ya da özel hastaneleri, hastaların hayatını kurtarmak için tedbirler almaya zorlayacak düzenleyici bir rejim öngörülmalıdır.<sup>104</sup> Bununla birlikte, devletin sağlık çalışanları yönünden gerekli mesleki standardı sağlaması ve hizmet alanların yaşamlarının korunması yönünde yeterli düzenlemeleri yapması durumunda, tıbbi bir konuda sağlık çalışanlarının değerlendirme hatası ya da ihmalleri pozitif yükümlülüğünün gereklerinin yerine getirilmemesi olarak kabul edilemez.<sup>105</sup>

Yaşam hakkının veya bedensel bütünlüğün ihlali kasıtlı değilse, 2. maddeden kaynaklanan etkin bir yargı sistemi kurma biçimindeki olumlu yükümlülük, her zaman bir ceza davası olarak anlaşılmayabilir. Yargı sistemi ilgililere, doktorların sorumluluklarının tespiti ve varsa, tazminat ödenmesi ve kararın ilan edilmesi gibi özel hukuk yaptırımlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla ceza mahkemeleri önünde tek başına ya da birlikte dava açma imkânının yanında hukuk mahkemeleri önünde dava açma imkânı verilmesi şeklinde de yerine getirilebilir. Disiplin önlemleri de, aynı zamanda öngörülebilir.<sup>106</sup>

Danıştay, sağlık hizmetinin sunumundan doğan sorumluluk konusunda Mahkemenin içtihadına yakın bir yaklaşıma sahiptir. Danıştay'a göre, Anayasanın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Bununla birlikte, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre bünyesinde risk taşıyan hizmetten yararlanan ilgililerin uğradıkları zararların tazmini, olayda idarenin ağır hizmet kusurunun belirlenmesi şartına bağlıdır. Dolayısıyla bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetini yürüten idarenin

---

<sup>102</sup> *Erikson/İtalya*, AIHM, No. 37900/97, 26 Ekim 1998.

<sup>103</sup> Korff, *a.g.e.*, s. 77.

<sup>104</sup> *Calvelli ve Ciglio/İtalya*, AIHM, No. 32967/96, 12 Ocak 2002, p. 49.

<sup>105</sup> Juliet Chevalier-Watts, "Effective Investigations Under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?", *European Journal of International Law*, cilt 21, sayı 3, 2010, s. 709.

<sup>106</sup> *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye*, p. 79-83.

hizmetten yararlanan ilgiliye karşı tazmin sorumluluğu, sadece hizmetin kusurlu işletilmesi halinde değil, ağır hizmet kusurunun saptanması halinde mümkündür.<sup>107</sup>

Daha yeni sayılacak bir kararında Mahkeme, sağlık hizmetinden dolayı yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Burada ölen şahıs hamileliğinin ileri safhasında olan biriydi. Ağrıları nedeniyle devlet hastanesine kaldırılan şahıs burada bir ebe tarafından muayenesi yapılmış ve doğum vaktinin henüz gelmediği gerekçesiyle hastaneye yatırılmamıştır. Ağrıların aynı şekilde devam etmesi üzerine farklı bir devlet hastanesine daha gidilmiş ve yine ebe tarafından muayene edilerek hekime görünmesine gerek görülmemiştir. Devamında yine aynı gün kamuya ait bir araştırma hastanesine gidilmiş ve kendisine ilaç yazılarak taburcu edilmiştir. Ancak ağrılarının şiddetlenerek artması üzerine bu kez üniversite hastanesine gidilmiş ve ceninin ölü olduğu anlaşılacak derhal ameliyata alınmasına karar verilmiş ve ameliyat için ücretin yatırılması istenmiştir. Ancak ücretin yatırılmaması üzerine hasta, kamuya ait bir kadın doğum hastanesine ambulans ile sevki sırasında ölmüştür.<sup>108</sup>

Mahkeme konu ile ilgili olarak yaptığı inceleme sonrasında acil tıbbi müdahaleye ücret yatırılmadan başlanmamasını eleştirmiştir.<sup>109</sup> Bu kapsamda, sağlık hizmetinin gösterdiği açık kusurun kurbanı olan ölen kişi, uygun tıbbi bakıma erişim hakkından mahrum bırakılmıştır. Bu tespit, Mahkemenin, devletin, ölen kişinin bedensel bütünlüğünü korumaya ilişkin ödevini ihlal ettiği sonucuna varması için yeterlidir. Mahkeme, Sözleşmenin 2. maddesinin maddi yönü bakımından ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır.<sup>110</sup>

Sağlık hizmeti ile ilgili olarak Danıştay'ın gündeme getirdiği temel konulardan biri hizmetin niteliğinin düşmesine neden olan düzenlemenin yaşam hakkının ihlali olduğuna dair örneklerdir. Danıştay, işçi emeklisi olan davacının, koroner arter hastalığı tedavisinde kullanılan ilaçlı stend bedelinin ödenmemesine ilişkin sağlık uygulama tebliğinde ilaçlı stend bedellerinin kamu tarafından ödenmeyeceği ibaresinin iptali istemiyle açılan davada, muayene ve tetkiklerden sonra, hastalığın tedavisinde kullanılması tıbben uygun görülen, kullanılması hastanın tercihine bırakılmayan ve hasta tarafından bedeli mukabilinde piyasadan temin edilen stend bedelinin

---

<sup>107</sup> Danıştay 15. Daire, E: 2013/145, K:2013/1103, 13 Şubat 2013.

<sup>108</sup> Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye, p. 6-10.

<sup>109</sup> Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye, p. 94.

<sup>110</sup> Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye, p. 94.



ödenmeyerek hastanın sağlık hizmetine erişim hakkının engellenmesinin ve hastanın ağır bir maddi yük altında bırakılmasının sağlıklı yaşam hakkı ve sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmadığına karar vermiştir.<sup>111</sup>

## 7. SORUŞTURMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sözleşmenin 2. maddesi uygulamasında devlete, yaşam hakkının korunmasına yönelik bazı usule ilişkin güvenceleri sağlama yükümlülüğü de verilmiştir. Burada yer alan yükümlülük bütünüyle 2. maddede yer alan negatif ve pozitif yükümlülüklerden farklı ve bağımsızdır.<sup>112</sup> Bu yükümlülük, yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialar hakkında etkin bir soruşturma yapılmasını gerektirmektedir.

Etkin soruşturma yapma yükümlülüğü olmasının temel nedeni bu hakkın korunmasına yönelik olan ulusal hukuk normlarının etkin bir şekilde uygulanmasını temin etmek ve ölüm olaylarının yaşandığı hallerde devlet görevlilerinin ve kurumlarının hesap verebilirliğini sağlamaktır.<sup>113</sup> Bu yükümlülük, olayın kamu idarelerinin bilgisine girmesi sonrasında soruşturma başlatılmasını gerektireceğinden, ayrıca kamu idarelerinin bir şikâyet yapılmasını beklemelerine gerek bulunmamaktadır.<sup>114</sup> Yine soruşturmanın etkinliği konusu her bir olayda ayrı ayrı değerlendirme yapılmak suretiyle takdir edilmektedir.<sup>115</sup>

Etkin bir soruşturmadan bahsedebilmek için öncelikle soruşturmayı yapan makamların bağımsız olmaları gerekmektedir. Bağımsızlıktan kast edilen adına hareket edilenin bağımsızlığı ile birlikte, bizzat soruşturmada yer alanların da bağımsızlığıdır. *Ergi* başvurusunda, yaşam hakkını ihlal ettiği ileri sürülen jandarma görevlileri tarafından toplanan deliller üzerinden yürütülen soruşturmanın yeterince bağımsız olmadığına karar verilmiştir.<sup>116</sup>

Yine, teori ve pratikte hesap verilebilirliği sağlamak için soruşturmanın ve sonuçlarının kamusal denetime açık olması gerekir.<sup>117</sup> Bu kapsamda, ölenin yakınlarının ve özellikle ailesinin soruşturmaya etkin olarak katılmasına, bilgi ve belge sunmasına ya da menfaatlerini korumasına izin verilmediği hallerde

---

<sup>111</sup> Danıştay 10. Daire, E: 2011/7, K:2011/337, 22 Haziran 2011.

<sup>112</sup> Korff, a.g.e., 36.

<sup>113</sup> *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, AİHM, No. 43577/98, 43579/98, 6 Temmuz 2005, p. 110.

<sup>114</sup> *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, p. 111.

<sup>115</sup> *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 24746/94, 4 Mayıs 2001, p. 109.

<sup>116</sup> *Ergi/Türkiye*, p. 85.

<sup>117</sup> *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, p. 109.

usuli güvencelerin ihlal edildiği söylenebilir.<sup>118</sup>

Son olarak, yapılan soruşturmanın ölüm olayının nedenlerini ve koşullarını aydınlatmayı, delillere ulaşmayı ve onları korumayı, sorumlularını belirlemeyi, kullanılan gücün meşru olup olmadığını ortaya koymayı temin edecek nitelikte olması gerekir.<sup>119</sup> Soruşturmanın hukukun üstünlüğünü sağlayacak şekilde ivedilikle yürütülmesi gerekir.<sup>120</sup> *Acar ve diğerleri* başvurusunda Mahkeme, öldürme olayının tespitinde çok önemli olarak gördüğü balistik incelemenin yapılması aşamasında bazı mermilerin hiç incelemeye gönderilmemesini, bazılarının ise gönderilmesine rağmen uygun koşullarda muhafaza edilmemesi nedeniyle paslanmasına bağlı olarak inceleme yapılamamasını eksiklik olarak değerlendirmiştir.<sup>121</sup>

Soruşturma yapma bir adli işlem olarak değerlendirilmektedir.<sup>122</sup> Bu bakımdan, soruşturmanın anılan usuli güvencelere aykırı olması durumunda idari yargıda dava konusu edilmesi olanaklı değildir. Türkiye’de soruşturmanın yürütülmesinde yaşanan bu usuli sorunlar nedeniyle tazminat istemiyle başvurulabilecek bir mahkeme bulunmamaktadır. Ancak 2010 yılında Anayasanın 148. maddesine eklenen bireysel başvuru yolu ve bu yolu düzenleyen 6216 sayılı Kanunun kabul edilmesinden sonra Anayasa Mahkemesinin bu olanağa kavuştuğu açıktır.

Bununla birlikte Danıştay, bir kararında soruşturma yapılmamasına karşı idari yargı organları önünde dava açılmasının yolunu aralamış gibidir. *Dodo Tekin*’in, terör örgütüne yardım ve yataklık yaptığı şüphesi ile jandarma tarafından gözaltına alındıktan sonra öldüğü, ölümün sorgu sırasında rahatsızlanmasından kaynaklandığı, buna karşın yapılan muayenede, bileklerde kelepçe izine bağlı morluklar, her iki ayak tabanında yüzeysel morluk ve yumurtalıklarda siyah ekimozların tespit edildiği, ancak kati ölüm nedeninin mevcut imkânlar dâhilinde belirlenemediği, ölümden sorumlulukları

---

<sup>118</sup> *Hugh Jordon/Birleşik Krallık*, p. 109.

<sup>119</sup> *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, p. 113.

<sup>120</sup> *Acar ve diğerleri/Türkiye*, AİHM, No. 36088/97, 38417/97, 24 Mayıs 2005, p. 76.

<sup>121</sup> *Acar ve diğerleri/Türkiye*, p. 91.

<sup>122</sup> “Bu durumda yargılama görevi kapsamında yürüttükleri hizmet nedeniyle Adalet Bakanlığının ajanı konumunda olmayan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının yaptıkları ceza soruşturması ve yargılaması nedeniyle yürütme erki içinde yer alan Adalet Bakanlığını sorumlu tutmaya hukuken olanak bulunmamaktadır. ... Öte yandan, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının yargısal nitelikli faaliyetleri nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların tazmini istemiyle hâkim ve Cumhuriyet savcılarına karşı adli yargıda tazminat davası açılabileceği de tabiidir.” Bkz. Danıştay 10. Daire, E:2007/6441, K:2009/10124, 7 Aralık 2009.

bulunanlar hakkında memurun muhakematı uyarınca yapılan soruşturmaya ilişkin dosyanın kaybolduğu, bu konuda herhangi bir kararın verilemediği ve soruşturmanın hiçbir şekilde yapılmadığı olayda Danıştay, etkili bir soruşturma sonucunda, kamu görevlilerinin kusurunun saptanması halinde, idarenin hizmet kusuru işlediğinden bahisle uğranılan zararın tazmini için genel hükümler çerçevesinde tam yargı davası açılabilirken, ölüm olayının uzun yıllar geçmesi nedeniyle bu yolun kullanılma imkânının ortadan kalkması ve 5233 sayılı Kanunla terörle mücadele sırasında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranılan zararların karşılanması yolunda yeni bir imkân getirilmesi nedeniyle ölüm olayının 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesinin hakkaniyete ve hukuka uygun olacağına karar vermiştir.<sup>123</sup> Kanaatimizce, soruşturmanın eksikliği üzerine kurulan bu karara rağmen, ceza soruşturmasının idari yargı yerlerinde tartışmaya konu yapılması idari rejim ile bağdaşmamaktadır.

## **8. SONUÇ**

İdari yargının temel amacı idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemek ve idari eylemler sonrasında oluşan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğunu belirlemektir. İdarenin olduğu her yerde ve yürüttüğü tüm hizmetlerde idari yargının da görev alması söz konusudur. Bu bakımdan, yaşam hakkını ilgilendiren idari eylem ve işlemlerin idari yargının görev alanına gireceğine kuşku bulunmamaktadır. Buna göre, yaşam hakkının münhasıran ceza hukukunun bir konusu olduğu anlayışı doğru değildir. Ceza hukuku ile birlikte idare hukuku da yaşam hakkı ile ilgilidir.

Yaşam hakkı öncelikle bu hakkın korunması konusunda devlete verilen pozitif yükümlülüğün bir gereği olarak idare hukukuyla ilgilidir. Buna göre, devletin yaşam hakkını korumaya yönelik çıkardığı düzenlemeler, kurduğu ve işlettiği kamu hizmetleri ve istihdam ettiği personel bütünüyle idare hukukuyla ilgilidir. Bu kapsamda, sağlık hizmetinin sunumu, çevrenin ve kentçilik, güvenlik hizmetleri sonrasında yaşanan ölüm olayları, gözaltında, cezaevinde ve okuldaki insan grupları yönünden yaşam hakkının korunması bütünüyle idare hukukunun konusuna girmektedir.

Bu yönüyle, Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiğine Mahkeme tarafından karar verilen tüm olayların, idare hukuku uygulamasında hizmet kusuru olarak kabul edilmesi gerekir. İdare hukukunun kendine özgü sorumluluk türleri olduğu için farklı olaylarda hizmet kusuru, sosyal risk ve kusursuz sorumluluk ilkeleri uygulanabilmektedir. Bununla birlikte,

---

<sup>123</sup> Danıştay 15. Daire, E: 2011/9811, 2012/2716, 9 Mayıs 2012.

Sözleşmenin 2. maddesinin ihlali sayılabilecek hallerde yaşam hakkına ilişkin konuların sosyal risk ya da kusursuz sorumluluk ilkelerine gidilmeden, doğrudan hizmet kusuru olarak değerlendirilmesi yerinde olur.

Danıştay'ın yaşam hakkı algısı ile Mahkemenin algısı arasında bir kısım farklılıklar olduğu görülmektedir. Temel ayırımın Danıştay'ın daha çok uyuşmazlığa konu eylem üzerine yoğunlaşması, buna karşın Mahkemenin sonucu doğuran süreci ve alternatifi içeren bir değerlendirme yapmasıdır. Bu türden değerlendirme farklılığı, genellikle güvenlik hizmetinde ve cezaevlerinin idaresinde kendini göstermektedir. Mahkeme, ölüm olayını doğuran eylemin ve ihmalin başlı başına meşru olup olmadığı değerlendirmesi ile yetinmez. Olayın doğumu öncesini de kapsayacak bir değerlendirme yapmak suretiyle ölüm ile sonuçlanan eylemi giderebilecek bir alternatifin olması halinde ihlal kararı verebilmektedir. Buna göre, bu hukuki inceleme yolunun Danıştay tarafından da benimsenmesi gerekmektedir.

Yine, idari yargının temel görevlerinden bir tanesi de devletin pozitif yükümlülüğünün gereği olarak baktığı iptal davalarında yaşam hakkının korunmasına yönelik önlemlerin alınıp alınmadığının denetimini yapmaktır. Buna göre, bünyesinde risk taşıyan alanlardan başlamak suretiyle idarenin faaliyette bulunduğu tüm konularda, özellikle de düzenleyici işlemlerin denetlenmesi sırasında, yaşam hakkının korunması gerekir. Böylece sadece idari eylemlerin değil, idari işlemlerin denetiminde de yaşam hakkı öncelenmiş olacaktır.

**KAYNAKÇA**

BAŞAK, Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlali”, **AÜHFD**, cilt 51, sayı 4, 2002, s. 41-72.

BESİRİ, Arzu, “Ötenazi ve Yaşam Hakkı”, **TBB Dergisi**, sayı 86, 2009, s. 188-203.

CENGİZ, Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı”, **TBB Dergisi**, sayı 93, 2011, s. 383-404.

CHEVALIER-WATTS, Juliet, “Effective Investigations Under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?”, **European Journal of International Law**, cilt 21, sayı 3, 2010, s. 701-721.

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, “Yaşam Hakkı”, **TBB Dergisi**, sayı 103, 2012, s. 137-168.

ÇÜÇEN, A. Kadir, **İnsan Hakları**, Bursa, MKM Yayıncılık, 2011.

FREEMAN, Katherine, “The Unborn Child and the European Convention on Human Rights: To Whom Does “Everyone’s Right To Life” Belong?”, **Emory International Law Journal**, cilt 8, 1994, s. 615-665.

GÜRCAN, Ertuğrul Cenk, “Ötenazi: Yaşam Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, **AÜHFD**, cilt 60, sayı 2, 2011, s. 255-280.

GÖZLER, Kemal, KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 11. baskı, Bursa, Ekin Basım, 2011.

HARIS, David J. v.d., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2013.

KARAKAŞ, Işıl, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: ‘Mc Cann’den ‘Kaya’ ve Ötesine”, **GÜHFD**, sayı 1, 2002, s. 58-70.

KRAVCHENKO, Svitlana, BONINE, John E., “Interpretation of Human Rights for The Protection of the Environment in the European Court of Human Rights”, **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, cilt 25, 2012, s. 245-287.

KORFF, Douwe, **Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, 4. baskı, İstanbul, Beta Basım, 2003.

REİSOĞLU, Safa, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul, Beta Basım, 2001.

SAVCI, Bahri, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1980.

TANRIKULU, M. Sezgin, “İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı”, **TBB Dergisi**, sayı 66, 2006, s. 51-93.

TAQI, Irum, “*Adjudicating Disappearance Cases In Turkey: An Argument For Adopting the Inter-American Court Of Human Rights’ Approach*”, **Fordham International Law Journal**, cilt 24, 2001, s. 940-987.

WARREN, Rachel, “*Pro [Whose?] Choice: How the Growing Recognition of a Fetus’ Right to Life Takes the Constitutionality Out of Roe*”, **Chapman Law Review**, cilt 13, 2009, s. 221-247.

WHITE, Robin CA, OVEY, Clare, **The European Convention on Human Rights**, 5. baskı, Oxford, Oxford University Press, 2010.

YILMAZ, Halil, “*Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu*”, **Ankara Barosu Dergisi**, sayı 2, 2001, s. 69-88.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, “*Kolluk Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi ve Yaşam Hakkı*”, **YÜHFD**, cilt 9, sayı 2, 2012, s. 239-286.





# ALMANYA FEDERAL CUMHURİYETİ'NDE DEVLET YAPILANMASI

Tahir MURATOĞLU\*

## ÖZET

*Almanya Federal Cumhuriyeti adından da anlaşılacağı üzere federal bir devlet yapısına sahiptir ve on altı farklı devletin bir araya gelmesiyle oluşmuştur. Hem federal devlet hem de federal devleti oluşturan federe devletler devlet tüzel kişiliğine sahiptir. Federal devlet ile federe devletler arasındaki yetki ve görev paylaşımı bizzat Federal Anayasa ile düzenlenmiştir. Federal Anayasa incelendiğinde yasama yetkisinin ağırlıklı olarak federal devlette toplandığı, buna karşın yürütme yetkisinin daha çok federe devletler tarafından kullanıldığı sonucuna ulaşılabacaktır. Yargı teşkilatı ise federe devletlere ait mahkemeler ile az sayıdaki federal mahkemeden oluşmaktadır. Federal mahkemeler Federal Anayasa Mahkemesi, federal yüksek mahkemeler ve Federal Anayasa'nın kurulmasına izin verdiği diğer mahkemelerden oluşur. Federal yüksek mahkemeler farklı yargı kollarının tepesinde yer alan en üst derecedeki mahkemeler olup, kural olarak federe mahkeme kararlarına karşı yapılan kanun yolu başvurularını karara bağlarlar. Federe devletler hem Federal Anayasa'nın kendilerine tanıdığı yetkileri serbestçe kullanmakta, hem de Federal Anayasa'nın federal devleti görevlendirdiği konularda federal devlet tarafından yürütülen faaliyetlere Federal Konsey vasıtasıyla değişik ölçülerde katılmaktadırlar. Federal devlet ilkesi Federal Anayasa'nın değiştirilemeyecek hükümleri arasında yer almakta, dolayısıyla Alman hukukunda son derece önemli bir yer işgal etmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Federal Almanya Cumhuriyeti, federalizm, yasama, yürütme, yargı, federal sistemin işleyişine ilişkin ilkeler.

## **DIE FÖDERALE STRUKTUR DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND**

### **ZUSAMMENFASSUNG**

*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein föderaler Staat. Sie besteht aus sechzehn Ländern. Sowohl der Bund als auch die Länder besitzen Staatsqualität. Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern ist durch das Grundgesetz geregelt. Betrachtet man das Grundgesetz näher, so kommt man zum Ergebnis, dass die Gesetzgebungskompetenz überwiegend beim Bund liegt. Die Länder übernehmen dagegen den größten Teil der exekutiven Funktionen. Die judikative wird durch die im*

---

\* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Bu çalışmada kullanılan Almanca kaynaklardan önemli bir kısmına TÜBİTAK tarafından sağlanan destekle ulaşılmıştır.

*Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch Gerichte der Länder ausgeübt. Die Bundesgerichte sind das Bundesverfassungsgericht, die obersten Gerichte und weitere Gerichte, die nach dem Grundgesetz durch den Bund errichtet werden können. Die obersten Gerichte sind die höchsten Gerichte eines Instanzenzuges. Sie entscheiden in der Regel über die Rechtsmittel gegen die Entscheidungen der Gerichte der Länder. Die Länder führen die Aufgaben durch, die durch das Grundgesetz bestimmt sind. Sie wirken aber auch durch den Bundesrat bei der Erfüllung der Aufgaben, die durch das Grundgesetz dem Bund übertragen sind, mit. Nach dem Grundgesetz darf das Bundesstaatsprinzip nicht abgeschafft werden. Sie ist eines der wichtigsten Verfassungsprinzipien der Bundesrepublik Deutschland.*

**Stichwörter:** *Bundesrepublik Deutschland, Bundesstaatlichkeit, Föderalismus, Legislative, Exekutive, Judikative, bundesstaatliche Prinzipien.*

## **I. GİRİŞ**

Özellikle özel hukuk alanında Türk hukukunu en çok etkileyen hukuk sistemlerinin başında hiç şüphesiz Alman hukuku gelmektedir. Kamu hukuku alanında ise Türk hukuku ile Alman hukuku arasında köklü farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıklar özellikle anayasa ve idare hukuku alanlarında kendini göstermektedir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak Alman hukuku ile ilgili çalışmalar daha çok özel hukuk alanına yoğunlaşmıştır. Alman ve Türk kamu hukukları arasındaki farklılıkların temel sebebi ise Türkiye'nin üniter, buna karşın Almanya'nın federal bir devlet yapısına sahip olmasıdır. Bu nedenle Almanya'nın federal devlet yapılanmasının incelenmesi Alman anayasa ve idare hukukunun anlaşılması bakımından son derece önemlidir. Böyle bir inceleme aynı zamanda Alman özel hukukunun iyi anlaşılabilmesine de katkı sunacaktır.

Aşağıda ilk önce yapısal açıdan devlet şekillerine (II) değinilecek, ardından Almanya'da federal devlet yapısının tarihi gelişimi (III) ve federal yapıyı oluşturan unsurların ne şekilde isimlendirilmesi gerektiği (VI) konuları üzerinde durulacaktır. Daha sonra da federal devlet ile federe devletler arasındaki yetki dağılımı (V) incelenecek ve son olarak federal sistemin işleyişine ilişkin bazı ilkeler (VI) ele alınacaktır.

## **II. YAPISAL AÇIDAN DEVLET ŞEKİLLERİ**

Genel olarak bir devletin ülke, insan topluluğu ve egemenlik olmak üzere üç unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir. Bunlardan en önemlisi ve can

alıcısı hiç şüphesiz egemenliktir. Egemenlik yerine kimi zaman devlet gücü ve iktidar<sup>1</sup> ifadeleri kullanılmakta, kimi zaman da bu unsur yerine siyasi ve hukuki teşkilat<sup>2</sup> unsuruna yer verilmektedir. Egemenlik kural olarak bir ülkede yaşayan insanlar üzerinde kullanılan tek, kapsayıcı ve sınırsız hakimiyet gücüdür. Egemenliğin bir ülke sınırları dışına yansıyan yönü ise bağımsızlık olarak adlandırılmaktadır.<sup>3</sup> Bir devletin egemenlik gücünü yalnız ve tek başına mı kullandığı yoksa bu yetkisini başka devlet veya örgütlenmelerle birlikte mi kullandığı noktasında, başka bir ifade ile dış görünüş ve yapısal açıdan iki farklı devlet şekline rastlanmaktadır. Bunlardan biri tek yapılı, yani üniter devletler; diğeri ise karma yapılı, başka bir ifade ile bileşik devletlerdir.<sup>4</sup> Tek yapılı devletlerde bir ülkede yaşayan insan topluluğu üzerindeki egemenlik gücü tek bir devlet tüzel kişiliği tarafından kullanılırken, karma yapılı devletlerde bu güç birden fazla devlet tarafından kullanılmaktadır.<sup>5</sup>

*Teziç*'in ifadesiyle<sup>6</sup> tarihe karışmış olan devlet birlikleri ile kendine özgü bir yapıya sahip bazı istisnai tipler bir kenara bırakılırsa karma yapılı devletler genel olarak federalizm<sup>7</sup> ve konfederalizm olmak üzere ikiye ayrılabilir. Karma devlet yapısının en bilinen tipi federal devlettir (*Bundesstaat*). *Federal* kelimesi Latince de ittifak ve sözleşme anlamlarına gelen *foedus* kökünden gelmekte ve işbirliğine dayalı bir birlik oluşturulmasını ifade etmektedir.<sup>8</sup> Federalizmde birden çok devletin bir araya gelerek oluşturduğu bir birlik mevcuttur ve bu birlik kendisini oluşturan devletlerden ayrı bir devlet statüsüne sahiptir. Farklı devletlerin bir araya gelerek oluşturdukları devlete federal devlet, federal devleti oluşturan devletlere de federe devletler denmektedir.<sup>9</sup> Federalizmde

<sup>1</sup> GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I, s. 430 vd.

<sup>2</sup> TEZİÇ, s. 131, 137.

<sup>3</sup> DEGENHART, Staatsrecht I, s. 2; GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I, s. 432 vd.

<sup>4</sup> PAZARCI, s. 176 vd.; GÖZÜBÜYÜK, s. 18 vd.

<sup>5</sup> Bkz. TEZİÇ, s. 143 vd.; GÖZÜBÜYÜK, s. 18 vd.; GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I, s. 475 vd.

<sup>6</sup> TEZİÇ, s. 148 vd.

<sup>7</sup> Federal devlet ile federalizm kavramları arasında anlam farklılığı bulunmaktadır. Federalizm hem federal ve federe devletlerin bir araya gelerek oluşturdukları birleşik devlet tipini, hem de bölgesel yönetimleri ve mahalli idareleri de kapsayan bir ademi merkezi politik düzeni ifade etmek için kullanılmaktadır. Bkz. ZIPPELIUS / WÜRTENBERGER, s. 143. Bu çalışmada federalizm ifadesi ilk, yani federal devlet anlamında kullanılmıştır.

<sup>8</sup> UYGUN, s. 1; <http://www.duden.de/rechtschreibung/foederal>; <http://dela.dict.cc/?s=foedus>, (Erişim Tarihleri: 13.01.2014).

<sup>9</sup> TEZİÇ, s. 149 vd.; GÖZÜBÜYÜK, s. 21; GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I, s. 498 vd.; YILDIRIM, İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü: Federasyon, s. 158. Farklı

devlet gücü federal devlet ile federe devletler arasında paylaştırılmıştır. Hem federal devlet hem de federe devletler yasama, yürütme ve yargı yetkileri ile donatılmıştır. Bu durumun doğal bir sonucu olarak federal devlette olduğu gibi federe devletlerin de anayasa ve yasaları, yargı organları, parlamentosu, hükümeti ve bakanlıkları mevcuttur. Ancak dış egemenliğin kullanılması yetkisi yalnız federal devlete aittir.<sup>10</sup> Federal devletler ya bağımsız devletlerin daha büyük bir devlet kurmak amacıyla bir araya gelmesi ya da üniter bir devletin üniter yapısının gevşetilmesi ve üniter devletin parçalara ayrılması yolu ile kurulabilmektedir. Federal devletlerin ortaya çıkma şekillerinden ilkinde Amerika Birleşik Devletleri ve İsviçre örnek gösterilebilir. Bu devletler önce kendilerini oluşturan devletlerin konfederasyon çatısı altında birleşmeleri ile ortaya çıkmış, daha sonra konfederasyondan federasyona geçilmek suretiyle federal bir yapı oluşturulmuştur. Buna karşın Avusturya ve Belçika önceleri üniter bir devlet yapısına sahip iken Avusturya 1920 yılında, Belçika ise 1993 yılında üniter devlet yapısını terk ederek federal sisteme geçmiştir.<sup>11</sup>

Latince *confœderatio* kelimesinden türeyen ve Türkçeye devletler birliği veya birleşik devlet olarak çevrilebilecek olan konfederasyon (*Staatenbund / Konföderation*), bağımsız devletlerin bağımsızlıklarını ve uluslararası kişiliklerini muhafaza ederek oluşturdukları uluslararası alanda çeşitli konularda faaliyet gösteren bir birliktir. Konfederasyonlar devlet niteliğine sahip değildir. Buna karşın üye devletlerin bağımsız devletlerden bir farkı yoktur. Bunlar sadece konfederasyona katılmakla uluslararası alanda bir takım yükümlülükler altına girerler. Konfederasyonlar genellikle savunma, ekonomi ve dış politika gibi alanlarda ortak bir amaca ulaşmak için kurulur. Bu ortak amaçlar doğrultusunda dış ilişkilere ait yetkiler konfederasyon veya konfederasyonun organları tarafından kullanılır. İç ilişkilerde, yani konfedere devletleri ilgilendiren konularda ise konfederasyonlar doğrudan kamu gücü kullanma yetkisini haiz değildirler. Zira konfederasyon tarafından çıkarılan kanunlar veya alınan kararlar konfederasyona üye devletler açısından bağlayıcı değildir. Bu kanun veya kararların uygulanabilmesi için bunların üye devletler tarafından kanunla uygun bulunması gerekir.<sup>12</sup> Günümüzde pek rastlanmayan bu karma devlet tipi ya federalizme geçiş ile sonuçlanmakta ya da konfederasyon bir süre sonra dağılmaktadır. Örneğin İsviçre 1848 yılına kadar,

bir terminolojik yaklaşım için bkz. UYGUN, s. 5 vd.

<sup>10</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 21; NALBANT, s. 40; PAZARCI, s. 177 vd.

<sup>11</sup> MAURER, s. 288 vd.; TEZİÇ, s. 149 vd.

<sup>12</sup> MAURER, s. 287 vd. Ayrıca bkz. ALPMANN-PIEPER / ALPMANN / KRÜGER / WÜSTENBECKER (Hrsg.), Brockhaus Studienlexikon Recht: Staatenbund.

Amerika Birleşik Devletleri ise 1787 yılına kadar konfederal bir yapıya sahip iken, bunlar bu tarihlerden sonra federal devlet yapısına geçmişlerdir.<sup>13</sup> Buna karşın Birleşik Arap Devletleri ve son olarak Senegambia Konfederasyonu kuruldukları tarihten kısa bir süre sonra dağılmışlardır.<sup>14</sup>

Konfederasyonların federasyonlardan farkı, konfederasyonun klasik anlamda devlet niteliğine sahip olmamasıdır. Konfederasyon çatısı altında bir araya gelen devletler hiçbir şekilde bağımsızlıklarını kaybetmezler. Oysa bir federal devlet çatısı altında bir araya gelen federe devletlerin bağımsızlıklarından söz edilemez. Dış ilişkiler bağlamında sadece federal devletin bağımsızlığı vardır. Federe devletler ancak iç ilişkiler bakımından egemenlik gücüne sahiptirler.<sup>15</sup> Ayrıca konfederasyonların iç ilişkiler bağlamında aldıkları kararların uygulanabilmesi bu kararların üye devletler tarafından onaylanmasına bağlıdır. Buna karşın federal devletlerde böyle bir durum söz konusu değildir. Federal devletler yetkileri dahilinde olan konularda federe devletlerde uygulanmak üzere kanunlar çıkarabilir, ayrıca diğer bazı düzenleyici ve bireysel işlemler tesis edebilirler.<sup>16</sup>

Bir devlet şekli olarak konfederasyonlar günümüzde pek önem arz etmemekte, bunlar yerini uluslararası organizasyonlara (*internationale Organisationen*) bırakmaktadır.<sup>17</sup> Bilindiği gibi devletler uluslararası alanda milletlerarası hukuk esaslarına göre karşılıklı sözleşmelerle ayrı bir devlet statüsüne sahip olmayan bir takım örgüt ve organizasyonlar kurabilirler.<sup>18</sup> Kurulan organizasyonun amacına hizmet eden organların varlığı, bu organizasyonların geçici değil de, az çok devamlı bir süre için kurulmuş olmaları ve belirli kamusal amaçlar doğrultusunda hareket etmeleri halinde, bu organizasyonlar uluslararası organizasyon olarak nitelendirilir. Uluslararası organizasyonlar üyeleri özel kişilerden veya özel hukuk tüzel kişilerinden oluşan uluslararası sivil toplum kuruluşlarından (*internationale nichtstaatliche Organisationen*) farklıdır.<sup>19</sup> Uluslararası organizasyonların üyeleri devletlerdir

---

<sup>13</sup> MAURER, s. 288 vd.

<sup>14</sup> Bkz. [http://de.wikipedia.org/wiki/Vereinigte\\_Arabische\\_Staaten](http://de.wikipedia.org/wiki/Vereinigte_Arabische_Staaten); [http://en.wikipedia.org/wiki/Senegambia\\_Confederation](http://en.wikipedia.org/wiki/Senegambia_Confederation), (Erişim Tarihleri: 13.01.2014).

<sup>15</sup> DOEHRING, s. 68 vd.

<sup>16</sup> Federal devletlerle konfederasyonların ayrıntılı bir karşılaştırması için bkz. GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I, s. 490 vd. Ayrıca bkz. MAURER, s. 285 vd., 287 vd.

<sup>17</sup> KLEIN / SCHMAHL, s. 276 vd.; HERDEGEN, Völkerrecht, s. 86 vd.

<sup>18</sup> PAZARCI, s. 184 vd.; DOĞAN, s. 276 vd.

<sup>19</sup> Geniş anlamda uluslararası organizasyon kavramının kapsamına hem devletlerarası (hükümetlerarası) hem de devletler (hükümetler) dışı uluslararası organizasyonlar girmektedir.

ve amaçları bunların kuruluşuna ilişkin sözleşmede açıkça belirtilir. Bunlar uluslararası sözleşmelerle kurulurlar ve tüzel kişiliğe sahiptirler. Uluslararası organizasyonların milletlerarası hukukun bir süjesi olarak kabulü üye devletler açısından kural olarak sözleşme ile, organizasyona üye olmayan devletler açısından ise tanınma ile mümkündür. Organizasyona üye olmayan devletlerin bunları tanıma zorunluluğu doğal olarak bulunmamaktadır.<sup>20</sup>

Uluslararası organizasyonların özel bir türü olarak uluslarüstü organizasyonlardan (*supranationale Organisationen*) bahsedilmektedir. Uluslarüstü organizasyonların aldıkları kararlar klasik uluslararası organizasyonların kararlarından farklı olarak üye devletlerin onayına gerek kalmadan uygulanabilmektedir.<sup>21</sup> Ayrıca uluslarüstü organizasyonlar üye devletlerin oy çokluğuyla, yani bazı üye devletlerin rızası dışında kararlar alabilmektedirler. Buna karşın klasik uluslararası organizasyonlarda kararlar kural olarak oybirliği ile alınır.<sup>22</sup> Klasik uluslararası organizasyonların finansmanı üye devletlerin ödediği aidatlarla karşılanırken, uluslarüstü organizasyonların finansmanı uluslarüstü vergilerden karşılanmaktadır.<sup>23</sup> Uluslararası organizasyonlar ile federasyonlar arasındaki fark açıktır. Federasyonla kurulan birlik devlet statüsüne sahipken, organizasyonlar böyle bir statüden yoksundur. Bu organizasyonları konfederasyonlardan ayırmak ise pek de kolay değildir. Zira az önce de zikredildiği gibi günümüzde devletler konfederasyonlar yerine uluslararası organizasyonlar kurarak ortak bir takım amaçlara ulaşmayı hedeflemektedirler. Ancak şuna işaret edilebilir ki, konfederasyonların kuruluş sözleşmesinde bu birliklerin amaçlarının belirtilmesi zorunlu değildir. Oysa uluslararası organizasyonların kuruluş amaçları muhakkak sözleşmede yer almalıdır.<sup>24</sup>

---

Bkz. PAZARCI, s. 185. Devletler hukuku bağlamında uluslararası organizasyon kavramı ise dar anlamda kullanılmakta ve sadece devletler tarafından kurulan uluslararası organizasyonlar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Zira bunların dışında kalan uluslararası organizasyonlar devletler hukukunun konusunu oluşturmamakta ve devletler hukukunun bir süjesi olarak kabul edilmemektedir. Bkz. ALPMANN-PIEPER / ALPMANN / KRÜGER / WÜSTENBECKER (Hrsg.), Brockhaus Studienlexikon Recht: internationale Organisationen, Völkerrechtssubjektivität. Burada uluslararası organizasyon kavramı geniş anlamda değil, devletler hukuku bağlamında, yani dar anlamda kullanılmıştır.

<sup>20</sup> ALPMANN-PIEPER / ALPMANN / KRÜGER / WÜSTENBECKER (Hrsg.), Brockhaus Studienlexikon Recht: internationale Organisationen; DOEHRING, s. 76; von ARNAULD, s. 41 vd.

<sup>21</sup> KLEIN / SCHMAHL, s. 275 vd.; HERDEGEN, Völkerrecht, s. 100.

<sup>22</sup> ALPMANN-PIEPER / ALPMANN / KRÜGER / WÜSTENBECKER (Hrsg.), Brockhaus Studienlexikon Recht: internationale Organisationen, supranationale Organisationen.

<sup>23</sup> WIESNER / LEIBINGER / MÜLLER, s. 30.

<sup>24</sup> DOEHRING, s. 76; KLEIN / SCHMAHL, s. 276 vd.

Karma devlet yapıları bu şekilde ifade edildikten sonra gerek ülkemiz gerekse bu çalışmanın konusunu oluşturan Almanya Federal Cumhuriyeti açısından uzun bir süreden bu yana son derece önem arz eden Avrupa Birliği'nin yapısına kısaca değinmekte fayda vardır. Hemen şunu belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği ne konfederasyon ne de federasyon olarak kabul edilmektedir.<sup>25</sup> Avrupa Birliği'nin bir federasyon olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira Avrupa Birliği uygulamada yargı organına sahip olmak gibi bir takım devlet yetkileri ile donatılmış ise de, henüz bir devlet değildir. Birlik sadece üye devletlerin sözleşme ile kararlaştırdıkları konularda bir takım yetkilere sahiptir ve bu yetkileri tek taraflı olarak genişletmemektedir. Yani birliğin yetki yaratma yetkisi yoktur.<sup>26</sup> Avrupa Birliği bir konfederasyon da değildir, zira birlik her şeyden önce üye devletlerde doğrudan uygulanabilme kabiliyetine sahip hukuki normlar çıkarma yetkisine sahiptir.<sup>27</sup> Bu nedenle Avrupa Birliği'nin uluslararası bir organizasyon olduğu söylenebilir. Ancak klasik uluslararası organizasyonlardan farklı olarak Avrupa Birliği'nin aldığı bir takım kararların uygulanabilmesi üye devletlerin onayına tabi değildir. Sonuç olarak Avrupa Birliği konfederasyon ve federasyonun dışında, bu iki yönetim şeklinin bazı unsurlarını içinde barındıran, kendine özgü uluslararası bir organizasyon olarak kabul edilmektedir.<sup>28</sup> Bu durum Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 1993 tarihli Maastricht kararında da açıkça ifade edilmiştir.<sup>29</sup>

### **III. ALMANYA'DA FEDERAL DEVLET YAPISININ TARİHİ GELİŞİMİ**

Almanya'nın federal devlet yapısı çok eski bir tarihi geleneğe dayanmaktadır. Daha 10. yüzyılda kurulan ve 16. yüzyılın başlarından itibaren Alman Halkının Kutsal Roma İmparatorluğu (*Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation*)<sup>30</sup> olarak anılmaya başlanan eski Alman İmparatorluğu

---

<sup>25</sup> MAURER, s. 120, 288.

<sup>26</sup> DEGENHART, Staatsrecht I, s. 4; MAURER, s. 120 vd.

<sup>27</sup> MAURER, s. 288; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 105 vd.

<sup>28</sup> MAURER, s. 288; HERDEGEN, Europarecht, s. 75 vd.; STREINZ, s. 50 vd.; PIEPENSCHNEIDER, in: MICKEL / BERGMANN (Hrsg.), Handlexikon der Europäischen Union: Integration.

<sup>29</sup> Federal Anayasa Mahkemesinin (*Bundesverfassungsgericht*) 12.10.1993 tarih ve 2 BvR 2134, 2159/92 sayılı kararı: BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) 89, s. 155 vd.

<sup>30</sup> Bu ifade Türkçeye daha çok *Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu* şeklinde tercüme edilmektedir.



esasen federal bir yapıya sahipti ve “devletlerden oluşan bir devlet” (*aus Staaten zusammengesetzter Staat*) olarak tanımlanıyordu. İmparatorluk ilk başta düklüklerden (*Herzogtum*) ve prensliklerden (*Fürstentum*) oluşmaktaydı. İmparatorluğu oluşturan bu birimler zamanla oldukça güçlenmiş ve bağımsızlık mücadelesine girişmişlerdir. Bunlar 17. ve 18. yüzyılda kendi topraklarına sahip devletler olarak tarih sahnesine çıkarken, imparatorluğun merkezi idaresi imparatorluğun iç yapısını sağlamlaştırmak yerine sınırlarını genişletmekle uğraşmıştır. Bu durum merkezi idarenin oldukça zayıflamasına yol açmış ve imparatorluk *Napoléon Bonaparte*’ın Orta Avrupa’yı ele geçirmesi ile 1806 yılında dağılmıştır.<sup>31</sup> İmparatorluğun bu şekilde dağılmasıyla birlikte imparatorluk toprakları Avusturya, Prusya ve Ren Konfederasyonu (*Rheinbund*) arasında bölünmüştür. Ren Konfederasyonu Fransa’nın etkisi altında 16 Alman devletinin prenslerinin 1806 yılında Paris’te bir araya gelmesiyle kurulmuştur. Zamanla birçok Alman devletinin daha katıldığı konfederasyon, Fransa’nın mağlubiyetiyle birlikte 1813 yılında dağılmıştır.<sup>32</sup> Fransa’nın mağlubiyeti aynı zamanda Avusturya, Prusya ve diğer Alman devletçiklerinin Viyana Konferansı ile bir araya gelmeleri ve Alman Konfederasyonu (*Deutscher Bund*) çatısı altında bir birlik oluşturmaları ile sonuçlanmıştır. Alman Konfederasyonu çatısı altında toplanan devletlerin bağımsızlığı devam ediyordu. Konfederasyon Avusturya ve Prusya arasında ortaya çıkan bir savaş sonucu 1866 yılında dağıldı. Savaş sonrası imzalanan antlaşma ile Avusturya Alman Konfederasyonu’nun sona erdiğini ve bundan sonra kurulacak Alman devletine katılmayacağını kabul etti.<sup>33</sup>

Alman Konfederasyonu’nun dağılmasından sonra Prusya ve kuzey Alman devletlerinin bir araya gelmesi ile Kuzey Almanya Birliği (*Norddeutscher Bund*) kuruldu. İlk başta konfederal bir yapıya sahip olan birlik 1867 Anayasası ile federal bir yapıya kavuştu. 1870 yılının sonlarında birliğe güney Alman devletleri de katıldı ve böylece birlik 1871 yılında Alman İmparatorluğu (*Deutsches Reich*) adını alarak daha büyük bir yapıya kavuştu. Alman İmparatorluğu da federal bir yapıya sahipti ve 25 devletten oluşuyordu.<sup>34</sup> 1918 yılında Almanya İmparatorluğu’nun birinci dünya savaşında yenilmesi ve aynı yılın Kasım ayında gerçekleşen devrimle birlikte imparator ve imparatorluğa bağlı tüm ülkelerin prensleri yönetimden çekilmiş, bunun sonucu

<sup>31</sup> MAURER, s. 33 vd. Ayrıca bkz. WILLOWEIT, s. 200 vd.; KÜRÇÜER, s. 88 vd.

<sup>32</sup> KÖBLER, *Historisches Lexikon der deutschen Länder: Rheinbund*, s. 567; ZIPPELIUS, s. 86 vd.

<sup>33</sup> MAURER, s. 41 vd.; BÜYÜK LAROUSSE: *Almanya*, 1. Cilt, s. 424.

<sup>34</sup> EISENHARDT, s. 366 vd.; MAURER, s. 55 vd.

olarak da İmparatorluk Anayasası yürürlükten kalkmış ve cumhuriyet ilan edilmiştir. 1919 yılının başında seçilen yeni meclis 31 Temmuz 1919 tarihinde Weimar İmparatorluk Anayasası'nı (*Weimarer Reichsverfassung*) kabul etmiş ve bu Anayasa 11 Ağustos 1919 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Weimar İmparatorluk Anayasası ile esasen yeni bir devlet kurulmuyor, sadece 1871 tarihli Alman İmparatorluğu yeni bir anayasaya kavuşuyordu. Ancak Anayasa'nın "*Alman İmparatorluğu bir cumhuriyettir. Egemenlik kaynağını halktan alır.*" şeklindeki birinci maddesinden anlaşılacağı üzere bu Anayasa ile cumhuriyet kabul edildiğinden, 1919 tarihinden sonraki dönem için Weimar Cumhuriyeti ifadesi de kullanılmaktadır. Weimar İmparatorluk Anayasası federal devletin yetkilerini artırmakla birlikte federalizm ilkesini muhafaza etmiştir.<sup>35</sup>

1933 yılında *Adolf Hitler* başkanlığında nasyonal (milliyetçi) sosyalistlerin (*Nationalsozialisten*) iktidarı ele geçirmesi ile birlikte iktidara birçok konuda yasama meclisi yerine geçerek kanuni düzenleme yapma yetkisi verilmiş, bu düzenlemelerin anayasaya uygun olması gerekliliği dahi aranmamıştır. Bu bağlamda çıkarılan düzenlemelerle iktidarı elinde bulunduran partiden başka siyasi partilerin kurulması ve var olan partilerin faaliyetlerine devam etmesi yasaklanmış, hükümet başkanı ve devlet başkanı sıfatları aynı kişide, yani *Hitler*'de birleştirilmiş, ülke tam bir diktatörlüğe dönüştürülmüştür. Bu aşamada imparatorluğun federal yapılanmasına da son verilmiş, 30 Ocak 1934 tarihli İmparatorluğun Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun (*Gesetz über den Neuaufbau des Reiches*) ile federe devletlerin devlet olma nitelikleri ve bu nitelikten kaynaklanan yetkileri ellerinden alınmış, bunlar birer il statüsüne sokulmuştur. Bu şekilde üniter bir devlet sistemine geçilmiş, böylece Alman tarihinde ilk kez federal veya konfederal sistemden uzaklaşmıştır.<sup>36</sup>

Almanya'nın ikinci dünya savaşında yenilmesi ile ülke farklı devletlerin işgaline maruz kalmış ve nasyonal sosyalistlerin iktidarından kurtulmuştur. Bundan sonra, yani 1945 yılından itibaren müttefiklerin Almanya'yı zayıflatmak amaçlarına da uygun olarak 1933 öncesi dönemde olduğu gibi tekrar yeni Alman devletçikleri kurulmuş, bu devletler hazırladıkları yeni Anayasaları kabul etmişlerdir. 1949 yılında Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve Fransa işgali altındaki topraklarda kurulmuş olan devletlerin katılımı ile Almanya Federal Cumhuriyeti (*Bundesrepublik Deutschland*) kurulmuştur.

<sup>35</sup> MAURER, s. 60 vd., 289; WILLOWEIT, s. 284 vd.

<sup>36</sup> ZIPPELIUS, s. 140 vd.; MAURER, s. 64 vd., 289; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 182.

Bundan kısa bir süre sonra Rusya işgali altındaki topraklarda kurulmuş olan beş devletin katılımı ile yine federal bir sisteme sahip olan Demokratik Alman Cumhuriyeti (*Deutsche Demokratische Republik*) kurulmuştur. Demokratik Alman Cumhuriyeti 1952 yılında bünyesindeki beş federe devletin varlığına son vermiş, bunları 14 ayrı bölge idaresine dönüştürmüştür. Böylece kısmen de olsa Alman tarihinde ikinci kez federal yapılanma kesintiye uğramıştır. Ancak Demokratik Alman Cumhuriyeti Anayasası'nda 22 Temmuz 1990 tarihinde yapılan değişiklikle beş federe devlet yeniden kurulmuştur. Bu beş federe devlet Demokratik Alman Cumhuriyeti'nin 3 Ekim 1990 tarihinde resmen Almanya Federal Cumhuriyeti'ne iltihak etmesi ile birlikte Almanya Federal Cumhuriyeti'ne bağlanmışlardır.<sup>37</sup> Sonuç olarak bugüne kadarki tarihi gelişim incelendiğinde, 20. yüzyıldaki iki kısa süreli kesinti dışında Alman tarihinde sürekli olarak federal veya konfederal devlet yapılanmasının hakim olduğu görülecektir<sup>38</sup>.

Halen yürürlükte olan 1949 tarihli Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası'nın (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*)<sup>39</sup> 20. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Almanya Federal Cumhuriyeti demokratik ve sosyal bir federal devlettir.*”<sup>40</sup> İki Alman devletinin birleşmesinden bu yana Almanya Federal Cumhuriyeti on altı federe devletten oluşmaktadır. Bunlar Federal Anayasa'nın başlangıç (*Präambel*) kısmında yer alıp sırasıyla şunlardır: Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein ve Thüringen. Bu federe devletlerden üçü yalnız bir şehirden oluştuğu için, bunlara şehir devletleri (*Stadtstaaten*) denmektedir. Bunlar Berlin, Bremen ve Hamburg'tur. Diğer on üç federe devlet ülkesi ise birden çok yerleşim birimini kapsayan bir coğrafyaya sahip olduklarından, bunlara alansal devletler (*Flächenstaaten*) denmektedir.

Federal devlet yapılanması konusunda son olarak şu hususa işaret etmek gerekir ki, federalizm Almanya'da sadece tarihsel gelişim sürecinde ortaya çıkan bir yönetim biçimi olarak görülmemektedir. Federalizmin aynı zamanda

<sup>37</sup> MAURER, s. 69 vd., 73 vd.; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 182; BÜYÜK LAROUSSE: Almanya, 1. Cilt, s. 428.

<sup>38</sup> MAURER, s. 289 vd.; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 182; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 10.

<sup>39</sup> Bu çalışmada bu Anayasa kısaca Federal Anayasa (*Grundgesetz*) olarak zikredilecektir.

<sup>40</sup> Bu hükmün Almanca metni şu şekildedir: “*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.*”

siyasi iktidarın sınırlandırılması şeklinde bir işlevinin olduğu ve bu bağlamda demokratik düzenin tamamlayıcı bir unsuru olduğu kabul edilmektedir. Zira bu sistemde federe devletler federal devlet iktidarını dengeleyen bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Böylece hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmezlerinden olan devletin kontrol altında tutulması ilkesi daha etkin bir şekilde uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle yasama ve yürütme yetkilerinin federal ve federe birimler arasında paylaşılması ve bu yetkilerin her iki birim tarafından birlikte kullanılması devlet faaliyetleri açısından önemli bir kontrol mekanizması olarak ön plana çıkmaktadır. Devlet iktidarının kontrol altına alınması ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin bu iktidara karşı daha etkin bir şekilde korunabilmesi amacıyla geliştiren güçler ayrılığı ilkesi de böylece daha etkin bir şekilde uygulama alanı bulmaktadır. Yani federal sistemde hem yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları birbirinden ayrılmakta hem de bu fonksiyonların her biri tek elden değil, birbirinden bağımsız birimler tarafından yürütülmektedir. Bu sistemin kamusal faaliyetlerin etkin bir şekilde yürütülmesini zorlaştırması imkan dahilinde olsa da, daha etkin bir kontrol mekanizması sağlanabilmesi amacıyla bu risk üstlenilmektedir.<sup>41</sup>

#### **IV. FEDERAL YAPIYI OLUŞTURAN UNSURLARIN İSİMLENDİRİLMESİ**

Almanya Federal Cumhuriyeti'nin devlet yapılanmasını incelemeden önce, Almanya'nın federal yapısını oluşturan birimler için sıkça kullanılan eyalet ifadesi<sup>42</sup> yerine bu çalışmada neden federe devlet ifadesinin kullanıldığına değinmek, bunun için de eyalet kavramı hakkında kısa bir açıklamada bulunmak yararlı olacaktır. Arapça idare etmek ve icra anlamlarındaki *iyale* kelimesinden gelen<sup>43</sup> eyalet kelimesi “*Çoğunlukla valilerce yönetilen ve yönetim bakımından bir tür bağımsızlığı olan büyük il.*” olarak tarif edilmektedir.<sup>44</sup> Bu tanım eyaletlerin bir devletin teşkilat yapısı içinde yer alan bir birim olduğuna işaret etmektedir, ancak bu tanımdan hareketle eyaletlerin devlet yapısı içerisinde nasıl bir konuma sahip olduklarını anlamak güçtür. Eyalet tanımında geçen *bir tür bağımsızlık* ifadesi ile devlet tüzel kişiliğinden kaynaklanan sınırlı bir bağımsızlığın mı, yoksa devlet niteliğini haiz olmayan

<sup>41</sup> DEGENHART, Staatsrecht I, s. 185 vd. Ayrıca bkz. ERDOĞAN, s. 36.

<sup>42</sup> Bkz. ARMAĞAN, İÜHF, Cilt: XLIII, Yıl: 1977, Sayı: 1-4, s. 100; ERDOĞAN, s. 29; BÜ-YÜK LAROUSSE: Almanya, 1. Cilt, s. 413 vd.; KENT, DEÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s. 123 vd.; YILMAZ, s. 310, 312, 314.

<sup>43</sup> İNALCIK, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi: Eyalet, Cilt 11, s. 548.

<sup>44</sup> Bkz. [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&view=bts](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts), (Erişim Tarihi: 13.01.2014).

bir idari teşkilatın sahip olduğu idari özerkliğin mi kastedildiği açık değildir. Kanaatimce bu ifadeyi *bir tür özerklik* şeklinde anlamak daha isabetli olacaktır.<sup>45</sup> Aksi durum eyalet kavramının tarihsel bağlamda ifade ettiği anlamla uyuşmayacaktır. Zira Osmanlı eyaletleri kamu tüzel kişiliğine sahip olmadıkları gibi, bunlar herhangi bir özerk statüye veya bağımsızlık statüsüne de sahip değillerdi.<sup>46</sup> Eyalet tanımında geçen *büyük il* ifadesi ise tanımı belirsiz bir hale getirmektedir. Zira her şeyden önce hukukumuzda iller ne bağımsızlığa ne de özerliğe sahiptir. Ayrıca eyalet kavramının tanımlanmasında büyüklük ve küçüklük gibi göreceli kavramlara dayanılması da yerinde değildir.<sup>47</sup> Son olarak eyaletin *çoğunlukla bir vali tarafından yönetilen* bir birim olarak tarif edilmesi de açıklayıcı olmaktan uzaktır. Zira bu durumda bir devlet teşkilatı içinde yer alan bir birimin eyalet olup olmadığını anlamak için bu birimin başındaki kişinin vali olup olmadığına bakmak gerekecektir ki, bu da bu konuda sağlıklı bir sonuca ulaştırabilecek bir ölçüt değildir.<sup>48</sup> Bu arada şu hususun altını çizmek gerekir ki, federal devletleri oluşturan federe birimlerin yöneticilerinin mevcut teşkilat yapımızda yer alan vali ile uzaktan yakından bir ilgisi bulunmamaktadır.

Tarihsel açıdan bakıldığında eyalet ifadesi Osmanlı İmparatorluğu'nda sancakların bir araya gelmesiyle oluşan ve beylerbeyiler tarafından idare edilen en büyük idari birimi ifade etmektedir.<sup>49</sup> Osmanlı İmparatorluğu'nda federal bir yapılanmanın varlığından ve eyaletlerin merkezi idareye rağmen bir

---

<sup>45</sup> Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi *eyalet* kavramını “*Bir ülkede merkezi yönetime bağlı, çoğunlukla bir valice yönetilen ve bir tür bağımsızlığı olan büyük il.*” olarak tarif etmektedir, BÜYÜK LAROUSSE: Eyalet, 8. Cilt, s. 3928. Bu tanımda geçen merkezi yönetime bağlılık unsuru da *bir tür bağımsızlık* ifadesinin idari özerklik şeklinde anlaşılması gerektiğine işaret etmektedir.

<sup>46</sup> ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, s. 656 vd., 704 vd.

<sup>47</sup> Osmanlı eyaletleri bugünkü illerden çok daha geniştir. Bugünkü iller esasen Osmanlı sancaklarının genişliğindedir. Osmanlı eyaletleri ise bunların birkaçı büyüklüğündedir, ORTAYLI, Türkiye Teşkilat Ve İdare Tarihi, s. 253. Kanaatimce bu durum eyaletlerin *büyük il* olarak tarif edilmesinin sebeplerinden birini teşkil etmektedir. Ancak bu da eyalet tanımının yetersizliğini ortadan kaldırmamaktadır. Zira Almanya Federal Cumhuriyeti'nin çoğu zaman eyalet olarak isimlendirilen Berlin ve Bremen gibi bazı federe devletlerinin bizim birçok ilimizden daha küçük oldukları ortadadır.

<sup>48</sup> Burada yapılan değerlendirmeler dikkate alındığında eyalet kavramının “*bir devletin idari teşkilat yapısı içinde yer alan, bir veya birden çok yerleşim biriminden oluşan ve özerk bir statüye sahip idari bir birim*” olarak tanımlanmasının uygun olacağı düşünülmektedir. Özerklik tanımı ile özerklik ve federe özerklik arasındaki ayrım için bkz. NALBANT, s. 38 vd.

<sup>49</sup> İNALCIK, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi: Eyalet, Cilt 11, s. 548 vd.; BÜYÜK LAROUSSE: Eyalet, 8. Cilt, s. 3928.

konuda irade kullanabilmelerinden bahsetmek mümkün değildir. İmparatorluk merkezîyetçi bir yapıya sahiptir. Osmanlı eyaletleri devletin taşra teşkilatı<sup>50</sup> içerisinde yer almaktadır.<sup>51</sup> Bunlar birçok kamu hizmetini merkeze sormadan bizzat yürütse de, bu durum gerçek anlamda bir özerklik değildir ve yetki genişliği ile ifade edilmektedir. Zira eyaletler tarafından kullanılan yetkiler eyaletin kendi yetkisi değil, merkezin yetkisidir ve bu yetkiler merkez adına kullanılmaktadır.<sup>52</sup> Eyalet yöneticisi olan beylerbeyilerin merkez tarafından atanmaları, padişahın emirlerini ve kadıların hükümlerini uygulamakla görevli olmaları,<sup>53</sup> onların aslında merkezin bir memuru olduklarını gösterir.<sup>54</sup> Eyaletlerin bazı konularda merkeze bağlı olmamalarının temelinde yatan sebep bunların ayrı ve özerk bir birim olarak kabul edilmeleri değil, zamanın ve toplumsal koşulların sıkı bir merkezîyetin uygulanmasına müsaade etmemesidir.<sup>55</sup> Eyaletlerin bir tüzel kişiliği veya buna işaret edebilecek bir hukuki varlığı bulunmamaktadır. Beylerbeyilerin kullandıkları yetki tamamıyla hükümdarın yetkisi olup, bu kişi merkezin bir vekili ve mümessili konumundadır. Tüm bu nedenlerle Osmanlı eyaletlerinin ademi merkezi bir birim olarak kabul edilmesi mümkün değildir.<sup>56</sup>

Eyalet kavramı ile ilgili olarak yapılan bu açıklamalardan sonra Almanya Federal Cumhuriyeti'ni oluşturan ve bu çalışmada federe devlet olarak anılan birimler için eyalet ifadesinin kullanılmasının yerinde olup olmadığını değerlendirmek, bunun için de Almanya Federal Cumhuriyeti'ni oluşturan federe birimlerin statüsüne kısaca değinmek gerekmektedir. Almanya Federal Cumhuriyeti on altı farklı devletin bir araya gelmesiyle oluşan bir birlik devletidir. Bu yapının temel özelliği hem bir birlik devleti olarak Almanya Federal Cumhuriyeti'nin hem de bu birliği oluşturan on altı federe devletin devlet niteliğine ve tüzel kişiliğine sahip olmalarıdır.<sup>57</sup>

---

<sup>50</sup> Kavram hakkında bkz. GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt I, s. 240 vd.

<sup>51</sup> ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, s. 656 vd., 704 vd.; ORTAYLI, Türkiye Teşkilat Ve İdare Tarihi, s. 251 vd.

<sup>52</sup> ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, s. 656 vd.

<sup>53</sup> İNALCIK, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi: Eyalet, Cilt 11, s. 550; BÜYÜK LA-ROUSSE: Eyalet, 8. Cilt, s. 3928.

<sup>54</sup> ORTAYLI, Üç Kıtada Osmanlılar, s. 59.

<sup>55</sup> ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, s. 657; ORTAYLI, Türkiye Teşkilat Ve İdare Tarihi, s. 250.

<sup>56</sup> ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, s. 657, 705.

<sup>57</sup> HERZOG / GRZESZICK, Art. 20, IV, Rn. 89 vd.; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 183; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 142; DIETLEIN, s. 5 vd.



Federal devlet (*Bundesstaat*)<sup>58</sup> için aynı zamanda birlik (*Bund*), birleşik ya da bütün devlet (*Gesamtstaat*) ve merkezi devlet (*Zentralstaat*); federal devleti oluşturan devletler için ise devlet (*Staat*), ülke (*Land*) ve üye devlet (*Gliedstaat*) ifadeleri kullanılmaktadır.<sup>59</sup> Hem federal devlet hem de üye devletlerden her biri kendi devlet teşkilatına sahip olup, bu teşkilat aracılığıyla yasama, yürütme ve yargı alanında faaliyetlerde bulunmaktadır.<sup>60</sup> Mevcut Anayasa kapsamında bunların devlet olma özelliklerinin ellerinden alınması veya bunların kendilerinin devlet statüsünden vazgeçmeleri mümkün değildir.<sup>61</sup> Bunlar arasındaki yetki ve görev paylaşımı Federal Anayasa olarak tabir ettiğimiz birlik devleti anayasası ile yapılmıştır. Yetki ve görev paylaşımı ile normal şartlarda bir üniter devletin sahip olduğu görev ve yetkiler federal ve federe birimler arasında paylaştırılmıştır. Dolayısıyla devlet erki Federal Anayasa'nın çizdiği sınırlar içinde hem federal devlet hem de federe devletler tarafından kullanılmaktadır.<sup>62</sup> Federal Anayasa'nın bir konuda federal devleti yetkili kıldığı durumlarda dahi federe devletler federal devletin karar alma mekanizmalarına farklı şekillerde katılma imkanına sahiptirler.<sup>63</sup>

Federal devleti oluşturan federe birimlerin devlet niteliğini haiz oldukları ilgili federe anayasalarda da açıkça ifade edilmektedir. Örneğin Nordrhein-Westfalen Anayasası'nın 1. maddesine göre "*Nordrhein-Westfalen Almanya Federal Cumhuriyeti'ne üye bir devlettir.*". Hamburg Anayasası'nın 3. maddesine göre Hamburg demokratik ve sosyal bir hukuk devletidir. Bayern Anayasası'nın 1. maddesine göre "*Bayern özgür bir devlettir.*", aynı Anayasa'nın 2. maddesine göre "*Bayern bir halk devletidir.*". Niedersachsen Anayasası'nın 1. maddesine göre Niedersachsen Almanya Federal Cumhuriyeti içinde özgür, cumhuriyetçi, demokratik, sosyal bir hukuk devleti olup, başkenti *Hannover*'dir. Thüringen Anayasası'nın 44. maddesine göre Thüringen demokratik ve sosyal bir hukuk devleti olup, Almanya Federal

---

<sup>58</sup> *Bundesstaat* esas olarak federal devlet anlamına gelmektedir. Bkz. KIYGI, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil II, Deutsch – Türkisch: Bundesstaat; KÖBLER, Rechtstürkisch: Bundesstaat. Bununla birlikte *Bundesstaat* ifadesi kimi zaman da federal devleti oluşturan federe devletler için kullanılmaktadır. Bkz. <http://www.duden.de/rechtschreibung/Bundesstaat>, (Erişim Tarihi: 13.01.2014). Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'ni oluşturan devletler *Bundesstaat* olarak adlandırılmaktadır. Bkz. [http://de.wikipedia.org/wiki/Bundesstaat\\_der\\_Vereinigten\\_Staaten](http://de.wikipedia.org/wiki/Bundesstaat_der_Vereinigten_Staaten), (Erişim Tarihi: 13.01.2014).

<sup>59</sup> Bkz. IPSEN, Staatsrecht I, s. 150; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 3, 183.

<sup>60</sup> MAURER, s. 285.

<sup>61</sup> HERZOG / GRZESZICK, Art. 20, IV, Rn. 160 vd.

<sup>62</sup> ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 142.

<sup>63</sup> MAURER, s. 286.



Cumhuriyeti'nin bir ülkesidir. Baden-Württemberg Anayasası'nın 23. maddesine göre Baden-Württemberg cumhuriyetçi, demokratik ve sosyal bir hukuk devletidir. Federe devlet anayasalarında bu devletler için bizzat *devlet* ibaresinin kullanıldığına dair örnekleri çoğaltmak mümkündür. Her biri federal devletin bir üyesi konumunda olan federe devletler bu üyeliğin bir sonucu olarak dış ilişkilerde bağımsızlığa sahip değildirler. Dış ilişkilerde bağımsızlığa sadece federal devlet sahiptir. Ancak bu durum federe devletlerin federal sistem dışında kalan bir devletle milletlerarası sözleşmeler yapmasına da engel değildir. Bu husus Federal Anayasa'nın 32. maddesi ile hüküm altına alınmıştır.<sup>64</sup>

Tüm bu açıklamalardan sonra eyalet kavramının ve bu kavramın tarihsel bağlamda ifade ettiği anlamın Almanya Federal Cumhuriyeti'ni oluşturan federe birimlerin statüsünü tam olarak yansıtmaktan uzak olduğu söylenebilir. Gerçi uygulamada eyalet kavramı federal bir devlet çatısı altında kalan ve ayrı bir tüzel kişiliğe ve statüye sahip olan federe birimleri ifade etmek için de kullanılmaktadır.<sup>65</sup> Ancak bu federe birimlerin sahip olduğu statünün eyalet kavramı ile açıklanabilmesi mümkün değildir. Zira eyalet kavramı bir federal devleti oluşturan federe birimlerin statüsü hakkında yeterli derecede bilgi sunmamakta, bu statüyü ifade etmek için yetersiz kalmaktadır. İşte federal bir devlet yapısı içinde yer alan ve federal devletten ayrı bir devlet statüsüne sahip olan birimler için bu birimlerin federal yapı içindeki konumunu daha açık bir şekilde ortaya koyabilecek bir kavram mevcut iken, bu hususları yansıtmaktan uzak bir kavramın kullanılması kanaatimce yerinde değildir. Kaldı ki, yukarıda da zikredildiği gibi Almanya Federal Cumhuriyeti'ndeki on altı federe devlet de kendilerini devlet olarak adlandırmakta, bu durum federal devlet tarafından da kabul edilmektedir.<sup>66</sup> Tüm bu nedenlerle burada

<sup>64</sup> Bkz. NETTESHEIM, Art. 32, Rn. 94; JARASS, Art. 32, Rn. 13 vd.; DIETLEIN, s. 6.

<sup>65</sup> Bkz. dipnot 42. Ayrıca bkz. <http://de.wikipedia.org/wiki/Provinz> (Erişim Tarihi: 13.01.2014).

<sup>66</sup> Aynı durum Amerika Birleşik Devletleri için de geçerlidir. Amerika Birleşik Devletleri isminden de anlaşılacağı üzere bu devlet farklı devletlerden oluşan bir birlik devletidir. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda da üye devletler için devlet anlamına gelen *state* ifadesi kullanılmaktadır. Buna karşın İsviçre'de federal yapıyı oluşturan ve federal devletten (*Bund*) bağımsız bir statüye sahip olan devletler *Kanton* olarak adlandırılmaktadır (bkz. İsviçre Anayasası, m. 3, 42 vd.). Federal bir devlet olan Belçika'da federal devlet topluluk (*Gemeinschaften*) ve bölgelerden (*Regionen*) oluşmaktadır (bkz. Belçika Anayasası, m. 1). Yine federal bir devlet yapısına sahip olan Kanada'da ise federal devleti oluşturan birimler için eyalet veya vilayet anlamlarına gelen *province* ifadesi kullanılmıştır. Kanada anayasal monarşi ile yönetilmekte olup, Kanada'nın da üyesi olduğu Milletler Topluluğu'nun (*Commonwealth of Nations*) başkanı aynı zamanda Kanada'nın da devlet başkanıdır. Zira Kanada İngiltere tahtının sembolik başkanlığını kabul etmektedir. Taht başkanı olan İngiltere kraliçesi Kanada'ya

Almanya Federal Cumhuriyeti için federal devlet, bu devleti oluşturan on altı üye devletten her biri için ise federe devlet ifadesi kullanılmıştır.<sup>67</sup>

## **V. FEDERAL DEVLET İLE FEDERE DEVLETLER ARASINDAKİ YETKİ DAĞILIMI**

Federal yapının işleyişine ilişkin en önemli konuların başında hiç şüphesiz devlete ait yetkilerin federal devlet ile federe devletler arasında paylaşılması gelmektedir. Diğer federal devletlerde olduğu gibi Almanya Federal Cumhuriyeti'nde de bu konu Federal Anayasa ile düzenlenmiştir. Bu konudaki temel düzenlemelerden biri Federal Anayasa'nın 30. maddesinde yer almaktadır. Buna göre "*Federal Anayasa'da aksine bir düzenlemenin öngörülmediği veya aksine bir düzenleme yapılmasına izin verilmediği durumlarda devlete ait yetkilerin kullanılması ve ödevlerin yerine getirilmesi görevi federe devletlere aittir.*" Bu madde federal sistemin işleyişi bağlamında çok önemli bir yere sahiptir. Devlete ait görev ve yetkiler şüphesiz yasama, yürütme ve yargıya ilişkin görev ve yetkililerdir ve bu bağlamdaki görev ve yetki dağılımı aşağıda incelenecektir. Ancak burada 30. maddenin ortaya koyduğu yetki dağılımı esaslarına kısaca değinmek yerinde olacaktır. Federal devletin yetkileri kendisine Federal Anayasa'da tanınanlarla sınırlıdır. Federal Anayasa'nın federal devlete tanıdığı yetkilerin dışında kalan diğer tüm yetkiler federe devletler tarafından kullanılacaktır. Bu yetkilerin kullanılmasındaki sorumluluk da aynı şekilde federe devletlere ait olacaktır. Federe devletlere ait yetkilerin somut olarak federe devletlerin hangi organları tarafından kullanılacağı federe devletlerin kendi iç hukuklarına göre belirlenecektir. Bu konuda federal devletin federe devletlerin işlerine müdahale etmesi, örneğin bir federe devletin yasama organının yetkisi kapsamında kalan bir konuda ilgili federe devletin yürütme organını görevlendirmesi mümkün değildir.<sup>68</sup> Federal devletin bir kamusal yetki ile donatılabilmesi için bu yetki kaynağını mutlaka Federal Anayasa'dan almalıdır. Bu bağlamda federe devletler dahi kendilerine ait olan bir yetkiyi, örneğin yasama yetkisini federal devlete devredemezler.

---

bir genel vali atamakta, bu genel vali de her bir eyalete bir vali yardımcısı atamaktadır. Bu durum Kanada'nın federe birimleri için neden *eyalet* ifadesinin kullanıldığı konusunda yol gösterici olabilir.

<sup>67</sup> Bu şekildeki kullanımlar için bkz. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, I. Cilt, s. 174, III. Cilt, s. 1836 vd.; TİKVEŞ, s. 305; İÇEL, s. 125. Federe devlet ifadesi için ayrıca dipnot 9'daki kaynaklara bakılabilir. Almanya Federal Cumhuriyeti'ni oluşturan federe birimler için kimi zaman *memleket* ifadesi de kullanılmıştır. Bkz. AZRAK, s. 380; KÜRKÇÜER, s. 91 vd.; SARICA, s. 186 vd., 231.

<sup>68</sup> Federal Anayasa Mahkemesinin 08.06.1988 tarih ve 2 BvL 9/85 ve 3/86 sayılı kararı: BVerfGE 78, s. 273 vd.

Federe devlet yasalarının federe devletlerin yetki alanına giren bir konuda federal yasal düzenlemelerin uygulanmasını öngörmesi de kural olarak Anayasa'ya aykırıdır. Aynı şekilde federe devletlerin yasal düzenlemelerinin federal devlet tarafından yürütülmesi de Federal Anayasa'nın 30. maddesine aykırılık teşkil edecektir, zira federe devletlerin yasama yetkisine sahip olduğu konularda bu yasaların yürütülmesi görev ve yetkisi de kural olarak federe devletlere aittir.<sup>69</sup>

Bilindiği üzere devlet fonksiyonları kabaca yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üçe ayrılmaktadır. İşte bu ayrıma paralel olarak burada sırasıyla yasama (A), yürütme (B) ve yargı (C) yetkilerinin federal devlet ile federe devletler arasında ne şekilde paylaştırıldığı konusu üzerinde durulacaktır.

### **A. Yasama Yetkisi**

Aşağıda önce yasama yetkisinin federal devlet ile federe devletler arasındaki dağılımına (1) yer verilecek, daha sonra bu yetkinin federal (2) ve federe devletler tarafından ne şekilde kullanıldığı (3) konusu üzerinde durulacaktır.

#### **1. Yasama Yetkisinin Dağılımı**

Yasama yetkisinin federal devlet ile federe devletler arasındaki dağılımı Federal Anayasa'nın 70. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 70. maddesinin ilk fıkrasına göre Federal Anayasa'nın yasama yetkisini federal devlete tanıdığı hallerin dışında bu yetki federe devletlere aittir. Bu hüküm Federal Anayasa'nın 30. maddesini yasama yetkisi açısından somutlaştırmaktadır. Buna göre federal devletin yasama yetkisini kullanabilmesi için Federal Anayasa'da bu yönde açık bir hükmün bulunması gerekmektedir. Bu ifadeden hareketle federe devletlerin yasama yetkilerinin federal devletin yasama yetkisine göre daha geniş olduğu sonucu çıkarılabilir. Ancak aşağıda ayrıntılarına değinileceği gibi durum aslında böyle değildir. Her ne kadar 2006 yılında Federal Anayasa'da yapılan ve reform olarak adlandırılan değişikliklerle<sup>70</sup> federe devletlerin yasama yetkileri artırılmış ise de, yasama yetkisi önemli ölçüde federal devlette toplanmıştır.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> PIEROTH, Art. 30, Rn. 1 vd., 6, 9 vd.; SANNWALD, Art. 30, Rn. 1 vd., 52 vd.

<sup>70</sup> Konu hakkında bkz. DEGENHART, NVwZ 2006, s. 1209 vd.; IPSEN, NJW 2006, s. 2801 vd.; KNOPP, s. 1216 vd.; HÄDE, s. 97 vd.; SELMER, s. 1052 vd.; PAPIER, s. 2145.

<sup>71</sup> ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 460; SANNWALD, Art. 30, Rn. 47 vd.

Federal Anayasa'nın 70. maddesinin 2. fıkrasına göre yasama yetkisinin federal devlet ile federe devletler arasındaki dağılımı Federal Anayasa'da yer alan münhasır yetki (*ausschließliche Gesetzgebung*) ve yasama yetkisinin yarışması (*konkurrierende Gesetzgebung*) hakkındaki kurallara göre belirlenir. Aşağıda Federal Anayasa'nın bu konulardaki düzenlemeleri daha yakından incelenecektir.

### **a) Yasama Yetkisinin Münhasıran Federal Devlete Ait Olduğu Haller**

Yasama yetkisinin münhasıran federal devlete ait olduğu konularda federe devletlerin herhangi bir yasal düzenleme yapma yetkileri bulunmamaktadır. Ancak Federal Anayasa'nın 71. maddesine göre federal devlet federal bir kanunla yasama yetkisini federe devletlere devredebilir. Bu durumda federe devletler yetki kanununda belirlenen ölçülerde yasama yetkisine sahip olurlar.<sup>72</sup> Federal devletin münhasıran yasama yetkisine sahip olduğu haller Federal Anayasa'nın 73. maddesinde sayılmıştır. Bu maddede sayılan hususlardan bazıları şunlardır: Dışişleri, milli savunma, seyahat hürriyeti, pasaport işleri, kimlik işleri, suçluların iadesi, para birimi ile ilgili işler, gümrük işleri, sınır muhafazası, hava yolu ulaşımı, posta ve telekomünikasyon işleri, telif ve yayın hakkı, silah ve patlayıcı madde işleri, özgürlükçü demokratik düzenin korunması amacıyla federal devlet ile federe devletler arasında yapılacak işbirliği, federal veya federe devletlerin varlık veya güvenliklerinin sağlanması amacıyla federal devlet ile federe devletler arasında yapılacak işbirliği, atom enerjisinin barışçıl amaçlarla üretilmesi ve kullanılması.

Federal devletin münhasıran yasama yetkisini haiz olduğu haller Federal Anayasa'nın 73. maddesinde sayılanlarla sınırlı değildir. Burada sayılanlara ek olarak Federal Anayasa'da bir takım konuların federal bir yasayla düzenleneceği öngörülmüş olabilir. Örneğin Federal Anayasa'nın 21. maddesinin 3. fıkrasına göre siyasi partilerle ilgili konular federal bir kanunla düzenlenir. Anayasa'nın 38. maddesinin 3. fıkrasına göre Federal Meclis seçimlerine ilişkin ayrıntılar federal bir kanunla düzenlenir. Aynı şekilde hiç kimsenin silahlı savaş hizmetine zorlanamaması (m. 4/3), federal ülkenin iç sınırlarının yeniden düzenlenmesi (m. 29), seçimlerin denetimi (m. 41/3), Federal Meclis Dilekçe Komisyonunun (*Petitionsausschuß*) yetkileri (m. 45c/2) ve Federal Kongre (*Bundesversammlung*) (m. 54/7) konularının da

---

<sup>72</sup> UHLE, Art. 71, Rn. 34; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 77.

federal bir kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Federal Anayasa'nın federal bir kanuni düzenlemenin varlığını şart koştuğu bu konularda da yasama yetkisi sadece federal devlete aittir. Aksine açık bir federal kanuni düzenleme bulunmadıkça federe devletlerin bu konularda yasama faaliyetinde bulunmaları mümkün değildir. Buna rağmen bu konularda çıkarılan federe kanunlar Anayasa'ya aykırıdır ve yok hükmündedir.<sup>73</sup>

### **b) Federal ve Federe Devletlerin Yasama Yetkilerinin Yarıştığı Haller**

Yasama yetkisinin münhasıran federal devlete tanındığı hallerde federe devletlerin yasama faaliyetlerinde bulunması yukarıda belirtilen istisnanın dışında mümkün değildir. Federal Anayasa'da federal devletin yasama yetkisi ile donatılmadığı konularda ise federal devletin yasama faaliyetlerinde bulunması mümkün değildir. Bu konularda yetki dağılımının sınırları bellidir. Ancak Federal Anayasa'da belirlenen kimi konularda hem federal devlet hem de federe devletler belirli koşullar altında yasama faaliyetlerinde bulunabilmektedirler. Tabiri caizse bu tür konularda federal devletle federe devletlerin yasama yetkileri yarışmaktadır. Federal ve federe devletlerin yasama yetkilerinin yarışması konusu genel olarak Federal Anayasa'nın 72. maddesinde düzenlenmiş, somut olarak hangi konuların bu kapsamda yer aldığı ise 74. maddede sayılmıştır. Federal Anayasa'nın 72. maddesinin 3. fıkrası<sup>74</sup> bir kenara bırakılırsa, yasama yetkisinin yarıştığı bu hallerde federe devletlerin yasama faaliyetlerinde bulunabilmeleri için federal devletin bu yetkisini kullanmamış olması gerekir. 2006 yılında yapılan anayasa değişikliği ile 72. maddenin sistematığı önemli ölçüde değiştirilmiştir. Daha önce 74. maddede sayılan tüm konularda 72. maddede belirtilen ortak düzenleme ihtiyacının varlığı halinde, federal devlet yasama yetkisine sahip bulunmakta ve yasama yetkisinin federal devlet tarafından kullanılması durumunda artık federe devletlerin bu alanda yasama faaliyetinde bulunmaları mümkün olmamaktaydı. Anayasa'nın 72. maddesinin halen yürürlükte olan hali ise bu konuda aşağıdaki şekilde üçlü bir ayrım yapmaktadır.

---

<sup>73</sup> DEGENHART, in: SACHS (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 71, Rn. 1 vd., 5; SANNWALD, Art. 71, Rn. 1a; MAURER, s. 523 vd.

<sup>74</sup> Bu konu için aşağıda "(cc) Federe Devletlerin Ayırık Yasal Düzenleme Yapma Yetkisine Sahip Oldukları Haller" başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

### **aa) Federal Devletin Doğrudan Yasama Yetkisine Sahip Olduğu Haller**

Çekirdek yetki (*Kernkompetenz*) olarak da adlandırılan bu konularda federal devlet doğrudan yasama yetkisini kullanabilmekte, böylece bu konularda federe devletlere göre ayrıcalıklı bir konuma sahip olmaktadır. 2006 yılında Federal Anayasa’da yapılan değişikikten önceki durumdan farklı olarak artık federal devlet bu konularda yasama yetkisini kullanırken herhangi bir gerekçe göstermek durumunda değildir. Esasen Federal Anayasa bu konularda federal bir kanuni düzenlemenin gerekliliğinden hareket etmektedir. Federal devletin bu konularda yasama yetkisini kullanması durumunda artık federe devletlerin yasama yetkisi ortadan kalkmaktadır. Federal devletin doğrudan yasama faaliyetlerinde bulunabileceği bu hallerin yasama yetkisinin münhasıran federal devlete ait olduğu hallerden farkı şudur: Yukarıda söylendiği gibi yasama yetkisinin münhasıran federal devlete ait olduğu konularda aksine federal bir kanuni düzenleme bulunmadığı müddetçe federe devletlerin bu alanda yasal faaliyette bulunmaları mümkün değildir. Oysa burada federal devlet yasama yetkisini kullanmadığı takdirde, bu alanlarda meydana gelecek boşluk federe devletler tarafından yapılacak kanuni düzenlemelerle doldurulabilecektir. Federal devletin harekete geçip bu konularda bir yasal düzenleme yapması halinde ise, federe devletlerin yasama yetkisi ortadan kalkacaktır<sup>75</sup>.

Federal devletin doğrudan yasama yetkisine sahip olduğu haller Federal Anayasa’nın 74. maddesinde yer alan, ancak aynı Anayasa’nın 72. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının kapsamı dışında kalan hususlardır.<sup>76</sup> Bu hususlardan bazıları şunlardır: Medeni hukuk, ceza hukuku, yargı örgütünün düzenlenmesi işleri, yargılama usulü (tutukluluğun infazına ilişkin işler hariç), avukatlık, noterlik, nüfus hizmetleri, dernekler hukuku, mültecilerle ilgili işler, iş hukuku, sosyal güvenlik, işsizlik sigortası, Federal Anayasa’nın 73. ve 74. maddelerinde yer alan konularla sınırlı olmak üzere kamulaştırma hukuku, sahillerin korunması, kamu sağlığını tehdit eden veya bulaşıcı olan hastalıklara karşı gerekli önlemlerin alınması, hekimlik mesleğine kabul, ecza maddeleri ve eczane işleri, atıkların idaresi, hava kirliliğinin önlenmesi, gürültüyle mücadele.

---

<sup>75</sup> IPSEN, NJW 2006, s. 2803; SANNWALD, Art. 72, Rn. 11 vd.; DEGENHART, in: SACHS (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 72, Rn. 24 vd., 38 vd.

<sup>76</sup> PIEROTH, Art. 72, Rn. 3 vd.

**bb) Federal Devletin Yasama Yetkisinin Şarta Bağlandığı Haller**

Federal Anayasa'nın 72. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen konularda yasama yetkisi kural olarak federal devlete aittir. Ancak federal devletin bu konularda yasama yetkisini kullanabilmesi bir takım şartlara bağlanmıştır. Buna göre ancak federal ülke topraklarında eşdeğer yaşam koşullarının sağlanması veya federal çıkarlar bağlamında hukuki veya ekonomik birliğin korunması federal bir yasal düzenlemeyi gerekli kılıyorsa, bu gereklilik ölçüsünde yasama yetkisi federal devlet tarafından kullanılabilir. Bu şart ile federe devletlerin yasama yetkisinin korunması amaçlanmıştır. Zira federal devletin bu konularda yasama faaliyetinde bulunabilmesi için federe devletlerin yasal düzenlemeler yoluyla eşdeğer yaşam koşullarını sağlayamamış veya federal menfaatlerin gerektirdiği hukuki ve ekonomik birliği gerçekleştirememiş olmaları şarttır. Dolayısıyla söz konusu eşdeğer yaşam koşullarının ya da hukuki veya ekonomik birliğin sağlanması konusunda Federal Anayasa önce federe devletlere imkan tanımakta, federe devletlerin bu konularda gerekli yasal düzenlemeleri yapmamaları durumunda ise, bu yetkinin federal devlete geçeceği hüküm altına alınmaktadır.<sup>77</sup>

Federal Anayasa'nın 72. maddesinin 2. fıkrasında yer alan şartlar yasama yetkisinin kullanılması konusunda federal devlete önemli bir sınırlama getirmektedir. Zira federal devletin bu konularda yasama faaliyetinde bulunabilmesi için 72. maddenin 2. fıkrasına göre federal bir yasal düzenlemenin yapılması yönünde bir gereklilik olmalıdır. Federal Anayasa'nın 93. maddesinin 1. fıkrasının 2a bendine göre somut bir olayda bu şartların mevcut olup olmadığını tespit etme görev ve yetkisi Federal Anayasa Mahkemesine aittir. Bu amaçla Federal Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisi ise Federal Konsey, federe hükümetler ve federe devlet parlamentolarına aittir.<sup>78</sup>

Bir konunun federal bir kanunla düzenlenmesi ilk başta gerekli iken bu gereklilik zaman içinde ortadan kalkabilir. İşte Federal Anayasa'nın 72. maddesinin 4. fıkrasına göre bu tür durumlarda federal bir yasa ile federe devletlere ilgili konuda kanuni düzenleme yapma yolu açılabilir. Federe devletlerin bu şekilde bir kanuni düzenleme yapmaları halinde, artık o konuda federe devlet kanunları federal kanunların yerini alacaktır. Ancak uygulamaya bakıldığında federal devletin şu ana kadar bu şekilde bir kanuni düzenleme ile

---

<sup>77</sup> ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 462 vd.

<sup>78</sup> DEGENHART, Staatsrecht I, s. 331.



yasama faaliyetinden çekilerek bu alanda federe devletlere yasal düzenleme yapma yetkisi verme yoluna gitmediği<sup>79</sup> ve federal devletin bu tür bir yetki devri konusunda çekingen davrandığı görülecektir.<sup>80</sup> İşte 2006 yılında yapılan federalizm reformu ile federal devleti bu konuda zorlamanın yolu açılmıştır. 1 Eylül 2006 tarihinde yürürlüğe giren Federal Anayasa'nın 93. maddesinin 2. fıkrasına göre bir konunun federal yasalarla düzenlenebilmesi için Anayasa'nın 72. maddesinin 2. fıkrasında ifade edildiği şekilde bir gerekliliğin halen mevcut olup olmadığı konusunda karar verme yetkisi Federal Anayasa Mahkemesine aittir. Bu bağlamda Federal Anayasa Mahkemesine başvuru yetkisi ise Federal Konsey, federe devlet hükümetleri ve federe devlet parlamentolarına tanınmıştır. Ancak Federal Anayasa Mahkemesine bu şekilde bir başvuruda bulunabilmek için Anayasa'nın 74. maddesinin 4. fıkrası bağlamında yapılan bir kanun önerisinin<sup>81</sup> Federal Mecliste reddedilmesi, bir sene içinde görüşülmemesi veya karara bağlanmaması veya bu yönde bir kanun önerisinin Federal Konseyde reddedilmiş olması gerekmektedir. Bu şartların yerine getirilmesinden sonra Federal Anayasa Mahkemesine yapılacak başvuru üzerine mahkeme federal bir yasal düzenleme için gerekli şartların artık mevcut olmadığı yönünde bir tespitte bulunursa, mahkemenin bu tespit kararı Anayasa'nın 72. maddesinin 4. fıkrası anlamında bir federal kanunun yerini alacaktır.<sup>82</sup>

Federal devletin yasama yetkisinin bu yönde bir gereklilik şartına bağlı olduğu haller Federal Anayasa'nın 72. maddesinin 2. fıkrasında sayılmıştır. Bunlardan bazıları şunlardır: Yabancıların ikamet ve yerleşme işleri; maden, endüstri, enerji, esnaf ve sanatkar işleri; ticaret, banka ve borsa işleri; özel hukuka tabi sigorta işleri; mesleki eğitim alanlara yapılacak mali yardımların düzenlenmesi; bilimsel araştırmaların desteklenmesi; hastanelerin ekonomik açıdan güvence altına alınması; hastane bakım ücretlerinin düzenlenmesi; gıda maddelerine ilişkin işler; devletin sorumluluğu; genetik bilgilerin araştırılması ve yapay yollarla değiştirilmesi ile organ, doku ve hücre naklinin düzenlenmesi.

<sup>79</sup> DEGENHART, Staatsrecht I, s. 81, DEGENHART, NVwZ 2006, s. 1211.

<sup>80</sup> Bkz. Federal Anayasa Mahkemesinin 09.06.2004 tarih ve 1 BvR 636/02 sayılı kararı: BVerfGE 111, s. 31.

<sup>81</sup> Alman hukukunda bizdeki gibi kanun tasarısı ve teklifi ayrımı yapılmamakta, tüm kanun önerileri için *Gesetzesvorlage* veya *Gesetzesentwurf* ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. ALPMANN-PIEPER / ALPMANN / KRÜGER / WÜSTENBECKER (Hrsg.), Brockhaus Studienlexikon Recht: Gesetzgebungsverfahren.

<sup>82</sup> IPSEN, NJW 2006, s. 2803; PAPIER, s. 2147; DEGENHART, NVwZ 2006, s. 1211.

### **cc) Federe Devletlerin Ayrık Yasal Düzenleme Yapma Yetkisine Sahip Oldukları Haller**

Federal Anayasa'nın 72. maddesinin 3. fıkrasında sayılan hallerde yasama yetkisi aynı anda hem federal devlet hem de federe devletler tarafından kullanılabilir. Bu fıkrada sayılan haller incelendiğinde, bunların Federal Anayasa'nın 74. maddesinin 1. fıkrasının 28 ile 33. maddelerinde yer alan hususlarla önemli ölçüde örtüştüğü görülecektir. Federal Anayasa'nın 72. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hallerde federal devlet hiçbir şarta bağlı kalmaksızın yasama yetkisini kullanabilir. Ancak federal devletin doğrudan yasama yetkisini haiz olduğu hallerden farklı olarak burada federal bir kanuni düzenlemenin varlığı halinde dahi federe devletler bu düzenlemelerden farklı bir takım kanunlar çıkarabilirler. Federe devletlerin bir kısmının Federal Anayasa'da yer alan bu yetkilerini kullanmaları, diğer bir kısmının ise bu yetkiyi kullanmamaları halinde, bu konuda daha önce çıkarılmış federal kanunlar bazı federe devletlerde uygulama alanı bulurken diğer bazı federe devletlerde uygulama alanı bulamayacaktır. Federal Anayasa'nın 72. maddesinin 3. fıkrasına göre bu fıkrada yer alan konularda hem federal hem de federe kanuni düzenlemelerin mevcudiyeti durumunda son olarak yürürlüğe giren kanun öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Yani bu konuda Federal Anayasa'nın aşağıda değinilecek olan 31. maddesi<sup>83</sup> uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak burada son olarak yürürlüğe giren kanun eski kanunu yürürlükten kaldırmamakta, sadece onun uygulanabilme kabiliyetine son vermektedir. Yeni kanunun herhangi bir nedenle yürürlükten kalkması durumunda eski kanun yeniden uygulanma kabiliyetine sahip olacaktır. Bu şekilde federal devlet ile federe devletler karşılıklı olarak birbirlerinin kanuni düzenlemelerini uygulanma kabiliyetinden yoksun bırakabileceklerdir. Ancak bu noktada Federal Anayasa federe kanun koyucu lehine bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre Federal Konseyin onayıyla aksine bir karar alınmadıkça federal kanunlar ilan, yani yayım tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe gireceklerdir. Bu düzenleme ile federe devletlere federal yasalar henüz yürürlüğe girmeden harekete geçme ve bu şekilde federal yasaları devre dışı bırakma imkanı tanınmaktadır.<sup>84</sup>

Federe devletlerin federal devletten ayrık yasal düzenleme yapabilecekleri haller şunlardır: Av hukukuna ilişkin işler (av ruhsatına ilişkin

<sup>83</sup> Bkz. aşağıda "B. Federal Hukukun Federe Hukuka Üstünlüğü İlkesi" başlığı altında yapılan açıklamalar.

<sup>84</sup> DEGENHART, DÖV 2010, s. 422 vd.; DEGENHART, NVwZ 2006, s. 1212; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 80; IPSEN, NJW 2006, s. 2803 vd.; konu hakkında ayrıca bkz. PAPIER, s. 2147 vd.

işler hariç), doğanın korunması ve peyzaj bakımı (doğanın korunmasına ilişkin genel esaslar, türlerin korunması ve deniz doğasının korunmasına ilişkin işler hariç), arazilerin taksimi, bölge planlaması, suların idaresi (suyun maddi niteliği ve su ile ilgili tesislere ilişkin konular hariç), yükseköğretime kabul ve yükseköğretimden mezuniyete ilişkin işlemler.

### **c) Yasama Yetkisinin Federe Devletlere Ait Olduğu Haller**

Federal Anayasa'nın federal devleti yasama yetkisi ile donatmadığı tüm konularda yasama yetkisi federe devletlere aittir. Bu durum Federal Anayasa'nın 30. maddesinin doğal bir sonucudur.

### **2. Federal Yasama Yetkisinin Kullanılması**

Federal devletin yasama yetkisini haiz olduğu hallerde bu yetkinin ne şekilde kullanılacağı Federal Anayasa'nın 76., 77. ve 78. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre yasama süreci üç aşamadan oluşmaktadır. Bu aşamalar kanun önerisinde bulunma (a), bu önerilerin Federal Meclis ve Federal Konsey tarafından oylanarak kabul edilmesi (b) ve kabul edilen kanunların Cumhurbaşkanı tarafından imzalanarak Resmi Gazete'de ilan edilmesidir (c).

#### **a) Kanun Önerisinde Bulunma**

Federal Anayasa'nın 76. maddesine göre federal kanun önerilerinde bulunma yetkisi Federal Meclis (*Bundestag*), Federal Hükümet (*Bundesregierung*) ve Federal Konseye (*Bundesrat*)<sup>85</sup> aittir. Anayasada Federal Meclisin yapacağı kanun önerilerinin kaç Meclis üyesi tarafından imzalanması gerektiğine dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Federal Meclis İçtüzüğü'nün (*Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages*) 76. maddesine göre içtüzükte aksine bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde kanun önerilerinin bir parti grubu (*Fraktion*) veya Federal Meclis üye sayısının yüzde beşi tutarındaki Meclis üyesi tarafından imzalanması gerekir.<sup>86</sup> Federal Meclis üyeleri tarafından yapılan kanun önerileri doğrudan Meclise sunulur, bu öneriler hakkında aşağıdaki gibi Federal Konsey veya Federal Hükümetin

---

<sup>85</sup> *Bundesrat* ifadesi Türkçeye *Federal Şura* olarak da tercüme edilmiştir. Bkz. ARMAĞAN (Çeviren), İÜHFİM, Cilt: XXXV, Sayı: 1-4, s. 414 vd.; TİKVEŞ, s. 304.

<sup>86</sup> Bununla birlikte sadece bir Federal Meclis üyesi tarafından yapılan önerilerin kanunlaşması halinde bu kanunların Anayasaya aykırı olmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. ZIPPELIUS / WÜRTENBERGER, s. 468; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 88. Türk hukukunda kanun tekliflerinin sadece bir milletvekili tarafından imzalanması yeterlidir. Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü, m. 74.

görüşlerinin alınması gerekli değildir.<sup>87</sup>

Federal Hükümet tarafından yapılan kanun önerilerinin Hükümet üyelerinin çoğunluğu tarafından imzalanması gerekir.<sup>88</sup> Federal Hükümet Federal Başbakan (*Bundeskanzler*) ve federal bakanlardan (*Bundesminister*) oluşmaktadır. Federal Hükümetin yaptığı kanun önerileri doğrudan Federal Meclise sunulmamaktadır. Bu önerilerin önce Federal Konseye sunulması ve Konseyin bu konudaki görüşünün alınması gerekir. Federal Anayasa'nın 76. maddesinin 2. fıkrasına göre Federal Konsey kendisine gelen kanun önerileri hakkında altı hafta içinde görüş bildirme yetkisine sahiptir. Federal Konseyin ek süre talebinde bulunması halinde bu süre dokuz haftadır. Ancak Federal Hükümetin ivedi olarak nitelendirdiği kanun önerilerinde görüş bildirme süresi üç, ek süre talebi halinde altı hafta olarak uygulanır. Anayasa değişikliğine ve Federal Anayasa'nın 23. ve 24. maddelerine göre egemenlik haklarının Avrupa Birliği veya diğer uluslar arası kuruluşlara devrine ilişkin kanun önerilerinde ise Federal Konseyin görüş bildirme süresi dokuz haftadır. Bu tür konulara ilişkin kanun önerileri Federal Hükümet tarafından ivedi olarak nitelendirilemez.

Federal Konseyin Federal Hükümet tarafından yapılan kanun önerilerine anayasada öngörülen sürelerde herhangi bir görüş bildirmemesi durumunda söz konusu kanun önerisi Federal Hükümet tarafından doğrudan Federal Meclise sunulur. Öngörülen sürelerin dışında sunulan görüşler dikkate alınmaz. Ancak ivedi olarak nitelendirilen hallerde Federal Anayasa'da öngörülen süreler geçirildikten sonra bildirilen görüşler, bu görüşlerin normal durumlar için öngörülen altı veya dokuz haftalık süreler içinde sunulmuş olması kaydıyla, Federal Hükümet tarafından derhal Federal Meclise sunulur. Öneri hakkında Federal Konsey tarafından süresinde görüş bildirilmesi durumunda, bu öneri Federal Konseyin görüşü ve varsa bu görüşe karşı Hükümetin düşünceleri ile birlikte Hükümet tarafından Federal Meclise gönderilir. Bununla birlikte Hükümetin bu öneri ve görüşleri Federal Meclise sunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Hükümet dilerse öneride değişiklik yaparak yeni bir süreç de başlatabilir.<sup>89</sup>

Federal Anayasa'nın 76. maddesinin 3. fıkrasına göre Federal Konsey tarafından yapılan kanun önerilerinin öncelikle Federal Hükümete sunulması

---

<sup>87</sup> MAURER, s. 544.

<sup>88</sup> Türk hukukunda kanun tasarılarının bütün bakanlar tarafından imzalanmış olması gerekir. Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü, m. 73.

<sup>89</sup> PIEROTH, Art. 76, Rn. 6; MAURER, s. 541 vd.

gerekir. Federal Hükümet kendisine gelen kanun önerilerine kendi görüşünü de eklemek ve bunları altı hafta içinde Federal Meclise göndermek zorundadır. Hükümetin ek süre talebinde bulunması durumunda bu süre dokuz haftadır. Ancak Federal Konseyin bir öneriyi ivedi olarak nitelendirmesi durumunda bu süre üç hafta, Hükümetin ek süre talebinde bulunması halinde ise altı hafta olarak uygulanır. Anayasa değişikliğine ve Federal Anayasa'nın 23. ve 24. maddelerine göre egemenlik haklarının Avrupa Birliği veya diğer uluslararası kuruluşlara devrine ilişkin kanun önerilerinde ise bu süre yukarıda olduğu gibi dokuz haftadır. Bu konulara ilişkin kanun önerilerinin ivedi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Federal Konseyin bir konuda kanun önerisinde bulunabilmesi için bu önerinin Konseyin üye tam sayısının salt çoğunluğu tarafından kabul edilmiş olması gerekmektedir. Federal Meclis Federal Konsey tarafından yapılan ve Federal Hükümet tarafından kendisine gönderilen kanun önerilerini uygun bir süre içinde görüşmek ve bu konuda bir karar almak zorundadır.<sup>90</sup>

### **b) Kanun Önerilerinin Federal Meclis ve Federal Konsey Tarafından Kabulü**

Federal Meclis usulüne uygun olarak yapılan ve kendisine sunulan kanun önerilerini görüşmek ve bu konuda bir karar almak zorundadır. Federal Meclis bir kanun önerisini aynen kabul edebileceği gibi değiştirerek de kabul edebilir. Bir kanun önerisinin kanunlaşabilmesi için bu önerinin Federal Meclis tarafından kabul edilmesi zorunludur. Ancak Federal Meclisin bir kanun önerisini kabul etmesi, bu önerinin kanunlaşabilmesi için tek başına yeterli değildir. Federal Meclis tarafından kabul edilen kanun önerileri Meclis Başkanı tarafından ivedilikle Federal Konseye gönderilir. Federal Konsey kendisine bu şekilde gelen Federal Meclis kararlarını görüşür ve bu konuda bir karar alır. Ancak 1871 İmparatorluk Anayasası'ndan ve günümüzün diğer bazı federal devletlerinden<sup>91</sup> farklı olarak Federal Konsey Federal Meclis ile aynı yetkilere sahip değildir. Federal Meclis tarafından kabul edilen kanun önerilerinden bazılarının kanunlaşabilmesi için bunların Federal Konsey tarafından da kabul edilmesi şart iken (aa), Federal Konsey bazı durumlarda sadece Federal Meclisin kanun önerileri hakkında aldığı kararlara itirazda bulunma, bu yolla bu kararların kanunlaşmasını geciktirme ve güçleştirme yetkisi ile donatılmıştır (bb).<sup>92</sup>

<sup>90</sup> PIEROTH, Art. 76, Rn. 6; MAURER, s. 543 vd.; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 89 vd.

<sup>91</sup> Örnek olarak bkz. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, m. 1.

<sup>92</sup> MAURER, s. 546 vd.; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 469 vd.; DEGENHART,

### **aa) Federal Konseyin Onayına Tabi Kanunların Kabulü**

Bir kanunun Federal Konseyin onayına tabi olabilmesi için Federal Anayasa'da bu yönde açık bir hükmün bulunması gerekir.<sup>93</sup> Örneğin egemenlik haklarının Avrupa Birliği'ne devredilmesine (m. 23/1), devletin sorumluluğuna (m. 74/2), posta ve telekomünikasyon işlerine (m. 87f/1), federe yargı mercilerinin ceza hukukuna ilişkin bazı federal yargılama yetkilerini kullanmakla görevlendirilmelerine (m. 96/5), federe devletlere mali yükümlülükler yüklenmesine (m. 104a/4), gelirin tamamı veya bir kısmı federe devletlere veya mahalli idarelere aktarılacak vergilere (m. 105/3) ve bütçe ilkelerine (m. 109/4) ilişkin kanuni düzenlemeler Federal Konseyin onayına ihtiyaç duymaktadır. Yine Federal Anayasa'nın 79. maddesinin 2. fıkrasına göre Anayasa değişikliğine ilişkin kanuni düzenlemelerin Federal Meclis ve Federal Konsey üyelerinin üçte ikisi tarafından onaylanması gerekir. Yani Anayasa değişikliğine ilişkin kanuni düzenlemeler de Federal Konseyin onayına tabidir.<sup>94</sup>

Federal Konseyin onayına tabi konularda verilen kanun önerilerinin hem Federal Meclis hem de Federal Konsey tarafından kabul edilmesi gerekir. Aksi takdirde böyle bir önerinin kanunlaşması mümkün değildir. Federal Konseyin onayına tabi bir konuda yapılan kanun önerisinin Federal Mecliste kabul edilmesinden sonra bu önerinin kabulüne ilişkin Federal Meclis kararı Meclis Başkanı tarafından ivedilikle Federal Konseye gönderilir. Federal Konsey kendisine gelen Federal Meclis kararı hakkında uygun bir süre içinde bir karar almak zorundadır. Alınan karar kabul yönünde ise, Federal Meclis kararı kanunlaşır. Ancak ret kararı alınması durumunda kanunlaşma süreci başarısızlıkla sonuçlanmış olur. Federal Konsey tarafından reddedilen bir Federal Meclis kararının kurtarılabilmesi için Federal Anayasa'nın 77. maddesi hem Federal Meclis ve Federal Hükümeti hem de Federal Konseyi Uzlaştırma Komisyonunun (*Vermittlungsausschuss*)<sup>95</sup> toplanmasını isteme

---

Staatsrecht I, s. 93.

<sup>93</sup> MAURER, s. 547 vd.; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 93.

<sup>94</sup> Anayasa değişikliğine ilişkin kanunların kabulü de diğer kanunların tabi olduğu usule tabidir. Ancak Anayasa değişiklikleri için yukarıda söylendiği gibi daha nitelikli bir çoğunluk ve her iki yasama organı tarafından da kabul şartı aranmıştır. Ayrıca aşağıda (226. dipnotun bulunduğu yerde) görüleceği gibi Federal Anayasa'nın bazı hükümlerinin değiştirilmesi mümkün değildir.

<sup>95</sup> Bu ifade Türkçe'ye *Aracılık Kurulu* olarak da tercüme edilmektedir. Bkz. KÖBLER, Rechtstürkisch: Vermittlungsausschuss. Uzlaştırma Komisyonu Federal Meclis üyesi 16 ve Federal Konsey üyesi 16 kişiden oluşmaktadır. Federal Meclisten seçilecek üyelerin Meclisteki politik dengelyi yansıtmaları gerekir. Federal Konseyden seçilen üyelerden her biri

yetkisi ile donatmıştır. Federal Konsey bir kanun önerisi bağlamında Federal Meclis tarafından alınan kararı uygun bulmuyorsa, bu kararın kendisine geliş tarihinden itibaren üç hafta içinde Uzlaştırma Komisyonunun toplanmasını isteyebilir. Federal Meclis ve Federal Hükümet ise herhangi bir süre kaydına tabi olmaksızın Federal Konseyin reddettiği kararlarla ilgili olarak Uzlaştırma Komisyonunun toplanmasını isteyebilirler. Uzlaştırma Komisyonu bir kanun önerisi hakkında Federal Meclis tarafından alınan kararda değişiklik yapılmasını önerirse, Federal Meclis bu konuyu yeniden karara bağlamak durumundadır. Ancak Uzlaştırma Komisyonunun aldığı kararlar Federal Meclis ve Federal Konsey açısından bağlayıcı değildir. Bir kanun önerisinin Uzlaştırma Komisyonunun önerisi üzerine Federal Meclis tarafından yeniden karara bağlanması durumunda, bu karar onaylanmak üzere tekrar Federal Konseye gönderilir. Kararın Federal Konsey tarafından onaylanması halinde Federal Meclis kararı kanunlaşır, aksi takdirde yasama süreci başarısızlıkla sonuçlanmış olur. Uzlaştırma Komisyonu bir kanun önerisi hakkında Federal Meclis tarafından alınan kararda herhangi bir değişiklik yapılması önerisinde bulunmazsa, bu durumda Federal Meclisin ilgili kararı Federal Konseyde tekrar oylanır. Meclis kararı Konseyde kabul edilirse kanunlaşır, aksi takdirde reddedilmiş olur. Sonuç olarak Federal Konseyin onayına tabi bir konuda Federal Meclis tarafından kabul edilen bir kanun önerisinin kanunlaşabilmesi için, bu kabul kararının muhakkak Federal Konsey tarafından da onaylanması gerekir.<sup>96</sup>

### **bb) Federal Konseyin İtiraz Yetkisi ile Donatıldığı Kanunların Kabulü**

Federal Anayasa'da Federal Konseyin onayına tabi olduğu konusunda açık bir hüküm bulunmayan konularda yapılan kanun önerilerinin kabulü Federal Konseyin onayına tabi değildir. Federal Konsey bu kapsamda kalan kanun önerilerinin kanunlaşmasına engel olamayacak, ancak kanuna itiraz yoluyla kanunlaşma sürecini geciktirebilecek ve güçleştirebilecektir.<sup>97</sup> Federal Konseyin onayına tabi olmayan bir konuda yapılan bir kanun önerisinin Federal Mecliste kabul edilmesinden sonra Meclisin kabul kararı Meclis Başkanı tarafından Federal Konseye sunulur. Federal Konseyin bu durumda

---

bir federe devleti temsil eder. Komisyonun kuruluş ve işleyişi Federal Konseyin onayına tabi bir federal kanun ile düzenlenir. Komisyonun Federal Konseyden gelen üyeleri kendi hükümetlerinin talimatları ile bağlı değildir. Bkz. DEGENHART, Staatsrecht I, s. 93 vd.; PIEROTH, Art. 77, Rn. 9; MAURER, s. 550 vd.

<sup>96</sup> PIEROTH, Art. 77, Rn. 10 vd.; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 95 vd.

<sup>97</sup> PIEROTH, Art. 77, Rn. 8; MAURER, s. 546 vd.



iki şekilde hareket etme ihtimali bulunmaktadır. Federal Konsey de Federal Meclis gibi öneriyi kabul edebilir. Bu durumda öneri kanunlaşmış olur ve imzalanmak ve yayımlanmak üzere Federal Cumhurbaşkanına gönderilir. Federal Konsey kanun önerisini uygun bulmaz ve onaylamak istemezse, bu durumda Federal Meclis tarafından alınan kararın kendisine ulaştığı tarihten itibaren üç hafta içinde Uzlaştırma Komisyonunun toplanmasını isteyebilir. Aksi takdirde öneri Federal Meclisin kabul ettiği şekliyle kanunlaşmış olur.<sup>98</sup>

Uzlaştırma Komisyonu yaptığı çalışmalar sonucunda kanun önerisi hakkında Federal Meclis tarafından alınan kararda bir değişiklik yapılması önerisinde bulunursa, Federal Meclis bu konuyu yeniden görüşmek ve karara bağlamak durumundadır.<sup>99</sup> Ancak Federal Meclis bu konuda yeni bir karar alırken Uzlaştırma Komisyonunun kararı ile bağlı değildir.<sup>100</sup> Federal Meclisin aldığı bu yeni karar tekrar Federal Konseye gönderilir. Bu durumda Federal Konsey kanun önerisi hakkında bir karar almak durumundadır, yani Federal Konseyin ikinci kez Uzlaştırma Komisyonuna başvurma yetkisi bulunmamaktadır.<sup>101</sup> Komisyon değişiklik teklifinde bulunmaz ise, bu takdirde komisyon başkanı tarafından komisyon çalışmalarının sona erdiği hususu Federal Konseye yazılı olarak bildirilir. Uzlaştırma Komisyonunun Federal Meclis tarafından kabul edilen kanun önerisinde değişiklik yapılması önerisinde bulunması halinde, Federal Meclisin alacağı yeni kararın; böyle bir değişiklik önerisinde bulunulmaması halinde ise, bu duruma ilişkin Uzlaştırma Komisyonu başkanının yazısının Federal Konseye ulaştığı tarihten itibaren iki hafta içinde Federal Konsey tarafından Federal Meclis kararlarına karşı itirazda bulunulabilir. İtiraz Federal Meclis kararının reddi yoluyla olur. Federal Konsey ret kararını oy çokluğu ile alırsa, bu karar ancak Federal Meclisin üye sayısının salt çoğunluğu ile aldığı bir kararla hükümsüz bırakılabilir. Federal Konsey ret kararını üçte iki oy çokluğu ile alırsa, Federal Konseyin bu itirazı ancak Federal Meclisin üçte iki oy çoğunluğu ile aldığı bir kararla reddedilebilir. Ancak bu çoğunluk da Federal Meclisin üye sayısının salt çoğunluğundan az olamaz. Federal Meclis bu kararları kanun değil, bir parlamento kararı şeklinde alır<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Federal Anayasa, m. 77 ve 78.

<sup>99</sup> Federal Anayasa, m. 77/2 son cümle.

<sup>100</sup> PIEROTH, Art. 77, Rn. 12; MAURER, s. 551.

<sup>101</sup> SANNWALD, Art. 77, Rn. 30; PIEROTH, Art. 77, Rn. 14.

<sup>102</sup> PIEROTH, Art. 77, Rn. 7 vd.; MAURER, s. 550 vd.; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 93 vd.; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 469 vd.

Federal Konsey hiç bir aşamada Federal Meclisin kararlarını değiştirme yetkisine sahip değildir, ilgili karar ya kabul edilir ya da reddedilir.<sup>103</sup> Bir kanun önerisi hakkında Federal Meclis tarafından alınan kararların Federal Konsey tarafından kabul edilmesi, Federal Konseyin Federal Anayasa'da öngörülen süre içinde Uzlaştırma Komisyonunun toplanması talebinde bulunmaması, uzlaştırma sürecinin tamamlanmasından itibaren Federal Anayasa'nın 77. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen iki haftalık süre içinde Federal Konseyin Federal Meclis kararlarına itirazda bulunmaması veya daha önce yaptığı itirazları geri alması ve Federal Konseyin itirazlarının Federal Meclis tarafından yeterli çoğunlukla reddedilmesi hallerinde ilgili Federal Meclis kararları kanunlaşmış olur.<sup>104</sup>

### **c) Kanunların Cumhurbaşkanı Tarafından Onaylanması ve Yayımları**

Yukarıda izah edildiği şekilde kanunlaşan önerilerin hukuk dünyasında bir sonuç doğurabilmeleri ve uygulanabilmeleri için bunların Federal Cumhurbaşkanı (*Bundespräsident*) tarafından onaylanması ve Federal Resmi Gazete'de (*Bundesgesetzblatt*) yayımlanması gerekir. Federal Cumhurbaşkanı'nın onaylama işlemi imzalamaya yoluyla olur. Ancak kanunlaşan öneriler imzalanmak üzere doğrudan Federal Cumhurbaşkanı'na sunulmaz. Bu kanunlar öncelikle bunlar hakkındaki karşı imza işlemlerinin tamamlanması için Federal Hükümete gönderilir. Zira Federal Anayasa'nın 58. maddesine göre bu maddede yer alan istisnalar dışında Federal Cumhurbaşkanı'nın karar ve işlemlerinin geçerli olabilmesi için bunların Federal Başbakan veya ilgili federal bakan tarafından imzalanması gerekir.<sup>105</sup> Federal Hükümet İçtüzüğü'nün (*Geschäftsordnung der Bundesregierung*) 29. maddesi uyarınca bunların hem ilgili federal bakan veya bakanlar tarafından, hem de Federal Başbakan tarafından imzalanması gerekir.<sup>106</sup> Dolayısıyla kanunlar karşı imza kuralı gereğince ancak ilgili federal bakan ve Federal Başbakan tarafından imzalandıktan sonra Federal Cumhurbaşkanı'na sunulur. Federal Cumhurbaşkanı bu kanunları imzalamakla yasama sürecinin tamamlandığını, ilgili yasama organlarında kabul edilen kanun metinlerinin kendisine gelen metinlerle aynı olduğunu ve bu kanunların Federal Anayasa hükümlerine

---

<sup>103</sup> MAURER, s. 550.

<sup>104</sup> Federal Anayasa, m. 78.

<sup>105</sup> Bkz. PIEROTH, Art. 58, Rn. 1 vd., Art. 82, Rn. 4; MAURER, s. 553.

<sup>106</sup> Federal Hükümet İçtüzüğü'nün tercümesi için bkz. ARMAĞAN, İÜHF, Cilt: XLIII, Yıl: 1977, Sayı: 1-4, s. 89 vd.

uygun olarak yapıldığını onaylamış olmaktadır.<sup>107</sup>

Federal Anayasa'nın 82. maddesinin ilk fıkrası Federal Cumhurbaşkanının kanunları imzalaması ve yayımlaması ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermektedir: “*Bu Anayasa hükümlerine göre kabul edilen yasalar, Federal Cumhurbaşkanı tarafından karşı imza usulüne göre imzalanır ve Federal Resmi Gazete’de yayımlanır.*” Anayasa'nın bu hükmünden Federal Cumhurbaşkanının Anayasaya aykırı bir kanunu imzalamak zorunda olmadığı, hatta bunu reddetmekle yükümlü olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak Federal Cumhurbaşkanının kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin kapsamı konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Her şeyden önce Federal Cumhurbaşkanının kanunları sadece Anayasa uygunluk bakımından denetleyebileceği, politik sebeplerle bir kanunu imzalamaktan çekinemeyeceği gibi, yerindelik denetimi de yapamayacağı kabul edilmektedir. Anayasaya uygunluk denetimi kendi içinde şekil ve esas bakımından denetim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel kabul gören görüşe göre Federal Cumhurbaşkanı kanunların Federal Anayasa'ya şekil açısından uygunluğunu denetleyebilir. Bu bağlamda Federal Cumhurbaşkanı yasama sürecinde Federal Anayasa'nın yasama yetkisine ilişkin kuralları ile yasama yetkisinin kullanımına ilişkin usul kurallarına uyulup uyulmadığını denetleyecek ve bir kanunun bu açılardan anayasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa, ilgili kanunu imzalamayı reddedecektir. Yine genel kabul gören görüşe göre Federal Cumhurbaşkanı kanunların Federal Anayasa'ya esas yönünden uygun olup olmadığını denetleme yetkisine de sahiptir. Ancak bu denetim sınırlı bir denetimdir. Yani mahiyeti itibariyle anayasaya aykırılığı açık olan bir kanun Federal Cumhurbaşkanı tarafından reddedilebilir. Ancak bir kanunun anayasaya aykırılığı açık değilse, bu kanunun imzalanması gerekir. Zira bu konuda etraflı ve kesin bir denetim yapma yetkisi Federal Cumhurbaşkanına değil, Federal Anayasa Mahkemesine aittir.<sup>108</sup>

Federal Cumhurbaşkanının sahip olduğu bu denetim yetkisi sadece Federal Anayasa'nın 82. maddesine dayandırılmamaktadır. Anayasaya açıkça aykırı olan kanunlara göz yumulmasının Cumhurbaşkanlığı görevi ile bağdaşmayacağı, hiçbir kamu görevlisinin anayasaya aykırı bir işlem yapmaya zorlanamayacağı, bir hukuk devletinde anayasal bir organın anayasayı dikkate almadan bir işlem yapamayacağı ve karar alamayacağı, bu

---

<sup>107</sup>DEGENHART, Staatsrecht I, s. 97 vd.; MAURER, s. 551 vd.

<sup>108</sup>PIEROTH, Art. 82, Rn. 3; MAURER, s. 553 vd.; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 472 vd.; IPSEN, Staatsrecht I, s. 137 vd.

hususun öncelikle Cumhurbaşkanı için geçerli olduğu ileri sürülmektedir.<sup>109</sup> Ayrıca Cumhurbaşkanlığı makamının bir noterlik makamı olmadığına, kaldı ki noterlerin dahi yükümlülükleri ile bağdaşmayan, özellikle yasak veya hileli amaçlara ulaşılmasına sebep olacak işlemleri yapmaktan kaçınmaları gerektiğine işaret edilmektedir.<sup>110</sup>

Federal Cumhurbaşkanının kendisine gelen kanunları kaç gün içinde imzalaması gerektiğine ilişkin olarak Federal Anayasa'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Federal Cumhurbaşkanının makul bir süre içinde ya ilgili kanunları imzalaması ya da bunların Anayasaya aykırı olduğu düşüncesinde ise, bunları reddetmesi gerekmektedir. Federal Cumhurbaşkanının federal bir kanunu imzalamayı reddetmesi halinde yasama süreci başarısızlıkla sonuçlanmış olur ve ilgili kanunun yürürlüğe girmesi mümkün olmaz. Ancak Cumhurbaşkanının ret kararlarına karşı Federal Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davası açılabilir.<sup>111</sup> İptal davası açma yetkisi Federal Meclis, Federal Konsey ve Federal Hükümete aittir. Federal Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak yargılama sonucunda ilgili kanunun Federal Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşırsa Federal Cumhurbaşkanının ret kararı iptal edilir.<sup>112</sup>

Bir kanunun Federal Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması veya Federal Cumhurbaşkanı tarafından alınan ret kararının Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi durumunda ilgili kanun yayımlanmak üzere Federal Resmi Gazete'ye gönderilir. Yayımlanan kanunların ne zaman yürürlüğe gireceği kural olarak yine bu kanunlar tarafından hüküm altına alınır. Ancak kanun metninde bu konuda herhangi bir hüküm bulunmuyorsa, bu takdirde ilgili kanun yayımlandığı günden on dört gün sonra yürürlüğe girer.<sup>113</sup>

### **3. Federe Yasama Yetkisinin Kullanılması**

Yasama yetkisinin federe devletlere ait olduğu konularda bu yetkinin nasıl kullanılacağı federe devlet anayasaları (*Landesverfassungen*) ile düzenlenmiştir. Federe devletlerde federal devlette olduğu gibi ikinci bir

<sup>109</sup>MAURER, s. 555 vd.; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 472.

<sup>110</sup>IPSEN, Staatsrecht I, s. 139 vd. Yazar bu bağlamda Alman Federal Noterlik Kanunu'nun (*Bundesnotarordnung*) 14. maddesinin 2. fıkrasına atıfta bulunmaktadır.

<sup>111</sup>Federal Anayasa, m. 93/1, Nr. 1; Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*), m. 13/5, 63 vd.

<sup>112</sup>MAURER, s. 558.

<sup>113</sup>Federal Anayasa, m. 82.

yasama meclisi bulunmadığından, yasama süreci daha basit bir şekilde tabidir. Genel olarak kanun önerisinde bulunma yetkisinin federe hükümetlere ve federe meclislere tanındığı, bu önerilerin federe meclis tarafından kabulü halinde, ilgili önerinin kanunlaştığı ve halkın da değişik ölçülerde yasama faaliyetlerine katılımının öngörüldüğü söylenebilir.<sup>114</sup> Yasama sürecinin ayrıntıları konusunda ise federe devlet anayasaları arasında farklılıklar bulunmaktadır. Tüm federe devletlerdeki yasama süreçlerinin buraya alınması ise mümkün değildir. Hangi federe devlette kanunların ne şekilde yapılacağı konusunda somut ve detaylı bilgi için ilgili federe devletin anayasasına bakılmalıdır. Burada örnek kabilinden sadece Nordrhein-Westfalen<sup>115</sup> Federe Devleti'nde yasama sürecinin ne şekilde işlediğine kısaca değinilecektir.

Yasama süreci 28 Haziran 1950 tarihli Nordrhein-Westfalen Federe Devleti Anayasası'nın (*Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen*) 65. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre kanunlar Federe Meclis (*Landtag*) ve Federe Hükümetin (*Landesregierung*) katılımı ile çıkarılabileceği gibi, halkın da yasama sürecine katılması mümkündür. Halkın yasama sürecine katılmadığı durumlarda kanun önerisinde bulunma yetkisi Federe Hükümet ve Federe Meclise aittir. Bunlar tarafından yapılan önerilerin kanunlaşabilmesi için, bunların Federe Meclis tarafından kabul edilmesi gerekir. Kanunlaşan öneriler imzalanmak ve yayımlanmak üzere Hükümete gönderilir. Federe Hükümet bu süreçte Meclis tarafından kabul edilen kanunların hukuka uygunluğunu denetleme yetkisine sahip değildir. Bununla birlikte Hükümet üyelerinin Federe Anayasa'da yer alan şekil şartlarına aykırı olarak kabul edilmiş bir kanunu imzalamak zorunda olmadıkları kabul edilmektedir.<sup>116</sup> Kanunlaşma süreci hakkında dikkat çekici bir hüküm Nordrhein-Westfalen Anayasası'nın 67. maddesinde yer almaktadır. Buna göre Federe Hükümetin Federe Meclis tarafından kabul edilen kanunlar hakkında bir takım tereddütleri varsa, Hükümet bu tereddütlerini iki hafta içinde Meclise bildirme yetkisine sahiptir. Ancak bu bildirim yasama sürecini durdurucu bir etkisi bulunmamaktadır. Hükümetin ilgili kanun hakkındaki tereddüt ve düşüncelerinin dikkate alınıp alınmayacağı yine Federe Meclis tarafından karara bağlanır. Federe Meclis bu aşamada ilgili kanunun tümü hakkında

---

<sup>114</sup>DEGENHART, Staatsrecht I, s. 101 vd.

<sup>115</sup>Bu isim Türkçeye Kuzey Ren Vestfalya olarak tercüme edilmektedir. Bkz. KIYGI, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil II, Deutsch – Türkisch: Nordrhein-Westfalen. Nordrhein-Westfalen yaklaşık yirmi milyonluk nüfusu ile Almanya Federal Cumhuriyeti'nin nüfus bakımından en büyük federe devletidir.

<sup>116</sup>DIETLEIN, s. 61.

değil, sadece Hükümetin ilgili tereddütleri hakkında bir karar alır. Dolayısıyla Nordrhein-Westfalen Anayasası'nın 67. maddesinin Hükümete tanıdığı bu yetkinin yasama süreci üzerinde önemli bir etkisi bulunmamaktadır.<sup>117</sup>

Nordrhein-Westfalen Anayasası'na göre halkın yasama sürecine katılması mümkündür. Anayasa bu katılımı halk girişimi (*Volksinitiative*), halk istemi (*Volksbegehren*) ve halk oylaması (*Volksentscheid*) olmak üzere üç başlık altında düzenlemiştir.<sup>118</sup> Anayasa'nın 67a maddesine göre halk girişiminin amacı Federe Meclisin yetkisi dahilinde kalan bir konunun Meclis gündemine alınmasını sağlamaktır. Bununla birlikte halk girişimi gerekçeli olarak düzenlenmiş bir kanun önerisine de yer verebilir. Bir kanun önerisinin halk girişimi yoluyla Federe Mecliste görüşülebilmesi için, bu önerinin seçmenlerin<sup>119</sup> en az binde beşi tarafından imzalanmış olması gerekir. Bu şekilde yeterli imzanın toplanmasıyla Meclise sunulan bir kanun önerisi Meclis tarafından kabul edilirse, bu öneri kanunlaşır. Meclisin öneriyi kabul etmemesi halinde halk girişimi aşaması sonuçsuz kalmış olur. Halkın buna rağmen bir kanun önerisinde bulunabilmesi için halk istemi yoluna gidilmesi gerekir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, halk girişimi yoluna başvurulmadan da doğrudan halk isteminde bulunulabilir. Halk girişiminin konusu bir kanun önerisi veya başka bir hususun Federe Meclisin gündemine alınması iken, halk istemi ancak bir kanunun kabul edilmesi, kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin olabilir. Nordrhein-Westfalen Anayasası'nın 68. maddesinin ilk fıkrasına göre halk istemi gerekçeli olarak düzenlenmiş bir kanun önerisine yer vermelidir. Aynı fıkra hükmü halk istemi yoluyla yapılabilecek kanun önerilerine de konu bakımından bir sınırlama getirmektedir. Buna göre halk isteminin Federe Meclisin yasama yetkisinde kalan konulara ilişkin olması zorunludur. Ayrıca finansal konular, kamusal gelir kaynakları ve

---

<sup>117</sup>DIETLEIN, s. 61. Bu konuda daha etkin bir düzenlemeye Hessen Federe Devleti'nde rastlanmaktadır. Hessen Federe Devleti Anayasası'nın (*Verfassung des Landes Hessen*) 119. maddesine göre Federe Hükümet Federe Meclis tarafından kabul edilen bir kanuna beş gün içinde itirazda bulunabilir. Hükümet ve Meclisin bu konuda uzlaşamaları halinde ilgili kanun kabul edilmiş sayılabilmesi için, Hükümet tarafından yapılan itirazın Meclisin üye tam sayısının salt çoğunluğu ile reddedilmesi gerekir.

<sup>118</sup>Konunun ayrıntıları için bkz. Nordrhein-Westfalen Halk Girişimi, Halk İstemi ve Halk Oylaması Usulü Hakkında Kanun (*Gesetz über das Verfahren bei Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid - NRW*).

<sup>119</sup>Nordrhein-Westfalen Federe Devlet Meclisi Seçim Kanunu'nun (*Gesetz über die Wahl zum Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen – Landeswahlgesetz*) 1. maddesine göre Federal Anayasa'nın 116. maddesinin 1. fıkrası anlamında Alman olan, on sekiz yaşını dolduran ve en az seçimden önceki 16. günden bu yana konutu, birden çok konutu olanlardan ise esas konutu Nordrhein-Westfalen'da olan veya burada mutlak bir şekilde ikamet eden ve federe devlet dışında konutu bulunmayan herkes oy kullanma hakkına sahiptir.

kamu görevlilerine ödenen ücretlerle ilgili olarak halk istemi yoluyla kanun önerisinde bulunulamaz. Halk istemi yoluyla yapılan önerilerin kabul edilebilirliği konusunda karar verme yetkisi Federe Hükümete aittir. Ancak Hükümetin bu bağlamdaki kararlarına karşı Nordrhein-Westfalen Federe Anayasa Mahkemesine (*Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen*) başvurulabilir. Halk isteminin geçerli olabilmesi için, bunun seçmenlerin en az yüzde sekizi tarafından desteklenmiş olması gerekir.<sup>120</sup>

Yeterli imza desteğine sahip olan bir halk isteminin Federe Hükümet tarafından kabul edilmesi veya Federe Hükümetin ret kararının Nordrhein-Westfalen Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi durumunda, Federe Hükümet bu istemin konusunu oluşturan öneriyi kendi düşüncesi ile birlikte ivedilikle Federe Meclise sunar. Meclis istemi kabul ederse istemin konusunu oluşturan öneri kanunlaşır ve halk oylamasına gerek kalmaz. Ancak istemin reddedilmesi durumunda önerinin on gün içinde halkoyuna sunulması zorunludur. Önerinin halk oylaması yoluyla kabul edilebilmesi için, yapılan oylamada kullanılan oyların çoğunluğunun kabul yönünde olması ve bu kabul oylarının seçmenlerin en az yüzde on beşini teşkil etmesi gerekir. Bu şartlardan birinin gerçekleşmemesi durumunda öneri halk tarafından reddedilmiş olur.<sup>121</sup> Nordrhein-Westfalen Anayasası'nın 68. maddesinin 3. fıkrasına göre Federe Hükümet tarafından yapılan ve Federe Meclis tarafından reddedilen kanun önerilerinin de halkoylamasına sunulması mümkündür. Bu kanun önerilerini halkoyuna sunma yetkisi Hükümete aittir. Önerinin halkoyunda kabul edilmesi durumunda Hükümet Meclisi feshedebilir. Buna karşın önerinin halkoyunda reddedilmesi durumunda ise, Federe Hükümet çekilmek zorundadır.

Federe Anayasa'nın ne şekilde değiştirileceği konusu Nordrhein-Westfalen Anayasası'nın 69. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bu Anayasa ancak bir kanun ile değiştirilebilir. Ancak Almanya Federal Anayasası'nın cumhuriyetçi, demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkelerine aykırı bir şekilde anayasa değişikliği yapılamaz. Anayasa değişikliğinin kabulü için buna ilişkin kanun önerisinin Federe Meclisin üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu tarafından kabul edilmesi gerekir. Bu çoğunluğun sağlanamaması durumunda gerek Federe Meclis, gerekse Hükümet anayasa değişikliğine ilişkin kanun önerisini halkoyuna sunabilir. Anayasa değişikliğine ilişkin kanun önerilerinin halk istemi yoluyla da yapılması mümkündür. Her iki

---

<sup>120</sup>Konu hakkında bkz. DITLEIN, s. 74 vd.

<sup>121</sup>Nordrhein-Westfalen Anayasası'nın 68. maddesinin 2. ve 4. fıkraları. Konu hakkında bkz. DIETLEIN, s. 75 vd.; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 103.



durumda da önerinin halk tarafından kabul edilebilmesi için, seçmenlerin en az yarısının halkoyuna katılmış ve halkoyuna katılan seçmenlerin en az üçte ikisinin kabul yönünde oy kullanmış olması gerekir.<sup>122</sup>

Federe Meclis tarafından veya halkoylaması sonucu usulüne uygun bir şekilde kabul edilen kanunlar onaylanmak ve yayımlanmak üzere Federe Hükümete gönderilir. Nordrhein-Westfalen Anayasası'nın 71. maddesinin ilk fıkrasına göre bu kanunlar Federe Başbakan (*Ministerpräsident des Landes*) ve ilgili federe bakan (*Landesminister*) tarafından imzalanır. İmza sürecinin Hükümet tarafından ivedilikle tamamlanması ve ilgili kanunun Nordrhein-Westfalen Resmi Gazetesi'nde (*Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen*)<sup>123</sup> yayımlanması gerekir. Anayasa'nın 71. maddenin 3. fıkrasına göre kanun metninde başka türlü bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda bu kanunlar yayımlarını izleyen on dördüncü günde yürürlüğe girerler.<sup>124</sup>

## **B. Yürütme Yetkisi**

Yasama ve yargı dışında kalan kamusal faaliyetler ile bu faaliyetlerin yürütülmesi için kurulmuş olan teşkilat yürütme olarak adlandırılmaktadır. Yürütme kural olarak kanunların icrası anlamına gelse de, yürütsel faaliyetler kanunların icrasıyla sınırlı değildir. Yürütme organının görevleri arasında devletin, kamusal ve toplumsal hayatın şekillendirilmesi de yer almaktadır. Yürütme organı ayrıca yasama organına yardımcı nitelikte faaliyetlerde bulunmakta, örneğin kanun tasarıları hazırlamakta, kanunlarda yapılması istenen değişiklikler konusunda yasama organına önerilerde bulunmaktadır. Yürütmenin hükümet (*Regierung*) ile idarenin (*Verwaltung*) bir araya gelmesiyle oluştuğu kabul edilmektedir.<sup>125</sup> Hükümet ve idare kavramları hem fonksiyonel hem de organik anlamda kullanılmakta, yani bunlar iki farklı anlama gelmektedir. Hükümet kamusal hayatı şekillendirirken, idare kanunları uygulamakta, günlük hayatta karşılaşılan somut olaylar bağlamında kamusal görev ve yetkileri kullanmakta ve hükümete yardımcı nitelikte faaliyetlerde

---

<sup>122</sup>Bkz. DIETLEIN, s. 61 vd., 78.

<sup>123</sup>Bu ifade *Kanunlar ve Düzenleyici İşlemler Mecmuası* anlamına gelmekle birlikte, burada ifadenin kullanım amacına uygun olarak *Nordrhein-Westfalen Resmi Gazetesi* şeklinde tercüme edilmiştir.

<sup>124</sup>Nordrhein-Westfalen Anayasası, m. 71.

<sup>125</sup>Türk hukuku bağlamında konunun değerlendirilmesi için bkz. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, I. Cilt, s. 51 vd.; GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 28 vd.; GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt I, s. 28 vd.

bulunmaktadır. Bununla birlikte hükümetin faaliyetleri ile idari faaliyetleri kesin çizgilerle birbirinden ayırmak da her zaman mümkün değildir.<sup>126</sup>

Almanya Federal Cumhuriyeti'nde yürütme görev ve yetkisi federal yapıya paralel olarak federal devlet ile federe devletler arasında paylaşılmıştır. Bu paylaşım Federal Anayasa'nın 30., 83. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Aşağıda önce federe devletlerin (1), daha sonra federal devletin yürütme yetkisine (2) değinilecektir. Ancak hemen şunu belirtmek gerekir ki, Federal Anayasa'da yer alan ve aşağıda incelenecek olan yetki dağılımı konusu hem federal devlet hem de federe devletler bakımından bağlayıcıdır. Zira kamu hukukunda yetki kamu düzenindedir. Kamusal yetkilerin bu konuda görevlendirilmiş merciler tarafından kullanılması zorunlu olup, bu mercilerin kendilerine ait bir yetkiyi kullanmaktan tek taraflı olarak vazgeçmeleri veya bu yetkiyi başka bir makama devretmeleri kural olarak mümkün değildir. Aynı şekilde yürütme yetkisinin bu konuda yetkisiz bir makamla birlikte kullanılması da hukuka aykırıdır.<sup>127</sup> Aşağıda görüleceği gibi yürütme yetkisi kullanılırken kimi zaman federal idari makamlar ile federe idari makamlar arasında bir etkileşim olmakla birlikte, kural olarak federe devletlerdeki idare ile federal devlet idaresi hem fonksiyonel hem de organik anlamda birbirlerinden ayrıdır ve bunlar arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki mevcut değildir. Bu nedenle Federal Anayasa'da öngörülen durumlar dışında, yürütme yetkisi kullanılırken bu konuda yetkisiz bir makamın yetkili makamın faaliyetlerine katılması veya onun işlerine müdahale etmesi hukuka aykırılık teşkil edecektir.<sup>128</sup>

### **1. Yürütme Yetkisinin Federe Devletler Tarafından Kullanılması**

Federe devletlerin yürütme yetkisinin kapsamına hem federe kanunların hem de önemli ölçüde federal kanunların uygulanması girmektedir. Federal Anayasa'nın 30. maddesine göre bu Anayasa'da aksine bir düzenlemenin bulunmadığı veya aksine bir düzenleme yapılmasına izin verilmeyen konularda devlete ait yetkilerin kullanılması ve devlete ait ödevlerin yerine getirilmesi görevi federe devletlere aittir. Dolayısıyla yürütme yetkisinin, bu arada idari faaliyetlerin kural olarak federe devletlerde temerküz ettiği söylenebilir. Yürütme yetkisi kural olarak kanunların uygulanması şeklinde

---

<sup>126</sup>MAURER, s. 591 vd.; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 486 vd.

<sup>127</sup>DEGENHART, Staatsrecht I, s. 203; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 497 vd. Türk hukukundaki durum için bkz. GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 450 vd.; GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt I, s. 748 vd.

<sup>128</sup>MAURER, s. 606 vd.

ortaya çıktığından, federe yürütme yetkisi aşağıda federe devlet yasaları (a) ile federal yasaların uygulanması (b) ayırımına paralel olarak incelenecektir. Ancak yukarıda da zikredildiği gibi, yürütme yetkisi her zaman kanunların uygulanması ile sınırlı kalmamaktadır. İşte kanunların uygulanması ile ilgili olmayan yürütme faaliyetleri bağlamında da yetki dağılımına ilişkin genel kurallar uygulama alanı bulur. Yani bu tür faaliyetler de kural olarak federe devletlerin yürütme yetkisi kapsamında kalır.<sup>129</sup>

### **a) Federe Devlet Yasalarının Federe Devletler Tarafından Yürütülmesi**

Federe devlet yasalarının uygulanması konusunda Federal Anayasa'da herhangi bir düzenleme bulunmadığından, Federal Anayasa'nın 30. maddesi bağlamında bu yasaların uygulanması görev ve yetkisi her zaman federe devletlere aittir. Bu bağlamda federal idari makamların federe devletlerin yasama yetkisine giren konularda faaliyette bulunmaları veya bu konularda federe devletlere herhangi bir müdahalede bulunmaları mümkün değildir. Böyle bir durum Federal Anayasa'ya aykırılık teşkil eder.<sup>130</sup>

### **b) Federal Yasaların Federe Devletler Tarafından Yürütülmesi**

Federal yasaların uygulanması görevi de kural olarak, yani Federal Anayasa'da aksine bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde, federe devletlere aittir. Federal kanunların yürütülmesi konusu Federal Anayasa'nın 83. ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Bu maddelerde federal kanunların üç farklı şekilde yürütülebileceği öngörülmektedir. Buna göre federal yasalar ya federe devletler tarafından kendilerine ait bir yetkinin kullanılması şeklinde (*Vollzug der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Angelegenheit / Landeseigenverwaltung*) (aa), ya federal devlet adına federe devletler tarafından (*Vollzug der Bundesgesetze im Auftrag des Bundes / Bundesauftragsverwaltung*) (bb) ya da doğrudan federal devlet tarafından (*Vollzug der Bundesgesetze durch den Bund / Bundeseigene Verwaltung*) yürütülür. Bunlardan ilk ikisi federe devletlerin yürütme yetkisine ilişkin olduğundan bu başlık altında aşağıda incelenecektir. Federal devletin yürütme yetkisi ise bu çalışmanın sistematığına uygun olarak bu başlığa ait bir alt başlık olarak değil, ayrı bir başlık (2) altında incelenecektir.

---

<sup>129</sup>DEGENHART, Staatsrecht I, s. 198.

<sup>130</sup>DEGENHART, Staatsrecht I, s. 198 vd.; MAURER, s. 594 vd.

### **aa) Federe Devletlerin Federal Yasaları Kendi Öz İşleri Şeklinde Yürütmeleri**

Federal Anayasa'nın 83. maddesine göre Federal Anayasa'da aksine bir düzenlemenin bulunmadığı veya aksine bir düzenleme yapılmasına izin verilmediği durumlarda federal yasalar<sup>131</sup> federe devletler tarafından kendilerine ait bir yetkinin kullanılması şeklinde yürütülür. Bu bağlamda federe devletler kendilerine ait yasaları nasıl yürütüyorlarsa, federal yasaları da o şekilde, yani kural olarak federal birimlerin etkisinden uzak bir biçimde yürüteceklerdir. Federal yasaların bu şekilde yürütülmesiyle ilgili daha ayrıntılı hükümler Federal Anayasa'nın 84. maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin 1. fıkrasına göre federal yasaların federe devletler tarafından kendi öz işleri şeklinde yürütüldüğü hallerde, bu işleri yürütecek idari teşkilatın ve bu işlerin yürütülmesinde uyulacak idari usullerin belirlenmesi görevi de federe devletlere aittir. Yani bu işlerin hangi birim tarafından ne şekilde yürütüleceğine federe devletler karar vereceklerdir. Bu konularda federal yasaların farklı bir düzenlemeye yer verdikleri hallerde dahi federe devletler bu yasalardan ayırık düzenlemeler yapabilirler. Ancak istisnaen de olsa federal ülke çapında homojen bir kanuni düzenleme yapılmasına özel bir gereksinim duyulduğu hallerde, federal devlet federe devletlerin uymak zorunda oldukları idari usul kuralları öngörebilir ve federe devletlerin ayırık düzenleme yapabilme yetkilerini kaldırabilir. Böyle bir federal kanuni düzenleme Federal Konseyin onayına tabidir. Ancak bu tür federal yasalarla belediye ve belediye birliklerine yeni bir takım görevlerin yüklenmesi mümkün değildir.<sup>132</sup>

Federal Anayasa'nın 84. maddesinin 2. fıkrasına göre Federal Hükümet Federal Konseyin onayı ile federal kanunların ne şekilde uygulanacağına ilişkin genel düzenleyici işlemler (*allgemeine Verwaltungsvorschriften*) yapabilir. Bu tür düzenleyici işlemler yoluyla federal kanunların farklı federe devletlerde farklı şekillerde uygulanmasının önüne geçilebilecektir.<sup>133</sup> Genel düzenleyici işlemler kanunların uygulanma şekline ilişkin bağlayıcı hükümler içeren, ancak kural olarak idarenin faaliyet alanı dışında herhangi bir hukuki sonuç doğurmayan,<sup>134</sup> genelge, yönerge, sirküler, esas vb. düzenleyici işlemlerdir.<sup>135</sup>

<sup>131</sup>Buradaki *yasa* ibaresi dar anlamda değil geniş anlamda kullanılmış olup, Federal Anayasa ve şekli anlamda kanun da dahil olmak üzere tüm hukuk kurallarını kapsamaktadır, PIEROTH, Art. 83, Rn. 5.

<sup>132</sup>Konu hakkında bkz. ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 493 vd.

<sup>133</sup>KIRCHHOF, Art. 84, Rn. 172.

<sup>134</sup>Federal Anayasa Mahkemesinin 02.03.1999 tarih ve 2 BvF 1/94 sayılı kararı: BVerfGE 100, s. 258.

<sup>135</sup>KIRCHHOF, Art. 84, Rn. 171.

Bu tür düzenleyici işlemlerin federe devletlerin hukuk kuralları ile çatışması halinde, bunlar federe yasalara göre öncelikli olarak uygulanır. Zira Federal Anayasa'nın 31. maddesine göre federal hukuk uygulanma önceliğine sahiptir. Ancak federe devletlerin idari teşkilat ve idari usul konularında federal yasalardan ayrı düzenleme yapma yetkilerini kullanmaları durumunda, artık uygulama kabiliyetinden yoksun kalacak olan federal yasalara dayanılarak çıkarılmış olan genel düzenleyici işlemler de, bu tür düzenleyici işlemlerin dayandığı federal kanuni düzenlemeler gibi uygulanma kabiliyetinden yoksun kalacaklardır.<sup>136</sup>

Federal Anayasa'nın 84. maddesinin 5. fıkrasına göre federal bir kanunla Federal Hükümete federal kanunların uygulanması amacıyla özel ve somut durumlarda kullanılmak üzere talimat verme yetkisi verilebilir. Federal Hükümete talimat verme yetkisi verilmesine ilişkin kanunlar Federal Konseyin onayına tabidir. Somut durumun Federal Hükümet tarafından ivedi olarak nitelendirildiği haller hariç, bu tür talimatlar federe devletlerin en üst idari mercilerine (federe bakanlıklara) yönelik olarak tesis edilir. Dolayısıyla burada federe devletlerin idari teşkilatı ile federal devlet arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki kurulmamaktadır.<sup>137</sup> Anayasada geçen “özel ve somut durumlar” (*besondere Fälle*) ifadesi ile bu yetkinin sadece istisnai hallerde kullanılabileceği ifade edilmek istenmektedir.<sup>138</sup> Bu durumun doğal bir sonucu olarak uygulamada bu tür talimatlara pek rastlanmamaktadır.<sup>139</sup>

Federal kanunların federe devletler tarafından kendi öz işleri şeklinde yürütüldüğü hallerde federal devlet federe devletler üzerinde vesayet yetkisine sahiptir. Bu yetki Federal Hükümet tarafından kullanılabilir. Ancak Federal Anayasa'nın 84. maddesinin 3. fıkrasına göre Federal Hükümet federal kanunların sadece hukuka uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediği konusunda federe devletleri denetleme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla Federal Hükümetin sahip olduğu bu denetim yetkisi yerindelik denetimini kapsamamakta, sadece hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı kalmaktadır.<sup>140</sup> Federal Hükümet vesayet yetkisi kapsamında federe devletlerin en üst idari mercilerine bir görevli gönderme yetkisine sahiptir. En üst idari merciin onayı ile veya böyle bir onay yoksa Federal Konseyin onayı ile daha alt derecedeki

---

<sup>136</sup>KIRCHHOF, Art. 84, Rn. 186 vd.

<sup>137</sup>DEGENHART, Staatsrecht I, s. 198; PIEROTH, Art. 84, Rn. 17.

<sup>138</sup>KIRCHHOF, Art. 84, Rn. 240; PIEROTH, Art. 84, Rn. 16.

<sup>139</sup>MAURER, s. 597; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 198.

<sup>140</sup>DEGENHART, Staatsrecht I, s. 198; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 494.

federe idari mercilere de görevli gönderilebilir.<sup>141</sup> Federal Hükümet yaptığı denetim sonucunda federal kanunların uygulanmasında bir aksaklık tespit ederse, bu aksaklığın giderilmesini ilgili federe devletlerden ister. Federe devletlerin bu aksaklığı gidermemeleri durumunda Federal Hükümet Federal Konseye başvurarak federal kanunların uygulanmasında bir aksaklığın olup olmadığı konusunda bir karar alınmasını talep edebilir. Federe devletlerin de aynı şekilde Federal Konseye başvurma hakları bulunmaktadır. Federal Konseyin bu tür başvurular üzerine verdiği kararlara karşı taraflar Federal Anayasa Mahkemesine başvurabilirler.<sup>142</sup> Federal kanunların uygulanması ile ilgili bir aksaklığın tespitine rağmen bu eksiklik ilgili federe devlet tarafından giderilmezse, bu durumda ilgili federe devlete Federal Anayasa'nın 37. maddesi kapsamında yaptırım uygulanabilir.<sup>143</sup>

### **bb) Federe Devletlerin Federal Yasaları Federal Devlet Adına Yürütmeleri**

Federal yasaların federe devletler tarafından federal devlet adına yürütülebilmesi için bu konuda açık bir düzenlemenin bulunması gerekir. Bu da ya bizzat Federal Anayasa ile<sup>144</sup> ya da Federal Anayasa'nın tanıdığı yetkiye dayanılarak çıkarılan federal bir kanuni düzenleme<sup>145</sup> ile mümkündür. Federal yasaların federal devlet adına yürütülmesi ile bu yasaların federe devletler tarafından federal makamların emir ve talimatları doğrultusunda yürütülmesi kastedilmektedir.<sup>146</sup> Federal makamların somut bir talimatının bulunmadığı durumlarda ise, ilgili yasaların yürütülmesi için gerekli kararlar federal devlet adına doğrudan federe devletler tarafından alınır. Buradan da anlaşılacağı üzere bu tür faaliyetlerde federal devletin federe devletler üzerindeki etkisi daha belirgindir. Federal kanunların federal devlet adına yürütülmesi konusu Federal Anayasa'nın 85. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Federal Konseyin onayına tabi bir federal kanunla aksi durum

<sup>141</sup> Bu denetimin muhatabı her zaman federe devletlerdir. Mahalli idarelerin bu kapsamda denetime tabi tutulması mümkün değildir. Bkz. PIEROTH, Art. 84, Rn. 19.

<sup>142</sup> Federal Anayasa, m. 84/4. Bkz. PIEROTH, Art. 84, Rn. 19.

<sup>143</sup> PIEROTH, Art. 84, Rn. 20 ve Art. 37, Rn. 1 vd.

<sup>144</sup> Örneğin Federal Anayasa'nın 108. maddesinin 3. fıkrasına göre gelirleri tamamen veya kısmen federal devlete ait olan vergilerle ilgili işler bakan federe devletlerin mali idari mercileri federal devlet adına hareket ederler. Benzer bir örnek için bkz. Federal Anayasa, m. 104a/3.

<sup>145</sup> Örneğin Federal Anayasa'nın 87d maddesinin 2. fıkrasına göre Federal Konseyin onayına tabi bir federal kanunla Hava Ulaşımı İdaresinin (*Luftverkehrsverwaltung*) görevleri federal devlet adına yürütülmek üzere federe devletlere devredilebilir. Başka örnekler için bkz. Federal Anayasa, m. 87b/2, m. 87c, m. 89/2, m. 120a.

<sup>146</sup> DEGENHART, Staatsrecht I, s. 200; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 496.

öngörülmediği müddetçe, bu tür faaliyetleri yürütecek idari teşkilatı kurma ve düzenleme yetkisi ile idari usule ilişkin düzenlemeleri yapma yetkisi<sup>147</sup> federe devletlere aittir. Federe devletlerin federal kanunları kendi öz işleri şeklinde yürüttükleri hallerde olduğu gibi burada da Federal Hükümet Federal Konseyin onayından geçmek koşuluyla federal kanunların uygulanmasını gösteren genel düzenleyici işlemler yapabilir. Ayrıca federe devletlerin federal devlet adına hareket ettikleri bu durumlarda Federal Hükümet memur ve sözleşmeli personelin eğitimi konusunda yeknesak düzenlemeler yapma yetkisine sahiptir.

Federal kanunların federal devlet adına federe idari makamlar tarafından yürütüldüğü hallerde, federe makamlar en üst federal idari makamların (federal bakanlıklar) bu konudaki talimatları ile bağlıdırlar. Bu talimatlar Federal Hükümetin ivedi olarak nitelendirdiği durumlar dışında en üst federe idari makamlara hitaben tesis edilirler. En üst federe idari makamlar da bu talimatların uygulanmasını sağlamakla görevlidirler.<sup>148</sup> Federe devletler bu talimatların hukuka veya amaca uygun olup olmadığını sorgulama yetkisine sahip değildirler. Ancak bu tür talimatların Anayasa'ya ve federal yapıya sadakat ilkesine aykırı olmaması, açık ve anlaşılır olması ve bu talimatlar yoluyla bir hakkın kötüye kullanılmaması gerekir.<sup>149</sup> Bu şartları taşımayan talimatlarla federe devletlerin bir hakkının ihlal edilmesi mümkündür ve bu durum ilgili talimatın hükümsüz kalması ile sonuçlanabilir. Federal Anayasa'nın 93. maddesinin 1. fıkrasının 3 numaralı bendine göre bu konuda son sözü söyleme yetkisi Federal Anayasa Mahkemesine aittir.<sup>150</sup> Yani federe devletler bu emir ve talimatlara karşı Federal Anayasa Mahkemesine başvurabilirler. Bu emir ve talimatların federe devletler tarafından uygulanmaması durumunda federal devlet de Federal Anayasa Mahkemesine başvurabilir.<sup>151</sup>

Federal yasaların federal devlet adına federe devletler tarafından yürütüldüğü hallerde federe makamlarla federal makamlar arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki bulunmamaktadır. Federe devletler federal devlet karşısında ayrı bir statüye sahiptirler ve ilgili kanunları icra ederken federal makamların emir ve talimatlarını beklemek durumunda değildirler. Yani bu tür ödevlerin ne şekilde yerine getirileceğine yine federe birimlerce karar verilir. Ancak yetkili

---

<sup>147</sup>Bkz. MAURER, s. 598; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 495 vd.

<sup>148</sup>Federal Anayasa, m. 85/3.

<sup>149</sup>KIRCHHOF, Art. 85, Rn. 72; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 497.

<sup>150</sup>PIEROTH, Art. 85, Rn. 7.

<sup>151</sup>DEGENHART, Staatsrecht I, s. 200 vd.



federal makamlar ilgili kanunların ne şekilde yürütüleceği konusunda karar alma yetkisini kendilerinde toplayabilirler, yani bu kanunların uygulanmasına ilişkin konularda federe devletlere emir ve talimatlar verebilirler. Bu emir ve talimatlar federal kanunların hem hukuka hem de amaca uygun bir şekilde yürütülmesine ilişkin olabilir. Federe makamların bu emir ve talimatlara göre hareket etmeleri ve işlem tesis etmeleri zorunludur. Bu bağlamda tesis edilen idari işlemlere karşı açılacak iptal davalarında husumet ilgili federe devletlere yöneltilir.<sup>152</sup> Zira federal makamların emir ve talimatlarının muhatabı federe makamlar olup, vatandaşların hukuki durumunu etkileyen işlemler federe makamlar tarafından tesis edilmektedir.<sup>153</sup> Ancak bu idari işlemlerin sebebiyet verdiği zararların tazmini talebiyle açılacak tazminat davalarında husumet ilgili emir ve talimatı veren federal devlete yöneltilir.<sup>154</sup>

Federe devletlerin federal makamların emir ve talimatları doğrultusunda faaliyette buldukları bu hallerde federal devlet federe devletler üzerinde vesayet yetkisi ile donatılmıştır. Bu yetki hem hukuka uygunluk hem de yerindelik denetimini kapsamaktadır. Federal Hükümet bu bağlamda gerekli gördüğü raporların veya ilgili işlem dosyalarının federe birimler tarafından kendisine sunulmasını isteyebilir. Ayrıca Federal Hükümet federal kanunların yürütülmesini denetlemek amacıyla tüm federe idari birimlere bir görevli gönderme yetkisine de sahiptir.<sup>155</sup>

## **2. Yürütme Yetkisinin Doğrudan Federal Devlet Tarafından Kullanılması**

Federal Anayasa'nın 83. maddesi<sup>156</sup> karşısında federal kanunların yine federal devlet tarafından uygulanabilmesi için Federal Anayasa'da bu yönde açık bir düzenlemenin bulunması gerekir. Federal Anayasa kimi zaman federal kanunların bizzat federal devletin kendisi tarafından uygulanmasını emretmekte,<sup>157</sup> kimi zaman da federal kanun koyucuya bu yönde bir karar alma yetkisi tanımaktadır.<sup>158</sup> Federal Anayasa'nın 86. maddesine göre federal

---

<sup>152</sup>ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 496; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 200.

<sup>153</sup>KIRCHHOF, Art. 85, Rn. 62.

<sup>154</sup>MAURER, s. 602.

<sup>155</sup>Federal Anayasa, m. 85/4.

<sup>156</sup>Maddenin içeriği için bkz. 131. dipnotun bulunduğu yer.

<sup>157</sup>Örneğin Federal Anayasa'nın 87. maddesinin 1. fıkrasına göre Dışişleri kendi idari teşkilatı yoluyla federal idare tarafından yürütülür. Başka örnekler için bkz. m. 87/1 (1. cümle), m. 87/2, m. 87b/1, m. 108/1.

<sup>158</sup>Örneğin Federal Anayasa'nın 87. maddesinin 1. fıkrasına göre federal bir kanunla federal sı-

kanunların federal devlet idaresi tarafından veya federal devlete doğrudan bağlı kamu kurum veya kuruluşları tarafından yürütüldüğü hallerde, kanunlarda özel bir düzenleme yer almadığı müddetçe, kanunların uygulanmasını gösteren genel düzenleyici işlemler Federal Hükümet tarafından yapılır. Aynı şekilde kanunlarda aksine bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda idari teşkilatın kuruluş ve yapılına ilişkin düzenlemeler de Federal Hükümet tarafından yapılır.

Federal devletin yürütme yetkisini haiz olduğu konularda bu yetki ya doğrudan federal idare ya da dolaylı federal idare şeklinde kullanılmaktadır. Doğrudan federal idare (*unmittelbare Bundesverwaltung*) yürütme yetkisinin doğrudan doğruya federal idari merciler tarafından kullanılmasıdır. Yani bu hallerde bir takım idari faaliyetler federal devletin bizzat kendisi tarafından yürütülür. Bu tür idari faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda husumet doğrudan federal devlete yöneltilir.<sup>159</sup> Doğrudan federal idarede bir kamu hizmetini yürüten idari birimlerin denetimi vesayet denetimi yoluyla değil, hiyerarşik denetim yoluyla olur. Federal idari merciler doğrudan bir federal bakanlığa bağlı olduklarından, federal bakanlar kendilerine bağlı olan bu mercilere her türlü emir ve talimat verebilir ve onların işlemlerini denetleyebilirler. Bu yetki tabii olarak hem hukuka uygunluk denetimini hem de yerindelik, yani amaca uygunluk denetimini kapsar.<sup>160</sup>

Doğrudan federal idare değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Kimi federal idari merciler taşra teşkilatı olarak adlandırılabilirler orta ve alt derece idari teşkilata sahiptirler. Örneğin Federal Anayasa'nın 87. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesine göre Dışişleri Teşkilatı (*der Auswärtige Dienst*), Federal Mali İdaresi (*Bundesfinanzverwaltung*) ile Federal Su Yolları ve Deniz Taşımacılığı İdaresi (*Verwaltung der Bundeswasserstraßen und der Schifffahrt*) kendi taşra teşkilatına sahiptir. Bazı federal idari merciler ise taşra teşkilatına sahip olmayan merkezler şeklinde yapılandırılmışlardır. Örneğin Federal Anayasa'nın 87. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre federal bir yasayla kolluk alanında bilgi ve istihbarat toplama konularında faaliyet gösteren merkezler, kriminal polis merkezleri ve anayasal düzeni koruma amacıyla bilgi ve belge toplayan merkezler kurulabilir. Bu merkezlerin

---

nir koruma idareleri (*Bundesgrenzschutzbehörden*) oluşturulabilir. Başka örnekler için bkz. m. 87/1 (2. cümle), m. 87/3, m. 90/3, m. 120a.

<sup>159</sup> DEGENHART, Staatsrecht I, s. 201 vd.; ZIPPELIUS / WÜRTENBERGER, s. 490 vd.; MAURER, s. 602 vd.

<sup>160</sup> MAURER, s. 603.

görevleri faaliyet alanlarına giren konularda gerekli koordinasyonu sağlamakla sınırlıdır.<sup>161</sup> Kimi federal idari merciler de özerk bir statüye sahiptirler. Federal Anayasa'nın 87. maddesinin 3. fıkrasına göre federal devletin yasama yetkisini haiz olduğu konularda federal bir kanunla özerk üst idari merciler (*selbständige Bundesoberbehörden*) kurulabilir. Bu idari merciler doğrudan doğruya federal bir bakanlığa bağlı olmakla birlikte, bakanlıklardan ayrı bir teşkilata sahiptirler. Federal bakanlıkların bu idari mercilere emir ve talimat verme yetkileri değişik ölçülerde sınırlandırılabilir. Ancak bu idari merciler yine de bağlı buldukları bakanlıkların hiyerarşik denetimine tabidirler. Bunların ayrı bir tüzel kişiliği ve taşra teşkilatı bulunmamakta ve faaliyet alanlarına giren konularda tüm federal ülkede faaliyet yürütmektedirler. Özerk üst idari mercilere Federal Kartel Dairesi (*Bundeskartellamt*), Federal İstatistik Dairesi (*Statistisches Bundesamt*) ve Federal İdari Daire (*Bundesverwaltungsamt*) örnek gösterilebilir.<sup>162</sup>

Dolaylı federal idare (*mittelbare Bundesverwaltung*) yürütme yetkisinin doğrudan federal devlet tarafından değil, federal devlete bağlı bir takım kamu tüzel kişileri tarafından kullanılmasıdır. Bunlar federe devletlere değil, doğrudan federal devlete bağlı olarak faaliyet gösterirler. Bu nedenle bunlara doğrudan federal devlete bağlı (*bundesunmittelbare*) kamu tüzel kişileri de denmektedir.<sup>163</sup> Örneğin Federal Anayasa'nın 87. maddesinin 2. fıkrasına göre yetki çevresi bir federe devlet bölgesini aşan sosyal sigorta kurumları doğrudan federal devlete bağlı kamu tüzel kişileri olarak yönetilir. Aynı şekilde Federal İş Ajansı (*Bundesagentur für Arbeit*) da federal devlete bağlı, ancak ayrı bir tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumudur.<sup>164</sup> Bu tür kamu tüzel kişilerinin yaptıkları faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda husumet federal devlete değil, bu kamu tüzel kişilerine yöneltilir. Doğrudan federal devlete bağlı kamu tüzel kişileri federal devletin vesayet denetimine tabidirler. Bu denetim kural olarak hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır.<sup>165</sup>

---

<sup>161</sup>PIEROTH, Art. 87, Rn. 5.

<sup>162</sup>PIEROTH, Art. 87, Rn. 8; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 492; DETTERBECK, s. 58 vd.

<sup>163</sup>DEGENHART, Staatsrecht I, s. 201; MAURER, s. 602 vd.; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 493; DETTERBECK, s. 59.

<sup>164</sup>ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 493.

<sup>165</sup>ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 493; MAURER, s. 603.

### **C. Yargı Yetkisi**

Federal Anayasa'nın 30. maddesi yargılama yetkisi bağlamında da uygulama alanı bulmaktadır. Yani Federal Anayasa'da aksine bir düzenlemenin bulunmadığı veya aksine düzenleme yapılmasına izin verilmediği hallerde yargı yetkisi federe devletlere aittir.<sup>166</sup> Bu genel düzenlemenin yanında Federal Anayasa'nın 92. ve devamı maddelerinde yargı yetkisinin kullanımına ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Federal Anayasa'nın 92. maddesine göre yargı yetkisi Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*), Federal Anayasa'da öngörülen federal mahkemeler (*Bundesgerichte*) ve federe devletlere ait mahkemeler (*Gerichte der Länder*) tarafından kullanılır. Bu mahkemeler yargı yetkisini kullanırken hem federal hem de federe hukuk kurallarını uygulayacaklardır.<sup>167</sup> Ancak şunu belirtmek gerekir ki, mahkemelerin yargılama faaliyetlerini ne şekilde yürütecekleri hususu genel olarak federal hukuk kuralları ile belirlenmiştir. Yukarıda da değinildiği gibi,<sup>168</sup> Federal Anayasa'nın 74. maddesinin 1. fıkrasının 1 numaralı bendine göre medeni hukuk, ceza hukuku, yargı örgütünün düzenlenmesi ve tutukluluğun infazına ilişkin işler hariç olmak üzere yargılama usulüne ilişkin konular federal devlet tarafından doğrudan doğruya düzenlenebilecek konular arasında yer alır. Federal devlet bu konularda Anayasa'dan aldığı yetkiyi kullanmış ve gerekli kanuni düzenlemeleri yapmıştır. Yine Federal Anayasa'nın 108. maddesine göre vergi yargısı federal kanunlarla yeknesak bir şekilde düzenlenir. Dolayısıyla federal kanuni düzenlemeler gerek federal, gerekse federe yargı mercileri tarafından yürütülen yargısal faaliyetler üzerinde son derece önemli bir etkiye sahiptir. Federal devletin sahip olduğu bu geniş yasama yetkisi dikkate alındığında federe devletler ancak federe mahkemelerin yargı çevrelerinin belirlenmesine, federe mahkemelerin yapısına ve federe mahkemelerde görev yapacak personele ilişkin konularda faaliyette bulunabileceklerdir.<sup>169</sup>

Az önce de ifade edildiği gibi, Federal Anayasa'nın 92. maddesi yargı yetkisinin federal ve federe mahkemeler tarafından kullanılacağını öngörmektedir. Federal Anayasa'nın yargı mercileri arasında yaptığı bu ayrım göreve göre değil, mahkemelerin sahip oldukları fonksiyona göre yapılmıştır. Federal mahkemeler yüksek mahkemeler olup, kural olarak federe mahkeme

---

<sup>166</sup>DEGENHART, Staatsrecht I, s. 209; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 438.

<sup>167</sup>ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 438.

<sup>168</sup>Bkz. 76. dipnotun bulunduğu paragraf.

<sup>169</sup>MAURER, s. 616.

kararlarına karşı yapılan kanun yolu başvurularını karara bağlarlar. Bununla birlikte bu yüksek mahkemeler az da olsa bazen ilk derece mahkemesi olarak da görev yaparlar.<sup>170</sup> Anayasa'nın yaptığı bu ayırmadan hareketle aşağıda önce federal mahkemelere (1) değinilecek, daha sonra federe devlet mahkemeleri (2) ele alınacaktır.

### **1. Federal Mahkemeler**

Federal mahkemeler Federal Anayasa ile belirlenmiştir. Bu mahkemelerden en önemlisi Federal Anayasa'nın 93. ve 94. maddelerinde düzenlenen Federal Anayasa Mahkemesidir. Federal Anayasa Mahkemesinin görevleri Federal Anayasa'nın 93. maddesinde ve Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'da (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*) gösterilmiştir. Buna göre Federal Anayasa Mahkemesinin en önemli görevleri şunlardır: Anayasal organlar arasındaki uyuşmazlıkları karara bağlamak; federal sistemin işleyişi bağlamında federal devlet ile federe devletler arasında, federe devletlerin kendi aralarında ve federe devletlerin iç ilişkilerinde ortaya çıkan uyuşmazlıkları karara bağlamak; soyut norm denetimi yoluyla federal ve federe hukuk kurallarının Federal Anayasa'ya ve federe hukuk kurallarının federal hukuk kurallarına uygunluğunu denetlemek; somut norm denetimi yoluyla federal kanunların Federal Anayasa'ya uygunluğunu ve federe kanunların Federal Anayasa ile federal kanunlara uygunluğunu denetlemek; Federal Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükler ile diğer hakların ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruları (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>171</sup> karara bağlamak; Federal Anayasa'nın 28. maddesi ile mahalli idarelere tanınan özerklik hakkının kanuni bir düzenleme yoluyla ihlal edildiği iddiasıyla mahalli idareler tarafından yapılan bireysel başvuruları karara bağlamak.<sup>172</sup>

Federal Anayasa Mahkemesi dışında kalan federal mahkemelerden bazıları varlığını bizzat Federal Anayasa'dan almaktadır. Bunlar federal yüksek mahkemeler (*oberste Gerichtshöfe des Bundes*) olarak da adlandırılmaktadır. Federal Anayasa'nın 95. maddesine göre federal devlet tarafından adli, idari, vergi, iş ve sosyal yargı kollarında yüksek mahkeme olarak faaliyet

---

<sup>170</sup>Federal Anayasa Mahkemesinin 10.06.1958 tarih ve 2 BvF 1/56 sayılı kararı: BVerfGE 8, s. 178; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 209; ZIPPELIUS / WÜRTENBERGER, s. 440; MAURER, s. 618. Örnek olarak bkz. İdare Mahkemeleri Kanunu (*Verwaltungsgerichtsordnung*), m. 50; Sosyal Mahkemeler Kanunu (*Sozialgerichtsgesetz*), m. 39.

<sup>171</sup>Bu ifade *anayasal şikayet* anlamına gelse de, Türk hukukundaki kullanıma paralel olarak burada *bireysel başvuru* ifadesi tercih edilmiştir.

<sup>172</sup>6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 46. maddesinin 2. fıkrasına göre Türk hukukunda kamu tüzel kişileri bireysel başvuruda bulunamazlar. Konu hakkında bkz. MURATOĞLU, s. 770 vd.

göstermek üzere Federal Yüksek Mahkeme (*Bundesgerichtshof*),<sup>173</sup> Federal İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*), Federal Vergi Mahkemesi (*Bundesfinanzhof*), Federal İş Mahkemesi (*Bundesarbeitsgericht*) ve Federal Sosyal Mahkeme (*Bundessozialgericht*) kurulur. Görüldüğü gibi bu düzenleme ile beş farklı yargı kolu kurulmuş ve bu yargı kollarından her birinin hangi federal yüksek mahkemeye bağlı olarak çalışacağı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda zikredilen federal yüksek mahkemelerin dışında bazı federal mahkemelerin kurulması konusunda Federal Anayasa federal kanun koyucuya takdir yetkisi tanımıştır. Federal Anayasa'nın 96. maddesinin 1. fıkrasına göre federal devlet tarafından sınıai ve ticari hakların korunması konularında Federal Yüksek Mahkemeye bağlı olarak faaliyet gösteren bir federal mahkeme kurulabilir. Anayasa'nın verdiği bu yetkiye istinaden Federal Patent Mahkemesi (*Bundespatentgericht*) kurulmuştur. Federal Anayasa'nın 96. maddesinin 2. fıkrasına göre ulusal savunma hallerinde federal askeri ceza mahkemeleri (*Wehrstrafgerichte*) kurulabilir. Son olarak Federal Anayasa'nın 96. maddesinin 4. fıkrasına göre federal devlete kamu hukuku bağıyla bağlı olan görevlilerin disiplin ve şikayet işlerini karara bağlamak üzere federal mahkemeler kurulabilir. Bu bağlamda asker kişilerin disiplin işleri ile ilgili olarak faaliyet gösteren askeri birlik disiplin mahkemeleri (*Truppendienstgerichte*) kurulmuştur. Bu disiplin mahkemeleri Federal İdare Mahkemesine bağlı olarak çalışmaktadır.<sup>174</sup>

Federal Anayasa'nın 95. maddesi ile beş farklı yargı kolu kurulup her bir yargı kolunun tepesinde görev yapacak federal yüksek mahkeme belirlendikten sonra, aynı maddenin 3. fıkrası ile bu farklı yargı kolları arasında içtihat birliğinin sağlanabilmesi için Ortak Daire (*Gemeinsamer Senat*) adı altında bir kurulun oluşturulması öngörülmüştür. Federal yüksek mahkemelerden biri hukuki bir konuda bir başka federal yüksek mahkemenin bir kararından veya Ortak Dairenin o konudaki bir kararından ayrılmak isterse, öncelikle Ortak Daireye başvurmak durumundadır. Ortak Dairenin böyle bir başvuru üzerine vereceği karar yerleşik içtihatlardan farklı yönde bir karar vermek isteyen federal yüksek mahkemeyi bağlar. Yani bir konuda daha önce oluşturulmuş içtihatlardan farklı yönde bir içtihat geliştirebilmek için Ortak Dairenin buna açıkça izin vermesi gerekir. Ortak Daire federal yüksek

---

<sup>173</sup>Bu ifade Türkçeye *Federal Yargıtay* olarak da tercüme edilmektedir. Bkz. KIYGI, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil II, Deutsch – Türkisch: Bundesgerichtshof; KÖBLER, Rechtstürkisch: Bundesgerichtshof.

<sup>174</sup>Bkz. JACHMANN, Art. 96, Rn. 10, 48, 24.

mahkemelerin başkanları ile içtihat değişikliği talebinin tarafı olan dava dairelerinin başkan ve birer üyesinden oluşur, merkezi *Karlsruhe* kentindedir. Taraf dava dairelerinden kasıt, farklı bir içtihat geliştirmek isteyen ve bu amaçla Ortak Daireye başvuran federal yüksek mahkemenin ilgili dava dairesi ile bu dava dairesinin ayrılmak istediği içtihadın sahibi olan federal yüksek mahkemenin ilgili dava dairesidir<sup>175</sup>.

Federal mahkemeler bağlamında şu hususa da işaret etmek gerekir ki, Almanya'da farklı yargı kollarında faaliyet gösteren yargı mercileri arasında ortaya çıkan görev uyumsuzluklarını çözüme bağlamak üzere bizdeki gibi Uyuşmazlık Mahkemesi benzeri bir yapılanmaya yer verilmemiştir. Alman Yargı Teşkilatı Kanunu'nun (*Gerichtsverfassungsgesetz*) 17a maddesine göre bir mahkeme kendisi nezdinde açılan bir davada kendisinin görevli olduğuna karar verir ve bu karar kesinleşirse, diğer mahkemeler bu kararla bağlı olacaktır. Davanın görevsiz bir mahkemede açılmış olması durumunda ise, ilgili mahkeme tarafları dinledikten sonra re'sen görevsizlik kararı verecek ve dava dosyasını ilgili yargı kolundaki görevli mahkemeye gönderecektir. Görevsizlik kararı veren mahkemenin bu kararı görevli yargı kolunun belirlenmesi bağlamında belirleyicidir ve dava dosyası kendisine gönderilen mahkemeyi bağlar. Yani dava dosyası kendisine gönderilen mahkeme görevsizlik veya yetkisizlik gerekçesiyle kendisine gelen dava dosyasını kendisiyle aynı yargı kolunda faaliyet gösteren başka bir mahkemeye gönderebilir, ancak dava dosyasını başka bir yargı kolundaki bir mahkemeye gönderemez.<sup>176</sup> Dolayısıyla farklı yargı kolları arasında görev uyumsuzluğu çıkmadığı için Uyuşmazlık Mahkemesi benzeri bir yapılanmaya da ihtiyaç duyulmamıştır. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, mahkemelerin görevsizlik ve dava dosyasının başka bir mahkemeye gönderilmesine ilişkin kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulması mümkündür. Görevsizlik kararı kesinleştikten sonra dava dosyası kendisine gönderilen mahkeme, görevli yargı kolu bağlamında bu kararla bağlı olacaktır. Ancak görevsizlik kararı veren mahkemenin bu kararı keyfi olarak almış olması, örneğin başka bir yargı merciine gönderme kararının hiçbir kanuni dayanağının olmaması ve bu nedenle bu kararın açıkça hatalı olması durumunda, böyle bir bağlayıcılık söz konusu olmayacaktır.<sup>177</sup> Bunun dışında kalan hallerde görevsizlik kararı hatalı veya kanuna aykırı bile olsa, bu karar kesinleştikten sonra görevli

<sup>175</sup>Bkz. Federal Yüksek Mahkemelerin İchtihatlarında Birliğin Sağlanması Hakkında Kanun (*Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes*).

<sup>176</sup>WITTSCHIER, § 17a GVG, Rn. 10.

<sup>177</sup>ZIMMERMANN, § 17a GVG, Rn. 19.



yargı kolunun belirlenmesi bağlamında tüm mahkemeler açısından bağlayıcı bir etkiye sahip olacaktır.<sup>178</sup> Gerçi bu kanuni düzenleme Yargı Teşkilatı Kanunu'nda yer almakta ve bu kanun aşağıda görüleceği gibi sadece adli yargı teşkilatına ilişkin hükümler içermektedir. Ancak diğer yargı kollarını düzenleyen kanunların Yargı Teşkilatı Kanunu'nun bu hükmüne yaptıkları atıf nedeniyle, bu hüküm anayasa yargısı hariç diğer tüm yargı kollarındaki mahkemeler açısından da geçerlidir.<sup>179</sup>

## **2. Federe Devlet Mahkemeleri**

Federal mahkemeler Federal Anayasa'da yer alanlar ve Federal Anayasa'nın kurulmasına izin verdiği mahkemelerle sınırlı olup bunlar yukarıda zikredilmiştir. Bunların dışında kalan tüm mahkemeler federe devletlere ait mahkemelerdir. Federe mahkemelerin başında federe anayasa mahkemeleri<sup>180</sup> gelmektedir. Almanya Federal Cumhuriyeti'ni oluşturan 16 federe devletin her birinin kendine ait bir anayasa mahkemesi bulunmaktadır. Federe devletlerin anayasa mahkemelerinin yapısı, görev ve yetkileri federe anayasalarda ve federe devlet kanunlarında gösterilmiştir. Bu düzenlemelerin farklılığı nedeniyle bu konuda federe devletler arasında bir uygulama birliği bulunmamaktadır.<sup>181</sup> Nordrhein-Westfalen Federe Devleti'nde Federe Anayasa Mahkemesine ilişkin düzenlemeler Federe Anayasa'nın 75. ve 76. maddeleri ile Nordrhein-Westfalen Federe Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'da (*Gesetz über den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen*) yer almaktadır. Bu düzenlemelere göre Nordrhein-Westfalen Federe Anayasa Mahkemesinin başlıca görevleri şunlardır: Federe anayasal organlar arasındaki uyumsuzlukları karara bağlamak; soyut norm denetimi yoluyla federe hukuk kurallarının Nordrhein-Westfalen Anayasası'na uygunluğunu denetlemek; somut norm denetim yoluyla federe kanunların Nordrhein-Westfalen Anayasası'na uygunluğunu denetlemek; Nordrhein-Westfalen Anayasası'nda yer alan mahalli idarelerin özerklik haklarına ilişkin hükümlerin federe hukuk kuralları tarafından ihlal edildiği iddiasıyla mahalli idareler tarafından yapılan

---

<sup>178</sup>WITTSCHIER, § 17a GVG, Rn. 9.

<sup>179</sup>ZIMMERMANN, § 17a GVG, Rn. 2. Yargı Teşkilatı Kanunu'nun (*Gerichtsverfassungsgesetz*) 17a maddesine yapılan atıflar için bkz. İdare Mahkemeleri Kanunu, m. 83; Vergi Mahkemeleri Kanunu (*Finanzgerichtsordnung*), m. 70; Sosyal Mahkemeler Kanunu, m. 98; İş Mahkemeleri Kanunu (*Arbeitsgerichtsgesetz*), m. 48.

<sup>180</sup>Federe anayasa mahkemeleri için farklı federe devletlerde farklı isimler kullanılmaktadır. Bunlar şöyledir: Verfassungsgericht, Landesverfassungsgericht ve Verfassungsgerichtshof.

<sup>181</sup>Federe devlet anayasa mahkemelerine kısa bir bakış için bkz. DEGENHART, Staatsrecht I, s. 356 vd.

bireysel başvuruları karara bağlamak.<sup>182</sup>

Federe devletlerin anayasa mahkemeleri ile Federal Anayasa Mahkemesi arasında bir altlık üstlük ilişkisi bulunmamaktadır. Bunlar kural olarak birbirlerinden bağımsız olarak faaliyet gösterirler. Anayasa mahkemelerinin yaptıkları yargılama faaliyetlerine esas teşkil eden ölçüt norm kural olarak Federal Anayasa Mahkemesi açısından Federal Anayasa; federe anayasa mahkemeleri açısından ise, ilgili federe devlet anayasasıdır. Ancak kimi durumlarda Federal Anayasa Mahkemesinin bir konuda karar verebilmesi için ilgili federe devlet hukukunun ele alınması ve değerlendirilmesi gerekir. Bu tür durumlarda bir federe devlet hukuku hakkında ilgili federe anayasa mahkemesinin geliştirdiği içtihatlar Federal Anayasa Mahkemesi için bağlayıcı olabilirler.<sup>183</sup> Zira federe hukuk kurallarının yorumlanması görev ve yetkisi öncelikli olarak ilgili federe devletin yargı mercilerine aittir. Bu durum federal ve federe anayasa mahkemelerinin bağımsızlıklarının doğal bir sonucudur. Aynı şekilde federe anayasa mahkemeleri de bir konuda karar verirken bazen federal hukuk kurallarını uygulamak durumunda kalabilirler. Örneğin Federal Anayasa'nın bazı hükümleri bazı federe devlet anayasalarına aynen alınmıştır. Federe devletlerin anayasa mahkemeleri bu hükümler bağlamında bir karar verirken doğal olarak Federal Anayasa'yı yorumlayacaklardır.<sup>184</sup> İşte bu noktada farklı anayasa mahkemeleri arasında Federal Anayasa'ya ilişkin farklı içtihatların oluşumunun önlenmesi federal sistemin işleyişi açısından son derece önemlidir. Federal Anayasa Mahkemesi ile federe anayasa mahkemeleri arasında bu tür bir içtihat birliği Federal Anayasa'nın 100. maddesinin 3. fıkrası ile garanti altına alınmıştır. Buna göre bir federe devlet anayasa mahkemesi Federal Anayasa'nın bir hükmünü yorumlarken Federal Anayasa Mahkemesinin veya başka bir federe anayasa mahkemesinin bu konudaki bir kararından ayrılmak isterse, önce Federal Anayasa Mahkemesine başvurmak ve bu mahkemeden uygun bir karar almak durumundadır. Yani federe anayasa mahkemeleri Federal Anayasa Mahkemesinin izni olmadan Federal Anayasa'nın bir hükmü hakkında diğer anayasa mahkemelerinden farklı bir içtihat geliştiremezler.<sup>185</sup> Bu hüküm aynı zamanda federe anayasa mahkemelerinin Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarının değiştirilebilmesi

---

<sup>182</sup>Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DIETLEIN, s. 98 vd.

<sup>183</sup>MAUNZ, Art. 100, Rn. 49; Federal Anayasa Mahkemesinin 06.02.1956 tarih ve 2 BvH 1/55 sayılı kararı: NJW 1956, s. 905.

<sup>184</sup>MAUNZ, Art. 100, Rn. 49.

<sup>185</sup>MAUNZ, Art. 100, Rn. 50 vd.; PIEROTH, Art. 100, Rn. 21 vd.

için gerekli süreci başlatabilecekleri anlamına da gelmektedir.<sup>186</sup>

Federal Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine verdiği kararlar federe anayasa mahkemeleri açısından bağlayıcıdır. Federal Anayasa'nın 93. maddesinin 1. fıkrasının 4a numaralı bendine göre kamu gücü kullanan tüm makamların işlemlerine karşı Federal Anayasa'da ifade edilen temek hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla Federal Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilir. Federe anayasa mahkemeleri de kamu gücü kullandıklarına göre bunların kararlarına karşı da bireysel başvuru yoluna başvurulabilir.<sup>187</sup> İşte böyle bir başvuru bağlamında Federal Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlara federe anayasa mahkemelerinin uyması ve bu mahkemelerin bu kararlar doğrultusunda yargılama faaliyetlerini yürütmeleri gerekir.<sup>188</sup>

Federe anayasa mahkemeleri dışında kalan federe mahkemeler Federal Anayasa'nın 95. maddesi ile belirlenen beş farklı yargı kolundan birine bağlı olarak faaliyette bulunurlar. Bu yargı kollarını düzenleyen ilgili kanunlarda bu yargı kollarına bağlı olarak hangi mahkemelerin kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Yargı Teşkilatı Kanunu'nun 12. maddesine göre adli yargı teşkilatı sulh mahkemeleri (*Amtsgerichte*), asliye mahkemeleri (*Landgerichte*), federe yüksek mahkemeler (*Oberlandesgerichte*) ve Federal Yüksek Mahkemeden oluşmaktadır. İşte Federal Yüksek Mahkeme dışında kalan diğer adli yargı mahkemeleri federe devlet mahkemeleridir. Adli yargı mercileri bizde olduğu gibi hem ceza hem de hukuk işlerine bakarlar. Adli yargı teşkilatının en alt tabakasında yer alan mahkemeler sulh mahkemeleridir. Sulh mahkemeleri tarafından verilen kararlar kural olarak tek hakimle alınır. Yargı Teşkilatı Kanunu'nun sulh mahkemelerini görevlendirdiği konularda açılan davalarla asliye mahkemelerinin görev alanına girmeyen ve uyuşmazlık konusu miktar 5000 Euro'yu aşmayan özel hukuk davaları sulh mahkemelerinde görülür. Sulh mahkemeleri tarafından karara bağlanan özel hukuk işlerinin başında aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile vesayet işleri gelmektedir. Bu kapsamda kalan davalara ayrı bir mahkeme statüsü bulunmayan ve sulh mahkemesine bağlı bir birim olarak görev yapan aile mahkemeleri (*Familiengerichte*) ile vesayet mahkemeleri (*Betreuungsgerichte*) bakarlar.<sup>189</sup> Sulh mahkemelerinin ceza hukuku alanındaki görevleri Yargı Teşkilatı Kanunu'nun 24. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre asliye veya

---

<sup>186</sup>MAUNZ, Art. 100, Rn. 49.

<sup>187</sup>MAUNZ, Art. 93, Rn. 69.

<sup>188</sup>DIETLEIN, s. 99.

<sup>189</sup>Yargı Teşkilatı Kanunu, m. 22, 23, 23a, 23b, 23c.

federe yüksek mahkemelerin görev alanına girmeyen ceza davaları sulh mahkemeleri tarafından karara bağlanır. Sulh mahkemelerinin dört yıldan fazla hapis cezası verme yetkileri bulunmamaktadır. Sulh mahkemelerinin ceza hukuku alanındaki kararları bir ceza hakimi veya bir ceza hakimi ile iki fahri hakimden (*Schöffen*) oluşan bir heyet (*Schöffengericht*) tarafından verilir. Çocuklarla ilgili suçlardan kaynaklanan ceza davalarından bir çocuk hakimi (*Jugendrichter*) veya bir çocuk hakimi ile iki fahri hakimden oluşan bir heyet (*Jugendschöffengericht*) tarafından karara bağlanacak olanlar da çocuk mahkemesi (*Jugendgericht*) sıfatıyla sulh mahkemelerinde görülür.<sup>190</sup>

Adli yargı kolundaki önemli mahkemelerden biri olan asliye mahkemeleri hukuk ve ceza kurullarından oluşur. Bizdeki gibi birinci, ikinci, üçüncü asliye hukuk ve asliye ceza mahkemesi benzeri bir teşkilatlanma bulunmamaktadır. Bunun yerine bir asliye hukuk mahkemesi nezdinde yeteri kadar hukuk ve ceza kurulu oluşturulmaktadır. Kanunda belirtilen konularla sulh mahkemelerinin ve federe yüksek mahkemelerin görev alanına girmeyen tüm özel hukuk uyuşmazlıkları ilk derece mahkemesi olarak asliye mahkemelerinin görev alanına girmektedir. Ayrıca sulh mahkemelerinin özel hukuk alanında verdikleri kararlara karşı yapılan istinaf (*Berufung*) ve itiraz (*Beschwerde*) başvuruları, bu başvurular federe yüksek mahkemenin görev alanına girmediği müddetçe, asliye mahkemeleri hukuk kurulları tarafından karara bağlanır.<sup>191</sup> Asliye mahkemeleri nezdinde ticari işlere bakmak üzere bir ticaret kurulu (*Kammer für Handelssachen*) oluşturulabilmektedir.<sup>192</sup> Sulh mahkemeleri ile federe yüksek mahkemenin görev alanına girmeyen suçlarla ilgili davalara ilk derece mahkemesi sıfatıyla asliye mahkemeleri nezdindeki ceza kurulları bakar. Ayrıca sulh mahkemelerinin ceza davaları bağlamında verdikleri kararlara karşı yapılan istinaf ve itiraz başvuruları asliye mahkemelerinin ceza kurulları tarafından karara bağlanır.<sup>193</sup> Sulh mahkemelerinde olduğu gibi asliye mahkemelerinde de çocuklara ilişkin suçlara bakmak üzere kurulan bir çocuk kurulu (*Jugendkammer*) çocuk mahkemesi olarak görev yapar.<sup>194</sup> Bu kurul kimi suçlara karşı ilk derece mahkemesi olarak görev yaparken, kimi durumlarda da sulh mahkemelerince

---

<sup>190</sup>Yargı Teşkilatı Kanunu, m. 26; Çocuk Mahkemeleri Kanunu (*Jugendgerichtsgesetz*), m. 33 vd. *Jugend* ifadesi günlük dilde daha çok *genç* anlamında kullanılsa da 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 3. maddesi bağlamında bu terimin *çocuk* olarak tercüme edilmesi daha uygun görülmüştür.

<sup>191</sup>Yargı Teşkilatı Kanunu, m. 60, 71, 72.

<sup>192</sup>Yargı Teşkilatı Kanunu, m. 93-114.

<sup>193</sup>Yargı Teşkilatı Kanunu, m. 73, 74.

<sup>194</sup>Yargı Teşkilatı Kanunu, m. 74b; Çocuk Mahkemeleri Kanunu, m. 33.

çocuklarla ilgili suçlar bağlamında verilen kararlara karşı istinaf mercii olarak görev yapar.<sup>195</sup> Ticari suçlara bakmak üzere asliye mahkemeleri nezdindeki bir ceza kurulu ticaret ceza kurulu (*Wirtschaftsstrafkammer*) olarak görev yapar.<sup>196</sup> Asliye mahkemeleri ceza kurulları nezdinde fahri hakimler de görev yaparlar.<sup>197</sup>

Federe devletlerin adli yargı kolundaki en yüksek mahkemeleri federe yüksek mahkemelerdir. Bir federe devlette birden fazla federe yüksek mahkeme kurulabilir. Bu mahkemeler de diğer adli yargı mercileri gibi hem hukuk hem de ceza işlerine bakarlar. Bu işler hukuk ve ceza daireleri (*Zivil- und Strafsenate*) tarafından görülür. Federe yüksek mahkemeler hukuk ile ilgili bazı konularda ilk derece mahkemesi olarak görev yaparlar,<sup>198</sup> ancak daha çok sulh mahkemelerinin Yargı Teşkilatı Kanunu'nun 119. maddesi kapsamında kalan kararlarına karşı yapılan itirazları ve asliye mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan itiraz ve istinaf başvurularını karara bağlarlar. Federe yüksek mahkemelerin ceza daireleri hem bazı ceza davaları açısından ilk derece mahkemeleri olarak görev yapar, hem de asliye ve sulh mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan temyiz ve itiraz başvurularını karara bağlarlar.<sup>199</sup>

İdari yargı kolunda Federal İdare Mahkemesine bağlı olarak çalışan federe mahkemeler idare mahkemeleri (*Verwaltungsgerichte*) ile yüksek idare mahkemeleridir (*Oberverwaltungsgericht / Verwaltungsgerichtshof*). İdare mahkemeleri ile yüksek idare mahkemeleri federe devletler tarafından çıkarılacak kanunlarla kurulur. Yüksek idare mahkemelerinin ve Federal İdare Mahkemesinin ilk derece yargı mercii olarak bakmakla görevli olmadığı tüm idari uyuşmazlıklar idare mahkemeleri tarafından karara bağlanır. İdare mahkemeleri nezdinde yeteri kadar kurul oluşturulur. Tek hakimle karara bağlanacak olanların dışındaki uyuşmazlıklar bu kurullar tarafından karara bağlanır. Kurullar üç hakim ile iki fahri hakimden oluşur. Ancak fahri hakimler duruşma haricinde ve duruşma yapılmadan dosya üzerinden yapılan yargılamalarda karar alma sürecine katılmazlar.<sup>200</sup> Yüksek idare mahkemeleri ise kanunda belirtilen konularda ve yine kanunda belirtilen düzenleyici

---

<sup>195</sup>Çocuk Mahkemeleri Kanunu, m. 41.

<sup>196</sup>Yargı Teşkilatı Kanunu, m. 74c.

<sup>197</sup>Yargı Teşkilatı Kanunu, m. 77.

<sup>198</sup>Yargı Teşkilatı Kanunu, m. 118.

<sup>199</sup>Yargı Teşkilatı Kanunu, m. 120, 121. Ayrıca bkz. ALPMANN-PIEPER / ALPMANN / KRÜGER / WÜSTENBECKER (Hrsg.), Brockhaus Studienlexikon Recht: Oberlandesgericht.

<sup>200</sup>İdare Mahkemeleri Kanunu, m. 2, 3, 5, 6.

işlemlerin iptaline yönelik olarak açılan davaları ilk derece mahkemesi sıfatıyla karara bağlarlar. Ayrıca idare mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı istinaf ve itiraz mercii olarak görev yaparlar. Her federe devlette sadece bir yüksek idare mahkemesi kurulabilir. Yüksek idare mahkemeleri nezdinde daireler oluşturulur ve yargılama bu daireler vasıtasıyla yürütülür.<sup>201</sup>

Almanya Federal Cumhuriyeti'nde vergi yargısı bizdeki gibi idari yargı içinde değil, ayrı bir yargı kolu olarak düzenlenmiştir. Federal Vergi Mahkemesine bağlı olarak görev yapan tek bir federe devlet mahkemesi vardır. Bu da vergi mahkemeleridir. Vergi yargısının görev alanı Vergi Mahkemeleri Kanunu'nun (*Finanzgerichtsordnung*) 33. maddesinde belirtilmiştir. Vergi yargısı yolunun açık olduğu tüm uyuşmazlıklarda vergi mahkemeleri ilk derece mahkemesi olarak görev yaparlar ve vergi mahkemelerinin bu bağlamda verdikleri kararlara karşı yapılan itiraz ve temyiz başvuruları Federal Vergi Mahkemesi tarafından karara bağlanır.<sup>202</sup>

İş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar iş yargısı kolunda faaliyet gösteren mahkemeler tarafından karara bağlanır. Bu mahkemeler iş mahkemeleri (*Arbeitsgerichte*), federe iş mahkemeleri (*Landesarbeitsgerichte*) ve Federal İş Mahkemesidir. Bunlardan ilk ikisi federe mahkemelerdir ve federe kanunlarla kurulur. İş yargısı kolundaki ilk derece mahkemeler iş mahkemeleridir. İş mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan itiraz ve istinaf başvuruları federe iş mahkemeleri tarafından karara bağlanır. Federe iş mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan itiraz ve temyiz başvuruları ise, Federal İş Mahkemesince karara bağlanır. İş mahkemeleri ile federe iş mahkemeleri kurullardan oluşur ve bu mahkemeler nezdinde kaç kurulun görev yapacağına federe makamlar tarafından karar verilir. Bu mahkemelerde görev yapan fahri hakimler işçi ve işverenlerden seçilir.<sup>203</sup>

Sosyal yargı kolu hastalık sigortası, kaza sigortası, emeklilik sigortası gibi sosyal güvenlik ile ilgili konulara ilişkin uyuşmazlıklarla Federal İş Ajansının görevlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara bakmakla görevli olan yargı koludur. Bu yargı kolu sosyal mahkemeler (*Sozialgerichte*), federe sosyal mahkemeler (*Landessozialgerichte*) ve Federal Sosyal Mahkemedir.

---

<sup>201</sup> İdare Mahkemeleri Kanunu, m. 2, 9, 46, 47, 48; ALPMANN-PIEPER / ALPMANN / KRÜGER / WÜSTENBECKER (Hrsg.), Brockhaus Studienlexikon Recht: Oberverwaltungsgerecht. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KENT, SÜHFD, Cilt: 15, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 185 vd.

<sup>202</sup> Vergi Mahkemeleri Kanunu, m. 35, 36.

<sup>203</sup> İş Mahkemeleri Kanunu, m. 8, 14, 17, 20 vd., 33, 35.

oluşur. Bunlardan ilk iki mahkeme federe devletlere ait mahkemelerdir. Sosyal mahkemeler kural olarak ilk derece mahkemesi olarak görev yaparlar. Federe sosyal mahkemeler ise kanunda belirtilen konularda ilk derece mahkemesi olarak görev yapar, ayrıca sosyal mahkemelerin verdikleri kararlara karşı yapılan itiraz ve istinaf başvurularını karara bağlarlar. Temyiz başvuruları ise Federal Sosyal Mahkeme tarafından karara bağlanır. Sosyal mahkemeler nezdinde kurullar, federe sosyal mahkemeler nezdinde de daireler oluşturulur ve yargılama bu kurul ve daireler tarafından yapılır. Sosyal yargı kolundaki mahkemelerde de yargılama meslekten gelen hakimler ve meslekten olmayan fahri hakimler tarafından yürütülür.<sup>204</sup>

## **VI. FEDERAL SİSTEMİN İŞLEYİŞİNE İLİŞKİN BAZI İLKELER**

Federal devlet ile federe devletler arasında yetki paylaşımının ne şekilde yapıldığına ilişkin yukarıdaki açıklamalar Alman federal devlet yapılanmasının ve dolayısıyla Alman kamu hukukunun anlaşılması için son derece önemlidir. Ancak bu açıklamalar tek başına federal yapının iyi anlaşılabilmesi için yeterli değildir. Federal sistemin işleyişini daha yakından görebilmek için, bu konuda önem arz eden bazı anayasal ilkelerin de ele alınıp incelenmesi gerekir. Aşağıda bu ilkelere bazılarını değinilecektir.

### **A. Federal ve Federe Anayasal Düzenler Arasında Paralellik İlkesi**

Federal yapılanmanın doğal bir sonucu olarak federe devletler kendilerine tanınan yetki sınırları içinde kalmak koşuluyla iç işlerini istedikleri şekilde düzenleyebilirler. Bu nedenle farklı federe devletler arasında farklı uygulamalar ortaya çıkabilir. İşte Federal Anayasa'nın 28. maddesi bu maddede belirtilen konularda tüm federe devletlerde aynı hukuki durumun var olması gerektiğini hükme bağlamakta, böylece federal sistem içinde homojen bir yapı oluşturmaktadır. 28. maddesinin 3. fıkrasına göre federe devletlerdeki anayasal düzenlerin temel hak ve hürriyetler ile bu maddenin 1. ve 2. fıkralarında yer alan hükümlere uygunluğu federal devlet tarafından garanti altına alınır. Temel hak ve hürriyetler Federal Anayasa'nın 1 ila 19. maddelerinde yer almaktadır. 28. maddenin ilk fıkrasına göre federe devletlerdeki anayasal düzenin cumhuriyetçi, demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkelerine uygun olması gerekir. Fıkranın devamında federe devletlerde ve mahalli idarelerde halkın genel, doğrudan (tek dereceli), serbest, eşit ve gizli oylamaya dayanan seçimlerle oluşan bir temsil organına

---

<sup>204</sup>Sosyal Mahkemeler Kanunu, m. 2, 3, 7, 8, 10, 28, 29, 31, 39, 51.



sahip olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Yine aynı fıkrada mahalli idare seçimlerinde Avrupa Birliği'ne üye devletlerin vatandaşlarının da birlik hukuku çerçevesinde seçme ve seçilme hakkına sahip olacağı hüküm altına alınmıştır. Federal Anayasa'nın 28. maddesinin 2. fıkrasında ise mahalli idarelerin özerkliği konusu düzenlenmiştir.<sup>205</sup> Buna göre belediyelere yöre halkının tüm iş ve ihtiyaçlarını kanunlar çerçevesinde ve kendi sorumlulukları altında düzenleme hakkı tanınmalıdır. Aynı şekilde belediye birlikleri de kanunların kendilerini görevlendirdikleri konularda kanunlar çerçevesinde kendi kendini idare etme hakkına sahip olmalıdır.

Federal Anayasa'nın 28. maddesinin 3. fıkrasına göre federal devlet federe devletlerin anayasal düzenlerinin bu maddede yer alan hükümlere uygunluğunu sağlamakla görevlidir. Federal devlet bu görevini yerine getirebilmek için çeşitli yollara başvurabilir. Bunların başında Federal Anayasa'nın 93. maddesinin 1. fıkrasının 2, 3 ve 4 numaralı bentlerine istinaden Federal Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmak gelmektedir. Ayrıca federal kanunların federe devletler tarafından yürütüldüğü hallerde federal devletin sahip olduğu vesayet yetkisi burada da uygulama alanı bulabilir. Federal Anayasa'nın 28. maddesi bağlamında federal devletin sahip olduğu son derece önemli bir yetki de Federal Anayasa'nın 37. maddesinde yer alan federal zorlama yetkisidir (*Bundeszwang*).<sup>206</sup> Buna göre bir federe devlet Federal Anayasa veya başka bir federal kanundan kaynaklanan federal yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, Federal Hükümet Federal Konseyin onayı ile federal zorlama yoluyla ilgili federe devletin yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak için gerekli tedbirleri alabilir. Federal zorlamanın söz konusu olduğu hallerde Federal Hükümet veya onun görevlendirdiği kişi tüm federe devletlere ve federe idari birimlere emir ve talimat verme yetkisine sahiptir.<sup>207</sup>

## **B. Federal Hukukun Federe Hukuka Üstünlüğü İlkesi**

Federal Anayasa'nın 31. maddesi federal yapının işleyişine ilişkin çok önemli bir ilkeye yer vermektedir. Bu maddeye göre “*Federal hukuk federe devlet hukukunu hükümsüz kılar.*” (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). Federal devlet hukuku ile federe devletlerin hukukları arasında bir birlik ve uyumun

---

<sup>205</sup>Konu hakkında bkz. KENT, Almanya'da Yerel Özerklik, Turgut Akıntürk'e Armağan, s. 419 vd.

<sup>206</sup>PIEROTH, Art. 28, Rn. 33; DREIER, Art. 28, Rn. 184.

<sup>207</sup>Federal Anayasa'nın bu hükmünün şu ana kadar uygulama alanı bulmadığı not edilmektedir. Bkz. PIEROTH, Art. 37, Rn. 1.

sağlanabilmesi için farklı hukuk kuralları arasındaki çatışmanın önlenmesi son derece önemlidir. Bu açıdan bakıldığında Federal Anayasa'nın 31. maddesinin çok önemli bir yere sahip olduğu düşünülebilir. Ancak pratikte bu maddenin uygulama alanı ilk bakışta gözüktüğünün aksine çok dardır.<sup>208</sup> Zira bu madde kapsamında bir çatışmadan bahsedebilmek için, bir konuda birbirinden farklı hükümler içeren federal ve federe hukuk kurallarının tümünün geçerli olması gerekir. Anayasaya aykırı ve hükümsüz bir hukuk kuralının 31. madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda federal ve federe hukuk kuralları arasındaki çatışmanın önlenmesinde, Federal Anayasa'nın yetki dağılımına ilişkin hükümleri önemli bir yere sahiptir. Federal devletin, yetkisiz olduğu konularda bir hukuk normu yapması durumunda, bu norm zaten hukuka aykırı ve hükümsüz olacak, dolayısıyla aynı konuda farklı hükümler içeren bir federe hukuk kuralını ortadan kaldırmayacaktır. Sözgelimi federal devletin ilk ve orta öğretim konusunda bir kanuni düzenleme yapması halinde, bu düzenleme federal devletin bu konuda yetkisinin bulunmaması sebebiyle Federal Anayasa'ya aykırı ve yok hükmünde olacak, aksi yöndeki federe devlet düzenlemelerini olumsuz yönde etkilemeyecektir. Yani hukuka aykırı bir federal hukuk kuralı federe hukuk kurallarını hükümsüz kılmaz. Aynı şekilde federe devletlerin kendi yetki alanlarında bulunmayan bir konuda, örneğin ceza hukuku alanında bir düzenleme yapmaları durumunda, bu düzenlemeler Federal Anayasa'nın 31. maddesine istinaden değil, Federal Anayasa'nın yetki dağılımına ilişkin 70. ve devamı maddeleri uyarınca hükümsüz olacaktır. Federal Anayasa federal devlet ile federe devletlerin yasama yetkilerini en azından prensipte açık bir şekilde birbirinden ayırdığından, kural olarak bu konuda herhangi bir çatışma yaşanmaz<sup>209</sup>.

Federal ve federe hukuk kuralları arasındaki bir çatışmanın Federal Anayasa'nın 31. maddesi bağlamında çözüme kavuşturulabilmesinin diğer bir şartı da farklı hukuk kuralları arasındaki bir çatışmanın önlenmesine ilişkin özel bir anayasal hükmün bulunmamasıdır.<sup>210</sup> Bu konudaki özel hükümlere verilebilecek örneklerden biri de Federal Anayasa'nın 28. maddesidir. Yukarıda da zikredildiği gibi bu madde federe devletlerdeki anayasal düzenlere bir çerçeve çizmekte ve federal devleti federe devletlerin

---

<sup>208</sup> *Harbich* Federal Anayasa'nın bu hükümden federal hukukun federe hukukların üzerinde yer aldığı ve federal devletin federe devletler üzerinde bir güce sahip olduğu sonucunun çıkarılamayacağı düşüncesindedir, HARBİCH, s. 75 vd.

<sup>209</sup> MAURER, s. 297 vd.

<sup>210</sup> Özel hükümler için bkz. PIEROTH, Art. 31, Rn. 1.

bu çerçeve dışına çıkmalarını önlenmekle görevlendirmektedir. İşte federe devletlere ait bir hukuk kuralının Federal Anayasa'nın 28. maddesine aykırı olması durumunda, bu kural Federal Anayasa'nın 31. maddesi uyarınca değil, 28. maddesi uyarınca hükümsüz olacaktır.<sup>211</sup>

Federal Anayasa'nın 31. maddesi anlamında bir çatışmadan bahsedebilmek için federal hukuk kuralları ile federe devletlerin hukuk kurallarının aynı konuda farklı düzenlemeler içermeleri gerekir. Böyle bir farklılığın mevcudiyeti halinde farklı düzenlemeler içeren federe hukuk kuralları yok hükmünde olacak ve yürürlükten kalkacaktır. Federe hukuk kurallarına aykırı nitelikteki federal düzenlemelerin daha sonra çeşitli sebeplerle yürürlükten kalkması halinde dahi, daha önce yürürlükten kalkan federe düzenlemeler tekrar hayat bulmayacaktır.<sup>212</sup> Ancak federal bir düzenlemenin anayasaya aykırılık gerekçesiyle geçmişe etkili bir şekilde yok hükmünde sayılması halinde, bu federal düzenlemenin hiç yürürlüğe girmediği kabul edilecek ve buna aykırı nitelikteki federe düzenlemelerin geçerliliğine halel gelmeyecektir.<sup>213</sup> Federe devletlere ait hukuk kurallarının federal hukuka uygun olup olmadığı konusunda karar verme yetkisi Federal Anayasa Mahkemesine aittir. Mahkeme bu denetimi soyut ve somut norm denetimi yoluyla yapabilmektedir.<sup>214</sup>

### **C. Federe Devletlerin Federal Devlet İşlerine Katılımı İlkesi**

Federal sistemin işleyişi bağlamında çok önemli bir işlev üstlenen kurumlardan biri hiç şüphesiz Federal Anayasa'nın 50. ve devamı maddelerinde düzenlenen Federal Konseydir. Anayasa'nın 50. maddesine göre "*Federe devletler Federal Konsey vasıtasıyla federal devletin yasama faaliyetleri ile idaresine*<sup>215</sup> *ve Avrupa Birliği ile ilgili faaliyetlere katılırlar.*". Yukarıda da zikredildiği gibi,<sup>216</sup> federal yasama yetkisi Federal Meclis ve Federal Konsey tarafından birlikte kullanılmaktadır. Federal yasama faaliyetlerine katılım Federal Konseyin en önemli görevlerinden birini teşkil etmektedir. Ancak Federal Konseyin federal devlet işlerine katılımı bununla sınırlı değildir.

---

<sup>211</sup> MAURER, s. 298 vd.

<sup>212</sup> PIEROTH, Art. 31, Rn. 5.

<sup>213</sup> MAURER, s. 301.

<sup>214</sup> PIEROTH, Art. 93, Rn. 19 vd. ve Art 100, Rn. 1 vd. Yukarıda 84. dipnotun bulunduğu yerde de zikredildiği gibi, federe devletlerin ayrık yasal düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu hallerde Federal Anayasa'nın 31. maddesi uygulama alanı bulmaz.

<sup>215</sup> Burada "*idare*" ifadesi ile kastedilen şey yürütmedir. Bkz. PIEROTH, Art. 50, Rn. 4.

<sup>216</sup> Bkz. "2. Federal Yasama Yetkisinin Kullanılması" başlığı altında yapılan açıklamalar.

Federal Konsey federal devletin yürütme faaliyetlerine de katılmaktadır. Bu duruma Federal Anayasa'nın 80. maddesinin 2. fıkrası örnek gösterilebilir. Bu fıkarda belirtilen konularda çıkarılacak federal düzenleyici işlemlerin yürürlüğe girebilmesi için, bunların Federal Konsey tarafından da onaylanması gerekir. Yargı bağımsızlığı dolayısıyla Federal Konseyin yargılama faaliyetlerine doğrudan müdahalesi söz konusu değildir. Ancak Federal Konsey yargısal faaliyetler bağlamında da bir takım yetkilerle donatılmıştır. Örneğin Federal Anayasa'nın 94. maddesine göre Federal Anayasa Mahkemesi üyelerinin yarısı Federal Konsey tarafından seçilir. Ayrıca Federal Konseyin Federal Anayasa Mahkemesi nezdinde dava açma ehliyeti bulunmaktadır.<sup>217</sup>

Federal Konsey federe devletlerin hükümet üyelerinden oluşur. Bu üyeler federe devlet hükümetleri tarafından atanır ve gerektiğinde görevden alınır.<sup>218</sup> Bu bağlamda Federal Konseyin asıl üyelerinin burada görevlendirilen kişiler değil, bu kişileri görevlendiren federe devletler olduğu ifade edilmektedir.<sup>219</sup> Federal Konseyde görev alacak kişilerin ne şekilde seçilecekleri ve hangi şartlarda görevden alınabilecekleri hususu federe devletlerin kendi iç hukuklarına göre belirlenir. Federal Konseye üye olarak görevlendirilen federe hükümet üyelerine başka hükümet üyeleri vekalet edebilir. Federe devlet hükümet üyeliği sıfatının kaybedilmesi ile Federal Konsey üyeliği de kendiliğinden sona erer.<sup>220</sup>

Federal Anayasa'nın 51. maddesinin 2. fıkrasına göre Federal Konseyde her federe devletin en az üç oy hakkı vardır. Bununla birlikte nüfusu iki milyonu aşan federe devletlerin dört, nüfusu altı milyonu aşan federe devletlerin beş ve nüfusu yedi milyonu aşan federe devletlerin altı oy hakları vardır.<sup>221</sup> Aynı maddenin 3. fıkrasına göre federe devletler Federal Konseydeki oy haklarını tek yönde ve oylamada hazır bulunan üyeler veya onların temsilcileri vasıtasıyla kullanmak zorundadır. Bu hükmün doğal bir sonucu olarak bir federe devletin temsilcilerinin farklı yönde oy kullanmaları

---

<sup>217</sup>MAURER, s. 501.

<sup>218</sup>Federal Anayasa, m. 51/1.

<sup>219</sup>MAURER, s. 493.

<sup>220</sup>MAUNZ, Art. 51, Rn. 4 vd.; ROBBERS, Art. 51, Rn. 1 vd.; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 416.

<sup>221</sup>Buna göre Federal Konsey halen 69 üyeden oluşmaktadır. Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern ve Saarland federe devletleri 3; Berlin, Brandenburg, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein ve Thüringen federe devletleri 4; Hessen federe devleti 5; Baden Württemberg, Bayern, Niedersachsen ve Nordrhein-Westfalen federe devletleri 6 sandalye ile temsil edilmektedir. Bkz. <http://www.bundesrat.de/>, (Erişim Tarihi: 13.01.2014).

ilgili federe devletin kullanılan tüm oylarını geçersiz hale getirir. Federal Konsey başkanı bu durumun önüne geçmek amacıyla oyların aynı yönde kullanımı konusunda çaba sarf edebilir ve bir federe devletin temsilcilerinin farklı yönde oy kullanmaları durumunda onlara bu farklılığı giderme imkanı tanyabilir. Ancak bu yetki sadece oy kullanımında belirsizlikler veya oy kullanma sürecinde yanlış anlaşılmalardan oluşması durumunda kullanılabilir. Bir federe devletin temsilcilerinin açık ve bilinçli bir şekilde farklı yönde oy kullanmaları durumunda artık Federal Konsey başkanının buna müdahale etme ve ilgili federe devlet temsilcilerini tek yönde oy kullanmaya zorlama yetkisi bulunmamaktadır. Zira böyle bir tutum ilgili federe devletlerin sorumluluk alanına müdahale anlamına gelir.<sup>222</sup>

Bir federe devletin temsilcilerinin Federal Konseyde aynı yönde oy kullanmalarını sağlamak amacıyla ilgili federe hükümetin bu konuda bir karar alması kural olarak mümkündür.<sup>223</sup> Kimi federe devlet anayasalarında bu konuda açık bir hüküm de bulunmaktadır.<sup>224</sup> Dolayısıyla Federal Konseyde yer alan kişiler üyesi oldukları federe hükümetin oy kullanımı konusunda aldığı kararlara bağlıdır. Ancak bu bağlılık Konsey üyelerinin Konsey çalışmalarında farklı yönde oy kullanmalarına engel teşkil etmez. Bir federe devletin temsilcilerinden birinin Federal Konseyde kendi hükümetinin bu konuda aldığı karara uymayarak kendi hükümetinin diğer temsilcilerinden farklı oy kullanması halinde, bu oy geçerlidir. Ancak bu durum ilgili federe devletin tüm oylarını geçersiz hale getirir. Bu nedenle hükümetinin aldığı karara uymayarak hükümetinin Federal Konseyde sahip olduğu oyların geçerli bir şekilde kullanılmasına engel olan kişi kendi hükümetine karşı sorumludur. Bu husus Federal Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan Federal Konsey üyelerinin federe devlet hükümetleri tarafından atanacakları ve yine bu hükümetler tarafından görevden alınabilecekleri ve federe devletlerin Federal Konseyde tek yönde oy kullanmaları gerektiği yönündeki hükümlerin doğal bir sonucudur.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup>Federal Anayasa Mahkemesinin 18.12.2002 tarih ve 2 BvF 1/02 sayılı kararı: BVerfGE 106, s. 310 vd.

<sup>223</sup>İstisnalar için bkz. Federal Anayasa, m. 53a/1 ve m. 77/2.

<sup>224</sup>Baden-Württemberg Federe Anayasası, m. 49/2; Niedersachsen Federe Anayasası, m. 37/2, Nr. 2.

<sup>225</sup>Konu hakkında bkz. PIEROTH, Art. 51, Rn. 6; ROBBERS, Art. 51, Rn. 15 vd.; MAURER, s. 491 vd.; ZIPPELIUS / WÜRTENBERGER, s. 417.

#### **D. Federal Sisteminin Değiştirilemeyeceği İlkesi**

Alman Federal Anayasası federal devlet yapısını kabul etmekle kalmamış, aynı zamanda bu yapının değiştirilemeyeceğini de hüküm altına almıştır. Federal Anayasa'nın anayasanın ne şekilde değiştirileceğine ilişkin hükümler içeren 79. maddesinin 3. fıkrasına göre “*Federal devletin federe devletlere bölünmesine, federe devletlerin yasama faaliyetlerine ilkesel katılımına veya 1. ve 20. maddelerde hüküm altına alınmış esaslara halel getirecek bir anayasa değişikliği caiz değildir.*”<sup>226</sup> Bu madde ile öncelikle federal devletin federe devletlerden oluşması gerektiği garanti altına alınmış, daha sonra bu sistemin kendisinden beklenen şekilde işleyebilmesi için federe devletlerin federal yasama faaliyetlerine katılımının engellenemeyeceği ifade edilmiştir. Son olarak da Federal Anayasa'nın 1. ve 20. maddelerindeki esasların değiştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Yukarıda da zikredildiği gibi,<sup>227</sup> 20. maddede yer alan esaslardan biri de federal devlet ilkesidir. Dolayısıyla Federal Anayasa federal devlet yapısının anayasa değişikliği yolu ile dahi değiştirilemeyeceğini üç farklı yoldan dile getirmiştir. Anayasa'nın getirdiği bu üç açılı koruma sistemi anayasa koyucunun federal sisteme özel bir değer atfettiğini ve federalizm ilkesini özellikle koruma altına almak istediğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.<sup>228</sup>

Federal Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrası ilk olarak federe devletlerin varlığını, federal sistemin bu federe devletlerin bir araya gelmesiyle oluşacağını ve bu hususun Federal Anayasa'da yapılacak bir değişiklik ile dahi değiştirilemeyeceğini hüküm altına almaktadır. Ancak bu hüküm mevcut federe devletlerin varlıklarını devam ettirmesi gerektiği, bunların sınırlarının değiştirilemeyeceği veya bunlara yeni federe devletlerin eklenemeyeceği anlamına gelmez. Önemli olan federal devletin en az birkaç federe devletten oluşması ve federe devletlerin devlet olma niteliklerine dokunulmamasıdır.<sup>229</sup> Federal Anayasa Mahkemesine göre federe devletlerin federal devlet karşısında asgari bir bağımsızlığa sahip olmaları, münhasıran kendileri tarafından kullanılacak yetkilerle donatılmaları, bu yetkileri serbest bir şekilde kullanabilmeleri, kendi devlet yapılanmaları hakkında yine

---

<sup>226</sup>Bu madde hakkında yapılan ayrıntılı çalışmalar için bkz. MÖLLER, s. 117 vd.; ZACHARIAS, s. 57 vd.

<sup>227</sup>Bkz. dipnot 40.

<sup>228</sup>HERDEGEN, in: MAUNZ / DÜRIG (Beg.), Grundgesetz, Band V, Art. 79, Rn. 87; IPSEN, Staatsrecht I, s. 287.

<sup>229</sup>Bkz. ZACHARIAS, s. 70 vd.

kendilerinin karar vermeleri, federal ülkede toplanan vergi gelirlerinin toplamı üzerinden uygun bir pay almaları gerekir.<sup>230</sup> Ayrıca federe devletlerin federe seçim tarihlerini belirleme yetkilerine de dokunulamaz. Buna karşın federe devletlerin federal sistem içinde nasıl bir mali yapıya sahip olacaklarına ilişkin Federal Anayasa'nın 107. maddesi federe devletlere uygun bir mali kaynak sağlanması şartıyla değiştirilebilir. Aynı şekilde federe devletlerin devlet olma niteliklerine dokunulmamak şartıyla federal devlet ile federe devletler arasındaki yetki dağılımında da kural olarak değişikliklere gidilebilir. Sonuç olarak Federal Anayasa'da yapılacak değişikliklerle federe devletlerin sayısı, sınırları, görev ve yetkileri ile mali kaynaklarında değişiklikler yapılabilir. Ancak federe devletlerin federal devlete karşı sahip oldukları bağımsızlığa halel getirecek ve federe devletlerin basit birer idari birim haline dönüşmelerine sebebiyet verecek bir anayasa değişikliği yapılamaz.<sup>231</sup>

Federe devletlerin varlığının Federal Anayasa ile garanti altına alınması bu devletlerin ilelebet, olduğu gibi muhafaza edilmesi gerektiği anlamına gelmez. Federal Anayasa'nın 29. maddesine göre federal ülkenin yeniden düzenlenmesi mümkündür. Başka bir ifade ile federal çatı içinde yeni federe devletler kurulabilir veya var olan federe devletlerin sınırları değiştirilebilir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre bu şekilde yapılacak düzenlemeler federe devletlerin büyüklük ve verimliliklerini dikkate almalı ve onların ödevlerini etkin bir şekilde yerine getirmelerini sağlama amacı gütmelidir. Bu amaçla hareket edilirken federe devletlerdeki hemşehrilik bağları, tarihi ve kültürel ilişkiler, ekonomik yerindelik ve federe devlet ülkesi ile bu ülkeye ait bölgelerin gelişim plan ve politikaları göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>232</sup> Federal ülke kural olarak üç şekilde yeniden düzenlenebilir.<sup>233</sup> Bunlardan ilki federal bir kanuni düzenleme yoluyla federal ülkenin yeniden düzenlenmesidir. Bu durumda yasama sürecinde ilgili federe devletlerin görüşlerinin alınması ve bu kanuni düzenlemelerin değişiklikten etkilenen federe devletlerde halk oylaması yoluyla kabul edilmesi gerekir.<sup>234</sup> İkinci olarak federe devletler arasında yapılacak bir devlet sözleşmesi ile de federal ülkenin yeniden düzenlenmesi

<sup>230</sup>Federal Anayasa Mahkemesinin 26.07.1972 tarih ve 2 BvF 1/71 sayılı kararı: BVerfGE 34, s. 19 vd.; Federal Anayasa Mahkemesinin 06.10.1992 tarih ve 1 BvR 1586/89 ve 487/92 sayılı kararı: BVerfGE 87, s. 196 vd.

<sup>231</sup>PIEROTH, Art. 79, Rn. 8; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 185.

<sup>232</sup>Konu hakkında bkz. PIEROTH, Art. 29, Rn. 2.

<sup>233</sup>Federal Anayasa'nın 118. ve 118a maddeleri bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer vermektedir.

<sup>234</sup>Federal Anayasa, m. 29/2-6. Ayrıca bkz. PIEROTH, Art. 29, Rn. 3 vd.



mümkündür. Sözleşmenin yapılması aşamasında değişiklikten etkilenen mahalli idarelerin görüşlerinin alınması gerekir. Böyle bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için, bunun değişiklikten etkilenen federe devletlerde yapılacak bir halk oylaması ile kabul edilmesi ve ayrıca Federal Meclis tarafından onaylanması gerekir.<sup>235</sup> Üçüncü ve son olarak nüfusu 50.000'i geçmeyen bölgelerin federe devletlere olan bağlılığında bir değişikliğe gidilmesi durumunda, bu tür değişiklikler federe devletler arasında yapılacak bir devlet sözleşmesi veya Federal Konseyin onayına tabi bir federal kanuni düzenleme yoluyla yapılabilir. Bu durumda da değişiklikten etkilenen mahalli idarelerin görüşlerinin alınması zorunludur.<sup>236</sup>

Federal Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrasının değiştirilmesine izin vermediği bir diğer husus da federe devletlerin federal yasama faaliyetlerine ilkesel katılımıdır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu hüküm federe devletlerin federal yasama faaliyetlerine mutlaka ve her zaman değil, kural olarak katılması gerektiğini garanti altına almıştır. Yani istisnai hallerde federe devletlerin federal yasama sürecinin dışında tutulması mümkündür. Yukarıda da izah edildiği gibi, federe devletler halen Federal Konsey üzerinden federal yasama faaliyetlerine katılmaktadır. Federal Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrası Federal Konseyin yapısıyla görev ve yetkilerinin değiştirilemeyeceği veya Federal Konsey kurumunun mutlaka muhafaza edilmesi gerektiği anlamına gelmez. Başka bir ifadeyle federe devletlerin yasama sürecine katılımının mutlaka ve sadece Federal Konsey üzerinden gerçekleşmesi zorunlu değildir. Bu bağlamda Federal Konseyin federe devletlerin hükümet üyelerinden oluştuğunu öngören Federal Anayasa hükmünün değiştirilebileceği ve federe devletlerin yasama sürecine daha farklı bir şekilde katılımına ilişkin anayasa değişikliklerinin yapılabileceği, bu durumların Federal Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrasına aykırılık teşkil etmeyeceği genel olarak kabul edilmektedir.<sup>237</sup>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 4. maddesi bağlamında bizde yapılan tartışmalar<sup>238</sup> Almanya'da Federal Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrası bağlamında yürütülmekte, yani Federal Anayasa'nın bazı

---

<sup>235</sup>Federal Anayasa, m. 29/8. Ayrıca bkz. PIEROTH, Art. 29, Rn. 8.

<sup>236</sup>Federal Anayasa, m. 29/7. Ayrıca bkz. PIEROTH, Art. 29, Rn. 9 vd.

<sup>237</sup>HERDEGEN, in: MAUNZ / DÜRIG (Beg.), Grundgesetz, Band V, Art. 79, Rn. 97 vd.; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 286 vd.; PIEROTH, Art. 79, Rn. 9.

<sup>238</sup>Bkz. ONAR, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, s. 19 vd.; ÖZBUDUN, s. 175; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 448.

hükümlerinin değiştirilmesini yasaklayan bu hükmün bizzat kendisinin değiştirilip değiştirilemeyeceği sorusu üzerinde durulmaktadır. Genel olarak kabul edilen görüşe göre bu hükmün değiştirilmesi mümkün değildir.<sup>239</sup> Her ne kadar Federal Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrası kendini muhtemel değişikliklere karşı açık bir ifade ile korumuyorsa da, buna gerek olmadığı dile getirilmektedir.<sup>240</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre anayasayı değiştirme yetkisi ile donatılmış tali kurucu iktidarın (*verfassungsändernde Gesetzgeber*) Anayasa'da öngörülen anayasa değişiklikleri konusundaki sınırlamaları ortadan kaldırma yetkisi bulunmamaktadır.<sup>241</sup> Ancak yine Türk hukukunda yapılan tartışmalar bağlamında şu hususa işaret etmek gerekir ki, Federal Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrası halen yürürlükte bulunan Anayasa kapsamında yapılacak anayasa değişikliklerine sınırlama getirmekte, bu Anayasa'ya bağlı kalınmayarak yapılacak yeni bir anayasa açısından herhangi bir bağlayıcılık taşımamaktadır. Bu konuda yapılan tartışmaların merkezinde Federal Anayasa'nın 146. maddesi bulunmaktadır. Bu maddeye göre “*Almanya'nın birlik ve özgürlüğünün tamamlanmasından sonra tüm Alman halkı için geçerlilik kazanan bu Anayasa, Alman halkının serbest iradesiyle kabul edilen bir anayasanın yürürlüğe girdiği gün geçerliliğini kaybeder.*” Bu maddeden hareketle Federal Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrasının aynı Anayasa'nın 146. maddesi kapsamında yapılacak yeni bir anayasa için herhangi bir sınırlama getirmediği, sınırlamanın sadece tali kurucu iktidar tarafından mevcut anayasal çerçeve içinde yapılacak anayasa değişiklikleri açısından geçerli olduğu ifade edilmektedir.<sup>242</sup> Buna karşın Federal Anayasa'nın 146. maddesinin de tali kurucu iktidarın ürünü olduğu,<sup>243</sup> tali kurucu iktidarın Federal Anayasa'nın 79. maddesinin sınırları dışına çıkamayacağı ve çıkılmasına izin veremeyeceği gerekçeleriyle, 79. maddenin 3. fıkrası ile getirilen kısıtlamaların Anayasa'nın 146. maddesi kapsamında

---

<sup>239</sup>HERDEGEN, in: MAUNZ / DÜRIG (Beg.), Grundgesetz, Band V, Art. 79, Rn. 75; PIE-ROTH, Art. 79, Rn. 13; MÖLLER, s. 189 vd., 195 vd.; HARBICH, s. 104 vd.

<sup>240</sup>IPSEN, Staatsrecht I, s. 287.

<sup>241</sup>Federal Anayasa Mahkemesinin 23.04.1991 tarih ve 1 BvR 1170, 1174 ve 1175/90 sayılı kararı: BVerfGE 84, s. 120.

<sup>242</sup>MÖLLER, s. 78 vd., 221 vd.

<sup>243</sup>Federal Anayasa'nın 146. maddesi 29 Eylül 1990 tarihinde değiştirilmiş ve halen yürürlükte olan yukarıdaki şeklini almıştır. Maddenin 24 Mayıs 1949 tarihinden 29 Eylül 1990 tarihine kadar yürürlükte kalan ilk şekli şu ifadelerle yer vermektedir: “*Bu Anayasa Alman halkının serbest iradesiyle kabul edilen bir anayasanın yürürlüğe girdiği gün geçerliliğini kaybeder.*” 146. maddenin ilk şeklinin yürürlükte olduğu dönemde bu madde kapsamında yapılacak bir anayasanın, Federal Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen sınırlamalarla bağlı olmayacağı kabul edilmekteydi. Konu hakkında bkz. MÖLLER, s. 74 vd.

yapılacak yeni bir anayasa için de geçerli olduğu savunulmaktadır.<sup>244</sup> Bu konuda farklı görüşlerin ortaya çıkmasının temelinde Federal Anayasa'nın 146. maddesi kapsamında yapılacak yeni bir anayasanın asli kurucu iktidarın (*verfassungsgebende Gewalt*) mı, yoksa tali kurucu iktidarın mı ürünü olacağı sorusuna verilen farklı cevaplar yatmaktadır. Federal Anayasa'nın 146. maddesi kapsamında yeni bir anayasa yapacak olan iradenin tali kurucu iktidar olarak kabul edilmesi halinde dahi, Federal Anayasa'nın 79. maddesinin 3. fıkrasının asli kurucu iktidar açısından herhangi bir sınırlama teşkil etmeyeceği açıktır.<sup>245</sup>

### **E. Federal Yapıyı Oluşturan Unsurların Uyum İçinde Çalışması İlkesi**

Federal devlet yapılanmasının en temel özelliklerinden biri hiç şüphesiz kamusal yetkilerin federal devlet ile federe devletler arasında paylaşılmasıdır. Böyle bir yetki paylaşımı karşısında sistemin uyum içinde işleyebilmesi ve kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülebilmesi için federal sistemi oluşturan birimlerden her birinin, yani gerek federal devletin, gerekse federe devletlerin yetkilerini kullanırken federal sistemi oluşturan diğer birimlerin de menfaatlerini gözetmeleri ve onlarla işbirliği içinde bulunmaları şarttır. İşte aşağıda federal sistemin uyum içinde çalışması açısından son derece önemli iki ilke daha yakından incelenecektir.

#### **1. Federal Yapıya Sadakat İlkesi**

Federal sistemin doğası gereği bir konu hakkında federal ülkede birbirinden farklı düzenleme ve uygulamalara rastlamak mümkündür. Bu durumun bir sonucu olarak federal sistemi oluşturan unsurlardan biri kendi yetkilerini kullanırken sistemin parçası konumundaki diğer unsurların menfaatlerini olumsuz yönde etkileyebilir. Bu nedenle federal devlet ile federe devletler yetkilerini kullanırken hem tüm federal ülkenin hem de karşılıklı olarak birbirlerinin menfaatlerini gözetmek durumundadırlar.<sup>246</sup> Federal

---

<sup>244</sup>Bu görüş ve bu görüşte olanlar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. MÖLLER, s. 77 vd., dipnot: 365 vd.; JARASS, Art. 146, Rn. 5.

<sup>245</sup>Bkz. Federal Anayasa Mahkemesinin 12.10.1993 tarih ve 2 BvR 2134, 2159/92 sayılı kararı: BVerfGE 89, s. 180; Federal Anayasa Mahkemesinin 30.06.2009 tarih ve 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 sayılı kararı: BVerfGE 123, s. 331 vd.; Federal Anayasa Mahkemesinin 15.12.1970 tarih ve 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 ve 308/69 sayılı kararı: BVerfGE 30, s. 24 vd.; MÖLLER, s. 155 vd., 249 vd.; HARBICH, s. 99 vd.; ZACHARIAS, s. 60 vd.

<sup>246</sup>Federal Anayasa Mahkemesinin 22.03.1995 tarih ve 2 BvG 1/89 sayılı kararı: BVerfGE 92, s. 230 vd.; Federal Anayasa Mahkemesinin 22.05.1990 tarih ve 2 BvG 1/88 sayılı kararı:

devlet ve federe devletlerin yetkilerini kullanmasına sınırlama getiren bu husus federal yapıya sadakat ilkesi (*Grundsatz der Bundestreue / Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens*) olarak adlandırılmaktadır. Bu ilke Federal Anayasa'da açık bir şekilde zikredilmese de Anayasa'da yer alan bir ilke olan federal devlet ilkesinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira farklı devletlerin bir araya gelmesiyle oluşan bir federal sistemin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için, federal sistemin birer parçası konumundaki federal devletle federe devletlerin sadece kendi menfaatlerini değil, sistemi oluşturan diğer unsurların da menfaatlerini dikkate almaları gerekir. Bu ilke hem federal devletle federe devletler arasında hem de federe devletlerin kendi aralarındaki ilişkide uygulama alanı bulur.<sup>247</sup>

Federal yapıya sadakat ilkesi federal sistem içinde farklı hukuk kurallarının ve uygulamalarının bulunmasına engel değildir. Bu ilke ile amaçlanan şey birbirleri ile uyumlu olmayan hukuk kuralları nedeniyle vatandaşların zarar görmelerini engellemektir. Örneğin yüksek öğretim işleri federe devletlerin yetki alanına girmektedir. Dolayısıyla yükseköğretim ile ilgili konularda federe devletler farklı düzenlemeler yapabilirler. Bu konuda herhangi bir duraksama yoktur. Ancak federe devletlerin yapacakları bu farklı düzenlemeler federe devletler arasındaki serbest dolaşımı sekteye uğrattıysa veya bir federe devlette alınan yükseköğretim diplomasının diğer bir federe devlette geçerli olarak kabul edilmemesi nedeniyle Federal Anayasa'nın 12. maddesinde yer alan eğitim yerini serbestçe seçme özgürlüğü kısıtlanırsa, bu durumda federal yapıya sadakat ilkesine aykırı hareket edilmiş olur.<sup>248</sup>

Federal yapıya sadakat ilkesi uyarınca federal devlet federe devletleri ilgilendiren konularda bir düzenleme yaparken federe devletlerle mutabakat içinde hareket etmeye dikkat etmeli, federe devletlerle olan ilişkilerinde tüm federe devletlere eşit mesafede durmalı ve federe devletler arasında politik nedenlere dayalı bir ayırım yapmamalıdır. Ancak federal devlet tüm çabalarına rağmen federe devletlerle bir mutabakata varamıyorsa, uygun gördüğü düzenlemeyi aynı politik çizgide bulunan federe devletlerle birlikte yapma yoluna gidebilir. Bu durum federal yapıya sadakat ilkesinin ihlal edilmesi anlamına gelmez.<sup>249</sup>

---

BVerfGE 81, s. 337 vd.

<sup>247</sup>MAURER, s. 303 vd.; IPSEN, Staatsrecht I, s. 200 vd.; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 191.

<sup>248</sup>DEGENHART, Staatsrecht I, s. 192.

<sup>249</sup>DEGENHART, Staatsrecht I, s. 193. Bu konuda başka örnekler için bkz. MAURER, s. 305; Federal Anayasa Mahkemesinin 28.02.1961 tarih ve 2 BvG 1, 2/60 sayılı kararı: BVerfGE

Federal yapıya sadakat ilkesi kendi başına bir hak veya yükümlülük doğurabilecek bir niteliğe sahip değildir, bu ilke ancak başka hak ve yükümlülüklerle bağlı (akzessorisch) olarak bir anlam ifade edebilir. Dolayısıyla bu ilkenin federal yapıyı oluşturan unsurlar açısından bir takım haklar doğurması veya yükümlülükler getirebilmesi için, ortada mevcut bir hukuki ilişkinin veya hak ve yükümlülüğün bulunması gerekir. Ayrıca federal yapıya sadakat ilkesi tali (subsidiär) nitelikte bir ilkedir. Yani bir konuda sadakat ilkesinin uygulama alanı bulabilmesi için, o konu hakkında herhangi bir pozitif anayasal kuralın bulunmaması gerekir. Federal devletin veya federe devletlerin belli bir konuda ne şekilde hareket etmeleri gerektiği Federal Anayasa'da açık bir şekilde düzenlenmiş ise, artık o konuda sadakat ilkesinin uygulama alanı bulması mümkün değildir. Böyle bir durumda sadece ilgili hukuk kuralının ne şekilde yorumlanması gerektiğini anlamak için sadakat ilkesine başvurulabilir. Federal yapıya sadakat ilkesi anayasal bir ilke olarak kabul edildiğinden, bu ilkeye aykırı bir kanuni düzenlemenin bulunması durumunda, bu düzenleme Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilir<sup>250</sup>.

## **2. Federal Yapıyı Oluşturan Unsurlar Arasında İşbirliği İlkesi**

Kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi için federal sistemi oluşturan unsurların, yetkilerini sistemin diğer birimlerinden kopuk bir şekilde değil, onlarla işbirliği içinde kullanmaları gerekir. Federal sistemin uyum içinde işleyebilmesi için böyle bir işbirliği son derece önemli olup, böyle bir işbirliği içinde çalışan federal sistem için işbirliğine dayalı federalizm (*kooperativer Föderalismus*) ifadesi kullanılmaktadır. Almanya Federal Cumhuriyeti'nde hem federal devlet ile federe devletler arasında hem de federe devletlerin kendi aralarında böyle bir işbirliğine rastlamak mümkündür. Federal yapının unsurları arasındaki işbirliği değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce somut bazı kararların hazırlanması sürecinde farklı devletlerin kamu görevlileri arasında gayri resmi diyaloglar kurulabilmektedir. Bunun dışında gerek federe devletlerin kendi aralarında, gerekse federal devlet ile federe devletler arasında çeşitli toplantılar yapılmakta ve komisyonlar oluşturulmaktadır. Sözgelimi federe devletlerin başbakanları ile ilgili bakanlarının katılımı ile düzenli toplantılar yapılmaktadır. Bu toplantıların amacı federe devletlerin görevleri ile ilgili sorunları müzakere etmek ve bu bağlamda bir takım ortak kararlar almaktır. Bu kapsamda kalan toplantılardan biri de federe devletlerin ilgili bakanlarının katılımı

---

12, s. 255.

<sup>250</sup>MAURER, s. 306; DEGENHART, Staatsrecht I, s. 193 vd.

ile gerçekleşen Kültür Bakanları Konferansıdır (*Kultusministerkonferenz*). Federal devlet ile federe devletler arasında yapılan toplantılara da Federal ve Federe Devletler Hükümet Başkanları Konferansı (*Konferenz der Regierungschefs von Bund und Ländern*) örnek gösterilebilir. Federal yapıyı oluşturan farklı birimler arasında yapılan bu tür toplantılarda alınan kararların hukuki bir bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte, bu kararlar ilgili devletleri politik açıdan da olsa etki altına alabilmektedir.<sup>251</sup>

Federe yasama yetkisinin kullanılması aşamasında da federal sistemi oluşturan unsurlar arasında işbirliğine gidilmektedir. Zira federe devletlerin yasama yetkisine giren konularda da çoğu zaman tüm federal ülke çapında geçerli olacak tek tip veya birbirleri ile uyumlu federe kanunlara gereksinim duyulmaktadır. İşte federe kanuni düzenlemeler arasında bu şekilde bir uyumun sağlanabilmesi için federal ve federe devlet temsilcilerinin katılımı ile çeşitli komisyonlar oluşturulmakta, bu komisyonlar tarafından federe devlet parlamentolarının yararlanabilecekleri örnek yasa tasarıları hazırlanmaktadır. Tabi ki, bu tür tasarıların da federe devletler açısından herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Ancak buna rağmen bu tasarıların aynen olmasa da önemli ölçüde federe yasama organları tarafından benimsendiği görülmektedir.<sup>252</sup>

Federe devletler kendi aralarında değişik konularda devlet sözleşmesi imzalamak suretiyle de işbirliği yapabilmektedirler. Bu tür devlet sözleşmeleri ile federe devletler kendi aralarında yeknesak kanuni düzenlemeler konusunda anlaşmaya varabilmekte, böylece federal ülke çapında yeknesak bir düzenlemenin zorunlu olduğu konularda, bu konuların federal devlet tarafından düzenlenmesinin önüne geçilebilmektedir.<sup>253</sup> Federe devletlerin kendi aralarında bu tür sözleşmeler imzalama yetkisine sahip oldukları kabul edilmektedir, zira bunlar federal çatı altında olsalar da devlet gücüne ve niteliğine sahiptirler. Ancak bu tür sözleşmelerin imzalanabilmesi için doğal olarak bu sözleşmelerin federe devletlerin yetki alanına giren bir konuya ilişkin olmaları gerekir. Federal Anayasa'nın 32. maddesinin 3. fıkrasından da federe devletlerin bu tür devlet sözleşmelerini imzalayabilecekleri sonucu çıkmaktadır. Bu maddeye göre "*Federe devletler yasama yetkilerinin bulunması şartıyla Federal Hükümetin onayıyla yabancı devletlerle sözleşmeler imzalayabilirler.*" İşte federal sistemin dışında kalan yabancı bir devlet ile sözleşme yapma yetkisine sahip olan federe devletlerin evleviyetle kendi

---

<sup>251</sup> MAURER, s. 308 vd.

<sup>252</sup> MAURER, s. 309 vd.

<sup>253</sup> DEGENHART, Staatsrecht I, s. 190. Ayrıca bkz. "bb) Federal Devletin Yasama Yetkisinin Şarta Bağlandığı Haller" başlığı altında yapılan açıklamalar.

aralarında da bir takım sözleşmeler imzalayabilecekleri kabul edilmektedir.<sup>254</sup> Federe devletlerin kendi aralarında imzaladıkları sözleşmeler federe devletlerin başbakanları tarafından imzalanır. Bu sözleşmelerin yürürlüğe girebilmesi için, bunların ilgili federe devletlerin parlamentoları tarafından bir kanunla uygun bulunması gerekir. Federe devlet parlamentolarının bu sözleşmeleri uygun bulmaması veya uygun bulunan sözleşmelerin, daha doğrusu bu sözleşmelerin kabulüne ilişkin kanuni düzenlemelerin sözleşmenin tarafı olan federe devletlerin anayasalarına veya federal hukuk kurallarına aykırı olması durumunda bunlar yok hükmünde olacaktır. Bu durumda devletler hukuku alanında imzalanan sözleşmelerden farklı olarak, ilgili sözleşme hükümlerini kendi iç hukukunda yasalaştıramayan federe devletlerin diğer federe devletlere karşı herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu tür sözleşmelerin veya bunların uygun bulunduğu ilişkin federe kanunların federe devlet anayasalarına uygun olup olmadığı konusunda son sözü söyleme yetkisi federe anayasa mahkemelerine aittir.<sup>255</sup> Buna karşın bunların federal hukuka uygunluğu konusunda karar verme yetkisi Federal Anayasa Mahkemesindedir.<sup>256</sup>

Federal devleti oluşturan unsurlar arasında yapılan işbirliğinin başka bir türüne de gerek federal devletle federe devletler, gerekse federe devletlerin kendi arasında yapılan karşılıklı anlaşmalarla kurulan ortak kurum ve kuruluşlar örnek gösterilebilir. Federal devletle federe devletlerin kurdukları ortak kurumlara *Speyer* kentindeki Alman İdari Bilimler Üniversitesi (*Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer*); federe devletlerin kendi aralarında kurdukları ortak kurumlara da merkezi *Mainz* kentinde bulunan Alman İkinci Televizyon Kanalı (*Zweites Deutsches Fernsehen - ZDF*) örnek gösterilebilir.<sup>257</sup>

### KAYNAKÇA

ALPMANN-PIEPER, Annegerd / ALPMANN A., Josef / KRÜGER, Rolf / WÜSTENBECKER, Horst (Hrsg.): *Alpmann Brockhaus Studienlexikon Recht*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010.

<sup>254</sup> ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 155; MAURER, s. 310.

<sup>255</sup> DEGENHART, *Staatsrecht I*, s. 190.

<sup>256</sup> MAURER, s. 313. Bu sözleşme tipinin dışında federe devlet parlamentolarının onayına tabi olmayan ve federe yürütme organları veya idari mercileri tarafından yapılabilen sözleşmeler de bulunmaktadır ki, burada bunlara değinilmemiştir. Konu hakkında bkz. MAURER, s. 310 vd.

<sup>257</sup> ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, s. 155; MAURER, s. 311.



- ARMAĞAN, Servet (Çeviren): Federal Almanya Anayasasının Onyedinci Değişikliği Hakkında Kanun, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), Cilt: XXXV, Sayı: 1-4, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul 1970, s. 414 - 425.
- ARMAĞAN, Servet: Federal Almanya Cumhuriyeti Federal Hükümet İçtüzüğü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), Ord. Prof. Dr. Charles Crozat'ya Armağan, Özel Sayı, Cilt: XLIII, Yıl: 1977, Sayı: 1-4, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul 1979, s. 89 - 100.
- von ARNAULD, Andreas: Völkerrecht, C. F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2012.
- AZRAK, A. Ülkü: Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XXVIII, Yıl: 1962, Sayı: 2, s. 367 - 381.
- BUNDESRAT: <http://bundesrat.de/>, (Erişim Tarihi: 13.01.2014).
- BÜYÜK LAROUSSE SÖZLÜK VE ANSİKLOPEDİSİ: İnterpress Basın ve Yayıncılık A.Ş. (Milliyet).
- DEGENHART, Christoph: Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2006, s. 1209 - 1216.
- DEGENHART, Christoph: Kommentierung zu Art. 71, 72 GG, in: SACHS, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2011.
- DEGENHART, Christoph: Staatsrecht I; Staatsorganisationsrecht, Mit Bezügen zum Europarecht, 28. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2012.
- DEGENHART, Christoph: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Abweichungsgesetzgebung, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2010, s. 422 - 430.
- DETTERTBECK, Steffen: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 11. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2013.
- DICTIONARIUM LATINO-GERMANICUM: <http://dela.dict.cc/>, (Erişim Tarihi: 13.01.2014).
- DIETLEIN, Johannes: Verfassungsrecht, in: DIETLEIN, Johannes / BURGI, Martin / HELLERMANN, Johannes: Öffentliches Recht in

- Nordrhein-Westfalen; Verfassungsrecht, Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Öffentliches Baurecht, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2011.
- DOEHRING, Karl: Allgemeine Staatslehre; Eine systematische Darstellung, 3. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2004.
- DOĞAN, İlyas: Devletler Hukuku; Genel İlkeler, Soykırımından Sorumluluk, Tehcir, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.
- DREIER, Horst: Kommentierung zu Art. 28 GG, in: DREIER, Horst (Hrsg.), Grundgesetz; Kommentar, Band II, 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- DUDEN ONLINE: <http://www.duden.de/>, (Erişim Tarihi: 13.01.2014).
- EISENHARDT, Ulrich: Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2008.
- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, 6. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, 2. Baskı, Cilt: I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2009.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2010.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Anayasa Hukuku, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- HÄDE, Ulrich: Föderalismusreform in Deutschland – auf dem Weg zur dritten Stufe, Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2011, s. 97 - 103.
- HARBICH, Jürgen: Der Bundesstaat und seine Unantastbarkeit, Duncker & Humblot, Berlin 1965.
- HERDEGEN, Matthias: Europarecht, 15. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2013.
- HERDEGEN, Matthias: Kommentierung zu Art. 79 GG, in: MAUNZ, Theodor / DÜRIG, Günter (Beg.), Grundgesetz; Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, 69. Lieferung Mai 2013.
- HERDEGEN, Matthias: Völkerrecht, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2013.

- HERZOG, Roman / GRZESZICK, Bernd: Kommentierung zu Art. 20 GG, in: MAUNZ, Theodor / DÜRIG, Günter (Beg.), Grundgesetz; Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, 69. Lieferung Mai 2013.
- IPSEN, Jörn: Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2006, s. 2801 - 2806.
- IPSEN, Jörn: Staatsrecht I; Staatsorganisationsrecht, 24. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012.
- İÇEL, Kayıhan: İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1984, Sayı: 1-4, 117 - 131.
- İNALCIK, Halil: Eyalet: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt: 11, İstanbul 1995, s. 548 - 550.
- JACHMANN, Monika: Kommentierung zu Art. 96 GG, in: MAUNZ, Theodor / DÜRIG, Günter (Beg.), Grundgesetz; Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, 69. Lieferung Mai 2013.
- JARASS, Hans D.: Kommentierung zu Art. 32, 146 GG, in: JARASS, Hans D. / PIEROTH, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012.
- KENT, Bülent: Almanya'da Belediyeler Üzerindeki İdari Vesayet Denetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD), Cilt: 8, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 123 - 142.
- KENT, Bülent: Almanya'da İdari Yargı Teşkilatı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD), Cilt: 15, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 185 - 214.
- KENT, Bülent: Almanya'da Yerel Özerklik, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul 2008, s. 419 - 433.
- KIRCHHOF, Ferdinand: Kommentierung zu Art. 84, 85 GG, in: MAUNZ, Theodor / DÜRIG, Günter (Beg.), Grundgesetz; Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, 69. Lieferung Mai 2013.
- KIYGI, Osman Nazım: Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache (Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü), Teil II, Deutsch – Türkisch (Almanca – Türkçe), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1999.
- KLEIN, Eckart / SCHMAHL, Stefanie: Die Internationalen und die Supranationalen Organisationen, in: GRAF VITZTHUM, Wolfgang (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Auflage, der Gruyter, Berlin 2010, s. 263 - 387.

- KNOPP, Lothar: Föderalismusreform – zurück zur Kleinstaaterlei? An den Beispielen des Hochschul-, Bildungs- und Beamtenrechts, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2006, s. 1216 - 1220.
- KÖBLER, Gerhard: Historisches Lexikon der deutschen Länder; Die deutschen Territorien vom Mittelalter bis zur Gegenwart, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2007.
- KÖBLER, Gerhard: Rechtstürkisch; Deutsch-türkisches und türkisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann, 2. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2011.
- KÜRKÇÜER, Orhan: Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası Ve Bu Anayasayı Meydana Getiren Amiller, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XXII, Sayı: 1-4, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1957, s. 88 - 111.
- MAUNZ, Theodor: Kommentierung zu Art. 51, 93, 100 GG, in: MAUNZ, Theodor / DÜRIG, Günter (Beg.), Grundgesetz; Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, 69. Lieferung Mai 2013.
- MAURER, Hartmut: Staatsrecht I; Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010.
- MÖLLER, Hauke: Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG und zur verfassungsgebenden Gewalt nach dem Grundgesetz, Verlag im Internet GmbH, Berlin 2004, <http://www.idril.de/art79.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.01.2014).
- MURATOĞLU, Tahir: Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve Türk Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, Yıl: 2011, Legal Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 735 - 773.
- NALBANT, Atilla: Üniter Devlet; Bölgeselleşmeden Küreselleşmeye, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- NETTESHEIM, Martin: Kommentierung zu Art. 32 GG, in: MAUNZ, Theodor / DÜRIG, Günter (Beg.), Grundgesetz; Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, 69. Lieferung Mai 2013.
- ONAR, Erdal: 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, I., II. ve III. Cilt, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ORTAYLI, İlber: Türkiye Teşkilat Ve İdare Tarihi, 3. Baskı, Cedit Neşriyat,

- Ankara 2008.
- ORTAYLI, İlber: Üç Kitada Osmanlılar, 4. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul 2011.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- PAPIER, Hans-Jürgen: Aktuelle Fragen der bundesstaatlichen Ordnung, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2007, s. 2145 - 2148.
- PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- PIEPENSCHNEIDER, Melanie: Integration, in: MICKEL, Wolfgang W. / BERGMANN, Jan (Hrsg.), Handlexikon der Europäischen Union, 3. Auflage, Omnia Verlag, Stuttgart 2005.
- PIEROTH, Bodo: Kommentierung zu Art. 28, 29, 30, 31, 37, 50, 51, 58, 76, 77, 79, 82, 83, 84, 85, 87, 93, 100 GG, in: JARASS, Hans D. / PIEROTH, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012.
- ROBBERS, Gerhard: Kommentierung zu Art. 51 GG, in: SACHS, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2011.
- SANNWALD, Rüdiger: Kommentierung zu Art. 30, 71, 72, 77 GG, in: SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno / HOFMANN, Hans / HOPFAUF, Axel, GG; Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2011.
- SARICA, Ragıp: Almanyada İcra Organının Tanzim Salahiyeti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: IX, Yıl: 1943, Sayı: 1-2, Kenan Matbaası, İstanbul 1943, s. 170 - 248.
- SELMER, Peter: Die Föderalismusreform – Eine Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung?, Juristische Schulung (JuS) 2006, s. 1052 - 1060.
- STREINZ, Rudolf: Europarecht, 9. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2013.
- TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta Basımevi, İstanbul 2013.
- TİKVEŞ, Özkan: Anayasa Mahkemesinin Bazı Yetkileri Konusunda Alman Hukukuyla Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XXXVIII, Yıl: 1973, Sayı: 1-4, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul 1973, s. 293 - 311.

- TÜRK DİL KURUMU, BÜYÜK TÜRKÇE SÖZLÜK: <http://www.tdk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 13.01.2014).
- UHLE, Arnd: Kommentierung zu Art. 71 GG, in: MAUNZ, Theodor / DÜRIG, Günter (Beg.), Grundgesetz; Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, 69. Lieferung Mai 2013.
- UYGUN, Oktay: Federal Devlet; Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2007.
- WIESNER, Herbert / LEIBINGER, Bodo / MÜLLER, Reinhard, Öffentliche Finanzwirtschaft, 12. Auflage, R. v. Decker, Heidelberg 2008.
- WIKIPEDIA: <http://www.wikipedia.org/>, (Erişim Tarihi: 13.01.2014).
- WILLOWEIT, Dietmar: Deutsche Verfassungsgeschichte; Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2009.
- WITTSCHIER, Johannes: Kommentierung zu § 17a Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), in: MUSIELAK, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2013.
- YILDIRIM, Ramazan: Açıklamalı Ve Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Mimoza Yayınları, Konya 2006.
- YILMAZ, Dilşat: Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Yıl: 2009, Sayı: 1-2, s. 303 - 320.
- ZACHARIAS, Diana: Die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, in: THIEL, Markus (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie; Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, s. 57 - 97.
- ZIMMERMANN, Walter: Kommentierung zu § 17a Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), in: RAUSCHER, Thomas / WAX, Peter / WENZEL, Joachim (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2013.
- ZIPPELIUS, Reinhold: Kleine deutsche Verfassungsgeschichte; Vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006.
- ZIPPELIUS, Reinhold / WÜRTEMBERGER, Thomas: Deutsches Staatsrecht, 32. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2008.

# İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRMA SEBEPLERİNDEN BİRİ OLARAK “YARGI ORGANININ OTORİTE VE TARAFSIZLIĞININ SAĞLANMASI”

Abdulkadir PEKEL\*

## ÖZET

*Makalede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün “yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması” sebebiyle sınırlandırılması üzerinde durulmaktadır. Bu bağlamda, önce ifade açıklamalarının ve özellikle basının yargı üzerindeki etkisinden bahsedilmeye çalışılmış daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında uyguladığı yerleşik içtihadından bahsedilmiştir. Daha sonra “yargı gücünün otoritesi” ve “yargı gücünün tarafsızlığı” kavramları ortaya konularak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı ele alınmıştır.*

***Anahtar Kelimeler:** Basın özgürlüğü, ifade özgürlüğü, yargı bağımsızlığı, yargı organının otoritesi, adil yargılamayı etkileme.*

## “MAINTAINING AUTHORITY AND IMPARTIALITY OF THE JUDICIARY” AS A RESTRAINING REASON FOR FREEDOM OF EXPRESSION

### ABSTRACT

*This article stresses on the freedom of expression which is regulated by Article 10 of European Convention on Human Rights, to be restrained by the restraining reason of “maintaining the authority and impartiality of the judiciary power”. In this context, firstly, the effect of thought expressions, especially the press, on the judiciary is discussed, secondly the European Court of Human Rights case law about restraining freedom of expression is cited. After that, concepts of “authority of the judiciary” and “the impartiality of the judiciary” and the Court's approach on restraining freedom of expression by using these terms are asserted.*

***Keywords:** Freedom of press, freedom of expression, impartiality of the judiciary, authority of the judiciary, influence a just trial.*

\* Arş. Gör. Abdulkadir Pekel, abdulcadirpekel@gmail.com, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.



## I.GİRİŞ

Özgür bir toplumun ve özgür bir kişi olmanın en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğü<sup>1</sup>, gerçeklerin ortaya çıkmasına katkıda bulunmak açısından kamuya da yararlı olan bir araçtır. *John Stuart Mill*, ifade özgürlüğünün bu “kamusal” yönüne vurgu yapmış, “düşünce”nin sadece sahibi için değil tüm toplum ve insanlık için faydalı ve değerli olduğunu ifade etmiştir. Ona göre bir düşüncenin susturulması bütün bir insan ırkına ve hatta gelecek nesillere karşı işlenmiş bir suçtur. Çünkü düşünceyi susturmak yanlışın ortaya çıkartılarak düzeltilebilme, doğrunun da yanlış ile çarpışarak açıkça ortaya çıkabilme imkanını ortadan kaldırır<sup>2</sup>. *Mill*'in bu görüşleri *Namık Kemal*'e atfedilen<sup>3</sup> “*Barika-i hakikat, müsademe-i efkardan doğar.*” cümlesinde<sup>4</sup> vezir bir şekilde özetlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme, AİHM) de çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği olan ifade özgürlüğünü demokratik bir toplumun ana temellerinden biri olarak görmüş, toplum ve kişilerin gelişimi için vazgeçilemez olduğunu belirtmiştir<sup>5</sup>.

İfade özgürlüğü kapsamında telakki edilen basın özgürlüğü kamuyu ilgilendiren meselelerde daha çok önem kazanmaktadır. Çünkü halk, devletin işleyişine ilişkin bilgileri basın yoluyla elde eder<sup>6</sup>. Dolayısıyla, basının kamuoyu oluşturmadaki etkin rolü yadsınamaz<sup>7</sup>. Basın bu gücünü kullanarak iktidarı denetlemekte, demokratik katılımı sağlamaya yardımcı olmaktadır<sup>8</sup>. Bu sebeple, katılımcı ve çoğulcu bir demokrasi için basın özgürlüğü son derece önemlidir. AİHM de basın özgürlüğünün bu işlevlerinden yola çıkarak basının “kamunun bekçi köpeği” olduğunu ifade etmiş<sup>9</sup>, siyasi faaliyetlerin

---

<sup>1</sup> ÖZBEY, s. 95.

<sup>2</sup> MILL, s. 51.

<sup>3</sup> MERİÇ, 127.

<sup>4</sup> “Hakikat güneşi, fikirlerin çarpışmasından doğar.”

<sup>5</sup> *Handyside v. The United Kingdom*, 5493/72, 07.12.1976, § 49. T. C. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru yoluyla incelediği davalarda bu tür değerlendirmelerde bulunmaya başlamıştır. Mesela; Başvuru No.: 2013/2602, Tarih: 23/1/2014 § 41; Başvuru no.: 2014/3986, Tarih: 02.04.2014, § 34.

<sup>6</sup> GEZGİN, s.17.

<sup>7</sup> Aynı yönde: YAVUZ, s. 107.

<sup>8</sup> KAPANİ, s. 269.

<sup>9</sup> Örneğin: *Rothe v. Austria*, 6490/07, 04/12/2012, § 45; *Axel Springer AG. v. Germany*, 39954/08, 07/02/2012, § 79; *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, 48876/08, 22/04/2013, § 102, 103.

denetimi, kamuyu ilgilendiren olayların öğrenilmesi ve özgürce tartışılması açısından bu özgürlüğün çok önemli olduğunun altını çizmiştir<sup>10</sup>.

Gerçekten, kamuyu ilgilendiren olaylarda ve kamuoyu oluşturmada basının etkin rolü vardır. Medya –ve bu arada basın<sup>11</sup>- elinde bulundurduğu sür'at ve görsellik araçları ile kitleleri harekete geçirebilme, istenilen konu ya da kişiyi gündemin birinci sırasına taşıyabilme, halka farklı ve sanal bir gündem sunabilme gücüne sahiptir<sup>12</sup>. Bu güç yargı organı üzerinde de etkilidir.

Örneğin, Amerika'da yapılan bir deneyde, iki tane jüri oluşturulmuş ve bu jürilerden birine objektif haberler, diğerine ise tek yanlı haberler okutulmuştur. Sonuçta tek yanlı haberleri okuyan jüri üyelerinin, haberleri dikkate almamaları gerektiği uyarısına rağmen, sanığı suçlu bulmaya daha yatkın oldukları tespit edilmiştir<sup>13</sup>. Türkiye'de yapılan bir saha çalışmasında da, hakimlerin kendileriyle ilgili haberleri zihinlerinde tuttukları, bazılarının gazete kupürlerini makamlarındaki çekmecede sakladıkları ve etkilenmemenin mümkün olmadığını söyledikleri ifade edilmektedir<sup>14</sup>.

Basının etkisi Yargıtay'ın vermiş olduğu iki kararda da görülmektedir. Yargıtay, “açık ve mevcut tehlike” kriterini uygularken birbirine tamamen zıt iki karar vermiştir<sup>15</sup>. Üstelik ilk kararın verilmesinin üzerinden yalnızca bir aylık süre geçmiştir. Birbirinden tamamen farklı iki karar verilmesinde basının etkisi olduğu; ilk kararın Laiklik, Atatürkçülük, Cumhuriyetçilik kavramlarıyla bağdaşmadığının basında yoğun bir şekilde işlenmesi üzerine ikinci kararda ilk kararla çelişen bir sonuca ulaşıldığı belirtilmektedir<sup>16</sup>. AK Parti'ye karşı açılan kapatma davasının iddianamesinde de basında yer alan haberler delil olarak gösterilmiştir<sup>17</sup>.

---

<sup>10</sup> Lingens v. Austria, 9815/82, 22/04/2013, § 42.

<sup>11</sup> Medya ve basın kavramlarının karşılaştırması için bkz.: SALİHPAŞAOĞLU, Türkiye'de Basın Özgürlüğü, s.22-24.

<sup>12</sup> GEZGİN, s.11.

<sup>13</sup> CENTEL, s. 59 (T. Weigend, “Vereingte Staaten von Amerika”, Öffentliche Vorverurteilung und faires Strafverfahren (yay. A. Eser / J. Meyer), Freiburg i. Br. 1986, s. 248'den naklen).

<sup>14</sup> ATILGAN, s. 74.

<sup>15</sup> [2004/8-130 E., 2004/206 K., 23.11.2004 T.] ve [2004/8-201 E., 2005/30 K., 15.03.2005 T.] Aktaran: SALİHPAŞAOĞLU, Türkiye'de Basın Özgürlüğü, s.170, 171.

<sup>16</sup> SALİHPAŞAOĞLU, Türkiye'de Basın Özgürlüğü, s.170-172; SALİHPAŞAOĞLU, “Açık ve Mevcut Tehlike...”, s.238-240.

<sup>17</sup> 2008/001 E., 2008/002 K., 30.07.2008 T.

Basının yargı üzerindeki etkisi bu örneklerde açıkça görülmektedir. Bu etkinin, düşüncenin açıklanmasında kullanılan diğer araçlarda (örneğin televizyon, radyo yayını, sinema vs.) da güçlü olabileceğini söyleyebiliriz. Bu durumda ne yapılmalıdır? Yargı ile ilgili her türlü ifade hürriyeti yasaklanacak mıdır? Yargı ile ilgili her türlü ifade hürriyetinin yasaklanması, yargıyı kamuoyu denetiminin dışında tutmak anlamına gelir ki bu durum yargılamanın aleniliği ilkesine aykırıdır.

Öte yandan, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması da insan hakları ve hukuk devleti açısından önemlidir. Her ne kadar, meslekten olan hakimlerin, aldıkları eğitim dolayısıyla, basın ya da başka yolla açıklanan düşüncelerden etkilenmediği ifade edilse de<sup>18</sup>, meslekten hakimlerin de bir insan olarak kamuoyu baskısından korkabileceği, verdikleri kararın toplumda oluşturacağı etkileri göz önünde bulundurmamak zorunda kalacakları da söylenebilir. Ayrıca toplumda “ben etkileniyorsam, bir hakim neden etkilenmesin” şeklinde bir düşünce oluşması da mümkündür ki bu da “tarafsız görünüm” ilkesini ihlal eder<sup>19</sup>.

Aşağıda AİHM'nin konuya yaklaşımı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, öncelikle ifade özgürlüğü genelinde hakkın sınırlandırılmasının hangi ilke ve şartlara bağlandığından bahsedilecek, sonra da “yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması” sınırlandırma sebebi özelinde mahkemenin içtihatlarından mümkün olduğunca bahsedilmeye çalışılacaktır.

## **II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRMA SEBEPLERİNDEN BİRİ OLARAK “YARGI ORGANININ OTORİTE VE TARAFSIZLIĞININ SAĞLANMASI”**

### **A. Genel Olarak**

AİHS 10. maddesinin ikinci fıkrasında “...*bu özgürlüklerin kullanımı, yasayla öngörülerek ve demokratik bir toplumda gerekli tedbirler niteliğinde olarak ... yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması için bazı biçimsel kurallara, şartlara, sınırlandırmalara ve cezalandırmalara tabi tutulabilir*” denmektedir<sup>20</sup>. Bu ifadeden anlaşıldığı kadarıyla, ifade özgürlüğü; ancak ve ancak “kanunla öngörülme”, sınırlandırma sebeplerinden birinin

---

<sup>18</sup> CENTEL, s. 59.

<sup>19</sup> PALM, s. 26.

<sup>20</sup> Maddenin başka çevirileri için bkz.: <http://aih.m.anadolu.edu.tr/> (25.04.2014, sitenin akademik editörü: Osman Doğru), [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf) (25.03.2014), GEMALMAZ, s. 12.

kapsamına girme<sup>21</sup> ve “demokratik toplumda gereklilik” şartlarıyla sınırlandırılabilir. AİHM konuyla ilgili davalarda ifade özgürlüğüne müdahalenin bulunduğunu tespit ettikten sonra yukarıdaki sırayla müdahaleyi uygunluk testinden geçirmektedir<sup>22</sup>.

Dolayısıyla bizim konumuz olan “*yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması*” sınırlandırma sebebi de ancak ve ancak “*demokratik toplumda gerekli tedbirler niteliğinde*” olarak uygulanırsa sözleşmeye uygun olur. O halde sınırlandırma sebeplerinin genel niteliği olan demokratik toplumda gereklilik kriterine kısaca değinmeliyiz.

“Demokratik toplumda gereklilik”, Sözleşmedeki en önemli kavramlardan biridir, çünkü bu kriter ile, haklar sınırlandırılırken Sözleşmenin ihlal edilip edilmediği noktasında Mahkeme’ye geniş bir takdir yetkisi verilmiştir<sup>23</sup>. Kriterin içeriği AİHM uygulamasında somutlaşmaktadır. AİHM’ye göre “gereklilik” kelimesi; “olmazsa olmaz” kelimesi ile eş anlamlı olmasa da, “makul”, “makbul”, “kabul edilebilir”, “olağan” kelimelerinin gerektirdiğinden daha sıkı bir denetimi gerektirir<sup>24</sup>. Strasbourg organlarının içtihatlarında demokratik toplumda gereklilik kriterinin, hakkın sınırlandırılmasını haklı gösteren bir “*toplumsal ihtiyaç baskısının varlığı*”, “*sınırlandırma aracının amaçla orantılı olması*” ve müdahalenin ulaşılacak amaç ile “*ilgili ve elverişli*” olup olmadığı unsurlarını içerdiği ifade edilmektedir<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Müdahalenin, 2. fıkrada sayılan meşru amaçlardan birini taşıması.

<sup>22</sup> WONG, s. 56, 57; MACOVEİ, s. 53,54; SÜREN, 632; AYDIN, s. 42. Örnek birkaç karar için bkz.: Tešić v. Serbia, 4678/07, 50591/12, 11/02/2014, § 64; Pentikäinen v. Finland, 11882/10, 04/02/2014, § 34-56; Perihan And Mezopotamya Basın Yayın A.Ş. v. Turkey, 21377/03, 21/01/2014, § 51; Lingens v. Austria, § 35, Müller and others v. Switzerland, 10737/84, 24.05.1988, § 29-37, (çev.: Osman Doğru), <<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=159>> (07.05.2013); Handyside v. The United Kingdom, 5493/72, 07.12.1976, § 43-59, (çev.: Osman Doğru), <<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25>> (07.05.2013). Örneğin, Yıldırım v. Turkey, (3111/10, 18/12/2012) kararında, müdahalenin kanun tarafından öngörülmesi kriteri konusunda gerekli koşullar sağlanmadığı için, meşru bir amaç ve demokratik toplumda gereklilik kriterlerinin incelenmesine gerek görülmeden ihlal tespit edilmiştir (§ 70).

<sup>23</sup> GREER, s. 14.

<sup>24</sup> Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74, 26.04.1979, § 59; Glasenapp v. The Federal Republic of Germany, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu raporu, 9228/80, 11.05.1984, § 90.

<sup>25</sup> Glasenapp v. The Federal Republic of Germany, § 90. İlgili bazı AİHM kararları için bkz.: Handyside v. The United Kingdom, § 49; Vogt v. Germany, 17851/91, 26/09/1995, § 52; Rothe v. Austria, § 48; Şener v. Turkey, 26680/95, 18/07/2000, § 39, Du Du Roy and Malarie v. France, 34000/96, 03/10/2000, § 27/iii, iv; Perna v. Italy, 48898/99, 06/05/2003, § 38/ii, iii.

O halde, ifade özgürlüğünün “yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması”na feda edilmesi için bu kriterlerin göz önünde bulundurulması gerekecektir. AİHM’in konuya yaklaşımı aşağıda ayrıntısıyla değerlendirilecektir.

### **B. “Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığı” Kavramı**

AİHS m.10’da ifade özgürlüğünün sınırlama sebeplerinden birisi olarak “yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması”<sup>26</sup> sayılmıştır. Peki, “yargı organının otorite ve tarafsızlığı” ne anlama gelmektedir? Lafzi bir bakış açısıyla bu söz öbeğinin üç farklı hukuki kavrama işaret ettiğini rahatlıkla görebiliriz: “yargı organı(judiciary)”, otorite(authority)” ve “tarafsızlık(impartiality)”. Mahkeme öncelikle, bu kavramların “Sözleşmedeki anlamıyla” anlaşılması gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkemenin bu vurgusu, kavramların “özerk kavramlar” olduğunu ima etmektedir. Ayrıca Mahkeme bu kavramların anlamının belirlenmesinde 6. maddenin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir<sup>27</sup>.

Bu bağlamda öncelikle “yargı organı” kavramını ele alalım. Mahkemeye göre bu kavram, “adalet mekanizması” ya da devletin yargısal kolunu ve bunlara ek olarak yargısal görevlerini yerine getiren hakimleri kapsar<sup>28</sup>. Yargı organının temel özelliği yargısal işlev görmesidir. Yani yargı organı, hukuk kurallarının belirlemiş olduğu yetki dairesinde ve önceden belirlenmiş bir takım usul kurallarına riayet ederek karar verir<sup>29</sup>. Yine, yargısal işlevin yerine getirilebilmesi için, yargısal görev icra eden kimselerin bağımsız olmaları, görev sürelerinin tarafsızlığa hanel getirmeyecek şekilde belirlenmesi ve üyelerin bazı teminatlardan yararlanması gerekir ki bu şartlardan bazıları 6. maddede belirtilmiştir<sup>30</sup>.

---

Benzer bir değerlendirme için bkz.: SALİHPAŞAOĞLU, Türkiye’de Basın Özgürlüğü, s. 66; MACOVĚĬ, s.66.

<sup>26</sup> Mahkeme, “yargı organının otoritesi” kavramını objektif bir kriter olarak değerlendirmiş ve sözleşmecî devletlerin bu kavramla ilgili “takdir marjları”nın nispeten dar olduğunu belirtmiştir. “Yargı organının otoritesi”nin sağlanması sebebiyle yapılan sınırlandırmada, örneğin “ahlakın korunması” sınırlandırma sebebine göre daha kısıtlı bir “takdir marjı” vardır (bkz.: Sunday Times v. The United Kingdom, § 59). WONG, s. 62.

<sup>27</sup> Sunday Times, § 55/1.

<sup>28</sup> Sunday Times, § 55/2.

<sup>29</sup> Sramek v. Austria, 8790/79, 22.10.1984, § 36; H. v. Belgium, 8950/80, 30.11.1987, § 50.

<sup>30</sup> Cyprus v. Turkey, 25781/94, 10.05.2001, § 233; Belilos v. Switzerland, 10328/83, 29.04.1988, § 64.

Diğer bir hukuksal kavram olan “otorite” kelimesinin sözlük anlamı, “Yaptırma, yasak etme, emretme, itaat ettirme hakkı veya gücü”dür<sup>31</sup>. Mahkemeye göre, “yargı organının otoritesi” deyimini hak ve yükümlülüklerin tespiti, uyuşmazlıkların çözümü ve cezai bir suçlama ile karşı karşıya kalan kişinin suçlu ya da masum olduğuna karar verilmesinde mahkemelerin geniş bir toplum desteği ve güveninden istifade etmeleri anlamına gelir. Toplum mahkemelerin bu görevleri yerine getirebileceğine güven duyar. Yargı organının otoritesi denildiğinde önemli olan, cezai bir itham ile karşı karşıya kalan kişinin ya da genel olarak halkın yargı mercilerine duyduğu bu güvendir<sup>32</sup>.

Mahkeme burada kanımızca yargı organlarının yargılama tekeline vurgu yapmaktadır. Yani yargı organının otoritesi; bir uyuşmazlık hakkında (zor gücünü de elinde bulundurarak) karar verme yetkisinin, anayasa ile yetkilendirilmiş mahkemelerin tekelinde olması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla yargının güvenini zedeleyen medya faaliyeti, bu anlamda yargı organının otoritesini sarsabilir.

Tarafsızlık ise AİHS m.6 kapsamında değerlendirilmektedir. AİHM içtihadına göre tarafsızlığın objektif ve subjektif yönleri bulunur<sup>33</sup>. Subjektif tarafsızlık mevcut olayla ilgili hakim kişisel görüşlerinden sıyrılması anlamına gelirken, objektif tarafsızlık ise yargının kurumsal ve yapısal olarak tarafsız görünmesi, yani kamuoyunda yargının tarafsız olduğu yönünde düşüncenin oluşması anlamına gelir<sup>34</sup>. Bu yönüyle objektif tarafsızlık, “yargı organının otorite ve tarafsızlığının” ifade özgürlüğüne karşı korunması kapsamında önem kazanmaktadır. Özellikle yargı görevi yapan kişilerin ifade özgürlüğü bakımından, bazı düşünce açıklamaları yargı organının dayanmakta olduğu kamu güvenini sarsabilir. Konuya aşağıda değinilecektir.

<sup>31</sup> <[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.518a6ba7dcbc10.25287344](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.518a6ba7dcbc10.25287344)> (08.05.2013).

<sup>32</sup> Worm v. Austria, 22714/93, 29.08.1997, §40; Łopuch v. Poland, 43587/09, 24.07.2012, § 61; Skalka v. Poland, 43425/98, 27/05/2003, § 40; Kudeshkina V. Russia, 29492/05, 26/02/2009, § 86; Kyprianou v. Cyprus, 73797/01, 15/12/2005, § 172. Ayrıca bkz.: Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74, 26.04.1979, § 55; Fey v. Austria, 14396/88, 24/02/1993, § 30.

<sup>33</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s.282, 283.

<sup>34</sup> Örneğin; Sramek v. Austria, 8790/79, 22/10/1984, § 42, Procola v. Luxembourg, 14570/89, 28/09/1995, §45, İncal v. Turkey, 22678/93, 09.06.1998, § 68, 72; <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=35638> (12.06.2013); Çıraklar v. Turkey, 19601/92, 28/10/1998, § 39, 40; davalarında mahkeme objektif tarafsızlık ilkesine dayanarak m.6'nın ihlal edildiğine karar vermiştir.

### **C. AİHM'nin Konu İle İlgili Belirlemiş Olduğu Bazı İlkeler**

Yukarıda da bahsedildiği üzere demokratik bir toplumun iki önemli unsuru, ifade özgürlüğü ile yargı oranının otorite ve tarafsızlığı, bazı durumlarda birbiriyle çatışabilir. Ancak Mahkeme, bu iki hukuksal değerden birini diğerine tercih etmek yerine, bu değerler arasında adil bir denge kurmaya gayret etmektedir<sup>35</sup>. Aşağıda, AİHM'nin bu adil dengenin kurulmasına yönelik geliştirmiş olduğu bazı ilkeler tespit edilmeye çalışılacaktır.

#### **1. Devam Eden Yargılama İle İlgili Basında Haber Ya Da Yorum Yapılabilir**

AİHM, vermiş olduğu kararlarda, bir uyuşmazlığın yargı organına intikal etmiş olmasının, o uyuşmazlık ile ilgili haber veya yorum yapılamayacağı anlamına gelmediğini belirtmektedir.

Örneğin, *Sunday Times* davası konunun incelendiği tipik bir davadır. Dava konusu olayda, *Sunday Times* gazetesi, devam eden bir yargı sürecinin konusu olan olayla<sup>36</sup> ilgili bir makale yayınlamış, konuyu sonraki makalelerde incelemeye devam edeceğini duyurmuştur. Bunun üzerine başsavcılık, yazılacak olan yazının “mahkemeye saygısızlık” (contempt of court) oluşturacağı gerekçesiyle bir dava açmış ve mahkeme de yazıların yayınlanmasını bir tedbir kararı ile engellemiştir<sup>37</sup>.

AİHM, olayı yerleşik içtihadı uyarınca, sırasıyla: müdahalenin kanun tarafından öngörülmüş olup olmadığı, müdahalenin meşru amaca yönelik olup olmadığı, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı kriterleri bakımından incelemiştir<sup>38</sup>.

Mahkeme, yargılamaların –yargı organları tarafından değil– “basın tarafından” yapılmasının toplumda önyargılara yol açabileceğini, bu durumun da halkın yargı organına duyduğu güveni ve saygıyı zedeleyebileceğini belirtmiş ve bunun, kamu düzeni açısından engellenmesi gereken bir durum

---

<sup>35</sup> Schöpfer v. Switzerland, 25405/94, 20/05/1998, § 33.

<sup>36</sup> Burada Osman Doğru'nun çevirisinden yararlanılmıştır. Bkz.: <http://aihmanadolu.edu.tr/aihmgoster.as.p?id=32> (26.05.2014). Olay hamile kadınlara teskin edici olarak önerilen Thalidomide adlı ilacın kullanımı sonucunda 450 civarında bebeğin sakat doğumuyla ilgilidir (Sunday Times v. The United Kingdom, § 8). Sunday Times, yargı süreci ve sulh görüşmeleri devam ederken konuyla ilgili “Thalidomide Çocuklarımız: Ulusal Utanç İçin Bir Neden” isimli bir makale yayınlamıştır (§ 11).

<sup>37</sup> Sunday Times v. The United Kingdom, § 22.

<sup>38</sup> Sunday Times v. The United Kingdom, (çev.: Osman Doğru), § 45.



olduğunu ifade etmiştir<sup>39</sup>. Ancak **Mahkemeye göre, bir olayın ulusal mahkemelere intikal etmiş olması, basın özgürlüğünün sınırlandırılması için yalnız başına bir sebep oluşturmaz.** Sözleşmenin amacı bir uyuşmazlığın konusuna ya da bir yargılamada ortaya çıkan sorunlara ilişkin tüm ifadeleri yasaklamak değildir<sup>40</sup>. **Yargılamalara konu olan olaylar uzmanlaşmış dergilerde, genel basında ya da halk arasında tartışılabilir.** Bu yalnızca basının hakkı ve görevi değildir. Yargılama süreçleri kamuyu ilgilendirdiği için bu süreçlere ilişkin bilgi almak halkın da hakkıdır<sup>41</sup>. Halk bu haktan ancak yazının yargı organının otoritesine açıkça tehdit oluşturduğu kanıtlanırsa mahrum bırakılabilir<sup>42</sup>.

Sonuç olarak Mahkeme, ilgili yazının toplumsal koşulları içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiş<sup>43</sup>, yazının yayımlanmasından önce de yazıya konu olan olayla ilgili bir kampanya yürütülmekte olduğundan yazının yargı organının otoritesine ek bir zarar verme olasılığı olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla müdahaleyi meşru amaçla orantılı bulmamış, sosyal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediğine ve demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir<sup>44</sup>.

*July and Sarl Liberation* davasında da Mahkeme, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 848. toplantısında aldığı tavsiye kararına<sup>45</sup> atfen, kamunun yargısal otoritelerin ve polis hizmetlerinin faaliyeti hakkında medya aracılığıyla bilgi alabilmesi gerektiğini dolayısıyla gazetecilerin ceza adalet sisteminin işleyişi ile ilgili serbestçe haber veya yorum yapabilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>46</sup>. Söz konusu Tavsiye kararına göre, yargı organı –soruşturmanın gizliliğine halel gelmedikçe veya devam eden yargılamanın haksız etkilenmesine sebep olmadıkça– medyayı bilgilendirecektir (Prensip 6). Ayrıca, özellikle meslekten olmayan yargıçların (*lay judges*) yer aldığı ceza yargılamalarında yargı otoritelerinin önyargılı etkiye (yetki kullanan kişilerde ön yargı oluşturabilecek etki) karşı korumak gerektiği ifade

<sup>39</sup> Sunday Times v. The United Kingdom, (çev.: Osman Doğru), § 63.

<sup>40</sup> Sunday Times v. The United Kingdom, (çev.: Osman Doğru), § 63.

<sup>41</sup> Sunday Times v. The United Kingdom, (çev.: Osman Doğru), § 65.

<sup>42</sup> Sunday Times v. The United Kingdom, (çev.: Osman Doğru), § 66.

<sup>43</sup> Sunday Times v. The United Kingdom, (çev.: Osman Doğru), § 63.

<sup>44</sup> Sunday Times v. The United Kingdom, (çev.: Osman Doğru), § 67.

<sup>45</sup> Prensip 1. Bkz.: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2003\)13&Language=lanEnglissh&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2003)13&Language=lanEnglissh&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383) (26.05.2014).

<sup>46</sup> July And Sarl Liberation v. France, 20893/03, 14/02/2008, § 66.

edilmektedir (prensip10). Nitekim AİHM, *Tourancheau and July* davasında sanıklardan birini savunmak için diğerinin suçlu olduğunu ima eden bir yazının yargılamada görevli olan meslekten olmayan hakimleri etkileyebileceğini ifade ederek ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını Sözleşmenin ihlali olarak görmemiştir<sup>47</sup>.

Venedik Komisyonu'nun 82. genel kurulunda kabul edilen 16.03.2010 tarihli "Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Hakkında Rapor"da, benzer şekilde:

*"Adli süreçleri uygunsuz baskılardan korumak için, 'yargı önündeki meselelerin tartışılması yasağı' ilkesinin uygulanması düşünülmeli ancak bu yapılırken sınırlar özenle belirlenmeli ve bir yandan adli süreci diğer yandan da basın özgürlüğü ile kamu yararını ilgilendiren konuların açıkça tartışılabilmesi özgürlüğünü koruyacak uygun bir denge kurulmalıdır."*

denmektedir<sup>48</sup>.

Mahkeme'nin *Perna* davasında ise (aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere) Mahkeme, hâkimlerin kendilerine yönelik eleştirilere cevap veremedikleri için, temelsiz ve yıkıcı saldırılara karşı korunmaları gerektiğinin doğru olduğunu ancak bir siyasi partinin üyesi gibi davranan hâkimin, her zaman taşıması gerekli olan, bağımsızlık ve tarafsızlık imajını yok ettiği, dolayısıyla hâkimlere yönelik olan korumadan yararlanamayacağını belirtmiştir. Bu bağlamda, hakimlere verilen ağır sorumlulukların onlardan beklendiği gibi yerine getirilip getirilmediğini denetlemede basının bir araç olduğunu ifade etmiştir<sup>49</sup>.

## **2. Yargı Organının Dayandığı Kamu Güvenini Sarsan ve Hakimlere Yönelik Yıkıcı ve Temelsiz İfadeler Yasaklanabilir**

Mahkeme devam etmekte olan yargılama ile ilgili haber ve yorum yapılmasını kabul etmekle birlikte yargı organının dayandığı kamu güvenine de önem vermektedir.

Örneğin, *Worm* davasında Mahkeme; bir gazetecinin, devam eden yargılama ile ilgili yorum ve eleştiri yaparken, yargılanan kişinin veya kişilerin de adil yargılanma hakkı olduğunu akılda tutması gerektiğini ifade etmiştir.

<sup>47</sup> *Tourancheau and July v. France*, 53886/00, 24.11.2005, § 75, 76.

<sup>48</sup> Raporun Türkçe çevirisi Venedik Komisyonu'nun resmi internet sitesinde yayınlanmıştır. Bkz.: Venedik Komisyonu, Çalışma No.: 494/2008, **Rapor- Yargı Sisteminin Bağımsızlığı - Bölüm I: Hâkimlerin Bağımsızlığı**, Strazburg, 16 Mart 2010, s. 18, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2010\)004-tur.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2010)004-tur.aspx) (26.05.2014).

<sup>49</sup> *Perna v. Italy*, § 41.

Bu bağlamda, gazetecilerin yorum yapma haklarının, ön yargı oluşturmaya, -bilerek ya da bilmeyerek- kişileri adil yargılanma hakkından alıkoymaya veya toplumdaki yargıya ilişkin güveni baltalamaya yetki vermeyeceğini vurgulamıştır<sup>50</sup>.

Sonuç olarak, bir yazarın, eski ekonomi bakanının vergi kaçırma davası ile ilgili bir yazı yazdığı için, “devam etmekte olan bir ceza yargılamasını yasaklanan bir şekilde etkilediği” gerekçesiyle Medya Kanununun 23. maddesine göre mahkum edilmiş olmasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır<sup>51</sup>. Başvurucu ve Komisyon, davaya konu olan yazıda yalnızca savcının iddianamesindeki bir hususun belirtildiğini ileri sürmüşler<sup>52</sup>, buna karşılık Hükümet<sup>53</sup> ve Mahkeme<sup>54</sup> savcının iddianamesindeki bir husus belirtiliyorsa bile, bunun açıkça belirtilmesi gerektiğini, kişileri suçlamanın başvurusunun değil, savcının görevi olduğunu vurgulamıştır.

*Barfod* davasında da hakimlerin dayandığı kamu güveni lehine bir sınırlama söz konusudur. Davada başvuru, bir yargılamada görev alan, meslekten olmayan iki yargıcın (*lay judges*), hükümet tarafından atandıklarından dolayı tarafsız olmadıklarına ve anayasaya göre yargıçlık yapamayacaklarına ilişkin yazı yazmıştır<sup>55</sup>. Başvurucu yazısında, mahkemenin oluşma biçimini eleştirmekte ve söz konusu iki yargıcın bağımsız ve tarafsız karar vermek yerine hükümetin bir memuru olarak karar verdiklerinden söz etmektedir<sup>56</sup>. Başvurucu sadece yargılama sistemini eleştirmeye çalıştığını belirtmiş, bunu komisyon da kabul etmiştir<sup>57</sup>. Ancak Mahkemeye göre, bu iki meslekten olmayan yargıcın şahsi itibarı hedef alınmadan da mahkemenin oluşma biçimi eleştirilebilir<sup>58</sup>. Ayrıca başvuru, dava konusu olayın politik bir arka planı olduğunu ileri sürmüş ve meslekten olmayan yargıçlara ilişkin suçlamalarının politik tartışma kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiş, dolayısıyla eleştiri sınırlarının daha geniş olması gerektiğini söylemiştir. Mahkeme ise bu görüşü kabul etmemiştir: Meslekten olmayan yargıçlar

<sup>50</sup> Worm v. Austria, 22714/93, 29.08.1997, § 50.

<sup>51</sup> Worm v. Austria, § 12, § 21, § 58, § 59. JANIS, KAY, BRADLY, s.252.

<sup>52</sup> Worm v. Austria, § 44.

<sup>53</sup> Worm v. Austria, § 46.

<sup>54</sup> Worm v. Austria, § 55.

<sup>55</sup> Barfod v. Denmark, 11508/85, 22.02.1989, § 9.

<sup>56</sup> Barfod v. Denmark, § 30.

<sup>57</sup> Barfod v. Denmark, § 31.

<sup>58</sup> Barfod v. Denmark, § 33.

yargılama görevi yürütmektedirler ve başvuruçunun ifadesi onlar hakkındaki kamu güvenini sarsmaktadır<sup>59</sup>. Dolayısıyla Mahkeme, 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

*Prager and Oberschlick* davasında Mahkeme, başvuruçuların yazıp yayımladıkları “Dikkat! Acımasız Hakimler!” başlıklı makale dolayısıyla konuyu incelemiştir. Makale, ceza hakimlerinin sanıklara “zaten suçluymuşlar gibi” davrandıklarından, kaba ve zorba olduklarından, bu tür durumları alışkanlık haline getirdiklerinden bahsetmektedir<sup>60</sup>. Ayrıca yargıç J. ile ilgili, doğrudan kişinin şahsına yönelik sert ifadeler makalede yer almaktadır. Mahkeme olayı hem “kişilerin hakları ve saygınlığı”, hem de “yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması” açısından incelemiştir<sup>61</sup>. Bu kapsamda Mahkeme, başvuruçunun gerek genel olarak, gerekse yargıç J. ile ilgili ileri sürdüğü bu sert ifadelerin kişilerin onur ve saygınlığına halel getirmekle kalmayıp, yargı organının bütünlüğü ve toplumdaki güvenini de baltaladığını tespit etmiştir<sup>62</sup>.

AİHM benzer bir yaklaşımı *Skalka* davasında da benimsemiştir: Mahkemeler de, birer kamu kurumu olduklarından, eleştiri ve denetlemeden muaf değildirler. Ancak eleştiri ile hakaret/aşağılama arasında açık bir ayrıma gidilmelidir. **Eğer bir ifadenin tek amacı mahkemelere ya da mahkeme üyelerinden birine hakaret etmek ise, orantılı bir ceza 10. maddeyi ihlal etmez**<sup>63</sup>. Mahkemeye göre, mevcut olayda başvuruçunun hedef aldığı makam ya da kişi ile ilgili hiçbir somut eleştiri ya da şikayetten söz etmemiştir. Sınır ve üzüntüsünü sert bir şekilde ifade etmiş, ancak buna yol açan durumlardan bahsetmemiştir<sup>64</sup>. Ayrıca, başvuruçunun “şapşal(*cretin*)”, “aptal(*fool*)” ve “soytarı(*clown*)” gibi kelimeler kullanmıştır<sup>65</sup>. Mahkeme bu koşullar altında verilen orantılı bir cezanın Sözleşmeyi ihlal etmeyeceğini belirtmiş fakat 8 aylık ceza orantısız olduğu için, Sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>66</sup>.

AİHM, yargılamaların yürütülmesi esnasında mahkeme salonlarında benimsenen üslup bakımından da benzer bir bakış açısını benimsemektedir.

---

<sup>59</sup> Barfod v. Denmark, § 35.

<sup>60</sup> Prager and Oberschlick v. Austria, 15974/90, 26.04.1995, § 9.

<sup>61</sup> Prager and Oberschlick v. Austria, § 31.

<sup>62</sup> Prager and Oberschlick v. Austria, § 36.

<sup>63</sup> Skalka v. Poland, 43425/98, 27.08.2003, § 34; Łopuch v. Poland, § 61/2.

<sup>64</sup> Skalka v. Poland, § 37.

<sup>65</sup> Skalka v. Poland § 36.

<sup>66</sup> Skalka v. Poland § 41.

Ancak burada, yargı organının otoritesinin sağlanmasına biraz daha fazla ağırlık verildiği söylenebilir. Tarafların yargılamanın yürütülmesine ilişkin bazı kuşku ve eleştirileri, hakaretimiz bir üslup kullanılmaksızın dile getirilmelidir<sup>67</sup>. *A.* davasında, avukat olan başvuru, bir yargıcın verdiği kararın gerekçesini eleştirirken kullandığı “ön yargılı ve tek taraflı”, “amaçlı”, “sanığı koruyor”, “kararına akılsızca bir saptama ile başlıyor”, “gerçekleri saptırıyor”, “kararı kendi ürettiği gerçeklere dayandırıyor” gibi ifadeler yüzünden mensubu olduğu baro tarafından disiplin cezasına (uyarı) çarptırılmıştır. Mahkeme cezayı “yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması” meşru amacı ile orantısız bulmamış ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu için kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir<sup>68</sup>. *Lopuch* davasında ise başvuru, kendisini ve aile üyelerini korkutan, tehdit eden, mafyavari bir çete ile; mahkeme başkanının bağlantıları olduğunu ve bu çeteye yardım ettiğini iddia etmiştir. AİHM’ye göre başvuru bu sözleriyle, mahkeme başkanının tarafsız olmadığını ya da mesleki ilkelere uymadığını iddia etmekle kalmamış, onu ciddi suçlarla itham etmiştir. Ayrıca Mahkeme, başvuru bu iddialarını hiçbir olgusal temele dayandırmadığını da vurgulamıştır. Mahkemeye göre böyle bir üslup benimsenmeden de ilgili hakim tutumu eleştirilebilir<sup>69</sup>. Mahkeme, başvuru ifadelerinin yargılama esnasında ve yargılamanın yürütülmesi bağlamında söylendiğini göz önünde bulundurarak, yargı organıyla ilgili herhangi bir kamusal tartışmanın konusu olmadığını da belirtmiştir. Dolayısıyla bu ifadeler kamuyu ilgilendiren ifadelerin yararlanmakta olduğu daha yüksek koruma seviyesinden de yararlanamayacaktır. Başvurucunun ifadelerinin gazetelerde yayımlanmış olması bu sonucu değiştirmez<sup>70</sup>. Sonuç olarak Mahkeme, Sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>71</sup>.

Mahkeme, yargı organının kamuda oluşturduğu güvenin korunması bağlamında, hakimlerin yıkıcı ve temelsiz saldırılara karşı korunması gerektiğini de belirtmektedir. Örneğin *Da Haes and Gijssels*<sup>72</sup> davasında AİHM,

<sup>67</sup> *A. v. Finland (Admissibility)*, 44998/98, 08/01/2004; *Lopuch v. Poland*, § 62.

<sup>68</sup> *A. v. Finland (Admissibility)*. Benzer şekilde Komisyon Mahler v. Germany (29045/95, 14/01/1998) başvurusunda, “iddianamenin sarhoşken yazıldığı”ni söyleyen başvuru savcıya hakaret ettiği gerekçesiyle cezalandırılmasını Sözleşmeye aykırı bulmamış, başvuru kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.

<sup>69</sup> *Lopuch v. Poland*, § 62, 63.

<sup>70</sup> *Lopuch v. Poland*, § 64.

<sup>71</sup> *Lopuch v. Poland*, § 69, 70.

<sup>72</sup> Dava konusu olayda, başvuru devam eden bir yargılamanın hakim ve savcılarının (taraflardan birine olan siyasi yakınlıktan dolayı) tarafsız olmadıklarına ilişkin beş adet yazı yazmışlardır. Bkz.: *Da Haes and Gijssels v. Belgium*, § 8, 43.

tarafsız mahkemelerin bir hukuk devletinin temeli ve garantisi olduğunu belirterek, yargıç ve savcıların kendilerine yönelik eleştirilere –görevleri gereği– cevap veremedikleri göz önünde bulundurulduğunda, temelsiz ve yıkıcı saldırılara karşı korunmaları gerektiğini ifade etmiştir<sup>73</sup>. Yine, *Prager and Oberschlick* davasında da hakimlerin eleştirilere cevap veremediklerinin altını çizerek, dayandıkları kamu güveninin korunması için, yıkıcı ve özellikle de temelsiz saldırılara karşı korunmaları gerektiği belirtilmiştir<sup>74</sup>.

### 3. Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Eden İfadeler Sınırlandırılabilir

Bilindiği üzere, AİHS'nin 6. maddesinin 2. fıkrası “masumiyet karanesi” olarak da bilinen ilkeyi düzenlemektedir: “*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.*” Bu ilkenin doğal sonucu, bir kişinin suçluluğuna ya da suçsuzluğuna yalnızca mahkemelerin karar verebilmesidir. Dolayısıyla “masumiyet karanesi”nin “yargı organının otoritesi” ile doğrudan bir ilişki vardır. Algı oluşturma etkisine sahip medya gibi araçlarla kişilerin suçlu olduğu hakkında bir toplumsal kanı oluşturmak, “yargı organının otoritesi”ni sarsar. Çünkü böyle bir durum engellenmediği takdirde, kişilerin suçluluğuna yargı değil, medya karar veriyor hale gelebilir. Yukarıda bahsedilen *Sunday Times* kararında Mahkeme bu duruma şu ifadelerle işaret etmektedir<sup>75</sup>:

*“Eğer uyuşmazlıkta ortaya çıkan sorunlar, halkın peşin hükümlere varmasına yol açacak bir biçimde açığa vurulacak olursa, mahkemeler kendilerine duyulan saygı ve güveni kaybedebilirler. Ayrıca halkın, basın yayın organlarında sahte yargılamaları düzenli olarak görmeye alışmasının, mahkemelerin hukuki uzlaşmazlıkların çözümü için uygun bir forum oldukları anlayışına karşı uzun dönemde kötü sonuçlar doğurabileceği gözden uzak tutulamaz.”*

Söz konusu davada yerel makamlar kişilerin, yargılama sonuçlanmadan önce halk nezdinde suçlu duruma düşürülmelerinin yargı organının otoritesini sarstığını belirtmiştir. Buna göre, **kişiler bu şekilde “basın tarafından yargılama”ya maruz bırakılacak olursa yargısal süreçler güvenilirliğini yitirir ve yargı mercilerinin yargılama yetkisi “gasp edilmiş” olur.** Mahkeme bu değerlendirmelerin “yargı organının otoritesi” bağlamında anlaşılabilirliğini ifade etmiştir<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Da Haes and Gijssels v. Belgium, § 37. Aynı yönde: Łopuch v. Poland, § 61/1.

<sup>74</sup> Prager and Oberschlick v. Austria, § 34; Aynı yönde: Perna v. Italy, § 38/V.

<sup>75</sup> The Sunday Times v. The United Kingdom, (çev.: Osman Doğru), § 63.

<sup>76</sup> The Sunday Times v. The United Kingdom, (çev.: Osman Doğru), § 63.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (2003) 13 no.lu kararında da soruşturmanın gizliliğine ve masumiyet karinesine vurgu yapılmaktadır. “Masumiyet Karinesi” başlığını taşıyan İlke 2’ye göre<sup>77</sup>,

*“Masumiyet karinesi ilkesine saygı duyulması, adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle, devam eden bir suç kovuşturmalarıyla ilgili bilgi ve fikirler, suçlu veya şüphelinin masumiyet karinesi hakkına zarar vermeyecek şekilde medyada yer almalı veya yayınlanmalıdır.”*

İlke 10 ve 11 de masumiyet karinesini ilgilendiren ifadeler içermektedir:

*“İlke 10 - Zarar verici etkinin önlenmesi*

*Suç kovuşturmaları kapsamında, özellikle davayla ilgili jüri üyeleri veya seçilmiş yargıçlar, yargı makamları ve emniyet birimleri suç kovuşturmaları açısından önyargı riski oluşturabilecek bilgiyi açık bir şekilde sağlamaktan kaçınmalıdırlar.*

*İlke 11 - Mahkeme öncesi zarar verici yayımlar*

*Suçlanan kişi medyada yer alan bilgiler sonucu adil yargılanma hakkına büyük olasılıkla zarar verebileceğini veya verdiğini ispat edebilirse kendisine etkin bir yasal telafi yolu sunulmalıdır.”*

AİHM, 10. maddeyle korunan ifade özgürlüğü kullanılırken, masumiyet karinesine saygı gösterilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>78</sup>. Mahkeme, yeni tarihli bir kararında, sanığın yargılandığı davaya konu olan olayla ilgili her haberin, sanığın masumiyet karinesi göz önünde bulundurularak yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>79</sup>. *Du Roy and Malarie* davasında da Mahkeme, cezai süreçlerle ilgili basın özgürlüğünün adaletin uygun şekilde yönetimi ve masumiyet karinesi ile belirlenen sınırlara dikkat edilerek kullanılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>80</sup>. Bununla birlikte, bir cezai süreçle ilgili katılma taleplerinin haber yapılmasını tümüyle yasaklanmasını ise Sözleşmenin ihlali olarak görmüştür<sup>81</sup>. Mahkeme, kanunun amacının yargı organının otorite ve tarafsızlığını sağlamak ve kişilerin masum sayılma hakkını

<sup>77</sup> [http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/bakanlar\\_komitesi/CMRec200313TRinformationThroughTheMedia.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/bakanlar_komitesi/CMRec200313TRinformationThroughTheMedia.pdf) (04.04.2014).

<sup>78</sup> *Ageyevy v. Russia*, 7075/10, 18/04/2013, § 225; *Allenet De Ribemont v. France*, 15175/89, 10/02/1995, § 38; *Tourancheau and July v. France*, § 66, 68.

<sup>79</sup> *Ageyevy v. Russia*, § 226.

<sup>80</sup> *Du Roy and Malarie v. France*, 34000/96, 03/10/2000, § 34

<sup>81</sup> *Du Roy and Malarie v. France*, § 35.



korumak olduğunu kabul etse de, yasağın sadece şikayetten kaynaklanan soruşturmalar için uygulandığını, savcının açtığı soruşturmalar ya da katılma talebi olmayan şikayetler için uygulanmadığını göz önünde bulundurarak, böyle bir ayırımın objektif temele dayanmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla katılma talebiyle yapılan şikayetlerin haber yapılmasını engelleyen kanun hükmünün demokratik toplumda gereklilik açısından “elverişli” olmadığını tespit etmiştir<sup>82</sup>.

*Dupuis and others* davasında Mahkeme, prensip olarak, basının demokratik toplumdaki önemli rolünün, ceza hukuku kurallarıyla bağlı olmayacağı anlamına gelmediğini<sup>83</sup>, yargılamaların düzgün yürütülmesi ve kişilerin masum sayılma hakkı bakımından soruşturmaların gizliliği için özel önlem alınmasının meşru olduğunu belirtmiştir. Ancak somut olayla ilgili olarak, başvuruçuların yazdıkları için cezalandırıldıkları kitaptan önce de soruşturmaya konu olan olayla ilgili kamuoyunda geniş bir tartışma olduğunu, hatta soruşturmada sanık olan kişinin bile konuyla ilgili kamuya yansıyan açıklamalar yaptığını, ayrıca soruşturmanın kitabın yazılmasından 3 yıl önce sonra açıldığını, mahkumiyet kararının ise 9 yıl 9 ay sonra verildiğini göz önünde bulundurmıştır. Bu kadar uzun bir süreye ve konuyla ilgili zaten kamuoyunda tartışma olmasına rağmen dava konusu kitabın soruşturmanın gizliliğini ihlal etmesi ve yargılama sürecini etkilemesi mümkün değildir<sup>84</sup>.

Bu davada Mahkeme, demokratik bir toplumda, soruşturmanın gizliliği ihlal edilerek elde edilen bilgilerin paylaşılmasını cezalandırmadaki menfaat ile kamunun “bekçi köpekleri” konumunda olan gazetecilerin, toplumda cereyan eden bir tartışmaya katkıda bulunmalarındaki menfaati dengelerken çok dikkatli olunması gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkemeye göre, kamuyu ilgilendiren konularda gazeteciler, gazetecilik etiğine uygun olarak, iyi niyetle ve gerçeklere uygun bir temelde hareket ettikleri, güvenilir ve kesin bilgi verdikleri müddetçe 10. madde kapsamında, kamuyu ilgilendiren konularda bilgiyi yayma hakkına sahiptirler. Somut olayda gazetecilerin bu ilkelere aykırı hareket ettiğini gösteren bir bilgi yoktur<sup>85</sup>. Mahkeme bu gerekçelerle ihlal kararı vermiştir.

---

<sup>82</sup> Du Roy and Malarie v. France, § 35/2.

<sup>83</sup> Dupuis and others v. France, 1914/02, 12/11/2007, § 43.

<sup>84</sup> Dupuis and others v. France, § 44, 45.

<sup>85</sup> Dupuis and others v. France, § 46.

Weber davasında başvuru bir basın konferansında, devam eden bir soruşturmayı ilgilendiren bir basın açıklaması yapmış ve bundan dolayı cezalandırılmıştır. Mahkeme soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesini cezalandıran bir iç hukuk normunun soruşturmanın uygun şekilde yönetilmesini sağlamak amacıyla konulduğunu dolayısıyla “yargı organının otorite ve tarafsızlığı”nı korumak başlığı altında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>86</sup>. Mahkeme, basın konferansında ileri sürülen ifadeleri iki grup altında değerlendirmiştir: Bunlardan bir kısmı yaklaşık bir sene önce başka bir basın konferansında açıklanan ifadeler iken (bu durum yerel mahkeme tarafından da kabul edilmiştir); bir kısmı ise yenidir<sup>87</sup>. Mahkeme, ilk basın konferansında açıklanan görüşlerle ilgili cezai işlem yapılmış olsaydı hükmün farklı olabileceğini, ancak, bir sene önce açıklanan ifadelerin zaten toplum tarafından bilindiğini, dolayısıyla bu ifadelerden dolayı başvuru cezalandırmanın demokratik toplumda gerekli olmadığını tespit etmiştir<sup>88</sup>. Başvurucunun yeni ifadelerinin ise, soruşturma yargıcına baskı yaparak soruşturmanın ön yargı oluşturacak şekilde etkilenmesine teşebbüs etmek şeklinde yorumlanabileceğini, **fakat ifadelerin açıklandığı esnada soruşturmanın pratik açıdan sona erdiğini**, yargıcın kovuşturma için sanığa çağrı gönderdiğini belirtmiş, bu sebeplerle yeni ifadeler açısından da müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir<sup>89</sup>.

Mahkeme her ne kadar bu davada 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiş olsa da, soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilemeyeceğini de belirtmiş durumdadır<sup>90</sup>. Nitekim Mahkeme, *Tourancheau and July* davasında, sınırlı ve geçici olduğundan, **iddianame okununcaya kadar cezai yargısal süreçlerle ilgili suçlayıcı yorum yapılmasını yasaklayan kanun hükmünün**

<sup>86</sup> Weber v. Switzerland, 11034/84, 22.05.1990, § 45.

<sup>87</sup> Weber v. Switzerland, § 49.

<sup>88</sup> Weber v. Switzerland, § 51/1. Benzer bir dava olan Mor davasında da Mahkeme, başvuru-  
cunun 1 sene önce yazmış olduğu bir yazı ile ilgili bir gazeteye röportaj vermesinin ardından, soruşturmanın gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle cezalandırılmasını, Sözleşmeye aykırı bulmuştur. Başvurucunun ifadeleri devam etmekte olan bir soruşturmayı ilgilendirse de zaten kamuoyu tarafından bilinmektedir ve başvuru kamuoyunda bilinen ifadelerine yeni bir şey eklememiştir. Bkz.: Mor v. France (Information Note on the Court’s case-law No. 147), 28198/09, 15/12/2011.

<sup>89</sup> Weber v. Switzerland, § 51/2

<sup>90</sup> BIÇAK’a göre ise; “*Soruşturmanın gizliliğini basın ihlal edebilir.*” Halbuki Mahkeme, bu davada böyle bir ilke koymadığı gibi, soruşturmanın sona ermiş olduğunu vurgulamış ve farklı koşullarda farklı hüküm verebileceğini belirtmiştir, bkz.: BIÇAK, s. 23.

**Sözleşmeyi ihlal etmediğine karar vermiştir**<sup>91</sup>. Olayda gazeteci devam eden soruşturmanın tutuklu olmayan sanığı ile röportaj yapmış ve bunu yayınlamıştır. Mahkeme başvurusunun yazısının tutuklu olan diğer sanığın suçlu olduğunu ima eden ifadeler içerdiğini tespit etmiştir<sup>92</sup>. Mahkeme, söz konusu soruşturmanın toplumu ilgilendiren ve toplumun bilgilendirilmesi gereken bir mesele olmadığını da vurgulamıştır<sup>93</sup>. Mahkeme bu gerekçelerle devam eden cezai süreçler ile ilgili bilgi alma ve yayma özgürlüğünden doğan menfaatin, kişilerin masum sayılma hakkına ve yargı organının otorite ve tarafsızlığını sağlama endişesine üstün gelmediğini belirtmiştir<sup>94</sup>.

#### **4. Yargı Görevi Yapanların İfade Özgürlüğü Sınırlandırılabilir**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, tarafsızlık kavramının objektif bir yönü vardır. Objektif yön “tarafsız görünüm” ilkesini beraberinde getirir. Buna göre yargı görevi yürüten resmi görevli kişiler tarafsız görünmekle yükümlüdürler.

*Wille* davasında Mahkeme, AİHS m. 10/2’de belirtilen “görev ve sorumluluklar” ifadesini vurgulamış ve yargı görevi yapan kişilerin ifade özgürlüklerini kullanırken, yargının otorite ve tarafsızlığını sorgulatabilecek durumlarda kendilerini sınırlandırmaları gerektiğini belirtmiştir<sup>95</sup>.

Somut olayda başvuru Liechtenstein İdare Mahkemesi başkanıdır ve bir üniversitede bilimsel bir dizi ders vermiştir. Anayasa Hukuku ile ilgili verdiği derslerden birinde güncel politik anlamlara gelebilecek şekilde bazı açıklamalar yapmıştır<sup>96</sup>. Bunun üzerine Liechtenstein Prensi, başvuru yapanı bir daha Liechtenstein İdare Mahkemesi Başkanı olarak atamayacağını açıklamıştır<sup>97</sup>. Mahkeme Prensin bu açıklamasının başvurusunun kullanmış olduğu ifadeyi hedef aldığını ve bir “kınama yaptırım (*reprimand*)” teşkil ettiğini tespit etmiştir. Bu durumun başvuru üzerinde ifade özgürlüğünü kullanmakla ilgili korkutucu etki doğurabileceğini belirtmiş ve Prensin söz konusu açıklamasını bir “müdahale” olarak değerlendirmiştir<sup>98</sup>. Mahkeme bu

---

<sup>91</sup> Tourancheau and July v. France, 53886/00, 24.11.2005, § 25, 73.

<sup>92</sup> Tourancheau and July v. France, § 71.

<sup>93</sup> Tourancheau and July v. France, § 74.

<sup>94</sup> Tourancheau and July v. France, § 76.

<sup>95</sup> Wille v. Liechtenstein, 28396/95, 28/10/1999, § 64.

<sup>96</sup> Wille v. Liechtenstein, § 67.

<sup>97</sup> Wille v. Liechtenstein, § 35.

<sup>98</sup> Wille v. Liechtenstein, § 50, 51.

müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir<sup>99</sup>. Çünkü başvurucunun bu ifadeleri çok az sayıda insan tarafından duyulmuştur. Ayrıca başvurucunun konuşmasında herhangi bir kişi, kurum ya da yargılama süreci ile ilgili yorum, sert eleştiri ya da aşağılama mevcut değildir<sup>100</sup>.

*Kayasu* davasına konu olan olayda ise, savcı olan başvurucu 12 Eylül darbesini yapan generallerle ilgili “vatandaş sıfatıyla” şikayette bulunmuş<sup>101</sup>, ilgili savcılığın takipsizlik kararı vermesi üzerine ilgili kişiler hakkında bir iddianame düzenlemiştir<sup>102</sup>. Bu iddianame henüz ilgili mahkemeye gönderilmeden basın ile paylaşılmıştır<sup>103</sup>. Mahkeme, bu koşullar altında “görevi kötüye kullanma” suçundan dolayı verilen adli ceza ile idari kınama cezalarının zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca karşılık geldiğini ve demokratik toplumda gerekli tedbirler niteliğinde olduğunu değerlendirmiştir<sup>104</sup>. Mahkeme, adli makamlara büyük bir ihtiyatlılık görevi düştüğünü, bu ihtiyatlılık gereğince, provokasyonlara yanıt vermek için bile olsa basını kullanmamaları gerektiğini, adaletin yüce gerekleri ve hukuk hizmetinin büyüklüğünün bunu gerektirdiğini belirtmiştir<sup>105</sup>.

Mahkemenin benimsemiş olduğu bu yaklaşım *Buscemi* davasında da görülmektedir. Davaya konu olayda başvurucu, davasına bakan hakim ile ilgili bir gazetede yazı yazmış, hakim de kendisi ile ilgili bilgi kirliliğini önlemek amacıyla başka bir yazı yazıp basın yoluyla yayınlamıştır. Mahkeme, böyle bir yazı ile, hakimin kararını duruşmadan önce vermiş olduğu yönünde bir izlenim oluşturduğunu, bu durumun da tarafsızlık ile bağdaşmayacağını belirtmiş ve 6. maddeye aykırılık tespit etmiştir<sup>106</sup>.

Avukatların ifade özgürlüğüne getirilen bazı sınırlandırmaların da 10. maddeye uygun olabileceği belirtilmektedir. AİHM, halk ile mahkemeler

---

<sup>99</sup> Wille v. Liechtenstein, § 70.

<sup>100</sup> Wille v. Liechtenstein, § 67.

<sup>101</sup> *Kayasu v. Türkiye*, 64119/00, 76292/01, 13/11/2008, § 5. Kararın İngilizce metni bulunmamaktadır. Burada, kararın T. C. Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisinden yararlandık: s. 2 <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-121588> (25.03.2014).

<sup>102</sup> *Kayasu v. Türkiye*, s. 3 (§18).

<sup>103</sup> *Kayasu v. Türkiye*, s. 11 (§ 80).

<sup>104</sup> *Kayasu v. Türkiye*, s. 15 (§ 103). Mahkeme, başvurucunun silahlı kuvvetleri “tahkir ve tezyif” (Eski TCK m. 159) suçundan cezalandırılmasını ise Sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmiştir.

<sup>105</sup> *Kayasu v. Türkiye*, s. 15 (§ 100).

<sup>106</sup> *Buscemi v. Italy*, 29569/95, 16/09/1999, § 64- 69.

arasında aracı konumunda olan avukatların, bu özel durumlarından dolayı adalet yönetiminde etkili olduğunu, bu yüzden avukatların davranışlarıyla ilgili bazı sınırlandırmaların normal olduğunu belirtmektedir. Avukatların, adliye alanındaki bu anahtar rollerinden dolayı, mahkemelerin uygun bir şekilde yönetilmesi ve kamunun mahkemelere saygısının korunmasına katkı yapmalarının beklenmesi doğaldır<sup>107</sup>.

AİHM, bir avukatın bir Anayasa Mahkemesi kararı ile ilgili olarak, “kararın hukuk mesleğinde anarşiye yol açacağını”, kararı veren hakimlerin AİHM’nin otoritesine saygı duymadığını söylemesi ve Anayasa Mahkemesinin “anayasal” olup olmadığını iğneleyici bir şekilde sorgulaması üzerine<sup>108</sup>, başvurunun Anayasa Mahkemesine saygısızlıktan dolayı idari para cezasına çarptırılmasını Sözleşmeye aykırı bulmuştur<sup>109</sup>. Bazı sınırları geçmediği müddetçe, avukatların da ifade özgürlüğü ve adalet yönetimini aleni bir şekilde eleştirmeye hakları olduğunu vurgulayan<sup>110</sup> Mahkeme, bu kararda “saygısızlık(*regard*)” ile “hakaret/aşağılama(*insult*)” arasında bir ayrıma gitmiş, başvurunun ifadeleri saygısızlık olarak değerlendirilse de hakaret/aşağılama olarak değerlendirilemeyeceğini tespit etmiştir<sup>111</sup>.

Benzer bir yaklaşım, bir avukatın mahkemeye saygısızlıktan dolayı 5 gün hapsedildiği bir davada da görülmektedir. Bu davada Mahkeme, avukatın ifadelerinin ciddi bir saygısızlık(*disrespect*) olarak değerlendirilebileceğini ancak buna rağmen avukatın ifadeleri mahkemenin yargılama biçimini (özellikle kasten öldürme ile suçlanan müvekkilini savunmak için bir tanığın çapraz sorguya tabi tutulması ilgili bir tartışma) hedef aldığını ve bununla sınırlı kaldığını vurgulamaktadır<sup>112</sup>. *Nikula* davasında da, Mahkemeye göre bir ceza davasında taraflardan biri sayılması gereken<sup>113</sup> savcıya yöneltilen eleştiriler ile ilgili para cezası verilmesi Sözleşmeye aykırı bulunmuştur<sup>114</sup>.

---

<sup>107</sup> *Amihalachioaie v. Moldova*, 60115/00, 20/07/2004, § 27; *Casado Coca v. Spain*, 15450/89, 24.02.1994, § 54; *Kyprianou v. Cyprus*, 73797/01, 15/12/2005, § 173; *Schöpfer v. Switzerland*, 25405/94, 20/05/1998, § 29.

<sup>108</sup> *Moldova Anayasa Mahkemesinin, Moldova Baro Konseyini kuran kanunu iptal etmesi üzerine başvuru bir gazeteciye telefonda demec vermiş ve daha sonra bu demeci bir gazetede yayınlamıştır (Amihalachioaie v. Moldova, § 11, 12).*

<sup>109</sup> *Amihalachioaie v. Moldova*, § 31.

<sup>110</sup> *Amihalachioaie v. Moldova*, § 28.

<sup>111</sup> *Amihalachioaie v. Moldova*, § 36.

<sup>112</sup> *Kyprianou v. Cyprus*, § 179.

<sup>113</sup> *Nikula v. Finland*, 31611/96, 21/06/2002, § 54.

<sup>114</sup> *Nikula v. Finland*, § 55, 56.

Mahkeme bu davada da eleştirilerin savcının şahsiyetini karalamak amacını taşımadığı, profesyonel yönünü hedef aldığı ve usuli bir takım işlemleri ile sınırlı kaldığını vurgulamıştır<sup>115</sup>.

Öte yandan AIHM, *Schöpfer* davasında, başvuruçunun bir basın toplantısında müvekkillerinden biriyle ilgili olarak yargı mercilerini eleştirdiği için para cezasına çarptırılmasını Sözleşmenin ihlali olarak görmemiştir. Bu davada Mahkeme, başvuruçunun gidebileceği yasal yollar varken basına sert bir dille demeç vermesini göz önünde bulundurmıştır. Başvuruçucu mevcut yasal yollara basına demeç verdikten sonra başvurmuştur, hatta bu başvurularından belirli ölçüde sonuç da almıştır. Hâlbuki basın toplantısında basına konuşmaktan başka çaresi kalmadığını ifade etmiştir<sup>116</sup>. AIHM, böyle bir durumun, avukatlardan beklenen, mahkemelerin saygınlığına katkıda bulunma sorumluluğu ile bağdaşmadığını belirtmiştir<sup>117</sup>. Sonuçta, başvuruçuya verilen 500 İsviçre Frangı miktarındaki cezanın güdülen amaçla orantılı olduğuna, Sözleşmeci devletin takdir alanını aşmadığına, karar vermiştir<sup>118</sup>.

### III. SONUÇ

Mahkeme, yukarıdaki kararlarda görüldüğü üzere, hukuk devletinin temel gereklerinden olan “yargı organının otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi” ile demokratik bir toplum düzeninin ve çoğulculuğun vazgeçilmez değerlerinden biri olan ifade özgürlüğü arasında, kesin bir tercih yapmamaktadır. Bu sebeple Mahkeme, yargılamaya intikal eden konularla ilgili ifadelerin tümüyle yasaklanmasını, devam eden yargılamalara ilişkin yorum ve görüşlerin hiçbir ek şart aramadan engellenmesini kabul etmemektedir.

Öte yandan; medyanın kamuoyunu yönlendirmek hususunda etkin bir güce sahip olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Medya faaliyeti bir linç aracı olarak kullanılmak suretiyle, henüz hakkında süren yargılama faaliyeti sonuçlanmayan kişiler toplum tarafından suçlu olarak damgalanabilir. Böylece kişilerin suçluluğuna yargı organları değil, linç aracı olarak kullanılan medya karar verir hale gelebilir. Bu durumda mahkemelerin otoritesi sarsılmış olur, çünkü kişi bir kez toplum nezdinde suçlu olarak damgalandıktan sonra, hukuki anlamda beraat etse de, hakkında toplumda oluşan algıyı yok etmek çok zordur. Mahkeme bu sebeplerle ifade özgürlüğü kullanılırken masumiyet

<sup>115</sup> Nikula v. Finland, § 51, 52.

<sup>116</sup> Schöpfer v. Switzerland, § 34.

<sup>117</sup> Schöpfer v. Switzerland, § 31.

<sup>118</sup> Schöpfer v. Switzerland, § 34.

karinesinin ve adil yargılanma hakkının da göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret etmektedir.

Mahkeme, görebildiğimiz kadarıyla, kararlarını temel olarak yargı organlarının halk nezdinde güvenilir ve tarafsız makamlar olması gerekliliğine dayandırmaktadır. Yargı makamları, korumak zorunda oldukları tarafsızlık ve güvenilirlik algısı sebebiyle, kendilerine yönelik eleştirilere aynı sertlikte ve medya yoluyla cevap verememektedirler. Bu durum da yargı makamlarını, basın ve yayın organları karşısında zayıf duruma düşürmektedir. Mahkeme, bu sebeple, yargı makamlarının medyanın yıkıcı etkilerine karşı korunması gerektiğini ifade etmektedir. Bununla beraber, yargı görevini yerine getirenler, ifade özgürlüğünü yargı görevinin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermeden kullanırlarsa, bu korumadan yararlanamazlar. Yargı görevi yerine getirenlerin ifade özgürlüğü, yargıya duyulan güvenin korunması amacıyla, sınırlandırılabilir. Başka bir deyişle, yargı görevi yerine getirenler 10. maddenin sağladığı korumadan kısmen feragat etmiş durumdadırlar.

Sonuç olarak, ifade özgürlüğü ve “yargı organının otorite ve tarafsızlığı”, AİHM kararlarında demokratik bir toplum düzeninin vazgeçilmez iki unsuru olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, bu iki hukuksal değeri uzlaştırma yoluna gitmektedir. Bu uzlaştırma gayreti, tespit edebildiğimiz kadarıyla, şu ilkeleri ortaya çıkarmıştır:

- 1) Devam eden yargılama ile ilgili basında haber ya da yorum yapılabilir.
- 2) Yargı organının dayandığı kamu güvenini sarsan ve hakimlere yönelik yıkıcı ve temelsiz ifadeler yasaklanabilir.
- 3) Soruşturmanın gizliliğini ihlal eden ifadeler sınırlandırılabilir
- 4) Yargı görevi yapanların ifade özgürlüğü sınırlandırılabilir.



## KAYNAKÇA

### Kitap ve Makaleler:

- ATILGAN, Eylem Ümit, “Medyanın Yargılama ve Soruşturma Süreçlerinde Medya Etik Kurallarına Bağlılığı”, *Çağdaş Demokrasilerde Yargı ve Medya İlişkileri-Uluslararası Sempozyum*, Ed.:Yalçın ŞAHİNKAYA, TAAAY, Ankara, 2011, s. 57-70.
- AYDIN, Öykü Didem, “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Yıl 2011, 1-25.
- BIÇAK, Vahit, *AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, Temmuz 2002.
- CENTEL, Nur, “Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 3, s.57-72.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri*, Legal, İstanbul, Ekim 2011.
- GEZGİN, Suat, “Medyanın Toplumsal İşlevi ve Kamuoyu Oluşumu”, *İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 12, 2002, s.11-20.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Turhankitabevi, Ankara, 2011.
- GREER, Steven, *The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Council of Europe, 1997.
- JANİS, Mark W., KAY, Richard S., BRADLY, Anthony W., *European Human Rights Law Text And Materials*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2008.
- KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara, 1993.
- MACOVEİ, Monica, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*,

- <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/publi/materials/1004.pdf>> (15.06.2013).
- MERİÇ, Cemil, *Bu Ülke*, İletişim, 7. baskı, İstanbul, Kasım 1992,
  - MİLL, John Stuart, *Hürriyet Üstüne*, Liberte Yayınları, Ankara, Ekim 2004.
  - ÖZBEY, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 62, Sayı 1, Yıl 2013, 93-146.
  - PALM, Elizabeth: “AİHM Kararları ve AB Düzenlemeleri Işığında Basın Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı, Soruşturma ve Yargılama”, *Çağdaş Demokrasilerde Yargı ve Medya İlişkileri-Uluslararası Sempozyum*, Ed.: Yalçın, ŞAHİNKAYA, TAAY, Ankara, 2011, s.11-27.
  - SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Yaz-Sonbahar, Sayı.:51-52, Y.13, 2008, s. 231-243.
  - SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: *Basın Özgürlüğü*, Seçkin, Ankara, 2007
  - SÜREN Özlem Koçak, “Basın Yoluyla Yargıya Müdahale”, *İstanbul Barosu Dergisi* Cilt: 81, Sayı 2, Yıl 2007, 631-644.
  - WONG, Wing-Wah Mary, “The Sunday Times Case: Freedom Of Expression Versus English Contemptof-Court Law In The Europeancourt Of Human Rights” *New York University Journal of International Law and Politics*, Volume 17, 1984-1985, 35-76.
  - YAVUZ, Bülent, *Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

### **Mahkeme Kararları:**

Anayasa Mahkemesi Kararları:

- Başvuru No.: 2013/2602, Tarih: 23/1/2014 (Bireysel Başvuru)

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/a412701c-4ef6-4bc3-9f61-c3afae727165?wordsOnly=False> (26.05.2014)

- Başvuru no.: 2014/3986, Tarih: 02.04.2014 (Bireysel Başvuru)

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False>  
(26.05.2014)

2008/001 E., 2008/002 K., 30.07.2008 T. (Siyasi Parti Kapatma) <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c7840e39-c482-4164-ab0b-1594257118c3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (23.05.2014).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

- A. v. Finland (Admissibility), 44998/98, 08.01.2004
- Ageyev v. Russia, 7075/10, 18.04.2013
- Allenet De Ribemont v. France, 15175/89, 10.02.1995
- Amihalachioaie v. Moldova, 60115/00, 20.07.2004
- Animal Defenders International v. The United Kingdom, 48876/08, 22.04.2013
- Axel Springer AG. v. Germany, 39954/08, 07.02.2012
- Barfod v. Denmark, 11508/85, 22.02.1989
- Belilos v. Switzerland, 10328/83, 29.04.1988
- Buscemi v. Italy, 29569/95, 16.09.1999
- Casado Coca v. Spain, 15450/89, 24.02.1994
- Cyprus v. Turkey, 25781/94, 10.05.2001
- Çıraklar v. Turkey, 19601/92, 28.10.1998
- Da Haes and Gijssels v. Belgium, 15974/90, 26.04.1995
- Du Roy and Malarie v. France, 34000/96, 03.10.2000
- Dupuis and others v. France, 1914/02, 12.11.2007
- Fey v. Austria, 14396/88, 24.02.1993
- Glasenapp v. The Federal Republic of Germany, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu raporu, 9228/80, 11.05.1984
- H. v. Belgium, 8950/80, 30.11.1987

Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru no.: 5493/72, 07.12.1976, § 43-59, (çev.: Osman Doğru), <http://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25> (07.05.2013).

Handyside v. The United Kingdom, 5493/72, 07.12.1976.

İncal v. Türkiye, 22678/93, 09.06.1998, § 68, 72; <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=35638> (12.06.2013).

July And Sarl Liberation v. France, 20893/03, 14.02.2008

Kayasu v. Türkiye, 64119/00, 76292/01, 13.11.2008

Kudeshkina v. Russia, 29492/05, 26.02.2009

Kyprianou v. Cyprus, 73797/01, 15.12.2005

Lingens v. Austria, 9815/82, 22.04.2013

Łopuch v. Poland, 43587/09, 24.07.2012

Mor v. France (Information Note on the Court's case-law No. 147), 28198/09, 15.12.2011

Müller ve Diğerleri v. İsviçre, 10737/84, 24.05.1988 (çev.: Osman Doğru) <http://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=159> (07.05.2013)

Nikula v. Finland, 31611/96, 21.06.2002

Pentikäinen v. Finland, 11882/10, 04.02.2014

Perihan And Mezopotamya Basın Yayın A.Ş. v. Turkey, 21377/03, 21.01.2014

Perna v. Italy, 48898/99, 06.05.2003

Procola v. Luxembourg, 14570/89, 28.09.1995

Rothe v. Austria, 6490/07, 04.12.2012

Schöpfer v. Switzerland, 25405/94, 20.05.1998

Skalka v. Poland, 43425/98, 27.05.2003

Sramek v. Austria, 8790/79, 22.10.1984

Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74, 26.04.1979

Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74, 26.04.1979 (çev. Osman Doğru)

<http://aihmgoster.asp?id=32> (26.05.2014)

- Şener v. Turkey, 26680/95, 18.07.2000
- Tešić v. Serbia, 4678/07, 50591/12, 11.02.2014
- Tourancheau and July v. France, 53886/00, 24.11.2005
- Vogt v. Germany, 17851/91, 26.09.1995
- Weber v. Switzerland, 11034/84, 22.05.1990
- Wille v. Liechtenstein, 28396/95, 28.10.1999
- Worm v. Austria, 22714/93, 29.08.1997
- Yıldırım v. Turkey, 3111/10, 18.12.2012

#### **İnternet Kaynakları:**

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.518a6ba7dcbc10.25287344](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.518a6ba7dcbc10.25287344) (08.05.2013).

<http://aihmgoster.asp?id=32> (25.04.2014)

[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf) (36.05.2014)

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2003\)13&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2003)13&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383)

[http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/bakanlar\\_komitesi/CMRec200313TRinformationThroughTheMedia.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/bakanlar_komitesi/CMRec200313TRinformationThroughTheMedia.pdf) (04.04.2014).

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2010\)004-tur.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2010)004-tur.aspx) (26.05.2014).

### **KISALTMALAR**

AIHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AIHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

çev.: çeviren

E.: Esas

Ed.: Editör

K.: Karar

m.: Madde

no.: Numara

par.: paragraf

s.: sayfa

T.: Tarih

Y.: Yıl

# YOLSUZLUĞUN VERGİSEL ARAÇLARLA ÖNLENMESİ

Orhan ŞENER\*

## ÖZET

*Kamusal mal ve hizmetlerin temel ekonomik özellikleri, gelişmekte olan ülkelerin en önemli sosyo ekonomik sorunu olan yolsuzluğun en önemli nedendir. Bölünmezlik, birlikte tüketim ve hizmetten yararlanmanın dışlanamaması gibi bu özellikler yolsuzluğu teşvik edici bedava yararlanma motivasyonuna yol açmaktadır. Bu çalışmada Yolsuzlukla mücadele için 1960lı 1970li yıllarda Avrupa'nın tamamında refah ya da sosyal devletin oluşması amacıyla sıkı bir biçimde uygulamaya konulan Servet vergilemesini önermekteyim. Bu uygulamaya göre, % 2 ya da % 3 gibi düşük bir oranla uygulanan genel ve özel bir Servet vergilemesiyle Avrupa ülkelerinde bir yandan gelir dağılımı iyileştirilirken, ayrıca yolsuzluk önemli ölçüde kontrol altına alınmıştır. Servet vergilemesine ek olarak ayrıca ülkemizde büyük çapta yolsuzluklara yol açan kent rantlarını azaltmak amacıyla ise, kıymet artışı ve sermaye kazançları vergisini de önermekteyim. Bütün bu vergisel önlemlere ek olarak, sonuç bölümünde özetlediğimiz gibi ALmanya'da yolsuzluk suçları için uygulanan özel yargılama usulü ile bazı yönetsel önlemleri de önermekteyim.*

**Anahtar Kelimeler:** kamusal hizmetler, bedava yararlanma motivasyonu, Servet vergilemesi, Özel kıymet artışı vergisi, Alman yargılama modeli

## COPING WITH CORRUPTION THROUGH TAXATION MEASURES

### ABSTRACT

*Some characteristics of public goods and services are the main reasons of the corruption, which is the worst socio-economic problem in developing countries. Those characteristics of public services such as indivisibility, collective consumption and non exclusion result in free rider motivation leading to corruption. In order to cope with the corruption, I introduce wealth taxation, which was strictly applied in European countries in establishing the welfare or social state in 1960s and 1970s. Accordingly, a general and specific wealth tax imposed on taxpayers with such a very low rate, let's say 2 or 3 percent, not only improved income distribution, but also reduced the corruption all over the European countries. In addition to wealth taxation, I also propose a special assessment and capital gains taxes to reduce the city rents, which leads the grand corruption. I also suggest to take some administrative and legal measures, as being applied efficiently in Germany, summarized in conclusion.*

**Keywords:** public services, free rider motivation, wealth taxation, special assessment tax, legal process in Germany.

---

\* Prof. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi



## **GİRİŞ**

1980li yıllardan günümüze kadar uygulanmakta olan, neo-liberal vergi politikalarının uygulamaları sonuçları, Batı'da ve Türkiye'de yolsuzluğun dramatik bir biçimde arttığını açıkça göstermektedir. Bu nedenle, çalışmamızın amacı, kamu ekonomisinin temel ilkelerinden yararlanarak, yolsuzluğun önlenmesine ilişkin etkin bir vergi politikasının saptanmasıyla ilgili bulunmaktadır. Kamusal mal ve hizmetlerin ekonomik özellikleri, yolsuzluğun niçin kamu sektörü kesiminde daha yaygın olduğunu açıklamada da oldukça yararlı olabilmektedir. Bu nedenle, çalışmamızın ilk bölümünde kamu ekonomisini birlikte tüketim, bölünmezlik, tüketimden dışlanamama ve bedava yararlanma gibi teknik özelliklerinden yararlanmaktayız. Böylece, yolsuzluğun bir tür ekonomik teorisini ortaya koymaya çalışmaktayız. İkinci bölümde ise, yolsuzluğun önlenmesinde en etkin bir araç olarak, servet ve sermaye kazançları vergileri ele alınmaktadır. Sonuç bölümünde ise, vergileme araçlarının yanında Alman yargılama usulü özlü olarak anlatılmaktadır.

### **A. YOLSUZLUĞUN EKONOMİK TEORİSİ**

Bilindiği gibi, piyasa ekonomisi alanında bedelini ödemedi, mal ve hizmetleri tüketme olanağı yoktur. Buna karşın, kamu ekonomisinde ise, özellikle merkezi hükümetin bütçeyle sunduğu bir çok mal ve hizmetten bir bedel ödemedi de yararlanma olanağı vardır. Bilindiği gibi, vergi mükellefi olmasa bile, çok sayıda kişi merkezi yönetim hizmetlerinden bir bedel ödemedi yararlanmaktadır. Örneğin, vergi ödeme gücü olmayan bir kimse finansmanına katılmadığı halde, savunma, temel eğitim ve adalet hizmetlerinin topluma yaydığı faydadan bedava olarak yararlanabilmektedir. Böyle bir olanağın varlığını ise, kamusal mal ve hizmetlerin aşağıda açıklanan özellikleriyle açıklayabiliriz.

**a) Bölünmezlik (indivisibility)** Merkezi yönetim bütçesi tarafından sunulan savunma, adalet, güvenlik ve diğer hizmetler kişilerin arasında bölünemez. Bu hizmetler bir kez üretildi mi, artık kişiler tarafından taleplerinin yoğunluğuna bağlı olarak bölünemediğinden birlikte tüketilmek durumundadır.

**b) Ödeme Gücü Vergilemesi** Bu tür hizmetlerden, gelir düzeyi yüksek olan kişilerin daha fazla yararlanma durumunda olmaları nedeniyle, finansmanı ödeme gücü vergileri (ability to pay taxes) ile sağlanır. Gerçekten, servet sahiplerinin devlet tarafından daha fazla korunmaya ihtiyaç duymaları nedeniyle, düşük gelirliye göre daha fazla vergi ödemeleri gerekmektedir.

Vergilemenin fayda ilkesine göre, varlıklarının devlet tarafından korunması nedeniyle, zenginlerin ödemeleri gereken vergi servet vergisi olarak alınmalıdır. Teorik olarak güvenlik ve savunma hizmetleri servet vergisiyle finanse edilmelidir. Bu vergi geliri yeterli olmadığında ise, ödeme gücü olanlar merkezi yönetim bütçesine ödeyecekleri gelir ve kurumlar vergileriyle katkıda bulunmalıdırlar.

**c) Tüketimden Dışlanamama** Kamusal malların birlikte tüketilmesi zorunluluğu nedeniyle, devletin bu hizmetlerin finansmanına katılmayanları, bu hizmetlerin bölünmezlik özelliği nedeniyle dışlama (exclusion) olanağı yoktur. Bu nedenle, dışlanamama (non exclusion) ilkesi nedeniyle, kamusal mal ve hizmetler eşit olarak tüketilmek zorundadır. Kişiler kamu hizmetlerinin tüketiminden dışlanamadıklarından, ödeme gücü olanlar bile bu hizmetlerden bedava yararlanmayı yeğleyebilmektedirler. Böylece, vergi kaçakçılığının kamusal mal ve hizmetlerin faydasından dışlanamama özelliğinden kaynaklandığını ileri sürebiliriz.

**d) Eşit tüketim** (equal consumption) özelliği nedeniyle, piyasa mal ve hizmetlerinin aksine, kamusal mal ve hizmetler için kişiler farklı bedeller öderler. Gelir düzeyi yeterli olmayanlar ise, kamusal mallar ve hizmetlerden bedava yararlanırlar. Çünkü bu hizmetler bölünemediğinden pazarlanamazlar. Dolayısıyla, pazarlanamadıkları ve bölünemezlik özellikleri nedeniyle, piyasa ekonomisinin fiyatlama mekanizmasına uygun olarak finanse edilemezler.

**e) Bedava Yararlanma** (free riding) Birlikte tüketim, bölünmezlik, eşit tüketim ve tüketiminden dışlanamama gibi özellikleri nedeniyle, kişiler doğal olarak kamusal mal ve hizmetlerden bedava yararlanmak isterler. Gerçekten, gelir düzeyi yüksek olan mükellefler şöyle düşünebilirler: “Adalet, güvenlik ve savunma gibi kamusal mallar (public goods) bir kez üretildi mi, nasıl olsa birlikte tüketim ve dışlanamama özellikleri nedeniyle, finansmanına katılmayanlar bir bedel ödemededen yararlanabilmektedirler. O halde ben de başkaları gibi bir bedel ödemededen eşit yararlanma olanağına sahip bulunmaktayım. Bu nedenle, payıma düşen bedeli (ya da vergiyi) ödemezsem, refah düzeyimi yükseltebilirim.” Kamusal mal ve hizmetlerden eşit yararlanma ve tüketiminden dışlanamama nedenleriyle, bir çok vergi mükellefinin vergi kaçırma ve yolsuzluğa yönelmesi olasılığı böylece kendiliğinden artmaktadır(1). Aşağıdaki açıklamalarımız bedava yararlanma motivasyonunun nasıl ortaya çıktığını açıkça göstermektedir.

**f) Bedava Yararlanma Güdüsü** Yukarıda teknik özelliklerini anlattığımız kamusal mal ve hizmetlerin teknik özelliklerinin, nasıl bedava yararlanma motivasyonuna yol açtığını bir örnek yardımıyla daha somut bir biçimde açıklayabiliriz. Bu örnekte, bir otostopçunun niçin bir taşıta bedava binmek istediğini açıklanmaktadır. Örneğe göre, otostopçu bineceği taşıtın marjinal maliyetinde bir artışa yol açmayacağını düşünerek, bir bedel ödememesi gerektiğini düşünmektedir. Taşıt sahibi ise, taşıtındaki boş koltuğun marjinal maliyeti sıfır olduğu bilincindedir. Otostopçuyu arabasına alsa da almasa da, marjinal maliyeti sıfır olduğundan, kendisine ek bir maliyet yüklemeyeceğini düşünmektedir. Böylece, otostopçunun bedava yararlanma motivasyonu (free riding motivation) ile hareket etmesi yönünden iki tarafın da iradesi birleşmektedir. Bu nedenle, bir bedel ödemeden otostopçunun bedava seyahat etmesi, kamu ekonomisi ilkeleri yönünden de tutarlı bir davranış olmaktadır.

(1) Sıfır marjinal maliyet ve kamu sektörü kaynak ayırımı (tahsisi), “Zero marginal cost and public sector allocation” konusunda bakınız, Bernard P. Herber: *Modern Public Finance*, 1983, Irwin, Homewood, sayfa 29-32. Ayrıca, Şener, Orhan: *Kamu Ekonomisi*, 2014, Beta, İstanbul, s.93-96.

### **g) Buchanan‘ın Oyun Teorisi Modeli**

James Buchanan, oylama sırasında kişilerin bedava yararlanma motivasyonunun etkisi altında kalarak, nasıl davrandıklarını oyun teorisi modelleriyle açıklamaktadır. Sorunu 3 ayrı modelle ele alarak, oylamaya katılanların davranışlarını olasılıklar yönünden şöyle açıklamaktadır(3). Anlatımda kolaylığı sağlamak için 3’lü model yerine, oylamaya katılanların sayılarının az ve çok olduğu iki durumu ele almaktayız (2).

1. Oylamaya katılanların sayılarının az olduğu durumlarda bedava yararlanma motivasyonu söz konusu olmamaktadır. Bunun nedeni, oylamaya katılanların sayılarının az olduğu durumlarda, kişiler sosyal kontrol nedeniyle bedava yararlanma motivasyonunun etkisi altında kalmazlar. Bu nedenle, paylarına düşen vergiyi ödemek zorunda kalırlar.

2. Oylamaya katılanların sayılarının çok olduğu durumlarda, kişiler tamamen bedava yararlanma motivasyonunun etkisi altında kalırlar. Kişilerin sayısı bütün ülke nüfusunu kapsayan biçimde çok ise, vergi mükellefleri genellikle bedava yararlanma motivasyonu etkisi altında kalarak hareket ederler.

Buchanan'ın oyun teorisi modelleri vergi mükelleflerinin kamu hizmetlerinden niçin bir bedel ödemedi ya da vergi kaçırarak, faydalarını artıracığını açıklamaktadır. Bu motivasyon aynı zamanda rüşvet ve yolsuzluğun psikolojik ve ekonomik nedenlerini açıkça göstermektedir. Ancak, mükelleflerin bedava yararlanma motivasyonu ile hareket etmeleri durumunda ise, kamu hizmetlerinin yeterli miktarda ve kalitede sunumunu önlemektedir. Bu nedenle, bedava yararlanma motivasyonunun etkisini önlemek amacıyla, kamu hizmetleri zorlamaya dayanan vergilerle finanse edilir. Öte yandan, hükümetler vergi kaçakçılığını önlemek için teftiş ve denetim organlarıyla bedava yararlanma motivasyonunun etkisini ortadan kaldırmaya çalışırlar(3).

## **B. YOLSUZLUĞU ÖNLEYİCİ VERGİ SİSTEMİ**

Gelişmiş ülkelerde vergi yapısı özellikle 1950-1980 yıllarında arasında yolsuzluğu önlemede son derece etkin olmuştur. Ancak, 1980'li yıllardan sonra vergi sisteminde yapılan dramatik değişiklikler nedeniyle, kayıt dışı kalma biçimleri, vergi kaçakçılığı, kara para aklamaları ve çeşitli yolsuzlukların arttığı görülmektedir. Gerçekten, yolsuzluk gelişmiş ülkelerde ve özellikle Türkiye,

(2) Buchan, James, The Public Finance, Richard D. Irwin Inc., Illinois, (third edition)' s. 73

Yunanistan ve İtalya gibi Güney Avrupa ülkelerinde yoğun bir biçimde artmıştır. Bu olumsuzluğun nedenleri arasında Arz Yönlü Maliye politikasının uygulanması ve gerekli yasal önlemlerin alınmamasını gösterebiliriz. Şöyle ki, 1980li yıllardan önce gelir vergisinin marjinal vergi oranı bir çok Avrupa ülkesinde % 70'in ve Türkiye'de ise % 68 in üzerinde uygulanmıştır. Sonraki yıllarda ise, söz konusu marjinal vergi oranları % 35- 50 bandına çekilmiştir. Benzer eğilimler kurumlar vergisi uygulamalarında da ortaya çıkmıştır.

Türk vergi sistemi ve yasal düzenlemeler yolsuzluğun önlenmesi konusunda son derecede yetersizdir. Şöyle ki, mal bildirim beyannameleri sadece devlet memurlarını kapsamaktadır. Öte yandan, CHP'nin önerdiği Siyasal Etik yasası ise, yolsuzluğun sadece bir ayağını oluşturan politikacılarla ilgilidir. Buna karşın, yolsuzluğun en önemli ayağını oluşturan iş adamlarıyla ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu çalışmamızın amacı, başta işadamları olmak üzere bürokratlar ve politikacıların rüşvet alıp vermelerini önleyecek vergisel düzenlemeleri belirlemektir. Bu amaçla, aşağıda açıklandığı gibi servet vergilemesi, kıymet artışı vergisi ve özel yasal düzenlemelerin yapılmasını önermekteyiz.

### **C. SERVET VERGİLEMESİ**

Servet vergilemesi (wealth taxation) genellikle kamuoyu tarafından en sevilmeyen vergilerin başında gelmektedir. Bunun en önemli nedeni, kişilerin ekonomik durumlarının bu vergi ile açık bir biçimde ortaya konulmasıyla ilgili bulunmaktadır. Böyle bir durumda ise, kişilerin bedava yararlanma motivasyonu ile ekonomik çıkarlarını maksimize edilmesi önlenmektedir. Öte yandan, bu verginin sosyalizmin bir uygulaması olduğu biçimdeki ideolojik yanılgılar da bu vergiyi oldukça antipatik yapmıştır. Ne var ki, sosyalizmde kişilerin servetleri olmadığından, böyle bir verginin de uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Bu önyargılar, 1940lı yıllarda Türkiye’de uygulanan ve uluslararası düzeyde de kritik edilen “varlık vergisi” uygulamalarıyla daha da artmaktadır.

Ancak, bizim bu çalışmada önereceğimiz servet vergilemesi, bu tür önyargılara yol açmayan ve Avrupa’nın Altın Çağını yaşadığı 1950li ve 1980li yılları arasında uyguladıkları vergidir. Kişiler tarafından sevilmeyen bu verginin toplum refahını maksimize edici yönleri saymakla bitmez. Gerçekten, aşağıda özlü olarak anlatılan bu verginin özellikleri, başta yolsuzluğun önlenmesi olmak üzere, ayrıca ekonomik ve sosyal yönden vazgeçilmez bir vergi olduğunu açıkça göstermektedir. Servet vergisi başta Almanya, Fransa, İngiltere, Hollanda, İtalya olmak üzere 15 kadar Avrupa ülkesinde 1960-1980 yılları arasında başarı ile uygulanmıştır(3). Günümüzde ise, sermayenin uluslararası düzeyde serbestçe dolaşımını sağlamak amacıyla, bir çok ülkede verginin uygulaması oldukça yumuşatılmıştır.

(3) Musgrave R. – Musgrave P. : Public Finance in Theory and Practice, Mc Graw Hill

a) Ekonomik Gelir Tanımıyla İlişkisi: Bu vergi uygulandığında, gelirin ekonomik tanımına uygun vergileme olanağı bulunmaktadır. Gelir, Henry Simon tarafından şöyle tanımlanmaktadır. “Gelir, tüketimin bir yıllık toplamı artı net servette ortaya çıkan artıştır”. Bu tanım ekonomistlerin tamamı tarafından kabul edilmektedir. Bu tanımdan yararlanılarak, gelir dağılımı tanımı da şöyle yapılmaktadır: Gelir dağılımı, gayrisafı yurtiçi hasılanın ve ulusal servetin ülke nüfusuna bölünmekle elde edilen değerdir. Batı ekonomi literatürde gelir dağılımı bu biçimde tanımlanırken, Türkiye’de yazılan ekonomi kitaplarının tamamına yakınında ise, ulusal servetin paylaşılmasına ilişkin terim yer almaz.

b) Gelir Dağılımını İyileştirilmesi: Servet vergilemesinin gelirin

ekonomik tanımına uygun olarak, servet unsurlarını da vergilendirmesi nedeniyle, adil gelir dağılımını da sağlamaktadır. Bilindiği gibi, vergilemede adalet ilkesi olan ödeme gücü kriteri, ancak servet unsurunun gelire eklenmesiyle olanaklıdır. Şöyle ki, çoğu vergi mükellefleri için gelirin elde edilmesi servet unsurlarına göre daha zordur. Bu nedenle, vergilemede adaletin sağlanabilmesi amacıyla servete karşı emek geliri elde edenler lehine ayırma ilkesi (discrimination principle) uygulanmaktadır. Gerçekten, ABD ve Türkiye’de olduğu gibi servet unsurlarının vergilendirilmemesi, yüksek ve düşük gelir grupları arasındaki gelir uçurumunu daha da artırmaktadır. Şöyle ki, her iki ülkede ulusal servetin % 40 nın, nüfusun %1 i tarafından kontrol edilmesi nedeniyle, gelir dağılımı her yıl daha da bozulmaktadır. Örneğin, gelir dağılımı adaletini ölçmede kullanılan Gini katsayısı, 1980li yıllardan 2000li yıllara göre ABD’de 0.33 den 0.38 ve Türkiye’de 0.41e yükselmiştir. En yüksek % 20 diliminde yer alan mükelleflerin gelirinin en alt % 20lik dilimdeki mükelleflerin gelirin oranı ise, İngiltere’de 7.2; ABD’de 8.4 ve Türkiye’de ise 8.7 olup, bu üç ülke OECD ülkeleri içinde gelir dağılımının en adaletsiz olduğu ülkelerdir. Söz konusu oran Finlandiya’da 3.8, Fransa’da 4.3, Norveç’te 3.9 ve İsveç’te 4 kadardır(4). Gelir dağılımı adaletsizliğinin İngiltere’de de ortaya çıkmasının nedeni, bu ülkenin 1980li yıllarda, sermaye geliri lehinde vergisel düzenlemeler yapmasından kaynaklanmaktadır. ABD ve Türkiye’de daha da bozuk gelir dağılımı ise, her iki ülkenin de servet vergisini uygulamamalarından kaynaklanmaktadır. Gerçekten, bu iki ülke özel yatırımları teşvik etmek amacıyla gelir dağılımının bozuk olmasına bilinçli olarak göz yummaktadırlar.

(4) Şener, Orhan : Modern Public Finance, 2014, Beta, İstanbul, s. 27

c) Uygulanması

Genel ekonominin üç temel amacı, ancak servet vergilerinin uygulanmasıyla olanaklıdır. Şöyle ki, kaynak ayırımında (tahsisinde) etkinlik, gelir dağılımında adalet ve makroekonomik istikrarın sağlanması olarak formüle edilen temel amaçlara ancak, servet vergisinin vergi sisteminde yer alması ile ulaşılabilir. Gerçekten, kapsamlı vergileme (comprehensive taxation) vergi sisteminde

- kişisel gelir vergisi
- kişisel servet vergisi ve
- kişisel harcama (expenditure) vergisinin

yer alması durumunda mümkün olabilecektir.

Kişisel gelir vergisi genellikle bütün ülkelerde uygulanmakta olmasına karşın, kişisel servet vergisi II. Dünya Savaşı sonrası uygulamaya konulmuş olup, 1980 li yıllara kadar sistemli bir biçimde Avrupa ülkelerinde uygulandı. Sonraki yıllarda ise, servet vergisinin uygulanması oldukça yumuşatıldı. Ancak, ekonomik ve finansal krizler sırasında Almanya’da ve son yıllarda Fransa’da orijinalinden daha farklı bir biçimde ve Sosyal Dayanışma Vergisi adıyla uygulandı. Türkiye’de ise, gerçek anlamda bir servet vergisi uygulanmadı. Adı servet vergisi olan motorlu taşıtlar vergisi gerçekte bir tüketim vergisidir. Gerçek bir servet vergisi olan Veraset ve İntikal vergisi ise, yüksek muafiyet ve istisnalar nedeniyle, devlet bütçesine katkısı sembolik düzeydedir. Bu nedenlerle, Türkiye’de gerçekte bir servet vergisinin uygulanmadığını söyleyebiliriz. Ancak, Çiller Hükümeti tarafından ekonomik kriz sırasında kısa bir süre için, Almanya örneğine benzer biçimde ve oldukça düşük oranla bir sermaye vergisi uygulanmıştır.

d) M a t r a h ı

Bu verginin matrahı, mükellefinin her tür servet unsurlarının toplamından istisnalar çıkarıldıktan sonra kalan tutardır. Böylece, mükellefin gayrimenkulleri ve menkul servet unsurları verginin matrahı içinde yer alır. Parasal gelir unsurlarında olduğu gibi, bina, arazi, arsa, para, banka hesapları, hisse senetleri ve kıymetli kişisel eşyalar toplanarak, mükellefin borçları ve istisnalar toplamdan düşülerek, net servet vergisi matrahı bulunur. İstisnalar ise, her tür servet unsurunun birer tanesini kapsar. Örneğin, servet sahibinin taşıtlarından sadece bir tanesi, çok sayıdaki apartman dairesinden sadece oturduğu bir adedi, kıymetli kişisel ziynet eşyalarından sosyal yönden gerekli sayılan bir tanesi vergi matrahından çıkarılır.

e) O r a n ı

Servet vergisinin oranı, % 1 ile % 5 arasında değişen artan oranlı ya da % 3 gibi oldukça düşük bir vergi oranı yukarıda anlatıldığı gibi elde edilen net servet (net worth) tutarına uygulanır. Verginin bu kadar düşük oranda uygulanmasının nedeni, vergi nedeniyle servetin değerindeki aşınmanın (capital consumption) önlenmesidir. Örneğin, piyasa faiz oranının % 10 olduğu bir durumda, % 3 oranıyla uygulanan bir servet vergisinin etkisi, % 30 oranında uygulanan bir gelir vergisinin etkisiyle aynıdır.

f) V e r g i G e l i r l e r i n i A r t ı r m a s ı

Servet vergisiyle elde edilen vergi gelirinin son derece önemsiz olmasına karşın, vergi gelirlerini artırıcı özelliği nedeniyle bütçe açığını azaltmaktadır. Gerçekten, servet vergisinin toplam vergi gelirleri içindeki



payı bir çok Avrupa ülkesinde % 3 dolaylarında gerçekleşmiştir ( ). Türkiye’de ise Avrupa ülkelerinde uygulanan biçimde kapsamlı bir servet vergisi olmadığından, toplam bütçe gelirleri içindeki payı % 0.3 kadardır). Servet vergisi, vergilemede diğer vergiler arasında otokontrolü sağlaması nedeniyle, toplam vergi gelirlerini artırmaktadır.

Bilindiği gibi ABD nde servet vergisi uygulanmamakta olup, bu ülkede uygulanan mülkiyet vergisi (property tax) bu çalışmamızın konusu dışında kalmaktadır. Benzer biçimde Türkiye’de uygulanan emlak vergisinin de, gerçek anlamda bir servet vergisi olarak kabul edemeyiz(5).

#### g) Vergi Kaçakçılığını Önlenmesi

Servet vergisi beyannamesi, gelir, kurumlar, kıymet artışı vergisi gibi diğer vergilerin beyannamelerin özeti biçiminde hazırlandığından, bütün vergilerin tam olarak toplanmasına olanak verir. Şöyle ki, bir mükellefin harcamaları başka bir mükellefin gelirini oluşturduğundan, servet vergisi beyannamesi vergi kaçakçılığını ortaya çıkarmada son derece etkin bir araç olarak kullanılabilir. Böylece, servet vergilemesiyle devletin toplam vergi gelirlerini kendiliğinden artırma olanağı bulunmaktadır.

#### h) Yolsuzluğu Önlemesi

Yolsuzluk durumunda bir kimsenin mal varlığında ortaya çıkan artışlar, başka kişilerin mal varlıklarındaki azalışlarla ilişkilendirilerek, rüşvet olayları kolayca ortaya çıkarılabilmektedir. Böylece, rüşvetin yurtdışında da alınıp verilmesi, servet vergisinin otokontrolü sağlayıcı etkisiyle kolayca ortaya çıkarılabilmektedir. Bu verginin uygulanmasıyla ayrıca servet unsurlarının yurtdışına kaçırılması da önlenmektedir.

(5) Burkhead, State and Local Taxes for Public Education, New York, Syracuse University Press, 1963), p. 20

#### D. FAYDA İLKESİ VERGİLERİ

Bilindiği gibi, mükellefler birlikte tüketilen, bölünemeyen ve tüketiminden dışlanılamayan kamusal mal ve hizmetlerin finansmanına ödeme güçleriyle orantılı olarak ve zorunlu olarak alınan gelir, kurumlar ve servet vergileriyle finanse edilirler. Ancak, bazı kamu hizmetleri vardır ki, kişiler elde edilen faydayı başkalarıyla bölüşmezler ve hizmetin faydası doğrudan doğruya direkt olarak tüketicinin fayda fonksiyonuna girer. Şöyle ki, bölünebilir ve kişisel olarak tüketilebilen ve başkalarının aynı malı tüketiminden kolayca

dışlanabildiği durumlarda ödeme gücü ilkesi geçerli değildir. Bu nedenle, kişiler bazı kamu hizmetlerinden elde ettikleri faydaya göre vergilendirilir. Böylece, earmarking ya da kıymet artışı üzerinden alınan verginin özel bir fonda toplanarak, belli kamu harcamalarının finansmanı amacıyla kullanılarak, kaynak ayırımı etkinliği kendiliğinden sağlanmaktadır. Fayda ilkesine göre alınan bu tür vergiler ülke uygulamalarına göre farklı isimler alırlar. Ancak yine de, kamu sektöründe ortaya çıkan yolsuzluk ve rüşvet olaylarını kontrol etme yönünden etkili bir biçimde kullanılabilir. Aşağıda açıklandığı gibi, verginin 3 uygulama biçimi vardır. Bunlar: Özel kıymet artışı vergisi, akaryakıt tüketim ya da otomotiv vergileri, ve sosyal güvenlik vergileridir. Bunlardan sadece sosyal güvenlik vergileri Türkiye’de uygulanmaktadır. Ancak, sosyal güvenlik hizmetlerinin finansmanında devlet katkısı olduğu için söz konusu açıklamalarımızın dışında kalmaktadır. Öte yandan, Türkiye’de uygulanmakta olan motorlu taşıtlar vergisi ise vergi teorisine aykırı olarak servet vergisi ya da ödeme gücü vergilemesi sayıldığından, konumuz dışında kalmaktadır.

a) Özel Kıymet Artışı Vergisi (special assessment tax) Kamu ekonomisi literatüründe özel kıymet artışı vergisi ya da Türkçe şerefiye vergisi olarak bilinen bu vergi, kaynak ayırımında etkinliği ve gelir dağılımı adaleti sağlama yönünden son derece olumlu bir vergi türüdür. Aynı vergi ayrıca yolsuzluğun önlenmesi amacıyla, menkul kıymetlerle ilgili olarak spekülâtif ve manî kazançların da kontrol altına alınmasında etkin bir araç olarak kullanılabilir.

Bu vergi, kamu bayındırlık hizmetleri nedeniyle değeri artan gayrimenkullerin değer artışı üzerinden alınmaktadır. Örneğin, bir caddenin güzelleştirilmesi, okul, boğaz köprüsü, hastane ya da metro istasyonu açılması gibi durumlarda, gayrimenkulün değeri sahibinin bir katkısı olmadan gayrimenkullerin değeri kendiliğinden artmaktadır.

Bu vergi kamu ekonomisinin temel ilkelerine uygun olarak en iyi bir biçimde ABD’nde uygulanmaktadır. Uygulamaya göre, örneğin bir caddede yapılan iyileştirmeler ya da belediye hizmetleri nedeniyle, gayrimenkullerinin değeri artan mükellefler, değer artışı üzerinden bir vergi öderler. Ödenen bu vergi gelirleri ise, sadece projeye ilgili caddenin güzelleştirilmesi amacıyla harcanır. Örneğin, Harvard ve MIT prestijleri nedeniyle çevredeki iş yerlerinin değerinde ortaya çıkan artışlar üzerinden alınan vergi gelirleri, sadece bu üniversitelerin araştırma fonlarında kullanılabilir. Toplanan vergi gelirlerinin başka bir amaçla kullanılması söz konusu değildir. Bu nedenle, verginin oranı en az gelir vergisi tarifesinden daha yumuşak olmamalıdır.

Türkiye’de gelir vergisi uygulamasına göre, belli bir sürede gayrimenkul değerinde ortaya çıkan artışlar merkezi hükümet bütçesine aktarıldığından, böyle bir fonksiyonu yoktur.

b) Sermaye Kazançları Vergisi (Capital Gains Tax): Repo, mevduat faizi, hazine bonusu ve devlet tahvili gibi menkul kıymetler üzerinden alınan vergiler, genellikle gelir vergisi yasası tarafından düzenlenmektedir. Gelişmiş ülkelerde sermaye kazançları ile diğer gelir unsurları genellikle, aynı gelir vergisi tarifesine göre vergilendirilmektedir. Böylece, vergilemenin yatay ve dikey eşitlik ilkelerinden sapılmamaktadır. Bu tür uygulamanın diğer bir faydası ise, faiz gelirlerine artan oranlı tarife uygulandığından, devletin borçlanma nedeniyle ödeyeceği faiz de azalarak, reel borç yükü önemli ölçüde düşürülmektedir. Şöyle ki, gelişmiş ülkelerde enflasyon oranı % 3 ün altında olduğundan, borç faizleri de oldukça düşük düzeydedir. Bu nedenle, Türkiye ile gelişmiş ülkelerin borç yükü karşılaştırılırken, sermaye kazançları vergisinin önemi göz önünde tutulmalıdır. Bir çok gelişmiş ülkede devlet borçlarının gayrisafi yurt içi hasılaya oranı % 100 ü geçerken, gerçekte reel borç yükü yönünden Türkiye’ye göre daha avantajlı durumdadırlar. Örneğin, % 10 faiz karşılığında 100 lira tutarında hazine bonusu satışı nedeniyle devlet Türkiye’de % 10 vergi uygulaması sonucu faiz yükü 9 lira olsun. Buna kaşın, gelişmiş bir ülkede % 3 faiz karşılığında 100 avro borçlanan devlet, ortalama % 35 vergi oranı nedeniyle, net faiz yükü % 1.95 ( $3 - 3 \times 35$ ) kadar olmaktadır. Türkiye’nin devlet borçlarının GSYMH ya oranı % 40 olduğunda, borç faizi yükü gelişmiş bir ülkeye göre en az 4 kat daha fazladır. Bu karşılaştırmalarımıza göre, Türkiye’nin borç faizi yükünün yüksekliği nedeniyle, reel anlamda borç rasyosu % 160 olan Yunanistan’dan daha ağırdır. Yabancı yatırımcılara satılan devlet tahvili ve hazine bonusu faiz gelirleri üzerinden hiç vergi alınmaması ise, borç faizi yükünü daha da artırmaktadır. Öte yandan, sermaye kazançları vergisinin gelişmiş ülkelerdeki gibi uygulanmasıyla, para piyasalarında ortaya çıkacak manipülatif ve spekülatif vurgunlar da kolayca önlenebilecektir.

## SONUÇ

Aşağıda özetlendiği gibi, servet vergilemesine ilişkin düzenlemeleri destekleyecek biçimde, ödeme gücü ve fayda ilkesine göre alınan vergilerle yolsuzluğun önlenmesi olanağı bulunmaktadır. Yukarıdaki açıklamalarımızdan da yararlanarak, vergisel düzenlemelerle yolsuzluğun önlenmesi amacıyla alınması gerekli olan düzenlemeleri şöyle sıralayabiliriz.

Kayıt dışı ekonominin önlenmesi: Bilindiği gibi, yolsuzluk ile kayıt dışı ekonomi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Birçok firma ya da

kişi yolsuzluğu örtmek için kayıt dışı ekonomide yer almaktadırlar. Bu sorunun çözümü ise, servet vergisinin kapsamlı bir biçimde uygulanmasıyla olanaklıdır. Şöyle ki, servet vergisi beyannamesi mükellefin ödeyeceği bütün vergilerin özet beyannamesini içerdiğinden, ekonomide kayıt dışılık kendiliğinden önlenmektedir. Bilindiği gibi, servet vergilemesi kendiliğinden vergi sisteminde otokontrolü sağlamaktadır.

**Şerefiye Vergisi:** Bilindiği gibi, gayrimenkullere son derece düşük oranla uygulanan emlak vergisi, yolsuzluğu teşvik edici etki yaratmaktadır. Yapılan özel değerlemelerle ortaya çıkan matrah farkına, gelişmiş ülkelerde olduğu gibi, gelir vergisi tarifesiyle uygulanacak bu vergi nedeniyle, rant gelirleri azalacaktır. Bu nedenle, artan oranlı bir gelir vergisi uygulamasıyla yolsuzluk teşvik edilmeyecektir. Böylece, gelir dağılımını olumsuz yönde etkileyen rant ekonomisinin alanı önemli ölçüde daraltılacaktır. Sonuçta ise, kentsel rantlar ayırma ilkesine uygun olarak vergilendirildiğinde, yolsuzluk ve rüşvet olayları da kendiliğinden azalacaktır.

**Sermaye Kazançları Vergisi:** Bu vergi spekülâtif ve manüpülâtif döviz ve borsa kazançlarına uygulanarak, bir yandan gelir dağılımı adaletsizliği giderilirken, öte yandan yolsuzluk olayları da azaltılabilmektedir. Bilindiği gibi, kara para aklaması (money laundring) genellikle bu piyasalarda gerçekleştirilmektedir. Böylece, kaynağı belirsiz sıcak para girişleri ve yurt dışına çıkışları da kontrol altına alınabilecektir.

**Vergi denetiminde etkinlik:** Türkiye’de toplam vergi mükelleflerinin ancak % 2 sinin vergi denetimine tabi olduğu bilinmektedir. Bu durumda, mükelleflerin tamamına yakın bir bölümünün bedava yararlanma motivasyonunun etkisi altında kalmaları nedeniyle yolsuzluk için uygun bir ortam yaratılmış olmaktadır. Ne var ki, son yıllarda yapılan düzenlemeler ile Hesap Uzmanları ve Maliye Teftiş Kurulu gibi denetim kurumlarının kaldırılması nedeniyle vergi denetiminde etkinliğin giderek azalmakta oluşu da açıkça görülmektedir.

**Özel Yargılama Biçimi:** Yolsuzluk suçları Almanya’da uygulanan yargılama yöntemi benimsenerek, önemli ölçüde azaltılabilir. Bu uygulamaya göre, basında çıkan bir yolsuzluk haberi üzerine savcı iddianamesini özel mahkemeye sunar. Mahkeme bu konuda uzman müfettişlerine yolsuzlukla ilgili araştırma yaptırarak, dava açar. Ancak, yolsuzluk yargılamasında “kanunlar geçmişe yürütülebilir ve sanık masumiyet karinesinden yararlanamaz”. Bu özel yargılama kuralları sadece yolsuzluk suçları için uygulanır.

Tapu Sicilinin Aleniliği: Tapu sicilinin herkese açık olduğuna ilişkin Medeni Kanun'un 1020. maddesinde yer alan bir cümleye göre, tapu sicilinin sadece "ilgisini inanılır kılanlara" açık olduğu sonucuna varılmaktadır. Böylece, yasada tapu sicilinin aleni olduğuna ilişkin maddesine göre, yolsuzlukla ilgili karşı tarafın servet durumunun ortaya çıkarılması açıkça önlenmektedir.

Nereden Buldun Yasası: Bu yasanın yürürlükten kaldırılması nedeniyle, yolsuzluk ve rüşvet olaylarını ortaya çıkarma olanağı da ortadan kaldırılmaktadır. Bu nedenle aynı yasanın yeniden yasalaşması gerekmektedir. Şöyle ki, yasal düzenlemelerin yeterli olduğu bir ülkede yolsuzlukla etkin mücadele etme olanağı da ortadan kaldırılmaktadır. Bu nedenle, bu yasa yeniden uygulamaya konularak yukarıda önerdiğimiz servet vergisinin etkinliği daha da arttırılmalıdır.

#### KAYNAKÇA

Arrow, Kenneth : Social Choice and Individual Values, 1973, Wiley, N.Y.

Buchanan James, The Public Finance, 1970, Third Edition Richard D. Irwin, Homewood.

Buchanan, James : The Demand and Supply of Public Goods, 1968, Rand McNally and Company, Chicago. Buchanan'ın oyun teorisine ilişkin açıklamalar için bkz. Şener, age

Herber, Bernard P.: Modern Public Finance, 1983, Irwin, Homewood

Musgrave R. – Musgrave P. : Public Finance in Theory and Practice, Mc Graw Hill

Şener, Orhan: Kamu Ekonomisi, 2014, Beta, İstanbul

Şener, Orhan : Modern Public Finance, 2014, Beta, İstanbul

Wicksell, Knut : "A New Principles of Just Taxation", Classics in the Theory of Public Finance, MacMillian, 1967, New York

