

**Gazi Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi  
Dergisi**



**Gazi University  
Faculty of Law  
Review**

---

**Cilt. XIV, Haziran 2010, Sayı 1  
Vol. XIV, June 2010, No. 1**

---

**ANKARA-2010**

# GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Gazi Üniversitesi Gazi University**

**Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

**Sahibi : Owner :**

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief**

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

**Editörler: Editors :**

Prof. Dr. Vahit DOĞAN Prof. Dr. Vahit DOĞAN

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

**Yayın Kurulu : Editorial Board :**

Prof. Dr. Vahit DOĞAN Prof. Dr. Vahit DOĞAN

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

**Yayın Yönetmeni : Publishing Manager :**

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Bu dergi yılda iki defa yayınlanır. This journal is published two times a year.

**ISSN-1302-0013**

**Tasarım - Dizgi:** Kemal ERDOĞAN

**Basım Yeri:** Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi  
81. Sok. No: 9 Emek/ANKARA Tel : +90 312 216 23 09

**Basım Tarihi :** 28.06.2010

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
10. Cadde No: 51 06510-Emek/ANKARA, TÜRKİYE  
TEL: +90 312 216 20 00 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>

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

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

### **DANIŞMANLAR KURULU**

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk 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. Yedigir 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
Prof. Dr. O. Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri**

1. 1997 yılından bu yana düzenli olarak çıkarılmakta olan Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli dergi olarak yılda iki sayı (Haziran ve Aralık) halinde yayınlanmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Türkçe-İngilizce başlıkları ile 150 sözcüğü geçmeyen Türkçe ve İngilizce yazılmış özetlerinin ve kaynakçasının yazının sonuna eklenerek yazıma hazır şekilde gönderilmesi,  
Yazının ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerinde ise 10 punto harf büyüklüğünün, 1,5 satır aralığı ile “Times New Roman” karakterinin kullanılması ve ayrıca dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
4. 10.000 kelimeyi geçmeyecek şekilde Microsoft Word formatında hazırlanan yazıların e-posta yoluyla gönderilmesi gerekir.
5. Dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki veya e-posta ile gönderilen biçimiyle “basıla” verdiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir. Bu nedenle, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, biçimsellik ölçülerine uyulmaması, yazının geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Dergimiz editörlerince ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar hakeme gönderilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Yazardan düzeltme istenmesi durumunda düzeltmenin en geç 20 gün içerisinde yapılması gerekmektedir. Yazarın Hakem Raporuna itiraz etmesi durumunda, yazı yeni bir hakeme gönderilecektir.
7. Yazarlar ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Dergide yayımlanmasına karar verilen makaleler yazarların soyadlarına göre alfabetik sırayla yayımlanır.
9. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir. Dergide yayımlanan yazılar üzerinde her türlü tasarruf hakkı Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne aittir.
10. Yayımlanan yazının 10 adet tıpkıbasımı ve 1 adet dergi yazara ücretsiz gönderilecektir.

**İletişim Adresi:** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Cadde, No: 51 Emek 06510 Çankaya/ANK. Tel: (312) 216 20 14 Faks: (312) 2150169  
<http://www.hukuk.gazi.edu.tr> e-posta: [hukukdergi@gazi.edu.tr](mailto:hukukdergi@gazi.edu.tr)

**Gazi Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
**Cilt XIV Haziran 2010 Sayı 1**

**İ Ç İ N D E K İ L E R**  
**MAKALELER\***

**ÖZEL HUKUK**

- Bir Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince  
Yediemin Tarafından İşletilmesi  
**Aziz Serkan ASLAN**.....1-29
- Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden  
Kişilerin Kamu Görevine Girme Yasağı  
**Musa AYGÜL**.....31-60
- Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında  
Ehliyet ve Temsil Sorunları  
**Hayrettin ÇAĞLAR, Esra ÇALIŞKAN**.....61-85
- Fon Alacağı Kavramı ve Fon Alacaklarına İlişkin Zamanaşımı  
Süresinin Şahsi İflas Davasında Uygulanabilirliği Sorunu  
**Kürşat GÖKTÜRK**.....87-99
- Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi  
**Yakup KORKMAZ**.....101-124
- Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü  
**Hayrunnisa ÖZDEMİR**.....125-164

**KAMU HUKUKU**

- Bağlılık Kuralı  
**Berrin AKBULUT**.....167-214

\* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi <b>Mesut AYDIN</b> .....	<b>215-249</b>
Sanatsal Kamu Hizmetleri <b>N. Münci ÇAKMAK</b> .....	<b>251-262</b>
İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep <b>Çınar Can EVREN</b> .....	<b>263-297</b>
Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme <b>Ahmet M. GÜNEŞ</b> .....	<b>299-333</b>
Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi <b>Begüm İSBİR</b> .....	<b>335-368</b>
AYİM Kararları Işığında Askeri Hizmetin Yürütülmesi Esnasında Askeri Personelin Karşılaştığı Bireysel Zararlardan İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Esasları <b>Kadir KORKMAZ</b> .....	<b>369-388</b>
Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi <b>Mustafa ÖZEN</b> .....	<b>389-417</b>

**Gazi University**  
**Faculty of Law Review**  
**Volume XIV June 2010 Number 1**

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

**ARTICLES\***

**PRIVATE LAW**

- The Operation of a Commercial Bussiness by a Trustee due to Temporaray Injunction  
**Aziz Serkan ASLAN**.....1-29
- The Prohibition to be Employed in Public Services of the People who Lost Their Turkish Citizenship By Obtaining Renunciation Permit  
**Musa AYGÜL**.....31-60
- Possible Problems Regarding Capacity and Authority to Act by Selling Immovable Property of Joint-Stock Companies  
**Hayrettin ÇAĞLAR, Esra ÇALIŞKAN**.....61-85
- The Fund Claim Concept and the Applicability of the Time Limit For Fund Claims to the Personal Bankruptcy Claims  
**Kürşat GÖKTÜRK**.....87-99
- Private Forests and Their Evaluation in Terms of Ownership  
**Yakup KORKMAZ**.....101-124
- Castration and Privacy Obligation of the Physician  
**Hayrunnisa ÖZDEMİR**.....125-164

**PUBLIC LAW**

- The Rule of Accesoriness  
**Berrin AKBULUT**.....167-214

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

The Examination of Constitutional Amendments in terms of their Form According to the 1982 Constitution <b>Mesut AYDIN</b> .....	215-249
Artistic Public Services <b>N. Münci ÇAKMAK</b> .....	251-262
Force Majeur as a Reason that Affects the Liability of Administration <b>Çınar Can EVREN</b> .....	263-297
An Analysis of Aarhus Convention <b>Ahmet M. GÜNEŞ</b> .....	299-333
The Competence of Conciliation of the Information and Communication Technologies Authority <b>Begüm İSBİR</b> .....	335-368
The Administrative Principles of Direct Liability, Under the Light of High Military Administrative Courts' Decisions, Concerning the Individual Harms Faced by the Military Personnel While Carrying out the Military Service <b>Kadir KORKMAZ</b> .....	369-388
The Principle of the non bis in idem <b>Mustafa ÖZEN</b> .....	389-417



## TEŞEKKÜR

Değerli meslektaŐlarımızın öğreti ve uygulamada yaşanan sorunlara bir çözüml bulma, hukuksal gelişmelere ışık tutma amacıyla kaleme aldıkları çalışmalarını yayınlamak amacıyla çıkardığımız Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin C. XIV, Haziran 2010 sayısında da çok kıymetli akademisyen ve hukukçulara ait ve farklı alanlara ilişkin bilimsel çalışmalarını değerlendirmelerinize sunmuş bulunmaktayız.

Öncelikle değerli bilimsel çalışmalarıyla dergimize katkı sağlayan tüm müelliflere teşekkür ediyoruz.

En az eser sahipleri kadar titiz ve özverili çalışmalarıyla hakem olarak katkıda bulunan ve bunu herhangi bir karşılık beklemezsiniz ve çok kısa sürede gerçekleştiren değerli meslektaşlarımıza da teşekkürü bir borç biliyoruz.

Derginin hazırlanması sırasında titizlikle yürüttükleri çalışmalar dolayısıyla Fakültemiz araştırma görevlileri ile derginin sekreteryasını yürüten Değer KANYILMAZ ve Özlem ACAR KURT'a ve derginin dizgi işlerini üstlenen Kemal ERDOĞAN'a çok teşekkürler.

**Yayın Kurulu**

BOŞ

# MAKALELER



**ÖZEL HUKUK >>**



# BİR TİCARİ İŞLETMENİN İHTİYATİ TEDBİR KARARI GEREĞİNCE YEDİEMİN TARAFINDAN İŞLETİLMESİ

Arş. Gör. Aziz Serkan ARSLAN\*

## ÖZET

*İhtiyati tedbir müessesesi, dava konusu olan ve taraflar arasında mülkiyeti çekişmeli bulunan bir malın veya hakkın dava sırasında başkasına devredilmesini önlemeyi amaçlayan bir müessesedir. Günümüzde ticari ilişkilerin artması, çeşitlenmesi neticesinde, kanunun da amacına uygun olarak, tedbir konulabilecek mal ve haklar arasında ticari işletmelerde girmiştir. İşletmeyle ilgili ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme tarafından atanacak ve işletmeyi yönetecek olan yediemin, bu görevi yerine getirirken basiretli bir tacir gibi özen yükümlülüğü altında bulunmalıdır. Bu yükümlülüğün ihlali halinde yedieminin hukuki ve cezai sorumluluğu doğacaktır.*

*Anahtar Kelimeler: Yediemin, Kayyım, Ticari İşletme, İhtiyati Tedbir, Geçici Hukuki Koruma Tedbiri*

## THE OPERATION OF A COMMERCIAL BUSSINESS BY A TRUSTEE DUE TO TEMPORARAY INJUNCTION

### ABSTRACT

*Institution of precautionary measures, and subject matter between the parties that contested the ownership of a property or rights transferred to someone else during the trial an institution which is intended to prevent. Today, the increasing number of commercial relationships, as a result of diversification, according to the goal of the law, the measures that can be placed between the property and rights entered in the commercial undertake. The commercial undertake related to the injunction granted by a court to be appointed and the trustee will manage the business, while performing this task under the prudential requirements should be taken as a merchant. Trustee for a breach of this obligation in the legal and criminal responsibility is born.*

*Key Words: Trustee, Administrator, Commercial Business, Precautionary Measures, Interim Measures of Legal Protection*

---

\* Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E-mail: azizserkanarslan@myynet.com).

## **Giriş**

Kanunlarımızda dağınık bir şekilde düzenlenmiş bulunan ihtiyati tedbir müessesesi, dava konusu olan ve taraflar arasında mülkiyeti çekişmeli bulunan bir malın veya hakkın dava sırasında başkasına devredilmesini önlemeyi amaçlayan bir müessesedir. Günümüzde ticari ilişkilerin artması, çeşitlenmesi neticesinde, kanunun da amacına uygun olarak tedbir konulabilecek mal ve haklar arasına ticari bir işletme, marka ve patent hakkı gibi ihtiyati tedbire konu olabilecek maddi değeri olan menfaatlerde girmiştir.

İnceleme konumuz olan ticari işletme de, dava konusu olması halinde, maddi olayın özelliğine göre dava taraflarının elinden alınıp, dava neticelenene kadar tarafsız bir kişi tarafından yönetilebilir. Bu durumdaki işletmelerin dava süresince tarafsız bir yediemin tarafından en verimli şekilde faaliyetine devam etmesi hem ülke ekonomisi hem de davayı kazanan taraf için önemli bir kazanç olacaktır.

İşletmeyle ilgili ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme tarafından atanacak ve işletmeyi yönetecek olan yediemin, bu görevi yerine getirirken basiretli bir tacir gibi özen yükümlülüğü altında bulunmalıdır. Bu yükümlülüğün ihlali halinde yedieminin hukuki ve cezai sorumluluğu doğacaktır. Yapmış olduğu işin neticesinde ise yedieminlik ücretine hak kazanacaktır. Çalışmamızda öncelikle yedieminlik kavramı üzerinde durulacak, ardından bir ticari işletmeyle ilgili ihtiyati tedbir kararı verilmesi neticesinde atanacak yedieminin atanma prosedüründen bahsedilecek, hak ve yükümlülükleri incelenecek son olarakta kusurlu olarak zarara neden olmuşsa bu zarardan doğan tazmin yükümlülüğü ve usulü incelenecektir.

## **1-YEDİEMİNLİK KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ**

Yedieminlik ceza hukukunda ve çoğunluklarda özel hukukun bir dalı olan medeni usul ve icra iflas hukukunda yer alan, HUMK m.101/1 ve İİK m.88, m.363'te bahsi geçen bir kavramdır. Yediemin kelimesi Osmanlıca yed kökünden gelmektedir. Bu bakımdan Osmanlıca ifadesi yed'i emindir. Yed kelimesi; el, yardım, kuvvet, kudret, vasıta anlamlarını taşımaktadır. Buna benzer manada HUMK'ta da ifade edildiği gibi 'yediadl' ifadesi de yedieminlik kavramının eş anlamlısı olarak kanunda yer almaktadır<sup>1</sup>. Yeni

<sup>1</sup> Eruygur, H. K., Yedieminlik, Ankara 2008, s. 40.



## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında ise kanun koyucu eski dilde yer alan yediadl kelimesi yerine yediemin ifadesini kullanmayı tercih etmiştir<sup>2</sup>. Alman hukukunda ise ‘Treuhandler’ tabiriyle ifade edilen yedieminin kelime manası güvenilir kimsedir.

Yediemin kavramı hukuk terminolojisinde uyumsuzluk konusu olan şeyin saklanması, muhafazası için kendisine mal bırakılan kişi anlamına gelmektedir<sup>3</sup>. Özellikle medeni usul hukukunda, hukuki bir uyumsuzlukta uyumsuzluğa konu olan malın uyumsuzluğun sonucuna veya daha kısa bir süreye kadar güvenilen bir kimseye muhafaza amacıyla bırakılmasında yedieminlik kurumundan yararlanılmaktadır<sup>4</sup>.

Kanundaki istisna haller dışında; yedieminlik kurumu esas olarak yediemin olarak malı veya işletmeyi muhafaza edip saklayacak, işletecek kimse ile ondan bu işi yapmasını isteyen kimse arasında, irade uyumasına ve güvene dayalı bir sözleşmeyle oluşur<sup>5</sup>. Taraflar arasında kurulan bu sözleşme BK m.463’te düzenlenen vedia sözleşmesinin bir türü olan yedieminlik sözleşmesidir (Treuhandervertrag)<sup>6</sup>. Vedia sözleşmesi BK m.463’te şu şekilde tanımlanmıştır; vedia bir akittir ki onunla müstevdi (vedia alan) mudi (vedia bırakan) tarafından verilen şeyi kabul ve onu emin bir mahalde hıfzetteği (muhafaza) borçlanır. Bunun devamında vedia sözleşmesinin bir türü olan yedieminlik sözleşmesi BK m.471’de ayrıca tarif edilmiştir. Buna göre, iki veya daha çok kişiler haklarını korumak, muhafaza etmek için hukuki

<sup>2</sup> Tasarıda ‘İhtiyati Tedbirler’ başlığı adı altında düzenlenen ve HUMK m. 101’e karşılık gelen madde 395’te kanun koyucu ‘yediadl’ yerine yediemin ifadesini kullanmıştır. ‘Mahkeme asıl uyumsuzluğu çözecek nitelikte olmamak şartıyla tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir’ (HMKT m.395).

<sup>3</sup> **Yılmaz, E.**, Hukuk Sözlüğü, 5.Bası, Ankara 1996, s. 987.

<sup>4</sup> **Gökcan, H.T.**, Mühür Bozma, Yedieminlik Yükümlülüğüne Uymama, İhtiyati Tedbir Kararına Aykırılık Suçları ve Tazminat Davaları, Ankara 2001, s. 77.

<sup>5</sup> Orman Kanununda yedieminliğin kabulü belli kişiler için zorunlu tutulmuştur. Orman Kanunu m. 84’e göre orman suçlarından dolayı zaptolunan ağaç, tomruk, kereste, yakacak ve sair mahsuller ile suçta kullanılan aletler, vazifeli orman memurları tarafından muhafaza edilmek üzere orman depolarına, orman deposu yoksa ve suç mahalli belediye hudutlarında ise o yer belediyesine, köy hudutları içinde ise o köy muhtarına, yokluğunda vekiline, onun da yokluğunda ihtiyar heyeti üyelerinden birine yediemin senedi mukabilinde teslim olunur. Belediye veya köy yetkililerine teslim edilen bu mallar en kısa zamanda orman depolarına idarece nakledilir.

<sup>6</sup> **Yavuz, C.**, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 3.Bası, İstanbul 2004, s. 487.

durumu uyuşmazlık konusu olan veya şüpheli olan bir şeyi vedia alana veya yediadle verilerse vedia alan veya yediadil bunları bütün ilgililerin onayı veya hâkimin kararı olmadıkça hiçbirine iade edemez. Burada tarif edilen yedieminlik sözleşmesinin unsurları şunlardır; HUMK'ta da belirtildiği üzere ortada iki tarafı ilgilendiren bir uyuşmazlık söz konusu olmalıdır. Uyuşmazlığın taraflarının birden fazla kişiden oluşması, gerçek veya tüzel kişi olması önemli değildir. Taraflar arasında hukuki durumu uyuşmazlık konusu olan bir şey olmalıdır. Buradaki şey'den kasıt eşya olabileceği gibi inceleme konumuz olan faal haldeki bir işletme de olabilir. Uyuşmazlık konusu olan şeyin yedieminine verilmesinin amacı tarafların haklarının korunması ve şeyin muhafazasıdır. Yani bir anlamda taraf tasarruflarının engellenmesidir. Son olarakta uyuşmazlık konusu şeyin taraflardan birine iadesi için hâkimin onayı veya diğer tarafın izni gerekir. Yediemin sözleşmesi, yediemin ile vedia veren arasında yapılır ve vedia konusu şey üzerindeki tasarrufları engelleme amacını güder<sup>7</sup>.

Borçlar Kanunu anlamındaki yedieminlik sözleşmesinin kurulması için hukuki ihtilafın mahkeme önüne gelmesine gerek yoktur, vedia konusu şey üzerinde bir hukuki ihtilafın varlığı ya da hukuki durumun belirsiz müphem olması şartının gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir<sup>8</sup>. Ancak bizim inceleyeceğimiz husus olan ihtiyati tedbir kararından sonra işletmenin yediemince yönetilmesi ve muhafazasında ise öncelikle hukuki ihtilafın mahkemeye intikal etmiş olması ve oluşan ihtiyati tedbir şartlarından dolayı mahkemece işletmenin yedieminine bırakılmasına karar verilmiş olması gerekir.

Yedieminlik kurumu, medeni usul hukukunda esas olarak HUMK' un 101. maddesinin 1. fıkrasında yer bulmaktadır. Buna göre mahkeme, dava konusu olan ve aynı taraflar arasında mülkiyeti çekişmeli bulunan bir menkul malın dava sırasında başkasına devredilmesini önlemek için malın hazine ve yedieminine tevdiine karar verebilmektedir. Hacizden kasıt ise mala yargı süresince el konulması ve tasarrufun önlenmesidir<sup>9</sup>. Ancak bir işletmenin yediemin tarafından işletilmesi için mahkemenin kararına esas teşkil edecek madde HUMK m.101/2'dir. Bu hükümlerle geçici hukuki koruma tedbirleri

<sup>7</sup> **Yılmaz, E.**, Yedieminlik, Türk Hukuk Dünyası Dergisi, Sayı:1, Mayıs 2000, s. 8.

<sup>8</sup> **Yavuz**, s. 487.

<sup>9</sup> **Ercan, İ.**, Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 1992, s. 38 **Postacıoğlu, İ.**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s.435; **Bilge, N./ Önen, E.**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s. 369.

## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

arasında yer alan ihtiyati tedbir sebepleri, sınırlı olmaktan çıkarılıp hâkime gerekli tedbirleri alabilme imkânı tanınmıştır<sup>10</sup>. Buna göre mahkeme münazaalı şeyin muhafazası için lazım gelen her türlü tedbirlerin uygulanmasına karar verecektir. Bu bağlamda mahkeme faal haldeki işletmenin yediemin tarafından işletilmesine de karar verebilir. Mahkemenin burada vereceği ihtiyati tedbir kararının temel amacı davacının açtığı davayı kazanmasına rağmen davalının bu süre içerisinde dava konusu üzerinde yaptığı işlemlerden dolayı zarar görmesini engellemektir<sup>11</sup>.

HUMK m.101/2 uyarınca malın mahkeme tarafından yediemine teslimi, muhafazası hatta yönetilmesi kararı neticesinde bu işi yapacak yediemin ile mahkeme arasında bir sözleşme kurulmuş olur. Bu sözleşmenin niteliği ile ilgili doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir<sup>12</sup>. Ancak hukukumuzda hâkim olan görüş sözleşmenin sadece yedieminlik sözleşmesi değil vedia, hizmet ve vekâlet sözleşmelerinden oluşan karma bir sözleşme olduğu görüşüdür<sup>13</sup>. Bizce de faal haldeki bir işletmenin mahkemenin ihtiyati tedbir kararı neticesinde yediemince yönetimi süresince, yapılacak muhafaza ve işletim faaliyetleri göz önünde tutulursa, sadece yedieminlik sözleşmesi gereği muhafaza değil, işletmenin hak ve borçlarını devam ettiren vekâlet sözleşmesini, basiretli tacir gibi yediemine işletmeyi yönetme borcu yükleyen hizmet sözleşmesini, taşınır taşınmaz malları korumayı içeren vedia sözleşmesini de kapsayan isimsiz karma bir sözleşme sözkonusudur.

## **2-YEDİEMİNİN ATANMASI**

Faal haldeki işletmeyi yönetecek yedieminin atanması kararını, ihtiyati tedbire karar veren mahkeme verir. İhtiyati tedbir ( einstweilige verfügung)

<sup>10</sup> Pekcanitez, H./Atalay, O., /Özekes, M., Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Ankara 2007, s. 668.

<sup>11</sup> Deren Yıldırım, N., Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Haklar Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1999, s. 3.

<sup>12</sup> Bir görüşe göre ihtiyati tedbir nedeniyle yediemine tevdi bir kamu tasarrufudur. Yargıtay Başkanlar Kurulunun 4.3.1976 gün ve 72/113 sayılı kararı Bkz. **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemesi Usulü, 6.Bası, C.IV, İstanbul 2001, s. 3059; İkinci bir görüşe göre yediemin ile alacaklı arasında sözleşme benzeri bir ilişkiden doğar. **Üstündağ, S.**, İhtiyati Tedbirler, Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri, İstanbul 1981, s. 22; Üçüncü görüş ise yediemine tevdi vedianın bir çeşididir ancak gayesi ve şartları bakımından veditadan ayrılır demektir. **Yılmaz, O.**, İhtiyati Tedbirler B.3 Konya 1990, s. 159; Bu husustaki son görüşe göre ise, yediemine tevdi; vekalet, hizmet ve vedia sözleşmesinden oluşan karma bir sözleşmedir. **Kuru, HMUK C.III, s. 3059; Özkök, S.**, İhtiyati Tedbirler, Ankara 2002, s. 20.

<sup>13</sup> **Yavuz**, s. 487.

kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca davacı veya davalının (dava konusuyla ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörölmüş geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır<sup>14</sup>. Mahkeme ihtiyati tedbir kararında yediemin atanmasına karar verirken karşı tarafı dinlemeden de karar verebilir. Mahkemenin ihtiyati tedbire karar vermesi için tedbir sebeplerinin tam olarak ispatı değil, yaklaşık ispatı yeterli olacaktır<sup>15</sup>. Yaklaşık ispattan kasıt hâkimin tedbir talebinin haklılığına somut veriler ışığında kanaat getirmesidir. Bu kanaatin ölçüsü ise hem teminat amaçlı hem de ifa amaçlı tedbirlerde olabildiğince fazla olmalıdır. Somut olaya, somut delillere, tarafların menfaat dengesine, kanun koyucunun belirlediği özel şartlara göre hâkim bu değerlendirmeyi yapmalıdır<sup>16</sup>.

Usul hukukundaki taleple bağıllık ilkesi gereğince tedbir isteyen taraf, istediği tedbir türünü dilekçesinde beyan etmeli ve mahkeme tedbir konusunda taleple bağıllı kalmalıdır<sup>17</sup>. Yediemin atama kararı da usul hukukundaki taleple bağıllık ilkesi gereği tedbir isteyen talebine bağıllı olmalıdır. Mahkeme ihtiyati tedbir süresi içinde işletmenin malvarlığının korunması için uygun ve gerekli her türlü tedbirin alınmasına kendiliğinden, yani her hangi bir talep olmaksızın karar veremez.

Mahkemenin yediemin atanması konusundaki taleple bağıllığı seçeceği yediemin konusunda söz konusu olmamalıdır. Yani mahkeme kimi yediemin olarak atayacağını tamamen kendi takdiri ile belirleyebilmelidir. Ancak mahkeme, işletmeyi faal halde devam ettirecek yedieminini seçerken taraflarında görüşünü almalı ve eğer uyuşmazlığın tarafları aralarında belirli bir kişinin yediemin olması konusunda anlaşabiliyorlarsa o kişiyi yediemin olarak tayin etmelidir.

Yediemin atanmasına karar veren mahkeme, üçüncü kişilerin haklarının ihlalinin önlenmesi için, iyi niyetle zarar görmemeleri için, tedbir isteyen tarafın talebi olmasa bile, işletmenin yediemin tarafından yönetileceğinin ilgili

<sup>14</sup> Pekcanitez/Atalay /Özekes, s.667; Kuru, B./Arslan, R., /Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Bası 19, Ankara 2007, s. 694, Alangoya, Y./ Yıldırım, K./ Yıldırım-Deren, N., Medeni Usul Hukuku Esasları, Bası 4,s.431; Deren, s. 3-4; Özekes, M., İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 55.

<sup>15</sup> Alangoya/ Yıldırım/ Yıldırım-Deren, s. 445 ;Pekcanitez/Atalay /Özekes, s. 667; Kuru/ Yılmaz/ Arslan., s. 708.

<sup>16</sup> Üstündağ, Tedbir, s. 48.

<sup>17</sup> Kuru/Arslan /Yılmaz., s. 708

## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

yerlere bildirilmesine karar vermelidir. Çünkü HUMK m.103'te; m. 101'deki ve m.102'deki tedbir kararını veren mahkemenin, tehirinde tehlike bulunan veya mühim bir zararın olacağı anlaşılan hallerde, oluşabilecek tehlike ve zararın def'i için icap eden başka tedbirlere karar verebileceği belirtilmiştir.

Yediemin, uyuşmazlık konusu malı veya işletmeyi gerçek hak sahibi tespit edilinceye kadar muhafaza edecek ve mahkemenin talebi üzerine emredilen yere teslim edecek olan kişidir. Bu nedenle yediemin uyuşmazlığa düşmüş kişilerden hariç tarafsız üçüncü bir kişi olmalıdır. Özellikle gelir getiren bir işletmenin yediemine tesliminde mahkeme bu hususa daha çok özen göstermelidir. Yediemin işletmeyi ve kendisine işletmeyle birlikte devrolunacak eşyaları kötüniet gözetmeksizin, kendi menfaatlerini ön planda tutmadan ve taraflardan birini kayırmadan işletmeli, muhafaza etmeli ve istenildiği anda aynıyla teslim etmelidir. Bu bakımdan İİK m.287/II de konkordato komiseri için geçerli olan hükümler kıyasen işletmeyi yönetecek yediemin içinde geçerli olmalı ve taraflar İİK m.10'daki yasaklılık nedenlerinin varlığı halinde atama kararına itiraz edebilmelidir.

Yediemin olarak atanan kişinin reşit ve mümeyyiz olması gerekir. Temyiz (ayırım) gücü bulunmadığı için medeni haklarını kullanma ehliyeti bulunmayan kişinin yediemin olarak seçilmiş olması hukuken geçersizdir<sup>18</sup>.

Yedieminlik kurumunun amacı mahkemece başka bir görev verilmediği sürece BK m.471'de tarif edilen uyuşmazlık konusu malın arzu edilen biçimde korunması, saklanması olduğuna göre atanacak olan yedieminin bu amacı gerçekleştirmeye uygun bir kişi olmasına dikkat edilmesi gereklidir<sup>19</sup>. Bu bakımdan mahkeme gelir getiren bir işletmeyi işletecek kişiyi seçerken işletmenin özelliğine göre muhafaza için gerekli koşulları bilen bir kimseyi seçmelidir<sup>20</sup>. Tedbir kararını veren mahkeme, kanunun öngördüğü şartlara sahip; diğer bir deyişle, bu görevi yapabilecek yetenekte olan ve kanunda belirtilen engellerden biri bulunmayan (MK m.418), hak ve fiil ehliyetine, ayırt etme gücüne sahip, ergin, yeterli bilgi, deneyim ve beceriye sahip,

<sup>18</sup> **Yılmaz**, Yedieminlik, s.15; **Gökcan**, s. 79.

<sup>19</sup> Uygulamada yediemin seçiminde özenli davranılmaması eleştirilmektedir. Örneğin Ankara İcra Tetkik Mercii hakimi Kazım Dağdeviren 'rastgele insanlar yediemin olabilmektedir' ifadesiyle konuyu dile getirmiştir. (Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000, C.3, s.132) **Gökcan**, s. 78; **Özyeşil, F.M.**, Haczedilen Malvarlığının Muhafazasına İlişkin Tedbirlere, Basılmamış Y.Lisans Tezi, Ankara 2001, s. 76.

<sup>20</sup> **Gökcan**, s. 89.

ileri görüşlü, güven verici, basiretli bir tacir gibi hareket edebilen, taraflarla arasında menfaat ilişkisi bulunmayan, şirketle ve alacaklılarla işbirliği içinde çalışabilecek kişiyi yediemin olarak seçmelidir. Mesela faal haldeki turistik bir oteli yediemin olarak işletecek kişinin bu meslekte tecrübeli, güvenilir kişiler arasından seçilmesi gerekir. Yine faal haldeki ekili bir meyve bahçesini yediemin olarak işletmeye devam edecek kimsenin de tarımdan, meyvecilikten, işletme yönetiminden anlayan kişiler arasından seçilmesine özen gösterilmelidir. Somut olayın şartlarına göre birden fazla yediemin atanabileceği gibi, gerçek kişiler yanında tüzel kişilerinde yediemin olarak atanabilmesi mümkündür<sup>21</sup>. İşletmenin faal halde iken yediemine teslim edilmesi durumunda MK'nın kayyım tayinine ilişkin hükümleri ve hâsılat kirasındaki hükümleri (m.270) kıyasen burada da uygulanabilir. Buna göre mahkemenin ihtiyati tedbir kararını uygulayan icra müdürü (veya yazı işleri müdürü veya zabıt kâtabi) tarafından, işletmenin yediemine tesliminden önce işletmedeki taşınır, taşınmaz bütün eşyanın tespiti ve yaklaşık değer tespiti yapılmalı işletmenin aktif ve pasif bilânçoları belirlenmeli, sonra bunlar deftere kaydedilmeli ve imza karşılığında mahkeme tarafından tespit edilen yediemine teslim edilmelidir<sup>22</sup>.

Yediemin atanması kararı geçici nitelikte bir karardır. Kesin hüküm niteliği taşımaz. Bu nedenle sadece itiraza tabidir<sup>23</sup>. Hukukumuzda ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yolu kabul edilmemiş bulunduğundan, temyiz edilemez<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> **Özyeşil**, s. 77.

<sup>22</sup> Uygulamada bu kaydın tutulduğu belgeye yediemin senedi denilmektedir. **Yılmaz**, Yedieminlik, s.8, **Özyeşil**, s. 78.

<sup>23</sup> **Kuru**, C.III, s. 3302. Yazar, ihtiyati tedbir kararlarına itiraz yerine verilen kararın ve ihtiyati tedbir kararının kaldırılması kararının ve ihtiyati tedbir kararının reddi kararının da temyiz edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu hususa ilişkin olarak Yargıtay bir kararında 6. HD, 22.2.1982, E. 793, K. 1943: “İhtiyati tedbir talebinin reddi hakkında verilen kararların temyiz kabiliyeti yoktur. İhtiyati tedbir kararının kabulüne ve ihtiyati tedbir kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin kararlar dahi temyiz edilemez. Bu kararlar nihai kararlardan olmadığından temyiz yolu kapalıdır. Nedeni ise, bunların geçici nitelikte olmaları ve şartların değişmesi halinde tadil ve kaldırılmalarının her zaman mümkün olmasıdır” demiştir. **Yılmaz**, E., Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ankara 2001, s. 203.

<sup>24</sup> Bkz. 11. HD, 07.04.2003, E. 11168, K. 3352: “... Davacı, davalı şirkete kayyım tayini istemi-ne ilişkin olarak işbu davayı açmış iken, 09.07.002 tarihli celsede davalı şirketin fesih ve tasfiyesini de talep etmiştir. Mahkemece, aynı celse ara kararı ile dava süresince davalı şirketi temsil ve idareye yetkili kayyım heyeti atanmış, aynı zamanda şirketin fesih ve tasfiyesi için yargılamaya devam edildiği belirtilmiştir. Kayyım tayini ara karar ile yapılmıştır. Talep halinde mahkemece kaldırılması ve değiştirilmesi de mümkün bulunduğundan, bu kararın nihai bir

## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

Yediemin atamasını yapan mahkeme, yedieminle ilgili yukarıda belirttiğimiz yasaklılık veya red nedenleri (HUMK m.28–29) ortaya çıkarsa; bu nedenler dışında, atanmış olan yedieminin yetersizliği veya işletmenin geleceği bakımından görevinin gereksiz hale gelmesi hallerinde, tedbir süresi sona ermeden de gerektiğinde işletmeyi yediemin sıfatıyla işleten yediemin görevden alabilmeli, görevlerini yetkilerini yeniden belirleyebilmelidir.

### **3-YEDİEMİNLİK SÜRESİ**

Yedieminlik iradi bir görev olduğu için yedieminlik mahkemenin bir kişiyi yediemin olarak atamasıyla (yani mahkeme kararı ile) değil, atanmış kişinin bu görevi kabul etmesiyle başlar<sup>25</sup>. Yedieminliğin süresi konusunda yasal bir düzenleme yoktur. Bu nedenle süre işin niteliğine bağlıdır<sup>26</sup>. Buna göre süre uzun olabileceği gibi kısada olabilir. Süre kural olarak ihtiyati tedbire konu olan işletmenin asıl hak sahibine geri verilmesine kadardır. Ancak mahkeme, ihtiyati tedbiri bizatihi süreye bağlamışsa (mesela üç ay geçerli olmasına) bu sürenin bitmesiyle ya da ayrı olarak yedieminde kalma süresini kararında belirtmişse bu sürenin bitimiyle yedieminlik vazifesi sona erer. Ancak mahkeme haklı nedenlerin devam etmesi halinde taraflardan birinin talebi halinde yedieminin görev süresini uzatabilmelidir<sup>27</sup>.

Mahkemece bir işletme belirli süreli olarak yediemin yönetimine bırakılmış ancak, taraflar arasındaki uyuşmazlık bu süre sona ermeden kesin olarak çözümlenmiş veya son bulmuşsa; yedieminin görevi de mahkemenin bu durumu hüküm altına almasıyla o andan itibaren sona ermelidir.

HUMK m.112 gereğince yedieminin görev süresi, ilk derece mahkemesince verilen nihai hükümle sona erer, kararın kesinleşmesi şart değildir. Çünkü icranın geri bırakılması yoluna gidilmediği sürece malvarlığına ilişkin davalarda temyiz'e başvurulması mahkemenin kararının icrasını etkilemez. Ancak HUMK m.112'nin son fıkrası gereğince mahkeme, vereceği nihai

---

karar gibi temyizi mümkün değildir. Temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir...”  
**Eriş, G.**, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ankara 1990, C.3, s. 2579 vd.

<sup>25</sup> Yediemin seçilen kişinin yedieminliği kabule mecbur olup olmadığına ilişkin kanunlarımızda genel bir hüküm yoktur. Sadece Orman Kanunu m.84'te açık hüküm vardır. Bu durumda özel bir kanun hükmü bulunmayan hallerde yedieminliği kabul zorunlu değildir denilebilir. Bkz. **Özkök**, s. 19. vd.

<sup>26</sup> **Yılmaz**, Yedieminlik, s. 9.

<sup>27</sup> **Deren**, Tedbir, s. 140.



kararda hükmün icrasını temin için işbu tedbirin tayin edeceği müddet zarfında devamına karar verebilecektir. Bu maddeye göre mahkeme nihai kararını verse, bile bu kararda belirtmek suretiyle işletmenin bir süre daha yediemince işletilmesini hüküm altına alabilecektir.

Yedieminlik görevi, sürenin sona ermesinden başka yedieminin ölümü, medeni hakları kullanma ehliyetinin kaybedilmesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın sona ermesi, yedieminin iflasına hükmedilmesi ve yedieminin mahkemece azlolunması halinde sona erer<sup>28</sup>. Yedieminlik kural olarak iradi bir sözleşme ile kurulduğu için yedieminin tek tarafı istifası ile de sona erer. Ancak BK m.396 gereğince yediemin olarak işletmeyi yöneten kişi münasip olmayan bir zamanda istifa etmişse bundan doğacak zararlardan sorumlu tutulmalıdır.

Yedieminlik süresinin bitiminde yediemin başta belirttiğimiz deftere kaydedilen bütün taşınır ve taşınmazları basiretli tacir gibi korumalı ve iade etmelidir. BK m.293'e kıyasla işletme yediemine teslim edilirken tutulan defterdeki eşyalara ilişkin değer tespiti yapılmışsa, yedieminlik süresinin bitiminde işletme asıl hak sahibine teslim edilirken eşyada veya bunların değerinde bir eksilme varsa, yediemin bunların kendi kusurundan meydana gelmediğini, mücbir bir sebepten meydana geldiğini veya işletmeye ilişkin olağan haller sonucu oluştuğunu (mesela oteldeki yatakların eskimesi gibi) ispatlamadıkça, bunların bedelini tazmin etmek zorundadır. Yedieminlik görevinin sona ermesi sorumluluğun sona ermesi anlamına gelmez. Görev süresince neden olunan zarardan veya kurallara aykırı davranıştan kaynaklanan hukuki ve cezai sorumluluk devam edecektir<sup>29</sup>.

#### **4-YEDİEMİNİN GÖREVLERİ**

İşletmeyi devralacak ve işletecek olan yediemin adeta bir kayyım gibi işletmeyi özenle işletmelidir. Çünkü yedieminin bu durumdaki görevi işin yalnızca klasik anlamda işletmenin muhafazası değil, hem işin niteliği gereği hem de mahkemenin vereceği kararda belirteceği üzere işletmenin faal halde tutulmasıdır. Bu bakımdan kayyımın nitelikleri ve sorumlulukları atanan yediemin içinde geçerli olmalıdır<sup>30</sup>. Kayyımlık MK m.403'e göre

<sup>28</sup> Yılmaz, Tedbir, s. 193.

<sup>29</sup> Gökcan, s.79 Yılmaz, Tedbir, s. 193.

<sup>30</sup> Doktrinde, bir işletmenin mahkemece yönetim ve muhafaza amacıyla yediemine tevdiî kara-



## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

bir vesayet organıdır ve kayyım belirli işleri görmek veya bir malvarlığını yönetmek için mahkemece atanır. MK m.460'a göre kayyım bir malvarlığının yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilmiş ise, yalnız o malvarlığının yönetim ve korunması için gerekli olan işleri yapabilir<sup>31</sup>. Kayyımlık kendi içerisinde iki şekilde kategorize edilir. Bunlar yapılacak faaliyetin türüne göre yönetim veya; denetim ve gözetim kayyımlığıdır. Ticari işletmeyi faal halde devam ettirmekle görevlendirilen yedieminin görevi yönetim kayyımlığına eşdeğerdir<sup>32</sup>. Bir nevi yönetim kayyımlığı yapacak yedieminin hak ve ödevleri, iflasının ertelenmesine karar verilen şirketlerin kayyımlığındaki kayyımın hak ve ödevlerine eşdeğerdir. Bu bakımdan yediemin olarak işletmeyi faal halde tutacak kişinin esas görevi, işletme faaliyetlerinin sürdürülmesi, işletmenin işleyişinin sağlanması, malvarlığının korunması, işletmenin yönetilmesi, gözetiminin sağlanması ve iyileştirilmesinin yanı sıra ilerde işletmeyi teslim alacak tarafın menfaatlerinin korunmasıdır<sup>33</sup>.

Yediemin atanması konusunda ihtiyati tedbir kararı veren mahkemenin geniş bir takdir yetkisi mevcuttur. Bu bakımdan işletmeyi yönetecek yediemine sunulan tasarruf yetkisi mahkeme tarafından en başta belirlenmelidir. Yediemine yönetim görevini veren mahkeme, yedieminin görev ve yetkilerini ayrıntılı olarak göstermelidir. Hatta İİK m.179/a- III'e kıyasla bunu yediemin veya taraflar mahkemeden isteyebilmelidir<sup>34</sup>. Yedieminin görevi sırasında ortaya çıkabilecek bir tereddüdün giderilebilmesi için mahkemenin, yedieminin veya taraflardan birinin talebi üzerine, yedieminin görev ve yetkileri konusunda belirleme yapması, tavzihte bulunması mümkün olmalıdır<sup>35</sup>.

İhtiyati tedbire karar veren ve yediemini tayin eden mahkemece aksi

---

rına, yapılan işin niteliği göz önünde tutularak (yediemin) kayyım tayini ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. **Atalay, O.**, İflasın Ertelenmesi, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 76 vd.; **Türk, A.**, Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı ve İflâsın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler, DEHFD, Cilt:6, S.1, 2004, s. 295-334, s. 308. Ancak biz HUMK m.101/2'nin lafzında geçtiği üzere işletmeye mahkemece yediemin tayin edilmesi ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

<sup>31</sup> **Öztaş, B.**, Aile Hukuku, 5.Bası, Ankara 2004, s.790; **Akıntürk, T.**, Aile Hukuku, 9.Bası, İstanbul 2004, s.485.

<sup>32</sup> **Eryugur, S.** 71.

<sup>33</sup> **Güralp, A.G.**, İflasın Ertelenmesinde Kayyım Atanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.7 (s.57-78), İzmir 2005, s. 62 .

<sup>34</sup> **Eryugur, S.** s. 161.

<sup>35</sup> **Atalay, S.** s. 76.

tedbir kararında belirtilmemişse, kayyımın yetkilerini belirleyen MK m.462’de sayılan sınırlar, yediemin içinde geçerli olmalı; bu işleri yedieminin yapabilmesi için mahkemenin izni alınmalıdır. Bu işler;

- Taşınmazların alımı, satımı, rehn edilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynı hak kurulması,
- Olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehn edilmesi,
- Olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işleri,
- Ödünç verme ve alma,
- Kambiyo taahhüdü altına girme,
- Bir yıl veya daha uzun süreli ürün ve üç yıl veya daha uzun süreli taşınmaz kirası sözleşmeleri yapılması,
- Acele hallerde yedieminin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması,
- Borç ödemedenden aciz beyanı ilanidir.

Yediemin, bu işleri yapabilmek için kendisini atayan mahkemeye durumun gerekliliğini izah etmeli, taraflarında görüşü alınarak, işlemin yapılabileceğine mahkeme tarafından karar verilmelidir.

## **5-YEDİEMİNİN SORUMLULUĞU**

Yedieminin görevini gereği gibi yerine getirememesi halinde hem hukuki hem de cezai sorumluluğu vardır. Bu bakımdan mahkeme, görevini gereği gibi yerine getirebilecek yediemin seçmeli, yedieminin görevinin gereklerini yerine getiremeyecek olması durumunda veya bu ihtimalin ortaya çıkması halinde ileride ortaya çıkabilecek zararı önlemek bakımından yedieminin görevini sona erdirebilmelidir<sup>36</sup>. Bunun için ilgilinin yedieminini tayin etmiş

<sup>36</sup> Burada konumuz itibarıyla yedieminin hukuki sorumluluğu anlatılmakla birlikte günümüzde yedieminlik kurumunun ulaştığı büyük boyut (değeri çok yüksek malların yediemine teslim ediliyor olması) nedeniyle mal üzerindeki zararın tazmini bakımından yedieminin kişisel sorumluluğu dışında çözüm önerileri bulunduğu da değinmek istiyoruz. Gerçektende uygulamada değer itibarıyla çok yüksek ekonomik değeri olan bir kısım mallar aslında hiçbir ekonomik gücü olmayan herhangi birisine yediemin olarak teslim edilmektedir. Hatta ekonomik

## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

olan makama başvurarak yedieminin değiştirilmesini talep etmesi ve hatta yetkili makamında kendiliğinden harekete geçerek bu yönde bir karar alması uygun olur. Mahkemenin bu talep üzerine vereceği kararların temyizi mümkün değildir<sup>37</sup>.

### **A-Yedieminin Hukuki Sorumluluğu**

Yediemini atayan mahkeme yediemine sadece bir eşya değil, faal haldeki bir işletme teslim ettiği için, faal haldeki işletmeyi yönetmek üzere atanan yedieminin bu görevini yerine getirirken göstereceği özenin derecesi basiretli bir tacir gibi davranmaya eşit olmalıdır<sup>38</sup>. Yargıtay'a göre, basiretli iş adamı gibi hareket etmek, "bugünün ve istikbalin piyasa durumunu tacirin işlemi yaptığı sırada göz önünde tutması" demektir<sup>39</sup>. Buna benzer başka bir tarife göre de, basiretli hareket etmek, "bugünün ve geleceğin koşullarını gerçek ve ölçülü bir şekilde değerlendirebilmektir"<sup>40</sup>. Genelde, basiret kavramı ile ilgili olarak hemen hemen aynı şeyler belirtilmektedir. Basiretli olmak; tacirin gerek hukuki gerekse fiili muamelelerde göstermesi gereken dikkat, ihtimam ve tedbir demektir. Tacir tüm bu hukuki ve fiili faaliyetlerini yaparken, ticari hayatın gerektirdiği tüm tedbirleri alacak ve meydana gelebilecek değişimleri önceden tahmin etmeye çalışarak, taahhütler altına girecektir. Burada belirttiğimiz subjektif kavramların yani dikkat, ihtimam ve tedbirin tayininde ise objektif ölçülerin kullanılması gerekir. Tacirden beklenen basiretli

---

yönden durumu toplum ortalamasına göre ileri olsa bile birçok olayda yedieminin mala gelebilecek zararı fiilen tazmin etme gücü bulunmadığı görülmektedir. Bu da hak sahibini mağdur etmekte ve bu kurumun amacına ulaşmasını engellemektedir. Bu nedenle uygulamacılar yediemine teslim edilen malın sigorta edilmesini önermektedirler. (**Dağdeviren, K.**, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, C.3, s.133 Çetin Doğan Çimen Aynı Eser, s.134) bu husus en azından yediemin depoları açısından veya malın değerine göre belli bir miktardan yukarı olanların sigorta ettirilmesinin zorunlu tutulması şeklinde düşünülebilir. Böylece hak sahibi zararını sigortadan karşılayacak sigortada yediemine rücu edecektir. **Gökcan**, s. 80.

<sup>37</sup> Yedieminin tedbili hakkındaki istekler üzerine verilen kararların temyiz kabiliyeti olmadığından bu kısımdaki temyiz dilekçesinin reddi gerekir. Yargıtay 12. H.D 23.5.1983 3027/4055 **Uyar, T.**, İcra İflas Kanunu, Cilt.7, Manisa 1995, s. 9570; **Yılmaz**, Tedbir, s. 202.

<sup>38</sup> **Yılmaz**, Yediemin, s.12; **Gökcan**, s.80

<sup>39</sup> Objektif ölçü, söz konusu tacirin, ticaretinin özelliği göz önünde tutularak, tedbirli ve ileriye makul ve mutad bir oranda gören bir tacirin davranışı olacaktır. Uygulamada bir olgu olarak ekonomiye etki yapan enflasyon için hükümetçe alınacak tedbirleri önceden tahmin etmeme, basireti bir iş adamı gibi davranma mükellefiyetine aykırılıktır." (13.HD. 16.04.1996, 3653 E. / 3920 K.) **Güralp**, s.34

<sup>40</sup> **Karahan, S.**, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2003, s.86; **Berzek, A.**, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 2004, s. 51.

hareketler, aynı faaliyet sahasında çalışan vasat bir tacirden beklenebilecek hareketlerdir. Yoksa her tacirin çok zeki, akıllı ve olağanüstü bir insan olması beklenemez. Zaten genel olarak kesin hükümler konması mahsurlu olup, bu husus her olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Tacirden beklenen basiretin ne olduğu kanunda değil ticari hayattan, özellikle ticari teamüllerden çıkartılabilir. Uygulamada, kömür tedarikinin mümkün olup olmadığını tahkik etmemek, ithal edilmesi gereken bir malın ithalat işlemleri için zamanında müracaatta bulunmamak, emniyet edilmeyecek bir bekçinin, gece bekçisi olarak otele kabul edilmesi, basiretsiz hareketler olarak kabul edilmiştir<sup>41</sup>.

İşletmeyi yöneten yediemin, işletmeyle ilgili mahkeme tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmek zorundadır. Mesela işletmede çalışan işçi ücretlerini ödemek, bu işlemlerden vergi ve SGK primi kesintisi yapmakta yedieminin görevleri arasındadır<sup>42</sup>. Gelir getiren işletme kendisine bırakılan yediemin sadece bu işletmeyi (ekili tarla, otel, garaj, kiraya konu bir işhanı vb) muhafaza etmekle yetinemez. Aynı zamanda tarladaki ürünü biçip satmak, otel veya garajı işletmek, kira gelirlerini toplamakla da yükümlüdür. Ancak bu görevlerin ilgili mahkeme veya icra görevlisinin kararında açıkça belirtilmesi gerekir<sup>43</sup>. Yedieminin bu görevlerini yerine getirirken gözetilecek sorumluluğunun derecesi az önce açıkladığımız basiretli tacirin özen derecesi olmalıdır.

Yedieminin hukuki sorumluluğu ile ilgili İİK'da yer alan en önemli düzenleme 358. maddedir. Bu maddeye göre üçüncü şahıs icraca hacz olunup kendisine bırakılan malları icra dairesinden istendiği anda evvelki vaziyetinde iade ile mükelleftir. Maddenin ikinci fıkrasına göre 'ihtiyati haciz sonucunda eline bırakılan malların kendisine atfolunamayacak bir sebepten dolayı telef veya ziyamı ispat edemeyen üçüncü şahıs hakkında ceza takibinden başka evvelce tespit edilmiş olan kıymetler, hükme hacet kalmaksızın icra dairesince resen tazmin ettirilir'<sup>44</sup>. Ancak bu hükme göre resen tazmin sorumluluğu,

<sup>41</sup> Okay, S., Basiretli Tacir Gibi Davranma Yükümlülüğü, 14.05.2010, Türk hukuk sitesi.com/makale.139.

<sup>42</sup> Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 719.

<sup>43</sup> Kuru, El Kitabı, s. 719.

<sup>44</sup> İİK'nın 358. maddesi gereğince üçüncü şahıs hacz olunup kendisine bırakılan malları icra dairesinden istendiği anda evvelki vaziyeti ile iadeye mecburdur. Bu suretle elinde bırakılan malların kendisine atfolunmayacak bir sebepten dolayı telef veya ziyamı ispat edemeyen

## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

işletmenin haczinde sözkonusudur, inceleme konumuz olan ihtiyati tedbir kararlarında yedieminine karşı resen tazmin yoluna gidilemez<sup>45</sup>. Zira bu madde ancak İİK çerçevesinde haciz konularak yedieminine teslim edilen mallar hakkında uygulanır. Oysa ihtiyati tedbir kararının icrası teknik anlamda haciz

---

üçüncü şahıs hakkında ceza takibinden başka evvelce tespit edilmiş olan kıymetler, hükme hacet kalmaksızın icra dairesince resen tazmin ettirilir. Bu kıymetleri tazmin ile mükellef olanlar icra dairesinin bu bapta talep ve kararına karşı tetkik merciiine 16. madde de tayin edilen müddet içinde şikayette bulunabilirler. Somut olayda alacaklı A.Ş nin borçlusu hakkında yaptığı icra takibi sırasında Gebze icra müdürlüğünde 1996/153 talimat sayılı dosyası ile haciz yapılmış ve şikayetçi N.E yediemin olarak tayin edilmiş 6.2.1996 tarihli 7 sayfadan ibaret zabıtla menkuller kendisine teslim edilmiştir. Bundan sonra M.T isimli bir kişi tahliye nedeniyle bilirkişi olarak atanmış ve kendisine 22.7.1996 tarihli tutanakla mevcut menkullerin teslim edildiği görülmüştür. Şikayet nedenlerinin incelenebilmesi için mercice işin niteliği göz önüne alınıp duruşma açılmalı, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yapılarak her iki yediemin tutanağı arasında fark bulunup bulunmadığı alınacak raporla saptanmalıdır. Alacaklının şikâyetine karşı diyecekleri belirlenmeli varsa delilleri toplanmalı ilgili dosyaların numaraları verildiğinde bunlar celbedilmeli ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile şikayetçi yediemin N.E nin teslim aldığı menkullerin tahliye sırasında, başka bir yedieminine tamamının verildiği kabul edilerek adı geçenin sorumluluğunun kalmadığından bahsedilmesi isabetsizdir. Yargıtay 12.HD 2.12.1996, 14772/15133 (Uyar, İİK. C.7, s. 9414).

<sup>45</sup> İİK m.358'e göre eline bırakılan malların kendisine atfolunamayacak bir sebepten dolayı telif veya ziyayı ispat edemeyen üçüncü şahıs hakkında ceza takibinden başka evvelce tespit edilmiş olan kıymetler, hükme hacet kalmaksızın icra dairesince resen tazmin ettirilir. Bu hükme göre icra dairesince mal yedieminine teslim edilirken taşınır taşınmaz mal envanteri çıkarılmış bu malların değer tespiti yapılmışsa iade zamanında bunları aynıyla teslim etmeyen yedieminine karşı mahkeme kararına gerek kalmaksızın kanun hükmüyle tazmin yoluna gidebilir. İİK.358'e göre yedieminin yönetimindeki işletmeyle ilgili sorumlu tutulabilmesi için muhafaza edilmek üzere kendisine rehin, haciz veya herhangi bir sebeple malın teslim edilmiş olması, teslimin nedeninin hukuken geçerli olması, teslimine konu haciz veya rehinin geçerliliğini koruması, icra müdürü veya yetkilendirdiği yardımcılarının malı haciz, rehin veya herhangi bir sebebe dayanarak kanunen elinde bulunduran kişiye malları icra dairesinin, 7 gün içinde icra dairesine teslim etmesi için ihtar edilmesi, ihtar üzerine kendisine teslim edilen malın yasal 7 günlük süre içinde icra dairesine teslim edilememesi, muhafaza edilmek üzere malın teslim edilmesi anında, söz konusu malları, istenildiği zaman iade etmemesi veya satış mahallinde hazır etmemesi halinde cezai sonuçları konusunda borçlu veya 3. kişinin teslim tutanağında uyarılması, yani ihtar edilmiş olması gerekmektedir. Bu unsurların eksikliği halinde yedieminin m.358 uyarınca sorumluluğuna karar verilmesi mümkün değildir (CGK 2005 17 HD 2005/134). Bu şartları yerine getirmemiş olan icra dairesinin resen tazmin işlemine karşı bu kıymetleri tazmin ile sorumlu tutulan yediemin icra mahkemesine şikayette bulunabilir (İİK m.358/III). Buna paralel olarak eğer gerekli şartların bulunmasına ve malda bir ziyan eksiklik olmasına rağmen icra memuru resen bu zararı tazmin etmemişse veya etmiyorsa bu defa bundan zarar gören mal sahibi İİK m.16'daki icra memurunun kanunu ihlal nedenine dayanarak resen tazmin işlemini yapmayan icra memurunu şikâyetle bulunabilir. Burada şikâyet mahkemesi resen tazmin işlemini yapacak icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesidir **Yılmaz**, Tedbir, s. 220.

değildir<sup>46</sup>. Dolayısıyla bir icra işlemi de değildir<sup>47</sup>.

Yedieminin hukuksal sorumluluğunun asıl dayanağı Borçlar Kanunu'nun 96, 463 ve 417. maddeleridir. Yedieminin yönetimine bırakılan işletmede bulunan taşınır ve taşınmazlar başta ayrıntılarıyla belirlenmiş tahmini değer tespiti yapılmışsa; bunlar üzerinde meydana gelebilecek eksiklikler veya bozulmalardan, basiretli tacir gibi davranmama sonucu doğacak zararlardan, yediemin BK m.96'daki borcun yerine getirilmemesinden doğan sorumluluk kuralları ve BK m.463'teki vedia hükümleri gereğince sorumludur ve bu zararları tazminle yükümlüdür. Yediemin tazmin yükümlülüğünden ancak kendisine hiçbir kusurun isnad edilemeyeceğini ispat ederek kurtulabilir<sup>48</sup>. Yargıtay kendisine muhafaza için taşınır veya taşınmaz bir mal teslim edilen yedieminin göstereceği özenin ölçüsünü makul orta düzeyde her insandan beklenen ölçüye uygunluk olarak belirlemiştir<sup>49</sup>. Ancak bir eşyanın

<sup>46</sup> HUMK m.101'deki haciz terimi İİK daki gibi teknik anlamda kullanılmış olmayıp, menkul ve gayrimenkul mala el konulması anlamındadır. Nitekim kaynak nöşateli kanunun bizim kanunun karşılıklı olan 94. maddesinin 'a' bendinde sadece hem yediemin hemde elkoyma anlamına gelen "Sequestre" kelimesi kullanılmış, haciz "saisie" kelimesine hiç yer verilmemiştir. **Üstündağ**, Tedbir, s. 20; **Kuru**, C.III, s. 3122; **Ercan**, dn.s. 38.

<sup>47</sup> **Ercan**, s. 44.

<sup>48</sup> Davacı vekili davanın ihbar edildiği H'nin müvekkili bankadan aldığı kredilerin teminatı olarak bir adet traxavatörü rehin ettiğini söz konusu makinenin davalıya yediemin sıfatıyla 2.6.1971 gününde aynen muhafaza olunmak talep halinde tam ve sağlam iade şartıyla teslim olduğunu, makinenin sözleşmeye aykırı olarak çalıştırıldığının öğrenilmesi üzerine, davalıya teslim için çekilen ihtarnamaya cevap verilmediğini iddia ederek makinenin aynen iadesine olmadığı takdirde bedeli olan 1.050.000 liranın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekilleri savunmasında söz konusu makinenin davacı banka tarafından müvekkillerinin eşi H'e kredi açılmadığından teslim edilmediğini, rehin krediler nedeniyle verildiğinden konusunun ortadan kalktığını, değerinde 480.000 lira olduğunu belirterek davanın reddini istemişlerdir. Mahkemece söz konusu makinenin maliki H tarafından davacı bankaya rehin edilebilmesi için tesliminde şart olduğu hâlbuki bu kişi tarafından bankaya teslim edilmediği, rehlin geçersiz olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Hükmü davacı vekili temyiz etmiştir. Yukarıdaki açıklamadan da anlaşılacağı gibi davacı banka davalı yedieminine teslim edilen menkulün iade edilmemesi nedeniyle vedia akdine müsteniden bu davayı açmıştır. Şu halde uyumsuzluğun BK'nın vedia akdi hükümlerince halledilmesi gerekir. Adı geçen kanunun 471. maddesi gereğince yedieminin tevdi edilen ihtimam ile muhafazadan dolayı sorumluluğu mevcuttur. Dosyada bulunan 2.6.1971 tarihli imzaları noterlikçe onanan yediemin senedi ve davalının ikrarı vediaya ilişkin iddiayı kanıtlamıştır. Yargıtay 11.H.D 20.10.1977 3786/4466 **Yılmaz**, Tedbir, s. 207.

<sup>49</sup> Davacılar traktörlerinin davalıya yediemin olarak bırakıldığını, daha sonra geri alındığında suyunun donması nedeniyle hasara uğradığını gördüklerini bildirerek zararlarının giderilmesini istemişlerdir. Davalı traktörün kendisine güvenilir kişi olarak bırakıldığını araç konusu bakımında herhangi bir bilgisi olmadığını o nedenle sorumlu tutulamayacağını savunmuştur. Dosya içeriğine göre traktör bakım konusunda herhangi bir tembih yapılmadan çiftçi davalıya 15.2.1985 de güvenilir kişi olarak (sırf bahçesinden park yeri olarak yararlanılmak üzere)

## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

korunmasında bu kriterlerle yetinilebilirken, bir işletmenin yediemin tarafından yönetilmesi olayında basiretli bir tacirde bulunması gereken niteliklerde aranmalıdır.

Yediemin, mahkemece karar verilmiş olmadıkça kendisine teslim edilmiş olan işletmedeki yönetim hakkını taraflardan birine veya bir başkasına devredemez (BK m.417). Aksi halde işletmenin kötü yönetiminden veya sahip olunan taşınır, taşınmazlarda oluşacak zararlardan sorumlu olur. İhtiyati tedbir sonunda asıl davayı kazanan taraf bu zararlardan dolayı yediemine tazminat davası açabilir<sup>50</sup>. Bunun yanında yediemin uygun olmayan bir zamanda istifa etmiş ve bunun neticesinde zarar meydana gelmişse bu zararı tazminle de yükümlüdür.

Yedieminin yönetimine bırakılan faal haldeki işletmenin yönetiminden veya işletmedeki eşyaların kötü muhafazasından doğan zararlar için açılacak tazminat davası, işletmeye ihtiyati tedbir koyduran kimseye karşı değil doğrudan mahkemece atanmış yediemine karşı açılır. Çünkü zarar, tedbir koyduran tarafın eyleminden değil yedieminin eyleminden doğmuştur<sup>51</sup>.

---

birakılmış 12.3.1985 de geri alınmıştır. Bu arada suyunun boşaltılmaması ya da antifriz konmamış olması yüzünden motor bloğunun çatladığı anlaşılmıştır. Şubat ayının ortasına gelinceye dek bu türlü önlemleri almayanlar davalının bahçesine traktörü bıraktıktan sonra suyunu boşaltmayanlar bakımından anlayan kişileri yediemin tayin etmeyenlerin kusurlu bulunacağı konusunda mahkemece değerlendirme yapılmadan davalının beklenenden daha çok özen borcuyla yükümlü olacağı gibi bir varsayımın onun sorumlu tutulmuş olması bozmayı gerektirir. Yargıtay 4. HD 4.4.1998, 10645/3340 **Yılmaz**, Tedbir, s.185 **Karahasan, M.R.**, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.6, Ankara 1981, s. 692; **Gökcan**, s. 82.

<sup>50</sup> Nizalı bir şeyin tevdi edildiği şahıs; alakadarların muvafakatini almadan veya mahkeme kararı istihsal edilmeden o şeyi diğer tarafa teslim edemez. Dava konusuna taalluk eden bir araba ile iki atın yediemin sıfatı ile orman idaresi tarafından davalıya verildiği dosya içinde bulunan matbu teslim ilmuhabiri münderecaatiyle anlaşılmış ve BK'nın 471. maddesinde yediemin hukuki vaziyeti münazaalı veya şüpheli olan bir şeyi alakadarların muvafakati veya hâkimin kararı olmadıkça hiç birine iade edemez, denilmiş olmasına ve davalıların yediemin sıfatı ile kendisine tevdi edilen hayvanlarla arabayı sahibi bulunan kaçak ağaç kesmekten sanık Hüseyin'e teslim ettikleri anlaşılmasına göre davalı tazminatla sorumlu bulunduğu cihetle bunun aksine olarak ileri sürülen mütalaa yersiz ve usul ve kanuna muhalif olmakla nakzını muciptir. Yargıtay 4. HD 29.5.1953, 3357/5225 **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemesi Usulü, C.6, Ankara 2001 s. 4296, **Olgaç, S.**, İİK Şerhi, C.IV, Ankara 1976, s. 469 .

<sup>51</sup> Uyuşmazlık Kadillak marka arabaya konulan tedbirden doğmuştur. Mülkiyeti uyuşmazlık ve dava konusu olan araç davalı tarafından alınan tedbir kararı ile ve mahkemece bir yediadle verilmiş bu işlemler konusunda taraflar arasında uyuşmazlık yoktur. Bu dava ile aracın yediemin elinde bulunduğu sırada hor kullanılması bakımsızlık gibi nedenlerle harap olmasından doğan zararın ödetilmesi istenmektedir. Bu tür zararın gerçekleşmesinde, davalının tedbir alması eylemi ile illiyet ilişkisi yoktur. O halde zarar, tedbir alınmasından değil yediadlin davranış ve işleminde doğmuştur. Bu nedenle ret edilmelidir. Yargıtay 4.HD. 4.10.1973,



İşletmeyi yöneten yediemininin herhangi bir sebeple (ölüm, istifa, azil vb) değişikliği halinde, yeni atanacak yediemin işletme kendisine teslim olunurken işletmedeki taşınır ve taşınmazların nelerden ibaret olduğunu, bunların tahmini bedellerini, işletmenin mali durumunu, bilânçosunu, borçlarını dikkatle inceleyip kayıt altına aldırdıktan sonra işletmeyi devralmalıdır. Aksi halde teslim alınan işletmenin bilânçosunda, içindeki eşyanın miktarında, değerinde, sağlamlık durumunda ihtilaf meydana gelirse bu genel mahkemelerde çözümlenecek ve atanacak yediemininin ilk yedieminin göreve başladığı durumda işletmeyi teslim aldığı kabul edilecek ve ikinci yedieminin sorumluluğu yoluna gidilecektir<sup>52</sup>.

### **B-Yedieminin Cezai Sorumluluğu**

Yedieminin cezai sorumluluğu TCK m.289’da düzenlenmiştir. Buna göre ‘muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Kişinin bu malın sahibi olması hâlinde, verilecek ceza yarı oranında indirilir.

Birinci fıkrada tanımlanan suçun konusunu oluşturan eşyayı kovuşturma başlamadan önce geri veren veya bunun mümkün olmaması hâlinde bedelini ödeyen kişi hakkında verilecek cezaların beşte dördü indirilir.

Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan malı dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kişi, adlî para cezası ile cezalandırılır.

---

8576/8614 **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.VI, İstanbul 2001, s. 4297.

<sup>52</sup> A.K. hakkında yapılan takipte haczedilen inek borçlunun eşi E.K ya yediemin olarak teslim edilmiş ve teslim sırasında (ineğin hasta vaziyette bulunduğu) belirtilerek, hali hazır duruma göre 20.000 lira kıymet takdir edilmiş olup, yedieminine kanuni ihtar yapılmış cezai sorumlulukta anlatılmıştır. Yediemin teslim aldığı ineğin takdir olunan kıymetine bir itirazda bulunmadığı gibi, hastalık sebebiyle ineğin satılmasının gerektiği hususunda icra memurluğuna başvurmamış, (takdir olunan bedelden daha düşük bir bedelle satış yaptığını ve düşük bedelle satış yapılmasında da bir kusuru bulunmadığını) ispat etmiş değildir. Ayrıca ineğin borçlu tarafından elinden alınıp satıldığı hususunda da icra dairesine ihbarda bulunmuş değildir. Şu duruma göre yediemin haciz sırasında takdir olunan 20.000 lira kıymetindeki ineğin kendi kusuru bulunmaksızın elinden çıkmış olduğunu ispatlayamadığından yediemin E.K nın temyiz itirazlarının reddi gerekir. Yargıtay 12.HD. 5.3.1980, 68/2027 Uyar, İİK. C.2 s. 2431–2432; **Yılmaz**, Tedbir, s. 219.



## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

Bir suçla ilişkin soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyayı amacı dışında kullanan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır' denilmektedir.

Maddenin ilk fıkrasında her ne kadar 'muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal'dan bahsediliyorsa da el konulma ifadesini sahibinin iradesi dışında tasarruf yetkisinin sınırlanması olarak düşünebiliriz. Bu bakımdan faal haldeki bir işletmeyi mahkeme kararıyla teslim alan yediemin hakkında bu madde kapsamında cezai sorumluluk yoluna gidilebilir<sup>53</sup>. Aynı zamanda maddede geçen muhafaza ifadesini özellikle işletmeye ilişkin ihtiyati tedbir kararlarında geniş yorumlamak gerekir. Bu bakımdan işletmenin yediemine tevdi edilmesine ilişkin ihtiyati tedbir kararını veren mahkemenin, yedieminin yapacağı görevler arasında işletmenin basiretli bir tacir özeni ile işletilmesini sağlama yükümlülüğünü de belirtmesi yerinde olur.

Yedieminin ceza hukuku bakımından da kötü hizmetinden dolayı sorumlu tutulmasında korunan yarar kamu idaresinin otoritesidir<sup>54</sup>. Suça konu olan kamu hizmeti niteliğindeki yedieminlik görevinin düzenli yürüyebilmesi, yedieminlik görevinin yasaya uygun olarak yapılmasına bağlıdır. Yedieminlik vazifesinin gerektiği gibi yerine getirilmemesi halinde kamu otoritesi aşınacağı gibi söz konusu işlemin tarafı durumundaki kişi de ekonomik ya da diğer bir hukuki yararı bakımından zarar görmektedir. Mesela basiretli bir tacir gibi işletmeyi yönetemeyen veya işletmedeki taşınır, taşınmaz malları muhafaza edemeyen yedieminin bu eylemi sonucunda hem kamu otoritesinin amacı yara almakta hem de tarafların ekonomik çıkarları zarara uğramaktadır.

Kanun sorumluluk gerektiren fiilleri "kendisinin yahut başkasının menfaatine saklama", "sahibine veya başkasına verme", "değiştirme (tebdil)" ve "teslimden imtina etmek" olarak saymıştır<sup>55</sup>. Esasen bunlar cezai sorumluluğun sebepleri olduğu kadar az önce belirttiğimiz hukuki tazminat sorumluluğunun doğmasına da sebeptir.

Burada belirtilen suçun işlenmiş sayılması için taraflardan birinin yediemin diğer tarafın kamu olması gerekir. Borçlar Kanununda belirtilen ve hiçbir

<sup>53</sup> Eruygur, s. 178.

<sup>54</sup> Önder, A., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, s.253; Erman, S./Özek, C., Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, s. 459.

<sup>55</sup> Yılmaz, Tedbir, s. 229.

resmi niteliği olmayan, sözleşmenin her iki tarafını da özel hukuk kişilerinin oluşturduğu, vedia sözleşmesinin alt türü olan yedieminlik sözleşmesi ile bu suç oluşmaz. Ancak taraflardan birinin kamuyu temsil eden mahkeme olduğu ve suçu işleyen, mahkeme tarafından atanan yedieminin olduğu durumlarda suç oluşur. Kamu idaresince verilmeyen yedieminlik ya da mal kendisine teslim edilme durumu, bu maddedeki suça dayanak olmayacak, emniyeti suiistimal suçunu oluşturabilecektir<sup>56</sup>.

TCK m.289 her ne kadar

## **6- YEDİEMİNİN YOL AÇTIĞI ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE USULÜ**

Yediemin, yönetimi kendisine bırakılan faal haldeki işletmenin yönetiminde veya eşyaların muhafazasında kusurlu olarak zarara sebebiyet vermişse, bu zararlar için tazminat davası açılabilceği gibi ilamsız icra yolu ile takipte yapılabilir.

### **A-Tazminat Davası**

İhtiyati tedbir yolu ile kendisine mal (veya işletme) teslim edilen yediemine karşı verdiği zarardan dolayı ancak tazminat davası açılabilir veya aleyhine ilamsız icra takibi yapılabilir.

Mahkemece işletmenin yediemin tarafından işletilmesine ve muhafazasına ilişkin karar sonucu işletmenin yediemince yönetilmesi, bizimde katıldığımız görüşe göre karma nitelikli bir özel hukuk sözleşmesidir. Yedieminliğin kabulü konusunda herhangi bir zorlayıcı hüküm bulunmadığı için yediemine tevdi bir kamu tasarrufu olarak nitelendirilemez. Bu durumda mahkeme ve yediemin arasında bir sözleşme ilişkisinin olduğunu kabul etmek gerekir<sup>57</sup>. Bu nedenle yedieminin hukuki sorumluluğu konusunda karar verilmesi amacıyla açılacak olan davalarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.

<sup>56</sup> TCK'nın 276. maddesinde düzenlenen suç kamu idaresine karşı işlenmiş suç olduğundan yedieminlik sıfatını vereninde kamu idaresi olması gerekmektedir. Olayımızda suça konu otomobilin .. noterliğince düzenlenen rehin sözleşmesiyle sanık tarafından Türkiye Öğretmenler Bankası şişli şubesine rehnedilmiş aynı noterliğin düzenlediği yediemin senedi sözleşmesiyle anılan banka şubesinde sanığa yediemin olarak teslim edilmiş bulunduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan bu duruma göre anılan bankanın ne suretle kamu idaresi sayıldığı açıklanmadan kamu idaresi değilse eylemin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan hüküm kurulması. 4.CD.19.1.1995 9714/19 **Gökcan**, s. 97.

<sup>57</sup> **Özkök**, s. 20.

## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

Buna göre görevli mahkeme; müddeabihin değerine, yani uğranılan zararın miktarına göre belirlenir (HUMK m.1–8). Yetkili mahkeme ise HUMK m.9 ve devamındaki hükümlere göre belirlenir. Bu davanın davacısı yedieminin yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı zarar gören, malın kendisine ait olduğuna mahkemece karar verilen kişi, davalı ise zarara neden olan yediemindir<sup>58</sup>. Davanın konusu yedieminin hukuka aykırı davranışı nedeniyle uğranılan zararın tazminidir. Bu davanın kazanılabilmesi için yedieminin hukuka aykırı bir davranışı sonucunda zararın ortaya çıkması ve bu davranış ile zarar arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir. Yediemin cevap süresi olan 10 gün içinde zararın mücbir sebepten doğduğunu veya kendi kusurunun bulunmadığını, basiretli tacir derecesinde özen gösterdiğini ileri sürebilir. İlk derece mahkemesince verilen karara karşı taraflar kanun yoluna müracaat edebilirler. Bu dava genel anlamda bir tazminat davası olduğu için zamanaşımı süresi 10 yıldır.

### **B-İlamsız İcra Takibi Yolu**

Yediemine karşı verdiği zarardan dolayı tazminat davasından başka ilamsız icra takibi yapılması da mümkündür. Yedieminin görevini gerektiği gibi yerine getirmemesi nedeniyle zarar gören mal sahibi, zarar miktarını hesaplayarak ilamsız icra takibi yoluyla bu alacağını talep edebilir. Bu durumda yediemin, ödeme emri ile kendisinden istenen tazminata (borca) 7 gün içerisinde itiraz etmezse takip kesinleşir ve alacak tahsil edilir. İtiraz icra dairesine yapılır. İtiraz dilekçeyle veya sözlü olarak yapılabilir Süresi içerisinde yapılan itiraz takibi kendiliğinden durdurur. Takibe devam edilebilmesi için kanun alacaklıya iki imkân tanımıştır. Bunlar: İtirazın iptali davası ve itirazın kaldırılmasıdır<sup>59</sup>.

### **I) İtirazın İptali Davası**

Aleyhine takip yapılan yedieminin, ödeme emrine karşı 7 gün içinde yaptığı itiraz üzerine takip durur. Yedieminin itirazının hükümsüz kılınarak, itiraz ile duran takibe devam edilebilmesi için alacaklı tarafından itirazın iptali davası açılabilir<sup>(60)</sup>. Yediemin, işletmeyi basiretli bir tacir gibi özenle

<sup>58</sup> Yılmaz, Yediemin, s. 13.

<sup>59</sup> Pekcanitez/Atalay/Özkan/ Özekes., s. 144.

<sup>60</sup> Üstündağ, S., İcra Hukukunun Esasları, 5. Bası, İstanbul 2000, s. 130 vd.; Kuru B./ Arslan, R./Yılmaz,E., İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 19. Bası, Ankara 2005, s. 172 vd.

yönettiğini, oluşan zararın kendi kusurundan doğmadığını itiraz sebebi olarak ileri sürebileceği gibi sadece “borca itiraz ediyorum” da diyebilir. İtirazın iptali davası normal bir alacak, eda davası niteliğindedir<sup>61</sup>.

Alacaklı, ödeme emrine karşı borçlu yedieminin yaptığı itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle, itirazın iptalini dava edebilir (İİK m.67). Alacaklı bu bir yıl içerisinde dava açmazsa zamanaşımı süresi dolmadıkça alacağını yine dava etmek yetkisine sahiptir (İİK m.67/son). Ancak, bu bir yıllık süre geçtikten sonra açılan dava, itirazın iptali davası değil genel hükümlere tâbi tazminat davası olur.

İtirazın iptali davasının davacısı, takip alacaklısı, yani tedbir kararının sonunda işletmenin sahibi olarak belirlenen kişi, davalısı ise yedieminlik görevi esnasında kusuru ile işletmeyi zarara uğrattığı ileri sürülen yediemindir. Bu davanın konusu, takip konusu yapılmış ve itiraza uğramış tazminat alacağıdır. Bu dava ile alacaklı, mahkmeden, itirazın iptaline ve alacağın ödenmesine karar verilmesini talep etmektedir. Ancak takip yolu istenen tazminat bedeli taraflar arasında önceden kararlaştırılmamışsa veya tazminat tutarına ilişkin mahkeme kararı bulunmuyorsa alacak likit değildir. Yediemin yalnız başına ne kadar tazminat ödemesi gerektiğini tespit edemez. Bu nedenle ödeme emrine itirazda haklıdır ve itirazının neticesinde haksız çıksa bile icra inkâr tazminatı ödemez<sup>62</sup>.

İtirazın iptali davası görev, yetki, yargılama usulü ve deliller açısından tamamen genel hükümlere tâbidir. Buna göre görevli mahkeme, HUMK m.1–8 hükümlerine göre belirlenir. Mahkemenin görevini belirlerken, alacaklının istediği alacak miktarı esas alınır. Bu alacakla birlikte istenen faiz, icra (inkâr) tazminatı ve giderler görevli mahkemenin belirlenmesinde dikkate alınmaz (HUMK m.1). Yetkili mahkeme ise, HUMK m.9 vd. hükümlerine göre belirlenir. Yargılama usulü de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda belirtilen hükümlere tâbidir.

İtirazın iptali davasında yapılan yargılama sonucunda, mahkeme, itirazın iptali davasını kabul ya da reddeder. Alacaklının talebinin kabul edilmemesi

<sup>61</sup> **Ulukapı, Ö.**, İcra ve İflas Hukuku, 3.Bası, Konya 2008, s. 56; **Kuru/ Arslan/Yılmaz**, İcra, s. 173.

<sup>62</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz** İcra, s. 182, **Ulukapı**, s. 59.

## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

halinde, itirazın iptali reddedilir. Bununla takip iptal edilmiş sayılır. Gerekli şartlar bulunması halinde alacaklı aleyhine ve yediemin lehine asgari alacağın %40'ından az olmamak üzere tazminata hükmedilebilir<sup>63</sup>.

### **II-İtirazın Kaldırılması**

Yedieminin yükümlülüğünü yerine getirmemesi neticesinde zarara uğrayan ve zararının tazmini için ilamsız icra takibi yoluna başvuran alacaklı, ödeme emrine yediemince itiraz edilmesi halinde, İcra ve İflâs Kanunu m.68'de gösterilen belgelerden birine dayanarak itirazın kaldırılması yoluna başvurabilir. İtirazın kaldırılması bir dava olmayıp, borçlunun borcu bulunmadığını ilâmsız icra prosedürü çerçevesinde belirlemeye çalışan bir yoldur. Bu yalnız ilâmsız icra takibi için öngörülmüş bir prosedürdür<sup>(64)</sup>.

İtirazın kaldırılması icra mahkemesinden istenebilir. İcra mahkemesi, ancak İİK m.68'de belirtilen belgelerle sınırlı olarak inceleme yapmaya yetkilidir. İtirazın kesin kaldırılmasının talep edilebilmesi için alacağın İİK.m.68, 68a, 68b'de yazılı belgelerden birine dayanması gerekir. Bu durumda alacaklı dilerse, itirazın iptali davası yoluna da başvurabilir. Şayet alacaklının elinde bu belgelerden herhangi birisi bulunmazsa itirazın iptali davası açmaktan başka çare yoktur<sup>65</sup>. İtirazın kaldırılması talebi de bir süreye bağlı olarak ileri sürülebilir. Bu süre, itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren altı aydır. Buradaki altı aylık süre bir hak düşürücü nitelikte olup, hâkim tarafından re'sen (kendiliğinden) göz önüne alınır. Bu süre içerisinde itirazın kaldırılması istenilmediği takdirde yeniden ilâmsız takip yapılamaz (İİK.m.68/1).

### **7-YEDİEMİNLİK ÜCRETİ**

İhtiyati tedbir kararına dayalı olarak malın yediemine tesliminde, yediemin ücretinin tedbir isteyence peşin olarak mahkeme veznesine yatırılması gerekir (HUMK m.414). Mahkeme bu ücreti yediemine öder. Kural olarak yedieminin yaptığı hizmet karşılığında ne kadar ücret alabileceğini belirten bir

<sup>63</sup> **Ulukapı**, s. 56; **Kuru./ Arslan, R./Yılmaz,E**, İcra, s.178

<sup>64</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kiraz, T.Ö.**, Genel Haciz Yolu İle Takipte Ödeme Emrine İtirazın Kesin Kaldırılması (İİK.m.68), Ankara 1997, s.33

<sup>65</sup> Yediemine karşı, işletmenin kötü yönetimi veya hukuka aykırı davranışları nedeniyle uğranılacak zarara karşı itirazın kaldırılması için İİK m.68 deki belgelere dayanma imkânı uygulamada mümkün gözükmemektedir.

tarife, ihtiyati tedbirle ilgili düzenlemelerde bulunmamaktadır<sup>66</sup>. Yedieminlik ücretinin takdiri mahkemeye ait bir husustur. Mahkeme, bir işletmenin yediemince muhafazasına, yönetilmesine karar vermişse; yediemin ücretinin takdirinde işletmenin büyüklüğünü, bilânçosunu, yedieminin işletmenin yönetimi ve muhafazası için ne kadar mesai harcayacağını, hatta yedieminin katlanmak zorunda kalabileceği mali ve cezai sorumluluğun değerini göz önünde bulundurarak yediemine ödenecek ücreti takdir etmelidir. Mahkemece kararlaştırılan yediemin ücretinin düşük olması veya işin uzaması sebebiyle başlangıçtaki ücretin tatmin edici olmaktan uzaklaşması halinde, bu ücret yedieminin müracaatı üzerine mahkemece yeniden gözden geçirilebilir<sup>67</sup>. Her ne kadar doktrinde; davacı ile yedieminin ücret konusunda mahkemeden bağımsız anlaşabileceği ileri sürülse de, davalının davayı kaybetmesi halinde diğer tarafla yediemin arasında, kendi iradesi dışında belirlenen yedieminlik ücretini yargılama gideri olarak kabul edip ödemesi söz konusu olmamalıdır<sup>68</sup>. Çünkü yediemine hizmeti karşılığı ödenecek ücret yargılama giderleri arasındadır. Bu nedenle mahkemenin resen ücret takdir etmesi ve davayı kaybedenin bu yediemin ücreti ile sorumlu tutulması gerekir.

Yediemine ödenecek ücret ihtiyati tedbir kararında belirtilir ve ihtiyati tedbir isteyen tarafından mahkeme veznesine yatırılır. Bu ücret yatırılmadan yediemine teslim kararı verilmemesi yerinde olur. Çünkü yedieminin görevi

<sup>66</sup> Adalet Bakanlığının depo ve garajları bakımından belirlenen ücret tarifesi dışında, diğer yedieminler için bir ücret tarifesi bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay 4.HD bir kararında adalet Bakanlığınca çıkartılan Adalet Bakanlığının depo ve garajları bakımından belirlenen ücret tarifesi yönetmeliğinin 28.maddesinin diğer yedieminlere de uygulanabileceğini kabul etmiştir.4.HD 4.6.1996 3505/5019, Yargıtay Kararları Dergisi, 1996 S.11, s.1721; **Yılmaz**, Yediemin, s.11; **Gökcan**, s.80. Buna göre 2006 yılında Adalet Bakanlığına Ait Depo ve Garajlarda Muhafaza Edilen Mahcuz Mallar İçin Alınacak Ücret Tarifesi şu şekildedir: Motorlu araçlar dışındakiler(Günlükolarak) Malın İcra ve İflâs Kanununun 87 nci maddesine göre takdir edilen değeri üzerinden günlük Binde bir, İki metreküçük üzerindeki mahcuz mallar için ücrete binde bir ilave edilir. Motorlu araçlar için maktu olarak (günlük olarak) İş makinelerinden 6,00 YTL Otobüs ve kamyonlardan 4,20 YTL Minibüs, midibüs ve kamyonetlerden 3,10 YTL Diğer binek ve yük vasıtalarından 2,30 YTL Ancak, altı aydan sonraki muhafaza süresi için bu ücretler 1/2 oranında uygulanır. Ücretin hesabında muhafazanın hitam bulunduğu gün nazara alınmaz. Muhafaza müddeti hitamında bu Tarifenin üçüncü maddesi uyarınca hesap edilecek ücret, mahcuz malın icra ve iflas dairelerince takdir edilen değerinin yüzde otuzunu geçemez. Ancak mahcuz malın takdir edilen değeri dört bin yüz elli Yeni Türk Lirasının üzerinde ise, dört bin yüz elli Yeni Türk Lirasının üzerindeki meblağ için hesap edilecek ücret, aşan miktarın yüzde onbeşini geçemez.

<sup>67</sup> **Yılmaz**, Tedbir, s.194

<sup>68</sup> **Üstündağ**, Tedbir, s.22; **Ercan**, s.40

## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

kabul edip etmemesi bu ücretin miktarına ve peşin alınıp alınamayacağına bağlı olabilir<sup>69</sup>. Buna rağmen yediemin ücreti peşin yatırılmadan dava konusu işletme, mahkemece yediemine teslim edilmiş ve dava sonuçlanmış ise, yediemin hak ettiği ücreti tedbir koydurmuş olan taraftan isteyebilir<sup>70</sup>. Tedbir koyduran taraf davayı kazansa bile bu ücreti yine kendi öder, ancak yedieminlik ücreti yargılama giderleri arasında olduğu için ödemiş olduğu bu ücreti davayı kaybedenden isteyebilir, yani ona rücu edebilir<sup>71</sup>.

Uygulamada özellikle malı muhafaza edecek yediemine hizmeti karşılığı ödenecek ücret üç aylık olarak hesaplanmaktadır. Ancak bu üç aylık ücret zorunlu değildir. Faal haldeki bir işletmenin yönetiminde beklenmedik sigorta, vergi, bakım, personel vb giderler ortaya çıkabileceği için mahkeme bu durumları ve yedieminlik ücretini karşılayacak kadar bir ücretin başta avans olarak yatırılmasına karar verebilir.

Yediemin yaptığı hizmet için ücret talep etmeyebilir. Ancak onun ücret talep etmemesi hukuki ve cezai sorumluluğunu kaldırmaz. Yargıtay bir kararında “yediemin, mahcuzların teslimi sırasında ve sonradan yediemin ücreti istememiş olmasına göre yedieminlik ücreti takdir edilmemiş olması sorumluluğunu kaldırmaz” şeklinde hüküm vermiş<sup>72</sup>, sonradan yeni bir kararında yedieminin ücret isteği olup olmadığına değinilmeksizin ücret verilmemesinin onun kusurunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağını tartışılmasını istemiştir<sup>73</sup>. Bizce yedieminlik görevi iradi bir sözleşmeye dayandığı için ve yedieminin kendi rızası ile ücret talep etmediği için, yedieminlik hizmetinin bir nevi yargı kararlarına ve tarafların yargıya olan güvenine ilişkin olması nedeniyle kamusal niteliğinin de bulunduğu düşünülerek ciddi bir iş olarak ele alınması için, yedieminlik görevi ücretsiz olarak yarılsa bile hukuki ve cezai sorumluluk devam etmelidir.

<sup>69</sup> **Yılmaz**, Tedbir, s.194

<sup>70</sup> Yedieminliği kabul zorunda olanlar için ücret söz konusu değildir. (Orman Kanunu m.84)

<sup>71</sup> **Kuru**, C.III, s.3078 “ihtiyati tedbir kararında menkul malları muhafaza için yediemin olarak atanacak kişiye ayda 2000 lira verileceği açıklandığına göre bu kararın alınmasına ve muhafaza işlemi yapılmasına neden olan davalının yediemine takdir edilen bu ücreti önceden ve ödemediği bu para için gerektiğinde ihtiyati tedbir kararı alınmasına sebebiyet verenlere müraعات etmesi gerekir”. Yargıtay 4.HD 6.6.1979, 3449/7513, **Ercan**, s.41 dn.28

<sup>72</sup> 12 HD 16.3.1981, 1106/2576 **Yılmaz**, Tedbir, s.195 12. HD 12.HD.11.2.1999 509/1254; **Uyar**, s.142 dn.12; **Gökcan**, s.80

<sup>73</sup> 12. HD 12.HD.11.2.1999 509/1254 **Uyar**, s.142 dn.12; **Gökcan** s.80

İşletmeyi yöneten ve muhafaza eden yediemin, bu hizmetleri sırasında işletmenin devamı ve daha iyi işlemesi için mahkemece kendisine tanınan tasarruf sınırları içerisinde, zorunlu olarak masraf yapmış ise mesela otelin odalarını boyatmış veya meyve bahçesindeki ağaçları ilaçlatmış ise mahkemece takdir edilen ücretin yanında yaptığı bu zaruri masrafları da talep etme hakkına sahip olmalıdır. Hatta bu ücretin ödenmemesi durumunda yedieminin kendisine teslim edilen işletme hakkında hapis hakkı da mevcuttur<sup>74</sup>.

## SONUÇ

Medeni usul hukukunda uyuşmazlık konusu olan şeyin saklanması, muhafazası için kendisine mal bırakılan kişi olan yedieminin görevleri, günümüzde ihtiyati tedbir kararları ile bir ticari işletmenin yönetiminin kendisine bırakılması gibi durumlarda ortaya çıktığı için daha da genişlemiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık çözümlenene kadar işletmeyi yönetecek olan yedieminin seçiminde, tedbir kararını veren mahkeme öncelikle tarafların aralarında anlaşarak belirledikleri yediemin varsa onu atamalıdır. Taraflar arasında yediemin konusunda mutabakat sağlanamamışsa mahkeme alelade bir yedieminden ziyade işletmenin yaptığı işten anlayan adeta onu CEO gibi yönetebilecek nitelikte tarafsız bir yediemin tayin etmelidir. Yedieminin yönetim yetkisi medeni hukuktaki yönetim kayımlığı kurumuna ve yetkilerine benzerlik gösterir. Bu bakımdan iflasın ertelenmesinde mahkemece atanacak kayımin yetki ve görevleri, ihtiyati tedbir kararı ile işletmeyi yönetecek yediemin içinde eşdeğerdedir.

Ticari işletmeyi yönetecek yediemin bu görevi sırasında basiretli bir tacir gibi davranmalı, yönetimle ilgili hukuki ve fiili faaliyetlerini yaparken, ticari hayatın gerektirdiği tüm tedbirleri almaya çalışmalı ve meydana gelebilecek değişimleri önceden tahmin etmeye çalışarak, taahhütler altına girmelidir. Aksi halde yedieminin hukuki sorumluluğu ve cezai sorumluluğu vardır.

Yediemin ticari işletmeyi yönetirken vermiş olduğu hizmetin karşılığında, işletmenin büyüklüğü, verilen görevlerin önemi ve mali sorumluluğunun

<sup>74</sup> Hapis hakkı Medeni Kanun m.950’de düzenlenmiştir. Buna göre ‘Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla ziyeyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir’. Yargıtay da bir kararında “dava konusu eşyalar arasında bulunan hayvanın iadesi için masraf yapıldığını ve davacının bu masrafları vermediğinden dava konusu eşyaları iade etmediğini beyan etmesi ve bu vaziyette davalının kendisine yediemin olarak teslim edilen hayvan üzerinde hapis hakkı bulunmasına mebni bu cihet göz önünde tutularak..”Yargıtay 4.HD. 14.10.1964, 954/7669 Ercan, s.41; Yılmaz, Tedbir, s.162



## *Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

derecesine, harcayacağı mesaiye göre, mahkemece belirlenecek bir yedieminlik ücretine hak kazanır. Bu ücret tedbir isteyence mahkeme veznesine peşin olarak yatırılır.

### **KAYNAKÇA**

- AKINTÜRK, Turgut;** Aile Hukuku, 9.Bası, İstanbul 2004.
- ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, Kamil/ YILDIRIM-DEREN, Nevhis;** Medeni Usul Hukuku Esasları, Bası.4, İstanbul 2004.
- ATALAY, Oğuz;** İflasın Ertelenmesi, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004.
- BERZEK, Ayşe Nur;** Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 2004.
- BİLGE,Necip/ ÖNEN, Ergun;** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.Bası, Ankara 1978.
- DAĞDEVİREN, Kazım;** Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt:3, Ankara 2000.
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis;** Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2002.
- ERCAN, İbrahim;** Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 1992.
- ERİŞ, Gönen;** Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Cilt 3, Ankara 1990.
- ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin;** Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992.
- ERUYGUR, Haluk K.;** Yedieminlik, Ankara 2008.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin;** Mühür Bozma, Yedieminlik Yükümlülüğüne Uymama, İhtiyati Tedbir Kararına Aykırılık Suçları Ve Tazminat Davaları, Ankara 2001.
- GÜRALP, Ayşe Gülin;** İflasın Ertelenmesinde Kayyım Atanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 7 (s.57-78), İzmir 2005.

*Arş. Gör. Aziz Serkan ARSLAN*

**KARAHAN, Sami;** Ticari İşletme Hukuku, Konya 2003.

**KARAHASAN, Mustafa Reşit;** Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt:6, Ankara 1981.

**KİRAZ, Taylan Özgür;** Genel Haciz Yolu İle Takipte Ödeme Emrine İtirazın Kesin Kaldırılması (İİK.m.68), Ankara 1997.

**KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder;** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı 19.Bası, Ankara 2007 (Usul).

**KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder;** İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı 19.Bası, Ankara 2005 (İcra).

**KURU, Baki;** Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995 (El kitabı)

**KURU, Baki;** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Bası, Cilt: III, İstanbul 2001 (C.III).

**KURU, Baki;** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Bası, Cilt: IV, İstanbul 2001 (C.IV).

**KURU, Baki;** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Bası, Cilt: VI, İstanbul 2001 (C.VI).

**OKAY, Saday;** Basiretli Tacir Gibi Davranma Yükümlülüğü, tarih 14.05.2010 [www.turkhukuksitesi.com/makale.139](http://www.turkhukuksitesi.com/makale.139).

**OLGAÇ, Senai;** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 1976.

**ÖNDER, Ayhan;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994.

**ÖZKÖK, Süleyman;** İhtiyati Tedbirler, Ankara 2002.

**ÖZTAN, Bilge;** Aile Hukuku, 5.Bası, Ankara 2004.

**ÖZYEŞİL, Fatih Mustafa;** Haczedilen Malvarlığının Muhafazasına İlişkin Tedbirler, Basılmamış Y.Lisans Tezi, Ankara 2001.

**ÖZEKES, Muhammet;** İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.

**PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet;** Medeni Usul Hukuku 6.Bası, Ankara 2007.

*Ticari İşletmenin İhtiyati Tedbir Kararı Gereğince Yediemin Tarafından İşletilmesi*

**PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZKAN SUNGURTEKİN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet;** İcra ve İflas Hukuku, 5.Bası, Ankara 2007.

**POSTACIOĞLU, İlhan;** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6.Bası, İstanbul 1975.

**TÜRK, A.,** Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı ve İflâsın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler, DEHFD, Cilt:6, S.1, 2004, s.295-334.

**ULUKAPI, Ömer;** İcra ve İflas Hukuku, 2.Bası, Konya 2007.

**UYAR, Talih;** Gerekçeli- İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:2, Manisa 1976 .

**UYAR, Talih;** Gerekçeli- İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:7, Manisa 1995 .

**ÜSTÜNDAĞ, Saim;** İhtiyati Tedbirler, Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri, İstanbul 1981.

**ÜSTÜNDAĞ, Saim;** İcra Hukukunun Esasları, 5.Bası, İstanbul 2000.

**YAVUZ, Cevdet;** Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 3.Bası, İstanbul 2004.

**YILMAZ, Ejder;** Yedieminlik, Türk Hukuk Dünyası Dergisi, Sayı:1, Mayıs 2000.

**YILMAZ, Ejder;** Hukuk Sözlüğü, 5.Bası, Ankara 1996.

**YILMAZ, Ejder;** Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ankara 2001.

**YILMAZ, Orhan;** İhtiyati Tedbirler, 3.Bası, Konya 1990.

BOŞ

## TÜRK VATANDAŞLIĞINI ÇIKMA İZİNİ ALARAK KAYBEDEN KİŞİLERİN KAMU GÖREVİNE GİRME YASAĞI

Yrd. Doç. Dr. Musa AYGÜL\*

### ÖZET

*Türk Vatandaşlık Kanunu m. 28’de, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılanlar ve çocukları (mavi kart hamilleri) kişilerin, millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevine girme ve muafiyet araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri kabul edilmiştir. Mavi kart hamillerinin yararlanamayacakları haklardan birisi de, kamu görevine girme hakkıdır. Türk Vatandaşlık Kanunu m. 28’deki “kamu görevine girme” kavramı, gerek Fransız hukukunda kamu görevlisi anlamında kullanılması gerekse Anayasanın 70. maddesindeki “kamu hizmeti” kavramının organik anlamda idari teşkilatı ifade etmesi sebebi ile “kamu görevlisi olabilme hakkı” olarak anlaşılmalıdır. TVK m. 28’de, mavi kart hamillerine, kamu görevine girme hakkı tanınmaması aslında, bu kişilere kamu görevlisi olabilme hakkının tanınmaması anlamına gelmektedir. Ancak gerek Devlet Memurları Kanununda (m.4/B) ve gerek diğer özel kanun hükümlerinde, yabancıların sözleşmeli personel olarak istihdam edilebilmelerine de olanak tanınmıştır. Dolayısı ile mavi kart hamilleri de, sözleşmeli personel dışında kamu görevlisi olamayacaklardır. Mavi kart hamilleri, bu sınırlamanın dışında çalışmaya ilişkin haklardan Türk vatandaşları gibi yararlanabileceklerdir.*

**Anahtar Kelimeler :** *Türk vatandaşlığını çıkma izni alarak kaybeden kişilere tanınan haklar; mavi kart hamillerinin kamu görevine girme hakkı, kamu görevlisi.*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**THE PROHIBITION TO BE EMPLOYED IN PUBLIC SERVICES  
OF THE PEOPLE WHO LOST THEIR TURKISH  
CITIZENSHIP BY OBTAINING RENUNCIATION PERMIT**

**ABSTRACT**

*Turkish citizens by birth who lost their citizenship by obtaining renunciation permit and their children (blue card holders) are ensured to hold the right to benefit from the same rights granted to Turkish citizens, except for the military service obligation, the right to vote and to be elected, the right to be employed in public services, the right to import exempted vehicles and household goods according to Turkish Citizenship Law (article 28), provided that the provisions concerning national security and public order are reserved. One of the rights that is not granted to the blue card holders is the right to be employed in public services. "The right to be employed in public services" should be understood as a right to be public personnel. In fact, the restraints to be employed in public services for blue card holders mean that these people are not allowed to be public personnel. However, foreigners can be employed under various types of contracts at the state institutions according to State Civil Servants Law (article 4/B) and some special codes. Because of these provisions, the blue card holders can only work at the state institutions as contracted staff. The blue card holders have the same rights like Turkish citizens except for the right to be public personnel.*

**Key Words :** *Rights granted to those who lost Turkish citizenship by obtaining renunciation permit, the right to be employed in public services of the blue card holders, public personnel.*

**I. GİRİŞ**

Anayasa'nın 48. maddesinde çalışma hakkı, herkes için teminat altına alınmış ve herkesin dilediği alanda çalışma hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır. Çalışma hakkı bakımından Anayasada "herkes" kavramı kullanılmakla, vatandaş ve yabancı arasında bir ayrımının yapılmadığı kabul edilmektedir. Yine Anayasa'nın 16. maddesinde, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği de kabul edilmiştir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Yabancıların çalışma hakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ÇELİKEL, A. – ÖZTEKİN GELGEL, G.: Yabancılar Hukuku, İstanbul 2009, s. 125 vd.; EKŞİ, N.: Yabancılar Huku-

## ***Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı***

Türk yabancılar hukukunda da, yabancıların çalışma hakları bazı sınırlamalara tâbi tutulmuştur<sup>2</sup>. Bu sınırlamalardan birisi de, yabancıların bazı meslek ve sanatları icra etmelerinin yasaklanmasıdır. Diğer bir ifade ile bazı meslek ve sanatlar Türk vatandaşlarına özgülenmiştir. Bazı mesleklerde ve alanlarda yabancılara kısıtlama ve yasaklama getirilmesi, kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni ve kamu yararı gibi gerekçelere dayandırılmaktadır<sup>3</sup>. Ancak bu kısıtlamanın da, bazı istisnaları bulunmaktadır. Örneğin Türk soylu yabancılar, 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun<sup>4</sup> ile bu kısıtlamalardan belli şartlarda istisna edilmişlerdir. Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK.) m. 28 kapsamına giren yabancıların (**Mavi kart**<sup>5</sup> hamillerinin) ise, Türk vatandaşlarına tahsis edilen meslek ve sanatlarda çalışıp çalışamayacağı, uygulamada tereddütlere sebebiyet vermektedir.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün Türkiye Barolar Birliği Başkanlığına gönderdiği 27.06.2008 tarihli Genelgede<sup>6</sup> mavi kart hamil-

kuna İlişkin Temel Konular, İstanbul 2006, s. 81 vd; **ÇİÇEKLİ, B.:** Yabancılar Hukuku, Ankara 2007, s. 107 vd; **TEKİNALP, G.:** Türk Yabancılar Hukuku, İstanbul 2003, s. 119 vd.

<sup>2</sup> Yabancıların çalışma şartları genel olarak, usulüne uygun olarak Türkiye’ye giriş yapmış olmak, ikamet tezkeresi ve çalışma izni almış olmak, kanunî sınırlamalara uymak şeklinde özetlenebilir: **ÇİÇEKLİ, s. 108.**

<sup>3</sup> **TEKİNALP, s. 120.**

<sup>4</sup> R.G.:25.09.1981 - 17473.

<sup>5</sup> “Mavi kart” ifadesi ilk defa Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te kullanılmıştır. Yönetmeliğe göre, mavi kart, Kanunun 28. maddesi kapsamına girenlere verilen kartı ifade etmektedir (m. 3/1). Mavi kartın verilmesine ilişkin esaslar, Yönetmeliğin 53, 54 ve 55. maddelerinde düzenlenmiştir. Yönetmelik için bkz: R.G.: 6/4/2010 – 27544. Bundan sonra makalede, İçişleri Bakanlığından çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan kimseler ile bunlar ile işlem gören çocukları ifade etmek için “mavi kart hamilleri” ifadesi kullanılacaktır.

<sup>6</sup> <http://www.barobirlik.org.tr/calisma/duyuru/pdf/g9127100.PDF> (18.01.2009) “*Ülkemizde halen yürürlükte bulunan bazı kanunlarda bazı meslek, sanat ve işleri, sadece Türk vatandaşlarının yapabileceğinin hüküm altına alındığı, 4817 sayılı Kanunun 13. maddesinin 2. fıkrasında da ‘Diğer kanunlarda yer alan, yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere dair hükümler saklıdır’ hükmünün yer aldığı, Nitekim, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun ‘Avukatlık stajı yapmak isteyen kişilerde aranacak şartları’ düzenleyen 16. maddesinin atıfta bulunduğu ‘Avukatlık Kabul Şartları’ başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (e) bentlerinde; Türkiye’de avukatlık ve avukatlık yapabilmek için ‘Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak’ şartının getirildiği, Diğer taraftan, 4817 sayılı Kanunun 30. maddesi ile değiştirilen 2527 sayılı Kanunun 3. mad-*

lerinin de Türkiye’de ancak 2527 ve 4817 sayılı Kanunlar kapsamında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından izin alarak avukatlık stajı ve avukatlık yapabilecekleri kabul edilmektedir. Genelgede Türk vatandaşlığından çıkma izni olarak Türk vatandaşlığını kaybedenler hakkında bir görüş belirtilmese de, dolaylı olarak mavi kart hamillerinin de, 2527 sayılı Kanun kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Bu çalışmada, çıkma izni olarak Türk vatandaşlığından ayrılan yabancıların Türk vatandaşlarına özgülenen işlerde çalışıp çalışamayacağı inceleme konusu yapılacaktır.

*desi; ‘Türk soylu yabancıların, kanunlarda Türk vatandaşlarının yapabileceği meslek, sanat ve işlerde çalışabilme ve çalıştırabilmeleri için özel kanunlarda aranan nitelikleri taşımak ve yükümlülükleri yerine getirmek şartıyla, 2527 sayılı ‘Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırabilmelerine İlişkin Kanun’ ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanuna göre, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları ile diğer ilgili Bakanlık ve kuruluşların görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca izin verilir” hükmünün yer aldığı, 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırabilmelerine İlişkin Kanunun; Türk soylu yabancıların Türkiye’de çalışmalarına, kamu, özel kuruluş ve sosyal güvenlik kurumları ile ilişkilerine, hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesine ilişkin hükümleri kapsadığı,*

*10. maddesinde; ‘Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür’ hükmünü öngördüğü, Anılan Kanun hükümlerinden ise Bakanlar Kurulunun belirlemiş olduğu usul ve esaslara göre yürütülmekte olup ‘Çok Gizli’ gizlilik dereceli Vatandaşlıkla ilgili Kanunların Uygulanmasına İlişkin 83/7229 Sayılı Yönerge uyarınca bu güne kadar sadece Yunan (Batı Trakya) vatandaşlarının ve KKTC vatandaşlarının yararlandığı,*

*Bununla birlikte, KKTC vatandaşlarının, 06.01.2000 tarihli ve 23928 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti arasında KKTC Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanınmasına İlişkin Anlaşma ve Başbakanlık 05.02.2001 tarih ve 2007/7 sayılı genelgeleriyle yayınlanan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin Güçlendirilmesi için Eylem Planıyla, ‘Türk Soylu Yabancılar’ kapsamından çıkarıldıklarından 2527 ve 4817 Sayılı Kanuna göre çalışma izni almalarına gerek bulunmuyor, Türk vatandaşlarına tanınan ikamet, çalışma, mülk edinme gibi haklardan aynen yararlanma imkanına sahip oldukları,*

*Sonuç olarak, halihazırda anılan Kanun kapsamında sadece Batı Trakyalı soydaşlarımızın faydalanabilecekleri,*

*Bu nedenle diğer Türk soylu yabancıların ve yabancıların;*

*a) 4817 Sayılı Yasanın Uygulama Yönetmeliğinin 55. maddesi ‘h’ fıkrası uyarınca muafiyet kapsamında,*

*b) 4817 Sayılı Yasada belirtilen genel esaslar çerçevesinde çalışma izni almak suretiyle,*

*c) 1136 sayılı Avukatlık Kanunuyla avukatlık mesleği Türk vatandaşlarına hasredildiğinden, 2527 sayılı Kanun ve ‘‘Vatandaşlıkla İlgili Kanunların Uygulanmasına İlişkin 83/7229 Sayılı Yönerge’’ uyarınca Türk Soylu Yabancılar Kapsamında,*

*Ülkemizde ‘avukatlık stajı ve avukatlık’ yapmalarının mümkün olmadığı,*

*Bu itibarla ülkemizde avukatlık stajı ve avukatlık yapmak isteyen Türk Soylu olanlar da dahil olmak üzere tüm yabancıların, her halükarda 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun hükümlerine tabi olduklarından, müracaatları halinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yönlendirilmelerinin gerektiği’’ belirtilmektedir.*

*Bilgi ve gereğini rica ederim.”*



## II. YABANCILARIN ÇALIŞMASINA İZİN VERİLMİYEN MESLEKLER VE SANATLAR

Bazı meslek ve sanatların ya da bazı alanlarda yabancıların çalışmasının yasaklanmasının ilk sebebi, bu alanlarda çalışmanın siyasî haklar ile bağlantılı olmasıdır. Anayasamızın ikinci kısmında temel haklar; kişilik hakları, sosyal ve ekonomik haklar ve siyasî haklar olarak üç kısma ayrılmıştır. Anayasadaki düzenlemede kural olarak, temel haklar ile sosyal ve ekonomik haklar, vatan- daş yabancı ayrımı yapılmaksızın herkes için teminat altına alındığı halde, siyasî haklar ile ilgili düzenlemelerde, “her Türk”, “vatandaşlar” gibi ifadeler kullanılarak siyasî haklar vatandaşlar bakımından anayasal teminat altına alınmıştır. Örneğin 67. maddede, seçme ve seçilme hakkı ile ilgili olarak “*Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulunma ve halk oylamasına katılma hakkına sahiptir*” ifadesi ile Türk vatandaşlarının seçme ve seçilme hakları, yine Anayasanın 70. maddesinde “*Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*” hükmü ile Türk vatandaşlarının kamu hizmetine girme hakkı teminat altına alınmıştır. Anayasa, sadece Türk vatandaşlarının siyasî haklarını teminat altına almıştır; yabancılar ile ilgili bir düzenleme getirmemiştir. Dolayısı ile yabancılar siyasî hak tanınması hususunda Anayasa, takdir yetkisini Kanun koyucuya bırakmıştır<sup>7</sup>. Kanun koyucu da 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu<sup>8</sup> (m.6 ve 11) ve 2972 sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun<sup>9</sup> (m.10) ile siyasî hakları kullanabilmek için Türk vatandaşı olma şartını aramıştır. Bu bağlamda, yabancılar, Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Bakanlık, milletvekillik, Belediye Başkanlığı, belediye meclisi üyeliği, il genel meclisi üyeliği, köy ve mahalle muhtarlığı, köy ihtiyar meclisi ve mahalle ihtiyar heyeti görevlerinde bulunamazlar. Yine kamu hizmetine girme hakkı, siyasî hak olarak kabul edildiği için, yabancılar kural olarak kamu görevlisi olamazlar. Bu sebeple, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun<sup>10</sup> (DMK) 48. maddesinde memur olabilmek için Türk vatandaşı olma şartı aranmıştır.

<sup>7</sup> Anayasada Türk vatandaşlarının siyasî haklarının teminat altına alındığı, yabancıların siyasî haklarının kısıtlanmadığı yönde yorum için bkz: **YILDIRIM, T. – KARAN, N.:** İdare Hukuku, İstanbul 2009, s. 315.

<sup>8</sup> R. G.: 24/4/1983 – 18027.

<sup>9</sup> R. G.: 18/1/1984 – 18285.

<sup>10</sup> R. G.: 23/7/1965 – 12056.

Bazı meslek ve sanatlar, kamu güvenliği sebebiyle yabancılara yasaklanmıştır. Bunların başında, güvenlik sebebiyle yabancıların yapamayacağı işler gelmektedir. Bu bağlamda, Türk Silahlı Kuvvetlerinde subay ve astsubay<sup>11</sup> ve askerî hâkim olabilmek için<sup>12</sup>, Türk vatandaşı olma şartı aranmıştır. Emniyet Teşkilâtında da, kural olarak ancak Türk vatandaşları görev alabilirler<sup>13</sup>.

Kamu düzeni ile ilgili olarak adalet alanındaki meslekler de yabancılara yasaklanmıştır. Hâkim ve savcı<sup>14</sup> olabilmek için, avukatlık<sup>15</sup>, noterlik<sup>16</sup> ve marka ve patent vekilliği<sup>17</sup> yapabilmek için ve işçi ve işverenler adına Yüksek Hakem Kuruluna<sup>18</sup> seçilebilmek için, Türk vatandaşı olma şartı aranmıştır.

Sağlık alanında da pek çok meslek ve sanat yabancılara yasaklanmıştır. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun<sup>19</sup> 1. maddesinde, yabancıların Türkiye’de doktorluk yapmasına izin verilmemiştir<sup>20</sup>. Aynı Kanunun 30. maddesinde diş hekimliği, 47. maddesinde ebelik, 63. maddesinde hastabakıcılık yapabilmek için de Türk vatandaşı olmak şartı aranmıştır.

<sup>11</sup> 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu (m. 112), R. G.: 10/8/1967 – 12670; 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun (m. 4), R. G.: 21/06/2001 – 24439.

<sup>12</sup> 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu (m. 1), R. G.: 26/10/1963 – 11541.

<sup>13</sup> 4652 sayılı Polis Yüksek Öğretim Kanununun 16. maddesinde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre memur olma niteliğini kaybedenlerin öğrencilik sıfatlarının sona ereceği düzenlenmiştir. R. G.: 9/5/2001 – 24397; 772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu (m. 6), R. G.: 22/07/1966 – 12355. Yabancıların askerî ve polis okullarına öğrenci olarak kabulleri mümkündür. Yabancı öğrencilerin, harp akademilerine, harp okullarına ve Polis Akademisine kabulleri, ilgili devletlerle imzalanan ikili anlaşmalar çerçevesinde yetkili ulusal makamların onayıyla gerçekleşmektedir: **ÇİÇEKLİ**, s. 138.

<sup>14</sup> 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu (m. 8), R. G.: 24/02/1983 – 17971.

<sup>15</sup> 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (m. 3), R. G.: 7/4/1969 – 13168.

<sup>16</sup> Noterlik Kanunu (m. 7), R.G.: 5/2/1972 – 14090.

<sup>17</sup> 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (m. 30), R. G.: 19/11/2003 – 25294.

<sup>18</sup> 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (m.56), R. G.: 7/5/1983 – 18040.

<sup>19</sup> R. G.: 14/4/1928 – 863.

<sup>20</sup> Yabancıların Türkiye’de doktorluk yapması yasağına, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 7. maddesinde bir istisna getirilmiştir. Buna göre, özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren veya ülke düzeyinde meslekî gelişmeyi sağlayacak, yabancı uyruklu kimselerin kadro karşılığı aranmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılabileceği kabul edilmiştir: **ÇELİKEL**, s. 141.

## ***Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı***

Hemşirelik<sup>21</sup>, eczacılık<sup>22</sup>, veteriner hekimliği<sup>23</sup> yapmak da yabancılara yasaklanmıştır. Gözlükçülük yapmak mülga 30.12.1940 tarihli ve 3958 sayılı Gözlükçülük Hakkında Kanun ile Türk vatandaşlarına hasredilmiş iken, 5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun<sup>24</sup> ile Türk vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır.

Serbest mali müşavir ve yeminli mali müşavirlik de<sup>25</sup>, Türk vatandaşlarına hasredilen işlerdendir. Ancak yabancıların bu mesleği aynı Kanunun 8. maddesindeki şartlarda Maliye Bakanlığının teklifi ve Başbakanın izniyle yapabilecekleri kabul edilmiştir. Gümrük Kanununa<sup>26</sup> göre, gümrük müşaviri ve gümrük müşaviri yardımcısının, Türk vatandaşı olması gerekmektedir.

Bazı meslek kuruluşlarında da yabancıların çalışmasına izin verilmemiştir. Örneğin, oda ve borsa genel sekreteri olabilmek<sup>27</sup>, tarım ve tohumculukla ilgili Birlik ve Alt Birlik organlarına seçilebilmek<sup>28</sup>, kooperatif yönetim kurulu üyesi<sup>29</sup> olabilmek, Kalkınma ajansı yönetim kurulu üyesi<sup>30</sup> olabilmek ve

<sup>21</sup> 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu (m.3), R. G.: 2/3/1954 – 8647.

<sup>22</sup> 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunu (m. 2.), R. G.: 24/12/1953 – 8591.

<sup>23</sup> 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odalarının Teşekkül Tazvına Ve Göreceği İşlere Dair Kanun (m. 2), R. G.: 18/3/1954 – 8661.

<sup>24</sup> R. G.: 26/6/2004 – 25504.

<sup>25</sup> 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu (m. 4), R. G.: 13/6/1989 – 20194.

<sup>26</sup> R. G.: 4/11/1999 – 23866.

<sup>27</sup> 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu (m. 74), R. G.: 1/6/ 2004 – 25479. Kanunda yalnızca oda ve borsa genel sekreteri olabilmek için Türk vatandaşı olmak şartı aranırken, Kanuna dayanılarak çıkarılan Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları, Türkiye Ticaret Sanayi, Deniz Ticaret Odaları Ve Ticaret Borsaları Birliği Personel Yönetmeliğinin 9. maddesinde, odalarda borsalarda ve Birlik'te işe alınabilmek için Türk vatandaşı olmak şartı aranmıştır. Kanaatimizce, Yönetmelikte yabancılar için bu şekilde bir kısıtlamanın getirilmesi, Anayasanın 16. maddesine aykırıdır. Çünkü Anayasanın 16. maddesinde yabancılar için getirilecek sınırlamaların kanunla ve milletlerarası hukuka uygun olarak yapılabileceği kabul edilmiştir. Yönetmelik için bkz: R. G.: 5/8/1983 – 18126. Ayrıca yine kanaatimizce Anayasaya aykırı olarak, Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Tüzüğünde de, borsa komisyoncusu, borsa ajanı ve borsa simsarı olabilmek ve meslek komitelerine seçme ve seçilme hakkına sahip olabilmek için Türk vatandaşı olmak şartı aranmıştır (m. 18, 19, 21, 27). Bkz: R. G.:11/2/1988 – 19722.

<sup>28</sup> 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu (m. 35), R. G.: 8/11/2006 – 26340.

<sup>29</sup> 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (m. 56), R. G.: 10/5/1969 – 13195.

<sup>30</sup> 5449 sayılı Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun (m. 18), R. G.: 8/2/2006 – 26074.

Türkiye Yatırım ve Destek ve Tanıtım Ajansında çalışabilmek için<sup>31</sup>, Türk vatandaşı olma şartı aranmıştır.

Kabotaj Kanununun<sup>32</sup> 2. maddesinde sayılan işler<sup>33</sup> de yabancılara yasaklanmıştır. Yine 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununun<sup>34</sup> 21. maddesinde, yabancılara su ürünleri avcılığı yapmaları yasaklanmıştır.

Türk mühendis ve mimar odalarına asli üye olabilmek için Türk vatandaşı olma şartı aranmıştır. Yabancılar, ancak belli bir işe münhasır olarak mühendis veya mimar olarak çalışabilirler<sup>35</sup>.

### **III. ÇIKMA İZİNİ ALARAK TÜRK VATANDAŞLIĞINDAN AYRILAN YABANCILARIN HUKUKÎ DURUMU**

Türk vatandaşlığını kaybeden bir kişi yabancı statüsüne girer ve yabancı muamelesine tâbi tutulur<sup>36</sup> (mülga 403 sayılı TVK m. 29, birinci cümle). Bu gibi kişiler, daha önceden Türk vatandaşı olmaları sebebi ile bir ayrıcalık görmezler; bir yabancı gibi Türkiye’de ikamet, çalışma ve gayrimenkul edinme gibi haklara sahip olabilirler. Ancak 1995 yılında, mülga 4112 sayılı Kanun ile Türk vatandaşlığından Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkma izni alarak ayrılanların ve bunların kanunî mirasçılarının bazı hakları saklı tutulmuştur<sup>37</sup>. Bu dü-

<sup>31</sup> 5523 sayılı Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı Kurulması Hakkında Kanunu (m. 5), R. G.: 4/7/2006 – 26218.

<sup>32</sup> Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcra-yı San’at ve Ticaret Hakkında Kanun: R.G.: 29/4/1926 – 359.

<sup>33</sup> “Madde 2 – Nehirler ve göller ve Marmara havzasıyla boğazlarda bilimum kara sularıyla kara sularına dahil bulunan körfez, liman koy ve sairede vapur, römorkör istimbot, motorbot, mavnâ, salâpurya, sandal, kayıt velhasıl makine, yelken, kürek ile müteharrîk merakibi kebire ve sagire ile tarak, prizman, maçuna, algarina, şat ve her nevi nakliye ve su dubaları limyo, seyriüsefer ve nakliyat icra etmek suretleriyle ticaret hakkı Türkiye tebaasına munhasırdır”.

<sup>34</sup> R. G.: 4/4/1971 – 13799.

<sup>35</sup> 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu, (m. 15, 34 ve 35), R.G.: 4/2/1954 – 8625.

<sup>36</sup> 5901 sayılı Türk vatandaşlığı Kanununda, Türk vatandaşlığını kaybetmenin genel sonucuna ilişkin mülga 403 sayılı TVK m. 29/birinci cümledeki gibi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doğal olarak Türk vatandaşlığını herhangi bir şekilde kaybedenler yabancı muamelesine tâbi olacaktırlar.

<sup>37</sup> “Madde 29: Bu kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulur. Ancak doğumla Türk Vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan İçişleri Bakanlığından çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişiler ve bunların kanunî mirasçıları, Türkiye Cumhuriyetinin millî gü-

## ***Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı***

zenlemeye göre, çıkma izni olarak Türk vatandaşlığından ayrılan kimseler ile kanunî mirasçılarının, millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydı ile ülkede ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ile ferağı gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabilecekleri düzenlenmiş idi. Bu düzenlemede, çıkma izni olarak Türk vatandaşlığından ayrılan kimselerin hangi haklardan Türk vatandaşları gibi yararlanabileceği örnekleme yoluyla sınırlama olmaksızın sayılmıştır. Ancak bu hükmün uygulamasında, bazı sorunlar ile karşılaşmıştır. Bunlar kısaca, kanunî mirasçılık sıfatının ne zaman kazanılacağı, çıkma izniyle Türk vatandaşlığından ayrılanların çocuklarının durumunun belirsizliği, yabancı devlet vatandaşlığını kazandıktan sonra izin olarak Türk vatandaşlığından ayrılan kimselerin madde kapsamına girip girmediği ve maddede sayılmayan haklar bakımından meydana gelen tereddütlerdir. İşte bu tereddütleri gidermek amacıyla, mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanununun 29. maddesi, 5203 sayılı Kanunla değiştirilmiştir<sup>38</sup>.

5203 sayılı Kanunla getirilen düzenlemede, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni olarak Türk vatandaşlığından ayrılanlar ile bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları, Kanunda zikredilen haklar hariç, Türk vatandaşları ile aynı hukukî statüde kabul edilmişlerdir<sup>39</sup>.

*venliği ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla ülkede ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ile ferağı gibi konularda Türk Vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. 33 ve 35 inci maddeler hükümleri saklıdır.”* Bu hükmün çıkarılış amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **AYBAY, R.:** Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2006, s. 209 vd. (Vatandaşlık); **UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A.:** Türk Vatandaşlığı Kanununda 5203 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Sonrasında Türk Vatandaşlığından Çıkma, Yasa Hukuk Dergisi, Sayı 260, 2005, s. 21 vd.; **TURHAN, T.:** Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları, (TVK m. 29 Üzerine Bir İnceleme), AÜHF, C. 46, S. 1 – 4, s. 42 vd.

<sup>38</sup> “Madde 29: (Değişik 29.6.2004-5203/md.1) Bu Kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler; kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulur. Ancak doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığında vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları; Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafen araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Kanunun 33 ve 35 inci maddede hükümleri saklıdır.” İki düzenleme arasındaki farklar ve önceki düzenleme hakkındaki tereddütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **UYANIK ÇAVUŞOĞLU,** s. 23 vd.; **DOĞAN, V.:** Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2008, s. 113 vd., (2008).

<sup>39</sup> Kanunî düzenleme metninin başarısız ve bazı açılardan tereddütleri gidermeye yetmediği

12.6.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanununun 28. maddesinde ise, 2004 tarihli düzenleme öz olarak aynen korunmuştur<sup>40</sup>. Ancak iki düzenleme arasında bazı ifade farklılıkları bulunmaktadır. Önceki Kanunda yer alan, “*Ancak doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları*”<sup>41</sup> yerine “*Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak*”<sup>42</sup> suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları” ifadesi kullanılmıştır. İki düzenleme arasında sadece yukarıdaki ifade farklılığı bulunmaktadır. Bu kimselere, İçişleri Bakanlığı tarafından düzenlenecek bir “mavi kart” verilir.

#### IV. MAVİ KART HAMİLLERİNİN TÜRKİYE’DE ÇALIŞABİLME ŞARTLARI

##### A) GENEL OLARAK

Yönetmeliğin, 47. maddesine göre, Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilen kişi, çıkma belgesini imza karşılığında teslim aldığı tarihten itibaren

---

hakkında bkz: **AYBAY**, Vatandaşlık, s. 217 vd.; **UYANIK ÇAVUŞOĞLU**, s. 23; **DOĞAN**, 2008, s. 113.

<sup>40</sup> “*Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilere tanınan haklar* Madde 28 – (1) *Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları; millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme ve muafiyet araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler.*”

<sup>41</sup> Kanundaki “*İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni alanlar*” ifadesi doktrinde, maddenin getirdiği olanaklardan yararlanmak için çıkma izninin yeterli olduğu izlenimi verdiği, oysa vatandaşlığın kaybedildiği tarihin çıkma izninin verildiği tarih değil, çıkma belgesinin verildiği an olması sebebi ile çıkma izni alan bir kimsenin Türk vatandaşlığını muhafaza etmesi sebebiyle yabancı gibi bir değerlendirmeye tâbi tutulamayacağı yönünde haklı olarak eleştirilmiştir: **AYBAY**, Vatandaşlık, s. 207. 5901 sayılı Kanunun ifade tarzı bu eleştiriye gidermiş görünmektedir.

<sup>42</sup> 5901 sayılı Kanunda, çıkma izninin şartları bakımından çok önemli değişiklikler yapılmamıştır. Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 4866 sayılı Kanunla değişik 20. maddesinde aranan şartlar korunmuştur. 5901 sayılı Kanun, askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamayı, çıkma izni şartı olarak önceki Kanundan farklı olarak aramıştır: Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **DOĞAN, V.**: Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2009, s. 105 vd. (2009); **NOMER, E.**: Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2009, s. 109. Yazar, askerliğe ilişkin yükümlülüklerin, vatandaşlığı kaybettirme sebebi olmaktan çıkarılmasına karşın çıkmada aranmasının çelişki olduğunu ifade etmektedir.

## *Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı*

Türk vatandaşlığını kaybeder ve yabancı muamelesine tabi tutulur. Ancak, mavi kart hamilleri, TVK m. 28'de kendilerine tanınan haklar kapsamında imtiyazlı yabancı statüsündedirler. Mavi kart hamillerinin Türkiye'deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemlerinin, ilgili kurum ve kuruluşlarca Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütülmesi gerektiği Yönetmelikte kabul edilmiştir (Yönetmelik m. 52/II).

Burada öncelikle mavi kart hamillerinin, 2527 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusu üzerinde durmak gerekir. 2527 sayılı Kanunun uygulama alanı ile TVK m. 28'in uygulama alanı birbirinden farklıdır. Çünkü 2527 sayılı Kanun Türkiye'de ikamet eden Türk soylu yabancıların çalışma haklarına ilişkindir. TVK m. 28 ise, doğumla Türk vatandaşlığını kazanıp çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan eski Türk vatandaşları için kabili tatbiktir. İkinci olarak, 2527 sayılı Kanunun uygulama alanındaki yabancılar ile TVK m. 28'in uygulama alanı içindeki yabancıların çalışabilme şartları da farklıdır. 2527 sayılı Kanunun 3. maddesine göre, Kanunun uygulama alanındaki yabancılar, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanundaki şartlara göre Türkiye'de çalışabileceklerdir. Diğer bir ifade ile Türk soylu yabancılar, ancak çalışma izni alarak Türkiye'de çalışabileceklerdir. Hâlbuki mavi kart hamilleri, TVK m 28'de istisna tutulan meslekler hariç, çalışma iznine gerek olmaksızın Türk vatandaşları gibi çalışma hakkına sahiptirler. Diğer önemli bir fark ise, Türk soylu yabancıların, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Teşkilatı hariç, kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde çalışabilmeleri kabul edilmiştir. Kanunun 7. maddesinde, kendilerine izin verilenlerin, izin süresince, ikamet ve çalışma ile ilgili kanunların öngördüğü Türk vatandaşı olma şartından istisna edileceği de kabul edilmiştir. TVK m. 28'de ise, mavi kart hamillerine kamu görevine girme hakkı tanınmamıştır. Dolayısıyla ile TVK m. 28'in uygulama alanına giren yabancıların, 2527 sayılı Kanuna tâbi olarak çalışabileceklerini ileri sürmek kanaatimizce doğru değildir.

## **B) MİLLÎ GÜVENLİK VE KAMU DÜZENİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER**

Mavi kart hamilleri, millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydı ile Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabilirler. Millî güvenlik ve kamu düzeni kavramları, genel ve soyut kavramlar-



dır. Millî güvenlik kavramından genellikle, devletin iç ve dış güvenliği anlaşıl-  
maktadır<sup>43</sup>. Kamu düzeni kavramının tanımının yapılması da zordur<sup>44</sup>. Kamu  
düzenine ilişkin kurallar, hem kamu hukukunda hem de özel hukukta bulun-  
maktadır. Hatta hangi kuralların kamu düzenine ilişkin olduğuna dair belirle-  
yici genel bir tarifin verilemeyeceği de ifade edilmektedir<sup>45</sup>. Ancak buna rağ-  
men doktrinde, kamu düzeni tanımlanmaya ve kamu düzeni kavramını oluş-  
turan unsurların tespitine çalışılmaktadır. Doktrinde, kamu düzeni, “toplumun  
huzurunu ve güvenliğini, esenliğini ve sağlığını koruma amacıyla ortaya ko-  
nan kurum ve kuralları içerir” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>46</sup>. Kamu düzeni-  
ni oluşturan unsurları üç ana başlık altında toplamaktadır<sup>47</sup>. Bunlar, kamu gü-  
venliği, kamu sağlığı ve kamu huzurudur. Kamu güvenliği (âmme emniyeti,  
âmme asayiş), bireylerin ve onların oluşturdukları toplulukların can ve mal-  
ların korunmasıdır. Kamu sağlığı (umumî hıfzıssıhha), bireylerin bulaşıcı ve  
salgın hastalıklardan korunması, sosyal hayatın sağlık koşulları içinde sür-  
mesi demektir. Kamu huzuru (kamu esenliği, kamu dirliği, âmme selameti,  
âmme sükûnu) ise, toplumun dirliği, rahatı ve hayatın normal seyrini takip et-  
mesi demektir<sup>48</sup>.

Mavi kart hamillerine, TVK. m. 28’de tanınan hakların kamu düzeni ile  
kısıtlanmasında nasıl bir kıstasın uygulanacağı ve sınırının nasıl tespit edile-

<sup>43</sup> **NOMER**, s. 105.

<sup>44</sup> “Türk hukukunda kamu düzeninden, bu düzeni oluşturan unsurlardan söz eden birçok kul-  
ral vardır. Anayasa, kamu düzeni yanında, genel sağlık ve genel ahlâktan; sağlıklı ve düzenli  
kentleşmeden; çevre sağlığının ve tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasından, çevre  
kirlenmesini önlemekten; tekelleşme ve kartelleşmeye engel olmaktan söz etmektedir. Çeşit-  
li kanunlarda da, “umumi emniyet ve asayiş”, “içtimai ve umumî intizam” “amme emniyeti”,  
“halkın ırz, can ve malını muhafaza”, “ammenin istirahatini temin”, “amme nizamı”, “ahlâk  
ve umumî terbiye”, “ar ve haya”, “halkın rahatı ve huzuru”, “milletin sıhhati”, “müstakbel  
neslin sıhhati”, beldenin ve belde halkının sıhhat, selamet ve refahı...intizamı” gibi kelime-  
ler kullanılmaktadır”: **YAYLA, Y.**: İdare Hukuku, İstanbul, 2009, s. 38. Milletlerarası Özel  
Hukukta, kamu düzeni anlayışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **DEMİR GÖKYAYLA, C.**:  
Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınmasında Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 23 vd.

<sup>45</sup> **NOMER**, s. 105.

<sup>46</sup> **GİRİTLİ, İ. – BİLGİN, P. – AKGÜNER, T.**: İdare Hukuku, İstanbul 2006, s. 818.

<sup>47</sup> **YAYLA**, s. 38; **GÜNDAĞ, M.**: İdare Hukuku, Ankara 2004, s. 259 – 260; **GİRİTLİ – BİL-  
GEN – AKGÜNER**, s. 819; **GÖZÜBÜYÜK, A. Ş. – TAN, T.**: İdare Hukuku, Ankara 2008,  
s. 748. Modern anlayışına göre, genel ahlâk, kamusal estetik, insan onuru, bireylerin kendine  
karşı korunması da kamu düzeninin unsurları arasında gösterilmektedir: **GÖZLER, K.**: İda-  
re Hukuku, Bursa 2009, C.II, s. 473 – 476.

<sup>48</sup> Kamu düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **GÖZLER C.II**, s. 472 - 473; **YAYLA**, s. 38.



## *Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı*

bileceği kolay değildir<sup>49</sup>. Doktrinde yabancılar için getirilen kısıtlamaların pek çoğunun millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Üstelik millî güvenlik ve kamu düzeni şartı sebebiyle karşılaşılabilecek sınırlamaların her bir hak kategorisine göre değişecek olmasından dolayı, bu kısıtlamaların önceden tespit edilebilmesinin de mümkün olmadığı ifade edilmiştir<sup>50</sup>.

Mavi kart hamillerinin çalışabilmesi için aranan millî güvenlik ve kamu düzeni şartı, hükmün amacına uygun olarak yorumlanmalıdır. Mavi kart hamillerini, imtiyazlı bir statüye kavuşturulmasını öngören ilk düzenlemeden itibaren amaç, kanunda sayılan istisnalar dışında, Türk vatandaşlarına tanınan hakların, aynen bu kişilere de tanınmasıdır<sup>51</sup>. Üstelik Kanundaki sınırlamalar, istisnaî nitelikte olduğu için dar yorumlanmalıdır.

Yabancıların çalışma şartlarına ilişkin kuralların tamamının, kamu düzeni ile bir şekilde irtibatının kurulması mümkündür. Örneğin, yabancıların ülkeye girmesi için alacağı çalışma vizesi, ikameti için gerekli olan ikamet tezkeresi ve çalışabilmesi için gerekli olan çalışma iznine ilişkin kuralların hepsi bir şekilde kamu düzenini ilgilendirmektedir. Yine yabancılar yasaklanan mesleklerin ve işlerin de genellikle millî güvenlik ve kamu düzeni ile ilgili olduğu kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Eğer söz konusu bu kısıtlamanın genel ve soyut bir kısıtlama olduğu düşünülürse, m. 28’de mavi kart hamillerine tanınan imtiyazların bir önemi kalmayacaktır<sup>53</sup>. Çünkü yabancıların çalışma hakları ile ilgili tüm kısıtlamaların ve gerekliliklerin kamu düzeni ile irtibatının kurulması zor olmayacaktır. Millî güvenlik ve kamu düzeni şartı, mavi kart hamilleri için özellikle çalışabileceği meslekler bakımından genel bir şart olarak kabul

<sup>49</sup> TURHAN, s. 58; AYBAY, Vatandaşlık, s. 211.

<sup>50</sup> NOMER, s. 106; TURHAN, s. 58; CİN, M.: Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Türkiye’de Çalışma Hakkı, MHB, Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, s. 347. NOMER, s. 105. Yazar bu sebeple, mavi kart hamillerinin kamu hizmeti görebilmeyi Türk vatandaşı olma şartına bağlayan kamu kuruluşlarında çalışabilmelerinin mümkün olmadığını, bu sebeple “kamu görevlisi” ve “devlet memuru” olamayacaklarını ifade etmektedir.

<sup>51</sup> Kanunun çıkarılış amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: AYBAY, R. Yabancılar Hukuku, s. 100 vd, (Yabancılar).

<sup>52</sup> TURHAN, s. 58; CİN, s. 347; GÜRZUMAR, A.: Türk Vatandaşlığının Kaybında Şahıs İradesinin Önemi, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, s. 162.

<sup>53</sup> TURHAN, s. 58. Yazar haklı olarak, kamu düzeni ve millî güvenliğe ilişkin kısıtlamanın genel bir şart olarak kabul edilmesi halinde, getirilen düzenleme ile kısır bir döngüye yol açma ihtimalinin kuvvetli bir ihtimal olduğunu ifade etmektedir.

edilirse, Türk vatandaşlarına tahsis edilen meslek ve sanatların hiçbirisini yapamaması gerekecektir. Bu sebeple de, millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin şart, her bir somut olay bakımından dikkate alınması gereken bir şart olarak değerlendirilmelidir<sup>54</sup>. Diğer bir ifade ile mavi kart sahibi her bir kimsenin durumuna, şartlarına ve çalışacağı alana ilişkin olarak somut olay bakımından kamu güvenliği ve kamu düzenini ihlal eden bir durumun olup olmadığının tespiti yapılmalıdır. Aksi takdirde mavi kart hamillerinin istisnalar hariçinde, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceklerine ilişkin kanun hükmünün bir anlamı kalmayacaktır<sup>55</sup>. Üstelik uygulamada bu görüşü destekler düzenlemeler mevcuttur. Anayasa Mahkemesi<sup>56</sup>, yabancıların taşınmaz ediniminin ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğuna karar vermesine rağmen, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün 2004/22-1593 sayılı Genelgesine göre, mavi kart hamilleri Türk vatandaşları gibi taşınmaz edinebilmektedirler<sup>57</sup>.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, mavi kart hamilleri, Türkiye’de çalışma haklarını kullanırken yabancılar için aranan çalışma vizesi, çalışma amaçlı

<sup>54</sup> Aynı görüşte bkz: **GÜRZUMAR**, s. 162. Aksi görüş için bkz: **CİN**, s. 348. Yazar, kamu güvenliği ve düzeni kavramlarının mümkün olduğunca dar yorumlanarak, doğrudan devletin ve toplumun genel yapısını veya çıkarlarını korumaya yönelik yasaklar dışında, mavi kart hamillerinin Türkiye’de çalışabilmelerine izin verilmelidir görüşünü beyan etmektedir.

<sup>55</sup> Aynı görüşte bkz: **GÜRZUMAR**, s. 162. Özellikle Yazar, kamu düzeni kavramının göreceği sebebiyle, kamu düzenine aykırılığın her somut olay bakımından ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

<sup>56</sup> AMK. 2003/70, 2005/14 K. T. 14.03.2005, R. G.: 26.04.2005 – 25979.

<sup>57</sup> “3- Türk vatandaşlığını doğumla kazanmış olup da, sonradan izin almak suretiyle (Asya ve Afrika’daki tüm devletler ile Avrupa’daki Polonya, Yunanistan, Bulgaristan, Romanya, Macaristan, Arnavutluk, Çek Cumhuriyeti, Slovakya ve Yugoslavya’nın dağılmasıyla ortaya çıkan Bosna-Hersek, Hırvatistan, Slovenya, Makedonya, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Sırbistan) vatandaşlığına geçenler hariç) yabancı bir devlet vatandaşlığına geçen veya önceden yabancı bir devlet vatandaşlığına geçip de sonradan çıkma izni alan kişiler ile bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocuklarının taşınmaz mal iktisabı, ferağı, miras ve mülkiyetten ayrı aynı haklara ilişkin her türlü talepleri, yabancılar uygulanan kanuni kısıtlayıcı hükümler uygulanmaksızın aynen Türk vatandaşları gibi merkeze sorulmadan ilgili tapu sicil müdürlüklerinde sonuçlandırılacaktır.” [http://www.tkgm.gov.tr/ana.php?Sayfa=genelgedetay&Id=276\(16.04.2010\)](http://www.tkgm.gov.tr/ana.php?Sayfa=genelgedetay&Id=276(16.04.2010)). Kanaatimizce, Genelgede bazı ülkelere istisna getirilmesi hukuken doğru değildir. Çünkü kanunla ile verilen bir hakkın genelge ile kaldırılması ya da sınırlandırılması mümkün değildir. Ayrıca, Genelgedeki sınırlamalar, kamu güvenliği ve kamu düzeni sebebi ile uygulanmakta ise, bazı ülke vatandaşları için genel ve soyut bir sınırlamanın yapıldığının da kabulü gerekecektir.

## ***Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı***

ikamet tezkeresi<sup>58</sup> ve çalışma izni gibi gerekliliklere tâbi değildirlers<sup>59</sup>.

### **C) İLGİLİ MEVZUATA UYGUNLUK**

Mavi kart sahibi kimselerin, çalışacağı alandaki mevzuatın aradığı şartları haiz olması gerekmektedir. Çünkü TVK. m. 28’de, “*bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla*” hükmü yer almaktadır. Bu sebeple, mavi kart hamillerinin, çalışacakları alanlardaki mevzuatın aradığı şartları taşıyor olmaları gerekmektedir. Örneğin, belli bir eğitim alarak Türkiye’de geçerli bir diplomaya sahip olmak ya da bir meslek kuruluşuna kayıtlı olmak gibi.

### **D) KONU BAKIMINDAN SINIRLAMA**

TVK m. 28’e göre, mavi kart hamilleri, askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevine girme ve muafiyet araç veya ev eşyası ithal etme hakları bakımından normal yabancı statüsünde kabul edilmişlerdir. Mavi kart hamillerinin, çalışma hakkı bakımından kamu görevine girme hakkının olmaması, bu kişiler için önemli bir sınırlama teşkil etmektedir<sup>60</sup>.

#### **1. “Kamu Görevi” Kavramının Anlam ve Kapsamı**

TVK m. 28’de mavi kart hamillerine yasaklanan “kamu görevine girme” kavramının Kanundaki anlam ve kapsamının tespitinin yapılması gerekmektedir. Bu şekilde mavi kart hamillerinin hangi haklardan yararlanamayacakları daha net bir şekilde anlaşılabilir.

Türk (idare) hukukunda “kamu görevi” kavramından daha ziyade “kamu görevlileri” ya da “kamu hizmeti” kavramı kullanılmaktadır.

<sup>58</sup> ÇİÇEKLİ, s. 125. İkamet izninin, kamu düzeni ve millî güvenliği ilgilendirdiği gerekçesiyle aksi görüş için bkz: CİN, s. 348.

<sup>59</sup> Uygulama Yönetmeliğinin 52. maddesinin 2. fıkrasında aynen “*Bu kişilerin Türkiye’deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferahlığı gibi konulara yönelik işlemler, ilgili kurum ve kuruluşlarca Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütülür*” hükmü yer almaktadır.

<sup>60</sup> Bu çalışmada ağırlıklı olarak, 28. madde kapsamında bulunan yabancıların kamu görevine girememesi sebebiyle Türk vatandaşlarına tahsis edilmiş işlerde çalışıp çalışamayacakları inceleme konusu yapılmıştır. Diğer sınırlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 30 vd.

Anayasada “kamu görevi” kavramının sınırlı olarak kullanıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. “Kamu görevi” ifadesi Anayasa m. 39’da “**Kamu görev** ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir...”, ile m. 127/V’de “Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, **kamu görevlerinde** birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir” şeklinde iki yerde kullanılmıştır.

Anayasanın 39 ve 127. maddesinde, “kamu görevi” kavramı birincisinde, kamu görevi yapan kimseleri ifade etmek için kullanılmış iken; ikincisinde, kamu hizmetleri anlamında kullanılmıştır.

Fransız idare hukukunda, kamu görevi kavramı ile kamu görevlilerinin tâbi olduğu hukukî rejim anlatılmak istenmektedir. Kamu görevi kavramı, Fransız hukukunda, kamu görevlisinin hukukî rejimini inceleyen hukuku ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>61</sup>. Türk hukukunda ise, daha çok “kamu görevlisi” kavramı tercih edilmiştir. Anayasada kullanılan kavram ise, “kamu görevlisidir”<sup>62</sup>. Bu sebeple idare hukuku içinde konu, “kamu görevlileri” başlığı altında incelenmektedir<sup>63</sup>. Bu anlamda, TVK m. 28’deki “kamu görevine girme” hakkından anlaşılması gereken, “kamu görevlisi” olabilme hakkıdır.

TVK m. 28’deki “kamu görevine girme” kavramının anlamı ve muhtevası tespit edilirken kullanılan kavramlardan birisi de “kamu hizmeti” kavramıdır<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> GÖZLER, C. II, s. 625. “Fransız idare hukukunda “kamu görevi (*function publique*)” tabiriyle kamu görevlilerinin tâbi olduğu hukukî rejim anlatılmak istenir. Diğer bir ifade ile “kamu görevi” başlığı altında, kamu görevlisi çeşitleri, kamu görevlilerinin kamu görevine girmeleri, ilerlemeleri, hakları ve ödevleri gibi konularda uygulanan kamu hukuku kuralları incelenmektedir. Bu konuları düzenleyen kurallardan oluşan hukuka da “kamu görevi hukuku (*droit de la fonction publique*)” ismi verilmektedir.”

<sup>62</sup> Örneğin, Anayasa m. 51/V, m. 53/III, m. 68/V, m. 75/III, m. 128/I – II, m. 129/I – II – V – VI.

<sup>63</sup> GÖZLER, s. 624; GİRİTLİ – BİLGİN – AKGÜNER, s. 432; GÖZÜBÜYÜK, A. Ş. – TAN, T.: İdare Hukuku, Ankara 2006, C. II, s. 877; AYANOĞLU, T.: Kamu Personelinin Hukukî Rejimi, (AYANOĞLU, İ. H.: Gün Işığında Yönetim, İstanbul 2004), s. 996; AKYILMAZ, B. – SEZGİNER, M. – KAYA, C.: Türk İdare Hukuku, Ankara 2009, s. 545; YILDIRIM – KARAN, s. 277; YAYLA, s. 271.

<sup>64</sup> Kamu hizmeti kavramı Anayasa Mahkemesi tarafından, “devlet ya da diğer kamu tüzel kişi-

## *Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı*

Kamu hizmeti kavramı, maddî ve organik olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır.

Organik anlamda kamu hizmeti, bir teşkilatı, bir organizasyonu, bir örgütü ifade etmektedir<sup>65</sup>. Örneğin, Anayasanın 70. maddesindeki “Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir” ifadesindeki “kamu hizmeti” kavramı, organik anlamda kullanılmıştır ve kamu kuruluşlarını (teşkilat anlamında idareyi) ifade etmektedir<sup>66</sup>.

Maddî anlamda kamu hizmeti ise, kamu yararına yönelik bir faaliyeti ifade etmektedir<sup>67</sup>. Örneğin Anayasanın 47. maddesindeki “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir” hükmündeki kamu hizmeti, maddî anlamda kullanılmıştır. Maddî anlamda kamu hizmeti, bir kamu tüzel kişisi tarafından doğrudan yürütülebileceği gibi, onun denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından da yürütülebilir. Örneğin imtiyaz sözleşmesi ile bir kamu hizmetinin yürütülmesi, bir özel hukuk kişisine kamu tüzel kişisi tarafından devredilmesi halinde kamu hizmeti, özel hukuk kişisi tarafından yerine getirilmektedir<sup>68</sup>.

İdare hukukunda, kamu hizmeti kavramı ise daha çok, maddî anlamda kullanılmaktadır<sup>69</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra kanaatimizce, gerek “kamu görevi” kavramının Fransız idare hukukunda kamu görevlilerini ifade etmek için kullanılması gerek Anayasanın 70. maddesindeki “kamu hizmeti” kavramının or-

leri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir” şeklinde tanımlanmıştır: YAYLA, s. 71. Kamu hizmeti kavramının belirsizliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 457 vd.

<sup>65</sup> Bir diğer tanıma göre, “Organik anlamda kamu hizmeti, belli bir hizmetin yürütülmesine tahsis edilen kamu emlakının, görevlendirilen kamu görevlilerinin ve ayrılan malî imkânların bütünüdür.” AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 458.

<sup>66</sup> GİRİTLİ – BİLGİN – AKGÜNER, s. 845; GÖZLER, C. II, S. 251.

<sup>67</sup> GÖZLER, C. II, S. 251; GÖZÜBÜYÜK – TAN, s. 642; YAYLA, s. 72; AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 458. AYANOĞLU, s. 225 – 226; GİRİTLİ – BİLGİN – AKGÜNER, s. 845.

<sup>68</sup> GÖZLER, s. 254; GÖZÜBÜYÜK – TAN, s. 644; AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 458. Örneğin özel okulların, minibüsçülerin yaptıkları faaliyetin, kamu hizmeti olduğu hakkında bkz: AYANOĞLU, s. 226 – 229.

<sup>69</sup> GÖZLER, s. 251 – 252; YAYLA, s. 72.

ganik anlamda idarî teşkilatı işaret etmesi, gerek idare hukukunda kamu hizmeti kavramının daha çok maddî anlamda kullanılması sebepleri ile TVK m. 28'deki "kamu görevine girme" kavramını, "kamu görevlisi" olabilme hakkı olarak nitelendirmek gerekmektedir<sup>70</sup>. Üstelik TVK m. 28'in lafzı da bu görüşü doğrular niteliktedir. Çünkü Kanun "kamu görevine girme"den bahsetmiştir. Kamu görevine girmeden bahsedilmek için bir teşkilatın varlığı da zorunludur.

## **2. Kamu Görevlisi Kavramı**

### **a) Anlamı**

Kamu görevlisi kavramı, geniş ve dar anlamda kullanılmaktadır<sup>71</sup>.

Geniş anlamda kamu görevlisi, kamu kesiminde çalışan bütün kişileri ifade eder. Bu muhtevada kamu görevlisi tanımının içine, kamu tüzel kişilerinin gerek kamu hukukuna tâbi memurlar ile gerek özel hukuka tâbi olarak çalışan sözleşmeli personel, işçi veya işçi statüsündeki herkes dâhildir. Ancak bu şekilde geniş anlamda "kamu görevlisi" tanımının hukuk açısından bir önemi bulunmamaktadır<sup>72</sup>. Çünkü idare hukuku anlamında kamu görevlisi kapsamına girebilmek için, yalnızca kamu hizmetini ifa etmek şartının yeterli olmadığı kabul edilmektedir<sup>73</sup>.

Dar anlamda kamu görevlisi, kamu tüzel kişilerinde meslekî bir sıfatla ücret karşılığı çalışan ve kamu hukuku rejimine tabi olan personel olarak tanım-

<sup>70</sup> Doktrinde bir görüşe göre, "kamu görevine girme hakkından" ne anlaşılması gerektiğinin tespitinde kullanılacak kıstas, görülecek hizmetin "kamu hizmeti" niteliğinde olmasıdır: **NO-MER**, s. 105. Kanaatimizce, görülecek hizmetin niteliğinden hareketle, kamu hizmeti olarak nitelendirilebilecek faaliyetlerin mavi kart hamillerine yasaklanması, kamu hizmeti kavramının maddî anlamının esas alınmasıdır. Hâlbuki yazar, bu tespitten sonra, mavi kart hamillerinin "kamu görevlisi" veya "devlet memuru" olamayacaklarını söylemektedir. "Kamu görevlisi" ve "devlet memuru" ifadesi ise, organik anlamda kamu hizmetine işaret eden kavramlardır. Bu sebeple, kanaatimizce "kamu görevine girme" kavramının, görülecek hizmetin niteliğine göre tespit edilmesi doğru gözükmemektedir.

<sup>71</sup> Doktrinde bir görüşe, kamu görevlilerinin dört değişik anlamı bulunmaktadır. Bunlar; en geniş anlamda kamu görevlisi, geniş anlamda kamu görevlisi, dar anlamda kamu görevlisi ve en dar anlamda kamu görevlisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **GÖZLER**, C. II, s. 623 vd.

<sup>72</sup> **GÖZLER**, C. II, s. 625; **YILDIRIM – KARAN**, s. 278. **GÖZLER**, kamu personeline çalışan bütün kişileri, en geniş anlamda kamu görevlileri olarak tasnif etmektedir. Geniş anlamda kamu personelinin ise, dar anlamda kamu personeline ek olarak Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar, milletvekilleri, belediye başkanları, belediye meclisi üyeleri, il genel meclis üyeleri, muhtarlar ve köy ihtiyar meclisi üyelerinden oluştuğunu belirtmektedir: **GÖZLER**, s. 624.

<sup>73</sup> **YILDIRIM – KARAN**, s. 278; **AYANOĞLU**, s. 984.

## ***Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı***

lanmaktadır. Bu tanıma göre, yaptıkları işi meslekî sıfatla yapmayan kişiler kamu görevlisi sayılmamaktadır. Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar, milletvekilleri, belediye başkanları, belediye meclisi üyeleri, il genel meclis üyeleri, muhtarlar ve köy ihtiyar meclisi üyeleri, dar anlamda kamu görevlisi sayılmamaktadır. Çünkü bunlar yürüttükleri görevleri mesleki bir sıfatla değil, seçilmiş veya atanmış vatandaş sıfatıyla yapmaktadırlar<sup>74</sup>.

Kamu görevlisi kavramı, kamu hizmetinde görev alan kişileri ifade etmek için kullanılsa bile, gerek mevzuatta gerekse doktrinde kavramın tanımı ve muhtevası bakımından farklılıklar mevcuttur. Anayasanın 128. maddesinde “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerininin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler; memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” hükmü yer almaktadır. Anayasanın diğer hükümlerinde de kamu görevlisi kavramı daha geniş anlamda kullanılmaktadır. Örneğin Anayasanın ispat hakkı başlıklı 39. maddesinde “kamu görev ve hizmetinde bulunanlardan” ve temel hak ve hürriyetlerin korunması ile ilgili 40. maddesinde “resmi görevlilerden” bahsedilmektedir<sup>75</sup>.

Türk idare hukuku öğretisinde, kamu görevlilerinin statüsünü belirlemek için, “genel idare esaslarına tâbi kamu hizmetleri”, “kamusal yönetim biçimine tâbi kamu hizmetleri” ve “kamu hukuku rejimine tabi kamu hizmetleri”<sup>76</sup> gibi kavramlar kullanılmaktadır. Dolayısıyla kamu görevlileri, asli ve sürekli görevlerde çalışıp da işçi dışında kalan ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak kamu hizmetlerini yürüten personel olarak tanımlanabilmektedir<sup>77</sup>. Diğer bir tanıma göre, dar anlamda kamu görevlileri, kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli (birincil) ve sürekli görevleri yürüten kişilerdir. Anayasaya göre de bu kişiler memurlar ve diğer kamu görevlileridir<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> GÖZLER, C. II, s. 625; AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 546. GÖZLER’in tasnifine göre, siyasî nitelikli bu kamu görevlileri, geniş anlamda kamu görevlisi sayılmaktadır. Kamu tüzel kişisine bağlı olarak çalışan tüm kimseler ise, GÖZLER’in tasnifinde en geniş anlamda kamu görevlisi kategorisine dahil edilmişlerdir.

<sup>75</sup> Fazla bilgi için bkz: YILDIRIM – KARAN, s. 277.

<sup>76</sup> Genel idare esasları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: GÖZLER, C. II, s. 630 vd.

<sup>77</sup> AYANOĞLU, s. 997 – 998; TANRIVER, S.: Konkordato Komiseri Ankara 1993, s. 135.

<sup>78</sup> AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 546; GÖZLER, C. II, s. 629. İdare hukukunda idarenin kamu hukuku rejimine tâbi kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde kamu görevlisi is-



## b) Kamu Görevlisi Olabilmenin Koşulları

İdare hukuku anlamında kamu görevlisi kavramı daha çok, dar anlamda kullanılmaktadır. Bu anlamda bir kimsenin kamu görevlisi olabilmesi için bazı koşullar aranmaktadır. Bunlar, bir kamu tüzel kişisine bağlı olarak çalışmak, istihdam ilişkisi ve kamu hukuku bağıdır. Bir kimsenin kamu görevlisi sayılabilmesi için yukarıdaki üç şartın da gerçekleşmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile bu şartlar alternatif değil, kümülâtiftir<sup>79</sup>.

### aa) Bir Kamu Tüzel Kişisine Bağlı Olarak Çalışmak

Kamu görevlisi olabilmek için, kamu görevlisinin bir kamu tüzel kişisine bağlı olarak çalışması gerekmektedir<sup>80</sup>. Nitekim Devlet Memurları Kanununun 1. maddesinde bu husus açıkça belirtilmiştir<sup>81</sup>. Bir kamu tüzel kişisine bağlı olarak değil de kendi başlarına ya da bir özel hukuk kişisine bağlı olarak çalışan kimseler, yaptıkları iş kamu hizmeti olsa da, kamu görevlisi olmazlar. Bir özel hukuk tüzel kişisi kamu hizmeti yürütüyor olsa ve bu tüzel kişiye bağlı olarak çalışan kimseler, bir kamu makamının onayı ile işe alınırlar ve bu özel hukuk tüzel kişisi finansal olarak devlet yardımıyla faaliyetlerini icra etse de, bu tüzel kişiye bağlı olarak çalışan kimseler kamu görevlisi kabul edilmezler<sup>82</sup>. Yine yaptıkları iş kamu hizmeti olsa bile (örneğin taksi şoförleri) ya da yaptıkları iş kanunen kamu hizmeti kabul edilse bile (örneğin serbest avukatlar<sup>83</sup>), bir kamu tüzel kişisine bağlı olarak çalışmayanlar, di-

tihtam etme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu tür kamu hizmetlerinde işçi istihdam edilmesine hukuken imkân bulunmamaktadır. İdare, özel hukuka tâbi kamu hizmetlerinde de kamu görevlisi değil, işçi istihdam etmek zorundadır: **AYANOĞLU**, s. 990; **GÖZLER**, C. II, s. 634.

<sup>79</sup> **GÖZLER**, C. II, s. 643.

<sup>80</sup> **GÖZLER**, C. II, s. 637; **GİRİTLİ – BİLGİN – AKGÜNER**, s. 433; **YAYLA**, s. 274.

<sup>81</sup> DMK. “*Madde 1 - (Değişik madde: 30/05/1974 - KHK-12/1 md. Aynen kabul 15/05/1975-1897/1 md.) Bu Kanun, Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanır.*”

<sup>82</sup> “Yargıtay, Tarım Satış Kooperatifleri ve Birliklerinde çalışan personelin Bakanlık onayı ile göreve gelmiş olsa bile, bu kooperatifler ve birlikler kamu tüzel kişisi olmadığı için, kamu görevlisi sayılamayacaklarına karar vermiştir”: **GÖZLER**, s. 638.

<sup>83</sup> Örneğin, bir kamu kurumu, kuruma ait davaları serbest çalışan bir avukat ile vekâlet sözleşmesi yaparak takip ettirmesi durumunda dahi, kurum adına davayı takip eden serbest avukatlar kamu görevlisi sayılmazlar: **GÖZLER**, C. II, s. 639. Danıştay 8. Dairesi de, bir kararında avukatların sundukları hizmetin bir kamu hizmeti niteliğinde olmasına rağmen kamu görevlisi olmadıklarına karar vermiştir. Danıştay 8. Dairesi başka bir kararında ise, “genel se-



## Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı

ğer bir ifade ile bir kamu tüzel kişisi ile aralarında bir istidam ilişkisi bulunmayan kişiler, kamu görevlisi sayılmazlar<sup>84</sup>. Bir kamu tüzel kişisine bağlı olmadan kamu hizmeti veren kişiler, idarenin sıkı denetimine tâbi olsalar bile, yine kamu görevlisi sayılmazlar<sup>85</sup>.

çimlere katılmak üzere görevinden istifa edip ön seçimlerde aday olamaması üzerine noterliğe dönmek için yaptığı başvurusu reddedilen kişinin açtığı davada, 1512 sayılı Noterlik Yasasında noterliğin bir kamu hizmeti olduğunun belirtildiği gerekçesiyle, 3403 sayılı Yasa uygulaması yönünden de 'kamu görevlisi durumunda' olduğuna karar vermiştir". : Yargı kararları için bkz: **GÖZÜBÜYÜK – TAN**, s. 881 vd.

<sup>84</sup> **AYANOĞLU**, s. 984 – **YAYLA**, s. 275; **GÖZLER**, C. II, s. 637.

<sup>85</sup> **AYANOĞLU**, s. 986. Örneğin, yapmış oldukları hizmetlerin idare tarafından sıkı bir şekilde denetlenmesi, yaptıkları işin kamu hizmeti olduğu duraksamaya yer olmayacak bir açık olması ve bir takım kamusal yetkileri kullanmaları (tasdik, resmi senet düzenleme vs.) söz konusu olsa da, noterler, idare tarafından istihdam edilmediği, ücretlerini idareden değil de hizmet sundukları kişilerden almaları sebebiyle kamu görevlisi sayılmazlar: **GÖZLER**, C. II, s. 641. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bunu açıkça tespit etmiştir. **AMY 1985/11 E.**, 1986/29 K., ve 11.12.1986 T.: "Uygulamada ve öğretilerde kabul edildiği gibi; ister "bağlı yetki" ister "takdir yetkisi" şeklinde kullanılsın "ruhsat verme" idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, aslı ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir. Esasen Anayasa'nın 128. maddesi ile benimsenen ilke de bu doğrultudadır. İnşaat ruhsatı ve yapı kullanma izni hukuki niteliği ve bunun sonucu olarak bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülebileceğinin kabulü büro elemanlarının hukuki statüsünün belirlenmesini gerektirmektedir. Memur olmadıkları konusunda duraksamaya yer bulunmayan yeminli büro elemanları bakımından önemli olan ve açıklığa kavuşturulması gereken husus, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlilerinden sayılıp sayılmayacaklarıdır. Yasanın 24. maddesine göre, gerektiğinde belediye ve valiliklerin yanı sıra yapı ruhsatı ile ilgili görevleri yürütmek üzere kurulacak olan yeminli bürolar ve görevlilerinin imar planı ve proje hazırlamayacakları, fenni sorumluluk üstlenemeyecekleri, müşavirlik ve müteahhilik yapamayacakları belirtilmektedir. Bu büro elemanlarının görevlerini yerine getirirken Devlet memuru sayılacakları ve işledikleri suçlar dolayısıyla Devlet memuru gibi cezalandırılacakları, görev sürelerinin tespiti ve denetiminin ise Bakanlığa ait olduğu hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi bürolar esas itibarıyla serbest meslek faaliyet icra etmekte, ancak görevlerini kötüye kullanmaları olasılığına karşı bir önlem olarak bazi cezai yaptırımlarla karşı karşıya bırakılmaktadırlar. Yeminli bürolar, bu özellikleri nedeniyle merkezi idarenin gözetim ve denetimi altında onun bir birimi durumunda olan kuruluşlar değildir. Sözü edilen kanun maddesinde yer alan büro elemanlarının, "bu görevlerini ifa ederken Devlet memuru sayılacakları" ve "işledikleri suçlar dolayısıyla da Devlet memuru gibi cezalandırılacakları" biçimindeki hükmü de, yalnız başına bu elemanlara "memur" veya "Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen kamu görevlisi" sıfatını ve bu bürolara da kamu kuruluşu niteliğini kazandıramaz. Bu durumda, büro elemanları ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki de yoktur. Bir başka deyişle memurlar ve diğer kamu görevlileri için Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen niteliklerinin, atamalarının, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin kuralın yeminli büro elemanları yönünden uygulama olanağı bulunmamaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalardan, yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermenin, belediyelerin ve valiliklerin genel idare esaslarına göre, yürütmekle yükümlü oldukları

## bb) İstihdam İlişkisi

Bir kimsenin kamu görevlisi sıfatını taşıyabilmesi için, bir kamu tüzel kişisi ile istihdam ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Bir kamu tüzel kişisine bağlı olarak çalışan bir kimsenin kamu görevlisi sayılabilmesi için, “idare ile arızı ve dışsal bir şekilde işbirliği”<sup>86</sup> yapmış olması yeterli kabul edilmemektedir; bilâkis hem görüntü hem de işlevsel olarak idare ile bir birlik ve bütünlük sergiliyor olması ve idare nam ve hesabına işlem veya eylem tesis etmesi şeklinde bir istihdam ilişkisinin varlığı gereklidir<sup>87</sup>. Buna göre örneğin, idare ile yaptıkları sözleşmeler gereğince, mal veya hizmet sağlayan kişiler, kamu imtiyazına sahip kişiler ve bayındırlık işi yürüten müteahhitler ya da gönüllü işbirlikçiler, idare ile bir istihdam ilişkisi içinde bulunmadıklarından kamu görevlisi sayılmazlar<sup>88</sup>. Bu bağlamda, yaptıkları iş kamu hizmeti niteliğinde de olsa, noterler<sup>89</sup>, serbest çalışan avukatlar, muhasebeci ve yeminli mali müşavirler kamu görevlisi sayılmazlar. Ancak Anayasa Mahkemesi, yaptıkları görevin bir kamu görevi olması ve bu görevi yerine getirirken tasdik şeklinde kamu yetkisi kullanmaları sebebi ile yeminli mali müşavirleri memur değil fakat kamu görevlisi kabul etmiştir<sup>90</sup>. Bu karar doktrinde haklı olarak eleştiri-

*kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevlerden olduğu, bu itibarla yeminli büro elemanlarının, Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen “kamu görevlileri” deyimi kapsamına girmediği anlaşılmaktadır.*: Karara “anayasa.gov.tr” adresinden ulaşılabilir.

<sup>86</sup> AYANOĞLU, s. 984; GÖZLER, C. II, s. 639.

<sup>87</sup> AYANOĞLU, s. 984.

<sup>88</sup> GÖZLER, C. II, s. 639; AYANOĞLU, s. 984.

<sup>89</sup> GÖZLER, C. II, s. 641.

<sup>90</sup> AYM. 1986/5 E., 1987/7 K., ve 19.03.1987 T.: “Bu fıkralardan anlaşılacağı üzere yeminli mali müşavirler muhasebe, işletme, finans ve mali mevzuat konularında gerçek ve tüzelkişilere müşavirlik hizmeti verecekleri gibi, mükelleflerin vergi tarhına esas teşkil edecek mali tablolarını ve beyannamelerini, ilgili mali mevzuat, câri muhasebe prensipleri ve denetim standartları yönünden tasdik etmek, yani gelir ve gider kayıtlarının doğruluğunu ve mali mevzuat hükümlerine uygun işlendiğini, dolayısıyla beyan edilen vergi matrahının gerçek olduğunu onaylamak görev ve yetkisine sahip olacaktırlar. Böyle bir düzenleme Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın mevcut vergi denetim personelinin sahip olduğu görev ve yetki ile donatılmaları, kamu idaresine tanınan teftiş ve inceleme yetkisinin kullanılmasına engel teşkil etmeyecekse de, yeminli mali müşavirler tarafından yapılacak bir tasdik işlemi, Bakanlıkça lüzum görülmedikçe Bakanlığın yetkili elemanlarınca incelenmiş belge niteliğine sahip olacaktır. Bu nedenle yeminli mali müşavirlerce yapılacak tasdik işlemi “kamu hizmeti” niteliğindedir. Görülen hizmetin, kamu hizmeti niteliği de olduğu belirlendikten sonra, yeminli mali müşavirlerin “memur” veya “kamu görevlisi” şeklinde bir kamu hizmetlisi olup olmadıklarını araştırmak gerekecektir. Yeminli mali müşavirlerin “memur” olmadıklarında şüphe yoktur. Çünkü bu kimseler, idarenin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer almış ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, devletten maaş alan elemanlar değildir. Aksine, müşavirlik yaptığı, ger-

## ***Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı***

rilmiştir. Çünkü Mahkemenin yeminli mali müşavirlere, kanunla görev verilmiş olması ve devlet ile yeminli mali müşavirler arasında kamu hukuku ilişkisi olması sebebi ile yeminli mali müşavirleri kamu görevlisi sayması, idare ile kamu görevlisi arasındaki istihdam ilişkisi açısından eleştirilmiştir. Çünkü idare ile görevlisi arasında kurulan bağın, kanunla kurulan bir kamu hukuku ilişkisinin yeterli olmadığı, ayrıca istihdam ilişkisinin de bulunması gerektiği ifade edilmiştir<sup>91</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, bir kimsenin kamu görevlisi kabul edilebilmesi için, görevlinin bir kamu hizmeti yüklenmesi ve bu görev karşılığında Devlet bütçesinden maaş, ücret, ödenek gibi görevliye bir meblağın tahsis edilmesi gerektiğini söylemiştir<sup>92</sup>.

Yüksek Mahkeme kararları arasında farklı kararların normal karşılanması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir. Çünkü Yargıtay'ın kararında sorumluluk hukuku, Danıştay'ın<sup>93</sup> kararında seçim hukuku, Anayasa Mahkemesinin kararında ise, yeminli mali müşavirler ile ilgili özlük haklarının kanun hükmünde kararname ile düzenlenip düzenlemeyeceği açısından değerlendirilmiştir. Dolayısı ile Yüksek Mahkemelerin, soyut olarak değil, bir kanun hükmünün uygulanması bakımından, ilgili kişinin kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağına karar verdikleri görülmektedir<sup>94</sup>.

### **cc) Kamu Hukuku Bağı**

Kamu görevlisi sayılabilmenin üçüncü şartı, bir kamu hukuku tüzel kişisine kamu hukuku ile bağlı olma şartıdır. Kamu tüzel kişisi tarafından istihdam edilen kişinin kamu görevlisi olabilmesi için, kişi ile idare arasında bir kamu hukuku bağı olması gerekir. Diğer bir ifade ile kamu tüzel kişisi tarafından is-

---

*çek ve tüzelkişilerle özel hukuk hükümlerine göre sözleşme yapmış ve ücretle çalışan serbest meslek sahibidirler. Ancak kendilerine, niteliğini yukarıda açıkladığımız tasdik yetkisi verilmiş olması nedeniyle bir kamu yetkisi kullandıkları ve yaptıkları hizmetin de bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Öte yandan devlet ve yeminli mali müşavir arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir. Çünkü kendilerine görev verilmesi, özel hukuk sözleşmesi ile değil bir kanunla olmaktadır. Dolayısıyla yeminli mali müşavirleri sahip oldukları tasdik yetkisi nedeniyle, bir "kamu görevlisi" saymak gerekir."* Karara "anayasa.gov.tr" adresinden ulaşılabilir.

<sup>91</sup> AYANOĞLU, s. 987.

<sup>92</sup> HGK. 14.09.1983, 1980/4 – 1714, 1983/803, YKD., s. 1587 – 1606. Bu kararın eleştirisi için bkz: TANRIVER, s. 134.

<sup>93</sup> Bkz. dpn. 79.

<sup>94</sup> GÖZÜBÜYÜK – TAN, s. 881 vd.

tihtdam edilen kişinin kamu hukuku personel rejimine tâbi olması gereklidir. Eğer idare ile kişi arasında özel hukuk (örneğin iş akdi) ilişkisi var ise, bu şekilde çalışan kişi kamu görevlisi olamaz; işçi statüsündedir. Kamu tüzel kişisi ile istihdam edilen kişi arasındaki kamu hukuku bağı ya statüter ya da akdidir<sup>95</sup>.

### **c) Kamu Görevlisi Türleri**

Kamu görevlileri, memurlar ve diğer kamu görevlileri olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>96</sup>. Diğer kamu görevlileri olarak da, sözleşmeli personel<sup>97</sup>, kadro karşılığı sözleşmeli personel<sup>98</sup> statüter konumdaki görevliler<sup>99</sup> ve siyasî nitelikli kamu görevlileridir<sup>100</sup>. Danıştay, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının aslî ve sürekli çalışanlarını da diğer kamu görevlileri kapsamında görmektedir<sup>101</sup>.

### **3. Mavi Kart Hamillerinin Kamu Görevlisi Olamaması ve Bu Sınırlamanın İstisnaları**

Kamu hizmetine hakkı, Anayasa'da siyasî haklar bölümü içinde yer almıştır. Anayasanın 70. maddesinde "*Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkı-*

<sup>95</sup> İdare ile kişi arasındaki kamu hukuku bağı, idari bir karar olan atama ile kurulmuş ise, statüter bağdan; bir (idari) sözleşme ile kurulmuş ise akdi bağdan söz edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **GÖZLER**, C. II, s. 641 vd.

<sup>96</sup> Memur ve diğer kamu görevlileri kavramlarının birbirinden farklı olduğu hakkında bkz: **GÖZLER**, C. II, s. 647; **TANRIVER**, s. 134.

<sup>97</sup> "Sözleşmeli kamu görevlileri, genel idare esaslarına ve kamu hukukuna tâbi asli fakat geçici görevleri, geçici biçimde yerine getiren kamu görevlileridir": **AYANOĞLU**, s. 1009. Sözleşmeli personel Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin (B) ve (C) bendine tâbi ve KİT'lerde çalıştırılan sözleşmeli personel ile özel kanunlara istinaden sözleşmeli olarak çalıştırılan kimselerdir: **GÖZLER**, C. II, s. 651 vd.

<sup>98</sup> "Kadro ile tespit edilen genel idare esaslarına göre yürütülecek asli ve sürekli görevlere sözleşmeli personel atanması şeklinde bir usul yaratılmıştır. Bu tür kamu görevlilerinin memur ile sözleşmeli personelin karışımından oluşan bir statüleri vardır": **AYANOĞLU**, s. 1007.

<sup>99</sup> Bunlar, silahlı kuvvetler personeli, hâkim ve savcılar ve üniversite akademik personeli. Bunlar dışında kanunî düzenleme şartıyla statüter kamu görevlisi oluşturulması imkânı da bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **AYANOĞLU**, s. 1001 vd.

<sup>100</sup> "Siyasî nitelikli kamu görevlileri, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevleri seçim veya siyasî nitelikli bir atama tasarrufu ile görev süresi boyunca yerine getiren kamu görevlileridir. Bu kategoride, Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar, mahalli idarelerin seçimle gelen görevlileri yer almaktadır": **AYANOĞLU**, s. 1006. "Ancak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, Belediye meclisi ve encümenin seçilmiş üyeleri ile il genel meclisi ve daimi encümenin seçilmiş üyelerini kamu görevlisi saymamıştır". Bkz. **AYANOĞLU**, s. 1007, dñn. 65 ve 66.

<sup>101</sup> **AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA**, s. 548.

## *Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı*

na sahiptir” hükmünü havidir. Devlet yönetimine katılma hakkının siyasî yönünün bulunması sebebiyle, bu hakkın vatandaşlara özgülenmesini doğal karşılamak gerekir<sup>102</sup>. Bu hüküm ile Türk vatandaşlarının kamu kurum ve kuruluşlarında kamu görevlisi olarak çalışabilme hakkı teminat altına alınmıştır<sup>103</sup>.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu da bu düzenlemeye uygun olarak, memur olabilmek için Türk vatandaşı olmak şartını aramıştır (m. 48). Milletlerarası hukuk da, yabancılara siyasî hakların tanınması yolunda devletlere bir yükümlülük getirmemektedir<sup>104</sup>. Yabancılar için getirilen devlet memuru olma yasağı genel olarak Devlet Memurları Kanununda düzenlense de, özel düzenlemelerde de aynı yasağın tekrar edildiği görülmektedir. Örneğin, Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 3’de, hâkim ve savcı olabilmek için Türk vatandaşı olma şartı getirilmiştir.

Ancak yabancıların, kamuda ihtiyaç duyulan alanlarda memur sıfatını taşımaksızın sözleşmeli personel olarak çalışabilecekleri de DMK’nda kabul edilmiştir (m. 4/B). Bu düzenleme ile yabancılara da kamu görevlisi olabilmek hakkı ve imkânı tanınmıştır. Çünkü yukarıda açıklandığı üzere, sözleşmeli personel de diğer kamu görevlileri içinde yer almaktadır. Yine Yüksek Öğretim Kanununun<sup>105</sup> 34, Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun<sup>106</sup> 7. maddesinde de, yabancı uyrukluların sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceği öngörülmüştür. Bu şekilde istihdam edilen yabancı uyruklular da, kamu görevlisidir. Millî Eğitim Bakanlığına bağlı kurumlarda<sup>107</sup> ve Türkiye Adalet Akademisinde<sup>108</sup> aynı şekilde yabancı uyruklu kimselerin sözleşmeli olarak istihdamlarına izin verilmiştir. Dolayısı ile yabancıların kamu görevlisi olamama yasağı, mutlak olmayıp, belli şartlarda yabancılara kamu görevlisi olabilmek hakkı tanınmıştır.

<sup>102</sup>TEKİNALP, s. 32; ÇELİKEL – GELGEL, s. 284. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin de, yabancıların siyasal haklarının kısıtlanmasına izin verdiğine dair bkz. AYBAY, Yabancılar, s. 56.

<sup>103</sup>Anayasanın 70. maddesinin yabancıların kamu görevlisi olabilmek hakkını sınırlamadığı hakkında bkz: YILDIRIM – KARAN, s. 315.

<sup>104</sup>TEKİNALP, s. 33.

<sup>105</sup>R.G.:06/11/1981 – 17506.

<sup>106</sup>R.G.: 15/05/1987 – 19461.

<sup>107</sup>11/10/1985 Tarih ve 85/9949 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı: Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Bazı Okullarda Görevlendirilecek Yabancı Uyruklu Öğretmenlerin Sözleşmeli Çalıştırılmaları Hakkında Esaslar: R.G.: 2.11.1985 – 18916.

<sup>108</sup>Türkiye Adalet Akademisi Kanunu, (m. 22), R.G.:31/7/2003 – 25185.

Öncelikle, mavi kart hamilleri devlet memuru olamazlar. Çünkü, TVK m. 28’de yasaklanan “kamu görevine girme” hakkının somutlaştığı en önemli işlerden birisi memuriyettir. Kural olarak mavi kart hamilleri, memuriyet dışında, diğer kamu görevlisi de olamazlar. Ancak DMK. m. 4/B ve bazı özel kanunlarda yabancıların sözleşmeli personel olarak istihdamlarına izin verilmesi sebebi ile mavi kart hamilleri, yabancı uyruklu sözleşmeli personel statüsünde kamu görevlisi olabilirler kanaatindeyiz. Diğer bir ifade ile DMK m. 4/B’deki hüküm (ve özel kanunlardaki diğer hükümler), TVK m.28’deki kamu görevine girme yasağının bir istisnasını teşkil etmektedir. Üstelik mavi kart hamillerinin bu tür işlerde çalışabilmeleri için, mevzuatta diğer yabancılar için aranan şartlara da tâbi olmayacaklardır<sup>109</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra kanaatimizce, mavi kart hamilleri, kamu görevi tanımının içine girmeyen ancak Türk vatandaşlarına tahsis edilen meslek ve sanatları da, 2527 ve 4817 sayılı kanunlara tâbi olmaksızın yapabileceklerdir. Diğer bir ifade ile mavi kart hamillerinin, TVK m. 28’de, kamu görevine girme hariç, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabilmeleri hüküm altına alındığı için, özel kanun hükümlerinde aranan Türk vatandaşlığı olma şartından istisna edilmişlerdir. Bu bağlamda mavi kart hamilleri, avukatlık, noterlik, hekimlik, hemşirelik, eczacılık, yeminli mali müşavirlik, mühendis ve mimarlık gibi serbest meslekleri ve yine ancak Türk vatandaşlarının çalışmalarına izin verilen Kabotaj Kanununun 2. maddesinde faaliyetleri, izin almaksızın yapabileceklerdir. Çünkü yukarıdaki açıklamalara göre, bu meslekleri serbest olarak yapan kişiler, Türk hukukunda kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedir. Mavi kart hamillerine bu şekilde ayrıcalıklı bir statü tanınmasına rağmen, bu kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarına müracaatlarında, kurum ve kuruluşların kendi kanunlarındaki yabancılar için getirilmiş olan kısıtlayıcı hükümleri dikkate almaları ve bu nedenle TVK. m. 28’in uygulanmasındaki ortaya çıkan aksaklıkları gidermek için Başbakanlık bir Genelge yayınlamıştır<sup>110</sup>. Bu Genelgede, özetle, mavi kart hamillerine, ilgili ku-

<sup>109</sup> Aynı kanaatte: “Eski aslı Türk vatandaşlarının kamu hizmetine girmelerinin men edilmesi yanlış bir hükümdür. Kanaatimizce Türk Vatandaşlığı Kanunu madde 29’da yer alan “kamu görevine girme” var olan hukukî düzenleme nedeniyle dar yorumlanarak bundan sadece devlet memurluğu anlaşılmalıdır.”: **UYANIK ÇAVUŞOĞLU**, s. 34.

<sup>110</sup> (Başbakanlık Genelgesi: 2005/6, R.G.: 25/03/2005 – 25766) “403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 29’uncu maddesi, 29/6/2004 tarihli ve E sayılı kanunla değiştirilerek, doğumla Türk Vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları lehine önemli düzenle-

## ***Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı***

rum ve kuruluşlarca kendi kanunlarındaki yabancılar için getirilen kısıtlamaların değil, TVK. m. 28'in (eski m. 29) uygulanması istenmektedir. Ancak bu Genelgeye rağmen bazı kurum ve kuruluşlar, TVK. m. 28'i yanlış yorumlayarak ya da hiç dikkate almayarak (Örneğin Adalet Bakanlığının Barolar Birliğine Gönderdiği Genelge<sup>111</sup> gibi) ilgili kanunlardaki yabancılar için getirilmiş kısıtlamaları mavi kart hamillerine de teşmil edebilmektedirler. Kanaatimizce bu tür uygulamalar TVK. m. 28'e aykırıdır.

### **SONUÇ**

Anayasada çalışma hakkı, herkes için teminat altına alınmakla beraber yine Anayasanın 16. maddesine uygun olarak yabancıların çalışma hakkı, kanunla ve milletlerarası hukuka uygun olarak kısıtlanabilmektedir. Bu kısıtlamaların başında da, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve kamu yararı gibi gerekçeler ile pek çok meslek ve sanatın yabancılarla yasaklanması gelmektedir.

TVK m. 28'de, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan (mavi kart hamilleri) kişilerin, millî güvenliğe ve

---

*meler yapılmıştır.*

*Ancak; Türk Vatandaşlığından çıkan kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarına müracaatlarında, kurum ve kuruluşların kendi kanunlarındaki yabancılar için getirilmiş olan kısıtlayıcı hükümleri dikkate aldıkları ve bu nedenle mezkûr Kanun'un uygulanmasında çeşitli aksamalar olduğu, yapılan değişikliklerin amacına uygun şekilde uygulamalara yansıtılmadığı anlaşılmaktadır.*

*Doğumla Türk Vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni almak suretiyle Türk Vatandaşlığını kaybedenler ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocuklarının, 403 sayılı Kanununun 29'uncu maddesi ile kendilerine tanıyan haklardan yararlanmaları amacıyla İçişleri Bakanlığı tarafından bir belge verilmektedir. Kurum ve kuruluşlar kendilerine yapılan müracaatlarda 403 sayılı Kanununun 29'uncu maddesinin uygulanması için söz konusu belge ile birlikte müracaat sahibinin vatandaşı olduğu ülke makamlarınca verilen kimlik belgesi dışında başka bir ispat belgesi talep etmeyeceklerdir.*

*Kamu kurum ve kuruluşlarının kendi görev alanına giren konularda, 403 sayılı Kanununun 29'uncu maddesi kapsamındaki kişilerle ilgili iş ve işlemlerde kendi özel kanunlarında mevcut yabancılar için getirilmiş kısıtlayıcı hükümler değil, mezkûr Kanunla getirilen özel düzenlemeler dikkate alınarak işlem yapılacaktır.*

*Yaşadıkları ülkelerde sosyal ve siyasal haklardan yararlanmak için Türk Vatandaşlığından çıkma izni alan kişilerin, Ülkemiz sınırları içerisinde, kanunda belirtilen haklardan aynen Türk Vatandaşları gibi yararlanmalarını sağlamak amacıyla çıkarılmış bulunan 403 sayılı Kanununun 29'uncu maddesinin, amacı doğrultusunda uygulanması ve bu kanun kapsamındaki kişilerin mağdur edilmemeleri için gereken önlemler süratle alınacaktır."*

<sup>111</sup> Bkz: dpn. 6.



kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevine girme ve muafien araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri kabul edilmiştir. Ancak uygulamada, mavi kart hamillerinin, çalışma hakları bakımından, özellikle kamu görevine girme bakımından bazı tereddütler de ortaya çıkmıştır.

Mavi kart hamillerinin saklı tutulan haklardan faydalanabilmeleri için, millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Ancak bu kısıtlama, her bir somut olay bakımından dikkate alınması gereken bir kriter olarak değerlendirilmelidir. Diğer bir ifade ile mavi kart sahibi kimsenin durumuna ve çalışacağı alana ilişkin olarak, kamu düzenine ve millî güvenliğe aykırı bir durumun olup olmadığı araştırılmalıdır. Aksi halde, Kanundaki “Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler” hükmünün bir anlamı kalmayacaktır.

Yine mavi kart hamillerinin yararlanamayacakları haklardan birisi de, kamu görevine girmedir. TVK m. 28’deki “kamu görevine girme” kavramı, gerek Fransız hukukundaki anlamı gerekse Anayasanın 70. maddesindeki “kamu hizmeti” kavramının organik anlamda idari teşkilatı ifade etmek üzere kullanılması sebebi ile “kamu görevlisi olabilme hakkı” olarak anlaşılmalıdır.

Türk idare hukukunda ise, kamu görevlisi olabilmek için üç koşulun zorunlu olduğu ifade edilmektedir. Bunlar da, bir kamu hukuku tüzel kişisine bağlı olarak çalışmak, bir kamu hukuku tüzel kişisi ile istihdam ilişkisi içinde bulunmak ve kamu hukuku tüzel kişisine kamu hukuku ile bağlı olmaktır. Bir kimsenin kamu görevlisi sayılabilmesi için bu üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Kamu görevlileri de Anayasaya göre, memurlar ve diğer kamu görevlileri olarak ikiye ayrılmaktadır.

TVK m. 28’de, mavi kart hamillerine, kamu görevine girme hakkı tanınmaması aslında, bu kişilere kamu görevlisi olabilme hakkının tanınmaması anlamına gelmektedir. Ancak gerek Devlet Memurları Kanununda (m.4/B) ve gerek diğer özel kanun hükümlerinde, yabancıların sözleşmeli personel olarak istihdam edilebilmelerine de olanak tanınmıştır. Dolayısı ile mavi kart hamilleri de, sözleşmeli personel dışında kamu görevlisi olamayacaklardır. Mavi kart hamilleri, bu sınırlamanın dışında çalışmaya ilişkin haklardan Türk vatandaşları gibi yararlanabileceklerdir. Hatta mavi kart hamilleri, Türk vatan-



## *Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı*

daşlarının tâbi olduğu şartlarda DMK m.4/B kapsamında kamu görevlisi de olabileceklerdir. Mavi kart hamillerinin, özel kanun hükümlerinde Türk vatandaşlığı olma şartı aranan ancak kamu görevi olarak nitelendirilmeyen noterlik, avukatlık, doktorluk, hemşirelik, gibi meslekleri de Türk vatandaşları gibi icra edebilmeleri gerekmektedir.

### **KAYNAKÇA**

**AKYILMAZ, B. – SEZGİNER, M. – KAYA, C.:** Türk İdare Hukuku, Ankara 2009.

**AYBAY R.:** Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2006, (Vatandaşlık).

**AYBAY, R.:** Yabancılar Hukuku, İstanbul 2007, (Yabancılar).

**CİN, M.:** Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Türkiye’de çalışma Hakkı, MHB, Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, s. 337 – 352.

**ÇELİKEL, A. – Öztekin GELGEL, G.:** Yabancılar Hukuku, İstanbul 2009.

**ÇİÇEKLİ, B.:** Yabancılar Hukuku, Ankara 2007.

**DOĞAN, V.:** Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2009, (2009).

**DOĞAN, V.:** Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2008, (2008).

**EKŞİ, N.:** Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, İstanbul 2006.

**GİRİTLİ, İ. – BİLGİN, P. – AKGÜNER, T.:** İdare Hukuku, İstanbul 2006.

**DEMİR GÖKYAYLA, C.:** Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınmasında Kamu Düzeni, Ankara 2001.

**GÖZLER, K.:** İdare Hukuku, Bursa 2009.

**GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. – TAN, T.:** İdare Hukuku, Ankara 2006.

*Yrd. Doç. Dr. Musa AYGÜL*

**GÜRZUMAR, A.:** Türk vatandaşlığının Kaybında Şahıs İradesinin Önemi, Prof Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, s. 135 – 163.

**NOMER, E.:** Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2009.

**AYANOĞLU, T.:** Kamu Personelinin Hukukî Rejimi, (**ÖZAY, İ. H.:** Gün Işığında Yönetim İstanbul 2004).

**TANRIVER, S.:** Konkordato Komiseri Ankara 1993.

**TEKİNALP, G.:** Türk Yabancılar Hukuku, İstanbul 2003.

**TURHAN, T.:** Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları, (TVK m. 29 Üzerine Bir İnceleme), AÜHFD, s. 41 – 65.

**UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A.:** Türk Vatandaşlığı Kanununda 5203 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Sonrasında Türk Vatandaşlığından Çıkma, Yasa Hukuk Dergisi, Sayı 260, 2005, s. 21 – 39.

**YAYLA, Y.:** İdare Hukuku, İstanbul 2009.

**YILDIRIM, T. – KARAN, N.:** İdare Hukuku, İstanbul 2009.

# ANONİM ŞİRKETLERE AİT TAŞINMAZLARIN SATIMINDA EHLİYET VE TEMSİL SORUNLARI

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR\*

Arş. Gör. Esra ÇALIŞKAN\*\*

## ÖZET

*Anonim şirket, esas sözleşmesinde açıkça yazılı olsun ya da olmasın, yapılan iş yahut işlemin hukukî niteliğinden bağımsız olarak, işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak kaydıyla tüm işlemleri yapabilir. Dolayısıyla taşınmaz satımı işlemi de işletme mevzuunun çevresi içinde müatalaa edilebilmesi kaydıyla şirketçe gerçekleştirilebilir. Anonim şirketlere ait taşınmazların münferiden elden çıkarılmasında yetkili organ yönetim kuruldur. Şirket esas sözleşmesiyle yahut bir genel kurul kararı ile temsil yetkisine, kanunen tescil ve ilanına izin verilmeyen sınırlamalar getirilirse, bunlar ancak iç ilişkide hüküm ifade eder; şirketle işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.*

*Anahtar Kelimeler : Anonim Şirket, Hak Ehliyeti, Fiil Ehliyeti, Temsil Yetkisi, Taşınmaz Satımı.*

## POSSIBLE PROBLEMS REGARDING CAPACITY AND AUTHORITY TO ACT BY SELLING IMMOVABLE PROPERTY OF JOINT-STOCK COMPANIES

### ABSTRACT

*Whether it is written explicitly in statute of the joint-stock company or not, free from the legal character of the act or transaction made, a joint-stock company can make every transaction provided that they are not ultra vires transactions. Therefore, immovable properties of a joint-stock company may be sold unless these are ultra vires transactions. The authorized organ of a joint company to sale severally immovable property is board of directors. Restrictions against authority to represent, which are not allowed by Turkish Commercial Code to registry and proclaim, imposed by statute or the resolution of general assembly of joint-stock company, are only instrumental in internal relationship and subsequently cannot be claimed against a good-faith third person.*

*Key Words : Joint-stock company, Capacity to acquire rights, Capacity to act, Authority to act, Sale of immovable property.*

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD (Ticaret Hukuku) Yüksek Lisans Öğrencisi

## **GİRİŞ**

Anonim şirketlerin ehliyeti ve temsili, ticaret hukukunda yıllardır çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Mamafih konu tam anlamıyla açıklığa kavuşmamış; uygulamada anonim şirketler tarafından mutad olarak yapılan işlemler dışında kalan bağış, ipotek yahut şirkete ait bir taşınmaz satışı gibi bazı iş ve hukukî işlemler, ya ehliyet dışı oldukları gerekçesiyle “yok” sayılmakta ya da şirketin yetkili organları tarafından yapılmadığından bahisle, iş veya işlemin şirketi bağlamayacağı ileri sürülmektedir.

Bu çalışmada öncelikle anonim şirketlerin hak ehliyeti konusu ele alınacak, bu bağlamda anonim şirketlere ait taşınmazların münferiden elden çıkarılması işleminin anonim şirketlerin hak ehliyeti kapsamında değerlendirilebilecek bir işlem olup olmadığının belirlenmesi amacıyla tespitlerde bulunulduktan sonra, anonim şirketlerde fiil ehliyetinin kullanılması ve temsil konuları, anonim şirketlere ait taşınmazların satış işlemleri bakımından ele alınarak bu hususta ortaya çıkabilecek sorunlar açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır. Anonim şirketlerin aktiflerinin toptan satışı halinde taşınmaz satım işlemleri bakımından ehliyet ve temsil sorunları ise bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

## **I. ANONİM ŞİRKETLERİN HAK EHLİYETİ**

Hak ehliyeti, kişinin haklara ve borçlara ehil olabilme ehliyetidir<sup>1</sup>. Gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de birer hak süjesi olmaları dolayısıyla hak ehliyetine sahiptirler. Gerçek kişiler açısından tam ve sağ doğmak şartıyla elde edilen hak ehliyeti, tüzel kişiler açısından kuruldukları andan itibaren söz konusu olur (TMK m. 47/I). Dolayısıyla tüzel kişiler kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca kuruluşları tamamlandığı anda hak edinebilme ve borç altına girebilme yeteneğine sahip olurlar. TMK m. 48'e göre tüzel kişiler, cins, yaş, hısmılık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler. Kural olarak tüzel kişiler tam hak ehliyetine sahiptir; fakat yapılarına yabancı olan, gerçek kişilere özgü bir takım hakları iktisap ve borçları iltizam edemezler<sup>2</sup>. Bununla beraber ticaret şirketleri gibi tüzel kişiler ortağı şirketten çıkarma, yeni ortak alma, taahhüt edilen serma-

<sup>1</sup> Oğuzman, M. K./Seliçi, Ö. /Oktay-Özdemir, S.: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2009, s. 38; Benzer bir tanım için bkz. Dural, M./Öğüz, T.: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006, s. 38.

<sup>2</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 207; Öğüz/Dural s. 231.

## *Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları*

ye payını talep etme, tüzüğünü değiştirme gibi gerçek kişilerden farklı haklara sahiptirler<sup>3</sup>.

Tüzel kişilerin hak ehliyetinin sınırlandırılmasına ilişkin Medeni Kanununun 48. maddesi hükmünün yanı sıra ticaret şirketleri için özel olarak “şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuu” iktisap edebileceği haklar ve iltizam edebileceği borçlar açısından sınır getirmektedir. Bu iki ayrı kanunda yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, bir tüzel kişi olarak anonim şirketin, insana özgü niteliklere bağlı olanlardan başka bir ticaret şirketi olarak esas sözleşmesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi dışında kalan hakları iktisap ve borçları iltizam edemeyeceği ortaya çıkar<sup>4</sup>. Bir hak yahut borcun bir anonim şirket tarafından geçerli olarak iktisap yahut iltizam edilebilmesi için, bu hak yahut borcun TMK m. 48 gereği insana özgü olmaması, aynı zamanda TTK m. 137’e göre, şirketin esas sözleşmesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalması gereklidir<sup>5</sup>.

Şirket esas sözleşmesinde işletme mevzuu belirlenirken, şirketin yapabileceği işlemleri kapsayacak nitelikte bir çerçeve çizilmeli; işletme mevzuuna giren her bir işlem türüne tek tek değinmek yoluna gidilmemelidir<sup>6</sup>. Çünkü işletme mevzuu, soyut ve genel anlamda tüzel kişinin faaliyetlerini ifade etmekte olup, tüzel kişinin faaliyetleri sırasında yapabileceği işlemlerin azami çerçevesini belirler<sup>7</sup>. Nitekim TTK m. 45’te şirket mevzuunun şirket unvanında gösterilmesi gerektiği, aynı şekilde Ticaret Sicili Tüzüğü’nün (TST) 19/III.

<sup>3</sup> **Özcan**, B.: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, s. 27; **İzmirli**, Y.: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukukî Sonuçları, Ankara 2001, s. 11-12.

<sup>4</sup> **Kuntalp**, E.: “Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti”, II. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 11-12 Ocak 1985, Bildiriler, s. 7.

<sup>5</sup> Kanun koyucu TTK m. 137 hükmüyle TMK m. 48’e ek olarak yeni sınırlar getirmiştir, aynı yönde bkz. **Franko**, N.: “Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti”, II. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 11-12 Ocak 1985, Bildiriler, s. 44. Adliye Encümeni Mazbatasında da ticaret şirketlerinin hak ehliyeti konusunda, Medeni Hukuk tüzel kişilerinin aksine faraziye teorisinin benimsendiği, bu itibarla Medeni Kanunda tüzel kişilerin hak ehliyeti esas itibarıyla sınırlandırılmadığı halde, ticaret şirketlerinin yalnız işletme konusu çerçevesi dahilinde tüzel kişilikten istifade ettiği açıkça yazılmıştır (Bkz. 1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, V, Genel Mülahazalar, s. 26).

<sup>6</sup> **Yıldız**, B.: “Şirketlerin Ehliyetine İlişkin Olarak Özellik Arz Eden Bazı Hukukî İşlem ve Sözleşmeler”, Ankara Barosu Dergisi, C. 2. Y. 2006, s. 59.

<sup>7</sup> **Akipek**, J.: Le But des associations en droit Turc et son importance Juridique, Ankara 1963, s. 16, (**Özkan**, I.: “Tüzel Kişilerin Ehliyetlerinin Gaye ile Sınırlandırılması I”, Adalet Dergisi, 1974, Sa. 3-4, s. 364’den naklen).

maddesinde “şirketin ne işle uğraştığının” şirketin ticaret unvanına yazılması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla şirket esas sözleşmesinde yer alan mevzuu hükmü unvana alınabilecek şekilde kısa olmalıdır. Sanayi ve Ticaret Bakanlığının 2003/3 sayılı tebliğinin<sup>8</sup> m. 3/A, a, dd hükmünde de her konuyu kapsayacak şekilde esas sözleşme hazırlanmaması gerektiği, şirketin esas sözleşmesine yazılabilecek amaç ve konuların, şirket unvanında gösterilen konu ile sınırlı olacağı hükme bağlanmıştır.

Şirketin yapabileceği işlemlerin tek tek gösterilmesi esasen mümkün de değildir; zira şirketin faaliyeti sırasında yapılacak işlemler çok çeşitli olabileceği gibi, hangi işlemlerin yapılmasına ihtiyaç duyulacağı önceden öngörülebilecek nitelikte de değildir. Tersine bir değerlendirme, şirketleri, konularını kazustik bir şekilde hazırlamaya iteceği gibi, aynı zamanda TTK m. 137’de ticaret şirketlerinin hak ehliyetini işletme mevzuunun çevresi ile sınırlandıran hükmün içeriğini de boşaltacaktır. Zira bu halde şirketin işletme mevzuunun çevresi bir işlemin ehliyet içi olup olmadığının tespitinde önemini yitirecek, bunun yerini o işlemin esas sözleşmede ismen belirtilip belirtilmediği kıstası olacaktır.

Ticaret Kanununun 137. maddesi ile ticaret şirketleri bakımından “ultra vires” ilkesi kabul edilmiştir. öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte<sup>9</sup> “Ultra vires” şirketin hak ehliyetinin, esas sözleşmesinde yazılı işletme mevzuunun çevresine giren hak ve borçlar ile sınırlandırılması anlamına gelir<sup>10</sup>. Bir iş yahut hukukî işlemin ultra vires olup olmadığı tespit edilirken söz ko-

<sup>8</sup> Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından, 25/07/2003 tarihli ve 25179 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”.

<sup>9</sup> Bazı yazarlara göre, tüzel kişilerde hak ehliyetini sınırlamak keyfiliğe yol açar, zira tüzel kişinin gayesini gerçekleştirmek için ne gibi haklara sahip olması gerektiğini her zaman başlangıçta tespit etmek mümkün değildir (Akipek, J.: Türk Medeni Hukuku, C. I, Cüz II, Şahsın Hukuku, Ankara 1966, s. 270; Berki, Ş.: Medeni Hukuk Dersleri, Umumi Esaslar, Şahıs ve Aile Hukuku Ankara 1961, s. 77-78; Göktürk, H. A.: Türk Medeni Hukuku, I. Kitap, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), Ankara 1954, s. 189). Medeni Kanun tüzel kişilerin ehliyetinin azami sınırlarını belirlemiştir ve bu sınır içinde tüzel kişinin hak ehliyetini statüsünde yazılı konu veya gaye tespit eder; dolayısıyla Ticaret Kanunu’nun 137. maddesi, Medeni Kanunun 48. maddesine bir istisna teşkil etmemekte, Medeni Kanunun 48. maddesinde açıkça ifade edilmeyen tahsis prensibini teyit etmektedir (Saymen, F. H.: Türk Medeni Hukuku, C. II, Şahsın Hukuku, İstanbul 1960; Karayalçın, Y.: Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku, A. Giriş-Adi Şirket-Ticaret Şirketleri, Ankara 1973, s. 97).

<sup>10</sup> Poroy, “Ultra vires teorisinin kabulü, ortaklık ehliyetinin, mukavelesindeki konu ile sınırlandırılması demektir” şeklinde bir tanım vermektedir (Poroy, R. (Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.) : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009, N. 125, s. 101).

## *Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları*

nusu iş yahut hukukî işlemin esas sözleşmede ismen belirtilip belirtilmediğine bakılmaz; ismen esas sözleşmede belirtilsin yahut belirtilmesin, işlemin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak işletme mevzuuna girip girmediğine bakılır<sup>11</sup>. Eğer işlem, tüzel kişinin esas sözleşmesinde yazılı işletme mevzuunun içinde mütalaa edilebiliyorsa o zaman işlem “intra vires”tir. Buradan hareketle anonim şirketin ehliyetinin yapılan işlemin niteliği ile değil, işletme mevzuunun çevresi ile sınırlandırıldığı söyleyebiliriz. Yani, yapılan işlem eğer işletme mevzuunun çevresi içinde kalıyorsa, bu işlemin hukukî niteliği ne olursa olsun anonim şirketin bu işlemi yapmak hususunda hak ehliyetinin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Şirket tarafından yapılan, işletme mevzuunun çevresine doğrudan doğruya yahut dolaylı olarak girmeyen iş veya hukukî işlemler “yok” hükmündedir. Şirket, bu işleme icazet vererek geçerli hale getiremez. Binaenaleyh, işlemi muteber kılmak isteyen şirket, önce esas sözleşmesini söz konusu işlemi kapsayacak şekilde değiştirmeli, ardından işlemi yeniden tesis etmelidir<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> **İnan**, N.: “Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti” tebliğinden sonra yer alan Tartışmalar Bölümü, II. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1985, s. 57; **Kırca**, İ.: “Bankacılık İşlemleri- Ticaret Şirketlerinde Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Sınırlandırılması, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu”, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2007 (Bankacılık İşlemleri), s. 276.

<sup>12</sup> Öğretide hakim görüş bu yöndedir, **Teoman**, Ö.: Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukukî Mütalâalar, Kitap 10: 2000-2002, İstanbul 2003 (Kitap 10), s. 37; **Doğanay**, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 2004, TTK. m. 137, s. 628; **Ülgen**, H.: “Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1288; **Akyazan**, S.: “TTK’nun 137. Maddesinin Anlam ve Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, BATİDER, 1974, C. 7, Sa. 4, s. 833; **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), N. 125, s. 101. Hakim görüşten farklı düşünenlerden **Kuntalp**’e göre, hukukî işlemin yok sayılabilmesi için unsurlarının tamamlanmamış, eksik bırakılmış olması gerekir. Oysa ehliyetsizlik halinde, hukukî işlem tamamlanmış bir hareket olarak ortaya çıktığından ve olan bir şeyi olmamış gibi kabul etmek mümkün olmayacağından, şirketin ehliyet alanının dışında kalan işlemleri yok saymak mümkün değildir. Bu işlemlerin batıl olarak kabul edilmeleri halinde dahi, hukuken bir varlık kazanmış olmalarından bahisle geçersizlik nedeninin ortadan kaldırılması koşuluna bağlı olarak, benimsene suretiyle sağlığa kavuşturulabileceklerini savunan müellif, bunların geçersizliklerinin ancak hukuken korunmaya değer bir menfaatleri olduğu sürece ortaklık, ortaklar ve ortaklarla ilişkisi bulunan 3. kişiler tarafından ileri sürülebileceği, bu bakımdan anonim şirketlerde ehliyetsizlik halinin gerçek kişilerin ehliyetsizliklerine göre farklılık gösterdiği görüşündedir (**Kuntalp**, s. 17); benzer görüşte **Eriş**, G.: Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Ankara 2007, TTK. m. 137, s. 1215. Azınlık tarafından savunulan bu görüşü çalışmada değerlendiren **Helvacı** ise TTK. m. 137’de hak ehliyeti sınırlandırıldığı için bu görüşün savunulamayacağı kanaatinde (Helvacı, M.: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001; dipnot, 279, s. 83). Ticaret şirketlerinin ehliyetinin akdî olarak sınırlandırılmasında Türk hukukunda hemen sadece ortakların menfaatini korumak söz konusu olduğundan,

Yargıtay<sup>13</sup> ve öğretide çoğunluk tarafından savunulan görüş<sup>14</sup> ise bu hükmü geniş yorumlama eğilimindedir. Buna göre, şirket tarafından yapılan bir işlem yahut sözleşme, işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber, bu şirketin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran, amaçsal olarak işletme mevzuu ile bağlantı içerisinde olan, işletme mevzuunun gerçekleştirilmesine fayda sağlayan bir ehemmiyeti haizse, işletme mevzuu içinde sayılmalıdır<sup>15</sup>. Zira TTK m. 137'de "işletme mevzuu" değil, "işletme mevzuunun çevresi" kavramı kullanılmış olup, mezkûr kavram bu türden genişletici bir yorumu destekler niteliktedir<sup>16</sup>.

Netice olarak şirket esas sözleşmesinde açıkça yazılı olsun ya da olmasın, yapılan iş yahut işlemin hukukî niteliğinden bağımsız olarak anonim şirket, işletme mevzuunun çevresi içinde kalması; bir başka anlatımla şirket mevzuunun gerçekleştirilmesini sağlaması, onu kolaylaştırması, şirkete bir menfaat sağlaması kaydıyla tüm hakları iktisap ve borçları iltizam edebilir.

---

bu halde ehliyet dış muamelenin şirketi bağlamayacağını, yalnız ilgili şirket ve ortakları tarafından ileri sürebileceği, fakat üçüncü şahısların ehliyet dış işlemin hükümsüzlüğünü ileri süremeyeceği yönünde görüş için bkz. **Karayalçın**, s. 200.

<sup>13</sup> "Bir şirketin işletme konusu (iştiğal konusu) demek o şirketin devamlı olarak yapacağı işleri demektir. Bunlarda o şirketin ana sözleşmesinde belirtilen (şirket maksat ve mevzuu) ile ilgili işlemlerdir. Bununla birlikte bir ticari işletmenin kendi ana sözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna girmemekle beraber o işletmenin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran ticari iş ve ticari sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde bulunduğu kabulü zorunludur... Aksi düşüncenin kabulü ticari hayatın normal seyrine ve sür'atli akışına engel teşkil edebilecektir." , Y. 11. HD. T: 23.3.1982, E: 1982/231, K: 1982/1223, **Eriş**, TTK m.137, s. 1220. Aynı yönde, Y. 11. HD, T: 23.3.1982; E: 1982/851, K: 1982/1225 sayılı kararı; Y. 11. HD, T: 7.2.1978, E: 1978/7, K: 1978/354; Y. 11. HD, T: 4.3.1979, E: 1979/392, K: 1979/981 (Moroğlu/Kendigelen, TTK.m. 137 altında yer alan kararlar, s. 159); Y. 11. HD. T: 18.9.1984, E: 1984/3341, K: 1982/3996; Y. 11. HD. T: 19.4.1985, E: 1985/2434, K: 1985/2547, **Doğanay**, TTK. m.137, Dipnot 8, s. 629-630; Y.11. HD. T: 14.5.2004, E: 2004/2206, K: 2004/5413, (www.kazanci.com, 26.04.2010).

<sup>14</sup> **Ansay**, T. : "Anonim Şirketlerde Ehliyet Meselesi", Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 27 Nisan-3 Mayıs 1960 (Anonim Şirketin Ehliyeti), s. 97; **Çamoğlu**, E. (Poroy/Tekinalp), N. 541, s. 318; **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), N. 126, s. 101; **Ülgen**, s. 1286; **Çevik**, O. N.: "Ticaret Şirketlerinin Bağışta Bulunabilme Ehliyeti", Ankara Barosu Dergisi, 1991, Y. 48, Sa. 4, s. 559; **Yıldız**, s. 57.

<sup>15</sup> **Yıldız**, s. 58; **Okçuoğlu**, Y.: "Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti" Başlıklı Tebliğden Sonraki Tartışmalar Bölümü, II. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1985, s. 59; **Kırca**, somut işlemin işletme konusuna girip girmediği hususunda bir tereddüde düşüldüğü durumlarda, işlem hayatı yararına riski şirkete yüklemek ve işlemi işletme konusuna dahil etmek gerektiği kanaatinde (Kırca, Bankacılık İşlemleri, s. 270).

<sup>16</sup> **Yıldız**, madde metninde "işletme mevzuu" değil işletme mevzuunun çevresi" ifadesinin kullanıldığına dikkat çekmektedir (**Yıldız**, s. 57).



## II. ANONİM ŞİRKETLERİN TEMSİLİ

Tüzel kişiler niteliği gereği bizzat hakları iktisap ve borçları iltizam etme olanağından yoksun olduklarından, fiil ehliyetini ancak organları vasıtasıyla kullanabilirler (TMK. m. 49-50). Bu kuralın bir yansıması olarak anonim şirketlerde de şirket adına işlem yapma hak ve görevi yönetim kuruluna verilmiştir<sup>17</sup> (TTK. m. 317). Yönetim kurulu temsil yetkisini kullanırken anonim şirketin hak ehliyeti ile bağlıdır<sup>18</sup>; diğer bir ifadeyle, yönetim kurulunun esas sözleşmede yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde mütalaa edilemeyen iş ve hukukî işlemleri “yok” hükmündedir.

Anonim şirketlerde, şirketi temsile yetkili kişilerin, temsil yetkilerinin kapsamı, kanun tarafından TTK m. 321’de düzenlenmiştir<sup>19</sup>. TTK m. 321/I’e göre şirketi temsile yetkili olanlar, “*şirketin maksat ve mevzuuna dahil olan her nevi işleri ve hukukî muameleleri*” şirket adına yapmak hakkını haizdir. Ticaret şirketlerinin ehliyetine ilişkin olarak şirket türlerinin tamamına yönelik olarak TTK m. 137’de ifade edilen “*işletme mevzuunun çevresi içinde*” kalma koşulu anonim şirketler açısından da bağlayıcıdır.

Ticaret Kanununun konuya ilişkin bu iki maddesinde farklı ifadeler kullanılması her ne kadar şirketin hak ehliyetinin kapsamı ile temsil yetkisinin kapsamının farklı belirlendiği zehabını uyandırır da, kanaatimizce kanun koyucu, TTK m. 137’de “*işletme mevzuunun çevresi*” ifadesini kullanarak bir taraftan geniş yorumlanmaya müsait bir hak ehliyeti sınırı çizerken buna uygun olarak da TTK m. 321/I’de şirket temsilcilerinin yetkilerini yalnızca mevzu ile sınırlandırmamış<sup>20</sup>, diğer taraftan maksada uygun başkaca işlemlerin de yapılabileceğini öngörmüştür<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> İstisnai hallerde denetim kurulunun da şirketi temsil yetkisi vardır, bkz. TTK. m. 341.

<sup>18</sup> **Ansay**, T.: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, (Anonim Şirketler Hukuku), s. 115; **İmregün**, O.: Ticaret Ortaklıklarının Ehliyet ve Temsili, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, 1992, Sa. 74, (Ehliyet), s. 10; **Kırca**, (Bankacılık İşlemleri) s. 269; **İzmirli**, s. 15.

<sup>19</sup> **Kırca**, İ.: “Ticaret Şirketlerinde Temsil Yetkisine Getirilen ve Tescili Caiz Olmayan Sınırlandırmaların Üçüncü Kişilere Etkisi”, Batider, C. XVII, Sa. 3, 1994 (Temsil Yetkisi), s. 149.

<sup>20</sup> İsviçre hukukunda da yöneticilerin temsil yetkisinin kapsamının şirketin amacı doğrultusunda ve olabildiğince geniş yorumlanması gerektiği fikri hem yargı hem de öğreti tarafından kabul görmüştür, bkz. **von Büren**, R./**Stoffel**, W.A./**Weber**, R.H.; Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, N. 640.

<sup>21</sup> Bu konuda **İmregün** farklı bir görüşte olup yazara göre bu iki hükmü şöyle yorumlamak gerekir: Hak ehliyetinin bulunmadığı yerde hakkı kullanma ehliyeti söz konusu olmaz, bu sebep-

TTK m. 321/I’de temsil yetkisinin şirketin maksat ve mevzuu ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. O halde yönetim kurulunca yapılan işlem şirketin maksat ve mevzuuna girmiyorsa işlem şirketi bağlamayacak, şirket tarafından iyiniyetli olsun yahut olmasın şirketle işlem yapan üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecektir<sup>22</sup>. Çünkü bir kimsenin iyiniyeti ancak kanunun bu kimsenin iyiniyetine sonuç bağladığı durumlarda bir önemi haizdir (TTK m. 1, TMK m. 3/I).

Temsil yetkisinin kapsamına, BK m. 19 ve 20’ye aykırı olmamak kaydıyla her türlü sınırlama getirilebilir<sup>23</sup>. Ancak TTK m. 321/II’de temsil yetkisinin sınırlandırılmasının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği; sadece merkezin veya bir şubenin işlerine hasrolunmasına veya müştereken kullanılmasına ilişkin sınırlamaların tescil ve ilan edilebileceği hükme bağlanmıştır. Görülüyor ki kanun tarafından belirlenen temsil yetkisinin kapsamının hangi hallerde sınırlandırılacağı de yine kanun tarafından belirtilmiştir.

Bir şirket esas sözleşmesinde belirtilen şirket mevzuuna giren işler bakımından kullanılacak temsil yetkisi, kanunen tescil ve ilanına izin verilen haller dışında sınırlandırılmış olabilir. Şirketlerin esas sözleşmeleri tescil ve ilan edilmek zorunda olduğuna göre şirket esas sözleşmesinde yer alan, tescil ve ilanına kanunen izin verilmeyen kayıtların bilinmediği yönünde getirilen itirazların nazarı itibara alınıp alınmayacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. TTK m. 321/II hükmü temsil yetkisinin merkez veya şube işlerine hasrolunmasına yahut müştereken kullanılmasına ilişkin sınırlamaların tescil ve ilan edilmesi gerekliliğinden bahsetmektedir. O halde hüküm ticaret siciline ilişkin TTK m. 38 ve 39 dikkate alınarak yorumlanmalıdır. TTK m. 38 ve 39’a göre, ticaret siciline tescil ve ilan edilen hususlar üçüncü kişiler hakkın-

---

le TTK. m. 321’de yer alan “maksat” kelimesi mevzuu içinde dahi sınırlayıcı bir anlam taşır; mevzuu içine giren her işlem mutlaka hak ehliyeti içine girmez, ayrıca işlemin maksada da uygun olması gerekir. Ayrıca yazar, ucuz konut yapmak amacıyla kurulan bir anonim ortaklığın, konusu inşaat olmasına rağmen süper lüks villa inşaatına giremeyeceği örneğini de eklemektedir (İmregün, Ehliyet, s. 12). Okçuoğlu ise, kanun koyucunun TTK. m. 137 de yalnızca işletme mevzuu, TTK. 321/I’de maksat ve mevzuu ifadelerini kullanarak şirket temsilcilerinin sadece mevzuu değil maksada da uygun işlemleri yapabileceğini öngördüğü fikrindedir (Okçuoğlu, s. 59). Çamoğlu, 321. maddedeki bu ibarenin kanun koyucunun özensizliğinin bir sonucu olduğu, yoksa konu sınırı yerine maksat ve konu sınırının benimsenmiş olmadığı kanaatindedir (Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 541, s. 318). Helvacı, kanun koyucunun konu dışında bir hak ehliyeti getirmediği, anonim ortaklığın ehliyetinin maksat gibi muğlak bir kavramla sınırlandırılmaması gerektiği görüşündedir ( Helvacı, s. 84).

<sup>22</sup> Arslanlı, H.: Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, s. 143.

<sup>23</sup> Kırca, Bankacılık İşlemleri, s. 277.

## *Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları*

da hüküm ifade eder. Bu kişilerin, ticaret siciline tescil ve ilan edilen hususları bilmedikleri yolundaki iddiaları dinlenmez; bir başka anlatımla, bu kişiler iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Zaten ticaret sicilinin olumlu etkisi sebebiyle ancak kanunun emrettiği hususlar tescil ve ilan edilebilir (TST m. 27/I); diğer bir ifadeyle sicilin olumlu etkisi ancak tescil ve ilan edileceği belirtilen hususlar açısından hüküm ve sonuç doğurur<sup>24</sup>.

Anonim şirketlerde sicil memurunun esas sözleşmenin hangi hükümlerini tescil ve ilan edeceği, TTK m. 300'de sınırlayıcı olarak belirtilmiştir<sup>25</sup>. Buna göre sicil memuru, TTK m. 300'ün temsil ile ilgili bentlerine göre ancak şirketin maksat ve mevzuu, şirketin ne suretle temsil olunacağı ve şirketi temsile yetkili kişileri gösteren esas sözleşme hükümlerini tescil ve ilana yetkilidir<sup>26</sup>. TTK m. 321/II. fıkraya göre temsil yetkisinin sınırlandırılmasına izin verilen iki hal tescil ve ilan edilebilir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, temsil yetkisi merkez ya da şube işleri ile yahut birlikte temsil kaydıyla sınırlandırılmış, usulüne göre tescil ve ilan edilmiş ise, bu durumda üçüncü kişilerin iyiniyet iddiası dinlenmez (TTK 39/I). Ancak kanunun cevaz verdiği bu sınırlandırmalar henüz tescil ve ilan edilmemiş ise, bu halde sınırlandırma buna müspet olarak vakıf olması şartıyla üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir (TTK m. 39/II). Bu durumda sınırlamaya aykırı olarak yapılan işlem şirketi bağlamaz<sup>27</sup>.

Kanunen izin verilen bu iki hal dışında yapılan sınırlandırmalar ancak iç ilişkide hüküm ifade eder. Bu türden sınırlandırmalar tescil ve ilan edilemeyeceği gibi, her nasılsa ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş olsa bile iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Zira kanunen tescili ve ilanı mümkün olmayan bir husus tescil ve ilan edilmiş olsa bile, bu durum üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırmaz<sup>28</sup>. Aksini kabul, *Arslanlı*'nın da haklı olarak belirt-

<sup>24</sup> **Arslanlı**, s. 144; **Teoman**, Ö.: Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukukî Mütalaalar, Kitap 1: 1989-1991, İstanbul 1992 (Kitap 1), s. 13-14; **Ansay**, Anonim Şirketler Hukuku, s. 122; **Kırca**, Temsil Yetkisi, s. 156.

<sup>25</sup> **Kırca**, Temsil Yetkisi, s. 156.

<sup>26</sup> **Arslanlı**, s. 144-145.

<sup>27</sup> **Arslanlı**, s. 146.

<sup>28</sup> **Arslanlı**, s. 146; **Helvacı**, s. 87; Doktrinde *Kırca*, kanunen izin verilmemiş bir sınırlandırmanın hafif ihmalle bilinmemesinin de iyi niyeti ortadan kaldırmayacağı, ancak müspet vukufun ispatlanmasındaki zorluklar ve sınırlandırmaya riayet edilmemesi halinde şirketin bir zarara uğramış olduğu da dikkate alındığında, mutlaka bilinmesi gereken bir hususun bilinmemesi halinde üçüncü kişinin bunun sonuçlarına katlanması gerektiği, bu sebeple bilmek zorunda

tiği gibi<sup>29</sup>, 321. maddenin yalnız iki hal bakımından sınırlamaya cevaz vermesi keyfiyetini manasız kılacaktır. Çünkü müellife göre bu durum, temsil yetkisinin her türlü sınırlandırılmasına izin verildiği anlamına gelir; şirketin, maksat ve mevzuuna dâhil olan işlemler bakımından esas sözleşmeyle getirdiği ve iç ilişkiyi ilgilendiren sınırlamaları tescil ve ilan etmek yoluyla, üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilmesine yol açardı. Ayrıca daha önce de belirtildiği gibi, sicil memuru kanunda açıkça tescil ve ilan edileceği yazılı olmayan hususları tescil ve ilan etmeye yetkili değildir. Oysa temsil yetkisine kanunen tescil ve ilanına cevaz verilen haller dışında getirilen sınırlandırmaların her nasılsa tescil ve ilan edilmiş olması halinde bunun üçüncü şahısların iyiniyetini ortadan kaldıracığı kabul edilirse, şirketin kanuna aykırı bir durumdan kendi menfaatine sonuç çıkarmasına cevaz verilmiş olur. Ne var ki hukuk düzeninin bu türden kötüniyetli davranışları himaye edeceğini kabul etmek mümkün değildir.

Temsil yetkisine getirilecek kanunen tescil ve ilanına izin verilmemiş sınırlandırmalar söz konusu olduğunda, şirketle işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyetinin nasıl ortadan kalkacağına belirlenmesi gerekir<sup>30</sup>. Hemen belirt-

---

olmanın bilmeye eş tutulması gerektiği, üçüncü kişinin nitelikli, ağır kötü niyetinin, bir başka anlatımla sınırlandırmayı ağır ihmaliyle bilmemesinin ispatlanması şartıyla, şirketin yapılan işlemle bağlı olmayacağı kanaatindedir (Kırca, s. 155-156).

<sup>29</sup> Arslanlı, s. 146.

<sup>30</sup> Çamoğlu, temsil yetkisinin öz yönünde sınırlandırılmasının, sınırlandırma tescil ve ilan edilmiş dahi olsa sicilün müspet fonksiyonundan yararlanılamayacağı, bu türden bir sınırlamanın, sınırlamaya müspet olarak vakıf olan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği kanaatindedir, (Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 539-542, s. 316-319); Ansay, temsil yetkisi esas sözleşmede yer alan bir hüküm yahut genel kurul kararı ile sınırlanmış olsa dahi, şirketin mevzuu içinde kalan işlemlerden anonim şirket sorumlu olacağı, iyiniyetli üçüncü kişilerin şirkete müracaat edebileceği kanaatindedir, (Ansay, Anonim Şirketler Hukuku, s. 122); Doğanay da şirketin iştigal konusu içinde yapılan sınırlamaları iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemeyeceği görüşündedir, (Doğanay, m. 321, s. 954); Yargıtay da aynı şekilde birlikte temsil ve yetkilerin şubelere hasrı dışında kalan temsil yetkisine miktar bakımından yapılan sınırlandırmaların TTK' nun 321 ve Borçlar Kanununun 451. maddelerine göre geçersiz olduğunu, bu şekildeki sınırlandırmalar, tescil ve ilan edilse dahi, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği, bu türden sınırlamaların bir talimat niteliği taşıdığı ve bu sınırlamaların ancak temsilcilerin sorumluluğunda dikkate alınabileceğini ve iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemeyeceğini içtihat etmiştir, Y. 11. HD. 29.6.1982, E: 1982/3015, K. 1982/3184; (Doğanay, TTK m. 319, s. 944); aynı yönde, Y. 11. HD., 29.6.1982, E: 1982/2638, K: 1982/3181, (YKD. C. 8, S. 10, Ekim-1982, s. 1429), Y. 11. HD. 30.1.1987 tarih, E: 1987/114, K: 1987/399, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 24.04.2010); Yargıtay bir başka kararında, "...Birlikte imza ve irade beyanı şartı ile temsil yetkisinin şube veya şubelere yahut merkez veya merkezle bir veya daha fazla şubeye hasredilerek bir sınırlama ile yetinilebilir. Bu temsil yetkisinin sınırlandırılmasının iyiniyetli üçüncü şahısları bağlaması açısından tescil ve ilanı gereklidir. Temsil yetkisi sınırlamalarını iç muameleleri de kabul eden, fakat tescil ve ilan işlemini yaptıramamış bulunan şirket, birlikte temsil veya şube ve merkez

## *Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları*

mek gerekir ki tescil ve ilanına izin verilmeyen sınırlamalar her nasılsa tescil ve ilan edilmiş olsa bile bu durum şirketle işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırmaz. *Kırca*’nın da isabetli olarak belirttiği gibi, kanunda izin verilen iki hal dışındaki sınırlamaların tescil ve ilan edildiğine dair kaydı muhtevi olan Ticaret Sicili Gazetesinin şirketle işlem yapan üçüncü kişiye ibraz edilmesi dahi üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırmaz. Müellife göre, Ticaret Sicili Gazetesinin kendisiyle işlem yapılan üçüncü kişiye verilmesi ve üçüncü kişinin de bunu okuyup sınırlamaya müspet olarak vakıf olması dahi, üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırmayacaktır. Müellif, temsil yetkisine getirilen tescil ve ilanı caiz olmayan bir sınırlandırmanın “*bu husustaki bir bilginin özel olarak dikkatini çekecek bir biçimde hâkimiyet alanına ulaştırılması*”, bir başka anlatımla, “*kanuni düzenden sapma olduğu*” hususuna dikkatinin çekilmesi kaydıyla üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği kanaatinde olup bu halde üçüncü kişiye karşı, bu kişi, sınırlandırmaya müspet olarak vakıf olmasa dahi sınırlandırmanın ileri sürülebileceğini belirtmektedir<sup>31</sup>. Zira

---

*işlemlerine hasredilmiş temsil yetkilerine uygun olarak yapılan temsil işlemlerinden şirket ve iyiniyetli olmayan üçüncü kişiler de sorumludur. Öte yandan, TTK’nın 321/3. madde hükmü gereğince, temsil yetkisi sınırlamaları daha çok iş kolu veya miktar ayırımına göre yapılmış ise ayrıca tescil ve ilan edilmiş olsa dahi iyiniyetli üçüncü kişiler açısından bir hüküm ifade etmez (örneğin, murahhas aza (A) hizmet akdinde, (B) ticari taahhütlerde, (C) resmi dairelerde şirketi temsil eder gibi). Bir başka anlatımla, şirketin iç meselesi olarak miktarla ilgili sınırlamalar da iyiniyetli üçüncü kişilere karşı geçersizdir. Durumun tescil ve ilan edilmiş olması da sınırlamanın iyiniyetli üçüncü kişiler yönünden geçersizliğine engel değildir.” şeklinde içtihat etmiştir, Y. 12. HD. T: 17.6.2004, E: 2004/10762, K: 2004/15950; ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 24.04.2010). Ancak adı geçen müellifler tarafından ve belirtilen Yargıtay kararlarında temsil yetkisine tescil ve ilanına izin verilmeyen sınırlamalar getirildiğinde iyiniyetli üçüncü şahısların iyiniyetinin ne zaman ortadan kalkmış sayılacağı konusunda ayrıntılı açıklama yapılmamıştır.*

<sup>31</sup> **Kırca**, Bankacılık İşlemleri, s. 286 vd. *Kırca*, “...Bu yüzden, tesciline izin verilmeyen sınırlamaların üçüncü kişilere ileri sürülmesinin şartını teşkil eden ve maddi alemde ‘bilme’ nin karşılığı olarak kullanılan ‘müspet vukuf’ terimi yerine bazı durumlarda müspet vukufu kapsayan diğer bazı durumlarda ise müspet vukuf olmasa bile bunun artık gerçekleşmiş olduğu varsayımına dayanan ve ‘hukukî anlamda bilme’ nin karşılığını teşkil eden ‘normatif vukuf’ teriminin kullanılmasının daha isabetli olacağı” kanaatinde (Kırca, Bankacılık İşlemleri, s. 290-291). *Arslanlı*’ya göre, “...Ticaret Kanununun tescil ve ilanını emrettiği hususlar dışında kalan hükümler, ezcümle esas mukavele, umumi heyet kararları temsile salâhiyetli olanlara hitap eden talimat vasfını taşıyor ve temsil salâhiyetinin kanuni hududunu takyid etmez, talimat temsil salâhiyetinin kanunî hududunu takyid etmez, talimat temsil salâhiyetinin kanunen tahdide cevaz olan istisnaların dışında bulunduğundan, vukuf üçüncü şahsın hüsnü niyeti üzerine müessir olmaz, üçüncü şahıs vakıf olsa dahi, bunları nazara almak zorunda değildir. Esas mukavele hükümleri veya umumi heyet kararları ile vaz edilen tahditlerin tahkiki ve tefsiri külfeti ve hatalı tefsirin neticeleri üçüncü şahıslara tahmil edildiği takdirde, bilvasıta temsil salâhiyetinin her türlü tahdidine cevaz verilmiş olur. Yalnız üçüncü şahıs müessille anlaşarak salâhiyetin suiistimalini anonim şirketin zararına olarak istismar etmiş-

anonim şirketlerde temsil yetkisinin kapsamı kanun tarafından belirlendiğinden, üçüncü kişiye, şirketle işlem yaparken bu yetkinin sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını araştırma yükümlülüğünün yüklenmesi kanunun amacı ile bağdaşmaz<sup>32</sup>. Bundan başka yapılan işin veya hukukî işlemin olağan yahut olağanüstü nitelikte olması, temsil yetkisine etki etmez<sup>33</sup>. Bu ayırım şahıs şirketlerine özgü olup idare hak ve yetkisinin kullanılması ile ilgili iç ilişkiyi ilgilendiren bir ayırmadır<sup>34</sup>. Yapılan işlem ister olağan ister olağanüstü nitelikte olsun, şirketin esas sözleşmesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde mütalaa edilebiliyorsa, şirketi bağlar<sup>35</sup>. Üçüncü kişi, işlem sırf olağanüstü nitelikte olduğu için temsilcinin yetkisinde bir tereddüt duymak zorunda da değildir<sup>36</sup>. Kaldı ki şirket yöneticilerinin verilen talimatlara uymamasından ötürü uğradığı zararları bu şekilde üçüncü şahıslara yüklemesine müsaade edilmemelidir<sup>37</sup>.

Kanun koyucu, anonim şirket temsilcilerinin yetkilerini kanunun diğer bazı hükümleri ile sınırlandırmış, başka bir organın işleme iştirakini şart koşmuş olabilir. Mesela, tasfiye memurlarının anonim şirkete ait aktifleri toptan satabilmesi için genel kurul tarafından alınmış bir kararın varlığını şart koşan TTK m. 443 hükmüne rağmen satış, ortaklığın temsil organı tarafından tek başına yapılacak olursa, şirketle işlem yapan üçüncü şahıs, kanunen işleme katılması şart koşulan organın da işleme katılıp katılmadığını araştırmak zorundadır. Zira kanunda açıkça belirtilen bu hallerde temsil yetkisi kanunen sınırlandırılmıştır ve kanunen getirilen bu sınırlandırmalar üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir<sup>38</sup>.

### **III. ANONİM ŞİRKETLERDE TAŞINMAZ SATIMI**

#### **A. Taşınmaz Satımında Anonim Şirketin Hak Ehliyeti**

Daha önce de müteaddit kereler ifade ettiğimiz üzere, anonim şirket işletme mevzuu çevresi içinde kalmak kaydıyla tüm hakları iktisap ve borçları il-

---

*se, şirket mülzem olmaz.” (Arslanlı, s. 146).*

<sup>32</sup> Kırca, Temsil Yetkisi, s. 155.

<sup>33</sup> Arslanlı, s. 139; Kırca, Bankacılık İşlemleri, s. 270.

<sup>34</sup> Kırca, Bankacılık İşlemleri, s. 270.

<sup>35</sup> Arslanlı, s. 140.

<sup>36</sup> Kırca, Temsil Yetkisi, s. 155.

<sup>37</sup> Kırca, Temsil Yetkisi, s. 155.

<sup>38</sup> Arslanlı, s. 147; Benzer sınırlandırmalar için bkz. TTK. m. 311, 423.

## *Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları*

tizam edebilir (TTK m. 137). Şirket temsilcileri de şirketin maksat ve mevzuuna dâhil olan her türlü işleri ve hukukî işlemleri şirket adına yapabilirler (TTK m. 321/I).

Anonim şirketin bir iş yahut hukukî işlemi geçerli olarak yapıp yapamayacağına tespitinde hukukî işlemin niteliğine bakılmaz. Daha önce belirttiğimiz gibi iş yahut hukukî işlemin şirketin esas sözleşmesinde yazılı olan işletme mevzuu ile amaçsal olarak bağlantı içerisinde olup olmadığına, şirkete bir fayda sağlayıp sağlamadığına bakılır. Dolayısıyla şirket esas sözleşmesinde şirkete ait taşınmazların satılabileceğine ilişkin bir hüküm yoksa bile, şirketin işletme mevzuunun çevresi içinde mütalaa edilebilmesi kaydıyla şirket taşınmazları satılabilir.

Şirket esas sözleşmesinde aksine bir kayıt, bir başka anlatımla, taşınmazların satılamayacağına ilişkin açık bir hüküm olsa dahi, bu hüküm nazarı itibara alınmaz<sup>39</sup>. Çünkü TMK m. 23 medeni haklardan kısmen veya tamamen feragatin caiz olmadığını hüküm altına almakta olup, bu hüküm hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler hakkında caridir<sup>40</sup>. Bu düzenleme ile yalnız gerçek kişilerin değil, tüzel kişilerin de şahsiyeti korunmaktadır<sup>41</sup>. Şirket böyle bir durumda taşınmaz satışı yapma ehliyetini kaybetmiş olmaz<sup>42</sup>. Öğretide<sup>43</sup>, sadece tüzel kişilerin faydalanabileceği haklar bahsinde, bu haklara örnek olarak gerçek kişilerin medeni haklardan ve bunları kullanmaktan kısmen dahi feragat edememesine karşın, tüzel kişilerin her zaman kendilerini feshetmek hakkına sahip olduğundan hareketle, tüzel kişilerin bazı hakları kullanmak-

<sup>39</sup> *Berki*, bu konuyu tüzel kişilerin teberru ehliyeti bakımından incelemiş ve derneklerin tüzüğünde yahut anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde, hibe yahut vakıf yapma ehliyetinin bulunmadığı açıkça yazılı olsa bile, buna itibar olunmayacağını, zira TMK. m. 23'e göre medeni haklardan kısmen veya tamamen feragatin mümkün olmadığını belirtmiştir (**Berki**, Ş.: "Hakiki ve Hükmi Şahısların Teberru Ehliyeti", *BATİDER*, 1973, C. 7, Sa. 2, s. 280, 285). Ticaret şirketlerinin bağışta bulunabilmeleri için esas sözleşmelerinde hüküm bulunması gerektiği yönünde bkz. **Çevik**, s. 560.

<sup>40</sup> **Berki**, s. 280.

<sup>41</sup> **Berki**, s. 285, dipnot 39.

<sup>42</sup> *Berki*, eserinde aynen şöyle söylemektedir: "Hükmi şahısların teberru yapma ehliyeti bulunduğu ve bu ehliyet hükmi şahıslar bakımından da medeni hakları kullanma zümresinden olduğundan, takyid edilebilir ise de, feragate mütehammil değildir. Binnetice bir cemiyet veya şirketin Tüzük veya Ana sözleşmesinde Dernek ve şirketin hibe, vakıf gibi teberrularda bulunamayacağı sarahatle yazılı olsa, bu sarahate rağmen derneklerde Genel kurul ve şirketlerde ortaklar hey'eti gerek teberru gerek vakıf yapmak için karar yetkilerini zayı etmiş olmazlar." (**Berki**, s. 285).

<sup>43</sup> **Özkan**, s. 361.



tan feragat etmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Oysa TMK m. 23 hükmü, gerçek ya da tüzel kişilerin hukuk dünyasında mevcudiyetlerini devam ettirdiği müddetçe dikkate alınabilecek bir düzenleme olup, bir tüzel kişiliğin feshiyle beraber tatbik kabiliyetini yitirmektedir. Bir başka anlatımla, TMK m. 23 hükmü hak ehliyeti ile ilgili olup, sadece tüzel kişinin kişiliği devam ederken nazarı itibara alınabilir. Hâlbuki tüzel kişiliğin feshi, tüzel kişinin “kişiliğinin sonlandırılması” ile ilgilidir. Esasen kişiliğin olmadığı bir noktada hak ehliyetinden bahsedilemeyeceği gibi bundan feragatten de bahsedilemeyeceğinden, şirketlerin kendilerini fesih hakkı, TMK 23’e aykırı olarak tüzel kişilere tanınmış bir haktan feragat hali olarak değerlendirilmemelidir.

Şirket esas sözleşmesine şirket taşınmazlarının satılabileceğine ilişkin bir kaydın konulmuş olması, tek başına taşınmaz satım işleminin şirket tarafından geçerli olarak yapılabileceği anlamı taşımaz. Taşınmaz satımı münferit bir şirket mevzuu niteliği taşıyorsa, şirket taşınmazlarının satılabileceğine ilişkin esas sözleşmeye kayıt konulsa bile taşınmaz satışı ancak işletme mevzuu ile amaçsal bağlantı içerisinde ve şirketin menfaatine olması şartıyla gerçekleştirilebilir<sup>44</sup>. Dolayısıyla şirket esas sözleşmesinde şirketin taşınmazlarını satabileceğine ilişkin açık bir hüküm olsa dahi, satışın TTK m. 137 bakımından bir değerlendirmeye alınıp işlemin, işletme mevzuunun çevresi içinde olup olmadığının tetkiki yapılmalıdır.

Şirket esas sözleşmesinde şirketin taşınmaz satışı yapabileceğine ilişkin herhangi bir kayıt bulunmayabilir. Bu halde de şirketin mevzuu ile amaçsal olarak bağlantı içerisinde ve şirketin menfaatine olmak kaydıyla şirkete ait taşınmazlar satılabilir<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> *Yıldız*, bu durumu kefalet sözleşmesi (*Yıldız*, s. 62) bağış (s. 75), ipotek (s. 69-70), taşınmaz edinme (s. 85) işlemleri açısından değerlendirerek aynı neticeye varmaktadır. *Teoman*, şirket tüzel kişiliğinin menfaatine olmak ve ona yarar sağlamak şartıyla, esas sözleşmesinde yazılı olmayan bir konuda dahi haklar iktisap edip borçlar iltizam edebileceği, şirket malvarlığının belirli bir bölümünün bir başka yere tahsisi sonucunu doğuran, bu nedenle de aslında geçersiz olabileceği düşünülen vakıf kurma hususunun esas sözleşmede yer verilmesinin de aynı çerçevede değerlendirilebileceği; ancak esas sözleşmede vakıf kurulabileceğine ilişkin bir hükmün olmasının, şirketin içinin boşaltılması sonucu doğuracak bir uygulamayı haklı göstermeyeceği, somut olayın özelliğine göre değerlendirilecek bu tahsis işleminin şirketin menfaatleri ile çelişmesi ve haklı görülemeyecek boyutlara ulaşması halinde şirket esas sözleşmesinde şirketin vakıf kurabileceğine ilişkin hükmün bile işlemin yoklukla malul sayılmasını önleyemeyeceği kanaatinde (Teoman, Kitap 10, s. 37-38).

<sup>45</sup> *Ansay*, Anonim Şirketin Ehliyeti, s. 95; aynı yazar, Anonim Şirketler Hukuku, s. 118; şirket esas sözleşmesinde hüküm bulunmasa dahi, başkalarının borcu için şirket taşınmazları üzerinde ipotek tesis edilebileceği yönünde bkz. *Kırca*, Bankacılık İşlemleri, s. 273; *Yıldız*, ke-



## *Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları*

2644 sayılı Tapu Kanunu m. 2’de tüzel kişilerin, tapu işlerinde merkez veya şubelerinin buldukları yerin en büyük mülki amirinden nizamname-lerine göre taşınmaz tasarrufuna izinli olduklarına ve tescil işini yapacak mü- messilin yetkisine dair alınacak belgenin verilmesi mecburi tutulmuştur. Bu belgelerin de ticaret sicili memurundan alınacağı belirtilmiştir. Ticaret Sici- li Tüzüğü m. 105’te ise, Ticaret sicil memurlarının, 2644 sayılı Tapu Kanunu- nun 2. maddesi hükmünce ticaret şirketlerinin taşınmazları tasarruf edebile-ceklerini gösteren belgeyi vermek için şirketlerin esas sözleşmelerinde bildi- rilen işletme konusuna ait hükümlerle beraber Türk Ticaret Kanununun 137. maddesi hükmünü göz önünde tutacakları ifade edilmiştir. Hükmün ikinci fık- rasında yer alan, “*Sırf esas mukavelede şirketin gayrimenkule sahip olabile- ceğinin yazılmamış olmasına dayanılarak vesikanın verilmesi isteği redde- dilemez.*” şeklindeki ifadenin lafzına bakıldığında, yalnızca şirket tarafından alınacak taşınmazlar açısından öngörülmüş olduğu izlenimi uyanmaktadır. Hâlbuki anonim şirketin kendisine ait taşınmazı satmak istemesi halinde de esas sözleşmesinde bu yönde açık bir hüküm olup olmadığına bakılmamalı, esas sözleşmede yazılı konular TTK m. 137 göz önüne alınarak, yapılan taşın- maz satışı işleminin, işletme mevzuunun çevresi içinde kalıp kalmadığına ba- kılmalıdır. Daha önce belirtildiği gibi “işletme mevzuunun çevresi” kavramı geniş yorumlanmalı ve eğer taşınmaz satışı işlemi işletme mevzuunun çevresi içinde mütalaa edilebiliyorsa o vakit taşınmaza tasarruf belgesi verilmelidir<sup>46</sup>.

falet açısından, s. 63, ipotek için, s. 69, bağış için 75, Taşınmaz Edinme için s. 85. Yargıtay da (11. HD. T. 21.01.1994 tarih ve E: 1994/6997, K: 1994/258 sayılı kararında) isabetli olarak “...Şirket sözleşmesinde münhasıran şirket borçları ve alacakları için rehin, ipotek kurma yer alsa bile, Dairemizin 23.3.1982 tarih ve 851/1255 sayılı kararında da belirtildiği gibi şir- ketin mevzuu içinde açıkça sayılmasa bile ticaret hayatının icabı olarak şirketlerin birbirine veya ticari iş yaptıkları tacirlere kefalet vermelerinin, taşınmazlarını banka borçları için ipo- tek etmelerinin TTK’nun 137 ve 321. maddeleri hükümleri çerçevesine giren ve şirket mev- zuu içinde kalan (mutad bir muamele) olmaları nedeniyle geçerli olmasına, ayrıca...keyfiye- tin genel kurulda tartışıldığı gibi, yönetim kurulunun...59 sayılı toplantısında da kabul edil- diği anlaşılmasına...göre davacı vekilinin karar düzeltme talebinin reddi gerekir...”, şeklin- de karar vermiştir (Moroğlu, E./Kendigelen, A.: Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İl- gili Mevzuat, 8. Bası, İstanbul 2004; TTK m. 137, s. 160); Yargıtay 11. HD. 24.09.1990 ta- rihi, 5383/5771 sayılı kararında da esas sözleşmede ipotek tesis edilebileceği yer almasa bile, şirketin alacağı krediler için taşınmazlarını ipotek edebileceğini (Eriş, m. 137, s. 1220); Y. 8. HD, 6.4.1991 tarih, 14958/8124 sayılı kararında eğer taşınmaz ortaklığın ihtiyacı için gerek- li ise, esas sözleşmede yazılı olmasa bile, tescil kararı verilebileceğini içtihat etmiştir (Eriş, m. 137, Dipnot 20, s. 1220); şirket sözleşmesinde açıkça iştiğal konusu olarak gösterilme- se bile ticari faaliyetlerinin icabı olarak kefalet ve garanti sözleşmeleri yapabileceğine karar vermiştir, Y. 11. HD. 19.7.2005 tarih ve E: 2005/4621, K: 2005/7778, (www.kazancı.com, 26.04.2010).

<sup>46</sup> Kırcı’a göre de hükmün lafzından hareket edilmemeli, TST. m. 105/II hükmünün “*sırf esas*

Şirket esas sözleşmesine taşınmazların hangi miktardan aşağı bedellerle satılamayacağına ilişkin kayıtlar konabilir, bu halde hakkın özü yok edilmeksizin sınırlanmış olur<sup>47</sup>. Ancak bu sınırlamalar kanun koyucu tarafından tescil ve ilanına cevaz verilen sınırlamalar arasında mütalaa edilemediğinden (TTK. m. 321/II) ancak iç ilişkide hüküm icra eder; iyiniyeti üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez. Tescil ve ilan edilmiş olsa dahi bu durum üçüncü kişilerin iyiniyetine halel getirmez.

## B. Anonim Şirketin Temsili Bakımından Taşınmaz Satımı

Anonim şirketler hukuku alanında taşınmaz satımı hususunda en çok sorun teşkil eden konulardan biri özellikle genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki yetki bölüşümüdür. Öğretide *Arslanlı* tarafından anonim şirketler hukukunda yönetim kurulunun yetkilerinin belirlenmesi bakımından şahıs şirketlerine özgü bir ayırım olan olağan iş-olağanüstü iş ayırımı yapılabileceği öne sürülmektedir<sup>48</sup>. Müellif, aksine esas sözleşmede hüküm yoksa, yönetim kurulunun idare hakkının, şahıs şirketlerinde olduğu gibi, şirket maksat ve mevzuunun sağlanması için gerekli olağan işlemlerden ibaret olduğunu ileri sürmektedir. Olağanüstü işlemler hakkında karar verme yetkisi ise genel kuruldadır. Müellif görüşünü, Türk Ticaret Kanununun idare hakları sahasında genel kurul ile yönetim kurulunun yetkilerini tanzim etmediğine, TTK m. 138 sebebiyle Borçlar Kanununun adi şirkete ilişkin hükümlerinin uygulanacağını ve idare yetkisine sahip yöneticilerin yetkisinin yalnızca olağan işlemler ile sınırlı olduğuna dayandırmıştır<sup>49</sup>. Oysa TTK m. 138, Borçlar Kanununun adi şirkete ilişkin hükümlerinin uygulanmasını, uygulanacak hükmün ancak şirket türünün niteliğine uygun düşmesi şartına bağlamıştır. Kanaatimizce, şahıs şirketlerinde yönetim haklarında yapılan olağan-olağanüstü iş ayırımı anonim şirketlerin mahiyetine uygun değildir<sup>50</sup>. Zira böyle bir ayırımın yapılma-

---

*mukavelede şirketin gayri menkuller üzerinde tasarrufta bulunabileceğinin yazılmamış olmasına dayanılarak vesikanın verilmesi isteği reddedilemez.*” şeklinde anlaşılmalıdır (**Kırca**, Bankacılık İşlemleri, s. 275-276).

<sup>47</sup> *Berki*, ne miktara kadar teberru yapabileceğine ilişkin esas sözleşme yahut dernek tüzüğünde yer alan kaydın geçerli olacağı fikrindedir. Yazar bu görüşünün gerekçesi olarak “*Zira bu halde ehliyet ref edilmemiş, kanuna, ve hususiyyle hakkın özü yok edilmek üzere takyid olunmuştur.*” şeklinde ifade etmişse de kanaatimizce burada bir yazım hatası neticesinde “yok edilmek üzere” ifadesinin “yok edilmemek üzere” şeklinde anlaşılması gerekir, (**Berki**, s. 280).

<sup>48</sup> **Arslanlı**, s. 7, 114.

<sup>49</sup> **Arslanlı**, dipnot 24, s. 7.

<sup>50</sup> Aynı yönde, **Tekil**, F.: “Anonim Şirketlerde Yetki Sorunları”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na

## *Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları*

sı bizi olağan işler hakkında karar verme yetkisinin anonim şirketlerde yönetim kuruluna, buna mukabil olağanüstü işlemler hakkında karar verme yetkisinin genel kurula ait olduğu sonucuna götürür. Oysa genel kurulun ağır işleyen yapısı, ticari işlemlerdeki sürat karşısında ortaklık faaliyetlerini sekteye uğratar. Olağan olarak yılda yalnızca bir kez toplanan genel kuruldan şirketin taşınmaz alım satım işlemlerine, kefalet, bağış, ipotek gibi işlemlerine karar vermesi beklenemez.

Şahıs şirketlerine özgü olan bu ayrımın anonim şirketin mahiyetine uygun olmamasından başka kanun koyucu TTK m. 321/I’de şirketin maksat ve mevzuuna giren *her nevi* iş ve hukukî işlemlerin temsilciler tarafından geçerli olarak yapılabileceğini belirtmiş, benzer şekilde TTK m. 176/I de şirketin gayesine dahil olan *her nevi* iş ve hukukî işlemlerin temsilciler tarafından yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Ancak olağanüstü işlemler bakımından kollektif şirketlerde ayrı bir hüküm konulmuş, bu işlemler bakımından oybirliği aranmıştır (TTK m. 165). Anonim şirketlerde olağanüstü işlemleri genel kurul kararına bağlayan bir hükme yer verilmemesinin, kanun koyucunun kasıtlı susması olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira şirketi temsile ilişkin TTK m. 176/I ve TTK m. 321/I’de benzer düzenleme her iki şirket bakımından öngörülmüşken, kollektif şirket bakımından olağanüstü işlemleri ortakların oybirliğine bağlayan m. 165 hükmüne benzer bir düzenleme öngörülmemiştir. Eğer kanun koyucu böyle bir ayrımı isteseydi anonim şirketler bakımından da TTK m. 165’e benzer bir hükmü kanuna koyabilirdi.

Genel kurulun yetkisi kanun ve esas sözleşmede öngörülen işlemler ile sınırlı olup bunun dışındaki tüm şirket işlemleri yönetim kurulu tarafından yapılır<sup>51</sup>. Bu kuraldan hareketle, anonim şirketin sahip olduğu malvarlığını yönetme yetkisi de yönetim kuruluna ait olduğundan, şirkete ait taşınmazları münferiden devretme yetkisinin yönetim kuruluna ait olduğu söylenebilir<sup>52</sup>.

65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 608, 611; **İmregün**, O.: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, (Anonim Ortaklıklar) s. 206-207 (Yazar, önceleri kollektif ve komandit şirketlerde olduğu gibi yönetim kurulu yetkisinin olağan işlemlerle sınırlı olduğunu, olağanüstü işlemlerde genel kurulun yetkili olduğunu ancak bu işlemler için yönetim kuruluna yetki verebileceğini savunmuş olmasına rağmen daha sonra bu durumun genel kurulun yapısına uygun olmadığını, esasen kollektif şirketlerde olan bu ayrımın anonim ortaklıklar için mevcut olmadığını belirterek haklı olarak bu görüşünden vazgeçmiştir).

<sup>51</sup> Aynı yönde, **Çamoğlu**, (Poroy/Tekinalp), N. 525, s. 307, **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), N. 517, s. 300.

<sup>52</sup> **Özdamar**, M.: “Anonim Ortaklığın Sahip Olduğu Malvarlığının Yönetim Kurulu Tarafından Topluca Devredilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, Sa. 2, Y.

Esas sözleşme ile şirkete ait taşınmazların satılmasına karar verme yetkisi genel kurul yahut başka bir organa bırakılmış olabilir. Ancak genel kurul iç ilişki ile ilgili bir organ olup kararlarını bizzat icra edemez, genel kurul kararı bir yönetim kurulu kararı olarak tezahür etmedikçe karar anonim şirketi bağlamaz<sup>53</sup>. Bu anlamda esas sözleşmede taşınmaz satışı işlemini genel kurul kararına bağlayan bir hüküm olsa bile, genel kurul aldığı kararlar ile yönetim kuruluna ancak talimat verebilir<sup>54</sup>. Örneğin genel kurul şirkete ait bir taşınmazın satılmasına karar vermiş ise bu karara dayanarak tescil işlemi yapılamaz; işlem esas sözleşmede aksine hüküm yoksa şirketi temsile yetkili en az iki kişinin imzalayacağı resmi senede istinaden tescil edilebilir. Çünkü anonim ortaklıklarda temsil yetkisi genel kurul değil yönetim kurulu tarafından kullanılabilir (TTK. m. 317).

Anonim şirketlerde yönetim kurulu genel kurulun münhasır yetkisine girmemesi kaydıyla olağan iş olağanüstü iş ayrımı yapılmaksızın şirketin işletme mevzuunun çevresi içinde mütalaa edilebilen tüm işlemleri şirket adına yapabilir. Yönetim kurulunun yetkisine giren bir iş hakkında genel kurul kararı mevcut olsa dahi, genel kurul kararına aykırı olan işlemler şirketi bağlar (TTK. m. 321/IV)<sup>55</sup>.

Bunun dışında esas sözleşmede şirketin taşınmaz satımı işlemini genel kurul kararına bağlayan bir hüküm bulunsa ve şirket esas sözleşmesi tescil ve ilan edilmiş olsa dahi daha önce belirttiğimiz gibi bu tescil ve ilan üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmaz. Öğretide *Kırca*<sup>56</sup>, *şirket esas sözleşmesinde yönetim kurulu üyesinin belirli bir işlemi yapabilmesi için genel kuruldan izin alması gerektiğinin öngörülmesi halinde, yönetim kurulu ile işlem yapan üçüncü kişinin, esas sözleşmenin bu hükmünden haberdar olmasına rağmen işlem esnasında bu iznin alınıp alınmadığını bilmeden işlemi yapması ve*

---

2006, s. 102, 103, 104.

<sup>53</sup> Arslanlı, s. 5; Karayalçın, s. 107.

<sup>54</sup> Arslanlı, s. 5. Belirtmek gerekir ki *Karayalçın*, iç münasebette önemli olan organların MK. m. 47'de (Yeni TMK m.50) ifadesini bulan irade organı olmadığı, bunların sadece tüzel kişinin teşkilatı içinde bir yeri olduğu, ancak esas sözleşmeye konacak bir hükümle önemli hallerde irade ve temsil organının yapacağı işlemin diğer organların tasvibi ile hüküm ifade edebileceğinin kararlaştırılabileceği, iç münasebette önemli olan organların yalnız bu gibi istisnai hallerde tüzel kişi için dış ilişkide rolü olan bir organ olabileceği kanaatindedir (*Karayalçın*, s. 108).

<sup>55</sup> Kırca, Bankacılık İşlemleri, s. 271.

<sup>56</sup> Kırca, Temsil Yetkisi, s. 156-157.

## *Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları*

*sonradan bu iznin alınmadığının ortaya çıkması halinde dahi üçüncü kişinin kötüniyetli olamayacağını ifade etmektedir. Müellife göre, üçüncü kişinin iyiniyeti, sadece kapsamı kanunda belirlenen temsil yetkisinin varlığına ilişkin değildir. Üçüncü kişi aynı zamanda temsilcinin işlemi yapmadan önce gerekli izni almış olacağı düşüncesiyle hareket eder. Müellif, üçüncü kişilerin şirketin iç düzenlemeleriyle saklı tutulan ve alınmaları gereken izinlerin işlem anında temsilciler tarafından alındıkları yönündeki iyiniyetlerinin varlığının kabulünün, ticari hayat için büyük önem taşıdığı, aksinin kabulünün karmaşaya ve ticari hayatı güvensizlik ortamına sürükleyeceği kanaatinde dir.*

### **IV. ESAS SÖZLEŞME VE GENEL KURUL KARARLARINA AYKIRI TAŞINMAZ SATIMI İŞLEMLERİNİN HUKUKİ AKİBETİ**

Anonim şirket temsilcilerinin temsil yetkisi, kanunen tescil ve ilanına izin verilmeyen türden bir sınırlamaya tabi tutulmuşsa, şirkete ait taşınmazların satımı açısından bu sınırlamalar ancak iç ilişkide hüküm ifade eder<sup>57</sup>. Bu türden sınırlamalar, tescil ve ilan edilmiş olsa dahi üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmaz<sup>58</sup>. Kanunen tescil ve ilanına izin verilmeyen sınırlamaların üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi, temsil yetkisinin kapsamının sınırlandırıldığı bu kişiye özel olarak bildirilmesi halinde mümkündür. Aksi halde şirket bu sınırlamaya rağmen yapılan işlem ile bağlı olacaktır.

Anonim şirketlerde şirket taşınmazının münferiden satımına karar verme yetkisi yönetim kurulundadır. Ancak esas sözleşme yahut bir genel kurul kararı ile şirket, taşınmaz satımı işlemi ile ilgili olarak kanunen tescil ve ilanı caiz olmayan başka türden bir sınırlama yapmışsa, bu halde sınırlamanın üçün-

<sup>57</sup> *Moroğlu, Arslanlı'nın temsil yetkisinin konu içindeki tahditlerinin talimat vasfı taşıdığı ve vukuf üçüncü şahısların haklarını ihlal etmeyeceği; yalnızca üçüncü şahısların mümessil ile anlaşarak yetkisinin suiistimalini temsil edilenin zararına istismar etmiş olması durumunda işlemin şirketi bağlamayacağı görüşüne (Arslanlı, s. 146) katılmanın güç olduğu kanaatinde dir. Müellife göre TTK m. 321/II'de temsil yetkisinin sınırlamalarının iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmeyeceğini bildiren hükme aykırı düşeceği, bu durumda 321/II'nin hiç değerlendirilmemiş olacağı, bundan dolayı temsil yetkisinin konu yönünden sınırlandırılmasının talimattan daha ileri bir nitelik taşıyacağı; çünkü talimatın sadece içi ilişkiyi ilgilendireceği ve üçüncü şahıslar buna vakıf olsunlar olmasınlar işlemin temsil olunanı bağlayacağı; işlemin temsilci ve üçüncü kişi anlaşarak yetkiyi temsil olunanın zararına suiistimal etmişlerse şirketi bağlamayacağı, hâlbuki TTK m. 321/II'de sınırlamaların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürüleceğinin belirtildiğini ifade etmektedir (Moroğlu, E.: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007, s. 190, Dipnot 42).*

<sup>58</sup> Aynı yönde **Böckli**, P.: Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, N. 498; **von Büren/Stoffel/Weber**, N. 646.

cü kişiye karşı ileri sürülebilmesi için, onun bu konudaki iyiniyetinin ortadan kaldırılması gerekir. Ancak bu şartla, bir başka anlatımla üçüncü kişinin iyiniyetinin ortadan kaldırılmış olması kaydıyla şirket yapılan taşınmaz satımı işlemi ile bağlı olmadığını iddia edebilir<sup>59</sup>. Şirket bakımından bağlayıcı olmayan bir işleme dayanarak tapu sicilinde yapılacak tescil TMK m. 1024'e göre yolsuzdur. Şirket TMK m. 1025'e göre tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir. Fakat iyiniyetli bir üçüncü kişi henüz düzeltilmeden sicildeki yolsuz tescile güvenerek bir aynı hak kazanırsa onun bu kazanımı saklıdır (TMK m. 1023).

İç ilişkide geçerli olan tescil ve ilanına cevaz verilmemiş bir sınırlandırmaya şirketle işlem yapan kişinin dikkati özel olarak çekilmemiş<sup>60</sup> ise şirket taşınmaz satımı işlemi ile bağlı olacaktır. Sınırlama bu halde yalnızca iç ilişkide hüküm ifade ettiğinden sınırlamaya aykırı olan taşınmaz satımı işlemine dayanılarak yapılan tescilin de yolsuz olduğundan bahsedilemeyecektir<sup>61</sup>. Zira TTK m. 321/IV'e göre, şirketi temsile yetkili olanlar tarafından yapılan işlemin esas sözleşme veya genel kurul kararına aykırı olması, iyiniyetli üçüncü kişilerin o işlemden dolayı şirkete müracaatına engel olmaz.

<sup>59</sup> Kirca'ya göre "...temsilcinin tescili caiz olmayan bir sınırlandırmaya riayet etmeden üçüncü kişiyle bir hukuki işlem yapması halinde, şirketin bu işlemle bağlı olmadığını üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmesi için şu üç şartın birlikte bulunması gerekir: 1) Temsilci, tescili caiz olmayan bir sınırlandırmaya riayet etmeden üçüncü kişiyle bir hukuki işlem yapmış olmalı, 2) Şirket bu işlem nedeniyle zarar görmüş olmalı ve 3) Üçüncü kişi, söz konusu sınırlandırmayı bilmeli veya bilgisizliği ağır ihmalden kaynaklanmalıdır" (Kirca, Temsil Yetkisi, s. 157).

<sup>60</sup> Bkz. Yukarıda Başlık II, B.

<sup>61</sup> Yargıtay 1. HD.'nin 15.12.2009 tarih, E: 2009/9183, K: 2009/13083 sayılı yayınlanmamış kararında "...tapu sicilinin tutulmasının prensiplerinden...sonucusu ise, 'geçerli bir hukuki sebebin bulunması', bir başka deyişle illetten mücerret olmamasıdır. Gerçekten de korunması gerekli olan bir sicilin ve tescilin varlığının kabul edilebilmesi için geçerli bir hukuki sebebinin olması zorunlu olup, sicilin dayanağını oluşturan hukuki işlemin geçersiz olması halinde Türk Medeni Kanununun 1025. maddesinde öngörülen yolsuz tescil niteliği taşıyacağı tartışmasızdır. ...çekişmeli taşınmazın satışına karar alındığı tarihte genel kurulun oluşumunun sahtecilikle teşkil edildiği ve buna dayalı olarak alınan karardan sonra taşınmazın el değiştirdiği sabittir. O halde, davalının edinmesinin dayanağının altında yatan sahtecilikle gerçekleştirilen genel kurul kararı olduğunda da şüphe bulunmamaktadır. Bu oluşuma göre, davalı tapu sicillerinin güvenilirliği ve aleniyetinden istifade ederek sicilden edinen kişi değil, sicilin dayanağı belgeden edinen kişi olup, ilk el konumundadır. Öyleyse davalının Türk Medeni Kanununun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanma imkânı bulunmadığı da şüphesizdir." şeklinde içtihat etmiştir. Ancak TTK m. 321/IV' te açıkça genel kurul kararlarına aykırı yönetim kurulu kararlarının dahi şirketi bağlayacağını ifade edildiği dikkate alındığında taşınmaz satımı konusunda genel kurulun geçerli olarak alınmış bir sınırlandırıcı kararı olsaydı ve buna aykırı olarak yönetim kurulu tarafından taşınmaz satışı gerçekleştirilmiş olsaydı dahi işlem yine şirketi bağlayacağından ve anonim şirket yönetim kurulunun şirkete ait bir gayrimenkulü satmak için genel kurul tarafından özel olarak yetkilendirilmesi de gerekmediğinden Yargıtay'ın görüşüne katılmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

## *Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları*

Temsil yetkisinin, tescil ve ilanına izin verilmeyen haller dışında sınırlandırılması, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez de sınırlamalara uymayan yöneticiler diğer şartlar da yerine gelmişse şirkete karşı sorumludur. Çünkü yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirildiğinde, şirket talimatlarına uymamak, müvekkilin talimatlarına uymamak şeklinde kabul edileceğinden, TTK m. 336/V' e göre kanunun yüklediği bir görevin ihlali niteliği taşıyacaktır<sup>62</sup>.

### **SONUÇ**

Ticaret Kanununun 137. maddesi ile ticaret şirketleri bakımından “ultra vires” ilkesi kabul edilmiştir. “Ultra vires” şirketin hak ehliyetinin, esas sözleşmesinde yazılı işletme mevzuunun çevresine giren hak ve borçlar ile sınırlandırılması anlamına gelmekte olup bir iş yahut hukukî işlemin ultra vires olup olmadığı tespit edilirken söz konusu iş yahut hukukî işlemin esas sözleşmede ismen belirtilip belirtilmediğine bakılmaz; ismen esas sözleşmede belirtilsin yahut belirtilmesin, işlemin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak işletme mevzuuna girip girmediğine bakılır. Dolayısıyla şirket esas sözleşmesinde açıkça belirtilsin veya belirtilmesin, şirkete ait taşınmazlar işletme mevzuunun çevresi içinde mütalaa edilmesi kaydıyla satılabilir.

Anonim şirketlerde, şirketi idare ve temsil yetkisi yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu genel kurulun münhasır yetkisine girmeyen tüm iş ve hukukî işlemleri olağan-olağanüstü iş ayrımı yapmaksızın geçerli olarak yapabilir. Dolayısıyla şirkete ait taşınmazların münferiden satımı işlemlerinde de yönetim kurulu yetkilidir.

Yönetim kurulunun temsil yetkisi, şirketin maksat ve mevzuuna giren iş ve hukukî işlemler ile sınırlıdır. Bunun dışında temsil yetkisine getirilecek sınırlandırmalar iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez. Ancak temsil yetkisinin merkez veya şubenin işlerine hasrolunması veya birlikte temsil kaydıyla sınırlandırılması mümkündür ve bu sınırlandırmaların tescil ve ilanına müsaade edilmiştir. Bunun dışında temsil yetkisine getirilecek sınırlandırmalar iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemez; bu türden sınırlamalar tescil ve ilan edilmiş olsalar bile üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmaz. Kanunen tescil ve ilanına izin verilmeyen hallerden biri ile sınırlama ya-

---

<sup>62</sup> Moroğlu, s. 191.



pılmış ise bu sınırlamalar, sınırlamaya dikkatinin özel olarak çekilmesi kaydıyla üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir.

Yönetim kurulunun temsil yetkisi kanunen tescil ve ilanına izin verilmeyen hallerden biri ile sınırlandırılmış ve fakat yönetim kurulu sınırlamaya aykırı olarak bir işlem tesis etmiş olabilir. Bu halde sınırlamaya üçüncü kişinin dikkati çekilmiş ise işlem şirketi bağlamaz; aksi halde şirket sınırlamaya aykırı olarak tesis edilen işlem ile bağlı olur. Şirkete ait bir taşınmaz esas sözleşmede yer alan yahut bir genel kurul kararı ile getirilmiş tescil ve ilanına izin verilmemiş bir sınırlamaya aykırı olarak elden çıkarılırsa, bu halde eğer sınırlamaya şirketle işlem yapan üçüncü kişinin dikkati çekilmiş ve bu sebeple işlem şirketi bağlamayacaksa bu işleme dayanılarak tapu sicilinde yapılan tescil yolsuz tescil olacak; fakat tescil henüz düzeltilmeden sicildeki yolsuz kayda istinaden iyiniyetle bir aynî hak iktisap eden üçüncü şahısların bu kazanımları korunacaktır. Eğer tescil ve ilanına izin verilmemiş bir sınırlamaya, şirketle işlem yapan üçüncü şahsın dikkati özel olarak çekilmemiş ise işlemin şirketi bağlamayacağı ileri sürülemez. İşlem sınırlamaya aykırı olarak yapılmış olsa dahi şirketi bağlar. Böyle bir işlem, buna dayanılarak tapu sicilinde yapılan tescili de yolsuz kılmaz.

Temsil yetkisinin, tescil ve ilanına izin verilmeyen haller dışında sınırlandırılması, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez de sınırlamalara uymayan yöneticiler diğer şartlar da yerine gelmişse şirkete karşı sorumludur. Çünkü yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirildiğinde, şirket talimatlarına uymamak, müvekkilin talimatlarına uymamak şeklinde kabul edileceğinden kanunun yüklediği bir görevin ihlali niteliği taşıyacaktır.

### **KAYNAKÇA**

**AKİPEK, J. G.:** Türk Medeni Hukuku, C. I, Cüz II, Şahsın Hukuku, Ankara 1966.

**AKİPEK, J. G.:** Le But des associations en droit Turc et son importance Juridique, Ankara 1963.

**AKYAZAN, S.:**“TTK’nun 137. Maddesinin Anlam ve Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, BATİDER, 1974, C. 7, Sa. 4, s. 829-840.



*Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları*

**ANSAY, T.:** Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, (Anonim Şirketler Hukuku).

**ANSAY, T.:** “Anonim Şirketlerde Ehliyet Meselesi” I. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 27 Nisan-3 Mayıs 1960, s. 81-97, (Anonim Şirketin Ehliyeti).

**ARSLANLI, H.:** Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960.

**BERKİ, Ş.:** Medeni Hukuk Dersleri, Umumi Esaslar, Şahıs ve Aile Hukuku Ankara 1961.

**BERKİ, Ş. :** “Hakiki ve Hükmi Şahısların Teberru Ehliyeti”, BATİDER, 1973, C. 7, Sa. 2, s. 269-290.

**BÖCKLI, P.:** Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl. Zürich 2004.

**POROY, R./**

**TEKİNALP, Ü./**

**ÇAMOĞLU, E.:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2009.

**ÇEVİK, O. N.:** “Ticaret Şirketlerinin Bağışta Bulunabilme Ehliyeti”, Ankara Barosu Dergisi, 1991, Y. 48, Sa. 4, s. 555-574.

**DOĞANAY, İ.:** Türk ticaret Kanunu Şerhi, C. I, 4. Bası, İstanbul 2004.

**DURAL, M./**

**ÖĞÜZ, T.:** Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006.

**ERİŞ, G.:** Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Ankara 2007.

**FRANKO, N.:** “Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti”, II. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1985, s. 37-53.

**GÖKTÜRK, H. A.:** Türk Medeni Hukuku, I. Kitap, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), Ankara 1954.

**HELVACI, M.:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001.

**İNAN, N.:** “Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti” tebliğinden sonra yer

alan Tartışmalar Bölümü, II. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1985.

**İMREGÜN, O.:** “Ticaret Ortaklıklarının Ehliyet ve Temsili”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, 1992, Sa. 74, s. 7-14 (Ehliyet).

**İMREGÜN, O.:** Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989,(Anonim Ortaklıklar).

**İZMİRLİ, Y.:** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukukî Sonuçları, Ankara 2001.

**KARAYALÇIN, Y.:** Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku, A. Giriş-Adi Şirket-Ticaret Şirketleri, Ankara 1973.

**KIRCA, İ.:** “Bankacılık İşlemleri- Ticaret Şirketlerinde Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Sınırlandırılması, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar, Ankara 2007, s. 265-292 (Temsil Yetkisi).

**KIRCA, İ.:** “Ticaret Şirketlerinde Temsil Yetkisine Getirilen ve Tescili Caiz Olmayan Sınırlandırmaların Üçüncü Kişilere Etkisi”, Batider, C. XVII, Sa. 3, 1994, s. 155-158 (Bankacılık İşlemleri).

**KUNTALP, E.:** “Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti”, II. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1985, s. 5-17.

**MOROĞLU, E./**

**KENDİGELEN, A.:** Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 8. Bası, İstanbul 2004.

**MOROĞLU, E.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2007.

**OKÇUOĞLU, Y.:** “Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti” Başlıklı Tebliğden Sonraki Tartışmalar Bölümü, II. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1985.

**OĞUZMAN M. K./**

**SELİÇİ, Ö./**

**OKTAY-ÖZDEMİR, S.:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2009.

*Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları*

- ÖZDAMAR, M.:** “Anonim Ortaklığın Sahip Olduğu Malvarlığının Yönetim Kurulu Tarafından Topluca Devredilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C. 14, Sa. 2, s. 99-118.
- ÖZKAN, I.:** “Tüzel Kişilerin Ehliyetinin Gaye İle Sınırlandırılması I” Adalet Dergisi, 1974, Sa. 3-4, s. 359-371.
- ÖZTAN, B.:** Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970.
- SAYMEN, F. H.:** Türk Medeni Hukuku, C. II, Şahsın Hukuku, İstanbul 1960.
- TEKİL, F.:** “Anonim Şirketlerde Yetki Sorunları”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 601-629.
- TEOMAN, Ö.:** Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukukî Mütâalalar, Kitap 10: 2000-2002, İstanbul 2003, (Kitap 10).
- TEOMAN, Ö.:** Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukukî Mütâalalar, Kitap 1: 1989-1991, İstanbul 1992, (Kitap 1).
- ÜLGEN, H.:** “Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1283-1291.
- VON BÜREN, R./**
- STOFFEL, W.A./**
- WEBER, R.H.:** Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl., Zürich 2007.
- YILDIZ, B.:** “Şirketlerin Ehliyetine İlişkin Olarak Özellik Arz Eden Bazı Hukukî İşlem ve Sözleşmeler”, Ankara Barosu Dergisi, C. 2. Y. 2006, s. 55-86.

BOŞ

# FON ALACAĞI KAVRAMI VE FON ALACAKLARINA İLİŞKİN ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN ŞAHSİ İFLAS DAVASINDA UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

Arş. Gör. Kürşat GÖKTÜRK\*

## ÖZET

Bankaların fona devri ya da faaliyet izninin kaldırılması sonrasında banka yöneticileri özel bir hukuki sorumluluk rejimine tabi olmaktadır. Söz konusu hukuki rejim, Bankacılık Kanunu ve alt düzenleyici işlemlerle tanzim edilmiş ve fon lehine oldukça geniş yetkiler tevdi edilmek suretiyle güçlendirilmiştir. Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen zamanaşımı süresi de bu rejimin bir parçası olmakla birlikte, düzenlemenin şumulü, hususi değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Bu çalışmada zamanaşımı süresine ilişkin düzenlemenin, şahsi iflas davalarında uygulanabilirliği meselesi incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler :** Fon Alacağı, Zamanaşımı, Şahsi İflas, Banka Yöneticisi, Bankacılık

## THE FUND CLAIM CONCEPT AND THE APPLICABILITY OF THE TIME LIMIT FOR FUND CLAIMS TO THE PERSONAL BANKRUPTCY CLAIMS

### ABSTRACT

After revoking the operating permissions or transferring the shareholder rights except dividends and management and supervision of banks, the directors and officers of banks are subjected to a special civil liability regime. This special liability regime is supported by broad powers in favor of Savings Deposit Insurance Fund. The time limit, which has regulated in article 141 of Turkish Banking Act is one of the important part of this regime. However, the scope of this article must be handled. This article is concerned with the special time limit and the scope of article 141 of Turkish Banking Act.

**Key Words :** Fund Claim, Prescription, Personal Bankruptcy, Bank Directors and Officers, Banking

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

## I. Sorunun Önemi ve Ortaya Konulması

Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesi “*Bu Kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi yirmi yıldır.*” hükmünü içermektedir. Düzenlemenin zihinde uyandırdığı ilk intiba, fonun alacaklı sıfatının bulunduğu tüm alacaklar bakımından zamanaşımı süresinin 20 yıl olduğu yönündedir. Bu bakımdan maddenin şahsi iflas davalarında da uygulama kabiliyeti bulunduğu düşüncesi hasıl olmaktadır<sup>1</sup>.

Bankacılık Kanunu sistemi incelendiğinde ise, “*fon alacağı*” tabirinin, fonun alacaklı olduğu tüm halleri kapsayan genel bir kavram mı olduğu, yoksa fonun alacaklısı sıfatını taşıdığı alacaklardan sadece bir kısmını mı ifade ettiği hususunda tereddüt doğmaktadır. Yasada fonun alacaklı sıfatı bulunan tüm haller bakımından müşterek bir kavram olarak fon alacağı kavramının kullanılmaması, bazen “*fon alacağı*” ya da “*fon alacakları*” (bkz. BankK. m. 108/IV, 111/I, 132/VIII, 134/III, 135/IV, 136/I, 139, 140/IV,VI, 141, gm. 11, 13, 16, 24, 26), bazen “*fonun alacağı*” (bkz. BankK. m. 134 başlığı), bazen “*fonun alacaklı/sı olduğu...*” (bkz. BankK. m. 138/IV,V,VI), bazen de fona ilişkin olduğu vurgulanmak suretiyle sadece “*alacak*”(bkz. BankK. m. 132/IX,134/I) kavramlarının kullanılması bu tereddütleri artırmakta ve fon alacağı tabirinin özel bir kapsama sahip olup olmadığının araştırılmasını gerekli kılmaktadır.

Mesele pratik önemini, fonun alacaklı sıfatını dolaylı surette, bir diğer anlatımla başka bir kimsenin alacak hakkına istinaden edinmesi halinde göstermektedir. Fon alacağı kavramına yüklenen mana ve bunun kapsamı, alacağın tabii olduğu zamanaşımı süresini belirleyeceğinden, kapsamın belirlenmesinde varılan sonuç, fon alacağı kavramının belirli alacakları kapsadığı yönünde olursa, özellikle şahsi iflas davasında talep olunan alacağın zamanaşımı süresini etkileyebilecektir. Aşağıda fon alacağı kavramının kapsamı belirlenmeye çalışılacak ve varılan sonuç çerçevesinde şahsi iflas davasına konu alacağın tabii olduğu zamanaşımı süresi değerlendirilecektir.

<sup>1</sup> Bkz. Tekinalp, Ünal; Tekinalp'ın Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, shf. 296: Battal, Ahmet; Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, shf. 141: Akdağ-Güney, Necla; Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010, shf. 351 vd.: Doğrusöz, Hanife; Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010, shf. 293 vd.: Sürenin, fonun her tür alacakları için uygulanamayacağı yönünde Bkz. Alıcı, Yaşar; Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, shf. 1180.

## **II. Fon Alacaklarında Zamanaşımı Süresine İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Dayanakları**

Fon alacaklarının tabi olduğu yirmi yıllık zamanaşımı süresi ilk kez 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun ek 3. maddesinde tanzim edilmiştir<sup>2</sup>. Anılan madde, 4389 sayılı Kanun'a 12.12.2003 tarihli ve 5020 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile eklenmiştir. 4389 sayılı Kanun'un ek 3. maddesinin ilgili kısmına göre "Bu Kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ve bu Kanuna göre Hazine alacağı sayılan alacaklara ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi yirmi yıldır". Görüldüğü üzere 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinden farklı olarak 4389 sayılı Kanun'da sadece fon alacakları değil, hazine alacakları da aynı zamanaşımı süresine tabi kılınmış ve bu alacakların birbirinden farklı olduğu vurgulanmıştır.

4389 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 5020 sayılı Kanun'un Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü tarafından sunulan gerekçesi<sup>3</sup> tetkik edildiğinde ise, "Bankalar Kanununa eklenen ek 3 üncü maddeyle, Bankalar Kanunundan kaynaklanan **banka, Fon ve Hazine alacaklarına** ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi yirmi yıla çıkarılmakta..." ifadesi yer almaktadır. Gerekçede fon ve hazine alacakları yanında banka alacaklarından özel olarak bahsedilmesine rağmen, yasalaşan metinde banka alacağından bahsedilmemesi, fon ve hazine alacağı kavramının, banka alacaklarını da kapsadığı sonucunu doğurmaktadır. Ancak yasa metninde banka alacaklarından bahsolunmaması, banka alacağına diğer alacaklar bünyesinde yer alması ile değil, banka alacaklarının yirmi yıllık zamanaşımı süresine tabi olmaması ile açıklanabilir. Zira adalet komisyonu tarafından kabul edilen metnin 31. maddesi, sadece fon alacakları ve hazine alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresini tanzim etmiş ve banka alacaklarının yirmi yıllık zamanaşımına tabi olduğuna ilişkin hükümet tarafından teklif edilen ibare metinden çıkarılmıştır<sup>4</sup>. Tasarının meclis görüşmelerinde de banka alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresi kanun metnine aktarılmamış ve sadece fon alacakları ve hazine alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresinin yirmi yıl olduğu yasa ile tanzim edilmiştir.

<sup>2</sup> Reisoğlu, Seza; Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I-II, Ankara 2007, shf. 1575.

<sup>3</sup> Bkz. Bankalar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı, madde 27 gerekçesi, TBMM. Dönem 22, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 301, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss301m.htm>, (ET.10.05.2010).

<sup>4</sup> Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss301m.htm>, (ET. 10.05.2010).

5411 sayılı Kanun'un 141. maddesinde ise sadece fon alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresi tanzim edilmiş ve yirmi yıllık zamanaşımı süresi muhafaza edilmiştir. Madde gerekçesinde “*Bu Kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi yirmi yıl olarak belirlenerek, uygulamada yaşanan tereddütlerin giderilmesi öngörülmüştür.*” ifadesine yer verilmiştir.

Yasa yapım sürecine ilişkin materyallerin tetkikinden, fon alacağı kavramı ile banka alacağı (ve 4389 sayılı Kanun dönemine ilişkin olarak hazine alacaklarının) birbirinden farklı alacaklar olduğu sonucuna ulaşılmakta, fon alacağı kavramının, banka alacaklarını kapsamadığı anlaşılmaktadır.

### **III. Bankacılık Kanunu Bakımından Fon Alacağı Kavramı**

#### **A. Genel Olarak**

Yukarıda değinildiği üzere fon alacağı kavramı Bankacılık Kanunu'nun çeşitli maddelerinde kullanılmaktadır<sup>5</sup>. Bankacılık Kanunu Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na farklı hukuki sıfatlar tanımış olduğundan<sup>6</sup>, fonun alacaklı sıfatı farklı hukuki sebeplere dayalı olabilmektedir. Bu farklı sıfatların ve “*fon alacağı*” kavramının önemine istinaden tabirin, farklı alacakları bünyesinde barındıran bir “*çatı kavramı*” ifade ettiğine öğretilmiş ve işaret edilmektedir<sup>7</sup>.

Bankacılık Kanunu sistemi incelendiğinde, fon alacağının birbirinden farklı türde alacakları bünyesinde barındıran bir üst kavram olmanın yanı sıra, özel bir hukuki rejime de tabi olduğu anlaşılmaktadır. Zira kanunda fon alacağı olarak nitelenen alacakların takip ve tahsiline ilişkin olarak özel himaye araçlarına yer verilmiştir<sup>8</sup>. Bu açıdan fon alacağı kavramının aynı zamanda hukuki bir statüyü ifade ettiğini kabul etmek gerekir. Sadece bu statü içerisinde yer alan alacaklar, kanunun öngördüğü özel himaye rejimine tabi olabilecektir. Bu himaye rejiminin en önemli parçalarından birisi de, olduk-

<sup>5</sup> Bkz. yukarıda (I) numaralı başlıkta yapılan açıklamalar.

<sup>6</sup> Bkz. Tekinalp; shf. 131 vd.: Tasarruf mevduatı sigortasının hukuki niteliği ve bu bağlamda fonun sigortacı sıfatına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Turanboy, Asuman; Tasarruf Mevduatı Sigortasının Hukuki Niteliği ve Kapsamı, BATİDER, Y. 2001, C. XXI, Sa. 2, (shf. 65-80), shf. 69 vd.

<sup>7</sup> Tekinalp; shf. 300.

<sup>8</sup> Örnek kabilinden bkz. BankK. m. 108, 111, 132, 134, 135, 136, 139.



## *Fon Alacağı ve Şahsi İflas Davasında Zamanaşımı Süresi*

ça uzun bir zaman dilimini kapsayan<sup>9</sup> ve geçmişe yürürlü<sup>10</sup> olan zamanaşımı süresidir(BankK. m. 141, gm. 16).

Özel bir hukuki statüyü ifade edip, kapsamında yer alan alacaklar açısından hususi bir himaye rejimi sağlamasına rağmen, Bankacılık Kanunu fon alacağının ne olduğu ya da hangi alacakları kapsadığı hususunda açık bir düzenlemeye yer vermemiştir<sup>11</sup>. Aksine kanunda fon alacağı yeknesak biçimde kullanılmamış, bu statü ile karışıklığa mahal verecek bazı tabirlere yer verilmiştir<sup>12</sup>. Hukuki açıdan kavramın kapsamının belirlenmesi, gerek özel himaye rejiminin tatbiki, gerekse borçluların savunma imkânları bakımından önem arz etmekte ve yasadaki tanım eksikliğini giderici bir işlevi haiz olmaktadır.

### **B. Fon Alacağı Kavramı ve Kapsamı**

#### **1. Fon Alacağı Statüsünün İktisabı İçin Gerekli Şartlar**

Fon alacağı kavramına ilişkin olarak Bankacılık Kanunu'nda bir tanım maddesi bulunmamakla birlikte, kavramın özel bir hukuki statüyü ifade etmesi nedeniyle kapsamının belirlenmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce kavramın kapsamının belirlenmesinde temel hareket noktası, bu alacağa özel bir statü veren yasal düzenlemedir. Yasal düzenlemeden murad, sadece şekli anlamda kanundur. Zira fon alacağı hukuki statüsü, temel hak ve özgürlüklere yönelik kısıtlamaları<sup>13</sup> bünyesinde barındırmaktadır(AY. m. 13). Bir alacağa bu niteliği veren yasa –kural olarak- Bankacılık Kanunu'dur. Bankacılık Kanunu'na dayalı olarak tanzim edilen alt düzenleyici işlemlerin, yasada fon alacağı olarak tanzim edilmeyen bir alacağa bu statüyü verme-

<sup>9</sup> Oldukça uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmesiyle ilgili eleştiriler için bkz. Reisoğlu; shf. 1576: Doğrusöz; shf. 295; Battal; shf. 415: Çakıcı, Mehmet; 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nda Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile kamu Bankalarının Alacaklarına İlişkin Düzenlemeler, Bankacılar, Aralık 2005, Sa. 55, (shf. 76-87), shf. 83

<sup>10</sup> Zamanaşımı süresinin geçmişe yürürlü olmasının anayasa hukuku açısından geçerliliği, bu makale kapsamında incelenmemiştir.

<sup>11</sup> Fon alacağı kavramının özel bir statüyü ifade ettiğine öğretide ilk kez Tekinalp tarafından işaret edilmiştir. Bkz. Tekinalp; shf. 301 vd.

<sup>12</sup> Bu konuda yukarıda (I) numaralı başlıkta yapılan açıklamalara bakınız. Kullanılan tabirler tetkik edildiğinde, tabirlerin her durumda birbiri yerine ikame edilebilir nitelikte olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

<sup>13</sup> Örnek kabilinden BankK. m. 141 ve m. 16'ya bakınız. Battal, Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesindeki zamanaşımı süresinin hukukun genel ilkelerine aykırı olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Battal, shf. 415.

si mümkün değildir. Zira alt düzenleyici işlemler, kaideten, yasanın tatbiki- ni sağlamak dışında hukuki bir güce sahip değildir (AY. m. 115, 124). Bu bakım- dan her ne kadar TMSF tarafından “*Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alaca- klarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik*” adı altında bir yönetmelik çıkarılmış olsa da, bu yönetmelikte tanzim edilen alacakların tamamı, yönetmeliğin isminden farklı olarak, yasada “*fon alaca- ğı*” statüsü verilen alacaklardan değildir. Nitekim yönetmeliğin amaç mad- desi fon alacağı tabirinden daha geniş bir manayı haiz olan fonun alacakla- rının (ve gelirlerinin) tahsil usulünün bu yönetmelikle tanzim edildiğini ifa- de etmektedir (TMSFTY. m. 1). Yönetmeliğin dayanağını teşkil eden (bkz. TMSFTY. m. 2) Bankacılık Kanunu’nun 122. maddesi, Fon’a kanunun uy- gulanmasına ilişkin yönetmelik çıkarma yetkisi vermekte; 132. maddesi ise, özel olarak sadece bu maddenin uygulanmasına ilişkin yönetmelik çıkarma yetkisi vermektedir. Bankacılık Kanunu’nun 132. maddesi “*fon alacakları- nın takip ve tahsiline ilişkin yetki ve usuller*” başlığını taşımakla birlikte, Ban- kacılık Kanunu’nun 110. maddesinde düzenlenen şahsi iflas davası yoluyla tahsil edilecek alacağı kapsamına almamaktadır. Buna rağmen yönetmeliğin 40. maddesinde “*şahsi sorumluluk*” adı altında şahsi iflas yoluyla tahsil edi- lecek alacak tanzim edilmektedir. Yönetmelikteki bu düzenleme Bankacılık Kanunu’nun 132. maddesine değil, 122. maddesindeki genel yetkiye dayan- maktadır. Bu nedenle her ne kadar yönetmeliğin adı “*fon alacaklarını*” tan- zim ettiği yönünde bir kanaat uyandırsa da, yönetmelik bir hukuki statüyü ifa- de eden “*fon alacakları*” yanında, fonun alacaklı sıfatını taşıdığı alacakların tahsiline ilişkin esasları da içermektedir. Dolayısıyla yönetmeliğin 40. mad- desinde düzenlenen ve şahsi iflas yoluyla tahsil edilen alacakların, fon alacağı niteliği bulunmamaktadır. Kanunda bu statü verilmeyen alacaklara, yönetme- likle böyle bir hukuki nitelik atfetmek de mümkün değildir.

Bankacılık Kanunu dışındaki şekli anlamda kanunlarla da fon alacağı ih- das edilmesi mümkün olmakla birlikte, Bankacılık Kanunu’nun 141. madde- sinde tanzim edilen zamanaşımına ilişkin düzenleme münhasıran Bankacılık Kanunu’ndan kaynaklanan fon alacakları bakımından uygulama kabiliyeti bu- lur. 141. maddede yer alan “*Bu kanundan kaynaklanan fon alacakları...*” iba- resinin lafzı, bu konuda herhangi bir tereddüte mahal vermeyecek kadar açık- tır. Fonun yetkilerinin ve görevlerinin Bankacılık Kanunu’ndan doğması, baş-

## *Fon Alacağı ve Şahsi İflas Davasında Zamanaşımı Süresi*

kaca kanunlardan kaynaklanan alacakların dolaylı olarak bu kanuna ilişkin zamanaşımı süresine tabi olduğu sonucunu doğurmaz<sup>14</sup>. Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde tanzim edilen zamanaşımı süresi münhasıran fon alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresi olup, fonun tahsil yetkisini haiz olduğu alacaklara ilişkin genel bir zamanaşımı süresi belirlemez. Şekli anlamda başkaca kanunlarla bir alacağa fon alacağı hukuki statüsünün verilmesi mümkün olmakla birlikte, Bankacılık Kanunu dışındaki bir kanunla tanzim edilen fon alacağı, kanunun açık hükmü karşısında zamanaşımına ilişkin hususi himaye rejiminden yararlanamaz.

### **2. Fon Alacağı Hukuki Statüsü Kapsamının Belirlenmesinde Kullanılan Kriterler**

Fon alacağı hukuki statüsünün, şekli anlamda bir kanunla ihdas edilebilir olması ve zamanaşımına ilişkin düzenlemeden yararlanmak için bunun Bankacılık Kanunu'nda tanzim edilmesi, bu statünün iktisabı için gerekli şartlardan olmakla birlikte, kavramın kapsamını tek başına belirlemez.

Statünün iktisabı bakımından kullanılabilir iki ayrı kriter bulunmaktadır. Her iki kriter de temelde Bankacılık Kanunu düzenlemelerinin yorumlanması suretiyle ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, kanunun açıkça fon alacağı statüsü verdiği alacaklardır(şekli kriter). İkinci tür fon alacakları bakımından kanunda bu statünün bulunduğu dair açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu alacakların fon alacağı olduğu işin mahiyetinden kaynaklanmaktadır(maddi kriter).

#### **a. Şekli Kriter**

Şekli kriter uyarınca bir alacağın fon alacağı olarak kabulünde bir tereddüt yaşanmaz. Zira bu alacaklar, kanunun açık hükmü muvacehesinde fon alacağı statüsünü iktisap etmektedir. Fon alacağı statüsünün bu şekilde oluşumuna ilişkin olarak Bankacılık Kanunu'nun 108/IV ve 132/VIII. maddeleri örnek gösterilebilir.

Bankacılık Kanunu'nun 108. maddesi, banka kaynaklarının istisması halindeki hukuki sorumluluğu tanzim etmektedir. Anılan madde uyarınca, banka hakkında 71/I,e maddesi uyarınca faaliyet izninin kaldırılması ya da fona devir kararı verilmesi halinde, şahsi iflasa ilişkin hükümler saklı kalmak kaydı-

<sup>14</sup> Reisoğlu; shf. 1576: Doğrusöz.; shf. 293: Krş. Battal, shf. 415

la, bu madde uyarınca banka hâkim ortakları ve yöneticilerin hukuki sorumluluğuna gidilebilir ve kullanılan kaynakların iadesi talep olunabilir. Kanununun 108/IV. maddesi ise, “*Bankanın faaliyet izninin kaldırılması halinde Fon tarafından verilecek süre içerisinde iade ve tazmin edilemeyen tutarlar Fon alacağı haline gelir...*”. Görüldüğü üzere banka kaynaklarının istismarı halinde fonun iade ve tazmin talebine esas alacaklar, fonun talebi üzerine verilen uygun sürede iade ve tazmin edilmemesi halinde<sup>15</sup> fon alacağı statüsünü iktisap etmektedir. Hukuki statü kanununun tereddüte mahal vermeyen açık düzenlemesi uyarınca iktisap edilmektedir ve statünün iktisabı nedeniyle Bankacılık Kanunu’nun 141. maddesinde tanzim edilen fon alacaklarına ilişkin özel zamanlaşımı himayesinden yararlanabilecektir. Kanunda fon alacağı statüsünün mevcudiyetine yönelik böyle özel bir düzenleme bulunmaması halinde, zamanlaşımına ilişkin özel himaye rejiminden bu alacakların yararlanması mümkün değildir. Zira bu alacakların kökeninde banka alacağı bulunmaktadır ve banka alacakları, zamanlaşımı düzenlemesinin temelini teşkil eden 4389 sayılı Kanun’un ek 3. maddesinden çıkarılmış olan alacaklardır.

Şekli kriter uyarınca fon alacağı ihdas eden bir diğer düzenleme Bankacılık Kanunu’nun 132/VIII. maddesinde yer almaktadır. Anılan madde uyarınca “*Bu Kanununun 107 nci maddesi uyarınca bir bankanın alacaklarının devralınması halinde bu alacaklar, devir tarihi itibarıyla Fon alacağı haline gelir...*”. Bankacılık Kanunu’nun 107. maddesi, bir tedbir olarak bankanın fona devrinin sonuçlarını düzenlemektedir. 107. madde uyarınca bir bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin fona devredilmesi, tek başına banka alacaklarına fon alacağı statüsü vermemektedir. Bu nedenle fonun bu alacaklara ilişkin olarak fon alacaklarına ilişkin yetkileri kullanması mümkün değildir. Fonun kendisine devredilen bankanın, ancak alacaklarını devralması halinde, bu alacaklar fon alacağı niteliği kazanmakta ve fon alacaklarına ilişkin himaye rejimi tatbik kabiliyeti bulmaktadır (BankK. m. 132/VIII). Alacak kavramının geniş yorumlanması suretiyle yönetici ve hâkim ortakların vermiş oldukları zararlara ilişkin olarak sorumluluk davalarından kaynak-

<sup>15</sup> Banka kaynaklarının istismarına ilişkin olarak fon alacağı statüsünün iktisabı için talep ve uygun süre zorunluluğunu gerekli kılan böyle bir düzenleme, bu talepleri özel himaye rejimine tabi kılmayı hedeflemektedir. Banka kaynaklarının istismarı, her zaman sorumlu olan kimsenin kastını gerektirmemekle birlikte, kanaatimizce düzenlemenin temelinde yatan düşünce, kasten verilen zararları özel himaye rejimine tabi kılmaktır. Bu açıdan fonun ödeme talebine gerek olmaksızın bu alacakların fon alacağı niteliğinin bulunduğu yasal olarak kabul edilmesi daha isabetli olacaktır.

## *Fon Alacağı ve Şahsi İflas Davasında Zamanaşımı Süresi*

lanacaklar, fon alacağı olmaları münasebetiyle özel zamanaşımı süresinden yararlanabileceklerdir.

Aynen 108. maddede olduğu gibi, fona devrolunan bankanın devralınan alacaklarının fon alacağı olduğuna ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmaması halinde, bu alacakların fon alacağı olarak himaye edilmesi ve özel zamanaşımı düzenlemesinden yararlanması mümkün değildir. Zira bu alacaklar da köken itibarıyla banka alacağına dayanmaktadır.

### **b. Maddi Kriter**

Fon alacağı statüsünün belirlenmesinde maddi kriter, yasanın bir alacağın fon alacağı niteliğini taşıdığını açıkça öngörmediği hallerde uygulama kabiliyeti bulur. Bu kriter uyarınca fon alacağı statüsünün iktisabında önem taşıyan husus, alacağın mahiyetidir. Maddi kriter, alacağın doğrudan fona ait bir haktan ya da fonun doğrudan uğramış olduğu bir ödeme ya da zarardan kaynaklanmasını, bankaya ait olan bir alacak hakkına dayanmamasını ifade eder<sup>16</sup>.

Maddi kriter kapsamında alacağın nitelendirilmesi, şekli kriterde olduğu kadar açık olmamakla birlikte, Bankacılık Kanunu'nun 132. maddesi, maddi kriter kapsamında alacakların nitelendirilmesi bakımından hareket noktası oluşturabilecek kuvvettedir. Anılan maddenin başlığı, "*Fon alacaklarının tahsil ve tahsiline ilişkin yetki ve usuller*" olup, birinci fıkrasında bazı fon alacakları zikredilmekte ve bunların tahsilinde Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı öngörülmektedir.

Mezkur alacaklar Bankacılık Kanunu'nun 108, 130 ve 135. maddesinde tanzim edilen alacaklardır. 108. maddedeki özel düzenleme uyarınca, sadece 108. maddede yer alıp da yukarıda şekli kriter kapsamında değerlendirilen alacağın fon alacağı olduğunu kabul etmek gerekmektedir<sup>17</sup>.

Bankacılık Kanunu'nun 130. maddesinde zikredilen mevduat ve katılım fonu sigortası primleri, 62 nci maddeye göre zamanaşımına uğrayan mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar, kuruluş izni verilen bankaların kurucu-

<sup>16</sup> Şüphesiz fonun çeşitli hukuki ilişkilerden kaynaklanan ve doğrudan kendisinin hak sahibi olduğu alacaklar söz konusu olabilir. Ancak zamanaşımı süresi bakımından bu alacakların Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde tanzim edilen hükme tabi olmadığı, alacağın Bankacılık Kanunu'ndan kaynaklanması gerektiği, Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinin açık lafzının bir sonucudur.

<sup>17</sup> Aynı yönde bkz. Tekinalp; shf. 301.

larının, faaliyete geçiş tarihinden itibaren bir yıl içerisinde, bu Kanunun 7 nci maddesinde belirtilen asgari sermayenin yüzde onu tutarında Fona yatıracakları sisteme giriş payı, 18 inci madde hükümleri çerçevesinde, Fona yatırılacak tutarlar, bu Kanun hükümlerine aykırılık dolayısıyla hükmolunacak adli para cezalarının yüzde ellisi, verilecek idari para cezalarının yüzde doksani ve fon mevcudunun gelirleri, sair gelirler ve 20 nci madde uyarınca Fona gelir kaydedilecek değerler ile 135. maddede zikredilen sigortaya tabi mevduatın eksik bildirilmesinden kaynaklanan alacaklar, fonun banka alacağına dayalı olarak değil, doğrudan kendisine kanunen tevdi edilen bir haktan neşet ettiğinden maddi kriter kapsamında fon alacağı olarak nitelendirilebilecektir<sup>18</sup>.

### **C. Şahsi İflas Yoluyla Takip Edilen Alacakların Niteliği ve Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi**

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, bir alacağın fon alacağı olarak nitelendirilebilmesi için, bankalar hakkında yasada öngörülen tedbirlerin uygulanması gerekli değildir. Ancak fon alacaklarının önemli bir bölümü, bankalar hakkında Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinin uygulanması sonrasında ortaya çıkmaktadır. Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinde sayılan hallerden birinin ya da birkaçının gerçekleşmesi durumunda, BDDK. tarafından bankanın fona devrine ya da faaliyet izninin kaldırılmasına karar verilmesi mümkündür. Bu karar özü itibarıyla banka hakkında uygulanan –en üst seviyede- bir tedbirdir. Her iki tedbirin en önemli sonucu, banka yönetim ve denetimin fona intikal etmesi ya da ettirilmesidir(BankK. m. 106/I, 107/I). Ancak bir bankanın yönetim ve denetiminin fona intikal etmesi/ettirilmesi, banka alacaklarına fon alacağı niteliği vermemektedir. Fonun tahsil yetkisi, yasal düzenlemeden kaynaklanmakta, ancak bu yasal düzenleme alacaklı sıfatını değiştirmemekte, başka deyişle banka alacağına fon alacağı niteliği kazandırmamakta, sadece banka tüzel kişiliğine (yönetimine) ait yetkileri kullanma imkânı vermektedir(BankK. m. 110/I,son).

Bu açıklamalar kapsamında yasal düzenleme tetkik edildiğinde, Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinden kaynaklanan alacakların, kural olarak, fon alacağı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>19</sup>. Zira bu maddede tanzim edi-

<sup>18</sup> Aynı yönde bkz. Tekinalp; shf. 301.

<sup>19</sup> Fon tarafından yapılan ödemeler için tahsil edilecek olan miktarın fon alacağı teşkil etmesi(BankK. m. 110/I, son), maddi kriterden kaynaklanır. Keza Bankacılık Kanunu'nun fon alacağı niteliği tanıdığı haller de hükmün istisnasıdır.

## *Fon Alacağı ve Şahsi İflas Davasında Zamanaşımı Süresi*

len alacağın fon alacağı olduğuna ilişkin sarih bir düzenleme bulunmamaktadır. Keza BankK. m. 110/I, son hükmü, bu maddede tanzim edilen alacağın mahiyeti itibariyle –kural olarak- fon alacağı olmadığını da dolaylı olarak ifade etmektedir. Anılan madde hükmüne göre fon, alacağı tahsil etmekte ancak tahsilâttan kendi ödemelerini<sup>20</sup> mahsup ettikten sonra, bakiyeyi bankaya tevdi etmektedir. Şu halde, Bankacılık Kanunu'nun fon alacaklarına bağladığı sonuçların, bu madde kapsamındaki alacaklarda –kural olarak- uygulanma kabiliyeti yoktur. Spesifik olarak meselenin önem taşıdığı hallerden biri de zamanaşımıdır. Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinden kaynaklanan alacaklar fon alacağı değilse, Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde ifade olunan “*Bu Kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi yirmi yıldır.*” hükmünün, kural olarak<sup>21</sup>, 110. madde kapsamındaki alacaklar bakımından tatbik kabiliyeti bulunmayacaktır. Bu gibi hallerde, Türk Ticaret Kanunu'nun sorumluluk davaları için öngördüğü zamanaşımı süresi de uygulama kabiliyeti bulmaz. Zira Bankacılık Kanunu öngörülen sorumluluk, her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nun yönetim kurulu üyeleri ve müdürlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenlemeyle benzerlik arz etse de, özel bir sorumluluk halidir ve borcun sebebine göre genel hükümlerdeki BK zamanaşımı sürelerinin uygulanmasını gerektirir.

### **Sonuç**

Bankacılık Kanunu'nda fon lehine oldukça uzun ve özel bir zamanaşımı süresine yer verilmiş olması, fonun özellikle banka hakkında tedbir uygulanması sonrasında müdahale edebileceği, bu nedenle fon alacağı niteliği taşıyın ya da taşımasın, fonun alacaklı sıfatı bulunan tüm alacaklar bakımından bu sürenin uygulanması gerektiği yönünde bir düşünceye sebebiyet verebilir. Ancak fon alacaklarının önemli bir kısmının, banka hakkında böyle bir tedbir uygulanmasını gerektirmeyen alacaklar olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde fon alacakları için öngörülen zamanaşımı süresine ilişkin düzenlemenin, fonun alacaklı sıfatını haiz olduğu tüm alacaklar bakımından uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Bankacılık Kanunu sistemi incelendiğinde, fon alacağı kavramının, özel bir hu-

<sup>20</sup> Fon tarafından yapılan ödemeler, maddi kriter kapsamında fon alacağıdır.

<sup>21</sup> 141. maddede öngörülen zamanaşımı süresi, fonun mevduat sahiplerine yaptığı ödemeler(BankK. m. 110/I, son) ve yasanın fon alacağı statüsü verdiği diğer alacaklar bakımından tatbik kabiliyeti bulur.

kuki himaye rejimine tabi olan alacakları ifade etmek için kullanıldığı tesbit olunmaktadır. Bu himaye rejiminin en önemli parçalarından biri de zamanaşımı süresidir.

Fon alacakları mahiyeti itibariyle, kural olarak, yasanın başkaca bir kimşenin hakkına dayalı olmaksızın, doğrudan fonu hak sahibi olarak öngördüğü alacakları kapsamaktadır. Banka alacaklarının, fon alacağı niteliği taşımadığı, normun oluşumuna ilişkin tarihi gelişim süreci tetkik edildiğinde ortaya çıkmaktadır. Banka alacaklarının, fon alacağı statüsü kapsamında korunması için Bankacılık Kanunu'nun 108 ve 132. maddelerinde yer alan sarıh düzenlemeler, banka alacaklarının fon alacağı niteliği taşımadığı ve fon alacağı kavramının hukuki bir statüyü ifade ettiğinin açık göstergeleridir.

Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinde zikrolunan alacak bakımından, alacağın fon alacağı niteliği taşıdığına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle Bankacılık Kanunu'nda yer alan özel zamanaşımı düzenlemesinin bu alacaklar bakımından uygulanması –kural olarak- mümkün değildir. Ancak mezkur alacağın “*Fon tarafından ödenen mevduat ve katılım fonu tutarı ve fer'ileri*” mahiyeti itibariyle fon alacağı teşkil etmektedir. Bu nedenle alacağın sadece bu miktarı için Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen zamanaşımı süresi, bakiye kısmı içinse borcun sebebine göre genel hükümlerdeki zamanaşımı süresinin uygulanması gerekmektedir. Özel zamanaşımı süresi öngören normun tarihi, lafzi ve teleolojik yorumu ve Bankacılık Kanunu sistemi böyle bir sonucu haklı kılmaktadır.

#### **KAYNAKÇA**

**Akdağ-Güney, Necla;** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010

**Alıcı, Yaşar;** Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, shf. 1180.

**Battal, Ahmet;** Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006

**Çakıcı, Mehmet;** 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nda Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile kamu Bankalarının Alacaklarına İlişkin Düzenlemeler, Bankacılar, Aralık 2005, Sa. 55, (shf. 76-87), shf. 83

**Doğrusöz, Hanife;** Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010



*Fon Alacağı ve Şahsi İflas Davasında Zamaaşımı Süresi*

**Reisoğlu, Seza;** Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I-II, Ankara 2007

**Tekinalp, Ünal;** Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009

**Turanboy, Asuman;** Tasarruf Mevduatı Sigortasının Hukuki Niteliği ve Kapsamı, BATİDER, Y. 2001, C. XXI., Sa. 2, (shf. 65-80)

BOŞ

# ÖZEL ORMANLAR VE MÜLKİYET AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

**Dr. Yakup KORKMAZ\***

## **ÖZET**

*Ormanlar bir ülke için vazgeçilemez varlıklardır. Ormanların ülke ekonomisine, su ve toprak rejimine, iklim ve sağlık üzerine olumlu katkıları vardır. Ülkemizde ormanlar genelde devletin mülkiyetindedir. Ancak, % 1'i özel mülkiyettedir. 6831 sayılı Orman Kanunu, özel mülkiyet konusu bu ormanlarla ilgili bir takım sınırlamalar getirmektedir. Yine adı geçen bu Kanunla, özel orman maliklerine bir takım yükümlülükler getirilmiştir. Ormanlar taşıdıkları önem sebebiyle diğer taşınmazlardan farklı bir mülkiyet rejimine tabi tutulmuşlardır. Özel ormanlarda tam ve gerçek manada mülkiyet hükümleri uygulanmaz.*

**Anahtar Kelimeler :** Orman, Özel Orman, Mülkiyet, Sınırlama, Yükümlülük

## **PRIVATE FORESTS AND THEIR EVALUATION IN TERMS OF OWNERSHIP**

### **ABSTRACT**

*Forests are inevitable assets for a country. Forests have affirmative effects on economy, water and soil regime, climate and health of a country. The forests in our country are under ownership of the state in general. However, 1% thereof is owned by private sector. Forestry Law no. 6831 stipulates some restrictions regarding the forests of private ownership. The said Law also stipulates some liabilities imposed on private forest owners. Because of their importance the forests have been subjected to an ownership different from ownership of other immovable properties. Full and actual ownership provisions are not applied to private forests.*

**Key Words :** Forest, Private Forest, Ownership, Restriction, Liability

---

\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi

## I. ORMAN KAVRAMI VE ORMAN TÜRLERİ

### A. ORMAN KAVRAMI

Ormanlar ülke ekonomisine, su ve toprak rejimine, iklim<sup>1</sup> ile sağlık üzerine ve ekolojiye önemli derecede olumlu katkılarda bulunan varlıklarımızdır. Yine ormanlar, insanların rekreasyon (eğlenme – dinlenme yeri), savunma ve güvenlik imkânları sağlaması bakımından da ülkelerin vazgeçilmez tabii kaynaklarındandır<sup>2</sup>. Bu sebeplerle mevcut ormanların varlığını devam ettirmesi, korunması, geliştirilmesi ve yeni ormanların yetiştirilmesi için gerekli çalışmaların yapılması ve ormanlar hakkında bilimsel tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bunların yanında ormanlara ilişkin hukukî tedbirlerin de beraberinde alınması gerekmektedir. Kanun koyucu bu gereksinimleri göz önünde tutarak ormanlar için, diğer taşınmazlardan farklı bir hukuki rejim kabul etmiştir<sup>3</sup>. Gerçekten de, ormanlar önemleri sebebiyle 1961 ve 1982 anayasalarında da düzenleme konusu olmuştur<sup>4</sup>.

Ormanlar doktrinde biyolojik ve hukukî olarak iki farklı şekilde tanımlanmaktadır. Buna göre; biyolojik açıdan orman: “Geniş alanlarda kendine özgü bir iklim yaratabilen, belirli yükseklik, yapı ve sıklıktaki ağaçların, ağaççık, çalı ve otsu bitkiler, yosun, eğrelti ve mantar, toprağın altında ve üstünde yaşayan mikro organizmalar ve çeşitli böcekler ve hayvanlarla orman toprağının birlikte oluşturduğu bir yaşam birliği” olarak tanımlanmıştır<sup>5</sup>.

Hukukî açıdan orman ise, Cumhuriyet tarihimizin ilk Orman Kanunu olan 3116 sayılı Orman Kanununda<sup>6</sup> tanımlanmıştır<sup>7</sup>. Buna göre: “Kendi kendine

<sup>1</sup> Geniş bilgi için bkz. **Türkeş**, Murat/**Sümer**, M. Utku: Ormanlar ve İklim Değişikliği, 1. Ormancılık Şurası Tebliğler ve Önçalışma Grubu Raporları, C. III, Ankara 1993, s. 677 vd.

<sup>2</sup> Ormanların faydası konusunda geniş bilgi için bkz. Ormanlarımız ve Sağladığı Faydalar, Orman Genel Müdürlüğü Yayını; Cumhuriyetimizin 50. Yılında Ormancılığımız, Orman Bakanlığı Yayını, Ankara 1973, s. 19 vd.; **Ünal**, Mehmet: Orman Hukuku, Geliştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2003, s. 1 vd.; **Aslankara**, M. Sadık: Cumhuriyetimizin 75. Yılında Ormancılığımız, Orman Bakanlığı Yayını, Ankara 1998, s. 3 vd.

<sup>3</sup> **Akipek**, Jale G.: Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı, Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara 1977, s. 1.

<sup>4</sup> Geniş bilgi için bkz. **İnal**, Selâhattin: Türkiye’de Anayasa – Ormancılık İlişkileri, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Yayını, İstanbul 1971; **Ayanoğlu**, Sedat: Anayasa Hükümleri Karşısında Orman Mevzuatımız, Ormancılık Hukuku, Türkiye Çevre Vakfı Yayını, Ankara 1999.

<sup>5</sup> **Ayanoğlu**, s. 15.

<sup>6</sup> Bkz. RG, T. 18.02.1937 ve S. 3537.

<sup>7</sup> Ormanla ilgili kanunî düzenlemeler konusunda geniş bilgi için bkz. **Cin**, Halil: Tanzimattan

## **Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi**

yetişmiş veya emekle yetiştirilmiş olup herhangi bir çeşit orman hâsılatı veren ağaç ve ağaççıkların toplu halleri yerleriyle birlikte orman sayılır” denilmiştir (3116 sayılı Kanun m. 1). Bugün yürürlükte olan 6831 sayılı Orman Kanununun<sup>8</sup> 1’inci maddesine göre ise: Orman, “*Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Kanun koyucu Orman Kanununun ikinci fıkrasında ise nelerin orman sayılmayacağını bentler halinde tek tek saymıştır<sup>9</sup>.

3116 ve 6831 sayılı Orman Kanunlarında yapılan tanımlara bakıldığında 6831 sayılı Kanundaki tanımın 3116 sayılı Kanundaki tanımın bir tekrarı niteliğinde olduğu görünmektedir. Aralarındaki tek fark ise; 6831 sayılı Kanunda “orman hâsılatı verme” şartı aranmamıştır. Bu şart tanımdan çıkarılınca, orman tanımı daha da genişletilmiş olmaktadır.

Doktrinde de ormanın tanımı yapılmıştır. Meselâ Ünal<sup>10</sup> ormanı, “*kendi kendine veya emek sarfı ile yetişmiş olup da, kanunda sayılan istisnalara girmeyen, belli yükseklikte boy verebilen, belli sıklık ve yoğunluktaki ağaç ve ağaççık toplulukları ile onların işgal ettikleri yerlerdir.*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Orman Kanununda yapılan tanımlamalardan anlaşılacağı üzere orman, hukuk anlamında bir birleşik eşya niteliğindedir. Birleşik eşya, iş ilişkileri ve hukuk açısından tek ve belirli bir eşya olarak sayılan maddi bir malı oluştur-

---

Sonra Türkiyede Ormanların Hukuki Rejimi, AÜHF, Y. 1978, C. 35, S. 1 – 4, s. 311 vd.

<sup>8</sup> Bkz. RG, T. 08.09.1956 ve S. 9402.

<sup>9</sup> Orman Kanunu m.1/II; “*sazlıklar; step nebatlarıyla örtülü yerler; her çeşit dikenlikler, parklar, şehir mezarlıklarıyla kasaba ve köylerin hudutları içerisinde bulunan eski mezarlıklardaki ağaç ve ağaççıklarla örtülü yerler; sahipli arazide bulunan ve civarındaki ormanlarda tabii olarak yetişmeyen ağaç ve ağaççık nevelerinin bulunduğu yerler; orman sınırları içinde veya bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleriyle özel mülkiyette bulunan ve tarım arazisi olarak kullanılan, dağınık veya yer yer küme ve sıra halinde ki her nevi ağaç veya ağaççıklarla örtülü yerler; orman sınırları dışında olup, yüzölçümü üç hektarı aşmayan sahipli arazideki her nevi ağaç ve ağaççıklarla örtülü yerler; sahipli arazide ve muhitin hususiyetlerine göre yetişmiş veya yetiştirilecek olan fıstık çamlıkları ve palamut meşelikleri dâhil olmak üzere her nevi meyveli ağaç ve ağaççıklar, sahipli arazideki aşılı açısız zeytinliklerle, özel kanunu gereğince Devlet ormanlarından tefrik edilmiş ve imar, islah ve temlik şartları yerine getirilmiş bulunan yabancı zeytinlikler ile 9.7.1956 tarih ve 6777 sayılı Kanunda tasrih edilen yabancı veya aşılansız fıstıklık, sakızlık ve harnupluklar, funda veya makiliklerle örtülü orman ve toprak muhafaza karakteri taşımayan yerler orman sayılmaz.*”

<sup>10</sup> Ünal: s. 17.

mak üzere tabiî olarak birleşen veya birleştirilen eşyalardan oluşur<sup>11</sup>. Orman da, bir arazi parçası ile bu arazi üzerinde gerek kendi kendine gerekse de insan emeği ile yetiştirilen ağaç topluluklarından oluşur. Bu birleşik eşyada taşınmaz aslî eşya durumundadır. Çünkü ağaçlar onun üzerinde yetişmektedir. Ağaçlar ise o taşınmazın bütünleyici parçasıdır (TMK. m. 718)<sup>12</sup>. Bunun için bir ormandaki ağaçların büyük bir kısmının yok olmasıyla o arazi orman arazisi olma özelliğini kaybetmez. Anayasa Mahkemesi bir kararında buna vurgu yapmış ve “*Yerler orman tarifi içine girmekle ormanın ağaçlardan ayrı bir unsuru olmuş oluyor. Böyle olunca da ağaçlar herhangi bir nedenle yok olursa yerleri ormanın bir unsuru olmak niteliğini yitirmez. Ormanın toprağı ve yeri olmakta devam eder.*” demiştir<sup>13</sup>. Yine Anayasa m. 169/I, c. 2’de “*Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir ve bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz.*” hükmüne yer verilmiştir.

## **B. ORMAN TÜRLERİ**

Ormanlar yetiştirme şekilleri bakımından iki türe ayrılırlar. Birincisi; emek ve masraf sarfı olmaksızın kendi kendine yetişen ormanlardır. Bunlara **tabiî ormanlar** denir. İkincisi ise, emek ve masraf sarfı ile insanın ekim, dikim ve bakım yaparak yetiştirdiği **sun’î ormanlardır**<sup>14</sup>.

İntifa ve işletme tarzı bakımından ise ormanlar üç türe ayrılırlar. Birincisi **muhafaza ormanları**, kamuya doğrudan doğruya fayda sağlayan, toprağın suyun ve iklimin korunmasına hizmet eden, bu yüzden her türlü işletmeye kapalı olan ormanlardır. İkincisi olan **millî parklar**, tabiatı muhafaza etmek, bilim ve sanata hizmet etmek, yurt güzelliğini sağlamak, toplumun spor ve dinlenme ihtiyacını karşılamak, turistik faaliyetlere katkıda bulunmak için yetiştirilip bu amaçlara tahsis edilen ormanlık alanlardır. Üçüncüsü ise **işletme (istihsal) ormanları**, orman ürünü veren ve bu maksatla işletilebilen ormanlardır<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> **Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2008, s. 64; **Sirmen**, A. Lâle: Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995, s. 20; **Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay** – **Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006, s. 8.

<sup>12</sup> **Akipek**: s. 3 – 4.

<sup>13</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 10.03.1966 tarih ve 46 – 14 sayılı kararı (RG, T. 01.06.1966 ve S. 12314).

<sup>14</sup> **Ünal**: s. 35.

<sup>15</sup> **Ünal**: s. 26 vd.

## *Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi*

Mülkiyet bakımından ise ormanlar, devlet ormanları, kamu tüzel kişilerine ait ormanlar ve özel ormanlar olmak üzere üç türe ayrılmıştır. Bunlardan **devlet ormanları**, mülkiyeti, yetiştirilmesi, işletilmesi, diğer şekillerde tasarruf edilmeleri ve yönetimleri devlete ait olan ormanlardır. **Kamu tüzel kişilerine ait ormanlar**, kamu tüzel kişilerinince yetiştirilen ormanlardır. Örneğin belediyelere veya üniversitelere ait ormanlar gibi. **Özel ormanlarsa**, özel mülkiyete konu olan ormanlardır<sup>16</sup>. Aşağıda özel ormanlar ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

## **II. ÖZEL ORMANLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN TARİHİ GELİŞİMİ**

### **A. CUMHURİYET ÖNCESİ DÜZENLEMELER**

Osmanlı Devletinde ülke ormanları ve ormancılığına, Sarayın yapacak ve yakacak ihtiyacı ile donanma tersanelerinin gemi yapım ve onarımı için kereste ihtiyacı gibi belirli yararlanma ve kullanma amaçları dışında özel bir önem verilmemiştir. Ormanlar genelde “cibal-i mübaha” yani herkesin serbestçe kullanabildiği alanlar olarak kabul edilmiştir. Kullanım şekli böyle ortak olunca pek tabii ki yararlanmaya kimse özel bir önem göstermemiş ve ormanlar gündün güne azalmıştır<sup>17</sup>. Osmanlı Devletinde orman bilinci Tanzimat’la başlamıştır. Gerçekten de, değişen dünya şartları içerisinde, orman konusuna ilk kez Tanzimat Fermanında yer verilmiştir. Fermanda her türlü servet kaynağının daha verimli şekilde değerlendirileceği hükmüne yer verilmiştir. Ormanlarda bu kaynaklardan birisi olarak algılanmış ve fermanın<sup>18</sup> sonraki yıl Ticaret Nezaretine bağlı olarak bir Orman Müdürlüğü kurulmuştur. Ancak 1841 yılında bu teşkilat dağıtılmıştır<sup>19</sup>. Arazi Kanunnamesinden önce ormanlar beş kısma ayrılmıştır. Bunlar; evkaf ormanları, hususî (özel) ormanlar, cibali mübaha ormanları, kura baltalığı ile tersane ve tophane ormanlarıdır<sup>20</sup>.

“*Osmanlı Ormancılığı ile İlgili Belgeler*” isimli eserde de belirtildiği üzere; “*Arazi Kanunnamesi, aslında eski Osmanlı Kanunnamelerinde ormanlar-*

---

<sup>16</sup> **Ünal**: s. 20 vd.

<sup>17</sup> **Aslankara**: s. 67 vd.

<sup>18</sup> Tanzimat Fermanı 3 Kasım 1839 tarihinde ilan edilmiştir.

<sup>19</sup> **Aslankara**: s. 69.

<sup>20</sup> **Tunçsiper**, M. Nedim: Orman Mevzuatımız, Tarım Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü Yayını, İstanbul 1964, s. 26 vd.

la ilgili var olan hükümlere fazla bir yenilik getirmemiş olmakla birlikte, bu hükümlerin derlenip toplanarak umumun uymakla yükümlü bulunduğu yazılı kanunlar haline getirilmesi, modern devlet anlayışı ve yapılanması açısından faydadan uzak değildir.”<sup>21</sup> Bu kanunnameye göre ülke toprakları beş kısma ayrılmıştır<sup>22</sup>. Bu tasnife uyularak ormanları da beş kısma ayırmak mümkündür. Bu duruma göre ormanlar; mülk arazi üzerindeki ormanlar, miri arazi üzerindeki ormanlar, vakıf arazi üzerindeki ormanlar, metruk (terkedilmiş) arazi üzerindeki ormanlar ile mevat (ölü) arazi üzerindeki ormanlardır<sup>23</sup>. Ünal bu konuyu incelerken Osmanlılar’da altıncı bir orman çeşidinden bahsetmektedir; Cibali mübaha ormanları<sup>24</sup>. Cibali mübaha ormanları, istifadesi herkese açık olan ormanlardır.

Arazi Kanunnamesinden sonra 1869 yılında Orman Nizamnamesi çıkarılmıştır. Bu nizamname ormanların devlet ve vatandaş açısından hukukî konumu ve tasarrufuna ilişkin sınırlamaları, cezalarıyla birlikte uygulamaya koymuştur<sup>25</sup>. Nizamnamede de ormanlar mülkiyet yönünden dörde ayrılmıştır. Bunlar; devlete ait olan mirî ormanlar, vakıf arazi üzerindeki ormanlar, kur’a baltalıkları ile şahıslara ait özel ormanlardır<sup>26</sup>.

Ormanların Usul-ü İdare-i Fenniyeleri Hakkındaki Kanun, 1917 yılında yayınlanmış ve ormanların bir plan dâhilinde işletilmesini öngören ilk kanundur. Ancak, bu kanun sadece devlet ormanlarını kapsamaktaydı. Buna karşılık özel ormanlar bu kanun kapsamına dâhil değildi<sup>27</sup>.

## **B. CUMHURİYET SONRASI DÜZENLEMELER**

Cumhuriyet döneminde 1925 tarihli ve 552 sayılı “*Aşarın İlgası ve Yerine İkame Edilecek Mahsulâtı Arazi Vergisi Hakkındaki Kanun*”la, öşür kaldırılmıştır. Anılan kanunla, Osmanlı Devleti zamanında mutasarrıflara verilmiş

<sup>21</sup> Osmanlı Ormancılığı İle İlgili Belgeler, Çevre ve Orman Bakanlığı Yayını, C. II, Ankara 2003, s. X.

<sup>22</sup> Osmanlı Ormancılığı İle İlgili Belgeler, C. II, s. X.

<sup>23</sup> **Tunçsiper**, s. 36 vd.

<sup>24</sup> **Ünal**, s. 9. Cibali Mübaha Ormanları konusunda geniş bilgi için bkz. **Birben**, Üstüner. Cibali Mübaha, II. Ormancılıkta Sosyo – Ekonomik Sorunlar Kongresi, Isparta 2009, s.395 vd.

<sup>25</sup> Osmanlı Ormancılığı İle İlgili Belgeler, C. II, s. XI.

<sup>26</sup> Osmanlı Ormancılığı İle İlgili Belgeler, C. II, s. XI; **Aras**, Celal: Orman Kanunu, Ankara 2002, s. 6.

<sup>27</sup> **Ünal**, s. 12.



## Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi

olan mîrî araziler üzerindeki mülkiyet hakkından mutasarrıfları lehine feragat edilmiştir. Böylece, aslı mîrî olan çiftliklerin içindeki ormanların mülkiyeti mutasarrıflara geçmiştir<sup>28</sup>.

Ormanlarla ilgili ülkemizde yapılan ilk kapsamlı kanun, 1937 yılında hazırlanarak aynı yıl yürürlüğe giren 3116 sayılı Orman Kanunudur. Bu Kanun ile ülke ormancılığı gerçek kimliğine kavuşmuştur. Söz konusu Kanun “*ormanların tarifi, taksimi, murakabesi, sınırlaması istimplak ve mübadelesi, satılması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi ve bu ormanlara civar köylerin hakları, kadastrosu, korunması, işletilmesi ve amenajmanı, otlak ve mera işleri, muhafaza ormanları, işletme ve imar işleri, vakıf ormanları, hususî (özel) ormanlar, ağaçlandırma ve imar, orman yangınlarının söndürülmesi, orman memurlarının tahlifi ve silah taşıma hakları, cezai hükümler gibi ormancılıkla ilgili işlemlerin tümü hakkında hükümler getirmiştir*”<sup>29</sup>.

3116 sayılı Orman Kanununun bazı hükümleri, sonradan çıkarılan 4785 sayılı Kanunla<sup>30</sup> değiştirilmiştir. Konumuz açısından önemli değişikliklere yerveren bu Kanun’un birinci maddesinde “*Bu kanun yürürlüğe girdiği tarihte var olan gerçek veya tüzel özel kişilere, vakıflara ve köy, belediye, özel idare kamu tüzel kişiliklerine ilişkin bütün ormanlar bu kanun gereğince devletleştirilmiştir. Bu ormanlar hiç bir işlem ve bildirimle lüzum olmaksızın Devlete geçer*” denilerek<sup>31</sup>, pek az istisna dışında bütün özel ormanları

<sup>28</sup> **Muzmul**, Osman: Özel Ormanlarda İmar Sorunu, [http://www.gazetekadikoy.com/home.asp?id=4&kategori\\_id=9&yazi\\_id=454](http://www.gazetekadikoy.com/home.asp?id=4&kategori_id=9&yazi_id=454) (Erişim tarihi: 09.02.2008)

<sup>29</sup> <http://www.ogm-erzurumobm.gov.tr/Mevzuat.htm> (Erişim tarihi: 09.02.2008)

<sup>30</sup> Bkz. RG. T. 13.07.1945 ve S. 6056.

<sup>31</sup> 4785 sayılı Kanunla devletleştirilmeyen istisna alanlar aynı kanunun ikinci maddesinde belirtilmiştir. Buna göre:

*A) Devlet ormanlarının veya bu kanunla devletleştirilen ormanların içinde veya bitişiğinde bulunmamak şartıyla 3116 sayılı Orman Kanunundaki ödevlere ve izinlere dayanılarak ekim veya dikim yoluyla emek harcanıp yetiştirilmiş ormanlar;*

*B) Sahipli fıstık çamu, palamut meşesi ve aşısız kestane ormanları;*

*C) Devlet ormanları ve bu kanunla devletleştirilen ormanların içinde olmayan topraklarda ekim ve dikim yoluyla özel emekle yetiştirilmiş kavak, söğüt, kızılgağaç, akasya, okaliptüs ve selvi ormanları;*

*D) Devlet ormanlarına veya bu kanunla devletleştirilen ormanlara bitişik olmadığı ve çevresinin güzelliğini sağladığı Tarım Bakanlığınca belli edilecek olan köy, belediye, özel idare kamu tüzel kişiliklerine ilişkin ormanlar (layıkıyla korunup bakılmak şartıyla).*

*Devletleştirilme dışında bırakılan köy, belediye, özel idare kamu tüzel kişiliklerine ilişkin ormanların alanını her hangi bir suretle daraltmak, bunlar üzerinde her hangi bir temlik tasarrufları bulunmak ve bunları aynı haklarla takyit etmek veya arsa haline sokmak ve Tarım Bakanlığının izni olmadan içlerinde tesisler meydana getirmek ve her çeşit faydalanmalar-*

devletleştirmiştir<sup>32</sup>.

4785 sayılı Kanundan sonra kabul edilen 5658 sayılı Kanunla<sup>33</sup>, daha önce devletleştirilen ormanların bir kısmı, sahiplerine iade edilmiştir<sup>34</sup>. Anılan Ka-

*da bulunmak yasaktır. Bu ormanlardan izinsiz olarak kesilen ağaçlar ve bunlardan imal edilen mallar ve çıkarılan her türlü ürünler, suçluları kim olursa olsun, doğrudan doğruya orman idaresince zorla alınır. Suçlular hakkında ayrıca 3116 sayılı Orman Kanunu hükümlerine göre kovuşturma yapılır. Kesimler sonucunda bu ormanlarda açılan boşlukları ilgilileri yeni ağaçlamalarla doldurmak zorundadırlar. Aksi halde bu ormanlar da devletleştirilir.”*

<sup>32</sup> “Gerçek ve tüzel kişilere ait ormanlar 4785 sayılı Kanunla Devletleştirilmiş olduğundan, Devletleştirilmeden önceki döneme ait tapu kayıtları hukuksal değerini yitirdiği gibi orman sınırlamasına karşı yasal süresi içinde bir dava açılmamakla, orman tahdidini kesinleşmiş kişilerin bu tür taşınmazlarda bir hakları kalmamıştır...dava konusu taşınmaz üzerinde sürdürülen zilyedlik, zilyedine bir hak kazandırmayacağı gibi önceki döneme ait tapu kaydı da hukuksal değerini yitirmiş olduğundan taşınmazın Hazine adına tapuya tesciline karar verilmesi doğrudur.” Yarg. 7. HD, T. 30.10.1990, E. 1990/14430, K. 1990/12522 (www.kazanci.com) (08.01.2008). 4785 sayılı Kanunda, hukuk devleti ilkeleriyle bağdaştırılması mümkün olmayan hükümler yer almaktadır. Çünkü hukuk devletinde, fertlerin mülkiyet hakları ancak kamu yararının gerektirdiği ölçüde sınırlandırılabilir. Ancak böyle bir sınırlama yapılırken, kamu yararı ile bireysel hak ve menfaatler arasındaki denge gözetilmelidir. Söz konusu Kanun hazırlanırken bu denge gözetilmemiştir. Kaldı ki, kamu yararı gerekirse bile sınırlandırma yapılırken, tam bir bedel ödenerek haklar sınırlandırılabilir veya ortadan kaldırılabilir. Bu ilke, 1924, 1962 ve 1982 Anayasaları’nda yer almaktadır. Söz konusu ilke ve hükümlere aykırı olarak, devletleştirilen özel ormanlar için bedel ödenmemesi ve gerçekleştirilen devletleştirilmenin tapu maliklerine tebliğ bile edilmeden uygulamaya konulması hukuk devleti prensibine aykırıdır. **Başpınar**, Veyssel: Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler, Ankara 2009, s. 376; **Muzmul**, Osman: Özel Ormanların Özelleştirilmesi Hataydı, [http://www.haber90.com/author\\_article\\_detail.php?id=1809&uniq\\_id=1267107260](http://www.haber90.com/author_article_detail.php?id=1809&uniq_id=1267107260), (20.02.2010).

<sup>33</sup> RG, T. 31.03.1950 ve S. 7471.

<sup>34</sup> 5658 sayılı Kanun Ek Madde 2 – “09/07/1945 tarihli ve 4785 sayılı Kanunla Devletleştirilmiş ormanlardan; Devlet ormanları içinde olmayan ve etrafı tarla, bağ, bahçe gibi kültür arazisi, özel orman, şehir, kasaba, köy merası ve Orman Kanununun birinci maddesine göre orman sayılmayan yerlerle çevrili olmak şartıyla Devlet ormanlarından tamamen ayrılmış bulunan köy, belediye tüzelkişiliklerine ve gerçek kişilere ait ormanlar; sahipleri veya mirasçıları istedikleri takdirde geri verilir.

*İade edilecek ormanlardan, Devletleştirme karşılığı ödenmemiş bulunanlar bir işleme tabi tutulmaksızın sahiplerine intikal eder ve müracaatları üzerine keyfiyet Orman İdaresince kendilerine yazılı olarak bildirilir.*

*Devletleştirme bedeli kısmen veya tamamen ödenmiş bulunan ormanların, bu bedel aynı miktar ve taksitlerle ödenmek üzere, yazı ile müracaatları halinde sahipleri adına tapuya tescili yapılır. Taksitler zamanında ödenmediği takdirde ormanın işletilmesine izin verilmez. Ormanın geri verilmesine müteallik tescil muameleleri her türlü harç ve resimden muaftır.*

*Geri verilen ormanların hududu içindeki orman işletmeleri tarafından istihsal edilmiş ve henüz satılmamış orman mahsulleri, ormanın tescili sırasında sahiplerinin yazılı müracaatları üzerine buldukları mevki ile miktar ve vasıfları tesbit edilerek hususi orman tarife bedeli ve hakiki istihsal masrafları peşin ödenmek şartıyla orman sahiplerine teslim edilir.*

*Geri verilen ormanlarda Devletleştirmeden doğan muamelelerle geri vermeden*

## *Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi*

nunla, Orman Kanununun birinci maddesine göre orman sayılmayan yerlerle çevrili olmak şartıyla, Devlet ormanlarından tamamen ayrılmış bulunan köy, belediye tüzel kişilerine ve gerçek kişilere ait ormanlar sahipleri veya mirasçıları istedikleri takdirde ve devletleştirme tarihindeki bedeli nakden veya taksitle geri ödenmek kaydıyla geri verilir hükmü getirilmiştir<sup>35</sup>. Ancak, o günün şartlarında devletleştirilmeden önce özel orman maliki olan kişilerin tamamı bu kanunlardan haberdar olmadıkları için, iade imkânından faydalanamamışlardır<sup>36</sup>. 1945 tarihli 4785 sayılı kanunla devletleştirilen özel ormanların genel ormanlara oranı % 1,5 iken<sup>37</sup>, günümüzde özel ormanların devlet ormanlarına oranı hâlâ % 1 seviyesindedir<sup>38</sup>. 5658 sayılı Kanun, şartları taşıyan ormanların sahiplerine iade için kısıtlı bir süre öngörmemiştir. Şartları taşıyan ormanlar için her zaman iade talebinde bulunulabilecektir. Orman kadastro komisyonları ilk kez kadastro yapacakları yerde 5685 sayılı Kanun hükümlerini uygulayarak bu gibi yerleri özel orman olarak sınırlandıracaklardır<sup>39</sup>.

Ormanla ilgili olarak bu gün yürürlükte olan Kanun, 6831 sayılı Orman Kanunudur. İnceleme konumuzu asıl bu Kanun kapsamındaki hükümler ilgilendirmektedir. Söz konusu Kanunun özel ormanlarla ilgili hükümleri aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

---

*dolayı, orman sahipleriyle Devlet birbirleri aleyhine dava açamazlar.”*

<sup>35</sup> Geniş bilgi için bkz. **Okyay**, İ.: Özel Ormanların İadesi ve Ayırıcı Unsurları, Orman Mühendisliği Dergisi, Y. 30, S. 1 - 2, s. 17 vd.

<sup>36</sup> **Başpınar**, s. 375 – 376; **Muzmul**, Osman: Özel Ormanların Teşvikine Devletleştirilen Ormanların İadesi İle Başlamak Gerekir, (Muzmul, Özel Orman) ([http://www.haber90.com/author\\_article\\_detail.php?id=1808&uniq\\_id=1267108545](http://www.haber90.com/author_article_detail.php?id=1808&uniq_id=1267108545)) (20.02.2010).

<sup>37</sup> **Aslankara**: Önsöz s. III

<sup>38</sup> “*Özel ormanların devletleştirilmesi ülkemiz ve ormanlarımız için olumsuz sonuçlar vermiştir. Ormanların korunmasında halkla Devlet arasındaki işbirliği anlayışı zarar görmüştür. Yanan özel ormanlar (devletleştirilen ormanlar)ın yerinde halen bile yeniden orman ekilip yetiştirilemediği gibi, devletleştirilmeden önce, kereste, odun, reçine ve benzeri çok çeşitli orman ürünü veren yüzlerce dönüm özel ormanlardan, devletleştirildikten sonra (bu gün) birçoğundan hemen hiçbir ürün elde edilememektedir. 1945 yılından bu yana geçen süre içinde pek çok devlet ormanı gibi, devletleştirilen özel orman alanlarındaki orman örtüsünün de büyük bir kısmı kaybedilmiştir.”* **Muzmul**, Özel Orman

<sup>39</sup> **Ar**, Ahmet: Cumhuriyet Dönemi Orman Yasalarında Mülkiyet, Doğu Karadeniz Bölgesinde Orman Mülkiyet Sorunları Bildiri Metinleri, Trabzon 2000, s.148.

### III. 6831 SAYILI ORMAN KANUNUNA GÖRE ÖZEL ORMANLAR

#### A. GENEL OLARAK

Yürürlükteki mevzuata göre özel ormanlar, özel mülkiyet konusu olan ormanlardır. Başka bir deyişle, gerçek veya özel tüzel kişilere ait olan ve tapuda bu kişiler adına özel orman kaydı bulunan orman sahaları özel orman niteliğindedir. Bu tür ormanlara öncelikle 1945 tarihinde kabul edilen 4875 sayılı Kanunla devletleştirme dışı tutulan ormanlar girmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, anılan Kanun hükmünce, devletleştirilen fakat sonra 5658 sayılı Kanun gereğince sahiplerine iade edilen ormanlar dâhildir<sup>40</sup>. Bunlarla birlikte özel mülk konusu olan arazilerde yetiştirilmiş ormanlar ve orman idaresinin taraf olduğu davada özel şahıslara mahkeme kararı ile mülkiyeti verilmiş olan ormanlar da bu kapsama girmektedir<sup>41</sup>.

Ülkemizin genel olarak ormanlık alanları 21.188.747 hektardır. Bu ormanlık alan miktarı, ülkemizin genel toplam alanlarının % 27.2'si kadardır ve son 30 yılda ormanlık alanımız 1 milyon hektar artmıştır<sup>42</sup>. Ormanlık alanın ülke topraklarına oranı (% olarak) Almanya'da 31.5, Avusturya'da 47, İspanyada 51.3, İsveç'te 68.1, Finlandiya'da 77.8, dünya ortalaması ise 40.9 dur<sup>43</sup>. Bu rakamlara baktığımızda ülkemizin dünyada orman fakiri ülkeler kategorisinde yer aldığı görülmektedir. Özel ormanlarla ilgili duruma baktığımızda ise bu durum daha da kötüleşmektedir. Gerçekten de, ülkemizde 286 adet özel orman mevcut olup, bunların kapladığı alan 10.140,016 hektardır. Kamu tüzel kişilerine ait ise 60 adet orman bulunmakta ve bunların kapladığı alan ise, 7.959,3037 hektardır. Bu iki alanın toplamı 18.099,3197 hektar yap-

<sup>40</sup> “4785 sayılı yasayla Devletleştirilmiş ormanların tapuları hukuki değerini yitirmiştir. Bunların yeniden hukuki değer kazanabilmeleri için geri verilmiş yerlere ilişkin olması gerekir.” Y. 4. HD., T.06.05.1969, E.1236, K.4361 sayılı kararı. Ar: s. 147.

<sup>41</sup> Yargıtay 20. HD., T. 03.03.2005, E. 2005/1341, K. 2005/2130 sayılı kararı: “...bir yer, orman nitelikli tapu kaydının bulunması, devlet ormanı içinde yer almaması, devlet ormanına sınır olmaması, 3116 Sayılı Yasanın yürürlük dönemine göre 50000 m<sup>2</sup>'den, 6831 Sayılı Yasa hükümlerine göre ise, 30000 m<sup>2</sup>'den büyük olması, bedeli ödenerek devletleştirilmiş olmaması (devletleştirme bedelinin ödenmemiş olması), kesinleşmiş orman sınırlamasının bulunması halinde devlet ormanı olarak sınırlanmış olmaması, orman tahditi yapılmış ise özel orman olarak tahditinin yapıp işletiliyor olması koşullarının istisnasız hepsinin birden gerçekleşmesiyle iadeye tabi özel orman sayılır...” www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 09.02.2008).

<sup>42</sup> Ağaçlandırma ve Erozyon Kontrolü Seferberliği Eylem Planı 2008 – 2012, TC. Çevre ve Orman Bakanlığı Yayını, Ankara 2007, s. 7.

<sup>43</sup> Ünal, s. 5.

## *Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi*

maktadır<sup>44</sup>. Görüldüğü gibi özel kişilere ve kamu tüzel kişilerine ait ormanlık alanların, devlete ait ormanlara oranı yaklaşık % 1'dir. Bu oran (% olarak) Almanya'da 42, İspanyada 61, İsveç'te 71, Finlandiya'da 71, sosyalist sistem döneminde olmak üzere Rusya'da 0, Ukrayna'da 0'dır<sup>45</sup>. Bu sonuçlara bakıldığında Türkiye, Rusya ve Ukrayna gibi devletçi rejime tabi ülkeler kategorisine yakın gözükmektedir.

Birçok ülkede özel ormancılık teşvik edilmekte, vatandaşlarını bu alanda yönlendirmektedir. Bu teşvikler, doğrudan para yardımı, ödünç para yardımı, vergi muafiyeti veya indirimi, teknik yardım, askerlik yapmış sayılma, mülk edinme vs. şekillerinde olmaktadır<sup>46</sup>. Mesela, özel orman tesis edilme tarihinden itibaren Belçika'da 20 yıl ve Fransa'da 30 yıl süre ile para yardımı yapılmaktadır. Yine Danimarka'da on hektarın üzerinde orman dışı ağaçlandırması olanlara, ormanın devamlı olması ve bakılması şartıyla, yatırım bedelinin yarısı ödenmektedir. Bu yardım oranı İtalya'da % 75, İsviçre'de ise % 95'tir<sup>47</sup>.

Ülkemizde de Orman Kanunu m. 57 ve devamında özel ormancılığı teşvik edecek düzenlemeler sözkonusudur. Buna göre; devlete ait olup orman yetiştirme yerinin şartları bakımından uygun yerlerde gerçek ve tüzel kişilerce ağaçlandırma yapılabileceği, kendi arazisi üzerinde ağaçlandırma yapacaklara teknik yardım yapılacağı ve fidan ihtiyaçlarının ücretsiz karşılanacağı, en küçük parçası yarım hektardan ve parçaların tamamının bir hektardan daha az olmamak şartıyla kavak, okaliptüs ve kızılğaç dâhil olmak üzere yeni ağaçlandırılan arazinin sahibinin ağaçlandırmadan itibaren 50 sene için ağaçlandırdığı sahalara ait arazi ve bina vergilerinden muaf tutulacağı düzenlenmiştir. Yine devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan araziye, orman idaresinin yapacağı ağaçlandırma plânına göre ağaçlandıran kişilere, ağaçlanmaya başlanan yıldan itibaren 5 yılsonunda bu arazinin parasız verileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden de görüleceği üzere ülkemizde uygulanan özel orman teşvik tedbirleri, Avrupa ülkeleri ile karşılaştırıldığında oldukça yetersizdir.

<sup>44</sup> Sözkonusu rakamlar Orman Genel Müdürlüğü Ocak 2008 verilerinden alınmıştır.

<sup>45</sup> DPT. 8. Plan, s. 22'de, Rusya'daki ormanların % 94.7'sinin devlete ait olduğu belirtilmektedir (Eren, Fikret/Başpınar, Veysel: Toprak Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 360).

<sup>46</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Sağkaya, Abdurrahman: Dünyada Özel Ormancılık Teşvikleri, Orman Mühendisliği Dergisi, Y. 24, S. 9, s. 2 vd.; Çakır, Mehmet: Dünya'da ve Türkiye'de Özel Ormancılığı Teşvik Politikaları, 1. Ormancılık Şurası Tebliğler ve Önçalışma Grubu Raporları, C. III, Ankara 1993, s. 439 vd.

<sup>47</sup> Sağkaya: s. 2 – 4.

Özel ormanlar hemen hemen her ülkede teşvik edilmekte ve insanlar özen-dirilmektedir. Bu şekilde mevcut ormanlar korunduğu gibi, yeni özel orman-lar da oluşturulmaktadır. Ünal’ında çok yerinde olarak belirttiği gibi<sup>48</sup>, devlete veya topluma ait bir mal hiç kimsenin malı değildir. Bu durumda mevcut or-manların korunması ve yenilerinin yetiştirilmesi için, ormanlar özelleştirilebi-ler veya özel mülkiyete ve teşebbüse açılabilir.

Ormanların özel mülkiyete konu olması birçok açıdan önemlidir<sup>49</sup>. Mesela psikolojik açıdan önemlidir. Çünkü ormanlar en iyi şekilde, ancak özel mülki-yet konusu olduğu takdirde korunabilir. Bir şeye sahip olma duygusu kişileri daha iyi çalışmaya ve yatırıma teşvik etmektedir. Bunun sonucu olarak kayıtlar-da orman olarak görünmekle birlikte, boş olan alanları malik kısa zamanda ağaçlandıracaktır. Çünkü malik, mülkiyeti altındaki taşınmazdan en fazla ve-rimi almayı hedefler. Özel mülkiyet sözkonusu olduğunda kişinin çalışma, ta-sarruf ve yatırım yapma arzusu artar, böylece ekonomi daha işler bir hâle gelir. John Stuart Mill’in ifadesiyle “mülkiyetin sihir ve büyüsü, kum tanelerini alt-ın haline dönüştürür”<sup>50</sup>. “Yine ormanların özel mülkiyete konu olması ihtilaf-ların sona erdirilmesine katkı sağlayacaktır. Ormanların özel mülkiyete konu olması ekonomiye yeni kaynaklar kazandıracaktır. Örnek ve milli park niteli-ğindeki ormanların dışında kalan yerlerin özel mülkiyete geçirilmesi halinde elde edilecek gelir çok büyük olacaktır. Ormanların özel mülkiyete konu ol-ması, dünyanın bu günkü çağdaş hukuk anlayışına da uygun olacaktır. Yüz-yılımızda bireysel hürriyetler artırılmakta ve özel mülkiyet genişletilmekte-dir. Yine devlet müdahalesi mümkün olduğunca azaltılmaktadır. Bu politika-nın ormanlar konusunda da geçerli olması gerekir<sup>51</sup>. Çünkü devlet mülkiyeti ve merkezî plânlama, insanların hesap verme ve kendi kararlarını kendilerinin vermesi yeteneğini ortadan kaldırır<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Ünal, s. 25.

<sup>49</sup> Özel mülkiyetin önemi konusunda geniş bilgi için bkz. Eren/Başpınar, s. 361 vd.; Ünal, Mehmet: Ferdi (Özel) Mülkiyetin Tarihi, Dini ve Beşeri Kökenleri, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 922 vd.

<sup>50</sup> Eren/Başpınar, s. 361.

<sup>51</sup> Eren/Başpınar: s. 365.

<sup>52</sup> Eren/Başpınar: s. 121.

## **B. ORMAN KANUNU İLE ÖZEL ORMANLARA GETİRİLEN SINIRLAMALAR**

Özel ormanlarla ilgili olarak, 6831 sayılı Orman Kanununun 1/G maddesi bir sınırlama getirmiştir. Bu madde uyarınca her türlü ağaç ve ağaççıklarla kapalı özel kişilere ait bir yerin yüzölçümü 3 hektarı aşmıyorsa bu yerler orman sayılmayacaktır<sup>53</sup>. Buna göre bir yerin özel orman olabilmesi için, bir taşınmazın, ağaç ve ağaççıklarla örtülü olması, bu alanın 3 hektardan fazla olması gerekmektedir<sup>54</sup>. Ayrıca böyle bir yerin özel orman olarak nitelendirilebilmesi için ağaç ve ağaççık topluluğunun arazi üzerinde birbirinin devamı niteliğinde ve bir bütünlük arzemesi gerekmektedir. Aksi halde bir bütünlük oluşturmayan her bir parça ayrı ayrı değerlendirilir<sup>55</sup>.

Orman Kanunu m. 1/G ile getirilen bir diğer sınırlamaya göre, bir yerin özel orman olması, o yerin tapuda sahibi adına tescil edilmesine bağlıdır. Tapuda sahibi adına orman olarak kayıtlı olmayan yerler özel orman kabul edilmezler. Yine bu kaydın hukukî değerini yitirmemiş olması da gerekir<sup>56</sup>.

Orman Kanununun, özel ormanlarla ilgili olarak getirdiği bir diğer sınırlama ise; özel ormanların 500 hektardan küçük parçalar teşkil edecek şekilde parçalanıp başkalarına temlik edilemeyeceği ve mirasçılar arasında ifrazen taksim edilemeyeceğidir. Anılan Kanunun 52. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi, bu sınırlama, özel ormanların küçük parçalara bölünmesinin ormanların bu niteliğinin ve işletme birliğinin bozulmasına yol açabileceği düşüncesi ile getirilmiştir. Bu hükme aykırı davranılarak, özel ormanlar temlik veya taksim edilse ve bu durum da tapuya tescil edilse bile hükümsüzdür. Böyle bir halde Orman idaresi yapılan tescilin iptalini isteyebilir. Talep sonucunda kayıt terkin edilerek eski hale getirilir<sup>57</sup>. Ancak, tabî yolla değil de,

<sup>53</sup> Kanunda belirtilen bu 3 hektarlık ölçünün bilimsel olmadığı ve eleştirisi hakkında bkz. **Gümüüş**, Cantürk: Orman Yasasının 1. Maddesi Üzerine Bazı Eleştiriler, 1. Ormançılık Şurası Tebliğler ve Önçalışma Grubu Raporları, C. I, Ankara 1993, s. 94 vd.

<sup>54</sup> 6831 Sayılı Orman Kanununa Göre Orman Kadastrounun Uygulanması Hakkında Yönetmelik m. 23.

<sup>55</sup> 6831 Sayılı Orman Kanununa Göre Orman Kadastrounun Uygulanması Hakkında Yönetmelik m. 23.

<sup>56</sup> 4785 sayılı kanunla özel ormanların devletleştirilmesi sonucu buralara ait tapu kayıtları hukuki değerini yitirmiştir. Ancak, 5658 sayılı Kanun hükmü gereğince iadesi yapılan ormanlara ilişkin tapu kayıtları canlılık kazanmıştır. Bkz. **Ar**: s. 148; **Özdemir**, Şükrü/**Deda**, Necip: Orman Hukuku, C. I, Ankara 1991, s. 601.

<sup>57</sup> **Özdemir/Deda**, C. II, s. 1044.



emek ve masraf sarfederek ekim ve dikim suretiyle meydana getirilen özel ormanlar bu sınırlamanın dışında tutulmuşlardır. Bu alanlar Orman Kanununun 57 ve 63. maddelerine göre oluşturulan ormanlardır<sup>58</sup>. Bunların temlik ve taksim edilmelerine engel bir hüküm yoktur.

Özel ormanlara getirilen bir diğer sınırlama ise; inşaat yapma sınırlamasıdır. İlgili idareden izin almak ve imar planlamasına uygun hareket etmek şartıyla, özel ormanın yatay alanının % 6'sını geçmemek üzere<sup>59</sup> inşaat yapılabilir (OK. m. 52/II)<sup>60</sup>. Bu hükme aykırı bir davranış OK. m. 93'de belirtildiği üzere cezalandırılacaktır<sup>61</sup>.

### **C. ORMAN KANUNU İLE ÖZEL ORMAN MALİKLERİNE GETİRİLEN YÜKÜMLÜLÜKLER**

Özel ormanların arzettiği kamu yararı düşüncesi ile malik için, bu mülkiyet hakkı ile ilgili olarak, bir kısım yükümlülükler öngörülmüştür. Bu yükümlülükler aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Özel ormanların gözetim ve denetimi Orman Genel Müdürlüğüne aittir. Anayasa'da ve Orman Kanununda bir ayırım yapmadan bütün ormanların gözetim ve denetiminin devlet tarafından yapılacağını öngörmüştür (Ay. m. 169; OK. m. 50 vd.). Devletin özel ormanlar üzerindeki gözetim ve denetim yetkisi; bu ormanların idaresini ve işletilmesini gözetlemek ve denetlemekle sınırlıdır. Söz konusu gözetim ve denetim, orman idaresince yerine getirilir.

<sup>58</sup> Aras, s. 287.

<sup>59</sup> Özel Ormanlarda Ve Hükmi Şahsiyeti Haiz Amme Müesseselerine Ait Ormanlarda Yapılacak İş Ve İşlemler Hakkında Yönetmeliğin 10'uncu maddesinde aynen şu hüküm yer almaktadır; "İnşaatların yapılmasında orman alanlarının doğal özelliklerinin korunmasına özen gösterilmek kaydıyla ormanın kapallılık durumu ve arazinin topoğrafik yapısı göz önünde bulundurulmak ve orman içi açıklıklardan ve bozuk orman alanlarından azami faydalanılmak suretiyle uygun yerlerde izin verilir. Enerji nakil hattı, haberleşme, su isale hattı, doğalgaz hattı, kanalizasyon, yol ve benzerleri ile 6831 sayılı Orman Kanununun 17 nci maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik verilen izinler % 6 lık alana dâhil değildir. Bunların dışındaki her türlü tesis ve müstemilat; garaj, havuz, spor tesisleri, çocuk oyun alanı, otopark, ticari ve sosyal tesisler ve benzeri yapılar % 6 lık alana dâhildir."

<sup>60</sup> Tabii ki bu sınırlama sadece özel ormanlarla ilgili sınırlamadır. Özel ormanların içinde bulunduğu alanda başka bir sebeple inşaat yapma sınırlaması varsa, bu sınırlama yine uygulanacaktır. Örneğin, Boğaziçi Kanunu vb.

<sup>61</sup> Özel Ormanlarda Yapılacak İş ve İşlemleri Gösterir Talimat m. 8 hükmü gereğince inşaat izni Orman Genel Müdürlüğünden alınacaktır. Anılan Genel Müdürlük, inşaata, yapılan inceleme üzerine ormanın kapallılık durumu, arazinin topoğrafik yapısı göz önüne alınarak, ormanın en zayıf olduğu ve alt yapı hizmetlerinin en uygun bulunduğu yerlerde izin verir.



## Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi

Özel ormanların işletilmesi ve idaresi, tamamen maliklerine bırakılmamıştır. Gerçekten de özel ormanlar, Orman Kanunu m. 51 hükmü gereğince sahipleri tarafından yaptırılıp, orman idaresince tasdik olunacak harita ve amenajman planlarına<sup>62</sup> göre işletilip, idare edilecektir<sup>63</sup>. Anılan hükümde, devlet ormanlarında olduğu gibi özel ormanlarında sahipleri tarafından bir plan içerisinde işletilmesinin verimliliği artıracığına ve yararlı olacağına işaret edilmektedir<sup>64</sup>. Özel ormanların harita ve amenajman plânları malikleri tarafından yaptırılır ve bunlar orman idaresi tarafından tasdik edilir. Malikler özel ormanlarını yapılan bu plânlara göre işletmekle yükümlüdürler. Özel ormanın yapılan bu plâna göre işletilip işletilmediğini yine orman idaresi denetleyecektir. Belirlenen süre içerisinde amenajman plânını yaptırıp tasdik ettirmeyenlerin planları orman idaresince yapılır ve masrafları iki yılda ve dört eşit taksitte kendilerinden alınır (OK. m. 51).

Orman Kanununun 50. maddesinde, özel orman sahiplerinin orman sınırlarına, Orman Bakanlığınca tespit edilen işaretleri koymak zorunda oldukları belirtilmiştir. Özel orman sahipleri orman kadastro komisyonlarınca tespit edilerek haritası çıkarılan orman sınırlarını beton veya yontma taş dikerek veya sabit kayalar üzerine işaretler oymak ve kazımak suretiyle belirlemek zorundadırlar (OK. m. 45)<sup>65</sup>.

Özel ormanların sahipleri birden fazla ise bunlar içlerinden birisini veya ortaklar dışında bir başkasını orman idaresine karşı sorumlu müdür olarak göstermek zorundadırlar<sup>66</sup>. Malikler üç ay içerisinde sorumlu müdürü bildir-medikleri takdirde, orman idaresi o yer sulh hukuk mahkemesinden bir sorumlu müdür seçilmesini talep eder (OK. m. 53).

<sup>62</sup> “Amenajman planı: İşletmenin amacına göre yapılacak faydalanmanın şekil ve esaslarını, ormancılık faaliyetlerini, zaman ve yer itibarıyla düzenleyen (gösteren) planlardır.” **Aras**: s. 286.

<sup>63</sup> **Altaş**, Hüseyin: Türk Orman Mevzuatı Kapsamında Özel Ormanlar, Prof. Dr. Muallâ Öncel’e Armağan, Cilt – II, Ankara 2009, s. 1359.

<sup>64</sup> **Kayganacıoğlu**, M. R./**Renda**, N./**Onursan**, G: Orman Kanunu ile ilgili Mevzuat, Ankara 1976, s. 215.

<sup>65</sup> “Gerek 3116, gerek 6831 sayılı yasalarda özel ormanların tahdit işlemlerinin özel orman sahiplerince, orman yasasında ve nizamnamede belirtilen usuller dairesinde yapılacağı, özel orman sahiplerinin sınırlama yapmaması halinde, bu ormanların orman tahdit komisyonlarınca sınırlanıp, bedelinin özel orman sahiplerinden alınacağı kabul edilmiştir” Y. 20. HD., T. 03.03.2005, E. 2005/1341, K. 2005/2130. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi: 09.02.2008).

<sup>66</sup> Y. 3. HD., T. 07.02.2005, E. 2005/588, K. 2005/1225. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi: 09.02.2008).

Özel ormanlarda yapılacak plân, damga, istihsal ve denetim işlerinde çalışan orman memurlarının kanunî harcırah ve masrafları özel orman sahiplerince karşılanır. Harcırah ve masraflar karşılığı, avans olarak, orman veznesine peşinen yatırılır. Daha sonra mahsup işlemi yapılır.

Devlet ormanları ile ilgili pek çok hüküm özel ormanlar hakkında da uygulama alanı bulmaktadır. Gerçekten de Orman Kanununun 56'ncı maddesinde de belirtildiği üzere; bu Kanun'un 14, 15, 17, 19, 41 ve 42 maddelerinde yasaklanan hükümler, özel ormanlarda, özel orman malikleri içinde geçerli olacaktır<sup>67</sup>. Sözkonusu hükümlere göre; fidanları, dikili, yatık ve devrik ağaçları kesmek<sup>68</sup>, sökmek, ekim sahalarını bozmak, yaş ağaçları boğmak, yaralamak, tepe ve dallarını kesmek veya koparmak ile benzer davranışlar yasaktır<sup>69</sup>. Yine, devlet ormanlarında yasaklanan şekillerde avlanmak ve kendi ihtiyacı için toprak, kum ve çakıl çıkarmak yasaklanmıştır. Bunlarla birlikte, ormanların korunması, istihsal ve imarıyla ilgili olanlar dışında, her çeşit bina, ağıl inşası ile hayvanların barınmasına özgü yerler yapılması<sup>70</sup> ve tarla açılması, işlenmesi, ekilmesi ve orman içinde yerleşilmesi veya hayvan sokulması yasaktır. Keza herhangi bir suretle satışı yapılmış orman emvalinin damgalanmadan ve nakliye tezkeresi alınmadan nakliyesi yapılamaz.

#### **IV. ÖZEL ORMANLARIN MÜLKİYET BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

##### **A. GENEL OLARAK**

1982 Anayasasının 35'inci maddesinde mülkiyet hakkının anayasal çerçevesi belirlenmiştir. Anılan maddede, mülkiyetin temel bir hak olduğu kabul edilmiş, ancak, bu hakkın kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayaca-

<sup>67</sup> Altaş, s. 1360.

<sup>68</sup> “*Özel orman sayılan yerden ağaç kesen sanık hakkında ceza tayini gerekir.*” Y. 3. CD., T. 30.01.1992, E. 1991/4018, K. 1992/1467; “*Suç konusu ağacın özel orman sayılan yerden kesildiği anlaşıldığına göre, sanık hakkında Orman Kanununun 56. maddesi aracılığıyla 91/2. maddesiyle ceza tayini gerekir.*” Y. 3. CD., T. 30.01.1992, E. 1991/14018, K. 1992/1467. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 09.02.2008).

<sup>69</sup> Tohum ve fidandan yetiştirilecek özel orman malikleri, OK. m. 14/A ve B bentlerinde yasaklanan, fidanları, dikili yaş ve kuru ağaçları kesmek, sökmek, yaş ağaçları boğmak, yaralamak tepelerini veya dallarını kesmek, ağaçlardan yalamuk, pedavra, hartama veya sakız çıkarmak hükümlerinden istisna tutulmuşlardır.

<sup>70</sup> OK. m. 52/II'de belirtilen, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerdeki özel orman alanlarının yatay alanın % 6'sını geçmemek üzere imar planlamasına uygun inşaat yapma izni bu yasağın istisnasıdır.

## **Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi**

ğı ve kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Yine Medenî Kanunun mülkiyet hakkının muhtevasını düzenleyen 683'üncü maddesinde “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir...” hükmü yer almaktadır. Bu iki temel düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, malikin mutlak tasarruf yetkisi kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Toplumla yararları sayılamayacak kadar çok olan ve her toplumun vazgeçilemez tabii kaynaklarından olan ormanlar üzerindeki mülkiyet hakkına bazı kısıtlamalar getirilmiştir. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere ormanlar, taşıdıkları önem sebebiyle diğer taşınmazlardan farklı bir mülkiyet rejimine tabi tutulmuşlardır<sup>71</sup>.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun bir kararında<sup>72</sup> da belirtildiği üzere özel ormanlarda tam ve gerçek manada mülkiyet hükümleri uygulanmaz. Bu karara göre toplumun menfaati, sıhhat ve selameti bakımından özel orman sahiplerinin tasarruf hakları, Orman Kanunu'nun istisnai hükümleriyle sınırlandırılmış ve özel orman sahiplerine sadece bir intifa hakkı verilmiştir. Orman sahiplerinin bu haktan faydalanabilmeleri, OK. m. 65'de açıkça belirtildiği üzere “Orman Kanunu hükümlerine” harfiyen uymaları ile mümkündür. Yine bu kararda ülkedeki bütün ormanların devletçe muhafazası, ağaç yetiştirilmesi ve denetlenmesi zaruret ve mecburiyetiyle ve kamu menfaati düşüncesiyle özel ormanlardaki tasarruf hakkı Kanun tarafından sınırlandırılmış ve kayıt altına alınmış olduğundan bu baktaki özel mülkiyet kural ve hükümleri uygulanmayıp, Orman Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Aşağıda özel ormanlar ile ilgili hükümler mülkiyet hakkı açısından değerlendirilmiştir.

### **B. ÜST HAKKI KURULMASI YASAĞI**

Türk Medenî Kanununun 718/II'inci maddesinde belirtildiği üzere, taşınmaz mülkiyetinin içeriğine yapılar, kaynaklar ve bitkilerde dâhildir. Bu sebeple bitkiler arazinin bütünleyici parçası sayılırlar. Bunun sebebi “üst arza tabidir” (superficies solo cedit) ilkesidir. Türk Medenî Kanununun 726 ve

<sup>71</sup> Eren/Başpınar: s. 358– 359.

<sup>72</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu T.19.12.1945, E.1945/14, K.1945/16 sayılı kararı <http://www.kazanci.com.tr> (Erişim tarihi 18.02.2008)

826. maddelerine göre malik, üçüncü kişi lehine arazinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek için yetki veren bir irtifak hakkı kurabilir. Bu irtifak hakkı üst hakkıdır<sup>73</sup>. Ancak, anılan Kanun m. 729/II'de ağaçlar ve ormanların üst hakkına konu olamayacağı belirtilmiştir<sup>74</sup>. Buna göre bir malik diğer bir kişiye, arazisindeki ağaçlar üzerinde topraktan soyut olarak bir üst hakkı tanıyamayacaktır.

Bu konu ile ilgili olarak Akipek<sup>75</sup>, TMK. m. 729/II'de (eski Medeni Kanun m. 655) teknik anlamda bir üst hakkından bahsedilmediğini belirtmektedir. Buna göre anılan maddede bir arazide inşaat yapmak ve bu inşaatın maliki olmak anlamına gelen üst hakkından bahsedilmemektedir. Söz konusu maddede arazi ile üzerindeki ağaçların ayrı ayrı mülkiyet hakkına konu olamayacağı düzenlenmektedir. Gerçekten de araziye dikilen fidanlar başlığını taşıyan TMK.'nun 729 uncu maddesi, bir kimsenin başkasının fidanını kendi arazisine veya kendisinin ya da bir üçüncü kişinin fidanını başkasının arazisine dikmesi sonucunda meydana gelen hukuki durumun nasıl çözümleneceğine ilişkindir. TMK. m. 729 bu hükmü ile ağaçların ve üzerinde yetiştikleri arazinin mülkiyetinin ayrı ayrı kişilere ait olmasını yasaklamaktadır. Yoksa orman arazisi üzerinde üst hakkı kurulmasını yasaklamamaktadır.

### **C. KOMŞU ORMANAĞAÇLARINA TAHAMMÜLMECBURİYETİ**

Türk Medenî Kanununun 740/I'inci maddesi gereği, bir ağacın dal ve kökleri komşunun mülküne geçip de zarar vermesi halinde, komşunun talebi üzerine uygun bir süre içinde ağaç sahibi bunları kaldırmadığı takdirde, komşunun o dal ve kökleri kesip kendi mülkiyetine geçirme yetkisi vardır. Ancak aynı maddenin III. fıkrasında, komşu ormanlar hakkında bu hükmün uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemeye göre komşu orman malikleri diğer ormanın yaptığı tecavüzlere katlanmak zorundadır. Bununla birlikte, kendi mülklerine tecavüz oluşturan ağaç dallarındaki meyveleri dahi mülk edinemezler. Fakat bir orman diğer bir ormanla değil de bir tarla veya bahçe veya meyvelikle komşu ise o zaman MK. m. 740/I hükmü uygulanır<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Üst hakkı konusunda geniş bilgi için bkz. Ünal, Mehmet: Türk Medeni Hukukunda Yapı Hakkı, Ankara 1983; Gürzumar, Osman Berat: Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, İstanbul 2001.

<sup>74</sup> Ulukut, Bülent: Medeni Hukukumuz Bakımından Ormanlar, İstanbul Barosu Dergisi, T. 1956, S. 4 – 5, s. 144.

<sup>75</sup> Akipek; s. 27.

<sup>76</sup> Ulukut, Medeni Hukuk, s. 146.

## **D. ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN ÖZEL ORMANA GİRMESİNE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Türk Medenî Kanununun 751'inci maddesinde, “*Yetkili makamlar tarafından bitki örtüsünü korumak amacıyla yasaklanmadıkça, herkes başkasının orman ve merasına girebilir ve oralarda yetişen yabancı meyve, mantar ve benzeri şeyleri, yerel adetlerin izin verdiği ölçüde toplayıp alabilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre, yerel adetlerin izin verdiği ölçüde, sahibinin rızası alınmaksızın, özel ormanlara girmek, yabancı meyve ve mantar gibi şeyleri toplamak mümkündür. Yetkili makamlar tarafından yasaklanması halinde böyle bir yararlanma mümkün değildir. Gerçi Orman Kanununun 14/C maddesinde “*Palamut, ıhlamur çiçeği, her çeşit orman örtüsü, mazı kozalağı tıbbî ve sınaî nebatları veya orman tohumlarını toplayıp götürmek*” yasaklanmıştır. Ancak, mantar ve küçük meyveler bunun dışında kalmaktadır<sup>77</sup>.

## **E. MALİKİN TASARRUF YETKİSİNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR**

Mülkiyetin sahibine sağladığı yetkiler, TMK. m. 683’de açıklanmıştır. Buna göre, bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malikin sahip olduğu bu yetki malın fiilen kullanılması, ürünlerin toplanması, malda değişiklik yapılması, malın tahrip edilmesi ve değiştirilmesi gibi fiili tasarrufları kapsar. Yine bunlarla birlikte, mülkiyet konusunu başkasına devretme ve üzerinde hak kurma gibi tasarrufları da kapsar<sup>78</sup>. Ancak, Orman Kanunu m. 52/I’de, mülkiyetin sahibine tanıdığı tasarruf yetkisine bir istisna getirilmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, “*özel ormanlar 500 hektardan küçük parçalar teşkil edecek şekilde parçalanıp başkalarına temlik ve mirasçılar arasında ifrazen taksim edilemez.*” 500 hektardan daha küçük parçalar oluşturacak şekilde özel ormanlar başkasına temlik veya mirasçılar arasında taksim edilememesi, özel ormanların korunması amacına hizmet etmek için konulmuş bir hükümdür. Yukarıda belirtildiği üzere söz konusu sınırlandırma sadece kendi kendine yetişen ormanlar için geçerlidir. Benzer bir

<sup>77</sup> **Ulukut**, Bülent: Türk Orman Hukuku, Tarım Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü Yayını, İstanbul 1963, s. 48.

<sup>78</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 230; **Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara 2006, s. 234.

hüküm 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun<sup>79</sup> 8 inci maddesinde yer almaktadır<sup>80</sup>.

## **F. MALİKİN KULLANMA YETKİSİNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR**

### **1) İşletme konusunda getirilen sınırlamalar**

Kullanma ve işletme yetkisine getirilen ilk sınırlama, OK. m. 51'de belirtilmiştir. Sözkonusu maddede, özel orman maliklerinin mülkiyet konusu ormanı istedikleri gibi değil de, malikin yaptıracağı ve orman idaresinin onaylayacağı harita ve amenajman planlarına göre işletilip idare edileceği düzenlenmiştir. Bu düzeleme malikin kullanma yetkisine getirilen bir sınırlamadır. Keza bu sınırlamaya malikin uyup uymadığı orman idaresince denetlenecektir (OK. m. 55). Özel ormanların idare ve korunmaları hakkında başka bazı kanunlarda da hükümler yer almıştır<sup>81</sup>. Örneğin, Zirai Mücadele ve Zirai Karantina Kanununun 37'inci maddesi “*Özel ormanlarda veya sahipli ağaçlıklarda görülen ve mücadele edilmediği takdirde muhiti için tehlike teşkil edebilecek olan hastalık ve zararlılarla mücadele Orman İdaresince yapılır. Masraflar orman veya ağaçlık sahiplerinden yazılı olarak istenir...*” hükmüne yer verilmiştir.

### **2) İnşaat yapma konusunda getirilen sınırlamalar**

Malik, yukarıda zikredilen TMK. m. 683 hükmü gereği, maliki olduğu şeyi istediği gibi kullanma yetkisine sahiptir. Ancak, OK. m. 52/II hükmü ile buna bir istisna getirilmiştir. Yukarıda anlatıldığı üzere, şehir, kasaba ve köy

<sup>79</sup> RG, T. 19.07.2005 ve S. 25880.

<sup>80</sup> 5403 sayılı Kanun m. 8/II, III “*Tarımsal faaliyetin ekonomik olarak yapılabildiği en küçük alana sahip ve daha fazla küçülmemesi gereken yeter büyüklükteki tarımsal arazi parsel büyüklüğü, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirlenir. Belirlenen küçüklüğe erişmiş tarımsal araziler miras hukuku bakımından bölünemez eşya niteliğini kazanmış olur. Tarımsal arazinin bu niteliği tapu kütüğüne şerh edilir.*

*Belirlenen parsel büyüklüğü; mutlak tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, diki-  
li tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektar ve marjinal tarım arazilerinde 2 hektardan küçük olamaz. Tarım arazileri bu büyüklüklerin altında ifraz edilemez, bölünemez veya küçük parsellere ayıramaz. Ancak çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak istekleri olan bitkilerin yetiştiği yerler ile seraların bulunduğu alanlarda, yörenin arazi özellikleri daha küçük parsellerin oluşmasını gerekli kıldığı takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir.”*

<sup>81</sup> **Ulukut**, s. 49.

## *Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi*

yapılarının toplu olarak bulunduğu yerlerdeki özel orman alanlarında, bu özel orman malikleri yatay alanın ancak % 6 sına kadar inşaat yapabilirler. Bundan fazla alanı kaplayacak şekilde inşaat yapamazlar. Bu husus ünlü Acarkent davasına konu olmuştur.

### **SONUÇ**

Özel ormanlar oluşturulması için teşvik edilmelidir. Bu teşvik ormanların özelleştirilmesinden çok yeni ormanlar oluşturulması şeklinde olmalıdır. Bu teşvik içinde, ağaçlandırılan alanın mülkiyetinin ağaçlandırana verilmesi olabileceği gibi, vergi indirimi, ağaçlandırma yapanın masrafının karşılanması, kredi sağlanması vb. yer alabilir.

Özel ormanlar teşvik edilirken, bu tür mülkiyet üzerinde yapılan sınırlama ve yükümlülükler gözden geçirilmelidir. Meselâ, özel orman maliklerinin, % 6'lık bir oranla inşaat yapabilmeleri, kanımızca mülkiyetin özüne aykırıdır. Devlet ormanlarını korumak için yapılan düzenlemeler gereklidir. Ancak, özel ormanlar için böyle bir sınırlama, psikolojik açıdan insanları özel orman sahibi olmak konusunda teşvikten çok vazgeçirme yönünde bir etki yapar. İki tane yan yana araziden bir tanesi 3 hektarı aşan bir ormanlık alan, diğeri ise 2,99 hektarlık bir ormanlık alan olsa, birincide bu alanın ancak % 6'sına inşaat yapılabilecekken, ikinci alanda malik istediği kadar (imar mevzuatına uygun olarak) kısma inşaat yapabilecektir. Bu durumda kamu yararı oluşturduğu mutlak olan ormanın sürdürülmesi yükümünün tamamen bir kişi üzerine yükletilmesi, özel orman maliki için ceza anlamına gelir. Bu hüküm, Anayasa'nın eşitlik ve mülkiyet hakkı ilkeleri ile çatışır. Tabiidir ki, bu açıklamalar etrafı şehir kuşağı ile çevrilmiş özel ormanlar içindir. Yoksa şehir dışı özel orman halleri için bu durum savunulamaz. Bununla birlikte, ormanın ormansız arazi-deki standartlarda mutlak imara açılmasını da kastetmiyoruz. Bu ikisi arasında adil bir denge gözetilmeli ve ona göre yeniden bir düzenleme yapılmalıdır. Böylece ne malikin mülkiyet hakkı aşırı bir şekilde sınırlandırılmalı, ne de ormanlardan vazgeçilmelidir. Böyle bir sonuç Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Numaralı Ek Protokol m. 1'de yer alan düzenleme ile de uyumlu hale gelmiş olur. Aksine davranış halinde, mülkiyet hakkının ihlâli gerekçesiyle İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde yeni bir dava yolu açılmış olur.

**Dr. Yakup KORKMAZ**

**KAYNAKÇA<sup>82</sup>**

- Akipek**, Jale G. :Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı, Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 1 vd.
- Altaş**, Hüseyin :Türk Orman Mevzuatı Kapsamında Özel Ormanlar, Prof. Dr. Muallâ Öncel'e Armağan, Cilt – II, Ankara 2009, s. 1351 vd.
- Ar**, Ahmet : Cumhuriyet Dönemi Orman Yasalarında Mülkiyet, Doğu Karadeniz Bölgesinde Orman Mülkiyet Sorunları Bildiri Metinleri, Trabzon 2000, s. 144 vd.
- Aras**, Celal :Orman Kanunu, Ankara 2002.
- Aslankara**, M. Sadık : Cumhuriyetimizin 75. Yılında Ormancılığımız, Orman Bakanlığı Yayını, Ankara 1998.
- Ayanoğlu**, Sedat : Anayasa Hükümleri Karşısında Orman Mevzuatımız, Ormancılık Hukuku, Türkiye Çevre Vakfı Yayını, Ankara 1999.
- Başpınar**, Veysel : Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdâhaleler, Ankara 2009.
- Birben**, Üstüner . Cibal-i Mübaha, II. Ormancılıkta Sosyo – Ekonomik Sorunlar Kongresi, Isparta 2009, s.395 vd.
- Cin**, Halil : Tanzimattan Sonra Türkiyede Ormanların Hukuki Rejimi, AÜHF, Y. 1978, C. 35, S. 1 – 4, s. 311 vd.
- Çakır**, Mehmet :Dünya'da ve Türkiye'de Özel Ormancılığı Teşvik Politikaları, 1. Ormancılık Şurası Tebliğler ve Önçalışma Grubu Raporları, C. III, Ankara 1993, s. 439 vd.
- Eren**, Fikret/**Başpınar**, Veysel: Toprak Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007.
- Ertaş**, Şeref : Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara 2006.
- Gümüş**, Cantürk : Orman Yasasının 1. Maddesi Üzerine Bazı Eleştiriler, 1. Ormancılık Şurası Tebliğler ve Önçalışma Grubu Raporları, C. I, Ankara 1993, s. 94 vd.

---

<sup>82</sup> Dipnotlarda geçen eserler yazarlarının soyadlarıyla anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla esere yapılan yollamalar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.



## *Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi*

**Gürzumar**, Osman Berat : Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, İstanbul 2001.

**İnal**, Selâhattin :Türkiye’de Anayasa–Ormancılık İlişkileri, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Yayını, İstanbul 1971.

**Kayganacıoğlu**, M. R./

**Renda**, N./**Onursan**, G :Orman Kanunu ile ilgili Mevzuat, Ankara 1976.

**Muzmul**, Osman : Özel Ormanlarda İmar Sorunu, [http://www.gazetekadikoy.com/home.asp?id=4&kategori\\_id=9&yazi\\_id=454](http://www.gazetekadikoy.com/home.asp?id=4&kategori_id=9&yazi_id=454) (Erişim tarihi: 09.02.2008). (Muzmul, İmar)

..... :Özel Ormanların Özelleştirilmesi Hataydı, [http://www.haber90.com/author\\_article\\_detail.php?id=1809&uniq\\_id=1267107260](http://www.haber90.com/author_article_detail.php?id=1809&uniq_id=1267107260) , (20.02.2010). (Muzmul, Özelleştirme)

..... :Özel Ormanların Teşvikine Devletleştirilen Ormanların İadesi İle Başlamak Gerekir, (Muzmul, Özel Orman) ([http://www.haber90.com/author\\_article\\_detail.php?id=1808&uniq\\_id=1267108545](http://www.haber90.com/author_article_detail.php?id=1808&uniq_id=1267108545)) (20.02.2010).

**Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe :Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2006.

**Okyay**, İ. : Özel Ormanların İadesi ve Ayırıcı Unsur, Orman Mühendisliği Dergisi, Y. 30, S. 1 – 2, s. 17 vd.

**Özdemir**, Şükrü/**Deda**, Necip: Orman Hukuku, C. I, Ankara 1991.

**Sağkaya**, Abdurrahman :Dünyada ÖzelOrmancılık Teşvikleri, Orman Mühendisliği Dergisi, Y. 24, S. 9, s. 2 vd.

**Sirmen**, A. Lâle : Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995.

**Tunçsiper**, M. Nedim :Orman Mevzuatımız, Tarım Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü Yayını, İstanbul 1964.

**Türkeş**, Murat/**Sümer**, M. Utku: Ormanlar ve İklim Değişikliği, 1.Ormancılık Şurası Tebliğler ve Önçalışma Grubu Raporları, C. III, Ankara 1993, s. 677 vd.

**Dr. Yakup KORKMAZ**

**Ulukut**, Bülent :Medeni Hukukumuz Bakımından Ormanlar, İstanbul Barosu Dergisi, T. 1956, S. 4 – 5, s. 144 vd. (Ulukut, Medeni Hukuk)

..... :Türk Orman Hukuku, Tarım Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü Yayını, İstanbul 1963.

**Ünal**, Mehmet :Türk Medeni Hukukunda Yapı Hakkı, Ankara 1983. (Ünal, Yapı)

..... :Orman Hukuku, Geliştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2003.

..... :Ferdî (Özel) Mülkiyetin Tarihi, Dini ve Beşeri Kökenleri, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 901 vd. (Ünal, Mülkiyet)

**Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel: Şekî Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2008.

Ormanlarımız ve Sağladığı Faydalar, Orman Genel Müdürlüğü Yayını; Cumhuriyetimizin 50. Yılında Ormancılığımız, Orman Bakanlığı Yayını, Ankara 1973.

Osmanlı Ormancılığı İle İlgili Belgeler, Çevre ve Orman Bakanlığı Yayını, C. II, Ankara 2003.

<http://www.ogm-erzurumobm.gov.tr/Mevzuat.htm> (Erişim tarihi: 09.02.2008).

# HADİM ETME VE HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ\*

Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR\*\*

## ÖZET

*Hadım etme fiili tarih boyunca değişik sebeplerle yapılagelmiştir. Söz konusu fiilin yapılma amaçları arasında en çok cezalandırma ve savaşlarda esir düşme sonucu hadım etme işlemi gerçekleştirilmiştir. Hadım etme bir tıbbi müdahaledir. Her tıbbi müdahalede olduğu gibi burada da fiili gerçekleştiren hekim hastası hakkında öğrenmiş olduğu bilgileri üçüncü kişilere aktarmamakla yükümlüdür. Hekimin sır saklama yükümlülüğü sürekli değildir. Bazı durumlarda ortadan kalkar. Ortadan kalkmasına hastanın bizzat kendi iradesi ile mümkün olabilirken diğer bazı durumlar ise, kanda belirtilen düzenlemeler sonucudur. Ancak sır saklamayı gerekli kılan durumların söz konusu olduğu durumlarda buna aykırı davranan hekim hastasına karşı maddi ve manevi tazminat ödemekle yükümlüdür.*

**Anahtar Kelimeler :** Hadım Etme, Sır, Meslek Sırrı, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Sır Saklama Yükümlülüğünün Ortadan Kalkması.

## CASTRATION AND PRIVACY OBLIGATION OF THE PHYSICIAN

### ABSTRACT

*Castration has been performed throughout the history of human depending on various reasons. The most common reasons for castration include punishment and being captured in the war. Castration is a medical procedure. As it is the case in all medical procedures, the physician performing the procedure is obliged not to transfer medical details of his patient to third patient. Privacy obligation of the physician is not permanent. Under particular conditions, the obligation is removed. While waiver of this obligation is only possible with the discretion of the patient, there are also several regulations in the law pertaining to the obligation. However, if conditions requiring the maintenance of privacy are valid, the physician violating the privacy is obliged to pay pecuniary and intangible damages of the patient.*

**Key Words :** Castration, Privacy, Professional Secrecy, Privacy obligation of the physician, Disappear of privacy obligation of the physician.

\* 7 Mayıs 2010 tarihinde Ankara Barosu tarafından gerçekleştirilen Sağlık Hukuku Sempozyumunda tebliğ olarak sunulmuştur.

\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Görevlisi

## **I. GİRİŞ**

### **A. KAVRAM**

Hadım sözlük anlamı olarak, “kısırlaştırılmış erkek” anlamına gelmektedir<sup>1</sup>. Herhangi bir erkek canlının erkeklik bezlerini çıkararak veya burarak erkeklik görevini yapamayacak duruma getirmektir. Arapça bir kelime olup, Türkçede buna iğdiş etmek, burmak, enemek ve hadımlaştırmak denir. Arapçada da başka çeşitli kelimelerle ifade edilmektedir.

Kelimenin aslı, Yunanca “eune” yatak ve “ekhein” saklamak anlamına gelmekte ve aslen iktidarsızlığı anlatmak amacıyla kullanılmaktadır<sup>2</sup>. Tıp biliminde ise, hadım etmenin karşılığı “kastration”dır. Kastrasyon, kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması yolu ile cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi amacını taşıyan bir müdahaledir. Bu yöntemle, kişide cinsel istek ve cinsel ilişkide bulunma yeteneği bütünüyle sona erdirilmekte ve hatta kişinin cinsiyetine ilişkin belirtiler de ortadan kaldırılmaktadır<sup>3</sup>.

### **B. TARİHİ GELİŞİM**

Hadım etme işlemlerinin tarihi, insanlık tarihi kadar eskidir<sup>4</sup>. Hadım etme olayları daha çok Avrupa, Ortadoğu, Hindistan, Afrika ve Çin saraylarında gerçekleştirilmiştir. Bazı kültürlerde ise, savaşlarda esir düşen askerler hadım edilirdi.

Tarihte, hadım yerine “enük” kavramı kullanılırdı. İlk kasıtlı enük hareketi, Lagasch şehrindeki Sümerliler tarafından gerçekleştirilmiştir. Hadım yöntemi, değişik kültürlerde değişik amaçlarla kullanılmışlardır. Örneğin, İtalya’da tiz sesli şarkıcıların ergenlik sonrası, seslerinin korunması amacıyla ergenlik öncesi hadım edilirdi.

<sup>1</sup> TDK. Sözlüğü, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr). 01.04.2010. Hadım etme, kısırlaştırmadan farklıdır. Hadım etmede bu fiile maruz kalan kişi, bir daha cinsel ilişkiye girememektedir. Ancak kısırlaştırmada, cinsel yetiler devam etmektedir.

<sup>2</sup> Akbaba, Zeynep Burcu, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu” TBB Dergisi, 2009, 353.

<sup>3</sup> Cin, Onursal, “İnsan Üzerinde Deney ve Organ Nakli”, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/147.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/147.doc) 01.04.2010.

<sup>4</sup> [www.targethealth.com/ontarget/2003/07272003.htm](http://www.targethealth.com/ontarget/2003/07272003.htm). 01.04.2010.

## **Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**

Büyük dinlerde de hadım etme, özellikle yasaklanmıştır. Tevrat ve Kuran-ı Kerimde hadım etme kesinlikle yasaklanmıştır. Bu konuda, Tevratın 3. Kitabında, özellikle enükler hor görülmektedir veya genital kusurluluğu bulunan erkekler ruhban sınıfına da dışlanmaktadır. Kuran-ı Kerimde de, Nisa suresinin 119. ayetinde, “*Onları mutlaka saptıracağım, mutlaka onları kuruntulara sokacağım ve onlara emredeceğim de (putlara adak için) hayvanların kullaklarını yaracaklar. Yine onlara emredeceğim de Allah’ın yarattığını değiştirecekler. Kim Allah’ı bırakıp da şeytani dost edinirse, şüphesiz o apaçık bir hüsrana düşmüştür*”. Osmanlı şeyhülislamı hadım etme ile ilgili verdikleri bütün fetvalarda bu ayete dayanmışlardır<sup>5</sup>.

Osmanlı devlet adamları, padişahlar, paşalar insanların hadım edilmesi için hiçbir zaman emir vermemişlerdir. Ancak Afrika’da, Mısır’da bir şekilde elde edilen hadım edilmiş köleleri kendi evlerinde ve saraylarında istihdam etmişlerdir. İslama göre haram olan hadım etme fiili, mekruh hale gelmiştir<sup>6</sup>. Osmanlıda harem sisteminde, görevlendirilen hadım hizmetçiler, Haremın antresinin dışında serbestçe dolaştırılmamışlardır. Asıl hareme ancak izinle ve ailenin nezareti altında alınmışlardır. Nitekim asıl haremın kapısının başında daha evvel belirttiğimiz Nisa suresi 119. ayeti yazılmıştır. Bu konuyu teyit etmesi açısından IV. Mehmed’in annesi Kösem Sultanın emri manidardır<sup>7</sup>.

İnsanların zorla hadım edilmeleri daha çok savaş dönemlerinde olmuştur. Bizans İmparatorluğu döneminde hadım işlemi, erkek genital bölgenin tümünün alınmasını içermekte idi. Bu tür operasyonlar kanama hatta ölüme neden olmaktadır. Çin’de de benzer uygulamalar genellikle erkeklerle yapılmakta

<sup>5</sup> www.sorularlaislamiyet.com/subpage.php?s=show\_qna&id=20781 01.04.2010. Bu ayeti kerimeyi değerlendiren İslam hukukçuları, “ hadımlık konusunda; İnsanın hadım edilmesi haramdır.; ancak bir menfaat ve maslahat için olursa insanlar dışındaki canlıların mesela atın ve öküzün hadım edilmesi, caiz olur. Hatta İslam Hukukçuları ve Osmanlı Şeyhülislamı, hadım fiilini teşvik edeceğinden dolayı, başakları tarafından hadım edilmiş insanların istihdamının dahi mekruh olduğunu ifade etmişlerdir. Mekruh ile haram arasındaki fark malumdur” **Haskefi, Dürr’ül Münteka Şerh’ül Mülteka, II 553 (Damad Şerhî kenarında); Damad , Mecma’ül Enhür, II, s. 553.**

<sup>6</sup> www.sorularlaislamiyet.com/subpage.php?s=show\_qna&id=20781 01.04.2010.

<sup>7</sup> “*Badel yevm kendü halinize olasız. Gerek harem umuruna ve gerek taşra umuruna karışmayasız. Cümmeniz Azadsız kölesiz. Ancak harem kapısı oturmaktan gayrı işiniz yoktur. Size tayin olunan harem kapısı önünde olan odalardır. Eğer harem kapısından içeri bir adım duhulünüz tezkire irsal eylediğiniz mesmu’um olur ise, bila eman vela te’hir katl olunursunuz. Eğer umur-ı mühime olub tarafımıza bildirmek iktiza eder ise, bir tezkire ile Kethüda Kadına ifade edesiz. Ol dahi bize ifade eder” Derviş Abdullah, Risale-i Teberdariyye Fi Ahval-i Ağay-ı Darüs-sa’ade, Köprülü Küt. No. 233, Vrk. 59.*

idi<sup>8</sup>. Çin’de ayrıca hadım etme operasyonları, cüzzam, gut ve deri hastalıkları için de yapılırdı<sup>9</sup>.

## **II. HADIM ETMENİN TANIMI, HADIM ETMENİN SEBEPLERİ VE ÇEŞİTLERİ**

### **A. HADIM ETME**

Hadım etmenin hem hukuki hem de tıbbî yönü bulunmaktadır. Hadım etme tıbbî olarak, “ anormal cinsel ilişkilerin önüne geçilmesi amacıyla erkeklerin, erkeklik fonksiyonlarının sona erdirilmesi veya devamlı surette erkek cinsel organlarının fonksiyonlarının devre dışı bırakılmasıdır”<sup>10</sup>. Hadım etme, doğrudan insan kişiliğine karşı bir müdahaledir. Çünkü yapılan müdahale ile kişinin hem vücut bütünlüğü hem de cinsel yaşamı tehlikeye girmektedir<sup>11</sup>. Hadım etme yöntemi, nadirde olsa kadınlarda da uygulanabilir. Kadınların geçirdikleri ağır rahim hastalıkları ve rahim kanseri durumlarında, kadınların yumurtalıkları cerrahi bir operasyonla alınabilir.

### **B. HADIM ETME SEBEPLERİ**

#### **1. Genel Olarak**

Hadım etme, tıbbî sebeplerle ve ceza hukukuna ilişkin sebeplere dayanılarak yapılabilir. Tıbbî sebeplere dayanılarak yapıldığında, kadınlarda veya erkeklerde, yumurtalıklarda ve testislerde mevcut olan ağır bir hastalığın tedavisi veya ızdırabın giderilmesi amacıyla yapılır. Erkeklerde yaygın olanı kötü

<sup>8</sup> Çin’de de imparatorluk dönemlerinde, bir erkeğin hadım edilmesi tüm genital bölgenin alınması ile gerçekleşmekte idi. Buna testisler, penis ve testis kılıfları da dâhildi. Bu organların alınması sonucu kişi şayet ölürsse alınan organlar ile gömülürdü. Çünkü ölümden sora kişi başka bir hayata döneceğine inanılırdı. Yeni hayatında kişi tam bir erkek olarak doğacağına inanılırdı. Mandarin’in hükümdar olduğu dönemde, bir erkekten alınan penis, testisler ve testis kılıfları değerli nesnelere kabul edilmekteydi. Bu sebeple söz konusu organlar alkolün içinde saklanır veya hadım edilmiş ancak ölmemiş olan diğer bir enük tarafından saklanırdı, **Wolf, Ch** “Die Kastration bei seuellen perversionen und sittlichkeitsverbrechen des mannes”, **9; Uluçay, Çağatay**; Harem II, s. 129.

<sup>9</sup> **Wolf**, s. 9.

<sup>10</sup> **Sommer/Tsambikakis**, Die strafrechtliche Arzthaftung, Terbille Münchener Medizinrecht, 1. Auflage 2009, Pn. 200; **Uhlenbruck, W/Ulsenheimer, K**, Die Kastration, in: LAufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage 2002, **PN. 1; Jung, Heike**; Stereotaktik und Kastrationsgesetz, NJW 1973, 2241, 2242.

<sup>11</sup> **Laufs**, in: **Laufs, A/ Katzenmeier, Christian / Lipp, Volker**, Arztrecht, 6. Auflage 2009, Pn. 20.

## *Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*

huyulu prostat tümörlerinde operasyonla testislerin alınması yöntemi uygulanır. Kadınlarda ise, rahim kanserlerinde ve endokrin fonksiyonlarının zararsız hale getirilebilmesi için rahmin alınması yöntemi uygulanır. Tıbbî yöntemlerle yapılan hadım etme operasyonları, genel olarak hekimin temel iyileştirme metotlarına tabidir. Bu tür operasyonlarda tıp ilmine ait kurallara riayet edilir<sup>12</sup>.

### **2. Tıbbî Sebepler**

Ülkemizde hali hazırda bir hadım etme ile ilgili kanun bulunmamaktadır. Alman Kanun koyucu ise gönüllü hadım etme işlemi; erkeklerde gerçekleşen anormal cinsel güdülerin önlenmesi ve erkek ve kadınlarda cinsel organların yeterince etkin olarak çalışmadığı hallerde, diğer tedavi metodu olarak öngörmüştür (KG. 1,4).

Zorunlu hadım etme ise, temel hak ve özgürlüklerden olan insan haysiyeti ve vücut bütünlüğü kurallarına aykırıdır. Bundan dolayıdır ki, zorunlu hadım etme hukuka aykırıdır. Bu nedenden dolayıdır ki, Alman Hukukunda da zorunlu hadım etme yasaklanmıştır.

Tıbbi sebeplerle yapılan hadım etme işlemi, ilgili kişinin anormal cinsel güdülerini bağlamında bu arzu ve isteklerin sebep olduğu ağır hastalıkları ve ruhsal bozuklukları engellemek, tedavi etmek, onların ıstırabını en aza indirmek amacıyla yapılır<sup>13</sup>.

Almanca Kanun metninde, yer verilen anormal cinsel istekler ve ağır hastalıkların kapsamı geniş tutulmuştur. Buraya, erkeklerde görülen ağır prostat vakaları dahil olabileceği gibi cinsiyet değişikliğini içeren Transseksüaliteye geçiş içinde hadım etme yolu seçilebilmektedir. Transseksüeller için yapılan ameliyatlarda, ilgili kişilerin içinde buldukları cinsiyet karmaşasını çözmek amacıyla hadım etme yoluna başvurulmaktadır.

Alman Kastrasyon Kanunu m. II/2'e göre tıbbi sebeplerle yapılacak hadım etme müdahalesinin hukuka uygun olabilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; a) Hadım edilecek kişinin 25 yaşını doldurmuş ol-

<sup>12</sup> Uhlenbruck/Ulsenheimer, Pn. 3; Narr, Pn. 830; Brenner, Arzt und Recht, B. II 22,3 s.131.

<sup>13</sup> Uhlenbruck/Ulsenheimer, Pn. 4a; Aschwanden, Ralph U. Kastration, SZK 2009 (2) s. 21; Koller, Matthias, triebdaempfende Medikation zwischen Rückfallprophylaxe und Körperverletzung, R&P (2008) 26, s. 191; Wolf, s. 16.

ması b) Tıbbi sebeplerin bulunması c) Hadım etme fiiliyle ruhsal ve bedensel bozuklukların giderilmesi öngörülmüş olmalı, d) İlgili kişinin rızasının olması gerekir.

Tıbbi sebeplerle yapılacak hadım etme işleminde, özel bir yaş sınır kabul edilmiştir. Burada genel rüşt yaşından ayrılanarak özel bir yaş sınırı getirmenin en büyük sebebi hadım etme işleminin doğuracağı sonuçlara bağlanmaktadır. Hadım etme işleminden evvel işlemi yapacak olan hekimin veya birden fazla hekim bulunuyorsa hekimlerin ilgili kişiye gerekli aydınlatmada bulunması gerekir<sup>14</sup>. Eğer hadım edilecek kişi, akli melekelerinden yoksun bir kişi ise bu durumda aydınlatılacak kimse ilgilinin veli ya da vasisidir. Söz konusu kişiler uygulanacak işlemin türü ve yan etkileri hakkında aydınlatılırlar. Ancak Alman Kastrasyon Kanununa göre, veli veya vasinin vereceği rızanın ayrıca Vesayet Mahkemesi tarafından da uygun bulunması gerekir. Aksi takdirde gerçekleştirilen işlem hukuka aykırı olur.

Türk hukukunda hadım etme ile ilgili doğrudan bir kanun bulunmamaktadır. Ancak, dolaylı olarak Türk Ceza Kanununda ve Nüfus Planlaması Kanununda düzenleme bulunmaktadır. Ceza Kanununun 101/I,II'de, “ **Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştırın kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fül kısırlaştırma işlemi yapmaya yetkili olmayan bir kimse tarafından yapılmış ise, ceza üçte bir oranında artırılır**”

“**Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir**” düzenlemelerine yer verilmiştir. Buradan çıkan sonuç kişinin rızası olduğu ve hadım etme işlemi gerçekleştirecek kişinin de yetkili kişi olması halinde, hadım etme olayı Ceza Hukuku anlamında geçerlidir<sup>15</sup>.

Hadım etme konusu Türk Hukukunda Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda da dolaylı da olsa düzenlenmiştir. Buna göre, “.....Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyon gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir” (NPHK.m. 4) düzenlemesi yer almıştır. Burada hadım etme olayının olabilmesi ancak bir ameliyat sırasında ve tıbbi zaruret gerektiren haller-

<sup>14</sup> Uhlenbruck/Ulsenheimer, pn. 4a; PKG 1977 s. 172, www.swisslex.ch/slwl/search/Document.asp?DocService=Search&PlsID=8974, UT. 02.04.2010; Sommer/Tsambikakis, PN. 202.

<sup>15</sup> Akbaba, s. 344.



### *Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*

de ilgilinin rızası alınmadan gerçekleşme hali düzenlenmiştir<sup>16</sup>. Belirtilen şartlar oluştuğunda ilgili kişiye sorulmadan hadım etme işlemi gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Burada, kişinin Anayasal anlamda korunan vücut bütünlüğünün ihlali (m.17), özel hayatın korunması içerisinde yer alan cinsel özgürlüğünün kısıtlanması ve aile hayatının ortadan kaldırılması gibi ağır sonuçlara yol açacağından, ilgili kişinin bu konuda etraflıca yetkili bir kişi tarafından aydınlatılması gerekir<sup>17</sup>. Bu unsurların aranmaması ileride telafisi mümkün olmayan sorunlara sebep olabilir.

Kişilerin belirli hastalıklarının tedavisi amacıyla kadın veya erkeğin hadım edilmesi zorunluluğu ortaya çıkabilir<sup>18</sup>. Bu durumların Türk Hukukunda özel olarak düzenlenmemiş olması aslında bir eksikliklerdir. Hadım etme ile ilgili mevcut düzenlemelerde, genel olarak rızadan bahsedilmiş ancak rıza veremeyecek durumda olan kişilerin durumuna değinilmemiştir. Ancak bu konuda, Ceza Kanunu'nun insan üzerinde yapılacak denemeleri düzenleyen 90/III/a-b'de, ".....vasinin yazılı rızasının alınması" öngörülmektedir<sup>19</sup>. Ayrıca, Hasta Hakları Yönetmeliği 15/II'de genel olarak aydınlatılacak kişi hakkında genel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, "Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir...." şeklindedir. Buna göre, hadım etme işlemi ile ilgili bilgi verme işlemi hadım edilecek kişinin tam ehliyetli olması halinde kanuni temsilcisine yapılır. Bu tür özel düzenlemeler olmasa bile Türk Medeni Kanununun tam ehliyetlilerin durumunu düzenleyen m. 14-15 ve 405'e başvurularak sonuca ulaşılabilir.

### **3. Cezai Sebepler**

Günümüzde bazı ülkelerde (Almanya, İsviçre, Fransa, Çekoslovakya, Danimarka ve İngiltere) cinsel sapkınlıkların ve küçük yaşta çocuklara karşı ger-

<sup>16</sup> Zevkiler, Aydın, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", DÜHFD., Y. 1983, S.1, s. 29; Yurtcan, Erdener; Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, Yasal Kürtaj ve Sterilizasyon, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları, 2. Bası, İstanbul 1997, s. 57.

<sup>17</sup> Çakmut, Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 126.

<sup>18</sup> Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 27; Çilingiroğlu, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, s. 28.

<sup>19</sup> Bayraktar, Köksal, Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Marmara Üniversitesi 17.11.2006, s. 102.

çekleştirilen tecavüz ve cinsel istismar suçlarının önüne geçilmesi amacıyla ceza kanunlarında hadım etme fiili kabul edilmektedir. Örneğin en yenilerden biri Fransa’da küçük bir çocuğa eski bir mahkûmun tecavüzü durumunda, Fransız parlamentosu hadım etme fiilinin gerekli olduğunu bir kez daha gündemlerine almışlardır<sup>20</sup>. Çekoslovakya’da da cinsel suçlulara karşı hadım etme fiili aktif olarak uygulanmaktadır<sup>21</sup>. Hadım etmeyi cezai yaptırım olarak en yeni tanıyan ülkelerden biri de Polonyadır<sup>22</sup>.

Alman Ceza Kanununa göre de, anormal cinsel isteklere sahip olanlara karşı toplumun korunması amacıyla cezai olarak hadım etme fiiline başvurulmaktadır<sup>23</sup>. Ancak, bunun için gerekli olan bazı şartlar bulunmaktadır. Örneğin, hadım edilecek şahsın 25 yaşını doldurmuş olması, yapılacak hadım etme fiilinin ilgili kişinin muzdarip olduğu aşırı cinsel isteklerin durdurulması, bu durumdan kaynaklanan ıstırapın sona erdirilmesi için öngörülür. Bu durumun tıbben de bir sorun teşkil etmesi gerekir. Hadım edilecek kişinin rızasının da olması aranır<sup>24</sup>. Rızası alınmadan yapılan zorunlu hadım etme işlemleri, Alman Ceza Kanununun 223 ve 226. Paragraflarında cezalandırılacağı belirtilmiştir<sup>25</sup>. Nihayet, uygulanacak hadım etme işlemi ile ancak ilgili cinsel sapıklığın önlenebilecek olmasıdır<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Akbaba, s. 378.

<sup>21</sup> BBC’de yer alan habere göre Çek Cumhuriyeti ise, son on yıl içinde, 94 erkeğin ameliyatla hadım edildiğini ve bunun yasalar çerçevesinde gerçekleştirildiğini kaydetti. Çek hükümetinin açıklamasına göre, 300 erkek de, kimyasal yollarla, yani erkek hormonlarının üremesini engelleyen ilaçlar zerk edilerek hadım edildi (www. http://www.haber46.com.tr/-haber-3014-cek-Cumhuriyet-inde-tecavuze-hadim-etme-onlemi-haberi.htm).

<sup>22</sup> “Geçtiğimiz Eylül ayında Polonya parlamentosundan geçen yasa, 15 yaşın altındaki çocuklara ya da yakın akrabalarına tecavüz eden erkeklerin kimyasal ilaçla hadım edilmesini zorunlu kılıyor. Yasanın yürürlüğe girmesiyle Polonya, Avrupa’da pedofiliye karşı en sert yasayı çıkaran ülke olmuş oldu. Hadım etme uygulaması birçok Avrupa ülkesinde “gönüllülük” şartıyla uygulanıyor. Polonya Başbakanı Donald Tusk, söz konusu sert önlemleri geçtiğimiz sene içinde kamuoyunda iyi tanınan kişileri de kapsayan çok sayıda pedofili vakasının görülmesinin ardından önermişti. Yasaya göre, mahkûmlara, mahkemenin psikoterapik tedavinin sonuç vermeyeceğine karar vermesi halinde, zorunlu olarak ilaç verilecek. Bu sayede cinsel dürtüleri azaltılacak mahkûmlar ancak bu şartla tahliye edilecek. Polonya’da yürürlüğe giren bu yasanın Avrupa’daki diğer hükümetlerin de bu konudaki tutumunu etkileyebileceği belirtiliyor” naklen;www.hurriyet.com.tr, UT: 09.06.2010.

<sup>23</sup> Eser, Albin: in; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch 27. Auflage 2006, §223, Pn. 56; Wolf, 17,18, 269; Jung, Heike, Stereotaktik und Kastrationsgesetz, NJW 1973, Heft 50, 2242.

<sup>24</sup> PKG 1977, s. 180; Koller, 193;Deutsch&Spickhoff, Medizinrecht, 8. Auflage Berlin 2008, Pn. 957, 1288.

<sup>25</sup> Schönke/Schröder/Eser, §223, pn. 56; Koller, s. 192.

<sup>26</sup> Sommer/Tsambikakis, PN. 200; Uhlenbruck/Ulsenheimer, pn. 7, 8,9; LG Trier, NJW

## ***Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü***

Türk ceza hukukunda cezalandırmaya yönelik hadım etme işlemi öngörülmemiştir. Ancak son dönemlerde meydana gelen küçüklere, kadınlara ve akıl hastalıklarına yönelik cinsel istismarın artması olayları karşısında Türk hukukunda da hadım etme işleminin olması suçluları caydırma açısından önemli bir yere sahip olacaktır. Örneğin, bu konuda Çekoslovakya’da yapılan bir araştırmada cinsel suçlulara karşı yapılan hadım etme işlemlerinden sonra bu suçu işleyenlerin sadece %2 sinin tekrar aynı suçu işlediği görülmüştür<sup>27</sup>.

### **C. HADIMLAŞTIRMA TÜRLERİ**

#### **1. Genel Olarak**

Hadım etme birçok ülke ve dinde uzun zaman öncesine dayanan bir geçmiş sahiptir. Hadım etme genel kelime anlamı olarak, hislerin kaybıdır. Tarihi geçmişinde çeşitli sebeplere dayanılarak erkek cinsine karşı gerçekleştirilmiştir. Hadım etmenin temelinde tıbbi ve cerrahi tedaviler yer aldığı gibi dinsel kültürel sebeplerde yer almıştır. Hatta günümüzde, hadım etme işlemi cinsel sapıklıkların yol açtığı suçların önlenmesi için kullanılma yoluna gidilmektedir<sup>28</sup>.

Hadım etme işlemi her ne sebebe dayanırsa dayansın yapılaş itibariyle cerrahi ve kimyasal hadım olarak ikiye ayrılmaktadır. Geçmişte daha çok cerrahi hadıma başvurulurken günümüzde kimyasal ilaçlar yardımıyla hadım etme işlemi gerçekleştirilmektedir.

#### **2. Cerrahi Hadımlaştırma**

Cerrahi hadım veya orşiektomi olarak adlandırılan söz konusu bu yöntem, testislerin ameliyat ile alınmasını ifade eder<sup>29</sup>. Cerrahi hadım sisteminde vücutta testosteron üreten hayâların (er bezi, testisler) tamamıyla vücuttan uzaklaştırılması veya sürekli olarak hayâların hormon üretme kabiliyetine son verilmesidir<sup>30</sup>. Cerrahi hadımda, iktidarsızlık, sıcaklık basması yan etkiler doğurur<sup>31</sup>. Testosteron üretiminin azalması ile cinsel ilişki ihtiyacı, cinsel fantezi-

---

1980, 1908.

<sup>27</sup> Akbaba, s. 375.

<sup>28</sup> Aschwanden, 21.

<sup>29</sup> Aschwanden, 21, 26; Akbaba, 359.

<sup>30</sup> Uhlenbruck/Ulsenheimer, pn. 1; Aschwanden, 26.

<sup>31</sup> www.tr.net/saglik/erkek\_sagligi\_prostat\_tedavisi.shtml. UT. 12.04.2010

ler ve agresif davranışlar hâkim olma düşüncesi azalır hatta ortadan kalkar<sup>32</sup>.

Çekoslavya'da 1990 yılında gönüllü denekler üzerinde yapılan cerrahi hadım etme işleminde hormon ve davranış değişimi için yapılan araştırmada varılan sonuçta; Testosteron ve Dihidrotestosteron (DHT) düzeyinde önemli bir düşüş olduğu gibi Testosteronun negatif reaksiyon eksikliğinden doğan Hypopsenhormone LH ve FSH hormonunda önemli bir şekilde yükselme olmuştur. Buda cinsel uyarılma ve cinsel ilişkiyi çok az seviyede tuttuğu gözlenmiştir. Bu tür yapılan hadım etme işleminde de, hadım edilen kişide herhangi bir hoşnutsuzluk ve memnuniyetsizlik de görülmemiştir<sup>33</sup>.

Almanya'da da Wille&Beier tarafından 1986 yılında 104 gönüllü suçlu üzerinde bir araştırma yapılmıştır. Söz konusu suçluların 53 tanesi 1970 ve 1980 yılları arasında aynı dönemde hadım edilen suçlular ile hadım edilmeyen diğerleri karşılaştırılmıştır. Bunlardan hadım edilenlerde suç işleme oranı %3, edilmeyenlerde ise %46 tekrarlandığı gözlemlenmiştir<sup>34</sup>. Ayrıca hadım edilenlerde sosyal hayata uyum %70 diğerlerine göre daha iyi olduğu görülmüştür<sup>35</sup>.

Cerrahi hadım yöntemini savunan gruplar, cerrahi hadımın minimal düzeyde organizmayı etkilediğini belirtmektedirler. Hadım etme ameliyatı çok önemli bir ameliyat değildir. Ayrıca, cerrahi hadımın en önemli avantajı diğer cezalardan farklı olarak süreklilik arz eden bir niteliğinin olmamasıdır. Cerrahi hadım, bir erkeğin cinsel faaliyetini ortadan kaldırmak için faydacı ve öjenik<sup>36</sup> ve cezai bir amaç taşımaktadır. Tecavüzcülere yönelik yasal hadım etme uygulaması beş Avrupa ülkesinde uygulanmaktadır. Bunlar, Danimarka, Almanya, Norveç, İsveç ve İsviçre'dir. Ülkemiz uygulamasında henüz bağımsız olarak düzenlenmemiştir.

### **3. Kimyasal Hadımlaştırma**

Yaklaşık yarım yüzyıldan beri cinsel sapkınlıkları olan suçlular, cerrahi hadım etme yönteminden ayrı olarak kimyasal hadım etme yöntemiyle teda-

<sup>32</sup> **Aschwenden**, s. 26.

<sup>33</sup> **Zverina J, Hampl R., Starka L**, Hormonal status and sexual behavior of 16 men after surgical castration, Arch It Urol, 1990, s. 55,58.

<sup>34</sup> **Akbaba**, s. 360; **Wille R.&Beier K. M.**; Castration in Germany, Annals of Sex Research 2, 1989, s. 103-133.

<sup>35</sup> **Wille&Beier**, s. 103-133.

<sup>36</sup> Öjenik, kişinin kalıtsal özelliklerini düzeltmek ve en üst düzeye çıkarmaya yönelik düşünce ve uygulamalardır.

## *Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*

vi edilmektedirler. Özellikle de bu durum son on beş yıldan beri çokça tercih edilmektedir<sup>37</sup>. Kimyasal hadım uygulaması aslında insan vücuduna yapılan bir müdahaledir. Çünkü kullanılacak ilaçlar kişinin vücut zenginliğini, bütünlüğünü ve sağlığına zarar verir niteliktedirler<sup>38</sup>. Çünkü testosteron üretimine müdahale aslında vücut bütünlüğüne bir ihlali niteliğindedir. Uygulanan tedavi vücudun normal akışını ortadan kaldırmaktadır ve patolojik olarak bozmaktadır<sup>39</sup>.

Testislerin Testosteron üretimi ameliyat yapılmaksızın da durdurulabilir. Bu tür hadım cerrahi hadım kadar etkilidir. Hadım etme işlemi gerçekleştirilirken kişiye belirli ilaçlar verilir. İlaç yardımıyla cinsel içgüdüyü oluşturan lipido, cinsel potansiyel ve çiftleşme yeteneğinin durdurulması mümkündür<sup>40</sup>. Medroxyprogesteronacetat (MPA) ticari adı ile Depo-Provera altmışlı yıllardan beri Amerika ve Avustralya'da erkeklerde cinsel aşırılık içgüdüsunü önlemek için kullanılmaktadır. Ancak kullanımı hala Ulusal Yiyecek ve İlaç Dairesinin iznine bağlıdır<sup>41</sup>. MPA içinde bulundurduğu sentetik progesteron sayesinde negatif Hypophyse (LH ve FSH) engeller ve hayâlarda testosteron hormonunun üretimini yavaşlatır. Haftada 500-100 gram arası Depo-Provera alımı hayâlardaki testosteron salgısını tamamen bitirmektedir<sup>42</sup>. MPA kas altına yapılacak 1-2 haftalık 300-500 mg doz ile de mümkün olmaktadır. Bazı hastalarda daha az doz miktarı da etkili olmaktadır. İğne ile alımın yanı sıra, günlük 100-200 mg'lık tablet alımı da aynı sonucu doğurmaktadır. Ancak bu kullanım kişilerde bağırsak problemlerine de yol açabilmektedir<sup>43</sup>. MPA değişik çeşitleri olan Parafili'nin<sup>44</sup> tedavisinde, özellikle aşırı cinsel isteklerin ve

<sup>37</sup> **Koller, Matthias**, "Triebdaempfernde Medikation zwischen Rückfallprophylaxe und Körperverletzung", **R&P (2008)**, s. 187.

<sup>38</sup> **Fischer, T**, Strafgesetzbuch 55. Auflage, München 2008, § 223, Pn. 3a ve 6m.

<sup>39</sup> **Lackner, K & Kühl, K**, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München 2007, § 223, pn. 5.

<sup>40</sup> **Riemer, Hans, Michael**, "Eine neuartige Behandlungsmöglichkeit bei Sexualdelinquenten und Ihre juristischen Konsequenzen", **SJZ**, 1960, s. 69.

<sup>41</sup> **Aschwanden**, s. 24.

<sup>42</sup> **Gijs, L & Gooren, L.J. G**, Hormonal and psychopharmacological Interventions in the treatment of Paraphilia, **Journal of Sex Research**, 33, 1996, s. 273.

<sup>43</sup> **Rötzler, A., Witzum, E.**, Treatment of men with paraphilia with a long-acting analogue of gonadotropinreleasing hormone, **New England Journal of Medicine**, 338(7), 1998, s. 416.

<sup>44</sup> Yetişkinlikte görülen cinsel davranış sapmaları, çocuğun Oidipal dönemde karşılaştığı sorunlarla da yakından alakalıdır. Cinsel Davranış Sapmalarının, yani Parafili'nin, birçok psikolog veya psikiyatriste göre farklı sebepleri ve kökenleri vardır. Freud'a göre erken çocukluk yıllarında cinsellikte ortaya çıkan bazı problemler, yetişkinlik döneminde kendini göstererek o

tecavüzün kontrolünde kullanılmaktadır. Uygulanan MPA sonucu testosteron seviyesindeki azalma ile erkeklerde cinsel isteklerde azalacaktır. Bu sistem kadınlarda kullanıldığında aynı şekilde onların cinsel isteklerini de azaltmakta hatta sıklıkla gördükleri erotik fantezilerinden de kurtulabilmektedirler<sup>45</sup>.

Türkiye’de kimyasal hadım etmede kullanılan ilaçlar, Zoladex, Lucrin ve Decapeptyl’dir. Ayda bir kez enjeksiyon yöntemi ile uygulanırlar. Sıcak basması, iktidarsızlık, memede büyüme ve hassasiyet, cinsel isteğin azalması, üreme kabiliyetinde azalma, osteoporoz (kemik erimesi), karaciğer fonksiyonlarında bozukluk, aşırı depresif hareketler ve bulantı gibi yan etkileri bulunmaktadır<sup>46</sup>. MPA kullanımında diğer yan etkiler ise, gece kâbusları, kaslarda zayıflık ve aşırı bitkinlik görülebilmektedir. MPA’nın uzun kullanımı sonucu testislerin küçülmesi, körelmesi, insülin yetmezliği baş ağrısı nefes darlığı görülebilir. Bunlardan en önemlisi, uzun kullanımlarda yapılan deneyler göstermiştir ki, rahim ve meme kanseri riski artmıştır<sup>47</sup>.

Hormon üremesini durduran ilaçlardan bir diğeri ise, LHRH analoglarıdır. Bu tür ilaçlar 1971 yılında keşfedilmiştir. İsviçre’de ise, 1971 yılında ilk kez erkeklerde prostat problemlerde kadınlarda ise, Endometriosis ve Uterusmus tedavilerinde kullanılmıştır. Ayrıca söz konusu ilaçlar, erken buluğa erme ve diğer farklılık arz eden hormonal hastalıkların tedavisinde kullanılmışlardır. Bu tür ilaçlar, ilk başlarda off-label-use<sup>48</sup> olarak kullanılırken daha sonra Almanya’da ağır cinsel sapkınlıkların tedavisinde kullanılmasıyla bu ilaçlar da ruhsatlı hale gelmişlerdir<sup>49</sup>.

yıllara doğru bir gerilemeye yol açar ve bu tarz sapmalar görülür. Kimi psikologlara göre ise, bireyselliklerine kavuşamamış ve otoriter anne imgesinden kurtulamamış kişiler, kimliklerini sürdürmemeye korkusunu yenmek ve kafalarındaki imgelere karşı bir zafer kazanmak için, bir ilaçoşmasına bu sapmalara yönelirler. Cinsel sapmalar arasında Sadizm ve Mazozizm de yer alır(<http://www.bakimliyiz.com/psikoloji/16777-parafili-nedir.html>) UT. 23.04.2010.

<sup>45</sup> **Ruckel, Jason O.**, “Abuse It and Lose It: A Look at California’s MAndatory Chemical Castration Law”, Pacific Law Journal, Vol. 28, 1997, s. 558.

<sup>46</sup> **Koller**, 199; **Lackner&Kühl** § 226, Pn. 2.;**PKG 29 Juni 1977 Bk 48/76 (GR)**, 180, [www.swisslex.ch/slw/search/Dokument.asp?DocService=Search&PlsID=8974](http://www.swisslex.ch/slw/search/Dokument.asp?DocService=Search&PlsID=8974), UT. 02.04.2010.

<sup>47</sup> [www.tr.net/aglik/erkek\\_sagliği\\_prostat\\_tedavisi.html](http://www.tr.net/aglik/erkek_sagliği_prostat_tedavisi.html). (UT. 20.04.2010).

<sup>48</sup> “Off-Label ilaç kullanım, belirli bir endikasyon için üretilmiş oln belirli bir ticari biçimdeki ilacın her hangi bir başka endikasyon için ve henüz tanımlanmamış farklı şekil, kombinasyon, miktar ve yollarla kullanmak anlamına gelmektedir” (**Arda, B/Kavas, V/ Demirkazık, A/ Akbulut, A.**, “Off Label İlaç Kullanımı Üzerine etik Açından Neler Söylebiliriz?” Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuku Tarihi, 2003, s. 249.

<sup>49</sup> **Aschwanden**, s. 25.

## ***Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü***

LHRH Analogları uzun ömürlüdürler ve uygulandıklarında sıkı bir şekilde iktibas edebilirler<sup>50</sup>. Sürekli bir şekilde LHRH Analogları kana karıştıktlarında, öncelikle tamamen beyinde cinsel istekleri karşılayan LH ve FSH'yı etkilerler. Bu durum sonrası bir iki hafta içerisinde LH ve FSH hormonlarının üretimi azalır ve hayâlarda testosteron üretimi artık aktif hale gelemmez. LHRH Analogları, deri altına şırınga sistemi ile de gerçekleştirilebilmektedir. Bu ilaçlar günümüzde testosteron seviyesini en etkin şekilde düşüren ve yan etkiler açısından diğer Antiandrojen uygulamasıyla karşılaştırıldığında en etkili ilaçlardır<sup>51</sup>.

### **III. HADİM ETME TIBBÎ İŞLEMİNDE HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

#### **A) GENEL OLARAK**

Hekimlik mesleği tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de insanlar tarafından en çok değer verilen mesleklerden hala en başında gelenlerindedir. Hekimlerin en önemli yükümlülükleri şüphesiz, hastalarını teşhis ve tedavi etmektir. Ancak bu edimlerini icra ederlerken elde ettikleri hastaya ilişkin bilgileri saklamakla yükümlüdürler<sup>52</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişisel verilerin özellikle tıbbî verilerin korunmasını, Sözleşmenin 8. maddesinde garanti edilen, kişinin özel ve aile yaşamına saygı hakkının kullanılabilmesi bakımından önemini vurgulamakta, sözleşmeye taraf ülkelerin yasal düzenlemelerinde sağlık kayıtlarının gizliliğini sağlamasının temel prensip olduğuna da dikkat çekmektedir. Mahkeme, önemli olanın sadece hastanın gizliliğine saygı değil aynı zamanda tıbbi görevlilere ve sağlık hizmetine duyulan güveninde korunması olduğunu belirtmektedir<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Conn, M & Crowley, W.F.Jr. Gonadotropin –releasing hormone and its analogues, New England Journal of Medicine, 324, 1991, s. 93.

<sup>51</sup> Rösler&Witztum, s.417.

<sup>52</sup> Zeytin, Zafer, “ Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, [www. medimagazin.com.tr/mm-hekimin-sir-saklama-yukumlulugu-h-40136.html](http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-sir-saklama-yukumlulugu-h-40136.html), UT. 01.05.2010.; Büyükay, Yusuf, “ Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, 384; Hatırnaz, Gültezer, “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları”, Ankara 2007, s. 77.

<sup>53</sup> Case of M.S. v. Schweden (74/1996/ 693/ 885), parag. 41; Case of Z v. Finland, Strasbourg, 25 February 1997, ( 9/1996/627/811), parag. 95.



Hastalar, hekimlerin kendilerini tedavi etmeleri edimine karşın onlara güvenlerinden dolayı çoğu zaman kendisi dışında başkalarının bilmediği kişisel bilgilerini hekimlere herhangi bir tereddüde kapılmaksızın söyleyebilmektedirler.

Tıp mesleği ve sanatı ile uğraşan kişiler, hastanın sağlık durumuna ilişkin işlemlerin yapılması sırasında veya sonrasında hastaya ilişkin bilgilere sahip olurlar. Serbest veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında ifa yardımcısı olarak görev yapan hekimlerle, söz konusu kurum ve kuruluşların işleticileri hastanın teşhis ve tedavisi süresince hastaya ait öğrendikleri sırları gizli tutup üçüncü şahıslara açıklamamakla yükümlüdürler. Sır kavramı, açıklanmamsında, gizli tutulmasında hastanın menfaati bulunan her şeyi kapsar<sup>54</sup>. Bunlara hastanın özel hayatına, vücut özelliğine, hastalığına, maddi durumuna, mesleğine ilişkin bilgiler olabilir<sup>55</sup>.

## **B) SIR KAVRAMI VE MESLEK SIRRI**

Tarafların sır saklama yükümlülüğünü anlatmaya geçmeden önce, sır ve meslek sırrı kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Sır; genel olarak, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve haysiyeti ile diğer menfaatlerine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar olarak tanımlanabilir<sup>56</sup>. Diğer bir ifadeyle, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen hususlara sır denir. Herkesçe bilinen şeyler, sırrın konusu olamaz. Bununla beraber belirli kişiler tarafından bilinen şeyler sırrın konusu olabilir<sup>57</sup>. Şahsiyet haklarından “sır alanı”, şahsın, öteki şahısların görmesini, duymasını, bilmesini istemediği, gizli tuttuğu yaşam alanına başkalarının sızmasını ve gizlerini öğrenmemesini, başkalarına aktarmamaları için korunmasını gerekmektedir<sup>58</sup>. Yargıtay’a göre sır kişi-

<sup>54</sup> **Ayan, Mehmet**, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Ankara 1991, s. 98.

<sup>55</sup> “...kadının çocuk düşürmesi, evli olmayan kadının hamile kalması, intihar, eşcinsellik, evli eşlerden birinin evlilik dışı cinsel ilişkide bulunması, toplumda ayıplanacak veya tiksinti yaratacak verem, AIDS, frengi gibi hastalıkları ruh hekimine anlatan onur ve saygınlıkla ilgili olay ve bilgiler hakkında yapılan açıklamalar sır sayılabilir”, **Aşçıoğlu, Çetin**, “Doktorların Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 48-49.

<sup>56</sup> **Ulsenheimer, Klaus**, in: Handbuch des Arztrechts, 2010, Pn.1-2; **Donay, 4; Karasu, Sinem**, “Hekimin sır saklama Yükümlülüğü”, İstanbul 1999, 44; **Doğan, Cahid**, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, in: Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, 105; **Büyükcay, s. 386**.

<sup>57</sup> **Donay, Süheyl**, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s. 4.

<sup>58</sup> **Güner, Semih**, Sır Saklama Yükümlülüğü, Ankara Barosu Yayını, S. 3, Ankara 2000, s. 312.



## *Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*

sel varlığın bir parçasıdır. “ Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik uğraşlar özgürlüğü, şeref, haysiyet, isim, resim, sırlar *hep kişisel varlıklardır*”<sup>59</sup>. Bir olayın sır alanı teşkil edebilmesi için öncelikle iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar; objektif ve sübjektif şartlardır.

### **1. Objektif Şart**

Objektif şarta göre, bir olayın sır alanına ait olabilmesi için, onun üçüncü kişiler tarafından bilinmemesi gerekir<sup>60</sup>. Öyle ki, kişinin kamuya açık hayatında gizlilik söz konusu olamaz. Çünkü her şey kişilerin önünde cereyan etmektedir.

Üçüncü kişilerden gizlenen olay veya davranış, kişinin maddî veya manevî bütünlüğüne ilişkin olabilir<sup>61</sup>. Örneğin, kişi sağlık problemlerinden dolayı geçirdiği cerrahi hadım etme operasyonunu veya vücudunda mevcut olan bir lekeyi veya eksikliği üçüncü kişilerden saklamış olabilir. Bunun yanı sıra kişi geçmişte yazmış olduğu mektupları<sup>62</sup>, hatıra defterini veya yazmış olduğu e-mailleri, cep telefonu ile gönderdiği veya kendisine ulaşan mesajları üçüncü kişilerin görmesini veya bilmesini istemeyebilir. Bir olay veya davranışın sır olarak kabul edilebilmesi için ayrıca, bilinmeyen bir olay veya davranış olması gerekir<sup>63</sup>. Bundan dolayıdır ki, kişinin iradesi ile veya iradesi dışında sır alanına girilmişse ve bunun sonucu olarak belli bir hayat alanı başkaları tarafından öğrenilmişse, artık bu olay veya davranış sır olmaktan çıkar<sup>64</sup>. Örneğin, Yargıtay içtihadına göre, kişinin, hatıra defterinin, kendi rızası hilâfına okunması ve mahkeme huzurunda açıklanması durumunda, kişinin sır alanı hukuka aykırı olarak ihlâl edilmiş olur.

<sup>59</sup> İpekyüz, Y. F., Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 6, 19 no’lu dipnot’ta; Y. 4.HD., 06.06.1972, 14724/5389.

<sup>60</sup> Riklin, F., Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischen Privatrecht, Diss. Freiburg 1968, s. 197; Giesker, H.: Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphaere, ein Beitrag zur Lehre von den Individualrechten, Zürich 1904, s. 4; Hubmann, H., Das Personenrecht, Köln 1967, s. 236; Brautlacht, J., Schutz der privaten Geheimsphaere, Diss. 1956 Köln. s. 3; Hotz, K. E., Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28, Diss. Zürich 1967, s. 70.

<sup>61</sup> Giesker, s. 5.

<sup>62</sup> Hubmann, s. 237.

<sup>63</sup> Riklin, s. 197.

<sup>64</sup> Riklin, s. 197–198.

## 2. Sübjektif Şart

Sübjektif şart ise, bir olay veya davranışın sır alanına dâhil olabilmesi için, kişinin bu alanda iradesinin olması gerekliliğidir<sup>65</sup>. Kişinin sır saklama iradesi onun beyanlarından ve davranışlarından anlaşılabilir. Kişi, kendisine ait bir konuyu arkadaşına veya güvendiği bir kimseye sır olduğunu ve açıklanmaması gerektiğini belirterek söylese, bu durumda, kişinin sır iradesi kendi beyanlarında ortaya çıkar.

Hekim ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının işleticilerinin mesleklerinin icrası sırasında öğrendikleri, gerek tıbbî, gerek tıbbî olmayan; hastanın kendinden, hısımlarından gerek doğrudan, gerekse dolayısıyla öğrendikleri hususlar da sır olarak kabul edilir<sup>66</sup>. Hekimlik gibi kişinin yaşam alanına giren mesleklerde kişinin gizli ve özel sırları hakkında edinilen bilgilerin “ meslek sırrı” olarak saklanması zorunludur. Aksi takdirde “ sır sahibinin kişilik haklarına” saldırı olacağından sağlık çalışanının cezai ve hukuki sorumluluğu doğar<sup>67</sup>.

## C. MESLEK SIRRI

Meslek sırrı, doğrudan doğruya meslekleri sebebiyle kendilerine tevdi edilmiş veya mesleklerinin icrası sırasında bir sırda vakıf olan kilise mensupları, avukatlar, müdafiler, noterler, borçlar hukuku hükümleri gereği sır saklaması gereken denetçiler, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları mesleki sırda sahiptirler<sup>68</sup>. Sır teşkil eden hususun bir meslek sahibi tarafından, mesleğini icra sırasında öğrenilmesi olarak tanımlanabilir<sup>69</sup>. Meslek, genel olarak kişilerin hayatlarını kazanmak için yaptıkları faaliyet olarak tanımlanmaktadır<sup>70</sup>. Bu nedenle belirli bir meslek icra ettiği kabul edilen tüm kişilere tevdi edilen veya bunların bu mesleklerini icra ettikleri sırda

<sup>65</sup> **Bucher, A.**, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Auflage, Basel/Genf/München 1999, 162; **Riklin**, s. 198; **Schumacher, R.**; Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, insbesondere ihre Widerrechtlichkeit, Diss. Freiburg, 1960, s. 133; **Giesker**, s. 4 vd.; **Hubmann**, s. 236-237.

<sup>66</sup> **Aşçıoğlu**, s. 47; **Langmack**, s. 455.

<sup>67</sup> **Uysal, E.**, Malpraxis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin ve Sağlık Çalışanlarının Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Güncel Gastroentoloji, A.Ü. Tıp Fakültesi Endoskopi Ünitesi, 2006, s. 78.

<sup>68</sup> **Langmack, Hans**, “Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, TE. Yurtcan, Erdener, İÜHFİM, S. 1-4, İstanbul 1974, s. 451.

<sup>69</sup> **Donay**, s. 11; **Taşkın Ahmet**, “Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 111-112; **Karasu**, s. 46.

<sup>70</sup> **Donay**, s. 7.

## ***Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü***

öğrendikleri sırların açıklanması meslek sırrının açıklanması suçunu meydana getirir<sup>71</sup>. Sır teşkil eden durumların nitelik olarak “Meslek Suçu” olabilmesi için iki şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar;

### **1. SIRRIN HEKİMLİK MESLEĞİ İLE DOĞRUDAN İLGİLİ OLMASI**

Sırrın mesleğin icrası sırasında öğrenilmesi yeterli olmayıp, icra edilen meslek ile doğrudan ilgisinin olması gerekir. Ağır cinsel sorunlara sahip bir kimsenin hadım edilme isteği ile başvuran hasta, bütün problemlerini, başkalarına anlatmayacaklarına olan güveninden dolayı hekime anlatır. Hekime veya hekimlere karşı beslenen bu güven ilişkisi, sonucu hekim, söz konusu bilgileri üçüncü şahıslara anlatmamakla yükümlüdür. Aksi takdirde sorumluluğu doğar. Ancak, hekimin bir dostunun şahsına ilişkin sorunları dostane ilişkiye dayanarak hekime anlatmasında hekimin söz konusu ilişkiye aykırı davranmasında meslek sırrını ifşa söz konusu değildir<sup>72</sup>.

Meslek sırrının konusu, hekimin doğrudan doğruya hastasına karşı söz konusudur. Hekim, hastasının eşinin ağır hastalığını öğrenmesi durumunda onu bu durum, sır saklama yükümlülüğü açısından bağlamaz. Ancak, hastanın bulaşıcı bir hastalığı varsa ve bu durum ailenin diğer üyelerine de sirayet etmiş veya edebilecek durumda ise, hekimin hastası dışında diğer kişilerin hakkında öğrenmiş olduğu bilgiler de, meslek sırrı kapsamında değerlendirilmektedir<sup>73</sup>. Bunun yanı sıra bir olayın meslek sırrı olabilmesi için gerçek vakalara dayandırılması gerekir<sup>74</sup> Şizofreni hastasının her an gördüğü hayalleri bilmesine rağmen hekimin, hasta aleyhine sır saklama yükümlülüğüne dayanılmaz.

### **2. SIRRIN HEKİMLİK MESLEĞİNİN İCRASI SIRASINDA TEVDİ EDİLMESİ VEYA ÖĞRENİLMESİ**

Meslek ile sır saklama arasında zaruri bir illiyet ve sebebiyet bağı olmalıdır<sup>75</sup>. Hekimin hastasına ait sırları öğrenmesi iki şekilde mümkündür. Bi-

<sup>71</sup> Donay, s. 7; Doğan, s. 107.

<sup>72</sup> Donay, s. 8.

<sup>73</sup> Sert, Gürkan, “Sağlık Hizmetlerinde Meslek Sırrı ve Tanıklıktan Çekinme”, Uluslararası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Birliği Kongre Kitabı, C. 2. Bursa, 2003, s. 856-857

<sup>74</sup> Donay, s. 8-9.

<sup>75</sup> Çağlayan, M. Muhtar, “Meslek Sırrı”, Adalet dergisi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Y. 68, S. 5-6, Ankara 1997, s. 132, 311.

rinci ihtimal, hekim hastaya ait anamnez alma onun öyküsünü dinleme durumunda hasta tarafından hekime gerekli bilgiler verilir. Çünkü hekime başvuran hasta zorunlu olarak yaşamı ve sağlığı ile ilgili tüm bilgileri vermek zorundadır, aksi takdirde hekim teşhis ve tedavide yanılabilir. Hasta öyküsü daha ziyade psikolojik rahatsızlıklarda söz konusu olur. Bu tür rahatsızlıklara bağlı olarak cinsel sapkınlıklara duçar olan kişilerin kendileri tarafından bizzat sorunlar anlatılır ve hekimler söz konusu bilgilere ilk ağızdan öğrenmiş olurlar.

Bunların yanı sıra ikinci ihtimal ise, hasta kendisi bizzat hekime bilgileri vermemiş olabilir. Ancak, hekimlerde mesleklerini uygularken hastalarının bedeni, ruhî, ahlakî kusur ve sakatlıklarına tanık olabilirler<sup>76</sup>. Örneğin, hekimin hastası adına yaptığı deneyler veya terapiler sonucu hastanın cinsel problemleri ve bu problemlerin ileride doğuracağı sonuçları hekim öngörebilir. Bu durumda, hekimin öğrenmiş olduğu bilgiler, sır sakamla yükümlülüğüne dâhil bilgilerdir.

Hekimler, yüklendikleri bağlılık borcu nedeniyle mesleklerini yerine getirirken hastalarına ait öğrendikleri sırları saklamak zorundadırlar. Sır sayılan bilgilerin ve gözlemlerin açıklanması hastanın hatta hasta yakınlarının kişilik hakkına saldırı olur ve hekimin sorumluluğunu gerektirir<sup>77</sup>.

Meslek sırrı, Türk Tabipler Birliği'nin üyesi olduğu Dünya Hekimler Birliği'nin 1948 Cenevre, 1957 İstanbul, 1981 Lizbon ve 1983 Venedik Bildirgelerinde de, hekimin öldükten sonra bile hastasına ait sırları saklamaya özen göstermesi gerektiğine işaret edilmektedir.

#### **IV. HASTA-HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ DAYANAĞI VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAYNAĞI**

##### **A. GENEL OLARAK**

Hasta- hekim arasındaki ilişki Türk hukukunda istisnalar dışında vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Hekim, hasta ile yapmış olduğu sözleşmede, mesleği gereği hastanın teşhis ve tedavisini gerçekleştirmeyi üstle-

<sup>76</sup> Demirel, B., Hekimin Yasal Sorumlulukları, Gazi Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı, [www.gmjournals.net/uploading/2005/2005+cilt16+sayi2.pdf](http://www.gmjournals.net/uploading/2005/2005+cilt16+sayi2.pdf).U.t.UT. 26.10.2008, s. 101; Işık, A. F: Acil Durumlarda adli Tıp Sorunları, Acil Durumlarda Tanı ve Tedavi, Ankara 1995, s. 542-553.

<sup>77</sup> Aşçıoğlu, s. 47.

## ***Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü***

nir. Hekim burada hastanın tamamen iyileşmesini üstlenmez. Vekâlet sözleşmesinde hekim işin görülmesinden sorumludur. Yoksa sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesinden sorumlu değildir. Ancak hekim vekâlet sözleşmesi gereği, işini hastanın menfaatine uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdür (BK. m. 386/I).

Hadım etme işlemi de bir tıbbi müdahaledir diğer müdahalelerde olduğu gibi bu işlemleri de hekimler gerçekleştireceklerdir. Hekimlerin devlet hastanelerinde ve özel hastanelerde çalışmalarına göre hekimle hasta arasındaki ilişkinin hukuki boyutu da değişmektedir. Hekimlerin cerrahi veya kimyasal hadım etme işlemini hastaya karşı üstlenmiş olmaları halinde, hekim-hasta arasındaki ilişki **istisna sözleşmesidir**<sup>78</sup>. İş yüklenen sıfatıyla hekim, hastasına karşı gerçekleştireceği müdahaleyi sadakat ve özen borcu altında gerçekleştirir<sup>79</sup>. Çünkü hekim burada hastasına, bir sonucu üstlenmektedir. İstisna sözleşmelerinin konusu, bir sonucu oluşturmak, mevcudu değiştirmek veya mevcudu yok etmektir<sup>80</sup>. Hekim burada bir sonucu üstlenip hastasına ilişkin gerekli olan bilgileri de öğrenerek tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmektedir. Ancak bunların yanı sıra hekim gerçekleştireceği ameliyatta sonucu üstlenmişse bu durumda, vekâlet sözleşmesi söz konusu olur<sup>81</sup>. Hekim burada sadece üstlendiği işi yapar sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesinden sorumlu değildir.

Hekim ve hasta arasındaki ilişki ne olarak nitelendirilirse nitelendirilsin, hekim- hasta arasında hep bir güven ilişkisi söz konusudur. Hadım etme işleminde de, taraflar arasında bir güven ilişkisi söz konusudur. Söz konusu ilişki iki yönlüdür. Birincisi, hastanın hekimin, gerekeni yaparak sonucu gerçekleştireceği, ikincisi ise, hekimin tıbbi müdahale dolayısıyla kendisi ile ilgili sır niteliği taşıyan bilgileri başkalarına anlatmayacağına olan güvenidir.

<sup>78</sup> **Sert, Gürkan/Görkey, Şefik**, “Diş Hekiminin Tedavi Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu, Türk Diş Hekimleri Birliği Dergisi, S. 75, Haziran 2003, s. 26; **Hancı, İ. Hamit**, “Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2002; **Aşçıoğlu**, s. 125.

<sup>79</sup> Y. 13. HD. 05.04.1993 T., 1993/131 E., 2741 K.; Yargıtay, “...diş protezi ve dolgu gibi hekimin diş tedavisinde sonuç üstlendiği alanlarda hekim hasta arasındaki sözleşmenin istisna olduğu görüşündedir”, Y.15.HD, 20.12.1977., 1977/1167E., K. 2307.

<sup>80</sup> **Aral, Fahrettin**, “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, Ankara 2007, 315; **Gauch, Peter**, “Der Werkvertrag” Zürich 1996, pn, 31.

<sup>81</sup> **Tandoğan, II** s. 359-360; **Aral**, s. 391.

## B) SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAKLARI

Hekimin hastalarına uyguladığı tıbbi müdahale dolayısıyla hastaları hakkında elde ettiği bilgileri saklama yükümlülüğü mevcut hukuk alanımızda da düzenlemelere tabi tutulmuştur. Düzenlemeler, Anayasa, Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu, Türk Ceza Kanununda ve Mesleki Mevzuatta sır saklama ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.

### 1) Anayasa ve Türk Medeni Kanununda Sır Saklama Yükümlülüğü

Türk Anayasasında ve Medeni Kanununda hekimin sır saklama yükümlülüğünü açıkça düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Anayasamızın 17. maddesinde, “ *herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” hükmü ile yine Anayasamızın 20. maddesinde “*herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı*” ifade edilmiştir. Hekim hadım etme işlemi sırasında hastasına yönelik öğrendiği bilgileri örneğin, hastanın aşırı cinsel fantezileri, bu fanteziler dolayısıyla etrafındakilere karşı girdiği tecavüz fiillerini öğrenen psikiyatrist tıbbi zorunluluklar olmadıkça diğer hekimlere söyleşmemekle yükümlüdür. Aksi halde, hastanın anayasal hakkı olan özel hayatının ihlali söz konusu olur.

Ülkemizde son dönemlerde gerçekleştirilen anayasa değişikliği sonrası Anayasa'nın 20. maddesine kişisel verilerin korunması ile ilgili bir hüküm eklenmiştir. Buna göre, “ 1) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel bilgi ve verilerin korunması hakkına sahiptir. 2) Bu bilgiler, ancak kişinin açık rızasına veya kanunla öngörülen meşru bir sebebe dayalı olarak kullanılabilir. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan veya kayıtlarda yer alan bilgilere erişme, bunlarda düzeltme yaptırma ve bu bilgilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahiptir”. Düzenlemesiyle, hastaların hekimlere karşı sır saklama yükümlülüğüne dayanarak anayasal talepleri kuvvetlendirilmiş oldu.

Türk Medeni Kanununda ise, sır saklamaya ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmamasına rağmen, MK. 23, 24 ve 25. maddelerde kişiliğin korunması ile ilgili genel hükümler yer almıştır. Bu hükümlere dayanılarak hekimin sorumluluğu yoluna gidilebilir. MK. 23 ve 24'e göre kişilik hakları hukuken aykırı ihlal edilen ilgili kişi m. 25 göre, maddi manevi tazminat talep edebi-

## ***Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü***

leceği gibi tazminat dışında kınama, cevap ve düzeltme gibi haklarını da kullanabilir.

### **2) Türk Borçlar Hukukunda Sır Saklama Yükümlülüğü**

Hadım etme işlemlerinde hasta hekim arasındaki sözleşmeye kural olarak istisna sözleşmesinin kurallarının uygulanacağını daha evvel belirtmiştik. Ancak hasta hekim arasındaki ilişkilerin genel olarak vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu da aşikârdır. İstisna ve vekâlet sözleşmesinde açık bir şekilde sır saklama yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Ancak Vekâlet sözleşmesinin 390. maddesinde yer alan vekilin sadakat yükümlülüğünden hareketle, bu hükmün sır saklama yükümlülüğünü de içerdiği kabul edilebilir. Buradan hareketle sır saklama yükümlülüğü, asli bir edim olarak düzenlenmeyip tali bir edim olarak yer almıştır.

Borçlar Kanunu Tasarısında da, vekilin sır saklama yükümlülüğü ayrı bir yükümlülük olarak yer almamıştır. Ancak uygulamadaki gibi tasarının 511. maddesinde, sadakat yükümlülüğü vekil için açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık, tasarıda “Genel Hizmet Sözleşmesi” başlığı 400/IV’de işçinin sır saklama yükümlülüğüne açıkça yer verilmiştir. Buna göre, “*işçi iş gördüğü sürece öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür*” düzenlemesinde işçi için sır saklama yükümlülüğü düzenlenirken vekâlet akdinde bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak burada sadakat yükümlülüğünün içerisinde her zaman bir sır saklama yükümlülüğü yer alacağından hareketle vekilin sorumluluğuna gidilebilir.

### **3) Türk Ceza Hukukunda Sır Saklama Yükümlülüğü**

Eski Türk Ceza Kanununun (eTCK) 198. maddesinde ‘*bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırda vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse mahkûm olur*’ denilmiştir. Yeni TCK’da 198. maddeyi karşılayan bir hüküm yoktur. Dolayısıyla meslek faaliyeti nedeniyle hastaya zarar verecek bir sırda vakıf olan hekimin bu sırrı ifşası başka bir suç oluşturmuyorsa (örn. görevi kötüye kullanma TCK m.257 ) hekimin cezai sorumluluğu olmayacağı ilk ba-

kışta düşünülebilir<sup>82</sup>. Ancak, TCK Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar başlığı altında 136. maddede, kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişinin, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır<sup>83</sup>. Bu genel nitelikteki düzenlemeye ek olarak TCK 137 /I b. bendinde, bu suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesine daha ağır (yarı oranında arttırılır) ceza öngörülmüştür. Dolayısıyla bir hekimin, mesleki faaliyetleri sırasında hastası veya yakınları hakkında öğrendiği kişisel bilgileri açıklaması, sır saklama yükümlülüğünün ihlali olup, cezai yaptırıma tabi olabilecektir. Kanun metninde yer verilen kişisel bilgi, sır kavramından daha geniş yorumlanmaya müsaittir.

Türk Ceza Kanununun 136. maddesinde yer verilen eski Kanundaki sır kavramı yerine kullanılan “kişisel veri” kavramı, Kişisel Verileri Koruma Kanununda yer alan Hassas Kişisel Veriler tanımında yer almaktadır. Kanun metninde yer alan bazı özelliği olan kişisel veriler hakkında kesin işlem yasağı söz konusudur. Bundan dolayıdır ki, söz konusu kişisel veriler belli zorunluluklar (tıbbi zorunluluklarda bunarın arasında sayılmışlardır) olmadıkça hekimler tarafından dahi işlenemezler. Bu tür kişisel veriler koruma zırhına adeta bürünmüşlerdir. Ancak hadım etme işlemi sırasında hastanın çok önemli fiziksel ve psikolojik sırlarını öğrenen hekim öğrendiği hassas olan özelliği taşıyan kişisel verileri işlediği el ile veya bilgisayar vasıtasıyla işlediği kişisel verileri tıbbi zorunluluk olmadığı müddetçe hekim arkadaşlarına dahi bildirmelidir. Konsültasyon söz konusu olduğunda ise, eğer kendisine danışılacak hekim hastanın hadım edilme işleminin herhangi bir aşamasında yer alacaksa dosya kendisine tamamıyla verilir. Ancak kendisine danışılacak hekim hastaya uygulanan hadım etme işlemi ile ilgili olmayan bir alanda bilgisine başvurulmuşsa, söz konusu hekim sadece kendisiyle ilgili olan dosyanın ilgili alanını görebilir. Dosya tamamıyla danışılacak hekime verilemez.

Genelde ve özellikle sağlık mesleği mensuplarının hasta-hekim ilişkisinin, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun uygulama alanına gireceği şüphe ile karşılanırsa ve hastanın müşteri olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilse de, söz konusu Kanunun, uygulama şartlarının varlığı halinde hasta-hekim ilişkisine de uygulanabilir. Özellikle sağlık hizmetinin ücret karşılığı

<sup>82</sup> Zeytin, Zafer, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü” [www.medmagazin.com.tr/mm-hekimin-sir-saklama-yukumlulugu-h-40136.html](http://www.medmagazin.com.tr/mm-hekimin-sir-saklama-yukumlulugu-h-40136.html), UT. 01.05.2010.

<sup>83</sup> Hakeri, Hakan, “Tıp Hukuku”, Ankara 2007, s. 474.



## ***Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü***

mal ve hizmet piyasasına sunulması, hasta-hekim ilişkisinde TKHK uygulanabileceğini göstermektedir. Bu halde hekimin hastası hakkındaki sırları açıklaması TCK 239. maddesi kapsamına girebilecektir. TCK m.239, müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanmasını yasaklamıştır<sup>84</sup>.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü CMK m.46 / I b. bendi ve HMUK m.254/4 fıkrasına göre hekimlere tanınan tanıklıktan çekinme hakkı ile de pekiştirilmiştir. Hekim kendisine tanınan bu hakkı kullanmaktan, ceza veya hukuk davasında bu haktan, bu hakkın tanınması ile korunan hastanın hukuka uygun rızası ile vazgeçebilir. Aksi takdirde hekimin, cezai veya hukuki sorumluluğu doğabilecektir.

### **4) Mesleki Mevzuatta Sır Saklama Yükümlülüğü**

Hekimin sır saklama yükümlülüğü, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 4. maddesinde; *“Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle mutali olduğu sırların, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez. Tıbbi toplanılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz”*. Aynı şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği’nde de yasal istisnalar dışında hastaların sağlık durumları hakkında bilgi verilmesinin yasaklanabileceğine yer verilmiştir. Buna göre; *“İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir”* (m.20).

Sır saklama sadece, hastaya hadım etme tıbbi müdahalesini gerçekleştiren hekimin yükümlülüğü olmayıp sağlık kurumları ve sağlık çalışanları da, hasta ile ilgili olarak edindiği bilgileri ancak kanunun izin verdiği hallerde açıklayabilir. Bu durum, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 23. maddesinde üç bent halinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, hastanın mahremiyet hakkı çerçevesinde ele alınabilecek bir hükümdür. Buna göre, *“Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz”* (m. 23/I). Bu hükmün amacı, hastalara ait bilgilerin saklanması dolayısıyla herkes tarafından söz konusu bilgilerin elde edilmesinin önlenmesidir.

<sup>84</sup> Zeytin, Zafer, www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-sir-saklama-yukumlulugu-h-40136, UT. 02.05.2010.

Hastanın hastalığı ile ilgili bilgilerin açıklanması konusunda vereceği rıza, kişilik haklarının ihlaline sebebiyet verecekse, bu durumlarda açıklama yapan sağlık mensupları da sorumlu olacaklardır. Bu durum Hasta Hakları Yönetmeliğinin ilgili maddesinde “*Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz*” (m. 23/II) biçiminde düzenlenmiştir. Sır saklama yükümlülüğüne tabi bir diğer durum ise, “*kanundan veya diğer hallerden kaynaklanan bir zorunluluk bulunmadıkça, hastaya zarar verecek bilgilerin açıklanmasının yasaklanmasıdır. Bu yasağın yanı sıra, söz konusu bilgileri hastaya açıklayan sağlık personelinin de hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusudur*” (m.23/III). Bu hüküm MK. m. 23/II ile paralellik arz etmektedir. Bu düzenlemelerde, Amsterdam Bildirgesi m.4/II ve Lizbon Bildirgesi II m. 8Ib ile benzerlik göstermektedirler<sup>85</sup>.

Hekimler mesleklerinin gereği olarak diğer hekimlerle bilgi alış verişinde bulunduğu tıp kongrelerinde ve diğer akademik araştırmalarında hastanın kimlik bilgileri kendisinin rızası olmadan açıklayamaz (m. 23/IV). Bu kuralın aksine davranmak hastanın TMK. m. 24- 25 ve BK. m. 49 anlamında özel hayatın korunmasının bir ihlalini teşkil eder. Hasta hakları yönetmeliği m. 21’e göre; “*hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.*

*Mahremiyete saygı ve bunu isteme hakkı;*

- a) *Hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içinde yürütülmesini,*
- b) *Muayeneni, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,*
- c) *Tibben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,*
- d) *Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,*

<sup>85</sup> Sert, G., “Hasta Hakları”, Babil Yayınları, İstanbul 2000, s. 148-149.

## ***Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü***

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

f) *Sağlık harcamalarının saklı tutulmasını kapsar.*

*Ölüm olayı mahremiyetin bozulması hakkını vermez.*

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

Hasta Hakları Yönetmeliğinin bu maddesinde hem bedensel mahremiyet hem de hastaya ilişkin bilgilerin korunmasına yönelik düzenleme bulunmaktadır. Hadım etme işlemi, kendisine başvuru psikiyatrist hekimin çalışmalarını gizlilik içinde yürütmesi gerekmektedir. Eğer hastanın sağlık durumu yapılan seanslar sonrası düzelme göstermeyip hadım etme işlemi gerekli kılar mahiyette ise, hasta bütün dosyasıyla gizli bir şekilde cerrah olan hekime yönlendirilir. Söz konusu hekimde teşhis ve tedavi işlemi gerekli gizlilik içinde sürdürmelidir. Örneğin, hadım etmeyi gerektiren hallerin söz konusu olduğu durumlarda, hastanın bizzat alınan anamnezinde yer alan bilgiler kanunen açıklanması gerekli haller dışında mutlak hekimin sır saklama yükümlülüğü doğrultusunda, hastanın kişisel bilgileri özenle saklanmalıdır. Bu bilgiler, tedavide yer alan hekim veya tedavi ile ilgili yer alan yardımcı personelde hastanın bilgilerini üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlüdürler. Araştırma hastanelerinde tıp öğrencileri genelde çalışmalara katılmaktadırlar. Bu kişiler dahi eğer hadım etme işleminin gerçekleşme aşamalarında yer almışlarsa burada öğrendiklerini başkalarına açıklamamakla yükümlüdürler.

Hadım edilen hasta daha sonra hayatını kaybettiğinde de hekimin sır saklama yükümlülüğü devam eder. Ancak hekim hasta ile veya yakınları ile çok önemli bir davada tek tanık olarak dinlenecekse, bu durumda sır saklama yükümlülüğü ortadan kalkar. Örneğin, hadım etme işlemi gerçekleştiren hekim daha sonra ölen hastasının miras davasında olayı aydınlatacak tek tanık ise, gerçeği anlatmalıdır. Örneğin, hekimin alkolik hastasının bunalım sonucu evini yakması durumunda sigorta şirketi sorumlu olarak ölen kişinin ayrı yaşayan eşini sorumlu tutarak ödeme yapmaktan kaçınmaktadır. Dul kalan eş çaresiz olarak ödemeye zorlanması durumunda, ölen eşin durumunu bilen tek kişi olarak hekim ölen hastasının sır mahiyetindeki durumunu mahkeme he-

yetine anlatması durumunda hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmediğine mahkeme karar vermiştir<sup>86</sup>.

Uluslararası alanda hekimin sır saklama yükümlülüğü ile ilgili çıkarılan bildirelere paralel olarak Türk Tabipler Birliği tarafından kabul edilen “Hekimlik Meslek Etiği Kuralları” içinde de “sır saklama yükümlülüğü” düzenlenmiştir. Buna göre, “*Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevden çekilebilir*”.

Türk Tabipler Birliği’nin genel Meslek Etiği Kurallarının yanı sıra, Türkiye Psikiyatri Derneği’nin 22 Haziran 2002 tarihinde 1. Olağan Genel Kurulunda karara bağlanan “Ruh Hekimliği(Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları” da psikiyatri hekiminin sır saklama borcunu düzenlemektedir (m. 6).Buna göre, “*Herhangi bir psikiyatrik muayene ve sağaltım altındaki kişiyle ilgili bütün bilgiler hasta-hekim ilkeleri çerçevesinde saklı tutulmalıdır. Bu bilgi yalnızca hastanın ruh sağlığını korumak ve geliştirmek amacı ile ve hastanın oluru alınarak gerektiğinde ve hastanın yararı için gereken ölçüde aile ile paylaşılabilir ya da başka uzman hekimlerle danışma amacı ile kullanılabilir. Ruh hekimleri, kişisel haklar, tedavi hakkı, yanlış mesleki uygulamalar vb. durumlarla ilgili olarak hastasının yararı söz konusu olmadıkça, kendi siyasal, yönetsel, medyatik ya da maddi çıkarları, akademik, meslekî veya kişisel yararları doğrultusunda hastasıyla ilgili bilgileri açıklamamalıdır.*

*Hasta hekim ilişkisi içinde edinilmiş olan bilgiler gerekli görüldüğünde mahkemede tanıklıktan ya da bilirkişilikten çekilmek için bir gerekçe oluşturabilir. Kişinin özel yaşamı, özel ilişkileri, savunma düzenekleri gibi psikolojik yapısıyla ilgili özel bilgiler istenildiğinde bunların mahkemede sunulması kişinin açık ve anlaşılır iznine bağlıdır. Ruh hekimi, kişi için yararlı olmadığı*

<sup>86</sup> OLG Naumburg, Beschl. V. 9.12.2004-4W 43/04, NJW 2005, 2017; BGH NJW 1983, 2627; BayObLG NJW 1987, 1492.

## ***Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü***

*ğını düşündüğünde, kişi izin vermiş de olsa, bu tür bilgileri açıklamak zorunda olmadığını bilmelidir.*

*Gizlilik kuralı ancak hastanın kendisine ya da çevresine ciddi bedensel, ruhsal ya da ekonomik zarar verme olasılığı varsa bozulabilir. Ruh hekimi gizlilik ilkesini bozmayı gerektirecek önemde bir durumla karşılaşmışsa, olabiliyorsa meslektaşları ile de danışarak, uygun göreceği yerlere ya da kişilere açıklama yapmak zorunda kalabilir. Bu durumlarda ruh hekimi bundan sonra atacağı adımla ilgili olarak koşullar elveriyorsa önce hastayı uyarmalıdır.*

*Ruh hekimi hastasının tanınmasına yol açacak ya da olası davranışlarının tahminine ilişkin herhangi bir bilgiyi, başkalarına ya da herhangi bir kuruluşa veremez. Kişi adı, kimlik bilgileri, yüz görünümü gibi kişiyi tanıtacak tüm özelliklerin gizlenmesi koşuluyla, bilimsel bir tartışmada, eğitim süresinde, denetim ve konsültasyon amacı ile hekimler arasında hastalıkla ilgili bilgilerin aktarılması bu kuralın dışındadır. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez”.*

Hekimlerin ve psikiyatri hekimlerinin yanı sıra eczacıların da, sır saklama yükümlülükleri bulunmaktadır. Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü'nün 4. maddesine göre, “*Eczacı meslek ve sanatının icrası sırasında öğrendiği sırları, kanuni sorumluluk olmadığı sürece ifşa edemez*”. Hasta, tedavisine bağlı olarak ilaçlarını temin ederken eczacılara ya da onlarla birlikte çalışanlarla irtibat kurmak zorundadır<sup>87</sup>. Eczacılar da aynen hekimler gibi reçeteler dolayısıyla öğrenmiş oldukları hastalara ait bilgileri sır saklama yükümlülüğü dâhilinde saklamakla yükümlüdürler<sup>88</sup>. Eczacıların yanı sıra, kendilerine yardım etmek amacıyla görev alan yardımcı kişilerinde sır saklama yükümlülükleri söz konusudur<sup>89</sup>.

Eczacılar yanlarında çalışan kalfaların yanı sıra, eczanede bulunan ziyaretçiler, özel şahıslar, diğer servis elemanları, ilaç mümessilleri ve eczane ile ilgili olmayan şahıslarda sır saklama yükümlüsüdürler<sup>90</sup>. Ayrıca reçete mahre-

<sup>87</sup> Sert, s. 190.

<sup>88</sup> Belgesay, M.R, Doktorun Hukuki Borçları, İÜHFİM, C. 11, S. 3-4, 1946, s. 200- 208. (Doktor), s. 127.

<sup>89</sup> Sert, G., Sağlık Hizmetlerinde Meslek Sırrı ve Tanıklıktan Çekinme, 3. Ulusal Tıp Birliği Kongre Kitabı Cilt 2, Bursa 2003 (Tanıklıktan Çekilme), s. 858.

<sup>90</sup> Değer, M., “Hastane Eczacılığında Sır”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuk- Tarihi Dergisi, C. 5, S. 3, Ankara 1997 s. 135.

miyetinin sağlanabilmesi için, 02 Kasım 2007 T. ve 26688 sayılı RG' de yayınlanan Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Yönetmeliği'nin 22. maddesine “*İnternet, faks, telefon, kurye, komisyoncu ve benzeri yollarla eczanelere gelen reçeteler kabul edilemez. Eczanelere bu yolla gelen ilaç talepleri kabul edilemez*” fıkrası eklenmiştir. Bu eklemeyele reçete mahremiyeti ve kişilerin özel yaşamlarının teminat altına alınması amaçlanmıştır.

Bunların yanı sıra, hekimin, hastasına ait kayıt belgeleri diğer hekimlere ve sağlık kuruluşlarına verip veremeyeceği konusu sır saklama yükümlülüğü kapsamında olaya bakıldığında önem arz etmektedir. Özellikle hadım etme operasyonlarında, pahalı röntgen ve MR çekimlerinin diğer hekimler sağlık kuruluşları tarafından zaman kaybı ve ek masrafları önlemek açısından diğer hekimlere ve sağlık kuruluşlarına verilmesi gerekir. Ancak, herhangi bir talep ve gereklilik olmaksızın ilgili filmlerin verilmesi hukuka aykırılık teşkil eder<sup>91</sup>. Bu durum da, hekimin ve sağlık kuruluşunun sorumluluğu söz konusu olur.

## **V. HEKİMİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI**

### **A. GENEL OLARAK**

Sır saklama yükümlülüğü, kural olarak bütün üçüncü şahıslara karşı geçerlidir. Hekim, diğer hekimlere ve hastanın yakınlarına dahi, tedavinin geleceği zorunlu kılmadıkça sır sayılan hususları açıklamamalıdır<sup>92</sup>. Bilimsel tebliğlerde de hastanın anonimliği korunmalıdır<sup>93</sup>.

### **B. ŞAHİTLİK VE BİLİRKİŞİLİK**

İstisnai hallerde sır sayılan hususların açıklanması hekim için bir haklılık taşıyabilir. Örneğin, hekim hasta tarafından aleyhine açılmış bir davada kendini savunmak amacıyla sırları açıklayabilir. Böyle bir durumda, hekimin davranışı sözleşmeye ve dolayısıyla hukuka aykırı sayılmaz<sup>94</sup>. Buna karşılık,

<sup>91</sup> Yıldırım, M. F., “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü” Erzincan 15-16 Mayıs 2006, s. 62.

<sup>92</sup> Belgesay, (Doktor),s. 122; Donay, s. 50; Langmack, H.: Ceza Hukuku Açısından hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü (Çev. Erdener Yutcan), İÜHFİM, C. 39, S. 1-4, 1974, s. 451-464.s. 456; Sarıal, s. 61-62.

<sup>93</sup> Laufs, A., Arztrecht, 3. Auflage München 1984.s. 111.

<sup>94</sup> Belgesay, (Doktor),s. 125; Langmack, s. 460-462; Belgesay, (Mesuliyet), s. 150-151.

## *Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*

yasa koyucu gerek ceza davalarında (CMUK. m.46), gerek hukuk davalarında (HUMK. m.245) hekimlere tanıklıktan kaçınabilme yetkisi tanıdığı için, salt tanıklık yapmak düşüncesiyle sırları açıklayan hekim bu yüzden zarar gören hastaya tazminat ödemek zorunda kalır<sup>95</sup>. Zira hasta ve hekim arasındaki ilişki, burada da sırların korunmasını gerektirir<sup>96</sup>. Aynı şekilde, hekim, polis makamlarına karşı da sırları saklamakla yükümlüdür<sup>97</sup>.

Hekimin meslek sırrı dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakkı, CMUK. m. 46/1'de düzenlenmiştir. Buna göre, *“hekimler, dış hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatlar dolayısı ile hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler”* sebebiyle sayılan kişilerin tanıklıktan çekinme hakları vardır.

Hekimin hastasına ait sırları mahkemede anlatmaktan çekinebilmesi için, belli şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, hastanın hekime açıkladığı sırlar onun hekim olması dolayısıyla açıklanmış olması gerekir. Hekime, özel bir şahıs olarak açıklanan sırlar açısından hekimin sır saklama yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>98</sup>. İkinci şart ise, sırların anlatıldığı kişinin bizzat hekimlik mesleğini icra eden bir şahıs olması gerekir. Bu şartlar, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 1. maddesinde belirtilen, *“hekimin; Tıp Fakültesinden mezun olma, Türk Olma, Tabip Odasına Kayıtlı Olma, Hekimlik Mesleğini sürdürmek İçin Geçici ve Sürekli Bir Engelin Olmaması”* dır. Üçüncü şart ise, hekim, hastanın rızasının bulunmadığı durumlarda tanıklıktan çekinemez. Bu durum ayrıca, HMUK. m. 245/4f'de, *“Memuriyet ve sanat ve meslekleri itibarı ile bir kimsenin sırrını bilenler şu kadar ki, o kimse muvafakat ederse, şahadetten imtina edemezler”*. Tanıklıktan çekinme hakkı olanlar, çekinme sebeplerini bildirmek, şüpheye düşüldüğü takdirde mahkemenin isteğiyle yemin etmek zorundadır.

Anayasamızın 38/5.maddesinde *“Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz”* denilmiştir. Anayasada yer alan bu hükümle, kişinin şahsi-

<sup>95</sup> **Tandoğan, H**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, B. 3, Ankara 1987, C. II. s. 455; **Schlund**, Pn. 12-13; LG Düsseldorf NJW 1990, 2327; BGH NJW 1985, 2203; MedR 2000, 426; SG Frankfurt/M, MedR 1999, 577.

<sup>96</sup> **Laufs**, s. 115.

<sup>97</sup> **Laufs**, s. 115.

<sup>98</sup> **Hakeri**, s. 246.



yet hakları, korunmuştur. Hekim kendisi veya yakınlarının sırlarını mahkeme önünde açıklarsa melek sırrını ifşa suçu işlemiş olur.

Hekimlerin bilirkişiliğine başvurulduğunda, mevzuatta belirtilen haller dışında bilirkişilikten çekilemezler (CMK. m. 60, 65, 70, 71). Hekim bir hasta için bilirkişi olarak atandığında hasta hakkında her türlü bilgiyi mahkemeye açıklamakla yükümlüdür. Hekimin düzenlediği raporda hastasının ait bilgilerin yer alması durumlarında hekim sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmış olmaz<sup>99</sup> Bu durumda TCK. m. 134 anlamında Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu işlenmemiştir. Ayrıca bu durum Hekimlik Mesleği etik Kurallarının “Sır Saklama” ile ilgili maddesinde de düzenlenmiştir<sup>100</sup>.

Ceza Mahkemelerinde görülen suçlarla ilgili olarak, Umumî Hıfzıssıhha Kanunu'nun 10. maddesi gereğince Yüksek Sağlık Şurası kurulmuştur. Ceza mahkemeleri suçların kovuşturulması için yardımcı olması açısından Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşüne başvurmak zorundadır. Ancak, diğer mahkemelerin böyle bir zorunlulukları bulunmamaktadır<sup>101</sup>.

### **C. HASTANIN RIZASI**

Hekime sır sayılan hususları açıklama imkânı veren diğer bir hal de, “hastanın rızası”dır<sup>102</sup>. Hasta veya kanuni temsilci her zaman serbest iradesiyle sırlarının açıklanmasına izin verebilir<sup>103</sup>. İzin, Medeni Kanununun 23. maddesi-

<sup>99</sup> **Büyükay**, s.388.

<sup>100</sup> “Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir” hükmü ile hekimin bilirkişilikle ilgili durumlarda sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalkacağı düzenlenmiştir.

<sup>101</sup> “Hâkim doktorun sorumluluğunu tayin ederken, olayın özelliğine uymayan dayanakları gösterilmeyen ve özellikle kesinlikle saptanan maddi olgular karşısında inandırıcılıktan uzak olan Yüksek Sağlık Şurası raporu ile bağlı değildir. Bütün bunların yanı sıra, esasen, 1219 sayılı yasanın 75. maddesi tıbbî konularda Yüksek Sağlık Şurasının düşüncesi ancak ceza mahkemelerini bağlar. Bu durumda bu merciin görüşlerinin hukuk mahkemesini de bağlayacağı düşünülemez. Yasa bu doğrultuda olduğuna göre, HMUK m. 276/II uyarınca Yüksek Sağlık Şurası hukuk mahkemelerinde bağlayıcı bir birikişi makamı değildir. Bunun için mahkemeye, bebeğin nakledildiği Fakültede tutulmuş dosya ve kayıtları varsa getirilmesi, dava dosyası ile birlikte Adli Tıp Büyük Kurulu'na gönderilmelidir”.( Y. 13. HD. 04.03. 1994, 8557/2138, YKD, C. 20, S. 8, s. 1288–1293.

<sup>102</sup> **Atabek/Sezen**, Hekimin Mesuliyeti, İBD. S. 2, 1954, s. 135–165. s. 166; **Öz**, s. 712; **Tandoğan**, C. II, s. 454; **Yıldırım**, s. 62; **Ulsenheimer**, pn. 9.

<sup>103</sup> **Belgesay**, (Doktor), s. 123–124; **Simonin**, s. 576–577; **Langmack**, s. 458–459; **Donay**, s. 51.



## *Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*

nin sınırlarına tecavüz etmemek kaydıyla<sup>104</sup>, hekimin davranışını hukuka uygun hale getirir<sup>105</sup>. Hasta veya kanuni temsilcisi razı olmadığı takdirde, başkaca haklı bir neden de mevcut değilse, hekimin bunları açıklaması sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Hasta rızasını açıkça belirtmediği durumlarda, Örneğin, ağır koma, akli dengesinin yokluğu veya gerekli açık rızanın alınması için gerekli zamanın olmaması hallerinde hastanın rızası varsayılır<sup>106</sup>.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünde önemli bir husus da, hastaya ait kayıt ve belgelerin diğer hekimlere verilir verilmeyeceğidir. Hekim, bu konuda sır saklama yükümlülüğüyle bağlıdır. Ayrıca hastanın izni olmadan ona ait kayıt ve belgeleri başka bir hekime devredemez<sup>107</sup>. Bütün bunlara karşın, hastanın başka bir uzmana veya bir hastaneye gönderilmesi gibi durumlarda sırların açıklanabileceği hususunda hastanın zımnî rızasının bulunduğu kabul edilmektedir<sup>108</sup>. Ayrıca hastanın kişisel bilgilerine, kendisine bakan hekimin yanı sıra konsültasyon gerekli olan hallerde diğer hekimler de muttali olurlar. Ancak söz konusu hekimler kendi alanları ile ilgili olarak ancak hasta dosyasını inceleyebilirler. Bunların yanı sıra, sigorta şirketler ide kendi alanlarıyla ilgili olarak gerekli bilgilere sahip olurlar. Bu konularda hastanın kendine ait verileri ilgili kişilerin görmesi konusunda varsayımsal rızasının olduğu kabul edilir<sup>109</sup>.

### **D. KANUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME**

Türk Ceza Kanunu m. 24/1'de “ *Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilemez*” hükmünü ihtiva etmektedir. Burada yer alan kanun, hukuk kuralı anlamına gelmektedir. Buna göre, kanun hükmünde kararname, yönetmelik, tüzük, genelge gibi tüm yazılı hukuk kurallarını kapsamaktadır<sup>110</sup>. Ka-

<sup>104</sup> İzin Medeni Kanununun 23. maddesine aykırı ise, artık geçersiz olur ve müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Çünkü sır, kişilik hakkı içinde yer alan manevi değerlerdendir.

<sup>105</sup> **Reisoğlu**, s. 15; **Laufs**, s. 116; Örneğin, kamu yararı düşüncesiyle hekim için verem, frengi gibi bulaşıcı hastalıkları Sağlık Müdürlüğüne bildirme yükümlülüğü getirmiştir (**bkz. Atabek/Sezen**). Aynı şekilde bilirkişilik üstlenen hekim elde ettiği bulguları raporuna yazabilir (**bkz. Öz**, s. 712; **Reisoğlu**, s. 14). Ancak bu kayıtlardan mahkeme dışında söz edilemez (**bkz. Belgesay, (Doktor)**, s. 123).

<sup>106</sup> BGH MDR 1988, 248; BGH NJW 1992, 2348; OLG Oldenburg NJW 1992, 758; OLG Köln NJW 1992, 753.

<sup>107</sup> **Ayan**, s. 100.

<sup>108</sup> **Tandoğan, C. II**, s. 454.

<sup>109</sup> **Ulsenheimer**, pn. 9; BVerfG MedR 2007, 351 ff; BGH MedR 1989, 320 ff.

<sup>110</sup> **Doğan**, s. 132.

nun hükümleri, belirli meslek gruplarına, teşkil ettikleri makamdan dolayı belirli yükümlülükler yükleyebilir. Bu meslek gruplarından biri de, hekimlerdir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Ancak, kanunlarda verilen yetkiler verilme amacına uygun kullanılmalıdır.

Hekim mesleğini ifa ederken, öğrenmiş olduğu suç veya suça ilişkin emareleri yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür. Bu yönde TCK m. 280. maddesinde “Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi” başlıklı maddesine göre “*Görevini yaptığı sırada, bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenipte yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Sağlık mensubu deyiminden, tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır*” hükmü yer almaktadır. Hükümde yer alan suç ifadesi genel bir nitelik taşıyıp bütün suçları kapsamaktadır<sup>111</sup>. TCK m. 280 sağlık mesleği mensuplarının kim olduklarını belirleyerek suçu bildirme yükümlülüğünü sağlık personeli kamu görevlisi olsun veya olmasın herkese yüklemiştir<sup>112</sup>.

TCK m.280’in kapsamına, kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensupları suçun faili olmasına karşın, sağlıkla ilgili görevi özel olarak yerine getirmekte olan kamu görevlisi de suçun faili olabilir<sup>113</sup>. Yargıtay bir kararında, “*Trafik kazası sonucu yaralanan SA’nın Zonguldak SSK Hastanesinden Gazi Üniversitesi Hastanesi Tıp Fakültesi Hastanesine sevk edildiği, burada beyin cerrahi bölümünde yattığı sırada öldüğü, anlaşılmaktadır. Ancak, sanığın, kayıtlara olayın trafik kazası olmasına karşın adli vaka değildir diyerek morg kağıdı düzenlememesinin anlaşılması karşısında, sanığın bu kusuru ölümü Cumhuriyet Savcılığına bildirmemesinden dolayı TCK m. 235’in faili olduğu gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle beraat verilmesi*” diyerek kamu görevlisini suçu gerekli makamlara bildirmemesinden dolayı sorumlu tutulmuştur<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> Doğan, s. 133.

<sup>112</sup> Yılmaz, Zekeriya, “Gerekçe ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007, s.75.

<sup>113</sup> Meran, Necati, “Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu”, 2. Bası, Ankara 2007, s.1341.

<sup>114</sup> Naklen, Meran (Y. 4 CD. T. 08.04.2002, E. 3413, K. 5609, 1339).

## ***Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü***

Hekim ister kamu kurumlarında personel olsun, isterse özel sektörde çalışıyor olsun hastasına ait sırları saklamakla yükümlüdür. Hatta hekim, mesleğini nerede ifa ederse etsin sır saklama yükümlülüğü yinede değişmez. Hekim mesleğini bazen bir köyde bazen bir hastanede hatta bazen de bir gemide yerine getirebilir. Mekan önemli olmayıp hekimin sır saklama yükümlülüğü her halükarda devam eder<sup>115</sup>. Hekim hasta arasındaki ilişki kamu hukukuna tabi olabileceği gibi özel hukuka hatta tüketicinin korunması hukukuna da tabi olabilir. Öyle ki hekim özel çalışan bir hekim ise, kendisine başvuran hastada müşteri konumundadır. Burada satıcı ve müşterisi arasındaki ilişkiye tabi olan kurallar hasta hekim arasında da uygulanır.

### **E. ZARURET HALİ**

Hekim hastasıyla yapmış olduğu sözleşme gereği ona ait bilgileri başkasına anlatmamakla yükümlüdür. Ancak bazı öyle durumlar vardır ki, hekim hastasını muayene ederken öğrendiği bilgileri gerekli makam ve kişilere bildirmekle yükümlüdür. Türk Medeni Kanununda “zaruret halı” olarak adlandırılan bu durum hukuka uygunluk sebeplerindedir. Hekimin sözleşme kapsamında hastasına ait verileri zaruret halinde bildirmesi durumunda sözleşmeye aykırılık gerçekleşmez. Bu konuda, Türk Tabipler Birliği tarafından yayınlanmış bulunan Meslek Etiği Kurallarının 9/II’de, “ *Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir*” hükmü gereği hekim hastası veya yakınları hakkındaki bilgiler konusunda gerekli yerlere ve kimselere bilgi vermesi gerekmektedir.

Hekim kendisine cinsel sapkınlık şikayeti ile başvuran ve daha evvel bu şikayete bağlı olarak çocukları istismar ettiğini söyleyen hastası hakkında aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğü tamamen ortadan kalkar ve hekim ilgili kişiyi gerekli mercilere bildirmekle yükümlüdür<sup>116</sup>. Aynı şekilde hekim kendisine başvuran HIV virüsü taşıyıcısı olan eşin bu durumunu diğer eşe söylemesi gereği üzerinde durulmuştur. Burada önemli olan diğer eşin sağlık durumu ve olacak çocukların yararı göz önünde bulundurulmuştur. Alman Mahkemesi sadece evli eşlerde bildirme yükümlülüğünü

<sup>115</sup>Doğan, s.120.

<sup>116</sup>Michalowski, Sabine, “ Schutz der vertraulichkeit strasrechtlich relevanter Patienteninformationen, s.519, 530; Ulsenheimer, pn. 12.

aramayıp birlikte yaşayan kişilerde de hekimin sır saklama yükümlülüğünün kalktığını belirtmektedir<sup>117</sup>.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün kalkması her zaman hastanın içinde bulunduğu durumdan kaynaklanmayabilir. Hekimin içinde bulunduğu bazı özel durumlardan dolayı da hekimin sır saklama yükümlülüğü ortadan kalkabilir. Buna en iyi örnek hekimin vergi kaçırması iddiaları karşısında gerçeği bulabilmek için hekimin bütün hastalarının kayıtlarına el konulabilir. Bu durumda hekimin sır saklama yükümlülüğü üstün kamusal yarar gereği ortadan kalkar<sup>118</sup>. Burada kamu yararı ve hekimin hastalarının korunan hayat alanlarından olan sır alanları ihlal edilmektedir. Bundan dolayıdır ki yapılan araştırma ölçülülük prensibi altında yapılmalıdır. İddia edilen durumu açığa kavuşturabilecek kadar hastaların belgelerine el konulmalıdır<sup>119</sup>.

## **F. BULAŞICI HASTALIKLAR**

Hekimler, halk sağlığını yakından ilgilendiren durumlarla karşılaştıklarında, söz konusu durumu ilgili yetkili makama bildirmekle yükümlüdürler. Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 57, 97, 107, 114. maddelerinde yer alan bazı bulaşıcı tehlikeli hastalıkların duyurulması gerekmektedir. Bu hastalıklar; kolera, veba, lekeli humma, karahumma, çiçek, difteri, menenjit, uyku hastalığı, çocuk felci, uyku hastalığı, dizanteri, loğusa humması, gıda zehirlenmesi, ruam, kızıl, şarbon, kızamık, cüzam, hummai racia, malta humması, afiliz, ve diğer veberian hastalık hallerinde veya bunların birinden şüphe edildiğinde veya bunların birinden dolayı ölüm gerçekleştiğinde hekim vakayı haber vermeğe mecburdur.

Söz konusu kanun maddesinde sayılmayan ancak çağımızda AIDS' in de bulaşıcı ve ölümcül bir hastalık olduğu tıp otoritelerince kabul görmektedir<sup>120</sup>. Hekim, hastasının HIV virüsü taşıdığını öğrenip de hastasının birlikte yaşadığı arkadaşına bunu bildirmemesi durumunda sorumlu olacağı, maddi ve manevi tazminatı ödemesi gerektiğine karar verilmiştir<sup>121</sup>. Burada, hekimin sır sak-

<sup>117</sup> OLG Frankfurt a.m. Urteil vom 05.10.1999 - 8 U 67/99. MedR 196.

<sup>118</sup> LG Hamburg MedR 1989, 335, 336; **Ulsenheimer**, pn. 17.

<sup>119</sup> BVerfG NJW 1972, 1123; 1977, 1489; s auch BGH NSTZ 1998, s. 471.

<sup>120</sup> **Herzog**, s. 289–292.

<sup>121</sup> OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 05.10.1999- 8 U 67/99, in: MedR 2000, 196–198= NJW 2000, 875- 877.

## *Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*

lama yükümlülüğü ortadan kalkmıştır. Yüksek mahkeme, hekimin sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalkmasının sağlayan sebep için “önemlilik” kriterini getirmiştir<sup>122</sup>. Öyle ki, halk sağlığı için önemli olan bir durum sır saklama yükümlülüğü dolayısıyla saklanamaz. Burada genel anlamda hukuka uygunluk sebebi söz konusudur. Çünkü üstün kamu yararı söz konusudur.

Her hekim ve sağlık çalışanı bu vakaları tanı konulduktan sonra veya hastalıktan şüphelendiğinden 24 saat içinde sağlık il müdürlüğüne, hükümet ya da belediye tabipliğine, bunların bulunmadığı yerlerde polis ya da jandarma karakoluna bildirmek zorundadır (UHK. m. 58).

Hekim suçun niteliği ne olursa olsun, teşhis ve tedavi sırasında öğrendiği belirtileri de bildirmek zorundadır. Bu durum, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 86. maddesinde, “*Yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vakalarda, bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşılması halinde Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi gereği gecikmeksizin Cumhuriyet Savcılığına veya Adli Kolluğa haber verilmesi zorunludur. Ayrıca, yaralı ve cesetten çıkartılan delil niteliğini haiz eşyanın adli makamlara aynen ve gecikmeksizin teslimi gerekir*” şeklinde değişikliğe uğramıştır (**Değişiklik Tarihi, RG. 05.05.2005/258006**).

Bu konuda ayrıca, Hasta Hakları Yönetmeliğinin “*Bilgilerin gizli tutulması*” başlıklı m.23/I'de “*Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler; kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz*” hükmü de yer almıştır.

## **VI. SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SONUÇLARI**

Taraflar arasında yapılan teşhis ve tedavi sözleşmesi her ne şekilde görünürse görünsün, hekim, sır saklama yükümlülüğüne aykırı davrandığında, hastanın uğrayacağı zararı tazminle yükümlüdür<sup>123</sup>. Sırların açıklandığının ispatı ise hastaya aittir<sup>124</sup>. Hekim, hastasının hadım edilmesine sebebin aşırı cinsel duygularını dizginleyememesine dayandığını açıklaması durumunda, olan üst düzey şirket yöneticisinin işten atılmasının sonucu, hekimle yapılan sözleşme gereği BK. m. 96 çerçevesinde hekimin borca aykırı davranmasından

<sup>122</sup>BVerfGE 47, 46 (79).

<sup>123</sup>Belgesay, M.R, Tıbbî Mes'uliyet, İstanbul 1954, s. 116-145.

<sup>124</sup>Langmack, s. 452.

kaynaklanan maddi zararı ve de kendisine ait bilginin başkalarınınca duyulması sonucu kişilik haklarının ihlalden dolayı MK. m. 25 ve BK m. 49 anlamında manevi tazminat davası açabilir. Hekim sır saklama yükümlülüğünü kasten veya ağır ya da hafif ihmalle ihlal edebilir. Hekimin sorumluluğunda kast veya ihmâl olmasının bir önemi yoktur. Ancak tazminatın hesaplanmasında önem taşırlar (BK. m. 43).

Hekim, hadım etme tıbbi işlemini uyguladığı hastasının kişisel veri niteliğinde olan hasta bilgilerini herhangi bir özel durum olmadan üçüncü kişilere, özel veya kamu hastanelerine hukuka aykırı olarak aktarması, hastanın bilgilerini ondan izin almadan hekim kendi reklamını yapmak amacıyla kullanması ve gerekli işlemler bittikten sonra hastanın kişisel verilerini yok etmemesi durumlarında TCK. m. 135 ve devamı maddelerine göre cezalandırılırlar. TCK. m. 136'da, “ kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” hükmüne dayanılarak hekimin cezalandırılması yoluna gidilebilir. Bu suç grubu şikâyete bağlı olduğundan(TCK. m.139) hadım etme işlemi dolayısıyla öğrenilen kişisel verilerin üçüncü kişilere yayan hekim, yardımcı personel sağlık çalışanları kısacası hastanın bilgilerini yaptıkları iş gereği kolayca elde edebilecek kişiler suçun faili olabilirler. Hastanın veya yakınlarının bu kişilere karşı mutlaka şikâyetçi olmaları gerekmektedir.

Kişisel verilerin yayılması suçu, kamu hastanelerinde çalışan personel veya yaptıkları iş dolayısıyla söz konusu verileri kolayca elde edebilenler söz konusu olduğunda ceza yarı oranında artırılır (TCK. m.137).

Hastaya ait sırların hukuka aykırı olarak (kanuni zorunluluklar dışında) açıklanması halinde hekime Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliğinin 5/c maddesine göre, “**geçici meslekten men cezası**” verilebilir. Geçici meslekten men cezası, oda bölgesinde 15 günden altı aya kadar meslek uygulamasında alıkonulmayı kapsar. Bu cezayı alan kimseler, bu süre zarfında Türkiye'nin hiçbir yerinde muayene açamaz, herhangi bir yolla mesleğini uygulayamaz, resmi kurum veya kuruluşlarda da mesleğini yürütemez. Üç defa meslekten geçici alıkonanlar oda bölgesinde, sürekli olarak meslekten men edilirler.

Hekimin sır saklama yükümlülüğü için herhangi bir süre söz konusu değildir. Hatta bu yükümlülük hastanın ölümünden sonra da devam eder<sup>125</sup>. Bu

<sup>125</sup>Donay, s. 50; Laufs, s. 112.

## *Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*

borç hekimin yardımcı personeli içinde geçerlidir<sup>126</sup>. Hekimin sır saklama yükümlülüğünün hastanın ölümünden sonrada devam etmesi durumu daha ziyade hastanın manevi bütünlüğü kişilik haklarıyla ilgilidir. Öyle ki hastanın ölümünden sonra onun malvarlığı ile ilgili bir durum söz konusu ise veya mahkeme hekimi hastanın malvarlığı dolayısıyla dinleme gereği duyarsa hekim sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaz<sup>127</sup>.

Hasta hekim arasındaki ilişki sona erse de hekimin sır saklama yükümlülüğü devam eder (Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, m. 9). Hekimin sır saklama yükümlülüğü, hastanın ölümünden sonrada devam eder. Hekim hastasına ait bilgileri üçüncü kişilere söylememekle yükümlüdür<sup>128</sup>. Ancak bazı özel durumların söz konusu olması hallerinde özellikle mirasla ilgili olan durumlarda, hekimin sır saklama yükümlülüğü, ortadan kalkabilir. Ortadan kalkma sebebi, MK. m. 24 gereği hukuka uygunluk hallerinden olan üstün kişisel ve kamusal yarardan kaynaklanabileceği gibi bizzat ölenin kendi açık veya varsayılan rızasına dayanılarak hekim ölen hastasına ait bilgileri açıklayabilir<sup>129</sup>. Hekim, miras veya ölenin akrabalarının sağlığı ile ilgili alanlarda sır saklama yükümlülüğünden ayrılarak, hastasına ait bilgileri ilgili kişilere belirtmek zorundadır. Örneğin, Çocuk kendi babasının ölüm sebebini, babasından kendisine yapısal olarak hastalığın irsi olmasına rağmen hekimin ilgili kişiye babasının ölüm sebebini söylenmesi gerekir<sup>130</sup>. Burada hekimin, sır saklama yükümlülüğü bilgi talep edenin üstün yararından dolayı ortadan kalkmıştır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmasında açılacak tazminat davaları BK. m. 125 gereği on yılda zamanaşımına uğrarlar. Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği m. 10'a göre, “*meslekten alıkoyma cezası verilmesini gerektiren eylemlerin işlenmesinden itibaren beş yıl, diğer cezaların işlenmesinden iki yıl içinde soruşturma açılmasına dair yönetim kurulu kararı verilmemiş ise, bu suçlarla ilgili disiplin işlemi yapılamaz. Disiplin cezası gerektiren eylem, aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ve bu suç için*

<sup>126</sup>Belgesay, M.R, Tıbbî Mes'uliyet, İstanbul 1954, s. 145.

<sup>127</sup>Erlinger, Rainer/Bock, Rolf-Werner, “Die Verletzung der aertzlichen Schweigepflicht”, in: Gunter Widmaier, Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 1. Auflage 2006, München, pn. 110; LSG München, NJW 1962, 1789.

<sup>128</sup>Ulsenheimer, pn. 10.

<sup>129</sup>Ulsenheimer, pn. 10; BayObLG NJW 1987, 1492 f; OLG Naumburg NJW 2005, 2017, 2018; OLG München MedR 09, 49, 50; Bartsch, Herbert, Die Postmortale Schweigepflicht des Arztes beim Streit um die Testierfaehigkeit des Patienten“, NJW 2001, 862.

<sup>130</sup>OVG Lüneburg NJW 1997, 2468 ff.



*yasa daha uzun bir zamanaşımı süresi koymuş bulunuyorsa, bu zamanaşımı süresi uygulanır*” düzenlemesiyle hekimlere sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde uygulanacak yaptırım Hekimlik Meslek Kurallarında da yer verilmiştir.

Yataklı teşhis ve tedavi hizmeti veren hastane işleticileri de aynen hekimler gibi sır saklama yükümlülüğüne riayetle mükelleftirler<sup>131</sup>. Bunun yanı sıra, özel hastanede çalışan yardımcı personel de bu borç altındadır. Aksine hareket edecek olurlarsa, hasta veya kanuni temsilcisi tarafından özel hastane işleticisine karşı sözleşmeye aykırılığa istinaden dava açılabilir (BK. m. 100). Yardımcı personel için genel haksız fiil hükümlerine (BK. m. 41 vd.) istinaden, dava açılabilir<sup>132</sup>. Çünkü gizli kalması gereken bir sırrın açıklanması hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil eder.

Özel hastaneyle yapılan sözleşmenin içeriğine göre, tıbbî teşhis ve tedavinin gerçekleştirilmesi bir hekime bırakıldığı durumlarda teşhis ve tedavi faaliyetleri sırasında öğrenilen sırların ifşasında hem özel hastane hem de hekim sorumludur. Çünkü hekimin tıbbî teşhis ve tedavi faaliyeti sırasında, bu faaliyette görev alan özel hastane personeli hakkında hekime karşı Borçlar Kanununun 100. maddesi gereği dava açılabilir<sup>133</sup>.

Sır saklama yükümlülüğünün bir sonucu olarak, özel hastane işleticisinin, hasta, tarafından kendisine teslim edilen belge ve kayıtları başkalarına veremez. Fakat aynen hekim için açıklanan haklı sebeplerin varlığında özel hastane işleticisi kayıtları ve bilgileri verebilir. Bunlara örnek olarak, hekimin aleyhine açılan bir davada kendini savunmak zorunda kalması, bir ihbar yükümlülüğünün bulunması sebepleri gösterilebilir. Öyle ki ÖHT'nin 32. maddesine göre, durumundan kuşkulanan ve kimliği belli olmayan hastaları ve adli olaylar güvenlik makamlarına derhal bildirilir. İhbarı zorunlu hastalığa yakalanmış olanlardan iyileşmeden çıkanlarla, bulaşıcı hastalık taşıyıcıları ve gidecekleri yerlerin sorumlu müdür tarafından ilgili makamlara bildirilmesi de zorunludur (ÖHT. md.40). Yine, özel hastane işleticisinin sır saklama yükümlülüğü, kural olarak hastanın ölümünden sonra da devam eder<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> **Atabek, R**, Hastanelerin Sorumluluğu, İBD. C. 60, S. 10–11–12, 1986, s. 628–650.s. 648.

<sup>132</sup> **Uhlenbruck, W**, Der Krankenhausaufnahmevertrag, Köln 1960, s. 200.

<sup>133</sup> **Ayan**, s. 163.

<sup>134</sup> **Uhlenbruck**, s. 206.



## SONUÇ

Teşhis ve tedavi sözleşmesi gereği hekim, hastasına ait kişisel bilgilere istemeden de olsa vâkıf olur. Hekim öğrenmiş olduğu bilgileri, sözleşmenin gereği olarak üçüncü kişilere bildirmekle yükümlüdür. Hekimin sözü geçen yükümlülüğünün temeli, taraflar arasında yapılan sözleşmenin gereği olabileceği gibi TMK. m. 2’ e belirtilen dürüstlük kuralına da dayanmaktadır. Hekimin sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalktığı durumlara mevzuatta değişik kanunlarda yer verilmiştir. Sözü edilen hallerde ancak hekimin sır saklama yükümlülüğü kalkar. Ancak, sayılan bu haller dışında her zaman hekimin sır saklama yükümlülüğü devam eder. Sözü edilen yükümlülüğe aykırı davranan hekim, taraflar arasında yapılan sözleşme, sebebiyle hastasına karşı sorumludur. Eğer taraflar arasında herhangi bir sözleşme söz konusu değil ise, hekiminin sorumluluğu, BK. m. 41 anlamında, haksız fiil sorumluluğudur. Hekimin özel hastanelerde ifa yardımcısı olarak çalışması durumlarında, BK. m. 100 anlamında sorumluluğu söz konusu olur. Özel Hastane kanunda sayılı ruhsatlara ve izne göre açılacağından BK. m. 100/II anlamında yanında çalıştırdığı hekimin kusurlarından dolayı sorumsuzluk sözleşmesi yapamaz. Bunların yanı sıra, özel hastanenin de sözleşme gereği sorumluluğu söz konusu olacağından, özel hastane ve hekim, hastaya karşı eksik teselsül hükümleri kapsamında sorumludurlar.

***“Gerek sanatımın icrası sırasında gerek sanatımın dışında insanlarla münasebette iken etrafımda olup bitenleri görüp işittiklerimi bir sır olarak saklayacağım ve kimseye açmayacağım”***

**Hipokrat**

**KISALTMALAR**

- ABD** : Ankara Barosu Dergisi.  
**AD** : Adalet Dergisi.  
**BGH** : Bundes Gerichtshof(İsviçre Federal Mahkemesi).  
**BK** : Borçlar Kanunu.  
**bkz** : bakınız.  
**BVerfGE** : Bundes Verfassungsgerichtsentscheidung(Federal Mahkeme Kararı).  
**C** : Cilt.  
**Çev.** : Çeviren.  
**HD** : Hukuk Dairesi.  
**İBD** : İstanbul Barosu Dergisi.  
**İÜHFİM** : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.  
**KG** : Kastrasyon Gesetz ( Alman Hadım Etme Kanunu).  
**LG** : Landes Gericht( İlk Derece Bölge Mahkemesi).  
**m** : madde.  
**MedR** : Medizine Recht(Tıp Hukuku).  
**NJW** : Neue Juristische Wochenschrift.  
**NStR** : Neue Zeitschrift Strafrecht.  
**OLG** : Ober Landesgerichts(Yüksek Bölge Mahkemesi).  
**ÖHT** : Özel Hastahaneler Tüzüğü.  
**Parg.** : Paragraf.  
**S** : Sayı.  
**s:** : sahife.  
**TMK** : Türk Medeni Kanunu.  
**UHK** : Umumi Hıfzısıhha Kanunu  
**VersR** : Versicherung Recht( Sigorta Hukuku).  
**Y** : Yargıtay.  
**YKD** : Yargıtay Kararları Dergisi.

**KAMU HUKUKU >>**



## BAĞLILIK KURALI

Yrd. Doç.Dr. Berrin AKBULUT\*

### ÖZET

Bağlılık kuralı, suçun işlenmesine katkı sağlayan, ancak bu katkısı faillik niteliğine varmayan şeriklerin işlenen fiilden sorumluluğunu sağlamaktadır. Bu anlamda bağlılık kuralı, fail tarafından işlenmiş fiile katılmayı şart koştuğu gibi, şeriklerin sorumluluğunun işlenen asıl fiil kapsamında olduğu sonucunu da ortaya çıkarmaktadır. Bağlılık kuralı, fail tarafından gerçekleştirilen fiile bağlı olarak şeriklerin cezalandırılmasını sağladığı için, neyin kastedildiğinin, bağlılığın ölçüsünün ne olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu ölçü ceza kanunumuzun 40.maddesinde belirtilmiştir. Buna göre suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı gerekmektedir. Dolayısıyla failin fiili kasıtlı ve hukuka aykırı değilse suça iştiraktan ve şeriklerin sorumluluğundan söz edilemez. Failin kusur yeteneğine sahip olup olmaması suça katılanların sorumluluğu açısından önemli değildir. Bağlılık kuralında suça katılan her kişi kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır.

Türk Ceza Kanununun 40.maddesinde ayrıca özgü suçlarla ilgili belirleme yapılmıştır. Özgü suçlarda özel faillik niteliğine sahip olmayan kişilerin bu suçlarda fail olamayacağını, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olacağını ifade etmektedir. Bu suçlarda özel faillik niteliği taşımayan kişi azmettiren veya yardım eden olduğu için özgü suçlar bağlılık kuralı içinde düzenlenmiş ve bu kişilerin(özel faillik niteliği taşımayan) sorumlulukları da bağlılık kuralı gereğince olacaktır.

**Anahtar Kelimeler :** Bağlılık kuralı, faillik, şeriklik, şerik, özgü suçlar, azmettiren, yardım eden.

### THE RULE OF ACCESORİNESS

The Rule of Accessoriness maintains the responsibility of the related accomplices whose contribution to an offence does not reach to the level of perpetration. In this sense, the Rule of Accessoriness does not only not require the participation to the act committed by the perpetrator, but also ascertains that the responsibility of the accomplices is also in the scope of the primary act. Since the Rule of Accessoriness enables to punish the accomplices according to the act committed by the perpetrator, it is necessary to determine what is intended and the criteria of the Accessoriness (attachment). This criteria is designed in Article 40 of our Penal Code. According

\* Selçuk Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim Üyesi.

*to this Article, the existence of an intentional and unlawful act is required for the participation to an offence. Therefore, there is no participation to an offence or responsibility of accomplices unless the act of the perpetrator is intentional and unlawful. In terms of the responsibility of participants, it is also not important whether the perpetrator has the capacity of culpability. According to the Rule of Accessoriness, each participant would be punished according to their own culpable act.*

*Article 40 of Turkish Penal Code also brings a specific provision regarding to the Peculiar Offences. According to this provision, those, who are not eligible to be a perpetrator of a peculiar offence, can only be responsible as an instigator or an aider in terms of this peculiar offence. Since these non-eligible individuals are instigators and aiders in peculiar offences, their responsibility would also be determined in accordance with the Rule of Accessoriness...*

**Key Words :** *The Rule of Accessoriness, Perpetration, Accompliceness, Accomplice, Peculiar Offences, Instigator, Aider*

## **GİRİŞ**

Suçun kanuni tanımında kural olarak, fiilin bir kişi tarafından tek başına gerçekleştirilmesi esas alınmaktadır. Ancak somut olayda suçlar çoğunlukla birden çok kişinin katılımıyla gerçekleştirilmektedir. Suçun gerçekleştirilmesi açısından yapılan katkılar ise aynı değere sahip bulunmamaktadır. Bazıları suçun kanuni tanımına uygun katkı niteliği taşıırken, bazıları da suçun gerçekleştirilmesi açısından değer taşımakla birlikte korunan hukuki değeri doğrudan ihlal etmemektedir. Dolayısıyla faillik niteliğinde katkı sağlayan kişiler kanuni tanım gereğince cezalandırılırken, katkıları faillik niteliğinde olmayan, şerik olarak nitelendirilen kişiler özel kısımda düzenlenen norma dayanılarak sorumlu tutulamamaktadırlar. Bunun için kanunlar genel kısma iştirakle ilgili hükümler koymakta ve fail dışında şeriklerin de cezalandırılacağını hükme bağlamaktadırlar.

Bağlılık kuralı, faillik ile şeriklik arasında ayırım yapıldığı sistemlerde katkıları faillik niteliğinde olmayan kişilerin, işlenen fiilden sorumluluğunu sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle fail olamayan kişinin işlenen fiilden sorumluluğu bağlılık kuralıyla mümkün olmaktadır. 765 sayılı Kanunda bağlılık kuralı açıkça düzenlenmemiştir. Söz konusu kanunda ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin ortaklara uygulanmasıyla ilgili hükümler bulunmakta, ancak düzenlemeler eleştirilmekte ve sorunlar ortaya çıkarmaktaydı. Yürürlüğe giren 5237 sa-

## **Bağlılık Kuralı**

yılı Kanun, 40.maddesiyle bağlılık kuralını açıkça mevzuatımıza dahil etmiştir. Şeriklerin işlenen suçtan sorumlu olması için aranan şartların neler olduğu açıkça ifade edilmiş ve kusurluluk ile kişisel cezazırlık nedenlerinin ilgili için sonuç doğuracağı, diğerleri içinse göz önüne alınmayacağı belirtilmiştir. Ancak şeriklerin sorumluluğunun kaynağının kanunda açıkça düzenlenmiş olması ve bununla ilgili belirlemelerin yapılmış bulunması, doktrinde şeriklerle ilgili yaşanan sorunları tamamen ortadan kaldırmamıştır. Doktrinde yaşanan bu durum uygulama için de sorun doğuracak niteliktedir. Özellikle bu durum nitelikli unsurların şeriklere uygulanıp uygulanmayacağıyla veya kime uygulanacağıyla ilgilidir.

5237 sayılı Kanun bağlılık kuralı çerçevesinde özgü suçlarla ilgili de belirlemeler yapmış, ancak getirilen düzenleme kast unsuru açısından somut olayda sorunlar ortaya çıkaracak niteliktedir.

Hazırlanan bu çalışmayla bağlılık kuralının içeriği, ortaya çıkardığı sorunlar ve çözüm önerileri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

## **I.TARİHİ GELİŞİM**

Bağlılık kuralı, şeriklerin sorumluluğuyla ilgili olduğundan suça iştirak eden kişilerin katkıları arasında ayırım yapılması düşüncesine ilk olarak Roma Hukukunda rastlamaktayız. Roma Hukukunda iştirak şekilleri arasında ayırım yapılmakla beraber, kullanılan kavramlar gündelik dilden hukuk literatürüne geçtiği için bugünkü anlamda faillik-şeriklik ayırımından bahsetmek mümkün değildir<sup>1</sup>. Söz konusu hukukta tek tip fail<sup>2</sup> sistemine rastlandığından, suça katılan herkese aynı ceza veriliyordu<sup>3</sup>. Şerikler cezalandırılmalarını failin esas fiilinden almadıkları için de bağlılık kuralının bu dönemde uygulandığını söylemek mümkün değildir.

<sup>1</sup> Özgenç, İzzet, Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s.24.

<sup>2</sup> Tek tip fail, suça katılanlar arasında ayırım yapmayan sistemdir. Neticenin oluşumuna sebebiyet veren herkes bu sistemde faildir. Tek tip fail kavramı, geniş fail kavramına dayanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Dritte, überarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 2005, s. 350, 351; Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1988, s. 583vd.; Roxin, Claus, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar(Erster Band), 11., neu bearbeitete Auflage, Berlin 2005, Vor §25, kn 3vd.

<sup>3</sup> Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C. II), Yeni-den Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul 1997, 453; Özgenç, Suça İştirakin, s. 24.

Cermen Hukukunda ilk zamanlar cezalandırma yalnızca faille ilgili olarak kabul edildiğinden, azmettiren veya yardım edenin sorumluluk açısından dikkate alınması söz konusu değildi. Daha sonraları azmettiren veya yardım eden kişinin cezalandırıldığı görülmekle birlikte, şeriklik halleri Cermen Hukukunda müstakil suç olma özelliğine sahipti<sup>4</sup>. Bu durum Cermen Hukukunda şeriklerin sorumluluğunun tespitinde bağıllık kuralının uygulanmadığını göstermektedir.

Ortaçağ İtalyan hukukçuları tarafından bağıllık kuralının tanınıp tanınmadığının tartışmalı olduğu belirtilmekle beraber, bazı yazarlar tarafından bağıllık kuralıyla ilgili tespitler yapıldığı, dolayısıyla da bağıllık kuralının bu dönemde şeriklerin sorumluluğunun açıklanmasında ileri sürüldüğü ifade edilmektedir<sup>5</sup>.

Müşterek Ceza Hukuku devrinde ortaçağ İtalyan hukukçularının görüşleri etkili olmuş, yeni bir fikir ortaya atılmamış, İtalyan hukukçularının görüşleri çok az farkla tekrarlanmıştır<sup>6</sup>.

Aydınlanma devrinde ise, bazı yazarlar(Bauer, Luden, Birkmeyer gibi) tarafından şeriklerin cezalandırılmasının bağıllık prensibi sayesinde mümkün olduğu belirtilmiştir<sup>7</sup>.

Ceza hukukçuları tarafından bağıllık kuralının ifade edilmesi, fail kavramına verilen anlamla yakından ilgilidir. Tek tip fail sisteminin<sup>8</sup> veya geniş fail

<sup>4</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s. 24-26.

<sup>5</sup> Bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s.27,28. Ancak doktrinde bazı yazarlar tarafından bağıllık kuralının Almanya’da ortaya atıldığı ve uzun süre kabul gördüğü ifade edilmektedir: Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2008, s. 277.

<sup>6</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.28.

<sup>7</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.34,36, 46.

<sup>8</sup> 5326 sayılı Kabahatler Kanunu da suçun işlenişine katılan herkesin fail olarak idari para cezası ile cezalandırılacağını belirterek tek tip fail sistemini kabul etmiştir. Dolayısıyla kabahat teşkil eden fiilin gerçekleşmesine katılan herkesin katkısı illi nitelik taşımaktadır. Katılanlar arasında sorumluluk açısından fark yaratılmamaktadır. Bu çerçevede fiilin gerçekleşmesinin kimin hareketinden kaynaklandığının tespiti, yani kimin fail(doğrudan, müşterek) olduğunun ya da şerik olarak kabul edileceğinin belirlenmesi gerekmemektedir. Önemli olan kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olmasıdır(m.14). Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu(Kabahatler Kanunu) da tek tip fail sistemini kabul etmiştir. Ancak pratikteki farklılaştırma ihtiyacının Kabahatler Kanunu için bile gerekli olabileceği ifade edilmektedir. Nitekim söz konusu Kanundaki tek tip fail prensibini uygulama gevşetmiştir. Kabahatler Kanununun 14. maddesine göre başkasının düzene aykırılığına iştirak etmek için, o kimsenin de kasten hareket etmesi şartı aranmıştır. Almanya’daki düzenleme için bkz.: Gropp, s.350, 351.



## **Bağlılık Kuralı**

kavramının<sup>9</sup> kabul edildiği hallerde bağlılık kuralının varlığı söz konusu değildir<sup>10</sup>. Geniş fail kavramını kabul eden görüş, bağlılık prensibinin, şerikliğin faillğe göre tali, bağımlı iştirak şekilleri olduğunu izah edemediğini ileri sürmektedir<sup>11</sup>. Bununla beraber cezanın tespitinde iştirak şekillerinin göz önüne alınması, bu durumun bağlılık prensibi çerçevesinde yorumlanıp yorumlanmayacağı tartışmasını doğurmaktadır. Örneğin tek tip fail sistemini kabul eden Avusturya'da, faillik şekilleri cezanın tayini açısından da önem taşımakla birlikte, 12- 14. maddelerin yardımın bağlılığı sistemine göre yorumlanıp yorumlanamayacağı konusunda ciddi tartışmalar bulunmaktadır<sup>12</sup>. Buna karşın dar fail kavramının kabul edildiği durumlarda, iştirakte şerikliğin bağlılığı geçerlidir<sup>13</sup>. Çünkü bu görüşe göre, ceza kanununda yer alan kişi, kimse ibareleri suçun oluşmasında katkı sağlayan her kişiyi değil, bilakis suçun kanuni tanımına uygun katkıyı gerçekleştiren kişiyi ifade etmektedir. Dolayısıyla özel kısımda faili ifade eden norma dayanılarak şerikler cezalandırılmazlar. Bunun için kanunlar genel kısımda iştirake ilişkin hükümler koymakta ve faillik ile şeriklik arasında ayırım yapmaktadırlar<sup>14</sup>. İşte şerikliğe ilişkin genel kısımdaki hükümler, cezalandırmayı genişleten hükümlerdir<sup>15</sup>. Bu sistemde şeriklerin cezalandırılması, failin haksızlık teşkil eden fiiline katılmalarından kaynaklanmaktadır(bağlılık kuralı). Failin suç teşkil eden esas davranışı olmaksızın şeriklerin cezalandırılması mümkün değildir<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> Geniş fail kavramı, neticenin oluşumuna sebebiyet veren herkesi fail olarak kabul ettiği gibi, yani tek tip fail sistemini kabul ettiği gibi(fail-şerik ayırımı kabul etmiyor), suç ortaklarının sübjektif yönünden hareketle iştirak şekilleri arasında ayırma da gidebilmektedir. Geniş fail kavramını kabul eden yazarlar, suçun işlenişine bulunulan katkıları illi bakımdan eşit kabul etmekte beraber, iştirak şekillerini(azmettiren veya yardım edeni) cezanın hesaplanmasında dikkate alınacak kıstaslar, yani cezanın sınırlandırılması sebepleri olarak ifade etmektedirler. Dar-geniş fail kavramı konusundaki tartışma, ceza hukukçuları arasında 1930'lu yıllarda hakimdi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s. 52-57; Roxin, in: LK, Vor §25, kn. 9vd; Jescheck, s. 588, 589.

<sup>10</sup> Gropp, s. 350; Jescheck, s. 584. Ancak modern doktrin in giderek eşit sorumluluk esasına doğru kaydığı da bazı yazarlar tarafından ifade edilmektedir: Toroslu, s.280.

<sup>11</sup> Bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s.56.

<sup>12</sup> Gropp, s.351.

<sup>13</sup> Gropp, s.352. Ancak şu da ifade edilmelidir ki, Ceza Kanunlarında bağlılık kuralı kabul edilmekle birlikte yazarlar tarafından geniş fail kavramının kabul edildiği de görülmektedir. Çünkü bu yazarlara göre, faillik ile şeriklik arasındaki ayırımın tamamen kanun koyucunun eseri olduğunu, bağlılık prensibinin dahi böyle bir ayırımın ontolojik karaktere sahip olduğunu göstermediğini ifade etmektedirler. Bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s. 55, 66, 67.

<sup>14</sup> Faillik-şeriklik ayırımının yapıldığı sistemlerde bağlılık esasının geçerli olduğu ifade edilmektedir: Önder, Ayhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler(C.II, III), İstanbul 1992, s.437.

<sup>15</sup> Dar fail kavramıyla ilgili olarak bkz.: Toroslu, s.276; Gropp, s.352,353; Jescheck, s. 586, 587.

<sup>16</sup> Gropp, s. 380.

Ceza Hukuku doktrininde yaşanan bu gelişmeler kanunlaştırma faaliyetlerinde de etkili olmuş ve ülkeler kanunlarının genel kısmına iştirak ve dolaşısıyla şeriklikle ilgili hükümler koymuşlardır<sup>17</sup>. Kanunlarda faillik ile şerikliğin düzenleniş şekli ülkelerin bağlılık kuralını kabul edip etmediği tespit edilebilir. Dar fail kavramından hareket eden şekli objektif teorinin<sup>18</sup> etkilerinin görüldüğü 1768 tarihli Theresiana Ceza Kanunu, 1803 (1852) tarihli Avusturya Ceza Kanunları ve 1794 tarihli Prusya Ceza Kanunu fail-şerik ayrımına yer vermişlerdir. Ancak 1975 tarihli Avusturya Ceza Kanunu(m. 12-15) tek tip fail sistemini kabul etmiş, faillik şekilleri arasında cezanın tayini açısından da önemli olan bir ayırım kabul etmiştir<sup>19</sup>

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu dar fail kavramını kabul etmiş ve fail-şerik ayrımına yer vermişti. Fransız Ceza Kanunu, fail-şerik ayrımına yer vermekle beraber eşit ceza verilmesini de kabul etmişti. Doktrin, faillik ile şe-

<sup>17</sup> İştirake ilişkin hükümler ilk defa ortaçağ İtalyan hukukçularının görüşleri doğrultusunda hazırlanan 1507 tarihli Bambergensis ve 1532 tarihli Carolina Ceza Kanunlarında genel hükümler şeklinde düzenlenmiştir: Özgenç, Suça İştirakin, s.36,37.

<sup>18</sup> Failli ile şerikliğin sınırlandırmasında şekli objektif teori, maddi objektif teori, aşırı subjektif teori ve objektif ve subjektif teorileri bir araya getiren fiil hakimiyeti teorisi söz konusudur. Dar fail kavramından hareket eden şekli objektif teori, faillik ile şerikliğin ayrımında kanunun düzenleme şeklini esas almaktadır. Bu görüşe göre, özel kısımda tanımlanan suçun kanuni tanımında yer alan hareketi bizzat (en azından kısmen) gerçekleştiren kişi fail, diğer tüm yardım edenler ise şeriktir. Maddi objektif teori ise, fiile yapılan katkının tehlikeliliğini esas almak suretiyle faillik ile şeriklik arasında ayırım yapmaktadır. Aşırı subjektif teori (kast teorisi de denilmektedir)geniş anlamda fail kavramından hareket etmekte ve suça katılanın hangi iradeyle davrandığına göre ayırım yapmaktadır. Bu teoriye göre, fail iradesiyle hareket eden(animus auctoris), bir başka ifadeyle fiili kendisi için isteyen kişi fail, buna karşılık suç ortağı iradesiyle (animus socii) hareket eden, yani fiili başkası için isteyen kişi ise şeriktir. Fiil hakimiyeti teorisi ise, objektif teori ile aşırı subjektif teorinin sentezinden oluşturulmuş ve Roxin tarafından geliştirilmiştir. Bu teoriye göre, tipik olayın gelişimini dizginleyebilme durumunda olan kişi fail, bunun dışındakiler ise şeriktir. Yazar'a göre faillik asli ve dar bir kavramdır. Buna karşılık, şeriklik tali bir kavramdır ve cezanın genişletilmesi sebebi teşkil etmektedir. Fiil hakimiyeti çerçevesinde hareket hakimiyeti, irade hakimiyeti ve fonksiyonel fiil hakimiyeti ayırımı yapılmaktadır. Faillik ve şerikliğin sınırlandırılmasındaki teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Gropp, s.354 vd.; Roxin, in: LK, Vor §25, kn.3 vd.; Cramer, Peter-Heine, Günter, in: Schönke, Adolf-Schröder, Horst-Cramer, Peter, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. neubearbeitete Auflage von Leckner, Theodor-Eser, Albin-Stree, Walter-Eisele, Jörg-Heine, Günter-Perron, Walter- Sternberg-Lieben, Detlev-Schittenhelm, Ulrike, München 2006, Vorbem §§ 25 ff., kn. 53vd.; Erdem, Mustafa Ruhan, "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı", HPD, 2005, S. 5, s. 205,206; Lackner, Karl-Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26.Auflage, München 2007, Vor §25, kn.4; Jescheck, s.586 vd.; Tröndle, Herbert-Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006, kn.2.

<sup>19</sup> Gropp, s.351.

## **Bağlılık Kuralı**

riklik arasındaki ayrımı objektif görüşe göre yapmaktaydı<sup>20</sup>. Nitekim Fransız Ceza Kanunu'nda açık hüküm bulunmamasıyla beraber, doktrinin söz kanundaki düzenlemeden sınırlı bağlılık prensibini geliştirdiği ifade edilmektedir<sup>21</sup>. Uygulama ise geniş ölçüde subjektif görüş doğrultusunda karar vermekle beraber<sup>22</sup>, objektif görüşü uyguladığı kararları da bulunmaktaydı<sup>23</sup>.

1975 yılına kadar yürürlükte kalan 1871 tarihli Almanya İmparatorluk Ceza Kanunu da faillik-şeriklik ayrımı kullanmaktaydı. Söz konusu Kanunda 1943 yılında yapılan değişikliğe kadar katı bağlılık kuralının esasları geçerli olmuştur. Bu değişiklikten sonra sınırlı bağlılık kuralının esasları uygulanmaya başlanmıştır<sup>24</sup>.

İngiliz Hukukunda da faillik-şeriklik ayrımı yapılmış ve bu ayırmada objektif görüş esas alınmıştır. Bunun doğal sonucu olarak da İngiliz Hukukunda bağlılık kuralı geçerli olmuştur<sup>25</sup>.

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu faillik-şeriklik ayırımına (asli-fer'i iştirak) yer vermekle beraber, bu Kanunu yürürlükten kaldıran ve 1930 yılında yürürlüğe giren İtalyan Ceza Kanunu tek tip fail sistemini kabul ederek faillik-şeriklik ayırımına kanunda yer vermemiştir. Monist bir anlayışın ürünü olduğu belirtilerek söz konusu kanunun ortakların cezai sorumluluğunu, neticenin oluşumunda hukuki nedenselliğin tekliği ilkesine bağladığı ifade edilmektedir<sup>26</sup>. 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, 1889 tarihli Zanardelli Kanununun iştirakle ilgili hükümlerinin kişi özgürlük ve güvenliğini korumak için yapıldığını, ancak bu düzenlemelerin hayatın gerçeklerine uymadığını, iştirakin bir bütün olduğunu, suça katılanlar arasında ayırım yapılamayacağını, dolayısıyla faillerin sorumluluğunun ilke olarak eşit olması gerektiğini kabul etmiştir. Ancak tüm faillerin hareketlerinin değerinin fiilen eşit olmasının mümkün olması nedeniyle faillerin suçtaki rollerine göre cezanın tespitinde hakime tak-

<sup>20</sup> Jescheck, s. 599.

<sup>21</sup> Bkz.:Özgenç, Suça İştirakin, s. 38, dip not 88.

<sup>22</sup> Ancak sert eleştiriler bulunuyordu: Jescheck, s.599.

<sup>23</sup> Nitekim Fransız mahkemeleri tarafından sınırlı bağlılık kuralının tatbik edildiği ifade edilmektedir: Kunter, Nurullah, "Suçortaklığında Sorum ve Ceza", İÜHFİM, 1947, C. XIII, S.1-4, s. 75.

<sup>24</sup> Jescheck, s. 593.

<sup>25</sup> Jescheck, s.599.

<sup>26</sup> Yalçın Sancar, Türkan, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 45

dir yetkisi verilmiştir<sup>27</sup>. Daha az aktif veya daha tehlikeli şerikler bakımından ceza adaletinin sağlanması için İtalyan Ceza Kanununda basit bazı istisnalar öngörüldüğü ifade edilmektedir<sup>28</sup>.

Aynı şekilde 1930 tarihli Danimarka Ceza Kanunu<sup>29</sup> ve Brezilya Ceza Kanunu<sup>30</sup> tek tip fail sistemini kabul etmişlerdir.

Türk Hukuku açısından tarihi gelişime bakıldığında, İslamiyet'in kabulünden önce kurulmuş olan Türk devlet ve topluluklarında Ceza Hukuku kapsamına giren müesseselerin ve suçların olduğu kabul edilmekle birlikte, bu konuda yapılmış araştırmalar olmadığı için<sup>31</sup> çalışmalarda kullanılacak somut bilgiler bulunmamaktadır.

İslamiyet'in kabulünden sonra, Türk Hukukunda da İslam Hukuku kuralları uygulanmış, ancak bu kuralların yanında kanunnamelere dayanan bir Ceza Hukuku da ortaya çıkmıştır<sup>32</sup>. İslam Hukuku çerçevesinde iştirakle ilgili hükümler incelendiğinde, öldürme suçuyla ilgili olarak fail ve yardım eden ayrımının yapıldığı, iştirak şekillerinin fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakiyet ölçü alınarak belirlendiği, yardım eden kişinin cezasının failden farklı olarak verildiği görülmektedir. Ayrıca failin gerçekleştirdiği öldürme suçunun kasten işlenmesi ve iştirakin de kasten yapılması gerekmektedir<sup>33</sup>. Kanunlaştırma faaliyetleriyle ilgili olarak iştirakle ilgili hükümlere ilk defa 1267 hicri (M.1851) Kanun-ı Ceditte yer verilmiştir. Bu Kanun, fasl-ı evvel kısmında (14. ve 15. maddelerde) iştirak ve azmettirmeyle ilgili hükümlere yer vermiştir. 14. madde iştirak halinde işlenen öldürme suçunda azmettirenin, failin ve yardım edenin sorumluluğunu düzenlemektedir<sup>34</sup>. Burada fail ile suçta katılanlar arasında ayırım yapılmıştır. Ayrıca azmettirenin ve yardım edenin sorumluluğu için öldürme suçunun kasten işlenmesi gerekmektedir. Ancak gerek az-

<sup>27</sup> Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 3.Baskı, Ankara 2005, s. 472.

<sup>28</sup> Yalçın Sancar, s.60.

<sup>29</sup> Roxin, in: LK, Vor §25, kn. 13.

<sup>30</sup> Jescheck, s. 599.

<sup>31</sup> Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C. I), 13. Tıpkı Bası, İstanbul 1997, s.115.

<sup>32</sup> Dönmezer-Erman,C.I, s.115,121.

<sup>33</sup> Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Konya 2008, s.78,79.

<sup>34</sup> Bkz.: Gökçen, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s.108.

## **Bağlılık Kuralı**

mettirenin gerekse yardım edenin sorumluluğu (1 seneden 5 seneye, 1 seneden 3 seneye kürek ve pranga cezası) faile (idam cezasına) göre farklı belirlenmiştir. 15. madde ise, kadınların fail olduğu öldürme suçuyla ve bir başkasının fiiline kadının yardımıyla ilgili düzenlemeyi içermektedir. Madde, kadının yardım eden olması halinde ıslah oluncaya kadar hapsedileceğini düzenlenmekteydi. Bu düzenlemeler çerçevesinde 1267 tarihli Kanun açısından bağlılık kuralının geçerli olduğunu söylememiz mümkündür.

1810 Fransız Ceza Kanununun tercümesi olan ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girinceye kadar uygulanan 1274 tarihli Ceza Kânunname-i Humâyûnun 45. maddesinde iştirakle ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Bu madde daha sonra 22 Mayıs 1327 (4 Nisan 1911) tarihinde değişikliğe uğramıştır. Bu madde hemfiiller (değişiklikten önce müşterek failler) ile feran zimthal olanlar(şerikler) arasında ayırım yapıyordu<sup>35</sup>. 45. madde azmettirmeyi faillik olarak değil, şeriklik olarak kabul ediyordu<sup>36</sup>. Bu belirlemelerden Kanunnamenin dar fail sistemini, dolayısıyla da bağlılık kuralını benimsediği sonucu ortaya çıkmaktadır.

1889 İtalyan Ceza Kanununun 63 ve devamı maddelerinin tercümesi niteliğindeki 765 sayılı ve 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, 64 ve devamı maddelerinde iştirakle ilgili hükümlere yer vermiştir. Düzenlemede asli iştirak-fer'i iştirak ayırımı yapılmış, azmettirme asli iştirak kapsamında düzenlenmiştir(m. 64). Ayrıca şahsi ve fiili sebeplerin ortaklara sirayeti(m. 66, 67), suça katılanların cezalarının işlenmiş fiile göre tespit edileceği hükme bağlanmıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda bağlılık kuralıyla ilgili açık bir hükme yer verilmemekle birlikte, belirtilen düzenlemelerden Kanunumuzun iştirakte bağlılık kuralını kabul ettiği ifade edilmiştir<sup>37</sup>.

Ceza Kanununun değiştirilmesi için hazırlanan Tasarılar da 765 sayılı Kanunda olduğu gibi iştirak şekilleri arasında ayırım yapılmış, ancak bağlılık kuralıyla ilgili açık bir hükme yer verilmemişti. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun komisyon çalışmaları sırasında daha önceki Tasarılar da bulunmayan bağlılık kuralı iştirak hükümleri içerisine ilave edilerek kanunlaştırılmıştır. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bağlılık kuralını açıkça düzenleyerek, kapsamına nelerin girdiğini hükme bağlamıştır.

<sup>35</sup> Kunter, s. 77.

<sup>36</sup> Taner, Tahir, Ceza Hukuku, Umumî Kısım, İstanbul 1949, s. 531, dip not 1.

<sup>37</sup> Önder, C.II-III, s. 446.

## II. TANIM VE NİTELİĞİ

Ceza Hukukunda suçun kanuni tanımına dayanarak, bu tanıma uygun katkıyı sağlayan kişi cezalandırılabilir (dar fail kavramı). Suça katılan diğer kişilerin suç tipini düzenleyen norma dayanılarak cezalandırılması söz konusu değildir. Ancak failin dışında suçun gerçekleşmesine katkı sağlayan, ama bu katkısı suçun kanuni tanımına uygun olmayan diğer kişi veya kişilerin ihlal edilen fiilden sorumlu olmaları gerekmektedir.

Fail dışında suça katılan kişiler şerik olarak isimlendirilmektedir<sup>38</sup>. Dar fail kavramının söz konusu olduğu sistemde, kim failse, şerik değildir veya fail olmayan sadece şerik olabilir kuralı geçerlidir<sup>39</sup>. Suç ortaklığı da denilen şeriklik kapsamına azmettiren ve yardım eden girmektedir. Bir başka ifadeyle şeriklik, azmettiren ve yardım etmeyi kapsayan üst bir kavramdır<sup>40</sup>. İşte ceza kanunlarının genel kısmındaki iştirakle ilgili hükümler, fail dışında suça katılan bu kişilerin cezalandırılmalarını sağlamaktadırlar. Bu özellikleri nedeniyle şerikliğe ilişkin hükümler sorumluluk alanını genişleten hükümler olarak kabul edilmektedir. Bu kabulün sonucu olarak, dar fail kavramının kabul edildiği bir iştirak sisteminde faillik asli nitelik taşıırken, şeriklik tali bir kavramdır<sup>41</sup>. Dolayısıyla fail tarafından suçun kanuni tanımına uygun hareket yapılmadığı sürece şeriklerin cezalandırılması söz konusu değildir<sup>42</sup>. İşte bağlılık kuralı, fail tarafından gerçekleştirilen fiile bağlı olarak şeriklerin cezalandırılmasını sağlayan kuralları ifade etmektedir. Şerikliğin bağlılığından dolayı, faillik olmadan şeriklik olmaz kuralı geçerlidir<sup>43</sup>. İşte bağlılık kuralı, suçun işlenmesine katkı sağlayan, ancak bu katkısı faillik niteliğine varmayan şeriklerin işlenen fiilden sorumluluğunu sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle şeriklik hallerinde her ne kadar şerikin bir fiil icra etmesi gerekliyse de, bu fiil kanuni tanımındaki haksızlığı gerçekleştirecek nitelikte olmadığı için<sup>44</sup>, fail olmayan kişinin, suç niteliği taşıyan fiilden sorumluluğu bağlılık kuralıyla müm-

<sup>38</sup> 765 sayılı Ceza Kanunumuz döneminde de kabul edildiği gibi fer'i kavramı da kullanılmaktadır. Tek tip fail sisteminin kabul edildiği ülkelerde de faillik arasında ayırım yapılırken değişik isimlere yer verilmektedir.

<sup>39</sup> Gropp, s.352.

<sup>40</sup> Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 1.

<sup>41</sup> Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 6.

<sup>42</sup> Bkz.: Yalçın Sancar, s.56, 57.

<sup>43</sup> Gropp, s. 352.

<sup>44</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.141.

## **Bağlılık Kuralı**

kün olmaktadır. Bu anlamda bağlılık kuralı, fail tarafından işlenmiş fiile katılmayı şart koştuğu gibi, şeriklerin sorumluluğunun işlenen asıl fiil kapsamında olduğu sonucunu da ortaya çıkarmaktadır

Şeriklik, kasıtlı olarak işlenen ve hukuka aykırı fiile faillik niteliğinde olmayan katkı sağlamak suretiyle kasıtlı hukuki değer ihlalidir. Bir başka ifadeyle şerik, suçun kanuni tanımına uygun davranmadan, suçun koruduğu hukuki değere dolaylı olarak, yani başkasının faillik niteliğindeki hareketine katkı sağlamak suretiyle saldırıda bulunduğu için cezalandırılmaktadır. Kanuni anlamda şeriklik, şerik kendisine karşı da korunan hukuki değeri ihlal ettiği takdirde mevcut olabilir. Talep üzerine öldürmede mağdur ölmediği takdirde, kendisinin öldürülmesini talep eden kişi azmettirmeden dolayı cezalandırılmaz. Çünkü saldırılan yaşam, kendini öldürmenin cezasızlığından dolayı öldürülmesini talep edene karşı ceza hukukuyla korunmamaktadır. Bu da göstermektedir ki, şerikliğin haksızlığının yalnızca bağlılık kuralıyla açıklanması ve esas fiilin haksızlığına dayandırılması doğru değildir. Aynı durum ajan provokatörlük açısından da geçerlidir. Dolayısıyla fail cezalandırılabilir bir haksızlık gerçekleştirmesine rağmen, katılma cezasız olabilir. Bir başka ifadeyle failin fiili haksızlık teşkil etmesine rağmen, şerikin fiili haksızlık teşkil etmeyebilir. Diğer taraftan şerikliğin haksızlığı, önemli ölçüde esas fiilin haksızlığıyla belirlenir. Bu da kasıtlı fiile katılmanın, her zaman yeterli olmadığı ama daima her bir şerikliğin cezalandırılması için zorunlu şart olduğunu göstermektedir. Esas fiile olan bu bağlılık, söylendiği gibi onun sadece gerçek tabiatından çıkmamakta, bilakis şerikliğin cezalandırılmasında bunun kanunen ölçü olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece cezalandırılabilir şeriklik, asli fiilin en azından teşebbüs aşamasında kalmasını şart koşar Böyle bir çözüm, şerikliğin haksızlığının failin fiilin haksızlığından tamamen bağımsız olduğu görüşünün doğru olmadığını gösterir. Aynı şekilde azmettirme ve yardımın cezasının, işlenen asıl fiil çerçevesinde belirlendiğini ve failin fiilin haksızlığının, şerikliğin haksızlığını sınırlandırdığını da ortaya koymaktadır<sup>45</sup>.

Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra, şeriklik bağlı hukuki değere saldırı (akzessorischen Rechtsgutsangriff) olarak tanımlanabilir. Çünkü şerik, doğrudan değil, başkasının faillik niteliğindeki hareketine katkı sağlamak suretiyle korunan hukuki değere saldırıda bulunmaktadır. Hukuki değere saldırı kavramı, şerikliğin cezalandırılmasının esas nedenini açıkladığı gibi, şeriklik

<sup>45</sup> Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 1,2,3,4.



haksızlığının bağımsız unsurlarının içerik itibariyle kurulmasını da sağlamaktadır. Bu kavrama bağlı sıfatının eklenmesi, cezayı gerektiren şerikliğin sadece suçun kanuni tanımına uygun davranan faille mümkün olabileceğini ortaya koymaktadır. Bir başka ifadeyle bağlı kavramı, şeriklik haksızlığının büyük ölçüde asıl fiil haksızlığıyla belirlendiğini ve şeriklik kavramının faillik karşısında tali bir kavram olduğunu açıklamaktadır. Ki bu suretle şeriklik asli failliği tamamlamaktadır<sup>46</sup>.

Ancak doktrinde şerikliğin cezalandırılmasının nedeni tartışmalıdır ve bu konuda değişik görüşler ileri sürülmektedir.

Bağlılık kuralına dayalı sebebiyet veya nedensellik teorisi (Die akzessorietätorientierte Verursachungstheorie) bugün hakim olan görüştür<sup>47</sup>. Bu görüşe göre, özünde şeriklik başkasının hukuki değer ihlaline katılmadır. Şeriklikle ilgili hükümler, faillik karşısında cezayı genişleten nedenlerdir. Sebebiyet teorisine göre, şerikliğin cezalandırılması nedeni, şerikin asıl fiil için ya suç işleme kararını uyandırması veya faili fiziki/psikolojik olarak desteklemesi suretiyle nedensel olmasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu görüşün temelinde şerikin kendisinin suç tipine ait normu ihlal etmesi değil, aksine onun haksızlığı failin norm ihlaline katkı sağlamasında yatmaktadır. Bu görüş tamamen bağlılık kuralını ön plana koymaktadır. Şerikliğin haksızlığı, asıl fiilin haksızlığına bağlıdır. Dolayısıyla da sebebiyet teorisi, şerikliğin bağımsız unsurlarını ihmal etmektedir. Bu nedenle şerikin de neden olduğu asıl fail tarafından işlenen haksızlık, hakim olan görüşe göre hareketin ve neticenin haksızlığından oluşmaktadır<sup>48</sup>. Jescheck'e göre şerikin haksızlığı, failin norm ihlaline katkı sağlamasından kaynaklanmaktadır. Bu yüzden şerikin fiilinin haksızlığı sebep ve ölçüsüne göre asıl fiilin haksızlığına bağlıdır. Maurach/Gössel ise, şerikliğin ceza nedenini, başkasının haksızlığının desteklenmesi veya buna sebep olunması olarak görmekteirler<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 7.

<sup>47</sup> Hukukumuzda da kabul edilen görüştür: Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Bası, Ankara 2009, s. 486, 487; Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2009, s. 417.

<sup>48</sup> Bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 17; Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 17

<sup>49</sup> Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 17.



## **Bağlılık Kuralı**

Eski görüşlere dayanarak belirleme yapan kusura veya haksızlığa iştirak teorisi (Die Schuld-bzw. Unrechtsteilnahmetheorie), şerikliğin cezalandırılma nedenini, failin kusurluluğunda şerikin sorumlu olmasında veya (yardım eden olarak) sorumluluğu paylaşmasında görmektedir: Azmettirenin hukuki değere saldırısı çok yoğun olmasa da, yani onun öldürmeyi gerçekleştirdiği söylemese de, katili yarattığı söylenebilir. Bu görüş çoğunlukla reddedilmektedir. Zira yardım eden için kusura iştirak teorisi bariz şekilde eksiktir. Bunun haricinde de kanunun düzenlemesiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü kanuna göre kusursuz işlenen bir fiile şerik olarak katılmak mümkündür. Ayrıca düzenleme herkesin kendi kusuruna göre cezalandırılacağı esasını ifade etmektedir<sup>50</sup>.

Diğer bir teori saf sebebiyet teorisidir(Die reine Verursachungstheorie). Schmidhäusers ve Lüderssen tarafından kısmen farklı sebeplerle ve farklı sonuçlarla savunulmaktadır<sup>51</sup>. Bu teori, şeriklikte bağımsız şeriklik suçu gören anlayıştır. Bu teoriyi savunanlara göre, şerik haksızlığı tamamen bağımsızdır. Şeriklik, tüm cezalandırılabilirlik şartlarında asıl fiilin haksızlığından türetilmez. Bu teorisinin savunucularından Lüderssen'e göre, şerikliğin ceza sebebi başkasının haksızlığına sebebiyet verilmesi değil, bilakis şerik tarafından haksızlığın bizzat gerçekleştirilmesidir<sup>52</sup>. Örneğin intihar etmek ceza hukuku anlamında suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak intihar eden kişinin hayatı dışarıdakilere karşı korunmaktadır. Dolayısıyla, intihar edenin yardım edeni asıl suçun failidir. Ama bu suç da intihar edenin yardımıyla gerçekleştirilmektedir<sup>53</sup>. Yazar bağımsız şeriklik haksızlığını benimsediğinden, bağlılık kuralının rolünü kabul etmemektedir<sup>54</sup>. Schmidhäusers'e göre, asıl failin hukuki değeri ihlal ettiği ve şerikin ona katıldığı doğru değildir. Bilakis şerik hukuki değeri bizzat ihlal etmektedir. Yazar için bağlılık kuralı, ceza kanununun şerik suçunu geniş ölçüde işlenmiş asıl fiile bağlı yapması şartıyla, bir nevi cezalandırılabilirlik koşuludur<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 19.

<sup>51</sup> Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 12.

<sup>52</sup> Gropp, s.381.

<sup>53</sup> Karşılaştırmız Gropp, 381; Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 14.

<sup>54</sup> Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 14; Özgenç, Suça İştirakin, s. 141, dip not 48.

<sup>55</sup> Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 12.

Bizim de kabul ettiğimiz bağlı hukuki değere saldırı teorisi<sup>56</sup>, saf sebebiyet teorisi ve bağıllık kuralına dayalı sebebiyet teorisinin arasında yer almaktadır. Bu teori her iki görüşün tek taraflılığını reddeder. Şerikliğin haksızlığı kısmen failin fiilinden, kısmen de katılanın kendisinin hukuki değere saldırısından türetilir. Yani hem cezalandırılabilir şerikliğin bağlı olmasını hem de daima bağımsız hukuki değere saldırı ihtiva etmesini ister. Yani bu teori karma sebebiyet teorisidir. Bugün şerikliğin cezalandırılması nedeniyle ilgili tartışmalar, teoriler noktasında olmayıp (çünkü failin kusuru aranmıyor), sebebiyet teorisi çerçevesinde, şerikliğin haksızlığının bağımsız mı yoksa failin fiilinden mi türetilip türetilmeyeceğiyle ilgilidir<sup>57</sup>. Aynı durumun şerikliğin sorumluluğunda failin kusurluluğunu aramayan hukukumuz açısından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Ancak şeriklerin cezalandırılmasının esasıyla ilgili teorik tartışmalara çok fazla rastlamamaktayız. Bu durum özellikle 765 sayılı Kanun dönemi için geçerlidir. 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu konuyla ilgili belirlemeler yapılmaya başlanmıştır.

### **III. BAĞLILIK ŞEKİLLERİ**

Her şeriklik, bağılıdır. Yani failin işlediği fiile bağılıdır. Bağıllık kuralı, fail tarafından gerçekleştirilen fiile bağılı olarak şeriklerin cezalandırılmasını sağladığı için, işlenen fiile neyin kastedildiğinin, bağıllığın ölçüsünün ne olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bağıllığın ölçüsü, kanun koyucunun düzenlemesine bağılıdır<sup>58</sup>. Bu ölçü, Ceza Kanunumuzun 40. maddesinde “suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir” şeklinde belirtilmiştir. Ancak doktrinde bağıllık kuralının ölçüsüyle ilgili değişik belirlemeler yapılmaktadır. Mayer tarafından bağıllık kuralının farklı dereceleri isimlendirilmiş ve tanımlanmıştır. Bu yazara göre şeriklikteki bağıllığın 4 farklı şekli bulunmaktadır<sup>59</sup>:

Asgari bağıllık kuralı(minimaler Akzessorietät), şeriklik için suçun kanuni tanımına uygun asıl fiilin varlığını yeterli kabul eder.

Sınırlı bağıllık kuralı(limitierter Akzessorietät), kanuni tanıma uygun fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesini şart koşar.

<sup>56</sup> Bkz.:Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 7. Aynı yönde bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 17a, 41; Lackner-Kühl, Vor §25, kn.9.

<sup>57</sup> Bkz.: Roxin, in: LK , Vor §26, kn. 22.

<sup>58</sup> Bkz.: Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 23

<sup>59</sup> Bkz.: Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 23; Önder, C. II-III, s. 448,449.

## **Bağlılık Kuralı**

Ekstrem bağlılık kuralı(extreme Akzessorietät), cezalandırılabilir şerikliğın, fail tarafından gerçekleştirilen haksız ve kusurlu bir fiilin varlığına bağlı olduğunu benimser.

Aşırı bağlılık kuralı(Hyperakzessorietät), fail tarafından gerçekleştirilen haksız ve kusurlu fiilin dışında, cezayı ortadan kaldıran, cezayı artıran ve cezayı azaltan şartların şerike isnadiyetini de arar. Örneğin babasının parasını çalması için azmettirilen kişinin bu fiili gerçekleştirmesi durumunda fail cezalandırılmadığı için azmettirilen de cezalandırılmayacaktır.

Bu kurallardan asgari ve aşırı bağlılık kuralı ceza kanunlarındaki mevcut düzenlemeler gereğince doktrin tarafından kabul edilmemektedir. Zira yalnızca kanuni tanıma uygunluk cezalandırılabilirlik için yeterli değildir<sup>60</sup>. Keza cezalandırılabilirlikle ilgili şartlar da kanunlarda açıkça düzenlendiğinden yazarlar tarafından kabul edilmemektedir. Örneğin Ceza Kanunumuzun 167.maddesindeki düzenleme gibi. Sınırlı bağlılık ve ekstrem bağlılık kuralının ise doktrinde kabul edildiği görülmektedir. Nitekim 765 sayılı Kanun döneminde bağlılık kuralıyla ilgili kanunda açık hüküm bulunmaması nedeniyle her iki kuralın da doktrinde ifade edildiği tespit edilmektedir. Bazı yazarlar suça iştirak için, kasıtlı ve hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesini arayarak, failin kusur yeteneğine sahip olmasının şerikler yönünden önem taşımadığını belirterek sınırlı bağlılık kuralını kabul etmişlerdir<sup>61</sup>. Bazı yazarlar ise ekstrem bağlılık kuralının varlığını arayarak şeriklik için asıl fiili gerçekleştiren kişinin kusur yeteneğine sahip olması gerektiği kanaatinde dirler<sup>62</sup>. 765 sayılı Kanun döneminde iştirakte suç birliğini benimsemeyen, işlenen suçun şerikin de suçu olduğunu belirten bazı yazarlar tarafından bağlılık kuralının ka-

<sup>60</sup> Önder, C.II-III, s.448.

<sup>61</sup> Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 422; İçel, Kayıhan-Sokullu-Akıncı, Füsün-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Mahmutoğlu, Fatih M.-Ünver, Yener, Suç Teorisi (2. Kitap), 2. Bası, İstanbul 2000, s. 371; Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri (C.I), Manisa 1982. Bazı yazarlar kastla ilgili açıkça belirleme yapmamakla beraber sınırlı bağlılık kuralını benimsedikleri sonucu ortaya çıkmaktadır: Erman, Sahir, "Suç Genel Teorisine İlişkin Bazı Meseleler", in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, s.87; Dönmezer-Erman, II, s. 484.

<sup>62</sup> Önder, C. II-III, s. 450; Erem, Faruk-Danışman, Ahmet- Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 385; Öztürk, Bahri, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2001, s. 268, Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler(I), Ankara 2002, s. 815,819.

bul edilmediği de görülmektedir<sup>63</sup>. Yargıtay ise bağlılık kuralı konusunda, önceleri ekstrem bağlılık kuralına öncelik verirken, daha sonra görüşünü değiştirek sınırlı bağlılık görüşünü benimsemiştir<sup>64</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 40.maddede bağlılık kuralı başlığı altında suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığını arayarak, failin kusur yeteneğine sahip olup olmamasının suça katılanların sorumluluğu açısından önemli olmadığını kabul etmiştir. Dolayısıyla Ceza Kanunumuz sınırlı bağlılık kuralını açıkça düzenleyerek, iştirakte suça azmettiren veya yardım eden olarak katılan kişilerin sorumluluğunun doğabilmesi için fail tarafından kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesini şart koşturmuştur. Dolayısıyla failin fiili kasıtlı ve hukuka aykırı değilse bu fiile iştirak edildiği ifade edilemez. Bir başka ifadeyle suç teşkil etmeyen fiile iştirak söz konusu değildir. Ayrıca 38. ve 39.maddelerde azmettiren veya yardım eden kişinin cezasının, işlenen suça göre belirleneceği belirtilerek şeriklikte sorumluluğun tespitinde bağlılık kuralının geçerli olduğu ifade edilmiştir. Böylece bağlılık kuralının, azmettiren ve yardım edenin sorumluluğunu sınırlandırdığı ortaya çıkmaktadır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, şeriklik haksızlığının yalnızca bağlılık kuralıyla açıklanması ve esas fiilin haksızlığına dayandırılması doğru değildir. Bununla birlikte failin fiilin haksızlığı şerikliğin haksızlığını sınırlandırmaktadır.

Doktrindeki bazı yazarlar, 5237 sayılı Kanundan sonra da bağlılık kuralı anlayışının hatalı olduğunu, zira iştirak edenin cezalandırılabilmesi için asıl fiilin varlığının arandığını ifade etmektedirler. Asıl fiilin varlığının aranmasının, birden fazla hareketli suçlarda veya icranın parçalara ayrıldığı, ancak her bir hareketin veya icranın başka kişiler tarafından gerçekleştirdiği durumlarda, iştirak edenlerin cezalandırılmasını açıklayamadığını ifade etmektedirler. Aynı şekilde özgü suçlarda, bu özgülüğe sahip olmayan, ancak iştirak eden kişilerin sorumluluğunu da açıklayamamaktadır. Yazar bu nedenle bağlılık kuralına gerek olmadığını, bunun yerine çok failli suç tipi anlayışının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler. Yazara göre, özel kısımdaki suç tipi tek failli suç iken, genel kısımdaki iştirake ilişkin düzenleme çok failli suç tipidir. Suça iştirak eden kişilerin davranışları, tek failli suç tipi yönünden tipik olmasalar bile çok failli suç tipinin kurucu unsurlarına sahip olduğundan söz konusu ki-

<sup>63</sup> Kunter, s.76.

<sup>64</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s. 119, 120.

## **Bağlılık Kuralı**

şiler işlenen suçtan sorumludurlar<sup>65</sup>. Ancak Yazarın bu görüşleri, dolaylı failliği iştirak kapsamında kabul etmesi, birden fazla hareketli veya suçun icrasının kısımlara bölünebildiği suçlarla ilgili olarak verilen örneklerin şeriklik kapsamına değil, müşterek faillik kapsamına girdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>66</sup>.

Doktrindeki diğer bir kısım yazarlar da, özgü suçlarla bağlantılı olarak bağlılık kuralının bazı noktalar açısından sorun doğurduğunu ve bundan sonra da doğuracağı muhtemel sorunların söz konusu olduğunu belirterek, bu kural üzerinde biraz çalışılmış olmasının daha iyi olacağını ifade etmektedirler<sup>67</sup>.

## **IV. ÖZGÜ SUÇLAR**

Ceza Kanunu, genellikle suçların herkes tarafından işlenebileceği esastan hareketle düzenlemeye gitmektedir. Kanunda “her kim”, “bir kimse” gibi kavramlar kullanılmak suretiyle bu suçların her hangi bir kimse tarafından işlenebileceği belirtilmektedir. Buna karşın bazı suç türlerinin ancak suçun kanuni tanımında belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler tarafından işlenebileceği düzenlenmektedir. İşte suçun kanuni tanımında failin niteliğiyle ilgili belirlenme yapılan bu tür suçlara özgü suçlar adı verilmektedir. Suçun kanuni tanımında, herhangi bir kimse olmanın dışında, failin belli özel niteliğe sahip olmasının aranması bu kapsamdadır<sup>68</sup>. Örneğin bazı suçlar açısından(zimmet, görevi kötüye kullanma, işkence suçu gibi) kamu görevlisi, sağlık mesleği mensubu(doktor eczacı, hemşire, diş doktoru gibi)(m. 280), bilirkişi (m.276) olmak gibi özellikler bu niteliktedir.

Özgü suçlarda suçun failinin diğer insanlara göre özel yükümlülüğü söz konusudur. Bu özel yükümlülük çoğunlukla ceza hukuku dışında bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, özel koruma yükümlülüğünden, hukuki değer sahibine karşı özel güven yükümlülüğünden veya belirli tehlike kaynakları için özel kanuni yetkiden ve tehlikeyi belirli hukuki değerden uzak tutma yükümlülüğünden ortaya çıkabilir<sup>69</sup>. Örneğin bir kamu göreviyle görevlendirilen kişi, kamu hukuku yükümlülüğü altındadır. Bu kişi, kamu görevinin adalet ilkelere uygun yürütüldüğü, kamu görevlisinin satın alınamayacağı konularında toplumda hakim olan inancın sarsılmaması için belirtilen hususlara ri-

<sup>65</sup> Toroslu, s.277-279.

<sup>66</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s. 114-116.

<sup>67</sup> Soyaslan, s. 489.

<sup>68</sup> Bkz.: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.188.

<sup>69</sup> Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 84, 84 a.

yet etmek yükümlülüğü altındadır<sup>70</sup>. Bu çerçevede görünüşte ihmali suçlarda garantör de özel yükümlülük altındadır ve neticeyi önlemek sorumluluğuyla yüklenmiştir. Keza aile hukukundan kaynaklanan nafaka, bakım, koruma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi de buna ilişkin kanuni tanımda belirtilen özgü suçun failidir<sup>71</sup>.

Özgü suçlarda, özel yükümlülük altında olan kişi suçun faili olabilir. Kanunun aradığı niteliğe sahip olmayan kişiler katkısı ne olursa olsun ancak bu suçlarda şerik olabilmektedirler. Ancak doktrinde özel yükümlülük altında bulunan kişiyle birlikte bu niteliği taşımayan kişilerin birlikte suç işlemeleri halinde her ikisinin de fail olarak sorumlu tutulmasının mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>72</sup>. 5237 sayılı Ceza Kanunumuzun yürürlüğe girmesinden sonra da, bazı yazarlar özgü suça ait tipik davranışın mutlaka gerekli nitelikleri taşıyan kimse tarafından gerçekleştirilmesi konusunda mantıki bir zorunluluğun bulunmadığını belirtmektedirler. Bu zorunluluğun yalnızca bizzat işlenebilen suçlar açısından geçerli olduğunu ifade etmektedirler<sup>73</sup>.

Ceza Kanunumuz 40.maddesinde, “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur” hükmünü düzenleyerek, özel faillik niteliğine sahip olmayan kişilerin bu suçlarda fail olamayacağını açıkça ifade etmiştir.

Özgü suçlar gerçek özgü suçlar ve görünüşte özgü suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Gerçek özgü suçlar, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişiler tarafından işlenebilirler. Örneğin görevi kötüye kullanma suçu (m. 257) ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilir<sup>74</sup>.

Görünüşte özgü suçlar ise, suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebildiği, buna karşılık nitelikli halinin ancak kanuni tanımda belirtilen özel faillik niteliği taşıyan kişinin gerçekleştirilebildiği suçları ifade etmektedir. Ör-

<sup>70</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.170, 171.

<sup>71</sup> Wessels, Johannes-Beulke, Werner, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 32., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2002, § 13 II, s. 169.

<sup>72</sup> Bu görüşü savunanlar için bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s. 166, 167.

<sup>73</sup> Toroslu, s. 301.

<sup>74</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 189.

## **Bağlılık Kuralı**

neğin resmi belgede sahtecilik suçu bu niteliktedir. Temel şekli herkes tarafından işlenebilirken(m. 204/1), nitelikli şekli(m. 204/2) ancak kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilebilmektedir<sup>75</sup>.

Gerçek özgü suçlarda suçun kanuni tanımında aranan özelliğe sahip olmayan kişi ne doğrudan fail, ne dolaylı fail, ne de müşterek fail olabilir. Ancak bu tür suçlarda fail olabilmek için yalnızca yükümlülük ihlalinin yeterli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, özgü suçlarda özel faillik niteliğinin dışında fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerektiğini ileri sürmektedir. Fiil üzerinde hakimiyet kuramamışsa özel faillik niteliğine sahip kişi, şerik de olabilir. Diğer görüş yükümlülüğün ihlal edilmesini faillik için yeterli görmektedir. Faillik için yükümlülüğün ihlal edilmesi tek şarttır. Dolayısıyla katkısı ne olursa olsun özel yükümlülük altındaki kişi yükümlülüğünü ihlal etmişse şerik olamaz. Özel yükümlülük altındaki kişi dışındaki kişiler ise ancak azmettiren veya yardım eden olabilirler<sup>76</sup>. Diğer görüş ise, failliğin tespitinde, ne fiil hakimiyetini ne de yükümlülük ihlalinin ölçü olarak almaktadır. Bu görüşe göre, failliği her iki kıstas belirleyebileceği gibi, yükümlülük kıstası tek başına da belirleyebilir. Eğer özgü suçta(örneğin işkence suçunda) suçu oluşturan fiil tarif edilmişse, bu suç tipi özel faillik sıfatına sahip kişi tarafından kanunda belirtilen fiilin gerçekleştirilmesiyle mümkün olabilir. Yani yükümlülüğün yanında fiil hakimiyeti de gerekmektedir. Ancak özgü suç da yükümlülüğün ihlalinin sağlayan hareket tanımlanmamışsa yalnızca yükümlülüğün ihlali fail olabilmek için yeterlidir. Görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi<sup>77</sup>. Ceza Kanunumuzun 40.maddesinin gerekçesinde, özel faillik niteliğine sahip olmanın özgü suçun faili olmak için yeterli olmayabileceği, özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerektiği ifade edilerek son görüşün kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Kanunumuza göre özgü suçlarda, kanunun aradığı özel faillik niteliğini taşımayan kişi katkısı ne olursa olsun fail olamamaktadır. Ancak azmettiren veya yardım eden olabilmektedir. Dolayısıyla bu düzenlemeye göre fail olmayan kişi eğer katkısı azmettiren sayılabiliyorsa azmettiren olarak işlenen

<sup>75</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.189. Bu durum özgü suçlar kapsamında belirtilmekle birlikte, özgü suçların dışında olduğu belirtilmektedir. Örnek olarak kamu görevlisi vasfının suçun nitelikli hali oluşturması verilmektedir: Dönmezer- Erman, II, s. 425.

<sup>76</sup> Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 84. Ayrıca bkz.: § 25, kn. 37.

<sup>77</sup> Bu görüş için bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s.169, 170. Yazar kendisi de aynı görüştedir. Bkz.: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 472, 473.

suçun cezasıyla, bu nitelikte sayılamıyorsa yardım eden olarak işlenen suçun cezası indirilmek veya çevrilmek suretiyle belirlenecektir. Ancak kanun koyucu bazı suçlarda(işkence suçu) bu kuraldan ayrılmıştır. İşkence suçunda (m.94/4.fıkra) suçun işlenişine iştirak eden ve kamu görevlisi olmayan kişilerin kamu görevlisi gibi, yani fail olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir<sup>78</sup>. Azmettirenin veya yardım edenin özgü suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için özel faillik niteliğini biliyor olmaları gerekir. Çünkü, özgü suçlara iştirakte kastın varlığı için iştirak eden kişinin suça ilişkin kastının failin suçun kanuni tanımında belirtilen niteliğini de kapsamaması gerekir. Kapsamıyorsa veya bilmiyorlarsa hata kuralları gereğince özgü suça azmettiren veya yardım etmeden dolayı cezalandırılmaları söz konusu değildir. Bu durumda filleri başka bir suçu oluşturuyorsa, örneğin özgü suçun temel şeklini ihlal ediyorsa bundan sorumlu olacaklar, aksi takdirde suç oluşturmayan fiillerinden dolayı cezasız kalacaklardır<sup>79</sup>.

Ceza Kanunumuzun 40.maddesi, görünüşte özgü suçlar için de belirleyicidir. Çünkü bu suçlarda özel faillik niteliğini taşımayan kişi, suçun nitelikli halinden fail olarak sorumlu olmayacaktır. Görünüşte özgü suçlarda, özel faillik vasfını taşıyan kişi ile bu niteliğe sahip olmayan kişinin birlikte suç işlemeleri halinde(her ikisinin hareketi de icra hareketi niteliğinde), özgülüğe sahip kişi suçun nitelikli halinden fail sıfatıyla sorumlu olurken, diğer kişi suçun temel şeklinden fail olarak cezalandırılacaktır<sup>80</sup>. Özel faillik vasfını taşımayan kişi, bu niteliğe sahip kişinin gerçekleştirdiği suçun nitelikli şekline aynı zamanda şerik olarak(örneğinimiz açısından yardım eden olarak) iştirak etmiştir. Ancak asli norm- tali norm ilişkisi ve asli normun önceliği ilkesi gereğince özel faillik niteliğine sahip olmayan kişiyi sadece asli normdan sorumlu tutulacaktır<sup>81</sup>.

Görünüşte ihmali suçların özgü suçlar kapsamında olduğu ifade edilmektedir<sup>82</sup>. Bu suçlarda ancak garantör olan şahıs suçun faili olabilmektedir. Garantör olan şahıs neticeyi önlemekle yükümlü olmasına rağmen, önlememek

<sup>78</sup> Mahmutoğlu, Fatih S., “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, İÜHFİM, 2005, C. LXII, S. 1-2, s. 81.

<sup>79</sup> Bkz.: Toroslu, s.302. Bilmeleri gerekmediği görüşü için bkz.: Soyaslan, s. 489.

<sup>80</sup> Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 84.

<sup>81</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 493.

<sup>82</sup> Roxin, in: LK, § 25, kn.206; Erdem, s.206; Wessels-Beulke, § 13 II, s. 169.



## **Bağlılık Kuralı**

suretiyle suçu işlemektedir. Garantör olmayan kişi görünüşte ihmali suçun faili olamaz. Görünüşte ihmali suçların, icrai şekilleri de kanunda yer almaktadır. İcrai şekilleri herkes tarafından gerçekleştirilebilirken, ihmali suretiyle işlenmelerinde ancak garantör şahıs fail olabilmektedir. Bu suçlara azmettiren veya yardım eden olarak katılmak mümkündür. Örneğin polisin olaya müdahale etmemesine yönelik azmettirme bu niteliktedir. Yapılan katkının faillik niteliğinde mi, yoksa şeriklik statüsünde mi olduğunu tespiti ilişkin değişik görüşler ileri sürülmektedir. Görünüşte ihmali suçlarda faillik ve şeriklik arasındaki ayrım, ne sübjektif ne de fiil hakimiyeti kriterlerine ikna edici bir şekilde dayandırılmamaktadır. Sübjektif teorinin yetersizliği, yalnızca hareket-siz kalmanın failin veya şerikin isteğinin anlaşılamayacağına dayanmaktadır. Çünkü, engellenmeyen şey, failin hareketinin dışında gerçekleştiği ve kendiliğinden devam ettiği için garantörün kendi isteği olamaz. Fiil hakimiyetinin temelinde, failliğin neden işe yarar şekilde açıklanamamasının nedeni de budur. Çünkü neticenin önlenme imkanı ihmalden sorumluluk için şart olduğundan, aktif gerçekleştirme imkanı anlamında olayın akışına hakimiyetten söz edilemez. Dolayısıyla görünüşte ihmali suçlarda faillik ve şerikliğin birbirinden ayrılması için farklı kriter olmak zorundadır<sup>83</sup>. Bir görüş, neticeyi garantörlük yükümlülüğünün içeriği ve niteliğine göre ayrım yapmaktadır. Buna göre belli bir hukuki değerle özel bir ilişki içinde bulunması nedeniyle neticeyi önlemeyi ihmal eden garantör, fail sayılacaktır. Örneğin annenin yeni doğmuş çocuğu öldürmesi fiiline babanın engel olmaması halinde, baba annenin icrai davranışla gerçekleştirdiği fiile yardım eden olarak değil, bizzat kendisinin ihmali suretiyle işlediği öldürme fiilinden sorumlu olacaktır. Eğer neticeyi önleme yükümlülüğü belli bir hukuki değerle olan özel ilişkisinden değil de, bu kişinin kendi sorumluluğu altındaki belli şahısların bir hukuki değeri ihlal etmelerinin önlenmesi niteliğinden kaynaklanırsa, ihmali davranan kişi şerik olarak cezalandırılacaktır. Örneğin bir ebeveyn çocuğunun işlemekte olduğu suçu önlemeyi ihmal ederlerse, çocuğun işlediği suça yardım eden olarak sorumlu olacaklardır. Aynı şekilde daha önce işlenen bir fiil başka birinin suç işlemesini temin ediyorsa, önceki fiili gerçekleştiren şahıs sonraki suçun işlenmesini önlemediği için bu suça yardım eden olarak sorumlu olacaktır. Örneğin B'ye silah satan A, B'nin bu silahla birini öldüreceğini öğrense ve engel olmasa öldürme fiiline yardım eden olarak cezalandırılacaktır<sup>84</sup>. Diğer

<sup>83</sup> Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 85.

<sup>84</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 104 vd.

görüŖ, failin tespitinde neticenin önlenmesi yükümlülüğünün esas alınacağını, ihmali davranışın icrai davranışla olan eşdeğerliliğinin, yalnızca önlenmesi gereken netice açısından söz konusu olduğunu belirtmektedir. Ancak bağılı hareketli suçlarda, neticenin önlenmesinin ihmal edilmesi, genel ve soyut bir ihmal değil, suçun kanuni tanımında ifade edilen fiile eşdeğerde bir ihmal olarak ortaya çıkmalıdır<sup>85</sup>. Bizim de katıldığımız diğere görüş ise, neticenin gerçekleşmesini önlemeyen herkes değil, neticenin önlenmesi kendisine yükümlülük olarak yüklenen kişi fail olabilir. Garantörlük dışında suçun işlenişine bulunulan katkı failliğinin tespitinde önemli değildir. İhmali suçların en belirgin özelliği, icrai suç olarak hukuki değeri ihlal eden hakimiyet suçlarının yükümlülük suçlarına dönüşmesidir. Bir başkasının işlemekte olduğu suçu önlemeyen garantör, icrai bir suçun yanında ihmali suç tipi de varsa ihmali suçun failidir. Buna karşılık, ihmali hareket başka birinin fiiline katkı niteliği taşıyorsa icrai suç açısından yardım eden statüsündedir. Ancak bazı durumlarda istisnai olarak ihmali davranan kişinin ancak şerik olabileceği ifade edilmektedir. İki halde bunun söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Birincisi, başkasının işlediği suç bizzat işlenebilen suç ise, neticeyi önlemeyen şahsın fail olamayacağıdır. Bu kişi ancak yardım eden olabilecektir. Firar suçunun faili ancak firar eden kişi olacağından firarı engellemekle yükümlü şahıs engellemeyi yapmadığı takdirde firar suçunun faili değil, ancak yardım edeni olacaktır<sup>86</sup>. İkincisi ise amaç, saik gibi özel sübjektif unsur taşıyan suçlarda neticeyi önlemeyen garantörün ancak yardım eden olabileceğidir<sup>87</sup>.

Özgü suçlar kapsamında ifade edilen bir suç şekli de bizzat işlenebilen suçlardır<sup>88</sup>. Bu suçlar, suçun kanuni tanımında yer olan hareketin sadece failin kendi bedensel davranışıyla gerçekleştirebildiği suçlardır. Söz konusu suçlarda, faillik ve şerikliğin sınırlandırılması için ileri sürülen kriterler başarısız olmaktadır. Bizzat işlenebilen suçlarda fail, suçun kanuni tanımında belirtilen hareketi bizzat gerçekleştirmek zorunda olduğu için, kendi eliyle olmayan müşterek faillik ve dolaylı faillik mümkün değildir<sup>89</sup>. Kanununda belirtti-

<sup>85</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s. 156.

<sup>86</sup> Örneğin Ceza Kanunumuzda işkence suçunda ihmali davranan kişiyle ilgili hüküm varken, hükümlü ve tutuklunun kaçmasına ilişkin maddede(m.292) bir belirleme yapılmamıştır.

<sup>87</sup> Bu görüş için ve diğere görüşler için bkz.: Roxin, in: LK, § 25, kn. 204 vd.

<sup>88</sup> Toroslu, s. 301. Roxin'de yükümlülük suçları içinde görünüşte bizzat işlenebilen suçlara yer vermektedir.Bkz.: Roxin, in: LK, § 25, kn.45.

<sup>89</sup> Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 86; Roxin, in: LK, § 25, kn. 40. Aynı şekilde Wessels-Beulke, § 13 II, s.169.

## **Bağlılık Kuralı**

len hareketi bizzat gerçekleştirmeyen kişiler yalnızca şerik(azmettiren veya yardım eden) olabilir<sup>90</sup>.

Bizzat işlenebilen suçların varlığı esas itibariyle kabul edilmektedir. Tartışılan hangi suçların buraya dahil edileceği ve bizzat işleme için ölçü olan kriterlerin nelerden ibaret olduğudur. Uygulama söz konusu olan suçun lafzını esas alarak ilgili haksızlığın bizzat kendi bedeniyle gerçekleştirilen fiilde olup olmadığına göre karar vermektedir. Bedeni hareket teorisi olarak adlandırılan Beling'in ve Engelsing'in görüşü de benzer sonuca varmaktadır. Bu düşünce netice suçlarının aksine sırf hareket suçlarında bizzat işlenebilen suçları görmektedirler<sup>91</sup>. Bir başka ifadeyle, bu suçlarda önemli olan bedenin belli bir tarzda hareket etmesidir. Bunun dışında ortaya çıkan neticeler bizzat işlenebilen suçların gerçekleşmesi açısından önemli değildir<sup>92</sup>. Faille ilgili suçlar görüşü ise, suçun kanuni tanımında suçun işlenişinde kişinin bizzat kendi bedenini araç olarak kullanmasının belirtildiği suçları bizzat işlenebilen suç olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre bizzat işlenebilen suçlarda, fiilin faili, konusu ve aracı aynı kişide toplanmaktadır. Bedeni hareket teorisinden farkı, bedeni hareket teorisinin hareketi esas alması, neticeyi bizzat işlenebilen suç açısından itibar etmemesidir. Faille ilgili suç teorisi ise, neticeyi oluşturan fiilin faille yakın bağlantıda olduğunu kabul etmektedir. Askerlikten firar suçu, sarhoşluk suçu gibi suçlar bu nitelikte suçlardır<sup>93</sup>. Diğer görüş ise Roxin tarafından ileri sürülen görüştür. Yazar bizzat işlenebilen suçları, gerçek ve görünüşte olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Gerçek bizzat işlenebilen suçlar, suçun kanuni tanımında yer alan hareketin bizzat işlenmesi halinde fail oluna-bilen suçlardır. Bu suçlarda belli bir hukuki değer ihlali söz konusu değildir. Bu suçlar, cezanın belli bir davranışa izafe edildiği(fücur, yetişkin eşcinseller arasındaki aleni olmayan cinsel ilişki gibi) veya belli bir tutum, yaşantı tarzına(fahişelik gibi) bağlandığı suçlardır. Görünüşte bizzat işlenebilen suçlar ise, kaynağını ceza hukuku dışında bulan bir yükümlülüğün ihlalinin söz konusu olduğu suçlardır. Görünüşte bizzat işlenebilen suçlarda söz konusu olan yükümlülük, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin bizzat gerçekleştirilmesi suretiyle ihlal edilebilecek nitelikte bir yükümlülüktür. İfade suçları, ya-

<sup>90</sup> Wessels-Beulke, § 13 II, s.169.

<sup>91</sup> Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 86.

<sup>92</sup> Bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s. 173.

<sup>93</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.176, 177; Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 86.

lan yere yemin, askerlikten firar gibi suçlar bu kapsamda kabul edilmektedir. Bu suçlarda haksızlık teşkil eden şey, kanunda belirtilen hareketin doğrudan icrası değildir<sup>94</sup>.

Bizzat işlenebilen suçlar kavramı hukukumuzda da ifade edilen bir suç grubu olarak ortaya çıkmaktadır<sup>95</sup>. Ancak bazı yazarlar tarafından özel yükümlülüğün varlığına istinaden bizzat işlenebilen suç kavramının icadının isabetli olmadığı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, özgü suçlar için önemli olan özel yükümlülük altında olmaktır. Bizzat işlenebilen suçlar arasında gösterilen yalan şahitlik suçu, ancak şahitlik vasfına sahip bir kişi tarafından işlenebilir. Çünkü hakim önünde belli bir maddi vakıa hakkında gerçeği söyleme yükümlülüğü altında olan bu kişidir. Keza özgü suç olan askerlikten firar suçunun da bizzat işlenebilen suç olarak nitelendirilmesine gerek bulunmamaktadır<sup>96</sup>. Ceza Kanunumuzun düzenlemesine baktığımızda 40.madde, yalnızca özgü suçtan bahsetmiş, bunu da özel faillik niteliğinin söz konusu olduğu suçlar olarak ifade etmiştir. Dolayısıyla Kanunumuz açısından özel yükümlülüğün söz konusu olduğu tüm suçlar özgü suçlar olarak kabul edilecektir.

Kanun koyucu özgü suçlarla ilgili düzenlemeyi bağlılık kuralının içinde yapmıştır. Çünkü suça katılan kişi özel faillik niteliğini taşımadığı için ancak azmettiren veya yardım eden olabilmektedir. Şeriklerin sorumluluğu, bağlılık kuralı gereğince işlenen suç üzerinden tespit edildiğinden, özgü suçlarda fail olamayan kişilerin, yani azmettiren ve yardım edenin, gerçekleşen haksızlıktan sorumluluğu da bağlılık kuralı gereğince mümkün olmaktadır. Buna bağlılık kuralının çifte fonksiyonu adı verilmektedir. Bağlılık kuralı bir taraftan fiil üzerinde hakimiyet kuramadığı için fail olamayan kişilerin, diğer taraftan da suçun kanuni tanımında ifade edilen özel faillik vasfını taşımadığı için fail olamayan kişilerin sorumluluğunu sağlamaktadır. Özgü suçların bu özelliği nedeniyle 40.maddenin 2. fıkrası kaleme alınmıştır. 40.madde özgü suçları tanımlamamış, özel faillik niteliğini özgü suçlar için belirleyici ölçü olarak ifade etmiştir. Dolayısıyla özel faillik niteliği yukarıda belirtilen belirlemeler ölçüsünde tespit edilecektir.

<sup>94</sup> Bkz.: Roxin, in: LK, § 25, kn. 44, 45; Özgenç, Suça İştirakin, s.174, 175; Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 86.

<sup>95</sup> Erdem, s. 206; Toroslu, s. 301.

<sup>96</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.178, 179.

## **V. SINIRLI BAĞLILIK KURALI**

### **A.Genel Olarak**

Bağlılık kuralı, fail tarafından gerçekleştirilen fiile bağlı olarak şeriklerin cezalandırılmasını sağlamaktadır. Sınırlı bağlılık kuralı ise şeriklerin sorumluluğunun kaynağı olan failin fiilinin hangi şarlara sahip olması gerektiğinden yola çıkılarak yapılan belirlemeyi ifade etmektedir. Sınırlı bağlılık kuralına göre, şeriklerin sorumluluğu için kasıtlı işlenmiş haksız bir fiilin varlığı şarttır. Dolayısıyla suça katkıları faillik niteliğinde olmayan kişilerin (azmettiren veya yardım edenin) sorumlulukları için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığını arayan bağlılık kuralına sınırlı bağlılık kuralı adı verilmektedir.

Doktrinde sınırlı bağlılık kuralının iki önemli sonucu üzerinde uzlaşma bulunmaktadır. Bunlardan birincisi azmettiren veya yardım eden olarak bir fiile katkı sağlayan kişilerin, ancak kasıtlı ve hukuka aykırı nitelik taşıyan fiilin gerçekleştirilmesi şartıyla (tamamlanması veya teşebbüs edilmesiyle) cezalandırılabilecekleridir. İkincisi azmettiren ve yardım edenin fail tarafından işlenen fiil çerçevesinde sorumlu olacaklarıdır. Ceza Kanunumuz ilk sonucu bağlılık kuralının düzenlendiği 40.maddenin 1. ve 3.fıkralarında, ikinci sonucu ise azmettirme ve yardım etmenin düzenlendiği 38. ve 39.maddelerinde düzenlemektedir. İşlenen fiil şerik tarafından istenenin gerisinde kalırsa, gerçekleşen durum şeriklik açısından göz önüne alınacaktır. Eğer fiil tamamlanmayıp teşebbüs halinde kalırsa şeriklerin sorumluluğu da bu çerçevede olacaktır. Keza yardım edilen yağma suçu yerine failin hırsızlık suçunu işlemesi halinde şeriklerin sorumluluğu hırsızlık suçuna (m.141) göre olacaktır<sup>97</sup>.

Sınırlı bağlılık kuralı, suça iştirakten ve suça katılanların sorumluluğundan söz edilebilmesi için failin kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilinin varlığını aradığından unsurların dışında kalan kusurluluğa, failin sahip olması gerekmemektedir. Dolayısıyla sınırlı bağlılık kuralında, suça katılan her kişi kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır. Kusurluluğu etkileyen veya ortadan kaldıran nedenler kimde varsa o bundan yararlanacak, suça katılan diğer kişileri etkilemeyecektir. Ayrıca suçun işlenişine iştirak edenlerin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler, bu neden kendisinde bulunan kişi açısından sonuç doğuracak, diğer katılanları etkilemeyecektir. Bu belirlemeler sınırlı bağlılık kuralının niteliksel etkisini ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle sı-

<sup>97</sup> Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 25.

nırlı bağıllık kuralından ortaya çıkan bu etkilere niteliksel bağıllık kuralı adı verilmektedir<sup>98</sup>.

Sınırlı bağıllık kuralı, suça iştirakten bahsedebilmek için suçun unsurlarının varlığını aramaktadır. Bir suçtan söz edilebilmesi içinse fiilin tamamlanması veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. Tamamlanmış suçlarda işlenmiş suçtan bahseden düzenleme, şeriklerin sorumluluğunu sağlamaktadır. Ancak icrasına başlanmış olmakla beraber tamamlanmamış suçlarda, şeriklerin teşebbüs aşamasında kalmış suçtan sorumlu olup olmayacağına da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Çünkü teşebbüs halinde kalan suçlara da iştirak edilmektedir. İştirak halinde işlenmeyen suçlardaki failin teşebbüs sorumluluğu, iştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerin sorumluluğu için de kabul edilmektedir. Çünkü teşebbüs halinde kalmış suçlar da haksızlık oluşturmakta ve bağıllık kuralı şeriklerin sorumluluğunu failin fiiline göre belirlemekte olduğundan, tamamlanmamış suçlarda da şeriklerin sorumlu olması gerekmektedir. Bu sonuca bağıllık kuralının niceliksel etkisi, bir başka ifadeyle niceliksel bağıllık kuralı adı verilmektedir. Çünkü teşebbüs, tamamlanmış suça göre niceliksel bir eksikliği ifade etmektedir. Dolayısıyla bağıllık kuralının uygulanması ve şeriklerin sorumluluğunun doğabilmesi için, fail tarafından suçun tamamlanması veya en azından fiilin işlenmesine teşebbüs edilmesi gerekmektedir<sup>99</sup>.

## **B. Şartları**

Sınırlı bağıllık kuralı, faillik niteliğinde olmayan katkıyla suça iştirak eden azmettiren ve yardım edenin sorumluluğu için, asıl fiilin kasıtlı ve hukuka aykırı olmasını aramaktadır. Ceza Kanunumuz bu şartları, “kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiil” kavramlarıyla ifade etmiştir.

Faillik, her bir suça ilişkin kanunda tanımlanan haksızlığın gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olur. Dolayısıyla fail, kanunda tanımlanan ve haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren kişiyi ifade etmektedir<sup>100</sup>. Bir başka ifadeyle davranışıyla suçun kanuni tanımındaki maddi ve manevi unsurları bizzat gerçekleştiren kişiyi ifade etmektedir<sup>101</sup>. Ceza Kanunumuzun 40. maddesinde ge-

<sup>98</sup> Koca-Üzülmez, s. 418, 419.

<sup>99</sup> Bkz.: Türk Ceza Kanunu 40.madde gerekçesi. Ayrıca bkz.: Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara 2006, s. 530; Koca- Üzülmez, s. 419.

<sup>100</sup> Özgenç, Suça İştirakin, s.139.

<sup>101</sup> Biz burada doğrudan failliğin tanımını yaptık. Failliğin türüne (müşterek fail, dolaylı fail)

## **Bağlılık Kuralı**

çen ve şeriklerin suça iştirakten dolayı sorumluluğunu doğuran fiil kavramı, fail olmayı sağlayan ve suçun kanuni tanımında tarif edilmiş haksızlığı ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle, asıl fiilin suçun kanuni tanımına uygun olması, yani özel kısımda yer alan suçun kanuni tanımındaki tüm objektif(maddi) ve sübjektif(manevi) unsurları yerine getirmesi gerekmektedir<sup>102</sup>. Çünkü bugün Ceza Kanunumuzun da kabul ettiği hakimiyet(fail) kriteri<sup>103</sup>, kanuni tanımındaki fiilin(suçun) gerçekleştirilmesi üzerinde hakimiyet kurulmasını ifade etmektedir. Bu hakimiyet de maddi ve manevi unsurları bünyesinde muhafaza etmek durumundadır<sup>104</sup>.

Her şeyden önce fail tarafından gerçekleştirilen davranışın fiil niteliğine sahip olması gerekir. Failin yaptığı davranış ceza hukuku anlamında fiil niteliğinde değilse fail ve şerikliğin varlığından bahsedilemez. Ancak bir şahsın mutlak kuvvet kullanılmak suretiyle suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması halinde kuvveti uygulayan doğrudan fail durumundadır. Doğrudan failin fiiline katılanların iştirak ilişkisi de buna göre belirlenmelidir.

Fail tarafından gerçekleştirilen fiil icrai veya ihmali olabilir. Bugün icrai suçlara iştirak gibi, ihmali suçlara iştirak de kural olarak kabul edilmektedir<sup>105</sup>. Ancak neticeyi önlemekle yükümlü olan şahıs bazı suçlarda fail olamamakta, ancak şerik olarak kabul edilmektedir. Eğer garantörün önlemekle yükümlü olduğu suç bizzat işlenebilen suç ve garantörün ihmali davranışı da bu suç tipini oluşturmuyorsa, bizzat işlenebilen suçu önlemeyen garantör bu suçtan şerik olarak sorumlu olmaktadır<sup>106</sup>. Örneğin hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna ilişkin 292.maddeye göre, suçun faili tutuklu veya hükümlü olacağından gözetim yükümlülüğüne sahip görevlinin kaçmaya müdahale etmemesi bu suça yardım eden olarak nitelendirilmesini sağlayacaktır.

Suçun kanuni tanımında asıl fiili karakterize eden unsurlar söz konusuysa bunların da gerçekleşmiş olması gerekir. Örneğin failin belirli sıfat ve ni-

---

farklı belirlemeler söz konusu olabilir. Diğer faillik türleri için bkz.: Erdem, s. 206 vd.

<sup>102</sup>Bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 27; Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 24.

<sup>103</sup>Erdem, s.206. ayrıca 37.madde gerekçesine bakınız.

<sup>104</sup>Özgenç, Suça İştirakin, s. 145.

<sup>105</sup>Kabul edilmeyen durumlar ve ihmali suçlara iştirak için bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s. 147 vd.; Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s. 278 vd.

<sup>106</sup>Roxin, in: LK, § 25, kn. 209.



teliğe sahip olması aranıyorsa, suçü gerçekteştiren kişinin bu sıfata sahip olması gerekir. İşlenen fiil başka bir suç oluşturmadığı müddetçe, bu nitelik ve sıfata sahip olmayan kişilerin yaptığı hareket kanuni tanımında belirtilen suçü ve failligini oluşturmayacaktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi failligin olmadığı yerde şerikliğin varlığından bahsetmemiz söz konusu olmayacaktır. Yükümlülük suçlarında veya garantörsel ihmali suçlarda da aynı şey geçerlidir. Keza bizzat işlenebilen suçlarda da suçun faili kanuni tanımında belirtilen fiili bedensel davranışıyla gerçekleştiren kişi olacağından diğer kişilerin fail olması söz konusu değildir. Nitekim 40.maddenin ikinci fıkrası, “özüğü suçlarda ancak özel faillik niteliğı taşıyan kişi fail olabilir” diyerek bu hususu ifade etmiştir.

Suçun kanuni tanımında fiilin kasten işlenmesi dışında başka sübjektif unsurlar da aranmışsa bunların da gerçekleştirilmiş olması gerekir. Çünkü fiilin tüm sübjektif unsurları içermesi gerekmektedir. Örneğın fiilin kast yanında<sup>107</sup> amaç veya saikle gerçekleştirilmesi aranıyorsa ve fail bu saik veya amaç olmadan hareket ettiyse, azmettirme ve yardım söz konusu olamaz. Örneğın hırsızlıkta(m.141/1) yarar sağlamak maksadıyla, insanlığa karşı suçlar açısından(m.77/1), bazı fiillerin “siyasal, felsefi, irki veya dini saiklerle işlenmesi, tefecilik suçunda(m.241) kazanç elde etmek amacı bu niteliktedir. Bu manevi unsura ilişkin haksızlık unsurlarının yalnızca failde bulunması gerekir. Azmettiren veya yardım edenin bu haksızlık unsurlarına sahip olması gerekmemektedir. Failde olduğunu bilmek şartıyla şerikler gerçekleşen suçtan azmettiren veya yardım eden olarak sorumludurlar. Örneğın, hırsızlıkta failin yarar sağlamak amacını bilen, ancak kendisinde bu amaç bulunmayan şerik, hırsızlığa şeriklikten ceza alabilir<sup>108</sup>. Eğer amaç, saik arayan suçlarda, neticeyi önlemekle yükümlü olan şahıs (garantör), bu yükümlülüğünü ihmâl suretiyle yerine getirmemişse yarar sağlamak amacı bulunmadığından fail değil, ancak yardım eden olabilecektir. Örneğın hırsızlık suçunun işlendiğini fark eden gece bekçisi, ihmali davranmak suretiyle neticeyi önlemezse, buna yükümlü olmakla beraber yarar sağlamak amacı taşımadığından fail olamamaktadır<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> Ceza Kanunumuzun sisteminde amaç veya saik, kastla özdeş veya kastın bir türünü oluşturmamakta, kast gibi suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır(Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.272, 273). Bu yüzden amaç veya saik kast kapsamında incelenmemiştir.

<sup>108</sup> Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 28.

<sup>109</sup> Roxin, in: LK, § 25, kn. 209. Ancak verilen örnek açısından gece bekçisinin fail mi yoksa şerik mi olduğu tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hakeri, İhmali suç, s. 289 vd.



## **Bağlılık Kuralı**

Azmettiren ve yardım edenin, dolayısıyla da bu kişilerin sorumluluğunun söz konusu olması için, 40.maddenin de belirttiği gibi asıl fiilin kasten işlenmiş olması gerekir. Kanun koyucu yaşanabilecek tartışmaları önlemek amacıyla fail tarafından işlenen fiilin kasten gerçekleştirilmesini aramıştır. Bu düzenlemeden taksirli suçlara iştirak edilemeyeceği, şerikliğin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Ancak şeriklik için asıl fiilin kasıtlı işlenmesini arayan Almanya'da, kast unsurunun kanuna eklenmesinin doğru olup olmadığı noktasında tartışmalar yaşanmaktadır. Tercihin hukuk politikası açısından doğru olmadığı ifade edilmektedir<sup>110</sup>. Bu durum aşağıda belirteceğimiz bazı noktalar açısından yaşanmakta olup, haklı nitelik taşımaktadır. İleri sürülen itirazlar aynı kuralı benimseyen ülkemiz açısından da geçerlidir.

İlk durum şerikin yanılarak failin kasıtlı hareket ettiğini düşünmesidir. Bu durumda şerikin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorusunun şüpheli kaldığı belirtilmektedir. Kıyas yasağı ihlal edilmeksizin zannedilen kastla yetinilmesi ve şerikin cezalandırılmasının söz konusu olmadığı ifade edilmektedir<sup>111</sup>. Dolayısıyla fail fiili kasten gerçekleştirmediği, şerikin yanılması söz konusu olduğu için, cezalandırılabilir bir şeriklik söz konusu değildir. Belirtilen durumda şerikliğe teşebbüs söz konusudur. Ceza Kanunumuz ise şerikliğe teşebbüsü cezalandırmamaktadır. Ancak Almanya'da azmettirmeye teşebbüs cezalandırılırken, yardıma teşebbüse ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla Alman Ceza Kanunu'na göre belirtilen yanılmada azmettirmeye yönelik bir hareket varsa, kişi azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olacak(m.30), diğer tüm durumlarda ise cezasız kalacaktır<sup>112</sup>. Bir kimse kasıtlı olduğunu düşündüğü bir kişiye zehir temin ederse ve bu kişi de kasıtsız olarak bir kimseyi öldürürse, öldürme suçuna yardımdan dolayı sorumlu tutulamaz. Ancak taksirle öldürmeden sorumlu tutulma imkanı vardır. Bu da yapılan fiile uygun olmayan bir cezadır<sup>113</sup>. Çünkü suç kasten işlenseydi öldürmeye yardımdan cezalandırılacakken, örnekte taksirle öldürmeden cezalandırılacaktır.

Bugün artık özgü suçlarda kastsız davranan ve fakat doğrudan hareket eden şahsı araç olarak kullanan kasıtlı kişinin fail olamaması anlaşılabilir. Buna çeşitli itirazlar yöneltilmektedir. Çünkü bu suçlarda araç şahsı kas-

<sup>110</sup> Bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 29; Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 26..

<sup>111</sup> Jescheck, s. 594.

<sup>112</sup> Jescheck, s. 594; Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 30.

<sup>113</sup> Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 30.

tı ortadan kaldıran hataya sevk etmek suretiyle veya var olan hatadan yararlanmak suretiyle suç işleyen kişi fail olamamaktadır. Ancak böyle bir hataya sebep olmaksızın veya var olan hatadan yararlanmaksızın, bir başka ifadeyle kast sorunu söz konusu olmaksızın, doğrudan davranan şahıs arkadaki adamın cebir veya tehdidiyle suç işlemişse, yani arkadaki adam onun suç işlemesine sebep olmuşsa ya da arkadaki adam özel sorumlu olan kişinin haksızlık yanılığını kullanmışsa kasıt unsuru ortadan kalkmadığı için bu fiilleri gerçekleştiren arkadaki kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır<sup>114</sup>.

Kast unsurunun aranması taksirli davranan kişinin arka plandaki kişi tarafından suçun işlenmesinde kullanılması durumunda da olumsuzluklara sebep olmaktadır. Belirtilen durum özgü suçlar için geçerlidir. Özgü suçlarda taksirli hareket eden kişiyi(özel faillik niteliğine sahip kimseyi) kullanan ve kendisi bu niteliğe sahip olmayan kişi fail olamamaktadır. Ancak azmettiren veya yardım eden olabilmektedir. Ancak öndeki kişi taksirle hareket ettiğinden ve taksirli suçlara iştirak söz konusu olmadığından bu kişiyi kullanan arkadaki şahıs azmettiren veya yardım eden statüsünü edinmemektedir<sup>115</sup>.

Sınırlı bağıllık kuralı çerçevesinde aranan kast unsuru bazı durumlar açısından da zorluklara sebep olmaktadır. Özellikle doğrudan davranan kişinin bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında yanılmasının 40.madde anlamında kast kapsamına girip girmeyeceği tartışılmaktadır. Bir görüş, doğrudan davranan şahsın hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşmesi halinde, kastı ortadan kalktığından, dolayısıyla da kasten işlenmiş bir haksızlık bulunmadığından cezalandırılabilir bir şerikliğin söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Ancak fiile katkı sağlayan kişi, hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hataya düşüldüğünü biliyorsa veya öndeki şahsı hataya sevk etmişse kastsız davranan bu kişiyi araç olarak kullanan arkadaki şahıs dolaylı fail olur. Bunun için yanılmayı bilen arkadaki şahsın fail olma özelliğine sahip olması gerekir. Diğer görüş ise bunu kabul etmemektedir. Bu görüşe göre, eğer asıl fail hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya düşmüşse asıl fiilin kasıtlılığı söz konusudur. Çünkü bağıllık kuralı çerçevesinde aranan kast fiil kastıdır(kanuni tanıma ilişkin kasttır, unsur kastıdır). Yani maddi unsura ilişkin bilmeyi içermektedir. Hukuka uygunluk sebepleri-

<sup>114</sup> Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 30, 31.

<sup>115</sup> Gropp, s. 382.

## **Bağlılık Kuralı**

nin maddi şartlarındaki hatanın ilgili olduğu kast belirlenmesi ise bu çerçevede değildir. Aksi durumda kabul edilemez kanun boşlukları oluşurdu<sup>116</sup>. Dolayısıyla bu görüş maddi unsurlara ilişkin kastın ortadan kalktığından yola çıkmak suretiyle dolaylı failliği izah etmemektedir. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde maddi unsurlara ilişkin kast değil, bilakis kastın cezası (cezalandırılabilen kast) ortadan kalkmaktadır. Hatta burada katı kusur teorisinin savunduğu gibi, haksızlık yanılığının kabul edilebileceği de belirtilmektedir<sup>117</sup>.

Yukarıda belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinde hataya ilişkin bu durum özgü suçlarda daha da önem kazanmaktadır. Nitekim bu durumun özgü suçlarda pratik bir önemi olduğu belirtilmektedir. Özgü suçlarda bu niteliğe sahip olmayan bir kimse sahip bir kimseyi hukuka uygunluk sebebinin şartları konusunda kandırmak suretiyle suç işlemeye yönlendirirse sorumlu olacak mıdır? Örneğin bir kimsenin bir doktoru susma yükümlülüğü olmadığını söyleyerek kandırması suretiyle sırrın açıklanmasına sebep olması bu niteliktedir. Biraz önce belirttiğimiz görüşler, aynı gerekçelerle sorunu incelemektedirler. Bir görüş hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında yanılma durumunda cezalandırılabilen bir kast bulunmadığından doktorun cezalandırılmasının söz konusu olmadığını belirtmektedir. Fiilin taksirli şekli cezalandırılmadığından doktorun taksirli sorumluluğu da söz konusu değildir. Arkadaki şahıs doktor olmadığı ve susma yükümlülüğü olmadığı için, yani özgülük niteliğine sahip bulunmaması nedeniyle dolaylı fail olamaz. Ancak arkadaki şahsın en azından azmettiren olarak cezalandırılması gerekir. Çünkü bağlılık kuralı anlamında failde aranan kast, fiile(kanuni tanıma) ilişkin kast olarak anlaşılmalıdır. Hata anlamında kasttan ayrılmalıdır. Fiile ilişkin kastta maddi unsura ilişkin bilgi yeterlidir. Fiil kastında, failin doktorlukla ilgili bir sırrı açıkladığının bilincinde olması yeterlidir. Buna karşın yaygın düşünce kast kavramını hata öğretisinden ayırmayı reddetmektedir. Bu görüşe göre, kasıtlı esas fiilin eksikliğinden dolayı arkadaki kişinin cezalandırılması söz konusu değildir<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> Bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 32.

<sup>117</sup> Bkz.: Roxin, in: LK, §25, kn.82.

<sup>118</sup> Roxin, in: LK, Vor §26, kn. 26. Ayrıca bkz.: Aynı yazar, kn.27,28. Türk Hukukunda bir görüş, özgülüğe sahip olmayan bir kişinin kanunun aradığı özelliğe sahip kişi tarafından kasıtsız işlenen asıl fiilden dolayı ne dolaylı fail olarak ne de azmettiren olarak sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedir. Aynı görüşe göre kanunun aradığı özelliğe sahip olmayan kişinin esas itibarıyla cezasız kalması gerekir. Bu istenmeyen bir netice olabilir. Bu gibi durumlarla ilgili olarak kanun koyucu ya özel suç tipleri düzenlemek veya genel hükümlerde bir belirleme yapmak şeklinde bir tercihi suç politikası çerçevesinde benimseyebilir(Özgenç, Suça

Ceza Kanunumuz 40.maddesinde (2.fıkra), “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur” düzenlemesini getirmiştir. Dolayısıyla özgü suçlarda bu sığfa sahip olmayan arkadaki şahsın kanunun aradığı şartı taşıyan kişiyi suçun işlenmesinde kullanması halinde fail olması söz konusu değildir. Geriye yalnızca şerikliğin uygulanması imkanı kalmaktadır. Eğer kast kavramı tek bir anlamda kabul edilirse şerikliğin uygulanmasına da 1.fıkra hükmü engel olmaktadır. Ortada cezai bir boşluğun olduğu tartışmasızdır. Bunun için kanunun aradığı şartı taşımayan kişinin bu şartı taşıyan bir kişiyi kandırmak suretiyle suç işlemeye yöneltmesi durumunda da, yani kastı olmayan bir kişiyi suça azmettirmesi halinde de cezalandırılması gerekmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun bu tür olayları kapsayacak bir düzenlemeyi kanuna eklemesi gerekmektedir. Ancak böyle bir düzenleme şu an için kanunumuzda bulunmamaktadır. Arkadaki kişinin ya cezasızlığını kabul etmek, ya da cezalandırılmasını bir gerekçeyle izah etmek gerekmektedir. Biz cezalandırılmasını kabul ettiğimizden kast kavramının ilk görüş anlamında yorumlanması gerektiğini düşünmekteyiz. Yani faillik niteliğini taşıyan kişi, suçun maddi unsurlarını bilerek hareket ediyorsa kastın varlığı kabul edilmelidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde cezalandırılabilen bir kastın olmadığı benimsenmelidir. Bunun sonucu olarak da faillik niteliği taşıyan kişinin suç işlemesine sebep olan diğer şahsı azmettirmeden dolayı sorumlu tutmak gerekmektedir.

Özgü suçlarda hukuka uygunluk sebeplerinde hataya düşen şahsa bilerek yardım niteliğindeki hareketlerde bulunan kişi için de aynı şekilde düşünmek ve şerikliği kabul etmek gerekir<sup>119</sup>.

Asıl failin haksızlık yanılığısı içinde olması halinde ise, bu hata kastla ilgili olmayıp kusurlulukla ilgili olduğundan kast şartı gerçekleşmiş olur. Şeriklik başkasının haksızlık teşkil eden fiiline katılmayı gerektirdiğinden ve belirtilen durumda da bu söz konusu olduğundan iştirak gerçekleşmiştir. Dolayısıyla şeriklik mümkündür. Hatanın kaçınılmaz olup olmaması önemli değildir. Dolaylı faillik de mümkündür. Eğer arkadaki kişi doğrudan davranan kişi-

---

İştirakin, 208, 209). Diğer görüş ise, kanunun aradığı niteliğe sahip olmayan kişinin dolaylı fail olarak gerçekleşen suçtan sorumlu olacağını kabul etmektedir(Dönmezer-Erman,II, s. 504, 505). Bazı yazarlar ise, özgü suçları tek başına işleyemezse de ona iştirak edebileceğini ifade etmektedirler(Toroslu, s.300, 301).

<sup>119</sup> Ancak konu tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özgenç, Suça İştirakin, s.203, 204.

## **Bağlılık Kuralı**

nin haksızlık yanılığını biliyorsa ve bu kişiyi suçun işlenmesinde kullanıyorsa dolaylı faillikten dolayı sorumlu olur<sup>120</sup>.

Netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda da kastedilenden ortaya çıkan başka veya ağır netice açısından ortakların sorumlu olup olmayacağını tespit edilmesi gerekmektedir. Bunun için iştirak edilen suçun kasıtlı suç olması, yani failin kasten hareket etmesi gerekir. Çünkü taksirli suçlarda da(m.89) netice sebebiyle ağırlaşan suç hallerine yer verilmiştir. Ancak taksirli suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Kasten işlenen suçtan ortaya çıkan ağır veya başka netice açısından şeriklerin sorumlu olup olmadıklarının tespiti netice sebebiyle ağırlaşan suçlar açısından kabul edilen sisteme bağlı olarak çözülecektir. Dolayısıyla netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda ağır netice açısından sorumluluk için failde olduğu gibi şeriklerin de en az taksirinin bulunması gerekir. Burada kast-taksir kombinasyonu olduğu için gerçekleşen ağır neticenin şeriklere yüklenebilmesi gerekir<sup>121</sup>. Ağır veya başka neticenin meydana gelebileceğinin muhtemel olduğu durumlarda şeriklerin sorumlu olduğu konusunda herhangi bir tereddüt söz konusu değildir. Kasten yaralamasının netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinde olduğu gibi<sup>122</sup>.

Şeriklerin bağlılık kuralı gereğince failin işlediği suçtan sorumlu olmaları için failin fiilinin hukuka aykırı olması gerekir. Eğer fail hukuka uygun davranıyorsa fiili suç teşkil etmeyeceğinden Ceza Hukuku anlamında sorumluluğu doğuran olan bir azmettiren veya yardım edenden bahsedilemez. Şerikin fiilinin hukuka aykırı olduğunu zannetmesi, örneğin suç olduğunu düşünerek bir kimseyi azmettirmesi hukukumuz açısından cezalandırılan bir hareket olarak karşımıza çıkmamaktadır.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi şerikliğin cezalandırılabilmesi açısından önemlidir. Cezalandırılabilirlik şartı gerçekleşmediği sürece azmettiren veya yardım eden de cezalandırılmaz. Çünkü bu şartın gerçekleşmediği durumda asıl fiilin ve bu nedenle de şerikin ceza sorumluluğun-

<sup>120</sup>Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 33.

<sup>121</sup>Bkz.: Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§25ff.,kn. 34; Özbek, Veli Özer-Kanbur, M. Nihat-Bacaksız, Pınar-Doğan, Koray-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 495. Ayrıca bkz.: Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı(C. I), Genel Hükümler, İzmir Şerhi, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2005, s. 450

<sup>122</sup>Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 481, 482

dan söz edilemez<sup>123</sup>. Örneğin hileli iflas suçunda(m.161) cezalandırılabilirliğin varlığından bahsedebilmek için iflase karar verilmesi gerekmektedir. İflasa karar verilmediği takdirde azmettiren veya yardım edenin cezalandırılması mümkün değildir.

Şeriklerin bağlılık kuralı gereğince sorumlulukları için katıldıkları suçun işlenmiş, yani tamamlanmış olması gerekir. Çünkü kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı aranmaktadır. Ancak kesintisiz suçlar, suçun icrasının devam ettiği suçlar olduğundan söz konusu suçların bitmesine kadar iştirak mümkündür. Dolayısıyla bu tür suçlarda suçun işlendiğinden söz edebilmek için suçun bitmesi gerekmektedir. Ama her zaman iştirak halinde işlenen suç tamamlanmamış, yani teşebbüs aşamasında kalmış olabilir. Bu gibi durumlarda da haksızlık olduğundan, bir başka ifadeyle korunan hukuki değer ihlal edildiğinden bağlılık kuralının niceliksel etkisi gereğince suça katılanlar teşebbüs halinde kalan suçtan sorumlu olacaklardır. Kanunumuz da 40.maddenin 3.fıkrasında, “suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir” şeklinde belirleme yapmıştır. Belirtilenlerin doğal sonucu olarak, suça iştirakte sorumluluk için failin icra hareketlerine başlamış olması gerekmektedir. İcra hareketleri başlamadığı müddetçe şeriklerin sorumluluğu söz konusu değildir. Teşebbüs edilen şeriklik Ceza Kanunumuzun genel hükümlerine göre sorumluluğu gerektirmemektedir. Ancak bazı ülke kanunlarında azmettirmeye teşebbüsle ilgili hüküm bulunmakta ve bu tür eylemlerin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Örneğin, Alman Ceza Kanununun 30.maddesi, “her kim bir başkasını cürüm işlemeye veya ona azmettirmeye teşebbüs ederse, suça teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Ancak cezası § 49 1 uyarınca hafifletilir” hükmüyle cürümlere azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılacağını hükme bağlamaktadır. Ceza Kanunumuzun genel kısmında bir düzenleme yoksa da bu konuyla ilgili olarak özel kısmında bazı belirlemeler yapılmıştır. Örneğin suç işlemeye tahrikin düzenlendiği 214.madde, başkalarının suç işlemeye tahrik edilmesini yaptırım altına almaktadır.

İştirakte şeriklerin sorumluluğu için icra hareketlerinin başlaması gerekmele birlikte suça iştirak etmek için icra hareketlerinin başlaması şart değildir. Nitekim azmettirme zorunlu olarak asıl fiilin icrasından önce gerçekleşir. Aynı şekilde yardım da genellikle fiilin işlenmesinden önce söz konusu olur.

<sup>123</sup>Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 39.

## **Bağlılık Kuralı**

Ancak bunların bir değer ifade edebilmesi için failin icra hareketlerine başlamış olması gerekir<sup>124</sup>. Ancak bazen kanun koyucu hazırlık hareketi taşıyan bir fiili bağımsız suç olarak düzenleyebilmektedir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak fiili (m. 220) gibi.

Sınırlı bağlılık kuralında şeriklerin sorumluluğunu sağlayan asıl fiil, iştirak iradesindeki suçtur. İştirak iradesindeki suçtan başka bir suç işlenmişse, kural olarak şeriklerin bu suçtan sorumlulukları yoktur. Önemsiz sapmalar hariç. Ama burada ayrıma gidilmesi de lüzumludur. Eğer işlenen suç daha hafif suçsa, şeriklerin sorumluluğu için işlenen suçla iştirak iradesindeki suçun aynı nitelikte olması gerekir. Farklı nitelikteyse şeriklerin sorumluluğu söz konusu değildir. Daha ağır suçlarda şeriklerin sorumluluğu söz konusu değildir<sup>125</sup>. Netice sebebiyle ağırlaşan suçlar için yukarıda yaptığımız belirlemeler geçerlidir.

## **C. Kusurluluk**

Sınırlı bağlılık kuralı, şeriklerin sorumluluğu için haksızlık teşkil eden fiilin yapılmış olmasını yeterli kabul etmekte, failin kusurluluğunun önemli olmadığını benimsemektedir. Bu kurala göre kusur suça katılan herkes için ferdi olarak belirlenmelidir<sup>126</sup>. Failin veya şeriklerin kusurluluğu kendi sorumluluğunun belirlenmesinde etken olup, diğerlerinin sorumluluğunun tespitinde dikkate alınmaz. Nitekim bu Ceza kanunumuzun 40.maddesinin 1.fikrasının ikinci cümlesinde, “suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” düzenlemesini taşımaktadır.

Kusurun ferdi olarak benimsenmesi her şeyden önce kusurluluğu kaldıran sebepler için geçerlidir. Kaçınılmaz haksızlık yanılığsı(m.30/4), kusur yeteneğine sahip olmama(m.31/1,2, 32/1, 33), algılama yeteneğini ortadan kaldıran veya irade yeteneğini önemli ölçüde azaltan geçici nedenler veya irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma(m.34/1), zorunluluk hali(m.25/2), meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaştan aşılması(m.27/2) bu niteliktedir. Ancak bu gibi hallerde şeriklik ih-

<sup>124</sup>Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK'ya Göre Yenilenmiş 8.Baskı, Ankara 2005, s. 243.

<sup>125</sup>Ayrıntılı bilgi için bkz.: Önder, C.II-III, s. 450, 451, 452; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 481; Özbek, s.450,451; Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, s.495,496.

<sup>126</sup>Roxin, in: LK, § 29, kn.1.



timali büyük pratik bir anlam kazanmamaktadır. Çünkü bir kimse suçun gerçekleştirilmesinde (fail olarak) kusuru olmayan bir kişiyi kullandığında çoğunlukla dolaylı faillik mevcuttur<sup>127</sup>. Eğer suça katılan bir kimse failin kusur yeteneği bulunmadığını biliyorsa veya kusur yeteneği olmayan bir çocuğu suç işlemeye azmettirmişse kural olarak dolaylı fail olur (karşılaştırınız m.37/2, 38/2). Aynı şey, kusurluluğu ortadan kaldıran duruma arkadaki kişinin sebep olması halinde de geçerlidir<sup>128</sup>. Burada asıl tartışılan mazeret sebebi<sup>129</sup> teşkil eden zorunluluk hali ile meşru savunmada sınırın aşılmasında, failin mazur görülen fiiline iştirak eden şeriklerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Kabul etmeyenler olmakla birlikte hakim görüş, şeriklerin cezalandırılacağı yönündedir<sup>130</sup>. Ancak bu durumun şerikin sorumluluğunu cezanın azaltılması nedeni olarak etkilemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>131</sup>. Kanun koyucu açıkça kastın varlığını aradığından, kusurun bireysel olarak göz önüne alınacağını ve şeriklere yansıtılmayacağını belirttiğinden, son görüşe katılıyor, şeriklerin sorumluluğunun mevcut olduğunu ifade etmek istiyoruz. Ancak tabii ki şeriklerin cezasının tespitinde bu durum göz önüne alınabilir.

Kusurluluğu azaltan nedenler (haksız tahrik, kaçınılabilir haksızlık yanılığı, kusur yeteneğini azaltan akıl hastalığı gibi), bu neden kimde varsa onu etkileyecektir. Dolayısıyla failde bulunan kusur yeteneğini etkileyen bir neden şeriklerin sorumluluğunda etkili olmayacaktır<sup>132</sup>.

Ceza Kanunumuz bağlılık kuralının düzenlendiği 40. maddede (1.fıkra/2. cümle), kusurun dışında aynı zamanda diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel sebeplerin de göz önünde bulundurulmayacağını belirtmiştir. Kanun koyucu suçun haksızlık unsurlarını oluşturmayan veya suçun nitelikli unsurları kapsamına girmeyen hallerin sorumluluk üzerindeki etkisini ayrıca düzenlemiştir. Bu nedenler kişiyle ilgili olduğundan sadece kendisinde bulunan için hukuki sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla bu neden kimde varsa o yaralanacak,

<sup>127</sup>Roxin, in: LK, § 29, kn. 2.

<sup>128</sup>Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 37.

<sup>129</sup>Mazeret sebepleri kusurluluğu etkileyen nedenlerin değişik bir ifadesi olarak kabul edilmektedir. Mazeret sebepleri için bkz.: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 378,379; Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri (C. I), Manisa 1982, s. 253,254. Ayrıca hukuka uygunluk sebepleri kapsamında bkz.: Erem-Danişman-Artuk, s.549 vd.; Alacakaptan, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1970, s.84.

<sup>130</sup>Cramer-Heine, in: Schönke-Schröder, Vorbem §§ 25ff.,kn. 24; Roxin, in: LK, § 29, kn. 3.

<sup>131</sup>Roxin, in: LK, § 29, kn. 3.

<sup>132</sup>Roxin, in: LK, § 29, kn. 4.



## **Bağlılık Kuralı**

suça katılan diğer kişilerin sorumluluğu üzerinde etkili olmayacaktır. Adından da anlaşıldığı gibi bu neden şahsi nitelikte olduğu için, failde bulunan kişisel cezasızlık sebepleri şeriklerin sorumluluğu üzerinde etkili olmayacaktır. Çünkü bu şartların varlığı halinde fiil haksızlık teşkil etmesine rağmen çeşitli nedenlerle kişiye ceza verilememektedir<sup>133</sup>.

Madde metninde cezalandırmayı önleyen kişisel nedenlerden söz edilmiş, indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenler belirtilmemişse de, kusur yeteneğini azaltan nedenlerde olduğu gibi, cezada indirimde gidilmesini gerektiren nedenler de göz önünde bulundurulacak, ancak sadece ilgisi için geçerli olacaktır. Çoğun kabul edildiği yerde azda benimsenmiştir. Nitekim madde gerekçesinde cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran nedenlerin ilgili suç ortağı hakkında hukuki sonuç doğuracağı belirtilmiştir. Dolayısıyla failin ceza alınmasını veya cezasında indirimde gidilmesini gerektiren neden yalnızca fail açısından hüküm doğuracak, fiil haksızlık teşkil ettiği için şerikler bundan yararlanamayacak ve indirilmemiş ceza ile sorumlu tutulacaklardır.

Cezalandırılmayı önleyen kişisel nedenler kapsamına, şahsi cezasızlık nedenleri ile cezayı kaldıran şahsi nedenler girmektedir. Söz konusu nedenler, ya ceza verilmemesini veya cezada indirim yapılmasını gerektirmektedir.

Şahsi cezasızlık nedenleri, suçun icrası sırasında var olan sebeplerdir<sup>134</sup>. Cumhurbaşkanı vatana ihanet dışında sorumlu olmaması, milletvekili sorumsuzluğu, gönüllü vazgeçme (m.41), bazı suçların belli akrabalık ilişkisi içerisinde bulunanlar tarafından işlenmesi(m.273/1, 284/4) veya birbirlerine karşı işlenmeleri(m.167, 245/4)), kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme(m.281/1), işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçtan elde ettiği eşyayı satması(m.165) gibi nedenler cezayı ortadan kaldıran veya azaltan şahsi cezasızlık nedenleridir.

Cezayı kaldıran şahsi nedenler ise, suçun işlenmesinden (tamamlanmasından) sonra ortaya çıkan ve kişinin cezalandırılmamasını veya cezasında indirim yapılmasını gerektiren nedenlerdir. Bu halde de işlenmiş bir haksızlık bulduğundan ve sonradan ortaya çıkan şahsi nedenler bu haksızlığı ortadan kaldırmadığından, yalnızca bu neden kendisinde bulunan kişinin cezasını etkilemekte, söz konusu neden kendisinde bulunmayan kişilerin sorumluluğu or-

<sup>133</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.545.

<sup>134</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.545.

tadan kalkmamaktadır. İşlenen haksızlığın neticelerinin ortadan kaldırılması veya azaltılması nedeniyle yalnızca bunu gerçekleştiren kişinin cezası ortadan kaldırılmakta veya azaltılmaktadır<sup>135</sup>. Kanun koyucu bazı suçlar açısından etkin pişmanlık gösterilmesini bu nitelikte kabul etmiştir: Örneğin, hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri vermesi veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilecektir. Dolayısıyla pişmanlığı kim gösterirse o bundan yararlanacak, diğerlerinin sorumluluğu devam edecektir. Bunun dışında etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlendiği belirlenmelere 93,110, 184/5, 192, 248, 254, 269, 274, 281,293. maddeler örnek gösterilebilir.

Yukarıda belirtilen kusurlulukla ve cezalandırmayı önleyen kişisel nedenlerle ilgili belirlenmeler, yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi yalnızca fail-şerik ilişkisi için geçerli değildir. Müşterek faillik de dahil suça katılan herkes için uygulanabilme imkanı vardır.

Kanun koyucu bu şekilde düzenleme yapmak suretiyle ve sınırlı bağlılık kuralını kabul etmek suretiyle şeriklerin sorumluluğunu fail tarafından icra edilen suçun belirlediğini, bunun dışında failin cezalandırılabilir olup olmasının onu ilgilendirdiğini, şeriklerin sorumluluğunda etkili olmadığını veya kişisel nedenlerin ancak kendisinde bulunan kişi için sonuç doğuracağını, bu durumun şerikler için sorumsuzluk veya az sorumluluk doğurmayacağını ifade etmiştir.

#### **D. Nitelikli Unsurların Ortaklara Uygulanması**

Kanunlar suçları düzenlerken önce suçun temel şeklini daha sonra da o suçun nitelikli unsurlarını düzenleme altına alırlar. Bu unsurlar, suçun temel şeklinin cezasından daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir neden olabileceği gibi, daha az ceza verilmesini gerektiren bir belirleme niteliğinde de olabilir. İştirak halinde işlenen suçlarda da suçun nitelikli şekilleri somut olayda gerçekleşebilir. İşte bu gibi durumlarda gerçekleşen nitelikli unsurun ortaklara uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Türk kanun koyucusu 40.maddede şeriklerin sorumluluğunun belirlenmesinde suçun nitelikli unsurlarının ortaklara geçişiyle ilgili herhangi bir düzen-

<sup>135</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.555.

## **Bağlılık Kuralı**

leme yapmamıştır. Konu 765 sayılı Kanun döneminde tartışmalı olduğu gibi günümüzde de tartışmalı ve sorunlu olmaya devam etmektedir.

765 sayılı Kanun döneminde nitelikli unsurlar yerine ağırlatıcı veya hafifletici nedenler ifadesi kullanılmaktaydı. Kanununun 66.maddesinde şahsi ağırlatıcı nedenlerin ortaklara sirayeti düzenleniyordu. Bu nedenin failde veya şerikte olması fark etmiyor, iştirak edildiği anda bilinmiş olmak kaydıyla şahsi ağırlatıcı neden tüm ortaklara uygulanıyordu. Ayrıca maddede kendisinde bu neden bulunmayanlar için cezanın indirilmesi imkanı da getirilmiştir. Kanunun ifadesi indirimin ölüm ve müebbet hapis cezasında mecburi, diğer hallerde ihtiyari olduğu şeklinde kaleme alınmıştı<sup>136</sup>. Bu hüküm şerikte bulunan şahsi ağırlatıcı nedenin fail için de uygulanması yönünden eleştirilmiştir<sup>137</sup>. Doktrinde sorun oluşturan diğer bir konu da, hangi nedenlerin şahsi nitelikte sayılacağıdır. Örneğin bazı yazarlar, fail ile mağdur arasındaki usul-füru ilişkisini şahsi nitelikte ağırlatıcı sebep sayarken<sup>138</sup>, bazı yazarlar ise hem şasi hem fiili nitelik taşıdığını, ancak fiili yönünün daha bastığını kabul etmekteydiler<sup>139</sup>.

765 sayılı Kanun yalnızca şahsi ağırlatıcı sebeplerin sirayetini kabul etmiş, aynı zamanda fiili nitelikteki ağırlatıcı nedenlerin de ortaklara uygulanacağını benimsemiştir. Fiili ağırlatıcı nedenlerin düzenlendiği 67.madde, yalnızca fiili nedenlerin sirayetini kabul etmemiş, suçun vasfını değiştiren nedenlerin de ortaklar için geçerli olduğu belirlemesini yapmıştır. Fiili ağırlatıcı nedenin fiilin işlendiği anda bilinmek şartı ile suça katılanlardan kimde olduğu önemli değildir. Fiili ağırlatıcı nedenin bulunduğu ortak şerik olsa da faile uygulanması kabul ediliyordu. 66.maddedeki indirim ise bu madde açısından kabul edilmemiştir. 67.madde hükmü, bilme anı açısından şahsi ağırlatıcı neden ile fiili ağırlatıcı neden arasında fark yaratması yönünden eleştiriliyordu<sup>140</sup>.

<sup>136</sup>Kanunun ifade tarzı İndirimin zorunlu olduğu izlenimi vermekte ise de, doktrinde kaynak kanunun esas alınmak suretiyle tüm cezalar bakımından indirimin ihtiyari olduğu belirtilmiştir: Dönmezer-Erman, II, s.536; Erem-Danışman-Artuk, s.413. Yargıtay ise kanunun ifade tarzına göre karar vermektedir. Bkz.: Önder, C.II-III, s. 471.

<sup>137</sup>Kunter, s. 85; Önder, C.II- III, s. 471.

<sup>138</sup>Dönmezer-Erman, s. 536. Ancak yazarlar, ırza tecavüz veya tasaddinin usulden biri tarafından yapılmasını fiili ağırlatıcı sebep saymışlardır: s. 518.

<sup>139</sup>Erem-Danışman-Artuk, s.414.

<sup>140</sup>Dönmezer-Erman, s. 537; Kunter, s. 84; Erem-Danışman-Artuk, 415; Önder, C. II-III, s. 472.

5237 sayılı Kanun ise, nitelikli unsurların geçişiyle ilgili olarak 765 sayılı Kanundaki gibi bir belirleme yapmamıştır. Madde gerekçesinde, “ Hükümet Tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, “kişisel ağırlatıcı nedenlerin” ve “fiili ağırlatıcı nedenlerin” şeriklere uygulanması hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19.yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki, “ağırlatıcı neden” lerin kişisel veya fiili olarak ayırma tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Hükümet Tasarısının 43 ve 43. madde hükümleri metinden çıkarılmıştır” ibareleri yer almaktadır. Ancak Ceza Kanunumuzda düzenleme yapılmaması nedeniyle nitelikli unsurların ortaklara uygulanıp uygulanmayacağıyla ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Hakeri, cezayı artıran kişisel nitelikli hallerin failer açısından uygulanmayacağını(yalnızca bu neden kendisinde bulunan faile uygulanacağını), buna karşılık diğer ortaklara, yani şeriklere sirayet edeceğini belirtmektedir. Yani failde bulunan nitelikli hal şeriklere, şerikte bulunan nitelikli hal de fail ya da faille uygulanacaktır. Ancak bunun için suça iştirak edenlerin nitelikli halin varlığını bilmeleri gerekir. Cezayı artıran fiile ilişkin nitelikli haller ise, fiilin işlendiği zaman bunları bilen ortaklara sirayet edecektir. Cezanın azaltılmasını sağlayan nitelikli haller ise, kural olarak bütün şeriklere uygulanacaktır. Bunun için nitelikli halin gerçekleşeceğinin kesin olarak bilinmesi gerekir. Cezanın hafifletilmesine yol açan nitelikli hallerden ise bütün şerikler yararlanacaktır. Ancak etkin pişmanlık ve TCK 144/1-b ve 150/1’deki haller, kişisel sebepler olduğundan, bu kimsenin fiiline iştirak eden diğer şerikler indirimden yararlanamayacaktır<sup>141</sup>.

Özbek, 40.maddedeki kişisel cezasızlık nedenlerine ilişkin düzenlemeden nitelikli hallerin ortaklara sirayetiyle ilgili doğrudan bir sonucun çıkarılmasının zor olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, cezanın artırılması veya indirilmesini sağlayan nedenler, cezalandırmayı engellemezler. Ancak kişisel cezasızlık nedenlerinin düzenlenmesinin karşıt anlamından cezanın artırılmasını ve azaltılmasını sağlayan nedenlerin tüm şeriklere etki edeceğidir. Cezanın azaltılması sağlayan nitelikli hal, bilinsin veya bilinmesin tüm şerikler

<sup>141</sup> Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2009, s. 428,429.

## **Bağlılık Kuralı**

bundan yararlanacak, ağırlatılmasını sağlayan nedenler ise bilme halinde sirayet edecektir. Bilmenin ise, icra hareketlerinin başlamasından önce veya en geç icra hareketlerinin yapıldığı anda mevcut olması gerekir. Ancak belirtilen bu sonuçlara ulaşılması açısından kanunun ifadesinin son derece yetersiz olduğu ifade edilmektedir<sup>142</sup>.

Erdem, 40.maddenin 1.fikrasından yola çıkarak cezanın indirilmesi ve ortadan kaldırılmasını sağlayan kişisel nedenlerin ortaklara sirayet etmeyeceğini, yalnızca bu neden kendisinde bulunan kişinin yararlanacağını, kişisel olmayan cezasızlık veya cezada indirim sağlayan nedenlerin ise tüm suç ortaklarına uygulanacağını belirtmektedir. Bu görüşe göre cezanın ağırlaştırmasını gerektiren nitelikli neden ise ancak bunu bilene uygulanacak, bilmiyorsa cezası artırılmayacaktır<sup>143</sup>.

Toroslu, kararlaştırılan hareketin sınırı içinde kalmak şartı ile ortaya çıkan farklı sonuçların cezanın artırılması veya azaltılmasını sağlamasına bakılmaksızın faille birlikte tüm ortaklara uygulanacağını belirtmektedir<sup>144</sup>.

Demirbaş, nitelikli hallerin suç vasfını değiştirmeyen durumlar olduğunu belirterek suç vasfının değişmesini etkileyen nedenlerin, kusurluluğu etkileyen nedenlerin ve kişisel cezasızlık nedenlerinin bu kapsamda değerlendirilmeyeceğini ifade etmektedir. İştirak halinde işlenen suçlarda faillerden veya ortaklardan birinde bulunan nitelikli unsurların diğerlerine sirayet edeceğini, bunun için bilmenin yeterli olduğunu ileri sürmektedirler<sup>145</sup>

Koca- Üzülmüş, sınırlı bağlılık kuralı gereğince şeriklerin sorumluluğu, asıl fiile göre belirlendiğinden nitelikli haller şeriklere uygulanacaktır. Ancak bunun için şeriklerin iradesinin belirleyici olduğunu belirtmektedirler. Nitelikli unsuru biliyorlarsa bu neden kendisine uygulanacak, aksi halde uygulanmayacaktır. Yazarlar nitelikli unsurun uygulanmasını gerektiren nedenlerle ilgili herhangi bir belirleme yapmamaktadırlar<sup>146</sup>.

<sup>142</sup> Özbek, s. 449. Ayrıca bkz.: Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, s. 494.

<sup>143</sup>Erdem, s. 214, 215; Aynı şekilde Öztürk- Erdem, s. 249, 250.

<sup>144</sup>Toroslu, s. 298.

<sup>145</sup>Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2009, s. 483, 484.

<sup>146</sup>Koca-Üzülmüş, s.420.

Yıldız, failde bulunan kişisel veya fiili ağırlatıcı nedenlerin suça katılanlar tarafından bilinmesi ve kast kapsamında olması şartıyla şeriklere uygulanabileceğini, buna karşın suça katılanlarda bulunan cezanın ağırlaştırmasını gerektiren nedenlerin faile ve diğer suç ortaklarına uygulanabilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedirler<sup>147</sup>.

Soyaslan ise, fiile ve şahsa ilişkin ağırlatıcı nedenlerin bilinmesi şartıyla tüm şeriklere sirayet edeceğini belirtmektedirler. Buna karşılık fiile bağlı hafifletici nedenlerin bilen ve bilmeyen tüm şeriklere, şahsa ilişkin ağırlatıcı nedenlerin ise yalnızca bilen şerike etki göstereceğini ifade etmektedirler<sup>148</sup>.

Özgenç ise, cezayı artıran veya hafifleten nedenlerin, şahsa bağlı veya fiile bağlı diye ayrılmasının zorluklara sebep olduğunu, günümüz suç genel teorisinin iştirakle ilgili hükümlerine uymadığını belirterek, nitelikli hallerin bilinmesi şartıyla şeriklere uygulanacağını, ancak nitelikli haller açısından özgülük söz konusuysa, yani faille ilgili bir belirleme yapılmışsa, bu suçları ancak özgülüğe sahip fail işleyeceğinden bu niteliğe sahip olmayan kişi ancak şerik olarak sorumlu tutulacak, fail olamayacaktır. Nitelikli halin şerike uygulanması için bilmesi yeterlidir<sup>149</sup>.

Bazı yazarlar ise bu konuda herhangi bir belirleme yapmamaktadırlar<sup>150</sup>.

Her şeyden önce şunu ifade etmeliyiz ki, Ceza Kanunumuzun 40.maddesinde düzenlenen kişisel cezasızlık nedenleri, suçun maddi unsurları kapsamına girmeyen nedenlerdir. Kendisinde bulunan kişinin bilip bilmemesi, dolayısıyla da suça katılan diğer kişiler tarafından bilinip bilinmemesi de önemli değildir. Kişisel nitelikte olduğu için kendisinde bu neden bulunan kişi dışında diğer suça katılanları etkilemesi de söz konusu değildir. Kanun koyucu kanunilik ilkesi gereğince ve tereddütlere yer vermemek amacıyla bu nedenlerin kime uygulanacağıyla ilgili belirleme yapmıştır. Bu nedenlere bakılarak suçun maddi unsurları kapsamına giren nitelikli unsurların uygulanıp uygulanmayacağıyla ilgili belirleme yapmanın tam doğru olduğunu söylemek

<sup>147</sup>Yıldız, Ali Kemal, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2007, s. 123.

<sup>148</sup>Soyaslan, s.490.

<sup>149</sup>Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.490-492.

<sup>150</sup>Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 2007, s.778, 779; Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu İle İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 2008, s. 524, 525.

## **Bağlılık Kuralı**

mümkün değildir. Maddi unsurlar kast kapsamına girmekte, bir başka ifadeyle kastın suçun kanuni tanımındaki unsurları kapsamaması gerekmektedir. Aksi takdirde hata hükümleri gereğince sorumluluk tayin edilmektedir. Dolayısıyla şeriklerin sorumluluğu işlenen suça göre olduğundan ve suça iştirak için de şeriklerin kasten hareket etmesi gerektiğinden, kanuni tanımda belirtilen nitelikli unsur veya unsurları bilmeyen kişiye bu nitelikli unsurlar uygulanamaz. Örneğin azmettirmede azmettiren kişinin kasten hareket etmesi gerekmektedir. Azmettirme kastının hem azmettirmeye ilişkin hem de azmettirilen fiile ilişkin iki yönü bulunmaktadır. Azmettiren kişinin azmettirilen fiile ilişkin kastının suçun unsurlarını (nitelikli hal de dahil) kapsamaması gerekir. Kast kapsamında olmayan ve fail tarafından gerçekleştirilen nitelikli unsurlar veya başka suçlar azmettirenin sorumluluğu kapsamına girmez. Keza yardım etme için de yardım edenin kasten hareket etmesi gerekir. Failin yardım edenin kastının dışına çıktığı hallerde yardım eden bundan sorumlu değildir<sup>151</sup>. Dolayısıyla nitelikli unsurların şeriklere uygulanması azmettirmenin ve yardım etmenin niteliğiyle, bir başka ifadeyle iştirak kastları kapsamında olduğundan kanun koyucu ayrıca bir belirleme yapmamıştır. Bütün bunların sonucu olarak kast kapsamında olmak şartıyla, yani bilmek şartıyla tüm nitelikli unsurlar şeriklere uygulanacaktır. Örneğin babasını öldürmek isteyen kişiye bunu bilerek silah temin eden kişi nitelikli öldürmeye yardım eden olarak sorumlu olacaktır(m.82). D'nin A'yı öldürmesi için azmettirdiği B, A'yı canavarca hisle öldürürse ve D'nin de bu nitelikli unsur açısından kastı yoksa sorumluluğu 81. maddeye azmettirmeden olacaktır. Örneklerden de anlaşılacağı gibi, Ceza kanunumuz bağlılık kuralını olduğu gibi uygulamakta, bazı yazarların<sup>152</sup> belirttiği gibi katı bağlılık kuralını benimsemektedir.

Ancak örnekler incelendiğinde veya değiştiğinde sorun yukarıda yapılan tespitle kolayca çözülsün de, ulaşılan sonuç tatmin edici veya ceza hukuku ilkeleriyle uyuşur gözükmemektedir. Örneğin A, B'nin kardeşi C'yi B'nin öldürmesine yardım ediyor. B fail olarak 82.maddeden sorumludur. Bunu bilen A'da 82. maddeden yardım etme nedeniyle sorumludur. Ters durumda ise A kendi kardeşi C'yi öldüren B'ye yardım ediyor. Bu durumda B 81.maddeden sorumlu. A'da 81.maddeden yardım eden sıfatıyla sorumludur. Dolayısıyla A başkasının kardeşinin öldürülmesine yardım ettiğinde daha fazla ceza almak-

<sup>151</sup> Azmettirme kastıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: Gropp, s. 388 vd.; Lackner-Kühl, § 26, kn. 4.; Joecks, Wolfgang, Studienkommentar StGB, 5. Auflage, München 2004, s.141, 142.

<sup>152</sup> Koca-Üzülmez, s.420.

ta, kendi kardeşinin öldürülmesine yardım ettiğinde daha az ceza ile sorumlu olmaktadır. Yukarıdaki örnekleri azmettirme şekline uyguladığımızda da aynı sonuçlara ulaşmaktayız. Örneğin A kendi babasını öldürmesi için B'yi azmettirdiğinde 81.maddeden sorumlu olacaktır. Kanun koyucu bu gibi durumlarda 82. maddede belirtilen aile yakınlarını öldürmek istenildiğinde bunu kendilerinin yapmalarını bir başkasına yaptırmalarını, çünkü daha az ceza alacaklarını ifade etmektedir. Ya da birini öldürülmesine yardım edecekse, başkasının yakının öldürülmesine değil de kendi ailenizin öldürülmesine yardım edin daha faydanıza olur diyor.

Kanunun nitelikli hallerle ilgili belirleme yapmamasının diğer bir sakıncası da şudur. Failin sıfatının nitelikli hal olarak kabul edildiği hallerde, fail sıfatına sahip olmayan kişi suçu bizzat işlediğinde daha az ceza almakta, nitelikli hale azmettirdiğinde daha fazla ceza almaktadır. Örneğin resmi belgede sahteciliği bizzat kendi işlediğinde, m. 204/1 göre sorumlu olmakta, kamu görevlisini azmettirdiğinde nitelikli unsur olan 204/2 den ceza almaktadır. Keza müşterek faillik söz konusu olduğunda özel faillik niteliği taşımayan kişi 204/1 den sorumlu olmakta, özel faillik niteliğini taşıyan kimseyi azmettirdiğinde ise 204/2 den cezalandırılmaktadır. Ters düşünülürse, yani bir kamu görevlisi resmi belgede sahtecilik suçunu kendi işlediğinde daha fazla ceza almakta, herhangi bir şahsı resmi belgede sahtecilik suçuna azmettirdiğinde daha az ceza almaktadır. Belirtilen durumların, işlenen haksızlıkla doğru orantılı olmadığını düşünüyoruz.

Benzer durum müşterek faillik şeklinde icra edilen bir fiile şerik olarak katkı sağlayan kişi açısından da söz konusu olmaktadır. Azmettirme niteliğinde katkı sağlayan kişi, müşterek faillerden biri babasını öldürmesi ve azmettirenin de bunu bilmesi şartıyla 82. madde gereğince sorumlu olacaktır. Fiili kendisi icra ettiğinde 81.maddeden sorumlu olacak, azmettiren olduğunda 82. maddeden cezalandırılacaktır.

Bağlılık kuralını yukarıda belirtildiği şekilde uygulamak gerçek özgü suçlar, yani kurucu nitelikteki özgü suçlar açısından da sorun doğurmaktadır. Bu durum özgü suçlara azmettiren veya yardım eden olarak katkı sağlandığı durumlarla ilgilidir. Dolayısıyla her hangi bir şahıs kanunun aradığı sığa sahip bir kişiyi ancak onun tarafından işlenecek bir suçta azmettirmişse, söz konusu kişi failin işlediği özgü suçtan azmettiren olarak sorumludur. Ters durumda ise, kanunun aradığı sığa sahip bir kişi yine ilgili suç tipinde belir-



## **Bağlılık Kuralı**

tilen sığfata sahip diğer bir kişiye 6zgü suçu işlemeye azmettirirse azmettiren kişi 6zgü suçtan azmettiren olarak sorumlu olacaktır. Görüldüğü gibi suça azmettiren kişi kanunun aradığı sığfata sahip bir kişi olduğunda bu niteliğe sahip olmayan kişi ile aynı cezayı almaktadır. Aynı durum özel faillik sıfatına sahip olmayan kişinin araç olarak kullanıldığı durum için de geçerlidir(hukuka uygunluk sebeplerinde hataya ilişkin kabul ettiğimiz görüş ağısından). Örneğin Almanya'da failin cezalandırılabilmesinin nedenini teşkil eden özel kişisel vasıflara sahip olmayan azmettiren veya yardım edenin cezası indiriliyor. Özgüluğe sahip olanlar ise indirilmemiş cezayla azmettirmeden veya yardım etmeden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Ancak bunun için failin cezalandırılabilmesinin nedenini teşkil eden şeyin özel kişisel vasıf olması gerekmektedir (m. 28/1). Bu özel kişisel vasıfların içine suç tipinde failin şahsıyla ilgili olan belirlemeler girmektedir. Asker olmak, kamu görevlisi olmak gibi vasıflar bu nitelikte kabul edilmektedir. Garantörlük ise herkesle ilgili olduğu, failin şahsıyla ilgili olmadığı için bu kapsamda değerlendirilmemektedir<sup>153</sup>.

Kanunumuzdaki düzenlemenin şerikliğin bağlılığını katı olarak koruduğunu söylemek mümkünse de, getirilen hükümlerle beklenen amacın sağlandığını ifade etmek mümkün değildir. Dolaysıyla bağlılık kuralının yukarıda belirtilen şekillerde uygulanmasının doğru olmadığını belirtmek istiyoruz. Aynı şekilde bazı yazarlar tarafından belirtildiği gibi nitelikli unsurların şahsa ve fiile bağlı nedenler diye ikiye ayrılması ve her birine farklı esasların uygulanması, kanunumuzda böyle bir ayırım yapılmadığı için sistemimize uygun değildir. Nitelikli unsurların tüm ortaklara uygulanacağını, yani failde bulunan nitelikli unsurun şeriklere şeriklerde bulunan nitelikli hallerin fail ya da faille bilmek şartıyla sirayet edeceğini belirtmek hem bağlılık kuralının esasına aykırı hem de sorunu çözememektedir. Zira bağlılık kuralı şeriklerin sorumluluğunun kaynağını göstermekte, failin sorumluluğunu tespit etmemektedir. Dolaysıyla şeriklerde bulunan nitelikli unsurların faille uygulanacağını belirtmek bağlılık kuralının esasıyla uygun değildir. Keza bu görüş yukarıda belirtilenlerden bazıları gibi haksız sonuçlara da yol açmaktadır. Özgüluğün söz konusu olduğu durumlarda, örneğin resmi belgede sahteciliği kendisi gerçekleştirdiğinde daha az ceza almakta, bir kamu görevlisini azmettirdiğinde daha fazla ceza almaktadır. Veya birinin babasını kendisi öldürdüğünde 81.maddeden ceza almakta, başka biriyle iştirak halinde(örneğin azmetti-

<sup>153</sup>Gropp, s. 383. Garantörlük ağısından sorunun tartışmalı olduğunu da belirtmek istiyoruz. Bkz.: Tröndle-Fischer, ř 28, kn. 6.

ren olarak) o kişinin babasını öldürmesine katkı sağladığında 82.madde gereğince sorumlu olmaktadır.

Her şeyden önce şunu ifade etmeliyiz ki, şerik, doğrudan değil, başkasının faillik niteliğindeki hareketine katkı sağlamak suretiyle korunan hukuki değere saldırıda bulunmaktadır. Bu da şerikliğin sadece suçun kanuni tanımına uygun davranan faille mümkün olabileceğini ortaya koymaktadır. Ancak başkasının fiiline katılmanın zorunlu, ama her zaman şerikin cezalandırılması için yetmediğini, onun fiilinin de hukuki değeri ihlal etmesi gerektiğini de ortaya koymaktadır. Dolayısıyla kabul ettiğimiz görüşe göre, şerikliğin haksızlığı kısmen(önemli ölçüde) failin fiilinden, kısmen de katılanın kendisinin hukuki değere saldırısından(haksızlığından) türetilmektedir. Yani şeriklerin cezalandırılması, hem cezalandırılabilir şerikliğin bağlı olmasını hem de şerikin fiilinin de haksızlık ihtiva etmesini gerektirmektedir. Ayrıca Ceza Kanunumuz, azmettirme ve yardım etmenin düzenlendiği 38 ve 39. maddelerinde şeriklerin cezasının işlenen suça göre belirleneceğini ifade etmektedir. Bilindiği gibi suç kavramı, temel şeklini ifade ettiği gibi, nitelikli halini de kapsamaktadır (m.43). Keza Kanunumuz sorumluluk için faili ve onun cezasını ölçü almamıştır. Bu belirtilenler ışığında daha önce ifade edilen sakıncaları da göz önüne alarak sınırlı bağlılık kuralı çerçevesinde şeriklerin sorumluluğu tespit edilirken failin işlediği suça bağlı olarak ceza tayin edilmekle birlikte şerikliğin de göz önünde tutulması şarttır. Ancak bu söylediklerimiz nitelikli hal açısından özgülük taşıyan, yani görünüşte özgü suçlar için geçerlidir. Dolayısıyla babasını öldürmesi için bir başkasını bu fiil için azmettiren kişi, fail 81.maddeden sorumlu olsa da kendisi 82. maddeden sorumlu olmalıdır. Fail 81.maddeden sorumlu olmakta, çünkü ölenle kendi arasında kanunun aradığı anlamda usul-füru şeklinde bir özgülük bulunmamaktadır. Azmettiren babasını öldürmeye azmettirdiğinden, onun için babasını öldürmeye azmettirmekten sorumluluk tayin edilmelidir. Başkasının babasını öldürmeye azmettirdiğinde ise, fail 82. maddeyi ihlal etmiştir. Kanunumuzun düzenlemesine göre, fail olamayan veya özgü suça katılan kişiler azmettiren veya yardım edem olarak işlenen suçtan sorumlu tutulurlar. Ancak burada failde varlığı söz konusu olan özellik azmettiren veya yardım edende bulunmamaktadır. Taşımadığı bir nitelikten dolayı cezasını artırmak doğru değildir. Kendisi için herhangi birinin öldürülmesine katkı sağlamak söz konusudur. Azmettiren bulunan bu niteliği bağlılık kuralı gereğince faile uygulayamıyorsak, ceza hukuku yaptırımının haklı ve ölçülü olması esastan hareketle failde bulunanı da azmettiren

## ***Bağlılık Kuralı***

veya yardım edene uygulayamayız. Aksi durumda daha önce belirttiğimiz sa-kıncalar ortaya çıkar. Özgürlük dışındaki hallerde failin işlediği suçta bulunan nitelikli haller bilmek şartıyla şeriklere uygulanacaktır. Örneğin nitelikli hal-lere ilişkin saik, amaç gibi unsurlar özgürlük niteliği taşımadığı için failde bu-lunan bu unsurlar bilmek şartıyla şeriklere uygulanacaktır. Örneğin failin suç delillerini gizlemek için birini öldürdüğünü bilen ve bu fiile yardım eden kişi fail gibi 82.maddeden sorumlu olacaktır. Aslında burada her ne kadar 40.mad-denin gerekçesinde kişisel fiili ayırımın doğru olmadığı belirtiliyorsa da, kişi-sel kavramının özelliğinden dolayı bu neden kimde varsa onun hakkında ge-çerli olması gerekir. Bu neden kendisinde olamayan kişinin cezasını sırf bili-yor olmasından dolayı artırmak doğru değildir. Daha önce kanunumuzda böy-le bir neden olmadığı için bunun uygulanmasının tam doğru olmadığını belirt-miştik. Tam doğru değil, çünkü, kanunumuzda böyle bir ayırma yer verilme-miştir. Ama doğru, çünkü kişisel nitelikteki nedenleri, kendisinde bulunma-yan kişiye uygulamamız gerekmektedir. 40.maddede özgürlüğe yer verildiği için belirlememizi bu noktadan yaptık. Ancak en doğru seçim, tüm tereddütle-ri ve eleştirileri ortadan kaldıracak değişikliğe gitmektir. Örneğin sınırlı bağ-lılılık kuralının geçerli olduğu Almanya'da Alman Ceza Kanunu'nun 28.mad-desinde kişisel nitelikteki nedenlerin(artıran, ortadan kaldıran veya azaltan) ancak kendisinde bulunan kişiye uygulanacağına ilişkin hüküm bulunmakta-dır(2.fıkra). Kanunumuzda da özgürlüğe yer verdikten sonra benzer düzenle-meye gidilebilir.

Yukarıda belirttiğimiz cezanın ağırlaştırılmasını sağlayan nitelikli unsur-larla ilgili açıklamalar cezanın indirilmesini sağlayan haller için de geçerlidir. Cezanın indirilmesini sağlayan nedende özgürlük varsa bu yalnızca fail için geçerli olacak. Şerikte böyle bir neden varsa o zamanda yalnız kendisinde bu-lunan şerik bundan yararlanacaktır. Özelliği taşımayan şerik ve faile uygula-namayacaktır. Diğer durumlarda failin gerçekleştirdiği suçta bulunan cezanın indirilmesi nedenleri suça katılan herkese uygulanacaktır.

## **SONUÇ**

Ceza Kanunumuzun 40.maddesi, esas olarak iki açıdan sorun doğurmaktadır.

Bunlardan birincisi kasten işlenmiş bir failin aranmasından kaynaklan-maktadır. Bu durum özgü suçlar açısından geçerlidir. Kasıtsız davranan, fa-

kat doğrudan hareket eden bu şahsı kullanan arkadaki kişi düzenleme gereğince özgü niteliğe sahip olmadığından dolayı fail (dolaylı fail) olamamaktadır. Söylenenler hem taksirli hareket eden hem de hata içerisinde bulunan kişiyi suç işlemekte kullanan kişi için geçerlidir. Dolaylı fail olamayan kişi aynı zamanda asıl fiilin kasıtlılığını arayan düzenleme nedeniyle azmettiren veya yardım eden statüsünü de edinmemektedir. Belirtilen nedenlerle kasıtsız davranan öndeki kişiyi kullanan arkadaki şahsın cezasız kalmaması ve uygulamada ortaya çıkacak tereddütleri ortadan kaldırmak için kanunumuzda bu konuyla ilgili düzenleme yapılması gerekmektedir.

İkincisi ise, suçun nitelikli unsurlarının şeriklere uygulanmasıyla ilgilidir. Failde bulunan nitelikli unsurların hiç ayrıma yer verilmeksizin şeriklere uygulanması birçok açıdan haksız sonuçlara neden olmaktadır. Kanunun düzenlemesi özellikle 82.maddede belirtilen yakınların öldürülmesinde başkasından yararlanılması gerektiğini önerir niteliktedir. Nitelikli unsurlar konusunda hangi hallerde failde bulunan bu unsurların şeriklere uygulanacağıyla değil, uygulanamayacağıyla ilgili olarak kanunumuzda belirlemeler yapılmalıdır. Çünkü önerilecek veya uygulanacak tüm çözümler tartışmalı kalacaktır. Bütün bunların önüne geçilmesi için açıkça belirlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

# “1982 ANAYASASINA GÖRE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ŞEKİL BAKIMINDAN DENETİMİ”

Yrd. Doç. Dr. Mesut AYDIN\*

## ÖZET

1982 Anayasasında (m. 175, 148), Türkiye Büyük Millet Meclisine anayasa değişikliği yapma, Anayasa Mahkemesine de söz konusu anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yetkisi tanınmıştır. Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi, Anayasada öngörülen bazı şekil şartlarıyla sınırlı tutulmuştur: “Teklif ve oylama çoğunluğu” ve “ivedilikle görüşülememe”. 9.2.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunla, Anayasanın 10. ve 42. maddesinde yapılan Anayasa Değişiklikleri, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Söz konusu Anayasa Değişikliklerinin denetiminde, “teklif ve oylama çoğunluğu” ve “ivedilikle görüşülememe” şartlarıyla sınırlı bir denetimin yapılmadığı görülmektedir. Başka bir deyişle, 5735 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa Değişiklikleri, Anayasanın değiştirilmesi teklif edilemeyen ilk üç maddesine aykırılık nedeniyle iptal edilmiştir. Böylece, şekil görüntüsü altında, esas bakımından bir denetim yapılmıştır. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yetkisi ve bu yetkinin sınırı üzerinde durulmaktadır.

**Anahtar Kelimeler :** “Anayasa değişiklikleri”, “Anayasa değişikliğinin şekil bakımından denetimi”, “Türkiye Büyük Millet Meclisi”, “Anayasa Mahkemesi”, “İptal kararı”.

## THE EXAMINATION OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN TERMS OF THEIR FORM ACCORDING TO THE 1982 CONSTITUTION

### ABSTRACT

The 1982 Constitution (articles 175 and 148) has granted Turkish National Assembly the right to amend the constitution and authorized the Constitutional Court to examine amendments with regard to their form. The Court is entitled to declare such amendments null and void. The scope of the Courts examination is restricted to consideration of whether an amendment meet certain criteria with regard to form prescribed by the Constitution, that are whether the requisite majorities were obtained for the proposal and in the ballot, and whether the prohibition on debates

\* Kırıkkale Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

*under urgent procedure was complied with. The Law 5735, dated 9.2.2008 and amended the articles 10 and 42 of the Constitution, has been declared null and void by the Constitutional Court following its examination by the Court in respect of its form. The relevant Court decision has not established the failure of the Law 5735 to meet the criteria of obtaining the requisite majorities for the proposal and in the ballot and the prohibition on debates under urgent procedure. The Courts decision has pointed out that the Law 5735 was declared unconstitutional on the ground that it contravened the provisions of the three irrevocable articles of the Constitution, effectively amounting the Courts decision to the examination and verification of the constitutional amendment with regard to substance. This study dwells on the scope of Constitutional Courts authority to review constitutional amendments with regard to form.*

**Key Words :** “Constitutional amendments”, “Verification of constitutional amendments with regard to their substance”, “Turkish Grand national Assembly”, “the Constitutional Court”, “the Decision to declare a law null and void”

## **GİRİŞ**

09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunla Anayasanın 10. ve 42. maddesinde yapılan Anayasa Değişiklikleri, Anayasa Mahkemesi tarafından şekle aykırılık nedeniyle iptal edilmiştir. İptal kararı incelendiğinde, Anayasada (m.148/2) sınırlı şekilde sayılan şekil şartlarının dışında bir denetimin yapıldığı görülmektedir. Bu durum, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetiminin hukukî olarak değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi, “teklif ve oylama çoğunluğuna” ve “ivedilikle görüşülemeyeceği” şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmasına karşılık (AYm.148/2), 5735 sayılı Kanunla yapılan Anayasa Değişiklikleri, Anayasanın 4. maddesinde düzenlenen, değiştirilemez hükümlerle ilgili teklif edilememe yasağından yola çıkılarak iptal edilmiştir. Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesi yorum yoluyla anayasa değişiklikleri üzerindeki denetleme alanını genişletmektedir. Böylece, anayasa değişikliklerinin hangi şartlar esas alınarak denetlenebileceği konusu, üzerinde durulması gereken önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

5735 sayılı Kanunun Anayasaya uygunluğunun denetiminde, Anayasa Mahkemesinin yetki sınırını aşması ya da söz konusu kanunun şekil görüntü-

## *1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi*

sü altında esastan denetlenmesi, 1961 Anayasası döneminde başlayan ve 1982 Anayasasının ilk dönemlerinde küllenen bir tartışmayı tekrar alevlendirmektedir. Bizce, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisinin sınırının belirlenmesi, bu tartışmanın çözümünde önem taşımaktadır. Bu çalışmada, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetiminin hukukî boyutu üzerinde durulmaktadır.

### **1. ŞEKİL BAKIMINDAN ANAYASAYA AYKIRILIK KAVRAMI**

Şekil bakımından anayasaya aykırılık kavramını açıklamadan önce, genel olarak, anayasaya aykırılık kavramı hakkında birkaç şey söylemek gerekiyor. Anayasaya aykırılık kavramı, öncelikle yasaların anayasaya aykırı olarak çıkarılmasını düşündürmektedir. Başka bir deyişle, anayasa ihlalleri ile ilgili olarak yalnızca yasalarla bir aykırılığın doğacağı gibi bir ön yargı vardır. Ancak, anayasa metninde bulunan ya da sonradan anayasa metnine eklenen bazı maddeler de, Anayasaya aykırı olabilir. Anayasaya aykırı anayasa normları konusu Federal Almanya’da hukukçular tarafından tartışılmıştır. Anayasaya aykırı norm, ilk olarak, bir anayasa normunun anayasada belirtilen şartlara uyulmadan kabul edilmesiyle söz konusu olur. İkinci olarak, anayasayı değiştiren kanunların anayasaya aykırılığı halidir. Bu norm gerek şekil gerekse maddi olarak anayasaya aykırı olabilir. Üçüncü olarak ise, anayasa normlarının yüksek derecedeki anayasa normlarına aykırı olmasıdır. Bu durum, çelişkili görülebilir. Ancak, tali değerde olan bir anayasa normunun temel bir anayasa normunu ihlal etmesi söz konusu olabilir<sup>1</sup>.

Anayasa koyucu, ilk planda kanunların denetlenmesini düşünerek, buna uygun olarak, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sistemini kabul etmiştir. Ancak, anayasaya aykırı anayasa normlarının bulunabileceği hususu göz önüne alındığında, bunların da yargı denetimine tâbi olması gerektiği ileri sürülebilir<sup>2</sup>. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, teorik olarak, “*anayasaya aykırı anayasa normları*” kavramını kabul etmekle birlikte, 1953 yılından beri, bu kavrama başvurma konusunda ihtiyatlı bir tutum

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Armağan Servet: Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi**, İÜHFY, İstanbul 1967, s.122-125.

<sup>2</sup> Baohof, Otto: **Verfassungswidrige Verfassungsnormen?** Tubingen Mohr (Paul Siebeck), 1951, s.7-11 aktaran **Turhan, Mehmet**: “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, **AÜHFD**, 1976, C.XXXIII, S.1-4, s.63.

almaktadır<sup>3</sup>. Mahkeme oldukça geniş bir denetim olanağına sahip olduğu bir alanda, anayasa koyucu iktidarın doğasını dikkate alarak kendini frenleme yolunu seçmektedir<sup>4</sup>.

Şekil bakımından anayasaya aykırılık, ilk olarak, anayasada öngörülen usullere aykırı bir şekilde yapılan anayasa değişikliğini akla getirmektedir. Çünkü, şekilden kastedilen anayasada öngörülen usullere uygun bir değişikliğin gerçekleştirilmesidir. Katı anayasa sisteminde, anayasalar belli usullere uygun bir şekilde değiştirilirler. Tâli kurucu iktidar, anayasanın herhangi bir maddesini değiştirirken, anayasada öngörülen şekil şartlarına uymak zorundadır. Bu durum ise, “*Anayasa üstünlüğünün, Anayasanın katılığı, Anayasa ve âdi kanun ayırımı prensiplerinin tatbikini sağlayan, Anayasanın emredici hükmüne dayanan mutlak bir mecburiyettir*”<sup>5</sup>. Tâli kurucu iktidarın öngörülen değişiklik usulüne uygun davranmaması ise, anayasa değişikliğini ağır biçimde sakatlar. Bir anayasa normunun anayasada belirtilen şekil şartlarına uygun olmasıyla amaçlanan ise, anayasanın bazı biçim kurallarına uygun bir şekilde değiştirilebilmesidir. Söz konusu biçim kurallarına uyulmaması açık bir şekilde anayasanın ihlali sonucunu doğurur. Örneğin, anayasa değişikliği için nitelikli bir çoğunluğun oyu gerekliken buna uyulmamışsa<sup>6</sup> ya da halkoyuna sunulan metin ile sonradan yayınlanan metin arasında bazı farklar söz konusuysa, anayasa değişikliğinin ağır biçimde sakat olduğundan ve şekle aykırılıktan söz edilir.

Anayasaya aykırı anayasa normu, hem şekil hem de maddi bakımdan söz konusu olabilir. Başka bir deyişle, şekil (biçimsel) bakımından anayasaya aykırı norm, daha çok, anayasanın belirlediği değiştirme usullerinin yerine getirilmemesi ile sınırlı olmasına karşılık, maddesel aykırılık anayasa değişikliği ile anayasaya eklenen yeni maddelerin anayasanın özüne ve temel ilkelerine aykırı olmasıyla ilgilidir<sup>7</sup>. Şekil bakımından aykırılık, Anayasa Mahkemesinin bir kararında, “*bu tür mevzuatın Anayasa ve İçtüzükte öngörülmüş bulu-*

<sup>3</sup> **Kıratlı, Metin:** *Alman Federal Anayasa Mahkemesi*, Sevinç Matbaası, AÜSBFY, Ankara 1963, s.54-55.

<sup>4</sup> Bkz. **Can, Osman:** “Anayasayı Değiştirme ve İktidarı Denetim Sorunu”, *AÜSBF Dergisi*, Prof. Dr. Yavuz Sabuncuya Armağan, C.62, S.3, Temmuz-Eylül 2007, s.114.

<sup>5</sup> **Kubalı, Hüseyin N.:** *Anayasa Hukuku Dersleri*, Kurtulmuş Matbaası, İÜHFY, İstanbul 1971, s.101.

<sup>6</sup> **San, Coşkun:** *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri*, AİTİAY, Ankara 1974, s.133.

<sup>7</sup> **San ...**, s.133.



## 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi

nan usul ve şekil kurallarına uygun biçimde yapılıp yapılmadığı hususlarının denetimidir; Zira, herhangi bir hukuk kuralı ancak Anayasanın öngördüğü ya da Anayasaya uygun hukuk kurallarının müsaade ettiği usullere göre konulabilir. Biçim kuralları, bir tasarı ya da teklifin kanunlaşmasına kadar geçirdiği tüm evrelerde uyulması gereken usul ve şekil kurallarının bütününi ifade eder”<sup>8</sup> şeklinde belirtilmektedir.

### 2. ŞEKİL BAKIMINDAN DENETİMDE ESAS ALINACAK ŞARTLAR

Tâli kurucu iktidar, anayasada öngörülen usule uygun olmak koşuluyla, anayasada çeşitli değişiklikler yapabilir<sup>9</sup>. Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi konusu Anayasanın 148. maddesinde düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği maddede, “Anayasa Mahkemesi, ..... Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceleyerek ve denetler” denilmektedir. Anayasa değişikliklerinde uyulması gereken usul kuralları ise, şu şekilde belirlenmiştir: “..... Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır”. Böylece, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme kapsamı daraltılmıştır. Mahkeme, anayasa değişikliklerinde sadece şekil bakımından denetimde bulunacak ve bu denetim de, “teklif ve oylama çoğunluğuna” ve “ivedilikle görüşülemeyeceği” şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olacaktır. Başka bir deyişle, “sınırlıdır” kelimesinin açıkça ifade ettiği gibi, şekil denetiminin bunların dışında bir hususa teşmil edilmesi mümkün değildir<sup>10</sup>. Anayasa değişikliklerinin istisnai ve tüketici olarak sayılması, bu denetimin kapsamının yorum yoluyla genişletilmesine engeldir<sup>11</sup>.

Anayasa değişikliğinin kanun şeklinde yapıldığı göz önüne alındığında, anayasada değişiklik öngören kanunlarının bazı şekil ve usul kurallarına uygun bir şekilde kabul edilmesi gerekir. Anayasanın değiştirilmesinde uyulması gereken şekil şartlarıyla ilgili olarak ise, Anayasanın 175. maddesinde ay-

<sup>8</sup> E.S. 1987/9, K.S. 1987/15, KT.18.06.1987, **AYMKD**, S.23, s.285.

<sup>9</sup> Tâli kurucu iktidarın anayasa değişikliklerinde yetkisinin sınırı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 12. B., İstanbul 2007, s.169-176.

<sup>10</sup> **Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku**, 10. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 177; Benzer yönde bkz. **Tunç, Hasan: Anayasa Hukukuna Giriş**, 2. B., Nobel, Ankara 1999, s.74.

<sup>11</sup> **Can**, s.112.

rıntılı düzenlemeler söz konusudur. Buna göre, anayasa değişikliği teklifinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilmesi, bu teklifin Genel Kurulda iki defa görüşülmesi (ivedilikle görüşülememe) ve değiştirme teklifinin Meclisin üye tamsayısının en az beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla kabul edilmesi gerekir.

Doktrinde, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından bir kanun olması nedeniyle, Anayasa Mahkemesinin şekil bakımından denetimine tâbi olması, doğal bir durum olarak değerlendirilmektedir<sup>12</sup>. Gerçekten, “*kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini kabul etmiş olan bir ülkede, anayasa değişikliklerinin şekil yönünden anayasaya uygunluğunun denetiminde yadrganacak bir yön yoktur. Çünkü, nihayet anayasa değişiklikleri de, biçimsel olarak bir kanundur*”<sup>13</sup>. Anayasada, “*teklif ve oylama çoğunluğu*”ndan ve “*ivedilikle görüşülemeyeceği*”nden bahsedilmesi nedeniyle, anayasa değişiklikleri üzerindeki denetimin bu hususlarla sınırlı olması gerekir.

Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetiminin harekete geçirilmesi için, Anayasada sayılan organ ve makamların şekil bakımından iptal davası açması gerekir. Kısacası, anayasa değişiklikleri bakımından, Anayasa Mahkemesinin harekete geçirilişi bakımından “*makam*” ve “*süre*” kayıtları konulmuştur<sup>14</sup>. Dava açma yetkisi, Cumhurbaşkanı ve TBMM üyelerinin beşte birine tanınmıştır (AYm.148). İptal davası (AYm.150) açma yetkisine sahip “*İktidar ve Anamuhalefet Partisi Meclis Grupları*”na ise, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından iptaliyle ilgili olarak, dava açma yetkisi tanınmamıştır. Dava açma süresi konusunda ise, Anayasada açık bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Burada, kanunların şekil bakımından denetlenmesine yönelik kabul edilen esasların (AY m.148/2), anayasa değişiklikleri bakımından da geçerli olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmek gerekir. “*Zaten anayasa değişiklikleri de kanunla gerçekleştiğine göre, Anayasanın burada ayrıca anayasa değişikliklerinden söz etmemiş olması doğaldır*”<sup>15</sup>. Sonuç olarak, Anayasa değişiklikleri hakkında, yayımlandığı tarihten itibaren on gün

<sup>12</sup> **Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s.877.

<sup>13</sup> **Özbudun**, s.169.

<sup>14</sup> **Kaboğlu, İbrahim Ö.: Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, İmge Kitabevi, 4. B. Ankara 2007, s.110; Bkz. **Şen, Murat**: “1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, **AÜEHFD**, C.II, S.1, <[http://hukuk.ertzincan.edu.tr/dergi/makale/1998\\_5.pdf](http://hukuk.ertzincan.edu.tr/dergi/makale/1998_5.pdf)> 23.06.2010, s.106-113.

<sup>15</sup> **Özbudun**, s.175.

## *1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi*

geçtikten sonra şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; defi yoluyla da ileri sürülemez. Başka bir deyişle, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından Anayasaya aykırılığının mahkemelerde ileri sürülmesi mümkün değildir (AYm.148/2, 2949 sayılı Kanun m.21/2).

Şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları Anayasa Mahkemesince öncelikle incelenip karara bağlanır (AY m.149/2). Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilmesi için ise, beşte üç oy çoğunluğu gerekir (AYm.149/1).

1982 Anayasasında (m.148/2), anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi; “*teklif ve oylama çoğunluğu*” ve “*ivedilikle görüşülememe*” şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. Anayasanın 148. maddesinde, anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından denetlenebileceği belirtilmiştir. Ayrıca, şekil bakımından denetim yetkisi de sınırlanmıştır. Böylece, Anayasa Mahkemesinin 1970’lerde ortaya koyduğu, üstün anayasal ilkelere ve hukuk kurallarına aykırı anayasa değişikliklerinin iptalini içeren içtihat ve uygulamalarına son verilmek istenmiştir. Bazı yazarlar, anayasa değişiklikleri konusunda, belli usul ve şartlara uyulmamış olmasının pek düşünemeyeceğini belirterek, uygulamada yargı bağımsızlığının sağlandığını ileri sürmektedir<sup>16</sup>. Sonuç olarak, Anayasada sınırlı bir şekilde sayılan şekil şartlarını yorum yoluyla artırmak mümkün değildir. Burada, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetlerken esas alacağı şekil şartlarının (teklif, oylama ve ivedilikle görüşülememe) değerlendirilmesi gerekmektedir.

### **2.1. Teklif**

Anayasa değişikliği sürecinin başlayabilmesi için bir anayasa değişiklik teklifinin olması gerekir. Anayasa değişiklik teklifinde bulunabilmek için TBMM üyesi olmak şarttır. Buna karşılık, halka anayasa değişiklik teklifinde bulunma yetkisi tanınmamıştır<sup>17</sup>. Teklif şartı bakımından, “*asgari sayı*” sınırlaması söz konusudur. Anayasa değişiklik teklifinin, TBMM üye tamsayısının en az üçte biri tarafından ve yazıyla teklif edilmesi gerekir(m.175). Başka bir deyişle, Meclis üye tamsayısının üçte birinden az sayıdaki üyeleri, anayasa değişiklik teklifinde bulunamaz. Anayasa değişiklik teklifinin, teklif sa-

<sup>16</sup> Bkz. **Duran, Lütfi**: “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, **Anayasa Yargısı**, 1984, s. 61-62.

<sup>17</sup> Bkz. **Şahbaz, İbrahim**: **Yarı Doğrudan Demokrasi Kurumu Olarak Referandum ve Türkiye**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.272 vd.

hibi milletvekilleri tarafından imzalanması ve imzaların aynı önergede toplanması gerekir<sup>18</sup>.

Anayasa değişikliği teklifi Meclis Başkanlığına sunulduktan sonra, teklif yetersayısı ortadan kalkarsa, ikili bir ayırım yapmak gerekir. İlk olarak teklif yetersayısı, teklifte imzası bulunan milletvekilinin ölümü gibi, gayri iradi bir nedene dayanıyorsa, bu durumda geçerli bir teklif yetersayısının bulunduğu karar verilmelidir<sup>19</sup>. Buna karşılık, anayasa değişikliği teklifinden imzası olan bir milletvekilinin imzasını geri çekmesi nedeniyle yetersayının altına düşülüyorsa, bu durumda, teklif yetersayısının olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Henüz Genel Kurul gündemine alınmamış değişiklik teklifleriyle ilgili olarak, imzaların çekilmesi de aynı sonuca yol açmalı ve teklif yetersayısı bulunmadığından değişiklik teklifinin işlemde kaldırılmasına karar verilmelidir (İçtüzük m.75/1). Genel Kurul gündemine giren değişiklik tekliflerinde ise, imzaların geri çekilmesinin geçerli olabilmesi, Genel Kurul kararına bağlıdır (İçtüzük m.75/3)<sup>20</sup>. Sonuç olarak, Anayasanın 175/1. maddesi hükümden, anayasa değişikliği tekliflerinin normal kanunlardan farklı yönlerinin bulunduğu ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, değişiklik teklif etme yetkisi sadece Meclis üyelerine verilmiş ve yürütme organı olan Bakanlar Kuruluna bu yetki verilmemiştir.<sup>21</sup> İkinci olarak, normal kanunlarda aranmayan bir teklif yetersayısı öngörülmiştir<sup>22</sup>.

Anayasanın 175. maddesinin ikinci fıkrasında, “*Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tâbidir*” denilmek suretiyle, tekliflerin aynı zamanda gerekçeli bir şekilde verilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır<sup>23</sup>.

Başkanlığa sunulan anayasa değişikliği teklifinin, Başkanlık tarafından Komisyona havale edilmesi gerekir. Anayasa değişikliği süreci başladıktan sonra yani değişiklik teklifinin görüşülmesi aşamasında, gerek Komisyon in-

<sup>18</sup> Onar Erdal: 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993, s.30.

<sup>19</sup> Onar, s.31-32.

<sup>20</sup> Benzer yönde bkz. Has, Volkan: Anayasayı Değiştirme Süreci, Adalet Yayınları, 2. B., Ankara 2009, s.34-36.

<sup>21</sup> 1876 Anayasasında (m.116), Bakanlar Kurulunun bu tür bir yetkisi söz konusuydu.

<sup>22</sup> Gözler, s.984.

<sup>23</sup> Benzer yönde bkz. Can, s.121.

## *1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi*

celemesi sırasında, gerekse Genel Kuruldaki görüşmelerde, değişiklik teklifi üzerinde yapılması önerilen değişiklikler için ise, artık Meclis üye tamsayısının üçte birinin imzasına ihtiyaç bulunmamaktadır (İçtüzük m.87)<sup>24</sup>. Ancak, değişiklik tekliflerinin görüşülmekte olan anayasa değişikliği ile ilgili olması gerekir. Aksi takdirde, Komisyon ya da Genel Kuruldaki görüşmelerde yapılan ve anayasa değişikliği ile hiçbir ilgisi bulunmayan istemlerin kabul edilmesi durumunda (yeni teklif ekleme ya da esaslı bir değişiklik yapma), Anayasa Mahkemesinin bu konuyu incelemesi gerekir<sup>25</sup>. Aynı şekilde, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise bir daha görüşülmesi için iade edilen bir anayasa değişikliğinde, Meclis tarafından kabul edilen metinle hiç ilgisi olmayan bazı değişikliklerin yapılması istenirse, bu durumda da değişikliklerin yapılabilmesi için, Anayasanın aradığı üçte birlik sayının söz konusu olması gerekir. Aksi takdirde, anayasa değişikliği, teklif yetersayısı bakımından sakatlanabilir<sup>26</sup>.

Teklif şartı bakımından Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı önem taşımaktadır. Mahkemeye göre, teklif şartının geçerli olabilmesi için, öncelikle, konu bakımından, değiştirilemez maddeler olarak düzenlenen Anayasanın ilk üç maddesinin dışında bir değişiklik teklifinin olması gerekir. Başka bir deyişle, Anayasanın ilk üç maddesini doğrudan ya da dolaylı biçimde değiştirebilecek değişiklik teklifleri, geçerli teklif koşuluna sahip olamayacaktır<sup>27</sup>. Mahkemeye göre, “*Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır*”<sup>28</sup>. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü, Anayasada yapılabilecek her değişikliği, Anayasanın değiştirilemez hükümleriyle bir şekilde ilişkilendirmenin mümkün olabilmesi nedeniyle, kanaatimizce, sadece Anayasanın ilk üç maddesini doğrudan değiştirmeye yönelik bir değişiklik teklifi bakımından ancak geçerli bir teklif koşulunun gerçekleşmediğinden bahsedilebilir. Aksi takdirde, söz konusu yorum kabul edilirse, Anayasa

<sup>24</sup> Onar, s.151.

<sup>25</sup> Onar, s.151-152.

<sup>26</sup> Onar, s.152.

<sup>27</sup> Benzer yönde bkz. Gözler, s.985.

<sup>28</sup> E.S.2008/16, K.S. 2008/116, KT.5.6.2008, AYMKD, S.45, C.2, s.1233.

Mahkemesinin onaylamadığı hiçbir Anayasa değişikliği yapılamaz<sup>29</sup>. Öte yandan, milletin ve onun seçilmiş temsilcilerinin tâli kurucu iktidarını fiilen ortadan kaldıran bu tür bir anlayışın hiçbir normal demokraside kabul görmesi mümkün değildir<sup>30</sup>.

## **2.2. Görüşülme ve Oylama**

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, Anayasanın 175. maddesindeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tâbi tutulmuştur (AY m.175/2). Anayasanın 175/1. maddesinde, Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin Genel Kurulda iki defa görüşüleceği belirtilmektedir. Burada, görüşme ile oylamanın bir birinden farklı kavramlar olduğunu belirtmek gerekir. Görüşmeler sonucunda zorunlu olarak bir oylamanın yapılması söz konusu değildir<sup>31</sup>.

Değiştirme teklifinin kabulü, Meclisin üye tamsayısının en az beşte üç çoğunluğunun gizli oyuna bağlanmıştır. Beşte üç çoğunlukla kabul edilen anayasa değişikliğinin ise, halkoyuna sunulması zorunludur (AYm.175/4). Buna karşılık, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen anayasa değişikliklerinde, halkoyuna gidilmesi Cumhurbaşkanının takdirine bırakılmıştır (AYm.175/5).

Cumhurbaşkanı tarafından bir daha görüşülmek üzere Meclise iade edilen anayasa değişikliklerinde ise, oylama çoğunluğu beşte üçtür.<sup>32</sup> Konuyla ilgili olarak, 31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanunun denetimi dolayısıyla verilen karar önem taşımaktadır. Bu karardan önce, doktrinde, oylama çoğunluğunun

<sup>29</sup> **Özbudun**, s.177.

<sup>30</sup> **Özbudun**, s.177.

<sup>31</sup> **Can**, s.122.

<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesinin 5.07.2007 tarihli kararından önce Cumhurbaşkanının bir defa daha görüşülmek üzere Meclise iade ettiği anayasa değişikliğinin kabul edilebilmesi için üçte iki bir çoğunluğun şart olduğu hukuk doktrininde hakim bir kanaattir. Bkz. **Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, YKY yayımları, 2. B., İstanbul 2001, s.275; **Özbudun Ergun: Türk Anayasa Hukuku**, 8. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.154-155; **Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 8. B., İstanbul 2003, s.166; **Gözler, Kemal**: “Anayasa Değişikliği Kanunları Hakkında Cumhurbaşkanının Yetkileri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.58, S.2001/4, s.38; **Gören, Zafer: Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.345; Anayasa Mahkemesinin 31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanunla ilgili verdiği karardan sonra ise, bazı yazarlar Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda görüşlerini değiştirmiştir. Bkz. **Özbudun**, s.165; **Gözler, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş**, 15. B., Ekin Yayınevi, Bursa 2010, s.374; Bazı yazarlar ise, önceki görüşlerini savunmaktadır. Bkz. **Teziç**, s.168-169.

## 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi

beşte üç olabileceğine yönelik sadece bir görüşe rastlanmaktaydı<sup>33</sup>. Anayasa Mahkemesi, 31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanunun iptali ile ilgili açılan davada, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilen kanunların kabul edilebilmesi için üçte ikilik bir çoğunluğun şart olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre, “Üçüncü fıkranın lafzındaki “üçte iki çoğunluğu ile kabul ederse” ifadeleri, başka çoğunluklarla da kabul edilme olanağının varlığına işaret eder. “Üçte iki çoğunluğu ile kabul ederse” ifadesi, “ancak üçte iki çoğunluğu ile kabul edilebilir” ifadesiyle mantıksal olarak özdeş değildir. Bu ifade, üçüncü fıkradaki “sunabilir” yüklemine bağlanmış bir koşul olduğundan, bunu “ancak üçte iki çoğunluğu ile kabul edilebilir” biçiminde bir önermeye dönüştürmek olanaksızdır. Dördüncü fıkra, geri gönderilen yasanın üçte ikinin altında, beşte üçten fazla bir çoğunlukla aynen kabul edilmesi durumunda, ikinci kez iade olanağı bulunmadığından, Cumhurbaşkanı tarafından hal-koyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanmasını zorunlu kılmaktadır”<sup>34</sup>. Kanaatimizce, Anayasanın 175. maddesinin farklı yorumları ortadan kaldıracak şekilde yeniden yazılmasında bir zorunluluk bulunmaktadır.

Kanunlarla ilgili olarak şekil bakımından denetim; son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığıyla sınırlıyken; anayasa değişikliklerinde, “oylama çoğunluğu”na bağlanmıştır (AYm.148/2). Anayasanın 175 ve 148. maddelerinin lafızları göz önüne alındığında, anayasa değişikliklerinde her bir görüşmenin ardından maddelerinin ya da bütünüünün oylanması gerektiğine yönelik bir hükme rastlanmamaktadır<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> İba, Şeref: “Cumhurbaşkanınca Yayınlanması Kısımın veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi”, **AÜHFD**, C.52, S. 3, 2003, s.306-307; Yazar ayrıca, “bununla birlikte anılan fıkrada geçen “Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis tarafından üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun...” tanımlaması, Anayasa değişikliği kanunlarında yeniden kabul için öngörülen yetersayının üçte iki olarak artırılmış bir nitelikli çoğunluk olduğu görüşünü güçlendirmektedir” demektedir. Bkz.. İba, s.306-307; Teziç, Anayasanın 175. maddesinin ilk şekliyle ilgili olarak şu tespitinde bulunmuştu: “Gerçi Anayasa (m.175/3) Cumhurbaşkanınca geri gönderilen değişiklik metninin “aynen kabul” edilmesinde bir çoğunluk öngörmüyor. Fakat burada da, Anayasanın 175. maddesinin I. fıkrasındaki genel kural uyarınca, üçte iki çoğunluk söz konusu olacaktır”. Bkz. Teziç, Erdoğan: “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, **Anayasa Yargısı**, 1987, s.93.

<sup>34</sup> E.S.2007/72, K.S.2007/68, KT.5.7.2007, **AYMKD**, S.44, C.2, s.1090-1091; Özbudun’a göre, Anayasa Mahkemesinin bu yorumuyla, Cumhurbaşkanının iade yetkisi, güçleştirici bir veto olmaksızın çıkararak geciktirici bir vetoya dönüşmektedir. Yazara göre, bu durumun, Anayasa değişikliklerini kolaylaştırmayı amaçlayan 1987 değişikliğinin ruhuna daha uygun bir yorum olduğu söylenebilir. Bkz. **Özbudun**, s.165.

<sup>35</sup> Can, iki defa görüşülmenin ardından oylama yapılması gerektiği sonucunun, 1961 Anayasa-



Meclis uygulamasında, bir anayasa değişikliği süreci göz önüne alındığında, anayasa değişikliğine ilişkin kanunun kabulü için dört tür oylama yapılmaktadır(İçtüzük m.93-94 ve 81)<sup>36</sup>: Teklifin maddelerine geçilmesinin oylanması, birinci görüşmede maddelerin oylanması, birinci görüşmeden 48 saat sonra yapılacak olan ikinci görüşmede maddelerin oylanması ve teklifin tümünün oylanması. Burada, dört tür oylama için ayrı ayrı oylama çoğunluğunun aranacağı ileri sürülebileceği gibi<sup>37</sup>, sadece değişiklik teklifinin maddelerine geçilmesi, ikinci görüşme ve tümü hakkında oylama çoğunluğu koşulunun aranacağı da ileri sürülebilir.

Anayasa değişiklik teklifinin birinci görüşmesinde, İçtüzüğe göre (m.81/a), önce teklifin tümü hakkında bir görüşmenin açılması gerekir. Bu görüşme sonunda, maddelere geçilip geçilmemesine karar verilir. Anayasa değişikliği teklifi görüşülürken, gerek maddelere geçilmesi ve gerekse maddelerin kabulü aşamalarında aranacak “*oylama çoğunluğu*” konusunda, çeşitli tartışmalar göze çarpmaktadır. Bazı yazarlar, anayasa değişikliklerinin maddelerine geçilmesi ve maddelerin kabul edilmesi aşamasında oylama çoğunluğunun aranması gerektiğini belirtmesine karşılık<sup>38</sup>, Anayasa Mahkemesi, “*birinci görüşme sonundaki oylamanın kesin ve bitirici olmadığı*” şeklinde bir görüş ortaya koymuştur. Mahkemeye göre, “*Teklifin maddelerine geçilmesi için gerekli oylama çoğunluğu, Anayasa'nın 96. ve İçtüzüğü'nün 146. maddelerinde öngörülen basit çoğunluktur. Öte yandan, Anayasa'nın 175. maddesinin birinci fıkrasında, değişiklik tekliflerinin Genel Kurulda iki defa görüşüleceği öngörülmekte, İçtüzüğü'nün 94. maddesinde de “kabul” ya da “ret” biçimindeki bir iradenin ancak bu “görüşme”lerin ardından yapılacak oylamayla ortaya çıkabileceği ve “iki defa görüşme”nin ardından “iki defa” oylanacağı sonucu doğ-*

---

sı döneminde verilen Anayasa Mahkemesi kararlarından, Meclis İçtüzüğü'nün 94. maddesinden (eski 92. madde), Meclis uygulamalarından, Meclis kararları, Başkanlık tezkereleri ve mevcut İçtüzük kurallarından ortaya çıktığını belirtmektedir. Bkz. **Can**, s.122-123.

<sup>36</sup> Konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. E.S. 1973/19, K.S. 1975/87, KT. 15.04.1975, **AYMKD**, S.13, s.461; E.S.2007/72, K.S.2007/68, KT.5.7.2007, **AYMKD**, S.44, C.2, s.1083.

<sup>37</sup> 1961 Anayasası döneminde, 6.11.1969 tarih ve 1188 sayılı Kanunun, iptaline karar verilmesi istemi ile açılan davada verilen kararda, “...bir kanun teklifinin kabulü için Anayasada özel bir yetersayının öngörülmesi hallerinde, teklifin kabulü işlemi oluşturan ve sonunda kanun niteliğini kazanmada vazgeçilmez bir unsur olan her oylamada söz konusu özel yetersayısının aranmasının zorunlu olduğu üzerinde en küçük bir kuşkuya bile düşmek mümkün değildir” denilmektedir. Bkz. E.S.1970/1, K.S.1970/31, KT.16.06.1970, **AYMKD**, S.8, s.331.

<sup>38</sup> **Onar**, s.152; **Özbudun**, s. 162; **Atar, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza, 2. B., Konya ty, s.403.



## 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi

maktadır. Teklifin maddelerine geçilmesi oylamasında nitelikli çoğunluk koşulunun aranması, Anayasa'nın 175. maddesinin birinci fıkrasında ve İçtüzük kurallarında belirtilen “iki defa görüşülme” ve “iki defa oylama” biçimindeki zorunluluğu etkisiz kılarak işletilmemesine neden olabilecektir”<sup>39</sup>. Kanaatimizce, kanunların görüşülme ve kabulü hakkındaki hükümlere tâbi olan anayasa değişikliklerinin maddelerine geçilmesi hakkındaki oylamada, Anayasasının 175/2. ve 88. maddelerinin yaptıkları atıflar dikkate alındığında, nitelikli bir çoğunluğun aranmayacağı ortaya çıkmaktadır<sup>40</sup>.

Konuyla ilgili olarak Meclis uygulamasının farklılık gösterdiğini belirtmek gerekir. Mecliste, 1995 yılında anayasa değişikliği teklifinin maddelerine geçilmesi için yapılan oylamada, beşte üçlük bir çoğunluk aranmıştır<sup>41</sup>. Buna karşılık, 1997<sup>42</sup>, 1999<sup>43</sup> ve 2000<sup>44</sup> yıllarında, anayasa değişikliği teklifinin maddelerine geçilmesi için yapılan oylamada, “salt çoğunluk” yeterli sayılmıştır. Buna dayanak olarak ise, Anayasasının 175, İçtüzüğün 94 ve 95. maddelerinde herhangi bir açıklayıcı kaydın bulunmaması gösterilmiştir<sup>45</sup>.

Anayasa Mahkemesi ise, konuyla ilgili farklı kararlar vermektedir. 1961 Anayasası döneminde verilen bir kararda, kanun teklifinin kanunlaşması için “zorunlu her aşamada nitelikli çoğunluğun aranacağı”<sup>46</sup> belirtilmiş, daha sonra verilen bir başka kararda ise, “bunun zorunlu olmadığı” açıklanmıştır<sup>47</sup>. 1982 Anayasası döneminde ise Mahkeme, “birinci görüşme sonundaki oylamanın kesin ve bitirici olmadığı” şeklinde bir görüş ortaya koymuştur. Böylece, anayasa değişikliği teklifinin maddelerine geçilmesine ilişkin oylamada, diğer kanun ve tekliflerinde olduğu gibi, salt çoğunluk yeterli olacaktır. Mahkemeye göre, “Teklifin maddelerine geçilmesi için gerekli oylama çoğunluğu, Anayasanın 96. ve İçtüzüğün 146. maddelerinde öngörülen basit çoğunluktur”<sup>48</sup>

<sup>39</sup> E.S.2007/72, K.S.2007/68, KT.5.7.2007, AYMKD, S.44, C.2, s.1087-1088; Vurgu bana aittir.

<sup>40</sup> Benzer yönde bkz. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s.273; **Can**, s.124.

<sup>41</sup> 14.06.1995 tarihli ilk görüşmede, teklifin maddelerine geçilmesi 298 kabul, 86 ret ve 4 çekimser oyla kabul edilmiştir. Bkz. **TBMMTD**, C.88 B.123, 14.06.1995, s.405.

<sup>42</sup> **TBMMTD**, C.36 B.16, 19.11.1997, s.473 vd.

<sup>43</sup> **TBMMTD**, C.9 B.46, 10.08.1999, s.75 vd.

<sup>44</sup> **TBMMTD**, C.29 B.73, 29.03.2000, s.338 vd.

<sup>45</sup> **TBMMTD**, C.29 B.73, 29.03.2000, s.337-338.

<sup>46</sup> E.S.1970/1, K.S.1970/31, KT.16.06.1970, AYMKD, S.8, s.331.

<sup>47</sup> E.S. 1973/19, K.S. 1975/87, KT. 15.04.1975, AYMKD, S.13, s.461-462.

<sup>48</sup> E.S. 2007/72, K.S.2007/68, KT.5.7.2007, AYMKD, S.44, C.2, s.1087; Vurgu bana aittir.

Teklifin maddelerine geçilmesinin kabul edilmesi halinde ise, teklifte bulunan tüm maddeler birer birer görüşüldükten sonra oylanarak birinci görüşme tamamlanır. İktüzüğe göre(m.94/1), “*Anayasada değişiklik tekliflerinin birinci ve ikinci görüşmelerinde, maddelerin kabulü ..... üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyu ile mümkündür*”. Ancak, ilk görüşmede bu zorunlu değildir. İktüzüğe göre(m.94/2), “*Birinci görüşmede gerekli çoğunlukla kabul oyu alamayan bir madde ikinci görüşmede de gerekli çoğunlukta kabul oyu alamamışsa reddedilmiş olur*”.

Doktrinde bazı yazarlar, maddelerle ilgili olarak, ikinci görüşmeye geçilebilmesi için, teklifin maddelerinin ilk görüşmede gerekli çoğunluğun oyunu alması gerektiğini belirtmektedir<sup>49</sup>. Kanaatimizce, anayasa değişiklik teklifinin maddelerinin ikinci görüşmelerine geçilebilmesi için yapılacak oylamada, nitelikli çoğunluğun aranması gerekmez. İktüzüğe göre (m.94/1)<sup>50</sup>, “*Birinci görüşmede gerekli çoğunlukla kabul oyu alamayan bir madde ikinci görüşmede de gerekli çoğunlukta kabul oyu alamamışsa reddedilmiş olur*”. Dolayısıyla, anılan içtüzük hükmüne göre, birinci görüşmede teklif maddelerinin oylanmasında gerekli çoğunluğun alınmaması, aynı maddenin ikinci bir kez görüşülmesine ve kabul edilmesine engel oluşturmaz. Başka bir deyişle, anayasa değişiklik teklifinin ikinci görüşmesine geçilebilmesi için, ilk görüşmede, maddelerle ilgili değişiklik teklifinin kabul edilmesi zorunlu değildir(İçtüzük m.94/2). Birinci görüşme sonunda teklif için nitelikli bir çoğunluğun aranması, Anayasada öngörülen iki defa görüşülme esasını ortadan kaldıracığından, bu tür bir yorumda bulunulması mümkün değildir.

İkinci görüşmede (İçtüzük m.93/3), yalnızca maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önermeleri görüşülür, birinci görüşmede üzerinde değişiklik teklifi bulunmayan bir madde hakkında ikinci görüşmede önerge verilemez. Bu şekilde, sınırlanmış ikinci görüşmeler sonunda, tek tek maddelerle ilgili yapılan gizli oylama sonucunda, TBMM üye tamsayısının en az beşte üçünün kabul oyunu alamayan maddeler reddedilmiş sayılır(İçtüzük m.94/3)<sup>51</sup>. Anayasa de-

<sup>49</sup> Onar, s.55; Aynı yönde bkz. Özbudun, s. 162.

<sup>50</sup> 16.05.1996 tarih ve 424 nolu Meclis Kararıyla İktüzüğün 94. maddesi değiştirilmiştir. Değişikliğin amacı Anayasaya uyumun sağlanmasıdır. Burada, İktüzüğün 94. maddesinin, 1987 yılında yeniden düzenlenen Anayasanın 175. maddesinin uygulaması niteliğinde olduğunu belirtmek gerekir. Bkz. E.S. 2007/72, K.S.2007/68, K.T.5.7.2007, AYMKD, S.44, C.2; Benzer yönde bkz. Can, s.133.

<sup>51</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.273.

## 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi

ğişiklik tekliflerinin kesinleşmesi için ikinci görüşmenin sonunda, bir de kabul edilen maddelerin tümünün oylanması gerekir<sup>52</sup>. Anayasa değişikliği tekliflerinin ikinci görüşmesinin sonunda tümünün kabulü ise, üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyu ile mümkündür(İçtüzük m.94/1).

Anayasa değişikliği teklifinin oylanması konusunda ilgili olarak, 1995 yılında yapılan Anayasa Değişikliğinde, çeşitli tartışmalar söz konusu olmuştur. Bu değişikliğe, Meclis, “ikinci görüşme sonunda teklifin tümü ile ilgili olarak yapılacak oylamayı esas alan” bir görüş benimseyerek, Meclis üye tamsayısının üçte ikisinden az bir çoğunlukla kabul edilen maddelerin zorunlu bir şekilde halk oylamasına gitmesinin gerekmediğine ve teklifin tamamının kesin olarak kabul edildiğine karar vermiştir<sup>53</sup>. Meclisin yorumuna göre, maddelerin birinci görüşmede aldıkları oy, ikinci görüşme sonunda çıkacak oylara bir ipucu sağlamaktan öteye fazla bir anlam taşımamaktadır<sup>54</sup>. Öte yandan, teklifin tümüne verilen oylar, teklifin zorunlu olarak referanduma gidip gitmeyeceğini belirleyecektir. Doktrinde, haklı olarak, bu durumun anayasaya uygunluğunun şüpheli olduğu belirtilmiştir<sup>55</sup>.

### 2.3. İvedilikle Görüşülememe

İvedilikle görüşülememe şartı, Anayasada (m.175/1) öngörülen, “Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür” zorunluluğunu belirtmektedir. Başka bir deyişle, anayasa değişikliklerinde, iki defa görüşme yerine bir kere görüşme anlamına gelen ivedilikle görüşme usulü uygulanamaz. Maddenin ilk şeklindeki, “Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez” hükmü, 17.05.1987 tarih ve 3361 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, “Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür” şekline dönüştürülmüştür. Doktrinde, haklı olarak belirtildiği üzere, 175. maddede değişiklik yapılırken Anayasanın 148. maddesindeki ibarenin de değiştirilmesi doğru olurdu. Kuşkusuz bu du-

<sup>52</sup> Birinci görüşme tamamlandıktan sonra, anayasa değişikliği teklifinin tümü üzerinde bir oylama yapılmamaktadır. 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde, anayasa değişikliği tekliflerinin tümü üzerindeki oylamalar da ikinci görüşmeler sonunda yapılmıştır. Bkz. **Has**, s.89

<sup>53</sup> **TBMMTD**, C.93 B.146, 22.07.1995, s.311-314, 321.

<sup>54</sup> **İba, Şeref: Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar**, 2. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.39-40.

<sup>55</sup> **Özbudun, Ergun: Çağdaş Türk Politikası**, Çev. A. R. Usul, Doğan Kitapçılık, İstanbul 2003, s. 65.

rum, Anayasada aynı amaca yönelik iki farklı deyim kullanılmasının önüne geçilmesi yanında, daha isabetli davranılması gibi bir duruma da yol açardı<sup>56</sup>.

Anayasa değişikliklerine ilişkin tekliflerin, iki defa görüşülmesi şartının amacı; “*anayasa değişikliklerinin aceleye getirilmemesini, konu üzerinde daha titizlikle durulmasını ve iki görüşme arasında kamu oyunun çeşitli yollardan ifade bulabilmesini sağlamaktır*”<sup>57</sup> Başka bir deyişle, “*Anayasanın lâkayt veya önem verilemeden değil, düşünülmüş ve değiştirilebilmesini gerçekleştirmektir*”<sup>58</sup>.

Anayasa değişikliği tekliflerinin ivedilikle görüşülebilmesi, teklifin öncelikle görüşülemeyeceği anlamına gelmez. İçtüzüğe göre (m.52/1), “*Genel Kurula sevk edilen bir komisyon raporu veya herhangi bir metin, aksine karar alınmadıkça dağıtım tarihinden itibaren kırksekiz saat geçmeden görüşülemez*”. Buna karşılık, anayasa değişiklik teklifinin ilk görüşmesine başlanabilmesi için, kırk sekiz saatin geçmesi gerekmez. Bu süre geçmeden gündeme alınması, gündemdeki kanun tasarı ve teklifleri ile komisyonlardan gelen diğer işlerden birine öncelik verilerek bu kısmın ilk sırasına geçirilmesi, Hükümet veya esas komisyon tarafından gerekçeli olarak Genel Kuruldan istenmesi ve Genel Kurulun bu yönde karar vermesi ile mümkündür (İçtüzük m.52/2). İkinci görüşmeye, birinci görüşmenin bitiminden kırk sekiz saat geçmeden başlanamaz (İçtüzük m.93/2). İkinci görüşmede yalnızca maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önerileri görüşülür. Birinci görüşmede üzerinde değişiklik teklifi bulunmayan bir madde hakkında ikinci görüşmede önerge verilemez (İçtüzük m.93/son). Burada, bir konuya dikkat edilmesi gerekir. İkinci görüşme, tam bir görüşme değildir. Başka bir deyişle, ikinci görüşme daha çok bir oylama niteliğindedir. Birinci görüşmede, hiçbir madde hakkında değişiklik önergesi verilmemişse, kabul edilen maddelere ilişkin oylamanın yapılması ve ayrıca bir görüşmenin yapılmaması gerekir. Öte yandan, kanunların Genel Kurulda yeniden görüşülmesiyle ilgili yapılan düzenlemede, anayasa değişikliği görüşmeleri kapsam dışı tutulmuştur.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Onar, s.153.

<sup>57</sup> Özbudun, s. 161; Benzer yönde bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.271.

<sup>58</sup> Wheare, K.C.: *Modern Anayasalar*, Çev. Mehmet Turhan, I. B., İstanbul 1984, s.109.

<sup>59</sup> Neziroğlu, İrfan: Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Büyük Millet Meclisinde Yeniden Görüşülmesi: Tekrir-i Müzakere”, *AÜHF*, 2007, C.56, S.1, s.173.

### 3. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

#### 3.1. Yabancı Ülkelerde

Federal Almanya’da, Federal Alman Anayasa Mahkemesi 1953 tarihli kararıyla, anayasaya aykırı anayasa normunu teorik olarak kabul etmiş ancak bunu somut olarak herhangi bir olaya uygulamamıştır.<sup>60</sup> İtalyan doktrininde de, İtalyan Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini sadece şekil yönünden Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceği ifade edilmiştir<sup>61</sup>. Buna karşılık, İtalyan Anayasa Mahkemesinin içtihatları ve doktrininde, anayasa normları arasında bir hiyerarşinin bulunduğu düşüncesi kabul edilmemiştir<sup>62</sup>. Öte yandan, Anayasa normlarının doğal hukuka dayanarak denetlenmesi de kabul edilmemiştir<sup>63</sup>. Avusturya Anayasasında (m.43, 140) ise, Anayasanın tümünün ya da temel ilkelerinin referandum yoluyla değiştirilmesi mümkündür<sup>64</sup>. Anayasanın tümünden ya da temel ilkelerinin değiştirilmesi için getirilen

<sup>60</sup> **Kıratlı, Metin: Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu**, Sevinç Matbaası, AÜSBFY, Ankara 1966, s.101-103; Anayasada açıkça maddi anlamda anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi verilmemesine karşılık, Federal Anayasa Mahkemesininin 18.12.1953 tarihli kararıyla, söz konusu denetimin de olanaklı olduğu söylenebilir. “*Anayasa Mahkemesi ihtiyatlı bir biçimde, 18 Aralık 1953 günlü kararında, Anayasaya aykırı Anayasa kaideleri olanağını prensip olarak kabul etmiş fakat bu prensibi söz konusu olaya hasrederek ona büyük bir kapsam izafe etmediğini de ima etmişti*” Bkz. **Hocaoğlu, A. Şeref/Ocakçioğlu, İsmet: Anayasa ve Anayasa Mahkemesi**, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1971, s.167; Cole, 1953 tarihli kararıyla Federal Alman Anayasa Mahkemesinin, pozitif hukukun üstünde daha yüksek bir hukukun varlığını tanımaktadır. Bkz. **Cole, Taylor: “Three Constitutional Courts: A Comparison” The American Political Science Review**, 1959, C.LIII, S.4, s.973; **Kauper Paul G.:** “The Constitutions of West Germany and The United States: A Comparative Study”, **Michigan Law Review**, June 1960, C.58, S.8, s. 1179; 1953 yılından sonra ise Mahkeme, Anayasanın temel ilkelerine önem veren bir yorum yöntemi benimseyerek, anayasaya aykırı anayasa normu tartışmasına girmemeye çalışmıştır. Bkz. **Turhan**, s.75; **Kıratlı, Anayasa Yargısında...** s. 102-103; **Eroğul, Cem: Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s.162; Bazı yazarlar ise, Anayasada değişiklik yapan yasaların, Anayasanın 79/3. maddesinde yer alan değiştirilemez hükümler ölçü alınarak denetlendiğini belirtmektedir. Bkz. **Kanadoğlu, Korkut O.: Anayasa Mahkemesi**, Beta, 1. B. İstanbul 2004, s. 126.

<sup>61</sup> **Hocaoğlu/Ocakçioğlu**, s.166

<sup>62</sup> **Kıratlı, Anayasa Yargısında...** s. 102.

<sup>63</sup> **Turhan**, s.78; İtalyan doktrininde, esas bakımından denetim konusunda, Anayasada (m.139) öngörülen Cumhuriyet rejiminin değiştirilemeyeceği hükmünden, Meclisin anayasa değişikliği yapma yetkisinin bir sınırı olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz.**Hocaoğlu/Ocakçioğlu**, s.166-167; Benzer yönde bkz. **Kaboğlu**, s.110.

<sup>64</sup> Avusturya Anayasa Mahkemesi, 12.12.1952 tarihli kararında, anayasa hükümlerinin anayasa üstü ilkelere göre denetlenemeyeceğini ve bu tür bir denetim için herhangi bir ölçünün mevcut olmadığını belirtmiştir. Bkz. **Kıratlı, Anayasa Yargısında...** s. 102; Avusturya Anayasa Mahkemesi, teklif edilen değişikliğin anayasanın tümünün değişikliği niteliğinde olup olma-

referandum şartı, usule ilişkin olup, bu şarta uyulmadan yapılan değişikliğin Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olduğu söylenebilir<sup>65</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nde, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi konusunda açık bir düzenleme söz konusu değildir. Esas bakımından denetim konusu ise, doktrinde tartışılmıştır<sup>66</sup>. Anayasa değişikliklerinin denetimiyle ilgili olarak Romanya'da farklı bir usulün uygulandığı görülmektedir. Anayasa değişiklikleri ile ilgili olarak, bir ön denetim Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır. Buna göre, anayasa değişiklik önerisi (hükümet ya da parlamento önerisi) önce, Yüksek Mahkemeye sunulur. Yüksek Mahkeme, birleşik toplantı yaparak öneri hakkında karar verir. Daha sonra, Anayasa Mahkemesi kararı ile birlikte anayasa değişiklik önerisi Parlamento'ya sunulur<sup>67</sup>. Sonuç olarak, yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında, yabancı ülkelerde anayasa değişikliklerinin şekil bakımından bir denetimin mümkün olduğu, buna karşılık, esas bakımından denetimin, bir kaç ülke bir yana bırakılırsa,<sup>68</sup> yerleşmediği görülmektedir.

### **3.2. Türkiye'de**

1921 Anayasasında, kanunların anayasaya uygunluğu hakkında hiçbir hüküm yer almamaktaydı. 1924 Anayasasında ise, sert bir anayasa sistemi benimsenmekle (m.102-103) birlikte, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun mahkemelerce denetlenip denetlenemeyeceği hakkında bir hük-

---

dığını denetleme yetkisinin kendisinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Turhan**, s.77-78.

<sup>65</sup> Konuyla ilgili olarak bkz. **Kanadoğlu**, s. 127; **Can**, s.114.

<sup>66</sup> Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında değiştirme yasağı niteliğinde sadece tek bir açık hüküm mevcuttur. Anayasada, Federe Devletlerin Senatoda eşit temsil edilmesi kuralının anayasa değişikliği yolu ile kaldırılmayacağı belirtilmektedir (madde 5). Bazı hukukçular, bunun gerçek bir sınırlama olmadığını ve anayasa değişikliği ile önce bu hükmün kaldırılacağını ardından da yeni bir hüküm kabul ederek Anayasaya üye devletlerin eşit temsil edilemeyeceğine yönelik bir hüküm konulabileceğini belirtmektedirler. Diğer bazı hukukçulara göre ise, Anayasanın üstünde ve ruhunda öyle prensipler vardır ki bunları değiştirmeye kalkışmak usul bakımından kusursuz olsa da, meşru değildir. Bkz. **Feyzioğlu Turhan: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazâî Murakebesi (Yabancı Memleketlerde-Türkiyede)**, AÜSBFY, Ankara 1951, s.231.

<sup>67</sup> Bkz. **Kaboğlu**, s.108-109.

<sup>68</sup> Hindistan'da ise, 1967 yılında, "*L.C. Golak Nath v. Punjab*" davasında, Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlediği, 1975 yılında ise, benzer şekilde aynı denetimin "*İndira Nehru Gandhi v. Raj. Narain*" davasında tekrarlandığı görülmüştür. Bkz. **Çağlar Bakır**: "Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", **Anayasa Yargısı**, 1991, s.31.

## *1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi*

me yer verilmemişti<sup>69</sup>. Bu dönemde, Anayasa Mahkemesi gibi bir yüksek yargı organı da mevcut değildi. Bazı genel mahkemeler, kanunların anayasaya uygunluğuyla ilgili olarak, yargısal denetim lehinde karar vermelerine rağmen, yüksek mahkemelerin bu görüşü benimsememeleri nedeniyle, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetim sistemi, içtihat yoluyla da yerleşmemişi<sup>70</sup>. Doktrinde ise, kanunların anayasaya uygunluk denetimi ile ilgili olarak çeşitli tartışmalar söz konusu olmuştu<sup>71</sup>.

1961 Anayasasının ilk şeklinde, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi ile ilgili bir hükme yer verilmemişti. Anayasada (AYm.147/1), Anayasa Mahkemesinin kanunların ve TBMM İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceği hükmü yer almıştı. Buna karşılık, anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi konusu düzenlenmemiştir. 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda da, anayasa değişikliklerinin denetimi ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Uygulamada, anayasa değişikliklerinin bir kanunla yapıldığı gerekçe gösterilerek, hem şekil hem de esas bakımından Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebileceğine ilişkin bir içtihat oluşturulmuştu<sup>72</sup>. Doktrinde ise, Anayasa Mahkemesinin yaptığı şekil ve esas denetimi savunulduğu gibi<sup>73</sup>, bazı eleştirilere de<sup>74</sup> neden olmuştu. Ayrıca, Mahkemenin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemesi, Anayasasının değiştirilemez “özü” konusundaki tartışmaları da gündeme getirmişti<sup>75</sup>.

Bu dönemde, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini hem şekil hem de esas bakımından denetleme yetkisini kendinde görmüştür. Konuyla ilgili ilk dava, 6.11.1969 tarih ve 1188 sayılı Kanunun, Anayasaya aykırılığı nedeniyle söz konusu olmuştur. Bu davada, ilk olarak, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi konusu karara bağlanmıştır. Kararda, “*Şu halde*

<sup>69</sup> 1924 Anayasası döneminde yapılan anayasa değişiklikleri ile ilgili olarak bkz. **Soysal, Mümtaz: Anayasaya Giriş**, AÜSBF Yayınları, 2. B., Ankara 1969, s.176-177.

<sup>70</sup> **Özbudun**, s.383.

<sup>71</sup> **Feyzioğlu**, s.265-335.

<sup>72</sup> **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s.465.

<sup>73</sup> Bkz. **Serozan, Rona**: “Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları”, **İÜHF**, 1972/ XXXVII/1-4, s.140-141; **Hocaoğlu/Ocakçıoğlu**, s.163-164.

<sup>74</sup> **Özbudun**, s.173-174.

<sup>75</sup> **Çağlar, Bakır**: “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, **Anayasa Yargısı**, 1986, s.176.



*Anayasa değişikliğini öngören kanunların da teklif ve kabullerinde 155. maddedeki usul ve şartlara uyulmuş bulunulup bulunulmadığı açısından, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulmaları zorunludur*<sup>76</sup> denilmek suretiyle, şekil kurallarına uygun bir şekilde anayasa değişikliği yapmanın gerekliliği sıkı bir şekilde vurgulanmıştır.

1971 yılında, anayasa değişikliklerinin denetimi konusunu düzenleyen Anayasanın 147. maddesi değiştirilmiştir. Yeni düzenlemede şöyle denilmiştir: “*Anayasa Mahkemesi, ... Anayasa değişikliklerinin de Anayasa’da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler*”. Yeni düzenlemeyle amaçlanan; Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini sadece, Anayasada gösterilen şekil şartlarına (teklif, müzakere ve kabul edilmesi) uygunluğunu denetlemesi ve esas bakımdan herhangi bir denetim yapmamasıydı<sup>77</sup>. Başka bir deyişle, yapılan değişiklikle Mahkemenin yetkisi genişletilmemiş aksine daraltılmış<sup>78</sup> veya daraltılmak istenmiştir<sup>79</sup>. Ancak Mahkeme, Cumhuriyetin niteliklerinin değiştirilmezliği ilkesine dayanarak şekil denetiminden hareketle esas denetimi yapmaya devam etmiştir<sup>80</sup>. Böylece Mahkeme, TBMM’nin Anayasayı değiştirme yetkisini Anayasadaki düzenlemeye rağmen daha da kısıtlamıştır<sup>81</sup>.

1971 Anayasa değişikliğinden sonra yapılan dört anayasa değişikliği şekle aykırılık nedeniyle iptal edilmiştir<sup>82</sup>. Anayasa değişiklikleri iptal edilirken, Anayasanın 9. maddesinde yer alan “*Cumhuriyet*” ilkesi ile yakın bir bağ kurulmuştur. İptal kararlarında, Anayasanın 9. maddesinde yer alan değişmezlik ilkesinin sadece “*Cumhuriyet*” sözcüğünü amaçlamadığı, Cumhuriyeti oluşturan onun dışındaki ilke ve kuralları da kapsadığı üzerinde durulmuştur. Anayasa Mahkemesine göre, “*değişmezlik ilkesine bağlanmak yoluyla güvence*

<sup>76</sup> E.S.1970/1, K.S.1970/31, KT.16.06.1970, **AYMKD**, S.8, s.322-323.

<sup>77</sup> **Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi**, 14.09.1971, C.67, B.115, s.505.

<sup>78</sup> **Batum, Süheyl: 99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa**, XII Levha, İstanbul 2009, s.175.

<sup>79</sup> **Yayla Yıldızhan**: “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü”, **Hıfzı Timurun Anısına Armağan**, 1979, s.974.

<sup>80</sup> **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s.465.

<sup>81</sup> **Teziç**, s.171.

<sup>82</sup> E.S.1973/19, K.S.1975/87, KT.15.04.1975, **AYMKD**, S.13, s.463; E.S.1976/38, K.S.1976/46, KT.12.10.1976, **AYMKD**, S.14, s.277-278; E.S.1976/43, KT.1977/4, KT.27.01.1977, **AYMKD**, S.15, s.119; E.S.1977/82, K.S.1977/117, KT.27.09.1977, **AYMKD**, S.15, s.458.



## 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi

altına alınan Cumhuriyet sözcüğü değil, 2. madde ile Başlangıç bölümünde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir”<sup>83</sup>. Böylece, Cumhuriyet rejiminin Anayasada niteliğini belirleyen ilke ve kurallarında değişmeyi öngören veya Anayasanın öteki maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı yollardan bu ilkeleri değiştirmeyi amaç güden herhangi bir kanunun teklif ve kabul edilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesinin, başlangıçta, Anayasanın 9. maddesine dayandırarak yaptığı esasa ilişkin inceleme, daha sonra, şekil incelemesi sayılarak bir içtihat değişikliği yapılmıştır. Bunun, 1971 yılında yapılan Anayasa değişikliği nedeniyle, yeni bir yol aranmasının sonucu olduğu söylenebilir<sup>84</sup>.

1982 Anayasası döneminde ise, anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından denetlenebileceği (AYm.148/1) açıkça hükme bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası dönemindeki içtihadını sürdürmesini engellemek amacıyla da, şekil denetiminin kapsamı ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi, “teklif ve oylama çoğunluğuna” ve “ivedilikle görüşülemeyeceği” şartına uyulup uyulmadığıyla sınırlı tutulmaktadır. “Sınırlıdır” kelimesi, bu üç hususun dışında denetim olanağı olmadığını açıkça ifade etmektedir<sup>85</sup>. Başka bir deyişle, anayasa değişiklikleri de norm denetimine tâbi olmakla beraber, bunlar sadece şekil bakımından denetlenebilecektir<sup>86</sup>.

Anayasa Mahkemesi, bu dönemde, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimiyle ilgili olarak farklı kararlar vermiştir. İlk olarak, 17.5.1987 tarih ve 3361 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliğiyle, siyasal yasakları düzenleyen Anayasanın geçici 4. maddesi yürürlükten kaldırılmış ancak değişikliğin onaylanarak yürürlüğe girebilmesi zorunlu halk oylamasına bira-

<sup>83</sup> E.S.1970/1, K.S.1970/31, KT.16.06.1970, **AYMKD**, S.8, s.323; E.S.1973/19, K.S.1975/87, KT.15.04.1975, **AYMKD**, S.13, s.430-431.

<sup>84</sup> **Yayla**, s.980.

<sup>85</sup> **Özbudun**, “Yeni Anayasa Şart Oldu” 23.10.2008, Zaman Gazetesi, <<http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=752377&title=yorum-prof-dr-ergun-ozbudun-yeni-anayasa-sart-oldu&haberSayfa=1>>, 30.04.2010; Kanadoğlu, 1982 Anayasasındaki düzenlemeyle, anayasa değişikliklerinin esas bakımından hiçbir şekilde denetlenemediğini, şekil bakımından denetim yetkisinin ise, anayasa değişikliği sürecinin bütününe kapsamaması nedeniyle etkin olmayacağını ileri sürmektedir. Yazara göre, Anayasa ile değiştirilmeleri yasaklanan yapısal temel ilkelerle çatışan anayasa değişikliklerinin, anayasa yargısı yoluyla denetlenebilmesinin yolunun açılması gerekmektedir. Bkz. **Kanadoğlu**, s. 125.

<sup>86</sup> **Erdoğan, Mustafa: Anayasa Hukukuna Giriş**, Adres Yayınları, 2. B., Ankara 2004, s.292; **Atar, Yavuz**: “Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu”, **Berki Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1996, C.5, S.1-2, s.406.

kılmıştı. Konuyla ilgili verilen kararda ise, “*Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur*”<sup>87</sup> denilmiştir. Böylece, Anayasanın lafzına bağlı bir yorum yapılmıştır. 5678 sayılı anayasa değişikliği ile ilgili olarak verilen kararlarda da, benzer bir görüş savunulmuştur<sup>88</sup>. Buna karşılık, 9.2.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunun şekil bakımından iptali ile ilgili açılan davada, söz konusu kanunla yapılan Anayasa Değişikliğinin şekil bakımından iptaline karar verilmiştir.<sup>89</sup> Kararda, Mahkemenin 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarındaki gerekçelerine benzer gerekçeler kullanılmıştır. Mahkemeye göre, Anayasa değişikliklerinin Anayasa normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasanın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerekir<sup>90</sup>. Kısacası, Anayasada gerçekleştirilmesi istenen değişikliklerin, değiştirilmesi teklif edilemeyen maddelere yönelik yansımaları dikkate alınmaktadır. “*Böylece, Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyetin temel niteliklerine aykırılığın, değişmezlik kuralı nedeniyle aynı zamanda bir şekil sorunu olduğu yolunda oluşturduğu içtihadı geri dönmüş görünmektedir*”<sup>91</sup>. Bazı yazarlar, söz konusu kararıyla Mahkemenin, bir içtihat değişikliği yaptığını, Cumhuriyetin sadece dar anlamda anlaşılması gerektiği ve bir devlet şeklinden ibaret bulunduğu şeklindeki yorumlara itibar etmeyerek, değişmezlik yasağının alanının geniş tutulması yönündeki anlayışını devam ettirdiğini belirtmektedir<sup>92</sup>. Sonuç olarak kararda, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren 5735 sayılı Kanunla getirilen düzenlemenin, Anayasanın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğu, Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğunun kabul edilemeyeceği ve bu nedenlerle şekil bakımından Anayasaya aykırı olduğu ifade edilmektedir.<sup>93</sup>

<sup>87</sup> E.S. 1987/9, K.S. 1987/15, KT.18.06.1987, **AYMKD**, S.23, s.285-286.

<sup>88</sup> Bkz. E.S.2007/72, K.S.2007/68, KT.5.7.2007, **AYMKD**, S.44, C.2, s.1082.

<sup>89</sup> E.S.2008/16, K.S. 2008/116, KT.5.6.2008, **AYMKD**, S.45, C.2, s.1195-1253.

<sup>90</sup> E.S.2008/16, K.S. 2008/116, KT.5.6.2008, **AYMKD**, S.45, C.2, s.1230-1234.

<sup>91</sup> **Özbudun**, s. 177.

<sup>92</sup> **Batum**, s.179.

<sup>93</sup> E.S.2008/16, K.S. 2008/116, KT.5.6.2008, **AYMKD**, S.45, C.2, s.1239; Anayasada dolaylı

## 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi

Buradaki iptal kararının, 1961 Anayasası döneminde verilen iptal kararlarıyla benzerliği, 1961 ve 1982 Anayasalarının hükümlerinin de benzer olduğunu düşündürebilir. Ancak, 1961 Anayasasının 147. maddesiyle, 1982 Anayasasının 148'inci maddesi arasında önemli bir fark bulunmaktadır. 1961 Anayasasının 147'nci maddesinde, Anayasa Mahkemesinin, “*Anayasa değişikliklerinin Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetleyeceğine*” ifade etmekle birlikte, şekil denetiminin kapsamı belirlenmemiştir<sup>94</sup>. 1982 Anayasasında ise, anayasa değişikliklerinin şekil denetiminin kapsamı, “*teklif ve oylama çoğunluğu*” ile “*ivedilikle görüşülemeyeceği*” şartları ile sınırlı tutulmuştur.

5735 sayılı Kanunla yapılan Anayasa Değişikliğinin şekil bakımından Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi nedeniyle bazı konulara dikkat çekmek gerekir. İlk olarak, Anayasada öngörülen ve sınırlı bir şekilde sayılan şartlara uygun bir şekil denetiminin yapılmadığı görülmektedir. Anayasada, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi, “*teklif ve oylama çoğunluğu*” ve “*ivedilikle görüşülemeyeceği*” şartlarıyla sınırlı tutulmuştur<sup>95</sup>.

olarak ilk üç maddeyi değiştiren bir düzenleme söz konusu olursa, bu durumda Mahkemenin izleyeceği yöntem ne olacaktır? Bazı yazarlar bunu örtülü bir boşluk olarak görmektedir. Bu görüşe göre, Anayasanın değişmez maddelerinin dolaylı olarak değiştirilmesi durumu var olduğunda, genel kuraldan ayrı özel bir kuralın bulunması gerekir. Aksi takdirde, değişmezlik kuralının yaptırından yoksun kalmasına benzer şekilde, Anayasa bakımından iç çelişki yaratan bir konuma gelinir. Bkz. **Kaneti, Selim**: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’ndaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması”, **Anayasa Yargısı**, 1991, s.81; Bazı yazarlar, Anayasanın değiştirilmesi yasaklanmış maddeleriyle ilgili olarak yapılan bir anayasa değişikliğini yok hükmünde saymaktadır. Anayasa Mahkemesi bu tür bir anayasa değişikliğini denetleyip, onun yok olduğunun tespitine karar verebilecektir. Bkz. **Yayla, Yıldızhan**: “1982 Anayasasına Göre Devletin Özü”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, 1983, C.4, S.1-3, s. 148; Diğer bazı yazarlar ise, Anayasa Mahkemesinin, bir anayasa değişikliğini Cumhuriyetin özüne uygunluk açısından denetleyerek iptal etmesinin mümkün olmadığı görüşündedir. Çünkü, Mahkemenin 148. maddede öngörülen şekil denetimi dışında ayrı bir denetim yetkisi söz konusu değildir. Bkz. **Duran, Lütfi**: **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1988, s.81; **Özbudun**, s.174; **Onar**, s.162; Bazı yazarlar ise, Anayasada değiştirilmesi yasaklanan maddelere yönelik değişiklik teklifinin Meclis Başkanlığı tarafından işleme konulması gerektiğini ve Meclis tarafından usulüne uygun olarak kabul edilerek, Cumhurbaşkanı tarafından yürürlüğe konulan bir Anayasa değişikliğinin geçersiz kılınmasının söz konusu olamayacağını belirtmektedir. Bkz. **Erdoğan, Mustafa**: **Anayasa Hukuku**, Orion, 3.B., Ankara 2005, s.308.

<sup>94</sup> **Özbudun**, “Yeni Anayasa..., Zaman Gazetesi.

<sup>95</sup> Bu husus, Karara karşı oy yatan üyeler tarafından ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın Karşı Oy Yazısı, E.S.2008/16, K.S. 2008/116, KT.5.6.2008, **AYMKD**, S.45, C.2, s.1241-1249; Anayasa Mahkemesi Üyesi Sacit Adalı’nın Karşı Oy Yazısı, E.S.2008/16, K.S. 2008/116, KT.5.6.2008, **AYMKD**, S.45, C.2, s.1250-1253.

İkinci olarak, anayasa değişikliklerinin şekil görüntüsü altında esas bakımdan denetimi yapılmıştır. Bu duruma, Anayasanın değiştirilmez maddeleri kaynak gösterilerek, anayasa normları arasında bir tür derecelendirme yapılmaktadır. Ancak, bu tür bir derecelendirmenin yapılabilmesi için bazı normların geçerliliklerini diğer bazı normlardan alması gerektiğini belirtmek gerekir. Mevcut Anayasa bakımından bu tür bir durum söz konusu değildir. Çünkü, Anayasada yer alan iki norm arasında bir geçerlilik ilişkisi varsa bunların arasında hiyerarşi de vardır. Ancak, değiştirilebilir ve değiştirilemez hükümlerin geçerliliklerinin, 7 Kasım 1982 günü yapılan halkoylamasından alması nedeniyle, aralarında bir hiyerarşinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir<sup>96</sup>. Böylece, anayasa değişikliklerinin denetiminde esas alınacak üstün bir anayasal norm ya da anayasa dışı bir normun varlığından bahsetmek söz konusu olamayacağından, anayasa değişiklikleriyle ilgili olarak, Anayasada öngörülen ve sınırlı şekilde sayılan şekil şartları dışında bir denetimin yapılmasının mümkün olmadığını belirtmek gerekir.

#### **4. REFERANDUMA SUNULAN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DENETİMİ**

Birçok modern anayasada, anayasa değişikliğinin yapılıp yapılmamasına karar vermede, halkın veya seçmenin de onayı alınmaktadır. Halkın anayasa değişikliği sürecine katılması bakımından ise, ülkelerin uygulamaları farklıdır. Bazı ülkelerde değişiklik teklifi yasama organından geçtikten sonra halkın onayına sunulur. Amerikan eyaletlerinde, Danimarka, İsviçre, İrlanda Cumhuriyeti Anayasalarında bu usul kabul edilmiştir. Diğer bazı ülkelerde ise, anayasa değişikliğini genel seçimler sonucu oluşacak yeni parlamentonun yapması esası benimsenmiştir. Belçika’da anayasayı değiştirme teklifi gündeme getirildiğinde, yasama organının her iki meclisinin feshi gerekmektedir ve fesihden sonra yapılan genel seçimler sonucunda değişikliğin olabilmesi için meclislerin üye tamsayılarının ayrı ayrı üçte ikisinin oyu gerekmektedir. Bazı ülkelerde ise, anayasa değişikliğinin kabulü için bazı durumlarda halkoyuna başvurulmaktadır. Beşinci Fransız Cumhuriyeti Anayasasına göre, Meclislerin (Senato ve Millet Meclisi) ortak toplantısında beşte üç çoğunluğu tarafından kabul edilmeyen anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girebilmesi için referandum gerekir. İsviçre gibi bazı ülkelerde ise, halkın anayasa değişikliği için öneride bulunması söz konusu olabilmektedir.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> **Gözler, Kemal: Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 1999, s.170-171.

<sup>97</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Wheare**, s.110 vd.

## 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi

1982 Anayasasına göre, anayasa değişikliklerinin kabul edilerek yürürlüğe girebilmesi bazı hallerde referandum koşuluna bağlıdır. Bu durumda, Mahkemenin anayasa değişikliği teklifini incelemesi konusu önem kazanmaktadır. Burada, referanduma sunulan anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda temelde iki görüş söz konusudur. Birinci görüşe göre, referanduma sunulan anayasa değişikliği denetlenebilir. Buna göre, Anayasada, referanduma sunulan ve sunulmayan anayasa değişiklikleri bakımından bir ayırım yapılmaması nedeniyle, referandum sonucu kabul edilen değişiklik, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilir<sup>98</sup>. Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesinin yaptığı denetim, anayasa değişikliğinin TBMM aşamasıyla ilgili olup, sadece şekil yönündendir. Bu nedenle, halkın iradesi, değişikliğin şeklinden çok özüne yöneliktir. Böylece, halkın iradesi, Anayasanın, anayasal denetimle ilgili maddelerini bertaraf edemez. Ancak bu görüş, her şeye karşın halk oyu ile kabul edilen bir anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinin çok güç olduğunu belirtmektedir<sup>99</sup>.

İkinci görüşe göre, referandum sonucu kabul edilen anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi söz konusu değildir. Buna göre, “*en üstün kurucu iktidar olan halk iradesinin belirmesinden sonra artık Anayasa Mahkemesinde bir şekil denetiminin mümkün olamaması gerekir. Kurucu iktidarın aslı sahibi olan halk iradesinin onayı, anayasa değişikliğinin Türkiye Büyük Millet Meclisindeki görüşülmesi safhasında uğramış olabileceği şekil sakatlıklarını ortadan kaldırır*”<sup>100</sup>. Biz de bu görüşü paylaşmaktayız. Çünkü, asli kurucu iktidar olan halkın anayasa yapma konusunda sınırsız bir yetkisi söz konusudur. Öte yandan, Meclis tarafından yapılan bir ana-

<sup>98</sup> **Aliefendioğlu, Yılmaz:** “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi, **Amme İdaresi Dergisi**, C.21, 1988, S.1, s.22; Duran ise, “*halkoylaması da bir takım şekil ve usul kuralları içinde yapılmış olmak koşulu ile sağlıklı ve geçerli bir iradeyi oluşturabileceğinden; bu hususu sağlamakla görevli Yüksek Seçim Kurulu'nun sonucu saptayıp açıklayan kararı üzerine Anayasa Mahkemesi'nin şekil yönünden bir denetim yapıp yapamayacağı sorulabilir. Acaba “anayasa değişikliği”, kanundan ayrı bir tür yasama işlemi olarak kabul edildiğinden ötürü mü, böyle bir karmaşıklık ortaya çıkmaktadır? Halk oylamasıyla anayasa değişikliği yoluna gidilmesi olasılığı az olmasına karşın, salt bu nokta dolayısıyla, söz konusu sorun üzerinde durulmaya değer sanırım*” demek suretiyle referandum sonucu kabul edilen anayasa değişikliğinin denetlenip denetlenemeyeceğinin tartışılabilirliğini belirtmektedir. Bkz. **Duran**, s.62.

<sup>99</sup> **Aliefendioğlu, Yılmaz:** “Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu”, **Anayasa Yargısı**, 1984, s.111-112; **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s.80-81; **Şahbaz**, s.323.

<sup>100</sup> **Özbudun**, s. 175-176; Benzer yönde bkz. **Onar**, s.174; **Gören**, s.349.

yasa değişikliğinde, Anayasanın öngördüğü şekil şartlarının, en üstün kurucu iktidar olan halkın onayından sonra, Mahkemece denetlenerek iptali, kurucu iktidarın mantığına ters bir durum ortaya çıkarır. Fransa’da da, benzer şekilde, referandum sonucu kabul edilen anayasa değişikliklerinin, anayasaya uygunluk denetimine tâbi olup olmadığı hususu tartışılmıştır. 28.10.1962 günlü halkoylamasında kabul edilen, “*devlet başkanını halkın seçmesine*” yönelik düzenlemenin, yayınlanmasından önceki on beş günlük süre içinde iptali için Fransız Anayasa Konseyine başvurulmuştur. 6.11.1962 tarihli kararda Anayasa Konseyi, “*kendini ancak parlamentonun kabul ettiği kanunları denetlemekle yetkili görmüş, “ulusal egemenliğin doğrudan ifadesi olan” referandum kanununu (loi-réfé-rendaire) denetleme konusunda yetkili olmadığı sonucuna*” varmıştır<sup>101</sup>.

Referanduma sunulan bir anayasa değişikliğinin henüz referandum yapılmadan Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi söz konusu olabilir mi? Burada iki görüş ileri sürülebilir. Birinci görüşe göre, referanduma sunulan anayasa değişikliği, Anayasanın 148/2. maddesi gereğince, yayınlanmasından itibaren on günlük süre içinde, Anayasa Mahkemesince denetlenebilir. Bu görüş, Anayasanın 148/2. maddesindeki “*yayımlandığı tarihten itibaren*” ve 2949 sayılı Kanunun 22. maddesindeki, “*Resmi Gazetede yayımlanmalarından başlayarak*” ibaresini temel almaktadır<sup>102</sup>. Anayasa Mahkemesinin yorumunun da referanduma sunulan anayasa değişikliğinin henüz referandum yapılmadan denetlenebilmesi yönünde olduğunu belirtmek gerekir. Mahkemeye göre, “*Anayasanın 7. maddesine göre yasama yetkisi TBMM’ye aittir. Anayasanın 87. maddesinde TBMM’ye ait yetkilerin kapsamı belirlenmekte, 175. maddesinde ise Anayasa değişikliğine ilişkin yöntem ve izlenecek süreç düzenlenmektedir. Bu süreç, yasalarda olduğu gibi, Genel Kurulun “kabul” iradesiyle tamamlanır. Anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca yayımlanması ya da halkoyuna sunulması işlemi, doğası gereği Anayasanın değiştirilmesine ilişkin yasanın varlık koşulu niteliğinde değildir. Anayasanın 89. ve 175. maddelerinden anlaşılacağı üzere Anayasa değişikliğine ilişkin yasalar Genel Kurul iradesiyle varlık kazanır ve halkoyuna sunulmaması durumunda Cumhurbaşkanınca yayımlanmakla yürürlüğe girer. Anayasa değişikliklerinde yürürlük koşulu kimi durumlarda Cumhurbaşkanı ile halk arasında paylaştırılmıştır. Bu hallerde her iki irade Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesi-*

<sup>101</sup> Teziç, s.175.

<sup>102</sup> Onar, s.172; Şahbaz, s.313.



## 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi

nin ön koşulunu oluşturmaktadır...Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yetkisi, Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrasında referanduma sunulan-sunulmayan ve yürürlüğe giren-girmeyen yönünden herhangi bir ayrıma tabi tutulamaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi halkoyuna sunulduğundan dolayı henüz yürürlüğe girmediği halde, istem üzerine 5678 sayılı Anayasa Değişiklikleri Hakkında Kanunun Anayasaya uygunluğunu denetlemiştir”<sup>103</sup>denilmektedir.

Buna karşılık, ikinci bir görüş, halkoyuna sunulana bir anayasa değişikliğinin henüz referandum yapılmadan denetlenemeyeceği yönündedir. Bu görüş, anayasa değişikliği sürecinde halkoyuna sunulan şeyin, henüz bir “kanun” değil ancak bir anayasa değişiklik “teklifi” olduğunu belirtmektedir. Buna göre, değişiklik teklifi, halkoylamasında halk tarafından kabul edildiği takdirde kanun haline gelecektir. Dolayısıyla ortada bir teklif olduğuna göre, söz konusu teklifin, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi düşünülemez. Çünkü ortada bir kanun değil, sadece bir teklif bulunmaktadır<sup>104</sup>. Bu görüş ayrıca, Anayasanın 175’inci maddesinin 3, 4 ve 5’inci fıkralarında geçen “anayasa değişikliği kanunu” ibaresi yerine “anayasa değişikliği teklifi” denmesi gerektiğini ve söz konusu ibarenin anayasa koyucununun basit bir redaksiyon hatası olduğunu vurgulamaktadır<sup>105</sup>. Buna göre, referanduma sunulan anayasa değişikliklerinde, “halkın iradesi TBMM’nin iradesinden sonra açıklansa da, aynen TBMM’nin iradesi gibi, kanunun geçerliliği (Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle “varlığı”) için gerekli asli bir iradedir”<sup>106</sup>. Bu nedenle, referandumla kabul edilen bir anayasa değişikliği kanunu, hukukun genel teorisinde bir karma işlem niteliğinde bir hukukî işlem olup, söz konusu işlemin ortaya çıkabilmesi için TBMM’nin tek başına iradesini açıklaması yetmemektedir. Bu iradeye halkın iradesi de eklenmelidir. Kısaca, TBMM’nin iradesinin geçerlilik (varlık) koşulu, halkın iradesinin ise, yürürlük koşulu olduğunu söylemenin bir anlamı yoktur. Çünkü, idare hukukunda karma işlemler, son iradenin açıklanmasıyla geçerlilik kazandığından, halkoylaması yo-

<sup>103</sup> E.S. 2007/99, K.S. 2007/86, KT.27.11.2007, AYMKD, S.45, C.1, s.438-439.

<sup>104</sup> **Gözler, Kemal:** “Halkoylamasına Sunulan Anayasa Değişikliği Kanunlarında Halkoylamasından Önce Değişiklik Yapılabilir mi?”, **Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s.566, <<http://www.anayasa.gen.tr/halkoylamasindan-once.htm>>, 04.05.2010; Aynı yönde bkz. **Şentop, Mustafa:** “Anayasa Değişikliği Sürecinin Yol Haritası”, **Zaman Gazetesi**, 11.05.2010, s.24.

<sup>105</sup> **Gözler,** “Halkoylamasına Sunulan...”, s.566.

<sup>106</sup> **Gözler,** “Halkoylamasına Sunulan...”, s.564.

luyla kabul edilen Anayasa değişikliği kanunları da son iradenin, yani halkın iradesinin açıklanmasıyla geçerlilik kazanırlar<sup>107</sup>. Bu durumda, hukuk aleminde varlık kazanmamış bir anayasa değişiklik teklifini denetleme yetkisini kendisinde gören Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki yorumu hatalıdır. Çünkü, Mahkemeye göre, bir Anayasa değişikliği kanunu TBMM tarafından kabul edilir edilmez varlık kazanmakta, halkoylaması sonucuna göre yasa yürürlüğe girmekte veya girmemektedir. Anayasa Mahkemesinin kararında “varlık” olarak ifade edilen, hukukun genel teorisine göre “geçerlilik”tir. Halkoylamasının Anayasa değişikliği kanunları bakımından bir yürürlük değil, bir geçerlilik (Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle varlık) şartı olduğu kabul edildiğinde, Anayasa Mahkemesinin yorumunun hatalı olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır<sup>108</sup>. Öte yandan, Mahkemenin daha önce yapılan ve referandum sunulan anayasa değişikliklerini denetlemesi de bunun hukukî olmasının delili sayılamaz<sup>109</sup>.

Kanaatimizce, anayasa değişikliklerine ilişkin tekliflerin henüz referandum yapılmadan denetimi mümkün değildir. Çünkü, referanduma sunulan metin henüz bir anayasa değişiklik teklifidir<sup>110</sup>. Kanunlaşp, kanunlaşmaya çağı belli değildir. Bu nedenle, söz konusu teklif, halkın onayından sonra ancak hukuken geçerli bir kanun haline gelecektir. Başka bir deyişle, referandum sunulan bir anayasa değişikliği teklifi ancak referandum sonucunun Resmi Gazetede yayınlanmasından sonra kanun haline gelmektedir. Doktrinde, 175. maddesinin ilk şeklinin yürürlükte olduğu dönemde-halkoyuna sunulan anayasa değişikliğinin açıkça Resmi Gazetede yayınlanacağı belirtilmemiştir. referandum sonucunda kabul edilen anayasa değişikliğinin şekil bakımından denetlenebileceğini kabul eden bazı yazarlar, bunun ancak referandumdan sonra yapabileceğini belirtmişlerdir. Buna göre, “*Anayasa Mahkemesi’ne açılacak iptal davasında süre yönünden bir sorun bulunmamaktadır. Çünkü, Cumhurbaşkanı, Anayasa değişikliğini, ancak halkoylamasıyla gerçekleşmesinden sonra yayımlayacak ve ongunlük süre bu tarihten sonra işleyecektir. Halk oylaması sonucunda halkın iradesi “Hayır” biçiminde gerçekleşirse, anayasa değişikliği gerçekleşmemiş ve Resmi Gazete’de de yayımlanmamış olacağından, Anayasa Mahkemesi’nin doğal olarak anayasal denetim yapma-*

<sup>107</sup> Gözler, “Halkoylamasına Sunulan...”, s.564.

<sup>108</sup> Gözler, “Halkoylamasına Sunulan...”, s.564-565.

<sup>109</sup> Şentop, s.24.

<sup>110</sup> Aynı yönde bkz. Gözler, “Halkoylamasına Sunulan...”, s.566.



## 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi

sı da söz konusu olmayacaktır”<sup>111</sup>. Benzer yönde bir başka görüş de, halkoylaşmasının bir takım şekil ve usul kuralları içinde yapılmış olmak koşulu ile sağlıklı ve geçerli bir iradeyi oluşturabileceğini, bu hususu sağlamakla görevli Yüksek Seçim Kurulunun sonucu saptayıp açıklayan kararı üzerine Anayasa Mahkemesinin şekil yönünden bir denetim yapıp yapamayacağını sorulabileceğini belirtmektedir.<sup>112</sup> Buna karşılık, Anayasanın 175/4. maddesine göre, referandum yapıldıktan sonra kabul oyu alan bir anayasa değişikliğinin tekrar Resmi Gazetede yayımlanmadığı için denetlenmesinin mümkün olmadığı yönünde de görüşlerin bulunduğunu belirtmek gerekir<sup>113</sup>. Sonuç olarak, doktrinde, Anayasa Mahkemesinin uygulaması farklı olsa da, referanduma sunulan anayasa değişikliğinin henüz referandum yapılmadan denetlenebileceğine yönelik hakim bir görüşe rastlanmamaktadır. Anayasada referanduma sunulan anayasa değişikliklerinin denetimi ile ilgili olarak açık bir düzenlemenin yapılması, konunun çözümüne önemli bir katkı sağlayacaktır.

### SONUÇ

1982 Anayasasında, anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından denetlenmesi öngörülmüştür. Denetim yetkisinin kapsamı ise, dar tutulmuştur: “Teklif ve oylama çoğunluğu” ve “ivedilikle görüşülememe”. Anayasa değişikliklerinin şekil denetiminin sınırlı tutulmasının nedeni; bir yönüyle Anayasa Mahkemesinin denetimine sınırlama getirmektir. Başka bir deyişle, TBMM tarafından yapılacak anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptalini zorlaştırma amacına yöneliktir.

Anayasada belirtilen ve şekil bakımından denetime esas alınacak şartlardan oylama çoğunluğunun belirlenmesi zordur. Anayasa değişiklik teklif yetersayısı ile ivedilikle görüşülememe konularında herhangi bir sorun yaşanmazken<sup>114</sup> oylama çoğunluğundan ne anlaşılması gerektiği üzerinde çeşitli tartışmalar söz konusudur. Burada, oylama çoğunluğunun, 148. maddenin gerek-

<sup>111</sup> Aliefendioğlu, “Türk Anayasa...”, s.112.

<sup>112</sup> Bkz. Duran, s.62.

<sup>113</sup> Şentop, s.24.

<sup>114</sup> Anayasa değişikliklerinin denetiminde teklif koşulunun yeniden ele alınarak düzenlemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü, anayasa değişikliğinin kabulü için, Meclis üye sayısının beşte üçü (ya da üçte iki) gibi bir oranının arandığı mevcut Anayasada, anayasa değişiklik teklifinin zorlaştırılmasının nedenini anlamak güçtür. Bizce, anayasa değişikliğinin gerçekleşmesi için nitelikli bir oylama çoğunluğu aranıyorsa, bu durumda, ayrıca nitelikli bir teklif çoğunluğunun öngörülmemesi gerekir

çesinden de yararlanarak, sadece son oylamayla sınırlı bir şekilde kabul edilmesi mümkün olduğu gibi, İçtüzüğü'nün 93 ve 94. maddelerinden yararlanarak, maddeler hakkındaki ikinci oylama ile son oylamayı kapsar biçimde kabul etmek de mümkündür<sup>115</sup>.

Anayasa değişikliklerinin kabulünde, en az Meclis üye tamsayısının beşte üçlük çoğunluğunun kabul oyu vermesi gerekir. Söz konusu çoğunluk, Cumhurbaşkanının bir defa daha görüşülmesi için Meclise iade ettiği anayasa değişiklikleri için de geçerlidir.

Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin denetiminde farklı kararlar vermektedir. Bazı kararlarda, Anayasada sınırlı olarak sayılan şekil şartlarına uygun bir denetim yapılırken<sup>116</sup>, diğer bazı kararlarda,<sup>117</sup> 1961 Anayasası döneminde verilen kararlara benzer şekilde, şekil denetimi sınırı aşılmaktadır. Anayasa yargısının kabul edilmesinden bu yana, anayasa mahkemelerinin yetkileri ve denetledikleri konuların niteliği tartışılırken<sup>118</sup>; buna bir de anayasa değişikliklerinin şekil görüntüsü altında esas bakımından denetiminin eklenmesi, Anayasa Mahkemesinin görev alanının yeniden değerlendirilmesine yol açacaktır.

5735 sayılı Kanunla yapılan Anayasa Değişikliklerinin, Anayasanın ilk üç maddesinde söz edilen ve içeriği belli edilmemiş ifadelere başvurulmak suretiyle iptal edilmesi, yapılacak yeni anayasa değişikliklerinin de Anayasanın ilk üç maddesi ile bir şekilde bağlantı kurulmasına ve benzer bir sonucun doğmasına yol açabilecektir. Bu durum, yargıçlar hükümetine doğru bir gidişi göstermektedir. "*Hâkimler hükümeti deyimi ise, milletlerarası literatürde bir övgü değil, bir yergi ifadesi olarak kullanılmaktadır*"<sup>119</sup>.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi referanduma sunulan anayasa değişiklik tekliflerini denetleme yetkisini kendinde görmektedir. Bu denetim ise, anayasa değişikliğine ilişkin teklifinin Resmi Gazetede yayınlanmasından hemen sonra yani henüz referandum yapılmadan söz konusu olmaktadır. Bizce, Ana-

<sup>115</sup> Can, s.137.

<sup>116</sup> E.S. 1987/9, K.S. 1987/15, KT.18.06.1987, **AYMKD**, S.23, s.285-286.

<sup>117</sup> E.S.2008/16, K.S. 2008/116, KT.5.6.2008, **AYMKD**, S.45, C.2, s.1230-1240.

<sup>118</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karamustafaoğlu, Tunçer**: "Anayasa Yargısının Önemli Sorunları", **AÜHFD**, 1968, C.XXV, S.3-4, s.91.

<sup>119</sup> **Özbudun**, "Yeni Anayasa...", Zaman Gazetesi.

## *1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi*

yasa Mahkemesi, referanduma sunulan anayasa değişikliğini denetleyemez. Çünkü, ortada henüz yasalaşmamış bir anayasa değişikliği teklifi vardır. Referandum sonucunda kabul edilen anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda ise, şu söylenebilir: En üstün kurucu iktidar olan halkın iradesi, anayasa değişikliğinin TBMM aşamasındaki, olası şekil eksiklerini ortadan kaldıracığından, şekil bakımından Anayasa Mahkemesi tarafından herhangi bir denetim yapılamaz.<sup>120</sup>

### **KAYNAKÇA**

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.21, 1988, S.1, s.5-38.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu”, **Anayasa Yargısı**, 1984, s.101-137.

ARMAĞAN, Servet: **Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi**, İÜHFY, İstanbul 1967.

ATAR, Yavuz: **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza, 2. B., Konya ty.

ATAR, Yavuz: “Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu”, **Berki Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1996, C.5, S.1-2, s.373-406.

BAOHOF, Otto: **Verfassungswidrige Verfassungsnormen?** Tübingen Mohr (Paul Siebecik), 1951.

BATUM, Süheyl: **99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa**, XII Levha, İstanbul 2009.

CAN, Osman: “Anayasayı Değiştirme ve İktidarı Denetim Sorunu”, **AÜSBF**

<sup>120</sup> Gözler’e göre, referandum yoluyla bir anayasa değişikliğinin kabul edilmesi, parlamento nitelikli çoğunluk sağlamaya göre oldukça zordur. Yazara göre, bu durum, seçmen düzeyinde olumsuz çoğunlukların, parlamento düzeyinde ise, yapay çoğunlukların bulunmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. **Gözler, Kemal**: “Halkoylamanının Değeri”, **AÜHFD**, C.XL, S.1-4, 1988, s.111.

**Dergisi, Prof. Dr. Yavuz Sabuncuya Armağan**, C.62, S.3, Temmuz-Eylül 2007, s.101-139.

COLE, Taylor: “Three Constitutional Courts: A Comparison” **The American Political Science Review**, 1959, C.LIII, S.4, s.963-984.

ÇAĞLAR, Bakır: “Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, 1991, s.13-62.

ÇAĞLAR, Bakır: “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, **Anayasa Yargısı**, 1986, s.163-195.

DURAN, Lütfi: **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1988.

DURAN, Lütfi: “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, **Anayasa Yargısı**, 1984, s.57-87.

ERDOĞAN, Mustafa: **Anayasa Hukuku**, Orion, 3.B., Ankara 2005.

ERDOĞAN, Mustafa: **Anayasa Hukukuna Giriş**, Adres Yayınları, 2. B., Ankara 2004.

EROĞUL, Cem: **Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.

FEYZİOĞLU, Turhan: **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaf Murakebesi (Yabancı Memleketlerde-Türkiyede)**, AÜSBFY, Ankara 1951.

GÖREN, Zafer: **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

GÖZLER, Kemal: **Anayasa Hukukuna Giriş**, 15. B., Ekin Yayınevi, Bursa 2010.

GÖZLER, Kemal: “Halkoylamasına Sunulan Anayasa Değişikliği Kanunlarında Halkoylamasından Önce Değişiklik Yapılabilir mi?”, **Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s.557-571, <<http://www.anayasa.gen.tr/halkoylamasindan-once.htm>>, 04.05.2010.

GÖZLER, Kemal: “Anayasa Değişikliği Kanunları Hakkında

*1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi*

- Cumhurbaşkanının Yetkileri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.59, S.2001/4, s.35-53.
- GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000.
- GÖZLER, Kemal: **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 1999.
- GÖZLER, Kemal: “Halkoylamasının Değeri”, **AÜHFD**, C.XL, S.1-4, 1988, s.97-113.
- HAS, Volkan: **Anayasayı Değiştirme Süreci**, Adalet Yayınları, 2. B., Ankara 2009.
- HOCAOĞLU, A. Şeref/OCAKÇIOĞLU, İsmet: **Anayasa ve Anayasa Mahkemesi (Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi)**, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1971.
- İBA, Şeref: **Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar**, 2. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- İBA, Şeref: “Cumhurbaşkanınca Yayınlanması Kısmen veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi”, **AÜHFD**, C.52, S. 3, 2003, s.299-316.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, İmge Kitabevi, 4. B. Ankara 2007.
- KANADOĞLU, Korkut O.: **Anayasa Mahkemesi**, Beta, 1. B. İstanbul 2004.
- KANETİ, Selim: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’ndaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması”, **Anayasa Yargısı**, 1991, s.77-101.
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer: “Anayasa Yargısının Önemli Sorunları”, **AÜHFD**, 1968, C.XXV, S.3-4, s.91-100.
- KAUPER Paul G.: “The Constitutions of West Germany and The United States: A Comparative Study”, **Michigan Law Review**, June 1960, C.58, S.8, s.1091-1184.
- KIRATLI, Metin: **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu**,

*Yrd. Doç. Dr. Mesut AYDIN*

Sevinç Matbaası, AÜSBFY, Ankara 1966.

KIRATLI, Metin: **Alman Federal Anayasa Mahkemesi**, Sevinç Matbaası, AÜSBFY, Ankara 1963.

KUBALI, Hüseyin N.: **Anayasa Hukuku Dersleri**, Kurtulmuş Matbaası, İÜHFY, İstanbul 1971.

NEZİROĞLU, İrfan: Kanun Tasarı ve Tekliflerinin Büyük Millet Meclisinde Yeniden Görüşülmesi: Tekrir-i Müzakere”, **AÜHFD**, 2007, C.56, S.1, s.165-178.

ONAR, Erdal: **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara 1993.

ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 10. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

ÖZBUDUN, Ergun,: “Yeni Anayasa Şart Oldu” 23.10.2008, Zaman Gazetesi, <<http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=752377&title=yorum-prof-dr-ergun-ozbudun-yeni-anayasa-sart-oldu&haberSayfa=1>>, 30.04.2010.

ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 8. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

ÖZBUDUN, Ergun: **Çağdaş Türk Politikası**, Çev. A. R. Usul, Doğan Kitapçılık, İstanbul 2003.

SAN, Coşkun: **Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri**, AİTİAY, Ankara 1974.

SEROZAN, Rona: “Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları”, **İÜHFM**, 1972/XXXVII/1-4, s.135-141.

SOYSAL, Mümtaz: **Anayasaya Giriş**, AÜSBF Yayınları, 2. B., Ankara 1969.

ŞAHBAZ, İbrahim: **Yarı Doğrudan Demokrasi Kurumu Olarak Referandum ve Türkiye**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

ŞEN, Murat: “1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, **AÜEHFD**, C.II, S.1, s.88-119, <<http://hukuk.erzincan.edu.tr/>

*1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi*

dergi/makale/1998\_5.pdf > 23.06.2010.

ŞENTOP, Mustafa: “Anayasa Değişikliği Sürecinin Yol Haritası”, **Zaman Gazetesi**, 11.05.2010.

TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, YKY yayınları, 2. B., İstanbul 2001.

TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 12. B., İstanbul 2007.

TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 8. B., İstanbul 2003.

TEZİÇ, Erdoğan: “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, **Anayasa Yargısı**, 1987, C.3, s.83-94.

TUNÇ, Hasan: **Anayasa Hukukuna Giriş**, 2. B., Nobel, Ankara 1999.

TURHAN, Mehmet: “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, **AÜHFD**, 1976, C.XXXIII, S.1-4, s.63-115.

YAYLA, Yıldızhan: “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü”, **Hıfzı Timurun Anısına Armağan**, İstanbul 1979, s.973-1040.

YAYLA, Yıldızhan: “1982 Anayasasına Göre Devletin Özü”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, 1983, C.4, S.1-3, s.133-149.

WHEARE, K.C.: **Modern Anayasalar**, Çev. Mehmet Turhan, 1. B., İstanbul 1984.

BOŞ



# SANATSAL KAMU HİZMETLERİ

Yrd. Doç. Dr. N. Münci ÇAKMAK\*

## ÖZET

*İdare hukukunda sanatsal kamu hizmetleri, kültürel kamu hizmetleri başlığı altında yer almaktadır. Sanatsal kamu hizmetleri toplumsal açıdan çok önemlidir bu nedenle sanatsal kamu hizmetlerinin kültürel kamu hizmetleri başlığı altında düzenlenmemesi, özel olarak sanatsal kamu hizmeti adı altında düzenlenmesi gerekir.*

*Anahtar kelimeler: İdare Hukuku, kamu hizmeti, sanat, sanatsal kamu hizmeti, kültür.*

## ARTISTIC PUBLIC SERVICES

### ABSTRACT

*In the Administrative Law, artistic public services are included under the heading of cultural public services. Artistic public services are very important for social aspect, because of this artistic public services must not be regulated under the heading of cultural public services; these services must be regulated privately under the name of artistic public services.*

*Key Words: Administrative Law, public service, art, artistic public service, culture.*

## 1- Sanat ve kültür anlayışı

Kültürel zenginliği birincisi milli kültürel miras, ikincisi ise mülkiyet hakkından ve ulusal yargıdan bağımsız olarak kaynağı veya şimdi bulunduğu yer neresi olursa olsun, insanlığın ortak kültürünün bileşenleri olarak düşünebiliriz.<sup>1</sup> Bu itibarla kültürel zenginlik sadece tek bir ülkenin vatandaşlarını değil bütün dünyayı ilgilendirmektedir. Ülkemizde sanat için yapılan faaliyetler dolaylı olarak dünya sanatına da katkıda bulunmaktadır.

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> MERRYMAN, John Henry, "Two Ways Of Thinking About Cultural Property", The American Journal of International Law, 1986, 80, s. 831-832.

Çalışmamızın amacı, sanatsal ve kültürel kamu hizmetleri genel betimlemesinin içinden sanatsal kamu hizmetlerini teknik anlamda bir kamu hizmeti olarak ayırmak ve adlandırmaktır.

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğü, sanat ve kültürü şu şekilde tanımlamaktadır:

**“Sanat:** 1. Bir duygu, tasarı, güzellik vb.nin anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık 2. Belli bir uygarlığın veya topluluğun anlayış ve zevk ölçülerine uygun olarak yaratılmış anlatım.

**Kültür:** 1. Tarihsel, toplumsal gelişme süreci içinde yaratılan bütün maddi ve manevi değerler ile bunları yaratmada, sonraki nesillere iletmede kullanılan, insanın doğal ve toplumsal çevresine egemenliğinin ölçüsünü gösteren araçların bütünü, hars, ekin 2. Bir topluma veya halk topluluğuna özgü düşünce ve sanat eserlerinin bütünü 3. Muhakeme, zevk ve eleştirme yeteneklerinin öğrenim ve yaşantılar yoluyla geliştirilmiş olan biçimi 4. Bireyin kazandığı bilgi”<sup>2</sup>

Sanatın tanımlanamayacağı, tanımlamanın zor olduğu veya çok çeşitli tanımının yapılabileceği<sup>3</sup> gibi görüşlerde doğruluk payı bulunsa da hukuk tarafından korunabilmesi için sanatın ve sanat dallarının bir şekilde tanımlanması gerekir<sup>4</sup> çünkü hukuk, tanımlı olmayan bir hususu etkili bir biçimde koruyamaz.

Sanat türlerini üç başlık altında toplayabiliriz:

1- Maddeye biçim veren plastik sanatlar, 2- Sese ve söze biçim veren fonetik sanatlar, 3- Harekete biçim veren ritmik sanatlar.<sup>5</sup>

Ülkemizde sanat ve kültür anlayışı ağırlıklı olarak müzik, opera, bale ve tiyatro branşlarına indirgenmiş durumdadır. Diğer bir çok branş arka planda kalmaktadır. Halk oyunları, hat, minyatür ve ebru sanatları hak ettikleri ko-

<sup>2</sup> www.tdkterim.gov.tr, 20.02.2010.

<sup>3</sup> Çeşitli sanat tanımlamaları için bkz. ATALAY, Esra, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, 6/2, s. 2 vd.

<sup>4</sup> KARLEN, Peter H., “Art in the Law”, Leonardo, 14/1, Winter 1981, s. 54.

<sup>5</sup> ATALAY, s. 4.

## *Sanatsal Kamu Hizmetleri*

numda değildir. Eğitimli olarak enstrüman çalabilen veya şarkı söyleyebilen kişi sayısı son derece azdır. Edebiyata, modern çağın ürünü görsel-işitsel faaliyetlere, resim ve heykele olan ilginin, binlerce yıllık kültürel miras devralmış bir toplumda çok daha ileri seviyelerde olması gerekirdi.

Sanatsal hizmetlerin eksikliği uzun vadede toplumsal estetik duygusunun da körelmesine neden olur. Estetik anlayışı düşük seviyeli kuşakların yetiştirdiği mimarlar ve müteahhitlerin de estetik anlayışları düşük olacağı için zamanla bu kişilerin tasarladığı yaşamsal alanlar ve yapılarda da çirkinleşme başgösterecektir. Aynı durum şehirlerin planması ve düzenlenmesi için de geçerlidir. Her ne kadar sanat, planlayıcıların eklektik bakış açılarının zorunlu kısmı olarak genelde dikkate alınmasa da<sup>6</sup> sanatsal yönden donanımlı kişilerin planlama yapması elbette ki çok şeyi değiştirecektir.

Hukukun sanatla olan ilgisi çoğunlukla fikir ve sanat eserlerinin korunması konusundan öteye gidememiştir. Oysa sanatsal kamu hizmetleri de diğer kamusal hizmetler gibi idare tarafından görülmekte veya gözetim ve denetim altında özel şahıslara gördürülmektedir. Bu haliyle sanatsal kamu hizmetleri idare hukukunun konusuna dahil olmaktadır.

Sanatsal hizmetlerde yararlanan sayısının artması sadece nüfusun artması ile ilgili değildir. Mesela nüfus arttığı için ulaşım hizmetlerinin büyümesi gerekir, tersi mümkün değildir, yani devlet ne kadar çok toplu taşıma aracı işlettiyorsa toplu taşımadan yararlanan sayısı da o derece artar gibi bir sonuç çıkmaz. Oysa sanatsal faaliyetlerde durum bazen terstir, tabi ki nüfus artışı ile sahne sanatı icra edilen salonlar yetersiz kalırsa devlet salon sayısını artırır ama tersi de gereklidir, daha çok sanatla yoğrulalım diye devletin daha fazla sanatsal aktivitede bulunması da lazımdır. İhtiyaca göre kurs, festival veya salon açmanın yanısıra sanatsal bilgi birikimini artırmak gayesiyle daha fazla kurs açmak, festivaller düzenlemek, salonlar açmak, teşviklerde bulunmak gibi faaliyetlerle yararlanan sayısı da artırılmalıdır.

Sanatsal ihtiyaçlar temel yaşamsal ihtiyaç değil, kalite tabanlı ihtiyaçtır. Telafi edilmezse yaşam tehlikeye girmez ancak yaşamın kalitesi düşer.

<sup>6</sup> TAYLOR, Michael, "Fine Art And Good Planning", Planning Practice & Research, 1997, 12/4, s. 325.

## **2- Sanat ve kültür birbirinden ayrı olarak değerlendirilmelidir**

Sanatsal kamu hizmeti kavramını kültürel kamu hizmeti olarak sınıflandırmak istemiyoruz çünkü kültür kavramı sanatı da içine alan oldukça geniş bir anlama sahiptir. Geniş olan kültür kavramını tercih etmememizin nedenlerinden birisi, idarenin gördüğü her sanatsal faaliyet kültürel bir hizmet olmasına rağmen her kültürel faaliyetin sanatla ilgisinin olmamasıdır. Örneğin Türk mutfağı kültürümüzün bir parçası olmasına rağmen ne yemek yapmak ne de bu yemeği yemek sanatsal bir faaliyet değildir.

Kültür ileriye dönük olarak planlı bir şekilde inşa edilemez, belli bir noktadan geriye baktığımızda karşımızda duran birikime bizler kültür demekteyiz, sanat ise ileriye dönük olarak planlanabilir, yararlanan sayısı artırılabilir, yön verilebilir. Örneğin, Türk kültüründe yer almayan bir çalgı idare tarafından zorla Türk müziğine dahil edilemez, devlet bu çalgının gelişmesi için faaliyetlerde bulunabilir, ancak zorlama söz konusu olamaz. Eğer ki bu çalgı toplum tarafından benimsenir ve müzik dünyasına dahil olursa o zaman kültürümüzün bir parçası haline gelir. Bu çalgının gelişmesi için bulunulan faaliyet kültür için değil sanat içindir, yıllar sonra benimsendiği takdirde de kültüre dönüşür. Benimsenmemesi halinde o ana kadar yapılan faaliyetler boşuna bir çaba görünse de amaç sadece sanat olduğu için boşuna değildir. Netice itibarıyla sanatsal bağlamda yapılan faaliyetler sanatsal kamu hizmeti olarak adlandırılmalı, terim olarak kültürel hizmetlerden ayrılmalıdır.

Kültür kavramını kabul etmememizin bir diğer nedeni de sanatsal hizmetleri kültürel hizmetlerin içinde bırakmaya devam ettiğimiz takdirde sanatçıların durumunda yaşanacak olan belirsizliktir. Tarihi bir köprü kültürün parçasıdır, tiyatro da kültürün parçasıdır ama sanatçılar kültürün parçası olamazlar, sanatçıların yaptıkları faaliyetler kültürün parçası olabilirler. Kültür, sanatçı olmadan da oluşabilir<sup>7</sup> ancak sanatsal faaliyet sanatçı olmadan icra edilemez. Sanatı ortaya çıkaran sadece sanatçı olmasına rağmen kültürü ortaya çıkaran herkeştir. Bu nedenle sanat ve sanatçı, sanatsal hizmet başlığı altında değerlendirilmelidir. Nitekim aşağıda göreceğimiz gibi Anayasa da kültür ve sanatı ayrı maddelerde düzenlemiştir.

1982 Anayasası'nda sanat, sanatçı ve kültürün korunması ve geliştirilmesi ile ilgili hükümler 63 ve 64. maddelerde yer almaktadır. Bu maddeler uyarınca,

<sup>7</sup> Örneğin coğrafi konumun bir sonucu olarak Roma kültüründe gemi olmasına rağmen Orta Asya Türklerinde gemi yoktur.

## **Sanatsal Kamu Hizmetleri**

*“Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması*

*MADDE 63 – Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar; bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır.*

*Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir.*

*Sanatın ve sanatçının korunması*

*MADDE 64 – Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır.”*

Anayasa da kültür ve sanatı ayrı maddelerde düzenlemiştir. Sanatın kültürden ayrı olarak özel bir maddede düzenlenmiş olması sanata ve sanatçıya verilen önemin bir göstergesidir.

Sanat ve kültürün farklarından bir tanesi de sanatla ilgilenmek temel hak olmasına rağmen<sup>8</sup> kültür hakkı gibi bir hakkın hukuk düzeninde yer almasıdır. Anayasa'nın 27. maddesi bilim ve sanat hürriyetini, “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir” şeklinde düzenlemiştir. Görüldüğü gibi Anayasa, daha genel olan kültür kavramı yerine sanatı seçmiştir.

### **3- Kamu hizmeti olarak sanat**

Kamu hizmeti dediğimiz zaman ilk önce aklımıza gelenler ne yazık ki ulaşım, eğitim, enerji, sağlık ve güvenlik gibi konular olmaktadır. Bu konulara az önemli demek mümkün değildir ancak ilk bakışta farkedilmese de bu konular kadar bir başka önemli hizmet dalı da sanatsal kamu hizmetleridir. Bir ülkenin sanat ve kültür düzeyi düşerse uzun vadede çok vahim sonuçlar doğar. Genç neslin düşük seviyeli sanatsal bilgi birikimi, gelecekte bu neslin hakim, akademisyen, öğretmen, devlet yöneticisi gibi kitle eğiten veya kitlelerin hukuki durumlarında değişiklik yapabilen kişilere dönüşmesi ile bu kişilerin de sanatsal açıdan donanımsız olması anlamına gelecektir. Bu durumu düzeltmek de kısa vadede imkansız olup ancak bir sonraki donanımlı neslin yetişerek bu

<sup>8</sup> Detaylı bilgi için bkz. ATALAY, s. 4 vd.

kadroları devralmasıyla mümkün olur ki bu da çok uzun bir zaman diliminin geçmesi anlamına gelir.

Kamu hizmeti, “yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idare ya da onun denetimi ve gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, kamusal bir ihtiyacı tatmin için yapılan faaliyete verilen isimdir”.<sup>9</sup>

Kamu hizmetinin niteliği ve tanımıyla ilgili olarak yaşanan tartışmaları konumuzun dışında tutmak istiyoruz.<sup>10</sup> Günümüzde kamu hizmeti belirlenirken hizmeti görenin idare olması şartı aranmamakta, “faaliyetin kamuya yararlı nitelik taşımasına koşut olarak kamusal ayrıcalık ve yükümlülüklerin varlığı halinde geniş bir kamu hizmeti kavramı benimsenmektedir”.<sup>11</sup> Kamu hizmetlerinin belirsiz olduğu iddialarına karşı ise Uler’in “Kamu hizmetleri belirsiz değildir, gördüğünüz zaman tanırırsınız”<sup>12</sup> görüşünü benimsemekteyiz.

Yukarıda verdiğimiz tanıma uygun olarak sanatsal kamu hizmetleri, kamu hizmetinin özünde var olan “kamusal ihtiyaç”, “kamu yararı”, “toplumsal tatmin”, “devlet tarafından görülme veya devletin denetim ve gözetimi altında özel kişilere gördürülme” gibi temel konuların hepsini ihtiva etmektedir. İster kanunkoyucu öngörsün isterse niteliği itibariyle olsun, sanatsal hizmetler kamu hizmetinin tipik birer örneğini oluşturur. Sanatsal kamu hizmetleri teknik anlamda birer kamu hizmetidir. Nitekim bu hizmetler görülürken elde edilen gelirler ile yapılan masraflar kıyaslandığında devletin maddi olarak hiçbir çıkar elde etmediği de hemen fark edilecektir. Sanatsal hizmetler salt sanatsal amaçlarla yapılmaktadır.

Sanatsal kamu hizmetleri diğer kamu hizmetlerinin karşı karşıya kaldığı bazı tehditlerden uzak yaşamaktadır. Sanatsal kamu hizmetleri aşırı miktarda

<sup>9</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2009, s. 459.

<sup>10</sup> Kamu hizmetinin tanımı ve özellikleriyle ilgili tartışmalar hakkında onlarca eser bulunmaktadır. Konumuzun dışına çıkmamak için burada birkaçını belirtmekle yetiniyoruz, bkz. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 457 vd., ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2009, s. 581 vd., OZANSOY, Cüneyt, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 46, Sayı 1-4, 1997, s. 85 vd., DERBİL, Süheyy, “Kamu Hizmeti Nedir?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 3-4, 1950, s. 28 vd., ULER, Yıldırım, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 15, Yıl 1998, s. 252 vd.

<sup>11</sup> TAN, Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, Yıl 1991, s. 236.

<sup>12</sup> ULER, s. 254.

## *Sanatsal Kamu Hizmetleri*

kâr getirmediği için vatandaşı müşteri haline getirme amacıyla olan kişilerin ilgi alanı dışında kalmaktadır. Özel sektöre ait sanatsal kamu hizmeti gören şahıslar ise tekel durumunda olmadıklarından her hangi bir tehlike söz konusu değildir. Ayrıca bu hizmetlerin sunumu karşılığı elde edilen ücretlerin aşırı artması bu hizmetlere olan talebi aniden düşüreceği için fiyatı artırmak suretiyle maksimum kâr etmek de olanak dışıdır. Aslında bu durum sanatsal hizmetlerin ve bireylerin yararınadır çünkü “vatandaşları müşteri konumunda gören uygulamalar yaşamı bir biçimde kolaylaştırsalar da insani gelişmeye katkıda bulunmadıkları sürece gelir beklentisinin öne çıktığı, parası olanların bedelini ödeyerek sahip oldukları, kullandıkları ayrıcalıklı hizmetler haline gelerek ticarileşirler”<sup>13</sup>, sanatsal kamu hizmetlerinde ise böyle bir tehlike yoktur.

Sanatsal kamu hizmetleri büyük ölçüde kâr amacı güdülmeksizin yerine getirilen hizmetlerdir, zaten böyle de olması gerekir aksi halde yararlanan sayısı azalır. Sanatsal kamu hizmetleri entellektüel bilgi birikimini artırmak için sadece cumartesi akşamları zengin elitlerin eğlenmesi için değil herkes içindir. “Herkes için olma” özelliği bozulmamalıdır.

Sanatsal kamu hizmetlerini, kamu hizmetlerinin özellikleri olan Süreklilik, Eşitlik, Değişkenlik ve Bedelsizlik açılarından incelersek Süreklilik ve Bedelsizlik konularında birkaç noktaya değinmek gerekmektedir. Süreklilik ilkesi, bir kamu hizmetinin her hangi bir kesintiye uğramadan, düzenli ve yeterli olarak yerine getirilmesini gerektirir<sup>14</sup> Ancak sanatsal kamu hizmetlerinin her branşında süreklilik ilkesini düzenli olarak göremeyebiliriz. Opera, bale ve tiyatro gibi sahne sanatları belli bir düzen ve program dahilinde yürütülmesine rağmen resim, heykel veya el sanatları gibi konuların hizmet haline dönüşmeleri sergi, kurs ve yarışma gibi uygulamalarla hayata geçmekte, bu uygulamaların halka sunulması ise her zaman kesin ve belirli bir süreklilik veya zaman dilimleri arz edememektedir. Örneğin Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın her yıl resim kursu açması bir sonraki yıl da açacağı veya açmak zorunda olduğu anlamına gelmemektedir. Bu tür hizmetlerin tıpkı sahne sanatlarında olduğu gibi kendi yapısına uygun olarak sürekliliğe kavuşturulması sanatın daha da gelişmesi için yararlı olacaktır.

<sup>13</sup> TÖRENLİ, Nurcan, “e-Devlet’in Ekonomi-Politiğine Giriş: Kullanıcı Dostu Ortamlarda “Sanallaşan” Kamu Hizmetleri”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 60-1, 2005, s. 194.

<sup>14</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 460.

İkinci önemli nokta, Bedelsizlik ilkesi açısından değerlendirme yaptığımızda karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmetlerinin bedelsiz olması ilkesi karşısında sanatsal hizmetlerden elde edilen gelirlerin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Kural olarak kamu hizmetlerinde bedelsizlik esastır yani kamu hizmetleri ücretsizdir ancak “bireyin yararlanmayacağı veya arızı nitelikte yararlanması söz konusu olan hizmetin finansmanını, bu hizmetten sürekli yararlananlarla aynı ölçüde karşılanması kabul edilemez”.<sup>15</sup> Bu nedenle kamu hizmetlerinden belli bir bedel alınmaktadır. Yürütülen faaliyetin maliyetini karşılama düşüncesiyle alınan bu paralar fiyat değildir kamu hizmetine katılma bedeli niteliğindedir.<sup>16</sup> İdare hukuku açısından değerlendirirsek sanatsal kamu hizmetlerinden yararlananlar müşteri değil “kamu hizmetinden yararlanan” durumundadır.<sup>17</sup> Böyle kalmaya da devam etmelidir.

Bizim sanatsal kamu hizmetleri olarak adlandırmak istediğimiz faaliyetler doktrinde genel olarak “Bilimsel, teknik ve kültürel kamu hizmetleri” başlığı altında toplanmaktadır.<sup>18</sup> Kanaatimizce sanatsal kamu hizmetleri, kültürel kamu hizmetleri kavramının dışına çıkarılmalıdır. Her sanatsal hizmet kültürel hizmet olmasına rağmen her kültürel hizmet sanatsal hizmet değildir. Örneğin Türk mutfağı, müzecilik ve kütüphanecilikle ilgili hizmetler sanatsal hizmet olmayıp kültürel hizmetlerdir.

#### **4- Sanatsal kamu hizmeti veren kurumlar**

Merkez teşkilatı içerisinde doğrudan sanatsal kamu hizmeti görmekle görevli olan bakanlık Kültür ve Turizm Bakanlığı’dır. Ancak sanatsal hizmetlerin merkez teşkilatında yer alan bütün birimlerce de görülmesi mümkündür. Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Bakanlıklar veya Valilikler çeşitli sanatsal hizmetlerde bulunabilirler veya mevcut sanatsal hizmetleri destekleyebilirler.

<sup>15</sup> ATAY, s. 601.

<sup>16</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 461.

<sup>17</sup> Kamu hizmeti ile ilgili tartışmalara girmek istememize rağmen bu hususu belirtmeden geçmek istemiyoruz. Son dönemlerde yaşanan kamu hizmetlerini özel sektöre gördürme arzusunun bir sonucu olarak vatandaşlar kamu hizmetinden yararlanan kişiler olmaktan çıkarılıp müşteri gibi algılanmaktadır. Bkz. Fransa Başbakanı M. Rocard’ın açıklaması, Le Monde, (selection hebdomadaire), ler mars 1989 aktaran TAN, Turgut, “Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 47, Sayı 3, 1992, s. 307. Bu durum kanaatimizce kabul edilemez bir yaklaşımdır.

<sup>18</sup> Bkz AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 462, ATAY, s. 606.



## *Sanatsal Kamu Hizmetleri*

Yerinden yönetim kuruluşları içinde de sanatsal kamu hizmeti gören birimler vardır. Bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı olan kamu kurumları ile bazı sanatsal hizmetlere tüzel kişilik tanınmıştır. Tiyatro faaliyetleri ile ilgilenmek Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü'nün görev alanındadır. 10.06.1949 tarihli ve 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı olup tüzel kişiliği haizdir. Ülke genelinde ise çeşitli illerde kurulan müdürlükler hizmet vermektedir. Bunlar, Ankara, İstanbul, İzmir, Bursa, Adana, Trabzon, Diyarbakır, Antalya, Sivas, Erzurum, Van, Konya, Gaziantep, Malatya, Elazığ, Samsun, Çorum ve Aydın Devlet Tiyatrosu Müdürlüğü'dür.<sup>19</sup> 5441 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca "Genel Müdürlük mali, idari ve teknik imkanların müsaadesi içinde Ankara'da ve memleketin lüzum göreceği yerlerinde tiyatrolar kurulabilir, mevcutları birleştirir ve bunları kaldırabilir."

Opera ve bale sanat dallarında faaliyette bulunmak ise Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü'nün görevidir. 14.07.1970 tarihli ve 1309 sayılı Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Kuruluşu Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı olup tüzel kişiliği haiz bir genel müdürlüktür. Ankara, İstanbul, İzmir, Mersin, Antalya ve Samsun'da Devlet Opera ve Balesi Müdürlükleri şeklinde teşkilatlanmıştır.<sup>20</sup>

Müzik, resim ve heykel başta olmak üzere güzel sanatlar alanında görevli olan birim ise Güzel Sanatlar Genel Müdürlüğü'dür. Genel Müdürlüğün birimleri arasında Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası<sup>21</sup>, Genel Müdürlük bünyesinde yer alan senfoni orkestraları (İstanbul, İzmir, Antalya ve Çukurova Devlet Senfoni Orkestrası, Bursa Bölge Devlet Senfoni Orkestrası) ve çeşitli korolar, resim ve heykel müzeleri ile sanat galerileri yer almaktadır.<sup>22</sup>

Yerinden yönetim kuruluşlarının bir başka çeşidi olan mahalli idareler de sanatsal kamu hizmetleri görebilmektedirler. Belediyelerin ve Büyükşehir be-

<sup>19</sup> www.devtiyatro.gov.tr, 31.03.2010.

<sup>20</sup> www.kulturturizm.gov.tr, 31.03.2010.

<sup>21</sup> 6940 sayılı ve 25.03.1957 tarihli Riyaseticumhur Senfoni Orkestrası Kuruluşu Hakkında Kanunun 2. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrasının görevi "memleket-te sanat kültürünün inkişafı bakımından lüzumlu faaliyetlerde bulunmak, milletlerarası de-ğerdeki milli sanat çalışmalarında memleketimizdeki benzeri müesseselerle işbirliği yapmak, ücretsiz halk konserleri tertip ve icra etmektir."

<sup>22</sup> www.guzelsanatlari.gov.tr, 31.03.2010.

lediyelerinin kurmuş oldukları tiyatrolar bu duruma güzel birer örnek teşkil etmektedir.

Diğer hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının da sanatsal hizmetler görmeleri mümkündür. Bunlara ise çeşitli kamu kurumlarının kurduğu Türk Halk Müziği veya Türk Sanat Müziği korolarını örnek gösterebiliriz. Üniversiteler ve konservatuarların da sanatsal çalışma yapan veya hizmet gören birimleri mevcuttur. Ancak salt güzel sanatlar veya konservatuar eğitimi vermek sanatsal hizmet olmayıp eğitim hizmetidir.

### **5- Sonuç**

Sanatsal hizmetleri diğer hizmet gruplarından ayıran temel farklılıklardan bir tanesi, bu hizmetlerin görülmesi esnasında halkın katılımının sağlanmasının gerekliliğidir. Sözelimi ulaşım hizmetini gören belediye sadece şöför istihdam eder ve hizmeti görür, yolculara otobüs kullanmaz ama sanatsal ve kültürel hizmetlerin bir kısmında toplumun da iştirak etmesi söz konusudur, kurslar, festivaller gibi. Başka bir ifade ile bazı sanatsal branşlarda halk sadece seyirci/yararlanan konumunda olmasına rağmen (opera, bale, tiyatro, konser) diğerlerinde halk da sanatsal faaliyete iştirak etmektedir (halk oyunları, dans, resim kursları). Sanatsal bilgi birikiminin artırılması için her ikisinde de hizmet sayısı ve katılım artırılmaya çalışılmalıdır.

Tiyatro ile müze, opera ile tabiat varlığı birbiri ile ilgisizdir. Bu yüzden branşlaşma daha fazla verim getirecektir. Kültür geniş bir kavram olup çok fazla faaliyeti ve kavramı içinde taşımaktadır. Kültürün içinden sanatı çekip çıkartmak hem sanatın hem de diğer kültürel faaliyetlerin daha etkin hale gelmesine neden olacaktır.

Sanatsal kamu hizmetlerinin adı konmamıştır, amacımız bu tür hizmetlere bütünüyle kültürel hizmet demek yerine sanatsal faaliyetleri bundan ayırarak sanatsal kamu hizmetlerinin ismini koymaktır. Tekrar belirtmek isteriz ki Türk mutfağı, kütüphanecilik, müzecilik ve tarihi eser koruma faaliyetleri sanat değildir kültürel faaliyetlerdir. Sanatsal kamu hizmeti diyerek kavramı ayırmak sadece Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından görülen hizmetlerde değil diğer idari kurumların gördüğü sanatsal faaliyetlerin isimlendirilmesindeki boşluğu da dolduracaktır.

**KAYNAKÇA**

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil**, Türk İdare Hukuku, Ankara 2009.
- ATALAY, Esra (2004)**, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6/2: 1-28.
- ATAY, Ender Ethem**, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2009.
- DERBİL, Süheyp**, “Kamu Hizmeti Nedir?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 3-4, 1950, s. 28-36.
- KARLEN, Peter H. (1981)**, “Art in the Law”, Leonardo, 14/1, Winter 1981: 51-56.
- MERRYMAN, John Henry (1986)**, “Two Ways Of Thinking About Cultural Property”, The American Journal of International Law, 80:831-853.
- OZANSOY, Cüneyt**, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 46, Sayı 1-4, 1997, s. 85-100.
- TAN, Turgut**, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, Yıl 1991, s. 233-252.
- TAN, Turgut**, “Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 47, Sayı 3, 1992, s. 307-325.
- TAYLOR, Michael (1997)**, “Fine Art And Good Planning”, Planning Practice & Research, 12/4: 325-335.
- TÖRENLİ, Nurcan**, “e-Devlet’in Ekonomi-Politığıne Giriş: Kullanıcı Dostu Ortamlarda “Sanallaşan” Kamu Hizmetleri”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 60-1, 2005, s. 191-224.
- ULER, Yıldırım**, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 15, Yıl 1998, s. 252-256.

*Yrd. Doç. Dr. N. Münci ÇAKMAK*

([www.devtiyatro.gov.tr/web/hakkimizda/kurulus\\_amaci.html](http://www.devtiyatro.gov.tr/web/hakkimizda/kurulus_amaci.html), 31.03.2010)

(<http://www.guzelsanatlar.gov.tr/Genel/BelgeGoster.aspx?F6E10F889243CFF8C37C091247A04E6FBC7CF4E89607860>, 31.03.2010)

(<http://www.kulturturizm.gov.tr/TR/Genel/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFF679A66406202CCB0AD9C4ADBD3E2D17A>, 31.03.2010)

(<http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=k%FCIt%FCr&ayn=tam>, 20.02.2010)

(<http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=sanat&ayn=tam>, 20.02.2010)

# İDARENİN SORUMLULUĞUNU ETKİLEYEN NEDEN OLARAK MÜCBİR SEBEP

Çınar Can EVREN\*

## ÖZET

*İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerden biri olmakla birlikte, mücbir sebep günümüz teknolojisi ve bilimsel gelişmeler karşısında artık bu özelliğini kaybetmektedir. İdarenin gerek mücbir sebep teşkil eden hadise öncesi yapması gereken denetimi yapmaması ve gerekse olay vuku bulduktan sonra alması gereken önlemleri almakta geçikmesi veya hiç almaması hizmet kusurunu oluşturur.*

*Anahtar Kelimeler : İdarenin sorumluluğu, illiyet bağı, sorumluluğu etkileyen sebepler, mücbir sebep, deprem.*

## **FORCE MAJEUR AS A REASON THAT AFFECTS THE LIABILITY OF ADMINISTRATION**

## **ABSTRACT**

*In spite of being one of the reasons that remove the liability of administration, force majeure has started to lose this feature in view of today's technology and scientific development. Controls that an administration should do before the incident that cause force majeure as well as delay or failure in taking measures after such an incident form the fault of service.*

*Key Words : Liability of administration, causal link, reasons that affect liability, force majeure, earthquake.*

## GİRİŞ

Bu çalışmada zararlı idari davranış arasında bulunması gereken neden sonuç ilişkisi yani illiyet bağı ve bu bağı kesen durumlardan mücbir sebep incelelenmeye çalışılacaktır. Bizi böyle bir çalışmaya iten, son zamanlarda yine sıkça gündeme gelmeye başlayan deprem ve benzer doğal felaketlerdir. Zira bi-

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisi.

lindiği gibi deprem başta olmak üzere sel, toprak kayması gibi doğa olayları mücbir sebep sayılmakla birlikte, günümüzde teknolojinin gelişmesi karşısında gerek bu tür doğa olaylarının önceden olacağına, kesin zaman söylenemese de, biliniyor olması ve gerekse bunlara karşı eldeki tüm imkânlarla önlemler alınması gerekliliği bu tür durumların idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran neden olarak görülmesinin önüne geçmiş midir? Ya da geçmeli midir? Bu çalışmada bu soruların cevapları bulunmaya ve mücbir sebep teşkil eden olayların unsurları incelenmeye çalışılacaktır.

## I. İLLİYET BAĞI

İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için bazı şartların birlikte bulunması gerekir. Bu şartlardan birinin eksikliği, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırır. Bu şartlar; idari davranış, zarar, zararlı idari davranış arasındaki uygun illiyet bağı ve hizmet kusurunda kusurun varlığıdır.

İlliyet bağı sorumluluk hukukunun en önemli şartlarından biridir. İlliyet bağının tespiti, sadece idarenin mali sorumluluğu için değil, hukuktaki her türlü sorumluluk için olmazsa olmaz bir şarttır<sup>1</sup>. İlliyet bağının varlığı, kusursuz sorumlulukta kusur sorumluluğunda olduğu gibi kusur aranmadığından, daha da özel bir öneme sahiptir<sup>2</sup>.

İlliyet bağı, yasalarda, “neden olmak”, “ileri gelmek”, “...den dolayı” gibi ifadelerle açıklanmaktadır<sup>3</sup>. Doktrinde ise illiyet bağına, “sebebiyet alakası”, “nedensellik bağı”, “illiyet rabıtası” gibi çeşitli isimler verilmektedir<sup>4</sup>.

Zararlı idarenin davranışı arasında nedensellik bağının bulunmaması, zararın idareye yüklenmesini önler. Zararlı idarenin eylem ve işlemi arasında nedensellik bağı vardır diyebilmek için, doğrudan doğruya bir ilişkinin bulunması gerekli olup, dolaylı bir ilişki bu bağa vücut vermez.

Hukuk, nedensellik zincirinde yer alan her nedeni sorumluluğun tesisi için yeterli görmez ve bir kişiye sorumlu olduğu eylemin tüm sonuçlarını yükler.

<sup>1</sup> **Eren** Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 502, (Genel hükümler).

<sup>2</sup> **Duran** Lütfi: İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964, s. 309, (Meseleler).

<sup>3</sup> **Ünal** Mehmet: “Nedensellik Bağı”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Y. 2001, S. 111, s. 47.

<sup>4</sup> **Eren** Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 1, (Uygun illiyet bağı).

## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

mek mümkün değildir<sup>5</sup>. Bu nedenle olayların doğal akışına ve yaşam deneyimlerine uygun olarak, mevcut zararı doğuracak nitelikteki eylemin, zararlar arasında illiyet bağı olduğu kabul edilir. Bu illiyet bağına da “*uygun illiyet*” denir. Günümüzde geçerli olan uygun illiyet bağı teorisidir.

Uygun illiyet bağı, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışı ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan ve bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağı denir<sup>6</sup>.

Uygun illiyet bağı<sup>7</sup>, hayat tecrübelerine ve hayatın olağan akışına göre, hukuka aykırı davranışla ilgili olduğu ve onun sonucu olarak kabul edilebilen bağıdır. Ancak uygun illiyet bağı teorisini açıklamada kullanılan “*olayların normal seyri*”, “*hayat tecrübeleri*” gibi kavramlar yeterince açık ve objektif olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>8</sup>. Bu kavramların ne olduğunu takdir yetkisi her somut olayda mahkemeye aittir.

İdarenin meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için, idari faaliyetin zararlı sonucun illetini, nedenini teşkil etmesi gerekir<sup>9</sup>. Kamu hizmetinin rutin işleyişine ve o zamana kadar ki idari tecrübelerine göre söz konusu idari eylem veya işlem, somut olayda gerçekleşen türden bir zararı, niteliği itibarıyla meydana getirmeye elverişli ise ya da en azından, zararın doğumuna veya artmasına katkıda bulunmuşsa, davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağının kurulmuş olduğu kabul edilir<sup>10</sup>. Ancak uygun illiyet bağının ne oldu-

<sup>5</sup> **Deschenaux** Henri – **Tercier** Pierre: Sorumluluk Hukuku, Çev: Salim Özdemir, Ankara 1983, s. 26.

<sup>6</sup> **Eren**: s. 52, (Uygun illiyet bağı); **Karahasan** Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku - Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk - Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Genişletilmiş 6. Bası, Beta Yayınları, Ankara 2003, s. 187.

<sup>7</sup> **Gürsoy** Kemal Tahir: “*İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları*”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, s. 113, (Sorumluluk ilkelerinde son gelişmeler).

<sup>8</sup> **Çağlayan** Ramazan: Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Asil Yayınları, Ankara 2007, s. 141.

<sup>9</sup> **Kaplan** Gürsel: “*İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler*”, AYİMD, S. 19, Ktp. 1, Ankara 2004, s. 187, (Sağlık Kamu Hizmeti).

<sup>10</sup> **Akyılmaz** Bahtiyar: Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1991, s. 173, (Kamu görevlileri).

ğu, hangi olayda nasıl tespit edileceği tarif edilmiş olmadığından bu bağın tespitinde, davayı gören mahkemenin kendi kişisel görüşlerine, adalet duygusuna, yargısal duygu ve düşüncelerine<sup>11</sup> büyük görev düşmektedir.

Uygun illiyet bağının sorumluluğu kurma ve sınırlama gibi iki farklı görevi vardır. Buna göre; sorumluluğu kuran illiyet norma uygunluk, sınırlayan illiyet ise zararı doğuran eylemle zarar arasında uygun sebep sonuç bağının aranmasıdır<sup>12</sup>.

İdari davranışın yanında zarara, başka etkenlerin de katılması idari davranış ile zarar arasındaki nedensellik bağını her zaman kesmez. Kimi hallerde zararın oluşmasına veya artmasına neden olan diğer etkenler idarenin sorumluluğunu, o etkenin yüzdesi oranında azaltır.

Zarar ile zararı doğuran davranış arasında doğrudan doğruya bir ilişki bulunmalıdır<sup>13</sup>, yani biri diğerinin uygun sonucu olmalıdır. Meydana gelen durum, olayların doğal akışından beklenilmeyen, olağanüstü bir sonuç ise idare bu sonuçtan bütünü ile sorumlu tutulamaz<sup>14</sup>.

Fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının mevcudiyeti demek, zararın madde, icrai fiilin sonucu olarak meydana gelmesi demektir. Bu bağ, hizmet kusurunda hizmetin kurulmasında veya işleyişindeki aksaklık; risk ilkesinde zararlı sonuç ile hareket arasındaki ilişkinin varlığı; kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinde, idari davranışla ferdin uğradığı özel ve anormal zarar arasındaki eşitsizlik halinde mevcuttur<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> **Ünal**: s. 48; **Oğuzman Kemal - Öz Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s. 503.

<sup>12</sup> **Eren**: s. 54, (Uygun illiyet bağı); **Karahasan**: s. 187.

<sup>13</sup> "... tazmin borcunun meydana gelebilmesi için zarar doğuran tutum davranışın (fiilin) idare adına veya idare tarafından yapılmış olması gerektiği, zarar doğurucu davranışın idareye bağlanması olanağı yoksa, idarenin tazmin borcunun doğmayacağı, başka bir anlatımla zararın idareye bağlanabilmesi için idarenin zararın faili ve sorumlu olması gerekmektedir." AYİM2D: 12.11.1994, E. 94/1096, K. 94/1716, **AYİMBB**. Benzer Danıştay kararı için bkz. DİDDK: 17.01.1997 E. 95/752, K. 97/57, **DBB**.

<sup>14</sup> D12D: 05.06.1967, E. 66/1477, K. 67/1027; D6D: 25.12.1969, E. 69/2279, K. 69/3811; D12D: 14.03.1972, E. 70/2640, K. 72/781; D6D: 29.01.1980, E. 76/8388, K. 80/198; AYİM2D: 01.03.1995, E. 93/129, K. 95/142; AYİM2D: 30.11.1994, E. 94/1096, K. 94/1716; D12D: 09.11.1979, E. 78/5370, K. 79/4081; D8D: 16.09.2005, E. 05/1331, K. 05/3668, aktaran, **Gözübüyük Şeref - Tan Turgut**: İdare Hukuku Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 781 vd (Cilt I).

<sup>15</sup> **Eroğlu** Hazma: İdare Hukuku (Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi), Ankara 1985, s. 454.



## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

Kısaca özetlemek gerekirse, uygun illiyet bağı teorisi, kaynağını, modern ihtimal teorilerinden, hayat tecrübelerinden, olayların normal akışından, hak-kaniyet duygusu ve pratik ihtiyaçlardan almakta olup; amacı, bir davranış veya olayın meydana getirdiği zararlı sonuçlardan hangisinin, ne ölçüde zarar verenin sorumluluk alanına girdiğini tespiti yarayan, objektif ölçütler getirmeğe çalışan, geniş ve esnekliğe sahip bir teoridir<sup>16</sup>.

İllyet bağı hakkında yargı kararlarından örnekler vermek gerekirse Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, askerliğe alışmaması<sup>17</sup>, kişisel sorunları<sup>18</sup>, arkadaşıyla tartışması<sup>19</sup> veya kız arkadaşıyla olan ilişkisinin bozulması nedeniyle<sup>20</sup> intihar<sup>21</sup> eden müteveffanın yakınlarının açtıkları davaları; kişinin kendi bünyesinden kaynaklanan rahatsızlıklar nedeniyle meydana gelen zararların tazmini için açılan davaları<sup>22</sup> (zarar, gerçekten kişinin bünyesinden meydana gelmek ve hizmetin herhangi bir etkisinin olmadığı sağlık raporuyla sabit olması veya zararın hizmete yüklenmesinin mümkün olmaması şartıyla) ortada idarenin faaliyetiyle zararlı sonuç arasındaki bir bağ kurmanın mümkün olmaması nedeniyle reddetmiştir. AYİM intihar konusunda, sadece intihara sebebiyet vermemeyi değil, aynı zamanda idarenin, müntehirin bu fiili yapmasını engelleyecek nitelikte hareket etmesi gerektiğini de ifade etmiştir<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> **Eren:** s. 59, (Uygun illiyet bağı).

<sup>17</sup> AYİM2D: 14.11.2001, E. 01/327, K. 01/777, **AYİMBB**.

<sup>18</sup> AYİM2D: 08.05.2002, E. 00/661, K. 02/399; AYİM2D: 25.04.2001, E. 00/550, K. 01/423; AYİM2D: 17.12.2003, E. 03/922, K. 03/906; AYİM2D: 07.07.2004, E. 04/439, K. 04/575, **AYİMBB**.

<sup>19</sup> AYİM2D: 16.10.2002, E. 02/718, K. 02/816, **AYİMBB**.

<sup>20</sup> AYİM2D: 02.10.2002, E. 02/597, K. 02/732, **AYİMBB**.

<sup>21</sup> İntihar nedeniyle idarenin sorumluluğu esasında ajanların haksız fiillerinden meydana gelmekle birlikte hizmet kusuru içinde değerlendirilerek kusurlu sorumluluk esasına göre tazmin edilmektedir. Ancak Mahkeme, kararlarında müterafik kusuru da esas almaktadır. **Ata Hakan:** “İdarenin Asker Kişilerin İntiharından Sorumluluğu” AYİMD, Y. 2005, S. 20, s. 5.

<sup>22</sup> AYİM2D: 28.01.2002, E. 01/468, K. 02/114; AYİM2D: 29.01.2003, E. 02/509, K. 03/100; AYİM2D: 16.10.2002, E. 01/942, K. 02/844; AYİM2D: 01.03.1995, E. 93/129, K. 95/142; AYİM2D: 03.04.1996, E. 94/1463, K. 96/404; AYİM2D: 29.01.1997, E. 94/1272, K. 97/48; AYİM2D: 11.02.1998, E. 97/75, K. 98/102; AYİM2D: 02.05.2001, E. 00/854, K. 01/426; AYİM2D: 17.12.2003, E. 03/345, K. 03/915; AYİM2D: 03.12.2003, E. 03/365, K. 03/864, **AYİMBB**.

<sup>23</sup> “...sorunun çözümünü için ilgili yerlere başvurabildiği, kendisine bu sorunları çözmesinde herhangi bir güçlük çıkarılmadığı, ... kendisini iyi hissetmediği için bazı günler kendisine izin verildiği, ona yardımcı olunduğu...” AYİM2D: 12.11.2003, E. 02/945, K. 03/836, AYİMD, S. 19, Ktp. 2, s. 1007.

İdari ajanının psikolojisinden doğan bir zararın idarenin eylemiyle illiyet bağıni kesip kesmediği her olayda özel olarak araştırılmalıdır. Zira AYİM, gemiden düşmesi sonucu ölen erin yakınlarının açtığı davayı, psikolojik rahatsızlıkları nedeniyle birçok kereler viziteye çıkan, çeşitli hastanelerde tedavi gören ve ölümünden bir hafta önce psikolojik bir rahatsızlık nedeniyle 15 gün sonra kontrol edilmesi gerektiğine karar verilen erin buna rağmen seyre giden gemide görevlendirilmesini<sup>24</sup> hizmet kusuru saymıştır. Aynı şekilde askerliği sırasında üstleri tarafından ağır müessir fiile maruz kalan ve bu nedenle intihar eden erlerin yakınlarının açtıkları davalarda<sup>25</sup>, personelin yeteri kadar eğitilmediği gerekçesiyle idareyi sorumlu tutmuştur. Yüksek Mahkeme'nin bu konuda verdiği bir kararı kanımızca hatalıdır. Olay şöyle cereyan etmiştir: Bir askerin vurulması sonucunda yanındaki er arkadaşının psikolojisi bozulmuş ve felç geçirmiştir. Bu erin yakınlarının açtıkları tazminat davasını<sup>26</sup> reddeden Yüksek Mahkeme, zararlar idarenin eylemi arasında illiyet bağının mevcut olmadığına hükmetmiştir. Oysa olayda askerin öldürülmesi ve diğer askerin bundan etkilenmesi hizmetle alakalı olup aynı tehlikeler altında bulunan askerin korku duyması ve bunun sonucunda psikolojisinin bozulması doğaldır. Bu bakımdan zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminine karar vermek gerekirdi.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, izinli bulunduğu sırada babasının atölyesinde çalışırken yaralanan<sup>27</sup>, askere elverişsiz kılmak amacıyla kendini vuran<sup>28</sup>, bütün ikazlara rağmen el bombasıyla oynaması sonucu ölen<sup>29</sup>, kendi

<sup>24</sup> AYİM2D: 04.05.2001, E. 00/602, K. 01/890, **AYİMBB**.

<sup>25</sup> AYİM2D: 13.04.1994, E. 93/160, K. 94/1109; AYİM2D: 05.11.1997, E. 96/450, K. 97/857; AYİM2D: 05.04.2000, E. 98/268, K. 00425; AYİM2D: 15.11.2000, E. 98/316, K. 00/847; **AYİMBB**.

<sup>26</sup> AYİM2D: 06.10.1999, E. 99/135, K. 99/559, **AYİMBB**.

<sup>27</sup> AYİM2D: 15.05.1996, E. 96/140, K. 96/421, **AYİMBB**.

<sup>28</sup> AYİM2D: 03.04.1996, E. 95/288, K. 96/418, **AYİMBB**.

<sup>29</sup> AYİM2D: 04.12.1998, E. 97/235, K. 98/139, **AYİMBB**. Danıştay yine el bombasıyla oynaması sonucu yaralanan kişinin açmış olduğu davayı, zarar görenin kusuru olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Ancak mahkeme bu kararında "...*olaydaki bombanın MKE tarafından savaşlarda mevzi değiştirmek için ve eğitim amacıyla üretilen taarruz tipi el bombalarından...*" olduğunu; ayrıca "...*insanların sürekli kullanımlarında ve yerleşim yerlerine yakın bulunan bir alanda patlamamış el bombasının bulunmasında, davalı idarenin güvenlik hizmetinin yeterince iyi yürütülmemesi nedeniyle hizmet kusuru bulunduğunu...*" ifade etmiş, ancak zarar görenin fiilinin bu zararlar idare arasındaki bağı kopardığını belirterek tazminat talebini reddetmiştir. Mevcut olayda her ne kadar zarar görenin kusurunun varlığı tartışmasız ise de idarenin de bu zarara kendi yapımı bombayı unutarak veya orada bırakarak katkısı olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle anılan kararda zarar görenin müterafik kusuru ile

## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

bünyesel rahatsızlığı sonucu zarar gören<sup>30</sup>, gece uyduğu ranzasından düşmesi sonucu yaralanan<sup>31</sup>, kaza ile kendisini vurması sonucu vefat eden<sup>32</sup> erlerin veya yakınlarının açtıkları davaları, zarar ile idari eylem arasında illiyet bağının bulunmaması nedeniyle reddetmiştir.

Danıştay da kararlarında bir istisna<sup>33</sup> dışında idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için zarar ile idari davranış arasında illiyet bağı aramaktadır<sup>34</sup>. Danıştay, idarenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için, ortada bir zararın olmasını ve bu zararın, idareye yüklenebilir olmasını yani zarar ile idari faaliyet arasında illiyet bağı olması gerektiğini vurgulamıştır<sup>35</sup>.

Doktrinde illiyet bağına farklı yaklaşımlar olduğu görülmektedir. Bu cümleden hareketle illiyet bağı için bir sebep-sonuç ilişkisi aramak yerine zararın bir kamu hizmeti ile bağlantısının varlığını yeterli görme eğilimi mevcuttur<sup>36</sup>. Böylesi bir yaklaşımın Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olmasına daha uygun düşeceği ifade edilmiştir.

Zararla olay arasında illiyet bağının olup olmadığı tespiti önem arz eden bir konudur. Bu bakımdan illiyet bağının yokluğu sonucunu doğurmaya yöne-

---

idarenin tazminata mahkum edilmesi daha doğru olurdu. D10D: 18.09.2007, E. 05/4493, K. 07/4199, DD, Y. 38, S. 117, s. 284. Danıştay yine benzer bir kararda, çocukların bulunduğu el bombasıyla oynamaları sonucu bombanın patlaması nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan davada bombanın TSK'ya ait olup olmadığını tespit edilememesi nedeniyle idare ile zarar arasında illiyet bağı olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. D10D: 11.11.1992, E. 91/518, K. 92/3940, **DBB**. Ancak Danıştay'ın burada hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle verdiği red kararı doğru değildir. Zira idarenin, bomba devlete ait değilse teröristlere aittir ve bu durumda doğan zararın sosyal risk ilkesine göre; veya gerekli denetimi yapmayarak bombayı orada bırakmasından dolayı hizmet kusuru uyarınca sorumlu tutulması gerekirdi.

<sup>30</sup> AYİM2D: 12.05.1999, E. 98/19, K. 99/333; AYİM2D: 08.03.2000, E. 99/612, K. 00/152, **AYİMBB**. Ancak benzer bir kararda "...davacının rahatsızlığının daha önceki yıllarda fizik muayene ile değil de daha hassas muayene teknikleriyle tespit edilebileceğinin anlaşıldığı, bu tespiti yapmayan idarenin hizmet kusurunun bulunduğu..." şeklinde karşı oy kullanılmıştır. AYİM2D: 03.10.2007, E. 06/1310, K. 07/768, AYİMD, S. 23, Ktp. 1, s. 244; AYİM2D: 17.09.2003, E. 01/949, K. 03/718, AYİMD, S. 19, Ktp. 2, s. 999.

<sup>31</sup> AYİM2D: 10.01.2001, E. 00/405, K. 01/48, **AYİMBB**.

<sup>32</sup> AYİM2D: 03.12.2003, E. 03/597, K. 03/871, AYİMD, S. 19, Ktp. 2, s. 1002.

<sup>33</sup> Zararla eylem arasında bulunması gereken illiyet bağına ilişkin olarak Danıştay'ın sosyal risk ilkesi uyarınca bu bağı aramadığı kararlar için bkz. D10D: 13.10.1993, E. 92/3372, K. 93/3777; D10D: 09.10.1995, E. 94/1682, K. 95/4256; D10D: 06.06.2001, E. 99/2583, K. 01/2110, **DBB**.

<sup>34</sup> D10D: 12.11.1999, E. 97/2596, K. 99/3630, **DBB**.

<sup>35</sup> D10D: 28.05.1998, E. 96/9113, K. 98/2308, **DBB**.

<sup>36</sup> **Özay İl Han**: Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 830.

lik, belirli bir sürenin geçmiş olması<sup>37</sup> gibi kıstaslar koymak, mahkemeleri hatalı sonuçlara götürebilir. Zira ister olayın hemen ardından isterse uzun bir zamandan sonra meydana gelsin, ortada bir zarar mevcutsa ve bu zarar idarinin davranışından meydana gelmişse bu zararın idarece tazmini gerekir. Bu bakımdan uzun zaman geçmiş olması belki ilk anda zararın idari eylemin sonucu olmadığı gibi bir kanı yaratacak olsa da bu husus mutlaka incelenmelidir.

Çoğu zaman illiyet bağının tespiti zor, teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bir konudur. Bu nedenle mahkemeler zararlı sonuç ile idarenin faaliyeti arasında bir neden sonuç ilişkisinin olup olmadığını tespit edebilmek için bilirkişi incelemesi yaptırmaktadır.

İdari hizmetler sırasında kişilerin ölümü, yaralanması gibi durumlar sıklıkla söz konusu olmakta, bu olaylar, kasten veya taksirle öldürme, kasten veya taksirle yaralama, intihar veya intihara yönlendirme gibi çeşitli biçimlerde karşımıza çıkmaktadır. Bu tür suç şüphelerine ilişkin gerek askeri<sup>38</sup> gerekse sivil savcılıklarda yapılan soruşturmalar, hazırlanan iddianameler veya hükümlerde maddi olayların tam ve ayrıntılı bir şekilde ortaya konması, idarenin ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağını tespit edebilmek bakımından önemlidir. AYİM birçok kararında özellikle olayın ölüm veya yaralanmayla sonuçlanması halinde savcılık tarafından hazırlanan tahkikat dosyasında yer alan delillerden yararlanmaktadır<sup>39</sup>.

İdari yargıda hakim olan re'sen tahkik ilkesi<sup>40</sup> uyarınca yargı yerleri ön-

<sup>37</sup> Nitekim Danıştay eski tarihli bir kararında karayolu yapımı sırasında doldurulan bir dere yatağının yapımından 6 yıl sonra taşması sonucu doğan zararlar idarenin bayındırlık faaliyeti arasında herhangi bir neden sonuç ilişkisi görmemiş ve davayı reddetmiştir. Ancak idari eylem ile zarar arasında uzunca bir zaman geçmiş olması her zaman sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden sayılmamalıdır. Eğer zarar idarenin bayındırlık faaliyeti sonucunda doğmuşsa aradan ne kadar zaman geçerse geçsin yine de idarece tazmini gerekir. D12D: 14.03.1972, E. 70/2610, K. 72/781, aktaran, **Duran** Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu - Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri - Sorumluluğa Yol Açan Olgular, TODAİE Yayınları, No: 138, Ankara 1974, s. 83, (Türkiye idaresinin sorumluluğu).

<sup>38</sup> **Yaman** Murat: "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları" AYİMD, Y. 2003, S. 18, s. 72.

<sup>39</sup> AYİM2D: 13.04.1994, E. 93/160, K. 94/1109; AYİM2D: 15.11.2000, E. 98/316, K. 00/847; AYİM2D: 05.04.2000, E. 98/268, K. 00/425; AYİM2D: 05.11.1997, E. 96/450, K. 97/857; AYİM2D: 04.06.2008, E. 00/694, K. 04/553; AYİM2D: 15.04.1998, E. 98/50, K. 98/293, **AYİMBB**.

<sup>40</sup> İdari yargıda açılan davalarda özel hukuktaki gibi iki tarafın subjektif haklarının çatışması söz konusu değildir. İdare yaptığı işlem ile bir kişinin menfaat veya hakkının ihlal eder ve

## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

lerine gelen davlarda başta bilirkişi incelemesi olmak üzere idarenin davranışıyla zarar arasında illiyet bağının mevcut olup olmadığını anlamak için her türlü bilgi ve belgeleri, varsa adli ve idari karar ve raporları<sup>41</sup> isteyecek ve bunun sonucunda zararlı idarenin eylemi arasında bir bağ tespit ederse idarenin sorumluluğuna, aksi halde ise tazminat talebinin reddine karar vereceklerdir.

### **II. İlliyet Bağını Etkileyen Nedenler:**

İdare için zararı tazmin yükümlülüğü, başka bir nedenin onu geri plana itecek kadar ağır olması halinde ortadan kalkar. Bu durumda aslında nedensellik bağının kesilmesi söz konusu değildir. Zira nedenler zinciri devam etmektedir. Fakat zarara sebep olan olay daha önceki olayları gölgelemektedir<sup>42</sup>. Başka bir ifadeyle illiyet bağının kesilmesinden bahsediliyorsa da aslında bu durumda söz konusu olan, zararlı idari davranış arasında illiyet bağının hiç kurulamamasıdır<sup>43</sup>. Bunun yanında her zaman için illiyet bağının kesilmesi söz konusu olmaz. Zarar, idarenin davranışından kaynaklanmaya devam ediyor olmakla birlikte dış etkenler zararın artmasına yol açarsa bu halde idare sadece kendisine düşen miktarı tazminle mükellef olur.

İlliyet bağını etkileyen sebepler dört ana kümede toplanabilir. Bunlar, zarar görenin davranışı, üçüncü kişinin davranışı, mücbir sebep ve umulmayan hallerdir. Zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı yerine doktrin ve yargı kararlarında genel olarak zarar görenin-üçüncü kişinin kusuru denilmektedir. Ancak illiyet bağının kesilmesi veya azalması için zarar görenin veya üçüncü kişinin davranışının mutlaka kusurlu olması gerekmez. Zarar görenin davranışıyla üçüncü kişinin davranışı arasında hukuki sonuçları bakımından önemli bir fark ise zarar görenin davranışının idarenin kusurlu-

---

sonuçta bir idari dava açılırsa bu davada tespit edilecek husus, çatışan önel haklardan hangisinin hukuk tarafından korunduğu değil idarenin hukuka uygun hareket edip etmediğidir. Bu bakımdan idari dava sonucunda verilen karar kamu yararının gerçekleştirilmesine ilişkin olacağından bu uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevli idari yargıç aktif olarak ve davacının sadece istem sonucuyla bağlı kalarak her türlü araştırmayı kendiliğinden yapacaktır. **Günday** Metin: “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı*”, Danıştay Başkanlığı, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2001, s. 79-80; **Erkut** Celal: “*İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu*”, Danıştay Başkanlığı, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2001, s. 94 vd.

<sup>41</sup> **Akyılmaz**: s. 175, (Kamu görevlisi).

<sup>42</sup> **Deschenaux\Tercier**: s. 35.

<sup>43</sup> **Akyılmaz**: s. 175, (Kamu görevlisi).

kusursuz sorumluluklarını ortadan kaldıracak olmasına rağmen, üçüncü kişinin kusurunun idarenin sadece kusurlu sorumluluğunu ortadan kaldıracak olmasıdır.

### **III. Mücbir Sebepler:**

Öncelikle umulmayan hal ve mücbir sebep kavramlarını birbirinden ayırt etmek gerekir. Zira bunların zaman zaman birbirlerine karıştırıldıkları bir gerçektir. Mücbir sebepte olayın nedeni bilindiği halde önlenmesi olanağı yoktur. Mücbir sebep teşkil eden haller, insanların elindeki araçlarla karşı koyamayacağı ve çoğunlukla da doğadan kaynaklanan olaylardır. Umulmayan haller de önlenemeyen olaylar olmakla birlikte, bu tür durumlarda olayın nedeninin bilinmemesi zararı doğuran esas nedendir. Neden önceden bilinmiş olsa, alınacak tedbirlerle olay ve neden olduğu zarar ortadan kaldırılabilecektir. Bu nedenle, umulmayan hal, nedeni belli olmayan kusur olarak da adlandırılmıştır<sup>44</sup>.

Mücbir sebeple umulmayan hallerin ayırt edilmesi meselesi kendisini idarenin kusursuz sorumluluğuna gidileceği durumlarda, bu sorumluluğun idareye atfedilip edilemeyeceğini tespitte gösterir. Hizmet kusuru söz konusu olduğunda ortada tartışılması gereken bir durum yoktur. Zira iki halde de bu hadiselerin önceden tahmin edilmeleri mümkün olmadığı için herhangi bir kusur isnadı mümkün olmayacak ve bu sayede idarenin kusurlu sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Ancak, kusursuz sorumlulukta<sup>45</sup> kaza yine idarenin kendi faaliyetleri içerisinde cereyan ettiği için meydana gelen zarar idareye atfedilebilecek ve idare bu zarardan sorumlu tutulacaktır.

Bu kısa açıklamadan sonra konumuza tekrar dönecek olursak, mücbir sebep, yer sarsıntısı, feyezan, kuraklık<sup>46</sup>, ihtilal gibi evvelden takdir ve tahmini

<sup>44</sup> Esin Yüksel: Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas, Ankara 1976, s. 135, (Esas).

<sup>45</sup> Mücbir sebebin, idarenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıracağına ilişkin genel kurala rağmen AYİM, sınır karakolunda görevli erin çeşmeden su getirirken çığ altında kalarak ölmesi (AYİM3D: 03.07.1976, E. 74/61, K. 76/407); tatbikat sırasında nöbet tutan erin yıldırım çarpması sonucu ölmesi (AYİM3D: 14.12.1976, E. 74/512, K. 76/8150); karakola düşen çığ sonucu askerlerin yaralanması veya ölmesi (AYİM2D: 23.06.1993, E. 93/297, K. 93/291) ne ilişkin açılan davalarda ortada mücbir sebebin var olduğunu ifade etmesine rağmen, idareyi kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutmuştur. **Atay Ender Ethem - Odabaşı Hasan - Gökcan Hasan** Tahsin, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 179.

<sup>46</sup> "...Davalı idarece gerekli önlemler alındığı halde, 1974 yılında Karaman ve yöresinde mey-

## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

mümkün olmayan, menşei doğal, içtimai veya hukuki olması itibariyle failin dışında kalan yani, hakiki veya hükmi bir şahsın irade ve fiilinin tamamen dışında ve bu şahıs tarafından önlenmesi mümkün olmayan hadiselerdir<sup>47</sup>.

Mücbir sebep, “*sebep olduğu zarardan, makul bir suretle alınması gereken önleyici tedbirlerle kaçınılmayan, kaynağı teşebbüsün dışında olan olağanüstü bir hadise*” şeklinde de tanımlanmıştır<sup>48</sup>. Bu tanım karşısında, idarenin faaliyetleri neticesinde meydana gelen zararlar mücbir sebep olarak değerlendirilemez.

Mücbir sebep sayılacak durumlar bazen yasalarda<sup>49</sup> bazen de sözleşmelerde<sup>50</sup> açıkça belirtilmiş olabilir. Bu düzenlemelerde, konunun özelliğine göre, mücbir sebep sayılacak durumların farklı biçimlerde belirlendiği görülmektedir.

Mücbir sebep terimi, yargı kararlarında ve mevzuatımızda “*mücbir kuvvet*”<sup>51</sup>, “*mücbir sebep*”<sup>52</sup>, “*fevkalade müşkül haller*”<sup>53</sup>, “*tabii kuvvetler*”, “*esbabı mücbireye*”<sup>54</sup>, “*önüne geçilemeyecek hal ve vaziyet*”, “*zorlayıcı nedenler*”<sup>55</sup>, “*fevkalade haller*” gibi çeşitli ifadelerle dile getirilmektedir<sup>56</sup>.

---

*dana gelen tabii afet niteliğindeki kuraklık yüzünden davacının bahçelerinin zarar gördüğü anlaşılmış olup, bu durumda idareye atfedilebilecek bir hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle reddine...*” D11D: 12.05.1977, E. 76/1808, K. 77/1915, aktaran, **Karavelioğlu Celal**: Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt I-II, Ankara 2006, s. 341, (Cilt I). Ayrıca bkz. D10D: 13.02.2007, E. 05/8047, K. 07/358, DD, Y. 37, S. 116, s. 308.

<sup>47</sup> **Onar** Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I-II-III, İstanbul 1966, s. 1719, (Cilt III).

<sup>48</sup> **Gözübüyük** Pulat Abdullah: Mücbir Sebepler-Beklenmeyen Haller, Kazancı Yayınevi, Ankara 1977, s. 48, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal).

<sup>49</sup> 213 sayılı Vergi Usul Kanunu madde 13.

<sup>50</sup> Antalya Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım-İşletme-Devir Teslim İşlerine ait İmtiyaz Sözleşmesinde; olaydan etkilenen tarafın gerekli özen ve dikkati göstermiş ve gerekli her türlü önlemi almış olması şartıyla, meydana gelen kısmi ve genel seferberlik ilanı, grev, sabotaj, nükleer patlama, yangın, sel, deprem, ağır ekonomik bunalım nedeniyle olağanüstü hal ilanı gibi nedenler mücbir sebep sayılmıştır. **Gözübüyük\Tan**: s. 798, (Cilt II).

<sup>51</sup> HUMK madde 294.

<sup>52</sup> Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun madde 10.

<sup>53</sup> HUMK madde 293/3.

<sup>54</sup> HUMK madde 445/1.

<sup>55</sup> İYUK madde 53/1-a; AYİMKA. Madde 64.

<sup>56</sup> **Yayla** Yıldızhan: “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, Sorumluluk Hukukunda Yeni



Eski tarihli bir Danıştay kararında mücbir sebep, “*yer sarsıntısı, feyezana, ihtilal gibi önceden takdir ve tahmini kabil olmayan, kökeni tabii, sosyal ve hukuki olması itibariyle failin dışında kalan ve bu kişi tarafından önleme olanağı olmayan olaylar...*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>57</sup>.

Mücbir sebep, “kusurdan uzak<sup>58</sup>, sezilemeyen, karşı konulamayan ve gerçek bir olay” şeklinde de tanımlanmış olup<sup>59</sup> zorlayıcı nedenler de denir. Mücbir sebepler idarenin iradesi dışında oluşan, öngörülmesi ve en büyük dikkat ve özen gösterilse dahi önlenmesi mümkün olmayan, bir kamu hizmetinin yürütülmesini imkânsızlaştıran olaylardır<sup>60</sup>.

Gündelik yaşamın, düzen içerisinde devamını sağlamakla yükümlü olan idarenin bu düzeni bozacak nitelikteki afetlerin gerçekleşmemesine (daha doğru bir ifadeyle afetin engellenmesi mümkün olmamakla birlikte afetin doğuracağı zararlı sonuçların engellenmesi) yönelik önlemler alması ve gerçekleşmesi halinde de en az zararlı atlatılmasını sağlayacak faaliyetlere derhal girişilmesi, idarenin temel görevlerindedir<sup>61</sup>. Bu nedenle meydana gelen deprem, sel gibi bir olay derhal mücbir sebep olarak değerlendirilmek yerine idarenin alması gereken önlemleri alıp almadığı, ilk önce tespiti gereken bir husustur.

Öğretide, idarenin objektif sorumluluk anlayışının gelişmeye başladığı, “*hakkaniyet, sosyal devlet*”<sup>62</sup> gibi ilkelere dayalı sorumluluk teorilerinin mücbir sebep sorumsuzluğunu bile zorlamaya başladığı ifade edilmektedir.

Mücbir sebep sayılan hallerde idarenin, sorumluluktan kurtulmak için ileri sürdüğü halin, hayatın normal cereyan eden hadiselerini aşan bir şiddette olduğunu ispat etmesi gerekir. Bu tür hadiseler, kaçınılmaz, yenilmez, karşı konulmaz, önceden sezilmez ve mutlak şekilde korunulmaz hadiselerdir ve bu nedenle de ispat edilmeleri güçlük arz etmez<sup>63</sup>.

Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, s. 47.

<sup>57</sup> D12D: 18.06.1975, E. 72/2721, K. 75/1343 aktaran, **Yayla**: s. 47.

<sup>58</sup> Mücbir sebep veya umulmayan halin varlığı, kusurun yokluğu sonucunu doğurur. Yani bu iki mefhum kusurun zıddı olarak tarif edilebilir. **Gözübüyük**: s. 25, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal).

<sup>59</sup> **Gözübüyük**: s. 96, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal).

<sup>60</sup> **Günday** Metin: İdare Hukuku, 6. Aynı Bası, İmaj Yayınları, Ankara 2002, s. 336, (İdare hukuku).

<sup>61</sup> **Adak** Agah: “*Afet Tehlikesi ve Olgusu Karşısında İdarenin Konumu ve Görevleri*”, Seyfulah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2000, s. 181.

<sup>62</sup> **Özay**: s. 880.

<sup>63</sup> **Gözübüyük**: s. 41, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal).



## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

Mücbir sebep teşkil eden hadiseler, bir borcun doğmasına engel oldukları gibi var olan bir borcun sona ermesine de neden olurlar. İdarenin sorumluluğu söz konusu olduğunda mücbir sebebe kurtuluş beyyinesi olarak pek sık başvurulmamaktadır. Buna rağmen özel hukukta sözleşmenin taraflarının sorumluluktan kurtulmak için bu yola başvurdıkları bilinmektedir. Bu farkın sebebi, bir tarafta devlet-vatandaş ve bu ilişkideki devletin üstün konumu diğer tarafta ise kişi-kişi arasındaki eşitliktir<sup>64</sup>.

Deprem, sel, fırtına, dolu, yıldırım düşmesi gibi olaylar tabii kaynaklı olsalar da bunlara bir takım hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu sonuçlar kendisini özellikle borcun kaynakları olan sözleşmelerde ve sözleşme dışı sorumlulukta gösterir<sup>65</sup>. Mücbir sebep halinde borcun aynen ifası imkânsızlaşırsa ve bunda borçlunun kusuru yoksa borcundan kurtulmasına, haksız fiillerde ise mücbir sebebin borçlunun doğan zarardan sorumluluğunun sınırlarını belirlemesinde önemi vardır.

Her ne kadar iradi olamayan<sup>66</sup> ve sorumluluğu ortadan kaldıran neden olarak adlandırılrsa da mücbir sebep sadece doğa olaylarından ibaret değildir. Savaş<sup>67</sup>, devrim, ayaklanma, ekonomik abluka, devlet tarafından konulmuş olan yasaklar da bu kategori içerisinde yer alır<sup>68</sup>. Ancak genellikle insan iradesine

<sup>64</sup> Bir kamu hizmeti görülürken ortaya çıkan zararın kişi yerine devlete yüklenmesi daha kolay kabul edilebilmektedir. **Seliçi Özer**: “*Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı*”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, s. 61.

<sup>65</sup> **Kılıçoğlu Ahmet**: “*Deprem’in Borç İlişkilerine Etkisi*”, ABD, Y. 1999-56, S. 2-3, s. 67.

<sup>66</sup> İnsan iradesiyle mücbir sebep arasında karşılıklı varmış gibi görünse ve genellikle bu husus geçerli olsa da mücbir sebep teşkil eden olayların insan iradesi dışında olması gerektiğine dair bir mutlaklık söz konusu değildir. **Gözübüyük**: s. 74, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal).

<sup>67</sup> D10D: 28.02.1985, E. 84/2602, K. 85/241, **DBB**. Düşman istilası, bombardıman, abluka, ihtilal, isyan, ayaklanma, eşkıyalık gibi fiiller de mücbir sebep sayılabilir. **Gözübüyük**: s. 26, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal). Ancak bunun aksine görüşlerde mevcuttur. Yani savaş hali gibi egemenlik tasarrufu sayılan olaylardan doğan zararların bile devlet tarafından karşılanmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. **Duguít Leon**: Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyp Derbil, Ankara 1954, s. 160. Düşman istilası, bombardıman, abluka, ihtilal, isyan, ayaklanma, eşkıyalık gibi fiiller de mücbir sebep sayılabilir. **Gözübüyük**: s. 26, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal).

<sup>68</sup> “...Mücbir sebep (zorlayıcı neden), genel anlamda sezilemeyen ve karşı konulamayan bir olay demektir. Bu kavram Borçlar Kanununun çeşitli maddelerinde (Md. 252, 293, 478, 481) „Mücbir sebep“, „mücbir kuvvet“ ve „esbabı mücbire“ deyimleri ile anlatılmaktadır. Zorlayıcı neden, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkararak ve zararlar idari etkinlik (faaliyet) arasındaki illiyet bağımlı kesen etkenlerin başında gelir. Zorlayıcı neden sayılan olaylar genellikle doğadan gelir: Deprem, yıldırım, taşkın, fırtına, kasırga, bora, toprak ve dağ kayması, çığ, sel, yağmur vb. gibi. Bunun yanında; harp, devrim(ihtilâl), ayaklanma,

dayanmayan, sel, deprem, yıldırım düşmesi gibi doğa olayları mücbir sebebin konusunu oluşturmaktadır.

Bir olayın mücbir sebep sayılması için olağanüstü olması şart değildir. Olaya mücbir sebep vasfını veren onun öngörülmez ve önlenemez nitelikte oluşudur. Bir örnek vererek açıklamak gerekirse<sup>69</sup>: Hiç kar yağmayan bir bölgeye kar yağması olağanüstü sayılabilir; aynı zamanda bu husus öngörülmeyen bir durum da olabilir (ancak ilerleyen teknoloji sayesinde, uzun zaman diliminde meydana gelecek hava değişikliklerinin tespiti mümkün olduğundan böyle bir durumun öngörülmezliği bertaraf ettiği söylenebilir). Ancak kar yağışına karşı yeterli tedbir alınması ortaya çıkacak zararları doğmadan bertaraf edecektir. Bu nedenle de kar yağışını mücbir sebep olarak görmek mümkün değildir. Kısacası, durum ve şartlara uygun olarak alınacak tedbirler, olağanüstü nitelikte sayılabilecek hadiselerden doğan zararların önüne geçecektir.

Mahkemeler meydana gelen ve ilk bakışta mücbir sebep gibi görünen her olayı doğrudan idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran neden olarak görmekte ve her olayın özelliklerini göz önünde tutarak karar vermektedirler<sup>70</sup>.

---

*ekonomik abluka, olağanüstü durumların yol açtığı yağmacılık, çapulculuk gibi insan ve toplum olayları ile Devletçe konulmuş hukuki yasaklar da zorlayıcı neden sayılır.” AYİM2D: 14.04.1993, E. 93/6, K. 93/147, AYİMBB.*

<sup>69</sup> **Gözübüyük:** s. 77, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal).

<sup>70</sup> “... Dava konusu sınır karakoluna çığ düşmesi olayında da ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı nedeniyle, davacıların desteğinin öldüğü maddi bir vakiadır. 1984 yılından itibaren giderek geniş bir alana yayılan ve devletin bütünlüğüne ve öz varlığına yönelen bölücü terör olayları nedeniyle, sınır karakollarının sayısı davalı idarece çoğaltılmış ve askeri açıdan stratejik konum ve önemi bulunan sınır bölgesinde bu karakollar inşa edilmiştir. Davalı idare, bu karakolları inşa ederken bölgenin coğrafi ve iklim yapısından ziyade, güvenlik nedenlerini daha ön planda tutmak zorunluluğunda kaldığından, davacı vekilinin çığa müsait bir bölgede karakolun inşasının hatalı olduğu, bu nedenle davalı idarenin hizmet kusurunun açık olduğuna ilişkin iddialarına katılmak mümkün görülmemiştir. Ancak, olayın ceryan ettiği anda salt askerlik hizmetinin ifası maksadıyla davacının sınır karakolunda görevli olarak bulunması dahi, idarenin sorumluluğu için yeterli bir neden oluşturacağından, idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Gerçekten askerlik görevinin ifası amacıyla sivil yaşamından soyutlanarak üniforma giyen ve kendisine emredilen bir askeri vazifenin ifası, Türk Devletinin sınırlarını bölücü teröristlerden korunması maksadıyla sınır karakolunda görevlendirilen desteğin, bu doğa olayına maruz kalarak şehit düşmesinde, her halikarda askeri görevin sebep ve etkisi bulunmakta, bunun doğal sonucu olarak da idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açan bir illiyet bağının mevcut olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı (çığ düşmesi) mevcut olmakla beraber, öğretilerde bu yönde gelişen görüşler ve Mahkememizin evvelki istikrarlı kararları gözetilerek ve idarenin yükselen standardı da göz önüne alınarak, davacıların uğradıkları zararın kusursuz sorumluluk esasına göre idarece karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.” AYİM2D: 14.04.1993, E. 93/6, K. 93/147, AYİMBB. Ayrıca bkz. DİDDK: 17.01.1997, E. 95/752, K.

## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

Bu bakımdan bir durumun mücbir sebep teşkil edip etmeyeceği mahkemenin takdirinde olacaktır. Zira her ne kadar belli başlı şartları taşıması gerekse de yine de bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediği her olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir<sup>71</sup>.

Danıştay 1993 tarihli bir kararında<sup>72</sup> heyelan düşmesi sonucu bir kahvehanede yaşamını yitiren kişinin yakınlarının açtığı davayı, mücbir sebep gerekçesiyle reddetmemiş; idarenin ruhsatsız kahvehaneyi kapatması ve oradan kaldırması gerekirken herhangi bir müdahalede bulunmamasını hizmet kusuru saymış ve idarenin kusurlu sorumluluğuna hükmetmiştir. Yine heyelan sebebiyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davalarda Danıştay, idarenin gerekli tedbirleri almamasını, plan ve projeye uygun davranmamasını<sup>73</sup>, çekmesi gereken istinat duvarının<sup>74</sup> çekilmemiş olmasını, verilmemesi gerekirken iskân izninin verilmesini<sup>75</sup> hizmet kusuru sayarak idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da mücbir sebep kavramının nispiğidir. Bir olay, meydana geldiği yerin, koşulların ve zamanın özelliklerine göre mücbir sebep teşkil eder ya da etmez<sup>76</sup>. Sık sık sel baskını yaşanan bir bölgede başka bir sel baskını mücbir sebep olarak nitelemek mümkün değildir. Mücbir sebep aslen göreceli bir kavram olup zaman içerisinde esner ve değişir<sup>77</sup>.

Mücbir sebep devletin kusurlu-kusursuz sorumluluğunu kaldıran temel neden olarak görülse de, devletin kamu hizmetlerinin işleticisi olması, hasar-

---

97/752, **DBB**. Erkut, bu kararın, mücbir sebebin varlığı halinde dahi olayın özellikleri göz önüne alındığında idarenin sorumluluğunu mutlak olarak kaldırır görüşünü terk ettiği için büyük önem taşıdığını vurgulamıştır. **Erkut Celal**: “*Deprem ve İdare'nin Sorumluluğuna Danıştay'ın Yaklaşımı*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000, s. 46, (Deprem).

<sup>71</sup> **Gözübüyük**: s. 31, (Mücbir Sebep- Umulmaya Hal).

<sup>72</sup> D10D: 13.09.1993, E. 93/724, K. 93/3146. Ayrıca bkz. D6D: 30.12.2006, E. 06/931, K. 06/6661; D11D: 30.04.2004, E. 01/4552, K. 04/2026; D6D: 12.04.2004, E. 04/1477, K. 04/2115, **DBB**.

<sup>73</sup> D8D: 14.10.1986, E. 85/863, K. 86/438, **DBB**.

<sup>74</sup> D6D: 23.11.1983, E. 80/1013, K. 83/3725, **DBB**.

<sup>75</sup> D6D: 24.05.1979, E. 77/2964, K. 79/2059, DD, Y. 10, S. 36-37, s. 410.

<sup>76</sup> **Özay**: s. 880.

<sup>77</sup> **Serozan Rona**: “*Depremzedelerin Tazmin İstemleri*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000, s. 60.

larını sigorta etme zorunluluğu ve işletmenin faaliyetleri mağduriyete sebep olmuşsa karşılanması gerekliliği düşünceleriyle, mücbir sebep halinde dahi idarenin sorumluluğunun var olması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>78</sup>.

Danıştay 1997 tarihinde verdiği bir kararda<sup>79</sup>, birinci derece deprem bölgesi olan bir ilde lojman olarak kullanılmak için satın alınan binanın meydana gelen deprem neticesiyle yıkılması olayında idarenin yaptırması gerekli olan incelemeyi yaptırmadığı için hizmet kusuru olduğuna karar vermiştir.

Mücbir sebep kavramı sadece sorumluluk hukukuna özgü bir kavram olmanın ötesinde aynı zamanda uygulamada dava açma süresini uzatan veya durduran bir sebep olarak da kabul edilmektedir. İYUK'da dava açma süresinin mücbir sebep nedeniyle duracağına veya kesileceğine ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir<sup>80</sup>. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 1944 yılında verdiği "*Kanunun tayin ettiği müddetleri kıyas ve istidlal yolu ile ve hâkimin içtihatları ile tezyid ve tenkise imkan olamayacağı ve bu kabil müddetlerin kat'ı ve tadili hususunun ancak kanunun müsaadesine mütevakıf bulunduğu hukuken kabul edilmiş bir kaidedir. Kanunda gösterilen müstesna hallerden başka hakim kanunen tayin edilen müddetleri tezyid ve tenkis edemeyeceği*" kararda da bu husus açıkça zikredilmiştir<sup>81</sup>. Bununla beraber Danıştay'ın çok ağır hukuki<sup>82</sup> ve maddi<sup>83</sup> engellerin varlığı halinde dava açma süresinin uzayacağını veya işlemeyeceğini kabul ederek kanunda öngörülmüş dava açma süresinden (İYUK'da bu konuya ilişkin bir hüküm olmakla birlikte)<sup>84</sup> sonra açılan davaların esasına ilişkin karar verdiği de görül-

<sup>78</sup> **Duguıt:** s. 166.

<sup>79</sup> DİDDK: 17.01.1997, E. 95/752, K. 97/57, **DBB**.

<sup>80</sup> Ancak böyle bir hüküm 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 15. maddesinde yer almaktadır.

<sup>81</sup> DİBK: 07.11.1944, E. 44/54, K. 44/139, **DBB**.

<sup>82</sup> 27 Mayıs 1960 günü yapılan devrim hareketi nedeniyle resmi daireler kapalı olduğundan ertesi gün yapılan başvurunun süresinde olduğuna dair Danıştay 5. Daire kararı, D5D: 25.07.1961, E. 60/947, K. 61/608, **DBB**.

<sup>83</sup> "...doğal afet gibi, kişilerin iradeleriyle değiştiremeyecekleri veya önleyemeyecekleri durumlarda mücbir sebep halinin nazara alınmayarak dava açma süresinin işlediğini kabul etmenin haklı bir nedeni olamaz. ...normal süresinden 7 gün sonra açılan davanın, mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra makul sürede yargı yerine başvurulduğu göz önünde tutularak, esası incelenerek sonuçlandırılmak yerine süreaşımı noktasından reddedilmesinde isabet görülmemiştir." D4D: 20.06.1996, E. 95/6183, K. 96/2698, **DBB**.

<sup>84</sup> "...Hukukumuzda zorlayıcı nedenler olarak bilinen; doğal afet, savaş, gaiplik, ağır hastalık gibi haller, 2577 sayılı Yasa'nın sözü edilen kurallarında dava açma süresini durduran, uzatan veya kesen durumlar olarak kabul edilmemiştir." D3D: 05.10.2006, E. 06/1488, K.

## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

mektedir. HUMK madde 167’de düzenlenmiş olan eski hale getirme müessesesi uyarınca, belirli bir süre içinde bir işlemi yapmak zorunda olan kişinin arzu ve ihtiyarı dışında o işi yapmaktan aciz bulunması halinde süre geçmiş olsa dahi o işlemi yapmasına imkân tanınmıştır<sup>85</sup>. Böylesi bir kabul hakkaniyet ve adalet duygusuna da uygun olur. Danıştay 8. Dairesi de bir kararında, üniversiteye kayıt yapma süresi içinde trafik kazası geçiren ve sakatlanan kişinin bu kaza nedeniyle süreyi kaçırmış olmasını mücbir sebep saymış ve kayıt isteminin reddine ilişkin ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın bozulmasına (hakkaniyete uygun olacağından) karar vermiştir<sup>86</sup>.

Yüksek Mahkemelerin kararlarında sağanak yağış<sup>87</sup>, toprak kayması<sup>88</sup>,

06/2447, DD, Y. 37, S. 114, s. 156.

<sup>85</sup> **Kuru Baki - Arslan Ramazan - Ejder Yılmaz**: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yay, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2003, s. 867.

<sup>86</sup> D8D: 21.11.1997, E. 96/4736, K. 97/3534, **DBB**.

<sup>87</sup> D12D: 18.10.1966, E. 65/3168, K. 66/2856; D12D: 21.02.1968, E. 67/1054, K. 68/353; D12D: 19.11.1968, E. 67/1490, K. 68/2122; D12D: 06.04.1971, E. 67/2437, K. 71/876; D12D: 01.04.1972, E. 69/2033, K. 72/1013; D12D: 20.10.1971, E. 69/230, K. 71/2290, **Esin**: s. 238 vd, (Esas). Ancak esas ve karar numaraları yazılan bütün kararlara bakıldığında, idarenin yağın yağışlardan doğan zararlardan herhangi bir kusuru olmadığı, çok seyrek yağın bu denli ağır yağışlar için tesis kurulmasının idareden beklenemeyeceği belirtilmiştir. Gerek sosyal devlet ilkesindeki gelişme gerekse devletin faaliyetlerinde en ileri teknolojiyi kullanmaya muktedir ve zorunlu olması, aynı zamanda nasıl ki daha önce böylesine bir yağış olmuşsa aynı şekilde yine yağabileceği bilinci karşısında bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. AYİM de lojman olarak kullanılan binanın alt yapısındaki eksiklik, hatalı yapı ve kusur dolayısıyla şiddetli yağın yağmurun sebebiyet verdiği zararı mücbir sebep olarak görmemiş ve idareyi tazminat ödemeye mahkum etmiştir. AYİM2D: 01.12.1993, E. 93/555, K. 93/519, **Özgüldür Serdar**: “*Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdari İşlem-İdari Eylem Kavramları ve İdari İşlemin Yargısal Denetiminde Anayasal ve Yasal Sınırlar*” AYİMD, Y. 2004, S. 19, Ktp. 1, s. 64. Ayrıca bkz. AYİM2D: 21.09.1994, E. 94/802, K. 94/1517, **Akıylmaz Bahtiyar**: “*Danıştay ve AYİM Kararlarında Hizmet Kusuru Sayılan Haller*”, Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008 s. 173, (Hizmet kusuru).

<sup>88</sup> D12D: 02.06.1969, E. 68/2009, K. 69/1067; D12D: 03.02.1971, E. 68/692, K. 71/261, **Esin**: s. 244, (Esas). Heyelan söz konusu olduğunda idarenin sorumluluğunun ortadan kalktığını savunmak doğru olmaz. Zira ilk kararda heyelan dolayısıyla meydana gelen zarardan idarenin sorumlu olmadığı belirtilmişse de azlık oyunda gerekli bilirkişi incelemesinin yapılmadan bu kararın verildiği ifade edilmiştir. Aynı şekilde ikinci kararda da idare heyelan tehlikesi olduğunu bildiği yolu yine de kullanıma açık bırakmış ve alternatif bir yol arama gereği duymamıştır. Danıştay 1993 tarihli bir kararında “...*Dava dosyasındaki bilgi ve belgeler ile bilirkişi raporunun incelenmesinden, davalı idarenin karayolunu geçirdiği yerin heyelan bölgesi olduğunu bilerek hizmete açtığı, açılışından itibaren karayolunun alt kısmında taşınmazları bulunan ilgililerce sürekli olarak davalı idareye yapılan uyarılarda heyelan tehlikesinin olabileceğinin bildirildiği, nitekim dava konusu olaydan önce üç yılı aşkın bir süreden beri kütle hareketlerinin başladığı, ancak yolun yeterli önlem alınıp, yol güvenliği sağlanmadan trafiğe açık tutulduğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan idare mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda belirtilenin aksine aynı*

şiddetli esen sıcak sam rüzgarı<sup>89</sup>, aniden ortaya çıkan kasırga<sup>90</sup>, dere yatağının zamanla dolarak yükselmesi<sup>91</sup>, yurt dışındaki firmanın ödeme güçlüğü içinde olması<sup>92</sup>, memurun görev yerine süresinde hareket etmesine rağmen süresinde görevine başlayamamasına neden olan tren kazası<sup>93</sup>, doktora sınavına girmesine engel olacak düzeyde bedeni veya akli bir hastalığı duçar olmak<sup>94</sup> mücbir sebep olarak kabul edilmiştir.

AYİM mücbir sebep teşkil etmesi söz konusu olsa da önüne gelen davalar da vatani görevini yapmakta olan kişilerin, yıldırım düşmesi<sup>95</sup>, toprak kayma-

*güzergahta daha az riskli, ancak heyelan bölgesi olması nedeniyle olağan teknik olanaklardan farklı bir özellikte yol yapımının maliyet unsuru nedeniyle gerçekleştirilememiş olması olayda idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir nedenle olarak kabul edilemez. Olayda, normal ölçülerde yola 25 metre uzaklıkta faaliyet göstermesi gereken kahvehanenin herhangi bir ruhsat alınmadan yola 5 metre mesafede çalıştırılması ve güvenlikten uzak kahvehaneye yönelik olarak herhangi bir girişimde bulunmayan idarenin, yukarıda yer alan mevzuat hükümleriyle kendisine verilen ayrıcalık ve yetkileri kullanmaması sonuçta heyelan bölgesinde yer alan karayolunun güvenliğini sağlayamaması böylece hizmeti açık biçimde kusurlu işletmiş olması sonucu kahvehanedeki ölüm olaylarının meydana gelmiş olduğu anlaşılmaktadır. Trabzon ili, Maçka İlçesi Çatak mevkiinde 23.6.1988 günü saat 08'de oluşan toprak kayması sonucu yolun altında bulunan kahvehanede bulunup, toprak altında kalan yakınlarının ölümü nedeniyle davacıların uğradığı zararın, ruhsatsız kahvehanenin çalışmasını engellemek için üstüne düşen denetim görevini yerine getirmeyen, açık hizmet kusuru bulunan davalı idarece tazmini gerektirmektedir.”* diyerek heyelanın mücbir sebep olup olmadığına hiç değinmeden idarenin gerekli gözetim görevini yerine getirmedeğini belirterek idarenin kusurlu sorumluluğuna karar vermiştir. D10D: 13.09.1993, E. 93/724, K. 93/3146, **DBB**.

<sup>89</sup> D12D: 30.03.1967, E. 67/372, K. 67/494, **Esin**: s. 244, (Esas).

<sup>90</sup> D12D: 23.03.1972, E. 70/2561, K. 72/930, **Esin**: s. 245, (Esas).

<sup>91</sup> D12D: 29.04.1972, E. 70/5736, K. 72/1282, **Esin**: s. 245, (Esas). Karar gerekçesinde, “... yıllarca aynı yatak içerisinde akmakta olan derenin, zamanla kum ve millerle dolarak yatağının yükselmesi tabii bir olaydır.” denerek zaten mücbir sebep için gerekli şartlardan olan öngörülmezliğin var olmadığı kabul edilmiştir. Bu duruma rağmen yine de olayın mücbir sebep olarak değerlendirilmesi mümkün olmamalıdır.

<sup>92</sup> D7D: 21.01.1998, E. 97/4425, K. 98/140, DD, Y. 29, S. 97, s. 412.

<sup>93</sup> **Duran**: s. 216, (Meseleler).

<sup>94</sup> D5D: 09.01.1951, E. 49/2552, K. 51/15, **Duran**: s. 219, (Meseleler).

<sup>95</sup> “... davacıların yakını J. Er...’nin nöbet görevi esnasında yıldırım düşmesi sonucunda ölümü olayında idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez. Kamu hizmeti sayılan askerlik görevi sırasında idarenin bir kusuru bulunmaksızın meydana gelen zararın, zarar gören üzerinde bırakılmayıp, bu kamu hizmetinden faydalananlara yansıtılması hukukun temel ilkelerinden olan hak ve nesafet kurallarına dayalı fedakarlığın kamuya paylaştırılması ilkesinin gereği olduğu, davacıların uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerektiği kabul edilmiştir.” AYİM2D: 11.11.1996, E. 96/109, K. 96/921. Aynı yönde kararlar için bkz. AYİM2D: 01.12.1999, E. 99/97, K. 99/82; AYİM2D: 18.04.2001, E. 00/274, K. 01/388, **Akyılmaz** Bahtiyar: “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, GÜHFD, Y. 2005, C. IX, S.1-2, s. 205, (Sosyal risk).



## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

sı<sup>96</sup>, deprem<sup>97</sup> gibi nedenlerle ölmesi veya yaralanmaları nedeniyle yakınlarının veya kendilerinin açtıkları davalarda “*askerlik görevinin ifası amacıyla sivil yaşamdan soyutlanarak üniforma giyen ve kendisine emredilen bir askeri vazifenin ifası*”; “*kamu hizmeti sayılan askerlik görevinin ifası sırasında idarenin bir kusuru bulunmaksızın meydana gelen zararın, zarar görenin üzerinde bırakılmayarak hizmetten yararlananlara yansıtılması hukukun temel ilkelerinden olan hak ve nesafet kurallarına dayalı fedakârlığın kamuya paylaştırılması ilkesi*”; “*müteveffanın görevli bulunduğu esnada doğa olayına maruz kalarak şehit düşmesinde askeri görevin sebep ve etkisi bulunduğundan bunun doğal sonucu olarak idarenin sorumluluğuna yol açan bir illiyet bağının mevcut olduğu*” gerekçeleriyle ortaya çıkan zararlar hizmet arasında illiyet bağının mevcut olduğunu kabul ve idareyi kusursuz sorumluluk esasları uyarınca tazminata mahkûm etmiştir.

### **IV. Mücbir Sebebin Şartları:**

Mücbir sebebin şartları dışsallık, öngörülemezlik ve önlenemezliktir. Özel hukukta, bu şartlara ek olarak bir de kusursuzluk aranır. Buna göre, bir olayın mücbir sebep teşkil edip etmediği araştırılmaya başlanınca ilk bakılması gereken, ortada bir kusurun olup olmadığıdır. Kusur varsa mücbir sebebin diğer unsurlarının araştırılmasına gerek yoktur. İdare mücbir sebep sonucu meydana gelen zarara kusurlu hareketiyle katılmış veya mücbir sebebin meydana gelmesine bizzat kendisi neden olmuşsa artık idarenin sorumsuzluğundan söz edilemez<sup>98</sup>. Ancak kusursuzluğun, mücbir sebebin varlığı için gereken şartlar arasında aranmaması gerektiği de ifade edilmiştir. İddia sahibi müellife göre, mücbir sebebi oluşturan asıl unsurlar, yani önlenemezlik ve öngörülemezlik unsurları karşılaşılan olayda gerçekten varsa, artık kusuru tartışmanın anlamı kalmaz. Başka bir ifadeyle, kusurun varlığı da yokluğu da asıl unsurların var-

<sup>96</sup> “...olayımızda idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez ise de, müteveffanın görevli bulunduğu esnada bu doğa olayına maruz kalarak şehit düşmesinde askeri görevin sebep ve etkisi bulunduğundan, bunun doğal sonucu olarak idarenin sorumluluğuna yol açan bir illiyet bağının mevcut olduğu görülmektedir. Ortada mücbir sebep teşkil eden bir doğa olayı mevcut olmakla birlikte idarenin yükselen standardı göz önüne alınarak ve mahkememizin istikrarlı kararları gözetilerek davacıların uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk esasına göre davalı idarece karşılanması gerektiği...” AYİM2D: 22.04.1998, E. 97/649, K. 98/316, **AYİMBB**.

<sup>97</sup> AYİM2D: 14.04.1993, E. 93/6, K. 93/147, **AYİMBB**.

<sup>98</sup> **Gözübüyük**: s. 85, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal).

lığı veya yokluğuna bağlıdır<sup>99</sup>. Bu kısa açıklamadan sonra tekrar mücbir sebebin şartlarına dönebiliriz.

#### A. Dışsallık:

Dışsallıktan kasıt, zararın idarenin tamamen dışındaki olgulardan meydana gelmesidir. Dışsallık, sorumlunun kendi işletme rizikosu içinde kalan, kendi işletme faaliyetlerinden doğan zararlardan sorumlu tutulması gerektiği ilkesine dayanır. Bu nedenle dışsallık şartının gerçekleşebilmesi için olay ile işletme arasında fonksiyonel bir bağın mevcut olmaması gerekir<sup>100</sup>. Bu bakımdan, ağacı deviren kasırga, nehrin taşmasına yol açan aşırı yağışlar, binanın yıkılmasına neden olan deprem, tsunami veya çığ düşmesi gibi olaylar tamamen idarenin dışında cereyan eder<sup>101</sup>.

Ancak her müellif dışsallığı mücbir sebebin unsurlarından kabul etmemektedir. Yayla'ya göre mücbir sebep kavramını oluşturan temel unsurlar, öngörülemezlik ve önlenemezliktir. Dışsallık ise ayırıcı unsurdur<sup>102</sup>.

Olayın kökeninin failin dışında kalması<sup>103</sup> olarak da ifade edilen dışsallık, mücbir sebebin umulmayan haller denilen ve zararın faaliyetin içinden doğduğu olaylardan ayrılabilmesi için başvurulacak bir unsurdur. Zira ortada bir kaza durumu söz konusu olduğunda zarar idarenin faaliyetleri içinde olduğundan idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilecektir. Ancak zarar, idarenin tamamen dışında olup mücbir sebebin diğer şartlarını da taşıyorsa bu durumda zararlar idarenin faaliyeti arasında herhangi bir neden sonuç ilişkisi bulunmadığı için idarenin sorumluluğu cihetine gidilemeyecektir.

AYİM bir kararında<sup>104</sup> "...Bir Danıştay kararında (Dnş. 12.D. 18.6.1975; E.1972/2721, K.1975/1343) mücbir sebep kavramının başlıca unsurları "kusursuzluk", "sezilemezlik", "karşı konulamazlık" ve "gerçeklik" şeklinde ifade edilmektedir. Mücbir sebebin unsurları sayılırken Danıştay'ın, tanımında yer verdiği fakat unsurları sıralamada adını anmadığı bir husus daha vardır: Olayın kökeninin "failin dışında" kalması (Dışsallık unsuru). Yargı kararları

<sup>99</sup> Yayla: s. 49; Kutlu Meltem: "Deprem ve İdarenin Sorumluluğu", AİD, Y. 1999, S. 34, s. 19.

<sup>100</sup> Seliçi: s. 67.

<sup>101</sup> Çağlayan: s. 182.

<sup>102</sup> Yayla: s. 49.

<sup>103</sup> Yayla: s. 48.

<sup>104</sup> AYİM2D: 14.04.1993, E. 93/6, K. 93/147, AYİMBB.



## ***İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep***

rında ve bunları değerlendiren bilimsel çalışmalarda, mücbir sebebin kaza, tesadüfi olay veya “umulmayan hal” denilen ve zararlar ilişkili faaliyetin içinden doğan olaylardan ayrılabilmesi için bu unsura başvurulmaktadır. Böyle bir ayırımın pratik yararı ise şu noktadadır: Kaza ve benzeri umulmayan hallerde, zarara yol açan olay, kökeni itibariyle sorumluluğu tartışılan hukuk kişinin faaliyeti içinde olduğundan; bu kişi, kusuru bulunmasa da objektif olarak sorumlu tutulabilir. Oysa mücbir sebebin varlığı kabul edildiğinde artık objektif olarak sorumlu tutulabilir. Çünkü olay, sorumlu tutulabilecek kişi ile zarar arasında etkin biçimde girmiş ve illiyet bağı koparmıştır...” dışsallığa vurgu yapmıştır. AYİM’in vermiş olduğu karar bir noktada eleştiriye açıktır. Şöyle ki ortada mücbir sebep veya umulamayan hal teşkil eden bir olay varsa ayrıca gerçeklik unsurunu aramak gereksizdir. Zira olayın olmuş yani gerçek olması, olayın mücbir sebep olup olmadığının tartışılabilmesi için gereken ilk şarttır. Bu nedenle Mahkemenin mücbir sebebi açıklamak için “gerçeklik” unsurunu da dikkate alması gereksizdir<sup>105</sup>. Bu konuya aşağıda kısaca tekrar değinilecektir.

### **B. Öngörülmezlik( Sezilmezlik)<sup>106</sup>:**

Öngörülmezlik, mücbir sebep olup olmadığı tartışılan olayın, meydana geleceğinin önceden tahmin edilememesi, böyle bir olay akla gelse bile, bu olayın sonuçlarının baştan kestirilemeyecek etkinlikte olması olarak açıklanmaktadır<sup>107</sup>. Bu şartın mevcudiyeti için, olayın sezilemez olması ve sezilmesine de imkân olmaması gerekir. Ancak sezilmezlik tabiri, objektif ölçü ve standartlardan çok ispatı güç subjektif yetenekleri akla getirdiği, özellikle de söz konusu idare olduğunda teknolojik gelişme ve imkânları gözardı eder görüldüğü için bulanık kabul edilip eleştirilmiştir<sup>108</sup>.

Bu konuda tartışılan bir husus da olayın mı yoksa sonuçlarının mı öngörülemez olduğudur. Günümüzde bir olayın öngörülememesi gibi bir durumun

<sup>105</sup> **Kutlu:** s. 19 (dipnot 10).

<sup>106</sup> Özel Hukukta sözleşmelerin değişen durumlara uyarlanması için geliştirilen öngörülmezlik teorisi hakkında geniş bilgi için bkz. **Gürsoy** Kemal Tahir: Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus, Ankara 1950, (Emprevizyon nazariyesi). İdare Hukukunda emprevizyon nazariyesi için bkz. **Feyzioğlu** Turhan: İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi-Beklenmeyen Haller Meselesi, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1947; **Gözler** Kemal: İdare Hukuku Dersleri, 7. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa Eylül 2008, s. 491, (İdare hukuku dersleri).

<sup>107</sup> **Yayla:** s. 50.

<sup>108</sup> **Yayla:** s. 50.

söz konusu olması zordur. Bu bakımdan öngörülemez olanın olayın kendisi değil meydana getirdiği sonuçlar olduğu ifade edilmiştir<sup>109</sup>. Ancak Gözübüyük<sup>110</sup> olay ile sonuçlarını birbirinden ayırmanın mümkün olmadığını, bu nedenle de olayın sezilemez olup olmadığını tespit edilmesini gerektiğini ifade etmiştir. Gözübüyük'ün bu görüşüne katılmak zordur. Daha önce de ifade edildiği gibi günümüzde hemen hemen her olayın (bilinmedik yepyeni bir doğa olayı meydana gelmediği sürece) olabileceği öngörülmektedir. Olayın mücbir sebep teşkil edebilmesi için öngörülmez olanın olayın meydana geleceği sonuçlar olması gerekir. Yani eldeki tüm imkânlarla ve alınan önlemlere rağmen zararlı sonuç yine de öngörülemez tarzda büyük olmalıdır.

Aynı şekilde öngörülmezliği mutlak mı yoksa nispi mi anlamak gerektiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Her ne kadar ilk bakışta öngörülmezliğin mutlak olması (yani herkes için öngörülemez) gerektiği doğru görünse de bu mutlaklığı savunmak mesuliyetin sınırlarını çok genişletir. Zira gerçekleşme ihtimali olmayan bir durum hemen hemen yok gibidir<sup>111</sup>. Mücbir sebep sayılan olaylar daha önce benzerleri yaşanmış ve bilinen olaylardır. Bu bakımdan öngörülmezlik nispi olarak yani sorumluluğu ileri sürülen idare göz önüne alınarak incelenmelidir. Ayrıca teknolojiadaki gelişmeler idarenin bu tür mücbir sebep teşkil edecek olaylar hakkında önceden bilgi ve önlem almasına imkan vermekte ve bu yönden özel kişilerden çok daha fazla imkanı olan idarenin öngörme durumu zaten nerdeyse mutlak bir hal almaktadır.

Her ne kadar olayın öngörülemez olması gerektiği ifade edilmekte ise de yeryüzünde daha önce meydana gelmemiş bir olay yok gibidir. Bu bakımdan esas önemli olan, olayın, sıklıkla karşılaşılan nitelikte<sup>112</sup> olup olmadığının, yer ve zaman olarak belirlenebilir şekilde daha önce görülüp görülmediğinin<sup>113</sup>, yoğunluk ve süre olarak mücbir sebep teşkil etmeye uygun olup ol-

<sup>109</sup> **Eren:** s. 543, (Genel hükümler).

<sup>110</sup> **Gözübüyük:** s. 69, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal).

<sup>111</sup> Bu nokta kendisini özellikle sözleşmelerde gösterir. Sözleşmenin taraflarından gereğinden fazla ihtiyatlı olmalarını talep etmek iktisadi ilişkilerin felce uğramasına neden olabilir. Bu nedenle günün ve koşulların şartlarına göre uygun ve yeterli ihtimamın gösterilmiş olması yeterli sayılmalıdır. **Gürsoy:** s. 109; **Fezyoğlu:** s. 37.

<sup>112</sup> Sık sık kayaların düşerek kazalara neden olması, bir yere üç defa çığ düşmesi ve buna rağmen, idarenin o yerde oturulmasına ruhsat vermesi, meydana gelen sağanak yağış nedeniyle uğranılan zarar daha öncede benzer nitelikte yağışlar olmuşsa, mücbir sebep sayılmamalıdır. **Çağlayan:** s. 183 vd.

<sup>113</sup> **Yayla:** s. 52 vd.

## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

madığının tespitidir<sup>114</sup>. Mücbir sebep kavramı bu bakımdan göreceli bir kavramdır. Zira somut olayın özelliklerine göre yeri, zamanı ve koşulları bakımından yapılacak incelemelerden sonra bir olayın mücbir sebep veya umulmayan hal teşkil edip etmediğine karar verilir. Şöyle ki; sık sık deprem olan bir yerde yine bir deprem olması halinde idarenin sorumluluğunun ortadan kalkacağından bahsedilemez.

Bir olayın mücbir sebep teşkil edip etmediği özellikle tabii afetler bakımından dikkatle etüt edilmesi gereken bir husustur. Bu anlamda, aynı veya şartları bakımından birbirine benzer yerlerde sıklıkla meydana gelen ve hatta sıklıkla olmasa bile daha önce de meydana gelmiş olan toprak kayması<sup>115</sup>, sel gibi olaylar ilk bakışta tabii afet gibi görünse de mücbir sebep sayılmamalıdır. Bunun gibi özellikle aşırı yağışlarda söz konusu olan olayın yoğunluğu ve süresi de bir olayın mücbir sebep olup olmadığında nazara alınması lazım gelen hususlardandır. Danıştay verdiği kararlarda, yağışların “...geçen yılların aynı aylarına oranla çok fazla olması...”<sup>116</sup> veya “...zararın bölgeye 100-500 yılda bir yağan anormal yağışlar yüzünden meydana gelmesi...”<sup>117</sup> ni öngörülmezliğin kanıtı olarak kabul etmiştir<sup>117</sup>. Ancak idarenin elindeki teknik araçların ve imkânların artması idarenin mücbir sebepten dolayı sorumlu olmamasını giderek azaltmaktadır<sup>118</sup>.

Zeminin yumuşak olduğu veya çok eğimli arazilerde idare tarafından konulan “*taş düşebilir*”, “*çığ düşebilir*” gibi ifadeler idare için öngörülmezlik şartını ortadan kaldırmaktadır. Bunun yanında böyle ikaz işaretleri bulunmasına rağmen oradan geçmekte ısrar eden veya duran kişilerin zararın doğumu-

<sup>114</sup> **Çağlayan:** s. 182 vd.

<sup>115</sup> D12D: 31.01.1968, E. 65/44, K. 68/172 sayılı kararında “...olaya takaddüm eden beş yıl içinde bir heyelan sırasında yol yine çökmüş...” ifadesiyle bu hususu vurgulamıştır. **Esin:** s. 95, (Esas).

<sup>116</sup> D12D: 01.04.1972, E. 69/2033, K. 72/1013, **Esin:** s. 241, (Esas).

<sup>117</sup> D12D: 21.02.1968, E. 67/1054, K. 68/353, **Esin:** s. 239, (Esas).

“...debilerin geçen yıllardakine kıyaslanamayacak bir ölçüde bulunduğu, ve zararın fazla yağışlardan ileri geldiği anlaşıldığından...” D12D: 24.04.1973, E. 70/3420, K. 73/1258; D11D: 19.12.1977, E. 75/1075, K. 77/3928, **Karavelioğlu:** s. 340-342, (Cilt I).

<sup>118</sup> “...Gelişen teknoloji ve idarenin yükselen standardı, mücbir sebep uygulamasının giderek azalmasına yol açmaktadır. Çünkü idare, güçlülüğü ölçüsünde sorumludur. İdarenin elindeki istatistikler, bilgiler, veriler, iletişim imkânları ve uzman personel, olaylardaki öngörülmezlik unsurunu giderek daraltmaktadır. Sözgelimi, yağış istatistikleri, aynı olayın daha önce yer ve zamanı belirlenebilir şekilde görüldüğünü belgeleyen kayıtlar öngörülmezliği sınırlandırabilmektedir.” AYİM2D: 14.04.1993, E. 93/6, K. 93/147, **AYİMBB.**

na ortak olarak katıldıklarının da kabulü gerekir. Ancak burada bir husus gözden uzak tutulmamalıdır. Şöyle ki idare bu ikazları koymuş ancak vatandaşların gidecekleri yer için geçebilecekleri başka bir yolları yoksa ve kişiler yaya olarak veya araçlarıyla bu yerlerden bekleme yapmadan makul sürelerde geçiyorlarsa bu geçişleri sırasında meydana gelen olaylarda ortaya çıkan zararlardan idarenin sorumlu tutulması yerinde bir uygulama olacaktır. Zira bu durumda “...tehlikeliliği bilinen, üstelik işaret ve yazularla bilindiği açıklanan, yani öngörülebilir hatta öngörülen bir olay vardır”<sup>119</sup>.

### **C. Karşı Konulmazlık (Önlenemezlik):**

Bir durumun mücbir sebep teşkil edebilmesi için, yukarıdaki iki şartı taşıması yetmez. Olayın aynı zamanda karşı konulamaz nitelikte büyük ve güçlü olması da gerekir. Yani, mücbir sebep teşkil eden hadise objektif yönden karşı konulamaz şiddet ve önemde olmalıdır<sup>120</sup>. Önlenebilirlik kavramı, olayın meydana gelmesini veya zarar vermesini engelleyecek olumlu önlemler almak kadar, zararının doğumunu engelleyecek ya da ortadan kaldıracak olumsuz önlemleri almak şeklinde de değerlendirilir<sup>121</sup>.

Mücbir sebep teşkil eden hadiselerin mutlak surette karşı konulmaz olması gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Özel hukuk söz konusu olduğunda, karşı konulmazlığın, normal insan gücünü aşması yeterli görülmekte iken<sup>122</sup>, idare için böyle bir kabul söz konusu olamaz. Zira idare gerek gelirleri gerek personelinin ve kaynaklarının çokluğu karşısında normal insanların fazlasıyla üstünde ve güçlü konumdadır. Bu nedenle söz konusu idare ise karşı konulmazlığı sınırlı tutmak ferdin zararının karşılanmasını sağlamak için daha yararlıdır. Ancak idareden de sınırsız bir güç beklemek mümkün değildir. Bu nedenle mahkeme, her somut olayın özelliğine göre sorumlu tutulacak idarenin de sahip olduğu imkanları nazara alarak bu konuda hüküm kurmalıdır.

Hukukun temel kavramlarından olmakla birlikte kolay kavranan, tanımlanabilen ve benzerlerinden kesin sınırlarla ayrılabilen bir kavram olmayan ka-

<sup>119</sup>Yayla: s. 53.

<sup>120</sup>Gözübüyük: s. 39, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal).

<sup>121</sup>Olumlu önlemlere kanal, baraj, set yapmak; olumsuz önlemlere ise geçişi sınırlamak, yasaklamak ya da binayı boşaltmak örnek verilebilir. Yayla: s. 55.

<sup>122</sup>Gözübüyük: s. 43, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal).

## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

çınılmazlık<sup>123</sup>, karşı konulmazlıktan farklıdır. Şöyle ki; karşı konulmazlık hadisenin idarenin elindeki imkânlarla önlenemeyecek şekilde büyük olmasını; kaçınılmazlık<sup>124</sup> ise idarenin bütün gerekli tedbirleri almasına rağmen yine de hadisenin meydana gelecek olmasını ifade eder<sup>125</sup>.

Bir olay kaçınılmazdır diyebilmek için bazı şartların varlığı aranır. Bu şartlar, faaliyet yerinin doğru seçilip seçilmediğinin, uyarı ve düzenlemele- rin yeterli ölçüde yapılıp yapılmadığının ve etkin araç-gereçlerin kullanılma- sı şartının yerine getirilip getirilmediğinin tespitidir. Buna göre idare, yapaca- ğı faaliyetin yerine seçerken meydana gelebilecek olayları iyi incelemeli, bu- nun ötesinde gerekli uyarı ve düzenlemeleri yapmalı, faaliyetlerinde işe uy- gun teknik araç ve gereçler kullanmalıdır<sup>126</sup>.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1993 tarihli kararında<sup>127</sup> “...mücbir se- bebi teşkil edecek olaylar, idarenin elindeki araçlarla ya da herhangi bir güç- le önlenemeyecek, karşı konulamayacak türdendir. Böyle “sezilememek” ve “karşı konulamamak” zorlayıcı sebebin ayırt edici unsurları olmaktadır.” hükmüyle önlenemezlik şartını değerlendirmiştir.

Öngörülmezlik gibi önlenemezlik<sup>128</sup> için de idare ile kişiler arasında fark vardır. İdarenin gücü, araç ve gereçleri önlenemezlik unsurunu önemli ölçü-

<sup>123</sup> **İyimaya** Ahmet: “Kaçınılmazlığın Sorumluluk Davasındaki İşlevi”, ABD, Y. 1989-46, S. 6, s. 1009, (Kaçınılmazlık).

<sup>124</sup> Mücbir sebep olarak değerlendirilecek hadise, meydana gelişi, neticeleri ve bütün özenin gösterilmesi ve alınması gereken önlemlerin alınmış olmasına rağmen kaçınılmaz olmalıdır. Mahkeme, kaçınılmazlığı incelerken bütün hadiseyi tetkik etmeli ve idarenin hafif bir ih- malinin bile bulunduğunu tespit ederse sorumluluğu cihetine gitmelidir. **Gözübüyük**: s. 53, (Mücbir Sebep- Umulmayan Hal).

<sup>125</sup> Kaçınılmazlığın önlenemezliğin içinde mevcut bir durum olduğunu ifade edenler de vardır. **Kutlu**: s. 22.

<sup>126</sup> **Yayla**: s. 57.

<sup>127</sup> AYİM2D:14.04.1993, E. 93/6, K. 93/147, **AYİMBB**.

<sup>128</sup> “...Öngörülmezlik gibi önlenemezlik bakımından da idarenin standardı özel kişilerin çok üstündedir. Mesela, idare bir faaliyete başlarken, bir tesis kurarken, bunun yerini seçmekte genellikle takdir yetkisine sahiptir. Ama, idarenin elindeki bilgi ve bululara rağmen, sözge- limi bir heyelan bölgesinden veya dere yatağına yakın bir noktadan karayolu geçirilmişse, yolun çökmesi halinde idare sorumlu tutulabilecektir. Çünkü, zarar veren tesisi, kaçınılması gereken bir yere yapmıştır. Bunun gibi, idare, teknik imkânları elverdiğince tabii (doğal) olayları dahi engelleyecek tedbirleri almalıdır. Bununla birlikte, idarenin standardını abartmak, Devletin mali ve teknik imkânlarını aşan yükümlülükleri kamuya yüklemek olur. Danıştay da, alınacak tedbirlerin ekonomik ve mali yükünü göz önünde tutarak bu standardı uygulamaktadır.” AYİM2D: 14.04.1993, E. 93/6, K. 93/147, **AYİMBB**.

de daraltır. Yeni teknik önlemlerin kamu hizmetine monte edilmemesi idare için hizmet kusurunu oluşturur. Ancak burada göz önünde tutulması gereken önemli birkaç husus daha vardır<sup>129</sup>: Önlemin alınmamasının sorumluluğa neden olabilmesi için, önlemin alınmaması halinde mevcut tehlikenin önemsenir ağırlıkta olması gereklidir. Katlanılır, zararı az tehlikeler için önerilen yeni teknikler bu bakımdan lüks sayılabilir. Önerilen yeni teknik, mevcut tehlikeyi ya ortadan tamamen kaldıracak nitelikte olmalı ya da önemli ölçüde azaltmalıdır. Denenmemiş veya yararlılığı yönünden kesin bilgi sahibi olunmayan tekniklerin alınmaması idarenin sorumluluğunu doğurmaz. Bunun yanında idare eğer bir tekniği bazı faaliyetlerinde kullanmışsa artık bunları uygulamadığı diğer faaliyetleri yönünden kusurlu sayılmalıdır<sup>130</sup>. İdarenin alacağı tedbirleri almamasını, maliyete ve ekonomi politikalarına bağlamak ve bunun kabul görmesi hatalı bir def’iyi hukukileştirmek olacaktır<sup>131</sup>.

İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran irade dışı sebeplere ilişkin tartışılması gereken son husus “*olayın gerçek olması*”nın şart olup olmadığıdır. Her ne kadar gerçekliğinde bir şart olması gerekir gibi bir düşünce söz konusu olsa da olay yoksa zaten ortada tartışılacak bir husus da yoktur. Bir olayın mücbir sebep olabilmesi için öncelikle olayın varlığı şart olmakla birlikte her olay mücbir sebep de teşkil etmez. Bu bakımdan mücbir sebebe mücbir sebep özelliğini veren, yukarıda sayılan unsurların birlikte mevcut olmasıdır. Olayın gerçek olması, mücbir sebep teşkil eden olayı niteleyen, belirleyen ve benzerlerinden ayıran bir unsur değil, olsa olsa olayın mantıki bir ön şartıdır<sup>132</sup>.

#### **D. Şartların Birlikteliği:**

Yukarıdaki şartlar, ancak bir arada buldukları takdirde bir olayın mücbir sebep olarak nitelenmesine imkân verir. Yani bu şartlar kümülatif niteliktedir<sup>133</sup>. Bu bakımdan her doğa olayı mücbir sebep sayılmayacak ve idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Olayın mücbir sebep teşkil etmesi için öncede ifade edildiği gibi yukarıda aktarılan şartları bünyesinde ihtiva et-

<sup>129</sup> **İyimaya** Ahmet: “*Sorumluluk Hukuku Yönünden Gelişim Kusuru*”, ABD, Y. 1985, S. 5-6, s. 689-692, (Gelişim kusuru).

<sup>130</sup> Örneğin, İdare bir treninde uyguladığı otomatik kapı sistemini başka bir trenine koymamış ve bunun sonucunda da bir zarar meydana gelmiş ise bundan kusurlu olarak sorumlu olacaktır. **İyimaya**: s. 690, (Gelişim kusuru).

<sup>131</sup> **İyimaya**: s. 690, (Gelişim kusuru).

<sup>132</sup> **Yayla**: s. 49.

<sup>133</sup> **Gözler** Kemal: İdare Hukuku Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s. 1255, (Cilt II).

## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

mesi gerekir. Örneğin bir olay öngörülemez nitelikte olup önlenemez nitelikte değilse veya tam tersi önlenemez nitelikte olup öngörülebilir ise idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaz. Ancak bu şartlar belirlenirken idarenin sahip olduğu bütün gücü, personeli, araç ve gereçleri göz önünde bulundurularak hassas bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira verilecek karar büyük zararların kişilerin üstünde bırakılmasına veya tersine idarenin aşırı bir yükümlülük altına girmesine neden olabilir.

Konuyu bitirmeden önce burada küçük bir parantez açarak milletçe en büyük sorunlarımızdan olan, en son olarak yine Elazığ da kırktan fazla insanın hayatını kaybetmesine yol açan, verdiğimiz onca kayba rağmen yine de hükümet ve yerel yönetimlerin gerekli önlemleri almaktan kaçındığı depreme de değinmekte yarar olduğunu düşünmekteyiz.

Özellikle 1999 Marmara depreminden sonra (bundan önce de çok büyük depremler yaşanmıştır<sup>134</sup>) deprem, gerek fen bilimcilerin, gerek hukukçuların ve gerekse bütün halkın önemli gündem maddelerinden biri olmuştur.

Deprem, yer kabuğunun belli bir derinliğinde, bir dış merkezden başlayarak oluşan ani devinim ya da sarsıntı<sup>135</sup>; doğal güçlerin neden olduğu yer kabuğu titreşim ve sarsıntıları<sup>136</sup>; yer kabuğunun ani hareketi ve sarsıntısı<sup>137</sup> şeklinde tarif edilir.

Deprem her ne kadar idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir mücbir sebep gibi görünse de (tamamen doğadan gelen bir olay olması, öngörülemez ve önlenemez nitelikte olması) özellikle 1999 Marmara depremi sonrasında bu konudaki görüşlerde değişiklik olmuştur. Birinci derece deprem kuşağı olan ve sürekli 7-8 büyüklüğündeki depremlerle sallanan Japonya'da bu depremlerde herhangi bir can veya mal kaybı meydana gelmezken daha az kuvvetli depremlerde, Türkiye'de büyük can ve mal kayıplarının yaşanması soruna başka bir boyuttan bakılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Depremin öngörülememesi, depremin doğuracağı zararlı sonuçların önlenmesine ilişkin önceden tedbir alınmasını engellemez<sup>138</sup>. Depremin meydana

<sup>134</sup>1939 Erzincan, 1943 Ilgaz, 1957 Fethiye, 1966 Varto, 1970 Gediz-Emet depremleri, Meydan Larousse, Meydan Yayınevi, İstanbul, C. 3, s. 662.

<sup>135</sup>Büyük Larousse, Milliyet Yayınları, C. 6, s. 3052.

<sup>136</sup>Temel Britannica, Hürriyet Ofset, Ocak 1993, C. 5, s. 184.

<sup>137</sup>Meydan Larousse, Sabah Yayınları, C. 5, s. 203.

<sup>138</sup>**Başpınar** Veysel – **Altunkaya** Mehmet: "Depremden Doğan Zararların Tazmininde



na gelmesinden sonra can ve mal kaybının artmasına neden olan esas olgular ekonomik ve toplumsaldir<sup>139</sup>. Depremi meydana getirdiği bu tür zararlı sonuçların azaltılabilmesi için<sup>140</sup>; planlama yapılırken afetlere ilişkin önlemler alınmalı; planlama işlemlerinin aleniliğine önem verilmeli, doğal afetler konusunda vatandaşlar eğitilmeli; yerleşime elverişli olmayan bölgelerin, siyasi ve ekonomik rant elde edilmek amacıyla gecekondulaşmalarına, yasadışı kişilere yerleşmeleri veya tesis kurmaları için verilmesi engellenmeli; imar affı çıkarılmamalı, özellikle büyük yerleşim merkezlerinde yer sıkıntısı çözümlenmeli; imar planları yapılırken yeterli zemin etüdü yapılmalı ve teknik altyapıdaki eksiklikler giderilmeli; deprem bölgelerindeki yapılar projelendirilmeli ve denetimi sağlanmalı; bütün inşaat sürecinin denetiminin sağlanması için gerekli yasal düzenlemeler yapılmalı<sup>141</sup> ya da mevcut düzenlemeler işletilmeli; deprem sonrası hasar görmüş binalardan onarılabilecek düzeyde olanlar onarılmalı, iyileştirilemeyecek durumda olanlar ise yıkılmalı ancak bu zorunlulukların yerine getirilmesi işi vatandaşlara bırakılmayarak fon tahsis edilme- li vb. önlemler alınmalıdır<sup>142</sup>.

---

*Zamanaşımının Başlaması Ve Süresi*“, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 1, s. 96.

<sup>139</sup> **Sengezer Betül-Kansu** Hatice: “*Afetler İmar Mevzuatı Hukuki Sorunları*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000, s. 14.

<sup>140</sup> **Sengezer/Kansu**: s. 17 vd, **Ercan Adem**: “*Mühendislik Hizmeti ve Deprem*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000, s. 36.

<sup>141</sup> Bu denetimin sağlanabilmesi için, merkezi ve yerel otorite temsilcileri ile odalar ve bilim çevreleri temsilcilerinden oluşan, yapı sektöründe düzenleme ve denetleme yapabilmek için bağımsız idari otorite şeklinde örgütlenecek karma bir birim kurulması gerektiği ifade edilmiştir. **Kaboğlu İbrahim Ömer**: “*Deprem ve Yasama Organının Anayasal Sorumluluğu*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000, s. 196.

<sup>142</sup> “...yapının üzerinde bulunduğu zeminin özelliği, zemin durumuna göre depreme dayanıklılığının kontrolü, yapı kullanma izni bulunup bulunmadığı, imar planları ve inşaat ruhsatlarının hangi idarelerce yapıldığı veya verildiği, yapıların imar açısından denetlenmesi, afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı ve ikamet için yasaklanmış afet bölgelerinin tespit edilip edilmediği, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini, projelendirme esaslarını, ülkenin deprem haritalarını hazırlamak konusunda idarelerin üzerine düşen görevleri yerine getirip getirmediği, denetim ve kontrol görevlerini yapıp yapmadığı hususları ayrı ayrı irdelenmeli ve idarece gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı belirlenmeli ve bunun sonucuna göre; idarenin belli bir hareket tarzı izleyip izlemediği veya hareketsiz kalıp kalmadığı ortaya konulmalıdır. Olaya bu açıdan bakınca yukarıda yapılan belirleme sonucu olayda idarelerin hareketsizliği söz konusu olmakla öğretide de kabul edildiği gibi idarenin bu hareketsizliğinin “olumsuz eylem” olarak kabulü gerekmektedir. D11D: 29.06.2007, E. 05/1353, K. 07/6248, DD, Y. 38, S. 117, s. 326; D6D: 29.12.2006, E. 05/255, K. 06/6658, DD, Y. 37, S. 115, s. 218; D6D: 15.01.2008, E. 07/5045, K. 08/20, DD, Y. 38, S. 118, s. 226.



## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

Tabi afetler ve özellikle deprem söz konusu olduğunda zararı doğuran olayda veya zararın çoğalmasında idarenin de hizmet kusuru olup olmadığı daha kolay belirlenebilir. Zira yapılacak olan mevzuatta öngörülen yükümlülüklerle uyulup uyulmadığının tespitinden ibarettir. Ruhsata aykırı yapıları veya yapıların çıkarılan deprem yönetmeliklerine uygun olup olmadığını denetlememek, belediyelerin inşaat ruhsatı verme işlemlerinde yapı standartlarına uymayan davranışları; aynı şekilde tabi afetin meydana gelmesinden sonra afet bölgesine ulaşamamak veya yeterli desteği sağlayamamak<sup>143</sup>, gerekli kurtarma faaliyetlerini hiç yapmamak veya gecikerek yapmak<sup>144</sup>, her biri ayrı ayrı idarenin kusurlu sorumluluğunu doğuracaktır<sup>145</sup>.

Kısaca ifade etmek gerekirse, idarenin deprem konusundaki sorumluluğunu, idarenin deprem öncesindeki ve deprem sonrasındaki işlem ve eylemlerinden doğan sorumluluğu şeklinde inceleyebiliriz<sup>146</sup>. Bu noktada esas kusurun yerel yönetimler ve merkezi idarede olduğu kabul edilmektedir. Zira idare, imar planlarında, yapı ruhsatı izni vermede veya yapılan binaların denetiminde kendisine düşen denetim yükümlüğünü kendinden beklenen kalitede yerine getirmemektedir<sup>147</sup>. Düzenleme ve denetim görevini kamu yararı düşüncesi dışında başka nedenlerle yeterli düzeyde yerine getirmeyen idarenin de deprem ve benzeri söz konusu tabi afetlerden doğan zararlardan hizmet kusuru esasına göre sorumlu olması gerekir. Danıştay 1998 tarihli bir kararın-

<sup>143</sup>Ulusoy, bu konuda “*Türkiye’de herhangi bir kamu hizmetinin düzgün ve etkin işlememesi genel kural gereği gibi işlemesi ise istisnadır.*” demektedir. **Ulusoy** Ali: “*Deprem ve Kamu Hizmetlerinin Etkinliği*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000, s. 55.

<sup>144</sup> “...*Olayda davacıların, depremde yakınlarını kaybetmeleri nedeniyle uğradıklarını ileri sürdükleri manevi zararı, davalı idarenin deprem sonrasında yapması gereken kurtarma faaliyetlerinin ve koordinasyon çalışmalarının yetersizliğine dayandırdıkları, dolayısıyla manevi zarar; söz konusu hizmetlerin geç veya hiç işlememesi şeklinde oluşan fiil ve hareketlerle somutlaştığından, bu şekilde oluştuğu ileri sürülen zararın idari işlemlerden değil, idari eylemlerden kaynaklandığı sonucuna ulaşılmaktadır. Durum böyle olunca, olayda idarenin hareketsizliği söz konusu olmakta ve böylelikle öğretide de kabul edildiği gibi, idarenin bu hareketsizliğinin „olumsuz eylem“ olarak kabulü gerekmektedir. Bu durumda, uğrandığı ileri sürülen manevi zararın, idarenin olumsuz eyleminden kaynaklandığı sonucuna ulaşıldığından, idare mahkemesince 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca davanın süresi içinde açılıp açılmadığının değerlendirilmesi ve bu sonuca göre uyumsuzluğun çözümü yoluna gidilmesi gerekirken, davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.*” D11D: 30.04.2004, E. 01/4552, K. 04/2026, **DBB**.

<sup>145</sup>**Azrak** Ali Ülkü: “*Deprem ve İdarenin Sorumluluğu*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000, s. 51 vd.

<sup>146</sup>**Kutlu**: s. 22.

<sup>147</sup>**Akyılmaz**: s. 200, (Sosyal risk).

da<sup>148</sup>, “davacıya ait taşınmazda tabi bir afet olan heyelan sonucu oluşan zararın 2918 sayılı Yasa ile 5539 sayılı Yasa uyarınca bu yapıya mesken ruhsatı vermediği anlaşılan davalı idarenin yürüttüğü hizmetten kaynaklanmadığı sonucuna ulaşıldığı...” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinde hukuka aykırılık bulmamıştır. Danıştay’ın verdiği bu kararın mefhum-u muhalifinden, idarenin ruhsat verseydi hizmet kusuru esasına göre sorumlu olacağı ortaya çıkmaktadır<sup>149</sup>. Keza, DGM üyesi olan davacının kaldığı binanın yıkılması sonucu uğradığı zararın tazmini için açtığı davayı idare mahkemesi “... her ne kadar deprem felaketi umulmayan bir durum ise de idare hukukunda; umulmayan hal ile hizmet arasında zahiri bir ilişki olduğundan; bunun yol açtığı zarar idari bir hasar niteliğinde kabul edilerek “hasar” kuramına göre idarenin sorumluluğunun kabul edildiği, umulmayan hal hizmet kusurunu ortadan kaldırdığı halde, kusursuz sorumluluğu önleyemeyeceği, bu durumda lojmanın satın alınması sırasında idarece deprem bölgesi olan Erzincan’da satın alınan binanın gerekli teknik şartları taşıyıp taşımadığı hiç araştırılmadığından idarenin kusurlu bulunduğu, kaldı ki; DGM Lojmanı II, Hakim ve Savcı Lojmanları ve özel kişilere ait bir takım binaların ya hiç hasar görmediği ya da küçük çapta hasara uğradığı anlaşılmakta olup, anılan lojman binasının tamamen yıkılmasının, inşaatın teknik yeterlikte yapılmadığı ve depreme elverişli olmadığını gösterdiği, davacının oturmakta olduğu lojmanın satın alınmasında gerekli ve yeterli teknik inceleme yapılmadığından ve ... derecede deprem bölgesi olduğu da bilinmekte olduğundan, “deprem” felaketinin idarenin kusurunu ortadan kaldırmayacağı...” gerekçesiyle, davacının maddi ve manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar vermiştir. Danıştay Onuncu Dairesi, “ zararın mücbir sebep sayılması gerektiği açık olan deprem sonucu meydana geldiği, kusurdan uzak, önceden bilinemeyen, karşı konulamayan, idarenin faaliyetleri dışında meydana gelen gerçek bir olay olan mücbir sebebin zararın idareye yüklenebilir olmaktan çıkararak, zararlar idari faaliyet arasındaki nedensellik bağıını ortadan kaldıran etkenlerin başında geldiği...” gerekçesiyle İlk Derece Mahkemesi’nin verdiği kararı bozmuş ve idareye herhangi bir kusur atfedilemeyeceğini belirtmiştir. İlk Derece Mahkemesi’nin verdiği direnme kararı üzerine dosya, Dava Daireleri Kuruluna gelmiş ve, “... idare tarafından gönderilen işlem dosyasında ise lojmanın ... tarihinden özel bir şahıstan hiç bir teknik inceleme yapılmadan satın alındığının anlaşılması

<sup>148</sup>D10D: 17.06.1998, E. 96/4488, K. 98/2665, DBB.

<sup>149</sup>Akyılmaz: s. 201, (Sosyal Risk).

## *İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

*karşısında, birinci derecede deprem bölgesi olan ... İlinde gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan söz konusu binanın satın alınmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu anlaşılması nedeniyle... ” ilk derece mahkemesinin ısrar kararını onamıştır<sup>150</sup>.*

### **-SONUÇ-**

Zarar ile idari davranış arasında bulunması gereken ve zarardan kimin sorumlu olacağı belirlenmesi açısından önem arz eden uygun illiyet bağı, hayat tecrübelerine, hayatın olağan akışına göre zararlı sonucu doğurmaya uygun olan bağa denir. Bu bağın amacı, bir davranış neticesinde doğan zararlı sonuçlardan hangisinin ve ne ölçüde zarar verenin sorumluluk alanına girdiğini tespitittir. İlliyet bağının varlığı, kusursuz sorumlulukta, kusurlu sorumluluktan farklı olarak kusur aranmadığında daha önemli bir hale gelir. İlliyet bağının varlığı veya yokluğu bir zararın kimin tarafından tazmin edileceği veya zararın kimin üstünde kalacağını belirleme noktasında önemlidir. Bazı durumlarda çözümü basit bir husus olsa da birçok olayda özellikle araya başka sebeplerin girdiği durumlarda bu bağın geri plana itilip itilmediği, itildiyse araya giren davranışın zararın oluşumundaki katkısının oranının tespiti gerekir. Bu tespit ise konusunda uzman bilirkişilerce yapılabilir. Bu tespitte hata yapılması, idarenin haksız yere sorumluluktan kurtulmasına ya da idarenin sorumlusu olmadığı bir zararı ödemesine neden olabilir. İdari yargı yerleri de re'sen tahkik ilkesi uyarınca bu bağın tespitinde gerekli her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilecekleri gibi kendiliklerinden de inceleme yapabileceklerdir.

Zararla idari davranış arasındaki neden sonuç ilişkisini etkileyen nedenlerde birisi mücbir sebeptir. Genellikle iradi olmayan nedenler olarak kabul edilen, ancak harp, isyan, ayaklanma gibi kaynağı beşeri veya içtimai de olabilen mücbir sebepler idarenin tamamen dışında gelişen olaylardır.

Özellikle deprem, sel, toprak kayması gibi mücbir sebebin temel örneklerini teşkil eden hadiselerde dahi mahkemelerin detaylı bir inceleme sonucu karar vermesi gerekir. Bu tür mücbir sebep teşkil eden hadiseler zarar ile idare arasındaki neden sonuç ilişkisini keser görünse de bir hizmet kusurunun varlığı söz konusu olabilir. Bu nedenle, yapılacak incelemenin ciddiyeti zararın gerçek sorumlusunun tespiti açısından büyük önem arzeder. Örneğin, idarenin bir depremi önlemesi mümkün olmasa ve ne zaman olacağını bilmediğinin

<sup>150</sup>DİDDK: 17.01.1997, E. 95/752, K. 97/57, **DBB**.

den öngöremese bile, bu depremin sonuçlarını en aza indirme imkânı depremin öncesinde ve sonrasında alacağı tedbirlerle her zaman vardır. İdare bu zararlı sonuçları önleyebilmek için gerekli her türlü önlemi alma yetkisine de sahiptir. Olayın önlenemeyecek olmasına rağmen sonuçlarının önlenmesi veya en aza indirilmesi sadece deprem için değil diğer bütün mücbir sebep hallerinde de geçerlidir. İdarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi hizmet kusuru oluşturur.

### **-KAYNAKÇA-**

**Adak** Agah: “*Afet Tehlikesi ve Olgusu Karşısında İdarenin Konumu ve Görevleri*”, Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2000.

**Akyılmaz** Bahtiyar: “*Danıştay ve AYİM Kararlarında Hizmet Kusuru Sayılan Haller*”, Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, (Hizmet kusuru).

**Akyılmaz** Bahtiyar: “*Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı*”, GÜHFD, Y. 2005, C. IX, S. 1-2, (Sosyal risk).

**Akyılmaz** Bahtiyar: Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk, Yayınlanmamış, Doktora Tezi, Konya 1991, (Kamu görevlileri).

**Ata** Hakan: “*İdarenin Asker Kişilerin İntiharından Sorumluluğu*” AYİMD, Y. 2005, S. 20.

**Atay** Ender Ethem - **Odabaşı** Hasan - **Gökcan** Hasan Tahsin, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

**Azrak** Ali Ülkü: “*Deprem ve İdarenin Sorumluluğu*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000.

**Başpınar** Veysel – **Altunkaya** Mehmet: “*Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması Ve Süresi*”, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 1.

**Çağlayan** Ramazan: Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Asil Yayınları, Ankara 2007.

*İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep*

**Deschenaux** Henri – **Tercier** Pierre: Sorumluluk Hukuku, Çev: Salim Özdemir, Ankara 1983.

**Duguit** Leon: Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyp Derbil, Ankara 1954.

**Duran** Lütfi: İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964, (Meseleler).

**Duran** Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu - Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri - Sorumluluğa Yol Açan Olgular, TODAİE Yayınları, No: 138, Ankara 1974, (Türkiye idaresinin sorumluluğu).

**Ercan** Adem: “*Mühendislik Hizmeti ve Deprem*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000.

**Eren** Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2001, (Genel hükümler).

**Eren** Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, (Uygun illiyet bağı).

**Erkut** Celal: “*Deprem ve İdare'nin Sorumluluğuna Danıştay'ın Yaklaşımı*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000, (Deprem).

**Erkut** Celal: “*İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu*”, Danıştay Başkanlığı, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2001.

**Eroğlu** Hazma: İdare Hukuku (Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi), Ankara 1985.

**Esin** Yüksel: Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas, Ankara 1976, (Esas).

**Feyzioğlu** Turhan: İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi-Beklenmeyen Haller Meselesi, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1947.

**Gözler** Kemal: İdare Hukuku Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, (Cilt II).

**Gözler** Kemal: İdare Hukuku Dersleri, 7. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2008, (İdare hukuku dersleri).

**Gözübüyük** Pulat Abdullah: Mücbir Sebepler-Beklenmeyen Haller, Kazancı Yayınevi, Ankara 1977, (Mücbir Sebep-Umulmayan Hal).

**Gözübüyük Şeref - Tan Turgut:** İdare Hukuku Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, (Cilt I).

**Günday Metin:** “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı*”, Danıştay Başkanlığı, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2001.

**Günday Metin:** İdare Hukuku, 6. Aynı Bası, İmaj Yayınları, Ankara 2002, (İdare Hukuku).

**Gürsoy Kemal Tahir:** “*İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları*”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, (Sorumluluk ilkelerinde son gelişmeler).

**Gürsoy Kemal Tahir:** Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus, Ankara 1950, (Emprevizyon nazariyesi).

**İyimaya Ahmet:** “*Kaçınılmazlığın Sorumluluk Davasındaki İşlevi*”, ABD, Y. 1989-46, S. 6, (Kaçınılmazlık).

**İyimaya Ahmet:** “*Sorumluluk Hukuku Yönünden Gelişim Kusuru*”, ABD, Y. 1985, S. 5-6, (Gelişim kusuru).

**Kaboğlu İbrahim Ömer:** “*Deprem ve Yasama Organının Anayasal Sorumluluğu*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000.

**Kaplan Gürsel:** “*İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler*”, AYİMD, Y. 2004, S. 19, Ktp. 1, (Sağlık kamu hizmeti).

**Karahasan Mustafa Reşit:** Sorumluluk Hukuku-Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk-Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Genişletilmiş 6. Bası, Beta Yayınları, Ankara 2003.

**Karavelioğlu Celal:** Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt I-II, Ankara 2006, (Cilt I-II).

**Kılıçoğlu Ahmet:** “*Depremin Borç İlişkilerine Etkisi*”, ABD, Y. 1999-56, S. 2-3.

**Kuru Baki - Arslan Ramazan - Ejder Yılmaz:** Medeni Usul Hukuku Ders

***İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep***

- Kitabı, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2003.
- Kutlu** Meltem: “*Deprem ve İdarenin Sorumluluğu*”, AİD, Y.1999, S. 34.
- Oğuzman** Kemal - **Öz** Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.
- Onar** Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I-II-III, İstanbul 1966, (Cilt I-II-III).
- Özay** İl Han: Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Özgüldür** Serdar: “*Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdari İşlem-İdari Eylem Kavramları ve İdari İşlemin Yargısal Denetiminde Anayasal ve Yasal Sınırlar*” AYİMD, S. 19, Ktp. 1, Ankara 2004.
- Seliçi** Özer: “*Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı*”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979.
- Şengezer** Betül-**Kansu** Hatice: “*Afetler İmar Mevzuatı Hukuki Sorunları*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000.
- Serozan** Rona: “*Depremzedelerin Tazmin İstemleri*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000.
- Ünal** Mehmet: “*Nedensellik Bağı*”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Y. 2001, S. 111.
- Ulusoy** Ali: “*Deprem ve Kamu Hizmetlerinin Etkinliği*”, Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 15 Haziran 2000.
- Yaman** Murat: “*Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları*” AYİMD, Y. 2003, S. 18.
- Yayla** Yıldızhan: “*İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep*”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979.

BOŞ



## AARHUS SÖZLEŞMESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

*Dr. Ahmet M. Güneş, LL.M.(Münster)\**

### ÖZET

25 Haziran 1998 tarihinde Danimarka'nın Aarhus Kentinde Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (ECE) tarafından imzaya açılmış olan ve 30 Ekim 2001 tarihinde yürürlüğe giren Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi (Aarhus Sözleşmesi), ele aldığı konular bakımından uluslararası çevre hukukunun gelişiminde yeni bir dönemi temsil etmektedir. Bu çalışmamızda öncelikle Aarhus Sözleşmesi'nin çevresel bilgilere erişim, çevre ile ilgili kararlara halkın katılımı ve çevre ile ilgili meselelerde yargıya başvuru konularındaki hükümleri ayrıntılı bir şekilde ele alınacak, sonrasında ise Türk hukukunda yer alan düzenlemelerin bu hükümlerle ne ölçüde örtüştüğü ortaya konacaktır.

**Anahtar Kelimeler :** Aarhus Sözleşmesi, çevresel bilgiye erişim, karar alma süreçlerine halkın katılımı, yargısal başvuru, Türk çevre hukuku

### AN ANALYSIS OF AARHUS CONVENTION

#### ABSTRACT

Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention) opened for signature at Aarhus (Denmark) by United Nations Economic Commission for Europe (ECE) on 25 June 1998 and come into force on 30 October 2001, represents a new period in development of international environmental law in terms of the topics it handles. In this study, in the first place, provisions of Aarhus Convention about access to environmental information, public participation in decisions about environmental issues, access to justice in environmental matters will be discussed in detail; and then it will be set forth that to what extent regulations in Turkish law correspond to these provisions.

**Key Words :** Aarhus Convention, access to environmental information, public participation in decision-making, access to justice, Turkish environmental law.

---

\* Öğr. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **I. Giriş**

Çevre sorunlarının neden ve sonuçları itibariyle insan ve onun kurduğu sistem ile doğrudan ilintili olması, bu sorunlarla mücadelede bireylerden hareket eden bir yaklaşımın benimsenmesini gerekli kılmaktadır. Çevre sorunlarıyla mücadelede bireyin başlangıç alınması ise, tüm vatandaşların çevre ile ilgili konulara uygun bir düzeyde katılımının sağlanmasını zorunlu kılacaktır.<sup>1</sup> Çevre sorunlarının karmaşıklığı, çok yönlülüğü, herkesi etkilemesi ve bu sorunların ortaya çıkışında herkesin payının varlığının yanı sıra çevresel varlıkların herkese ait olması, çevre sorunlarıyla mücadelede başvurulacak tedbirlerin herkesin menfaatini ilgilendirmesi ve bu tedbirlerin etkili şekilde belirlenip uygulanmasının herkesin katkısına bağlı olması gibi birçok husus, çevresel sorunlarla mücadelede katılımı çevre hukukunun en önemli unsurlarından biri haline getirmiştir.<sup>2</sup> Geniş anlamıyla bireylerin çevresel yönetim sürecinde rol oynamaları, etkide bulunmaları ve böylelikle kendi yaşamlarını şekillendirecek bu süreci yönlendirmeleri demek olan katılım<sup>3</sup> genel olarak, karar alma, planlama, yürütme ve uygulama, izleme, değerlendirme ile kontrol ve denetim aşamalarında ortaya çıkmaktadır.<sup>4</sup> 1992 yılında Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı'nda kabul edilen Rio Bildirgesi'nin 10. ilkesi, çevre sorunlarının ilgili bütün vatandaşların uygun düzeyde katılımının sağlanarak ele alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bunun devamında, her bireyin ulusal düzeyde çevreye ilişkin bilgilere erişebilmesinin, karar alma süreçlerine katılabilmesinin ve gerek yargısal gerekse idari birimlere etkili bir şekilde başvurabilmesinin sağlanması gerektiği vurgulanmıştır. Çevresel bilgilere erişim hakkı, çevresel kararların alınma sürecine katılım hakkı ve çevre ile ilgili hususlarda yargısal ve idari birimlere başvuru hakkı bu bağlamda, çevresel sorunlara halkın katılımının sağlanmasına yönelik en önemli usuli araçlardır.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Coşkun, İnsan Hakları Yıllığı, C. 23-24, 2001-2002, s. 147; Güneş/Coşkun, Çevre Hukuku, s. 103. Ayrıca karşı. Danwitz, NVwZ 2004, s. 273 vd.; Kloepper, Umweltrecht, § 4, N. 56 vd.

<sup>2</sup> Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku, s. 153; Epiney, Umweltrecht in der Europäischen Union, s. 175 vd.; Ziekow, NuR 2002, s. 702 vd.; Fisahn, ZUR 2004, s. 136 vd.; Arbter/Handler/Purker/Tappeiner/Trattnigg, Das Handbuch Öffentlichkeitsbeteiligung, s. 11 vd.; Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, s. 209 vd.

<sup>3</sup> Turgut, Çevre Hukuku, s. 280.

<sup>4</sup> Güneş/Coşkun, Çevre Hukuku, s. 104. Ayrıca karşı. Arbter/Handler/Purker/Tappeiner/Trattnigg, Das Handbuch Öffentlichkeitsbeteiligung, s. 7 vd.

<sup>5</sup> Karş. Kaboğlu, Çevre Hakkı, s. 93; Güneş/Coşkun, Çevre Hukuku, s. 103; Gündoğan, Yerel Siyaset, 2008, S. 10, s. 57; Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, s. 125 vd.; Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, s. 209 vd.

## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

Gündem 21 (Agenda 21), İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi ise, Rio Bildirgesi dışında katılımın önemine vurgu yapan diğer bazı uluslararası belgelerdir.

Katılım konusunda uluslararası alandaki en önemli gelişme ise, 25.06.1998 tarihinde Danimarka'nın Aarhus Kentinde Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (ECE) tarafından imzaya açılmış olan ve 30.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren *Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi*'dir.<sup>6</sup> Kısaca Aarhus Sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşme, şimdiki ve gelecek kuşakların sağlıklı ve iyi bir çevrede yaşam haklarının korunmasına katkı sağlamak amacıyla, çevresel konularda bilgi ve belge edinme, karar vermede halkın katılımı ve yargıya erişim konularını ele alan ilk uluslararası sözleşmedir. Bu niteliğinden dolayı Aarhus Sözleşmesi Birleşmiş Milletler eski genel sekreteri Kofi Annan tarafından, "*Çevresel demokrasi alanında Birleşmiş Milletler himayesinde şimdiye kadar gerçekleştirilen girişimlerin en iddialısı*"<sup>7</sup> olarak nitelendirilmiştir. Bilgiye erişim, halkın katılımı ve yargıya erişimin Aarhus Sözleşmesi'nce ele alınan temel kategoriler olması ise, bunların Aarhus Sözleşmesi'nin dayandığı üç sütun olarak nitelendirilmesine neden olmuştur.<sup>8</sup> Çevrenin korunması sürecine halkın etkin bir şekilde katılımını öngören Aarhus Sözleşmesi, katılımcı demokrasi ve bilgi edinme özgürlüğünün gerçekleştirilmesine sunduğu önemli katkılar nedeniyle, çevre hukukunun gelişim eğrisinde şüphesiz yeni bir paradigmayı temsil etmektedir.<sup>9</sup>

## **II. Aarhus Sözleşmesi**

### **A. Tarihi Gelişim**

Çevresel konularda bilgi ve belgelere erişim, halkın katılımı ve yargıya erişime ilişkin düzenlemelere yer veren uluslararası bir antlaşmanın ortaya

<sup>6</sup> Bu sözleşmenin İngilizce metnine <http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43e.pdf> linkinden, Almanca metnine ise <http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/aarhus.pdf> linkinden erişmek mümkündür.

<sup>7</sup> Danwitz, NVwZ 2004, s. 273.

<sup>8</sup> Epiney, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 1; Güldoğan, Yerel Siyaset, 2008, S. 10, s. 57; Danwitz, NVwZ 2004, s. 274; Dietrich/Au/Dreher, Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften, s. 77; Schlacke, ZUR 2004, s. 129; Walter, EuR 2005, s. 305; Stapelfeldt/Siemko, KommJur 2008, s. 321.

<sup>9</sup> Epiney, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 1; Danwitz, NVwZ 2004, s. 273.

konması her ne kadar ilk defa Aarhus Sözleşmesi ile mümkün olmuşsa da, bu tarz bir uluslararası antlaşmanın hazırlanmasına yönelik taleplerin esasında daha eskiye dayandığını ifade etmek gerekir.<sup>10</sup> Öncelikle belirtilmesi gereken bir nokta, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'na dâhil ülkelerin çevre bakanlarınca Ekim 1995'de Sofya'da düzenlenen 3. Çevre Bakanları Konferansı'nın Aarhus Sözleşmesi'nin hazırlanmasında belirleyici olduğudur. Bu konferansta alınan iki karar, konumuz bakımından önem arz etmektedir. Birinci karar, çevresel bilgi ve belgelere erişim ve çevresel kararların verilme sürecine halkın katılımına yönelik olarak Avrupa Ekonomik Komisyonu ilkelerinin kabul edilmesine dair iken; ikincisi, doğrudan katılıma ilişkin olan bir sözleşmenin hazırlanmasına yönelik idi. Bunu takiben 1996 yılında, bu tarz bir sözleşmenin oluşturulması amacını taşıyan bir çalışma grubu kurulmuştur. Avrupa Ekonomik Komisyonu üyesi 33 ülke ve çok sayıda sivil toplum örgütünün düzenli katılımıyla yürütülen ve on toplantıdan oluşan bir müzakere sürecinin ardından, 1998 yılında nihai bir metin üzerinde uzlaşmaya varılmıştır. Bu nihai metin 25 Haziran 1998 tarihinde, Danimarka'nın Aarhus kentinde düzenlenen 4. Çevre Bakanları Konferansı'nda imzaya sunulmuştur. Sözleşmenin on altıncı devletçe onaylanması ile ise, 31 Ekim 2001 tarihinde Aarhus Sözleşmesi yürürlüğe girmiştir. Aarhus Sözleşmesi'ne Kasım 2009 itibarıyla, Avrupa Birliği'nin yanı sıra 43 ülke taraftır.<sup>11</sup> Türkiye ise, çeşitli çekinceler ileri sürerek bu sözleşmeyi henüz imzalamamıştır. Burada değinilmesi gereken diğer bir husus, Aarhus Sözleşmesi'ni tamamlamak amacıyla 21 Mayıs 2003 tarihinde sözleşme taraflarının Kiev'de *Kirletici Salım ve Taşınım Kayıt Sistemi Protokolü'nü* (*Kiev Protocol on Pollutant Release and Transfer Register - PRTR*)<sup>12</sup> kabul ettiğidir. 27 Mayıs 2005 tarihinde düzenlenen 2. taraflar konferansında genetiği değiştirilmiş organizmaların tasarlanmış serbest salınımı hallerinde halkın katılımına ilişkin olarak kararlaştırılan sözleşme değişikliği de (*GMO amendment*),<sup>13</sup> aynı şekilde Aarhus Sözleşmesi'ni tamamlama gayesine yöneliktir.

<sup>10</sup> Bu konuda bkz. *Turgut*, Çevre Hukuku, s. 271; *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Vorbemerkungen, N. 16 vd.; *Scheyli*, Archiv des Völkerrechts, 2000, s. 217 vd.; *Alica*, İdari Yargı Kararları Çerçevesinde 2872 Sayılı Çevre Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıklar, s. 97; *Werres*, DVBl. 2005, s. 611 vd.

<sup>11</sup> Bkz. <http://www.unece.org/env/pp/ratification.htm>

<sup>12</sup> [http://www.unece.org/env/pp/prtr/Protocol%20texts/PRTR\\_Protocol\\_e.pdf](http://www.unece.org/env/pp/prtr/Protocol%20texts/PRTR_Protocol_e.pdf) linkinden 8 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe giren bu protokolün İngilizce metnine erişmek mümkündür.

<sup>13</sup> <http://www.unece.org/env/documents/2005/pp/ece/ece.mp.pp.2005.2.add.2.e.pdf> linkinden taraf devletlerin dörtte üçünün onaylamasından 90 gün sonra yürürlüğe girecek olacak bu değişikliğin İngilizce metnine erişmek olanaklıdır.

## **B. Temel Nitelikler**

Esas metni üç bölümden oluşan Aarhus Sözleşmesi, 1 giriş, 22 madde ve 2 ek içermektedir. Sözleşmenin giriş kısmında taraflar, çevre konusundaki uluslararası belgelere uygun bir şekilde, çevreyi korumak, şimdiki ve gelecek kuşakların sağlıklı ve iyi bir çevrede yaşam hakkının olduğunu kabul etmek, bu yönde halkın bilinçlendirilmesi ve katılımın gerekliliğine inanmak ve bu amaçları gerçekleştirmek için kişi, kuruluş ve araçlardan yararlanmak konularında görüş birliğine vardıklarını ifade etmiştir. Aarhus Sözleşmesi'nin ilk bölümü (md. 1-3), sözleşmeye ilişkin genel hükümleri kapsamaktadır. *Amaç* başlığını taşıyan 1. maddede, sözleşmenin gerek şimdiki gerekse gelecek kuşakların sağlıklı bir çevrede yaşaması için, çevresel bilgiye erişim, karar alma sürecine halkın katılımı ve yargısal mercilere başvuru haklarını güvence altına almayı amaçladığı ifade edilmiştir. *Tanımlar* başlıklı 2. maddede, sözleşmenin uygulanması ile yakından ilgili bazı kavramların tanımına yer verilmiştir. Resmi makam (*Behörde*), çevresel bilgi, halk (*Öffentlichkeit*) ve ilgili halk (*betroffene Öffentlichkeit*) burada tanımlarına yer verilmiş olan bazı önemli kavramlardır. *Genel kurallar* başlığını taşıyan 3. maddede ise, sözleşme taraflarının riayet etmekle mükellef olduğu genel kurallar yer almaktadır. Buna göre taraflar, sözleşmenin öngördüğü hedeflerin gerçekleşmesi için gerekli olan tedbirleri almak ve bu yönde çaba göstermek, çevresel eğitim düzeyi ve çevre bilincini geliştirmek, çevrenin korunması alanında faaliyet yürüten kuruluşların uygun bir şekilde tanınması ve desteklenmesi için çabalamak ve hukuk sistemini bu yükümlülükle uyumlulaştırmak, sözleşmeden doğan hakları kullanan kişilerin herhangi bir şekilde cezalandırılmalarına, takip edilmelerine ve rahatsız edilmesine engel olmakla yükümlüdür. 3. maddede ayrıca, vatandaşlık, milliyet ve ikametgâh ayrımı yapılmaksızın, idari merkezinin kayıtlı olduğu yerin neresi olduğuna ve gerçek veya tüzel kişi olduğuna bakılmaksızın sözleşmeden doğan hakların kullanılabilmesi belirtilmiştir. Aarhus Sözleşmesi'nin ikinci bölümünde (md. 4-9) ise, sözleşmenin üç sütununa ilişkin asgari standartlarla ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Sözleşmenin 4. ve 5. maddelerinde çevresel bilgilere erişim hakkı güvence altına alınırken, halkın çevresel kararların alınması sürecine katılımı 6-8. maddelerde düzenlenmektedir. Sözleşmenin son sütunu olan çevresel konularda yargısal başvuru ise, 9. maddede yer almaktadır. Aarhus Sözleşmesi'nin üçüncü bölümünde (md. 10-22) ise, sözleşme ile ilgili diğer hususlara yer verildiği görülür. 10. maddede *tarafların toplantıları* başlığıyla sözleşmenin işleyişi-

ne ilişkin kurallar ortaya konurken, 11. madde her bir tarafın bir adet oy hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. 12-18. maddeler ise sırasıyla, *sekreteryaya, ekler, sözleşmenin değiştirilmesi, sözleşmeye uyumun denetimi, anlaşmazlıkların çözümü, imza ve depoziter* başlıklarını taşımaktadır. Sözleşmesinin 19. maddesinde onay, kabul, tasdik ve katılma; 20. maddede yürürlüğe girme; 21. maddede geri çekilme düzenlenmiş iken, 22. madde *bağlayıcı metinler* başlığını taşımaktadır. Sözleşme hükümlerinin bitiminde yer alan EK-I'de ise, çeşitli başlıklar altında izin verilmiş sürecinde 6. madde çerçevesinde halkın katılımının zorunlu olduğu faaliyetlere yer verilmiştir. Son olarak EK-II'de, tahkime ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

### **C. Avrupa Birliği Hukuku**

Çevresel konularda halkın katılımının sağlanmasına yönelik olarak Avrupa Birliği hukukundaki gelişmelere de değinmek, konumuz bakımından birçok açıdan faydalı görünmektedir. Öncelikle belirtilmesi gereken husus, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden önceki metinlerinde Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 225. maddesinde tüm topluluk vatandaşlarının Konsey, Avrupa Parlamentosu ve Komisyonun belgelerine erişme hakkı tanıdığı; Avrupa Birliği Antlaşması'nın 28. ve 41. maddelerinin ise bu hakkı, Avrupa Birliği ve Avrupa Çevre Ajansı'nı da kapsayacak şekilde Birliğin diğer kuruluşları içinde geçerli hale getirerek genişlettiğidir. Birliğin kurucu antlaşmalarında yer alan bu hükümler dışında, 1990 yılında kabul edilen *Çevre Konusunda Bilgilere Serbest Erişim Yönergesi (90/313/EWG)*,<sup>14</sup> üye ülkelerin ilgili makamlarının elinde bulunan çevresel bilgilere serbest erişimini ve bu bilgilerin yayımını güvence altına almayı amaçlamaktadır.<sup>15</sup> Çevresel bilgilere erişime ilişkin olarak yönergede öngörülen bu haktan, gerçek veya tüzel kişi olduğuna bakılmaksızın ve herhangi bir menfaat koşulu aranmadan herkes istifade edebilir. Aarhus Sözleşmesi'nin bilhassa birinci sütununa ilişkin hükümlerin belirlenmesinde, Avrupa Birliği'nin bu yönergesinde yer alan düzenlemelerden önemli ölçüde faydalandığını belirtmek gerekir. Bununla birlikte Avrupa Birliği'nin 1998 yılında Aarhus Sözleşmesi'ni imzalaması nedeniyle 90/313/EWG sayılı yönergede özellikle şeffaflık açısından değişiklikler yapma ihti-

<sup>14</sup> Richtlinie 90/313/EWG des Rates vom 7. Juni 1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABl. Nr. L 158 vom 23.6. 1990 s. 56.

<sup>15</sup> Bu yönerge hakkında daha ayrıntılı bkz. *Frenz*, *Europäisches Umweltrecht*, N. 507 vd.; *Jans/von der Heide*, *Europäisches Umweltrecht*, s. 392 vd.; *Dietrich/Au/Dreher*, *Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften*, s. 75 vd.

## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

yacı hâsıl olmuş, bu amaçla 28.01.2003 tarihinde kabul edilen *Halkın Çevresel Bilgilere Erişimine İlişkin Yönerge (2003/4/EG)*<sup>16</sup> ilk yönergeyi yürürlükten kaldırarak bu yönergenin yerine geçmiştir.<sup>17</sup> Aarhus Sözleşmesi'nin ikinci sütununu oluşturan halkın çevresel karar alma süreçlerine katılımı için ise, 26 Mayıs 2003 tarihinde *Çevre ile İlgili Belirli Plan ve Programların Oluşturulması Sürecine Halkın Katılımına İlişkin Yönerge (2003/35/EG)*<sup>18</sup> kabul edilmiştir.<sup>19</sup> Bu yönerge her ne kadar, Avrupa Birliği'nin ÇED Yönergesini (85/337/EWG) ve Entegre Kirliliği Önleme ve Denetleme Yönergesini (96/61/EG) gerek halkın katılımı gerekse yargıya erişim hususlarında değiştiren bazı hükümler içerse de, esas olarak plan ve programlara halkın katılımını ele alan genel bir düzenlemedir. Bu yönerge, belirli plan ve programların oluşturulma sürecine halkın erken bir aşamada ve etkin olarak katılımını öngörmektedir. Bunun haricinde, uygun bir şekilde bilgilendirilmiş halkın görüşlerini açıklaması için imkânlar oluşturulmalı ve ilgili plan ve programların nihai şekline ilişkin kararlar verilirken halkın görüşleri göz önünde bulundurulmalıdır. Aarhus Sözleşmesi'nin üçüncü sütununu oluşturan yargısal mercilere başvuru konusunda 2003/35/EG sayılı yönergeyle ÇED Yönergesi ve Entegre Kirliliği Önleme ve Denetleme Yönergesi'nin değiştirilmesi ile yargısal mercilere başvuru konusunda bazı düzenlemeler ortaya konmuşsa da, bu düzenlemelerin yeterli olduğundan söz etmek mümkün görünmemektedir. Avrupa Komisyonu söz konusu eksikliği gidermek amacıyla 24 Ekim 2003 tarihinde iki öneri hazırlamıştır. Bunlardan ilki, *Çevresel Konularda Yargısal Mercilere İlişkin Yönerge Önerisi*<sup>20</sup> iken, ikincisi *Aarhus Sözleşmesi'nin Hükümlerine*

<sup>16</sup> Richtlinie 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates, ABl. Nr. L 041 vom 14/02/2003 s. 26.

<sup>17</sup> Bu yönerge hakkında daha teferruatlı bkz. *Epiney*, Umweltrecht in der Europäischen Union, s. 191 vd.; *Butt*, NVwZ 2003, s. 1071 vd.; *Schwanenflug*, KommJur 2007, s. 10 vd.; *Jung*, Demokratisierung durch prozedurales Umweltrecht?, s. 287 vd.

<sup>18</sup> Richtlinie 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten, ABl. Nr. L 156 vom 25/06/2003 s. 17.

<sup>19</sup> Bu yönerge ile ilgili olarak daha ayrıntılı bkz. *Fisahn*, ZUR 2004, s. 136 vd.; *Schink*, EurUP 2003, s. 33; *Epiney*, Umweltrecht in der Europäischen Union, s. 202; *Stapelfeldt/Siemko*, KommJur 2008, s. 322; *Koch*, NVwZ 2007, s. 378 vd.; *Callies*, EG-Umweltrecht, N. 110 vd.; *Jung*, Demokratisierung durch prozedurales Umweltrecht?, s. 285 vd.

<sup>20</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 2003 über den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, KOM (2003), s. 624. Ayrıca



*rinin Avrupa Topluluğu Organ ve Kuruluşları Üzerinde uygulanmasına İlişkin Tüzük Önerisi*'dir.<sup>21</sup> Yukarıda belirttiğimiz tüzük önerisinin hükümlerini büyük ölçüde aynen içeren *Aarhus Tüzüğü*<sup>22</sup> olarak da adlandırılan tüzük 6 Eylül 2006 tarihinde kabul edildiği halde, yargısal mercilere başvuruya ilişkin bir yönerge Avrupa Birliği tarafından henüz kabul edilmemiştir.

#### **D. Çevresel Bilgiye Erişim**

Aarhus Sözleşmesi'nin en önemli unsurlarından biri, 4. maddede düzenlenmiş olan çevresel bilgiye erişim konusudur. Bu maddenin 1. fıkrası sözleşme taraflarını, resmi makamların 4. maddenin diğer fıkralarında yer alan hükümleri de dikkate alarak talep halinde çevresel bilgileri herhangi bir menfaat şartı aramadan bireylerin kullanımına sunmasını sağlamakla mükellef kılmıştır. 4. maddenin 2. fıkrasında ise, çevresel bilgilerin olabildiğince erken bir zamanda fakat en geç bilgi talebinden itibaren 1 ay içinde verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. İlgili bilgilerin kapsam ve karmaşık yapısından dolayı bu sürenin 2 aya kadar uzatılmasını haklı kılabilir, ancak bu tür bir durumda talepte bulunan kişinin süre uzatım sebepleri hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Bu bağlamda Aarhus Sözleşmesi'nin 4. maddesi, kişilere talepte bulunulan bilgi konusunda bir menfaati bulunup bulunmadığına bakılmaksızın çevresel bilgilere erişim konusunda bir hak tanımaktadır. Bu hakkın konusunu oluşturan çevresel bilgi kavramından ne anlaşılması gerektiği için ise, sözleşmenin 2. maddesinin 3. fıkrasında yer alan çevresel bilgi tanımına başvurmak gerekir. Buna göre çevresel bilgi, "**(a)** Hava ve atmosfer, su, toprak, yer, peyzaj ve doğal alanlar, genetiği değiştirilmiş organizmalar da dâhil olmak üzere biyolojik çeşitlilik ile biyolojik çeşitliliğin öğeleri ve tüm bu unsurlar arasındaki karşılıklı etkiler; **(b)** Maddeler, enerji, ses ve radyasyon gibi faktörler ve yukarıdaki paragrafta sayılan çevreye ilişkin öğeleri etkileyen ya da etkileyebilecek olan faaliyetler veya idari önlemler, çevreyle ilgili anlaşmalar, politikalar, kanunlar, plan ve programlar ve çevreyle ilgili karar alma süreçlerinin

---

karş. *Epiney*, Umweltrecht in der Europäischen Union, s. 203; *Callies*, EG-Umweltrecht, N. 113.

<sup>21</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anwendung der Bestimmungen des Århus-Übereinkommens über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Europäischen Gemeinschaft, KOM (2003), s. 622.

<sup>22</sup> *Unabhängiges Institut für Umweltfragen*, Aarhus- Konvention. Ayrıca karş. *Epiney/Scheyli*, Die Aarhus-Konvention, s. 30 vd.; *Danwitz*, NVwZ 2004, s. 275.



## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

*de yararlanılan fayda-maliyet analizleri ve diğer iktisadi analizler ile varsayımlar; (c) Çevresel öğelerin durumundan veya bunlar aracılığıyla, ya da yukarıdaki (b) paragrafında sayılan öğelerden, faaliyetler veya tedbirlerden etkilendiği oranda, insan sağlığı ve güvenliğinin durumu, hayat şartları, kültürel yerlerin ve insan yapısı olan yapılarla ilişkin, her türlü yazılı, görsel, işitsel veya diğer bir biçimdeki bilgidir.”*

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, çevresel bilgi kavramı Aarhus Sözleşmesi tarafından oldukça geniş ele alınmıştır. Bu durum, Aarhus Sözleşmesi'nin bilgi taleplerinin kapsamını mümkün olduğunca geniş tutma yönündeki iradesinin bir yansıması olarak görülebilir. Belirtilmesi gereken ilk husus, bu tanımda klasik çevre koruma politikalarına konu olan su, toprak ve hava gibi kategorilerin haricinde, genetiği değiştirilmiş organizmalara, karar alma süreçlerinde yararlanılan fayda-maliyet analizleri ve diğer iktisadi analizlere açık bir şekilde yer verilmesinin oldukça ileri bir yenilik olduğudur.<sup>23</sup> Bunun dışında, (c) paragrafında zikredilen öğelerle ilgili bilgilerin de çevresel bilgi kapsamında değerlendirilmesi, Aarhus Sözleşmesi'nin klasik yaklaşımlardan ayrıldığını göstermektedir.<sup>24</sup> Bu bağlamda, Aarhus Sözleşmesi'nin çevreyle ilgili akla gelebilecek her türlü bilgiyi kapsamına aldığını belirtmek yanlış bir tespit olmayacaktır.<sup>25</sup>

Bireylerin çevresel bilgilere erişim için başvuracağı yer olan resmi makamlara ilişkin sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan tanım dikkate alındığında, bu kavramın da oldukça geniş bir şekilde ele alındığı görülecektir. Buna göre resmi makamlar, “**(a)** Ulusal, bölgesel veya diğer düzeydeki idari birimler, **(b)** Ulusal yasalar uyarınca, belirli yükümlülükler, faaliyetler veya hizmetler de dahil olmak üzere çevreyle ilgili kamusal idari görevleri yerine getiren gerçek veya tüzel kişiler, **(c)** Yukarıdaki (a) veya (b) paragraflarında belirtilen bir birim ya da kişinin denetimi altında çevre ile ilgili kamusal yetkilerle donatılmış, kamusal görevleri yerine getiren veya kamusal hizmetlerde bulunan gerçek veya tüzel kişiler, **(d)** Aarhus Sözleşmesi'nin tarafı olan ve sözleşmenin 17. maddesinde belirtilen bölgesel ekonomik entegrasyon örgütlerine bağlı tüm birimlerdir.”

<sup>23</sup> *Unabhängiges Institut für Umweltfragen*, Aarhus- Konvention.

<sup>24</sup> *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 2; *Epiney/Scheyli*, Die Aarhus-Konvention, s. 30 vd.; *Danwitz*, NVwZ 2004, s. 275.

<sup>25</sup> *Unabhängiges Institut für Umweltfragen*, Aarhus- Konvention; *Danwitz*, NVwZ 2004, s. 275; *Scheyli*, Archiv des Völkerrechts, 2000, s. 230; *BMU*, Beteiligungsrechte im Umweltschutz, s. 8; *Epiney/Scheyli*, Die Aarhus-Konvention, s. 29 vd.

Oldukça geniş bir şekilde tanımlanmış olan resmi makam kavramının kapsamına kamusal hizmetlerini yürüten tüzel kişilerin de alınmış olması, özelleştirme veya benzeri bir sebeple kamusal hizmetlerin özel kişiler tarafından yürütüldüğü hallerde de, bireylere çevresel bilgiler için bu kişilere de başvuru imkânı sağlamaktadır.<sup>26</sup> Bununla birlikte Aarhus Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 2. fıkrası, yasama ve yargı dâhilinde görev yapan birim veya kurumları resmi makam tanımının kapsamı dışında bırakmaktadır.

Aarhus Sözleşmesi her ne kadar, çevresel bilgilere erişim konusunda bireylere bir hak tanısa da, bu bilgilerin açıklanmasının zarara neden olabileceği bazı durumlar için bilgiye erişim kuralına 4. maddenin 3. ve 4. fıkralarında bazı istisnalar getirilmiştir. 4. maddenin 3. fıkrasına göre, “**(a)** Başvurunun yapıldığı resmi makam kendisinden istenilen bilgiye sahip değilse, **(b)** Talep, açık bir şekilde makul değilse ve çok genel bir şekilde formüle edilmişse, **(c)** Talep, halen oluşturulmakta olan bir materyal ile ilgili ise veya resmi makamların iç yazışmalarını ilgilendiriyorsa ya da kamu yararı düşünülerek ulusal mevzuat çerçevesinde veya uygulamada kabul edilmiş bir istisnaya ilişkin ise, yapılan çevresel bilgi talebi reddedilebilir.”

Buna ilaveten 4. maddenin 4. fıkrası çevresel bilgi taleplerinin şu hallerde de reddedilebilir: “**(a)** Ulusal mevzuat uyarınca resmi makamlar için gizliliğin öngörüldüğü haller, **(b)** Uluslararası ilişkilerin, ulusal savunma veya kamu güvenliği konularının olumsuz etkilenebileceği durumlar, **(c)** Yargısal sürecin işleyişinin, kişinin adil yargılama hakkının veya resmi bir makamın ceza ya da disiplin soruşturmalarını yürütme imkânının olumsuz etkilenebileceği durumlar, **(d)** Meşru ekonomik çıkarları korumak amacıyla hukuken korunan ticari ve işletme sırlarının olumsuz etkilenebileceği durumlar, **(e)** Fikri mülkiyet haklarının olumsuz etkilenebileceği haller, **(f)** Ulusal hukuk uyarınca bu tür bilginin gizliliği ilkesi kabul edildiği ve kişilerin kamuya açılmasına rıza göstermediği hallerde, gerçek kişilere ait kişisel verilerin veya dosyaların gizliliği, **(g)** Hukuken böyle bir yükümlülük altında bulunmamasına rağmen bu bilgiyi sağlayan üçüncü bir kişinin menfaatlerinin zarar görebileceği durumlarda, bu kişinin söz konusu materyalin açıklanmasına rıza göstermemesi, **(h)** Nadir türlerin üreme alanları gibi talep konusu çevresel öğelerin olumsuz etkilenebileceği haller.”

<sup>26</sup> *Unabhängiges Institut für Umweltfragen*, Aarhus-Konvention; *Danwitz*, NVwZ 2004, s. 275; *Scheyli*, *Archiv des Völkerrechts*, 2000, s. 230; *BMU*, *Beteiligungrechte im Umweltschutz*, s. 8; *Epiney/Scheyli*, *Die Aarhus-Konvention*, s. 29 vd.

## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

4. maddenin 4. fıkrasının sonunda ise, yukarıda zikredilen ret etme nedenlerinin talep edilen bilginin açıklanmasıyla elde edilebilecek kamu yararı ve söz konusu bilginin çevreye salınan emisyonlarla olup olmadığının göz önünde bulundurularak, dar bir biçimde yorumlanacağı ifade edilmiştir. 4. maddenin 3. ve 4. fıkralarında yer alan ret nedenleri ayrıca, Avrupa Birliği'nin 90/313/EG sayılı yönergesinin 3. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ret nedenleri ile çok büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Burada vurgulanması gereken diğer bir nokta, 4. maddenin 3. ve 4. fıkralarında sayılan ret nedenlerinin tahdidi olduğudur.<sup>27</sup> Bunun haricinde 4. maddenin 5. fıkrasında, ilgili resmi makamın talep edilen çevresel bilgilere sahip olmaması halinde, bu resmi makamın bilgileri talep eden kişiyi bu bilgileri bulabileceği resmi makam hakkında olabilecek en kısa zamanda bilgilendirmesini veya ilgilinin talebini başvurması gereken bu resmi makama iletmesini öngörmektedir. 3. ve 4. fıkralarda belirtilen ret nedenlerinin, resmi makamların gizli sayılan bilgi dışında kalan çevreyle ilgili bilgileri başvuru sahibine iletmesi görevini ortadan kaldırmayacağı hususuna ise, 4. maddenin 6. fıkrasında yer verilmiştir. Sözleşmenin 4. maddesinin 7. fıkrasında ise, talebin yazılı biçimde gerçekleşmesi halinde reddin de yazılı bir biçimde başvuruyu yapan kişiye iletilmesi, burada ayrıca ret nedenlerine ve 9. maddede öngörülen denetim usulüne erişime ilişkin bilgilere yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Son olarak 8. fıkrada, çevresel bilgilere erişmek isteyen kişilerden uygun bir ücret alınabileceği belirtilmiştir.

Aarhus Sözleşmesi'nin 4. maddesinde güvence altına alınan çevresel bilgilere erişim hakkının kullanılabilmesi, ancak bu hakkın kullanımına elverişli informasyonel malzemenin varlığına bağlıdır. Bu bağlamda sözleşmenin 5. maddesi, çevresel bilgilerin toplanmasına ve yayımına ilişkin yükümlülükler yer vermektedir. Bu tarz yükümlülükler, 2003/4/EG sayılı Avrupa Birliği yönergesinin 7. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre taraf devletler öncelikle, çevresel bilgilere erişim hakkının bireylerce etkin bir şekilde kullanımını güvence altına alacak tüm tedbirleri almak ve gerekli iç hukuk düzenlemelerini yapmakla yükümlü kılınmıştır. Bunun haricinde resmi makamlar, kendi görev alanlarına giren konulardaki önemli çevresel bilgileri hazırlama ve bunları talepte bulunanlara bildirmekle mükelleftir. Taraf devletlere burada yüklenen

<sup>27</sup> *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 3; *Unabhängiges Institut für Umweltfragen*, Aarhus-Konvention; *BMU*, Beteiligungsrechte im Umweltschutz, s. 10; *Danwitz*, NVwZ 2004, s. 275; *Güldoğan*, Yerel Siyaset, 2008, S. 10, s. 57.

diğer bir yükümlülük ise, çevresel bilgileri, herkesin kolayca erişimi mümkün olacak bir şekilde, ağırlıklı elektronik veri bankalarında kullanıma sunmadır.

### **E. Çevresel Karar Alma Süreçlerine Halkın Katılımı**

Aarhus Sözleşmesi'nin ikinci sütununu oluşturan çevresel karar alma süreçlerine halkın katılımı, sözleşmenin 6-8. maddelerinde düzenlenmiştir. Çevresel karar alma süreçlerine halkın katılımının taşıdığı öneme binaen sözleşmenin giriş kısmında, halkın karar alma süreçlerine katılımının, idari kararların kalitesini ve uygulamasını iyileştirdiği, halkın çevresel konulardaki bilincini geliştirdiği, halka kendi taleplerini ifade etme imkânı sunduğu ve resmi makamlara bu talepleri göz önünde bulundurma olanağı yarattığı belirtilerek; katılımın, karar alma süreçlerinde sorumluluğu ve şeffaflığı artıracak ve halkın çevresel kararlara olan desteğini güçlendireceği vurgulanmıştır.<sup>28</sup> Bununla birlikte, Aarhus Sözleşmesi'nin çevresel karar alma süreçlerine halkın katılımı konusunu üç ayrı başlık altında ele aldığını belirtmek gerekir: Halkın belirli faaliyetlere ilişkin kararlara katılımı, 6. maddede düzenlenmiş iken; 7. maddede halkın çevre ile ilgili plan, program ve politikalara katılımını ele almakta; 8. maddede ise, yürütmeye yönelik düzenlemelerin ve/veya genel olarak hukuk bağlayıcı normatif araçların hazırlanması sırasında halk katılımı konusuna yer verilmiştir.

Aarhus Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının a) bendinde, sözleşmenin EK-I'inde yer alan faaliyetlere izin verilip verilmeyeceğine ilişkin karar alma süreçlerine halkın mutlaka katılmasını öngörmektedir. EK-I'de 19 başlık altında farklı faaliyet türleri ayrıntılı bir şekilde sıralanmıştır.<sup>29</sup> 6. maddenin 1. fıkrasının b) bendi ise taraf devletleri, EK-I'de yer alamamasına rağmen ulusal hukuk uyarınca ciddi çevresel etkiler doğurabilecek nitelikteki faaliyetlere izin verilip verilmeyeceğine ilişkin karar alma süreçlerine de halkın katılmasını sağlamakla mükellef kılmaktadır.<sup>30</sup> Bunun yanı sıra 6. maddenin 2 vd. fıkralarında, halkın karar alma sürecine katılımının nasıl gerçekleşeceği düzenlenmiştir.<sup>31</sup> Öncelikle ilgili halk, planlanan faaliyet hakkında açık bir

<sup>28</sup> Bu konuda ayrıca karşı. *Fisahn*, ZUR 2004, s. 137.

<sup>29</sup> Aarhus Sözleşmesi'nin EK-I'inde yer alan faaliyetler, 85/337/EWG ve 96/61/EG sayılı Avrupa Birliği yönergelerinin eklerinde yer verilmiş faaliyetlerle büyük ölçüde benzeşmektedir.

<sup>30</sup> Bu hüküm hakkında daha ayrıntılı olarak bkz. *Epiney/Scheyli*, Die Aarhus-Konvention, s. 29 vd.

<sup>31</sup> Daha ayrıntılı olarak bkz. *Unabhängiges Institut für Umweltfragen*, Aarhus-Konvention; *Fisahn*, ZUR 2004, s. 138 vd.

## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

ilanla veya uygun bir şekilde çevresel karar alma sürecinin erken bir aşamasında, tam vaktinde ve etkin bir şekilde bilgilendirilecektir. Halkın katılımına ilişkin usulün kural olarak, süre bakımından farklı aşamaları kapsayan uygun bir süreç olarak düzenlenmesi gerekir. Taraf devletler, farklı seçeneklerden faydalanmanın hala mümkün olduğu ve katılımın etkili bir şekilde gerçekleştirilebileceği erken bir aşamada halkın karar alma sürecine katılımını sağlamakla mükelleftir. Taraf devletler ayrıca ilgili halkın, karar sürecinde önem taşıyan katılımın gerçekleştirileceği anda hazır olan bilgilere ücretsiz bir şekilde erişimini ve bu bilgileri inceleyebilmesini sağlamak zorundadır. Karar sürecinde önem taşıyan bu bilgilerin asgari olarak hangileri olduğuna ise, 6. maddenin 6. fıkrasında değinilmiştir. Katılım sürecinde halkın, planlanan faaliyet hakkındaki kendince önem taşıyan düşünce, bilgi ve analizlerini yazılı bir şekilde veya gerektiğinde halkın dinlenmesi aşamasında ya da başvuru sahibinin incelemesi esnasında açıklama imkânına sahip olması gerektiğine ise, 6. maddenin 7. fıkrasında yer verilmiştir. 6. maddenin 8. fıkrasında ise taraf devletlerin, halkın katılımının sonucunun karar aşamasında uygun bir şekilde göz önünde bulundurulmasını güvence altına almak zorunda olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle halkın katılımı sonucunda varılan netice, ilgili faaliyete izin verilip verilmeyeceğine ilişkin nihai kararını verirken idari birim bakımından hukuken bağlayıcı bir niteliğe sahip değildir.<sup>32</sup> Bunun haricinde ilgili faaliyet hakkında nihai kararını veren idari birim, bu karar hakkında derhal ve bu duruma uygun bir usulle halkı bilgilendirmek zorundadır. Söz konusu idari birim ayrıca, karar metnini ve bu karara temel teşkil eden nedenleri erişilebilir kılmakla yükümlüdür.

Halkın çevresel karar alma süreçlerine katılımı ile ilgili olarak belirtilmesi gereken önemli diğer bir husus, karar alma sürecine katılıma ilişkin bu hakkın sözleşmenin 6. maddesi uyarınca sadece ilgili halka tanınmış olduğudur. İlgili halk kavramından ne anlaşılması gerektiği için ise, sözleşmenin 2. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında yer alan “*halk*” ve “*ilgili halk*” tanımına başvurmak gerekir. Buna göre halk, bir veya birden çok gerçek veya tüzel kişiyi ve bunların ulusal hukuk veya uygulamaya uygun birlik, örgüt ve gruplarını ifade etmektedir. İlgili halk ise, çevresel karar alma sürecinden etkilenen veya etkilenmesi muhtemel veyahut bu konuda bir menfaati söz konusu olan halktır. 2. maddenin 5. fıkrasında ayrıca, çevrenin korunması alanında faaliyet

<sup>32</sup> *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 4; *Fisahn*, ZUR 2004, s. 139.

gösteren ve ulusal mevzuatlarındaki şartları yerine getiren sivil toplum örgütlerinin de, bu tür bir menfaatlerinin mevcut olduğu dile getirilmiştir. Bu açıklamalardan yola çıkarak şu tespitlerde bulunmak mümkündür: Çevresel kararların alınması sürecine herkes değil, ancak bu karar sürecinden somut bir şekilde etkilenen veya etkilenmesi muhtemel olan kesimler katılabilir. Çevre koruması konusunda faaliyet gösteren sivil toplum örgütleri de, ulusal hukuk çerçevesinde tanındıkları takdirde katılım sürecine katılma imkânına sahiptir. Bununla birlikte, çevre alanında faaliyet yürüten sivil toplum örgütlerinin çevresel karar alma sürecine katılması konusunda ulusal mevzuatların referans gösterilmesi, taraf devletlerin bu tür örgütleri tanımayı çok sıkı şartlara bağlayabileceği veya belli bazı örgütleri bu kapsam dışında bırakacak tarzda düzenlemeler yapabileceği şeklinde anlaşılmamalıdır.<sup>33</sup>

Halkın çevresel karar alma süreçlerine katılımının usul ve içeriğine ilişkin olarak Aarhus Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan hükümler dikkate alındığında, burada yer verilen hükümlerin, açıklayıcılık açısından çoğu kez doyurucu olmaktan uzak olduğu, taraf devletlere halkın katılımının güvence altına alınması hususunda bir yükümlülüğün yüklendiği, bu yükümlülüğün nasıl bir tarzda gerçekleştirileceğinin ise büyük ölçüde taraf devletlere bırakılmış olduğudur.<sup>34</sup> Bununla birlikte taraf devletler, sözleşmede öngörülen bu yükümlülüklerin ulusal mevzuata aktarılması sürecinde sözleşmenin ruhuna ve amaçlarına aykırılık teşkil edecek ulusal düzenleme ve uygulamalar getirmekten kaçınmalıdır.

Aarhus Sözleşmesi'nin *çevre ile ilgili plan, program ve politikalara halkın katılımı* başlıklı 7. maddesine göre taraf devletler, gerekli bilgileri halkın kullanımına sunulduktan sonra, çevre ile ilgili plan ve programların hazırlanışı sürecine halkın şeffaf ve adil bir çerçevede katılımını sağlamaya uygun pratik ve/veya diğer önlemleri almak zorundadır.<sup>35</sup> 6. maddenin 3., 4. ve 8. maddelerinin burada da uygulama alanı bulacağından söz edilmiş olması ise, halkın katılımının, halkın bilgilendirilmesine ve karar verme sürecine etkin bir şekilde katılmasını sağlayacak yeterli zamanı içermesini, erken bir aşamada

<sup>33</sup> *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 4; *Koch*, NVwZ 2007, s. 376.

<sup>34</sup> *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 4 vd.

<sup>35</sup> Daha taferruatlı olarak bkz. *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 5.

## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

gerçekleştirilmesini ve sonuçlarının faaliyete ilişkin nihai karar verilirken göz önünde tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Son olarak 7. maddede, taraf devletlerin halkın çevre ile ilgili politikaların oluşturulması sürecine katılımını sağlamak konusunda uygun ölçüde çaba göstereceğinden bahsedilmektedir.

*Yürütmeye yönelik düzenlemelerin ve/veya genel olarak hukuken bağlayıcı normatif araçların hazırlanması sırasında halk katılımı* başlığını taşıyan Aarhus Sözleşmesi'nin 8. maddesi, halkın belirli normatif süreçlere katılımı konusunu ele almaktadır.<sup>36</sup> Sözleşmenin bu maddesi, ciddi çevresel etkiler ortaya çıkarabilecek nitelikte olma şartıyla genel olarak hukuki bağlayıcılığa sahip tüm düzenlemeler üzerinde uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre taraf devletler, halkın bu tarz bir katılımını teşvik etmek hususunda çaba gösterecek ve bu amaca yönelik olarak, a) süreleri etkili bir katılımı mümkün kılacak şekilde tespit edecek, b) düzenleme taslaklarını yayınlayacak veya diğer şekillerde erişilebilir kılacak, c) halka doğrudan veya temsili danışmanlık kuruluşları aracılığıyla görüş bildirme fırsatı verecektir. 8. maddenin sonunda ise, halkın katılımının sonuçlarının mümkün olduğunca göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir.

### **F. Çevresel konularda Yargısal Başvuru**

Aarhus Sözleşmesi'nin üçüncü sütununu oluşturan yargısal başvuru, sözleşmenin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede esas olarak, a) sözleşmenin 4. maddesinde düzenlenmiş olan çevresel bilgiye erişim hakkının ihlali, b) 6. maddede düzenlenmiş olan belirli çevresel faaliyetlere ilişkin kararlara halkın katılımı ilkesine aykırılıklar, c) ulusal hukukun ihlali durumlarında, ilgilinin başvurusu üzerine mahkeme veya ulusal mevzuata göre oluşturulmuş tarafsız ve bağımsız bir organ önünde yürütülecek bir denetim prosedürü öngörülmektedir. Yargısal başvuru hakkı bu bağlamda, çevresel bilgiye erişim ve halkın çevresel kararlara katılım hakkının bir güvencesi olmanın yanı sıra ulusal çevre hukuku ihlallerini de önlemenin genel bir yöntemi olarak ele alınmıştır.<sup>37</sup>

Aarhus Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 1. fıkrasına göre taraf devletler, ulusal mevzuat çerçevesinde çevresel bilgilere erişim talebinin sözleşme hüküm-

<sup>36</sup> Bu konuda daha ayrıntılı olarak bkz. *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 5 vd.; *Scheyli*, Archiv des Völkerrechts, 2000, s. 241; *Fisahn*, ZUR 2004, s. 140.

<sup>37</sup> Karş. *Güldoğan*, Yerel Siyaset, 2008, S. 10, s. 58; *Danwitz*, NVwZ 2004, s. 275 vd.



lerine aykırı olarak dikkate alınmadığını, haksız yere kısmen veya tamamen reddedildiğini, yetersiz yanıtlandığı ya da sözleşmede öngörülen biçimde bir işleme tabi tutulmadığını düşünen herhangi bir kişinin bir mahkemeye veya tarafsız ve bağımsız başka bir birim önünde denetim prosedürüne başvuru hakkına sahip olmasını sağlamakla mükelleftir. Burada yer alan açıklamalar dikkate alındığında, çevresel bilgiye erişim hakkı belirtilen tarzda ihlal edilen herhangi bir kişinin yargısal başvuru hakkına sahip olduğu, bu hukuki mekanizmadan faydalanmanın bu bakımdan herhangi bir özel menfaat koşuluna bağlanmadığı görülmüştür. Bu tür yargısal başvuru için özel bir menfaat ihlali koşulunun aranmaması, sözleşmenin 4. maddesinin 1. fıkrasında herhangi bir koşul aranmadan herkesin çevresel bilgilere erişim hakkına sahip olduğuna ilişkin hükmün mantıksal bir sonucudur.<sup>38</sup> Bunun haricinde bu tarz bir yargısal başvurunun, yargı teşkilatına dâhil bir mahkeme veya ulusal mevzuata göre oluşturulmuş ve işleyiş bakımından bağımsız ve tarafsız nitelikteki bir organ önünde sonuca bağlanması gerekmektedir. İlgili başvuruların bir mahkeme nezdinde karara bağlanacağına dair ulusal bir düzenlemenin öngörüldüğü durumlarda ise taraf devletler 9. maddenin 1. fıkrası gereği ayrıca, ilgililere hızlı, kanunen belirlenmiş ve ücretsiz veya pahalı olmayacak şekilde bir merci ya da mahkeme niteliğinde olmayan bağımsız ve tarafsız bir birim önünde de yargısal başvuruda bulunma imkânı sağlamakla yükümlüdür. Bu ilave olanak, mahkemelerdeki yargılamaların uzun sürmesi ve mahkeme masraflarının yüksekliği nedeniyle ilgili kişilerin yargısal başvuru haklarının etkisiz bir hal almasına karşı bir önlem olarak düşünülmüştür.<sup>39</sup> Mahkeme veya yetkili diğer organlar tarafından başvuru konusunu oluşturan çevresel bilgiler hakkında verilen nihai karar, bu bilgiyi elinde tutan resmi makam bakımından hukuken bağlayıcıdır.

Aarhus Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 2. fıkrası, yeterli bir menfaate sahip olan veya bir hak ihlaline uğrayan ilgili halka, resmi makamların sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrası kapsamındaki kararlarına karşı gerek mahkemeler ve gerekse diğer bağımsız ve tarafsız organlar nezdinde bir başvuru hakkı tanımaktadır. Öncelikle bu tür bir yargısal başvuru hakkının kapsamına, resmi makamların gerek EK-I'de yer alan gerekse de ulusal hukuk çerçevesin-

<sup>38</sup> *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 6.

<sup>39</sup> *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 6; *Danwitz*, NVwZ 2004, s. 276.



## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

de ciddi çevresel etkiler doğurabilecek nitelikteki diğer faaliyetlere ilişkin kararlarının girdiğini belirtmek gerekir. Bunun dışında, 9. maddenin 2. fıkrasında bu başvuru hakkından 6. maddenin 2. fıkrası kapsamındaki kararlarla ilgili olarak yeterli bir menfaate sahip olan ilgili halka mensup kişilerin faydalanabileceğinden söz edilmiş olması, her ne kadar ilk bakışta bu hakkın kullanılabilmesi için hukuken korunan menfaatin varlığının gerekmediği izlenimini verse de, ilgili devletin ulusal mevzuatında öngörülmesi durumunda başvuru hakkının bir hak ihlaline de bağlanabileceği ifade edilmiştir.<sup>40</sup> Bir başka deyişle, yargısal başvuru hakkının kullanımının ilgili halkın yeterli bir menfaatinin mevcudiyetine veya ulusal mevzuat çerçevesinde bir hak ihlaline bağlamak konusunda taraf devletler serbest bırakılmıştır. Nitekim 9. maddenin 2. fıkrasında da, yeterli menfaat ve hak ihlali kavramlarının ulusal mevzuat çerçevesinde tanımlanması gerektiği belirtilmektedir. Ancak bu kavramların tanımı yapılırken, Aarhus Sözleşmesi'nin ilgili halkın geniş bir biçimde yargısal mercilere erişiminin sağlanması amacının da güvence altına alınması şarttır. Aarhus Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen diğer bir husus, sözleşmenin 2. maddesinin 5. fıkrası uyarınca çevrenin korunması alanında faaliyet gösteren ve ulusal mevzuatlardaki şartları yerine getiren sivil toplum örgütlerinin bu konuda kural olarak yeterli bir menfaate ve 9. maddede belirtilen çerçevede ihlale konu olabilecek bir hakka sahip olduğudur. Taraf devletlerin ulusal mevzuatları çerçevesinde bu tür örgütlere ilişkin kıstaslar belirleme hakkına sahip olması ise, taraf devletlere ilgili örgütlerin idari merkezi veya faaliyet alanı gibi hususlar açısından belli bazı sınırlamalar öngörme imkânı tanımaktadır.<sup>41</sup> Bununla birlikte, yeterli menfaat veya hak ihlali kavramlarının çevreci sivil toplum örgütleri bakımından ulusal mevzuat çerçevesinde dar tanımlanması sonucunda, bu örgütlerin yargısal başvuru imkânını etkisizleştirecek ölçüde kısıtlayıcı düzenlemelerin Aarhus sözleşmesi ile bağdaşmayacağını ifade etmek gerekir.<sup>42</sup> Değnilmesi lüzum arz eden diğer bir nokta, yargısal başvurunun ilgili mahkeme veya birimce kabul edil-

<sup>40</sup> Fransız idare hukukunda iptal davalarında dava ehliyeti bakımından yeterli menfaat koşulu aranırken, Alman idare hukukundaki iptal davalarının açılması bir hakkın ihlaline bağlanmıştır. Aarhus Sözleşmesi'nin bu bağlamda Fransız ve Alman idare hukuklarında benimsenen yaklaşımlara birlikte yer verdiğini belirtmek gerekir. Bu konuda karşı. *Danwitz, NVwZ 2004, s. 276; Unabhängiges Institut für Umweltfragen, Aarhus-Konvention.*

<sup>41</sup> *Epiney, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 8 vd.*

<sup>42</sup> Karşı. *Epiney, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 9; Koch, NVwZ 2007, s. 376 vd.*

diği durumlarda, yetkili mahkeme veya birimin sadece halkın katılımı sürecinin kurallara uygun bir şekilde yürütüldüğünü değil, aynı zamanda 6. maddede kapsamında verilen kararların içerik ve usul bakımından hukuka uygunluğunu da denetlemesi gerektiğidir.<sup>43</sup> Aarhus Sözleşmesi'nin burada belirttiği hususlar dışında 9. maddenin 2. fıkrası kapsamındaki yargısal başvurulara ilişkin usul ve esaslara ayrıntılı bir şekilde yer vermemiş olması ise, bu konuda daha teferruatlı düzenlemeler getirme hususunda taraf devletlerin yetkili kılındığı anlamına gelmektedir.<sup>44</sup> 9. maddenin 2. fıkrasının sonunda dile getirilen diğer bir husus, yargısal başvurulardan önce idari başvuru yollarının tüketilmesi şartının ulusal mevzuatta yer alması durumunda, 9. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemenin bundan etkilenmeyeceğidir.

Aarhus Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 3. fıkrasında, 1. ve 2. fıkralarda düzenlenen yargısal başvuru haklarına hanel getirilmeden taraf devletlerin ayrıca, ulusal mevzuattaki koşulları yerine getirmeleri durumunda halka mensup kişilere özel şahısların veya resmi makamların ulusal çevre mevzuatı hükümlerini ihlal eden eylem ve ihmali davranışlarına itiraz etmelerini sağlayacak idari ve yargısal prosedürlere başvuru hakkını güvence altına almakla mükellef kılmıştır. 9. Maddenin 3. fıkrasının metninden de anlaşılacağı üzere, burada öngörülen yargısal başvuru imkânı, 1. ve 2. fıkralarda öngörülen yargısal başvuru imkânlarına ilaveten öngörülmüş olup, ulusal çevre hukuku ihlallerini hedef almakta ve bu fıkralarda düzenlenmiş olan başvuruların olumsuz bir şekilde etkilenmesine sebebiyet vermemelidir. Bununla birlikte Aarhus Sözleşmesi'nde, bu tarz bir yargısal başvuruya ilişkin esas ve usulleri somutlaştıracak ayrıntılı hükümlere yer verilmediği görülür.<sup>45</sup> 9. Maddenin 3. fıkrası taraf devletlere yalnızca, özel kişilerin ve resmi makamların ulusal çevre hukukunu ihlal eden eylem ve ihmali davranışlarına itiraz etmeyi mümkün kılacak bir prosedür öngörme konusunda genel bir yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülüğün iç hukuka aktarılmasında taraf devletler her ne kadar bir takdir hakkına sahip olsa da, ulusal hukuka aktarım sürecinde Aarhus Sözleşmesi'nin içerdiği amaç ve ilkelerinin dikkate alınması şarttır.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Karş. *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 9; *Danwitz*, NVwZ 2004, s. 276; *Durner*, ZUR 2005, s. 286 vd.

<sup>44</sup> *Danwitz*, NVwZ 2004, s. 276.

<sup>45</sup> Karş. *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 10 vd.; *Unabhängiges Institut für Umweltfragen*, Aarhus-Konvention.

<sup>46</sup> Karş. *Epiney*, Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht, s. 10 vd.; *Unabhängiges Institut für Umweltfragen*, Aarhus-Konvention;

## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

Aarhus Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 4. fıkrasında, aynı maddenin 1., 2. ve 3. fıkralarda düzenlenen yargısal başvuru imkanlarının uygun ve etkili bir hukuki koruma sağlaması gerektiği belirtilerek ve bunların adil, doğru, hızlı olması ve çok pahalı olmaması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Son olarak Aarhus Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 5. fıkrası taraf devletleri, idari ve yargısal denetim yollarına başvuru hakkında halkın bilgilendirilmesini sağlayacak ve yargıya başvurudaki mali ve diğer engelleri kaldıracak veya azaltacak önlemleri almakla mükellef kılmaktadır.

### **III. Türk Hukukunun Aarhus Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi**

#### **A. Genel olarak**

Aarhus Sözleşmesi'nin temel nitelikleri ortaya konup, bu sözleşmenin üç temel ögesini oluşturan çevresel bilgiye erişim, çevresel karar alma süreçlerine halkın katılımı ve çevresel meselelerde yargıya başvuru konuları ayrıntılı bir şekilde işlendikten sonra, çalışmamızın bu kısmında Aarhus Sözleşmesi açısından Türk hukuku değerlendirilmeye çalışılacaktır. Bu değerlendirme, çalışmamızın önceki kısmında olduğu gibi, bilgiye erişim, karar alma süreçlerine katılım ve yargıya başvuru sütunları esas alınarak yapılacaktır.

Daha önce belirtmiş olduğumuz gibi, 30 Ekim 2001 tarihinde yürürlüğe giren Aarhus Sözleşmesi'ni Türkiye çeşitli çekinceler ileri sürerek henüz imzalamamıştır. Vatandaşlık, milliyet ve ikametgâh ayrımı yapılmaksızın öngörülen bazı hakların ülkemizin egemenlik haklarını tehdit edebileceğine dair kaygılar, GAP gibi sınıraşan sular üzerindeki projelerin engellenebileceğine dair endişeler, mili güvenliğimizin tehlikeye düşebileceği yönündeki gerekçeler, ülkemizin sözleşmeyle üstlenilecek yükümlülükleri yerine getirecek teknik kapasiteye sahip olmaması ve yatırım kararlarının gecikebileceği yönündeki kaygılar, Türkiye'nin bu sözleşmeyi imzalamasına engel oluşturan başlıca nedenlerdir.<sup>47</sup> Burada ifade edilmesi gereken bir husus, Aarhus Sözleşmesi'nin onaylanmasının Avrupa Birliği'ne üyelik yolunda Türkiye'nin yerine getirmesi gereken şartlardan olduğudur. Nitekim Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katı-

---

*Pernice-Warnke*, EuR 2008, s. 417 vd.

<sup>47</sup> Bu konuda bkz. *COWI*, Legislation on Public Participation (National and International) Public Involvement Methods, Group Work, s. 26; *Coşkun*, İnsan Hakları Yıllığı, C. 23-24, 2001-2002, s. 158; *Alıca*, İdari Yargı Kararları Çerçevesinde 2872 Sayılı Çevre Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıklar, s. 104; *Yaşamış*, Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı, s. 7.

lım Sürecine İlişkin 2009 Yılı İlerleme Raporu'nda da, Türkiye'nin hala Aarhus Sözleşmesi'ni imzalamadığına dikkat çekilmiştir.<sup>48</sup> Bununla birlikte, Dışişleri Bakanlığı'nın Aarhus Sözleşmesi'nin onaylanması için bir çaba harcamayacağı ve bu sözleşmenin onaylanması konusunun bakanlık tarafından Avrupa Birliği ile üyelik görüşmeleri sırasında çözüme kavuşturulmak istendiği ifade edilmektedir.<sup>49</sup> Bu nedenle, Aarhus Sözleşmesi'nin ülkemiz tarafından yakın bir gelecekte imzalanmasının zor görüldüğünü belirtmek gerekir.

## **B. Çevresel Bilgilere Erişim**

Aarhus Sözleşmesi'nin birinci sütununu oluşturan bilgi edinme hakkı, Türk hukukunda farklı düzeydeki düzenlemelere konu olmuştur. *Dilekçe hakkı* başlığıyla vatandaşların kamu ile ilgili yakınmalarını içeren başvurularını ele alan 1982 Anayasası'nın 74. maddesi, bu bağlamda değinilmesi gereken ilk düzenlemedir. Buna göre, vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Bu maddede ayrıca, ilgili başvuruların sonucunun gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dilekçe hakkının kullanılmasına ilişkin usul ve esaslara ise, 1984 yılında kabul edilen *Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun*'da<sup>50</sup> yer verilmiştir. Bu kanuna göre, ilgililerin yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilecektir.

Bilgi edinme hakkına ilişkin olarak ülkemizdeki en önemli düzenleme ise hiç kuşkusuz, 9 Ekim 2003 tarihinde kabul edilen *Bilgi Edinme Hakkı Kanunu*'dur.<sup>51</sup> Otuz iki maddeden oluşan bu kanun, 24 Nisan 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanununun 1. maddesinde, kanunun amacının demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usul-

<sup>48</sup> [http://www.stgm.org.tr/docs/12580204942009\\_Ilerleme\\_Raporu\\_Gayriresmi\\_Turkce\\_Tercume.pdf](http://www.stgm.org.tr/docs/12580204942009_Ilerleme_Raporu_Gayriresmi_Turkce_Tercume.pdf)

<sup>49</sup> *Yaşamış*, Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı, s. 7.

<sup>50</sup> Kanun no: 3071, Kabul tarihi: 01.11.1984.

<sup>51</sup> Kanun no: 4982, Kabul tarihi: 09.10.2003. Bu kanunla ilgili olarak öz bilgiler için bkz. *Yaşamış*, Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı, s. 17 vd.; *Ekici*, *Güncel Hukuk Dergisi*, Nisan 2004, s. 18 vd. Daha ayrıntılı olarak bkz. *Akşener/Çakmakçı*, *Bilgi Edinme Hakkı Kanunu*, s. 19 vd.

## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

lerin düzenlemek olduğu ifade edilirken; 2. madde, kanunun kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulama bulacağı belirtilmektedir. Kanunun 4. maddesinde ise bir taraftan, herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğuna ilişkin genel bir kural öngörülmekte, diğer taraftan Türkiye’de ikamet eden yabancılar ile Türkiye’de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişilerin isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde bu kanunun hükümlerinden yararlanacağı dile getirilmektedir.<sup>52</sup> Kanunun 5. maddesinde ise 4. maddede öngörülen düzenlemeyi pekiştirmek amacıyla, “*Kurum ve kuruluşlar, bu kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.*” hükmü getirilerek bilgi edinme hakkını sağlam bir temele oturtmaya çalışılmaktadır. Bilgi edinme hakkına bu kanunla getirilen başlıca istisnalar ise şunlardır:<sup>53</sup> Gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler (md. 9), yargı denetimi dışında kalan işlemler (md. 15), mili savunma ve milli güvenliğe ilişkin devlet sırları (md. 16), ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi ve belgeler (md. 17), istihbarata ilişkin bilgiler (md. 18), idari ve adli soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler (md. 19, 20), özel hayatın gizliliğine dair bilgiler (md. 21), haberleşmenin gizliliği esasını ihlal edecek bilgiler (md. 22), ticari sır (md. 23), fikir ve sanat eserleri (md. 24), kurum içi bilgi, görüş ve tavsiyeler (md. 26), tavsiye ve mütalaa talepleri (md. 27). Bu düzenlemeler dışında, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 3. maddesinde yer verdiği tanımlarla bilgi ve belge kavramlarının oldukça geniş ele aldığı görülür. 11. maddede ise, bilgi veya belgeye erişimin 15 iş günü içinde sağlanacağı, zorunlu durumlarda bu sürenin 30 iş gününü aşamayacağı ifade edilmiştir. Sürenin uzatılması ve gerekçesinin ise başvuru sahibine yazılı olarak ve on beş iş günü olan sürenin bitiminden önce bildirilmesi gerekir. Başvurunun reddedilmesi durumunda, kararın gerekçesi ve kanun yolları belirtilecek

<sup>52</sup> Öte yandan, 24 Ocak 2004 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 2004/12 sayılı *Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması Başkanlık Genelgesi*’nde, “*bireylerin kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında idari makamlara başvuruda bulunmaları ve kendileri veya faaliyet alanlarıyla ilgili konularda bilgi edinme haklarını kullanmaları*” ibaresinin kullanılması ile gerek vatandaşların gerekse de yabancıların bilgi edinme hakkını kendileri ve faaliyet alanları ile sınırlandırmasının, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’na açık bir aykırılık teşkil ettiğini belirtmek gerekir.

<sup>53</sup> Bu konuda daha ayrıntılı olarak bkz. *Canöz, Selçuk İletişim Dergisi*, C. 5, S.3, Temmuz 2008, s. 146 vd.; *Yaşamış, Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı*, s. 23 vd.; *Ekici, Güncel Hukuk Dergisi*, Nisan 2004, s. 18 vd.

(md. 12); istemi reddedilen başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na itiraz edebilecektir (md. 13). Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu ise, bu konudaki kararını otuz iş günü içinde vermek zorundadır. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun uygulanması ile ilgili esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla yönelik olarak ise, 27 Nisan 2004 tarihli Resmi Gazete'de *Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik* yayınlanmıştır. 46 maddeden oluşan bu yönetmelik, kısmen yasa hükümlerini yinelemekte kısmen de yasa da yer alan bazı maddelere açıklık getiren detaylı düzenlemelere yer vermektedir.

Bilgi edinme hakkına ilişkin hükümler içeren diğer bir düzenleme ise, 2872 sayılı Çevre Kanunu'dur. *Bilgi edinme ve başvuru hakkı* başlığını taşıyan 30. maddesinin 2. fıkrası bu bağlamda, herkesin Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında çevreye ilişkin bilgilere ulaşma hakkına sahip olduğu; ancak, açıklanması halinde üreme alanları, nadir türler gibi çevresel değerlere zarar verecek bilgilere ilişkin taleplerin reddedilebileceğini belirtmektedir. Çevreye ilişkin bilgi kavramı ise Çevre Kanunu'nun 2. maddesinde, "*su, hava, toprak, bitki ve hayvan varlığı ile bunları olumsuz olarak etkileyen veya etkileme ihtimali bulunan faaliyetler ve alınan idarî ve teknik önlemlere ilişkin olarak mevcut bulunan her türlü yazılı, sözlü veya görüntülü bilgi veya veri*" olarak tanımlanmıştır.

Çevresel Bilgilere erişim hakkını ele alan Türk hukuku düzenlemeleri bir bütün olarak ele alındığında şu sonuçlara ulaşabiliriz: Öncelikle belirtmek gerekir ki, insan haklarının korunmasında ve hak arama özgürlüğünün hayata geçirilmesinde önemli araçlardan biri olan ve bilgi edinme hakkının da öncüsü ve güvencesi olarak görülen<sup>54</sup> dilekçe hakkına Anayasamızda yer verilmesi birçok bakımdan önem taşımaktadır. Diğer bir husus, bilgi edinme hakkını yasa düzeyinde ele alan düzenlemelerden Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun Çevre Kanunu'na göre genel kanun niteliği taşıdığıdır. Bu nedenle, aynı konuda hükümler öngörmeleri durumunda Çevre Kanunu, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'na göre öncelikli uygulanacaktır. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile ilgili olarak belirtilmesi gereken ilk nokta, bu kanunun bilgi edinme hakkına ilişkin hükümlerinin gerek bu hakkın içeriği gerek bu hakka ilişkin istisnalar gerekse de bu hakkın hayata geçirilmesine ilişkin tedbirler açısından Aarhus

<sup>54</sup> COWI, Legislation on Public Participation (National and International) Public Involvement Methods, Group Work, s. 13; Yaşamış, Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı, s. 27.

## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

Sözleşmesi'nin bu konuda öngördüğü hükümler ile büyük ölçüde örtüştüğüdür. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 4. maddesinde bu hakkın sahibi olma açısından Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler bakımından her ne kadar bazı kısıtlamalar öngörülmüş olsa da, Çevre Kanunu'nun 30. maddesinin 2. fıkrasının çevresel bilgilere erişimin söz konusu olduğu durumlarda herkesin bu hakka sahip olduğunu ifade etmesi, Aarhus Sözleşmesi'nin bu konudaki hükümlerine aykırı bir durumun ortaya çıkmasına engel olmaktadır. Bununla birlikte, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 2. ve 3. maddeleri uyarınca bilgi edinme başvurusunun yalnızca kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yapılabileceğinden söz edilmiş olması, Aarhus Sözleşmesi'nin resmi makam kavramının tanımına yer veren 2. maddesinin 2. fıkrası ile uyumsuz görünmektedir. Zira resmi makamlara ilişkin Aarhus Sözleşmesi'nde yer alan tanım, kamusal idari görevleri yerine getiren, kamusal faaliyet ve hizmetleri yürüten ve kamusal yetkilerle donatılmış gerçek veya tüzel kişileri de içerdiğinden, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan *kurum ve kuruluş* kavramına göre oldukça geniş bir kapsama sahiptir.<sup>55</sup> Çevre kanunu bağlamında yapılacak ilk tespit, herhangi bir sınırlama öngörmeden herkese çevresel bilgilere erişim hakkı tanıyan, ancak nadir türlere ilişkin bilgileri bu hakkın kapsamı dışına çıkaran Çevre Kanunu'nun 30. maddesinin 2. fıkrasının Aarhus Sözleşmesi'nin hükümleri ile uyumlu olduğudur. Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, çevresel bilgilere erişimin söz konusu olduğu durumlarda, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun yabancılar bakımından çeşitli kısıtlamalar getiren 4. maddesi yerine Çevre Kanunu'nun bu hükmü uygulanacaktır. Bununla birlikte, Çevre Kanunu'nda yer alan çevreye ilişkin bilgi tanımının sorunlu görüldüğünü ifade etmek gerekir. Zira bu tanım, hem çevresel bilgi kavramını çok boyutlu ve oldukça ayrıntılı bir şekilde tanımlayan Aarhus Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 3. fıkrasına göre, hem de Çevre Kanunu'na göre genel kanun niteliğini taşıyan Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan bilgi tanımına göre dar kapsamlıdır.<sup>56</sup>

### **C. Çevresel Karar Alım Süreçlerine Halkın Katılımı**

Aarhus Sözleşmesi'nin ikinci sütununu oluşturan çevresel karar alma süreçlerine halkın katılımı, Türk hukukunda farklı düzenlemelere konu olmuş-

<sup>55</sup> Bu konuda ayrıca karşı. *Yaşamış*, Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı, s. 20.

<sup>56</sup> *Güldoğan*, Yerel Siyaset, 2008, S. 10, s. 58.



tur. Aarhus Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan halkın çevresel etkiler doğurabilecek belirli faaliyetlere katılımı açısından bakıldığında, Türk hukukunda göze çarpan en önemli düzenleme Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'dir.<sup>57</sup>

Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin *halkın katılımı toplantısı* başlığını taşıyan 9. maddesi ÇED raporunun kapsamının belirlenmesi aşamasında halkın katılımına ayrıntılı bir şekilde yer vermektedir. Buna göre, Kapsam Belirleme ve İnceleme Değerlendirme Komisyonu'nun kapsam belirleme toplantısından önce, halkı yatırım hakkında bilgilendirmek, projeye ilişkin görüş ve önerilerini almak üzere proje sahibi tarafından projenin gerçekleştirileceği yerde Bakanlık ile mutabakat sağlanarak belirlenen tarihte, halkın katılımı toplantısının düzenlenmesi gerekir. Bu toplantı için projeden en çok etkilenmesi beklenen ilgili halkın kolaylıkla ulaşabileceği bir merkezin seçilmesine çalışılır. Proje sahibi, toplantı tarihini, saatini, yerini ve konusunu belirten bir ilanı ulusal düzeyde yayımlanan bir gazete ile o yörede yayımlanan yerel bir gazetede toplantı tarihinden en az on gün önce yayımlatır. İl Çevre ve Orman Müdürünün veya görevlendireceği bir yetkilinin başkanlığında yapılacak olan bu toplantıda, halkın proje hakkında bilgilendirilmesi, görüş, soru ve önerilerinin alınması sağlanır. Başkan katılımcılardan görüşlerini yazılı olarak vermelerini isteyebilir. Toplantı tutanağı, bir sureti Valilikte kalmak üzere Bakanlığa gönderilir. Halkın bu toplantıda bildirdiği görüşlerin ÇED raporu özel formatının kapsamı belirlenirken Komisyonca dikkate alınması gerekir.

ÇED raporunun hazırlanması aşamasında halkın katılımına ilişkin bir hükme Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde yer verilmezken, 11. maddenin 3. fıkrasında ÇED raporunun incelenmesi aşamasında halkın katılımı ele alınmaktadır. Buna göre, ÇED raporu hakkında inceleme ve değerlendirme sürecinin başlatılmasıyla birlikte rapor halkın görüşüne açılacak; bu konudaki duyuru, Bakanlık ve valilik tarafından anons, askıda ilan, internet gibi uygun araçlarla yapılacaktır. 12. maddenin 9. fıkrasının d) bendinde ise, Komisyonun halkın katılımı toplantısının usulüne uygun yapıp yapılmadığı, halkın katılımı toplantısında üzerinde durulan konulara yeterince çözüm getirilip getirilmediğine ilişkin inceleme ve değerlendirmeleri yapacağı ifade edilmiştir. Son olarak Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 14. mad-

<sup>57</sup> Bu konuda ayrıca bkz. *Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 232 vd.; *Güneş/Coşkun, Çevre Hukuku*, s. 128; *Güldoğan, Yerel Siyaset*, 2008, S. 10, s. 59.



## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

desinin 1. fıkrasında, Komisyonun incelemesi sonucunda ortaya çıkan nihai ÇED raporunun halkın görüş ve önerileri alınmak üzere İl Çevre ve Orman Müdürlüğünde ve Bakanlıkta on işgünü görüşe açılacağı, projeye ilgili karar alma sürecinde bu görüşlerin de Bakanlıkça dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Katılım konusunda net hükümlere yer veren diğer bir düzenleme ise, Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliği idi. Ancak Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliği'nin 6 Haziran 2008 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Hava Kalitesi Değerlendirme ve Yönetimi Yönetmeliği'nin 16. maddesi ile yürürlükten kaldırdığını belirtmek gerekir. Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliği'nde düzenlenmiş olan halkın katılımı, yönetmelikteki Ek 8 Liste A'da sayılan ve hava kalitesini etkileyecek olan faaliyetlere ilişkin idi.<sup>58</sup> Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliği'nin 16. maddesi bu bağlamda, Ek 8 Liste A'da sayılan faaliyetleri gerçekleştirmek isteyenlerin gerekli izinleri almak için yetkili makama başvurmaları durumunda bu birimin öncelikle böyle bir başvuruyu halka duyuracağından, bu duyuruyu takiben 2 ay içerisinde ise başvuruya ilişkin belgelerin valilikte incelenmeye açık tutulması ve itirazların yazılı olarak alınması gerektiğinden bahsetmekte idi. Duyuru, tesisin kurulacağı bölgede dağıtımı yapılan yüksek tirajlı yurt çapında yayın yapan en az iki gazetede ilan verilerek yapılmalı; duyuruda ayrıca, izin başvurusunun ve eklerinin ne zaman ve nerede incelenebileceği, itirazların ne zaman ve hangi makama yapılacağı, itiraz sahibi hazır bulunmazsa bile itirazların değerlendirileceği, yüz kişiden fazla itiraz sahibi varsa kararın ilan yoluyla tebliğ edilebileceği hususlarıyla birlikte, itirazların değerlendirilme tarihi belirtilmeli idi. İtiraz süresi sona erdikten sonra yetkili merci itirazları başvuru sahibi ile tartışarak değerlendirmeli ve izin kararı gerekçeleri ile birlikte itiraz edenlere yazılı olarak tebliğ edilmeli idi. Halkın katılımı konusunda ayrıntılı hükümlere yer veren bir düzenleme olan Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliği'ni yürürlükten kaldıran Hava Kalitesi Değerlendirme ve Yönetimi Yönetmeliği'nde ise, halkın katılımı ile ilgili olarak 10. maddenin 10. fıkrasında sadece temiz hava planlarının hazırlanması sürecinde halkın katılımının sağlanacağından söz edilmektedir.

Çevresel etkiler doğurabilecek faaliyetlerin yürütülmesine ilişkin karar sürecine halkın katılımı konusunda hükümler içeren Çevresel Etki Değerlen-

<sup>58</sup> Bu konuda karşı. Güneş/Coşkun, Çevre Hukuku, s. 119; Güldoğan, Yerel Siyaset, 2008, S. 10, s. 59.

dirmesi Yönetmeliği, her ne kadar bazı açılardan eksiklikler içerse de,<sup>59</sup> genel olarak Aarhus Sözleşmesi'nin bu konuda öngördüğü düzenlemeler ile uyumlu görünmektedir.<sup>60</sup> Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde halkın katılımı toplantısına yalnızca ilgili halkın katılımının sağlanacağına ilişkin düzenleme de, Aarhus Sözleşmesi ile uyumludur. Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 4. maddesinde yer alan *halk* ve *ilgili halk* tanımları da, bu kavramların Aarhus Sözleşmesi'nde öngörülen tanımları ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Bununla birlikte, halkın katılımının olanaklarının genişletilmesi ve halkın bildirdiği görüşlerin ilgili faaliyetin yürütülmesine ilişkin nihai karar üzerindeki etkisine açıklık kazandırmak faydalı olacaktır.

Aarhus Sözleşmesi'nin 7. maddesinde ele alınan halkın çevre ile ilgili plan, program ve politikaları katılımı konusunda Türk hukukunda dikkat çeken ilk düzenleme *ilkeler* başlığını taşıyan Çevre Kanunu'nun 3. maddesidir.<sup>61</sup> Bu maddede, "*Çevre politikalarının oluşmasında katılım hakkı esastır. Bakanlık ve yerel yönetimler; meslek odaları, birlikler, sivil toplum kuruluşları ve vatandaşların çevre hakkını kullanacakları katılım ortamını yaratmakla yükümlüdür.*" hükmüne yer verilmiş; 4. maddede ise bu doğrultuda, Yüksek Çevre Kurulu ön hazırlık ve değerlendirme çalışmalarına gündeme göre ilgili kamu kurumu niteliğindeki kuruluşların birlik temsilcileri, meslek kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, yerel yönetim temsilcileri, üniversite temsilcileri ve bilimsel kuruluşların temsilcilerinin davet edileceği belirtilmiştir. Bunun haricinde, Çevre ve Orman Bakanlığı'nın sürekli kurulları olan Çevre ve Ormanlık Şurası ve Merkez Av Komisyonu'nun yanı sıra Devlet Planlama Teşkilatı eşgüdümünde toplanan ilgili özel ihtisas komisyonlara ilişkin çeşitli düzenlemelerde de, katılıma ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Ancak, bu organlara yapılacak katılımın geniş anlamıyla kamuya açık olmaktan öte, meslek örgütleri gibi işlevsel kuruluşlar ve akredite sivil toplum örgütleri ile sınırlı olduğu görülür.<sup>62</sup> Türk hukukunun plan, program ve politikalara halkın katılımı konusunda Aarhus Sözleşmesi'ne göre daha geri olmasının diğer bir nedeni ise, proje dışındaki faaliyetlerin (plan, program ve politika) çevresel etkilerinin önceden hesaplanarak giderilmemesini amaçlayan bir araç olan

<sup>59</sup> Bu konuda bkz. *Turgut*, Çevre Politikası ve Hukuku, s. 232 vd.; *Coşkun*, İnsan Hakları Yılılığı, C. 23-24, 2001-2002, s. 157.

<sup>60</sup> *Güldoğan*, Yerel Siyaset, 2008, S. 10, s. 59.

<sup>61</sup> Bu konuda bkz. *Güldoğan*, Yerel Siyaset, 2008, S. 10, s. 59.

<sup>62</sup> Karş. *Güldoğan*, Yerel Siyaset, 2008, S. 10, s. 59.

## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

stratejik çevresel değerlendirmesini (SÇD) ele alan bir düzenlemenin ülkemizde hala mevcut olmamasıdır.<sup>63</sup>

Yürütmeye yönelik düzenlemelerin ve/veya genel olarak hukuken bağlayıcı normatif araçların hazırlanması sırasında halk katılımı konusunda ise, Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te yer alan hükümler ele alınmalıdır. Bu yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında, taslaklar hakkında konuyla ilgili mahallî idareler, üniversiteler, sendikalar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarının görüşlerinden de faydalanılacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, “*Kamuyu ilgilendiren taslaklar Başbakanlığa iletilmeden önce, teklif sahibi bakanlık tarafından internet, basın veya yayın aracılığıyla kamuoyunun bilgisine sunulabilir. Bu suretle taslak hakkında toplanan görüşler değerlendirildikten sonra teklifte bulunulur.*” hükmüne yer verilmiştir. Aarhus Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenleme taslaklarının yayınlanması hususunda bir zorunluluk öngörülmüş iken, yönetmeliğin 6. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesinin bu konuda idareye bir takdir hakkı tanıdığı, Türk hukukunun Aarhus Sözleşmesi'ne göre geri kalmasına neden olmaktadır.<sup>64</sup>

### **D. Yargısal Başvuru**

Aarhus Sözleşmesi'nin üçüncü sütununu oluşturan yargısal başvuru, Türk hukukunda farklı düzenlemelerce ele alınan bir konudur. Bu bağlamda ele alınması gereken ilk düzenleme, “*Çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkes ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebilir.*”<sup>65</sup> hükmüne yer veren Çevre Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasıdır. Bu bağlamda yapılacak ilk tespit, bu düzenlemenin ilgili mercilere başvurma hakkını sadece zarar görenlere değil, haberdar olan herkese tanıdığıdır. Bunun haricinde ilgili mercinin, kanunda aksinin belirtilmemesi ve hükmün devamında gerekli önlemlerin alınmasının veya faaliyetin durdurulmasının istenebileceğinin açıklanması nedeniyle, yargısal birimleri de içine

<sup>63</sup> *Güldoğan*, Yerel Siyaset, 2008, S. 10, s. 59. Bu konuda ayrıca karşı. *Turgut*, Çevre Politikası ve Hukuku, s. 214 vd.; *Schmidt/Kahl*, Umweltrecht, § 1, N. 37 vd.

<sup>64</sup> *Güldoğan*, Yerel Siyaset, 2008, S. 10, s. 59.

<sup>65</sup> Çevre Kanunu'nun “Başta idare, meslek odaları, birlikler ve sivil toplum kuruluşları olmak üzere herkes, çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesi ile görevli olup...” ifadesine yer veren 3. maddesinin a) bendi ile birlikte düşünüldüğünde, 30. maddenin 1. fıkrasının sadece bir hak değil aynı zamanda ödev de içerdiği sonucuna varılacaktır.

alacak şekilde yorumlanması kaçınılmaz hale gelmektedir.<sup>66</sup> Buna göre çevresel konularda, herhangi bir menfaat ve hak ihlali koşulu aranmadan herkes idari ve yargısal makamlara başvurma hakkına sahiptir. Burada belirtilmesi gereken diğer bir husus, Çevre Kanunu'nun 30. maddesinin Nisan 2006'da değiştirilmeden önceki halinde çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan gerçek ve tüzel kişilerin idari makamlara başvurmamasından söz edildiği düşünüldüğünde, yeni düzenlemede gerek *gerçek ve tüzel kişiler* yerine *herkes* ibaresinin kullanılması, gerekse de *idari makam* yerine *ilgili merci* ifadesine yer verilmesinin eskisine göre birçok bakımdan daha ileri bir adım olduğudur. Çevre Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası ayrıca, Anayasanın 74. maddesi tarafından sadece vatandaşlar bakımından kısıtlamaya tabi tutulmayan dilekçe hakkının da ötesine geçmektedir.

Yargısal başvuru bağlamında değinilmesi gereken diğer bir düzenleme ise, İdari Yargılama Usulü Kanunu'dur. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesinde, ilgililerin haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabileceği belirtilmektedir. Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasında ise idari dava türleri sayılırken, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından iptal davalarının açılabilmesi ifade edilmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun bu düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğunda, idari davalara konu edilebilecek işlem ve eylemler nedeniyle ilgililerin idari birimlere başvurabileceği, hukuka aykırı nitelikteki idari işlemler hakkında ise menfaati ihlal edilenlerin bu işlemlerin iptali için dava açabileceği sonuçlarına varılır. Bir menfaat ihlaline uğramak bu nedenle, idari yargıdaki iptal davaları bakımından dava şartıdır. Menfaat ise, Danıştay kararları çerçevesinde dava konusu idari işlem ile davacı arasında var olan meşru, ciddi ve güncel ilgi olarak tanımlanmıştır.<sup>67</sup> Burada değinilmesi lüzum arz eden diğer bir nokta, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 1982 yılında kabul edilen ilk halinde 2. maddenin 1. fıkrası uyarınca iptal davasının dava ehliyeti bakımından *menfaat ihlalini* şart koştuğu, ancak bu koşulun 1994 yılında 4001 sayılı yasayla çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması ve imar uygulamaları gibi kamu yararını

<sup>66</sup> Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku, s. 173.

<sup>67</sup> Danıştay, İDDGK, 2.2.1990, E. 1989/430, K. 1990/18. Menfaat ihlali kavramı hakkında daha ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Gözübüyük, Yönetmelik yargısı, s. 167 vd.; Odyakmaz/Kaymak/Ercan, İdari Yargı, s. 112 vd.; Yıldırım, İdari Yargı, s. 321 vd.

## Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme

İlgilendiren hususlar hariç olmak üzere *kişisel hak ihlali* olarak değiştirildiği, 4001 sayılı yasanın 2. maddenin 1. fıkrasında yaptığı değişikliğin ise Anayasa Mahkemesi'nin 1995 yılında verdiği karar<sup>68</sup> ile iptal edildiği, ortaya çıkan boşluğun 2000 yılında 4577 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle giderilmiştir.

Yargısal başvuru bağlamında belirtilmesi gereken önemli başka bir husus ise, Çevre Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasının İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre özel hüküm niteliğinde olduğudur.<sup>69</sup> Bu nedenle, çevresel nitelikteki idari işlemlerin iptalinin istendiği durumlarda Çevre Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası uygulanması ve dava ehliyeti bakımından menfaat ihlali gibi bir koşul aranmadan herkes ilgili işlemin iptalini isteyebilecektir. Çevrenin korunması için her bireyin veya örgütün idari yargıya başvurarak ilgili işlemin iptalini ve yürütmesinin durdurulmasını isteyebilmesi, çevrenin korunmasında genel menfaatin olması ve çevre hukukunun bu amacı esas alması gerçeği ile de örtüşmektedir.<sup>70</sup> Esasen Çevre Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasında 2006 yılında gerçekleştirilen değişiklikten önce de 80'li yılların ortasından beri Danıştay'ın içtihatlarıyla çevre konusundaki dava ehliyetini halk davasına (*actio popularis*)<sup>71</sup> benzer şekilde genişletmiştir. Gökova Davası,<sup>72</sup> Aliğa Termik Santrali Davası,<sup>73</sup> Zafer Parkı Davası<sup>74</sup>, Güven Parkı Davası<sup>75</sup> ve Göller Bölgesi Havaalanı Davası'nda<sup>76</sup> verilen kararlar Danıştay'ın bu eğilimini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.<sup>77</sup>

Aarhus Sözleşmesi'nin yargısal başvuruyu düzenleyen 9. maddesinin 3. fıkrasında ele alınan ulusal çevre hukuku ihlallerinde yargısal başvuru konusu

<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi, 21.09.1995, E. 1995/27, K. 1995/47.

<sup>69</sup> Coşkun, İnsan Hakları Yıllığı, C. 23-24, 2001-2002, s. 155.

<sup>70</sup> Karş. Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku, s. 173 vd.; Coşkun, İnsan Hakları Yıllığı, C. 23-24, 2001-2002, s. 155.

<sup>71</sup> Bu müessese, bir toplumun genel çıkarlarının çiğnenmesi durumunda o toplumun herhangi bir bireyine, kendi özel çıkarı doğrudan söz konusu olmamasına rağmen yargı organlarına başvurma hakkı tanınmaktadır.

<sup>72</sup> Danıştay, 6. D., 24.6.1986, E. 1983/2739, K. 1986/1451.

<sup>73</sup> Danıştay, 10. D., E. 1990/2278, K. 1992/1672.

<sup>74</sup> Danıştay, 6. D., E. 1986/1323, K. 1986/1135.

<sup>75</sup> Danıştay, 6. D., E. 1988/477, K. 1988/648.

<sup>76</sup> Danıştay, 6. D., E. 1994/2816, K. 1994/4393.

<sup>77</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Turgut, Çevre Hukuku, s. 328 vd.; Kaboğlu, Çevre Hakkı, s. 124 vd.; Coşkun, İnsan Hakları Yıllığı, C. 23-24, 2001-2002, s. 153 vd.; Alica, İdari Yargı Kararları Çerçevesinde 2872 Sayılı Çevre Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıklar, s. 111 vd.; Ulusoy, AÜHFD 1993, C. 43, S. 1-4, s. 136 vd.

Türk hukuku açısından değerlendirildikten sonra, bu maddenin 1. ve 2. fıkralarında ele alınmış olan çevresel bilgiye erişim hakkının ihlali ve belirli çevresel faaliyetlere ilişkin kararlara halkın katılımı ilkesine aykırılıklar durumunda yargısal başvuru konusuna kısaca değinmekte fayda vardır. Öncelikle, bilgiye erişim hakkının ihlali konusunda Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 13. maddesinde *itiraz usulü* başlığı altında bilgi edinme talebi reddedilen başvuru sahipleri için bir idari itiraz usulüne yer verildiği görülür. Buna göre, başvurusu reddedilen kişi kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na itiraz eder. İtirazından sonuç alamaması durumunda ise ilgili kişi, idari yargıya başvurabilir. Çevresel etkiler doğurabilecek faaliyetlere ilişkin kararlara halkın katılımının sağlanmasına ilişkin düzenlemelerin çiğnenmesi durumunda yargısal başvuruyu ele alan hükümlere ise, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde rastlamak mümkün değildir. Bununla birlikte, bu tür bir ihlalin vuku bulması durumunda da idari yargıya başvurmak mümkündür.

Aarhus Sözleşmesi'nin üçüncü sütunu ile ilgili Türk hukukunda yer alan düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, Türk hukukundaki mevcut durumun Aarhus Sözleşmesi'ne denk olduğu sonucuna varılmaktadır.<sup>78</sup> Bununla birlikte, idari yargıdaki dava açma süresinin çevre davaları için esnekleştirilmesi, çevre davalarında ispat yükü ve masraflar konusunda kolaylıklar sağlanması, çevre davalarında davacının istemde bulunmasına gerek olmaksızın idari mahkemelere yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisinin tanınması ve çevre davalarının açılması ve yürütülmesi sürecinde çevreci örgütlere kolaylıklar sağlanması konusunda yapılacak düzenlemelerin çok olumlu neticeler doğuracağını belirtmek gerekir.<sup>79</sup>

## **Sonuç**

25 Haziran 1998 tarihinde imzalanan ve 30 Ekim 2001 tarihinde yürürlüğe giren Aarhus Sözleşmesi, çevresel bilgilere erişim, çevre ile ilgili kararlara halkın katılımı ve çevre ile alakalı meselelerde yargıya başvuru konularında ayrıntılı düzenlemelere yer veren ilk uluslararası antlaşmadır. Çevrenin korunmasına ilişkin usuli haklar olarak da nitelendirilen bilgiye erişim, halkın

<sup>78</sup> Karş. *Güldoğan*, *Yerel Siyaset*, 2008, S. 10, s. 59; *Coşkun*, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 23-24, 2001-2002, s. 154 vd.

<sup>79</sup> *Turgut*, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 175 vd.; *Coşkun*, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 23-24, 2001-2002, s. 154 vd.; *Turgut*, *AÜHFD* 1996, C. 45, S. 1-4, s. 126 vd.

## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

katılımı ve yargıya erişim hakları bu bağlamda, Aarhus Sözleşmesi'nin dayandığı üç sütun olarak görülmektedir. Çevrenin korunması sürecine halkın etkin bir şekilde katılımını öngören Aarhus Sözleşmesi, çevre hukukunun temel prensiplerin biri olan katılım ilkesinin hayata geçirilmesi açısından büyük bir öneme sahip olup, katılımcı demokrasi ve bilgi edinme özgürlüğünün gerçekleştirilmesine sunduğu önemli katkılar nedeniyle, çevre hukukunun gelişim eğrisinde yeni bir paradigmayı temsil etmektedir. Türkiye, çeşitli çekinceler ileri sürerek bu antlaşmayı henüz imzalamamıştır. Türk hukukunda yer alan düzenlemeler dikkate alındığında ise, bilgiye erişim, halkın katılımı ve yargıya başvuru konularındaki düzenlemelerin Aarhus Sözleşmesi'nde öngörülen hükümlerle büyük ölçüde benzeştiği sonucuna varılacaktır. Ancak bazı noktalarda değişikliklerin yapılmasının gerekli olduğunu da göz ardı etmemek gerekir. Aarhus Sözleşmesi'ne taraf olmanın ülkemizde gerek çevrenin etkin bir şekilde korunması konusunda doğuracağı olumlu neticeler gerekse de çevresel demokrasi anlayışının benimsenmesine yapacağı önemli katkılar düşünüldüğünde, bu antlaşmaya üyelik konusunda Türkiye tarafından ileri sürülen çekincelerin tatmin edici olmaktan uzak olduğu anlaşılacaktır.

### **KAYNAKÇA**

- **Akşener, Haşmet Sırrı/ Çakmakçı, Ramazan:** Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, İstanbul 2004.
- **Alca, Süheyla:** İdari Yargı Kararları Çerçevesinde 2872 Sayılı Çevre Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2005.
- **Arbter, Kertsin/ Handler, Martina/ Purker, Elisabeth/ Tappeiner, Georg/ Trattnigg, Rita:** Das Handbuch Öffentlichkeitsbeteiligung, Wien 2005.
- **BMU (Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit):** Beteiligungsrechte im Umweltschutz, Berlin 2004.
- **Butt, Mark:** Erweiterter Zugang zu behördlichen Umweltinformationen, Die neue EG-Umweltinformationsrichtlinie, NVwZ 2003, s. 1071 vd. .



- **Callies, Christian:** EG-Umweltrecht, in: Hansmann, Klaus/ Sellner, Dieter (Hrsg.): Grundzüge des Umweltrechts, 3. Auflage, Berlin 2007.
- **Canöz, Kadir:** Kamuda halkla ilişkilerin yeni yüzü: Bilgi Edinme Yasası, Selçuk İletişim Dergisi, C. 5, S.3, Temmuz 2008, s. 141 vd.
- **Coşkun, Aynur A.:** Aarhus Sözleşmesi'nin idare hukuku açısından irdelenmesi, İnsan Hakları Yıllığı, C. 23-24, 2001-2002, s. 147 vd.
- **COWI:** Legislation on Public Participation (National and International) Public Involvement Methods, Group Work,  
([http://www.cowiprojects.com/4CountryEnvironmentalProject/turkey/2ndRegionalWorkshop/SA\\_LegislationOnPublicParticipation\\_\(NationalAndInternational\)\\_PublicInvolvementMethods\\_GroupWork\\_Jan08.pdf](http://www.cowiprojects.com/4CountryEnvironmentalProject/turkey/2ndRegionalWorkshop/SA_LegislationOnPublicParticipation_(NationalAndInternational)_PublicInvolvementMethods_GroupWork_Jan08.pdf))
- **Danwitz, Thomas v.:** Aarhus-Konvention: Umweltinformation, Öffentlichkeitsbeteiligung, Zugang zu den Gerichten, NVwZ 2004, s. 272 vd.
- **Dietrich, Björn/ Au, Christian/ Dreher, Jörg:** Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 2003
- **Durner, Wolfgang:** Direktwirkung europäischer Verbandsklagerechte?, ZUR 2005, s. 285 vd.
- **Ekici, Şerafettin:** Bilgi Edinme Hakkı Kanunu üzerine, Güncel Hukuk Dergisi, Nisan 2004, s. 18 vd.
- **Epiney, Astrid:** Umweltrecht in der Europäischen Union, 2. Auflage, Köln 2005
- **Epiney, Astrid/ Scheyli, Martin:** Die Aarhus-Konvention, Fribourg 2000
- **Epiney, Astrid:** Zu den Anforderungen der Aarhus-Konvention an das europäische Gemeinschaftsrecht  
(<http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000,43,2,20081230093707-FX/Aufsatz52.pdf>)
- **Fisahn, Andreas:** Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, Tübingen 2002



## *Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

- **Fisahn, Andreas:** Effektive Beteiligung solange noch alle Optionen offen sind - Öffentlichkeitsbeteiligung nach der Aarhus-Konvention, ZUR 2004, s. 136 vd.
- **Frenz, Walter:** Europäisches Umweltrecht, München 1997
- **Gözübüyük, A. Şeref:** Yönetmelik Yargısı, 28. Bası, Ankara 2009
- **Güldoğan, Evren:** Türkiye’de çevre Hakkı ve Yerel Yönetimler: Uluslararası Düzlemde Bir Kıyaslama ve Öneriler, Yerel Siyaset, 2008, S. 10, s. 55 vd.
- **Güneş, Yusuf/ Coşkun, Aynur A.:** Çevre Hukuku, İstanbul 2004
- **Jans, H. Jan/ von der Heide, Ann-Katrin:** Europäisches Umweltrecht, Groningen 2003
- **Jung, Nikola:** Demokratisierung durch prozedurales Umweltrecht?, Mannheim 2006
- **Kaboğlu, İbrahim:** Çevre Hakkı, 3. Baskı, Ankara 1996
- **Kloepfer, Michael:** Umweltrecht, 3. Auflage, München 2004
- **Koch, Hans-Joachim:** Die Verbandsklage im Umweltrecht, NVwZ 2007, s. 369 vd.
- **Landmann, Gustav/ Rohmer, Robert August (Hrsg.):** Umweltrecht, 56. Ergänzungslieferung, München 2009
- **Odyakmaz, Zehra/ Kaymak, Ümit/ Ercan, İsmail:** İdari Yargısı, İstanbul 2006
- **Pernice-Warnke, Silvia:** Der Zugang zu Gericht in Umweltangelegenheiten für Individualkläger und Verbände gemäß Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention und seine Umsetzung durch die europäische Gemeinschaft – Beseitigung eines Doppelstandards?, EuR 2008, s. 410 vd.
- **Scheyli, Martin:** Aarhus-Konvention über Informationszugang, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in Umweltbelangen, Archiv des Völkerrechts, 2000, s. 217 vd.
- **Schink, Alexander:** Die Aarhus-Konvention und das deutsche Umwelt-

- recht, EuRUP 2003, s. 31 vd.
- **Schlacke, Sabine:** Aarhus-Konvention – Quo vadis?, ZUR 2004, s. 129 vd.
  - **Schmidt, Reiner/ Kahl, Wolfgang:** Umweltrecht, 7. Auflage, München 2006
  - **Schwanenflug, Noreen v.:** Der Anspruch von Kommunen auf Zugang zu Umweltinformationen nach der EG-Umwelthinformationsrichtlinie, KommKJur 2007, s. 10 vd.
  - **Sparwasser, Reinhard/ Engel, Rüdiger/ Voßkuhle, Andreas:** Umweltrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2003
  - **Stapelfeldt, Alfred/ Siemko, Sabrina:** Umwelt-Rechtsbehelfgesetz und Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz, KommJur 2008, s. 322 vd.
  - **Turgut, Nühket Y.:** Çevre Politikası ve Hukuku, Ankara 2009
  - **Turgut, Nühket:** Çevre Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001
  - **Turgut, Nühket:** Çevre hukukunda çevreci örgütlere tanınan olanaklar, AÜHFD 1996, C. 45, S. 1-4, s. 103 vd.
  - **Unabhängiges Institut für Umweltfragen:** Aarhus- Konvention (<http://www.aarhus-konvention.de/>)
  - **Ulusoy, Ali D.:** Çevre kirlenmesinin oluşmasından sonraki aşamada medeni hukuk, ceza hukuku ve idare hukuku çözümlerine genel bir bakış, AÜHFD 1993, C. 43, S. 1-4, s. 125 vd.
  - **Walter, Christian:** Internationalisierung des deutschen und Europäischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts - am Beispiel der Århus-Konvention, EuR 2005, s. 302 vd.
  - **Werres, Bettina:** Information und Partizipation der Öffentlichkeit in Umweltangelegenheiten nach den Richtlinien 2003/4/EG und 2003/35/EG, DVBl 2005, s. 611 vd.
  - **Yaşamış, Firuz D.:** Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı

*Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*

([http://www.bilgiedinmehakki.org/doc/Anayasa\\_Hukuku\\_ve\\_Insan\\_Haklari\\_Acisindan\\_Bilgi\\_Edinme\\_Hakki\\_F\\_Yasamis.pdf](http://www.bilgiedinmehakki.org/doc/Anayasa_Hukuku_ve_Insan_Haklari_Acisindan_Bilgi_Edinme_Hakki_F_Yasamis.pdf))

- **Yıldırım, Turan:** İdari Yargı, İstanbul 2008
- **Ziekow, Jan:** Perspektiven von Öffentlichkeitsbeteiligung und Verbandsbeteiligung in der Raumordnung, NuR 2002, s. 701 vd.

BOŞ

# BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU'NUN UZLAŞTIRMA YETKİSİ

Arş. Gör. Begüm İSBİR\*

## ÖZET

*Telekomünikasyon hizmetleri evrensel hizmet kavramı içerisinde yer alırlar. Bu nedenle, bu hizmetler, bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun (BTK) görev alanındadır. İşletmeciler Kurum'un mevzuatı ve kendisinin oluşturduğu kurallar çerçevesinde hizmet etmek üzere yer alırlar. Dolayısıyla işletmeciler arasında uyumsuzlukların çıkması kaçınılmazdır.*

*2008 yılı sonunda yürürlüğe giren 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, hem telekomünikasyon alanını hem de bu alanda ortaya çıkan uyumsuzlukların çözüm yollarını düzenler. İşletmeciler arasındaki uyumsuzlukları barışçıl yollarla çözüme yetkisi BTK'ya verilmiştir. BTK, bu yetkisini uzlaştırma usulü ile kullanır. Çalışmamızda, BTK'nın uzlaştırma yetkisinin hukuksal dayanakları, uzlaştırma yoluna kimin, nasıl ve hangi sürede başvuracağı, BTK'nın nasıl karar vereceği ve bu kararın nasıl bir sonuç doğuracağı ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.*

***Anahtar Kelimeler:** Telekomünikasyon, bağımsız idari otorite, uzlaşma, arabağlantı, alternatif uyumsuzluk çözümü*

## THE COMPETENCE OF CONCILIATION OF THE INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES AUTHORITY

### ABSTRACT

*Telecommunication services are included in the concept of universal services. Therefore, these services are under the scope of the Information and Communication Technologies Authority (ICTA) as a regulatory and supervising organization. Managers participate in the service within the framework of the rules and legislation of the Authority. Accordingly, it is inevitable that there are disputes between the managers.*

*The Electronic Communication Code numbered 5809 that came into effect at the end of the year 2008 prescribes both the domain of the telecommunication sector and the resolutions of the disputes in this sector. The competence of the dispute resoluti-*

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

*on in a reconciliatory way between the managers is granted to ICTA. ICTA exercises this power upon the procedure of conciliation. In our paper, the legal resources of the conciliation competence of ICTA; by whom, how and when it would be applied, how ICTA would come to an award, and the consequences of this award are analyzed in a detailed manner.*

**Key Words:** *Telecommunication, independent regulatory agency, conciliation, interconnection, alternative dispute resolution (ADR).*

## GİRİŞ

Telekomünikasyon sektörünün günden güne geliştiği çağımızda bu sektörün aktörleri arasında çeşitli uyuşmazlıkların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Sadece aktörler arasında değil, kural koyan otorite ile işletmeler ya da sektörden yararlananlar ile işletmeler arasında da birtakım problemler ortaya çıkabilir. Hepsinin kısa sürede, barışçıl ve yeknesak bir şekilde çözülmesi ise arzu edilen bir sonuçtur.

Evrensel hizmet olarak kabul edilen telekomünikasyon hizmetinde, söz konusu sorunların hızlı bir şekilde çözülmesi, işletmecilerin önündeki engelleri kaldıracak ve dolayısıyla yatırımları hızlandıracaktır. Böylece hizmette kalite artacaktır. Bu sektörde kural koyan ve kurallara uyulup uyulmadığını denetleyen regülasyon otoritesi ise bahsedilen sorunların hızlı ve doğru bir şekilde, barışçıl yollarla çözülmesine yönelik **uzlaştırma yetkisine** sahiptir. Bu bağlamda, Türkiye’deki telekomünikasyon sektörünü düzenleyen, denetleyen bir bağımsız idari otorite olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK)<sup>1</sup>, uzlaştırma yetkilerini nasıl ve neye dayanarak kullanacaktır? Hangi alanlarda söz konusu yetkinin kullanımı söz konusu olur? Çalışmamızda bu sorulara yanıt arayacağız.

Yukarıda bahsedilen uzlaştırma yetkisinin ayrıntılarına çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir. İlk olarak bağımsız idari otoritelerin kavramsal çerçevesine yer verilecek ve bu kurumların yetkilerinin neler olduğu incelenecek; bu idari otoritelerin üstlenmiş olduğu uzlaştırıcı rolü açıklığa kavuşturulacaktır.

<sup>1</sup> Telekomünikasyon Kurumu’nun adı, 5809 sayılı ve 5.11.2008 tarihli Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 67’nci maddesinin 2’nci fıkrasının (a) bendine göre; **“Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu”** olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklik, 2813 sayılı Telsiz Kanunu’nun, Bilgi ve İletişim Teknolojileri Kurumu Teşkilat Kanunu’na dönüştürülmesi şeklinde gerçekleşmiştir.

## ***Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi***

Sonraki başlıklarda ise alternatif uyuşmazlık çözümü yollarının ne olduğuna genel olarak değinilerek, bu yollardan birisi olarak kabul edilen uzlaştırma kavramı ayrıntılı olarak incelenecektir. Uzlaştırma usulünün, bağımsız idari otoritelerin uzlaştırma yetkisi çerçevesinde nasıl işlediği, özellikle inceleme konumuzu oluşturan BTK'nın uzlaştırma yetkisini nasıl kullandığı üzerinde durulacaktır. BTK ile ilgili 2008 yılında yapılan en önemli yasal düzenleme, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun çıkarılmasıdır. Zira bu Kanun, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nu (bazı maddeleri hariç) ve 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır<sup>2</sup>. BTK'nın uzlaştırma yetkisine dayanak oluşturan, 5806 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun “uzlaştırma usulüne” ilişkin hükümlerin, 406 sayılı Kanun'dan ve uzlaştırma ile ilgili diğer hukuksal düzenlemelerden farklı olup olmadığı da incelenecektir.

### **I. GENEL OLARAK BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER**

Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'nde ortaya çıkan bağımsız idari otoritelerin tanımı ve isimlendirilmesi bakımından gerek doktrinde gerekse uygulamada fikir birliği olduğu söylenemez.

Bu kurumların bazen idari ve mali özerklikleri, bazen de düzenleyici ve yönlendirici özellikleri ön plana çıkmakta ve bir kavram karmaşası yaşanmaktadır<sup>3</sup>. Bu kurumların özellikle işlevsel açıdan özerk olmaları, doktrinde bazı yazarların bağımsız idari otoriteler hakkında “ada” tabirini kullanmasına sebep olmuştur<sup>4</sup>. Uygulayıcılar genellikle “üst kurul” tabirini kullanırsa da hukukçuların “bağımsız idari otorite” tamlamasını tercih ettikleri gö-

<sup>2</sup> ***Yürürlükten kaldırılan hükümler***

**MADDE 66 – (1) 406 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrası, yedinci fıkrası ve dokuzuncu fıkrasının ilk cümlesi; ek 17 nci, ek 19 uncu, ek 21 inci, ek 22 nci, ek 23 üncü, ek 24 üncü, ek 28 inci, ek 29 uncu, ek 30 uncu maddeleri; ek 32 nci maddesinin dördüncü ve altıncı fıkraları; ek 33 üncü maddesi; ek 35 inci maddesinin ikinci fıkrası; ek 36 ncı, ek 37 nci, geçici 3 üncü, 35 inci ve 36 ncı maddeleri dışındaki madde ve hükümleri ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.**

**(2) 2813 sayılı Kanunun 5 inci ve 8 inci maddeleri; ek 2 nci maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci fıkraları; 35 inci ve 36 ncı maddeleri dışındaki diğer hükümleri ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.**

<sup>3</sup> Uğur EMEK, , **Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması**, TÜSİAD Yayın No. TÜSİAD-T/2002–12/349, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, Ankara, 2002, s. 150-151.

<sup>4</sup> Zahid SOBACI, “Türk İdari Teşkilatındaki “Adalar”: Bağımsız İdari Otoriteler,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.55, S. 2, (Yıl: 2006), s. 167.

rülür. Doktrinde ATAY<sup>5</sup>, GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER<sup>6</sup>, GÖZÜBÜYÜK/TAN<sup>7</sup>, ULUSOY<sup>8</sup>'un da isabetli olarak belirttiği gibi “bağımsız idari otorite” kavramının kullanılması, bu kurumların özgünlüğünü vurgulamak açısından yerindedir.

AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA ise “düzenleyici-denetleyici kamu kurumu” kavramını tercih etmiştir<sup>9</sup>. GÖZLER ise hem düzenleyici-denetleyici kamu kurumu kavramını hem de bağımsız idari otorite kavramını kullanmaktadır<sup>10</sup>. GÜNDAY, bağımsız idari otorite kavramına benzer şekilde, “bağımsız idari kurumlar” ifadesini kullanmaktadır<sup>11</sup>.

Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış sebeplerine kısaca göz atmak, ileride inceleme konusu yapacağımız “uzlaştırma yetkileri”ne de ışık tutacaktır. Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışındaki ilk sebep, temel hak ve özgürlükleri doğrudan ilgilendiren telekomünikasyon, iletişim, enerji, bankacılık gibi sektörlerin siyasi etkilerden uzak tutulmak istenmesidir<sup>12</sup>. Siyasi etkilerden uzak tutulmak istenen bağımsız idari otoriteler, ilgili oldukları sektörlerde “karar alabilme yetkisiyle” donatılmışlardır<sup>13</sup>.

Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışındaki ikinci faktör, yabancı sermayenin ve uluslararası yatırımcıların ülkemize çekilmesidir<sup>14</sup>. Ekonomik açıdan düşünülebilecek bir formül olsa da, ekonomik krizlerin sık sık yaşandığı küresel dünyada, söz konusu ekonomik riskleri ülkemiz açısından en aza indirecek araçlar sağlanmadıkça yabancı yatırımlara tamamen açık olmak ulusal ekonomideki kriz riskini arttırmaktadır.

<sup>5</sup> Ender Ethem ATAY, “BİO’lar ve Türkiye Uygulaması,” **GÜHFD**, C. X, S.1-2, (Yıl: 2006), s. 263; Ender Ethem ATAY, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2009, s. 368.

<sup>6</sup> İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGEN/Tayfun AKGÜNER, **İdare Hukuku**, İstanbul, Üçüncü Baskı, Der Yayınları, 2008, s. 466.

<sup>7</sup> Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, C. I, Üçüncü Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 363.

<sup>8</sup> Ali ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 2.

<sup>9</sup> Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 358.

<sup>10</sup> Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2007, s. 229.

<sup>11</sup> Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2003, s. 490.

<sup>12</sup> ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 5.

<sup>13</sup> ATAY, **GÜHFD**, s. 263.

<sup>14</sup> ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 7.



## **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi**

Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkmasında etkili olan bir diğer faktör, serbest piyasa ekonomisinin düzeninin sağlanması amacına ilişkindir<sup>15</sup>. Ayrıca doğal tekel kabul edilen sektörlerin denetimi, düzenlenmesi ve yönlendirilmesinin özerk, tarafsız ve uzmanlaşmış kurumlara bırakılması düşüncesi de etkili olmuştur<sup>16</sup>.

Söz konusu kurumların gelişmesinin sebeplerinden bir başkası ise özelleştirme faaliyetlerinde meydana gelen artışla birlikte ortaya çıkan düzenleme ve denetleme ihtiyacıdır<sup>17</sup>. Bu ihtiyaç, özellikle telekomünikasyon ve elektrik sektörleri gibi özel teşebbüslerin yanında kamunun da “işleten” sıfatını taşıdığı alanlarda kendini gösterir<sup>18</sup>.

Bağımsız idari otoritelerin türlerine kısaca değinilecek olursa; ilk ayırımın bu kurumların “karar organlarının şekline göre” yapıldığı görülür<sup>19</sup>. Kararlarını kurul ya da kurul olmayan organ şeklinde alan bu kurumlar, bu türü oluştururlar. Örneğin telekomünikasyon alanında Türkiye’de faaliyet gösteren BTK, “kurul” şeklinde karar alan bir bağımsız idari otoritedir. Kurul, bağımsız idari otoritelerin karar organıdır.

İkinci ayırım, “regülasyonun özelliğine göre” yapılıdır. Bu açıdan “çeşitli sektörleri içerisine alan bir bağımsız idari otorite” veya “tek bir sektörle ilgili görev yapan bağımsız idari otorite” karşımıza çıkar<sup>20</sup>. Bu bağlamda Rekabet Kurumu, genel bir regülasyon otoritesi olmasına rağmen sadece telekomünikasyon sektöründe işlevi olan BTK, sektörel bir otoritedir.

Son ayırım ise otoritelerin “faaliyet alanlarının niteliğine göre” yapılan ayırımdır. Buna göre; “temel hak ve özgürlüklerle ilgili” ve “ekonomik alanda faaliyet gösteren” bağımsız idari otoriteler söz konusu olabilmektedir<sup>21</sup>. İnceleme konumuz olan BTK, telekomünikasyonun niteliği gereği hem bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendirdiği hem de ekonomik boyutu olmasından dolayı **karma** faaliyet alanı olan bir kurumdur.

<sup>15</sup> ATAY, GÜHFD, s. 264.

<sup>16</sup> ULUSOY, s. 8.

<sup>17</sup> Turgut TAN, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar,” **AİD**, Sayı: 35/2, (Yıl: Haziran 2002), s.13.

<sup>18</sup> J. CHEVALLIER, “La nouvelle réforme des télécommunications: ruptures et continuités,” RFDA, No: 5, s.931’den nakleden TAN, s.13.

<sup>19</sup> ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 11.

<sup>20</sup> ULUSOY, s. 12.

<sup>21</sup> ULUSOY, s. 13.

Yukarıdaki ayrımlara benzeyen fakat farklı bir bakış açısıyla yapılan bir başka ayırım ise TAN'a aittir<sup>22</sup>. Yukarıdaki ayırımın yanında TAN, “*piyasa ekonomisinin düzenlenmesine yönelik olanlar*” grubunu da eklemektedir. Buna göre “*Örneğin SPK, sermaye piyasası, rekabet ve bankacılık alanlarında faaliyet gösterir. Telekomünikasyon ve elektrik de bu gruba dâhil edilebilir*”<sup>23</sup>.

Tüm bu tasniflere rağmen, bağımsız idari otoritelerin ortak özellikleri hepsinin “*idari açıdan bağımsız olması*” ve “*regülasyon işlevleri*”dir<sup>24</sup>. İdari açıdan bağımsızlıkları, karar alırken karar mekanizmasında bulunanların birtakım güvencelere sahip olmalarını ifade ederken; diğer yandan işlevsel açıdan kurumların eylem ve işlemlerinden dolayı herhangi bir organdan emir, talimat ya da onay almamalarını belirtir<sup>25</sup>.

Regülasyon kavramı açısından bağımsız idari otoriteler, **düzenleme, denetleme ve yönlendirme** fonksiyonlarını yerine getirir<sup>26</sup>. Kurumlar, faaliyet alanlarındaki kuralları belirleyerek, bu kurallara uyulması ile düzgün rekabet ortamını sağlayarak regülasyon işlevini<sup>27</sup> gerçekleştirirler. Ancak regülasyonda faaliyetin organize edilmesi ve kontrolü açısından hukuki düzenlemeler yapmak ve yaptırım uygulamak bir amaç değil, **araç** olmalıdır<sup>28</sup>. Zira regülasyonun temel mantığı, fiyatlandırma farklılıklarının önlenmesi, yatırımlardaki ödeme ihtiyaçlarının karşılanması, gelir transferi, şeffaflıktır<sup>29</sup>. Piyasadaki fiyatlandırma farklılıklarının önüne geçilmesi, yatırım maliyetlerinin asgari düzeye indirilmesi ve kaynak yaratılması, bireylerin piyasa koşullarından haberdar olması ancak regülasyon otoritelerinin düzenleyici işlevleri sayesinde ger-

<sup>22</sup> TAN, **AİD**, s. 14.

<sup>23</sup> TAN, s. 14.

<sup>24</sup> ABD’de ise regülasyon otoriteleri genellikle ekonomik ve tüketiciler yararına olan konularda faaliyet gösterir. Her birinin farklı amaçları, yetkileri ve kuruluşları ve üyelerinin belirlenmesinde farklı yöntemleri vardır. Aralarındaki tek benzerlik, yürütmenin yetki ve gücünden kaynaklanan alışılmış özelliklerin ortaya çıkmasından kaynaklanır. Bkz. **Cabinets and Counselors, The President and the Executive Branch, Congressional Quarterly**, Washington D.C. , 1989, s.107.

<sup>25</sup> ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 15 vd. .

<sup>26</sup> ULUSOY, s. 21.

<sup>27</sup> Regülasyon kavramı, belli bir faaliyete ilişkin olarak oyunun kurallarının belirlenmesi ve bu kurallara uyulmasının denetlenmesi olarak açıklanabilir. Bkz. Berna TEPE ve Şahin ARDIYOK, “Devlete Yeni Rol: Regülasyon,” **AİD**, , Sayı: 37/1, (Yıl: Mart 2004), s. 107.

<sup>28</sup> ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 27 vd. .

<sup>29</sup> Stephen BREYER, **Regulation and Its Reform**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1982, s. 16-20.

çekleştirilecektir. Bu nedenle de regülasyonun gerçekleştirilmesi bir amaç değil, araç olmalıdır.

Bağımsız idari otoritelerin bir diğer önemli işlevi ise ait oldukları sektörlerde, işletmeciler arasında ya da tüketici-işletmeci arasındaki uyuşmazlıkları çözebilmeleridir<sup>30</sup>.

### **A. Bağımsız İdari Otoritelerin Yetkilerine Genel Bir Bakış**

Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışı, türleri ve amaçları hususlarına önceki başlıklarda değinilmişti. Bağımsız idari otoriteler, yetkileri açısından ne gibi özellikler gösterirler? Bu kurumlar, genel olarak belli hizmet alanlarında düzenleme, denetleme, kural koyma, yaptırım uygulama gibi önemli yetkiler kullanırlar. “Düzenleyici ve denetleyici kurumlar” ifadesinin kullanılması, bu kurumların görev ve yetkilerinin niteliği ile ilgilidir. Tüm bunlarla bağlantılı olarak bu kurumların birtakım yetkilere sahip olduğu sonucu da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Söz konusu kurumların yetkileri;

- Olağan yetkiler,

- *Sui generis* yetkiler<sup>31</sup> olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulabilir.

Olağan yetkiler, bağımsız idari otoritelerin hukuksal düzenlemeler tarafından öngörülen ve kendilerine verilen düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama gibi kuruluş amaçlarına uygun yetkileri ifade eder. Olağan yetkiler kendi içerisinde; **karar almaya ilişkin olanlar** ve **denetim yetkisine ilişkin olanlar** olmak üzere ikiye ayrılır<sup>32</sup>.

*Sui generis* yetkiler ise hukuksal düzenlemelere dayanmakla birlikte, diğer kurum ya da kuruluşların yetkilerinden ayrılan, belli alanlarda diğer idarelerden farklı kararların alınabildiği, uyuşmazlıkların bağımsız idari otorite tarafından çözümlenebildiği yetkilere dir. Bağımsız idari otoritelerin **uzlaştırma yetkilerini** *sui generis* yetkiler arasında sayabiliriz. Nitekim bağımsız idari otoritelerden bazıları, BTK gibi, kendi görev sahası içerisinde kendi uzmanlık alanlarında ortaya çıkan birtakım uyuşmazlıkları; uzlaştırma yetkileri çer-

<sup>30</sup> ATAY, GÜHFD, s. 271.

<sup>31</sup> ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 23.

<sup>32</sup> ULUSOY, s. 23.

çevesinde çözümleyebilme yetkisine sahiptir. Alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinden “uzlaşmayı” uygulayabilen bu kurumlar, bu yetkilerinden dolayı farklılık gösterirler.

Telekomünikasyon sektöründe BTK’nın uzlaştırma yetkisi ile karşımıza çıkan bu yeni kavramın nasıl ortaya çıktığı, BTK’nın hangi alanlarda bu yetkisini kullandığı, bu yetkinin yasal dayanaklarının ne/neler olduğunun incelenmesi gerekir.

## **B. Bir Bağımsız İdari Otorite Örneği: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu**

Telekomünikasyon sektöründe uyuşmazlıklar genellikle, arabağlantı, frekans tahsisi, hizmetteki kalite, fiyatlandırma ve erişim gibi konulardan kaynaklanmaktadır. Teknik ve hukuki boyutlu olan uyuşmazlıkların uzmanlaşmış ve telekomünikasyon sektörünü denetleyen, düzenleyen bir üçüncü göz tarafından çözümlenmesi gerekir.

Bağımsız idari otorite yapılanmalarının gittikçe yaygınlaştığı dünyada, telekomünikasyon alanında faaliyet göstermek üzere telekomünikasyon kurumları oluşturulmaya başlanmıştır.

Türkiye’de de 2000 yılında kurulan BTK, görevi yönünden diğer bağımsız idari otoritelerden farklıdır. Çünkü ekonomik regülasyonların yanında, teknik regülasyonlar da yapmaktadır<sup>33</sup>.

Telekomünikasyon sektöründe teknik regülasyonların yapımında, maliyetler genelde çok yüksek, yatırımlar ise çok düşük olduğundan; bu sektörün gelişimi için özelleştirme ve serbestleştirme zorlayıcı bir faktör haline gelmektedir<sup>34</sup>. Söz konusu faktörün de etkisiyle Türkiye’de temel telekomünikasyon hizmetlerini düzenleyecek, denetleyecek ve piyasa koşullarını gözlemleyecek özerk bir kurumun varlığına ihtiyaç duyulmuştur. Temel telekomünikasyon hizmetleri, bir telekomünikasyon devresi üzerinden taşıma kapasitesi sağlayan ve tüketicinin sağladığı bilgi ile karşılıklı iletişim yönünden kolay-

<sup>33</sup> Faruk CÖMERT, **AB Komisyonu İlerleme Raporu Çerçevesinde Bağımsız Düzenleyici Kurumların Durumu ve Üst Kurullar**, 9 Aralık 2004, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mayıs 2005, (Tebliğ), s. 64.

<sup>34</sup> Ioannis N. KESSIDES, **Reforming Infrastructure- Privatization, Regulation and Competition**, A World Bank Policy Research Report, A Copublication of the World Bank and Oxford University Press, 2004, s. 8.

## *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi*

lık sağlayan hizmetler –telefon ve telgraf gibi- olarak sayılabilir<sup>35</sup>. Tüm bunları gerçekleştirmeye yönelik olarak, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nda 4502 sayılı Kanun<sup>36</sup> ile 2000 yılında yapılan değişiklikle BTK kurulmuştur.

BTK, Telsiz Genel Müdürlüğü'nün bağımsız idari otoriteye dönüştürülmesiyle kurulmuştur. İlişkili olduğu bakanlık, Ulaştırma Bakanlığı'dır. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun karar organı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'dur.

BTK, genel olarak tüm bağımsız idari otoriteler için geçerli olan özellikleri taşımaktadır<sup>37</sup>. Diğer bağımsız idari otoritelerden farklı olan yönü, işlev gördüğü telekomünikasyon sektörünün **evrensel hizmet** niteliği taşımasından ileri gelir.

Evrensel hizmet, coğrafi konumundan bağımsız olarak bir hizmetin, isteyen herkese makul bir bedel karşılığında sunulmasıdır. Bir başka ifadeyle evrensel hizmet, bireylerin günlük hayatlarında vazgeçilmez yeri olan ve en azından belli bir kısmının herkese makul bir fiyat ve kalitede sağlanmasının zorunlu olduğu temel hizmetlerdir<sup>38</sup>. Özellikle de hizmetin bireylere ulaşması gereken “çekirdek kısmının” göz önünde tutulması şarttır<sup>39</sup>. Kamu hizmeti mantığıyla çelişiyor gibi gözüken evrensel hizmet kavramı, aslında kamu hizmeti kavramından daha dar; fakat telekomünikasyon gibi kendine özgü sektörlerde geçerli olan bir kavramdır.

Türkiye'de evrensel hizmet kavramı da ilk kez 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda yer alan “asgari hizmet” kavramına dayanır. Daha sonra “5369 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması Hakkında Kanun” ile 406 sayılı

<sup>35</sup> Şahin ARDIYOK, **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No: 9, Ankara, 2002, s.146.

<sup>36</sup> **Madde 5 – (Değişik:27/1/2000-4502/14 md.)** “4 üncü maddede belirtilen genel esaslar çerçevesinde Devlet yetki ve sorumluluğunu uygulamak ve Kanunla verilen diğer görevleri yapmak üzere; Haberleşme Yüksek Kurulu kurulmuştur. Bu Kanun ile 4.2.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda belirtilen genel esaslar çerçevesinde, Kanunlarla öngörülen yetki ve sorumlulukları uygulamak ve verilen diğer görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini ve idari ve mali özerkliği haiz özel bütçeli Telekomünikasyon Kurumu kurulmuştur. Kurum görevlerini yerine getirirken bağımsızdır.(1) Kurum'un ilişkili olduğu bakanlık Ulaştırma Bakanlığıdır.

<sup>37</sup> Bkz. *supra*.

<sup>38</sup> Ali ULUSOY, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 114.

<sup>39</sup> Ali ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, Eylül 2004, s. 87.

Telgraf ve Telefon Kanunu'nda yapılan kanuni değişiklikle “evrensel hizmet” kavramı, Türk Hukuku'na girmiştir. 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nda da 4502 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle evrensel hizmet anlayışı Türk Hukuku'nda netlik kazanmıştır. Son olarak 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, BTK'nın görevlerinin düzenlendiği 6'ncı maddesinin (u) bendinde “...evrensel hizmetlere ilişkin hizmet kalitesi ve standartları da dahil olmak üzere, gerektiğinde her türlü elektronik haberleşme hizmetine yönelik hizmet kalitesi ve standartlarını belirlemek, denetlemek, denetlettirmek ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemek” ibaresine yer vererek bu yeni kavramın, artık kamu hizmeti alanında sıklıkla kullanıldığını bir kez daha ispatlamaktadır.

BTK'ya verilen diğer görevler; 2813 sayılı Kanun, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda ve her iki Kanun'u yürürlükten kaldıran, 2008 yılı sonunda çıkarılan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda belirtilmiştir. 5809 sayılı Kanun'un çıkarılmasıyla telekomünikasyon alanındaki hukuksal düzenlemelerde yeknesaklık sağlanmıştır. Zira 2813 sayılı Telsiz Kanunu, 5809 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinin ardından BTK Teşkilatı Kanunu haline dönüştürülmüş ve 406 sayılı Kanun da bazı maddeleri hariç yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle, BTK'nın uzlaştırma yetkisi incelenirken, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu esas alınacaktır.

5809 sayılı Kanun'un “Kapsam” başlıklı 2'nci maddesinin 1'nci fıkrasına göre, “Elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi ve elektronik haberleşme alt yapı ve şebekesinin tesisi ve işletilmesi ile her türlü elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerinin imali, ithali, satışı, kurulması, işletilmesi, frekans dahil kıt kaynakların planlaması ve tahsisi ile bu konulara ilişkin düzenleme, yetkilendirme, denetleme ve uzlaştırma faaliyetlerinin yürütülmesi bu Kanuna tabidir.” Kanun, telekomünikasyon faaliyetleriyle ilgili olarak Kurum'un uzlaştırma faaliyetini de açıkça düzenlemektedir.

Kurum'un uzlaştırma yetkisinin hangi alanlarda söz konusu olduğu sorusunun yanıtı ise 5809 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinde yer alır. Maddeye göre<sup>40</sup>, BTK'nın uzlaştırma yetkisi, “**erişim anlaşmalarından kaynaklanan**

<sup>40</sup> *Erişim anlaşmaları ve uzlaşmazlıkların çözümü*

*MADDE 18 – (1) Erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanır. Taraflar arasında erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde bu Kanun kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması halinde Kurum, taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar*

**uyuşmazlıklardan**” doğar. Kurum, erişim anlaşmalarından kaynaklanan ve bu anlaşmanın akdedilmesi sırasında aralarında uzlaşmazlık ortaya çıkan işletmeciler için uzlaştırma usulünü uygulayacaktır.

## **II. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ<sup>41</sup> VE UZLAŞMA KAVRAMI**

Günümüzde, uyuşmazlıkların barışçıl bir şekilde çözümlenmesini amaçlayan tüm düzenlemelerin, uyuşmazlığın tarafları için en elverişli sonuçları doğuracağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, mahkemelerin gerçekleştirdikleri yargılama faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan sonuca alternatif olarak, barışçıl başka çözüm yolları oluşturulmaya çalışılmaktadır.

Sadece özel hukukta değil, kamu hukukunda da alternatif uyuşmazlık çözümleri yollarına gidilmektedir. Elbette ki özel hukuka özgü tarafların irade serbestisi kadar olmasa da, “kamu düzeni” kavramının sınır olarak kabul edilebildiği ölçüde bu çözüm yolları kullanılabilir. Örneğin bağımsız idari otoriteler, uzlaştırma yetkileri çerçevesinde söz konusu uyuşmazlıkları kamu hukuku sınırları çerçevesinde çözümlenebilmektedir. Çünkü özel kesime de açılan bazı hizmet sektörleriyle ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek üzere bağımsız idari otoritenin kendisi yetkilidir<sup>42</sup>.

Alternatif uyuşmazlık çözümleri; uyuşmazlığın taraflarının, devletin yargılama faaliyetini yerine getiren yargı organları önünde değil; tarafların belirlediği usul ve yöntemler çerçevesinde, tarafsız ve objektif konumda bulunan bir üçüncü kişi/kişilerin yardımıyla çözüme kavuşturmalarını sağlar. Söz konusu uyuşmazlık çözümleri yöntemi, devlet yargısına göre taraf iradelerinin ön planda olduğu ve tümüyle gönüllülük esası üzerine kurulmuştur<sup>43</sup>. Alternatif uyuşmazlık çözümlerinin en yaygın ve işlerlik kazanmış türleri; tahkim, arabuluculuk ve uzlaşmadır.

---

*arasında uzlaştırma prosedürü işletmeye ve/veya geçici ücretin belirlenmesi de dahil olmak üzere, kamu menfaati açısından gerekli gördüğü diğer tedbirleri almaya veya uzlaştırma talebini reddetmeye yetkilidir.*

<sup>41</sup> Turgut TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 390.

<sup>42</sup> Süha TANRIVER, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk,” **Türkiye Barolar Birliği**, S. 64, (Yıl: 2006), s.1; Gülgün ILDIR, **Yargılama Dışında (Alternatif) Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, Seçkin Yayınları, s. 68.

<sup>43</sup> Katherine V. W. STONE, “Alternative Dispute Resolution,” **Encyclopedia of Legal History**, University of California, Los Angeles School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series No: 04-30, s.1 <http://ssrn.com/abstract=631346> [02.01.2010]



Tahkim, tarafların uyuşmazlığın çözümünü, yetkili üçüncü bir kişiye bıraktıkları, bu üçüncü kişinin verdiği kararın kendileri için kural olarak bağlayıcı olduğu bir sistemdir<sup>44</sup>. Taraflar, tahkim usulünde bir hakem seçer ya da tarafların her biri birer hakem seçerler ve bu iki hakem, hakem heyetine başkanlık yapma üzere üçüncü bir hakem seçerler. Hakem heyeti, söz konusu uyuşmazlığı, tarafları dinledikten sonra; tarafsız ve barışçıl bir şekilde çözer.

Arbuluculuk, tarafların üçüncü bir kişiye, aralarındaki uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak başvurdukları, onun fikrini aldıkları ve daha sonra da her iki tarafın da bir çözüm üzerinde anlaştığı bir yöntemdir<sup>45</sup>. Tahkimden farkı, arbuluculukta, arbulucu üçüncü kişi, uyuşmazlığı bizzat çözmez. Tarafların bir çözüm bulmasına yardımcı olur.

Uzlaşma, kelime anlamıyla, birden çok kişinin aralarında mevcut ya da ileride çıkması muhtemel bir uyuşmazlığı gidermelerini (veya giderilmesi konusunda anlaşmalarını) ifade etmektedir<sup>46</sup>. Latince “conciliare” kökeninden gelip “düşünceleri birleştirme ve bir araya getirme” anlamlarına gelmektedir<sup>47</sup>. Alternatif uyuşmazlık yolu olarak uzlaşma ise, taraflardan bağımsız ve objektif üçüncü kişinin, ihtilafa düşmüş taraflara, somut olayın özelliklerine göre şekillenecek çeşitli çözüm önerileri sunup tarafların bunları müzakere etmesini ve birisi üzerinde mutabakata varmalarını amaçlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir<sup>48</sup>. Bir diğer ifadeyle uzlaşma; üçüncü kişinin, uyuşmazlığın taraflarını, uyuşmazlığın çözümü konusunda iletişimin sağlanması ve teknik yardımda bulunulması konusunda girişimde bulunmasıdır<sup>49</sup>. Uzlaştırıcı, taraflardan tamamen bağımsız bir üçüncü kişidir. Tarafsız kimliğiyle, hukuksal açıdan en iyi neticeye ulaşılması için çalışır. Uzlaşma sürecinde, teamüller ve ilkeler belirgin hale gelir ve en iyi hukuksal sonuca bunların yardımıyla ulaşılır.

<sup>44</sup> Katherine V. W. STONE, “Alternative Dispute Resolution,” **Encyclopedia of Legal History**, University of California, Los Angeles School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series No: 04-30, s.1 <http://ssrn.com/abstract=631346> [02.01.2010]

<sup>45</sup> STONE, s. 1.

<sup>46</sup> Turgut CANDAN, **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Yaklaşım Yayınları, Ocak 2001, s.232.

<sup>47</sup> İbrahim ÖZBAY, “Avukatlık Hukuku’nda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği,” **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 3-4, (Yıl: 2004), s. 389

<sup>48</sup> Süha TANRIVER, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arbuluculuk,” **Makalelerim**, Ankara, 2006, s. 16.

<sup>49</sup> STONE, s. 1.



## *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi*

Uzlaştırıcı, taraflara uyuşmazlığın durumuna göre, en uygun çözüm yöntemini önerir. Taraflarla görüşükten sonra uzlaştırıcı, hakkaniyet ilkelerini de dikkate alarak, bir sulh sözleşmesi hazırlar ve bu çözümü taraflara sunar<sup>50</sup>. Ancak bağımsız idari otoritelerdeki uzlaştırma usulü ve süreci, uzlaştırıcının bir idari merci olmasından dolayı farklılık gösterebilmektedir. Örneğin BTK, uzlaştırma sürecini işletirken şu aşamaları taraflara sunar:<sup>51</sup>

- Uzlaşma yoluna başvuru
- Kurum tarafından başvurunun incelenmesi
- Karar
- Kararın gözden geçirilmesi

Bağımsız idari otoriteler de tarafsız ve özerk kimlikleriyle taraflar arasındaki uyuşmazlığı, kendi uzmanlık alanı çerçevesinde ve idare hukuku ilkeleri ışığında çözüme ulaştıracaklardır. Taraflar açısından en uygun çözümü kanunlarda kendilerine tanınan yetkiler çerçevesinde oluşturmak durumundadırlar. Söz konusu kurumlar, genel olarak uzlaştırma usulünü uygularken şu özellikler ortaya çıkmaktadır:<sup>52</sup>

- Taraflar hakkında ulaşılan sonuç, bağlayıcı bir karar niteliği taşımaktadır.
- Uzlaştırma usulüne tarafların talebi veya kurum tarafından re'sen başvurulur.
- Uzlaştırma süreci işlerken, idari otoriteler, üçüncü kişilerin de görüşlerine başvurabilirler.
- Uzlaştırma usulüne göre, idari otoritenin karar organı tarafından uzlaştırmaya ilişkin nihai karar verilir.
- Uzlaştırıcı kurum, uzlaştırmaya ilişkin tarafları bağlayan kararının uygulanmaması durumunda, karara uymayan tarafa idari yaptırım uygulama yetkisine de sahiptir. (Örneğin, idari para cezası uygulanabilir.)

<sup>50</sup> Ziya AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mart 2003, s. 29

<sup>51</sup> Bilge GÖKTAYLAR, "Arabağlantı Sözleşmelerinin Hukuksal Açından İncelenmesi: Telekomünikasyon Sektöründe Arabağlantı Uzlaşmazlıklarının Çözümü Prosedürünün İşletilmesi," **BTK Uzmanlık Tezi**, Ankara, Nisan 2005, s. 7 [www.tk.gov.tr/yayinlar](http://www.tk.gov.tr/yayinlar) [25.05.2008].

<sup>52</sup> GÖKTAYLAR, s.7-8.

- Taraflar, uzlaştırmaya ilişkin kurul kararına karşı, kararın gözden geçirilmesi için yine aynı kuruma ya da yargı organına başvurabilirler. (Mahkeme, uzlaştırma kararının içeriğine müdahale edemez, sadece kurum tarafından kararın gözden geçirilmesine karar verebilir.)

Bağımsız idari otoritelerin, ait oldukları hizmet konusuna ilişkin taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkları alternatif yollarla çözüme kavuşturması sonucunda yukarıda saydığımız sonuçlar ortaya çıkar. BTK da telekomünikasyon hizmetlerinde hem işletmeciler hem de kullanıcılarla ilgili uyuşmazlıkları barışçıl yollarla çözüme kavuşturma yetkisine sahiptir. BTK'ya verilen bu yetki hızlı olmasının yanında usul ekonomisine de hizmet eder niteliktedir. Oysa telekomünikasyon alanında işletmeciler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, yargı mercilerine götürülseydi, bu alanın teknik ve karmaşık olmasından dolayı çözüm, uzun bir süreci gerektirirdi<sup>53</sup>.

#### **A. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi**

Telekomünikasyon sektöründe uyuşmazlıklar; mahkeme kararı, düzenleyici kurum tarafından verilen uzlaştırma kararları veya diğer alternatif uzlaşmazlık çözümü yöntemleri ile çözümlenmektedir. Çalışmamızın bu başlığında, BTK'ya telekomünikasyon mevzuatının vermiş olduğu uzlaştırma yetkisi<sup>54</sup> üzerinde durulacaktır.

Telekomünikasyon sektöründe son yıllarda hızlanan serbestleştirme faaliyetlerinden dolayı uyuşmazlıklar artmıştır. Bu uyuşmazlıklar, sadece işletmeler arasında ya da işletme-BTK arasında değil; tüketiciler-işletmeler arasında da kendini gösterir. Bundan dolayı, telekomünikasyon alanındaki uzlaştırma kavramını geniş düşünmek gerekmektedir. O halde, BTK'nın uzlaştırma yetkisinin ortaya çıkmasına sebep olan uyuşmazlık türlerini şu şekilde sıralayabiliriz:<sup>55</sup>

- İşletmeler arası uyuşmazlıklar (Erişim ve arabağlantı uyuşmazlıkları gibi)

- İşletme-BTK arasındaki uyuşmazlıklar (BTK'nın bir işletme ile ilgili aldığı karardan kaynaklanan uyuşmazlıklar)

<sup>53</sup> TAN, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, s. 219.

<sup>54</sup> Şerafettin EKİCİ, *Türk Telekomünikasyon Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s.227.

<sup>55</sup> GÖKTAYLAR, *BTK Uzmanlık Tezi*, s. 4.

## ***Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi***

- İşletme-kullanıcı arasındaki uyuşmazlıklar (Faturalandırma ve hizmet kalitesi ile ilgili uyuşmazlıklar)

Telekomünikasyon alanında uyuşmazlıkların uzlaştırma yöntemi gibi alternatif bir yolla çözümlenmesi, şeffaflık ve çabukluğu sağlayarak yeni yatırımları cazip hale getirir<sup>56</sup>. Sektördeki uyuşmazlıklar, genellikle işletmeler arasında ortaya çıkmaktadır. İşletmeler arasında çıkan uzlaşmazlıkların giderilmesi konusunda aktif rol üstlenen BTK'nın bu yetkisi 2008 yılından beri 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'na dayanır. Bu Kanun, BTK'nın uzlaştırma yetkisinin **“işletmeler arasında çıkan uyuşmazlıklarla”** ilgili olduğunu düzenlemektedir. Özellikle erişim ve arabağlantı sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tarafsız, alanında uzman ve özerk bir kurum olan BTK tarafından çözümlenmesi, telekomünikasyon mevzuatına göre sağlanacaktır.

BTK tarafından yürütülecek olan uzlaştırma usulüne ilişkin olarak Kurum, bu yetkisini, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu çıkarılmadan önce, Nisan 2008 itibariyle şu şekilde açıklamıştır: *“Kurumun, erişim, arabağlantı ve ulusal dolaşım (roaming) hususlarında işletmeciler arasında ortaya çıkabilecek uzlaşmazlıkların çözümü konusunda aktif rol üstlenmesi ve bu konuda düzenlemeler yapması gerekmektedir.*

*Kurumumuz, 406 Sayılı Kanun'un kendisine vermiş olduğu görev ve yetkiler çerçevesinde konuyu değerlendirerek, önümüzdeki günlerde kamuoyunun görüşlerine açılması ve 2002 yılı sonuna kadar da yayımlanması planlanan **Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği** kapsamında işletmeciler arasında ortaya çıkması muhtemel uzlaşmazlıkların çözümüne yönelik bir **Uzlaştırma Prosedürü** oluşturmuş bulunmaktadır. Söz konusu prosedür, başta arabağlantı olmak üzere tesis paylaşımı, ortak yerleşim, yerel ağa ayrıştırılmış erişim gibi diğer erişim konularında ortaya çıkan uzlaşmazlıkların çözümünde de kullanılacaktır.*

*Hali hazırda sektördeki oyuncu sayısının az olması ve bu işletmeciler arasında arabağlantı anlaşmalarının zaten mevcut olması nedeniyle arabağlantı anlaşmalarının tesisi hususunda önemli bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Ancak, özellikle Türk Telekom'un tekel haklarının sona ermesi ve serbestleşmeyle birlikte pazara yeni girişlerin olmasıyla, arabağlantı başta olmak üzere*

<sup>56</sup> GÖKTAYLAR, s. 5.

re özel erişim konusunda çok sayıda uzlaşmazlığın ortaya çıkabileceği değerlendirilmektedir.

*Diğer taraftan, 8 Mart 2002 tarih ve 24689 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik içerisinde de ulusal dolaşım konusundaki uzlaşmazlıkların çözümüne yönelik olarak hazırlanmış oldukça ayrıntılı bir uzlaştırma prosedürü yer almaktadır.”<sup>57</sup>*

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, BTK’nın uzlaştırma usulünü yürütmesine ilişkin hukuksal dayanak, 5809 sayılı Kanun’dan önce 406 Sayılı Kanun’un 10’uncu maddesinin 4’üncü fıkrasıydı. Bunun yanında, 14.06.2007 tarihli Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği<sup>58</sup> ve 08.03.2002 tarihli Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te<sup>59</sup> de uzlaştırma usulüne ilişkin düzenlemeler yer almaktaydı. Ancak bu yönetmelikler, 5.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun kabulünü takiben çıkarılan, 8.09.2009 tarihli Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır<sup>60</sup>.

Öte yandan BTK, uzlaştırma yetkisiyle ilgili olarak günümüz itibariyle şu bilgilere yer vermektedir: “406 sayılı Kanununun 10 uncu maddesi hükümleri ve Şebekelerarası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesinin ilgili maddesi uyarınca; Kurumun, erişim, arabağlantı ve ulusal dolaşım (roaming) hususlarında işletmeciler arasında ortaya çıkabilecek uzlaşmazlıkların çözümü konusunda aktif rol üstlenmesi ve bu konuda düzenlemeler yapması gerekmektedir.

*Kanunun ruhu ve lafzı istikametinde; Kurum tarafından uzlaşmazlıkların çözümü konusunda; standart referans arabağlantı ücret tarifelerinin yayınlanması ve gerektiğinde bunların değiştirilmesi, yönetmelikler çıkarılması, standart referans tarifelerinin, şebeke arabağlantılarının ve roaming ile ilgili anlaşmaların yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirlerin alınması gibi işletmeci-*

<sup>57</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. [www.tk.gov.tr/uzlastirma](http://www.tk.gov.tr/uzlastirma) [04.04.2008].

<sup>58</sup> RG, 14.06.2007 Sayı: 26552.

<sup>59</sup> RG, 08.03.2002 Sayı: 24689.

<sup>60</sup> 8.9.2009 tarihli Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği **MADDE 24** – “(1) 14/6/2007 tarihli ve 26552 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği ile 8/3/2002 tarihli ve 24689 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.”

## **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi**

ler arası müzakereler için genel düzenleyici çerçevenin oluşturulmasına yönelik ex-ante düzenlemeler yapılabileceği gibi, işletmeciler arasında vuku bulan uzlaşmazlıkların çözümüne yönelik olarak doğrudan hakemlik yapılabileceği de değerlendirilmektedir.

Kurumumuz, 406 sayılı Kanunun kendisine vermiş olduğu görev ve yetkiler çerçevesinde konuyu değerlendirerek, önümüzdeki günlerde kamuoyunun görüşlerine açılması ve 2002 yılı sonuna kadar da yayımlanması planlanan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği kapsamında işletmeciler arasında ortaya çıkması muhtemel uzlaşmazlıkların çözümüne yönelik bir Uzlaştırma Prosedürü oluşturmuş bulunmaktadır. Söz konusu prosedür, başta arabağlantı olmak üzere tesis paylaşımı, ortak yerleşim, yerel ağa ayırıştırılmış erişim gibi diğer erişim konularında ortaya çıkan uzlaşmazlıkların çözümünde de kullanılacaktır. Halihazırda sektördeki oyuncu sayısının az olması ve bu işletmeciler arasında arabağlantı anlaşmalarının zaten mevcut olması nedeniyle arabağlantı anlaşmalarının tesisi hususunda önemli bir sorunla karşılaşmamaktadır. Ancak, özellikle Türk Telekom'un tekel haklarının sona ermesi ve serbestleşmeyle birlikte pazara yeni girişlerin olmasıyla, arabağlantı başta olmak üzere özel erişim konusunda çok sayıda uzlaşmazlığın ortaya çıkabileceği değerlendirilmektedir.

Diğer taraftan, 8 Mart 2002 tarih ve 24689 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik içerisinde de ulusal dolaşım konusundaki uzlaşmazlıkların çözümüne yönelik olarak hazırlanmış oldukça ayrıntılı bir uzlaştırma prosedürü yer almaktadır. Söz konusu prosedür, halihazırda GSM 900 ve GSM 1800 işletmecileri arasında devam etmekte olan ulusal dolaşım anlaşmazlığının çözümü maksadıyla işletilmiş, ancak GSM 900 işletmecilerinin asliye hukuk mahkemelerinden aldırılmış oldukları ihtiyati tedbir kararları ile uygulaması durdurulmuştur. Uzlaştırma prosedürü kapsamında yapılan Kurum müdahalesi hakkında GSM işletmecilerinin başvurusu üzerine başlatılan uluslararası tahkim süreci halen devam etmektedir.

Kurum, arabağlantı konusunda çıkan uyuşmazlıkların çözümü için "arabuluculuk" rolünü de üstlenmektedir. Nitekim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti arabağlantısı ve arabağlantı ücretleri hususunda Türk Telekom ile Telsim ve Turkcell arasındaki uyuşmazlıkları çözmeye yönelik çalışmaları yapmıştır.<sup>61</sup>

<sup>61</sup> <http://www.btk.gov.tr/Uzlastirma/Uzlastirma.htm> [23.04.2010]

Görüldüğü gibi, BTK'nın uzlaştırma yetkisinin hukuksal dayanakları 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun kabulüyle daha da somutlaşmıştır. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun bazı maddeleri hariç Kanun'un tümü yürürlükten kaldırıldığı için, uzlaştırmaya ilişkin başlıca düzenlemeler, bir Kanun'da toplanmıştır. 8.9.2009 tarihli Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği de uzlaştırma usulünün uygulanması açısından önem taşır. Nitekim Kurum'un uzlaştırma yetkisini nasıl kullanacağı, bu yola kimlerin, nasıl başvuracağına ilişkin sorulara bu yeni yönetmelik cevap vermektedir.

Kurum'un, yukarıda yer verdiğimiz açıklamalarından roaming ile ilgili uyuşmazlıklarda uzlaştırma yoluna gidilebileceği şeklinde bir sonuç çıksa da; yeni Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'i yürürlükten kaldırdığı için roaming anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili, Kurum'un uzlaştırma yetkisine başvurulamamaktadır.

BTK'nın uzlaştırma yetkisi, genellikle **“işletmeciler arasında çıkan ve erişim anlaşmalarıyla ilgili uyuşmazlıklara”** dayanır. Kurum'un uzlaştırma yetkisini kullanabileceği alanlar; arabağlantı<sup>62</sup>, tesis paylaşımı, ortak yerleşim, yerel ağa ayırılmış erişim şeklinde sıralanabilir. Kurum'un da yukarıdaki açıklamasından anlaşılacağı üzere, Türk Telekom'un tekel durumunun sona ermesinden ve bu alanın rekabet ortamına açılarak diğer işletmecilerin de Telekom sektörüne girmelerinden sonra; Kurum'un uzlaştırma yetkisi daha da önem kazanmaktadır. Zira GSM şirketleri ile Türk Telekom veya diğer işletmeciler arasında uyuşmazlıkların çıkması kaçınılmazdır.

Bu hususu doğrular nitelikteki bir karar, BTK'nın karar organı olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu tarafından verilmiştir. 01.03.2010 tarihli Kurul kararının<sup>63</sup> konusu, ... İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Türk Telekomünikasyon

<sup>62</sup> ... Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. ve Türk Telekom'un arabağlantının gerçekleştirileceği santraller hususunda anlaşamamaları üzerine BTK'ya uzlaştırma talebinde bulunulmuş ve Kurul da “Türk Telekom'un, kendisi ile arabağlantı sözleşmesi imzalamış olan diğer işletmecilere, talep etmeleri halinde Ek'te yer alan müstakil lokal santrallerinde Referans Arabağlantı Teklifinde yer alan hükümler çerçevesinde lokal kademedede arabağlantı hizmetini sağlaması..” şeklinde bir karar vererek, uyuşmazlığı çözmüştür.

<sup>63</sup> **BTK, 2009/DK-07/585 sayılı ve 13.11. 2009 tarihli Kurul kararı.**

<sup>64</sup> <http://www.btk.gov.tr/Duzenlemeler/Hukuki/kurulkararlari/kkararlari2009.htm> [21.04.2010].

<sup>65</sup> **BTK, 2010/DK-07/129 sayılı ve 01.03.2010 tarihli Kurul kararı**

<sup>66</sup> <http://www.btk.gov.tr/Duzenlemeler/Hukuki/kurulkararlari/kkararlari2010.htm> [21.04.2010].

## ***Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi***

A.Ş. (Türk Telekom) arasında imzalanan İşletmeci Eki ve Teminat Sözleşmeleri ile ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkta, ... İletişim Hizmetleri A.Ş. isimli şirketin, Kurum'un uzlaştırma usulüne başvuru talebine ilişkindir. Kurul, bu talebi incelemiş ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 6'ncı maddesine ve Erişim Ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 18'inci maddesine aykırı görerek, uzlaştırma talebini tamamen reddetmiştir.

### **1. Erişim ve Arabağlantı Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'na Göre Uzlaştırma Usulü**

Arabağlantı (*interconnection*)<sup>64</sup> kavramı, ilk başta sadece 406 sayılı Kanun ile 2813 sayılı Telsiz Kanunu<sup>65</sup> kapsamında düzenlenmişti. Ancak 2008 yılında çıkarılan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda da arabağlantı kavramına yer verilmiştir. Söz konusu Kanun'a dayanılarak çıkarılan yeni "Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği"nin<sup>66</sup> 4'üncü maddesinin (b) bendinde de arabağlantı kavramı şu şekilde açıklanmıştır: "*Bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya farklı bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatının veya başka bir işletmeci tarafından sunulan hizmetlere erişiminin sağlanmasını teminen, aynı veya farklı bir işletmeci tarafından kullanılan elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlantısını... ifade eder.*"

Yürürlükten kaldırılan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 1'inci maddesinde 2000 yılında 4502 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle getirilen Ek Fıkra'ya göre arabağlantı kavramı: "*İki ayrı telekomünikasyon şebekesi arasındaki telekomünikasyon trafiğinin gerçekleştirilmesini teminen iki şebekenin birbirine irtibatlandırılması*" anlamını taşımaktadır<sup>67</sup>. AB Hukuku'nda

<sup>64</sup> Bir diğer adlandırma ise "Şebekelerarası irtibat ve işbirliği sözleşmesi"dir. Bkz. ULUSOY, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 80.

<sup>65</sup> 2813 sayılı Telsiz Kanunu m.7/h) (**Değişik: 27/1/2000 - 4502/16 md.**) Telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından yararlanacak kullanıcılara ve telekomünikasyon şebekeleri arasındaki ara bağlantılar bakımından diğer işletmecilere uygulanacak ücret tarifelerine ve sözleşme hükümlerine ve teknik hususlara ilişkin genel kriterleri ve görev alanına giren diğer konularda uygulama usul ve esaslarını belirlemek, tarifeleri incelemek, değerlendirmek, gerekenleri onaylamak ve bunların uygulanmasını izlemek.

<sup>66</sup> RG, 08.09.2009 Sayı: 27343.

<sup>67</sup> Bu çerçevede, 24.04.1998 tarihinde Türk Telekom ile GSM işletmecileri arasında şebekeler arası irtibat ve işbirliği sözleşmeleri (arabağlantı sözleşmeleri) imzalanmıştır.



ise arabağlantı kavramı, AB Arabağlantı Direktifi'ne<sup>68</sup> göre “*unsur ve/veya hizmetlerin elektronik haberleşme hizmetlerinin sağlanması amacıyla, belirli koşullara bağlı olarak veya bağlı olmaksızın diğer işletmecilerin kullanımına açılması olarak tanımlanmaktadır.*”

Doktrinde ise arabağlantı, ULUSOY tarafından isabetli olarak tanımlandığı üzere, “*bir şebekenin veya işletmecinin aboneleriyle diğer bir şebekenin veya işletmecinin abonelerinin haberleşebilmesidir.*”<sup>69</sup> Arabağlantı sözleşmesine göre, birbiriyle irtibatlı hale gelen iki şebeke işletmecisi, aralarındaki sözleşme uyarınca belirli bir tarife (temel ücret) üzerinden karşılıklı olarak ödemeler yapar<sup>70</sup>. Söz konusu sözleşmeler, iki kişi arasında akdedilen ve karşılıklı hak ve borç doğuran bir özel hukuk sözleşmesinden farksızdır. Bundan dolayı, bu sözleşmeler hukuki nitelikleri itibarıyla **özel hukuk sözleşmeleridir** ve bunlara özel hukuk rejimi uygulanır<sup>71</sup>. Bir diğer ifadeyle, ara bağlantı sözleşmelerinden doğan her türlü uyuşmazlığa bakacak görevli yargı kolu, idari yargı değil; adli yargı olacaktır. İdari rejimi benimseyen ülkeler bakımından görevli yargı yerinin doğru bir biçimde tespit edilmesi önemlidir.

Arabağlantı kavramı, telekomünikasyon literatüründe yer alan ve farklı bir anlam içeren **roaming (ulusal dolaşım)** kavramıyla karıştırılır. Oysa bu iki kavram, birbirinden oldukça farklıdır. Roaming, daha önceden bir işletmeci tarafından kurulan telekomünikasyon alanındaki araçların ve altyapının, aralarında akdedecekleri bir sözleşmeye göre başka bir işletmeci tarafından belli bir ücret karşılığı kullanılmasıdır<sup>72</sup>. Danıştay 13. Dairesi'nin 13.12.2005 tarihli bir kararında<sup>73</sup> roaming, şu şekilde tanımlanır: “*Roaming*”; *bir işletmeciye ilişkin hizmetlerin teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, sair bir işletmecinin müşterilerine ilişkin ekipmanlar üzerinden çalışmasına veya sair bir sisteme ara bağlantısına imkan sağlayan sistemler arası dolaşım*”. Roaming, ulusal veya uluslararası olabilir. Örneğin; arabağlantının kurulmasında, hizmetten yararlanan veya hizmet kullanıcıları, kendi telefon operatörleri dışında başka bir operatöre ait bir numarayı arayarak, arabağlantıdan yararlanırlar. Arabağlantı kurulmasaydı, farklı operatörler arasında ücretlendirme konu-

<sup>68</sup> 97/33/AB, Madde 2'den nakleden GÖKTAYLAR, **BTK Uzmanlık Tezi**, s. 22.

<sup>69</sup> ULUSOY, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 79.

<sup>70</sup> ULUSOY, s. 80.

<sup>71</sup> ULUSOY, s. 81.

<sup>72</sup> ULUSOY, s. 80.

<sup>73</sup> D13D, E. 2005/1716 ve K. 2005/5892 sayılı ve 13.12.2005 tarihli kararı. **DKD**, S.112, (Yıl 36-2006) s. 379. [www.corpus.com.tr](http://www.corpus.com.tr) [28.04.2010]



## ***Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi***

sunda ciddi uyuşmazlıklar ortaya çıkabilirdi. Oysa roaming, hizmet kullanıcılarının talebinden çok, bir telefon operatörünün talebiyle daha önceden kurulan bir telefon operatörünün alt yapısının kullanılması ve bu yolla haberleşme hizmetlerinin ulusal veya uluslararası alanda aksamamasının sağlanmasıdır.

Erişim kavramı ise elektronik haberleşme şebekesi, alt yapısı ve/veya hizmetlerinin, diğer işletmecilere sunulmasını ifade eder<sup>74</sup>. 5809 sayılı Kanun'da düzenlenen bu kavram, arabağlantı ve roaming kavramlarına göre daha üst bir kavramdır. Arabağlantı ve roaming, erişim kavramının farklı görünümüleri olarak düşünülmelidir. 5809 sayılı Kanun, BTK'nın uzlaştırma yetkisinin, erişim anlaşmalarından kaynaklandığını düzenler.

“BTK'nın uzlaştırma yetkisini kullanmasına sebep olan uyuşmazlıklar nasıl ortaya çıkar? BTK'ya başvuru nasıl yapılır? BTK hangi hukuksal düzenlemelere dayanarak nasıl karar verir? Ortaya çıkan karar bağlayıcı mıdır? Yargı yoluna başvurulabilir mi?” sorularına erişim ve arabağlantı sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların BTK tarafından uzlaştırma yolu ile çözümlenmesini düzenleyen hukuksal kaynaklara göre yanıt arayacağız. Bu hukuksal kaynaklar; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve 08.09.2009 tarihli Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'dir.

5809 sayılı Kanun'un 18'inci maddesine<sup>75</sup> göre erişim anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıkları çözüme yetkisi, BTK'ya verilmiştir.

<sup>74</sup> Bu kavram 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 3'üncü maddesinin (ö) bendinde yer alır.

### ***75 Erişim anlaşmaları ve uzlaşmazlıkların çözümü***

**MADDE 18 – (1)** Erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanır. Taraflar arasında erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde bu Kanun kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması halinde Kurum, taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletmeye ve/veya geçici ücretin belirlenmesi de dahil olmak üzere, kamu menfaati açısından gerekli gördüğü diğer tedbirleri almaya veya uzlaştırma talebini reddetmeye yetkilidir.

(2) Kurum, uzlaştırma sürecinde tarafların anlaşamaması halinde, erişim anlaşmasının anlaşmazlık konusu olan hüküm, koşul ve ücretlerini, belirlenen istisnai haller hariç olmak üzere iki ay içerisinde belirlemeye yetkilidir. Belirlenen hüküm, koşul ve ücretlerin işletmeciler tarafından, mevzuat ve Kurum düzenlemeleri çerçevesinde aksi kararlaştırılmıncaya kadar uygulanmasına devam olunur.

(3) Erişim anlaşmaları imzalanmasını müteakip Kuruma sunulur. Kurum ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırılık hallerinde işletmecilerden anlaşmalarda değişiklik yapılmasını ister. İşletmeciler Kurumun değişiklik isteğini yerine getirmekle yükümlüdür.

(4) Erişim anlaşmaları, ticarî sınırlar dışında alenidir.

(5) Bu maddenin uygulanma usul ve esasları Kurum tarafından belirlenir.

Erişim ve arabağlantı sözleşmesinin imzalanmasını talep eden işletme-  
ciyle, diğer işletmeci arasında söz konusu sözleşmenin akdedilememesi dur-  
umunda veya anlaşmanın uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar-  
da, BTK'nın **uzlaştırıcı** olarak görev yapacağı açıktır. Buna paralel olarak,  
ULUSOY'un da isabetli olarak belirttiği gibi Kurum, her iki tarafın da kabul  
etmek zorunda olduğu bir uzlaşma metni hazırlamak, geçerli olacak koşulla-  
rı ve ücretleri **tek taraflı** olarak belirlemek durumundadır<sup>76</sup>. Ancak 5809 sayı-  
lı Kanun'un getirdiği yeni düzenlemeye göre taraflar, erişim anlaşmasını ak-  
dedemezse ve bu durum en fazla 2 ay sürerse; Kurum, taraflarca yapılan mü-  
racaat sonucunda uzlaştırma yoluna gider. Uzlaştırma süreci devam ederken  
Kurum, tarafların üzerinde anlaşabileceği bir erişim anlaşması hazırlar. Taraf-  
lar anlaşma hükümlerinin aksini kararlaştırmadıkça, aralarındaki bu an-  
laşma devam eder.

Kurum'un uzlaştırma yetkisinin hukuki dayanağını oluşturan düzenle-  
me, yürürlükten kaldırılan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 10'uncu  
maddesinin 4'üncü fıkrasında da yer almaktaydı. 406 sayılı Telgraf ve Telefon  
Kanunu'nun 10'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasına göre: *"Arabağlantı anlaş-  
ması ilk talepten itibaren **azami üç ay** içerisinde sonuçlandırılmadığı takdir-  
de, Kurum'a arabağlantı talep eden tarafın başvurusu halinde, kamu menfa-  
ati gözetilerek belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında **uzlaşma  
prosedürü** işletir ve kamu menfaati açısından makul ve gerekli gördüğü diğer  
tedbirleri alabilir. Kurumun bu prosedürü başlatmasından itibaren Kurum ta-  
rafından bir **dört hafta daha uzatılabilecek olan altı haftalık bir süre** içinde  
tarafların bir anlaşmaya varamamaları halinde, Kurum bu arabağlantı anlaş-  
ması için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkilidir. Bu  
hüküm, koşul ve ücretler, taraflar aksine kararlaştırmadıkça veya kararlaştırıl-  
mıncaya kadar geçerli olur."*

Söz konusu hükümden anlaşılacağı üzere, birden fazla işletme arasında  
imzalanacak olan arabağlantı sözleşmesinde, taraflar arabağlantı sözleşmesi-  
nin esaslı unsurlarında anlaşamaması ve bu anlaşamama durumunun en fazla  
3 ay devam etmesi halinde BTK, uzlaştırıcı rolü ile devreye girerdi. Ancak, bu  
eski düzenleme, bu usulün başlatılabilmesini **arabağlantı kurulmasını talep  
eden tarafın başvurusuna** bağlamıştı. Kurum'un, uzlaştırma usulünü yürü-  
türken **kamu yararını gözetmesi** gerekirdi. Kurum, 406 sayılı Kanun'a göre

<sup>76</sup> ULUSOY, s. 99-100.

## *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi*

uzlaştırma sürecini en fazla 10 hafta içerisinde sonuçlandıracaktı. Asgari 6 hafta olan karar süresi, bir kereye mahsus olmak üzere Kurum tarafından en fazla 4 hafta daha uzatılabilirdi.

406 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinde yer alan süre içerisinde tarafların çözüm konusunda bir sonuca varamaması durumunda Kurum, re'sen arabağlantı sözleşmesi hakkında hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkili hale gelirdi. Ancak, taraflar daha sonradan bu koşul, hüküm ve ücretlerde değişiklik getirecek farklı bir çözüme ulaşırlarsa, tarafların iradeleri Kurum'un çözümünün önüne geçer ve taraflarca belirlenen koşullar geçerli olurdu. Bir başka ifadeyle, bu düzenlemeden Kurum'un tarafların anlaşabilmesini teşvik edici işlevinin olduğu anlaşılmaktaydı.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nu yürürlükteyken; arabağlantı sözleşmelerinin kurulması ya da uygulanması sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, ücretlere ya da arabağlantı hizmetine ilişkin olmaktadır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'na göre BTK'nın uzlaştırma yetkisinde ne gibi değişiklikler oldu? Bu husustaki en önemli değişiklik, 5809 sayılı Kanun'un Kurum'un uzlaştırma yetkisinin çerçevesini daha belirgin hale getirmesidir. Nitekim 5809 sayılı Kanun, BTK'nın uzlaştırma yetkisini "erişim anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar" olarak belirlemiştir.

5809 sayılı Kanun'un 18'inci maddesine göre BTK'nın uzlaştırma yetkisinin ortaya çıkması iki halde mümkündür. Bunlardan ilki; **erişim anlaşması kurulmadan önce**, ikincisi ise **erişim anlaşması kurulduktan sonradır**.

Erişim anlaşması kurulmadan önce işletmeciler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar genellikle, anlaşmanın esaslı unsurları üzerinde anlaşılabilmesi ve bu durumun 2 ay devam etmesi şeklindedir. Örneğin; anlaşma hükümleri, ücretlendirme<sup>77</sup> ve koşullar üzerinde anlaşılabilirse, taraflardan erişim ta-

<sup>77</sup> Arabağlantı Sözleşmesi'nde "ücretlendirme"ye ilişkin bir uyuşmazlığa ilişkin BTİ Kurulu, 14.01.2009 tarihli kararında, ... İletişim Hizmetleri A.Ş. ve ...Uluslararası Elektronik Bilgilendirme, Telekomünikasyon ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş arasındaki çağrı sonlandırma ücretine ilişkin belirlemeyi kendisi yapmıştır. **BTK, 2009/UK-07/21 sayılı ve 14.01.2009 tarihli Kurul Kararı; benzer şekilde Kurul, bir diğer kararında ... Telekomünikasyon A.Ş., ... İletişim Hizmetleri A.Ş. ve ... Telekomünikasyon A.Ş. arasındaki SMS sonlandırma ücreti konusunda çıkan anlaşmazlıkta uzlaştırıcı olarak, ücret belirleme işlevini yerine getirerek tarafları uzlaştırmıştır. BTK, 2009/UK-07/346 sayılı ve 08.07.2009 tarihli Kurul Kararı**

lebinde bulunan taraf, Kurum'dan uzlaştırma sürecinin başlatılmasını isteyecektir.

Özetle, aşağıdaki iki koşulun bir arada olması durumunda, erişim anlaşması kurulmadan önce ortaya çıkan uzlaşmazlık söz konusu olur ve Kurum'un uzlaştırma yetkisi ortaya çıkar:

- İşletmeciler arasında erişim anlaşmasının esaslı unsurları üzerinde mutabakata varılamaması

- İşletmeciler arasındaki anlaşmazlığın 2 ay devam etmesi.

Erişim anlaşması kurulduktan sonra, uygulanması aşamasında da taraflar arasında uzlaşmazlık ortaya çıkabilir. Bu durum, 5809 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinin ilk fıkrasında "*mevcut erişim sözleşmesinde bu Kanun kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması halinde Kurum, taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletmeye..... yetkilidir.*" hükmü ile açıklanır.

Hem erişim anlaşması kurulmadan önce hem de kurulduktan sonra ortaya çıkan uzlaşmazlıklarda Kurum'un uzlaştırma yetkisi mutlaklıdır. Dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan birisi, uzlaştırma talebinde bulunacak tarafla ilgilidir. Nitekim 406 sayılı Kanun'a göre uzlaştırma talebinde bulunacak kişi, arabağlantı sözleşmesinin imzalanmasını talep eden taraftır. Oysa 5809 sayılı Kanun, erişim anlaşmasını akdetmek üzere bir araya gelen ya da anlaşmayı akdeden her iki tarafa da uzlaşma talebinde bulunma imkânı tanımıştır.

Uzlaştırma talebini gerektiren sebeplerin ortaya çıkmasının ardından, taraflardan birisi BTK'ye uzlaşma başvurusunda bulunacaktır. Uzlaşma usulünün nasıl işleyeceği 5809 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinin son fıkrasına göre Kurum'un düzenleyeceği esaslar çerçevesinde gerçekleşir. Bu bağlamda, Kurum, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'ni çıkarmıştır.

## **2. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'ne Göre Uzlaştırma Usulü**

08.09.2009 tarihli bu Yönetmelik'in 18'inci maddesinde Kurum'un uzlaştırma yetkisine yer verilir. Erişim ve arabağlantı sözleşmeleriyle ilgili olarak **sözleşme serbestisini** benimsemiştir<sup>78</sup>. Tarafların uzlaştırma usulüne nasıl

<sup>78</sup><http://www.btk.gov.tr/Duzenlemeler/Hukuki/kurulkararlari/kkararlari2009.htm> [21.04.2010].

<sup>78</sup> *Sözleşme serbestisi*

## **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi**

başvuracağı, sürecin nasıl işleyeceği, Kurum'un ne kadar sürede karar vereceğine ilişkin hususlar, bu Yönetmelik'in 18'inci maddesinde<sup>79</sup> yer alır.

**MADDE 17 – (1) İşletmeciler, erişim sözleşmelerinde yer verilecek hüküm ve koşulları ilgili mevzuata, yetkilendirmelerinde öngörülen şartlara ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmak kaydıyla kendi aralarında müzakere ederek serbestçe belirlerler.**

### **<sup>79</sup> Erişim Müzakereleri ve Sözleşmeleri**

#### **Uzlaşmazlıkların çözümü**

**MADDE 18 – (1) İlgili işletmeciler arasında, yeni bir erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde bu Yönetmelik kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması halinde taraflardan herhangi biri Kurumdan uzlaştırma prosedürünün işletilmesini talep edebilir.**

**(2) Kuruma uzlaştırma talebinde bulunan işletmecilerin başvurularında aşağıdaki hususlar yer almalıdır:**

- a) Tarafların isim ve unvanları,
- b) Erişim talebinin yapıldığı tarih,
- c) Erişim talebinin kapsamı ve süresi,
- ç) Erişim talebi çerçevesinde teklif edilen ücret ve gerekçeleri,
- d) Taraflarca üzerinde anlaşma sağlanamayan hususlar,
- e) Yukarıda sıralanan hususlara ilişkin her türlü bilgi ve belge.

**(3) Kurum, başvuru yapan işletmecinin gerekli belgeleri sunmaması hâlinde eksikliklerin belirlenen süre içerisinde tamamlanmasını talep eder. Söz konusu eksikliklerin verilen süre içerisinde tamamlanmaması halinde başvuru reddedilmiş sayılır.**

**(4) Kurum, kendisinden uzlaştırma talebinde bulunulduğunu diğer işletmeciye yedi gün içinde tebliğ eder. İşletmeci, tebligatı almasını müteakip onbeş gün içinde, görüşlerini ve konuya ilişkin bilgi ve belgeleri Kuruma sunar.**

**(5) Kurum, söz konusu bilgi ve belgelerin alındığı tarihten itibaren otuz gün içinde, işletmecilere ilgili mevzuat kapsamında getirilen yükümlülükleri, Kurum tarafından aynı veya benzer hususlarda yapılan düzenlemeleri, talep konusu hizmetin ekonomik ve teknik açıdan alternatiflerinin varlığı ve bu maddede öngörülen uzlaştırma prosedürü dışındaki müzakere, arabuluculuk da dahil tarafların başvurabileceği uyuşmazlık çözümü yollarının mevcut uzlaşmazlığı daha etkin bir şekilde giderme olasılığı gibi hususları dikkate alarak uzlaştırma talebini kabul edip etmeyeceğine karar verir. Talebin reddedilmesi durumunda ilgili işletmecilere bildirimde bulunulur. Kurum, uzlaştırma talebini kabul etmesi halinde ilgili işletmecileri uzlaştırma toplantısına davet eder. Uzlaşmazlık konularının söz konusu toplantıda tutanak altına alınması ile uzlaştırma süreci başlatılır.**

**(6) Kurum, uzlaştırma sürecinde tarafların anlaşamaması halinde, taraflarca sunulan bilgi ve belgeleri 5 inci maddede belirtilen ilkeler doğrultusunda nitelik ve nicelik itibarıyla değerlendirilerek erişim anlaşmasının anlaşmazlık konusu olan hüküm, koşul ve ücretlerini uzlaştırma sürecinin başladığı tarihten itibaren iki ay içerisinde belirlemeye yetkilidir. Ancak, uzlaştırma talebinin daha önce sunulmayan bir hizmete ilişkin olması, talebin içeriğinin kapsamlı bir çalışma ve bilgi toplama süreci gerektirmesi ve Kurumun gerekli gördüğü diğer istisnai hallerde bu süre en fazla iki ay daha uzatılabilir.**

**(7) Kurum, bu madde kapsamında gerekli gördüğü her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan talep edebilir. Taraflar, söz konusu bilgi ve belgeleri Kurum tarafından belirlenecek süre içinde Kuruma göndermekle yükümlüdür.**

**(8) Kurum tarafından belirlenen hüküm, koşul ve ücretler; referans erişim tekliflerinde ve Kurum düzenlemelerinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, uzlaştırma talep eden işletmecinin Kuruma başvuruda bulunduğu tarihten itibaren yürürlüğe girer.**

**(9) Kurum, uzlaştırma sürecinde, geçici ücretin belirlenmesi dâhil, kamu yararının gerektirdiği her türlü tedbiri alır. İşletmeciler, geçici ücret dâhil, Kurum tarafından alınacak tedbir-**

Uzlaştırma talebinde bulunan taraf uzlaştırma başvurusunu şu şekilde düzenlemelidir:

- Tarafların isimleri ve unvanları,
- Erişim talebinin yapıldığı tarih,
- Erişim talebinin kapsamı ve süresi,
- Erişim talebi çerçevesinde teklif edilen ücret ve gerekçeleri,
- Taraflarca üzerinde anlaşma sağlanamayan hususlar,
- Bu hususlara ilişkin her türlü bilgi ve belge.

Kurum'a yapılan başvurunun ardından başvuru, Kurum tarafından incelenir.

Başvuruyu doğrulayacak nitelikte bilgi ve belgenin Kurum'a sunulmaması durumunda, Kurum, başvuru sahibine makul bir süre verir. Bu süre içerisinde eksiklikler tamamlanmazsa; başvuru reddedilmiş sayılır.

Usulüne uygun olarak yapılan başvuru, Kurum tarafından kabul edilirse; cevap vermesi için uzlaşma başvurusu, karşı tarafa 7 gün içinde tebliğ edilir. Karşı tarafa, uzlaşma talebiyle ilgili cevaplarını sunması için Kurum tarafından 15 gün süre verilir.

Cevap verme süresinin bitmesinin ardından Kurum, uzlaşma yetkisine ilişkin bazı hususlar üzerinde 30 gün içinde karara ulaşmaya çalışır. Ancak bu karar, uzlaşma kararı değildir. Henüz uzlaşma süreci başlamamıştır. Kurum'un burada vereceği karar, uzlaşmaya gerek olup olmadığı hakkındaki bir düşünme sürecidir. Bu süreçte Kurum, şu hususları gözden geçirir:

- İşletmecilere ilgili mevzuat kapsamında getirilen yükümlülükleri,
- Kurum tarafından aynı veya benzer hususlarda yapılan düzenlemeleri,
- Talep konusu hizmetin ekonomik ve teknik açıdan alternatiflerinin varlığı,

---

*lere uymakla yükümlüdür. Kurum, geçici ücreti belirlerken, daha önce uygulanmakta olan ücretleri ve/veya 12 nci madde hükümlerini dikkate alır. İşletmeciler, Kurum tarafından nihai ücretin belirlenmesinden sonra, geriye dönük olarak bu ücret üzerinden mahsuplaşırlar.*

*(10) Müteakip Kurum düzenlemeleri aksini gerektirmedikçe veya ilgili mevzuat çerçevesinde işletmecilerin mutabakatıyla aksi kararlaştırılmadıkça, Kurumun belirlediği hüküm, koşul ve ücretlerin uygulanmasına devam olunur.*

## ***Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi***

- Yönetmelik'in 18'inci maddesinde öngörülen uzlaştırma prosedürü dışındaki müzakere, arabuluculuk da dahil tarafların başvurabileceği uyuşmazlık çözüm yollarının mevcut uzlaşmazlığı daha etkin bir şekilde giderme olasılığı gibi hususları dikkate alarak uzlaştırma talebini kabul edip etmeyeceğine karar verir.

Kurum, bu hususları bir ölçüt olarak kabul eder ve uzlaştırma talebinin kabulüne veya reddine karar verir. Her iki karar da taraflara bildirilir. Talep kabul edilirse; taraflar uzlaşma sürecinin başlaması için davet edilir. Burada önemli olan husus, uzlaşma sürecinin başlangıç anıdır. Uzlaşma süreci, Kurum tarafından uzlaşma talebinin kabulü ile başlamaz. Tarafların, uzlaşma toplantısına davet edilmesi ve uzlaşma toplantısında tutanakların tutulmaya başlamasıyla uzlaşma süreci başlar. Bir diğer ifadeyle uzlaşma süreci, uzlaşma talebinden sonra, tarafların bir araya geldiği andan itibaren başlar. Uzlaşma sürecinde, taraflar ya uzlaşacaklardır ya da herhangi bir anlaşmaya varamayacaklardır. Tarafların herhangi bir anlaşmaya varamaması durumunda, Kurum 2 ay içerisinde re'sen bir anlaşma metni hazırlamaya yetkilidir. Bu anlaşma metninin hazırlanmasında Kurum, tarafların uzlaştırma sürecinin başlangıcında kendisine sunulan bilgi ve belgeleri gözden geçirir ve anlaşma hükümleri ile ücret konusunu belirler. Eğer tarafların üzerinde anlaşamadığı husus, daha önce sunulmayan yeni bir hizmete ilişkinse; Kurum 2 aylık süreye 2 ay daha eklenmesiyle en fazla 4 ay içerisinde, daha detaylı bir araştırma sürecinden sonra taraflara bir anlaşma metni sunar.

Uzlaştırma süreci sonucunda, Kurum tarafından hazırlanan bir anlaşma metni ortaya çıkar. Bu anlaşma metni, taraflarca kabul edilir. Ancak anlaşma, uzlaştırma sürecinin bitip anlaşma metninin kabul edildiği tarihte değil, uzlaşma usulüne başvuruda bulunulduğu tarihte yürürlüğe girer. Bir diğer ifadeyle, uzlaşma sonucunda Kurum tarafından taraflara sunulan ve taraflarca kabul edilen anlaşmanın yürürlük tarihi, geçmişe yürür. Anlaşmanın yürürlük tarihi, uzlaşmaya başvuru tarihidir. Bu kuralın tek istisnası, referans erişim tekliflerinde ve Kurum düzenlemelerinde yer alan hükümlerdir. Bu hükümlerde, anlaşmanın yürürlük tarihi, uzlaşmaya başvuru tarihi değil; başka bir tarih olarak belirlenmişse, bu tarihte anlaşma yürürlüğe girer.

Kurum tarafından hazırlanan anlaşma metnine, tarafların uyması zorunlu mudur? Uzlaşma süreci sonunda Kurum tarafından hazırlanan ve taraflara sunulan anlaşma metni, anlaşmanın esaslı unsurları bakımından –ücretlen-



dirme, koşullar gibi- üzerinde mutabakata varılabilecek biçimdeyse, taraflar bu anlaşmayı kabul edecektir. Ancak bu hususta, 5809 sayılı Kanun'un tarafları, uzlaşma süreci sonundaki anlaşma metnine mutlak anlamda bağladığını söylemek yanlış olur. Zira Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 18'inci maddesinin 10'uncu fıkrasına göre; “*Müteakip Kurum düzenlemeleri aksini gerektirmedikçe veya ilgili mevzuat çerçevesinde işletmecilerin mutabakatıyla aksi kararlaştırılmadıkça, Kurumun belirlediği hüküm, koşul ve ücretlerin uygulanmasına devam olunur.*” Uzlaşma süreci Kurum tarafından sona erdirilip bir anlaşma metni hazırlanıp taraflara sunulmasına rağmen; tarafların anlaşma metni üzerinde uzlaşması ya da metin üzerinde değişiklik yapmalarına ilişkin kendilerine bir serbesti tanınmıştır. Söz konusu serbesti, hem 5809 sayılı Kanun'da hem de Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde kabul edilmiştir.

Yönetmelik'te yer alan uzlaşmaya ilişkin hükümler oldukça ayrıntılı olmasına rağmen, 5809 sayılı Kanun ile aynı kavramlara yer vermemesi açısından kanımızca eleştirilmelidir. Nitekim Yönetmelik'in 18'inci maddesinde “erişim sözleşmeleri” kavramından söz edilmiştir. Oysa Kanun'un 18'inci maddesinde “erişim anlaşmaları”ndan söz edilmiştir. Kavram birliğinin sağlanması açısından daha çok tercih edilen “sözleşme” kavramının kullanılması kanımızca daha uygundur.

Uzlaşma sürecinin sona ererek tarafların üzerinde mutabakata varacağı bir sözleşme metninin BTK tarafından düzenlenmesinin ardından, taraflar sözleşmeyi imzalarlar. Ancak taraflar, kendi aralarındaki müzakereler sonucunda Kurum tarafından hazırlanan sözleşme metninde ücretlendirmeye ya da sözleşme hükümlerine ilişkin değişiklik yapabilirler. Ancak taraflar, Kurum tarafından hazırlanan sözleşme metninin aksini kararlaştırmaya kadar, Kurum tarafından kendilerine sunulan sözleşme metni geçerlidir. Uzlaştırma usulüne göre kabul edilen sözleşmeye, sözleşmenin uygulanması aşamasında uymayan tarafa, Kurum tarafından idari yaptırım uygulanır<sup>80</sup>.

BTK, ayrı bir kamu tüzelkişiliği ile idari karar alma yetkisiyle donatılmıştır. BTK'nın uzlaştırma sürecinin sonunda verdiği uzlaştırma kararına karşı

<sup>80</sup> Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği m. 21(i): “*Yükümlü işletmecinin uzlaştırma prosedürü kapsamında geçici ücret dâhil Kurum tarafından belirlenen hüküm, koşul ve ücretlere uymaması veya söz konusu hüküm, koşul ve ücretlerin uygulanmasını haklı bir neden olmaksızın geciktirmesi durumunda, işletmeciyeye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine kadar...idari para cezası uygulanır.*”



## ***Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi***

yargı yoluna başvurulabilir mi? Anayasa'nın 125'inci maddesine göre, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.*” Acaba, BTK'nın uzlaştırma kararına karşı idari yargı mercilerinde dava açılabilir mi? Bu sorunun yanıtı, BTK'ya verilen uzlaştırma yetkisinin niteliğinde ve amacında saklıdır.

Kanımızca, BTK'nın verdiği uzlaştırma kararlarına karşı idari yargı mercilerine başvuru yolunun kapalı olduğu görüşündeyiz. Bu düşüncemizi destekleyen iki husus söz konusudur. Bunlardan ilki; BTK, bir bağımsız idari otonom olarak idari karar alma ve bunları uygulama yetkisine sahip olmasıyla ilgilidir. Tüm bu yetkilerin yanında, BTK'ya telekomünikasyon alanında uzman kuruluş olması nedeniyle bu alandaki uyuşmazlıkları uzlaştırıcı rolü ile çözüme yetkisi tanınmıştır. Bu yetkinin tanınmasındaki asıl amaç, telekomünikasyon sektörünün uzmanlık gerektiren ve teknik bir alan olmasıdır. Bu alanda çıkan uyuşmazlıkları en kısa sürede, BTK çözüme kavuşturabilir. Bu nedenle, BTK'ya uzlaştırıcı rolü verilmiştir. Amaç, telekomünikasyon sektöründe işletmeciler arasındaki sözleşmelerde ortaya çıkan uyuşmazlıkları en kısa sürede çözüme kavuşturmadır. Eğer, BTK'nın uzlaştırma süreci sonunda verdiği karara karşı yargı yolu açık olursa; uzlaştırmanın bu amacı ortadan kalır. Ancak 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin uzlaştırmaya ilişkin hükümlerinde, uzlaştırma kararına karşı yargı yerlerine başvurulabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda, Kanun'da yeni bir düzenleme yapılarak; **“uzlaştırma kararlarının bağlayıcı olduğunun”** ve **“uzlaştırma kararlarına karşı yargı mercilerine gidilemeyeceğinin”** açıkça belirtilmesinde fayda görmekteyiz.

Söz konusu görüşümüzü destekleyen ikinci husus ise 08.09.2009 tarihli Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'dir. Bu Yönetmelik'in “Müeyyideler”i düzenleyen 21'nci maddesinin (i) bendine göre; *“Yükümlü işletmecinin uzlaştırma prosedürü kapsamında geçici ücret dâhil Kurum tarafından belirlenen hüküm, koşul ve ücretlere uymaması veya söz konusu hüküm, koşul ve ücretlerin uygulanmasını haklı bir neden olmaksızın geciktirmesi durumunda, işletmeciyeye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine kadar... ihlalin niteliğine göre Kurum tarafından belirlenecek oranlarda idarî para cezası uygulanır.”* Bu düzenlemeye göre, Kurum, uzlaştırma sürecinden sonra verdiği karara taraflarca uyulmasını ister. Aksi takdirde, uzlaştırmadan sonra

Kurum'un hazırladığı sözleşme hükümlerine uyulmaması üzerine, uymayan tarafa belirlenen oranlarda idari para cezası uygulanacaktır. Kanunkoyucu, bu düzenleme ile, BTK'nın uzlaştırıcı rolünü kuvvetlendirmiştir. Uzlaştırma sonucunda ortaya çıkan kararı etkili hale getirmiştir. Eğer kanunkoyucu, uzlaştırma kararına karşı yargı yoluna başvurulmasını isteseydi; uzlaştırma kararlarının uygulanmasını etkili hale getirecek, onu kuvvetlendirecek "idari para cezasını" düzenlemezd.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, BTK'nın uzlaştırma sonucunda verdiği kararlara karşı, yargı yolunun kapalı olduğu görüşündeyiz. Kanunkoyucunun bu düzenlemesi yerindedir, uzlaştırma kavramının amacına uygundur. Ancak, 5809 sayılı Kanun'da uzlaştırma kararlarının bağlayıcılığını açıkça düzenlemekte de fayda vardır.

Uzlaştırma kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması hususunun tek istisnası; uzlaştırma kararına uymayan işletmeyle ilgili, Kurum tarafından uygulanan idari para cezasına karşı hakkında idari para cezası uygulanan işletmecinin, yargı yoluna gidebilmesidir.

## **SONUÇ VE DEĞERLENDİRME**

Uzlaştırmanın, uyuşmazlık çözümüne getirdiği çabukluk, kolaylık ve uzmanlaşmış kişilerce çözüm avantajlarının yanında; telekomünikasyon sektöründe bazı sorunların yaşandığı açıktır. Bu sorunlar, telekomünikasyon sektöründe düzenleme, denetleme, yaptırım uygulama ve uyuşmazlık çözme yetkisi olan BTK'nın "uzlaştırma yetkisinin" hukuksal açıdan daha somut hale getirilmesiyle çözülebilir. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, söz konusu somutlaştırma işlevini büyük ölçüde yerine getirmiştir.

Türk Hukuku'nda BTK'nın erişim ve arabağlantı sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda üstlendiği uzlaştırma işlevi konusunda 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun ve 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun açık olmayan ve yetersiz düzenlemelerinin olduğunu söyleyebiliriz. Bu eksiklikleri, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun giderdiği söylenebilir. Ancak Kanun, sadece işletmeciler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar konusunda Kurum'un uzlaştırma yetkisinin olduğunu ifade etmektedir. Kurul Kararları incelendiğinde, işletmeciler arasındaki uyuşmazlıkların büyük bir çoğunluğu "arabağlantı sözleşmelerinde ücretlendirmeye" ilişkindir. Ancak ger-

## ***Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi***

çek hayatta uyuşmazlıklar, sadece işletmeciler arasında çıkmamakta; işletmeciler ve hizmetten yararlananlar arasında da çıkabilmektedir. Kanımızca, sadece işletmeciler arasında değil, işletmeci ve Kurum ya da hizmetten yararlananlar ve işletmeci arasındaki uyuşmazlıklarda da Kurum'un uzlaştırma yetkisine başvurulabilmelidir. Bu durum, telekomünikasyon hizmetlerinin evrensel hizmet niteliği taşımasının doğal bir sonucudur. Böylece, uyuşmazlıklar daha kısa sürede ve daha az masrafla çözüme kavuşturulur.

Ayrıca sadece telekomünikasyon sektöründe değil, genel olarak tüm hizmet sektörlerini ilgilendiren diğer bağımsız idari otoritelerin de alternatif uyuşmazlık çözümünde aktif rol almasının sağlanması gerekir. Bu bağlamda bağımsız idari otoritelerin uzlaştırma yetkilerine veya uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümlenmesine ilişkin genel bir kanunun çıkarılması, tüm sektörlerde yeknesak bir uyuşmazlık çözüm usulünün varlığını sağlayacaktır. Gereken yasal düzenlemeler yapıldıktan sonra, her sektörün, kendine özgü sorunlarına yönelik olarak özel düzenlemelerini, yönetmelik gibi düzenleyici işlemler yoluyla yapması daha mantıklıdır. Tüm bu çözümler sayesinde bağımsız idari otoritelerce kullanılacak alternatif uyuşmazlık çözümü yolları netlik kazanacak ve sorunlar daha kısa sürede halledilebilecektir.

Son olarak BTK'nın verdiği uzlaştırma kararlarına karşı yargı yoluna başvurulup başvurulamayacağı görüşünderiz. Bu görüşümüz doğrultusunda, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda BTK'nın uzlaştırma kararlarının bağlayıcılığı hususu yeniden gözden geçirilmeli ve Kanun'da "uzlaştırma kararlarının bağlayıcılığı" açıkça düzenlenmelidir.

### **KAYNAKÇA**

AKINCI, Ziya; **Milletlerarası Tahkim**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mart 2003.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA, Cemil; **Türk İdare Hukuku**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2009.

ARDIYOK, Şahin; **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No: 9, Ankara, 2002.

*Arş. Gör. Begüm İSBİR*

ATAY, Ender Ethem; "BİO'lar ve Türkiye Uygulaması," **GÜHFD**, C. X, S.1-2, (Yıl: 2006).

ATAY, Ender Ethem; **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2009.

BREYER, Stephen; **Regulation and Its Reform**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1982.

**Cabinets and Counselors, The President and the Executive Branch, Congressional Quarterly**, Washington D.C. , 1989.

CANDAN, Turgut; **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Yaklaşım Yayınları, Ocak 2001.

CÖMERT, Faruk; **AB Komisyonu İlerleme Raporu Çerçevesinde Bağımsız Düzenleyici Kurumların Durumu ve Üst Kurullar**, 9 Aralık 2004, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mayıs 2005 (Tebliğ).

EKİCİ, Şerafettin; **Türk Telekomünikasyon Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

EMEK, Uğur; **Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması**, TÜSİAD Yayın No. TÜSİAD-T/2002-12/349, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, Ankara 2002.

GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev/AKGÜNER, Tayfun; **İdare Hukuku**, İstanbul, Üçüncü Baskı, Der Yayınları, 2008.

GÖKTAYLAR, Bilge; "Arabağlantı Sözleşmelerinin Hukuksal Açından İncelenmesi: Telekomünikasyon Sektöründe Arabağlantı Uzlaşmazlıklarının Çözümü Prosedürünün İşletilmesi," **BTK Uzmanlık Tezi**, Ankara, Nisan 2005, [www.tk.gov.tr/yayinlar](http://www.tk.gov.tr/yayinlar) <erişim:25.05.2008>

GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku Dersleri**, altıncı baskı, Bursa, Ekin Yayınları, Ekim 2007.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN Turgut; **İdare Hukuku Genel Esaslar**, C. I, Üçüncü Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004.

ILDIR, Gülgün; **Yargılama Dışında (Alternatif) Uyuşmazlık Çözüm Yolları**

*Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi*

rı, Seçkin Yayınları, 2003.

KESSIDES, Ioannis N.; **Reforming Infrastructure- Privatization, Regulation and Competition**, A World Bank Policy Research Report, A Copublication of the World Bank and Oxford University Press, 2004.

ÖZBAY, İbrahim; “Avukatlık Hukuku’nda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği,” **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.3-4, (Yıl: 2004).

STONE, Katherine V. W.; “Alternative Dispute Resolution,” **Encyclopedia of Legal History**, University of California, Los Angeles School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series No: 04-30.

<http://ssrn.com/abstract=631346> [02.01.2010]

SOBACI, Zahid; “Türk İdari Teşkilatındaki “Adalar”: Bağımsız İdari Otoriteler,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, C.55, S. 2.

TAN, Turgut; “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar,” **Amme İdaresi Dergisi**, Yıl: Haziran 2002, Sayı: 35/2.

TAN, Turgut; **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

TANRIVER, Süha; “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk,” **Türkiye Barolar Birliği**, S: 64, (Yıl: 2006).

TANRIVER, Süha; “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk,” **Makalelerim**, Ankara, 2006.

TEPE, Berna, ARDIYOK, Şahin; “Devlete Yeni Rol: Regülasyon,” **Amme İdaresi Dergisi**, Sayı: 37/1, (Yıl: Mart 2004).

ULUSOY, Ali; **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

ULUSOY, Ali; **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, Eylül 2004.

ULUSOY, Ali; **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

*Arş. Gör. Begüm İSBİR*

**Diğer Kaynaklar:**

*www.btk.gov.tr*

*http://ssrn.com*

*www.corpus.com.tr*

**KISALTMALAR**

<b>AİD</b>	<b>: Amme İdaresi Dergisi</b>
<b>BİO</b>	<b>: Bağımsız İdari Otorite</b>
<b>Bkz.</b>	<b>: Bakınız</b>
<b>BTK</b>	<b>: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu</b>
<b>C.</b>	<b>: Cilt</b>
<b>DKD</b>	<b>: Danıştay Kararları Dergisi</b>
<b>GÜHFD</b>	<b>: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</b>
<b>RG</b>	<b>: Resmi Gazete</b>
<b>s.</b>	<b>: sayfa</b>
<b>S.</b>	<b>: Sayı</b>

# AYİM KARARLARI IŞIĞINDA ASKERİ HİZMETİN YÜRÜTÜLMESİ ESNASINDA ASKERİ PERSONELİN KARŞILAŞTIĞI BİREYSEL ZARARLARDAN İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU ESASLARI

Kadir KORKMAZ\*

## ÖZET

*Kamu hizmetinde çalışan görevlilerin görevleri sırasında ya da görevleri nedeniyle bir zarara uğraması halinde bu zarar hizmetin kaçınılmaz tehlikesi olarak kabul edilir ve ortaya çıkan zarar bir kusur olmasa dahi, kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca, idarece tazmin olunur.*

*Bir kamu hizmeti olan askeri hizmetin yürütülmesi hem profesyonel hem de yükümlü personel tarafından yerine getirilmektedir. Doğası gereği bünyesinde tehlike barındıran askeri hizmetin yürütülmesi esnasında, hizmeti yürüten görevlilerin zararlarla karşılaşması hemen hemen kaçınılmazdır.*

*Askeri personelin yürüttükleri askerlik hizmeti nedeniyle karşılaştıkları zararların; profesyonel askerler için, karşılaştıkları zararların yürüttükleri mesleğin beklenen bir sonucu olması nedeniyle, “mesleki risk” ilkesi gereğince, yükümlü askerler için-se, söz konusu hizmeti zorunlu bir görev olarak yürütüyor olmalarına bağlı olarak, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanması suretiyle, kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince karşılanmasının gerekliliği sonucuna ulaşılmaktadır.*

***Anahtar Kelimeler :** Kusursuz sorumluluk, mesleki risk, sosyal risk, fedakarlığın denkleştirilmesi, askeri hizmet.*

---

\* Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi

**THE ADMINISTRATIVE PRINCIPLES OF DIRECT LIABILITY, UNDER THE LIGHT OF HIGH MILITARY ADMINISTRATIVE COURTS' DECISIONS, CONCERNING THE INDIVIDUAL HARMS FACED BY THE MILITARY PERSONEL WHILE CARRYING OUT THE MILITARY SERVICE**

**ABSTRACT**

*In case of having any harm for any personel who are on duty of public service, during their job or due to their job, this harm is assumed as the inevitable risk of the service and the harm which appears is compensated by the administration in accordance with the principles of direct liability, even there is no fault.*

*Carrying out the military service which is a public service performed by both Professional and obligated personel. During the performance of military service that is having risk within its framework due to its nature, it is almost inevitable of having harm for the personel performing the service.*

*In accordance with the direct liability principles, the need of meeting the harm of military personel which is faced during the military service performed by the military personel, should be met in result for the Professional soldiers due to the assumed result of the performed profession of the faced-harm in accordance with the "professional risk" principle and for the obliged soldiers, in connection with performing the mentioned service as an obligatory duty, by means of application of the principle of "balancing self-sacrifice".*

**Key Words :** *Strict liability, professional risk, social risk, balancing self-sacrifice, military service.*

## **I. GİRİŞ**

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125. maddesi; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirterek, idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle zarara uğrayanların haklarını arama yolunu kabul etmek suretiyle, idarenin bireylere vermiş olduğu kusurlu zararlardan sorumlu olacağını emretmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin bir sosyal devlet olması ve gelişen ve değişen toplumsal durum ve ihtiyaçlar, bireylerin zararlarını gidermede, sadece kusura dayalı sorumluluk esasının yeterli olmadığını, bunun yanında ilave esasların da getirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Sonuçta, idarenin kusursuz so-



rumluluğu denilen ve idare-nin kusur içermeyen idari eylem ve işlemleri nedeniyle ya da sadece bir toplumun üyesi olmak, bir görevi yapıyor olmak nedeniyle bireysel zararlara uğrayanların zararlarının gideriminde, idarenin ille de kusurlu olması esastan ayrılarak, sadece idareye bağlanabilen bir zarardan dolayı, idarenin sorumluluğu esaslarına gidilmiştir.

Toplumsal yaşamın gelişen ve değişen ihtiyaçlarına göre; mahkeme kararları ve doktrin tarafından içi doldurulan kusursuz sorumluluk ilkesinin, gerek toplumun gelişimine ve gerekse toplumun idareden isteklerine paralel olarak, değişim ve gelişime uğrayacağı kuşkusuzdur.

Bu kapsamda, toplumsal külfetleri yüklenenlerin, bu külfetler nedeniyle karşı-laştıkları olağan ve olağanüstü zararların, bu külfetlerin nimetlerinden yararlananlar tarafından karşılanması hem sosyal adaletin sağlanması ve hem de bir toplum halinde yaşamının doğal ve zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

## **II. KUSURSUZ SORUMLULUK KAVRAMININ AÇIKLANMASI**

### **A. Kusursuz Sorumluluk Kavramı ve Koşulları**

Kusursuz sorumluluk ilkesi, kusur ilkesinin yetersizliği sonucu ortaya çıkmış<sup>1</sup> bir kavram olarak, idarenin sorumluluğunda temel esas olan kusur ilkesinin yerine gözetim ve objektif özen ödevinin ihlali, tehlikeli bir işe ya da şeye sahip olma ya da hakkaniyet<sup>2</sup> temeline dayalı bir sorumluluk esasını yerleştirme temeline dayanır.

Atay'a göre; idarenin yetkisi dahilindeki işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararların, hizmet kusuru aranmaksızın ya genel anlamda risk kavramı ya da kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca tazminine, idarenin kusursuz sorumluluğu denir<sup>3</sup>.

Gözübüyük'e göre; kişilerin idarenin etkinliklerinden dolayı uğradıkları zararları, her zaman idarenin kusurlu davranışına dayandırma olanağı yoktur. İdarenin bazı davranışlarından doğan zararların, idarenin kusurlu olup olmasına bakılmaksızın, karşılanması yoluna gidilebilir. İşte bu tür sorumluluğa

<sup>1</sup> ATAY, E. Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara-2006, s. 586.

<sup>2</sup> ATAY, s. 586.

<sup>3</sup> ATAY, s. 587.

idarenin kusursuz sorumluluğu denir<sup>4</sup>.

Kusursuz sorumluluk; bir olayda idari kusur bulunmasa da, bazı kayıt ve şartlar altında, idarenin verdiği zararı ödemekle yükümlü sayılmasıdır<sup>5</sup>. Kusursuz sorumlu-luğun oluşabilmesi için, idarenin eylem ve işlem biçiminde bir davranışı olmalı, bu eylem ve işlem sonucunda bir zarar meydana gelmeli ve meydana gelen zarar bu eylem ve işleme doğrudan bağlanabilmelidir<sup>6</sup>.

Kusursuz sorumluluk idare hukukunda geniş bir uygulama alanı bulmakta ve bir çok konularda kusursuz sorumluluğa gidilmektedir<sup>7</sup>. Kusursuz sorumluluk, daha çok, idarenin tehlike taşıyan etkinlikleri dolayısıyla ortaya çıkmaktadır<sup>8</sup>.

### **B. Kusursuz Sorumluluğun Hukuksal Temeli**

İdare hukuku alanında idarenin sorumluluğunun dayanağı önceleri hizmet kusu-ru iken, bu dayanak idarenin üstlenmiş olduğu hizmetlerin artması ve karmaşık bir hal almasıyla yetersiz hale gelmiştir<sup>9</sup>. Özellikle sosyal devlet ilkesinin benimsenme-siyle, devletin yeni hizmetleri benimsemesi kişilerin zarar görme olasılığını arttırmış ve bunun sonucunda, idari davranış ile zarar arasında sadece bir nedensellik bağının bulunması halinde kusur şartı aranmaksızın idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir<sup>10</sup>.

Kusursuz sorumluluğun temelinde sosyal devlet esasları ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi yatar. Kamu hukukunda kusursuz sorumluluk ilkesi, özel hukukun aksine, geniş ölçüde yargı kararlarının ve yüksek mahkeme içtihatlarının sonucunda oluşmuştur<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, TAN, TURGUT, İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş bası, Turhan Kitabevi, Ankara-2003, s. 685.

<sup>5</sup> DURAN, Lütfi; Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları no:138,1973,s.6. ATAY,E.Ethem, ODABAŞI, Hasan, GÖKÇAN, Hasan Tahsin, Teori ve Yargı Kararları Işığında İDARENİN SORUMLULUĞU ve TAZMİNAT DAVALARI, Seçkin Yayınevi. ANKARA-2003, s.99.

<sup>6</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti, Ankara-2007, s.158.

<sup>7</sup> GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 685.

<sup>8</sup> GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 686. ATAY, s. 587.

<sup>9</sup> GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 6. Aynı basım, Ankara-2002, s.329.

<sup>10</sup> GÜNDAY, s.329.

<sup>11</sup> ATAY, ODABAŞI, GÖKÇAN, s.99,100.

Hukukumuzda idarenin kusursuz sorumluluğu uygulaması özellikle 1961 Ana-yasası'nda, 114. maddede yer alan “ İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zarar-ları ödemekle yükümlüdür” hükmünden sonra artmıştır. Bu kural, açıkca idarenin sorumluluğu ilkesini getirmiştir<sup>12</sup>. Aynı ifade, 1981 Anayasa-sının 125. maddesinin son fıkrasında da yer almaktadır.

### **C. Kusursuz Sorumluluğun Özellikleri**

Sorumluluk hukukunun temel amacı zarar görenin zararının giderilmesidir. Kusursuz sorumluluk ilkesi uygulandığında, zarar gören, idarenin kusurlu olduğunu kanıtlamak zorunda değildir<sup>13</sup>. İdarenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar ile idari faaliyet arasında nedensellik bağının olması yeterli olmaktadır<sup>14</sup>. Kusursuz sorum-uluğa gidilebilmesi için; zararın özelliği ve anormalliği gibi koşullar aranmaktadır<sup>15</sup>.

Kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğuna göre ikinci derecede bir sorumluluk-tur ve idarenin sorumluluğuna yol açan olgu kamu yararını gerçekleştirilmeye yönelik olup varlığını belirleme yetkisi yargıca aittir<sup>16</sup>.

Ancak, devlet imkanlarının artması ve toplumsal taleplerin giderek yükselmesi ve buna bağlı olarak sosyal devlet mülhazalarındaki yükseliş eğilimi sonucunda, kusursuz sorumluluk ilkesi kusur sorumluluğu aleyhine büyük bir gelişme göstermiş ve buna bağlı olarak bazı yazarlarca, “istisna olmayıp, en az kusur sorumluluğu kadar önemli”<sup>17</sup> olarak nitelendirilmiştir.

Kusursuz sorumluluğun ikincil derecede ve ayrı bir sorumluluk olması<sup>18</sup> esası; uğranılan zararın, öncelikle, idarenin kusurlu sorumluluğu yönünden ele alınması, eğer giderilemiyorsa kusursuz sorumluluk esaslarına başvurulması anlamına gelir<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 685.

<sup>13</sup> ÇAĞLAYAN, s.154.

<sup>14</sup> ÇAĞLAYAN, s.155.

<sup>15</sup> ÇAĞLAYAN, s.153.

<sup>16</sup> ATAY, ODABAŞI, GÖKÇAN, s. 102-103.

<sup>17</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar, İdare Hukuku, Konya-2004, s. 91.

<sup>18</sup> GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 685.

<sup>19</sup> ÇAĞLAYAN, s.152-153.

Türk Danıştay'ı da Fransız hukukundakine benzer biçimde, kusursuz sorumluluğu "ikincil" bir sorumluluk türü olarak görmektedir<sup>20</sup>. Bu durumda; idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenebilmesi için, önce hizmet kusuru araştırılacak, eğer kusur yoksa, kusursuz sorumluluk esaslarının varlığı araştırılacaktır.

Bu durumda ortaya çıkan sonuca göre; idarenin sorumluluğunun esasını kusur sorumluluğunun oluşturduğu, kusursuz sorumluluk esasının ikincil bir sorumluluk esaslığı olduğu ve yargı kararlarıyla sürekli olarak geliştirildiği, gerek yargı kararları ve gerekse doktrindeki genel eğilimin ortaya koyduğuna göre; kusursuz sorumluluk ilkesinin, uygulama alanı artsa ve hatta kusur sorumluluğundan daha çok uygulanır bir duruma gelse bile, idarenin sorumluluğu konusunda öncelikle kusur esasına dayandırılacağı, kusur esasına dayanılmadığı durumlarda kusursuz sorumluluğa başvurucağı esasının, değişmez bir esas olarak kalacağı yönündedir.

### **III. KUSURSUZ SORUMLULUK İLKESİNİN ASKERLİK HİZMETİNE UYGULANABİLİRLİĞİ**

#### **A. Askerlik Hizmeti ve Kusursuz Sorumluluk İlkesi**

##### **1. Mesleki Risk İlkesi**

Özel hukukta tehlike ilkesi; tehlikeli şeylerle uğraşanların, herhangi bir kusurları olmasa dahi, ortaya çıkan zararlı sonuçlardan sorumlu tutulmalarıdır<sup>21</sup>. Tehlike ilkesi, idarenin tehlike taşıyan bir faaliyeti yürütmesi ya da tehlikeli araç ve gereç kullanması durumuna bağlı olarak idare hukukuna aktarılmıştır. Eğer bir araç gereç zarara yol açar ise, kusur şartı aranmaksızın, zararın idarece tazmini gerekir<sup>22</sup>. İdarenin yürüttüğü faaliyetlerden veya kullandığı araçlardan bazıları niteliği ya da yapısı gereği belli bir tehlike içerir<sup>23</sup>.

Kusursuz sorumlulukta idarenin sorumluluğuna yol açan risk ilkesi; idarenin tehlike taşıyan bir faaliyeti yürütmesi<sup>24</sup>, idarenin bünyesinde tehlike taşı-

<sup>20</sup> ÇAĞLAYAN, s.153.

<sup>21</sup> GÜNDAY, s.330.

<sup>22</sup> GÜNDAY, s.330.

<sup>23</sup> GÜNDAY, s.331.

<sup>24</sup> GÜNDAY, s.330.

yan faaliyet-leri<sup>25</sup> nedeniyle doğan zararlardan dolayı idarenin sorumlu tutulmasıdır. Risk ilkesi; idarenin tehlikeli bir etkinliğinin ya da kuruluşunun varlığını gösterir. Bu gibi etkinliklerin yürütülmesi, bu gibi kuruluşlara sahip olmaktan dolayı kişilere verilen özel ve olağanüstü zararların karşılanması gerekir<sup>26</sup>.

Risk sorumluluğunda meydana gelen zarar; olağanüstü bir zarar olup istisnai özelliكتedir, sorumluluğun oluşması için idarenin kusuru olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Bu durumda meydana gelen zararın başka türlü giderilebilme olanağı varsa risk sorumluluğuna gidilemez. Risk ilkesinde, idarenin davranışı ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir. Ayrıca kusur aramaya gerek yoktur. İdare kusursuz olduğunu kanıtlaya bile, sorumluluktan kurtulamaz<sup>27</sup>.

Mesleki risk; tehlike ilkesinin meslek kazaları alanına uygulanma biçimidir. Buna göre, kamu hizmetinde çalışan bir kişinin görevi sırasında ya da görevi nedeniyle bir zarara uğraması halinde bu zarar hizmetin kaçınılmaz tehlikesi olarak kabul edilir ve ortaya çıkan zarar bir kusur olmasa dahi idarece tazmin olunur<sup>28</sup>.

Kamu görevlileri, yürüttükleri hizmet nedeniyle bazı tehlikeli durumlarla karşılaşabilirler, çeşitli zararlara maruz kalabilirler. Askeri personelin de, bir kamu görevi olan askerlik hizmetinin yürütülmesi esnasında, bazı tehlikeli durumlarla karşılaşabileceği ve bunlardan zarar görebileceği, hatta, rutin hizmet faaliyetleri esnasında, bazı durumlarda, zarara uğrayabilecekleri tabiidir.

Askerlik hizmetinde tehlike hizmetin niteliğinde vardır. Bu açıdan idarenin kusursuz sorumluluğu risk esasına dayandırılabilir<sup>29</sup>. Bireyin oluşan zararları, bu durumda, genel olarak risk ilkesi esasından hareketle karşılanmaktan ziyade, askeri personelin bir meslek mensubu olmalarına ve mesleğin taşıdığı risk faktörü göz önüne alınarak, genel durumdaki risk ilkesine nazaran daha özel durum arz eden mesleki risk ilkesi uyarınca karşılanması da düşünülmelidir.

<sup>25</sup> ATAY, s.589.

<sup>26</sup> GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 686.

<sup>27</sup> GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 686.

<sup>28</sup> GÜNDAY, s.331.

<sup>29</sup> GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e., s. 688.

İşte, askeri personelin yürüttükleri askerlik hizmeti nedeniyle karşılaştıkları zararlar “mesleki risk ilkesi gereğince ve kusursuz sorumluluk esaslarına göre idare-ce tazmin edilirler”<sup>30</sup>. Nitekim, bu duruma örnek olarak; 2629 sayılı Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa adam Hizmetleri Tazminat Kanunu, mesleki risk ilkesi dikkate alınarak, hizmeti yürüten kamu görevlilerinin uğradığı zararların giderilmesi-ne yönelik kanun<sup>31</sup> olarak, bu doğrultuda çıkarılan kanunlardan biridir.

## **2. Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi Açısından**

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca, idarenin kamu yararı düşüncesi ile giriştiği bir faaliyet belli bazı kişileri zarara uğrattır ise, bu zararın, herhangi bir kusu-ru olmasa dahi, idarece karşılanması gerekir<sup>32</sup>. Bu düşüncenin temelinde yatan esas; idarenin yürüttüğü hizmet ve faaliyetlerden tüm toplum yararlanmaktadır, ancak, bu belli kişileri külfet altına sokmuş ve onları kamu yararı lehine özel bir fedakarlığa katlanmak durumunda bırakmıştır. İşte, bu şekilde bozulan kamu külfetleri karşısındaki dengenin, bir denkleştirme ile, yeniden kurulması gerekir. Bu denkleştirme, zarara uğramış olan kişilerin zararının idarece tazmin edilmesi suretiyle gerçekleşir<sup>33</sup>.

Askerlik hizmeti ile yürütülen faaliyet de kamu yararına yönelik bir idari faaliyet olup, bu faaliyetin semeresinden tüm toplum yararlanmaktadır. Askerlik hizmetini yürüten personelin bu hizmetin yürütülmesi esnasında karşılaştıkları olağan ve olağanüstü zararların da sadece bu personel üzerine bırakılmayıp topluma pay edilmesi adalet ve hakkaniyet gereği olup, askeri personelin askerlik hizmetini yaparken uğradığı zararların, kendileri üzerine bırakılmayıp denkleştirilmesi esnasından hareketle, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca idarece tazmin edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Gözübüyük / Tan’a göre de; mahkeme bu sorumluluğu, risk esasının yanında, kamu külfetleri önünde eşitlik esası içinde ele alabilir<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> ÇAĞLAYAN, s.190.

<sup>31</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar, Sosyal risk ilkesi ve uygulama alanı, GÜHFD, Cilt IX, Sy. 1-2, s. 187.

<sup>32</sup> GÜNDAY, s.330.

<sup>33</sup> GÜNDAY, s.333.

<sup>34</sup> GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 688.

Kamu düzenini bozmaya, hatta anayasal düzeni yıkmaya yönelik anarşi ve terör olaylarından, ya da benzeri toplumsal olaylardan, kişiler zarar görebilir. Bu tür olaylarda idareye karşı yapılan tek suçlama, idarenin bunları önlememesidir. Bu tür eylemler basit birer zabıta olayı olarak görülemez. Bunları toplumsal risk olarak değerlendirmek ve bunlardan doğan zararların yine toplumca karşılanması yoluna gitmek gerekir<sup>35</sup>. Yani, burada idarenin doğrudan kusur sorumluluğuna gidilemez.

Her ne kadar, bazı yazarlarca, terör olaylarında idarenin başlıca sorumluluğunun hizmet kusurundan kaynaklandığı<sup>36</sup> belirtiliyorsa da bu konuda son derece katı davranmayı, olayın oluş biçimine göre, önceden haber alma, kuvvetle muhtemel olma, gereken tedbirleri almama, savsaklama türü olumsuz davranışlar olmadığı takdirde kusursuz sorumluluk ilkesine gitmek daha makul bir davranış olsa gerekir.

Kamu düzenini bozmaya ve hatta anayasal düzeni yıkmaya yönelik terör olayları sırasında zarar görenlerin bu zararlarının da idarece tazmin edilmesini sağlamak amacıyla, bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak, sosyal risk ilkesinin uygulandığına, özellikle son zamanlarda, yargısal içtihatlarda sıkça rastlanmaktadır<sup>37</sup>.

Burada zarar gören bireylerin toplumun bireyleri olması ve sırf bu toplumun bireyleri oldukları için karşılaştıkları zararların bireylerin kendi üzerlerinde bırakılmayıp tüm topluma pay edilmesi esasından hareketle yapılan uygulama yerinde bir uygulama olarak ortaya çıkmaktadır.

İşte bu tür olağanüstü durumlara karşı hizmet yürüten idare personelinin de bu tür zararlardan gerek hizmet esnasında ve gerekse hizmet dışında zarar görmeleri olasılığı yüksektir. Yargı içtihatlarında, sosyal risk ilkesi bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak kabul edilip, bu ilke uyarınca, hatta nedensellik bağı bulunmasa dahi, idarenin terör olaylarından zarar görenlerin zararlarını tazmin etmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 690.

<sup>36</sup> GÜNDAY, s.333.

<sup>37</sup> GÜNDAY, s.332.

<sup>38</sup> GÜNDAY, s.332.

Bir toplumun üyesi olarak karşılaşılan zararlarda, sosyal risk ilkesi esas alınarak, idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesinin doğallığına karşın, bu tür olayları önlemekle görevli personelin gördükleri zararların karşılanmasında bu ilkeyi aynı rahatlıkla uygulama olanağı biraz zorlama bir çözüm olabilir. Çünkü; burada zarar görenlerin idare personeli olması, bizzatı bu olayları önlemekle görevli personel olması, bu zararlara doğrudan sosyal risk esasını uygulamaktan ziyade daha özel bir risk esasının getirilmesi zorunluluğunu ortaya koyar. Bu durumda çözüm yolu olarak; hizmetin gereği olarak yürütülen faaliyetlerde meydana gelen zararların, mesleki risk ilkesi gereğince, hizmet dışında meydana gelen zararların, eğer zararın oluşu-munda hizmetle bağlılık kurulabiliyorsa mesleki risk kuralları gereğince, eğer hizmetle bir bağlılık kurulamıyorsa sosyal risk kuralları gereğince tazmin edilmesi gerekliliği makul bir çözüm olarak ortaya çıkar.

Bu durumda, askeri personel açısından, bu tür zararların karşılanmasında risk ilkesi genel başlığı altında hem mesleki risk ilkesi hem de fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi, olayın oluş biçimine ve zarar görenin durumuna göre, uygulama alanı bulabilir.

### **3. Zarara Uğrayan Personel Açısından**

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da askerlik hizmeti yürüten personelin durumudur. Bilindiği gibi, askerlik hizmeti hem profesyonel askerler ve hem de yükümlü askerler tarafından yürütülen bir hizmettir. Profesyonel askerler, bu işi meslek olarak seçmiş, işin risklerini bilerek mesleğe girmiş kişilerdir. Bu kişilerin hizmet süresince meydana gelen zararlarında mesleki risk ilkesinin uygulanmasında her hangi bir kuşku yoktur. Fakat, askerlik hizmetini, geçici olarak, vatan hizmetini yerine getirmeye yönelik yasal yükümlülükleri nedeniyle yürüten erbaş ve erler, ko-numları gereği, bu hizmeti “meslek” olarak yerine getirmemektedirler. Bu durumda, erbaş ve erlere, profesyonel askerlere uygulanan esasların uygulanması konusu biraz güç görünmektedir.

Askerlik hizmeti yürütürken, erbaş ve erlerin birer kamu görevlisi oldukları kuş-kusuz olmakla birlikte, profesyonel olmamaları ve askerliği yasal yükümlülükleri nedeniyle geçici olarak yapmakta olduklarına bağlı olarak, bu işi meslek olarak seçtikleri varsayımına başvurmak, kuralları zorlamaktan öte bir anlam ifade etmez. Bu konuda, kamu yükümlülüklerine geçici olarak ka-



tilanlara uygulanan esaslar da, bir arızilik içermeleri nedeniyle, yükümlü askeri personele uygulanması konusunun da, biraz zorlamayı içerecek bir uygulama olmasına bağlı olarak, burada uygulama alanı bulamaz. Bu durumda uygulanabilecek tek esas, erbaş ve erlerin, kamu hizmeti yürütüyor olmalarına bağlı olmalarının doğal sonucu olarak, erbaş ve erlerin kamu hizmetlileri olması gerçeğinden hareketle, yürüttükleri hizmetin tehlike içeren bir hizmet olmasına bağlı olarak, tehlike sorumluluğu kapsamına sokmak, gördükleri zararları da, kamusal hizmet nedeniyle karşılaşılan zararların kamu hizmetinden yararlananlar tarafından karşılanması esasını ortaya koyan fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanma alanına sokmak, doğru bir yaklaşım olarak görünmektedir.

Bu durumda ortaya çıkan sonuç; askerlik hizmeti yürütülürken, bu hizmeti yürüten personelin, kusursuz sorumluluk esaslarına göre, karşılaştığı zararların tazmininde dayanılabilecek iki temel sorumluluk esasının mesleki risk ilkesi ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi olduğu sonucuna varmak mümkün olur.

## **B. Olağan Hizmet Faaliyetleri Nedeniyle Oluşan Zararlar**

Askerlik hizmeti esnasında olağan olarak değerlendirilebilecek hizmet faaliyetleri; eğitim, atış, tatbikat, nöbet hizmeti, idari faaliyetler gibi faaliyetlerdir. Bu tür faaliyetler; askerlik görevini yapan personelin, gerek hizmetin rutin bir biçimde yürütülmesi faaliyetleri olarak ortaya çıkan faaliyetler ve gerekse verilebilecek muhtemel görevlere hazır hale getirilmesine yönelik, bünyesinde yüksek oranda risk barındırmayan idari etkinliklerdir.

Askerlik hizmetinin bu olağan hizmet etkinliklerinin yürütülmesi esnasında karşılaşılan zararlar nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluk nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce “ortada mağdurun karşılaştığı bir zarar olması ve bu zararın kusura dayanmayan bir idari etkinliğe bağlanabilmesi”<sup>39</sup> gerekir.

Burada meydana gelen zarar, idari etkinliğin yürütülmesi esnasında yürütülen faaliyetlerden kaynaklanmalı ve ne idarenin kusuru ne de zarar görenin kusurundan kaynaklanmamalıdır. Yani, sadece asker kişi olmak, hizmet sürecinde meydana gelen tüm zararlardan idarenin sorumlu olacağı anlamına gel-

<sup>39</sup> ATAY, ODABAŞI, GÖKÇAN, s. 145.

mez AYİM'e göre; askerlik döneminde meydana gelen zararlardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için, meydana gelen zararlar ile askerlik hizmeti arasında bir nedensellik bağının bulun-ması gerekir<sup>40</sup>. Bu da, yapılan faaliyetin hizmetin rutin gerekleri içinde olması ve idarenin hiçbir kusuru olmaması anlamına gelir. Bu tür yürütülen rutin hizmet faaliyetleri esnasında, meydana gelen zararlardan dolayı, idare kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutulmaktadır<sup>41</sup>.

Kural olarak; üçüncü kişinin davranışı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldır-makla birlikte, askeri personelin, karşılaştığı zararlara üçüncü bir kişinin neden olması, eğer zarar gören askeri personelin o anda bulunduğu konum ya da yürüttüğü faaliyet askeri hizmetin gereklerinden sayılabiliyorsa, idarenin kusursuz sorumlulu-ğunu ortadan kaldırmaz, hele bu üçüncü kişi bir askeri personelse, hizmetle bağlılık kurulabilen her durumda, idare sorumluluktan kurtulamaz. AYİM'in bir kararında<sup>42</sup> belirttiği gibi bir askerin diğer bir askeri kasten öldürmesi sonucu hizmet bağlantısını ve erin yükümlülük durumunu göz önüne alarak idareyi sorumlu tutarken diğer bir davada<sup>43</sup> hizmet dışı bir durum nedeniyle ve fakat hizmet yerinde bir astsubayın di-ğer bir astsubayı kişisel nedenlerle öldürmesi nedeniyle idareyi sorumlu tutmamıştır. Burada önemli olan, idare personelinin gördüğü zararın idareye bağlanabilmesidir.

Buna karşılık, eğer yürütülen hizmetin kuruluş ve işleyişinde bir idari kusur var-sa, meydana gelen zararın karşılanması için, doğrudan idarenin kusurlu sorumluluğu-na gidilir. Eğer zararın oluşumunda zarar görenin herhangi bir kusuru varsa, kusurun derecesine göre, idarenin tazminat sorumluluğu ya aza-

<sup>40</sup> “Serbest spor saatinde arkadaşları ile futbol oynarken kalp kesesinde meydana gelen kanama sonucu vefat eden erin yakınlarının uğradığı zarar idareye yüklenemez.” (AYİM, 2. D., 17.09.2003, E.2001/949, K.2003/718, AYİM Dergisi, Sy. 19, Kitap 2, s. 997)

<sup>41</sup> “Temel beden eğitimi saatinde uzun atlama faaliyeti sırasında düşerek sol dizinden sakatlanan davacı erin zararının, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanması gerekir.” (AYİM, 2. D., 29.09.2004, E.2003/651, K.2004/643, AYİM Dergisi, Sy. 20, Kitap 2, s. 1121)

<sup>42</sup> “Askerlik hizmetini yürütürken idarenin diğer bir ajanının kasten bıçaklaması sonucu, suç teşkil eden eylem nedeniyle vefat ettiği, zarar ile eylem arasında illiyet bağı bulunduğu ve söz konusu zararın davalı idarece karşılanması gerektiği.” (AYİM, 2. D., 29.09.2004, E.2003/376, K.2004/627, AYİM Dergisi, Sy. 20, Kitap 2, s. 1063)

<sup>43</sup> “Davacıların desteği astsubayın, tamamen hizmet dışı nedenlerle başlayan bir tartışma akabinde mesai arkadaşı astsubay tarafından tabancayla vurularak öldürülmesinde, idareye yüklenebilir bir eylemin varlığından söz edilemeyeceğinden, idarece tazmini gerekli bir zarar mevcut değildir.” (AYİM, 2. D., 22.04.1998, E.1995/602, K.1998/375, AYİM Dergisi, Sy. 13, s. 793)

lır<sup>44</sup> ya da tamamen ortadan kalkar<sup>45</sup>.

Bu durumda, rutin hizmet faaliyetleri nedeniyle karşılaşılan zararlarda, meydana gelen zararın oluş biçimi, hizmetle bağlantılı olup olmadığı, idarenin kusurunu orta-dan kaldıran nedenlerin varlığı, zarar görenin bireysel eylem ya da kusuru idarenin sorumluluğunu tespit etmede göz önüne alınması gereken hususlar olarak ortaya çıkmaktadır.

### **C. Olağandışı Hizmet Faaliyetleri Nedeniyle Oluşan Zararlar**

Askerlik hizmetinin yürütülmesi esnasında, rutin hizmet gerekleri dışında, bün-yesinde tehlikelilik ve yüksek oranda risk taşıyan faaliyetlerin yürütülmesi, askerlik hizmetinin doğası gereğidir. Askerlik mesleğinin temel fonksiyonunun ülkeyi ve ulusu savunmak olduğu göz önüne alındığında, bu görevi gereği gibi yerine getirebil-mek için, barış zamanından itibaren bu göreve hazırlanmak ve sürekli hazır durumda bulunmak gayet doğaldır. Ayrıca, askerlik hizmeti, içeriden ve dışarıdan, ülke bütün-lüğüne yönelik eylemlere karşı, gerek hazırlık açısından ve gerekse eylemsel olarak, karşı koymayı gerektiren bir işlevi de bünyesinde barındırmaktadır.

İşte, hem bu koruma ve kollama görevine hazırlık aşamasında hem de bu görevi icra aşamasında idare elemanı olan askeri personel tarafından yürütülen; atış, tatbi-kat, uçuş, terörle mücadele, emniyet ve asayiş görevleri, vb. faaliyetlerde; bazen hiz-metin gereklerinden, bazen hizmetin kuruluş eksikliklerinden, bazen de hizmeti yürü-ten personelin kusurlarından kaynaklanan bireysel zararlar meydana gelmektedir.

Askeri hizmetin yürütülmesi sırasında gerçekleştirilen riski yüksek faaliyetlerde idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan bireysel zararlar doğal olarak idarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğunu gerektirir. Burada üzerinde durulmak istenen konu, idarenin hiçbir kusuru olmadan, sadece yürütülmesi gereken zorunlu bir idari etkinliğin yürütülmesi nedeniyle, idare ajanla-

<sup>44</sup> “Keşif kolu nöbetçisi olduğu sırada arazide uyuyan erin, erzak aracının üzerinden geçerek ölümü olayında idarenin hizmet kusuru bulunmakla beraber; müteveffanın ağır müterafik kusurunun dikkate alınarak tazminatın saptanması gerekli bulunmaktadır.” (AYİM, 2. D., 26.04.2000, E.1999/789, K.2000/347, AYİM Dergisi, Sy. 15, s. 964 )

<sup>45</sup> “Birliğine yeni katılan, yakın çevresine sürekli askerlikten yakınan ve askerliğe alışmadığını söyleyen müteveffa erin tüfeğiyle intiharında idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilemez.” (AYİM, 2. D., 14.11.2001, E.2001/327, K.2001/777, AYİM Dergisi, Sy. 17, Kitap 2, s. 1154)

rının (personelinin) zarar görmesi konusunda idarenin sorumluluğu esaslarına değinmektedir.

İdarenin bazı etkinliklerinin, sahip olduğu araç, gereç ve malzemenin ya da kuruluşlarının doğasında tehlike, risk unsuru bulunabilir. Burada bir hukuka aykırılık söz konusu olmayıp, bilakis, idarenin varlık sebebinin bir bölümü bu tür etkinliklerde bulunmayı veya tehlike ya da risk unsuru taşıyan şeye sahip olmayı zorunlu kılar<sup>46</sup>. İşte, askerlik hizmeti de kendisine verilen görevi yerine getirebilmek için; uçak, top, tank, silah, mühimmat gibi tehlikeli araç ve gereçleri bünyesinde barındır-makta, gerektiğinde vatan topraklarını savunmak için silahlı çatışmaya girmek gibi bir varlık sebebi taşımakta ve durum bünyesinde tehlike ve yüksek risk barındıran bir idari faaliyet olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu durum Danıştay içtihatlarında da “içinde hizmetin özelliğinden kaynaklanan risk bulunan faaliyetlerden dolayı...bu faaliyeti yürüten idare ajanlarının..... uğradık-ları zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerekmektedir”<sup>47</sup> biçiminde belirtilmektedir.

Bu durumda, bünyesinde yüksek oranda risk barındıran eylemlerin yürütülme-sinde, başlı başına o idari faaliyetin yürütülüyor olması, karşılaşılan zararların idare tarafından karşılanmasına yeterli olmaktadır. İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran dışsal nedenler ortaya çıksa bile, sırf hizmetin yürütülmesi esnasında meydana gelmeleri nedeniyle, idarenin sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. Ayrıca, bu tür faaliyetlerin yürütülmesi esnasında, kast olmadığı sürece, kusurluluk çoğunlukla göz ardı edilmek durumunda-dır. Burada göz önüne alınan temel esas, idarenin hizmetinin gereklerinin yerine getiriliyor olması, koşullar ne olursa olsun zorunluluk gerektiren bir faaliyetin bilfiil yürütülme gerekliliği olmasıdır.

#### **IV. ASKERİ HİZMET SÜRESİNCE OLUŞABİLECEK ZARARLAR-DAN KUSURSUZ SORUMLULUK ESASLARIYLA İLGİLİ AYİM KARAR ÖRNEKLERİ**

##### **A. Zararın Askeri Hizmetle İlişkisi Olması**

Askeri personelin askeri hizmeti yürütürken görmüş olduğu zararın idarece gi-derilebilmesi için, bu zararın idareye ya da daha özel bir deyimle, askeri

<sup>46</sup> ATAY, ODABAŞI, GÖKÇAN, s. 136.

<sup>47</sup> D10D, 05.04.1997, E. 96/3996, K. 97/2544, Danıştay Dergisi, Sy. 95, s. 542.

hizmete bağlanabilmesi gerekir. İdarenin hukuki olarak sorumlu tutulabilmesi için; öncelikle ortada bir zarar olmalı, varolan bu zarar idareye yüklenebilir olmalı ve meydana gelen zararla eylem arasında illiyet bağının bulunması gereklidir. İlliyet bağının kesilmesi için, zararın tümüyle hizmete ve idare tüzel kişiliğine yabancı unsurlardan doğması gerekmektedir.

AYİM kararlarında; senelik iznini kullanmak üzere izin belgesini almak ve yanında görevli devriye erleri ile birlikte takımın bazı işlerini yapmak üzere yola çıkan ve yoğun tipi nedeniyle yolunu kaybedip donarak vefat eden asker personelin ölüm olayında<sup>48</sup> *vazifenin sebep ve tesirinin bulunduğunu* belirtmiş, askerlik hizmeti sırasında bir başka asker kişinin eylemi sonucu vefat eden erin yakınlarının uğradığı zararın tazmininde<sup>49</sup> *bir kamu hizmeti olduğunda şüphe bulunmayan askerlik hizmetine* vurgu yaparak, mutfak temizliği sırasında kaldırdığı ızgaranın kayarak eline düşmesi sonucu sakatlanan erin zararının karşılanmasında<sup>50</sup> *bir kamu görevinin ifası sırasında meydana gelen zarar ile görevden neşet eden eylem arasında sıkı bir illiyet bağı* bulunduğundan hareketle meydana gelen olayların hizmetten kaynaklandığını ve hizmetle ilişkilerinin bulunduğunu belirterek açılan davaları kabul etmiştir.

Yine aynı doğrultuda; nöbetçi astsubayı olarak görev yapmakta iken voleybol sahası inşaatında yaptığı kontrol sırasında temas ettiği harç karma makinesindeki kaçak elektrik akımına kapılarak vefat eden astsubayla ilgili görülen davada<sup>51</sup> *ölüm olayının bir kamu hizmeti sırasında meydana geldiği dikkate alındığında, hizmetle doğrudan doğruya ilgili olduğu, hizmetle zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunduğunun anlaşıldığını, gerek öğretilerde gerekse yargı kararlarında kabul edildiği üzere, özellikle Silahlı Kuvvetler tarafından yerine getirilen bazı hizmetlerle, hizmetin ifasında kullanılan..... araç ve gereçlerin hem ilgililer hem de üçüncü kişi-ler için tehlike arz ettiği, bunların taşıdığı tehlikelerin ne zaman ortaya çıkacağını tahmin edip önceden tedbir alarak önlemenin mümkün olmadığı, bu gibi tehlike taşıyan hizmetlerle araç ve gereçlerden sağlanan yararlar nasıl ki bunların sahibine ait oluyor ise doğan zararların da onların sahibine ait olması biçiminde ifade edilen risk ilkesinin bir gereği olarak davacıların uğradığı zararların, hizmetin sahi-*

<sup>48</sup> AYİM 3. D. 24.03.2005; E. 2004/821, K. 2005/446, AYİM Dergisi, Sy. 21, s. 424.

<sup>49</sup> AYİM 2. D., 20.07.2005; E. 2003/344, K. 2005/613, AYİM Dergisi, Sy. 21, s. 650.

<sup>50</sup> AYİM 2. D., 21.12.2005; E. 2005/579, K. 2005/907, AYİM Dergisi, Sy. 21, s. 658.

<sup>51</sup> AYİM 2. D., 28.07.2006; E. 2006/94, K. 2006/677, AYİM Dergisi, Sy. 22/2, s. 786.

*bi olan idare tarafından kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca karşılanmasının gerektiği sonucuna varmış ve kararında risk ilkesini vurgulamıştır.*

Yine aynı doğrultuda; askeri aracın lastiklerini değiştirirken meydana gelen las-tik patlaması sonucu yaralanan askerle ilgili davada<sup>52</sup> *yaralanma olayında davacının bir kusurunun bulunmadığı gibi idareye atfi kabil bir hizmet kusurundan söz edile-meyeceği, bununla birlikte olayın bir kamu hizmeti olan askerlik hizmetinin ifası sırasında medyana geldiği, hizmetten kaynaklandığı, meydana gelen zararlar eylem arasında illiyet bağı bulunduğu anlaşılmakla, zararın sadece zarar gören üzerinde bırakılmayıp tüm topluma yansıtılması adalet, eşitlik ve hakkaniyet prensiplerine uygun düşeceğinden, davacının uğradığı zararın kusursuz sorumluluk kuram ve ilkesi gereğince davalı idarece karşılanması gerektiği yönünde vermiş olduğu karar-da hizmette vurgu yaparak fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine atıf yapmaktadır. Yine benzer bir olayda; terörle mücadeleye yönelik bir faaliyet esnasında üzerinde bulunan el bombasının teknik bir hata sonucu patlaması olayında<sup>53</sup> *fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine vurgu yaparak idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmet-miştir.**

Buna karşılık AYİM; *davacıda mevcut Hepatit-B rahatsızlığının oluşmasında askerlik hizmetinin sebep ve tesiri bulunmadığından*<sup>54</sup>, *davacıda mevcut akciğer tüberkülozu rahatsızlığının bünyesel olması ve askerlik hizmeti öncesi başladığı tıbbi bilirkişi raporuyla saptanan olayda*<sup>55</sup> zararlı sonuç ile idarenin davranışı arasında bir nedensellik bağının kurulamadığı gerekçesiyle açılan davaları, *askeri hizmetle ilişki-leri olmadığı* gerekçesiyle, reddetmiştir.

AYİM kararlarında askerlik hizmetini kışla içinde ve dışında yürütülen faaliyet-ler ve doğrudan askeri hizmete yönelik faaliyetlerle sınırlı tutmamış, sırf askeri per-sonel olunması nedeniyle karşılaşılan bazı zararların varlığı durumunda da, zararlı sonucun askerlik hizmetinin doğrudan sonucu olduğu gerekçesiyle, idareyi kusursuz olarak sorumlu tutmuştur. Nitekim, AYİM'in bu yönde verdiği kararlara örnek ola-rak; OHAL bölgesinde görevli olan bir ast-subayın, birliğinden izinli olarak ayrıldıktan sonra, özel aracıyla birliğine dönerken, teröristlerce yolunun kesilerek öldürül-mesi sonucu meydana gelen

<sup>52</sup> AYİM 2. D., 25.04.2007; E. 2006/1318, K. 2007/392, AYİM Dergisi, Sy. 23/2, s. 808.

<sup>53</sup> AYİM 2. D., 23.05.2007; E. 2006/1286, K. 2007/477, AYİM Dergisi, Sy. 23/2, s. 811.

<sup>54</sup> AYİM 2. D., 16.11.2005; E. 2005/427, K. 2005/809, AYİM Dergisi, Sy. 21, s. 641.

<sup>55</sup> AYİM 2. D., 21.12.2005; E. 2004/742, K. 2005/899, AYİM Dergisi, Sy. 21, s. 644.

olayda<sup>56</sup> ve dış tabibi bir subayın, mesai sonrası şehirdeki özel muayenehanesinde, teröristlerce şehit edilmesi olayında<sup>57</sup> *sırf ifa ettiği görev nedeniyle* şehit edildiğini belirterek hizmetle bağlantı kurmak suretiyle, idareyi kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutmuştur.

Kural olarak; mücbir sebep, beklenilmeyen durum ve üçüncü kişinin fiilinin idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmasına karşın AYİM; geceleyin yürütülen bir operasyon esnasında, bulunduğu mevziye yıldırım düşmesi sonucu, sakatlanan bir askerin gördüğü zararla ilgili davada<sup>58</sup> mücbir sebebin varlığına rağmen, askeri hizmetin yürütülüyor olmasından hareket ederek idareyi kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu tutmuştur.

## **B. Kişisel Kusurun Olup Olmaması**

Kural olarak kişisel kusur, derecesine göre, idarenin sorumluluğunu azaltan ya da ortadan kaldıran bir özelliğe sahiptir. Kusur durumunda; tedbirsizlik, dikkatsizlik, emre ve kurallara aykırı bir hareket söz konusudur. Bununla birlikte, olayın koşulları ve içinde bulunulan durum, bazı durumlarda tedbirsizlik ya da dikkatsizlik halinin varlığı durumunda dahi, olayın oluş biçimi ve içinde bulunulan koşullar kusurluluk haline etki ederek, idareyi sorumlu duruma düşürebilmektedir.

AYİM kişisel kusurla ilgili olarak verdiği kararlarda; plajda can kurtaran olarak görev yapan bir erin, arkadaşlarına gösteriş yapmak amacıyla sığ olan denize balıklama atlaması sonucu meydana gelen zararın kendi kusurlu eyleminden kaynaklanması sonucu<sup>59</sup> zararlar eylem arasında illiyet bağının bulunmaması sonucu idareye yüklenebilir olamayacağı gerekçesiyle, yine aynı doğrultuda; istirahat esnasında, bir askerin, havanlardan birinin çeki başlığından tutarak ayaklarını havanın beşik tertibatına koymasıyla dengesini bozduğu havanın üzerine düşmesi ve namlu altında kalması sonucu meydana gelen yaralanmada<sup>60</sup> zararın zarar gören kişinin kendi eyleminden doğması nedeniyle hizmetle bir ilişki kurulamayacağından hareketle davaları reddetmiştir.

<sup>56</sup> AYİM 2. D., 17.01.1996; E. 1995/248, K. 1996/27, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=1046&ctg=000002000030000002000011](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=1046&ctg=000002000030000002000011).

<sup>57</sup> AYİM 2. D., 09.04.1997; E. 1996/554, K. 1997/303, [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_karar\\_detay.asp?IDNO=2102&ctg=000002000030000002000011](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=2102&ctg=000002000030000002000011).

<sup>58</sup> AYİM 2. D., 01.12.1999; E. 1999/97, K. 1999/821, AYİM Dergisi, Sy.9, s. .

<sup>59</sup> AYİM 2. D., 21.12.2005; E: 2005/386, K. 2005/913, AYİM Dergisi, Sy. 21, s. 639.

<sup>60</sup> AYİM 2. D., 09.11.2005; E. 2005/296, K. 2005/791, AYİM Dergisi, Sy, 21, s. 647.



Benzer biçimde; nöbet hizmeti esnasında kendisine zimmetli silahla kendini vurarak intihar eden bir askerin ölüm olayıyla ilgili davada<sup>61</sup> intihar olayının, bir başka kurumun veya kişinin etkisi ve katkısı olmaksızın meydana gelmiş olmasına bağlı olarak nedensellik bağıını ortadan kaldırması nedeniyle intihar olayını hizmetle ilgili görmeyerek, davayı reddetmiştir.

Buna karşılık AYİM; davacının askerlik hizmetini yerine getirirken, diğer askerler arasında meydana gelen kavgayı ayırmaya çalışırken gözünden yaralanıp kör olması sonucu açtığı tazminat davasında<sup>62</sup> “*davacının yaralanması olayını doğuran maddi olayda idareye atfi kabil bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez ise de, kamu görevinin ifası sırasında meydana gelen zararlı sonuç ile hizmet arasında illiyet bağı bulunduğu, illiyet bağı kesecek başka bir olgunun olmadığını, zararın sadece zarar gören üzerinde bırakılmayarak tüm topluma yansıtılması idare hukukunun genel ilkeleri, hakkaniyet ve nesafet kuralları gereği olduğu, idarenin ajanı konumundaki kişilerin kasıtlı eylemlerinden zarar gören kişilerin bu zararının, sorumlularına rücu hakkı bulunan idarece tazmininin sorumlu hukuk devleti ve nesafet kuralları gereği olduğu, gözetme yetkisi olan personeli eğitime, yetiştirme eksikliğinin hizmet kusuru kabul edilmesi gerektiği ve davacının uğradığı zararın davalı idare tarafından kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca karşılanması gerektiği*” sonucuna ulaşmakla, doğrudan kişisel kusurlardan kaynaklanan ve hizmetin gereği olmayan faaliyetlerden doğan zararlarda idari sorumluluk esasına gitmemiş, buna karşılık, üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan zararlarda idareyi sorumlu bulmuştur.

Yine bu doğrultuda AYİM; bir askerin, kış koşullarında arazide yapılan operas-yonda, arazi arama-taraması sırasında, düşme sonucu yaralanması olayında, fiilen operasyon görevinde bulunulması ve yaralanmada herhangi bir kasıt bulunmaması nedeniyle<sup>63</sup> meydana gelen zararı iç güvenlik görevinin sebep ve tesirinden ve arazi ve iklim şartlarından kaynaklandığını belirterek, bir diğer olayda, araç muhafızı bir askerin görev esnasında araçtan inerken yerlerin buzlu ve kaygan olması nedeniyle kayarak düşmesi sonucu kolunun kırılması ile ilgili verdiği kararda<sup>64</sup> davacının kolunun kırılması neticesini doğu-

<sup>61</sup> AYİM 2. D., 28.03.2007; E. 2006/1315, K. 2007/300, AYİM Dergisi, Sy. 23/2, s. 830.

<sup>62</sup> AYİM 2. D., 13.09.2006; E. 2006/885, K. 2006/775, AYİM Dergisi, Sy. 22/2, s. 775.

<sup>63</sup> AYİM 3. D., 08.12.2005; E. 2005/656, K. 2005/1367, AYİM Dergisi, Sy. 21, s. 564.

<sup>64</sup> AYİM 2. D., 20.12.2006; E. 2004/377, K. 2006/1297, AYİM Dergisi, Sy. 22/2, s. 797.



ran olayın meydana gelmesinde hizmetin kurulması ve işletilmesinden doğan idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun varlığı söz konusu olmasa da; davacının bir kamu hizmeti olduğundan kuşku duyulmayan askerlik görevi sırasında muhafızlık yapmak üzere görevlendirildiği bir anda askeri araçtan indikten sonra yerlerin mevsim ve doğa koşulları nedeniyle buzlu olmasına bağlı olarak kayarak düşmesi sonucu meydana gelen kolunun kırılması olayında, zarar ile eylem arasında illiyet bağının olduğu, davacının elinde olmayan nedenlerden dolayı meydana gelen olayda herhangi bir kusurunun olmadığı, söz konusu zararın kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarece karşılanması gerektiği gerekçesiyle idarenin sorumluluğuna gitmiştir.

## **V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ**

İdarenin bazı etkinlikleri ya da kullandığı araç ve gereçler yapısı gereği tehlikeli şeylerdir. Özellikle askerlik hizmeti gibi etkinlikler hem bu hizmeti yürütenler, hem de üçüncü kişiler için tehlike taşırlar.

Askerlik hizmetinin bünyesinde tehlike unsurunun var olması, bu hizmetten kaynaklanan zararların gideriminde idarenin kusursuz sorumluluğunun risk esasına dayandırılması esasını getirmektedir. Askerliğin bir meslek olması ve mesleğin bünyesinde var olan riskin, daha özel durum arz eden, mesleki risk esaslarına bağlanması bu ilkenin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca, askerlik hizmetinin genel nitelikte ve kamu yararı için yapılan bir hizmet olmasına bağlı olarak, hizmetin yürütülmesinde karşılaşılan külfetlerin tüm topluma eşit olarak pay edilmesi zorunluluğundan hareketle, askerlik hizmeti yürütülürken kişilere yüklenen külfetin, hizmetten yararlananlara eşit biçimde dağıtılması, ya da asker kişiler üzerinde bırakılmayıp, toplumca karşılanması düşüncesi kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesinin de kusursuz sorumluluk esasına göre bu hizmete uygulanmasına bir temel oluşturmaktadır.

Sonuç olarak; askerlik gibi, bünyesinde ağır riskler bulunduran, polislik, itfai-yecilik gibi mesleklerde kusursuz sorumluluk esasına göre verilen tazminatların gerekçesi, mesleki risk ve fedakarlığın denkleştirilmesi ya da kamu külfetleri karşı-sında eşitlik ilkeleri olmak gerekir.

**Kadir KORKMAZ**

### **KAYNAKÇA**

AKYILMAZ, Bahtiyar, İdare Hukuku, Konya-2004.

AKYILMAZ, Bahtiyar, Sosyal risk ilkesi ve uygulama alanı, GÜHFD, Cilt IX, Sy. 1/2, (6-12/2005), <http://www.hukuk.gazi.edu.tr/>, (28.10.2005).

ATAY, E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara-2006.

ATAY,E.Ethem, ODABAŞI, Hasan, GÖKÇAN, Hasan Tahsin, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi. ANKARA-2003.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sy. 21. Genelkurmay Basımevi, Ankara-2008.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sy. 22, Kitap 2. Genelkurmay Basımevi, Ankara-2008.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sy. 23, Kitap 2. Genelkurmay Basımevi, Ankara-2008.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti, Ankara-2007.

DURAN, Lütfi; Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları no:138,1973.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, TAN, Turgut, İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş bası, Turhan Kitabevi, Ankara-2003.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 6. Aynı basım, Ankara-2002.

# NON BIS IN IDEM (AYNI FİLDEN DOLAYI İKİ KEZ YARGILAMA OLMAZ) İLKESİ

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZEN\*

## ÖZET

*Bu çalışma, dört başlık altında toplanmıştır. İlk önce non bis in idem ilkesinin unsurları, daha sonra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu ilkeye ilişkin düzenlemeler, daha sonra bu ilkenin suçların işleniş şekillerine göre yapılan tasnife bağlı olarak bu tasnif kapsamında uygulanış şekli ve son olarak bu ilkenin ceza muhakemesi hukukundaki uygulanışına değinilmektedir.*

**Anahtar Kelimeler :** Aynı fül, Aynı kişi, Dava açılması, Hüküm verilmesi, Davanın reddi.

## THE PRINCIPLE OF THE NON BIS IN IDEM

### ABSTRACT

*This study were collected under four headings. First, the non bis in idem principle elements, then No. 5237 Turkish Penal Code, this principle arrangements, then this principle of crime processing way according to the classification depending on the classification under the application form and in the end this principle of criminal procedure law, the application are examined .*

**Key Words :** The same act, the same person, opening the case, provisions granting, denial of the case.

## I - Giriş

Hukuk devletinin gereklerinden biri, kişi güvenliğini sağlamaktır. Kişi güvenliği, dış ve iç tehditlerin ortadan kaldırılması şeklinde olabileceği gibi, hukuki anlamda kişinin iç huzurunu bozan ömür boyu sürebilecek belirsizlikler şeklinde de olabilir. Tabiri caiz ise, Demoklesin kılıcının kişi üzerinde yaşam boyu durması, hukuki güvensizliği ortaya çıkaracaktır.

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD. Öğretim Üyesi.

Kişi güvenliğinin hukuki zeminde kendini gösterdiği durumlardan biri, non bis in idem ilkesi olarak ifade edilen aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz ilkesidir. Non bis in idem ilkesinin çıkış felsefesi, Demoklesin kılıcının sürekli olarak bir ceza tehdidi ile kişinin üzerinde asılı durmasının doğuracağı acıyı ortadan kaldırmaktadır<sup>1</sup>. Bu ilke, ‘geçmişte yapılan yargılama neticesinde verilen hüküm, geleceğe karşı bir güvence işlevine sahiptir’ ilkesini temel almaktadır<sup>2</sup>. Bu ilke gereğince, bir kişi hakkında bir fiilden dolayı daha önce dava açılmışsa artık başka bir dava açılmaz, daha önce dava açılmış ve kesin hükümle sonuçlanmışsa yine artık başka bir dava açılmaz. Bu nedenle non bis in idem ilkesi daha önce kesinleşmiş bir hükmün başka hüküm verilmesini önleme (kesin hükmün önleme etkisi) işlevine sahip olduğu görülmektedir<sup>3</sup>. Bu ilke, salt ceza davasını ifade ettiği için, hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez.

Ne bis in idem ilkesi, çok eski bir ilkedir. Hem Roma hukuku hem de Kilitse hukukunda gerek mahkûmiyet ve gerekse de beraat kararlarında uygulanmıştır<sup>4</sup>.

Non bis in idem ilkesi, usul hukukuna ilişkidir. Bu ilke üç alanda kendini gösterir; (1) İç hukukta, (2) İç hukuk ve uluslararası hukukta, (3) Uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasından sonra tabiri caiz ise Uluslar üstü hukukta<sup>5</sup>.

Aynı konuda aynı sanık için önceden bir dava açılmış veya bir hüküm verilmişse bu duruma yatay non bis in idem ilkesi denilir<sup>6</sup>. Bir suçta birden çok sanık varsa her bir sanığın ayrı ayrı yargılanması gerekir. Bu duruma ise dikey non bis in idem ilkesi denilir<sup>7</sup>. Önemle belirtmek gerekir ki, bu çalışmada yatay non bis in idem ilkesi incelenecektir.

Başta Anayasa olmak üzere yazılı mevzuatta açıkça non bis in idem ifa-

<sup>1</sup> HEFFTER; Non bis in idem, 1873, s. 15. Leone'den Naklen, s. 325. LEONE, Giovanni; Trattato di Diritto Processuale Penale III, Napoli, 1961.

<sup>2</sup> CARRARA; Manuale di procedura penale del WEISKE, Firenze, 1874, s. 399.

<sup>3</sup> YURTCAN, Erdener; Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, İstanbul, 1987, Yurtcan, bu ilkenin, ‘Tekrarlama yasağı, bir defaya mahsus oluş ilkesi, ceza davasının tüketilmesi’ olarak da adlandırıldığını ifade etmektedir. YURTCAN, s. 33- 34.

<sup>4</sup> ROCCO, Arturo; Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale, Roma, 1932.

<sup>5</sup> CİHAN, Erol/YENİSEY, Feridun; Non Bis İn İdem İlkesi, Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul, 2004, s. 219.

<sup>6</sup> CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 219.

<sup>7</sup> CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 219.

## *Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*

desi yer almamaktadır. Ancak, bu ilke dolaylı olarak CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasında, 'Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir' şeklinde yer almaktadır. Aynı şekilde uluslararası bir sözleşme olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 numaralı Ek Protokolü'nün 4. maddesinin 1. fıkrasında, 'Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez' şeklinde yer almaktadır. Bu ilke, İtalyan Ceza Muhakemesi'nin (İCMK)'nin 90. maddesinde de yer almaktadır. 90. maddesi kısaca, 'Kanunun, istisna tuttuğu hükümler saklı kalmak koşuluyla, bir sanık, gıyabında olsa bile mahkûm olur veya beraat ederse, aynı fiil için tekrar bir ceza yargılaması yapılamaz' şeklindedir.

Non bis in idem ilkesi, adil yargılanma ilkesinin sonucudur. Çünkü, daha önce yargılanarak kesin hüküm değeri kazanmış bir fiil ve bu fiilden mahkum olan kişinin tekrar yargılanarak cezalandırılması hem adalet duygularını rencide eder hem de haksızlık ve ceza arasındaki oranı kişi aleyhine bozar<sup>8</sup>.

Bu çalışmada, ilk önce non bis in idem ilkesinin unsurları daha sonra ceza hukuku açısından uygulanışı, bazı suç tasniflerindeki yeri, ve son olarak da ceza muhakemesi hukukundaki uygulanışı üzerinde durulacaktır.

### **II - Non Bis İn İdem İlkesinin Unsurları**

Non bis in idem ilkesi, aynı fiilden dolayı aynı kişi hakkında birden çok dava açılmaması veya hüküm verilmemesini ifade eder<sup>9</sup>. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, non bis in idem ilkesinin (1) Fiilin aynılığı, (2) Kişinin aynılığı olarak iki unsuru bulunmaktadır<sup>10</sup>. Çünkü, dava açılması ile hüküm verilmesi

<sup>8</sup> DEMİREL, Hakkı; Yabancı Ceza İlamlarının Değeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX, Sayı 1- 4, 1952, s. 314.; CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 220.

<sup>9</sup> LEONE, Giovanni; Trattato di Diritto Processuale Penale III, Napoli, 1961, s. 339 vd.; YURTCAN, Kesin Hüküm, s. 34.; GÜLŞEN, Recep; Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında Non Bis İn İdem İlkesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Diyarbakır, 2005, s. 317, 318. Demirel'e göre, non bis in idem ilkesinin uygulanabilmesi için işi aynı olmasının yanında tarafların da aynı olması gerekir. Bu nedenle, yabancı ülkede verilen bir hüküm Türkiye'de yeniden yargılanabilir. Çünkü, iki davada taraflar aynı değildir. DEMİREL, Yabancı Ceza İlamlarının Değeri, s. 314, 315.; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku, Ankara, 2005, s. 22.

<sup>10</sup> YURTCAN; Kesin Hüküm, s. 34. Cihan/Yenisey, Non bis idem ilkesinde konunun aynılığı- nı da unsur olarak kabul etmektedirler. CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 220.

ifadeleri arasında veya bağlacı bulunmaktadır. Bu nedenle her ikisinin birlikte bulunması zorunlu değildir.

### **A - Fiilin Aynılığı (Aynı Fiil)**

Fiilin aynılığı konusunda öğretide farkı görüşler ileri sürülmektedir. Bu nedenle fiilin aynılığından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Çünkü, ceza yargılamasında fiilin aynılığı konusu üzerinde fikir birliği sağlanamamakta, hala tartışmalar yaşanmaktadır<sup>11</sup>. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre ceza yargılamasında fiil, maddi ceza hukukundaki anlamından farklıdır. Buna göre ceza yargılamasında fiil, şüphelinin işlediği iddia edilen suç fiilinden önceki davranışları ile iddianamede somutlaşan fiil bir bütün olarak ele alınmasıyla ortaya çıkan davranışlar bütünüdür<sup>12</sup>. Cihan/Yenisey'e göre, fiilin aynılığından iddianamede sınırı çizilen eylem anlaşılmalıdır. Bu eylemin nitelendirilmesi değişebilir. Önemli olan eylemin kendisinin aynı kalmasıdır<sup>13</sup>. Yurtcan'a göre, fiilin aynılığı dava konusunun tespiti ile ilişkilidir. Dava konusu ise iddianamede belirtilen fiildir. Başka bir ifade ile iddianamede ferdileştirilmiş fiildir<sup>14</sup>. Ünver/Hakeri'ye göre, aynı fiil ifadesi, olay şeklinde anlaşılmalıdır<sup>15</sup>. Leone'ye göre, yargılama sürecinin işleyişinde ele alınan konu, yargılanan fiili oluştururken, bu sürecin bütününe de yargılama denir<sup>16</sup>. Fiilin aynılığını belirlemek için, ilk önce, iddianamede ileri sürülen fiil ile hükme konu olan fiil arasındaki ilişkiye bakmak gerekir<sup>17</sup>. Nitekim İtalyan Yargıtay'ı, iddianamede belirtilen fiil, kovuşturma aşamasında aynen korunsa veya yeni unsurlar eklense ya da yeni deliller getirilse bile hatta, mahkeme

<sup>11</sup> YURTCAN; Kesin Hüküm, s. 34.; YURTCAN, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 2005, s. 527.; LEONE, s. 320.

<sup>12</sup> KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe; Muhakemesi Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008, s. 41.

<sup>13</sup> CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 220.

<sup>14</sup> YURTCAN; Kesin Hüküm, s. 93.; YURTCAN; Ceza Yargılaması, s. 554. Yurtcan, fiilin ferdileştirilmesinde; fiilin işlendiği yer, zaman, kullanılan vasıtalar ve kullanılış şeklinden yararlanılması gerektiğini belirtmektedir. Kesin Hüküm, s. 93, YURTCAN, Ceza Yargılaması, s. 554, YURTCAN, Erdener; Ceza Davasının Konusu, Sınırları, Yargıcın Niteleme (Tavsif) Yetkisi, Fiilin Aynılığı ve Kesin Hükümün Önleme Etkisi Çerçevesinde Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt 21, Sayı 1-2, 1995, s. 51, ÖZBEK; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 88.

<sup>15</sup> ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010, s. 656.

<sup>16</sup> LEONE, s. 320.

<sup>17</sup> BETTIOL; Correlazione, s. 101.; ALOISI; Manuale I, s. 501.

## *Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*

tarafından farklı yorumlansa bile, fiilin aynılığı korunur<sup>18</sup>. Bu nedenle, kasıtlı bir suçtan suçlanıp da, beraat eden kişi, özel kast gerektiren veya taksirle işlenen bir suçtan dolayı yargılanamaz. Aynı durum, tersi durumlar için de geçerlidir. Örneğin, dolandırıcılık suçu oluşturmayan bir fiil, ticari anlamda, dolandırıcılık olarak düşünülemez<sup>19</sup>.

Bize göre, genel anlamda ceza yargılamasında ve özel anlamda non bis in idem ilkesinde fiilin aynılığından iddianamede somutlaşmış olay anlaşılmalıdır. Bu olayın hukuki nitelendirmesi fiilin aynılığını etkilemez. Bu nedenle bir olay iddianamede farklı nitelendirilirken mahkeme farklı nitelendirebilir. Bu durumda fiilin aynılığı değişmeyecektir.

### **B – Kişinin Aynılığı (Aynı Kişi)**

Kişinin aynılığı, iddianamede yer alan ve hakkında dava açılan veya hüküm verilen kişi hakkında başka dava açılmaması veya hüküm verilememesini ifade eder. Bu nedenle kişinin aynılığı açılan dava veya verilen hükme esas teşkil eden iddianame de ismen (nüfuz bilgileri) cismen (fiziki özellikleri) somutlaştırılmış kişi şeklinde anlaşılmalıdır.

Cezai anlamda kişinin aynılığını ifade etmek gerekirse, Cumhuriyet savcısının iddianamesindeki kişi ile mahkûmiyet hükmünde açıklanan kişinin aynı olmasıdır. Bu nedenle, iddianamede yer almayan başka bir sanık, aynılık kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla kişinin aynılığından, iddianamede ve hükmünde yer alan kişinin aynılığı anlaşılmalıdır<sup>20</sup>.

Kişinin aynılığında; sıfat, bedensel özellikler belirleyici olmaktadır. Bir suçlu olarak ceza yargılamasında yargılanan bir kişi, hukuk mahkemesinde başka bir yargılamada da yargılanabilir<sup>21</sup>. Bu nedenle, ne bis in idem ilkesiyle getirilen yasak, ceza yargılaması için geçerlidir.

Kişinin aynılığı konusunda iştirak halinde işlenen suçlar bakımından öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu farklı görüşlere neden olan du-

<sup>18</sup> Cass, 17 Febbraio 1948, Giust, pen, 1948, III, s. 176.

<sup>19</sup> LEONE, s. 343.

<sup>20</sup> LEONE, s. 339.

<sup>21</sup> İtalyan Yargıtay'ı verdiği bir kararında, bir sanığın, daha önceki bir yargılamada beraat etmesinden sonra, aynı fiilin farklı bir değerlendirmeye tabi tutularak, tekrar yargılanıp cezalandırılmayacağına hükmetmiştir. Cass, 2 Aprile 1954, Riv, pen, 1954, I, s. 591.

rum, iştirak halinde işlenen suçlarda bir kişi hakkında dava açılmış ve yargılama yapılmış olup yargılama sonucunda beraat veya düşme gibi sanığın lehine karar verildiği durumlarda (suçun unsurlarının oluşmaması, fiilin suç teşkil etmemesi vd) suça iştirak eden ve fakat hakkında dava açılmayan ve bu nedenle hüküm verilmeyen kişinin hukuki durumunun ne olacağıdır. Bu gibi durumlarda, Kunter'e göre non bis in idem ilkesindeki kişinin aynılığına bir istisna getirilmiştir. Dolayısıyla yargılanmayan diğer sanık artık yargılanmamalıdır<sup>22</sup>. Yurtcan'a göre bu durumda non bis in idem ilkesindeki kişinin aynılığına bir istisna getirilmemiştir. Yargılanmayan diğer sanık yargılanmalıdır<sup>23</sup>. İtalyan Yargıtay'ının verdiği bir kararda, iştirak halinde işlenen suçlarda, ortaklardan/şeriklerden biri hakkında verilen mahkûmiyet ya da beraat kararının, diğer şerikleri ilgilendirmedigi, dolayısıyla, burada, kişinin aynı olmasının söz konusu olamayacağına vurgu yapılmıştır<sup>24</sup>. Bize göre, kişinin aynılığı ifadesi sıkı sıkıya bağlı kalınarak yorumlanacak olunursa daha önce hakkında dava açılarak hüküm verilmemiş kişi hakkında tekrar dava açılması gerekir. Ancak, yargılama sonucunda fiilin suç teşkil etmediğinin kesinleşmesi durumlarında tekrar yargılama yapılması usul ekonomisi açısından isabetli olmayacaktır.

Burada iştirak halinde işlenen suçlarda hüküm verildikten sonra sanıklardan sadece birinin kanun yoluna başvurması ve bunun neticesinde beraat etmesi halinde CMK'nun 306. maddesinde kabul edilen 'Hükmün bozulmasının diğer sanıklara etkisi'nin, non bis in idem ilkesindeki kişinin aynılığına bir istisna teşkil edip etmeyeceği üzerinde durulabilir. Bize göre, bu durumda diğer şerikler hakkında dava açılmış ve hüküm de verilmiş olduğundan non bis in idem ilkesi bütün şerikler için geçerli olacaktır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken son husus, mağdurun farklılığıdır. Mağdurun değişmesi, kuşkusuz ceza yargılamasında, fiilin de değişmesi anlamına gelecektir. Fiilin değişmesi, failin de değişmesi sonucunu doğuracaktır. Yani, suçun oluşumunu da etkileyecektir<sup>25</sup>. Bu nedenle, mağdurun değişmesi,

<sup>22</sup> KUNTER, Nurullah; Muhakemesi Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, No: 150, 3.

<sup>23</sup> YURTCAN; Kesin Hüküm, s. 45.; YURTCAN; Ceza Yargılaması, s. 529. Yazara göre, Ali yargılanmış ve gerek yargılandığı fiilin suç olmadığı veya başka nedenlerle beraat etmişse, hüküm sadece Ali'yi ilgilendirir. Bu nedenle suça iştirak eden Mehmet'i ilgilendirmez. Mehmet hakkında ayrıca dava açılıp yargılama yapılmalıdır.

<sup>24</sup> Cass, 5 Novembre 1952, Arch, pen, 1953, II, s. 224.

<sup>25</sup> Cass, 3 Gennaio 1941, Giust, pen, 1941, IV, s. 286. İtalyan Yargıtay'ı, ceza yargılamasında, mağdurun bir taraf olduğunu, mağdurun değişmesinin, fiil teklifiğini ortadan kaldırıp, farklı



## ***Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargulama Olmaz) İlkesi***

failin aynılığını değiştireceğinden fail, farklı mağdura yönelik suç teşkil eden fiil için ayrı bir ceza yargılamasında yargılanabilecektir. Ancak bu husus, fikri içtima açısından sorunlu gözükmemektedir. Çünkü, fikri içtimada, mağdur farklı olabilmektedir. Ancak, fikri içtimanın, suçların içtimaı kapsamında değerlendirilip, uygulanacak ceza bakımından tek suç kabul edilmesi, fikri içtimada, her bir mağdur açısından ayrı bir ceza yargılaması yapılmamasına engel oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, mağdurun değişmesi, fikri içtima açısından bir istisna teşkil etmektedir.

### **III - Non Bis İn İdem İlkesinin Ceza Hukuku Açısından Uygulanışı**

Non bis in idem ilkesinin ulusal mı yoksa uluslar arası bir ilke mi olduğuna ilişkin tartışma konusunda TCK'nun ulusal bir ilke kabul ettiği söylenebilir<sup>26</sup>. Ancak, ikili veya çok taraflı anlaşmalarla ya da devletlerin kendi iç mevzuatında yapacağı düzenlemelerle non bis in idem ilkesine uluslar arası geçerlilik verebilir. Bu durumda bu ilke uluslar arası alanda da geçerlilik kazanmış olacaktır<sup>27</sup>.

#### **A – Türkiye’de İşlenen Suçlar Bakımından Non Bis İn İdem İlkesi**

##### **1) Mülkilik Sistemi Bakımından Non Bis İn İdem İlkesi**

Mülkilik sistemi, her suçun, işlendiği yerin kanuna göre yargılanmasını ifade eder<sup>28</sup>. Mülkilik sistemi, TCK'nun 8. ve 9. maddelerinde düzenlenmiştir. TCK'nun 8. maddesi, ‘*Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi hâlinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır*’ şeklinde düzenlenmiştir. TCK'nun 9. maddesi, ‘*Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye’de yeniden yargılanır*’ şeklinde düzenlenmiştir.

---

bir fiil oluşturacağını ve dolayısıyla da, yeni bir ceza yargılaması yapılabileceğine hükmetmiştir.

<sup>26</sup> ÖZBEK; s. 89.

<sup>27</sup> ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 684.

<sup>28</sup> TURHAN, Faruk; Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13), Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 4, Ağustos, 2005, s. 198.; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 14.; HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2010, s. 79.; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 68.

TCK'nun 9. maddesinde, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'ndan (ETCK) farklı olarak, Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimsenin Türk vatandaşı veya yabancı ülke vatandaşı olması bakımından ayırım yapılmamıştır<sup>29</sup>.

Öğretide Ünver/Hakeri'ye göre, TCK'nun 9. maddesi İHAS'nin 7. maddesinin Ek 4 Nolu Protokolü ile CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasına aykırılık göstermektedir<sup>30</sup>. İHAS'nin 7. maddesinin Ek 4 Nolu Protokolü, non bis in idem ilkesini ulusal nitelikte kabul etmekte ve fakat günümüz çağdaş devletler bu ilkeyi uluslar arası anlamda düzenleyip uygulamaktadırlar<sup>31</sup>. Ancak, TCK'nun 9. maddesi yabancı ülkede verilen hükme non bis in idem ilkesinin etkisini tanımamaktadır. Yani, işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilse bile fail Türkiye'de yeniden yargılanabilecektir<sup>32</sup>.

TCK'nun 9. maddesi ile yabancı ülkede verilen hükmün türü önem taşımaksızın non bis in idem ilkesinin etkisine geçerlik tanınmamıştır<sup>33</sup>.

Unutulmamalıdır ki, TCK'nun 9. maddesinde, 'Türkiye'de işlediği suçtan' ifadesine yer verildiği için, suçun işlendiği yerin tespiti önem taşımaktadır. Suçun işlendiği yerin tespiti salt Türkiye'de işlenen (sınır aşmayan) suçlarda sorun teşkil emememekle beraber sınır aşan suçlarda sorun teşkil edebilir. Bu durumda, TCK'nun 8. maddesinde yer alan 'Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi hâlinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır' hükmü dikkate alınacaktır. Bu hükme göre kanun koyucu karma sistemi benimsediği görülmektedir<sup>34</sup>. Bu düzenleme karşısında sınır aşan (uyuşturucu, kaçakçılık) suçlarında hareketin kısmen dahi olsa Türkiye'de işlenmesi halinde suç Türkiye'de işlenmiş sayılacağı için bu suça ilişkin yabancı ülkede hüküm verilmiş olsa bile Türkiye'de yeniden yargılama yapılabilir.

<sup>29</sup> ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara, 2010, s. 141.; GÜLŞEN; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 321.

<sup>30</sup> ÜNVER/HAKERİ; s. 656.

<sup>31</sup> ÜNVER/HAKERİ; s. 656.

<sup>32</sup> ÜNVER/HAKERİ; s. 656.

<sup>33</sup> GÜLŞEN; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 321.

<sup>34</sup> ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler I, Ankara, 2006, s. 304.; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2005, s. 120.

## **B – Türkiye Dışında İşlenen Suçlar Bakımından Non Bis İn İdem İlkesi**

### **1) Koruma Sistemi Bakımından Non Bis İn İdem İlkesi**

Koruma ilkesi, Devletin failin vatandaşlığına bakmaksızın gerek kendi gerekse vatandaşlarının çıkarlarını ihlal eden fiilleri cezalandırmak istemesi ve bu isteğine uygun olarak ceza kanunlarında hükümler koyması durumudur<sup>35</sup>.

Koruma ilkesi; (1) Devletin kendisini koruması (TCK m. 13/1 – b, 12/1), (2) Mağdura göre şahsilik ilkesi gereği koruma (TCK m. 12/2) şeklinde ikiye ayrılır. Devletin kendisini koruması ‘gerçeklik’ başka bir ifadeyle ‘gerçek anlamda koruma’<sup>36</sup>, vatandaşını koruma ise ‘ikincil anlamda koruma’ şeklinde ifade edilebilir.

Gerçek anlamda koruma ilkesi, TCK’nun 13. maddesinin 1. fıkrasında, ‘*Aşağıdaki suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ÷lkede işlenmesi hâlinde, Türk kanunları uygulanır: ‘... (b) İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçlar...*’ şeklinde düzenlenmiştir. TCK’nun 13. maddesinin 2. fıkrasında, ‘*Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ÷lkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye’de yargılama yapılır*’ ifadesine yer verilmiştir. TCK’nun 13. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi evrensellik ilkesi kapsamında olduğu için aşağıda ilgili kısımda incelenecektir.

**İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçlar;** TCK’nun 299. maddesi ile 343. maddesi arasında yer alan suçları kapsamaktadır.

<sup>35</sup> TURHAN; Türk Ceza Kanunu’nun Yer Bakımından Uygulanmasında, s. 199.; ÖZBEK/KANBUR; s. 150.

<sup>36</sup> TURHAN; Türk Ceza Kanunu’nun Yer Bakımından Uygulanmasında, s. 201. Turhan’a göre, TCK’nun 10. maddesinde düzenlenen ‘Yabancı ÷lkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ÷lkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, Türkiye’de yeniden yargılanır’ hükmü de gerçek anlamda koruma ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir. Gülşen’e göre TCK’nun 13. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan suçlar da koruma ilkesi kapsamındadır. GÜLŞEN; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 323. Bize göre, bu suçlar Evrensellik ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir. Aynı yönde kanaat için bkz, TURHAN; Türk Ceza Kanunu’nun Yer Bakımından Uygulanmasında, s. 203.

TCK'nun 13. maddesine genel anlamda bakıldığında, TCK'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, 'c) İşkence (madde 94, 95), d) Çevrenin kasten kirletilmesi (madde 181), e) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), f) Parada sahtecilik (madde 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (madde 200), mühürde sahtecilik (madde 202), g) Fuhuş (madde 227), h) Rüşvet (madde 252), i) Deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (madde 223, fıkra 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (madde 152) suçlar'da, non bis in idem ilkesine uygun olarak tekrar yargılama yapılmasına imkân tanınmadığı görülmektedir.

TCK'nun 13. maddesinin 2. fıkrasında, 'Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılır' ifadesine yer verilmiştir. Bu hükme göre, non bis in idem ilkesin uygulanmayacağı durumlar, mahkûmiyet veya beraat kararı ile sınırlandırılmıştır. Bu düzenlemeye göre, CMK'nun 223. maddesinde yer alan; (1) Kusunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı, (2) Ceza verilmesine yer olmadığı, (3) Güvenlik tedbirine hükmolunması, (4) Düşme ve (5) Görevsizlik kararları bakımından non bis in idem ilkesin geçerli olup tekrar yargılama yapılamayacağı sonucu çıkmaktadır. Ancak öğretide düşme kararlarının da non bis in idem ilkesin uygulama alanı dışında tutulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>37</sup>. Bize göre, sadece düşme kararı değil, adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı dışındaki diğer son kararlar bakımından da non bis in idem ilkesi uygulanmamalıdır. Çünkü, örneğin beraat kararı ile kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı arasında sonucu etkileyecek bir fark bulunmamaktadır. Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı ile söz konusu uyuşmazlık hukuki anlamda son karar ile sonuçlanmamıştır. Bu nedenle bir an evvel kanun maddesinde ilgili değişiklik yapılmalıdır.

#### **a) Faile Göre Şahsilik İlkesi Bakımından Non Bis İn İdem İlkesi**

Faile göre şahsilik ilkesi, TCK'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında, '*Bir Türk vatandaşı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşı-*

<sup>37</sup> GÜLŞEN; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 326, 327.

## *Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*

*ğı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturulabilirliğin bulunması koşulu ile Türk kanunlarına göre cezalandırılır’ şeklinde düzenlenmiştir.*

TCK’nun 11. maddesine tekabül eden ETCK’nun 5. maddesinde yeniden yargılama konusunda açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu nedenle de öğretilerde konu tartışılmıydı<sup>38</sup>.

TCK’nun 11. maddesinde, ‘*bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması*’ hükmüne yer verilerek daha önceki tartışmalar sona erdirilmiştir<sup>39</sup>. Bu düzenlemeye göre, yurt dışında hüküm verilmiş ise artık Türkiye’de yargılama yapılamayacaktır. Böylelikle, non bis in idem etkisi kabul edilmiştir<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> TEZCAN, Durmuş; Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanunu’nun Değeri Sorunu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 39, Sayı 1-4, 1984, s. 118 vd. Yazar, açıkça ifade etmese de, öğretilerde bazı yazarlar ve Yargıtay’ın son zamanlardaki içtihadının yeniden yargılamayı kabul etmediğine vurgu yaparak bu görüşü benimsediği söylenebilir. BIYIKLI, Hasan; Ceza Kararlarının Uluslar arası Geçerliliği, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 1974, s. 447.; İÇEL, Kayıhan; Yabancı Mahkemenin Türk Ceza Kanunu’nun 5. maddesi Kapsamına Giren Bir Suça İlişkin Ceza Yargısı Failin Yeniden Türkiye’de Yargılanmasına Engel Olur mu?, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 39, Sayı 1-4, 1972, s. 406. İÇEL, olması gereken hukuk açısından bu tür durumlarda non bis in idem etkisi kabul edilmeliydi. Yani, yeniden yargılama yapılmamalıydı. Demirel’e göre, non bis in idem ilkesinin uygulanabilmesi için işi aynı olmasının yanında tarafların da aynı olması gerekir. Bu nedenle, yabancı ülkede verilen bir hüküm Türkiye’de yeniden yargılanabilir. Çünkü, iki davada taraflar aynı değildir. DEMİREL, Yabancı Ceza İlamlarının Değeri, s. 314, 315.

Ancak, ETCK’nun 5. maddesindeki düzenleme açısından yeniden yargılama mümkündü. s. 408, 409.; Taner, yeniden yargılamayı mümkün görmemekteydi. TANER, M. Tahir; Ceza Hukuku Umumi Kısım, 1953, s. 225.; Aynı şekilde Erem de yeniden yargılamayı mümkün görmemekteydi. EREM, Faruk; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 1968, s. 183. Aynı şekilde Dönmezer/Erman, yeniden yargılamayı mümkün görmemekteydi, DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, 1997, s. 381. Aynı şekilde, ÖZGENÇ, yeniden yargılamayı mümkün görmemekteydi, ÖZGENÇ, İzzet; TCK’nun 5. maddesine İlişkin Yargıtay’ın İki Farklı Kararının İncelenmesi (Kesinleşmiş Yabancı Yargı Kararlarının Etkisi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 51, Sayı 1-4, 1985, s. 638.; Yazar başka bir eserinde de aynı görüşü savunmuştur. ÖZGENÇ, İzzet; Non Bis İn İdem Kuralının Milletlerarası değeri ve TCK’nun 10/A Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme, Yargıtay Dergisi, Cilt 28, Sayı 3, 2002, s. 334.

<sup>39</sup> DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 167.; ÖZGENÇ; s. 683.

<sup>40</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2010, s. 45.; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 22.; Madde gerekçesinde, ‘Bu suç dolayısıyla yabancı ül-

Yabancı devletin Cumhuriyet savcılığı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir, bu karara itiraz edilir ve itiraz reddedilirse (yani, kovuşturmaya yer olmadığı kararı doğru bulunursa), bu ret kararının Türkiye’de yeniden yargılama yapılmasına engel teşkil edeceği ileri sürülmektedir<sup>41</sup>. Bu görüşü savunanlar, görüşlerine dayanak olarak CMK’nun 172/2 ve 173/6. maddelerini göstermekte ve kovuşturmaya yer olmadığı kararına itirazın reddinin hükme yakın bir karar olduğunu ileri sürmektedirler<sup>42</sup>. Bize göre, hükümden anlaşılması gereken CMK’nun 223. maddesinde açıkça ve sınırlı sayıda belirtilen hüküm çeşitleridir. Bu nedenle Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararına itirazın reddi, hüküm niteliğinde sonuç doğuramaz. Bu nedenle de, böyle bir karar karşısında tekrar yargılama yapılabilir. Bu görüşümüzü, CMK’nun 173. maddesinin 6. fıkrası doğrulamaktadır. Bu fıkra göre, ‘*İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta karar vermesine bağlıdır*’. Bu düzenlemeye göre, ağır ceza mahkemesi başkanının vereceği bir kararla soruşturma işlemi tekrar başlayabilecektir. Benzer görüşü savunan Artuk/Gökçen/Yenidünya’ya göre, yabancı ülkede kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmişse, Türkiye’de yeniden yargılama yapılabilir<sup>43</sup>.

Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi (CYMDAS), Anayasanın 90. maddesi gereğince bir iç hukuk kuralı nitelindedir. Sözleşmenin 53. maddesine göre non bis in idem etkisinin doğabilmesi için; beraat kararı verilmiş veya mahkûmiyet hükmünün kısmen veya tamamen infaz edilmeye başlanmış olması gerekir. Sözleşmenin bu hükmü, non is in idem ilkesinin uygulama alanını daha daraltmış başka bir ifadeyle uygulama koşullarını güçleştirmiş bulunmaktadır<sup>44</sup>. Çünkü, 53. maddeye göre, salt mahkûmiyet kararı verilmiş ise, non is in idem ilkesi kabul edilmeyecektir. Bize göre, Anayasanın 90. maddesi gereğince 53. madde hükmü ile CMK’nun 223. maddesinin 7. fıkrası arasında çelişki ortaya çıktığında 53. madde hükmü esas alınacaktır.

---

kede yargılama yapılmakta olsa bile, fail hakkında Türkiye’de Türk kanunlarına göre re’sen yargılama yapılacaktır’ ifadesine yer verilmiştir.

<sup>41</sup> GÜLŞEN; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 331.

<sup>42</sup> GÜLŞEN; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 331.

<sup>43</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA; s. 315.

<sup>44</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; s. 136.

## *Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*

Yurt dışında infazına başlanmış bir suçta hükümlünün Türkiye'ye açması halinde, Türkiye'de yeniden yargılama yapıp yapılmayacağı tartışılmıştır. Bir görüşe göre, bu durumda Türkiye'de yeniden yargılama yapılabilir. Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre yapılamaz. Sadece infaz Türkiye'ye yapılabilir<sup>45</sup>. Çünkü, gerek CYMDAS'nin 53. maddesi gerekse CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrası gereğince yeniden yargılama yapılamayacaktır.

### **b) Mağdura Göre Şahsilik İlkesi Bakımından Non Bis İn İdem İlkesi**

Mağdura göre şahsilik ilkesi, TCK'nun 12. maddesinin 1. fıkrasında, '*Bir yabancı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır*' şeklinde düzenlenmiştir. 2. fıkraya göre, '*Yukarıdaki fıkra belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye'de bulunması hâlinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine fail, Türk kanunlarına göre cezalandırılır*'. 4. fıkraya göre, '*Birinci fıkra kapsamına giren suçtan dolayı yabancı mahkemeye mahkûm edilen veya herhangi bir nedenle davası veya cezası düşen veya beraat eden yahut suçu kovuşturulabilir olmaktan çıkan yabancı hakkında Adalet Bakanının istemi üzerine Türkiye'de yeniden yargılama yapılır*'.

Bu düzenleme iki açıdan eleştiriye açıktır; (1) Suçun failinin Türk vatandaşı olması ile yabancı ülke vatandaşı olması arasında ayırım gözetilmiştir. Çünkü, non bir in idem ilkesinin istisnasını oluşturan 4. fıkraya göre, Adalet Bakanının istemi üzerine Türkiye'de yeniden yargılama yapılabilmesi için failin yabancı olması gerekmektedir. Fail Türk vatandaşı ise non bir in idem ilkesi geçerli olacaktır. (2) Yabancı ülkede işlenen suç, bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye'de bulunması hâlinde, **bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu** ile suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine Türkiye'de yeniden yargılanabilecektir. Dikkat edilirse, Yabancı ülkede işlenen suç, 1. fıkraya göre, Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de

<sup>45</sup> GÜLŞEN; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 331.



bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yani, **bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu** aranmamaktadır. Özet olarak, Yabancı ülkede işlenen suç, Türkiye'nin zararına işlediği takdirde non bis in idem ilkesi geçerli olmayacak, bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi halinde geçerli olacaktır. Bu düzenleme ile kanun koyucunun Devletin kendisi ile vatan-dışı arasında Devletin lehine olacak şekilde bir ayırım yapması, 5237 sayılı YTKK'nun özel hükümlerdeki sistematik yapıyla (bireyin haklarını Devletin haklarına göre öncelikle koruma) çeliştiğini ifade etmek gerekir. Ayrıca fail bakımından Türk vatandaşı ve yabancı olma durumu TCK'nun 3. maddesinin 2. fıkrasıyla çeliştiğine işaret etmek gerekir.

Bu konuda son olarak, TCK'nun 13. maddesinin 2. fıkrasında non bis in idem ilkesinin geçerli olmayacağı kararlar 'mahkûmiyet veya beraat kararı' olarak belirtilmişken TCK'nun 12. maddesinin 4. fıkrasında, '**mahkûm edilen veya herhangi bir nedenle davası veya cezası düşen veya beraat eden yahut suçu kovuşturulabilir olmaktan çıkan**' şeklinde birbiriyle uyuşmayan hükümlere yer verilmiş olması isabetli olmamıştır. Bu fıkra hükmüne göre kovuşturulabilir olmaktan çıkma hali de non bis in idem ilkesinin istisnası kapsamına alınmıştır. Bu düzenleme CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasıyla da çelişki içindedir. Hatta istisnai olarak CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasını genişletmektedir. Çünkü, kovuşturulabilir olmama durumu hüküm ile ilgili değil, kovuşturma koşulları ile ilgilidir. Sonuç olarak, bu fıkrada belirtilen (beraat, mahkûmiyet, düşme) hüküm çeşitlerinin CMK'nun 223. maddesinde yer alan bütün hüküm çeşitlerini (adli yargı yolu dışında başka bir yargı yolu nedeniyle görevsizlik kararı dışında) içine alacak şekilde olarak anlamak daha uygun olacaktır<sup>46</sup>.

## **2) Evrensellik İlkesi Bakımından Non Bis İn İdem İlkesi**

TCK'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında, 'Aşağıdaki suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi hâlinde, Türk kanunları uygulanır: '(a) İkinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar' şeklinde düzenlenmiştir. TCK'nun 13. maddesinin 2. fıkrasında, 'Birinci fıkranın ... ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılır' ifadesine yer verilmiştir.

<sup>46</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 87.



## *Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargulama Olmaz) İlkesi*

**İkinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar;** ‘Soykırım suçu m. 76, İnsanlığa karşı suçlar m. 77, Göçmen kaçakçılığı suçu m. 79, İnsan ticareti suçu m. 80’lerini kapsamaktadır.

Evrensellik ilkesi, bir suçun bütün insanlığa kaşı işlenmiş sayılması gerçeğinden yola çıkarak, eğer bir suç; ülkesellik, kişisellik ve gerçeklik (koruma) ilkeleri gereğince cezalandırılmazsa, cezasız kalmaması gerektiği için kabul edilen bir sistemdir<sup>47</sup>.

Evrensellik ilkesi bakımından non bis in idem ilkesinin etkisi kabul edilmemiştir. Kanun metnindeki ‘mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile’ ifadesi salt bu kararlarla sınırlı düşünülmemelidir. Bu nedenle, CMK’nun 223. maddesinde yer alan bütün hüküm çeşitlerini (adli yargı yolu dışında başka bir yargı yolu nedeniyle görevsizlik kararı dışında) içine alacak şekilde olarak anlamak daha uygun olacaktır.

Evrensellik ilkesi kapsamında yargılanacak olan suçlar, adi suçlar olup, siyasi suçlar bu kapsamda değildir<sup>48</sup>.

### **C – Kovuşturmanın Aktarılması Bakımından Non Bis In Idem İlkesi**

Ceza Kovuşturulmasının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi’nin Ne Bis In Idem Balığı altındaki V Bölümde yer alan 35. madde, ‘1. Kesin ve yerine getirilebilir bir yargı ile yargılanmış olan kişi: a) **Beraat etmişse**, b) **Hakkında müeyyide hükmolunup da:** i) Bu müeyyide **tamamen yerine getirilmişse** veya **yerine getirilmekte** ise, ii) Müeyyidenin tamamı veya yerine getirilmemiş kısmı **genel veya özel affa uğramışsa**, iii) Müeyyide **zamanasını yüzünden yerine getirilemiyorsa**, c) Mahkeme suçluluğu tespit edip **müeyyideyi tayin etmemişse, aynı eylemden ötürü diğer bir sözleşen Devlette kovuşturulamaz, mahkûm edilemez veya hakkındaki müeyyide yerine getirilemez**. 2. Bununla beraber sözleşen devletler, yargının konusu olan eylem bu devletlerde kamusal nitelikte bir kişiye bir kuruma veya bir şeye karşı işlenmişse yahut yargıya, konu olan kişi bu devletlerde kamusal nitelik taşımakta ise, kendileri kovuşturma istemiş olmadıkça, “ne bis in idem” sonucunu kabul mecbur değildirler. 3. Ülkesinde eylem işlenen yahut kendi kanununa göre

<sup>47</sup> TEZCAN; Yurt Dışında İşlenen Suçlarda, s. 124.; GÜLŞEN; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 337.; DEMİRBAŞ; s. 169.; HAKERİ; s. 85.; ÖZBEK/KANBUR; s. 149.; KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 69.

<sup>48</sup> TEZCAN; Yurt Dışında İşlenen Suçlarda, s. 124.; GÜLŞEN; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 338.

işlendiğini kabul eden Devlet de, kendisi kovuşturma istemiş olmadıkça, “ne bis in idem” sonucunu kabule mecbur değildir’ şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye bakıldığında, non bis in idem ilkesinin bazı durumlarda mutlak (m. 35/1), bazı durumlarda (m. 35/2,3) ise ihtiyari kabul edildiği görülmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, non bis in idem ilkesinin mutlak anlamda kabul edildiği 35. madenin 1. fıkrası, daha geniş içeriğe sahiptir. Bu düzenlemede non bis in idem ilkesinin uygulama alanı hem daraltmış hem de genişletmiştir. Daraltmıştır çünkü, mahkûmiyet hükmünün tamamen yerine getirilmiş olması veya halen yerine getirilmekte olması aranmıştır. Genişletilmiştir, çünkü, kısmı genel af, özel ve zamanaşımında non bis in idem ilkesi kabul edilmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, genel af durumunda affa uğrayan fiil, hukuk dünyasında hiç doğmamış sayılacağı için, olmayan bir fiilin tekrar yargılanmasından bahsedilemeyecektir. Bu nedenle, bu durum işin doğası gereğidir. Özel af durumunda ise ortada verilmiş bir hüküm vardır. Çünkü, özel af sadece cezaya etki etmektedir. Zamanaşımında ise, devletin cezalandırma yetkisinden vazgeçmesi söz konusu olduğu için, tekrar dava açmak anlamsız olacaktır. Sonuç olarak, sözleşmede yer alan hususlar işin doğası gereği non bis in idem ilkesinin uygulanacağı durumlardır.

### D – Suçların İadesi Bakımından Non Bis İn İdem İlkesi

Suçların iadesi, TCK’nun 18. maddesinde düzenlenmiştir. TCK’nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, ‘Yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında **ceza kovuşturması başlatılan** veya **mahkûmiyet kararı verilmiş** olan bir yabancı, talep üzerine, **kovuşturmanın yapılabilmesi** veya **hükmedilen cezanın infazı** amacıyla geri verilebilir...’. Suçların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesinin 9. maddesine göre, ‘Talep edilen şahıs hakkında kendisinden iade talep edilen tarafın selâhiyetli makamlarınca iade talebine sebep olan bir veya birkaç fiilden dolayı nihaî olarak karar verilmiş ise iadeye cevaz yoktur. Kendisinden iade talep edilen tarafın selâhiyetli makamlarınca **aynı fil veya fiiller hakkında takibat yapılmasına** veya **yaptıkları takibata son verilmesine karar verilmiş** ise iade talebi reddolunabilir’. Bu düzenlemenin 9. maddesine 15.1.0.1975 tarihinde bazı eklemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre özet olarak; (1) Bir kişi hakkında sözleşmeye taraf Devletin birinde beraat kararı verilir, (2) Hürriyeti bağlayıcı ceza veya tedbire hükmedilip de bu tamamen infaz edilmişse, (3) Cezanın tümü genel af veya öze affa uğramışsa, (3) Hâkim, failin kusurunu saptamasına rağmen yaptırma hükmetmemişse, iade istemi kabul edilmeyecektir.

## *Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargulama Olmaz) İlkesi*

Bu düzenlemeye göre, mutlak anlamda non bis in idem etkisi kabul edilmiştir. Ancak, sözleşmenin 3. maddesinde non bis in idem etkisi konusunda ihtiyari yetki tanınmıştır<sup>49</sup>.

Suçluların geri verilmesi bakımından konuya bakıldığında, TCK'nun 18. maddesine göre, kovuşturmanın yapılması veya cezanın infazı için geri verme mümkündür. Bu düzenlemeye göre, suçluların iadesi bakımından non bis in idem etkisi kabul edilmemiştir. Çünkü, **ceza kovuşturması başlatılan** veya **mahkûmiyet kararı verilmiş** olan bir yabancı, talep üzerine, **kovuşturmanın yapılabilmesi** veya **hükmedilen cezanın infazı** amacıyla geri verilebilir. Kanunda geçen kovuşturma ifadesi kovuşturma evresi şeklinde anlaşılmalıdır. Bu durumda, davanın açılmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, hakkında Türkiye'de dava açılmış veya mahkûmiyet kararı verilmiş bir fiilden dolayı kovuşturmanın yapılabilmesi için yani tekrar dava açılabilmesi için geri verilebilecektir.

### **E – Yabancı Mahkeme Kararlarının Uygulanması Bakımından Non Bis İn İdem İlkesi**

Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesinin Ne Bis İn İdem başlığı altındaki 53. madde, 1. Bir Avrupa Ceza yargısına konu olan kişi: a) Beraat etmişse, b) Hakkında bir müeyyide hümlenup da : i) Bu müeyyide tamamen yerine getirilmişse veya yerine getirilmekte ise, ii) Müeyyidenin tamamı veya yerine getirilmemiş kısmı genel veya özel affa uğramışsa, iii) Bu müeyyide zamanaşımı dolayısı ile yerine getirilemiyorsa, c) Mahkeme suçluluğu tespit edip müeyyideyi tayin etmemişse, **aynı eylemden dolayı diğer bir sözleşen Devlette kovuşturulamaz, mahkûm edilemez veya hakkındaki müeyyide yerine getirilemez.** 2. Bununla beraber, sözleşen devletler, yargıya yol açan eylem bu Devletlerde kamusal nitelikte bir kişiye, bir kuruma veya bir şeye karşı işlenmişse yahut yargıya konu olan kişi bu devletlerde kamusal nitelik taşımakta ise, kendileri kovuşturma istemiş olmadıkça, “ne bis in idem” sonucunu kabul etmeğe mecbur değillerdir. 3. Ülkesinde eylem işlenen yahut kendi kanununa göre işlendiğini kabul eden Devlet de, kendisi kovuşturma istemiş olmadıkça “ne bis in idem” sonucunu kabule mecbur değildir’ şeklinde düzenlenmiştir. 55. madde ise, ‘Bu bölüm, yabancı memleketlerde verilen ceza yargılarının “ne bis in idem” sonucunu daha geniş ölçü-

<sup>49</sup> GÜLŞEN; Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 341.

de kabul eden milli kanunların uygulanmasına engel olmayacaktır' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre, başka bir ülkede verilen; (1) Beraat, (2) Yaptırım tamamen yerine getirilmişse veya yerine getirilmekte ise, (3) Yaptırımın tamamı veya yerine getirilmemiş kısmı genel veya özel affa uğramışsa, (4) Yaptırım zamanaşımı dolayısı ile yerine getirilemiyorsa, (5) Mahkeme yaptırım tayin etmemişse, non bis in idem etkisini gösterecektir. Yani, Türkiye'de veya başka bir ülkede aynı kişi ve aynı fiil için tekrar davda açılmayacak veya hüküm verilemeyecektir.

Yabancı ülkede bir dava açılmış olması, Türkiye'de soruşturma açılmasına engel teşkil etmez<sup>50</sup>.

Yabancı ülkede açılmış olan dava; zamanaşımı, genel af ile sona ermiş veya koşullu salıverme ise infaz sona ermiş ise non bis in idem ilkesi geçerli olacak ve Türkiye'de tekrar dava açılmayacaktır. Çünkü, mahkeme içtihatları yabancı ülkede davanın açılmış olmasını esas almaktadırlar<sup>51</sup>. Bize göre, zamanaşımı, genel af halinde devletin cezalandırma yetkisinden sanık lehine vazgeçmesi söz konusudur. Bu durumlardan genel af halinde fiil hiç işlenmemiş sayılmaktadır. Zamanaşımında ise cezalandırılacak bir fiil kalmamıştır. Koşullu salıvermede ise hükmün infazı hala devam etmektedir.

Yabancı ülkede kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmiş ise, açılmış dava söz konusu olamayacağı için, Türkiye'de tekrar dava açılabilecektir<sup>52</sup>.

Bize göre yabancı ülkede kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde, açılmış bir dava söz konusu olmadığı için Türkiye'de tekrar dava açılabilir. Ancak, Türkiye'de tekrar dava açılmasının bazı sorunlar doğurabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Çünkü, yabancı ülkede kamu davasının açılmasının ertelenmesinin ortadan kalkması halinde dava açılması gündeme geldiğinde Türkiye'de daha önce açılmış olan davanın ilgili yabancı ülkede dikkate alınıp alınmayacağı sorunu ortaya çıkabilir. Bu gibi sorunları önlemek adına devletlerarası işbirliğinin etkinleştirilmesi gerekmektedir. Bu gibi durumlarda Türkiye'de dava açılmışsa, yabancı ülkede artık dava açılmama-

<sup>50</sup> CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 222.

<sup>51</sup> CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 223.

<sup>52</sup> CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 223.

## *Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*

lıdır. Aynı durumun tersi söz konusu olduğunda ise, yabancı ülkede dava açılmışsa, artık zamanaşımı konusunda sorun çıkmadığı takdirde, kamu davasının açılmasının ertelenmesinin ortadan kalkması halinde Türkiye'deki tekrar dava açılmamalıdır.

### **IV – Bazı Suçlarda Bakımından Non Bis İn İdem İlkesi**

#### **A - Bileşik Suç**

Bileşik suç, bir suçun başka bir suçta kurucu unsur olarak ya da cezayı artıran nitelikli hal olarak bulunmasıdır (TCK m. 42). Kurucu unsur olarak bulunmaya yağma suçu (TCK m. 148), cezayı artıran nitelikli hal olarak bulunmaya hürriyetten yoksun kılma suçunun cebir veya tehditle işlenmesi gösterilebilir (TCK m. 109/2).

Bileşik suçu oluşturan fiil, iddianamede somutlaşmış (ferdileştirilmiş) ise, mahkemenin hukuki nitelendirmesi tekrar yargılamayı gerektirmemelidir. Başka bir ifadeyle, iddianamede örneğin malın silah gösterilerek alındığına yer verilip yağma suçundan ceza verilmesi istendiği halde mahkeme silahın gösterilmesinin tehdit oluşturmayacağına karar vererek sadece hırsızlık suçundan hüküm kurması halinde, daha sonra yağma veya tehdit suçundan dava açılmayacaktır. Önemli olan iddianamede yer alan ile mahkemenin yargıladığı olayın (fiilin) aynı olmasıdır. Sonuç olarak, bileşik suçta non bis in idem ilkesi geçerli olacaktır.

#### **B – Zincirleme Suç**

Zincirleme suçta, daha önceden verilmiş bir suç işleme kararı üzerine aynı suçun birden çok işlenmesi söz konusudur (TCK m. 43). Zincirleme suç bakımından konuya bakıldığında, zincirleme suçta aynı suçun birden çok kez işlenmesinin aynı fiil içinde nasıl değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle zincirleme suç kapsamı içine yer alan ve birbirlerinden bağımsız olan suç fiillerinin tek fiil kabul edilip edilmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Zincirleme suç içindeki suçu oluşturan fiiller, iddianamede açıkça yer aldıktan sonra zincirleme suç nedeniyle tek suç varmış gibi cezalandırma talebinde bulunulduğu takdirde, mahkeme bu talebi kabul eder ve buna göre hüküm kurarsa, suç oluşturan birden çok fiil tek tek yargılanmış olacağı için, bu

fiiller için tekrar yargılama yapılamayacaktır. Sonuç olarak, zincirleme suçta non bis in idem ilkesi geçerli olacaktır<sup>53</sup>.

### **C – Fikri İçtima**

Fikri içtimada, bir fiil ile kanunun farklı hükümlerinin ihlali söz konusudur (TCK m. 44). Ceza yargılamasında fiil kelimesi, ceza hukukundan farklı olarak, iddianamede somutlaşan fiil (olay) olduğu için, fikri içtima oluşturan suçlarda fiilin iddianamede somutlaşma şekli önem taşıyacaktır<sup>54</sup>. Bu nedenle, somut olay iddianamede yer almakla beraber olayın nitelendirmesinde fikri içtima kabul edilmemiş yani tek suçun varlığı kabul edilmiş mahkeme iddianameyi bu şekilde kabul edip hükmü de buna göre kurmuş ise artık fiil yargılanmış olacağı için söz konusu fiilin başka bir suç daha oluşturduğu gerekçesiyle tekrar dava açılmayacaktır. Yine, fikri içtima kabul edilip en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verildiği takdirde, cezalandırılmayan diğer suçtan da cezalandırılma yoluna gidilemeyecektir. Çünkü, her iki suç için ortak olan fiil yargılanmıştır. Sonuç olarak, fikri içtima durumlarında non bis in idem ilkesi geçerli olacaktır.

TCK'nun 43. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye non bis in idem ilkesi açısından bakıldığında, fikri içtima için ileri sürülen görüşler burada da geçerli sayılmalıdır. Dolayısıyla, non bis in idem ilkesi, bu durumda da geçerli olacaktır.

Önemle belirtmek gerekir ki, suçların içtimaı kapsamı içinde yer alan durumlarda, non bis in idem ilkesinin uygulanması bakımından fiilin aynılığı yanında belki de daha da önemli olan kanun koyucunun bu tür durumlarda tek suçtan ceza verilmesini ve buna bağlı olarak da artık başka suçlardan ceza verilmesini kabul etmemesi etkili olmaktadır.

<sup>53</sup> Aksi yönde görüş için bkz, YURTCAN; Kesin Hüküm, s. 100.; YURTCAN; Ceza Yargılaması, s. 560.

<sup>54</sup> Yurtcan'ın, evli bir kadının aleni bir şekilde cinsi münasebette bulunması halinde iddianamede kadının evli olduğuna yer verilmeyip daha sonra bu durumun anlaşılması halinde tekrar yargılama yapılacağına ilişkin ifadesine katılmak mümkün gözükmemektedir. Çünkü, cinsel ilişkide fiili suç haline getiren tarafların evli olması değil, rıza ehliyeti ve buna bağlı olarak da rızanın bulunup bulunmadığıdır. Bu durumda, orada sadece cinsel ilişkisini aleni bir şekilde yapılması (TCK m. 225) dışında tarafların evli olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. YURTCAN; Ceza Yargılaması, s. 554.

## **D – Geçitli Suç**

Geçitli suç, daha ağır suça (amaç suç) ulaşmak için daha hafif bir suçun (araç suç) işlenmesi durumudur. Geçitli suçlarda daha ağır olan amaç suçtan ceza verildiği takdirde daha hafif olan araç suçtan ayrıca yargılama yapılmasının mümkün olup olmayacağı düşünülebilir. Yurtcan'a göre, eğer iddianamede ağır suçu oluşturan fiil hafif suçu da kapsayacak şekilde ferdileştirilmiş ise artık hafif suç (araç suç) için tekrar yargılama yapılmayacaktır<sup>55</sup>. Yani, non bis in idem ilkesi geçerli olacaktır. Ancak, sadece hafif suç (araç suç) ferdileştirilmiş ise daha ağır suç (amaç suç) için tekrar dava açılacaktır. Konuyu örnek vererek açmak istersek, kasten öldürme suçunda sadece kasten yaralama suçundan dava açılır ve buna göre hüküm kurulursa, daha sonra kasten öldürme suçundan dava açılacaktır. Ancak, kasten öldürme suçundan dava açılırsa daha sonra kasten yaralama suçundan dava açılmayacaktır<sup>56</sup>.

Bize göre, yukarıda yer alan görüş ve bu görüşe uygun verilen örneklerde olay (fiil) bütün gerçekliği ile iddianame yer almış ve mahkeme, iddianamede yer alan olayı yargılamış ise artık fiilin hukuki nitelendirmesi nedeniyle tekrar dava açılmamalıdır. Bunun istisnası ise yargılamanın yenilenmesidir. Söz konusu olayda ölüm ile failin hareketi arasında hem kusur hem de nedensellik bağının varlığı tespit edilirse, yani yeni delil ortaya çıkarsa, aynı fiil için tekrar kasten öldürmeden dava açılacaktır. Aksi halde dava açılmamalıdır.

## **E – Kesintisiz Suç**

Kesintisiz suçun tanımı konusunda, öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, kesintisiz suçta, suç oluşturan davranış süreklidir<sup>57</sup>. Başka bir görüşe göre, suçun işlenmesiyle meydana gelen netice süreklidir<sup>58</sup>. Başka bir görüşe göre ise, hem hareket hem de netice devam etmektedir<sup>59</sup>.

Non bis in idem ilkesinde, fiil esas alındığı için, fiilin ne anlama geldiğine bakmak gerekecektir. Fiil; hareket netice ve nedensellik bağından oluşmakta-

<sup>55</sup> YURTCAN; Kesin Hüküm, s. 98.; YURTCAN; Ceza Yargılaması, s. 558.

<sup>56</sup> LEONE, s. 348.

<sup>57</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 214 vd. ; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 435.; ÖZGENÇ, s. 160.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 154.

<sup>58</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 52.; DEMİRBAŞ, s. 230.; HAKERİ, s. 145.; ÖZBEK/KANBUR, s. 219.

<sup>59</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 265.

dır. Bu nedenle, kesintisiz suçta, ister hareket ister neticenin devam ettiği kabul edilsin, non bis in idem ilkesi açısından fark oluşturmaz.

Kesintisiz suçlarda non bis in idem ilkesinin geçerli olup olmayacağı üzerinde durulabilir. Konuyu örnek vererek açmak gerekirse, kesintisiz suç için açılan bir davanın beraatla sonuçlanması halinde, kesintisiz suç oluşturan fiil için tekrar davanın açılıp açılmayacağı sorunu ortaya çıkabilecektir.

Bize göre, daha önce yargılanan ve beraat ile sonuçlanan fiil ile daha sonra davaya konu olacak fiil nitelik olarak aynı olmakla birlikte işleme zamanları aynı değildir. Yine, daha önce yargılanan ve beraat ile sonuçlanan fiil, beraat kararının kesinleşmesiyle hukuk dünyasında son bulmuştur. Bu andan itibaren kişi ve fiil yenidir. Bu nedenle tekrar yargılama yapılabilecektir. Yani, non bis in idem ilkesi geçerli olmayacaktır.

### **F – Non Bis İn İdem İlkesi ve Normların Görünüşte İçtimaı**

Normların görünüşte içtimaı, bir hukuki olaya birden çok hukuk kuralının uygulanabilme ihtimalinin salt görünüşte mümkün gözükmesidir. Aslında, tek bir hukuk kuralı uygulanabilmektedir<sup>60</sup>. Normların görünüşte içtimasında, aynı fiil, iki farklı düzenlemeyi ihlal etmekle birlikte, bu birden fazla hükmün ihlali sadece görünüştedir. Gerçekte tek bir hukuk kuralı ihlal edilmektedir. Dolayısıyla, tek bir kanun hükmünden ceza uygulanacaktır.

Normların içtimasında, bir kez mahkûmiyet veya beraat kararı verildiği zaman, artık, bir daha o fiil için dava açılmaz<sup>61</sup>. Örneğin, bir kişi zimmet suçundan mahkûm olduktan sonra, daha sonra bu kişi hakkında aynı fiil için görevi kötüye kullanma suçundan dava açılmaz<sup>62</sup>. Sonuç olarak, normların görünüşte içtimasında, non bis in idem ilkesi geçerli olacaktır.

### **V - Non Bis İn İdem İlkesinin Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Uygulanışı**

#### **A – Kovuşturma Aşamasında Uygulanışı**

Non bis in idem ilkesi, kovuşturma aşaması (açılmış bir davanın bulunması) ve hüküm verilme ile sınırlı olduğu için aynı kişi hakkında soruşturma ya-

<sup>60</sup> DEMİRBAŞ, s. 469.; HAKERİ; s. 465.; ÖZBEK/KANBUR, s. 531.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 462.

<sup>61</sup> LEONE, s. 344.

<sup>62</sup> DEMİRBAŞ, s. 469.; ÖZBEK/KANBUR, s. 532.



## *Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargulama Olmaz) İlkesi*

pılmasına engel teşkil etmez<sup>63</sup>. Bize göre iddianame düzenlenmesine bile engel teşkil etmez. Çünkü, CMK'nun 175. maddesine göre dava, mahkemenin iddianameyi kabul etmesiyle açılmış sayılacağı için mahkemenin davayı kabul ettiği ana kadar dava açılmış sayılmayacaktır.

Ceza mahkemesinin kararları idari ve hukuk mahkemelerinde açılan davalar ile disiplin soruşturmasını etkilemez. Ancak, örneğin hukuk mahkemesinin yaş tespitine ilişkin kararları ceza mahkemesini sadece bu tespitle sınırlı olarak bağlar. Onun dışında kusurluluğa ve mahkûmiyetin sonuçlarına etki etmez<sup>64</sup>.

Açılmış bir dava ifadesi kullanıldığı ve dava CMK'nun 175. maddesine göre, 'İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur' hükmü dikkate alındığında, aynı kişi ve olay hakkında soruşturmanın başlamış olması halinde başka bir yerde soruşturmanın başlamasına engel bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkabilir. Bize göre, CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasında kullanılan açılmış dava ifadesi, CMK'nun 175. maddesiyle uyum içinde değildir. CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasında kullanılan açılmış dava ifadesinin soruşturma aşamasını da içine alacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir.

Burada, daha önce soruşturulmasına başlanılmış bir olay hakkında daha sonra başka bir soruşturmaya başlanmış ve iddianame düzenlenip mahkemeye verilmiş olması halinde, mahkemenin iddianameyi sırf bu nedene dayanarak iade edip edemeyeceği sorunu ortaya çıkabilir. Ünver/Hakeri'ye göre, bu tür bir iddianame CMK'nun 174. maddesi kapsamında değerlendirilip reddedilebilecektir<sup>65</sup>. Bize göre, CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasına göre hareket etmek gerekir. Bu fıkraya göre, 'Aynı fil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir'. Bu fıkra da açılmış davadan bahsedilmektedir. Davanın açılabilmesi için mahkemenin iddianameyi kabul etmiş olması gerekir (CMK m. 175/1). İddianamenin iade edilebilmesi için iade nedenleri sınırlı sayıda belirtilmiştir (CMK m. 174/1). Açılmış davadan bahsedildiğine göre, mahkeme aynı konu ve aynı kişiye ilişkin daha önce açılmış bir dava olduğunu sonradan öğrenirse

<sup>63</sup> CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 221.

<sup>64</sup> CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 220.; ÜNVER/HAKERİ; s. 658.

<sup>65</sup> ÜNVER/HAKERİ; s. 656. Yazarlar kanımızca olay kelimesini iddianameye giren olay anlamında kullanmaktadırlar.

davanın reddine karar verecektir. Burada sorun, iddianame kabul edilmeden önceki aşamada böyle bir durumun varlığının anlaşılması halinde nasıl hareket edileceğidir. Bu durumda, iddianamenin iade edilebilmesi için iade nedenleri sınırlı sayıda belirtildiği için, sırf bu ilkeye dayanılmayacaktır. CMK'nun 170. maddesine göre, düzenlenen iddianamede görevli ve yetkili mahkemenin belirtilmesi gerekmektedir. Mahkeme kendisini görevli ve yetkili görmeyerek iddianameyi reddetmesi gerekir.

Ünver/Hakeri'ye göre, CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasının, soruşturmanın yürütülmesi ve iddianamenin düzenlenerek mahkemeye verilmesi aşamasını da içine alacak şekilde tekrar düzenlenmesi gerekir<sup>66</sup>.

### **B – Hükümün Verilmesinden Sonra Uygulanışı**

Hukukumuzda non bis in idem ilkesi CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasına göre dava açılması ve hüküm ile sınırlı olduğu için hükümün infazı bakımından bu ilkenin geçerli olup olmadığı gündeme gelebilir. Cihan/Yenisey'e göre, hükümün infazı bakımından bu ilke geçerli olmayacaktır<sup>67</sup>. Bize göre bu ilkenin uygulanmasında infaz bakımından bir sınırlama söz konusu olmamakla beraber, iki kez infazın uygulanması için doğası gereği mümkün olmayacaktır. Ancak, non bis in idem ilkesinin kabul edilmediği durumlarda, yurt dışında uygulanan infaz süresi Türkiye'deki infaz süresinden az olursa kalan kısım infaz edilebilir.

Non bis in idem ilkesinin uygulanmasında daha önceden verilen hüküm türü bakımından bir ayırım yapılmamaktadır. Bu nedenle CMK'nun 223. maddesinde düzenlenen hüküm çeşitlerinin hepsi bakımından (adli yargı yolu dışında başka bir yargı yolu gerekçesiyle verilen görevsizlik kararları hariç) non bis in idem ilkesi uygulanabilecektir<sup>68</sup>.

Önödeme bir hüküm değildir. Ancak, ceza ilişkisini sona erdiren bir kurumdur. Daha önce önödeme ile hukuki anlamda kesinleşen bir fiilde non bis in idem ilkesi uygulanabilecektir<sup>69</sup>. Aynı husus, uzlaşma kurumu için de geçerlidir<sup>70</sup>. Hem önödeme hem de uzlaşma halinde, non bis in idem ilkesinin

<sup>66</sup> ÜNVER/HAKERİ; s. 658.

<sup>67</sup> CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 221.

<sup>68</sup> CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 220.

<sup>69</sup> CİHAN/YENİSEY; Non Bis İn İdem İlkesi, s. 221.

<sup>70</sup> ÜNVER/HAKERİ; s. 659.

## *Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargulama Olmaz) İlkesi*

geçerli olacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu konuda kanunda boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk bir an evvel giderilmelidir<sup>71</sup>.

Bize göre, tıpkı önödeme ve uzlaşma kurumlarında olduğu gibi şikâyetin geri alınması durumlarında da, non bis in idem ilkesi uygulanabilmelidir. Başka bir ifadeyle, şikâyetin geri alınması halinde, geri alınan şikâyete konu fiil için, tekrar dava açılmamalıdır. Dolayısıyla non bis in idem ilkesi, bu durumda geçerli olmalıdır.

Mahkeme, iddianamede belirtilen fiil ile bağlı olup, bu fiilin hukuki nitelendirmesiyle bağlı değildir. Bu nedenle, iddianamede belirtilen fiil hırsızlık olarak nitelendirilmesi karşısında mahkeme dolandırıcılıktan hüküm kurarsa, daha sonra aynı fiil için hırsızlıktan dava açılmayacaktır. Yani, non bis in idem ilkesi geçerli olacaktır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken son husus da, hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusudur. CMK'nun 231. maddesinin 5. fıkrasında hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu kabul edilmiştir. CMK'nun 231. maddesinin 5. fıkrasında '*... hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında hiçbir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder*'; 10. fıkrasında ise, '*... yükümlülükler uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilir*' hükmüne yer verilmiştir. Burada sorun hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının bir hüküm olup olmadığıdır. CMK'nun 223. maddesinde hüküm çeşitleri sınırlı sayıda açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir hüküm çeşidi olarak sayılmadığı görülmektedir. Bize göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında ortada mahkeme açısından bir hüküm bulunmakta ve fakat bu hüküm belirli koşullara bağlı olarak açıklanmadığı için sanık açısından hukuki sonuç doğurmamaktadır. Bu nedenle ceza muhakemesi anlamında bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla daha önce bir hükmün varlığına bağlı olarak non bis in idem ilkesinin önleyici etkisi kendini gösteremese de, her haluklarda açılmış bir dava bulunduğu için non bis in idem ilkesinin önleyici etkisi kendini gösterecektir.

Ünver/Hakeri'ye göre, CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasında davanın reddi kararı verileceği düzenlenmişse de, daha önce açılmış bir davanın

<sup>71</sup> ÜNVER/HAKERİ; s. 659.

bulunduğu gözden kaçırılır ve dava devam ederken durum fark edilir ve fakat düşme kararı verilmesi gerekirse düşme kararı verilecektir<sup>72</sup>. Aynı şekilde, daha önce açılmış bir davanın bulunduğu gözden kaçırılır ve hüküm verildikten sonra durum anlaşılır ve kanun yoluna gidilirse kanun yolu mahkemesi, yerel mahkemeden hükmün CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrası gereğince bozulmasını isteyecektir<sup>73</sup>.

## SONUÇ

Non bis in idem ilkesi, iddianamenin düzenlenmesine engel teşkil etmez. Çünkü, CMK'nun 175. maddesine göre dava, mahkemenin iddianameyi kabul etmesiyle açılmış sayılacağı için mahkemenin davayı kabul ettiği ana kadar dava açılmış sayılmayacaktır.

CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasında, 'açılmış dava' ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, CMK'nun 175. maddesiyle uyum içinde değildir. CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasında, 'açılmış dava' ifadesi, soruşturma aşamasını da içine alacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir.

Yabancı ülkede, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildiği durumlarda, aynı fiil için Türkiye'de dava açılabilir. Çünkü, kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde, ortada açılmış bir dava bulunmamaktadır. Dolayısıyla non bis in idem ilkesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi durumlarını kapsamamaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında ceza muhakemesi anlamında bir hüküm bulunmamaktadır (CMK m. 223). Bu nedenle daha önce bir hükmün varlığına bağlı olarak non bis in idem ilkesinin önleyici etkisi kendini gösteremese de, her haluklarda açılmış bir dava bulunduğu için non bis in idem ilkesinin önleyici etkisi kendini gösterecektir.

TCK'nun 12. maddesinde hem failin yabancı ve Türk vatandaşı olması hem de suçtan zarar görenin Devlet ile Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi olması bakımından (Devletin lehine olarak) fark gözetilmiştir. Bu düzenleme ile Kanun koyucunun Devletin kendisi ile vatandaş arasında Devletin lehine olacak şekilde bir ayırım yapması, 5237 sayılı YTCK'nun özel hükümlerdeki sistematik yapıyla (Bireyin hakla-

<sup>72</sup> ÜNVER/HAKERİ; s. 658.

<sup>73</sup> ÜNVER/HAKERİ; s. 658.

## *Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargulama Olmaz) İlkesi*

rını Devletin haklarına göre öncelikle koruma) çeliştiğini ifade etmek gerekir. Fail bakımından Türk vatandaşı ve yabancı olma durumu, TCK'nun 3. maddesinin 2. fıkrasıyla da çelişmektedir.

TCK'nun 13. maddesinin 3. fıkrasında, '*Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yargulama yapılır*' ifadesine yer verilmiştir. Bu hükme göre, non bis in idem ilkesinin uygulanmayacağı durumlar, mahkûmiyet veya beraat kararı ile sınırlandırılmıştır. Uyuşmazlığı esastan çözmeyen adlî yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı dışındaki diğer son kararlar bakımından non bis in idem ilkesi geçerli kabul edilmemelidir. Yani, TCK'nun 13. maddesinin 3. fıkrasındaki hüküm türleri ile CMK'nun 223. maddesindeki hüküm türleri arasında uyum sağlanmalıdır. Bu nedenle bir an evvel kanun maddesinde ilgili değişiklik yapılmalıdır.

TCK'nun 13. maddesinin 2. fıkrasında non bis in idem ilkesinin geçerli olmayacağı kararlar 'mahkûmiyet veya beraat kararı' olarak belirtilmişken TCK'nun 12. maddesinin 4. fıkrasında, '*mahkûm* edilen veya herhangi bir nedenle *davası veya cezası düşen* veya *beraat* eden yahut suçu *kovuşturulabilir olmaktan çıkan*' şeklinde birbiriyle uyuşmayan hükümlere yer verilmiş olması isabetli olmamıştır. Bu fıkra hükmüne göre kovuşturulabilir olmaksızın çıkma hali de non bis in idem ilkesinin istisnası kapsamına alınmıştır. Bu düzenleme CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasıyla çelişki içindedir. Ayrıca, CMK'nun 223. maddesinin 7. fıkrasının uygulama alanını bu suçlar bakımından genişletmektedir.

### **KAYNAKÇA**

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner; Türk Ceza Hukuku, Genele Hükümler I, Ankara, 2006.

BIYIKLI, Hasan; Ceza Kararlarının Uluslar arası Geçerliliği, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 1974.

CARRARA; Manuale di procedura penale del WEISKE, Frenze, 1874.

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZEN*

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2005.

CİHAN, Erol/YENİSEY, Feridun; Non Bis İn İdem İlkesi, Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul, 2004.

DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2006.

DEMİREL, Hakkı; Yabancı Ceza İlamlarının Değeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX, Sayı 1- 4, 1952.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, 1997.

EREM, Faruk; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 1968.

GÜLŞEN, Recep; Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında Non Bis İn İdem İlkesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Diyarbakır, 2005.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2010.

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2010.

İÇEL, Kayıhan; Yabancı Mahkemenin Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi Kapsamına Giren Bir Suça İlişkin Ceza Yargısı Failin Yeniden Türkiye'de Yargılanmasına Engel Olur mu?, İstanbul üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 39, Sayı 1-4, 1972.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2009.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe; Muhakemesi Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008.

KUNTER, Nurullah; Muhakemesi Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989.

LEONE, Giovanni; Trattato di Diritto Processuale Penale III, Napoli, 1961.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2010.

ÖZGENÇ, İzzet; Non Bis İn İdem Kuralının Milletlerarası değeri ve TCK'nun 10/A Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme, Yargıtay Dergisi, Cilt 28, Sayı 3, 2002.

*Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargulama Olmaz) İlkesi*

ÖZGENÇ, İzzet; TCK'nun 5. maddesine İlişkin Yargıtay'ın İki Farklı Kararının İncelenmesi (Kesinleşmiş Yabancı Yargı Kararlarının Etkisi), İstanbul üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 51, Sayı 1-4, 1985.

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2006.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku, Ankara, 2005, s. 22.

ROCCO, Arturo; Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale, Roma, 1932.

TANER, M. Tahir; Ceza Hukuku Umumi Kısım, 1953.

TEZCAN, Durmuş; Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanunu'nun Değeri Sorunu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 39, Sayı 1-4, 1984.

TURHAN, Faruk; Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13), Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 4, Ağustos, 2005.

ÜNVER, Yener; HAKERİ/Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010.

YURTCAN, Erdener; Ceza Davasının Konusu, Sınırları, Yargıcın Niteleme (Tavsif) Yetkisi, Fiilin Aynılığı ve Kesin Hükümün Önleme Etkisi Çerçevesinde Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt 21, Sayı 1-2, 1995.

YURTCAN, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 2005.

YURTCAN, Erdener; Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, İstanbul, 1987.

BOŞ