



UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ

Altı Ayda Bir Yayımlanan Ulusal Hakemli Dergidir

ISSN: 2147-8376

SAYI: 10 • ARALIK 2017

Dergide yayımlanan makaleler yazarların kendi kişisel görüşleri olup, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görüşlerini yansıtmamaktadır. Eserde yer alan görüş ve değerlendirmeler, Uyuşmazlık Mahkemesi'ni bağlayacak mahiyette resmî bir yorum olarak kabul edilemez.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ
Altı Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir

*

Sahibi

Nuri NECİPOĞLU
Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı

*

Editör

Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri

*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Şafak ŞAKAR
Uyuşmazlık Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

*

Yayın Kurulu

Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Dr. Birol KIRMAZ
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Dr. Abdullah TEKBAŞ
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Çetin AKKAYA
Yargıtay Tetkik Hâkimi

*

Yayın Yönetim Merkezi

Ahlatlıbel Mahallesi İncek
Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
No: 4, 06805, Çankaya - Ankara / TÜRKİYE
Tel: 0312 489 82 04 - 07 • Faks: 0312 489 80 59
Web: dergi.uysmazlik.gov.tr - www.uysmazlik.gov.tr

*

Tasarım & Baskı



Oğuzlar Mah. 1396. Sk. 11/2 Balgat / Çankaya / ANKARA
Telefon: (0 312) 285 14 10
info@tayfunmedya.com.tr • www.tayfunmedya.com.tr

Basım yeri: Ankara
Basım tarihi: Aralık 2017

Yıl: 5 Sayı: 10

*

ISSN: 2147-8376

YAZIM KURALLARI VE YAYIN İLKELERİ

1. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ULAKBİM tarafından taranan ve “Hakemli Dergi” statüsünde altı ayda bir yayımlanan dergidir.
2. Daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş eserler kabul edilir.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde özetlerin yine Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde Makale ismi ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
4. Yayımlanan makalelerden kaynaklanan her türlü sorumluluk yazarlarına aittir ve dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde kullanılamaz.
5. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 16x24 ebadında, sayfanın üst tarafından 3 cm, alt, sağ ve sol taraflarından 2,5 cm kenar boşlukları bırakılmış, 10,5 punto Palatino Linotype karakteriyle, dipnotlar 8 punto Palatino Linotype karakteriyle, 13,2 mm satır aralığı ve paragraflarında 5 mm girinti bırakılarak yazılmış olmalıdır.
6. Yayımlanması talep edilen makalelerin uyusmazlikmakale@hotmail.com ve dergi.uysuzmazlik.gov.tr adresine e-posta ile gönderilmesi gerekmektedir.
7. Gönderilecek eserlerin ilk sayfasında yazar(lar) hakkında aşağıdaki bilgiler bulunmalıdır: *Ad-soyad, ünvan, çalışılan kurum, telefon, e-posta ve yazışma adresi bilgileri.
8. Gönderilen makalelerin başlığı metne uygun; kısa ve açık ifadeli olmalıdır.
9. Eserlerde kullanılacak tüm referanslar, Tablo ve Şekiller APA 5. Basım sili (APA Style 5th edition) kullanılarak düzenlenmelidir. APA hakkında daha fazla bilgi için lütfen <http://owl.english.purdue.edu/owl/resource/560/01/> internet sitesini ziyaret ediniz.
10. Başlıklardan sonraki ilk satırda paragraf girintisi kullanılmaz, sola yaslı olarak paragraf başlatılır. Sonraki paragraflar için paragraf girintisi kullanılmalıdır.
11. Eserde irdelenen konuyla doğrudan ilgisi olmayan ancak açıklanmak veya detay bilgi verilmek istenen kısımlar dipnot yöntemiyle esere eklenmelidir.
12. Eserlerin sonunda APA referans sistemine göre hazırlanacak alfabetik biçimde dizilmiş bir kaynakça bulunmalıdır.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

Haliç Üniversitesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi

İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Neziğ KÖK

Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali GÜZEL

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN

Antalya Akev Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Elif Sibel ÇAKAR

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erol ULUSOY

Alman Türk Hukuk Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Faruk AŐICIOĞLU

İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Kurumu

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gürçan ALTUN

Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Türk Alman Üniversitesi

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU

İstanbul Aydın Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Sözlşmeli

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Macit KENANOĞLU

İstanbul Şehir Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Şehir Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fatih YAVUZ

İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nasi ASLAN

Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nur CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Pervin SOMER

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan GÖKBUNAR

Celal Bayar Üniversitesi İİBF

Prof. Dr. Rauf KARASU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Salih CENGİZ

İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü

Prof. Dr. Selami KURAN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selma ÇETİNER

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Serap AKİPEK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER

Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yüksel METİN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ziya AKINCI

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Devrim AYDIN

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Doç. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ

Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi

Doç. Dr. İlke GÖÇMEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. İştahar CENGİZ

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Mustafa AVCI

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Müslüm AKINCI

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Adnan KÜÇÜK

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. İdris Hakan FURTUN

Ankara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

Yrd. Doç. Dr. Rifat Murat ÖNOK

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Gürsel ÖZKAN

Danıştay 13. Dairesi Üyesi

ÖN SÖZ

Kurulduğu 1945 yılından bugüne kadar Türk Hukukunda faaliyet gösteren Uyuşmazlık Mahkemesi, 1945 - 1961 yılları arasında, Anayasal bir Yüksek Yargı Organı olarak görev yapmamakla beraber, 1961 ve 1982 Anayasalarında yüksek mahkeme olarak düzenlenmiş ve Anayasa ile Kuruluş Kanununun kendisine verdiği yetki çerçevesinde görevini ifa etmektedir.

6771 sayılı Kanununun 13. maddesi ile Askerî Mahkemelerin kaldırılması sonrasında Uyuşmazlık Mahkemesi, köklü geçmişi ve birikimiyle değişikliklere uyum sağlayarak, farklı yargı kolları arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturma görevini başarıyla sürdürmeye devam etmiştir.

2013 yılının Mayıs ayında ilk sayısı yayımlanan ve ulusal hakemli bir dergi olan Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, kısa zamanda kendisini geliştirerek büyük prestij kazanmış olup, bugün dergimizin 10. sayısını çıkarmanın mutluluk ve gururunu yaşıyoruz.

Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi'nin 10. sayısında kıymetli yazarlarca kaleme alınan on altı adet bilimsel inceleme yer almaktadır. Dergide yayımlanmak üzere makale göndererek bizleri destekleyen ve yalnız bırakmayan değerli yazarlarımıza, hakem olarak görev yapanlara, danışma kurulu ve yayın kurulumuzda görev alanlara şükranlarımı sunuyor, derginin hukuk camiasına faydalı olmasını diliyor ve derginin hazırlanmasında büyük emek sarf eden başta Genel Sekreterimiz Mevlüt DÖNERTAŞ olmak üzere mahkeme personellerimiz Esin Nesrin KOCAKAHYA, Emre İNAL, Aziz YEŞİLYUVA ve Resul GÜLER'e şahsım ve mahkememiz adına teşekkür ediyorum.

Nuri NECİPOĞLU
Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı





İÇİNDEKİLER / CONTENTS

M. Murat AKTAŞ - <i>Sermaye Piyasası Kanunu Bakımından Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Düzenlemesi</i>	1
Yrd. Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK - <i>Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar</i>	43
Doç. Dr. Devrim AYDIN - <i>Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları</i>	97
Mehmet Rifat BACANLI - <i>Hakem Sözleşmesinde Esasa Uygulanacak Hukuk</i>	111
Yrd. Doç. Dr. Taylan BARIN - <i>Farklı Coğrafya ve Sistemlerde Anayasa Yargısının Doğuşu</i>	157
Sezai ÇAĞLAYAN/Firdes YÜZBAŞI - <i>Uluslararası Antlaşmaların Onaylanmasını Uygun Bulan Kanunların İptali İstemleri Hakkında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Tutumu</i>	189
Dr. (Iur.) Hasan DURSUN - <i>İtalya'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi ve Alınacak Dersler</i>	219
Yrd. Doç. Dr. Sırrı DÜĞER - <i>Smal Mülkiyet Kanunu'na Göre Türk Patent ve Marka Kurumunun Görev Alanının İdarenin Regülasyon Faaliyeti Açısından Değerlendirilmesi</i>	259
Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ - <i>Taşınmazın Aynına İlişkin İlanın Mevzuunu Oluşturan Taşınmaz Mülkiyet Hakkına Vaziyet Eden Takyidatlara Etkisi</i>	293
Dr. Seyfettin KARA - <i>İdari Yargılama Usulünde Islah</i>	409
Prof. Dr. Ahmet Nezh KÖK - <i>6754 Sayılı Birlikçilik Kanunu Neler Getirdi?</i>	445
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY/ Av. Pınar AKDEMİR, LLM - <i>Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Taraflarının Yükümlülükleri</i>	455
Arş. Gör. Elif ŞEN - <i>Evde Hizmet Sözleşmesi</i>	475
Yrd. Doç. Dr. Cem ŞENOL - <i>5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (TCK M.41)</i>	507
Yrd. Doç. Dr. Nazlı TÖRE - <i>Değişen Dünyada Vatandaşlık</i>	553
Hüseyin TURAN/Fatih ŞAHİN - <i>Müdafinin Soruşturma Dosyasını İnceleme Yetkisine Getirilen Kısıtlamanın Savunma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi</i>	597





SERMAYE PİYASASI KANUNU BAKIMINDAN PİYASA DOLANDIRICILIĞI (MANİPÜLASYON) DÜZENLEMESİ

(Manipulation Regulation Under The Capital Market Law)

M. Murat AKTAŞ¹

ÖZ

Finansal piyasalardaki düzenlemeler çoğunlukla, manipülasyonu önleme amacına yönelirler. ABD'deki Menkul Kıymetler Kanunu (Securities Act of 1933) ve Menkul Kıymetler Borsası Kanunu (Securities Exchange Act of 1934) hazırlayıcıları, 1929 pay piyasası çöküşü ve 1930'lardaki büyük buhranın aşırı manipülasyon ile doğrudan bağlantılı olduğu inancıyla hareket etmişlerdir. Bu makale, Türk hukukunda piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon) suçu hakkındaki yasal düzenleme olan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) madde 107 ve onun ile yakından ilişkili diğer bazı SerPK hükümleri ve Tebliğ düzenlemelerini ele almaktadır. Manipülasyon suçu, işlem bazlı manipülasyonu/piyasa dolandırıcılığı ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı olmak üzere iki temel farklı kategoriye ayrılmaktadır. İki temel manipülasyon suçu görünümünün her ikisi de 6362 sayılı SerPK m. 107'de iki ayrı fıkra ile düzenlenmiştir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 107(1), işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ile ilgili iken SerPK m. 107(2) ise bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığını düzenlemektedir.

Anahtar kelimeler: Sermaye Piyasası Kanunu, Piyasa dolandırıcılığı, Manipülasyon Suçu

ABSTRACT

Financial markets regulations mostly seeks to prevent manipulation. The drafters of the Securities Act of 1933 and the Securities Exchange Act of 1934 in the United States were convinced that there was a direct link between excessive speculation and manipulation, the stock market crash

1 T.C. Dumlupınar Üniversitesi İİBF Öğretim Elamanı. T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Doktora Öğrencisi, mehmetmurat2003@yahoo.com



of 1929 and the Great Depression of the 1930s. This paper aims to briefly explain the Turkish regulation on “Manipulation” fraud which stated at article 107 of the Capital Market Law (Law Nr. 6362) and other closely related articles and Communiqués. Manipulation crime schemes can be divided into two main different classes as “manipulative trading practices fraud” and “information-based manipulation fraud”. Capital Market Law article 107 regulates these two main manipulation schemes in different sections as well. First section of the article 107 is about “manipulative trading practices fraud”(sec. 107(1)) and the second section is about the “information-based manipulation fraud” (sec. 107(2)).

Keywords: Capital Market Law, Market Manipulation Fraud, Manipulation Fraud

GİRİŞ

Bu makale, Türk hukukunda piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon)² suçu hakkındaki yasal düzenleme olan 6362 sayılı SerPK m. 107 ve onun ile yakından ilişkili bazı SerPK hükümleri yanında bu hükümlerle ilgili Tebliğ düzenlemelerini ele almaktadır.³

Manipülasyon suçu, işlem bazlı (işleme dayalı) piyasa dolandırıcılığı ve bilgi bazlı (bilgiye dayalı) piyasa dolandırıcılığı olmak üzere iki temel farklı kategoriye ayrılmaktadır.

6362 sayılı SerPK m. 107, belirtilen bu her iki temel manipülasyon suçu görünümü iki farklı fıkra ile düzenlemiştir. SerPK m. 107(1), işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ile ilgili iken SerPK m. 107(2) ise bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığını düzenlemektedir.

I. KAVRAM OLARAK MANİPÜLASYON SUÇU

A. Manipülasyonun Kelime Olarak Anlamı

Manipülasyon kelime olarak, Fransızca kökenli bir terim olup, “yönlendirme”, “seçme, ekleme ve çıkarma yoluyla bilgileri değiştirme”, “varlıkları yapıcı, açıklayıcı ve yararlı bir biçimde kullanma” anlamlarına

2 Çalışmamızda, SerPK’da manipülasyon suçu için SerPK’da kullanılan “piyasa dolandırıcılığı” yerine manipülasyon terimi tercihen kullanılmıştır. Bunun nedenleri olarak, manipülasyonun yerleşik kullanılan kavram olması, yurtdışındaki düzenlemelerde kullanılan terim olması ve SerPK’nın İngilizce çevirisinde de SerPK m. 107’nin başlığı olarak “Manipulation” ifadesinin kullanılmış olması belirtilebilecektir.

3 Çalışmamızda, manipülasyon suçu ile ilişkili SerPK hükümleri ve SPK tarafından çıkarılan Tebliğ düzenlemeleri, SerPK m. 107 ile ilişkileri nispetinde ele alınacaktır.



gelmektedir.⁴ Manipülasyon teriminin Türkçe’de karşılığı olarak Türk Dil Kurumu (TDK) tarafından kullanılan ifade ise “yönlendirme”dir.⁵ Burada kullanılan yönlendirme ifadesi, manipülasyonun yanıltma şeklindeki olumsuz anlamını ortaya koymaması nedeniyle hukuki bakımdan yetersiz görülmektedir.⁶ Manipülasyon yapan kişilere uygulamada verilen isim olan “manipülatör” teriminin Türkçe karşılığı olarak TDK tarafından “yönlendirici” ifadesi belirlenmiştir.⁷

B. Sermaye Piyasası Suçu Olarak Manipülasyon

Çalışmamızda manipülasyon kavramı bakımından önemli olan husus, manipülasyonun kelime anlamından ziyade onun bir suç olarak, sermaye piyasası hukuku ve finansal piyasalara ilişkin düzenlemeler bakımından nasıl ele alınmış olduğudur.

Öncelikle belirtecek olursak, manipülasyonun sermaye piyasası hukuku anlamında yeknesak bir tanımı yapılamamıştır.⁸ Hukuki bakımdan yapılan manipülasyon için yapılan genel tanımlamaların ise manipülasyonun suç olma vasfını da vurgulaması gereklidir.

Manipülasyon, en basit tanımlama ile hisse/sermaye piyasası aracı fiyatlarının, “trader” olarak tabir edilebilecek piyasa oyuncuları tarafından, kendilerine kazanç sağlayacak şekilde yönlendirilmesini amaçlayan alım-satım şekilleri⁹ olarak ifade edilebilecektir.

Manipülasyon suçu için sermaye piyasası hukuku bakımından kaynak ülke konumundaki ABD hukukunda¹⁰ genel olarak “market manipulation”

-
- 4 SAKİN, S. , Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, **International Journal of Legal Process**, Cilt 2 , Sayı 1 (2016), s. 31-77.
 - 5 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.598c53664bc4a0.42068810.
 - 6 MANAVGAT, Ç. , **Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları**, Ankara, 2008, s. 7; SAKİN, s. 38; ŞENSOY, D. , Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2013/3, s. 378.
 - 7 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59b1699a643cb5.55735934.
 - 8 GOLDWASSER, V. , **Stock Market Manipulation and Short Selling**, Melbourne, 2009, s. 99-100; ŞENSOY, s. 378.
 - 9 ÖZCAN, R. , Hisse Senedi Piyasalarında Manipülasyon Stratejileri, **İMKB Dergisi**, Yıl: 13, S. 49, s. 20 vd.
 - 10 ABD hukukunda menkul kıymetler alanındaki hem eyalet hem de federal düzeyde düzenleme yapılmıştır. ABD’de menkul kıymetler ile ilgili federal kanunlardan en önemlileri, menkul kıymetlerin ilk halka arzları, kamuyu aydınlatma ve menkul kıymet suçlarını önleyici düzenlemeler içeren Securities Act of 1933 (SA) ve halihazırda ihraç edilmiş menkul kıymetler ve onların ticareti ve yatırımcıların dönemsel bilgilendirmeleri ile ilgili düzenlemeler getiren Securities Exchange Act of 1934 (SEA) olarak belirtilebilecektir.



terimi kullanılmaktadır. Amerikan hukuku bakımından manipülasyon suçunun Federal Kanunlarda açık bir tanımı yapılmamıştır. ABD hukukunda sermaye piyasalarında manipülasyon suçu bakımından öne çıkan Federal Kanuni düzenlemeler olarak, SEA sec. 9(a)¹¹(1), (2) (işleme dayanan manipülasyon / *manipulative trading practices*), SEA sec. 9(a)(3)-(5) (bilgiye dayanan manipülasyon/*information-based manipulative schemes*) ve SEA sec. 10(b) belirtilebilecektir.

Burada belirtilmesi gerekli diğer önemli düzenleme ise SEA sec. 10(b) kapsamındaki yetkilendirme ile ABD Sermaye Piyasası Kurulu (U.S. Securities and Exchange Commission-SEC) tarafından çıkarılan “*rule-regulation 10b-5*”tir.¹²

Black’s Law Dictionary’de manipülasyon (“*market manipulation*” veya “*stock manipulation*”), aktif ticari uygulamalarla hukuka aykırı şekilde bir menkul kıymetin fiyatını arttırma veya azaltması olarak tanımlanmış ve SEA sec. 10(b) ile bunun yasaklanmış olduğu belirtilmiştir.¹³ Burada, manipülasyon tanımı bakımından SEA sec. 10(b)’nin esas alınmasının nedeni, uygulamada manipülasyon soruşturamaların, esnek hükümler içeren¹⁴ SEA sec. 10(b) ve “*rule-regulation 10b-5*” çerçevesinde yapılmasıdır.

Manipülasyon, SEC tarafından ise, bir menkul kıymetin piyasasını kasıtlı/bilinçli bir davranışla, tasarlayarak, yatırımcıları dolandırmak üzere, menkul kıymetlerin fiyatlarını kontrol etmek veya yapay olarak etkilemek olarak tanımlanmıştır. SEC ayrıca manipülasyonun bir payın arzını veya talebi üzerinde etkili çok sayıda teknik ile gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir. SEC tarafından burada belirtilen örnek teknikler şunlardır: Bir şirket hakkında yanlış veya yanıltıcı bilgi yayılması, hukuka aykırı şekilde halka açık/piyasadaki fiili pay oranının sınırlanması, danışıklı olarak yapılan işlemlerle fiyat oluşturma, paya ilişkin yanlış veya hileli

ABD’de menkul kıymetler ile ilgili en önemli federal Kanuni düzenlemeler olan SA ve Securities SEA’da ise manipülasyonun tanımı yapılmamıştır.

11 SEA sec. 9(a)/15 U.S.C. § 78i’ nin madde başlığı, “menkul kıymet fiyatlarında manipülasyonun yasaklanması”dır. SEA sec. 9 ile çeşitli manipülasyon türlerine (*wash sales, matched orders gibi*) yönelik düzenleme yapılmıştır, (GOLDWASSER, s. 80). SEA sec. 15(c) ve (rule 15c 1-2), ise tezgah-üstü (*over-the-counter*) marketlerdeki manipülasyonlar ile ilgili düzenleme yapmaktadır.

12 GOLDWASSER, s. 89; https://www.law.cornell.edu/wex/securities_exchange_act_of_1934.

13 GARNER, B. A., **Black’s Law Dictionary**, St. Paul Minnesota, 2009, s. 1048.

14 SEA sec. 9’un menkul kıymetlerin fiyatları ile ilgili manipülasyon düzenlemelerinin “başkalarını o menkul kıymeti alma-satmaya teşvik etme amacı” veya “yanlış veya aldatıcı piyasa aktiviteleri ortaya çıkarma amacı” şeklinde özel bir kastın varlığını araması ve SEA sec. 9(a)’nın bütün manipülasyon yöntemlerini kapsamadığının görülmesi üzerine SEA sec. 10(b)/15 U.S.C. § 78j(b) (yapay işlemler) yasalaştırılarak bu alanda düzenleme yapma yetkisi verilmiştir.



talep tablosu ortaya koyulması. SEC burada manipülasyona girişen kişiler için çeşitli hukuk ve ceza davaları açılacağı da ifade edilmektedir.¹⁵

ABD hukukunda, manipülasyonun tanımlanması hususu, çeşitli mahkeme kararlarında da ele alınmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi (U.S. Supreme Court), 1977 senesindeki Santa Fe Industries v. Green (1977) davasında, piyasa manipülasyonunu, yatırımcıları, yanlış yönlendirmeyi amaçlayan, “wash sales”, “matched orders”, “rigged prices”¹⁶ işlemlerine benzer şekilde, yapay olarak piyasayı etkileyen işlemler olarak tanımlamıştır¹⁷. Bir diğer mahkeme kararında ise manipülasyon türlerinin, insan hayal gücü ve hilekarlığı ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir.¹⁸

Avrupa Birliği hukukunda manipülasyon suçu, “market abuse” (piyasa istismarı/piyasanın kötüye kullanılması) terimi ile ifade edilmektedir. Avrupa Birliği hukuku bakımından manipülasyon, öncü düzenleme 2003/6/EC sayılı Direktif’tir (market abuse directive-MAD).¹⁹ Piyasa istismarına ilişkin direktif, içerden öğrenenlerin ticareti ve manipülasyon suçunu beraber düzenlemiştir²⁰.

MAD’ın gelişen manipülasyon uygulamaları karşısında güncelliğini yitirmesi nedeniyle 2014 senesinde yeni manipülasyon düzenlemeleri olarak “market abuse regulation-MAR” (regulation 596/2014)²¹ ve 2014/57/EU sayılı “criminal sanctions for market abuse directive-CSMAD” yayımlanmıştır. Belirtilen bu yeni düzenlemelerin AB hukuku bakımından yürürlük (uygulanabilir olma) tarihi olarak 03.07.2016 (MAD art. 37²²; ayrıca bkz. CSMAD art. 13,14)) belirlenmiştir. Bu

15 <https://www.sec.gov/fast-answers/answerstmanipulhtm.html>.

16 Bu manipülasyon kalıpları/örnekleri ile ilgili açıklama, aşağıda işleme dayalı manipülasyon kalıpları başlığında yapılmıştır.

17 LIN, T. C. W. ,The New Market Manipulation, **Emory Law Journal**, Vol. 66 (2017), s. 1280.

18 ABD’de Commodity Exchange Act ile ilgili olan Cargil Inc. v. Hardin davasında, manipülasyonun klasik tanımı şu şekilde yapılmıştır: Özellikle herhangi bir eylem, plan veya hile ile kasten bir finansal varlığın fiyatını etkilemek ve fiyatın bu türden bir müdahale olmasaydı hasıl olacağı fiyattan farklı bir fiyata getirilmesi olarak tanımlanmıştır. ABD’de 1971 senesinde alınan bu karar ile ilgili olarak bkz. <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/452/1154/174683/>.

19 MAD (2003/6/EC sayılı Direktif) 28.01.2003 tarihinde yayımlanmıştır. Bu düzenleme ile içeriden öğrenenlerin ticareti (insider trading) konusundaki 13.11.1989 tarih ve 89/592/EEC sayılı düzenleme yürürlükten kaldırılmış ve içeriden öğrenenlerin ticareti de manipülasyon ile aynı düzenlemenin kapsamına dahil edilmiştir.

20 Bu direktif bakımından manipülasyon ilgili düzenlemeler ile ilgili olarak bkz. ŞENSOY, s. 383; SPK Yayını, s. 2.

21 Düzenleme metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex3%A32014R0596>.

22 Bu madde ile 03.07.2016 tarihi itibarıyla MAD’ın yürürlükten kalkacağı ve ona yapılan atıfların bu düzenlemeye yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir.



düzenlemelerin 2016 senesi ortasına kadar AB ülkelerinin iç hukukuna aktarılması öngörülmüştür²³.

“*Market manipulation*” başlıklı MAR art. 12 (karş. MAD art. 1(2)²⁴) ile manipülasyon türleri örnekler²⁵ üzerinden düzenlenmiş ve manipülasyon MAR art. 15 ile yasaklanmıştır. MAR art. 16 ile ise manipülasyonun önlenmesi ve tespiti ile ilgili düzenleme yapılmıştır. MAR Annex I’de ise MAR art. 12(1)(a) ve (b)’deki manipülasyon halleri için indikatör olarak kabul edilen haller sayılmıştır²⁶. “*Market manipulation*” başlıklı CSMAD²⁷ art. 5²⁸ ile de manipülasyon kasten (art. 1(1)) işlenebilecek bir suç olarak, kapsamına dahil işlem ve bilgi bazlı manipülasyon türleri üzerinden düzenlenmiştir. Özellikle, CSMAD art. 6-8 ile manipülasyon için cezaların nasıl düzenleneceğine ve art. 10 ile de yargılamanın usulüne ilişkin düzenleme yapılmıştır. CSMAD art. 7 ile üye ülkelerce manipülasyon suçu için en az 4 yıllık hapis cezası düzenlenmesi öngörülmüştür. CSMAD art. 8 ile tüzel kişiliklerin cezalandırılması hususu düzenlenmiştir.

Manipülasyon suçu, birbirinden çok farklı yöntemlerin kullanılması (kalıplar) ile işlenebilecek bir suçtur. Bu kalıplardan bazılarını içerecek şekilde yapılan bir tanımlamada manipülasyon, “yapay işleme pazarı etkilemek, akılcı veya hileli yollardan hisse senedi fiyatlarını

23 2014/57/EU sayılı Direktif metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0057>.

24 MAD art. 1(2) ile üç tür manipülasyon tanımlanmıştı: Sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini yanlış veya yanıltıcı şekilde etkileyen/etkileyebilecek ya da sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının yapay veya anormal şekilde oluşmasını amaçlayan emir veya işlemler; ilk grupta yer alan manipülasyon fiilleri dışındaki yanıltıcı ve hileli olgulara dayanan emir ve işlemler; sermaye piyasası araçlarıyla ilgili yanlış veya yanıltıcı bir etki yaratan/yaratabilecek nitelikteki bilgiler yayılması. Mülga Direktifte belirtilen 3 farklı kategorideki manipülasyon oluşturan fiillerin sonucusu bilgi bazlı manipülasyon bunun dışındakiler ise işlem bazlı manipülasyon suçu kapsamında kalmaktadır.

Bu yeni düzenlemeler ile AB kapsamında düzenlemelerin (manipülasyon ve *insider trading*) yeknesaklaşması ve gösterge manipülasyonu gibi manipülasyon türleri ile etkin mücadele edilmesi hedeflenmektedir. MAR, üye ülke hukukları bakımından doğrudan uygulanabilecek nitelikteyken, CSMAD ise her üye ülke hukukunda yasalastırılması gerekli bir düzenlemedir.

25 MAR art. 12(1)(a) (MAD art. 1(2)(a)); MAR art. 12(1)(b) (MAD art. 1(2)(b)); MAR art. 12(1)(c) (MAD art. 1(2)(c)).

26 MAD’deki manipülasyon düzenlemesini genişleten MAR düzenlemeleri ile ilgili olarak bkz. ESMA Final Report- ESMA/2015/224: **ESMA’s technical advice on possible delegated acts concerning the Market Abuse Regulation**, (03.02.2015), s. 7 vd. ; <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-224.pdf>.

27 CSMAD ile cezai yaptırımlar bakımından üye ülkeler için uyulması gerekli asgari standartlar düzenlenmiştir (CSMAD art. 1).

28 CSMAD art. 5’in uygulama kapsamı bakımından CSMAD art. 1(4) hükmü göz önünde bulundurulmalıdır.



kontrol etmek, yıkama satış yöntemi veya uydurma emirlerle menkul değerlerin fiyatlarının artmasına ya da düşmesine sebep olmak, ajiotaj (manipülasyon), borsada hile, alım-satım yaparak piyasanın daha canlı görünmesini sağlayarak fiyatları etkilemek, piyasa canlılığı havasını yaratmak, diğerlerini ticarete teşvik etmek ve piyasayı etkilemek amacıyla yapay olarak menkul kıymet alım ve satımı yapmak” olarak tanımlanmıştır²⁹.

Bir diğer tanımda manipülasyon, sermaye piyasalarında alım satıma konu finansal varlıkların fiyat oluşumuna gerçek ve kabul edilebilir bir nedene dayanmaksızın etkide bulunulması, manipülatörün kendi amaç ve istekleri doğrultusunda menfaat sağlamak ve diğer yatırımcıların yanlış yönlendirilmesi amaçlarını içeren davranış ve işlemler bütünü olarak tanımlanmıştır.³⁰

Belirtilen tanımlar ve manipülasyon kavramına ilişkin yapılan diğer açıklamalar³¹ ışığında³² manipülasyonun veya çalışmamız anlamında manipülasyon suçunun genel³³ tanımı bakımından dört temel unsurun varlığından bahsedilebilecektir: Piyasadaki diğer yatırımcılara yönelik manipülatif (yanıltma amaçlı) aktif veya ihmali fiil/davranış; manipülasyon yapma kastı; bir sermaye piyasası aracı için manipülasyon yapanın ve/veya onunla beraber hareket edenlerin menfaatine/ yararına

29 EVİK, A. H., **Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma -Manipülasyon Suçları**, Ankara, 2004, s. 76 vd. ; SAKİN, s. 38. Burada, “menkul kıymet piyasalarında işlem gören hisse senetlerine ilişkin, bilinçli olarak yönlendirici bir izlenim uyandırma (borsalarda yatırımcıların kararlarını etkileyecek şekilde yanlış, yanıltıcı veya yetersiz öngörü ve açıklamalarda bulunmak suretiyle hisse senedi fiyatlarının yönünü değiştirmek) veya yanıltıcı piyasa yaratmak amacıyla yapılan (yapay yollarla menkul kıymet piyasa fiyatlarının yükselmesi, düşürülmesi veya belirli bir seviyede tutulmasına yönelik) tüm işlemler” manipülasyon kavramı kapsamında dahil olduğu belirtilmektedir, (EVİK, s. 77, SAKİN, s. 38-39).

30 CHAMBERS, N. , Sermaye Piyasalarında Manipülasyon ve İMKB'deki Örnekleri, **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, S. 24(2004), s. 63.

31 SPK tarafından belirli tanımlamalar ışığında manipülasyon, insanları kandırarak bir menkul kıymeti almaya veya satmaya sevk etmeye veya menkul kıymetin fiyatını yapay bir seviyede tutmaya yönelik davranışlar olarak ifade edilmektedir. SPK'ya göre menkul kıymet piyasalarında arz ve talebin serbest bir şekilde karşı karşıya gelerek fiyatları belirlemesine yönelik sürecin kasıtlı olarak engellenmesi şeklinde yapılan tanımlara göre manipülatif eylemler genel olarak şunlardır: (1) arz ve talebin serbest bir şekilde etkileşimini engelleyerek fiyat mekanizmalarına müdahalede bulunmak, (2) insanları kandırarak bir menkul kıymette işlem yapmaya sevk etmek, (3) menkul kıymet fiyatını yapay bir seviyede tutmak, maksadıyla tasarlanan eylemler manipülatif olarak kabul edilmektedir, (SPK Yayını, s. 2).

32 MANAVGAT, s. 8; SAKİN, s. 39-40. CHAMBERS, s. 62-72.; ŞENSOY, s. 378.

33 Çalışmamızın bu kısmında, “genel” olarak, SerPK veya diğer ülke Kanunlarındaki düzenlemelerden bağılı olmaksızın manipülasyon ve ona bağılı olarak manipülasyon suçu için bir temel kavramsal çerçeveye ele alınmaktadır.



olabilecek şekilde oluşturulan yapay (doğal ortamda oluşmayan) fiyat. Buradaki menfaatin niteliği, malvarlığı eksilmesinin önlenmesi veya doğrudan malvarlığı artışı sağlanması da olabilecektir. Manipülasyon suçu ile menfaatin fiilen elde edilmiş olması, her zaman suçun varlığı bakımından aranan bir unsur olmayabilecektir. Bazı hallerde, suçta esas alınan davranış veya fiilin bu sonucu doğurabilecek nitelikte olması da suçun oluşması bakımından yeterli görülebilecektir.

Belirttiğimiz temel unsurlar ışığında genel olarak manipülasyon suçunu, bir sermaye piyasası aracının serbest piyasadaki doğal fiyat oluşumunun, kendisinin veya bir başkasının menfaatine olacak/olabilecek şekilde yapay fiyat oluşturma düşüncesi (kastı) ile doğrudan ve/veya dolaylı etki edecek nitelikte bilgi-haber yayma, kamuya açıklanması gerekli bilgileri gizleme, alım ve/veya satım yapmak, başkalarının alım/satımının yapılmasına neden olmak veya bunlara benzer³⁴ nitelikteki fiil ve davranışlar ile engel olunarak yapay fiyat oluşturulması olarak tanımlayabiliriz. Kanımızca, manipülasyonun belirli işlem kalıpları ile sınırlanarak tanımlanması, günümüz teknolojik gelişmeleri göz önünde alındığında manipülasyon suçunun etkisiz bir düzenleme haline getirebilecektir. Hatta manipülasyon suçu, suç ve cezanın kanuniliği ilkesinin zedelemeyecek düzeyde esneklik sağlamak üzere Kanunen tanımlanmamalı ve Kanunen suçun temel unsurlarının belirlenmesi yöntemi izlenmelidir. Burada suçun cezalandırılmasında etkinlik için sağlanan bu esnekliğin sınırı ise mutlaka konulmalıdır³⁵.

C. Manipülasyon ve Spekülasyon Kavramlarının Farkı

Manipülasyon ile spekülatif işlemler birbirinden farklıdır. Hukuka aykırı olan manipülasyon işlemleri ile spekülatif işlemler arasındaki çizgiyi belirlemek oldukça zorluk içermekte ve hatta hukuken günümüzde bu sınırın çizilemeyeceği dahi iddia edilmektedir³⁶. Spekülasyon, Fransızca kökenli bir sözcük olup TDK tarafından Türkçe karşılığı “vurgunculuk” ve “saptırma” olarak belirlenmiştir. Spekülasyon işlemini gerçekleştiren

34 Manipülasyon ile diğer yatırımcıların ilgili sermaye piyasası aracı ile ilgili doğal karar alma süreçleri bozulmakta veya buna neden olabilecek nitelikte fiil veya davranışta bulunmaktadır. Daha açık bir ifadeyle manipülasyon ile diğer yatırımcıların düşünceleri ve kararları, etkilenmekte, yeni düşünce oluşturulmakta, var olan düşünce kuvvetlendirmekte, var olan düşüncenin bir başka şekilde değiştirmesine neden olunmakta veya bu sonuçları doğurabilecek nitelikte işlem ve davranışlar olarak gerçekleştirilmektedir.

35 GOLDWASSER, s. 101.

36 SÖDERSTRÖM, R. , **Regulating Market Manipulation an Approach to Designing Regulatory Principles** Uppsala Faculty of Law Working Paper 2011:1, s. 31; <http://uu.diva-portal.org>.



kişiler, spekülör olarak adlandırılır. Spekülör kelimesinin Türkçe karşılığı ise TDK tarafından “vurguncu” olarak tespit edilmiştir³⁷.

Spekülatif işlemler, spekülörlerin manipülasyonda görülüşü gibi aldatıcı/yanıltıcı yöntemlere başvurulmaksızın veya bir diğere ifadeyle yapay yollarla sermaye piyasası araçlarının değeri/fiyatını etkilemeye yol açılmaksızın, yalnızca kendisinin elindeki ve kamuya açık kaynaklardan elde edilen bilgi ve/veya duyumlara dayanılarak, doğal fiyatlamalar üzerinden kazanç elde etmeye yönelik işlemler yapmasıdır³⁸.

Spekülörler bir malı mevsiminde bol ve ucuz olduğuz zamanda almakta, kıt ve pahalı olduğuz zamanda satmakta, böylelikle o malın mevsiminde aşırı derecede düşmesine, mevsim dışında piyasada az olduğuz zamanlarda da aşırı derece artmasına engel olmaktadırlar. Spekülasyonun belirtilen olumlu etkilerinin söz konusu olabilmesi piyasadaki spekülör sayısının fazlalığına bağlıdır³⁹.

Kanımızca, spekülörler, kamuya açık bilgileri⁴⁰ kendi bilgi ve tecrübelerine göre değerlendirerek, ellerindeki güçlü portföy imkanları ile ilgili sermaye piyasası aracında, kendisinin menfaatine olacak şekilde hareket başlatan, var olan hareketi hızlandıran veya ona hacim kazandıran kişilerdir. Bir diğere ifadeyle spekülörler, sermaye piyasasının “hareketlendirici” olarak işlev gören aktörleridir. Buradan hareketle spekülasyonu, bir sermaye piyasası aracının fiyatında, doğal piyasa şartları içerisinde ve manipülasyon suçu oluşturmayacak şekilde ciddi etkiyi haiz işlemler yapılması olarak tanımlayabiliriz. Spekülasyon veya bir diğere ifadeyle spekülatif işlemler, sermaye piyasasında yarattıkları algı nedeniyle dolaylı olarak diğere yatırımcıları da yönlendirici etkiyi haiz işlemlerdir.

Sermaye piyasasının ve ekonominin kendi dinamikleri içerisinde meşru olmayan müdahalelerden korunarak gelişmesi ve buradaki arz talep oluşumunun “gerçek” olması temel bir unsurdur. Spekülörler, hukuka aykırı yapay/suni yol ve yöntemler ile sermaye piyasası araçlarının değeri/fiyatlarda etkilemeye yol açmadıklarından, bir nevi doğal fiyat oluşumuna da hizmet etmektedirler⁴¹.

37 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59b168f1ecfc31.37177054; http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59b168f7b21048.04576653.

38 EVİK, s. 83-84; <http://www.dailymirror.lk/66997/stock-market-speculation-manipulation-and-regulation-what-is-your-stand-point>.

39 EVİK, s. 83-84.

40 Sermaye piyasasında çoğuz somut olayda, SerPK m. 106 ile düzenlenen “Bilgi suistimali/içeriden öğrenenlerin ticareti suçu” ile SerPK m. 107’deki “piyasa dolandırıcılığı/manipülasyon suçu” birlikte işlenebilmektedir.

41 SAKİN, s. 39.



Günümüz teknolojik gelişmeleri ve bilgi toplumu çağında, manipülatif ve spekülatif işlemleri ayırt etmek zorluk içermektedir⁴². Özellikle, internet üzerinden işleyen sosyal iletişim platformları/programları, hukuka aykırı şekilde elde edilen ve sermaye piyasasındaki fırsat eşitliğini ihlal edecek nitelikteki bir veri veya bilginin, izi sürülemeyecek şekilde hızla yayılmasına imkan vermektedir. Günümüzde özellikle belirtilen bu son durum ve benzeri hallerde, ilgili sermaye piyasası işlemlerinin hangisinin yapay fiyat oluşumu ve manipülasyon hangisinin ise doğal fiyat oluşumu ve spekülatif işlem olduğunu ayırt etmek her zaman mümkün değildir.

D. Manipülasyonun Yasaklanmasının Nedenleri

Manipülasyon, piyasalarda arzı etkileyebildiği gibi talep üzerinde de olumsuz etkilere sahip olabilmektedir⁴³. Manipülatif davranışlarla piyasalar kötüye kullanılmakta ve arz ve talebe bağlı olarak gerçek fiyatın serbest piyasa şartlarında oluşması önlenmektedir. Manipülasyon suçunun yasaklanmasının temelinde, manipülasyonlarla finansal piyasalarda meydana gelen ve piyasaların ekonomik gerçekleriyle bağdaşmayan aşırı dalgalanmalar arasında bağ olduğuna olan inanç yatmaktadır⁴⁴.

Manipülasyon, sermaye piyasasından finans sağlamayı amaçlayan şirketlerin kendilerini finanse etme maliyetlerini arttırmakta, piyasaların dürüstlüğüne ve halkan piyasalara duyduğu güvene de zarar vererek yatırımcıların bu piyasalara katılımını güçleştirmektedir⁴⁵. Belirtilen bu hallerin genel doğal sonucu ise sermaye piyasasının gelişmesi ve büyümesi yavaşlaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Yatırımcılar, hisse/pay alım-satımı esnasında aldatılma riskini göz önünde bulundurmakta ve piyasalara daha çok güven besleyen bireylerin portföylerinin daha büyük bir kısmını hisse senedi piyasalarında yatırıma dönüştürmektedir⁴⁶.

Sonuç olarak manipülasyon, sermaye piyasalarındaki adil rekabetçi ortamda işleyişi ve fiyat oluşumunun önüne geçerek, sermaye piyasasındaki temel unsurlar olan güveni, şeffaflığı (açıklık), istikrarı

42 SAKİN, s. 39; EVİK, s. 43.

43 ÖZCAN, s. 22.

44 Sermaye Piyasası Kurulu, **Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, Kullanılan Yöntem Örnekleri Manipülatif İşlem Kalıbı Örnekleri Korunma Yolları**, Ankara , Aralık 2003, s. 1 vd. ("SPK Yayını").

45 SPK Yayını, s. 3 vd.

46 ÖZCAN, s. 22.



ve serbest ortamda fiyat oluşumunun sağlanmasını engelleyen bir etkidir. Bu nedenle yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için manipülasyon Kanunu⁴⁷ yasaklanarak müeyyideye bağlanmıştır.

II. SERMAYE PİYASASI KANUNU BAKIMINDAN MANİPÜLASYON SUÇUNUN DÜZENLENİŞİ

A. Cezai Hükümlerin Genel Olarak Düzenlenişi

6362 Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK)⁴⁸ hukuka aykırı sermaye piyasası faaliyetlerini iki ayrı kategoride cezalandıracak şekilde düzenleme yapmıştır. Bu kategorilerden ilki Kanunda açıkça zikredilmemekle birlikte “idari para cezası gerektiren fiiller ve sermaye piyasası suçları” başlıklı altıncı kısımda (SerPK m. 103-116) idari para cezası (İPC) gerektiren fiiller (SerPK m. 103-106) olarak düzenlenen, kabahatlerdir. Daha açık bir ifadeyle, SerPK m. 103-106 ile düzenlenen ve İPC müeyyidesine bağlanmış fiiller, ceza hukuku terminolojisinde kabahat⁴⁹ niteliğindedir.

Sermaye piyasası kanunu bakımından hukuka aykırı faaliyetler ile ilgili müeyyide içeren hükümlerin ikinci kategorisini ise özellikle SerPK m. 116-106 ile düzenlenen sermaye piyasası suçları oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle, SerPK m. 106-116 arasındaki fiiller, birer suç niteliğindedir.

6362 sayılı SerPK’da düzenlenen suçlara dair hükümler, cezanın ağırlığına bakılmaksızın, SerPK’deki cezaların daha hafif olması halinde dahi her zaman Türk Ceza Kanunu’ndaki (TCK)⁵⁰ hükümlere göre özel norm olarak öncelikle uygulanacaktır⁵¹.

47 6362 sayılı SerPK m. 1’e göre Kanunun amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir.

48 6362 sayılı SerPK, 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

49 5237 sayılı TCK ile kabahatler suç olarak tanımlanmayan, genel olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile düzenlenen ve idari para cezası (IPC) ve idari tedbirler (Kabahatler Kanunu m. 16) ile cezalandırılan fiillerdir. Kabahatler Kanunu m.2 gereğince “Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır”. Suç ve kabahat arasındaki haksızlık olmaları bakımından değil nicelik farkı bulunmakta ve buna göre de iki için öngörülen ceza ve yaptırımlar farklılaşmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. MAHMUTOĞLU, F. S. , Suç - Kabahat Ayırımı – İdari Ceza Hukukunun Temelleri, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2009, s. 27 vd.

50 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu-TCK, 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

51 Bkz. DURSUN, S. , 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Suçlar ve Kabahatler Hakkındaki Yenilikler, 6362 sayılı sermaye piyasası kanununun getirdiği yenilikler ve uygulamasının değerlendirilmesi sempozyumu-2 Mayıs 2013, İstanbul; <http://www.selmandursun.com/?p=118>.



B. İşlem Bazlı Manipülasyon/ Piyasa Dolandırıcılığı Düzenlemesi

1. Genel Olarak Manipülasyon Suçunun İçeriği Bakımından Yapılan Bilgi Bazlı ve İşlem Bazlı Manipülasyon Ayrımı

Manipülasyon içeriği itibariyle bilgi bazlı ve işlem bazlı olmak üzere iki ana türe veya kategoriye ayrılmaktadır.

Bilgi bazlı manipülasyon genel olarak, yatırım yapılacak sermaye piyasası aracı ile ilgili yanlış ve yanıltıcı bilgiler verilmek suretiyle, gerçek dışı bir takım söylentiler çıkarılarak ya da açıklanması gerekli bilgilerin açıklanmaması şeklinde gerçekleştirilmektedir. Bilgi gizlenmesi veyahut gerçeğe aykırı yönlendirici bilgi açıklanması ile ilgili menkul kıymet bakımından yapay fiyat oluşumu ortaya çıkarılmaktadır. Bilgi bazlı manipülasyon, yatırımcılara hızlı ve düzenli şekilde bilgi açıklaması yapılması konusundaki etkinliğin sağlanamadığı piyasalarda daha sık görülebilir bir yapıdadır.

İşlem bazlı manipülasyon genel olarak, sermaye piyasasında işlem yapan kişilerin sermaye piyasası aracının fiyatını etkilemek ve yapay fiyat oluşumunu sağlamak şeklindeki asıl niyetleri gizleyerek, o araç ile ilgili alım ve/veya satım işlemi gerçekleştirilmesi veya başkaları tarafından bunun yapılmasının sağlanması şeklinde gerçekleştirilmektedir. İşlem bazlı manipülasyon ile yapay piyasada yapay fiyat oluşumu sağlanmış olmaktadır. Bu manipülasyon türü bakımından da yatırımcının yeterince ve etkin bilgilendirilmesinin veya bir diğer ifadeyle kamunun aydınlatılmasının yapılan düzenleme ve denetimlerle etkin şekilde sağlanması önem arz etmektedir. Kamuyu aydınlatma ve denetim bakımından etkili şekilde işleyen sermaye piyasalarında, ağırlıklı görülen manipülasyon türünün bilgi bazlı manipülasyon yerine işlem bazlı manipülasyon olması beklenmelidir.

Günümüzde özellikle bilişim ve iletişim alanındaki teknolojik gelişmeler ve hızla artan sosyal medya kullanımı nedeniyle sermaye piyasalarındaki manipülasyonun tespiti ve önlenmesi her geçen gün güçleşmektedir.

2. Sermaye Piyasası Kanundaki Hükümler ve Değerlendirilmesi

a) Genel Olarak

Küresel sermaye piyasalarında manipülasyon suçuna ilişkin yasaklayıcı düzenlemelere benzer olarak Türk hukuku bakımından da manipülasyon yapan kişilere karşı hem parasal hem de hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülmüştür.



Mülga 2499 sayılı SerPK döneminde manipülasyon suçu, SerPK m. 47/I.A-2 (işlem bazlı manipülasyon) ve 47/I.A-3 (bilgi bazlı manipülasyon) olarak düzenlenmiş idi⁵². 2499 sayılı SerPK m. 47/I.A son bendine göre manipülasyon fiilleri, SerPK m. 47/I.A'nın her bir alt bent kapsamına giren fiillerden olmaları nedeniyle, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmaktaydı.

6362 sayılı SerPK bakımından manipülasyon suçuna ilişkin ana düzenleme, SerPK m. 107 ile yapılmıştır. Manipülasyon suçu, SerPK m. 107'de piyasa dolandırıcılığı olarak ifade edilmiş ve mülga SerPK'dan farklı olarak diğer sermaye piyasası suçlarından ayrı olarak bağımsız bir Kanun maddesinde düzenlenmiştir. SerPK m. 107(1)'de işlem bazlı manipülasyon, SerPK m. 107(2)'de ise bilgi bazlı manipülasyona ilişkin düzenleme yapılmıştır. SerPK m. 107(3)'te ayrıca işlem bazlı manipülasyon suçuna özel etkin pişmanlık düzenlemesi de yapılmıştır. Manipülasyon suçunun her iki türü ile ilişkili diğer SerPK hükümleri olarak SerPK m. 101, 102, 104, 108, 114 belirtilebilecektir.

6362 sayılı Kanun bakımından SerPK'da düzenlenen suçlara dair hükümler, öngörülen cezanın diğer Kanunlardaki hükümlerdeki cezai hükümlere göre ağır veya hafif olup olmadığına bakılmaksızın her halükarda, özel norm olarak öncelikle uygulanacaktır⁵³.

Manipülasyon suçu ile ilişkili olarak değerlendirilebilecek SPK Tebliği ise şunlardır: Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği (V-101.1)⁵⁴; Bilgi Suistimali veya Piyasa Dolandırıcılığı Suçları Hakkında Bildirim Yükümlülüğü Tebliği (V-102.1)⁵⁵ ve Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği (VI-104.1)⁵⁶.

52 Mülga SerPK m.47/I.A,B ve C bentlerinde birden fazla suç aynı madde içinde tanımlanmış olmakla birlikte bu suçlar için ortak ceza düzenlemesi yapılmış idi. 6362 sayılı Kanun ise SerPK kapsamındaki suçları ayrı maddeler içinde ve suç tipleri başlıklarda isimlendirilmek suretiyle düzenlemiştir.

53 Mülga SerPK m. 47'deki "Diğer kanunlara göre daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde" ifadesi nedeniyle SerPK'daki suç ve cezalar, cezanın ağırlığına nispeten tali, ikincil norm niteliğindedir. SerPK'daki cezai hükümlerin her halde özel hüküm olarak öncelikli uygulanmaması nedeniyle, SerPK'da suç olarak tanımlanan fiiller, TCK veya bir diğer kanunda daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturması halinde, öncelikle ve sadece o daha ağır cezayı gerektiren hüküm ile cezalandırılmaktaydı.

54 21.01.2014 tarih ve 28889 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

55 V-102.1 sayılı "Bilgi Suistimali veya Piyasa Dolandırıcılığı Suçları Hakkında Bildirim Yükümlülüğü Tebliği" (Bildirim Yükümlülüğü Tebliği).

56 21.01.2014 tarihli ve 28889 sayılı RG'de yayımlanan VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği.



b) İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığına İlişkin SerPK m. 107(1) Düzenlemesi

aa. Hüküm

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığını (manipülasyon) düzenleyen SerPK m. 1)107) şu şekildedir: “Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak *amacıyla* alım veya satım yapanlar⁵⁷, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar⁵⁸. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen *menfaatten*⁵⁹ az olamaz”. SerPK m. 107’de uygulamada yerleşik manipülasyon terimi yerine karışıklığa neden olabilecek piyasa dolandırıcılığı terimi kullanılmıştır.

2499 sayılı mülga SerPK “Cezai Sorumluluk” başlıklı m. 47/I.A-2’de⁶⁰ işlem bazlı manipülasyon yapan kişiler, “Yapay olarak, sermaye piyasası

-
- 57 İşlem bazlı manipülasyon için örnek olarak, T.C. Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 1998/9278 K. 1998/10013 T. 2.12.1998 kararına (<http://www.kazanci.com>) konu olan olay verilebilecektir. Karara konu olan somut olayda şüpheliler, kendi aralarında yaptıkları alım satım işlemleri sonucunda, A. Çimento hisse senedi fiyatlarının her gün artan oranlarda değer kazandırmış, inceleme konusu tarihlerdeki tüm aracı kurumlar tarafından gerçekleştirilen alım ve satımların birbirine eşit olması nedeniyle, hisse senedi mülkiyetinde gerçek anlamda bir değişimin olmaması ve her gün artan fiyatlar ve bu senetle ilgili yapılan işlemler nedeniyle borsa endeksinde A. Çimento hisse senetlerinde yoğun işlem hacmi ortaya çıkarılarak aktif piyasa bulunduğu izlenimi sağlanmıştır. Karar metninde A. Çimento hissesinin borsa kotasında dar ve sık bir piyasaya sahip olmasının hissede manipülasyon yapılmasına kolaylık sağladığına değinilmiştir. Dava konusu alım satım işlemleri sonucunda A. Çimento hisse senedi fiyatlarının her gün artan oranlarda değer kazanmış ve 13.12.1993 tarihinde 18.500 liradan bir hissenin alımı yapılırken, 12.1.1994 tarihinde bir hissenin 49.000 liradan satışının yapıldığı karar metninde tespit edilmiştir.
- 58 Mülga 2499 sayılı SerPK m. 47/I.A son fıkrası ile m. 47/A’nın her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiş idi.
- 59 Burada adli para cezası ile suçtan elde edilen menfaat arasında ilişki kurulmuştur.
- 60 2499 sayılı SerPK m. 47/I.A-2 şu şekildedir : “Yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla *alım ve satımını yapan* gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler”. Buradaki, “alım ve satım yapma” şeklindeki ifade nedeniyle sadece işlem emri verilmesi, suç bakımından teşebbüs olarak nitelendirilmekteydi, (<http://www.selmandursun.com/?p=118>). Mülga 2499 sayılı SerPK döneminde, mülga İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği m. 24’ten hareket ile sermaye piyasalarındaki bu yapay fiyat hareketleri başlıca üç şekilde gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir: Yükselen bir piyasa olduğu veya bir piyasanın yükseleceği izlenimi oluşturularak fiyatların yükseleceği bir ortam hazırlamak; fiyatların düşüşe geçmesi için bazı işlemleri gerçekleştirerek düşük fiyattan hisse senetlerini toplamak; hisse senedinin gerçek değerine ulaşmasını sağlayıcı işlemlerle fiyatı belirli bir düzeyde tutmak, (YÜCE, A. A. , Sermaye Piyasasında Manipülasyon, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 2012, s. 369).



araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler” olarak tanımlanmış idi. 2499 sayılı SerPK’da işlem bazlı manipülasyon fiili ise “alım ve satım yapma” şeklinde tanımlanarak, diğer sermaye piyasası suçları ile birlikte aynı kanun maddesi (m. 47) içerisinde düzenlenmişti. 2499 sayılı kanundaki alım ve satım yapma ifadesi, suça esas fiilin kapsamını oldukça sınırlamakta ve sermaye piyasasının gerçekleri ile bağdaşmamaktaydı.

bb. Suçun Maddi ve Manevi Unsurları

SerPK m. 107(1) bakımından işlem bazlı/dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun maddi unsuru, “sermaye piyasası araçlarının alım ve satımını yapmak, emir vermek, emir iptal etmek, emir değiştirmek veya hesap hareketleri gerçekleştirmek” şeklideki seçimlik fiillerdir. SerPK m. 107(1)’de belirtilen fiillerin işlemlerin madde kapsamında suç oluşturabilmesi için SerPK m. 107(1)’de belirtilen suçun manevi unsuru ise “sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla⁶¹ yapılmasıdır (kast unsuru/manevi unsur).

İşlem bazlı manipülasyon suçu oluşturabilecek fiil veya işlemlere örnek olarak, “piyasa bozucu eylemler” ile ilgili VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 5’te belirtilen işlemler ve V-102.1 sayılı Bildirim Yükümlülüğü Tebliği EK/2-B’de belirtilen işlem kalıpları verilebilecektir.

SerPK m. 107(1) ile manipülasyon/piyasa dolandırıcılığı fiili bir “tehlike suçu” düzenlenmiş ve manipülasyon sonucu bir menfaatın gerçekleşmesi şart koşulmamıştır. Burada, işlemin büyük veya küçük olması değil, manipülasyon veya bir diğer ifadeyle yapay piyasa sonucunu doğurmaya elverişli olup olmaması önem arz etmektedir⁶². Bir diğer ifadeyle işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun neticesi sermaye piyasası araçlarının fiyatının etkilenmesi tehlikesidir. İşleme dayalı manipülasyon bakımından haksızlık, failin işlemi yaparken güttüğü amaç ile oluşturulmaktadır⁶³.

Manipülasyon doğurmaya elverişli işlemleri, manipülasyon yapmak kasdıyla/amacıyla yapmak suçun oluşumu bakımından yeterli olup,

61 Mülga 2499 sayılı SerPK m. 47’de bu amaç, “yapay olarak sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasa varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak” olarak düzenlenmiş idi.

62 Aynı yönde bkz. <http://www.spk.gov.tr/indexpage.aspx?pageid=757>.

63 <http://www.selmandursun.com/?p=118>.



manipülasyonun hedefine ulaşması veya ortaya bir menfaat ve/veya zarar ortaya çıkması gerekli değildir. Kaldı ki, doğal fiyat oluşumuna yapay etki eden kasdi işlemler, her halükarda piyasadaki doğal fiyat oluşumunu doğrudan veya dolaylı olarak etkileyecektir.

Suçun oluşması için manipülatif işlemi yapan kişinin bu işlemde kendisi veya bir başkası için beklediği menfaatin sağlanması zorunlu değildir. Burada, “menfaat” kavramı, failin veya birlikte hareket ettiği kişilerin malvarlığında ortaya çıkacak zararın (eksilmenin) önlenmesi veya bu kişilerin malvarlığında oluşacak pozitif bir artış olarak, geniş şekilde ele alınmalıdır. Suçtan menfaat sağlanması halinde ise bu husus adli para cezası hesaplamalarında esas alınacak bir unsur olacaktır. Kaldı ki, hiçbir menfaat sağlanmasa dahi işlem bazlı manipülasyon suçu, hem hapis hem de asgari beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılabilir.

Sonuç olarak, işlem bazlı manipülasyon bakımından suçun varlığının kabulü bakımından, suça esas fiilin kasten ve bu amacı gerçekleştirmeye ‘elverişli’ nitelikteki bir fiil ile yapılması gerekli ve yeterlidir (T.C. Yargıtay 19. Ceza Dairesi E. 2016/46 K. 2016/13857 T. 24.3.2016⁶⁴).

c) Bilgi Bazlı Manipülasyon/Piyasa dolandırıcılığına İlişkin SerPK m. 107(2) Hükmü

aa. Hüküm

Bilgiye dayalı manipülasyon/piyasa dolandırıcılığı suçu, SerPK m. 107(2) ⁶⁵ ile düzenlenmiştir. Buna göre, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek *amacıyla* yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan *ve bu suretle menfaat sağlayanlar* iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar⁶⁶.

64 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

65 07.04.2015 tarihli ve 29319 sayılı RG’de yayımlanan 6637 sayılı Kanun m. 11 ile değişikliğe uğramış halidir.

66 Mülga 2499 sayılı SerPK m. 47/I.A son fıkrası ile m. 47/A’nın her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiş idi.



Mülga 2499 sayılı SerPK'da⁶⁷ burada suçu oluşturacak icrai hareketler olarak, "sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak, açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamamak" bulunmakta iken, mer'i hükümde bunlara özellikle, "söylenti⁶⁸ çıkarma, rapor hazırlama veya bunları yayma" fiilleri eklenmiştir. 2499 sayılı SerPK'da yer alan "açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamamak" şeklindeki ihmalî fiil⁶⁹ ise mer'i düzenlemede yer almamaktadır. Bu nedenle, bilgiye dayalı manipülasyon suçu yalnızca icrai hareketlerle işlenebilecek bir suç niteliğine kavuşmuştur. 2499 SerPK m. 47/I.A-3' te bilgi bazlı manipülasyon yapan kişiler ise "Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler" idi.

bb. Suçun Maddi ve Manevi Unsurları

Bilgi bazlı/dayalı manipülasyon bakımından suçun maddi unsuru veya suça dayanak olacak fiil bakımından aranacak ilk özellik, yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak şeklinde olmasıdır.

Bilgi bazlı manipülasyon suçunun varlığı bakımından suç oluşturacak fiil bakımından aranan ikinci özellik ise "bu suretle menfaat sağlayanlar" ifadesinden hareketle, "menfaat sağlamak" şartını sağlamasıdır. Bir diğer ifadeyle, SerPK m. 107(2) bakımından manipülasyon/piyasa dolandırıcılığı suçunun maddi unsurunun tanımlanması bakımından menfaat sağlanması şarttır. Menfaat sağlanması şartı, 6637 sayılı Kanun m. 11 ile sonradan SerPK m. 107(2) hükmüne "ve bu suretle menfaat sağlayanlar" ifadesinin eklenmesi ile ortaya çıkmıştır⁷⁰. O halde, suçun varlığı bakımından

67 Mülga SerPK m. 47/I.A3- hükmü şu şekildeydi: "Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler".

68 Ağzıdan ağıza dolaşan, kesinlik kazanmayan haber, rivayettir (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59b577f5834cd5.60038622).

69 Burada belirtilen bilgileri açıklamamak şeklindeki ihmalî fiillerin SerPK m. 103 ve 104 kapsamında kabahat olarak yaptırım konusu yapılabileceği belirtilmektedir, (<http://www.selmandursun.com/?p=118>).

70 SerPK m. 107(2)'de yapılan Kanuni değişiklikten önceki dönemde bilgi bazlı manipülasyon için menfaat sağlamak şartının olmamasından kaynaklı edişeler nedeniyle SPK web sayfasından yapılan 07.01.2013 tarihli duyuruda şu ifadeler kullanılmıştır: "Eski SPKn.md.47/ I.A-3 hükmü, bilgi bazlı piyasa manipülasyonu fiilini daha genel bir şekilde ifade ederek, suçun oluşması için bu fiillerin sermaye piyasası araçlarının değerlerini etkileyebilecek



burada işlem bazlı manipülasyondan farklı olarak menfaat sağlanması gereklidir. Menfaat kavramı işlem bazlı manipülasyonda olduğu üzere burada da geniş yorumlanmalı ve bilgiye dayalı manipülasyonu yapan ve onunla birlikte hareket edenlerin her türlü menfaati (malvarlığındaki eksilmenin önlenmesi ve/veya malvarlığında artışa neden olması) olarak anlaşılmalıdır.

Bilgiye dayalı manipülasyon suçunun manevi unsur veya amaç (özel kast) unsurunu, yukarıda belirtilen icrai fiillerin, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla (kasdiyle) yapılması oluşturur⁷¹.

Kanımızca, bilgi bazlı manipülasyon suçu bakımından Kanuna “menfaat sağlanmak” ifadesinin eklenmesi, bu kapsamda suç sayılabilecek fiillerin alanını daraltmış ve hatta bu fıkra kapsamında manipülasyonun cezalandırma imkanını yok denecek kadar azaltmıştır. Uygulamada, bilgiye dayalı manipülasyon bakımından özellikle manipülasyon ile sağlanan menfaatin ispatı konusunda sıkıntı yaşanacağı açıktır. Bu halde, ilgili hukuka aykırı fiil, piyasa bozucu eylemler kapsamında kabahat olarak idari para cezası ile yaptırıma tabi tutulabilecektir.

SPK tarafından 24.05.2017 tarihinde sosyal medya üzerinden yapılan ve bilgi bazlı manipülasyon olarak değerlendirilebilecek hukuka aykırı yönlendirmeler ile ilgili olarak web sitesinden yapılan basın açıklamasında⁷²

nitelikte olmasını yeterli saymıştır. Dolayısıyla önceki düzenlemede bilgiyi yayan kişinin amacına bakılmaksızın bilginin “değeri etkileyebilecek olması” yeterli görülmüştür. *Yeni SPKn. md.107/2 hükmünde ise bu fiiller daha ayrıntılı şekilde sayılmış, ancak suçun oluşması için bu bilgileri yayan kişilerin “sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla” hareket etmiş olduklarının, yani özel kastlarının, ispatı zorunlu tutulmuştur.*

Bu nedenle, yeni SPKn. md.107/2 hükmü, iyi niyetli, amacı konusunda şüphesi bulunmayan piyasa yorumcularına daha fazla hareket imkanı sağlayacak niteliktedir. *Eski düzenlemede yer almayan bazı ifadeler yeni düzenlemede yer verilmiş olması suçun kapsamının genişlediği anlamına gelmemektedir.* Zira, “söylenti çıkarmak”, rapor hazırlamak” “bunları yaymak” ifadeleri, fiilin daha açık şekilde sayılması amacını taşımakta olup, esasen yeni bir fiil olarak değerlendirilmeyecek örneklerdir. Diğer taraftan bir kişinin maddede yazılı amaçla bu fiilleri işlediğinin ispat edilmesi halinde, kabul etmek gerekir ki piyasayı ve yatırımcıları korumak adına bu tür fiiller kovuşturulmalıdır. Benzer bir düzenlemenin Avrupa Birliği mevzuatının “Piyasa Bozucu Eylemler Direktifinde” (Market Abuse Directive 6/2003/EC)de düzenlendiği dikkate alındığında, yeni SPKn’nun bu hükmünün eski SPKn. hükmüne göre daha objektif ve açık olduğu değerlendirilmektedir”. SPK duyurularının metinleri için bkz. <http://spk.gov.tr/duyuru.aspx>.

71 Mülga 2499 sayılı SerPK’da ise burada fiilin niteliği olarak “sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek” ifadesi kullanılmış ve icrai-ihmalî fiillerin amacından bahsedilmemiş idi. Mer’i Kanunda ise burada fiilin niteliği yerine fiilin amacını esas alacak şekilde düzenleme yapılmıştır.

72 <http://spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=20170203&subid=2&ct=c&submenuheader=null>.



şu ifadeler kullanılmıştır: “...Kurulumuzca yapılan piyasa gözetim ve denetim faaliyetleri neticesinde, Kurulumuzca yetkilendirilmiş yatırım danışmanlığı ve benzeri sermaye piyasası faaliyet izni olmadan Facebook, Twitter vb. sosyal medya hesapları üzerinden yatırımcıların yönlendirilerek mağdur edilmeye çalışıldığı görülmektedir.

Herhangi bir makul ekonomik ve finansal gerekçeye dayanmayan, tamamıyla yatırımcıların aldatılmasına ve mağdur edilmesine yönelik olduğuna dair ciddi emareler bulunan söz konusu fiilleri işleyenler ve bunlarla birlikte hareket edenler hakkında gerekli hukuki işlemler yapılmaktadır”. SPK’nın belirtilen açıklamasından bu yana geçen zaman zarfında bu konuda herhangi bir işlem yapıldığı tarafımızdan tespit edilememiştir. SerPK m. 107(2)’nin güncel metni göz önünde bulundurulduğunda, SPK açıklamasında anılan fiiller bakımından, SerPK m. 2)107) yerine ancak “piyasa bozucu eylemler” kapsamında işlem yapılabileceği düşünülmektedir.

III. MANİPÜLASYON SUÇUNUN PİYASA BOZUCU EYLEMLER KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Piyasa bozucu eylemler, SerPK m. 104 ile ilk defa Kanun ile tanımlanan, makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikte olan ve bir suç oluşturmayan eylemlerdir, (SerPK m. 104; 21/1/2014 tarihli ve 28889 sayılı RG’de yayımlanan VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 3 (1)(ı)).

Piyasa bozucu eylemler, bilgi suistimali veya piyasa dolandırıcılığı suçlarını oluşturmamakla birlikte bunlara benzer şekilde piyasanın işleyişini bozan eylemlerdir. Kanımızca, piyasa bozucu eylem kavramı, SPK’nın bilgi suistimali veya piyasa dolandırıcılığı suçlarına nitelik olarak benzer hukuka aykırı işlemleri, kabahat olarak⁷³ idari para cezası ile cezalandırabilmesi için ihdas edilen bir kavramdır.

Kabahat olmalarının doğal bir sonucu olarak piyasa bozucu eylemler için idari para cezası öngörülmüştür. Buna göre, piyasa bozucu eylemler için SPK tarafından yirmi bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, piyasa bozucu eylem ile menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının

73 Suç-kabahat ayrımı ile ilgili genel açıklamalar için bkz. MAHMUTOĞLU, s. 27 vd.



miktarı bu menfaatin iki katından az olamaz. İdari para cezalarının nasıl uygulanacağı (ilgilinin savunmasının alınması vs.) ve bu cezalara karşı idari yargıya başvurulacağı gibi hususlar ise SerPK m. 105 ile düzenlenmiştir.

SerPK m. 107'de düzenlenen manipülasyon (piyasa dolandırıcılığı), suç niteliğinde olması nedeniyle piyasa bozucu eylem kavramı dışında kalmaktadır. Piyasa bozucu eylem düzenlemesi ile bir piyasa bozucu fiil veya işlem, nitelik olarak bilgi suistimali veya piyasa dolandırıcılığı/manipülasyon suçu kapsamına dahil olabilecek olmakla birlikte, suça esas fiilin herhangi bir nedenle bu suç kapsamına dahil edilememesi halinde kabahat olarak cezalandırılabilir. Bir diğer ifadeyle piyasa bozucu eylemler, nitelik olarak bilgi suistimali ve manipülasyon suçunu oluşturabilecek olmakla birlikte nicelik farkı, suçun unsurlarında herhangi bir eksiklik veya suçun ispat güçlüğü gibi eksiklikler nedeniyle kabahat olarak müeyyideye bağlanmış işlemlerdir. Piyasa bozucu eylem niteliğindeki fiiller, SerPK m. 106 ve 107 kapsamına girecek seviyede olmaları ve bu suçların Kanuni unsurlarını sağlamaları halinde bu sefer suç niteliğine kavuşacak ve hapis/ve veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

Uygulamada, piyasa bozucu eylemlerin suç olarak da nitelendirilebilecek yapıda olması nedeniyle idari para cezası yerine suç olarak değerlendirilecekleri de düşünülmektedir⁷⁴. O halde SPK, SerPK m. 106 ve 107 kapsamında işlem yapmak ve suç duyurusunda bulunabilmek için yeterli kanıtı sahip olmadığı hallerde en azından piyasayı hukuka aykırı şekilde bozan bu eylemler için idari para cezası ile yaptırım uygulayabilecektir.

Piyasa Bozucu Eylemler Tebliğinde, piyasa bozucu eylemler, 4 kısma ayrılarak düzenlenmiştir: İçsel bilgi veya sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemler (Tebliğ m. 4)⁷⁵; emir ve işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemler (Tebliğ m. 5); iletişim veya haberleşme yoluyla işlenen piyasa bozucu eylemler (Tebliğ m. 6) ve diğer piyasa bozucu eylemler (Tebliğ m. 7).

Tebliğ'de sayılan bu hallerin özellikle bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı/manipülasyon suçu ile ayrımının somut olarak ortaya konulması gereklidir. Piyasa bozucu eylemler Tebliği ile SerPK m. 106 ve

74 bkz. <http://www.gshukuk.com/images/pdf/Piyasanin-Kotuye-KullanilmasiSPKGT.pdf>.

75 İçsel bilgilerin kamuya duyurulmadan önce bu bilgilerin başka kişilere verilmesi şeklindeki piyasa bozucu eylem, bilgi suistimali/insider trading suçu (SerPK m. 106) ile ilişkili olarak değerlendirilmelidir.



107'de düzenlenen suçlar arasında yapılacak ayırımın, "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" (TCK m. 2⁷⁶) gereğince Kanunen yapılması, Tebliğ ile Kanunen açıkça dayanağı düzenlenmemiş cezai hükümler getirilmemesi yerinde olacaktır.

Piyasa bozucu eylemlere ilişkin hüküm ve Tebliğ, hukuka aykırı işlemlerin cezasız bırakılmaması bakımından SPK'ya kolaylık sağlayacak niteliktedir.

Tebliğ m. 8'de ise "piyasa bozucu eylem sayılmayan haller" düzenlenmiştir. Buna göre SerPK m. 108'de yer alan bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı sayılmayan hâller, basın özgürlüğü kapsamındaki faaliyetler ile SerPK m. 104 kapsamına girmeyen eylem ve işlemler piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilmez. Bu düzenlemeden hareketle de piyasa bozucu eylemler ile SerPK m. 106 ve 107'de düzenlenen suçların nitelik olarak aynı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Tebliğ m. 8'den yapılacak bir diğer çıkarım ise basın özgürlüğü⁷⁷ kapsamındaki faaliyetlerin aynı zamanda manipülasyon suçu da oluşturmayabilecek olmasıdır. Bununla birlikte basın özgürlüğünün sınırlarının kesin olmadığı ve bu özgürlüğün kötüye kullanılarak basının (yazılı, görsel, sosyal medya) "yasal manipülasyon" aracı olarak kullanılabilme ihtimali de göz ardı edilmemelidir.

B. İşlem Bazlı Manipülasyon Suçu İle İlişkisi

Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 5 ile düzenlenen "Emir veya işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemler", çalışmamız bakımından işlem bazlı manipülasyon ile piyasa bozucu eylemler ile ilgili olarak değerlendirilebilecek niteliktedir. Tebliğ m. 5'te örnekleme yoluyla sayılan fiiller aslında manipülasyon suçunun maddi unsurunu oluşturabilecek nitelikteki fiil ve davranışlardır.

76 5237 sayılı TCK "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" başlıklı m. 2 şu şekildedir: " (1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz".

77 Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 8, 18.02.2017 tarih ve 29983 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren VI-104.1.a sayılı "Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği (VI-104.1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" ile değiştirilmiştir. Tebliğ düzenlemesi ile buradaki basın özgürlüğünün kapsamı genişletilmiştir.



Tebliğ m. 5'e göre tek başına ya da "birlikte hareket eden kişiler"⁷⁸ (*pool operations*) tarafından borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda gerçekleştirilen, sermaye piyasası araçlarının fiyatları, fiyat değişimleri, işlem hacimleri, işlem miktarları, işlem oranları, emir miktarları, emir oranları, emir iptal miktarları, emir iptal oranları veya emir gerçekleştirme oranları gibi sermaye piyasalarının işleyişi veya sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının belirlenmesiyle ilgili veriler dikkate alındığında önemli veya etkili kabul edilebilecek nitelikte;

- a) Alım veya satım yapılması, hesap hareketi gerçekleştirilmesi, emir verilmesi, emir iptali veya emir değiştirilmesi,
- b) Farklı fiyat kademelerine emir iletilmesi,
- c) Bir dakikadan daha az zaman dilimlerinde piyasadaki en iyi alım fiyatına eşit veya piyasadaki en iyi alım fiyatından daha düşük fiyatlı satım emri ya da piyasadaki en iyi satım fiyatına eşit veya piyasadaki en iyi satım fiyatından daha yüksek fiyatlı alım emri iletmek şeklinde yön değiştiren emirler verilmesi,
- ç) Kendinden kendine⁷⁹ veya karşılıklı işlemler⁸⁰ gerçekleştirilmesi⁸¹ (*washed orders/matched orders*),
- d) Açılış veya kapanış fiyatlarını etkilemeye yönelik işlemler yapılması,
- e) Gün sonu veya vade sonu uzlaşma fiyatlarını etkilemeye yönelik işlemler gerçekleştirilmesi,
- f) Fiyat yükseltici, fiyat düşürücü veya fiyatı sabit tutmaya yönelik işlemler yapılması,

78 Tebliğ m. 3'e göre " Birlikte hareket eden kişiler" Tebliğ'de sayılan altı farklı kategoride yer alacak şekilde, emir ileten, işlem gerçekleştiren, nakit, nakit benzeri ya da sermaye piyasası aracı virmanı veya transferi yapan, hesap hareketi gerçekleştiren, bu fiilleri gerçekleştirenlere hesaplar, emirler, işlemler ya da şirketler hakkındaki bilgileri hukuka aykırı olarak veren kişileri veya her ne nam altında olursa olsun, doğrudan ya da dolaylı olarak, aralarında, hesapları arasında veya yönettikleri ya da kullandıkları hesaplar arasında, nakit, nakit benzeri veya sermaye piyasası aracı virmanı ya da transferi gerçekleşen kişilerdir.

79 Tebliğ m. 3'e göre "Kendinden kendine işlem" (*wash sales*), bir kişinin borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlemlerin hem alıcı hem de satıcı tarafında yer almak suretiyle kendi hesapları arasında gerçekleştirdiği, sermaye piyasası aracının mülkiyetinde bir değişiklik meydana getirmeyen işlemlerdir.

80 Tebliğ m. 3'e göre "Karşılıklı işlem", birlikte hareket eden kişilerin borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlemlerin hem alıcı hem de satıcı tarafında yer almak suretiyle kendi hesapları arasında gerçekleştirdiği, sermaye piyasası aracının mülkiyetinin birlikte hareket eden kişiler arasında el değiştirmesini sağlayan işlemlerdir.

81 ABD hukuku bakımından bu manipülasyon tipine özel düzenleme, SEA sec. 9(a)(1) ile yapılmıştır.



g) Vadeli işlem ve opsiyon piyasasında bir sicile bağlı tüm hesaplar için ya da piyasa bazında belirlenen pozisyon limitlerinin geçilmesi,

ğ) Vadeli işlem ve opsiyon piyasasında, ilgili dayanak varlık piyasasında gerçekleştirilen işlemlerle aynı yönlü işlemler gerçekleştirilmesi

ve benzeri işlemler yapılması suretiyle borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozan ya da sermaye piyasası araçlarının fiyatları, fiyat değişimleri, arz ve talepleri hakkında yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandıran veya adil ve dürüst işlem yapılmasını, piyasanın rekabetçi bir ortamda işleyişini ya da fiyatın doğru ve dürüst bir şekilde oluşmasını zorlaştıran ya da engelleyen fiil ve davranışlar piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir”.

Tekrar ifade edilecek olursa burada işlem bazlı piyasa bozucu eylemler bakımından örnek olarak (sınırlayıcı değildir) belirtilen fiiller, aynı zamanda SerPK m. 107(1)'deki işlem bazlı manipülasyon suçunun da maddi unsurunu teşkil edebilecek fiillerdir. Belirtilen fiillerin Tebliğin bu maddesi bakımından piyasa bozucu eylem olarak nitelendirilebilmeleri onların “önemli ve etkili” kabul edilebilmeleri ön şartına bağlıdır. Piyasa bozucu eyleme konu olacak fiiller bakımından aranan özelliklerin bir suç olarak düzenlenen işlem bazlı manipülasyon bakımından da aranması yerinde olacaktır.

Burada piyasa bozucu eylem ve manipülasyon suçu ayrımı bakımından kasıt unsurunun varlığı/tespiti ayırıcı bir unsur olarak kullanılabilir.

C. Bilgi Bazlı Manipülasyon Suçu ile İlişkisi

Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği, “İletişim veya haberleşme yoluyla işlenen piyasa bozucu eylemler” başlıklı m. 6 bilgi bazlı manipülasyona esas alınabilecek fiiller bakımından örnek fiiller içermektedir. SPK tarafından Tebliğ m. 6’da önemli değişiklikler⁸² yapılmıştır.

Tebliğ m. 6(1)'e göre, sermaye piyasası araçlarının fiyatları, değerleri veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikte veya bunlara etki edebilecek piyasa göstergelerine ilişkin olarak yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, söylenti çıkarılması, haber verilmesi, özel durum açıklaması yapılması, yorum yapılması veya rapor hazırlanması, *bu fiilleri gerçekleştirenler tarafından söz konusu fiillerin gerçekleştirilmesinden önce veya*

82 Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 6’de 18.02.2017 tarih ve 29983 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe giren VI-104.1.a sayılı “Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği (VI-104.1)’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ” ile önemli değişiklikler yapılmıştır.



sonra ilgili sermaye piyasası aracında her türlü emir verilmesi ve/veya işlem yapılması halinde⁸³ piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir.

Tebliğ m. 6(1)'deki hususların yalan, yanlış veya yanıltıcı olduğunu bilen yahut bilmesi gerekenler tarafından yayılması, *bu fiili gerçekleştirenler tarafından söz konusu fiilin gerçekleştirilmesinden önce veya sonra ilgili sermaye piyasası aracında her türlü emir verilmesi ve/veya işlem yapılması halinde*⁸⁴ piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir (Tebliğ m. 6(2)).

SPK'nun özel durumların açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri kapsamında açıklamakla yükümlü olunan, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgilerin açıklanmaması piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir (Tebliğ m. 6(3)). Burada ihmali bir fiil ile bilgi bazlı piyasa bozucu eylem gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Sermaye piyasası araçları hakkında gazete, televizyon, internet vb. nitelikte kitle iletişim araçları kullanarak *yorum veya tavsiyede bulduktan sonra, yorum veya tavsiyesini değiştirmeye kadar veya her halükarda 5 iş günü içerisinde, alım veya tut tavsiyesi verdiği halde satmak ya da satım tavsiyesi verdiği halde almak piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir* (Tebliğ m. 6(4)). Bu düzenlemeye göre bir sermaye piyasası aracı bakımından sosyal medya veya bir diğer kitle iletişim aracı üzerinden yorum ve/veya tavsiyede bulunanlar bu görüş bildirme anından 5 iş günü içerisinde bildirdikleri görüşün tersine işlem yapmaları halinde piyasa bozucu eylem gerçekleştirmiş olacaklardır.

Sermaye piyasası araçlarının fiyatları, değerleri veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikte veya bunlara etki edebilecek *piyasa göstergelerine* (gösterge tahrifatı) ilişkin olarak yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, söylenti çıkarılması, haber verilmesi, özel durum açıklaması yapılması, yorum yapılması veya rapor hazırlanması, bu fiilleri gerçekleştirenler tarafından söz konusu fiillerin gerçekleştirilmesinden önce veya sonra ilgili sermaye piyasası aracında her türlü emir verilmesi ve/veya işlem yapılması halinde piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir (Tebliğ m. 6(4)).

Tebliğ m. 6'da sayılan “**İletişim veya haberleşme yoluyla işlenen piyasa bozucu eylemler**” aslında SerPK m. 107(2)'de düzenlenen bilgi bazlı/

83 Burada, italik olarak belirtilen kısım, “Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği (VI-104.1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ” ile eklenmiştir.

84 İtalik olarak vurguladığımız kısım, “Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği (VI-104.1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ” ile eklenmiştir.



dayalı manipülasyonun maddi unsurunu oluşturabilecektir. Tebliğ'deki yapılan değişiklikler ile nitelik olarak bilgi bazlı manipülasyon fiili, işlem bazlı manipülasyon ile bağlantılı şekilde piyasa bozucu eylem olarak düzenlenmiştir. Bir diğer ifadeyle yapılan Tebliğ değişikliği ile Tebliğ m. 6(1),(2)'de düzenlenen bilgi bazlı piyasa bozucu eylemler, ilgili fiillerden önce veya sonra işlem yapılması şartı ile ilgili fıkralar bakımından piyasa bozucu eylem olarak nitelendirilecektir.

SerPK m. 107(2) nitelik olarak aynı konuları düzenlemekle birlikte kapsamına dahil fiillere idari para cezası yerine 2-5 yıl hapis cezası öngörmektedir. İşlem bazlı manipülasyonda olduğu üzere burada da piyasa bozucu eylem ile piyasa dolandırıcılığı ayrımı bakımından yapılacak ayırımın unsurları net değildir. İşlem bazlı manipülasyon bakımından da ifade edildiği üzere suç-kabahat ayırımında burada da hukuka aykırı fiile ilişkin kasıt vb. unsurların ispatlanmasının veya tespitinin zorluk içermesi halinde piyasa bozucu eylem kapsamında cezalandırma yapılabilecektir.

IV. MANİPÜLASYON KALIPLARI VE MANİPÜLASYON SAYILMAYAN HALLER

A. Manipülasyon Kalıpları

1. İşleme Manipülasyona İlişkin Kalıplar

SPK'nın Bildirim Tebliğinde (EK/2-B) yer alan işleme bazlı/dayalı manipülasyon (piyasa dolandırıcılığı) kalıpları, bu tür manipülasyon fiillerinin neler olduğu konusunda ışık tutacak niteliktedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı/manipülasyon kalıpları bakımından piyasa bozucu eylem örneklerinden (Tebliğ m. 5 ile düzenlenen "Emir veya işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemler") de yararlanılabilecektir.

Tebliğ'de bu kapsamda düzenlenen ilk kalıp kategorisi, bir kişi veya birlikte hareket eden kişiler tarafından belirli bir payın fiyatını sabit tutmaya dönük pozisyon alınması, payın işlem miktarı ve emir büyüklüklerine göre arz ve talebine etki edecek veya fiyatını değiştirecek büyüklükte emirler verilmesi veya işlemler gerçekleştirilmesi sonucunda piyasanın yanıtlanmasıdır.

Tebliğ'deki işleme dayalı manipülasyonun ikinci kategorisi ise bir kişi veya birlikte hareket eden kişiler tarafından, piyasanın genel işlem karakterine uyumlu olmayan surette, normal finansal gerekçelerle açıklanamayacak şekilde farklı piyasalarda (korunma amacıyla



açıklanamayacak aynı yönlü vadeli işlem sözleşmesi, opsiyon ve spot işlem alımı-satımı) büyük ölçekte işlemler gerçekleştirilerek piyasanın yanıltılmasıdır.

ABD hukukunda uygulamada çok görülen işleme dayalı klasik manipülasyon kalıpları ise şu şekilde adlandırılmaktadır: “wash sales”⁸⁵, “matched orders”⁸⁶, “pool operations”⁸⁷; “rigged prices”⁸⁸, kaldır ve düşür manipülasyonu/dolandırıcılığı (pump and dump-P&D scheme)⁸⁹, ayı saldırısı (bear raid)⁹⁰, gösterge tahrifatı (benchmark distortion)⁹¹,

- 85 Klasik manipülasyon yöntemi olarak burada belirtilebilecek bir diğer uygulama ise yıkama ticareti olarak ifade edebileceğimiz “wash sales” veya “wash trading”tir. Burada, bir veya daha çok kişi tarafından belirli bir pay senedinde işlemin her iki tarafında kendileri (kendi kendilerine) olmak üzere alım-satım işlemi yapılarak, kendi yararlarına sonuç doğuracak şekilde yapay fiyat ve/veya hacim oluşturulmaktadır. Burada ilgili sermaye piyasası aracı bakımından yararlanma mülkiyeti (beneficial ownership) değişmemektedir. Yıkama ticareti payın değerini artırma veya azaltma amacıyla kullanılabilir, (LIN, s. 1284; <https://www.sec.gov/litigation/aljdec/id78grl.txt>).
- 86 Eşleştirilmiş emirler olarak ifade edebileceğimiz bu manipülasyonda alım ve satım işlemlerinin her iki tarafında aynı amaçla hareket eden kişilerin kontrolündeki hesaplar bulunur. Bu kişiler, fiyat-zaman-hacim bakımından aynı almaları nedeniyle karşılıklı eşleşen bu emirler ile senet ve nakit para bir nev’i aynı kişi veya kişilerin bir cebinden diğerine yer değiştirmektedir. “Wash sales” ile “matched orders” birbirine benzerdir. Ancak, “matched trade” işleminde diğerinden farklı olarak, işlemin tarafları arasında üçüncü bir taraf veya kişinin katılımı söz konusudur, (<https://www.sec.gov/litigation/aljdec/id78grl.txt>).
- 87 Birden çok kişinin manipülasyon yapmak üzere biraya gelmesi “pool operations” (havuz operasyonları) olarak adlandırılır. Bu konudaki tarihi örnek ve açıklamalar için bkz. GEISST, C. R. , **Wall Street: A History : from Its Beginnings to the Fall of Enron**, New York, NY 2004, s. 182-183; MARKHAM, J. , **Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation**, New York, NY 2014, s. 62 vd.
- 88 Burada, “rigging the market” olarak ifade edilen manipülasyon uygulamasında, yapay olarak, seri alım emirleri pay fiyatının artırılması ve böylece yatırımcıların o payı almaya itmek anlatılmaktadır, (GARNER, s. 1436).
- 89 Manipülasyon uygulamalarından en sık görünümlerinden biri daha önceden pozisyon alınan bir payın değerinin yanlış veya yönlendirici haberlerle önce yükseltip (pump) daha sonra yüksek fiyattan yatırımcılara payların satılarak düşürülmesi (dump) “yükselt ve düşür” olarak ifade edilebilecek “pump and dump/cold calling”tir. Bu manipülasyon türü, şirketin değeri veya piyasadaki pay hacmi bakımından küçük hacimli olan paylarda (microcap companies) uygulanabilecek bir manipülasyon metodudur. Buradaki yanlış veya yönlendirici haberler günümüzde, başta sosyal medya platformları olan Facebook ve Twitter olmak üzere Whatsapp gibi çeşitli araçlar ile de yayılabilmektedir, (<https://www.sec.gov/fast-answers/answerspumpdump.htm>); LIN, s. 1284-1285). SEC, internet üzerinden yapılan bu tür manipülasyon ile mücadele için “Office of Internet Enforcement” adıyla özel bir daire kurmuş ve ABD Kongresi tarafından da Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act of 1990 yasalaştırılmıştır, (LIN, s. 1285-1286).
- 90 Bir sermaye piyasası aracının fiyatını düşürmek üzere o araçta yüklü miktarda satış yapılmaktadır. Uygulamada bu manipülasyon yöntemi, daha çok açığa satış (short sale) şeklinde gerçekleştirilmektedir.
- 91 Gösterge tahrifatı ile manipülasyonda ise borsanın geneli veya bir pay veya diğer bir menkul kıymetin doğrudan veya dolaylı olarak değerinin etkileyebilecek bir göstergenin değerinin tahrifat edilerek onunla bağlantılı araçların değerinin manipüle edilmektedir. Buna örnek



köşeleme (arızı kısıtlama/*cornering*) ve sıkıştırma (*squeezing*)⁹², önden koşma (*front running*)⁹³.

Belirtilen bu klasik manipülasyon görünüşleri yanında sermaye piyasaları giderek yazılıma dayalı yatırım yapan bilgisayar programları hakimiyetine girmektedir. Bu özel algoritmalara dayalı otomatik işlem yapan robot yazılımlar ile yapılan manipülasyonlar, “siber steroidlerce gerçekleştirilen menkul kıymet suçları” (*securities fraud on cyber steroids*) ve “*cybernetic market manipulation*” olarak adlandırılmaktadır⁹⁴. Bu yeni siber manipülasyon yöntemlerine örnek olarak ise “*pinging, spoofing*”⁹⁵, “*electronic front running*” ve “*mass misinformation*”⁹⁶ verilmektedir⁹⁷. Görüldüğü üzere, işleme dayalı manipülasyon kalıpları neredeyse sonsuz şekilde ortaya konulabilecek çeşitliliktedir. Bu nedenle burada kast ve yapay fiyat oluşturma amacı gibi suçun genel ilkeleri esas alınmalı ve işlem kalıpları ile sınırlayıcı tanımlama ve değerlendirme yoluna gidilmemelidir.

olarak, 2012- 2015 yılları arasında Barclays, Citigroup, Deutsche Bank, JPMorgan Chase, Royal Bank of Scotland, ve UBS adlı bankaların LIBOR (*London interbank offered rate*) faiz oranları ve “*foreign exchange*” oranlarını yıllar boyunca manipüle etmeleri verilebilecektir, (LIN, s. 1281).

- 92 “*Cornering*” ve “*squeezing*” en eski manipülasyon yöntemlerindedir. Köşeleme olarak ifade edebileceğimiz “*cornering*” yönteminde, bir payın veya ticari malın bütün arzı bir elde toplanarak o malın fiyatının yapay şekilde artırılması söz konusudur. Sıkıştırma veya baskılama olarak ifade edebileceğimiz “*squeezing*” yönteminde, manipülasyon konusu pay veya ticari malın arzının tamamı yerine önemli bir miktar elde edilerek piyasadaki fiyatın yapay şekilde oluşması sağlanmaktadır. Her iki yöntem de piyasa egemenliği kurmaya dayanır ve büyük bir parasal sermaye gerektirmektedir. Her iki yöntem de hukuken kanuni düzenlemeler ile yasaklanmıştır, (LIN, s. 1281).
- 93 “*Front running*” manipülasyonunda genellikle brokerlar tarafından aynı yöndeki bir piyasa hareketinin olacağı bilgisine dayalı olarak o hareket gerçekleşmeden önce bundan yarar sağlayacak şekilde işlem yapılmaktadır. Bu işlem türü de manipülasyon olarak değerlendirilir ve hukuken yasaklanmaktadır. Buradaki bilgisayar programı kullanımı nedeniyle, bu tür manipülasyona brokerlar aynı hızda tepki verebilecek konumda değildir. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act) ile “*spoofing*” (gerçekleşmesi olası olmayan emirler/oyun) yasaklanmıştır, (LIN, s. 1283).
- 94 LIN, s. 1256, 1287.
- 95 Bu iki yöntemden ilkinde bir pay senedi piyasasında çok sayıda küçük hacimli alım-satım emri yazıp emir gerçekleşmeksizin tekrar silmek suretiyle (*pinging*/tınlamak); ikincisinde ise yüklü alım-satım emri yazıp emir gerçekleşmeden tekrar silmek suretiyle payın fiyatının yönü konusunda yapay algı yaratılarak yarar sağlanmaktadır. Buradaki bilgisayar programı kullanımı nedeniyle, bu tür manipülasyona brokerlar aynı hızda tepki verebilecek konumda değildir. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act) ile “*spoofing*” (gerçekleşmesi olası olmayan emirler/oyun) yasaklanmıştır, (LIN, s. 1290).
- 96 Sosyal medya ve internet üzerinde hızlı ve yüksek hacimle yanlış bilgi yayılması ile oluşturulan yapay algı ile yapay fiyat oluşturularak bundan menfaat elde edilmesidir. Klasik P&D manipülasyonu küçük hacimli paylarda etkili iken büyük/toplu yanaltıcı bilgi manipülasyonu ise hacimli ve çok bilinen (Apple gibi) paylarda etkili sonuç doğurmaktadır, (LIN, s. 1292).
- 97 LIN, s. 1288 vd.



2. Bilgi Bazlı Manipülasyon Kalıpları

Tebliğ bakımından bilgiye bazlı manipülasyon (piyasa dolandırıcılığı) bakımından ilk kategoride belirli bir pay hakkında yatırımcıların kararlarını etkileyici nitelikte, herhangi bir dayanağı olmayan yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek yer alır. Burada belirtilen ikinci manipülasyon kategorisi ise belirli bir payda pozisyon alındıktan sonra piyasada yanıltıcı haberler yaymak suretiyle yatırımcıların kararlarını ve dolayısıyla payların fiyatını etkilemeye dönük faaliyetlerde bulunulmasıdır (Tebliğ EK/2-C).

3. Diğer Örnek Teşkil Edebilecek Şüpheli İşlem Kalıpları

Tebliğ’de yer alan bir diğer şüpheli işlem kalıpları başlığı ise “diğer örnek teşkil edebilecek işlem kalıpları”dır. Bu başlıkta belirtilen kalıplar, SerPK m. 106 ve 107’de belirtilen suçlarda kullanılabilir yöntemler ile ilgilidir.

Bu başlıktaki kalıplardan ilki uygulamada sık görülen, müşteri hesabının gerek açılışından itibaren, gerekse sonradan vekaletsiz olarak bir başkası tarafından kullanılmasıdır. Bu kalıp, işlem yasaklı olan kişiler ve suç sayılan işlemlerini gizlemek isteyen kişilerce sıkça kullanılmaktadır.

Burada belirtilen diğer işlem kalıpları ise kısaca şu şekildedir: İşlem yasaklı kişilerle irtibatlı ve yönlendirmesi altında olmak; hesabın müşterinin kişisel nitelikleri ve mali durumu ile uyuşmayan işlemlere konu olması; aynı ikametgah veya iş adresine sahip olmayan kişilerin aynı IP adresi üzerinden yatırım kuruluşu sistemine bağlanması, işlem yapması; görünürde birbirinden bağımsız hareket eden müşterilerin aynı adres, telefon vb. iletişim bilgilerini vermesi, aynı kişi ya da kişilere vekalet vermesi vb. durumlar; büyük miktarda para yatırma işlemlerinin havale veya EFT yoluyla yapılması yerine elden yatırılmak istenmesi, havale mahiyetindeki para hareketlerinin kasa üzerinden nakit çekme ve yatırma suretiyle gerçekleştirilmek istenmesi; bir yatırım kuruluşu müşterisinin telefonla emir iletimi kurallarına aykırı olarak emirlerini ses kaydı yapılmayan telefonlar üzerinden iletmek istemesi veya bunu teklif etmesi.

B. Manipülasyon Sayılmayan Hâller

“Bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı sayılmayan hâller” başlıklı SerPK m. 108’de belirtilen hâllerde SerPK’nın açık hükmü gereğince ilgili fiil manipülasyon (piyasa dolandırıcılığı) suçu sayılmayacaktır. Buna göre öncelikle, TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması manipülasyon suçu oluşturmaz.



Manipülasyon suçu oluşturmayan bir diğer grup işlemler ise SPK düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesidir.

Burada manipülasyon suçu oluşturmayacak son gruptaki haller ise SPK'nın SerPK kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesidir.

V. MANİPÜLASYON SUÇU BAKIMINDAN YATIRIM KURULUŞLARI TARAFINDAN SPK'YA YAPILMASI GEREKEN BİLDİRİMLER

Yatırım kuruluşları⁹⁸, “bildirim yükümlülüğü” başlıklı SerPK m. 102 ile SerPK m. 106 ve SerPK m. 107'deki piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon) suçları teşkil ettiğine dair herhangi bir bilgi veya şüpheliyi gerektirecek bir hususun bulunması hâlinde, bu durumu SPK veya SPK'ca belirlenecek diğer kurum ve kuruluşlara bildirmekle yükümlüdürler.

SPK ve diğer kurum ve kuruluşlara yapılacak, şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün usul ve esasları, V-102.1 sayılı “Bilgi Suistimali veya Piyasa Dolandırıcılığı Suçları Hakkında Bildirim Yükümlülüğü Tebliği” (Bildirim Yükümlülüğü Tebliği) ile düzenlenmiştir⁹⁹. Şüpheli işlem, bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarından herhangi birini teşkil ettiğine dair bir bilginin veya şüphelinin bulunduğu işlemlerdir (V-102.1 sayılı Tebliğ m. 4). İşlemlerin “şüpheli işlem kalıpları”na uygunluğu değerlendirilirken sermaye piyasası mevzuatında yer alan müşteri tanıma kuralı¹⁰⁰ göz önünde bulundurulmalı ve değerlendirme *müşteri ve işlem bazında* yapılmalıdır. Şüpheli veya şüpheliyi gerektiren bir hususun olup olmadığı, gerektiğinde birden çok işlem bir arada ele alınarak değerlendirilir. İşlemin şüpheli olup olmadığı değerlendirilirken müşterinin genel profili, geçmiş yatırım karakteri ve tecrübesi gibi hususların da dikkate alınması gerekmektedir (Tebliğ m. 11(2)(3)).

Yatırım kuruluşlarının, V-102.1 sayılı Tebliğ m. 7'ye göre belirlenen

98 “Yatırım kuruluşları”, aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları SPK'ca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumları ve bankalardır (Tebliğ m. 4(1)(h)).

99 21.01.2014 tarihli ve 28889 sayılı RG'de yayımlanmış ve 01.07.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

100 Bkz. III-39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ m. 29.



görevlileri, karşılaştıkları şüpheli işlemleri en geç beş iş günü içerisinde yazılı olarak¹⁰¹ SPK'nın İstanbul Temsilciliği adresindeki Piyasa Gözetim ve Denetim Dairesine bildirirler (Tebliğ m. 6)¹⁰². Bildirimin yapılmasından nihai sorumlu, ilgili yatırım kuruluşudur. Şüpheli işlem hakkında bildirimde bulunulması veya bulunulacak olması söz konusu işlemlerin yerine getirilmesine engel teşkil etmez (Tebliğ m. 6(4)).

SPK'ya bildirimde bulunanlar, özel kanunlarda hüküm bulunsa dahi, bu madde çerçevesinde yapılan bildirimler ve bildirimde bulunanlar hakkında, mahkeme, savcılık ve Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı¹⁰³ dışında, işleme taraf olanlar dâhil, üçüncü kişiler ile kurum ve kuruluşlara bilgi veremez (SerPK m. 2)102); Tebliğ m. 8).

VI. MANİPÜLASYON İNCELEMELERİNDE UYGULANACAK TEDBİRLER VE SUÇUN KOVUŞTURULMASI

A. SPK Tarafından Manipülasyon Suçu İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler

SPK, SerPK m. 106 ve 107'da sayılan fiilleri işlediğine dair “makul şüphe” bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkilileri ile ilgili sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak, “Bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı incelemelerinde uygulanacak tedbirler” başlıklı SerPK m. 101 ve V-101.1 sayılı Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği (Tedbirler Tebliği) çerçevesinde belirtilen tedbirleri almaya yetkilidir.

SPK, SerPK m. 101(1) ve Tedbirler Tebliği gereğince manipülasyonun varlığı hakkında “makul şüphe”¹⁰⁴ bulunması halinde şu tedbirleri

101 Bildirimin şekli, Tebliğ m. 9'da detaylı olarak belirlenmiştir.

102 Piyasa dolandırıcılığı suçu işlendiğine ilişkin bir bilginin veya şüphenin bulunduğu hallerde yapılacak bildirimler, gerçekleştirilen işlemler, işleme konu paylar, birlikte hareket eden kişiler, kullanılan hesaplar, hesapları kullanan şahıslar ve bu kişilerin aralarındaki ilişkiyi gösteren; her türlü bilgi, belge, doküman, kimlik bilgisi, mevzuat uyarınca tutulan ses kaydı ve diğer delillerle birlikte yapılır (Tebliğ m. 6). Tebliğ, EK/1'de bildirim formu, EK/2'de ise şüpheli işlem kalıpları yer almaktadır.

103 SerPK ve Tebliğ kapsamındaki bildirim yapılmış olması, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamındaki bildirim yapma yükümünü ortadan kaldırmayacaktır.

104 V-101.1 sayılı Tebliğ'de “makul şüphe”, sermaye piyasalarında işlem gerçekleştiren kişilerin veya onlarla birlikte hareket edenlerin işlem kalıpları ve hesaplarında gerçekleştirilen transferler, sermaye piyasası araçlarının geçmiş dönem fiyat miktar analizleri, fiili dolaşım oranları, sermaye piyasası araçları ile ilgili haber ve açıklamalar, ihbar veya şikâyetler ile bunları destekleyen emareler dikkate alınarak yapılan incelemeler sonucunda SerPK m. 106 ve 107'de sayılan fiillerin işlendiğine dair oluşan şüphe (Tebliğ m. 4(1)(g)) olarak



alabilecektir: Borsalarda geçici veya sürekli olarak işlem yasağı¹⁰⁵¹⁰⁶; takas yöntemlerinin (brüt takas¹⁰⁷) değiştirilmesi; kredili alım, açığa satış (*short selling*), ödünç alma ve verme işlemlerine ilişkin sınırlamalar getirilmesi; teminat yükümlülüğü getirilmesi veya yükümlülüğün değiştirilmesi; farklı pazar veya piyasalarda işlem görmesi veya farklı işlem esaslarının belirlenmesi; piyasa verilerinin dağıtım kapsamının sınırlanması; işlem veya pozisyon limiti getirilmesi; piyasanın etkin ve sağlıklı işleyişini teminen gerekli her türlü diğer tedbirler.

SPK ayrıca, SerPK m. 101(2) kapsamında kendi paylarını satın almak üzere bir programın uygulamaya koyan halka açık ortaklıklar ile doğrudan/dolaylı ilişkili kişilerin o ortaklığın payları üzerinde işlem yapmasına sınırlama getirebilecektir.

B. Suçun Kovuşturulması

Sermaye piyasası suçları¹⁰⁸, yargı tarafından resen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar niteliğinde değildir (SerPK m. 115). “Yazılı başvuru ve özel soruşturma usulleri” başlıklı SerPK m. 115 gereğince sermaye piyasası suçlarında SPK’nın yazılı başvurusu bir muhakeme şartıdır¹⁰⁹. bu nedenle diğer sermaye piyasası suçlarında olduğu üzere manipülasyon suçu için de savcıların soruşturma yapması için bu konuda SPK’nın yazılı başvurusu (müracaat) zorunludur.

SPK’nın başvurusu üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği SPK’ya tebliğ edilir ve SPK aynı zamanda katılan sıfatını kazanır (SerPK m. 115(2)). Cumhuriyet

tanımlanmıştır.

105 Tebliğ m. 5-17 arasında işlem yasağı tedbiri ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Geçici işlem yasağı, altı aydan iki yıla kadar olan işlem yapma yasağıdır (Tebliğ m. 4).

106 Sürekli denilmekle birlikte buradaki yasağın süresi beş yıldır.

107 Brüt takas, aynı gün içinde, bir yatırımcı tarafından veya bir sermaye piyasası aracında gerçekleştirilen tüm alı ve satışı işlemlerine ilişkin takas yükümlülüklerinin netleştirmeye tabi tutulmaksızın takas gününde ayrı ayrı yerine getirilmesidir, (V-101.1 sayılı Tebliğ m. 4).

108 SerPK m. 115 (1) gereğince SerPK’da tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Burada mülga SerPK’daki düzenlemeden farklı olarak SerPK’da düzenlenen suçlar yanında SerPK ile atıf yapılan suçlar bakımından da (güveni kötüye kullanma, belgede sahtecilik vb.) SPK’nın yazılı başvurusu gerekli kılınmıştır (SerPK m. 115(4)).

109 Burada mülga SerPK döneminde mülga SerPK m. 49 ile ilgili olarak yapılan değerlendirmede, bu yazılı başvuru şartının niteliğinin “ceza muhakemesi şartı” olduğu ve burada muhakemenin yapılabilmesinin, başvuru koşuluna bağlı tutulmasının amacının ise piyasaya olan güvenin sağlanması olduğu ifade edilmiştir. Burada şikayet ve yazılı başvuru arasındaki farklar ile ilgili olarak ayrıca bkz. YENİSEY, F. / NUHOĞLU, A., “Yazılı Başvuru” Şartının Hukuki Niteliği, *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 101 (2013), s. 100 vd.).



savcısı soruşturmada sırasında ve özellikle de şüpheli veya tanıkların ifadesinin alınması esnasında SPK personelinden yararlanabilecektir.

04/05/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun m. 8, SerPK m. 109'da yer alan Usulsüz Halka Arz ve İzinsiz Sermaye Piyasası Faaliyeti Suçları bakımından da uygulanacaktır (SerPK m. 115(5)).

SerPK m. 116 ile SerPK'da tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yargılamalarda görev ve yetkinin, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından ihtisas mahkemesi olarak görevlendirilen asliye ceza mahkemelerinde olduğu düzenlenmiş¹¹⁰ olsa da henüz bu mahkemeler gerçek anlamda birer ihtisas mahkemesi olarak hayata geçirilememiştir.

VII. MANİPÜLASYON SUÇU TÜZEL KİŞİ YARARINA İŞLENMESİ HALİNDE İLGİLİ TÜZEL KİŞİLERİN SORUMLULUĞU

Türk ceza hukuku düzenlemeleri bakımından tüzel kişilerin cezai sorumluluğu düzenlenmemiştir. Tüzel kişiler, ancak TCK m. 60¹¹¹ kapsamındaki güvenlik tedbirleri (müsadere, faaliyet izni iptali) şeklindeki yaptırımlar ile sorumlu tutulabileceklerdir. TCK m. 60'nin uygulanabilmesi için ilgili cezai (suç) düzenlemesinde, TCK m. 60'ın uygulanacağına dair açık bir atıf yapılması gereklidir (TCK m. 60(4)). Bu nedenle, TCK m. 60'ın uygulanabileceğine dair açık hüküm içermeyen suç tipleri bakımından tüzel kişilerin TCK m. 60 kapsamında sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçları için tüzel kişilerin sorumluluğu ile ilgili özel bir düzenleme yapılarak bu suçlar bakımından tüzel kişilerin güvenlik tedbiri sorumluluğu, ilk defa SerPK m. 114¹¹²

110 Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesinin 09.05.2013 tarihli ve 864 sayılı kararı kapsamında yapılan görevlendirmeler SerPK m. 116 anlamında ihtisas mahkemesi kurulmuş olduğu anlamına gelmemektedir.

111 "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri" başlıklı TCK m. 60 şu şekildedir: "(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir. (2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır".

112 "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri" başlıklı SerPK m. 114 şu şekildedir: "(1) 106 ncı ve 107 nci maddelerde tanımlanan suçların bir tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi



(karş. TCK m.60) ile düzenlenmiştir. Buna göre manipülasyon suçu bir tüzel kişi yararına işlenmiş ise bu halde SerPK m. 114 kapsamında o tüzel kişi hakkında kendisine özgü güvenlik tedbiri (faaliyet izni iptali gibi) alınabilecek ve onun bu şekilde sorumluluğuna gidilebilecektir.

VIII. MANİPÜLASYON SUÇUNDA ETKİN PİŞMANLIK

Daha önce ifade edildiği üzere, işlem bazlı manipülasyon için SerPK m. 107(1)'de iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası öngörülmüş ve adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamayacağı düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık düzenlemeleri¹¹³ genellikle mağduriyetin giderilmesi veya ilgili suç ile etkin mücadeleyi hedeflemektedir. Manipülasyon suçunda başta piyasanın bütününe olan güven olmak üzere doğrudan veya dolaylı pek çok maddi zarar da ortaya çıkarılabilmektedir. Bu nedenle, işlem bazlı manipülasyon bakımından suçun bütün mağdurlarının tespit edilebilmesi imkansızdır.

SerPK m. 107(3)'te ise işlem bazlı manipülasyon için etkin pişmanlık hükmünden yararlanılarak cezadan kurtulma veya daha az ceza almanın yolu açılmıştır. SPK m. 107(3) gereğince işlem bazlı manipülasyon suçu işleyen kişi pişmanlık göstererek, beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı, Hazineye ödediği taktirde ona verilecek ceza da indirimle gidilecek veya hiç ceza verilmeyecektir. Buna göre, pişmanlık gösterilerek yukarıda belirtilen miktardaki ödeme, henüz soruşturma başlamadan önce yapılırsa fail hakkında cezaya hükmolünmayacaktır. Ödeme, soruşturma evresinde yapılırsa fail hakkında verilecek ceza yarısı oranında indirilecektir. Ödeme, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar yapılırsa, fail hakkında verilecek ceza üçte biri oranında indirilecektir.

SerPK m. 107(3)'te atıf yapılmaması nedeniyle bilgi bazlı manipülasyon suçlarında etkin pişmanlık hükmü uygulanamayacaktır.

hâlinde ilgili tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolünür”.

113 TCK bakımından da çeşitli hükümlerinde farklı suç tipleri için farklı etkin pişmanlık düzenlemeleri yapılmıştır. Etkin pişmanlık kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÖDEKLİ, M. , Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 29, s. 277-360. Sermaye piyasasında etkin pişmanlık düzenlemeleri için bkz. YILDIRIM, E. , Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2014/2, s. 231-268.



SONUÇ

Günümüzde, gelişmiş teknolojik araçlar ve sosyal medya iletişim yolları, sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işlemesi ve bu nitelikler dahilinde gelişmesini güçleştirmektedir. Sermaye piyasasında doğal fiyat oluşumunu, güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda piyasanın işlemesine engel olan etkenlerin başında manipülasyon suçu gelmektedir.

Manipülasyon suçunu genel olarak, bir sermaye piyasası aracının serbest piyasadaki doğal fiyat oluşumunun, kendisinin veya bir başkasının menfaatine olacak/olabilecek şekilde yapay fiyat oluşturma düşüncesi (kastı) ile doğrudan ve/veya dolaylı etki edecek nitelikte bilgi-haber yayma, kamuya açıklanması gerekli bilgileri gizleme, alım ve/veya satım yapmak, başkalarının alım/satımının yapılmasına neden olmak veya bunlara benzer nitelikteki fiil ve davranışlar ile engel olunarak yapay fiyat oluşturulması olarak tanımlayabiliriz. Kanunımızca, manipülasyon suçu Kanunen tanımlanmamalı, sadece suçun unsurlarının Kanunen belirlenmesi yöntemi izlenmeli ve böylelikle suç ve cezanın kanuniliği ilkesinin zedelemeyecek düzeyde esneklik sağlanmalıdır.

6362 sayılı SerPK, 2499 sayılı SerPK'dan farklı olarak manipülasyon suçunu diğer sermaye piyasası suçlarından ayrı ve bağımsız bir Kanun maddesi ile düzenlenmiştir. Manipülasyon suçu veya Kanundaki ifadesi ile "piyasa dolandırıcılığı"na ilişkin ana düzenleme ise SerPK m. 107 ile yapılmıştır. 6362 sayılı SerPK'da düzenlenmiş suçlara dair hükümler, öngörülen cezanın diğer Kanunlardaki hükümlerdeki cezai hükümlere göre ağır veya hafif olup olmadığına bakılmaksızın her halükarda, özel norm olarak öncelikle uygulanacaktır.

SerPK m. 107 ve onun ile ilişkili diğer düzenlemeler, sermaye piyasasında olması gereken niteliklerin sağlanması ve yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması bakımından önemli yer tutmaktadır. Manipülasyon suçu, içeriği itibarıyla bilgi bazlı ve işlem bazlı olmak üzere iki ana türe veya kategoriye ayrılmaktadır.

Bilgi bazlı manipülasyon genel olarak, yatırım yapılacak sermaye piyasası aracı ile ilgili yanlış ve yanıltıcı bilgiler verilmek suretiyle, gerçek dışı bir takım söylentiler çıkarılarak ya da açıklanması gerekli bilgilerin açıklanmaması şeklinde gerçekleştirilmektedir. Bilgi gizlenmesi veyahut gerçeğe aykırı yönlendirici bilgi açıklanması ile ilgili menkul kıymet bakımından yapay fiyat oluşumu ortaya çıkarılmaktadır. Bilgi bazlı manipülasyon, yatırımcılara hızlı ve düzenli şekilde bilgi açıklaması yapılması konusundaki etkinliğin sağlanamadığı piyasalarda daha sık görülebilir bir yapıdadır.



İşlem bazlı manipülasyon genel olarak, sermaye piyasasında işlem yapan kişilerin sermaye piyasası aracının fiyatını etkilemek ve yapay fiyat oluşumunu sağlamak şeklindeki asıl niyetleri gizleyerek, o araç ile ilgili alım ve/veya satım işlemi gerçekleştirilmesi veya başkaları tarafından bunun yapılmasının sağlanması şeklinde gerçekleştirilmektedir. İşlem bazlı manipülasyon ile yapay piyasada yapay fiyat oluşumu sağlanmış olmaktadır. Bu manipülasyon türü bakımından da yatırımcının yeterince ve etkin bilgilendirilmesinin veya bir diğer ifadeyle kamunun aydınlatılmasının yapılan düzenleme ve denetimlerle etkin şekilde sağlanması önem arz etmektedir. Kamuyu aydınlatma ve denetim bakımından etkili şekilde işleyen sermaye piyasalarında, ağırlıklı görülen manipülasyon türünün bilgi bazlı manipülasyon yerine işlem bazlı manipülasyon olması beklenmelidir.

SerPK m. 107(1)'de işlem bazlı manipülasyon, SerPK m. 107(2)'de ise bilgi bazlı manipülasyona ilişkin düzenleme yer almaktadır. SerPK m. 107(3)'te ise işlem bazlı manipülasyon suçuna özel olarak etkin pişmanlık düzenlemesi yapılmıştır.

Manipülasyon suçunun her iki türü ile ilişkili diğer SerPK hükümleri olarak SerPK m. 101, 102, 104, 108, 114 belirtilebilecektir. Manipülasyon suçu ile ilişkili olarak değerlendirilebilecek SPK Tebliği ise şunlardır: Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği (V-101.1) ; Bilgi Suistimali veya Piyasa Dolandırıcılığı Suçları Hakkında Bildirim Yükümlülüğü Tebliği (V-102.1) ve Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği (VI-104.1).

SerPK m. 107(1) bakımından işlem bazlı/dayalı manipülasyon (piyasa dolandırıcılığı) suçunun maddi unsuru, "sermaye piyasası araçlarının alım ve satımını yapmak, emir vermek, emir iptal etmek, emir değiştirmek veya hesap hareketleri gerçekleştirmek" şeklindeki seçimlik fiillerdir. SerPK m. 107(1)'de belirtilen fiillerin işlemlerin madde kapsamında suç oluşturabilmesi için SerPK m. 107(1)'de belirtilen suçun manevi unsuru ise "sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla" yapılmasıdır (kast unsuru/manevi unsur).

İşlem bazlı manipülasyon suçu oluşturabilecek fiil veya işlemlere örnek olarak, "piyasa bozucu eylemler" ile ilgili VI104.1- sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 5'te belirtilen işlemler ve V102.1- sayılı Bildirim Yükümlülüğü Tebliği EK/-2B'de belirtilen işlem kalıpları verilebilecektir.

SerPK m. 107(1) ile manipülasyon/piyasa dolandırıcılığı fiili bir "tehlike suçu" düzenlenmiş ve manipülasyon sonucu bir menfaatin gerçekleşmesi



şart koşulmamıştır. Burada, işlemin büyük veya küçük olması değil, manipülasyon veya bir diğer ifadeyle yapay piyasa sonucunu doğurmaya elverişli olup olmaması önem arz etmektedir. Bir diğer ifadeyle işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun neticesi sermaye piyasası araçlarının fiyatının etkilenmesi tehlikesidir. İşleme dayalı manipülasyon bakımından haksızlık, failin işlemi yaparken güttüğü amaç ile oluşturulmaktadır. İşlem bazlı manipülasyonda suçtan menfaat sağlanması halinde ise bu husus adli para cezası hesaplamalarında esas alınacak bir unsur olacaktır.

SerPK m. 107(2) bakımından bilgi bazlı/dayalı manipülasyon suçunun maddi unsuru veya suça dayanak olacak fiilin taşınması gereken ilk özellik, yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak niteliğinde olmasıdır. Burada, bilgi bazlı manipülasyon suçunun varlığı bakımından suç oluşturacak fiil bakımından aranan ikinci özellik ise “bu suretle menfaat sağlayanlar” ifadesinden hareketle, “menfaat sağlamak”tır. Bir diğer ifadeyle, SerPK m. 107(2) bakımından manipülasyon/piyasa dolandırıcılığı suçunun maddi unsurunun tanımlanması bakımından menfaat sağlanması şarttır. Menfaat sağlanması şartı, 6637 sayılı Kanun m. 11 ile sonradan SerPK m. 107(2) hükmüne “ve bu suretle menfaat sağlayanlar” ifadesinin eklenmesi ile ortaya çıkmıştır. O halde, işlem bazlı manipülasyondan farklı olarak suçun varlığı bakımından burada menfaat sağlanması gereklidir. Kanımızca, bilgi bazlı manipülasyon suçu bakımından Kanuna “menfaat sağlamak” ifadesinin eklenmesi, bu kapsamda suç sayılabilecek fiillerin alanını daraltmış ve hatta bu fıkra kapsamında manipülasyonun cezalandırma imkanını yok denecek kadar azaltmıştır. Uygulamada, bilgiye dayalı manipülasyon bakımından özellikle manipülasyon ile sağlanan menfaatin ispatı konusunda sıkıntı yaşanacağı açıktır. Bu halde ilgili hukuka aykırı fiil,, piyasa bozucu eylemler kapsamında kabahat olarak idari para cezası ile yaptırıma bağlanabilecektir.

Hem SerPK m. 107(1) hem de SerPK m. 107(2) bakımından “menfaat” kavramı, failin veya birlikte hareket ettiği kişilerin malvarlığında ortaya çıkacak zararın (eksilmenin) önlenmesi veya bu kişilerin malvarlığında oluşacak pozitif bir artış olarak, geniş şekilde ele alınmalıdır. Kanımızca, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, manipülasyon suçunun tanımlanması yerine Kanunda temel unsurlarının tanımlanması yerinde olacaktır. Örneklemeye yoluyla yapılan tanımlamalarda ise sınırlayıcı ifadeler kullanılmamalı ve esneklik sağlanmalıdır. Günümüzdeki teknolojik gelişmeler, manipülasyon suçunun işleniş yöntemlerinin sınırlayıcı şekilde tanımlanmasını olanaksız kılmaktadır. Burada manipülasyon



suçunun manevi unsuru (kast) bakımından ise Kanunen ispat kolaylıkları sağlayıcı hükümlere (karineler, ters ispat yükü gibi) yer verilmesi yerinde olacaktır.

“Bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı sayılmayan hâller” başlıklı SerPK m. 108’de belirtilen hallerde SePK’nın açık hükmü gereğince ilgili fiil manipülasyon suçu sayılmayacaktır. Manipülasyon suçu için tüzel kişilerin sorumluluğu ile ilgili özel bir düzenleme yapılarak bu suçlar bakımından tüzel kişilerin güvenlik tedbiri sorumluluğu, ilk defa SerPK m. 114 (karş. TCK m.60) ile düzenlenmiştir.

SerPK m. 107’de düzenlenen manipülasyon, suç niteliğinde olması nedeniyle SerPK m. 104 ve Tebliğde düzenlenen “piyasa bozucu eylem” kavramı dışında kalmaktadır. Piyasa bozucu eylem düzenlemesi ile bir piyasa bozucu fiil veya işlem, nitelik olarak bilgi suistimali veya piyasa dolandırıcılığı/manipülasyon suçu kapsamına dahil olabilecek olmakla birlikte, suça esas fiilin herhangi bir nedenle bu suç kapsamına dahil edilememesi halinde kabahat olarak cezalandırılabilir. Bir diğer ifadeyle piyasa bozucu eylemler, nitelik olarak bilgi suistimali ve manipülasyon suçunu oluşturabilecek olmakla birlikte nicelik farkı, suçun unsurlarında herhangi bir eksiklik veya suçun ispat güçlüğü gibi eksiklikler nedeniyle kabahat olarak müeyyideye bağlanmış işlemlerdir. Piyasa bozucu eylem niteliğindeki fiiller, SerPK m. 107 kapsamına girecek seviyede olmaları ve bu suçların Kanuni unsurlarını sağlamaları halinde bu sefer suç manipülasyon suçu niteliğine kavuşacak ve hapis ve adli para cezası ile cezalandırılabilir.

Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 8’de ise “piyasa bozucu eylem sayılmayan haller” düzenlenmiştir. Buna göre SerPK m. 108’de yer alan bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı sayılmayan hâller, basın özgürlüğü kapsamındaki faaliyetler ile SerPK m. 104 kapsamına girmeyen eylem ve işlemler, piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilmez. Bu düzenlemeden hareket edilmek suretiyle de piyasa bozucu eylemler ile SerPK m. 107’de düzenlenen manipülasyon suçunun nitelik olarak aynı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Tebliğ m. 8’den yapılacak bir diğer çıkarım ise basın özgürlüğü kapsamındaki faaliyetlerin aynı zamanda manipülasyon suçu da oluşturamayacak olmasıdır. Bununla birlikte basın özgürlüğünün sınırlarının kesin olmadığı ve bu özgürlüğün kötüye kullanılarak basının (yazılı, görsel, sosyal medya) “yasal manipülasyon” aracı olarak kullanılabilme ihtimali de göz ardı edilmemelidir.

SPK, SerPK m. 107’de sayılan manipülasyon fiillerini işlediğine dair “makul şüphe” bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin



yetkilileri ile ilgili sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak, “Bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı incelemelerinde uygulanacak tedbirler” başlıklı SerPK m. 101 ve V-101.1 sayılı Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği (Tedbirler Tebliği) çerçevesinde belirtilen tedbirleri de alabilecektir.

Diğer sermaye piyasası suçlarında olduğu üzere manipülasyon suçu da yargı tarafından re’sen soruşturulabilen ve kovuşturulabilen suçlardan değildir. Sermaye piyasası suçlarında “Yazılı başvuru ve özel soruşturma usulleri” başlıklı SerPK m. 115 gereğince SPK’nın yazılı başvurusu bir muhakeme şartıdır . Manipülasyon suçu için de savcıların soruşturma yapması için SPK’nın yazılı başvurusu (müracaat) zorunludur. Kanımızca bu düzenleme, manipülasyon suçlarının tespiti, cezalandırılması ve bu alandaki yargılamaların çoğalarak geniş kapsamlı bir yargısal içtihat oluşmasının önündeki en büyük engeli oluşturmaktadır. Kanuni bir düzenleme ile sermaye piyasasında manipülasyon nedeniyle zarar gören uygulayıcı ve yatırımcıların belirli şartlar dahilinde doğrudan suç duyurusu yapabilmesine imkan sağlanmalıdır.

Kanımızca, SPK’nın SerPK m. 107’de yer alan manipülasyon suçuna ilişkin özel bir Tebliğ düzenlemesi yapılması ve bu konu ile ilişkili olan ve diğer Tebliğ’lerde yer alan düzenlemelerin de bu Tebliğ kapsamına alması yerinde olacaktır.

Burada son olarak, SerPK m. 116 gereğince gerçek anlamda sermaye piyasası hukuku davalarına bakacak ihtisas mahkemelerin kurulması gerektiğini belirtmemiz yerinde olacaktır. Sermaye piyasası hukuku alanındaki davalar bakımından mevcut asliye ceza mahkemelerinin görevlendirilmesi, az sayıda hukukuçunun üzerinde çalıştığı ve karmaşık bir yapıyı haiz sermaye piyasası hukuku davalarının olması gerektiği gibi yürütülmesini ve hakkaniyetle karara bağlanmasını olanaksız kılmaktadır.



KISALTMALAR

art. : article

C. : Cilt

CSMAD : Criminal Sanctions for Market Abuse Directive

E. : Esas

İPC : idari para cezası

m. : madde

MAR : Market Abuse Regulation

K. : Karar

karş. : karşılaştırınız

RG : Resmi Gazete

S. : Sayı

s. : sayfa

SEC : U.S. Securities and Exchange Commission

SA. : Menkul Kıymetler Kanunu (Securities Act of 1933)

SEA. : Menkul Kıymetler Borsası Kanunu (Securities Exchange Act of 1934)

sec. : section

SerPK : Sermaye Piyasası Kanunu

SPK : Sermaye Piyasası Kurulu

TCK : Türk Ceza Kanunu

v. : versus

vd. : ve devamı

Vol. : Volume



KAYNAKLAR

CHAMBERS, N. , Sermaye Piyasalarında Manipülasyon ve İMKB'deki Örnekleri, **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, S. 24 (2004), s. 63.

DURŞUN, S. , 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Suçlar ve Kabahatler Hakkındaki Yenilikler, **6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Uygulamasının Değerlendirilmesi Sempozyumu - 2 Mayıs 2013**, İstanbul; <http://www.selmandursun.com/?p=118>.

ESMA Final Report- ESMA/2015/224, **ESMA's technical advice on possible delegated acts concerning the Market Abuse Regulation**, (03.02.2015), s. 7 vd. ; <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-224.pdf>.

EVİK, A. H., **Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma -Manipülasyon Suçları**, Ankara, 2004.

GARNER, B. A., **Black's Law Dictionary**, St. Paul Minnesota, 2009.

GEISST, C. R. , **Wall Street: A History : from Its Beginnings to the Fall of Enron**, New York, NY, 2004.

GOLDWASSER, V. , **Stock Market Manipulation and Short Selling**, Melbourne, 2009.

GÖDEKLİ, M. , Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 29, s. 277-360.

LIN, T. C. W. ,The New Market Manipulation, **Emory Law Journal**, Vol. 66 (2017), s. 1280

MAHMUTOĞLU, F. S. , Suç - Kabahat Ayırımı – İdari Ceza Hukukunun Temelleri, **T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 2009, s. 27 vd.

MANAVGAT, Ç. , **Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları**, Ankara, 2008.

MARKHAM, J. , **Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation**, New York, NY, 2014.

SAKİN, S. , Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, **International Journal of Legal Process**, Cilt 2 , Sayı 1 (2016), s. 31-77.

ŞENSOY, D. , Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2013/3, s. 378.



Sermaye Piyasası Kurulu, **Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, Kullanılan Yöntem Örnekleri Manipülatif İşlem Kalıbı Örnekleri Korunma Yolları**, Ankara , Aralık 2003, s. 1 vd. (“SPK Yayını”)

SÖDERSTRÖM, R. , **Regulating Market Manipulation an Approach to Designing Regulatory Principles Uppsala Faculty of Law Working Paper 2011:1**, s. 31; <http://uu.diva-portal.org>.

ÖZCAN, R. , Hisse Senedi Piyasalarında Manipülasyon Stratejileri, **İMKB Dergisi**, Yıl: 13, S. 49, s. 20 vd.

YENİSEY, F. / NUHOĞLU, A. , “Yazılı Başvuru” Şartının Hukuki Niteliği, **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S. 101 (2013), s. 100 vd.

YILDIRIM, E. , Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2014/2, s. 231-268.

YÜCE, A. A. , Sermaye Piyasasında Manipülasyon, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 2012, s. 369.

<http://www.dailymirror.lk>

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://www.kazanci.com>

<http://law.justia.com>

<https://www.law.cornell.edu/>

<https://www.sec.gov/>

<http://spk.gov.tr/duyuru.aspx>

<http://www.tdk.gov.tr/>



TAŞINMAZ SATIŞ VAADI SÖZLEŞMESİ VE TAŞINMAZ SATIŞ VAADI SÖZLEŞMESİNDE GÖREV VE YETKİYE İLİŞKİN SORUNLAR

(Preliminary Real Estate Contracts and Competent Court in Preliminary Real Estate Contracts)

Yrd. Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK¹

ÖZ

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi uygulamada çok sık başvurulan bir sözleşmedir. Taraflar bazı durumlarda taşınmaz satışını o an şartlar gerçekleşmediği için yapmak istemeyebilirler. Özellikle ön ödemeli konut satışlarında taraflar aralarında taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yaparlar. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin resmî şekilde yapılması zorunludur. Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde uygulamada görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi bakımından bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu makalemizde öncelikle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi genel hatları ile incelenecek daha sonra ise taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin çıkan sorunlarla ilgili açıklamalarda bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, görev, yetki, terditli dava, objektif dava birleşmesi

ABSTRACT

Preliminary Real Estate Contract is type of agreement that can frequently be seen in practice. Under an Preliminary Real Estate Contract, the seller takes on the obligation to sell a particular property to the buyer and the buyer in return assumes the obligation to buy the property at particular a time and price permanently agreed. Parties may not want to transfer or receive ownership of a property immediately if they are expecting a future condition/s to be satisfied. Preliminary real estate contracts can especially be seen in prepaid real estate transactions because

1 Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Öğretim Elemanı, hknalbayrak@hotmail.com



at the moment of its signing the property is still in process of construction so the condition in such a case is the completion. Preliminary real estate contracts must be in official format and therefore executed before a notary. In practice, determining the competent court in case of a dispute arising from preliminary real estate contracts can be problematic. In this article, I am going to describe preliminary real estate contracts in general terms and then specifically focus on and discuss the question of determining competent court in case of a dispute arising from preliminary real estate contracts.

Keywords: Preliminary real estate contracts, competent court, multiple and alternative claims, joinder

GİRİŞ

Taşınmaz satış vaadi², eski adıyla gayrimenkul satış vaadi³ müessesesi toplumda sık sık ve kolaylıkla başvurulmuş bir yoldur. Bir neden dolayısıyla, şartları henüz gerçekleşmediği için kurulması imkânsız bulunan asıl satış sözleşmesinin görevini yerine getirmesi⁴, uzun ve bıktırıcı şekli törenlerden uzak oluşu ve bu hâlin getirdiği kolaylıklara ek olarak, özellikle cezai şart ve cayma parası gibi başka hukuki

2 Birazdan belirteceğimiz üzere taşınmaz satış vaaadinin aslında bir önsözleşme olması ve TBK m. 29'da da eski Borçlar Kanunu m.22 de geçen "akit yapma vaadi" tabiri yerine "önsözleşme" tabiri kullanılmış olmasına rağmen, Tapu Kanunu m. 29'da, Yargıtay içtihatlarında ve uygulamada taşınmaz satış vaadi tabirinin yerleşmiş olması nedeniyle biz de "Taşınmaz satış vaadi" tabirini kullanmayı tercih ettik (aynı yönde; ÖZMEN, Sebâ Etem / HAMAMCIOĞLU-VARDAR, Gülşah, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 36.)

3 "Vaad" kelimesinin "vaid", "vait" şeklinde de kullanıldığı görülmektedir. Nitekim vaad kelimesi Türk Dil Kurumunca hazırlanan imla kılavuzunda "vait" şeklinde kullanılmıştır. Bu hususta bkz. SUNGURBEY, İsmet, **Borç İkrarı ve Borç Vaadi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1957; OĞUZMAN, M. Kemal, **Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hâl Çaresi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 390; ÇENBERCİ, Mustafa, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 1; ÖZENLİ, Soysal, **Uygulamada**

Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1986, s. 3; KILIÇ, Halil,

Gayrimenkul Davaları, C. 2, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 1517.

Ancak en son yazım kılavuzuna bakıldığında kelime "vaad" şeklinde değil "vaat" olarak geçmektedir. Ancak "vaat eden" manasında "vaat etmek", kelimesi tercih edilmektedir. Ayrıca "vaat" kelimesi "satış vaadi" şeklinde kullanıldığında "ünsüz yumuşamasına" uğramaktadır. (<http://www.tdk.gov.tr>). Nitekim son Yargıtay içtihatlarına bakıldığında "vaat alacaklısı", "vaat edilen" kavramları tercih edilmiştir. (Yarg. 14. HD. T. 4.4.2016, E. 2014/16955, K. 2016/4009, www.kazanci.com.tr).

4 BERKİ, Şakir, **Borçlar Hukuku**, C. I, Ankara, 1958, s. 72



müesseselerle de desteklenerek halkın güven ihtiyacına cevap vermesi⁵ gibi nedenlerle toplumda geniş bir kabul ve uygulama alanı görmüştür⁶.

Türk kanun koyucusu, ihtiyaçların artan baskısı altında, birkaç kez, taşınmaz satış vaadine eğilmek zorunluluğunu duymuştur. Buna rağmen bu müessesenin kanunlarımızda, etraflı şekilde düzenlenmiş olduğu söylenemez. Gerçekten taşınmaz satış vaadini doğrudan doğruya ilgilendiren kanun hükümleri Türk Borçlar Kanunu m. 237/ f. II, Noterlik Kanunu m. 60 ve m. 89, Tapu Kanunu m. 26' dan ibarettir. Bu düzenlemelerden Türk Borçlar Kanunu' nun 237. maddesi, taşınmaz satış vaadinin resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olamayacağına; Noterlik Kanunu'nun 60. maddesi, noterlerin diğer işler yanında taşınmaz satış vaatlerine ilişkin senetlerin düzenleme işlerini de yapacaklarına, aynı kanunun 89'uncu maddesi de taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hangi hükümlere göre düzenleneceğine ve nihayet Tapu Kanunu'nun 26' ncı maddesi ise, Noter tarafından düzenlenmiş bu sözleşmelerin taşınmaz siciline şerh verilebileceklerine ilişkin bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere taşınmaz satış vaadi ile ilgili hükümler, şekil ve şerh ile sınırlıdır. Kanun koyucu, taşınmaz satış vaadiyle ilgili olarak ayrıntılı hükümlere yer vermemiştir. Çünkü kanun koyucu, taşınmaz satış vaadini kanun hükümlerinin sınırlı kalıpları içerisinde dondurmaktan çekinmiş; onun, hayatın durağan olmayan akışı içerisinde doğacak yeni ihtiyaçları karşılayacak şekilde doğal bir gelişme göstermesini istemiştir⁷.

Konuyu incelerken öncelikle taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin hukuki niteliği üzerinde durmaya çalışacağız. Bunu tespit ettikten sonra taşınmaz satış vaadinin şartlarını, taşınmaz satış vaadi şerhinin etkisini ve taşınmaz satış vaadinin sonuçlarını inceleyeceğiz. Bu incelemelerden sonra taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak ortaya çıkacak uyumsuzluklarda görev ve yetki sorununa değineceğiz.

I. TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ YAPISI

Taşınmaz satış vaadinin hukuki niteliği konusunda, tartışmalar olmakla birlikte, genel olarak kabul edilen görüş, söz konusu sözleşmenin

5 AKGÜN, Zerrin, "Gayrimenkul Satış Vaadi ve Gayrimenkul Bey'inde Hasar", *Adalet Dergisi*, S. 5, Ankara, 1953, s. 451.

6 ÇENBERCİ, s. 2; EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 192

7 REİSOĞLU, Seza, "Gayrimenkul Satış Vaadi", *Adalet Dergisi*, S. 6- 7, Ankara, 1957, s. 554; ÇENBERCİ, s. 3

bir “önsözleşme”⁸ olduğudur⁹. Taşınmaz satış vaadinin bir önsözleşme olması, niteliği itibarıyla nispi¹⁰ hak olması sonucunu doğurur. Bu başlık altında öncelikle taşınmaz satış vaadinin ön sözleşme niteliği ve nispi hak olması üzerine durulacaktır.

A. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Ön Sözleşme Niteliği

TBK m. 29 hükmüne göre: “Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.”.

Madde metni, bir tanım vermemekle birlikte, önsözleşmenin mahiyetine ilişkin çeşitli ipuçları sunmaktadır. Önsözleşme, başka bir sözleşmeyi kurma borcu yükleyen bir borçlar hukuku sözleşmesidir¹¹. Dolayısıyla birbirinden kesin olarak ayırt edilmesi gereken iki sözleşme vardır: Bunlardan birincisi, ileride yapılacak sözleşmenin hazırlayıcısı, öncüsü durumunda olan ön sözleşme, diğeri de gelecekte yapılması taraflardan biri veya her ikisince yüklenen asıl sözleşmedir¹². Söz gelimi (A), bir taşınmazın satışı için kendisi ile ileride satış sözleşmesi

8 TBK m. 29’un başlığı “Önsözleşme” şeklindedir. TBK m. 29 “önsözleşme” tabirini bitişik şekilde kullanmıştır. Ancak doktrinde gerek AYRANCI, gerekse DOĞAN bu konuya ilişkin yazmış oldukları eserlerinde bu tabiri ayırık olarak “ön sözleşme” şeklinde kullanmışlardır (AYRANCI, Hasan, **Ön Sözleşme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 40; DOĞAN, Gül, **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, İstanbul, 2006, s. 51 vd.). Aynı şekilde bu tabiri ayırık bir şekilde kullanan yazarlar da mevcuttur (YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku-Özel Hükümler**, Beta, İstanbul, 2014, s. 245; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 390).

Ancak doktrinde TBK m. 29’daki yazıma uygun olarak bitişik “önsözleşme” şeklinde de kullanımlar mevcuttur. (Bkz.; ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU-VARDAR, s. 36 vd.; SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 329; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 307 vd.).

9 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s. 67 vd.; ÇENBERCİ, s. 6 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 390; EREN, **Özel Hükümler**, s. 192; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C-1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 189; NÖMER, N. Halûk, **Borçlar Hukuku- Genel Hükümler**, Beta Basım, İstanbul, 2015, s. 50; SİRMEN, **Eşya Hukuku 2016**, s.329. Aslında Sungurbey genel olarak önsözleşmenin gereksiz olduğu görüşündedir. Ona göre, Alman, İsviçre ve Türk hukukunda bir edimi vaat etmekle, zaten doğrudan doğruya o edim borçlanılmış olup bir kez daha vaatte bulunmak gereksiz bir yoldur (SUNGURBEY, İsmet, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, İstanbul, 1963, s. 11; aynı görüşte KARAHASAN, M. Reşit, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I, İstanbul, 2002, s. 452).

10 Türk Dil Kurumunun internet adresinde bulunan yazım kılavuzunda “nisbi” kelimesi “nispi” olarak geçtiği için bizde “nispi” kelimesini tercih ettik.

11 AYRANCI, s. 40; DOĞAN, s. 51 vd.; VON TUHR, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Yeni Matbaa, İstanbul, 1952 (Cevat, Edege Çevirisi), s. 276; OLGAC, Senai, “Gayrimenkul Satış Vaadi” , **Adalet Dergisi**, S. 3- 4, Ankara, 1962, s. 244

12 ÇENBERCİ, s. 10



yapmayı (B)'ye karşı borçlanmıştır. Burada, ileride yapılacak satış sözleşmesi, asıl sözleşmeyi; bu sözleşmenin ileride yapılmasına ilişkin hâlen mevcut sözleşme ise ön sözleşmeyi teşkil eder. Ekonomik hayatın bir zorunluluğu ve sözleşme serbestisi ilkesinin uygulanması olarak karşımıza çıkan önsözleşme, asıl sözleşmenin kurulması için gerekli şartların o anda gerçekleşmemiş olması, durumun henüz asıl sözleşmeyi yapmak için olgun ve elverişli bir hâle gelmemiş bulunması gibi nedenlerle yapılır¹³.

Önsözleşmenin geçerliliği için belirli şartlar gereklidir. Öncelikle önsözleşme borçlandırıcı işleme ilişkin olmalıdır, tasarruf işlemlerine ilişkin önsözleşme yapılamaz¹⁴. Bu nedenle, mirastan feragat, alacağın temliki¹⁵, ibra sözleşmesi¹⁶ ve bağışlama vaadi önsözleşme değildir¹⁷. Önsözleşmenin konusu belirlenmiş veya belirlenebilir olmalıdır¹⁸. Alacaklıya vadin yerine getirilmesini isteme yetkisinin verilmiş olması gerekir¹⁹. TBK m. 27 hükmüne göre: *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür.”* Önsözleşme de niteliği itibarıyla sözleşme olduğu için TBK m. 27 aynen uygulama alanı bulacaktır. TBK m. 29/ f. II hükmünde

- 13 OSER/ SCHÖNENBERGER, **Borçlar Hukuku**, Adalet Bakanlığı, Ankara, 1947 (Recai Seçkin Çevirisi), s. 193; SCHWARZ, Andreas B., **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1948, s. 30; Hukuki bir kurum olarak ön sözleşmenin iki fonksiyonunun olduğu kabul edilir. Bunlardan ilki, sözleşmenin meydana gelmesinden önce, sözleşmeye ilişkin olarak hazırlık safhası oluşturmaktır. Bu husus hazırlık fonksiyonu olarak adlandırılmıştır. Garanti fonksiyonu olarak adlandırılan diğer fonksiyonu sayesinde ise, asıl sözleşmenin gelecekte kurulması, garanti altına alınmış olur. Bu hususta bkz. AYRANCI, s. 60- 63
- 14 Yarg. 14. HD. E. 2005/ 9207, K. 2006/ 1921: *“Tarif etmek gerekirse önakit; taraflardan her ikisinin birbirlerine ya da taraflardan yalnız birinin diğerine karşı ileride üçüncü bir şahısla bir borç sözleşmesi yapmayı taahhüt etmesi demektir. Önakitle ileride yapılması vaad edilen borç sözleşmesine de `asıl sözleşme` denilmektedir. Niteliği gereği önakit sadece borç sözleşmeleri hakkında yapılabilir. Tasarruf sözleşmelerinde ön akıt söz konusu olamaz.”* (naklen, www.kazanci.com) ; Aynı yönde bkz. AYRANCI, s. 44; DOĞAN, s. 52; OĞUZMAN / ÖZ, s. 189. *“İmparatorluk Mahkemesi, 24 Nisan 1901 tarihinde verdiği bir kararda, aynî (dinglicher) bir ön sözleşmenin mümkün olmadığına hükmetmiştir. Kararda, tasarruf işleminin hak değişikliğini ya da hukuki durumdaki değişikliği doğrudan sağladığı belirtilerek, tasarruf işlemine yönelik borç doğuran bir yükümlülüğün ön sözleşme olarak nitelendirilmesini kabul etmemiştir ”* (Bkz. RGZ 48, 133, 135 – naklen DOĞAN, s. 52).
- 15 Alacağın temlikinin bir tasarruf sözleşmesi olması nedeniyle tasarruf işlemlerinin hukuki sebebi ise her zaman asıl sözleşme olmalıdır. Önsözleşme yolu ile tasarruf işlemleri yapılamaz (DOĞAN, s. 49).
- 16 DOĞAN, s. 52
- 17 AYAN, Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 34; AYRANCI, s. 44
- 18 AYAN, *Borçlar Hukuku*, s. 34; AYRANCI, s. 114- 115; DOĞAN, s. 137; OĞUZMAN / ÖZ, s. 190
- 19 AYAN, *Borçlar Hukuku*, s. 34

ise önsözleşmenin şekline ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür²⁰. Söz konusu hükme göre, önsözleşme asıl sözleşmenin şekline tabidir. Bu anlamda, kural sekil serbestliğidir²¹. Asıl sözleşmenin, belirli şekillerde yapılmasının zorunlu olduğu hâllerde, önsözleşme de bu şekle uygun olarak yapılmalıdır.

Taşınmaz satış vaadinin hukuki mahiyeti de tartışmalı olmakla birlikte hukukumuzda “önsözleşme” düşüncesinin hâkim olduğu görülmektedir²². Türk Yargıtay’ı bu konuda hiç kararsızlık göstermemiştir. Gerçekten Yargıtay’ın birçok kararında taşınmaz satış vaadinin TBK’ nın 29. maddesinin tanımı çerçevesinde borç doğuran bir sözleşme olduğu hususu açık ve kesin surette belirtilmiştir²³. TBK m. 29’da düzenlenen önsözleşme kurumunun taşınmaza ilişkin olanlar dışında örneğini bulmak neredeyse imkânsızdır²⁴.

Hakim görüş taşınmaz satış vaadinin önsözleşme olduğu yolunda olsa da, doktrinde Sungurbey, taşınmaz satış vaadinin aslında taşınmaz satış sözleşmesinin bizatihi kendisi olduğu görüşündedir²⁵. Ona göre, önsözleşme gereksiz bir yoldur²⁶. Alman, İsviçre ve Türk hukukunda bir edimi vaat etmekle, zaten doğrudan doğruya o

20 AYAN, *Borçlar Hukuku*, s. 34

21 AYRANCI, s. 141

22 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul, 1959, s. 67; DOĞAN, s. 47; EREN, *Özel Hükümler*, s. 192; YAVUZ, s. 245; ŞİRMEN, *Eşya Hukuku 2016*, s. 329; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 390; TUĞ, Adnan, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, Mimoza Yayınevi, Konya, 1994, s. 101.

23 Yarg. 14. HD. T. 24. 06. 1980, E. 1979/ 2554, K. 1980/ 3554: “Satış vaadi sözleşmesi, herhangi bir taşınmazın mülkiyetini iktisap edebilmek amacıyla düzenlenen bir ön akittir.” Karar hakkında bkz. GÜNAY, Erhan, **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 15.

“Uygulama ve doktrinde buna “sözleşme yapma vaadi” veya “ön akid” denilmektedir. Tarif etmek gerekirse ön akid, taraflardan h er ikisinin birbirlerine ya da taraflardan yalnız birinin diğerine karşı ileride, üçüncü bir şahısla bir borç sözleşmesi yapmayı taahhüt etm esi demektir. Ön akitle ileride yapılması vaat edilen borç sözleşmesine de “asil sözleşme denilmektedir. Ön akid taraflara asil sözleşmeyi yapma borcu yükler ve ön akidle vaatte bulunan bu borcu yerine getirmediği takdirde alacaklı mahkemeye başvurarak borçlunun aynen ifaya mahkûm edilmesini isteyebilir. Doktrinde hakim görüşe göre de mahkemenin vereceği hüküm borçlunun (vaatte bulunanın) asil sözleşmeyi yapma iradesi yerine geçer...”, Karar için bkz., SURLU, Handan, Mehmet, **Taşınmaz Satış Vaadi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 42.

24 ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU-VARDAR, s. 36

25 SUNGURBEY, *Sungurbey-Şerh*, s. 9, dn. 68

26 Aynı şekilde VON-TUHR da önsözleşmeyi gereksiz ve dolambaçlı bir yol olarak görmektedir. Önsözleşme ile asıl sözleşmenin aynı olduğu ancak üçüncü kişi yararına önsözleşmenin varlığı durumunda ön sözleşme kurumuna ihtiyaç duyulacağı görüşündedir (VON-TUHR, s. 261).



edim borçlanılmış olup bir kez daha vaatte bulunmak gereksizdir²⁷. Sungurbey'e göre; "...bir satış vaadi ya da bir kira vaadi yapmak, yani bir nesnenin mülkiyetini ya da kullanılmasını geçirme vaadini (satış ya da kira sözleşmesini) vaad etmek²⁸, başka bir deyişle vaadinde bulunmak, illetken nesnelere elektrik akımının geçişiverişi gibi, gerçekte doğrudan doğruya mülkiyeti ya da kullanmayı geçirme vaadi, yani doğrudan doğruya asıl satış ya da asıl kira sözleşmesini yapan bir istek açıklaması olur ki, vaatte bulunan bu sözleşmeleri bir daha kurmak değil de doğrudan doğruya mülkiyeti geçirmek ya da kullandırmak borcuna girmiş olur"²⁹. Özellikle taşınmaz satış vaadinden doğan borcun satıcı tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, açılacak olan tescili isteme (ferağa icbar davası) davasında Yargıtay uygulamasına göre, satıcının asıl sözleşmenin yapılması yolunda irade beyanında bulunmuş sayılmasına ve aynı zamanda doğrudan TMK m. 705/II hükmüyle taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılmasına dayanan ilamlar verilmesi ile yolu kısaltması SUGURBEY'in görüşünü aslında haklı kılmaktadır³⁰. Doktrinde Von-Tuhr da bir kimsenin bir bedel karşılığında konusu açıkça belirlenmiş bir taşınmazın devrini içeren taahhüdünün, taraflar bunu satış vaadi şeklinde adlandırmış olsalar bile bunun satış olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir³¹.

Görüldüğü gibi Yargıtay'ın taşınmaz satış vaadinin önsözleşme niteliğinde olduğuna ilişkin istikrarlı bir tutumu olmasına karşın³², doktrinde, birbirinden kesin olarak ayrılan ve tam olarak ayrı kutuplar eden görüşlere rastlanmaktadır. Bir yanda, taşınmaz satış vaadinin gerçekte taşınmaz satışından ibaret bulunduğunu söyleyerek onu inkârda bulunan görüşler³³; diğer yanda, taşınmaz satış vaadini, taşınmaz satış

27 SUGURBEY, *Sungurbey-Şerh*, s. 11, aynı görüşte KARAHASAN, M. Reşit, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I, İstanbul, 2002, s. 452

28 Yazardan aynen alıntı yapıldığı için "vaat etmek" şeklinde değil, "vaad etmek" şeklinde kullanılmıştır.

29 SUGURBEY, *Sungurbey-Şerh*, s. 11

30 ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU-VARDAR, s. 37

31 VON-TUHR, s. 263.

32 "...Somut olayın özelliği gereği davada, tapu siciline şerh verilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin hukuksal niteliği üzerinde durulması gerekmektedir. Öğretide görüş ayrılığı olmakla birlikte, kararlılık kazanan Yargıtay uygulamasında, gayrimenkul satış vaadi, tarafların esas akdi -taşınmaz satışı- ileride gerçekleştirmek üzere yaptıkları bir önsözleşme olarak kabul edilmektedir. Buna göre, gayrimenkul satış vaadi ile tasarruf muamelesi (mülkiyetin nakli temlik) değil, esas akdi yapma borcu altına girilmektedir... Bu soyut hâliyle satış vaadi sözleşmesi, şahsi hak sağlayan, bu nedenle de, sözleşmenin tarafı olmayana karşı ileri sürülemeyen bir ön akittir ". Yarg. 15. HD. T; 22.03.1994, E.5997, K. 1714 (naklen DOĞAN, s. 47, dn. 62).

33 BELGESAY, Mustafa Reşit, **Türk Kanun Medenisi Şerhi, Aynî Haklar**, İstanbul, 1945, s. 55; REİSOĞLU, s. 554- 555; SUGURBEY, *Sungurbey-Şerh*, s. 9; ACEMOĞLU, Kevork, **Türk**



sözleşmesinden ayrı bir hukuk müessesesi olduğunu kabul eden görüşler mevcuttur³⁴.

Yargıtay'ın bu şekilde usul ekonomisine uygun karar vermesi gerçekten pratiktir. Bu durumda gerçekten de önsözleşme ile asıl sözleşme arasındaki ayrım belirsizleşmektedir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin davaya konu olması hâlinde asıl sözleşme ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesindeki ayrım belirsizleşse dahi taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yine de bir önsözleşmedir. Özellikle tarafların sözleşmeye vade veya şart koymaları ve bu vade veya şartın gerçekleşmesi hâlinde satış sözleşmesinin yapılarak mülkiyetin naklinin gerçekleşeceğini bildirmeleri hâlinde satış vaadi ile satış sözleşmesi arasındaki fark daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır³⁵.

B. Taşınmaz Satış Vaadinden Doğan Hakların Nispi Hak Oluşu

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taraflar arasında borç doğuran bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile vaat eden, belli bir taşınmazı satmayı; vaat alan da bu taşınmazı satın almayı birbirlerine karşı borçlanır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin borçlar hukuku anlamında meydana gelen sözleşmelerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır³⁶. Sözleşmenin kurulması ile sözleşmeye konu olan taşınmazın mülkiyeti el değiştirmez. Taşınmazın mülkiyetinin el değiştirmesi için ya tarafların rızaları ya da

Hukukunda Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Hukuki Durumu, İstanbul, 1965, s. 58 (naklen, DOĞAN, s. 47, dn. 62); VON-TUHR, s. 263.

"Satış vadi de ferağ vadini vadetmek yani kısaca ferağı vademektir. Şu hâlde iki şahıs arasında teati edilen satış vadi satış aktinden başka bir şey değildir" (naklen, POSTACIOĞLU, İlhan, **Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Aktillerde Şekle Riayet Mecburiyeti**, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, İstanbul, 1945, s. 88).

- 34 TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Ankara, 1969, s. 167; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 390; EREN, *Özel Hükümler*, s. 192- 193; BİLGE, Necip, **Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1970, s. 93;

KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s. 67; TEKİNAY, Selahattin, Sulhi, **Borçlar Hukuku**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971, s. 129;

ÇENBERCİ, s. 8; AYAN, *Borçlar Hukuku*, s. 34; AYAN, Mehmet, **Eşya Hukuku II- Mülkiyet**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 168; SİRMEN, *Eşya Hukuku 2016*, s. 329; DALAMANLI, Lütfü, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, 1986, s. 3 (naklen DOĞAN, s. 47).

- 35 *"Hâlbuki satış vaadi tabiri daha ziyade ferağın muayyen bir vade veya şarta talik edildiği hâllerde kullanılmaktadır"* (naklen, POSTACIOĞLU, s. 89).

- 36 Yarg. 14. HD. T. 13. 3. 2007, E. 2007/ 1266, K. 2007/ 2679: *"Dava, satış vaadi sözleşmesine dayanan tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Kaynağını Borçlar Kanunu'nun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanunu'nun 213. maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 706 (önceki Medeni Kanun 634) ve Noterlik Kanunu'nun 89. madde hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliği resmî şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür."* (naklen, www.kazanci.com)



İlgili mahkemeden alınacak bir tescil kararı gerekir. Bu nedenle taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden doğan hak, aynı değil kişisel haklardandır³⁷. Bunun sonucu olarak da satış vaadi sözleşmesinin tarafları, bu sözleşmeden doğan haklarını yalnız birbirlerine veya haleflerine karşı ileri sürebilirler. Yoksa aynı haklarda olduğu gibi herkese karşı ileri sürülebilme olanakları yoktur.

Satış vaadi sözleşmesinden doğan hak, kişisel bir hak olduğu için; vaat alan alıcı bu hakkını dava yoluyla sözleşmenin tarafı olmayan başka kişilere ileri süremeyeceği gibi³⁸; taşınmazın mal sahibi tarafından başka kişilere satılması hâlinde satış parası üzerinde veya taşınmazın kamulaştırılması durumlarında kamulaştırma bedeli üzerinde herhangi bir hak iddia edemez³⁹. Diğer taraftan taşınmazın medeni ve tabii semerelerinin kendisine verilmesini isteyemez. Çünkü bu hak, taşınmazın tapu sicili ile belirlenmiş malikine aittir ve aynı bir haktan kaynaklanmaktadır. Oysa taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yalnız başına mülkiyeti nakletmeyip salt borç doğuran bir işlem olduğu için, ilgisine aynı değil, kişisel nitelikte bir hak verir⁴⁰.

Yargıtay da taşınmaz satış vaadinden doğan hakkın nispi hak niteliğinde olduğu görüşündedir⁴¹. Burada şu soru akla gelmektedir;

- 37 Yarg. 14. HD. T. 19. 03. 2007, E. 2006/ 2208, K. 2007/ 2868: “Müdahilin temyizi üzerine yapılan inceleme sonucu Dairemize ait 05.04.2004 tarih ve 1983-2659 sayılı ilamda; A blok 1. kat 6 numaralı bağımsız bölümün yüklenici tarafından aynı zamanda müdahile de satıldığı ve müdahilinde bu dairenin adına tescili için dava açtığı mevcut dava ile derdest olan müdahil tarafından açılan da vanın birleştirilmesi gerekeceğine değinilmiştir. Bu saptamanın yapıldığı Dairemiz bozma ilamına mahkemece uyulduğundan, bozmayla yapılan saptama tarafı yararına usuli kazanılmış hak meydana getirir. Yüklenici A Blok 1. kat 6 numaralı bağımsız bölümü hem davacıya hem de müdahile sattığından ancak davacının satış senedini 17.04.1997 tarihini müdahilin dayandığı senet ise, 29.07.1997 tarihini taşıdiklarından şahsi hakların yarışması hâlinde önceki tarihli satış senedine değer tanınmalıdır. Mahkemenin bu ilke doğrultusunda davacının önceki tarihli satış senedine değer vererek çekişme konusu A bloktaki 1. kat 6 numaralı bağımsız bölümün davacı adına tesciline karar vermesinde bir yanılığın söz edilemez.” (naklen, www.kazanci.com).
- 38 “...satış vaadi sözleşmesinden doğan hak, kişisel bir hak olduğu için, vaat alan alıcının bu hakkını, sözleşmenin tarafı olmaya n başka kişilere dava yoluyla ileri süremeyeceği, taşınmazın mal sahibi tarafından başka kişilere satılması hâlinde, yeni malike ka rşı herhangi bir hak iddia edemeyeceği, taşınmaz satış vaadinin bu akdin dışında bulunan kişileri bağlamayacağı, bu akitten doğan hakkın onlara ka rşı ileri sürülemeyeceği ve taşınmaz satış vaadinin tapu siciline de şerh edilmediği anlaşıldığından şahsi hak doğuran satış vaadi sözleşmesinin 3. kişi durumunda bulunan ve tapuda satış akdi ile aynı hak kazanmış olan davacı M. F. Ö.'a karşı husumet yöneltmesi mümkün değildir.” YHGK. T.29.6.2016, E. 2014/14-1153, K. 2016/910 (naklen, www.kazanci.com).
- 39 ÖZENLİ, s. 16
- 40 ÖZENLİ, s. 16; EREN, Özel Hükümler, s. 194
- 41 Yarg. 14. HD. T. 28. 09. 2007, E. 2007/ 9734, K. 2007/ 10978: “Tapu kütüğüne şerh edilmemişse, satış vaadinden doğan hakkın iflas masasına karşı ileri sürülmesi de mümkün değildir. Böyle bir durumda, satış vaadi alacaklısı masadan ancak taşınmazın iflas anında saptanacak değerini para alacağı olarak talep edebilir.”, YKD, C. 35, S. 4, 2009, s. 709- 710; Yarg. 14. HD. T. 23. 06. 1987, E.



taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde alıcı taraf satın alma hakkını bir başkasına devredebilir mi? Satış vaadi sözleşmesi kişilere kişisel bir hak sağlamaktadır. Bu nedenle satış vaadinden doğan hakların üçüncü kişilere devrinin mümkün olması gerekir. TBK'nın 183'üncü maddesi gereğince, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir⁴². Yargıtay da taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde vaat alacaklısının alacağını üçüncü bir kişiye devredebileceğini kabul etmektedir⁴³. Ancak bu devrin TBK m. 184'e göre yazılı şekilde yapılmış olması gereklidir. TBK m. 184' te yazılı şekil ile kastedilen adi yazılı şekildir. Ancak buna rağmen Yargıtay taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde alıcı tarafın alacağını bir üçüncü kişiye devretmesinde de bu alacağın temlik sözleşmesinin noterde satış vaadi şeklinde yapılmasını aramaktadır⁴⁴.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkı, etkisi güçlendirilebilen nispi bir hak olarak tanımlamak mümkündür. Bu olanaktan yararlanarak tapu siciline şerh edilen kişisel hak, aynı hak niteliğini almamakla beraber, aynı kuvvet ve tesir gösteren bir sonuç sağlamaktadır. Bu durumda dahi kişisel hak, yine herkese karşı ileri sürülememekte ancak konusu olan taşınmazla ilgili kişilere karşı ileri sürülebilme olanağına kavuşmaktadır⁴⁵. Sonuç olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkı, esasında kişisel bir hak olmakla beraber, ilgili olduğu taşınmazın tapu siciline şerh edildikten sonra aynı hak tesiri de yapabilecek bir kişisel hak türü olarak kabul etmek gerekir⁴⁶.

II. TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi bir tarafa borç yükleyebileceği gibi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak da yapılabilir⁴⁷. Taraflardan birinin taşınmaza ilişkin satışı üstlendiği hâllerde, tek taraflı taşınmaz

1987/2591, K. 1987/5447: "Satış vaadi sözleşmesi borç doğuran, ancak mülkiyet hakkını geçirmeyen bir işlemdir. Bu hâli ile şahsi hak doğurur ve tapuya şerh edilmediği sürece bu hak ancak akidene karşı kullanılabilir. Taşınmazı tapu ile temellük eden aynı hak sahibine k karşı ileri sürülmesi mümkün değildir.", YKD, C. 14, S. 3, 1988, s. 383- 384.

42 SURLU, s. 191

43 "Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri şahsi hak doğrudan sözleşmelerdenidir. Böyle bir sözleşme ile alacaklı durumuna gelen kimse, sözleşmeden doğan bu şahsi hakkını, devir yasağı söz konusu olmadığı sürece borçlunun rızasını aramaksızın üçüncü bir kişiye yine taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile devir ve temlik edebilir. Bu durumda, alacağı temellük eden kimse, temlik edenin yerine geçerek onun haklarını kullanabilir..." (Yarg. 14. HD. T. 30.03.2010, E. 2010/1003 K. 2010/3455- naklen SURLU, s. 197)

44 Yarg. 14. HD. T. 30.03.2010, E. 2010/1003 K. 2010/3455- naklen SURLU, s. 197

45 ÖZENLİ, s. 16

46 ÖZENLİ, s. 17

47 EREN, *Özel Hükümler*, s. 193



satış vaadi sözleşmesinin olduğu kabul edilir. Tek tarafı borç altına sokan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde, yalnızca borç altına giren tarafın imzasının bulunması yeterlidir⁴⁸.

İki tarafın da borç altına girdiği taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ise niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Uygulamada çoğunlukla, tarafların ikisinin de borç altına girdiği taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri karşımıza çıkar⁴⁹. İki tarafın borç altına girdiği iki taraflı taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde, vaat borçlusu, sözleşme konusu taşınmazı ileride yapılacak olan taşınmaz satış sözleşmesi ile satmayı üstlenirken, vaat alacaklısı da söz konusu taşınmazı satın almaya ilişkin olarak taahhütte bulunmaktadır⁵⁰. İki tarafın borç altına girdiği taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde, her ikisinin de imzasının bulunması gerekir. Aksi takdirde sözleşme kesin hükümsüz olur⁵¹.

III. TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİNİN ŞARTLARI

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hak ve borçların var olduklarını söyleyebilmek için bunların doğduğu sözleşmenin geçerli olarak kurulması gerekir. Netice itibariyle taşınmaz satış vaadi hukuki niteliği itibariyle önsözleşmedir. Yani bir sözleşmedir. Bu nedenle sözleşmelerin geçerliliği için gereken bütün kurallar burada da aranmaktadır. Biz incelememizi esasa ait şartlar ve şekle ait şartlar olarak ikiye ayırarak incelemeyi uygun bulduk. İncelememiz kısa tutulmaya çalışılacaktır. Çünkü sözleşmenin geçerliliği için aranan hususlar burada da aranmaktadır. Farklı olan durumlar özellikle şekle ait hususlardır. Bunlar aşağıda belirtilecektir.

A. Esasa İlişkin Şartlar

1. Taraflara İlişkin Esaslı Şartlar

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi belirttiğimiz gibi bir sözleşmedir. Sözleşmenin alacaklı ve borçlu olmak üzere iki tarafı vardır. İşte tarafların taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabilmesi için tasarrufta bulunmaya ehil olması gerekir. Yani sözleşmenin tarafları ehil olmalı ve iradelerini serbestçe beyan etmeleri gerekir. Sözleşmenin niteliği itibariyle, borç altına girecek olan tarafın, ehil olması gerekir. Sınırlı ehliyetsizler yönünden sözleşme

48 KOCAYUSUFAŞAOĞLU, *Taşınmaz Satış Vaadi*, s. 128- 131

49 EREN, *Özel Hükümler*, s. 193

50 EREN, *Özel Hükümler*, s. 193

51 EREN, *Özel Hükümler*, s. 193- 194



bir ivaz karşılığı ise, yasal temsilcinin rızası, sözleşmenin geçerliliği için şarttır. Eğer sözleşme ivazsız ise, yasal temsilcinin izninin alınmasına gerek yoktur. Ancak satış vadinin ifası anında izin gerekecektir. Sınırlı ehliyetlilerde ise gerek tek taraflı gerekse iki taraflı satış vaatlerinde, bir ivaz karşılığında yapılıyorsa bunların kanuni mümessillerinin iznini almaları gerekir. Eğer sözleşme ivazlı değilse sözleşme yapıldığı anda izne ihtiyaç yok ise de ilerde satış yapıldığı anda sözleşmenin geçerliliği için kanuni müşavirin izni gereklidir. Tam ehliyetsiz bir şahsın yaptığı satış vaadi sözleşmesi ise batıldır. Sonradan temyiz kudreti kazanılıp, yapılan sözleşmeye icazet verilse bile sözleşme geçerli hâle gelmez⁵².

2. Rızaların Karşılıklı ve Birbirine Uygun Olması

TBK m. 1 hükmüne göre: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.” Sözleşme taraflarının, birbirlerine karşılıklı ve uygun bir şekilde iradelerini açıklamaları, sözleşmenin kurucu unsurudur.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kural olarak her iki tarafı da borç altına sokar⁵³. Taşınmaz satış vadinde her iki tarafın da borç altına girdiği hâllerde, taraflardan sadece birisinin düzenlediği ve bu nedenle, sadece onun iradesinin açıklayan bir belge, taşınmaz satış vaadi olarak nitelendirilemez⁵⁴.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi nadiren de olsa tek tarafın borç altına girdiği bir sözleşme olarak da yapılabilir⁵⁵. Tek tarafın borç altına girdiği taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde ise, borç altına giren kişinin imzasının bulunması yeterlidir⁵⁶.

3. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Esaslı Unsurları Kapsaması Gereği

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, ilerde kurulması taahhüt edilen esas sözleşmenin, yani satış sözleşmesinin esaslı unsurlarını içermelidir⁵⁷. Asıl sözleşmedeki temel edim, satılacak taşınmaz⁵⁸ ve

52 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 112

53 AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 171

54 AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 171

55 EREN, *Özel Hükümler*, s. 193; AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 171

56 AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 171

57 KANETİ, Selim, “Yargıtay İçtihatlarına Göre Taşınmazlara İlişkin İşlemlerde Şekil Sorunu”, *Medeni Kanununun 50. Yıl Sempozyumu*, İstanbul, 1978, s. 295; AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 169

58 TMK m. 998: Tapu siciline taşınmaz olarak şunlar kaydedilir:

bu taşınmazın bedelidir. Dolayısıyla düzenlenecek olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde, satış sözleşmesine konu olacak taşınmazın ve satış bedelinin tayin edilmiş veya tayin edilebilir olması gerekmektedir⁵⁹. Gerçekten de sözleşmenin esaslı unsurlarının kesin olarak belirtilmesine gerek yoktur. Bunların belirlenebilir olması da yeterlidir⁶⁰. Belirlilik veya belirlenebilirlik bakımından sözleşmenin kurulma anı değil, sözleşmeye ilişkin edimlerin ifa anı dikkate alınır⁶¹. Taşınmaz satış vaaidine konu olan taşınmazın, mahkeme tarafından yapılacak olan inceleme sonucunda, belirlenebilmesi mümkün olmuşsa, söz konusu taşınmazın belirlenebilir nitelikte olduğu kabul edilir⁶².

1. Arazi

2. Taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar

3. Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler

- 59 AKİPEK, G. Jale / AKINTÜRK, Turgut, **Eşya Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 472. "Satış vaadi sözleşmeleri ile ileride yapılacak asıl satış sözleşmesinin kurulması borcu altına girilir. Bu sözleşmenin hukuken geçerli olarak kurulabilmesi sözleşmede tarafların borçlandıkları ana edimlerin belirlenmiş ya da belirlenebilir olmasına bağlıdır." (Yarg. 14. HD. T. 15. 11. 2007, E. 2003/8604, K. 2004/1301, YKD, C. 31, S. 9, 2005, s. 1399- 1403).
- 60 "Bir sözleşmenin geçerli olması için, onun taraflara yüklediği hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, başka deyimle konusunun gereği ve yeteri kadar belirli ve sınırlı olması gerekir. Bu kural, ön sözleşmeler (sözleşme yapma vaadi) için de geçerlidir. Demek oluyor ki, ön sözleşmenin asıl sözleşmeye ilişkin unsurlar kapsamı zorunludur. Örneğin, tapulu taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, satış sözleşmesinin temel unsurlarından olan bedelin neden ibaret olduğu, ayrıca satışa konu olan taşınmaza ilişkin esaslı unsurların neden ibaret bulunduğu belirtilmeli, satış vaaidinin kapsamı da belirli ya da belirtilebilir olmalıdır... Sözleşme yapma vaaideri ancak, gelecekte yapılması söz konusu olan sözleşmenin neye ilişkin bulunduğu yeter derecede açıklıkla sabit bulunduğu takdirde lüzum ifade eder. Bu şart özellikle ifaya davasına kendisini daha çok hissettirecektir. Eğer satış vaadi sözleşmesinden tarafların hak ve borçları yukarıda belirtilen şekilde açıklanmamış ise ve borcun yerine getirilmesi sırasında tereddüt ve çekişme söz konusu olursa, sözleşmenin konusu belli olmadığından düzenlenen belge yalnız bu yönden geçersiz olur". Yarg. 4. HD. 21.05.1973 T. E. 12872, K. 6337 (naklen, DOĞAN, s. 144)
- 61 Yarg. 14. HD. T. 15. 11. 2007, E. 2003/8604, K. 2004/1301
- 62 Bu hususta bkz. AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 169. Aynı şekilde Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır. "Olayda olduğu gibi satış vaaidine konu olan taşınmaz kesiminin veya satış bedelinin de sadece belirli olması ile değil, belirlenebilir bulunmaları ile de sözleşmeler geçerlilik kazanır ve yerine getirilmesi olanağı doğar (bkz., YİBK. 27.11.1964, 2/4). Yukarıda gösterilen esastan hareketle öncelikle yapılacak iş, yerinde keşif satış vaaidine konu olan kesimin mahallen belirlenmesi, bunun sözleşme tarihinde ve rayice göre satış bedelinin ne olabileceğinin emsalleriyle de mukayese edilmek suretiyle uzman bilirkişilere tespit ettirilmesi olmalıdır. Rayiç bedel saptandıktan sonra bunun tamamen ödendiğinin ispat külfeti, davacıya ait olacağından bu konuda delillerini ikame ve ibraz etmesi için olanak verilmelidir..." (Yarg. 14. HD. T.30.12.1982, E. 4226, K. 7822, naklen DOĞAN, s. 144). Yargıtay'ın görüşü özellikle bedelin belirlenmesi veya belirlenebilir olması konusunda hâkime daha geniş takdir yetkisi vermektedir. Ancak Alman İmparatorluk mahkemesi bir olayda belirlenebilirlik konusunda daha katı bir tutum sergilemiştir. 8 Nisan 1929 tarihli kararında İmparatorluk Mahkemesi, tarafların noterde yapılan bir gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinde satış bedelini daha sonra kararlaştıracaklarını ve söz konusu bedelin en fazla 40 bin Mark olacağı şeklinde azami fiyat belirlenmesini satış bedelinin belirsiz olması ve hâkimin söz konusu belirsizliği gideremeyeceği gerekçesiyle, önsözleşmenin varlığı için gerekli



Ancak şu noktaya özellikle dikkat etmek gerekir; belirlenebilir olma, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin kuruluşu yönündendir, yoksa, satış vaadine dayanılarak satışın yapılmış sayılmasına ve mülkiyetin vaat olunanın mülkiyetine geçmesine karar verilmesini hedef tutan bir davada, taşınmaz; tescile dayanak olabilecek bir açıklık ve kesinlikle tespit edilmiş ve verilecek mahkeme hükmünde de yine aynı yolda belirtilmiş bulunması gerekir⁶³.

Taşınmaz satış vaadinde bulunan kişinin, taşınmazın maliki olması gerekmez. Henüz mülkiyetin kazanılmadığı hâllerde de taşınmaza ilişkin satış vaadi yapılabilir⁶⁴. Diğer geçerlilik unsurlarının yanında taşınmazın belirli veya belirlenebilir olması, bu sözleşmenin yapılabilmesi için yeterli olur⁶⁵.

B. Şekle İlişkin Şartlar

1. Genel Olarak

TBK m. 237/ f. II hükmüne göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz⁶⁶. Taşınmaz satış vaadinde öngörülen resmî şekil şartı, tarafları dikkatli davranmaya sevk etmek için getirilmiş bir düzenlemedir⁶⁷. Bu şekilde taraflar işlemi meydana getirirken normalde olduklarından daha basiretli ve dikkatli davranacak ve bu şekilde daha isabetli karar verecektir⁶⁸. TMK m. 706 ve TBK m. 29 da

belirlenebilirlik unsurunun bulunmadığına karar vermiştir (RGZ 124, 81, 84, naklen DOĞAN, s. 75, dn. 160).

63 ÇENBERCİ, s. 61

64 Yarg. 3. HD. T. 17. 09. 2013, E. 2013/ 10595, K. 2013/ 12801: "Satış vaadi sözleşmesinin geçerli olabilmesi için vaad borçlusunun satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı tarihte tapuda kayıtlı taşınmazın maliki olması gerekmez." Karar hakkında bkz. AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 169- 170

65 AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 169

66 AKİPEK/AKINTÜRK, s. 472; TUÇ, s. 101

67 DOĞAN, s. 154. "Şekil ve şekilciliğe ilişkin düzenlemeler, hukukun tüm alanlarında az veya çok, kamu düzeni, toplum yararı, hukukî işlem güvenliği, ispat gereği, işlemlerin belirli bir düzen içerisinde yapılması, bazı hâllerde işlemlerin daha kısa zamanda yapılması ve basitleştirilmesi gibi maddî nedenler ile kutsal olduğu düşünülen bazı değerlere ilişkin olarak ihdas edilmiştir." (ERMENEK, İbrahim, "Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt IV, Sayı I-II (Haziran-Aralık 2000), çevrimiçi kopya, s. 1-38. http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/4_8_-pdf)

68 BERKİN, Necmeddin M., "İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 12, Sayı 4 (1946), s. 1175-1192, s. 1183; KAPANCI, Berk, "Türk Borçlar Kanunu'nun 14. Maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, 2012, s. 403-430. (Çevrimiçi kopya, hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/fakulte-dergisi/cilt-18-sayi-1-yil-2012). ALTAŞ, Hüseyin, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara 1998, s. 67



göz önüne alındığında taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin resmî şekilde yapılması geçerlilik şartıdır⁶⁹.

TBK m. 29/ f. II uyarınca, “Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği ileride kurulacak olan sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır”⁷⁰. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taşınmaz satış sözleşmesinin önsözleşmesi niteliğindedir. TMK m. 706 uyarınca “Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş olmalarına bağlıdır”. Resmî şekilden ne anlaşılması gerektiği Tapu Kanunu m. 26’ da düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler, tapu sicil memuru tarafından yapılır⁷¹. TBK m. 29, TMK m. 706 ve TK m. 26 hükümleri beraber değerlendirildiği zaman taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu sicil memuru tarafından düzenlenebileceği sonucuna varılabilir. Fakat Noterlik Kanunu’nda yer alan bir düzenleme, bu hususta tartışmalara sebep olmuştur. Noterlik Kanunu’nun 60’ ıncı maddesinin üçüncü bendinde, taşınmaz satış vaatlerine ilişkin resmî senetleri, noterlerin düzenleyebileceği hükmüne yer verilmiştir⁷². Bu durum, tapu sicil memurlarının taşınmaz satış vaadi sözleşmesini yapıp yapamayacaklarına ilişkin bir belirsizlik yaratmıştır.

Doktrinde hâkim olarak kabul edilen görüşe göre⁷³, taşınmaz satış sözleşmesini yapabilen tapu sicil memurları, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini evleviyetle yapabilir.

Doktrinde ileri sürülen diğer görüşe göre⁷⁴, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenleme yetkisi noterlere hasredilmiştir. Tapu sicil memurlarına bu sözleşmeyi yapabilme yetkisinin verilmesi düzenlemenin amacıyla bağdaşmamaktadır.

69 EREN, *Özel Hükümler*, s. 193

70 YHGK, T. 20. 01. 1976, E. 1976/322, K. 1976/322: “Sözleşmenin konusu ve anlamı davacının parselinin üzerinde davalının parseli yararına, irtifak haklarından mecra hakkı tesisine ilişkindir. Uyuşmazlığa konu olan Mecra, Medeni kanununun 653 üncü maddesi nin son fıkrasında yer alan açık mecralardan değildir. Bu nitelikte bir hak konusunda yapılacak sözleşme Medeni Kanununun 704 ve 705 inci maddeleri hükmünce ancak tapu memuru önünde yapılacak resmî bir sözleşme ile gerçekleşebilir. İrtifak hakkı tesis, geçerli şekle bağlı sözleşmelerdendir. Borçlar Kanununun 22 inci maddesi hükmünce esasî şekle bağlı olan sözleşmenin, vadi de şekle bağlı olup; sözleşmenin o şekil dışında yapılması hukukça geçerli sonuç doğurmaz.” (naklen, www.kazanci.com).

71 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 364

72 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 391

73 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 118 vd; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 391; EREN, *Özel Hükümler*, s. 193- 194; AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 168- 169

74 ÇENBERCİ, s. 160; VELİDEDEOĞLU/ ESMER, s. 138



Yargıtay taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, tapu sicil memurları tarafından yapılabileceği kanaatindedir⁷⁵.

Kanımızca, tapu sicil memurları da taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenleyebilirler. Aynî hak tesisi sağlayan taşınmaz satış sözleşmesini yapabilecek olan tapu sicil memurlarının, şahsi hak tesisi sağlayan bir önsözleşme olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesini yapamayacakları kabul edilemez. “*Daha çoğunu yapan daha azını da yapabilir*” kuralı gereğince, tapu sicil memurlarının taşınmaz satış vaadi sözleşmesini yapabileceklerini kabul etmek gerekir⁷⁶.

Noterde yapılacak olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenleme şeklinde yapılmalıdır. Tarafların önceden hazırladığı sözleşmenin noter tarafından onaylandığı hâllerde, geçerli bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden bahsedilemez⁷⁷.

Uygulamada taşınmaz satış vaadi sözleşmesi çeşitli biçimlerde yapılabilmektedir. Eser sözleşmesinin de sözleşmenin bir parçası hâline geldiği karma sözleşmelerde, sadece taşınmaz satış vadini içeren kısmın resmî şekilde yapılması yeterli olur⁷⁸.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz şekillerde yapılmayan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçersizdir. Geçersizlikten anlaşılması gereken kesin hükümsüzlüktür⁷⁹. Fakat şekle aykırılık durumu, TMK m. 2/ f. II hükmü bakımından da ayrıca değerlendirilmelidir. Sözleşmenin taraflarının, sözleşmeden kaynaklanan edimlerini, her türlü hatadan uzak bir biçimde yerine getirdiği hâllerde, şekle aykırılığı ileri sürmek hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması suretiyle ileri sürüldüğü hâllerde, şekle aykırılığın olumsuz sonuçları ortadan kalkacak, sözleşme geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁸⁰. Nitekim Yargıtay da şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğu hâllerde, adi yazılı şekilde yapılmış olan taşınmaz satış vaadi

75 Bu hususta bkz. AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 169

76 TUĞ, s. 102

77 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 392; EREN, *Özel Hükümler*, s. 194- 195; AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 169

78 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 392

79 Şekle aykırılığın sonucunda geçersizliğin türüne ilişkin görüşler hakkında bkz. EREN, *Genel Hükümler*, s. 289 vd.

80 ALTAŞ, s. 185



sözleşmesinin de geçerli olduğu kanaatindedir⁸¹. Bunun yanında taraflardan her ikisi de ön sözleşmenin geçersizliğini bilerek asıl sözleşmeyi akdetmişlerse, elbette asıl sözleşme geçerli olarak kabul edilmelidir⁸². Çünkü satış vaadi (önsözleşme), satışın (asıl sözleşmenin) meydana gelmesi için, maddi hukuk bakımından zorunlu bir aşama değildir. Dolayısıyla taraflar ön sözleşme olmaksızın da doğrudan satış sözleşmesi yapabilirler⁸³.

Gerek taşınmaz satışı gerekse taşınmaz satış vaadi sözleşmesi resmî şekilde yapılmadıkça geçerli olmadığı kabul edilse de Yargıtay İçtihatları ile dürüstlük kuralı ilkesi ile bağdaşmayan hareket tarzları korunmak istenmemiştir⁸⁴. Bu durumlarda yani satış sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılsa bile, taraflar edimlerini yerine getirmişse bu sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmeyi, Yargıtay dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan bir hareket olarak kabul etmiş ve adi yazılı şekle üstünlük tanınması gerektiğini belirtmiştir⁸⁵.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda ön ödemeli konut satış sözleşmelerine ilişkin özel bir hüküm mevcuttur. Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin tanımı 6502 sayılı TKHK'nın 40'inci maddesinde verilmiştir. Buna göre ön ödemeli konut satış sözleşmesi; *"...tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir"*. TKHK m. 41 ise bunun şekil şartının nasıl olacağını belirtmiştir. Buna göre; *"1) Ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi, satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme*

81 Yarg. 14. HD. T. 27. 03. 2007, E. 2007/ 2043, K. 2007/ 3316: *"Diğer taraftan, yapılacak araştırma ve inceleme sonucu davalı şirketin satışı ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında yüklenici sıfatı ile yaptığı anlaşılırsa 30.09.1988 tarih 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince her ne kadar tapuda kayıtlı bir taşınmaz mülkiyet naklinin Türk Medeni Kanununun 706 ve Borçlar Kanununun 213. maddelerince biçimine uygun sözleşme ile yapılması gerekirse de Kat Mülkiyeti Kanununa tabi bir binadan bağımsız bölüm satın alınması durumunda alıcı tüm borçlarını ifa ederek taşınmazı da teslim alıp kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyet devrine yanaşmaması hâlinde satışın geçersizliğini ileri sürmek Türk Medeni Kanunun 2. maddesi ile hükmeye bağlanan iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağından adi yazılı satışa değer vermek gerekir. O yüzden mahkemece yapılacak araştırma sonucuna göre de 30.09.1988 tarih 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının olayda uygulanmayacağı da düşünülmelidir."* (naklen, www.kazanci.com).

82 DOĞAN, s. 158

83 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 138-139; DOĞAN, s. 159

84 KANETİ, Selim, *İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları*, Ankara, 1968, s. 83, No. 48; KANETİ, s. 301

85 Bkz., Dipnot 80'de zikredilen karar, (Yarg. 14. HD. T. 27. 03. 2007, E. 2007/ 2043, K. 2007/ 3316), ALTAŞ, s. 185



şeklinde yapılması zorunludur. Aksi hâlde satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez". Bu madde gereğince ön ödemeli konut satış sözleşmesi resmî şekilde yapılmamış olsa bile kesin geçersizlik yaptırımını satıcı tarafından ileri sürülemeyecektir⁸⁶.

2. Geçersiz Taşınmaz Satışı Sözleşmesinin Tahvili

Şekil noksanlığı nedeniyle geçersiz olan bir sözleşmenin, hukuk dünyasında gerçekleştirilmek istediği sonuca başka bir hukuki işlem ile ulaşılabilir ve söz konusu olan şekil de bu hukuki işlem için geçerli bir şekil ise, geçersiz olan hukuki işlem, diğer hukuki işlem yerine geçer⁸⁷. Bu işleme "tahvil" adı verilir⁸⁸. Hâkim, tarafların farazi iradelerinin, tahvil sonucu ortaya çıkacak işlemi yapma yönünde olduğuna kanaat getirirse, sözleşmenin tahviline karar vermelidir⁸⁹. Fakat tahvil yoluyla ortaya çıkacak olan hukuki işlem daha kapsamlı sonuçlar ortaya çıkarıp, taraflar için yeni yükümlülükler yüklüyorsa, sözleşmenin tahviline karar verilemez⁹⁰.

Tapu Kanunu m. 26 uyarınca taşınmaz satış sözleşmesi, tapu sicil memurları tarafından düzenlenir. Taşınmaz satış sözleşmesinin noter tarafından düzenlenmesi hâlinde, söz konusu sözleşme şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olur⁹¹. Bu durumda, söz konusu sözleşme, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi niteliği taşımasına rağmen, taşınmaz satış vaadinin şekli ve esasa ilişkin şartlarını bünyesinde barındırır. Bu nedenle geçersiz taşınmaz satış sözleşmesinin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine tahvil edilebileceği kabul edilmektedir⁹².

86 ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU-VARDAR, s. 41

87 HAVUTÇU (Akdemir), Ayşe, "Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili", (<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/ilk/ayiter/ayiter/havutcu16.pdf>), s. 640-681), s. 651; EREN, *Genel Hükümler*, s. 295.

88 Hukuk dünyasında bu işleme "dönüşme" veya "çevirme" adı da verilir. Bu hususta bkz. EREN, *Genel Hükümler*, s. 296.

89 EREN, *Genel Hükümler*, s. 296

90 EREN, *Genel Hükümler*, s. 296

91 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 391

92 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 391; EREN, *Özel Hükümler*, s. 193; AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 179; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 125; SUNGURBEY, *Sungurbey-Şerh*, s. 9; DOĞAN, s. 162, 163



Yargıtay da söz konusu tahvilin yapılabileceği kanaatindedir⁹³. Yargıtay' a göre taşınmaz satışına yönelik irade beyanı, kendi içerisinde satış vaadine ilişkin irade beyanını da barındırır⁹⁴. Bu sebeple, söz konusu tahvilin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır⁹⁵.

IV. TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİNİN TAPU SİCİLİNE ŞERHİ

A. Şerh Kavramı

TMK' da bazı kişisel hakların tapu siciline yazılabilmesine imkân veren şerh kurumu öngörülmüştür. TMK m. 1009 hükmüne göre "*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir.*"⁹⁶. Şerh vasıtasıyla, kişisel haklar kuvvetlendirilmektedir. Fakat madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, her türlü şahsi hakkın, şerh verilmek suretiyle, güçlendirilmesi mümkün değildir⁹⁷. Bir şahsi hakkın tapu kütüğüne şerh verilebilmesi için TMK m. 1009 veya başka kanunlarda ismi geçen kişisel haklardan olması gerekir⁹⁸. Tapu Kanunu'nun 26' ncı maddesinin 7'nci fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Söz konusu hükme göre, "*Noterlik Kanunu'nun 44'üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı*

93 Yargıtay içtihatları belli bir aşamaya kadar noter huzurunda yapılan satış sözleşmelerini geçersiz olarak kabul ederek tahvile imkân tanımıyordu. (Yarg. 4 HD. T. 5.11.1948, E. 6231, K. 4477, naklen, HAVUTÇU, s. 671)

94 "*...satış vaadi senedinde satışta bulunanın (satış vaad ederim) diyeceği yerde, (sattım) demiş olması, mukaveleli hukuki mahiyetini değiştirerek, ona gayrimenkul satış akdi mahiyetine vermez. Zira, bu takdirde mukaveleyi hükümsüz saymak gerekecektir. Çünkü noterler gayrimenkul satış mukavelesi yapamazlar. Hâlbuki, bir akdin hükümsüz olacak şekilde değil, muteber olacak şekilde manalandırılması, akdin, tarafların ortaklaşa maksadına göre tefsirini emreden B.K. m. 18 gereğidir ve gerçekten, (sattım), (aldım) yolu beyanlarda (satmayı vaat ettim) (almayı vaad ettim) manası dahi vardır". (YHGK. T. 26.6.1956, E. 1/70, K. 64, naklen, HAVUTÇU, s. 672, dn. 69)*

95 "*Mahkemece, tapulu taşınmazların alım satışına ilişkin taraflar arasındaki sözleşmenin MK. 634. maddesine uygun biçimde yapılmamış olmasından ötürü geçersizliği nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Noterlikçe re'sen düzenlenen senetle davacı müşterek taşınmaz binadaki payını davalıya satmıştır. Satış taşınmaz üzerindeki muhtesata ilişkindir. Burada tarafların daha şumullü işlem olan satışa ilişkin irade beyanında, satış vaadi ile ilgili icap ve kabul dahil bulunmamaktadır. Bu nedenle mevcut sözleşme hukuki tahvil prensibi gereğince satış vaadi olarak geçerli kabul edilmek gerekir...*" (Yarg. 13. HD. T. 8.5.1985, E 2723, K. 3153, naklen, DOĞAN, s. 163, dn. 500). Bu hususta bkz. AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 179

96 Şahsi hakların sicile şerhini öngören önceki Medeni Kanun'un 919. maddesinde yer almayan satış vaadi sözleşmesine 1009. maddede yer verilmiş nedeni olarak gerekçede 6217 sayılı Tapu Kanunu'nda bu sözleşmelerin şerhine olanak tanınmış bulunması gösterilmiştir (SURLU, s. 163)

97 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 215

98 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 215



karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.” Nitekim bu değişikliğe paralel olarak TMK m. 1009 hükmünde de taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan kişisel hakkın tapu kütüğüne şerh edilebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla şerhin dayanağını hem Tapu Kanunu’nun 26. maddesi, hem de TMK’nın 1009. maddesi oluşturmaktadır⁹⁹.

B. Şerhin Şartları

Kanunlarda yer alan şahsi hakların tapu kütüğüne şerh verilebilmesi için, tescil için aranan şartlar gereklidir¹⁰⁰. Tapu Sicil Tüzüğü m. 16/ f. I hükmü gereğince, *“Kanunlarda veya bu Tüzükte belirlenen istisnalar dışında, yazılı istem olmadıkça tapu sicili üzerinde işlem yapılamaz.”*

Kural olarak talebi, taşınmaz maliki yapar. Ayrıca, tasarruf yetkisinin ve şerh verilecek kişisel hakkın doğumunu sağlayan nedenin ispat edilmesi gerekir¹⁰¹. Ayrıca şerhin hukuki sebebinin oluşturan şerh anlaşması da gereklidir¹⁰². Şerh anlaşması, kişisel hakka ilişkin olan sözleşmede yer alabileceği gibi, bağımsız olarak da yapılabilir¹⁰³.

Kanun koyucu taşınmaz satış vaadinin şerhi bakımından genel kuraldan ayrılmıştır¹⁰⁴. TK m. 26 uyarınca taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin taraflarından her biri, şerh isteminde bulunabilir¹⁰⁵. Bu noktada, bir şerh anlaşmasının varlığı aranmaz. Ancak taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ibrazı gereklidir¹⁰⁶. Burada satış vaadi sözleşmesi bizzat şerhin hukuki sebebinin teşkil eder¹⁰⁷. Ayrıca, henüz taşınmaz üzerinde, herhangi bir tasarruf yetkisi bulunmayan vaat alacaklısı, şerh talebinde bulunabilir¹⁰⁸. Tapu kütüğüne şerh edilen husus, sözleşmenin kendisi değil, sözleşme

99 SURLU, s. 163

100 SİRMEN, A. Lale, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 231

101 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 215

102 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 215

103 SİRMEN, s. 232

104 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY, s. 215

105 Tapu Kanunu m. 26/f. VII şu şekildedir; *“Noterlik Kanunu’ nun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vâdi sözleşmeleri (Ek ibare: 5831 - 15.1.2009 / m.1) “ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri” de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir.”*

106 SURLU, s. 163; ÖZÇELİK, Barış, **Tapu Siciline Güvenin Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 133, 134

107 ÖZÇELİK, s. 134

108 EREN, *Özel Hükümler*, s. 197



ile tanınmış bulunan satın alma hakkıdır¹⁰⁹. Ancak sözleşmenin alıcı tarafının taşınmaz satış vaadi sözleşmesini tapuda şerh ettirebilmesi için satıcı tarafın taşınmaz maliki olması gerekir, aksi takdirde şerh isteğinin reddi gerekir¹¹⁰. Çünkü taşınmaz satış vaadi borçlandırıcı bir işlem olması nedeniyle satıcı taraf henüz malik olmadığı taşınmaz için de satış vaadi sözleşmesi yapabilir. Ancak bunun tapuya şerh yapılabilmesi için taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde satıcı olarak gözüken kişinin taşınmaz malın maliki olması gerekir. Aksi takdirde şerh isteğinin tapu dairesince kabulü mümkün değildir¹¹¹.

Belirttiğimiz gibi Tapu Kanunu m. 26 açık bir şekilde taraflardan birisinin şerh talebinde bulunabileceğine yönelik açık bir düzenleme getirmiştir. Buna rağmen uygulamada, bazı tapu daireleri şerh talepleri açısından taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde buna ilişkin kayıt aramakta yahut taşınmaz maliki satıcının şerhi talep etmesini dayattıkları gözlemlenmektedir. Tapu dairelerinin bu yanlış tutuma sahip olduklarına ilişkin gözlem ön ödemeli konut satışı sözleşmeleri açısından belirtilmiştir¹¹². Ancak söylemiş olduğumuz bu gözlemin doğruluğunu teyit edecek başka bir bilgiye ulaşamadığımızı belirtmek isterim. Belirtilen bu gözlem özellikle şu ihtimalde mümkündür; satış vaadi sözleşmesinin alıcı ile konutu yapan yüklenici firma arasında yapılması hâlinde ve yüklenici firmanın arsa sahibi olmaması durumunda elbette alıcı ile yüklenici firma arasında yapılan satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak arsa sahibinin tapuda kayıtlı olan arsası üzerine şerh konulması mümkün değildir. Bu durumda ayrıca arsa sahibi ile alıcı arasında şerh anlaşmasının yapılması gereklidir. Aksi hâlde tapu memurunun şerhten kaçınması açıkça kanuna aykırıdır. Tapu siciline bu şerhin yapılabilmesi için satış vaadi sözleşmesine bu yolda ayrıca bir hüküm konulmasına veya ayrı bir şerh sözleşmesi yapılmasına gerek yoktur. Tapu Kanunu'nun ve TMK' nın 1009. maddesi oldukça açık bir hüküm içermektedir¹¹³.

Şüphe yok ki taraflar, sözleşmede satış vadinin şerh edilemeyeceğini kararlaştırmışlarsa, sözleşmenin sicile şerhi mümkün değildir¹¹⁴.

109 EREN, *Özel Hükümler*, s. 197

110 ÖZÇELİK, s. 134

111 ÖZÇELİK, s. 134; Ön ödemeli konut satış sözleşmesi açısından benzer açıklamalar için bkz.; ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU-VARDAR, s. 40

112 ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU-VARDAR, s. 39

113 SURLU, 164

114 ÇENBERCİ, s. 38; ÖZÇELİK, s. 134, 135



C. Şerhin Sonuçları

Şerh, kişisel hakkı aynı hakka dönüştürmemekte, yalnızca onun ileri sürülebileceği çevreyi genişletmek suretiyle, etkisini güçlendirmektedir¹¹⁵.

Kişisel hakların şerhinin eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam etki şeklinde iki temel etkisi vardır¹¹⁶. Şerhin ilk etkisi olan eşyaya bağlı borç hâline gelmede, kişisel hakkın kaynaklandığı borç ilişkisinden doğan yükümlülük, taşınmazın mülkiyetine bağlanmaktadır. Şerhten sonra taşınmazın maliki olacak herkes, doğacak borçtan sorumlu olur¹¹⁷. Şerhin ikinci etkisi olan munzam etkide, şerhten sonra, taşınmazda bir sınırlı aynı hakın tescili veya başka bir şahsi hakkın kazanılması durumunda, kazanılan bu haklar, alacaklıya zarar verdikleri ölçüde etkisiz hâle gelir¹¹⁸.

Taşınmaz satış vaadi, tapu kütüğüne şerh edildikten sonra vaat alacaklısı, kuvvetlendirilmiş bir şahsi hakka sahip olur. Şerh, şahsi hakkı, aynı hakka dönüştürmeyip yalnızca aynı hak etkisi yapmaktadır¹¹⁹. Bu sayede, taşınmaz satış vaadine ilişkin şahsi hak, taşınmazı sonradan iktisap edecek kişilere karşı da ileri sürülebilir¹²⁰. Şerhten sonra, sözleşmeye konu olan taşınmazın üçüncü bir kişiye devredilmesi hâlinde, vaat alacaklısı, satın almaya ilişkin hakkını üçüncü kişiye karşı kullanabilir (TMK m. 1009/ f. II). Üçüncü kişinin bu talebe uymadığı hâllerde, TMK m. 716 hükmü uyarınca tescile zorlama davası açılabilir¹²¹. Aynı şekilde, şerhten sonra yapılan ve kuvvetlendirilmiş olan şahsi hak ile bağdaşmayan diğer hakların terkinin istenebilir¹²². Üçüncü kişilere karşı ileri sürülme, ilk yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi çerçevesinde olur¹²³.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh verilmesinin dava hakkı yönünden sonucu şu şekilde olmaktadır; taşınmaz satış vaadinin

115 Şerhin etkisi hususunda geçmişte, doktrinde çeşitli tartışmalar mevcuttu. İsviçre' de Prof. Guhl' ün makalesiyle birlikte söz konusu tartışmalar sona ermiştir. Bu hususta bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 249

116 SİRMEN, s. 234; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 249- 250

117 SİRMEN, s. 234; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 249- 250

118 SİRMEN, s. 234; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 250. "...satış vaadi şerhinden sonra konulan haciz sonuç doğurmayacağından, mahkemece şikayetin kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetsiz olup, kararın bu sebeple Dairemizce bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla, şikayetçinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir." Yarg. 12. HD. T. 7.7.2011, E. 2011/11502, K. 2011/14844 (naklen, www.kazanci.com)

119 Yarg. 3 HD. T. 15.11.1965, E. 4099, K. 4967

120 AKİPEK/AKINTÜRK, s. 472

121 EREN, *Özel Hükümler*, s. 197

122 EREN, *Özel Hükümler*, s. 197; AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 172- 173

123 EREN, *Özel Hükümler*, s. 197



tapuya şerh verilmesi hâlinde, satış vaadinden doğan kişisel hakka sahip alıcı, ikinci alıcı durumunda olan üçüncü kişiye karşı aynen ifa davası açmak yetkisine malik olabilecek; mahkeme böyle bir davayı, husumet yoksunluğu noktasından reddedemeyecektir¹²⁴.

Taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan kişisel hakkın şerhinin geçerlilik süresi beş yıldır¹²⁵. Şerhin yapılmasından itibaren beş yıl içerisinde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu olan taşınmaza ilişkin satış sözleşmesi yapılmazsa, şerh re'sen terkin edilir (TK m. 26/ f. VIII). Taşınmaz maliki de hakkın terkinini yönünde bir talepte bulunabilir¹²⁶. Tapu Kanunu'nun 26'ncı maddesinin sekizinci fıkrasında açık bir şekilde, şerhin süresinin bitmesinden sonra şerhin tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin olunacağına yazılı olmasına rağmen Yargıtay vermiş olduğu kararlarda şerhin terkinini tapu malikinin talebi şartına bağlamıştır¹²⁷. Bu karar kanımızca isabetli değildir. Çünkü normlar hiyerarşisine göre tüzükler kanuna aykırı olamazlar. İlgili konuda kanunun açık bir hükmü varsa tüzük buna aykırı olsa dahi kanunun ilgili hükmünün uygulanması gerekir. 07.06.1994 tarih, 21953 sayılı Tapu Sicil Tüzüğü'nün 78. maddesinde yer alan ilgili hüküm, 17.08.2013 tarih, 28738 sayılı Tapu Sicil Tüzüğü'nün 69. maddesinin üçüncü fıkrasında da yer almaktadır. Ancak her iki düzenleme de genel olarak terkin işleminin nasıl olacağını göstermek için konulmuştur. Yoksa Kanunun açık hükmü

124 ÇENBERCİ, s. 37

125 EREN, *Özel Hükümler*, s. 198; AYAN, *Eşya Hukuku*, s. 173

126 AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 173

127 "Gerçekten, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26/5. maddesinde sözleşmenin tapuya şerhinden itibaren 5 yıl içinde satış yapılmazsa gayrimenkul siciline verilen şerhin tapu sicil muhafızı veya memuru tarafından re'sen terkin olunacağına dair hüküm bulunmaktadır. Somut olayda satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh verildiği 25.1.1989 tarihinden itibaren 5 yıl geçtiği hâlde satış işlemi yapılmadığında tarafların bir uyumsuzluğu yoktur. Ancak 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26/5 maddesinin Tapu Sicil Tüzüğü'nün 78/4. maddesi karşısında terkin işleminin Tapu Sicil Müdürlüğü veya memurunca re'sen yapılacağı veya şerhin kendiliğinden hükümsüz kalacağı şeklinde anlamamak, terkin işleminin ancak 5 yıllık sürenin geçmesi ve taşınmaz maliklerinin bu serinin geçtiğini belirterek terkin talep etmeleri üzerine yapılacağı şeklinde kabul etmek gerekir. Tapu işlemleri uygulanmasındaki durum da böyledir. Başka bir anlatımla Tapu Kanununun 26. maddesine dayanılarak 5 yıl geçtikten sonra satış vaadi sözleşmesinin şerhini kaldıracak olan tapu sicil müdürü veya memuru bu işlemi kendiliğinden değil, aleyhine tapuda serh bulunan malikin istemesi üzerine kaldırılabir. Böyle bir istem bulunmadığı sürece de Türk Medeni Kanunun 1021 maddesi hükmünce tapu sicilleri herkese açık olduğundan kayıtlarda bulunan şerh taşınmaza sonradan malik olan kişileri bağlar. Mahkemece önüne gelen olayın yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirilerek bir hüküm kurulması yerine istemin somut olaya uygun düşmeyecek bazı nedenlerle reddi doğru olmamıştır. Karar bozulmalıdır". (Yarg. 14. HD. T.9.3.2006, E. 2006/1476, K., 2006/2652 (naklen, www.kazanci.com) , (aynı yönde Yarg. 14. HD. T. 04.12.2012, E. 2012/11730, K. 2012/14147, naklen, SURLU, s. 170) Yargıtay'ın bu karardan önce, şerhin ilgili memurlarca re'sen terkin edilmesi gerektiğini, re'sen terkin edilmediği zaman şerhin aynı tesirini kaybettiğinden üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğine ilişkin görüşünü değiştirdiği belirtilmiştir (SURLU, s. 165).



ile getirilen istisnayı bertaraf etmek için getirilmesi amaçlanmamıştır. Kaldı ki tüzük ile bunun yapılabilmesi de mümkün değildir.

Şerhin süresinin geçmesine rağmen re'sen terkin edilmemesi hâlinde şerhin etkisi devam eder mi? Kural olarak şerhin geçerlilik süresi beş yıldır. Bu beş yılın geçmesinden sonra Kanunun açık hükmü gereği şerhin Tapu memurlarınca sicilden silinmesi gerekir. Ancak uygulamada bu silme işleminin re'sen gerçekleşmediği hatta davalara neden olduğu, Yargıtay dahi süresi biten şerhin silinebilmesi için tapu malikinin talebinin olması gerektiğini belirtmektedir. İşte şerhin süresi bitmesine rağmen sicilden silinmemesi hâlinde kural olarak şerhin etkisinin artık devam etmemesi gereklidir. Bunun anlamı süresi geçen ancak sicilden terkin edilmeyen şerhin koruyucu etkisinin bitmesi demektir. Dolayısıyla süresi geçen şerhten sonra malın bir üçüncü kişiye satılması hâlinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alıcı tarafının yeni malike şerhin etkisine dayanarak satın alma hakkını ileri sürememesi gerekir. Çünkü malı satın alan üçüncü kişinin şerhin süresinin aşılması nedeniyle işlem yapmış olma ihtimali de mevcuttur. Ancak Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, süresi geçmesine rağmen şerh sicilden terkin edilmemiş ise, davalı üçüncü kişinin iyi niyetinin araştırılması gerektiğine karar vermiştir. Anladığımız kadarı ile, kararda açık olarak belirtilmese bile, Yargıtay'a göre, süresi geçen bir şerh terkin edilmediği sürece TMK m. 1023 ve 1024'e göre hâlen bilgilendirme fonksiyonunu devam ettirmektedir. Dolayısıyla taşınmaz alan üçüncü kişinin bu taşınmazı iktisap ederken şerhi sicilde görmesi nedeniyle kural olarak iyiniyetli sayılmaması gerektiğine ve diğer şartları taşıması hâlinde taşınmaz satış vaadine ilişkin üçüncü kişi aleyhine açılan davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹²⁸.

128 "Açıklamalar ışığında somut olaya gelince; davacıların dayandığı 05.08.1991 tarihinde düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi noterde usulüne uygun olarak düzenlenmiş olup geçerlidir. Anılan sözleşme 08.08.1991 tarihinde tapuya şerh edilmiş, davalının mülkiyeti edindiği tarih itibarıyla tapuda kayıtlıdır. Mahkemece sözleşmenin tapuya şerh edildiği 08.08.1991 tarihi itibarıyla 5 yıllık sürenin geçtiği, bu nedenle şerhin bağlayıcılığının bulunmadığı, dolayısıyla sözleşmeden doğan şahsi hakkın davalıya ileri sürüleceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak dairesimizin bozma kararında da belirtildiği üzere burada incelenmesi gereken davalının iyiniyetli olup olmadığının saptanmasıdır. Tapu Kanununun 26/5. Maddesinin son fıkrası gereğince (şu an için 26/8), tapuya şerh edilen satış vaadi sözleşmesi uyarınca şerhten itibaren 5 yıl içinde satış yapılmaz ise şerh, tapu sicil müdürlüğü tarafından re'sen terkin edilir. Şerh, süresi dolduktan sonra terkin edilmez ise, şahsi hakkın bu şerh ile etkisi kuvvetlendirildiğinden üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir iken artık bundan sonra satış vaadi alacaklısına sadece kişisel hak sağlayabilir. Satış vaadi sözleşmesi bu nedenle davalıya karşı ileri sürülemez ise de Türk Medeni Kanun'un 1023 ve 1024 maddeleri gereğince davalının hâlen mevcut şerh nedeniyle iyiniyetli olduğunun kabulüne olanak yoktur. Belirtilen nedenle mahkemece davalının iyiniyetli olmadığı kabul edilmeli, sözleşme gereğince tescil isteğinin kabulü için diğer şartların gerçekleşip gerçekleşmediği incelenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru olmadığından karar bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 14. HD. T. 30.03.2010, E. 2010/1193, K. 2010/3454, naklen, SURLU, s. 172)



Taşınmaz satış vaadine ilişkin hakkın şerhinin terkin, sözleşmeden doğan alacak hakkının ortadan kalkmasına neden olmaz. Yalnızca, üçüncü kişilere ileri sürülebilme durumu ortadan kalkar¹²⁹. Vaat alacaklısı, şahsi hakkına dayanarak vaat borçlusundan edimin yerine getirilmesini talep edebilir. Beş yıl geçtikten sonra, söz konusu şahsi hakka ilişkin yeni bir şerh verilebilir¹³⁰. Tarafların tapu idaresine birlikte yazılı olarak başvurmaları hâlinde, beş yıllık sürenin dolmasından önce de anılan şerh sicilden terkin edilebilir¹³¹.

V. TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİ İLE DOĞAN BORÇ İLİŞKİSİNİN SONUÇLARI

Niteliği itibariyle bir önsözleşme olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, vaat borçlusuna, ileride sözleşme konusu taşınmaz ile ilgili olarak taşınmaz satış sözleşmesi yapma borcu yükler. Dolayısıyla sözleşme tasarısından farkı da buradadır. Sözleşme tasarısı tarafları bağlamazken, satış vaadi bağlayıcı ve ilzam edici bir anlaşmadır¹³². Yalnızca taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak tescil talebinde bulunulamaz¹³³. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, ilk etapta, tapu siciline yapılacak olan tescilin hukuki sebebinin oluşturamaz. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sözleşme gerekleri doğrultusunda, vaat borçlusu, taşınmaza ilişkin satış sözleşmesini yapmakla, vaat alacaklısı da taşınmazın satış bedelini ödemekle yükümlüdür¹³⁴. Vaat borçlusunun, kendi isteği veya vaat alacaklısının talebi üzerine, taşınmaz satış sözleşmesini yaptığı hâllerde, herhangi bir sorun ortaya çıkmaz. Vaat borçlusunun, taşınmazın satışına yanaşmadığı hâllerde ise, vaat alacaklısı çeşitli hukuki imkânlarla başvurabilecektir¹³⁵. Vaat alacaklısının ifa davası açarak mahkemeye

129 AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 173- 174

130 EREN, *Özel Hükümler*, s. 198

131 ÇENBERCİ, s. 39

132 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 89; DOĞAN, s. 77

133 EREN, *Özel Hükümler*, s. 195

134 "...vaadin hükmü ise, vaad edeni, gayrimenkulü vaad edilene satmaya ve tescile mecbur kılmaktır" (Yarg. 4. HD. T. 19.11.1945, 2771 K. için bkz. KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 172, dn. 77'de anılan aynı yönde diğer kararlar için bkz. DOĞAN, s. 141, dn.424).

135 Yarg. 14. HD. T. 13. 03. 2007, E. 2007/ 1266, K. 2007/ 2679: "Dava, satış vaadi sözleşmesine dayanan tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. ...Vaad alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanunu'nun 716 (önceki Medeni Kanun 642) maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir. Davacı, biçimine uygun olarak Noter önünde düzenlenmiş satış vaadi sözleşmesi uyarınca kendi edimi ni tam olarak yerine getirdiğini, taşınmazın bedelini tamamen ödediğini belirterek satın aldığı taşınmaz payının adına tescilini istemektedir. Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesine dayanan tescil isteminin hüküm altına alınabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan bedel ödenmiş olmalıdır. 06.01.1988 tarihli satış vaadi sözleşmesinden davalının satış bedelini nakden ve tamamen aldığı anlaşılmaktadır. HUMK' nun 295/1. maddesi gereğince yetkili memurların usulince düzenleyip onadıkları belgeler aksi



başvurması hâlinde, mahkemenin vermiş olduğu kararın hukuki niteliği hakkında tartışmalar mevcuttur.

Doktrinde bir görüşe göre¹³⁶, alıcı öncelikle, satıcının satış sözleşmesine yönelik irade beyanına ilişkin bir talepte bulunur. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105' inci maddesine göre, "Eda davası yoluyla mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir." Bu hükümden hareketle, mahkeme tarafından, irade beyanında bulunmasına ilişkin karar verilebilir¹³⁷. Bir başka deyişle, mahkemenin dava sonucunda vermiş olduğu karar, taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin olarak, satıcının irade beyanı yerine geçer. Bu karara dayanılarak tapu memuru, taşınmaz satış sözleşmesi düzenleyebilir. Fakat tescilin vaat alacaklısı lehine yapılabilmesi için, satıcının tescil talebinde bulunması gerekir. Satıcının tescile ilişkin talepte bulunduğu hâllerde, herhangi bir dava açma gereği kalmaz. Satıcının tescil talebinde bulunmadığı hâllerde ise, TMK m. 716 uyarınca tescile zorlama davası açılmalıdır¹³⁸.

Doktrindeki ikinci görüşe göre¹³⁹, mahkemenin vermiş olduğu karar, taşınmaz satış sözleşmesi yerine geçer. Tapu memuruna, ayrıca bir sözleşme yaptırma gibi bir durum ortaya çıkmamasına karşın, tescil işleminin yapılabilmesi için, satıcının tescil talebinde bulunması gereklidir. Bu talebin yapılmadığı hâllerde ise, TMK m. 716 uyarınca tescile zorlama davası açılması gerekir.

Doktrinde kabul edilen diğer görüşe göre ise¹⁴⁰, talep üzerine mahkemenin vermiş olduğu karar hem satış sözleşmesi hem de tescil talebi

ispatlanıncaya kadar kesin delil niteliğinde olup, yine aynı yasanın 290. maddesi uyarınca senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı savunma olarak ileri sürülen ve senedin hükmü ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ancak senet ile ispat edilebilir. Dava konusu olayda, satış vaadi sözleşmesinde yer alan satış bedelinin tamamen ödendiğine ilişkin hükmün aksi davalı tarafından yukarıda sözü edilen yönetime uygun kanıtlanmamıştır. Mahkemece, işin esası incelenerek karar verilmesi gerekirken, yeri olmadığı hâlde dinlenen tanık beyanları esas alınarak davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir." (naklen, www.kazanci.com)

136 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 397- 398

137 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 397

138 TMK m. 716/ f. I: "Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak, malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir."

139 AKİPEK/AKINTÜRK, s. 472

140 GÜRİSOY, Kemal, Tahir/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, 1984, s. 492; AYİTER, Nuşin, **Eşya Hukuku**, Ankara, 1987, s. 71- 111; AYBAY, Aydın/ HATEMİ, Hüseyin, **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1981, s. 133; ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret, **Eşya Hukuku**, Ankara, 1990, s. 124; TEKİNAY, Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1989, s. 695; DURAL, Mustafa, **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1981, s. 81. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 170; ÇENBERCİ, s. 160- 161; EREN, *Özel Hükümler*, s. 196



yerine geçer. Mahkemenin vermiş olduğu karar sonucunda, taşınmazın mülkiyeti, vaat borçlusundan vaat alacaklısına geçer.

Yargıtay uygulamaları da TMK m. 716 uyarınca mülkiyetin vaat alacaklısına geçmesi gerektiği, iki ayrı dava açılmasına gerek olmadığı yönündedir¹⁴¹.

Kanımızca, bu hususu değerlendirirken, teorik ve pratik açıdan değerlendirmeler yapılmalıdır. Teorik olarak, satış vaadi ile satış birbirlerinden farklı kavramlardır. İki dava açılmasına gerek olmadığı kabulü hâlinde, satış vaadi ile satış kavramı arasındaki fark belirsizleşir. Fakat sorunun çözümünü kolaylaştırmak adına, mahkemenin konuya ilişkin kararı ile birlikte, mülkiyetin vaat alacaklısına geçtiğinin kabulü daha uygun olacaktır. Teorik açıdan ilk görüş daha uygun olmasına karşın, usul ekonomisi ilkesi de düşünüldüğünde, tek bir dava ile mülkiyetin geçişinin kabulü mümkündür.

Vaat borçlusunun edimini yerine getirmediği hâllerde, TMK m. 716 uyarınca tescile zorlama davası açılacağını söylemiştik. Peki vaat alacaklısının, kendi üzerine düşen borcu hiç ifa etmediği veya kısmen ifa ettiği hâllerde, tescile zorlama davası açılabilir midir? Yargıtay'a göre bu gibi durumlarda, davacının talebi reddedilmemelidir. Vaat alacaklısı, borcunu ödemedi de tescile zorlama davası açabilir¹⁴². Bu hâlde, birlikte ifa kuralı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Mahkeme, davacı vaat alacaklısına, borcunu depo etmesi için uygun bir süre verir. Bu sürede, söz konusu bedel depo edilirse, tescile zorlama davası hüküm altına alınır. Aksi takdirde, dava reddedilmelidir.

Vaat borçlusunun, kusuru ile taşınmaz satış vaadinden doğan borcunu, imkânsız hâle getirdiği durumlarda TBK m. 112 uyarınca sorumluluk gündeme gelir. Söz konusu hükme göre *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”* Vaat borçlusunun kusuruyla edimi imkânsızlaştırdığı duruma örnek olarak, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapıldıktan sonra söz konusu taşınmazın üçüncü bir kişiye mülkiyetinin geçirilmesi hâli

141 *“...Vaad alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde açacağı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Vaad alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.”*, (Yarg. 14. HD. T. 19. 06. 2013, E. 2013/ 7244, K. 2013/ 9335, naklen, www.kazanci.com)

142 Yarg. 14. HD. T. 16. 01. 2012, E. 2011/ 15524, K. 2012/ 278, www.kazanci.com



gösterilebilir¹⁴³. Bu örnek bakımından, vaat alacaklısının TBK m. 112 hükmüne dayanabilmesi için, vaat borçlusunun kusurunun yanı sıra, taşınmazın mülkiyetinin üçüncü bir kişiye devredilmesi gerekir. İkinci bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılması hâlinde ise, Yargıtay, geçerli olarak yapılması koşuluyla, zaman olarak ilk yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesine üstünlük tanımaktadır¹⁴⁴. Vaat borçlusunun kusuru olmaksızın edimin imkânsızlaştığı hâllerde ise TBK m. 136 uyarınca, taşınmaz satış vaadine ilişkin olan borç sona erer¹⁴⁵. Borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde TBK m. 125 hükmüne dayanarak talepte bulunulabilir. Vaat alacaklısı, aynen ifa talep edilebileceği gibi, aynen ifadan vazgeçip müspet zararların veya sözleşmeden dönerek menfi zararların tazminini de isteyebilir¹⁴⁶.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir¹⁴⁷. TBK m. 146 uyarınca, “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*” Bu hüküm ışığında, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davalarda, başka özel bir düzenleme yoksa on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır¹⁴⁸. Zamanaşımı süresi, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar (TBK m. 149/ f. I). Kural olarak her borç, doğumu anında muaccel olacağından, zamanaşımı süresi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren işlemeye başlar¹⁴⁹. Muacceliyet için belirli bir vadenin öngörüldüğü veya işin niteliği gereği belirli bir sürenin geçmesi gerektiği durumlarda, zamanaşımı süresi, söz konusu tarihten itibaren işlemeye başlar¹⁵⁰. Zamanaşımı süresi geçtikten sonra, taşınmaz satış vaadine ilişkin olarak açılacak davalarda, zamanaşımı def’i ileri sürülebilir. Fakat Yargıtay, satışı vaat edilmiş olan sözleşme konusu taşınmazın, vaat alacaklısına teslim edildiği hâllerde, on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra dava açılması durumunda, söz konusu def’inin ileri sürülemeyeceği kanaatindedir. Bu duruma neden olarak da TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı gösterilmiştir¹⁵¹.

143 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 398- 399.

144 Yarg. 14. HD. T. 13. 10. 1988, E. 1988/ 100, K. 1988/ 6484: “...Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaad olunması hâlinde geçersiz olmadıkça veya müfeseh hâle gelmedikçe ilk defa yapılan sözleşmeye değer verilir.” Karar hakkında bkz. AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 170

145 EREN, *Özel Hükümler*, s. 196- 197

146 EREN, *Özel Hükümler*, s. 197

147 AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 176

148 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 399; AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 176

149 AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 176

150 AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 176

151 Yarg. 14. HD. T. 18. 12. 2014, E. 2013/ 12314, K. 2014/ 2047, karar hakkında bkz. GÜNAY, s. 123



VI. TAŞINMAZ SATIŞ VAADİNE DAYALI UYUŞMAZLIKLARDA GÖREV VE YETKİ

A. Görev

1.Genel Olarak

Görevin kamu düzeninden olması (HMK m.1), her aşamada ileri sürülebilmesi (HMK m.115) nedenleriyle yargılamada görev konusunu belirlemek oldukça önemlidir. Çünkü görevsiz mahkemede davanın açılması oldukça uzun zaman kayıplarına neden olmaktadır.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde, görevli mahkeme, dava konusu şeyin (müddeabihin) değerine göre belirlenmekteydi¹⁵². 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte bu durum ortadan kalkmıştır. HMK m. 2 hükmüne göre,

“Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.” Söz konusu hüküm ışığında, taşınmaz satış vaadine ilişkin olarak açılan davalarda, dava konusu şeyin değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesi görevlidir¹⁵³. Ancak taşınmaz satış vaadi açısından görev bakımından bugün sorun teşkil eden en önemli nokta tüketici mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki muhtemel görev uyuşmazlıklarıdır. Bu yüzden bu konuyu ayrıca incelemeyi uygun gördük.

2. Taşınmaz Satış Vaadi Bakımından Asliye Hukuk Mahkemesi ve Tüketici Mahkemesi Arasındaki Görev İlişkisi

a) Asliye Hukuk Mahkemesi ve Tüketici Mahkemesi Arasındaki Görev İlişkisinin Belirlenmesi

TKHK m. 73/ f. I hükmü uyarınca, *“Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri*

152 Bu nedenle özellikle müddeabihin değerinin nasıl belirleneceği bir sorun olmaktadır. Bu soruna ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir karar vererek bu sorunu çözmeye çalışmıştır. *“Uzun yıllar süren yüksek enflasyon ve tarafların satış bedelini sözleşmede bilerek düşük göstermeleri ihtimali nazara alındığında taşınmazın değerinin dava tarihine göre belirlenmesi gerekmektedir. Hâkim yapacağı keşifte dinleyeceği bilirkişilere taşınmazın değerini tespit ettirecektir. Tespit edilen bu değere göre hem mahkemenin görevi tayin edilecek, hem de noksan harç ikmal ettirilecektir. Bu durumda, sözleşmeye müdahaleden de söz edilemeyecektir. Kamu düzeninden olan bu husus tarafların inisiyatifine bırakılmadan, hâkim tarafından re’sen yerine getirilmiş olacaktır.”* (YHGK. T. 8.11.2006, E. 2006/14–692, K. 2006/702, naklen, www.kazanci.com)

153 AYAN, *Eşya Hukuku-II*, s. 176



görevlidir. Tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade etmekte (TKHK m. 3/1-I) ve oldukça geniş uygulama alanı bulunmaktadır¹⁵⁴. Bu anlamda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3' üncü maddesinin h bendine göre, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malların tüketiciye satışı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamındadır. Tüketicinin tanımı da yine TKHK m.3/1-k'da yapılmıştır. Buna göre; Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiye "*tüketici*" denir (TKHK m. 3/1-k). Yine TKHK m. 3/1-i'de satıcı tanımlanmıştır; "*satıcı*", kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Dolayısıyla konut veya tatil amaçlı taşınmazın, tüketici işlemi ile taşınmaz satış vaadine konu olduğu hâllerde, söz konusu ilişkiden doğacak uyuşmazlıklarda, görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır¹⁵⁵. Yargıtay da bu niteliği taşıyan davalar bakımından tüketici mahkemesinin görevli olduğu kanaatindedir¹⁵⁶. Ayrı bir tüketici mahkemesi olmayan yerlerde, TKHK kapsamındaki davalara, asliye hukuk mahkemesi tarafından "*tüketici mahkemesi sıfatıyla*" bakılması gerekir¹⁵⁷.

154 AKKAN, Mine, **Pekanttez Usûl Medeni Usul Hukuku**, C-I, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 186

155 GÜNAY, s. 112; SURLU, s. 533

156 Yarg. 14. HD. T. 25. 06. 2013, E. 2013/ 6576, K. 2013/ 9866: "...4822 sayılı Kanunla değişik 4077 sayılı kanunun 3. maddesi e bendiyle konut ve tatil amaçlı mallarda Tüketicinin Korunması Kanunu kapsamına alınmıştır. Anılan maddenin e bendindeki tanıma göre tüketici, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi, fbendindeki tanıma göre de satıcı, kamu tüzel kişileri dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetler kapsamından tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. 4077 sayılı Kanununun 23. Maddesi hükmüne göre de, bu kanun uygulamasıyla ilgili çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemesinde bakılması gerekir. Somut olayda, davalı davacıya 6152 parsel sayılı taşınmazda bulunan 2 numaralı dairenin satışını vaad etmiştir. Davalının, yüklenici sıfatını taşımaması, dosya kapsamında bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bulunmaması hususları değerlendirildiğinde davaya bakmaya asliye hukuk mahkemesi görevlidir." karar hakkında bkz. GÜNAY, s. 112

157 Yargıtay'a göre, davaya bakan asliye hukuk mahkemesi, davanın tüketici mahkemesi sıfatıyla açılmadığını tespit ederse o yerde ayrı bir tüketici mahkemesi olmadığından, görevli olup olmadığını re'sen gözetse bile (HMK. m.114/1-c; m.115) görevsizlik kararı vermeyip ara kararı ile davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakma yönünde karar vermelidir (Yarg. 13. HD. T. 12.02.2013, E. 821, K. 3155, naklen, AKKAN, *Pekanttez Usûl*, s. 181, dn.122). Asliye hukuk mahkemesinde, TKHK kapsamına girmeyen bir dava tüketici mahkemesi sıfatıyla açılmış ise mahkemece görevsizlik kararı verilmeyip ara kararı ile davaya asliye hukuk mahkemesi olarak bakma yönünde bir karar verilmelidir (Yarg. 13 HD. T. 18.03.2015, E. 5232, K. 8680, naklen, AKKAN,

Pekanttez Usûl, s. 181, dn.123) (AKKAN, *Pekanttez Usûl*, s. 181)



Genel durumu bu şekilde belirlememize rağmen uygulamada bazı sorunları çıkmaktadır. Özellikle tüketici kavramı ve tüketici işleminin ne olduğu, TKHK çerçevesinde satıcının kim olduğu, TKHK çerçevesinde konut amaçlı taşınmazın ne anlama geldiği gibi konularda oluşan sorunlar doğal olarak görev konusuna da yansımaktadır. Bu sorunlara kısaca değinmekte fayda vardır.

b) Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Alıcı Tarafın Tüketici Olması ve İşlemin Tüketici İşlemi Olması Gerekliği

Tüketici mahkemelerinin görevli olabilmesi için belirtmiş olduğumuz gibi taraflardan birinin tüketici sıfatını taşıması gerekir. Bu çerçevede taraflardan birinin tüketici sıfatı yoksa ve TKHK m.3/1-k'da belirtildiği üzere mesleki ve ticari faaliyet kapsamında bir sözleşme yapıldıysa görevli mahkeme tüketici mahkemesi değildir¹⁵⁸. Dolayısıyla ticari ve mesleki olmayan amaç unsuru belirleyicidir. Bir malı olduğu gibi ya da işleyerek bir başkasına satmak veya çıkar karşılığı devretmek üzere satın alan kişi tüketici sayılmaz. Tüketici o malın nihai kullanıcıdır ve malı özel kullanım için satın almıştır¹⁵⁹. Örneğin depo niteliğinde olan bir taşınmaz hakkında TKHK kapsamında bir satıcı ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapıldığında burada ticari ve mesleki faaliyet için kullanılması söz konusu olacağından görevli mahkeme genel mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi olacaktır¹⁶⁰. Bunun gibi örneğin tek parsel toplu yapıda tüm mesken nitelikli bağımsız bölümler tüketici işlemi olan ön ödemeli konut satış sözleşmesine konu iken aynı parselde market olarak satıcı tarafından bir tacire aynı koşullarda satışı yapılan bağımsız bölüm satışından artık ön ödemeli konut satışından söz edilemeyeceğinden tüketici mahkemesi görevli olmayacaktır. Çünkü bu ihtimalde karşımızda tüketici işlemi yoktur¹⁶¹. Yargıtay, somut uyuşmazlık açısından tarafın sözleşmeyi yapma amacının ve tarafın tüketici kabul edilip edilmeyeceğinin incelenmesi gerektiğini, satın alınan daire sayısının önemli olmadığını vurgulamıştır¹⁶². Ancak daha önceki tarihli bir başka kararında ise satın

158 AKKAN, *Pekcanitez Usûl*, s. 189

159 ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU-VARDAR, s. 16

160 “Davacı, 16 pafta 745 parsel numaralı taşınmazda kat irtifakı sahibi olduğunu, 17.08.1999 tarihli depremde binanın yıkıldığını ileri sürerek satın aldığı bağımsız bölümün bedeli olan 35.000 TL nin tahsilini istemiştir. (...) davacı tarafından davalıların murisinden satın alınan taşınmazın depo niteliğinde olup, ticari veya mesleki faaliyetler kapsamında kullanıldığı anlaşıldığından davaya bakanın Tüketici Mahkemesinin değil, genel mahkemenin görev alanında kaldığı anlaşılmaktadır”. (Yarg. 13. HD. T. 19.06.2012, E. 113, K. 16053, naklen, AKKAN, *Pekcanitez Usûl*, s. 189, dn.143)

161 ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU-VARDAR, s. 17

162 “Somut olayda davacı, davalıdan iki adet daire satın aldığını, ve bedelini ödediğini, ancak dairelerin dava dışı şahsa satıldığını ileri sürerek dairelerin bedelinin tahsilini istemiş, mahkemece davacının iki adet



alınan daire sayısının fazla olması hâlinde görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olacağını belirtmiştir¹⁶³. Burada önemli olan TKHK kapsamında taşınmazın “konut amaçlı” veya “tatil amaçlı” olarak tüketici tarafından kullanılacak olmasıdır. Taşınmazın kişisel ihtiyaçlar dışında, belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, yeniden satış, kiraya verme, ticari olarak kullanma gibi mesleki veya ticari amaçlarla satın alanlar tüketici kabul edilmezler¹⁶⁴.

Sonuç olarak Yargıtay kararlarında belirttiği üzere taşınmazın tüketici tarafından tahsis amacı önemlidir. Ancak buna rağmen kat irtifakına / kat mülkiyetine tabi yapılarda taşınmazın konut amaçlı özgüleme iradesi Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca tespit edileceği için bir taşınmazın konut amacı dışında özgülendiği durumlarda görevli mahkemenin nasıl belirleneceği konusunda tereddüt yaşanabilir¹⁶⁵. Zira kat mülkiyetinin kurulması için KMK m.12/1-a bendinin “Anagayrimenkulde, yapı veya yapıların... kat, daire, iş bürosu, gibi nevi ile...açıkça gösterilmek suretiyle ... yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca onaylanan mimari proje ile yapı kullanma izin belgesi” şeklindeki düzenlemesi bulunmaktadır. Bunun gibi kat irtifakına konu bağımsız bölümler için de aynı koşul geçerlidir (KMK m. 14/I). İşte bu durumlarda, örneğin kat mülkiyeti kanununa göre bir taşınmazın yapı kullanma izin belgesinde iş bürosu şeklinde geçen bağımsız bir bölümün taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile alınması hâlinde çıkan uyuşmazlıklarda

satın alması sebebiyle tüketici kabul edilmeyeceği gerekçesiyle dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmeksizin ve duruşma açılmaksızın görevsizlik kararı verilmiş ise de; mahkemece sadece satın alınan dairenin sayısı dikkate alınarak davacının tüketici kabul edilmemesi yerinde değildir. Konut alım-satışına dair uyuşmazlıkların 6502 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için tüketicinin mali satın alma amacı çok büyük önem taşımaktadır. Yasa, nihai tüketici tarafından kullanım amacı ile alınan konut ve tatil amaçlı taşınmazlar yönünden geçerlidir. Bir mal veya hizmetin, kişisel ihtiyaçları dışında, belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, yeniden satış, kiraya verme, ticari olarak kullanma vs. gibi mesleki veya ticari amaçlarla satın alanların tüketici kabul edilmeyecekleri kuşkusuzdur. Hâl böyle olunca, dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilerek duruşma açılması ve bundan sonra satın alınan dairelerin satın alma amacının araştırılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.” (Yarg. 13. HD. T. 27.01.2016, E. 36754, K. 2002, AKKAN, Pekcantez Üsûl, s. 189-190)

163 Yargıtay bir başka kararında ise satın alınan daire sayısının fazla olması hâlinde görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olacağına karar vermiştir. Karar şu şekildedir; “(...) Somut olayda; davalı yüklenici, davacıya 308 ada 38 parsel üzerinde bulunan 8. Bloktaki 16 ve 18 nolu bağımsız bölümler ile 6. Bloktaki 8 ve 13 nolu bölümlerin satışını vaat etmiştir. Davacıya satışı vaat edilen bağımsız bölümlerin adedi itibarıyla Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceğinden davayı görmeye tüketici mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemesi görevlidir.” (Yarg. 14. HD. T. 9.7.2013, E. 2013/7293, K. 2013/10371, naklen, SURLU, s. 540)

164 Yarg. 14. HD. T. 15.07.2010, E. 2010/7410, K.2010/8378, naklen SURLU, s. 546)

165 Doktrinde ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinin ancak Kat Mülkiyeti Kanununa göre özgüleme iradesinin konut amaçlı olması hâllerinde mümkün olabileceği belirtilmiştir (bkz. ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU-VARDAR, s. 25)



görevli mahkeme ne olacaktır? Yahut yapı kullanma izin belgesinde konut amaçlı olarak kullanılması gereken bir bağımsız bölümün iş bürosu için alınması hâlinde görevli mahkeme neresi olacaktır? Bu gibi durumlarda yapı kullanma izin belgesine göre mi görevli mahkemeyi tespit etmek gerekeceği yoksa Yargıtay içtihatlarına göre taşınmazın tüketici tarafından tahsis amacına mı bakılacağı sorun teşkil etmektedir. Kanaatimize göre, bu sorun aynı zamanda Kat Mülkiyeti Kanunu m. 24 dikkate alınarak da çözümlenmelidir. Bağımsız bölümlerin kural olarak mimari proje ve yapı kullanma izin belgesinde özgünlendikleri şekillerde kullanılmaları gerekir. Yasak işler başlıklı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 24, yasak işlerin neler olduğu ve bunların istisnalarını belirlemiştir. Kat Mülkiyeti Kanunu, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak kaydedilmiş olan bağımsız bölümün çeşidinin değiştirilmesi imkânını bazı hâllerde tamamen bertaraf ederek yasaklamış, bazı hâllerde ise kat malikleri kurulunun oy birliği ile vereceği karara tabi tutmuştur¹⁶⁶. Dolayısıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde ki bir satıcıdan, mimari projesinde işyeri ve ticaret yeri olarak gösterilen (doğal olarak aynı zamanda kat mülkiyeti kütüğünde) bir bağımsız bölüm alan alıcı arasındaki uyuşmazlıklar kural olarak tüketici işlemi olarak kabul edilmeyecek ve Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olacaktır¹⁶⁷. Çünkü Kanunda “konut amaçlı” veya “tatil amaçlı” taşınmaz malların satışının tüketici işlemi olabileceği belirtilmiştir (TKHK m.3/1-h). Ancak kat mülkiyeti kütüğünde “mesken” olarak geçen bağımsız bölümün alınması hâlinde ise şayet bu yer 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 43’ün¹⁶⁸ veya 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 45’in¹⁶⁹ vermiş olduğu izin sebebiyle avukatlık bürosu veya mali müşavirlik bürosu olarak kullanılacak ise bu durumda kullanım

166 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 650

167 “(...)Somut uyuşmazlıkta, çekişme konusu taşınmaz 176 ada 3 sayılı parsel üzerindeki F Blok 16 numaralı dükkândır. Dava konusu taşınmaz, konut niteliğinde değildir. Dolayısıyla eldeki davanın özel görevli Tüketici Mahkemesinde görülerek çözümlenmesi olanağı yoktur”. (Yarg. 14 HD. T. 22.01.2009, E. 2008/15139, K. 2009/547, naklen SURLU, s. 547)

168 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 43/I; “Her avukat, levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır. “23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre anagayrimenkulün mesken olarak gösterilen bağımsız bölümlerinde kat maliklerinin izni ve benzeri şartlar aranmaksızın avukatlık büroları faaliyet gösterebilir. Bu konuda, yönetim planındaki aksine hükümler uygulanmaz.” Büronun niteliklerini barolar belirtir.”. (Resmi Gazete 7.4.1969/13168)

169 3568 sayılı, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 45/VI; “23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı

Kat Mülkiyeti Kanununa göre anagayrimenkulün mesken olarak gösterilen bağımsız bölümlerinde kat maliklerinin izni ve benzeri şartlar aranmaksızın serbest muhasebeci mali müşavirlik veya yeminli mali müşavirlik faaliyetlerinde bulunulabilir. Bu konuda, yönetim planındaki aksine hükümler uygulanmaz.” (Resmi Gazete 13.6.1989/20194)



amacı dikkate alınarak görevli mahkeme yine asliye hukuk mahkemesi olacaktır. Çünkü tüketici işlemi olabilmesinin şartı o yerin mesleki veya ticari amaçla kullanılmak üzere alınmamış olması gerekliliğidir. Oysa bu örneğimizde alıcı ilgili yeri ticari ve mesleki amaçlı almaktadır. Bu ihtimal özellikle Yargıtay kararında belirtildiği öncelikle *“dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilerek duruşma açılması ve bundan sonra satın alınan dairelerin satın alma amacının araştırılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir”*¹⁷⁰.

c) Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Tüketicinin Karşısında TKHK Çerçevesinde Satıcının Olması Gerekliliği

TKHK kapsamında bir işlemin tüketici işlemi olabilmesi için tüketicinin karşısında Kanunun belirlediği şekilde bir satıcının da olması gerekir. TKHK m. 3/1-i’de satıcının tanımı yapılmıştır. Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari ve mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiye satıcı denir. O nedenle, tüketici ile ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen ve mal sunmayan kişi arasında yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde 6502 sayılı Kanun uygulama alanı bulmayacaktır¹⁷¹. Örneğin taşınmazın küçük gelmesi nedeniyle taşınmazı ile ilgili satış vaadi sözleşmesi yapan kişi TKHK kanun kapsamında satıcı olarak nitelendirilemeyecektir. Çünkü bu ihtimalde sözleşmenin iki tarafı da eşit konumda olacağı için birinin diğerine nazaran korunmasına gerek yoktur¹⁷².

d) Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi İle Hem Konutun Hem De İşyerinin Satışının Vaat Edilmesi Hâlinde Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

Aynı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile hem konutun hem de işyerinin satışının vaat edilmesi hâlinde çıkan uyuşmazlıkta görevli mahkemenin ne olacağı da bir sorun teşkil etmektedir. Öncelikle buradaki hukuki durumun tespit edilmesi gereklidir. Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani aslilik-ferilik ilişkisi kurmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine davaların yığılması denir¹⁷³. Davaların yığılması HMK’nın

170 Yarg. 13. HD. T. 27.01.2016, E. 36754, K. 2002, (AKKAN, *Pekcanitez Usûl*, s. 189-190)

171 *“(…) Somut olayda; davalı, davacıya 6152 parsel sayılı taşınmazda bulunan 2 nolu dairenin satışını vaat etmiştir. Davalının yüklenici sıfatını taşımaması, dosya kapsamında bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bulunmaması hususları değerlendirildiğinde davaya bakmaya asliye hukuk mahkemesi görevlidir”*. (Yarg. 14. HD. T. 25.06.2013, E. 2013/6576, K. 2013/9866, naklen SURLU, s. 540).

172 ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU-VARDAR, s. 17.

173 PEKCANİTEZ, Hakan, *Pekcanitez Usûl, Medeni Usul Hukuku*, C-II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1092



110'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Davaların yığılmasının mevcut olabilmesi için maddi ve şekli şartların bir arada bulunması gerekir. Ancak bu durumda davacı aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız asli taleplerini aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir hâle gelir. Davaların yığılması için gerekli olan maddi şart, birbirinden bağımsız asli talebin bulunmasıdır. Bu talepler arasında aslilik-ferilik ilişkisi kurulmamış olması gerekir. Ayrıca talepler arasında ekonomik bir bağın olmasına da gerek yoktur. Davaların yığılması için aynı zamanda bazı şekli şartların da mevcut olması gerekir. Şekli şartlar, tarafların aynı olması, aynı yargı çeşidi içinde yer alması, taleplerin tümü bakımından ortak yetkili ve görevli mahkemenin olmasıdır¹⁷⁴. Doktrinde, HMK m. 110'da

“...taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili mahkemenin bulunması şarttır” ifadesinde geçen “ortak yetkili mahkeme” ile kastedilenin hem yetki hem de görev hususu olduğu vurgulanmıştır¹⁷⁵. Davaların yığılmasında, görünüşte tek bir dava gerçekte ise talep sayısınca dava mevcuttur. Her bir talep için dava dilekçesinde vakıaların ayrı ayrı belirtilmesi ve ispat edilmesi gerekir. Mahkeme her bir talep için ayrı ayrı inceleme yapacak, her bir talep hakkında ayrı karar verecektir¹⁷⁶. Bu şartlar incelendiğinde aynı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile hem konutun hem de işyerinin satışının vaat edilmesi davaların yığılması için maddi şartı sağlamaktadır. Çünkü aynı satış sözleşmesi ile birbirinden bağımsız iki ayrı edim talep edilmektedir. Bu talepler arasında aslilik – ferilik ilişkisi mevcut değildir. Mahkemenin bu iki talep hakkında ayrı karar vermesi gerekir. Ancak davaların yığılmasında şekli şartlardan olan ortak görevli mahkeme olması şartını taşıması konusunda bir ihtilaf söz konusudur. Somut olayımızda

174 Bu şartlar bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. BULUT, Uğur, **Medeni Usûl Hukukunda Davaların Yığılması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 179 vd. Objektif dava birleşmesi İsviçre Usul Kanunu'nun 90. maddesinde düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda da birden çok talep aynı davalıya karşı ileri sürülebilir. Ancak bunun için mahkemenin görevli olması ve aynı yargılama usulüne tabi olması gerekir (İsviçre Hukuku için bkz. GASSER, Dominik / RICKLI, Brigitte, **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkomentar**, Dke Verlag, Zürich/St. Gallen, 2010, s. 81, Art. 90). Avusturya Usul Kanunu'nun 227'nci maddesinde objektif dava birleşmesi ayrıca düzenlenmiştir. Doktrinde mahkemenin görevli ve ayrıca yetkili olması gerektiği gibi taleplerin tamamı için de aynı yargılama usulünün geçerli olması gerektiği belirtilmiştir (KODEK, Georg / MAYR, Peter, **Zivilprozessrecht**, Facultas Verlag, Wien, 2011, s. 197)

175 BULUT, s. 190; TANRIVER, s. 614; PEKCANITEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1095. Ancak doktrinde ERMENEK, davaların birleştirilmesinde aranan ortak görevli mahkemenin, davaların yığılmasında aranmadığını, davaların yığılmasında sadece ortak yetkili mahkemenin arandığını belirtmiştir. (ERMENEK, İbrahim, **Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 108)

176 PEKCANITEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1093

taleplerden birisi hakkında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi iken diğer talep için görevli mahkeme tüketici mahkemesidir. Acaba burada her iki talep için de tüketici mahkemesinde davaların yığılması şeklinde dava açılabilir mi? Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, taleplerden biri özel mahkemenin (örneğin tüketici mahkemesi) diğeri genel mahkemenin (örneğin asliye hukuk mahkemesi) görev alanına giriyorsa, bu talepleri, davaların yığılması olarak genel mahkemede birlikte dava edilemez ancak, özel mahkemede birlikte, davaların yığılması olarak açılabilir¹⁷⁷. Doktrinde ağırlıkta olan¹⁷⁸ diğer görüşe göre ise, davaların yığılmasına konu her bir talep için o mahkemenin görevli olması gerekir¹⁷⁹. Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararda biraz da pratik nedenlerden ve usul ekonomisini gözeterek konut ve işyerinin birlikte satışının vaadinden kaynaklanan uyuşmazlıkta davaya Tüketici Mahkemesince bakılacağına hükmetmiştir¹⁸⁰. Karar şu şekildedir; “(...) Somut olayda tescili istenen bağımsız bölümler arasında konutun yanında işyeri niteliğinde dükkân da vardır. “İşyeri” gibi ticari nitelikli taşınmazların alım satışından kaynaklanan çekişmeler tüketici kapsamında değil ise de; dava da aynı sözleşmenin aynı tarafları arasında uyuşmazlık söz konusudur. Davacı 21.10.1999 tarihli satış vaadi sözleşmesi dava konusu konut ve işyerini

- 177 KURU, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 215; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 271 (Ancak belirtmek gerekir ki ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ tarafından çıkarılan ders kitabında davaların yığılması bölümünde bu görüşe yer verilmemiştir (ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR-AYVAZ, Sema, **Medenî Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 303). Bunun sebebi bu görüşün asıl olarak KURU'nun görüşü olması sebebiyle sadece yazarların beraber yazdıkları eser de bu görüşün yer almasıdır. Ayrıca YILMAZ tek yazar olarak yazmış olduğu şerhinde de davaların yığılması bölümünde bu konuya değinerek davaların yığılmasında taleplerin tamamı için ortak görevli mahkeme olması gerektiğini belirtmiştir (YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Şerhi**, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 1687). Bu nedenle bu görüşün sadece KURU'nun görüşü olduğu ortak eserde bu nedenle yer aldığı söylenebilir). ULUKAPI, Ömer, **Medenî Usûl Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, s. 218; UMAR, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 313 (Yazarın aile mahkemesinde boşanmayla birlikte bir malın istirdadının talep edilebileceğini belirtmekte olduğundan, bu görüşte olduğu söylenebilir); AKSOY, Elif, “Objektif Dava Birleşmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 117, Ankara, 2015, (s. 20-232), s. 215
- 178 BULUT, konuya ilişkin kapsamlı eserinde aslında ilk görüşün ağırlıkta olduğunu belirtmiştir. Ancak son duruma bakıldığında artık bu görüşün ağırlıkta görüş olduğu söylenebilir (BULUT, s. 191)
- 179 ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, C. I-II, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 357; PEKCANITEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 1095; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ, s. 303 (Aslında doğrudan bu konu ile ilgili görüş belirtilmemiş sadece taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunmasının gerekliliğinden bahsedilmiştir. BULUT, eserinde yazarların bu görüşte olduklarını belirtmiştir, BULUT, s. 192, dn. 49); TANRIVER, Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 614; BULUT, s. 193
- 180 Bu görüş belirttiğimiz gibi doktrin bir kısmının görüşleri ile de uyumludur (KURU, s. 215; ULUKAPI, s. 218; UMAR, s.313)



almıştır. Konut alım satışından çıkan uyuşmazlıklar az yukarıda açıklandığı gibi Tüketici yasası kapsamındadır. Tüketici Mahkemesi özel bir mahkemedir ve özel mahkemelerin görevi genel mahkemelerin görevinden önce gelir. Talepler arasında bağlantı bulunması hâlinde taleplerin tamamı için özel mahkeme durumundaki Tüketici Mahkemesi görevlidir. HGK'nın 14.12.2005 tarih 2005/13-637 2005/731 sayılı kararı da aynı doğrultudadır¹⁸¹. Yargıtay, yakın tarihli bir kararında da yine usul ekonomisi ilkesini göz önünde tutarak tüketici mahkemesinin, görev alanına giren bir taleple birlikte görev alanına girmeyen bir talebi davaların yığılması şeklinde bir arada inceleyebileceğine hükmetmiştir. "...davacının talebinin dayandığı sözleşmelerden birinin tüketici kredisi sözleşmesi olması nedeniyle, bu sözleşmeden kaynaklanan alacak bakımından görevli olan ve özel mahkeme niteliğinde bulunan tüketici mahkemesince, HMK'nın 30. Maddesinde yer alan usul ekonomisi ilkesi de göz önünde bulundurularak, her iki talep yönünden de yargılama yapması gerekirken, anılan gerekçe ile dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir."¹⁸². Görüldüğü üzere Yargıtay'ın bu konuya ilişkin tutumu davanın özel görevli mahkemede görülmesi şeklindedir. Bu kararlar eleştiriye açık kararlardır. Her şeyden önce, bu taleplerin her birinin ayrı ve bağımsız bir dava niteliğinde olduğu, bu nedenle de her bir talep için dava şartlarının ayrı ayrı incelenmesi gerektiği kabul edilirken, bir dava şartı olan görevli mahkemenin tespitinde bu kabulün sonuçlarından ayrılmayı haklı kılacak bir sebep yoktur¹⁸³. Ayrıca kamu düzeninden olan görev kurallarının davaların birleştirilmesi, ihtiyari dava arkadaşlığı yahut davaların yığılması yolları ile aşılması mümkün olmamalıdır. Ancak davaların arasında somut olayımızda olduğu gibi yakın bir bağlantının olması veya usul ekonomisinin gerektirmesi hâllerinde sorunun bu şekilde "bazı genel kabullerle" pozitif yazılı hukuk kurallarına ve özel mahkemelerin kuruluş amaçlarına aykırı bir şekilde çözümlenmemesi gerekir¹⁸⁴. Bu durumda sorunun davaların yığılması hâlinde özel mahkemelere ilişkin görev kurallarının gözden geçirilmesi yolu ile çözümlenmesi gerekir¹⁸⁵. Özellikle özel mahkeme

181 Yarg. 14. HD. T. 01.06.2007, E. 3382, K. 6634 (naklen, SURLU, s. 550)

182 Yarg. 11. HD. T. 20.01.2014, E. 12021, K. 1039 (naklen, BULUT, s. 192)

183 BULUT, s. 193

184 BULUT, s. 195. Özel mahkemelerin ülkemizdeki durumu da aslında eleştiriye oldukça açıktır.

185 BULUT, s. 195. Aynı şekilde davaların birleştirilmesinde her iki dava bakımından aynı görevli mahkemenin aranmasının medeni usul hukuku bağlamında bazı spesifik sorunları da beraberinde getirdiğini belirtmiştir. Görev kurallarını düzenlemek kanun koyucunun inisiyatifinde olduğu gibi ona istisna getirmekte onun inisiyatifindedir (ERMENEK, Birleşme, s. 108).



kurulmayan yerlerde bu mahkemenin görevine giren dava ve işlere asliye hukuk mahkemesi tarafından bakılıyor olması da görev kurallarına ilişkin düzenlemelerin özellikle davaların yığılmasında ve davaların birleştirilmesinde yeniden gözden geçirilmesi gerektiğine bir başka gerekçe olabilir¹⁸⁶.

e) Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi Bakımından Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde değinilmesi gereken bir başka husus ise 6502 sayılı Kanun ile ilk defa düzenlenen ön ödemeli konut satışlarıdır. Uygulamada “maketten konut satışı” olarak da bilinen ve özellikle henüz ortada konut yokken bedel ödemeye başlayan tüketicilerin korunması olduğu hükmün gerekçesinde açıklanan ve tüketici lehine düzenlemeler yoluyla tüketici aleyhine oluşabilecek mağduriyetleri önlemek için ihdas edilen bir kurum olan ön ödemeli konut satış sözleşmeleri de taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılmaktadır¹⁸⁷. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 40. maddesi ön ödemeli konut satışını düzenlemektedir. Tüketici Kanunu’nun madde 3, bend h’de bahsi geçen konut ve tatil amaçlı taşınmazların satışı genellikle ön ödemeli konut satış sözleşmeleri yoluyla gerçekleştirilmektedir. TKHK m. 40’a göre; “Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir”. Konumuz açısından önemli olan husus bu sözleşmelerin TKHK m. 41 gereğince tapu sicilinde tescil edilmesi yahut noterden taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılması gerekliliğidir. Dolayısıyla 6502 sayılı Kanun çerçevesinde noterde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yapılan ön ödemeli konut sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da tüketici mahkemesi görevli olacaktır.

Bir başka husus ise, TKHK m. 40-46 arasında düzenlenen ön ödemeli konut satış sözleşmesinde sadece “konut amaçlı taşınmaz” tabiri kullanılıyor olsa bile, TKHK m. 3/1-h bendi, tüketici işlemi açısından taşınmazı “konut amaçlı taşınmaz” ve “tatil amaçlı taşınmaz” şeklinde ikiye ayırması nedeniyle ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde “tatil amaçlı taşınmazında” ön ödemeli konut satış sözleşmesine konu olmasının önünde bir engel yoktur¹⁸⁸.

186 Davaların birleştirilmesi bakımından bkz., ERMENEK, s. 109 vd.

187 ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU-VARDAR, s. 3

188 ÖZMEN/HAMAMCIOĞLU-VARDAR, s. 20



B. Yetki

Taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin neresi olması gerektiği sorun teşkil edebilir. Bu sorunun çözümü açılan davada talep edilen şeyin niteliğine göre değişiklik gösterecektir. Dolayısıyla taşınmaz satış vaadinden doğan davalarda doğrudan bir yer mahkemesinin yetkili olduğu söylenemez. Taşınmaz satış vaadine ilişkin olarak birçok uyuşmazlık meydana gelebilir. Taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan uyuşmazlığın niteliğine göre yetkili mahkeme belirlenebilir. Taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan uyuşmazlıkları, yetkili mahkemenin tespiti açısından, genel olarak tapu sicilinde değişikliğe neden olan davalar ile tapu sicilinde değişikliğe neden olmayan davalar şeklinde ikiye ayırarak incelemek mümkündür.

1. Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan Davaların Tapu Sicilinde Değişikliğe Neden Olması Hâlinde Yetkili Mahkeme

Taşınmaz satış vaadine ilişkin en çok uyuşmazlık doğal olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin taşınmaz sahibi tarafından gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda davacı alıcı taraf, taşınmaz satış vaadine dayalı olarak tapunun iptal edilerek tapu kaydının kendi adına tescilini talep etmektedir. Bir başka ifade ile davacı, mahkemeden, ön sözleşme niteliğinde olan satış vaadi sözleşmesinin gereğini yerine getirmeyen (irade beyanında bulunmaktan kaçınan) davalının iradesi yerine geçecek şekilde hüküm kurmasını talep eder. Ancak bahsetmiş olduğumuz gibi uygulamada mahkemeler usul ekonomisi ilkesini gözeterek talep üzerine hem satış sözleşmesi hem de tescil talebi yerine geçecek şekilde karar verir. Mahkemenin vermiş olduğu karar sonucunda, taşınmazın mülkiyeti, vaat borçlusundan vaat alacaklısına geçer. Yargıtay uygulamaları da TMK m. 716 uyarınca mülkiyetin vaat alacaklısına geçmesi gerektiği, iki ayrı dava açılmasına gerek olmadığı yönündedir¹⁸⁹.

Tapuda davalı adına kayıtlı bulunan taşınmaz kaydının iptal edilerek davalı lehine tescilin yapılmasına karar verilmesi talepli açılan davada yetkili mahkeme, HMK'nın 12. maddesi gereğince, taşınmazın

189 "...Vaad alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde açacağı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Vaad alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir." , (Yarg. 14. HD. T. 19. 06. 2013, E. 2013/ 7244, K. 2013/ 9335, naklen, www.kazanci.com)



bulunduğu yer mahkemesi olmalıdır¹⁹⁰. HMK'nın 12. maddesine göre, taşınmaz üzerindeki aynî hakka veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine veya alıkoyma hakkına ilişkin davalar, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılır (HMK m. 12, 1). Taşınmaz satış vadinin bir ön sözleşme olması ve şahsi bir hak talebi olması durumu değiştirmez. Bu nedenle, doktrinde ileri sürülen, taşınmaz satış vadinin borç doğuran sözleşmelerden olması nedeniyle, ondan aynî değil, şahsi hakkın doğduğu, bu nedenle de tescili hedef tutan davalar yönünden taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olmaması gerektiği görüşüne katılmamaktayız¹⁹¹. Taşınmaz satış vadinin aynî hak olmamasının etkisi (şahsi bir hak talebi olmasının) sadece vaat alan alıcının, bu hakkını dava yoluyla sözleşmenin tarafı olmayan başka kişilere ileri sürememesinde ve taşınmazın mal sahibi tarafından başka kişilere satılması hâlinde satış parası üzerinde veya taşınmazın kamulaştırılması durumlarında kamulaştırma bedeli üzerinde herhangi bir hak iddia edememesinde ortaya çıkar. Alıcı taraf, bu durumda, sözleşmenin karşı tarafına sadece ön sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle tazminat davası açabilir ki aşağıda belirteceğimiz gibi bu davada görevli mahkemenin de zaten genel yetki kurallarına göre çözümlenmesi gerekir. Şayet taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde satıcı taraf, taşınmazı henüz bir üçüncü kişiye devretmemiş ise ona karşı açılacak olan davada, davacı taraf, hem onun satış iradesi yerine geçerek karar verilmesini hem de tapu kaydının iptal edilerek kendi adına tescil edilmesini talep etmektedir. Dolayısıyla bu davanın sonucu aynî hak değişikliğine neden olmaktadır. Şu hususu belirtmekte fayda vardır; taşınmaz üçüncü bir kişiye devredilmiş ise (taşınmaz üzerinde bir şerhin de olmaması ihtimalinde) alıcı taraf, taşınmazı devir alan üçüncü kişiye karşı tapu kaydının iptalini ve tescilini talep etse bile, bu dava, taşınmaz satış vadinin yalnızca şahsi bir hak talebi sağlaması nedeniyle reddedilecektir. Ancak bu davada yetkili mahkeme kanaatimize göre yine HMK 12'ye göre taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olmalıdır. Çünkü davada yetkili mahkemenin neresi olacağını davacının talebi belirleyecektir. Bu ihtimalde davacının, davasını, taşınmazı satıcıdan devir alan üçüncü kişiye karşı açmasına ve dava neticesinde talebi reddedilecek olmasına rağmen (husumet nedeniyle), davacının tapu iptal ve tescili talep etmiş olması nedeniyle yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olmalıdır.

190 KILIÇ, s. 1548

191 ÇENBERCİ, HUMK m. 13'e, kaynak kanundaki "aynî olsun şahsi olsun gayrimenkule ilişkin bütün davalar" ibaresinin alınmamış olması nedeniyle bu görüşü savunmuştur (ÇENBERCİ, s. 194). Aynı ibare HMK m. 12'ye de alınmamıştır.



Yargıtay'ın görüşü de mülkiyet hakkının el değiştirmesine yönelik taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olduğu yönündedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu durumu çok güzel bir şekilde özetlemiştir, "...Gerçi, taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle kişisel hak doğuran bir sözleşmedir. Böyle bir sözleşme ile alıcı, aynı değil, (kural olarak) sadece (borçlu) satıcıya karşı ileri sürebileceği şahsi bir hak elde eder. Hâl böyle olunca bir satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan bir aynı hakka dayanmadığı kuşkusuz bulunan (örneğin geri alma ve tazminat davaları gibi) davalar, Usulün yukarıda anılan 9 ve 10. Maddeleri gereğince belirlenecek yetkili mahkemede açılıp, görülebilir. Ancak, bu davada olduğu gibi, satış vaadi sözleşmesine dayanılmakla beraber, taşınmazın mülkiyetinin devri istenilmiş, bir başka deyişle, dava, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının el değiştirmesi amacıyla yönelik bulunmuş ise, taşınmaz aynına ilişkin bir dava olarak kabul edilmesi ve Usulün 13. maddesi¹⁹² hükmünce, onun bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerekir"¹⁹³.

Aynı şekilde tapuda kayıtlı bulunan şerhin kaldırılmasına ilişkin davalarda da yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olmalıdır¹⁹⁴. Çünkü bu davanın kazanılması hâlinde tapu kütüğünde değişiklik meydana geleceğinden bu davaları da taşınmazın aynına ilişkin dava olarak kabul etmek gerekir¹⁹⁵. Yargıtay'ın görüşü de şerhin silinmesi davalarında taşınmazın bulunduğu yerin kesin yetkili mahkeme olduğu yönündedir¹⁹⁶.

2- Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan Davaların Tapu Sicilinde Değişikliğe Neden Olmaması Hâlinde Yetkili Mahkeme

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak sadece tapu iptali ve tescili istemine dayalı uyuşmazlıklar meydana gelmez. Taşınmaz satış vaadinden doğan bir kısım uyuşmazlıklar tapu sicilinde değişikliğe neden olmazlar. Örneğin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin feshi yahut taşınmaz satış sözleşmesi gereğince para ile kararlaştırılan davalarda cezai şartın ödenmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazın üçüncü kişiye devri nedeniyle alıcının satıcıya karşı açmış olduğu tazminat davaları gibi davalar, tapu sicilinde değişiklik meydana

192 HUMK'un 13. maddesi bugün için HMK'nun 12. maddesine tekabül etmektedir.

193 YHGK. T. 13.06.1984, E.14-374 / K. 706 (naklen SURLU, s. 556, 557)

194 KILIÇ, s. 1549

195 SURLU, s. 55

196 Yarg. 14. HD. T. 22.02.2001, E. 860, K. 1316 (naklen, SURLU, s.



getiren davalar değillerdir. Bu nedenle bu tip davalarda yetkili mahkeme HMK m. 12 hükmüne tabi değildir¹⁹⁷.

Tapu sicilinde değişikliğe neden olmayan bu davalar bakımından yetkili mahkeme genel hükümlere göre belirlenir. HMK'nun 6. maddesine göre genel yetkili mahkeme davalının yerleşim yeridir. Bu nedenle bu tip davalarda davalının yerleşim yeri mahkemesi yetkili mahkeme olabilir. Bu hükmün yanında HMK m. 10 hükmü de uygulanabilir niteliktedir. İlgili hükme göre, sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Taşınmaz satış vaadi de sözleşme niteliğinde olduğu için HMK m. 10 gereğince, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi de yetkilidir¹⁹⁸. O hâlde, taşınmaz satış vaadi ile ilgili davalar yönünden, davacı; sözü edilen 6 ve 10 uncu maddelerde gösterilmiş yer mahkemelerinden birine başvurmak hususunda, seçimlik hakka sahiptir¹⁹⁹. Nitekim yukarıda belirtmiş olduğumuz YHGK'da bu husus belirtilmiştir²⁰⁰. Yargıtay'a göre taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olabilmesi için taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlığın olması gerekir. Davacı HMK m. 6 uyarınca davalının yerleşim yeri mahkemesine ya da m. 10 hükmü gereğince, sözleşmenin ifa yeri mahkemesine dava açmak hususunda "alternatif bir yetkiye" sahip bulunmaktadır.

C. Davanın Terditli Açılmış Bulunması Hâlinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

HMK'nun 111. maddesinde terditli dava düzenlenmiştir. HMK'nun 111. maddesine göre terditli dava, davacının, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-ferîlik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürmesidir. Bunun için talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantı bulunmalıdır. Mahkeme yapacağı incelemede öncelikle asli talebi incelemelidir. Asli talebin reddine karar vermedikçe fer'î talebin incelenmesine geçemez (HMK m. 111/2).

Acaba taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak terditli dava açılması mümkün müdür? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Davacı, dilerse

197 ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ, s. 211

198 ÇENBERCİ, s. 194

199 Yarg. 13. HD. T. 12. 10. 2016, E. 2016/ 15890, K. 2016/ 18382: "HMK'nun 6. maddesi gereğince bir davada genel yetkili mahkeme, davalının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesidir. Aynı Kanununun 10. maddesinde sözleşmeden doğan davalar için, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinin de yetkili olduğu belirtilmiştir ki bu da özel yetkiye ilişkin bir düzenlemedir. Dolayısıyla dava, davacının seçimine göre, hem genel ve hem de özel yetkili mahkemede açılabilir."

200 YHGK. T. 13.06.1984, E. 14-374 / K. 706 (naklen, SURLU, s. 556, 557)



ve hukuki menfaati var ise, aralarında hukuki ve ekonomik bağlantı olması koşulu ile taleplerini terditli olarak açabilir. Mesela, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak vaat olunan taşınmazın adına tescilini, bu mümkün olmadığı takdirde ödemiş olduğu paranın geriye verilmesini ve varsa sözleşmeden kaynaklanan borcun yerine getirilmemesi dolayısıyla ortaya çıkan zararların tazminini isteyebilir²⁰¹. Yargıtay çok eski tarihli bir kararında davacının talebini bu iki istekten birine hasretmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁰². Ancak bu çok eski tarihli bir karar olup HUMK döneminde terditli davanın kanunda açıkça düzenlenmeyişi sebebiyle terditli davanın mümkün olup olmadığı hususunda tereddüt içinde kalındığı döneme aittir. Yargıtay daha sonraları HUMK döneminde dahi bu tereddüdünü gidermiş ve hem doktrin hem de içtihat yolu ile terditli davanın mümkün olduğu hukukumuzda kabul edilmiştir²⁰³. HMK'nın terditli davayı açıkça düzenlemesinden sonra da artık bu konu kanuni düzenlemeye kavuşmuştur.

Ancak hâlen hem Alman Medeni Usul Kanunu'nda hem İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda terditli davaya ilişkin bizdekine benzer bir düzenleme yer almamaktadır²⁰⁴.

201 Yarg. 15. HD. T. 10. 04. 2007, E. 2006/ 2157, K. 2007/2335: “Yargıtay bir kararında yargılama aşamasında tescil talebinin bedele dönüştürülmesinin bildirilmesi üzerine, mahkemeye öncelikle istenen alacak miktarının açıklattırılması ve varsa noksan harcın ikmal ettirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Görüldüğü üzere davacılar noksan harcın tamamlattırılması ile kademeli olarak talepte bulunabilirler.”(naklen, www.kazanci.com). YILMAZ, Şerh, s. 1694

202 “Davacı, satış vaadine müsteniden gayrimenkulün lehine tescilini ve olmadığı takdirde satış bedelinin tahsilini talep etmiş bulunmasına göre davacıya davası temyiz tetkik mercileri ayrı olan işbu iki talepten birine hasretmesi lüzumu bildirilmek ve neticesi dairesinde bir karar verilmek gerekirken bundan zühul olunması yolsuzdur” (Yarg. 1. HD. T. 30. 5. 1963, E. 3803, K. 4247, naklen, ÇENBERCİ, s. 195). Aynı yönde başka bir karar için Yarg. 1 HD. T. 7.2.1963, E. 962/10485, K. 1075 (naklen, ÇENBERCİ, s. 175, MUŞUL, Timuçin, **Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984, s. 81)

203 Yarg. 14. HD. T. 19. 11. 2007, E. 2007/ 12891, K. 2007/ 1441: “...Kaynağını Borçlar Kanunu'nun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türündendir. Sözleşme ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcı edimini yerine getirmese, vaad alacaklısı Türk Medeni Kanunu'nun 716. Maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir. Diğer yandan; mülkiyet aktarımı istemiyle birlikte kademeli taleple tazminat isteğinin öne sürülme olanağı da vardır.” (Karar için bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 696- 697); ÇENBERCİ, s. 195; MUŞUL, s. 83 vd).

204 Kademeli dava (Stufenkalge), Alman Usul Kanunu'nun 254'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu dava objektif dava birleşmesinin özel bir hâlidir. Alman hukukunda düzenlenen kademeli dava, bizim hukukumuzda düzenlenen terditli davadan tamamen farklıdır. Alman Usul Kanunu madde 254'de düzenlenen kademeli davada amaç, davacının, davanın başında dava miktarını belirlemesinde davalının elindeki bilgi ve belgelere sahip olması gerektiği durumda başvurulmuş bir dava türüdür. Davacı, davalıda birinci talep olarak davalının bilgileri vermesini talep etmektedir, daha sonra ikinci talep olarak davacı i sterse davalıdan verilen bilgilerin doğruluğuna ilişkin yemin beyanı istemektedir, en son olarak artık davacı, talebini belirleyerek asıl talebini istemektedir. Yani Alman hukukunda kademeli dava lafzı bizim hukukumuz açısından oldukça yanıltıcıdır. Davacı,



Sonuç olarak davacı tarafın davasını terditli olarak açabilmesi mümkündür. Davasında terditli olarak öncelikle tapu iptal ve kendi adına tescilini, bunun sözleşmenin geçersizliği veya başka nedenlerle mümkün olmaması hâlinde verilen paranın iadesini yahut tazminini isteyebilir²⁰⁵. Nitekim Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir²⁰⁶.

Burada sorun terditli davada görev ve yetkinin nasıl belirleneceğidir. Buna ilişkin olarak HMK'da bir hüküm yoktur. HUMK döneminde madde 3'de dava konusunun birden fazla olması hâlinde görev kurallarının nasıl belirleneceğine ilişkin hüküm mevcuttu. Ancak HMK'da terditli davaya ilişkin görev kurallarının nasıl belirleneceği belirtilmemiştir. Sadece davaların yığılmasını (objektif dava birleşmesini) düzenleyen 110. maddede, davaların yığılmasının şartı olarak ortak görevli ve yetkili mahkemenin olması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre davacı taraf, birden fazla asli talebini aynı mahkemede ancak o mahkemenin bütün talepler için görevli ve yetkili mahkeme olması hâlinde açabilir. Acaba davaların yığılması için öngörülen bu kural kıyas yolu ile terditli davalar için de uygulanabilir mi? Ortada terditli davalarda görev ve yetkinin belirlenmesine ilişkin bir sorun bulunmaktadır. İlk akla gelen terditli davada görev ve yetki kuralları için davaların yığılmasını düzenleyen 110. maddenin kıyas yolu ile uygulanmasıdır. Alman Medeni Usul Kanunu ve İsviçre Medeni Usul Kanunlarında da terditli dava -bizden farklı olarak- açıkça düzenlenmemiştir²⁰⁷. Terditli dava, davaların yığılması teorisi

davasını belirleyebilmek için mecburen kademeli olarak taleplerde bulunmaktadır. İsviçre hukukunda da bizdeki HMK m. 111'e benzer bir hüküm mevcut değildir. İsviçre'de de terditli dava objektif dava birleşmesi teorisi kapsamında incelenmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAYA-FERENDEÇİ, Özden, "Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Kademeli Dava (Stufenklage) ile 6100 Sayılı HMK'ya Göre Belirsiz Alacak Davası'nın Karşılaştırılması", **MÜHF – HAD**, C.18, S.1, s. 353-382), s. 362, 372; THOMAS, Heinz / PUTZO, Hans / Reichold, Klaus, **Zivilprozessordnung**, C. H. Beck – München, 2015, § 254, s. 388; SCHELLHAMMER, Kurt, **Zivilprozess**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001, s. 78; MUSIELAK, Hans-Joachim, **Grundkurs ZPO**, C.H. Beck Verlag, München, 2007, s. 39, 40; İsviçre Hukuku için bkz. GASSER/RICKLİ, s. 81, Art. 90)

205 Taşınmaz satış vaadinde mülkiyetin naklinin asıl talep, sözleşmenin geçersiz olması hâlinde ise bedelin iadesinin ferî talep olması nedeniyle bunun terditli dava olduğu yönünde bkz. BULUT, s. 52

206 "Dava satış vaadi sözleşmesine dayalı temlikten tescil, olmadığı takdirde tazminat istemine ilişkindir... davacının yukarıda özeti yapılan kademeli istemi hakkında olumlu ya da olumsuz bir hüküm kurulmamış bulunması doğru görülmediğinden kararın bozulması ger ekmıştır", (Yarg. 14. HD. T. 05.03.2007, E. 1353, K. 2160, naklen, SURLU, s. 596). "Ancak, davacı davayı terditli taleple açtığına ve davacının ilk talebi olan tapu iptali ve tescil talebi reddedildiğine göre, mahkemeye davacının ikinci talebi olan tazminat talebi açısından olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi doğru olmuştur kararın bu nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir." (Yarg. 11. HD. T. 26.2.2014, E. 2014/1776, K. 2014/3540, naklen, www.kazanci.com)

207 ÖZKAYA-FERENDEÇİ, s. 362, 373



içerisinde incelenmiştir. İşte bu çerçevede bizim hukukumuzda da, terditli dava açılabilmesi için davaların yığılmasına paralel olarak taleplerin tamamı için (her ne kadar aralarında aslilik- ferîlik ilişkisi olsa bile) ortak yetkili mahkemenin olması gerektiği savunulabilir. Akla ilk gelen bu çözüm tarzı terditli dava ile gerçekleştirilmek istenen usul ekonomisine aykırı olacağı gibi terditli davadan beklenen faydayı da sağlamaz. Ayrıca kıyas yolu ile bir konuda hüküm olmayan hâllerde başka bir konuda düzenleme yapılan usul hükmünü kıyasen uygulamak, usul hukuku açısından tehlikeli ve arzu edilmeyen bir durumdur. Çünkü kıyas, hukukta özellikle emredici kurallardan oluşan usul hukukunda arzu edilen bir yorum yöntemi değildir. Bu durumda terditli davada görev ve yetki kurallarının belirlenmesi açısından hukukumuzda boşluk vardır. Bu konuya ilişkin olarak herhangi bir Yargıtay kararına rastlayamadım. Bunun sebebi terditli davalarda görevli ve yetkili mahkemenin asıl talebe göre belirlenmesidir. Çünkü terditli davalarda talepler arasında aslilik- ferîlik ilişkisi mevcuttur. Mahkeme öncelikle asıl talep hakkında karar vermeli ancak asıl talebin reddi hâlinde fer'î talep hakkında inceleme yapmalıdır. Bu nedenle davacı taraf, davasında görevli ve yetkili mahkemeyi belirlerken asıl talebe göre belirlemelidir. Örneğin taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde asıl talep tapu iptal ve tescil ise bu davada yetkili mahkeme kesin olarak taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olacaktır. Bu talebin reddi hâlinde ancak mahkeme tazminat veya bedelin iadesi hakkında inceleme yapabilecektir. Bu durumda da davalı tarafın yetki itirazında bulunma imkânı artık mevcut olamayacaktır. Ayrıca hukuki bir yararı da mevcut değildir. Çünkü sözleşmeden doğan taleplerde HMK m. 10'a göre ifa yeri mahkemesi yetkili mahkemedir. Para alacaklarında ifa yeri ise alacaklının yerleşim yeridir. Alacaklının davasını taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açmasına rağmen davalının, alacaklının yerleşim yeri ile taşınmazın bulunduğu yerin farklı olduğunu ileri sürerek yetki itirazında bulunmasında (yetki itirazında bulunma hakkı zaten ancak cevap dilekçesinde ileri sürülebilir, burada mantık yürüterek yetki itirazı hakkı olsa bile bunda hukuki yararın mevcut olmadığı vurgulanmaktadır) hukuki yararda yoktur. Görev kuralları açısından da sorun olma ihtimali yoktur. Çünkü görev kuralları artık dava konusunun miktarına göre belirlenmemektedir. Örneğin asıl talep için görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi iken asıl talebin reddi hâlinde tazminat istemi için görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olma ihtimali yoktur. Asıl talep için görevli olan mahkeme doğal olarak onunla bağlantılı ferî talep içinde görevli olacaktır. Örneğin asıl talep için görevli mahkeme tüketici mahkemesi ise doğal



olarak asıl talebin yani tapu iptal ve tescil talebinin reddedilmesi hâlinde talep edilecek olan taleplerde de görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır.

Sonuç olarak makale konumuzu ele aldığımızda taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda terditli taleplerde görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin olarak sorun çıkma ihtimali oldukça zayıftır. Fakat terditli davalara ilişkin başka örneklerde böyle bir sorunla karşılaşılma ihtimali mevcut olabilir. Bu nedenle genel bir kural belirtmek gerekir ise, kanaatimize göre, terditli dava açmanın şartı asıl talep ile yardımcı talep arasında bir bağlantının olması olacağı için, terditli davalarda, asıl talep için görevli ve yetkili mahkemenin fer'î talep için de görevli ve yetkili olması gerekir.

SONUÇ

Çalışmamızda taşınmaz satış vaadi sözleşmesini incelemeye çalıştık. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ülkemizde sıklıkla uygulama alanı bulan bir sözleşme türüdür. Şartları henüz gerçekleşmediği için kurulması imkânsız bulunan asıl satış sözleşmesinin görevini yerine getirmesi, uzun ve bıktırıcı şekle ilişkin törenlerden uzak oluşu ve bu hâlin getirdiği kolaylıklara ek olarak özellikle cezai şart ve cayma parası gibi başka hukuki müesseselerle de desteklenerek halkın güven ihtiyacına cevap vermesi nedenleri ile toplumda geniş bir kabul ve uygulama alanı görmüştür.

Taşınmaz satış vaadinin hukuki niteliği konusunda genel kabul gören görüş, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir önsözleşme olduğu görüşüdür. Taşınmaz satış vaadinin bir önsözleşme olması vesilesiyle yani bir sözleşme olması nedeniyle nispi haklar grubuna girmesi doğaldır. Taşınmaz satış vaadinin bir önsözleşme olması ve nispi haklar grubuna girmesi onun karakteristik özelliğini yansıtır.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hak ve borçların var olduklarını söyleyebilmek için bunların doğduğu sözleşmenin geçerli olarak kurulması gerekir. Netice itibariyle taşınmaz satış vaadi, hukuki nitelik olarak bir ön sözleşmedir. Yani bir sözleşmedir. Bu nedenle sözleşmelerin geçerliliği için gereken bütün kurallar burada da aranmak durumundadır. Esasa ait ve şekle ait unsurları muhakkak içermesi gerekir. Bu anlamda tarafların karşılıklı rızalarının uyuşması ve sözleşmenin konusunun belirlenebilir ve imkânsız olmaması gerekir. Şekle ilişkin koşullar ise taşınmaz satış vaadinin koşullarından en önemlisidir. Buna göre taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, resmî şekilde



yapılmadıkça geçerli olarak doğmazlar. Resmî şeklin nasıl olacağı Noterlik Kanunu'nda ve Tapu Kanunu'nda gösterilmiştir. Buna göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noterler tarafından düzenleme biçimindeki senetle yapılması gerekir. Tapu sicil memurlarının da taşınmaz satış vaadi sözleşmesini evleviyetle yapacakları kabul görmektedir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi tapuya şerh verilebilmektedir. Bunun için ayrıca bir şerh anlaşmasına gerek yoktur. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi ile birlikte taşınmaz satış vaadi sözleşmesi aynî bir hak niteliği almamakta sadece kişisel hakkın üçüncü kişilere ileri sürülebilme olanağı kazanmaktadır.

Taşınmaz satış vaadi ile vaat edenin yüklendiği borç, taşınmaz satış akdinin kuruluşudur; son hedef o olmakla beraber mülkiyetin geçirilmesi değildir. O hâlde satış vaadi sözleşmesini yerine getirmeyen borçluya karşı alacaklının açacağı dava da bu satış akdinin yerine getirilmesine ilişkin olacaktır. Taşınmaz satış vaadi üzerine alacaklı, borçluya karşı tapu iptal ve tescil davası açabilecektir. Bu davanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bize göre, mahkeme tarafından verilen karar hem satış sözleşmesi hem de tescil talebi yerine geçer. Diğer bir ifadeyle mahkeme, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi dolayısıyla açılan bir dava sonucunda doğrudan doğruya mülkiyetin alıcıya ait olduğu yönünde karar verir (TMK 716). Kararın kesinleşmesiyle birlikte de mülkiyet davacı alacaklıya intikal eder. Taşınmaz satış vaadine ilişkin davalarda zamanaşımının ne olacağına ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle genel hükümler uygulanmalı ve davanın zamanaşımı süresi on yıl olmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın tutumu da bu şekildedir.

Mahkemelerin görevi kamu düzenindedir. Bu nedenle taraflar aralarında yaptıkları anlaşma ile görevli mahkemeyi belirleyemezler. Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Şayet taşınmaz satış vaadinden doğan uyuşmazlık özel kanun hükümleri gereğince bir özel mahkemenin görevine giriyorsa o özel mahkeme davaya bakmakla görevlidir. Uygulamada özellikle tüketici mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasında görev uyuşmazlıkları meydana gelmektedir.

Taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan uyuşmazlıkları, yetkili mahkemenin tespiti açısından, genel olarak tapu sicilinde değişikliğe neden olan davalar ile tapu sicilinde değişikliğe neden olmayan



davalar şeklinde ikiye ayırarak incelenmesi mümkündür. Tapu sicilinde değişiklik meydana getiren davalarda yetkili mahkeme HMK m. 12'ye göre taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olmalıdır. Taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tapu sicilinde değişiklik meydana getirmemeleri hâlinde yetkili mahkemenin genel hükümlere göre belirlenmesi gerekir.

Taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan uyuşmazlıklar HMK m. 111'e göre, terditli bir şekilde de açılabilir. Bu durumda görevli ve yetkili mahkemenin asıl talebe göre belirlenmesi gerekir.



KISALTMALAR

- bkz.** : Bakınız
C. : Cilt
E : Esas
f. : Fıkra
HD : Hukuk Dairesi
HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK : 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K : Karar
KMK : 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
m. : Madde
s. : Sayfa
S. : Sayı
T : Tarih
TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TK : 2644 sayılı Tapu Kanunu
TKHK : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd. : Ve devamı
Yarg : Yargıtay
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK : Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi



KAYNAKLAR

ACEMOĞLU, Kevork, **Türk Hukukunda Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Hukuki Durumu**, İstanbul, 1965

AKGÜN, Zerrin, "Gayrimenkul Satış Vaadi ve Gayrimenkul Bey' inde Hasar", **Adalet Dergisi**, S. 5, Ankara, 1953, s. 445- 465

AKKAN, Mine, **Pekcanıtez Usûl Medeni Usul Hukuku**, C-I, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017

AKİPEK, G. Jale / AKINTÜRK, Turgut, **Eşya Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009

AKSOY, Elif, "Objektif Dava Birleşmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 117, Ankara, 2015, s. 20-232

ALTAŞ, Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998

ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR-AYVAZ, Sema, **Medenî Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016

AYAN, Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016. ("Borçlar Hukuku")

AYAN, Mehmet, **Eşya Hukuku II- Mülkiyet**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016. ("Eşya Hukuku")

AYBAY, Aydın/ HATEMİ, Hüseyin, **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1981

AYİTER, Nuşin, **Eşya Hukuku**, Ankara, 1987

AYRANCI, Hasan, **Ön Sözleşme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006

BELGESAY, Mustafa Reşit, **Türk Kanun Medenisi Şerhi, Aynî Haklar**, İstanbul, 1945

BERKİ, Şakir, **Borçlar Hukuku**, C.I, Ankara, 1958

BERKİN, Necmeddin M., "İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 12, Sayı 4 (1946), s. 1175-1192

BİLGE, Necip, **Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1970

ÇENBERCİ, Mustafa, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973. DALAMANLI, Lütfü, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, 1986

DURAL, Mustafa, **Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1981

DOĞAN, Gül, **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, İstanbul, 2006



EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. (“*Genel Hükümler*”)

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017. (“*Özel Hükümler*”)

ERMENEK, İbrahim, **Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IV, Sayı I-II (Haziran-Aralık 2000), çevrimiçi kopya, s. 1-38. http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/4_8.-pdf

ERMENEK, İbrahim, **Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.(ERMENEK, Birleşme)

ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret, **Eşya Hukuku**, Ankara, 1990

GASSER, Dominik / RİCKLİ, Brigitte, **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar**, Dke Verlag, Zürich/St. Gallen, 2010

GÜNAY, Erhan, **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016

GÜRSOY, Kemal Tahir/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, 1984

HAVUTÇU (Akdemir), Ayşe, “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili” (<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/ilk/ayiter/ayiter/havutcu16.pdf>, s. 640- 681)

NOMER, N. Halûk, **Borçlar Hukuku- Genel Hükümler**, Beta Basım, İstanbul, 2015

KAPANCI, Berk, “Türk Borçlar Kanunu’nun 14. Maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 18, Sayı 1, 2012, s. 403-430. (Çevrimiçi kopya, hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/fakulte-dergisi/cilt-18-sayi-1-yil-2012)

KARAHASAN, M. Reşit, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I, İstanbul, 2002. KANETİ, Selim, **İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1968. (“*İsviçre Federal Mahkemesi*”)

KANETİ, Selim, “Yargıtay İçtihatlarına Göre Taşınmazlara İlişkin İşlemlerde Şekil Sorunu”, **Medeni Kanun’un 50. Yıl Sempozyumu**, İstanbul, 1978

KILIÇ, Halil, **Gayrimenkul Davaları**, C. 2, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959



KURU, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014

KODEK, Georg / MAYR, Peter, **Zivilprozessrecht**, Facultas Verlag, Wien, 2011. MUSİELAK, Hans-Joachim, **Grundkurs ZPO**, C.H. Beck Verlag, München, 2007

MUŞUL, Timuçin, **Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C-1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016

OĞUZMAN, M. Kemal, **Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hâl Çaresi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1958

OLGAÇ, Senai, "Gayrimenkul Satış Vaadi", **Adalet Dergisi**, S. 3- 4. Ankara, 1962

OSER/ SCHÖNENBERGER, **Borçlar Hukuku**, Adalet Bakanlığı, Ankara 1947 (Recai Seçkin Çevirisi)

ÖZÇELİK, Barış, **Tapu Siciline Güvenin Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016

ÖZENLİ, Soysal, **Uygulamada Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1986

ÖZKAYA-FERENDECI, Özden, "Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Kademeli Dava (Stufenklage) ile 6100 Sayılı HMK'ya Göre Belirsiz Alacak Davası'nın Karşılaştırılması", **MÜHF – HAD**, C.18, S.1, s. 353-382

ÖZMEN, Sebâ Etem / HAMAMCIOĞLU-VARDAR, Gülşah, **6502 Sayılı tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016

POSTACIOĞLU, İlhan, **Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti**, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, İstanbul, 1945

REİSOĞLU, Seza, "Gayrimenkul Satış Vaadi", **AD**, S. 6-7, Ankara, 1957, s. 551- 562. SCHELLHAMMER, Kurt, **Zivilprozess**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001



SCHWARZ, Andreas B., **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1948

SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016. ("*Eşya Hukuku 2016*")

SİRMEN, A. Lale, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013

SUNGURBEY, İsmet, **Borç İkrarı ve Borç Vaadi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1957. SUNGURBEY, İsmet, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, İstanbul, 1963. ("*Sungurbey-Şerh*")

SURLU, Handan, Mehmet, **Taşınmaz Satış Vaadi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014

TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Ankara, 1969

TANRIVER, Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016

TEKİNAY, Selahattin, Sulhi, **Borçlar Hukuku**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971

TEKİNAY, Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1989

THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans/Reichold, Klaus **Zivilprozessordnung**, C. H. Beck, München, 2015

UMAR, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011

ULUKAPI, Ömer, **Medenî Usûl Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2014

ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, C. I-II, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000

VELİDEDEDEOĞLU Hıfzı Veldet/ ESMER, Galip, **Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı**, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1956

VON TUHR, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Yeni Matbaa, İstanbul, 1952. (Cevat, Edege Çevirisi)

YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku-Özel Hükümler**, Beta, İstanbul, 2014

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Şerhi**, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017

(YILMAZ, Şerh)



TÜZEL KİŞİLERİN CEZA SORUMLULUĞU TARTIŞMALARI

(Debates on Corporate Criminal Liability)

Doç. Dr. Devrim AYDIN¹

ÖZ

Ekonomik ve sosyal hayatta gerçek kişilerden çok tüzel kişilerin etkili ve belirleyici olması, varlıklarının insandan daha uzun yıllar sürmesi, tüzel kişilerin de kendilerine özgü cezai yaptırımlara tabi tutulabileceği fikrinin yaygınlaşmasını sağlamıştır. Tüzel kişileri ceza hukuku kapsamında sorumlu tutmanın mümkün olduğunu savunanlara göre, tüzel kişilerin bünyelerine uygun ceza yaptırımları uygulamak ceza hukukunun niteliği ve amaçları bakımından doğrudur. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olamayacağını savunanlara göreyse, geleneksel ceza hukukunun hedefleri olan caydırıcılık, engel olma, kınama ve ıslah etme ancak insanlar açısından söz konusu olabilir.

Anahtar kelimeler: Tüzel kişi, tüzel kişi sorumluluğu, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu, suç, yaptırım

ABSTRACT

There has been an ongoing debate among jurists who argue that corporations can bear criminal liability as well as individuals and those who do not find this right. According to those who support possibility of holding corporations liable within the scope of criminal law, criminal sanctions convenient for corporations are in compliance with the nature and aims of criminal law. For those who argue that corporations cannot have criminal liability, deterrence, prevention, reproach and rehabilitation, which are traditional aims of substantive criminal law can only be possible for natural persons.

Keywords: Corporate, corporate liability, corporate criminal liability, crime, sanction

1 Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza Hukuku Öğretim Üyesi,
daydin@politics.ankara.edu.tr



GİRİŞ

Gerçek kişilerin ceza sorumluluğunun yanı sıra tüzel kişilerin de ceza sorumluluğu olabileceğini savunanlarla bunu kabul etmeyenler arasında süregelen bir tartışma vardır. Tüzel kişilerin etki ve gücünün başta ekonomik hayatta olmak üzere, sosyal, siyasal alanlarda giderek artan oranda etkili ve belirleyici olması, varlıklarının insandan, hatta devletlerden çok daha uzun yıllar sürebilmesi, tüzel kişilerin de insanlar gibi hukuken sorumlu olabileceği fikrinin doğru yaygınlaşmasını sağlamıştır.

Hapsetmek, cezanın ertelenmesi, tekerrür, gönüllü vazgeçme, af gibi geleneksel ceza hukuku kurumlarının ve tanık olarak dinlemek, sorgulamak, yemine başvurmak, tutuklamak gibi muhakeme kurumlarının hepsi suçun insan tarafından işlenebildiği gerçeğine dayanarak oluşturulmuştur. Ancak, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu tartışması tüzel kişinin suç faili olup olmaması konusuyla sınırlı değildir. Farazi (varsayımsal) bir kişilik olan tüzel kişinin suçun faili olup olamayacağı konusundaki tartışmanın yanı sıra süregelen bir diğer tartışma da tüzel kişi faaliyetleri kapsamında işlenen suçlardan dolayı tüzel kişinin sorumlu yöneticileri ve çalışanlarının yanı sıra tüzel kişinin de uygun yaptırımlarla cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır.

Son yıllarda tüzel kişi faaliyetlerinin ilişkili olduğu büyük çevre felaketleri, işçi ölümleri, rüşvet ve ihale sahtekârlığı, kara para aklama, organ ticareti, insan kaçakçılığı gibi suçlar tüzel kişilerin de ceza hukuku anlamında sorumlu olması gerektiği fikrini güçlendirmiştir. Tüzel kişilerin de hukuki yapılarına uygun cezai yaptırımlar uygulanabileceği fikri yüzyılımızda hayal olmaktan çıkmış, özel hukuk tüzel kişilerinin yanı sıra kamu hukuku tüzel kişilerinin de suç nedeniyle sorumlu olabileceği ve hukuki bünyelerine uygun cezai yaptırımların uygulanabileceği görüşü yaygınlaşmıştır. Batı ülkelerinde bu konuda çok açık düzenlemeler yapılmaya başlamıştır.

I. TÜZEL KİŞİLERİN NİTELİĞİ, SORUMLULUĞU VE TÜRLERİ

Tüzel kişiler, ekonomik yaşamdaki ihtiyaç ve gelişmeler nedeniyle ortaya çıkmış, borç-alacak ilişkilerindeki konumları onları özel hukukun konusu hâline getirmiştir. Günümüzde tüzel kişiler hukuken “kişi” olarak tanınmakta olup medeni hukuk ve borçlar hukuku açısından “bünyelerine özgü” hak ve fiil ehliyetine sahiptirler.² Tüzel kişiler, hak

2 SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk (Genel Bölüm - Kişiler Hukuku)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 496



edinmeye ve borç üstlenmeye ehil oldukları gibi, mal varlığı haklarına, şahıs varlığı haklarına, kişilik haklarına, davada taraf olma ehliyetine de sahiptirler.³ Ancak tüzel kişiler nişanlanmak, evlenmek, boşanmak, evlat edinmek gibi yalnızca insana özgü medeni haklara sahip değildirler. Tüzel kişilerin sahip olabilecekleri hak ve fiil ehliyeti de sınırsız olmayıp tüzel kişinin (tüzük, ortaklık sözleşmesi, vakıf senedi gibi) kuruluş statüsünde belirtilen amaçlarıyla sınırlıdır.⁴ Bunun anlamı, statüsünde belirtilmeyen konularda tüzel kişinin ehliyetsiz olduğudur. Tüzel kişinin faaliyet alanı, amacı ve fonksiyonlarının yanı sıra bunları yerine getirme yetkisi verilen kişi veya kişi grupları (tüzel kişinin organları) da statüde gösterilmelidir.

Tüzel kişiler, faaliyet alanları, işlevleri ve bağlı oldukları hukuka göre “kamu hukuku tüzel kişileri” ve “özel hukuk tüzel kişileri” olmak üzere iki ana gruba ayrılmaktadırlar.⁵ Kamu tüzel kişileri, varlıklarını ve örgütlerini, devlet egemenliğinden alırlar. Kamu tüzel kişileri, kamu hukuku kurallarına göre faaliyet yürütürler ve bunların sorumlulukları devlet egemenliği ve devlet sorumluluğu kapsamındadır. Genel bir tanımla kamu tüzel kişileri, kanunla ya da kanunun açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak kurulan, üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmış, malları, gelirleri ve personeli kamu hukuku statüsüne bağlı kuruluşlardır.⁶ Özel hukuk tüzel kişileri ise özel hukuk kurallarına göre kurulan ve kamu otoritesini temsil etmeyen tüzel kişilerdir. Özel hukuk tüzel kişileri izledikleri amaçlar bakımından, “kazanç paylaşma amacı güden/ekonomik amaçlı özel hukuk tüzel kişileri” ve “kazanç paylaşma amacı gütmeyen/ ekonomik amaç izlemeyen özel hukuk tüzel kişileri” olmak üzere iki ana gruba ayrılırlar.⁷

Özellikle, holding-şirketler ve “joint-venture” şirketler, büyük ekonomik faaliyetlerde bulunmaktadırlar. Bunlar arasında yaşanan yoğun rekabet fikri ve sınai haklar, marka ve patent hakları, ticari sırlar gibi alanlarda hukuksal sorunları ortaya çıkarmaktadır. Günümüzde özel hukuk tüzel kişileri, özel hukuk açısından idari ve mali mevzuata göre sorumlu olup organlarının hukuka aykırı eylemleri sonucu meydana gelen zararı gidermekle yükümlüdürler.⁸

3 Bkz. ERGÜN Ömer, **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu**, 12 Levha Yay., İstanbul, 2010, s. 7.

4 SEROZAN, s. 504; ERGÜN, s. 166.

5 Bkz. YARAYAN Ali, **Türk Medeni Hukuku (Temel Bilgiler)**, Legal Yay., Ankara, 2013, s. 229; KANGAL Zeynel, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Seçkin Yay., Ankara, 2003, s.35 vd.

6 SEROZAN, s.498

7 YARAYAN, s. 229-230; SEROZAN, s. 499-500.

8 SEROZAN, s. 505-506.



Örneğin maden arama işiyle uğraşan bir şirket, gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle meydana gelen işçi ölümleri ve çevreye verilen zarardan, bir havayolu şirketi gerekli donanım olmadığı için düşen uçaktaki ölümlerden, bir gıda şirketi ürünlerindeki sağlığa zararlı maddelerden dolayı özel hukuk hükümlerine göre giderim (tazminat) ödemek zorundadır.

II. TÜZEL KİŞİLERİN CEZA SORUMLULUĞUNU REDDEDEN GÖRÜŞLER

Tüzel kişilerin ceza hukuku anlamında sorumluluğu olamayacağını savunanlara göre suç sadece insanlar (gerçek kişiler) tarafından işlenebilir çünkü suç işlemek için gerekli olan kusur yeteneği ve davranışta bulunma iradesine ancak insanlar sahiptir.⁹ Bu görüştekiler cezalandırmanın caydırıcılık, suç işlenmesine engel olma, sosyal kınama ve ıslah etme gibi amaçlarının sadece sosyal bir varlık olan insan açısından söz konusu olabileceği gibi güçlü dayanaklara sahiptirler.¹⁰ Ceza sorumluluğunun sadece iradi davranışta bulunabilen insan bakımından söz konusu olabileceği fikrinden hareketle topluluk ve tüzel kişilerin kusurlu olamayacağını, insan gibi düşünme ve davranmasının olanaklı olmadığını savunurlar. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olamayacağını ileri süren görüşler, cezalardan birçoğunun tüzel kişiler hakkında uygulanması durumunda cezanın tüzel kişinin sermaye ve malvarlığında azalmaya yol açacağı için tüzel kişi hakkında uygulanan cezanın, suçla hiçbir ilişkisi bulunmayan kusursuz ortakları da olumsuz olarak etkileyeceğini ileri sürmektedirler.¹¹ Bu görüşlerin etkili olduğu İtalya ve Almanya'da tüzel kişilerin faaliyetleri ceza hukuku kurumları ile değil, idare ve tazminat hukuku aracılığıyla düzenlenmektedir.¹²

9 Bkz. DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara, 2017, s. 239; ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, Seçkin Yay., Ankara, 2014, s. 189; ÖZEN Muharrem, "Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C.52, Sayı 1, s. 65; KANGAL, s. 129 vd.

10 MENTOVICH Avital/ CERF Moran, "A Psychological Perspective on Punishing Corporate Entities", *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, 2014, (Edts. D. Bradowski, de la Parra, Tiedemann, Vogel) s. 34; GARCIA Alexandra, "Corporate Liability for International Crimes: A Matter of Legal Policy Since Nuremberg", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2015, N. 24, s. 100- 101

11 Bkz. KANGAL, s.141-143

12 Bkz. WEIGEND Thomas, "Societas Delinquere non Potest? A German Perspective", *Journal of International Criminal Justice*, 2008, N.6, s. 930-932; ÖZEN, s. 67



III. TÜZEL KİŞİLERİN CEZA SORUMLULUĞUNU KABUL EDEN GÖRÜŞLER

Gerçeklik teorisinden yola çıkarak tüzel kişilerin de ceza hukuku kapsamında sorumlu olabileceğini savunanlara göre tüzel kişilerin kurucularından ayrı kendilerine özgü hukuki bir kişilikleri vardır ve hukuki yapılarına uygun kimi suçların faili olabilirler.¹³ Bu nedenle tüzel kişilere bünyelerine uygun ceza hukuku yaptırımları uygulamak olanaklı olup bu durum ceza hukukunun niteliği ve cezalandırmanın temel amacı olan ödetme (kefaref) bakımından da doğrudur.¹⁴ Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu yerine idari sorumluluğunu kabul eden sistemler yaygın olmakla beraber, tüzel kişiler yararına işlenen suçlar nedeniyle tüzel kişinin de ceza sorumluluğu söz konusu olabilir.¹⁵ Genel hukuk teorisi açısından yaptırımın temel niteliği hukuka aykırı davranmış olan kişiyi hukuka uygun davranmaya zorlamak olup giderimi (tazminat) esas alan özel hukuk yaptırımlarının yanı sıra, idari ve mali yaptırımlar da ceza hukuku yaptırımları ile ortak birçok özellik göstermektedirler. O hâlde medeni hukuk, idare hukuku ya da vergi-mali hukuk açısından sorumlu tutulabilen bir tüzel kişinin bünyesine uygun ceza yaptırımlarına da muhatap olması olanaklıdır.

Tüzel kişilerin hukuki niteliği hakkında ileri sürülen gerçeklik teorisinden hareket eden bu anlayışa göre, tüzel kişilerin kendilerini meydana getiren gerçek kişilerden ayrı bir irade ve hukuki kişilikleri bulunmaktadır.¹⁶ Özel hukuk bakımından hak ve fiil ehliyetlerine sahip olan, hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumlu olan tüzel kişilerin, nitelikleri ile bağdaşan bir takım suçların faili olabilmeleri de hukuken mümkün olmalıdır.

Ticari faaliyetler yürüten tüzel kişilerin yanı sıra gelişmekte olan ülkelerdeki çok uluslu şirketler tarafından gerçekleştirilen büyük ölçekli insan hakları ihlalleri de tüzel kişilerin faaliyetlerinden dolayı ceza sorumluluğunun olması gerektiği görüşünü güçlendirmiştir.¹⁷ Bünyesinde özel ordu birlikleri barındıran yarı askeri nitelikteki güvenlik şirketlerinin askeri faaliyetlerinin; çokuluslu şirketlerin maden ve yeraltı kaynaklarına ulaşmak amacıyla belli bölgeleri insansızlaştırmak ve nüfusu göç

13 Bkz. MAHMUTOĞLU F. Selami/ KARADENİZ Serra, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Yay., İstanbul, 2017, s. 257; Özen, 66

14 KANGAL, s.159

15 ÖZGENÇ, s. 200

16 SEROZAN, s. 494; MAHMUTOĞLU/ KARADENİZ, s. 257

17 Bkz. GARCIA, s. 111; ERGÜN, s. 229 vd



etmeye zorlamak için etnik-dinsel çatışma yaratmak gibi yasadışı yollara başvurmalarının; yoksul ülkelerdeki kadın ve çocuk emeğini sömürerek üretim yapan çokuluslu şirketlerin insan hakları ihlallerinin durdurulması; gayrimeşru gelirlerin aklanması ve terörizmin finansmanın önüne geçilebilmesi için bu şirketler hakkında cezai yaptırımlar uygulanması fikri geniş taraftar bulmaktadır.¹⁸ Böylece bu yasadışı faaliyetler nedeniyle birkaç gerçek kişinin cezalandırılması ile yetinilmeyerek bizzat tüzel kişi de hukuka uygun davranmaya zorlanacaktır. Aksi hâlde etnik veya dini gruplara karşı ciddi seviyede ayrımcılık yapan, köle kullanan ya da insanların ölmesine ya da hastalanmasına neden olan niteliksiz gıda ürünleri ve ilaçlar üreten, nefret söylemini kullanan ve şiddete teşvik eden, çevreyi tahrip eden gerçek kişiler, yasadışı faaliyetlerini perdeleyebilmek için tüzel kişi faaliyetlerini kullanmaya devam edeceklerdir.¹⁹

Suç ve cezanın temel nitelikleri açısından değerlendirildiğinde tüzel kişinin suçun faili olamayacağı yönündeki görüşler tutarlıdır. Ancak tüzel kişilerin yararına suç işlenebileceği ya da tüzel kişi faaliyetinin suç işlemek için kullanılabileceği de göz ardı edilmemelidir.²⁰ Ancak tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilse bile bunların gerçek kişiler gibi tüm suçları işleyemeyecekleri açıktır çünkü ceza kanunlarında yer verilen suçların büyük bir kısmı sadece insanlar tarafından işlenebilir. Bu nitelikteki suçların bir tüzel kişinin faaliyetleri kapsamında işlenmesi ya da tüzel kişi yararına işlenmesi de söz konusu olamaz. Ancak çevreye karşı suçlar, insan kaçakçılığı, rüşvet, ihaleye fesat karıştırma, para aklama, borsa spekülasyonları, manipülasyon (hileli yönlendirme), hileli iflas, uyuşturucu kaçakçılığı, terörizmin finansmanı gibi suçlar tüzel kişi faaliyetleri kapsamında, tüzel kişi yararına ya da tüzel kişi aracı kılınarak işlenebilir. Örneğin yalan tanıklık ya da insan öldürme suçu münhasıran bir insan tarafından işlenebilir, ancak bu suçlar bir tüzel kişinin ihaleyi kazanmasını sağlamak için işlendiğinde tüzel kişinin de uygun yaptırıma tutulması gerekmektedir.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olduğunu kabul eden fikirlere göre, tüzel kişilerin suç nedeniyle yaptırıma tabi tutulabilmeleri için aşağıdaki şartlar birlikte gerçekleşmiş olmalıdır:

- 1- Kasıtlı bir suçun işlenmiş olması,
- 2- Suçun bizzat tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıyan kişilerce ya da bu kişilerin iştirakiyle işlenmiş olması,

18 Bkz. GARCIA, s. 127

19 Bkz. GARCIA, s. 127

20 ÖZGENÇ, s. 201



- 3- Tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıyan kişilerin, işlenen suç nedeniyle mahkûm olması,
- 4- Suçun, tüzel kişinin faaliyet izninin sağladığı yetkinin (faaliyet imkânı) kötüye kullanılmak suretiyle işlenmiş olması,
- 5- İşlenen suçtan dolayı tüzel kişi yararına bir (maddi-ekonomik) kazanç sağlanmış olması.²¹ Bu durumda, suçu işleyen gerçek kişinin ceza sorumluluğunun yanı sıra tüzel kişinin de hukuki niteliklerine uygun cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul eden görüştekilerin bir kısmı ise daha ileri giderek kasıtlı bir suç söz konusu olmasa bile tüzel kişi yöneticilerinin taksirli oldukları kabul edildiğinde de tüzel kişi hakkında yaptırım uygulanabileceğini savunmaktadırlar.²² Özellikle taşımacılıkta, iş kazalarında, çevrenin tahrip edilmesi, piyasaya bozulmuş gıda ürünleri sunulması hâllerinde gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle meydana gelen insan ölümlerinden dolayı da tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanması görüşü yaygınlaşmaktadır. Bunun en yaygın uygulaması Avrupa Birliği Hukukunda, Birliğin mali ve ekonomik çıkarlarını korumak amacıyla tüzel kişilerin de sorumluluğunun öngörüldüğü düzenlemelerdir. Tüzel kişi, temsilcisi tarafından Avrupa Topluluğunun Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Sözleşme’de gösterilen suçlar işlendiğinde, bu suçlardan tüzel kişiler ve kendine ait malvarlığı bulunan topluluklar ceza hukuku kapsamında sorumlu olmakta, tüzel kişi hakkında para cezası ve/veya mahkeme gözetimi uygulanabilmektedir.²³

IV. TÜZEL KİŞİLERİN YAPILARINA UYGUN YAPTIRIMLAR

Suç nedeniyle tüzel kişilere hangi tür yaptırımların uygulanabileceği sorunu hukuksal tartışmalara neden olduğu gibi tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu reddetmenin de ilk dayanağı olmuştur. Tüzel kişilere ceza verilemeyeceği fikrinin temel gerekçesi, suç ve cezanın insan üzerine kurulmuş olmasıdır. Ancak modern ceza hukuku araçları, bir suçun tüzel kişi yararına ya da tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde tüzel kişiliğin niteliğine uygun yeni yaptırımları da ortaya çıkarmıştır. Tüzel kişi yararına suç işlenmesi hâlinde tüzel kişiye uygulanacak

21 MENTOVÍCH/ CERF, s. 36, 42; de MAGLIE Cristina , “Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law”, *Washington University Global Studies Law Review*, 2005, N.3, s.546

22 Bkz. De MAGLIE, s. 556

23 *Avrupa Birliği’nin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (Corpus Juris)*, Çev. S.Keskin/H.Zafer/Ü.Kocasakal, Ankara 2001, s. 63-66



yaptırımlar ceza mahkemesi tarafından belirlenecektir. Ancak Almanya'da olduğu gibi idari ceza hukuku düzenine aykırı faaliyetler hâlinde idari makamlar da tüzel kişi hakkında yaptırım kararı verebilirler. Bu durumda idari yatırımlar ceza hukuku ile idare hukukunun ortak alanı olan idari ceza hukukun konusunu oluşturmaktadır.

Tüzel kişilerin hangi tür suçlar nedeniyle cezai sorumluluğunun olabileceği konusunda tartışma olmaması için bu tür suçların ve uygulanacak yaptırımların kanunda açıkça gösterilmelidir. Şirketin ve tüzel kişilerin cezai sorumluluğu başlangıçta insanların cezai sorumluluğunu taklit ederek para cezasıyla başlamış olsa da bugün bu yaptırımlar adli ve idari para cezası, müsadere, faaliyetten men, fesih, kapatma, adli mercilerin denetimi (kayyum) altında faaliyet gösterme olarak çeşitlenmiştir.²⁴

Tüzel kişi yararına suç işlenmesi hâlinde tüzel kişiye uygulanacak yaptırımlarından en önemlisi para cezasıdır. Para cezası insanla tüzel kişiye uygulanabilecek tek ortak yaptırımdır. Bunun yanı sıra tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri olarak uygulanabilecek yaptırımlar da vardır. Ancak bu yaptırımların her birinin uygulanma koşulları ve doğurabilecekleri sorunlar birbirinden farklıdır. Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek olan yaptırımlar tüzel kişilerin malvarlığına (para cezası, müsadere); tüzel kişilerin faaliyetlerine (faaliyetten yasaklılık, kurumun kapatılması, adli gözetim altında faaliyet, kamu sözleşmeleri dışında tutulma); tüzel kişinin itibarına (mahkûmiyetin basın yoluyla duyurulması); tüzel kişinin varlığına yönelik yaptırımlar (fesih) biçiminde tasnif edilebilir.²⁵

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusunda Amerikan sistemi şimdiye kadar oluşturulan en gelişmiş ve kapsamlı sistem olup para cezası, kurumsal gözetim, olumsuz tanıtım (mahkûmiyetin ya da hukuk dışı faaliyetin basın yoluyla duyurulması) gibi farklı yaptırımlar içermektedir.²⁶ İngiliz ve Fransız modellerinde ise tüzel kişi ve şirket adına hareket eden kişilerin kurum adına karar vermede yüksek bir konuma sahip olmaları gerektiğinden daha kısıtlayıcı bir sistem olduğu söylenebilir.²⁷ Amerikan sisteminin en önemli dezavantajı, masum olan çalışanların

24 GARCIA, s. 112, vd.

25 Bkz. KANGAL, s. 149 vd; GARCIA, s. 112 vd.

26 Bkz. WEISSMANN Andrew/ NEWMAN David, "Rethinking Criminal Corporate Liability", **Indiana Law Journal**, 2007, Vol. 82, s. 417 vd. Amerika'da tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun tarihsel gelişimi için bkz. DISKANT, s. 15.

27 De MAGLIE, s.546.



ve hissedarların üzerindeki etkileri ve şirketin cezai sorumluluğunun uygulanmasındaki yüksek maliyetlerdir.²⁸ Cezanın, cezalandırıcı ve ıslah edici etkileri, Amerikan modeli tarafından neredeyse mükemmel bir şekilde yansıtılmaktadır. Alman sisteminde tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun reddedilmesinin temel dayanağını ceza hukukunun geleneksel kavramlarına, ceza hukuku dogmatığına olan bağlılık oluşturmakta olup tüzel kişilerin ceza sorumluluğu yerine kapsamlı bir idari ceza hukuku sistemi uygulanmaktadır.²⁹ Fransa ise “toplulukların ceza sorumluluğu olmaz” (*societas delinquere non potest*) biçimindeki geleneksel ilkeyi terk ederek tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu içeren düzenlemeler yapma yolunu seçmiştir.³⁰ Fransız sistemi nispeten yeni olduğundan, şirketlerin geniş muhalefetinden ve meclis üyelerinin muhtemelen yeni kavramları uygularken ihtiyatlı davranmalarından ötürü, Amerikan sistemine kıyasla daha kısıtlayıcıdır. Fransız ve İngiliz sistemleri ceza hukukunun genel ilkeleri ile uyum olup tüzel kişinin masum yöneticileri üzerinde etkileri yoktur. Bununla birlikte, bu sistemlerin daha az caydırıcı olduğu ve bazen de adil olmadığı görülmektedir. Örneğin, İngiliz sisteminde kurum yöneticisinin şirketi aldatması durumunda dahi bu durumdan şirket sorumludur.

V. TÜRK CEZA HUKUKU AÇISINDAN TÜZEL KİŞİLERİN CEZA SORUMLULUĞU

Türk hukukunda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olmayacağını savunanların temel gerekçelerini Anayasa'nın “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesindeki (f.6) “Ceza sorumluluğu şahsîdir” şeklindeki hüküm oluşturmaktadır. Bu görüştekiler, Anayasa’da geçen “şahsi” ifadesini “insan kişiliği” olarak yorumlayarak bu ifadenin sadece gerçek kişileri kapsadığını savunmaktadırlar.³¹ Aksi görüştekiler ise Anayasa’da tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olmadığına dair açık bir hüküm olmadığı, bu nedenle açık bir yasal düzenlemeyle tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna yer verilebileceği görüşündedirler.³²

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nda tüzel kişilerin suç faili olmaları ve ceza sorumlulukları konusunda bir düzenleme yer almamaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bir davada, gerçeklik teorisinden

28 WEISSMANN/NEWMAN, s. 422; DISKANT, s. 153.

29 WEIGEND, s. 936; KANGAL, s. 73; DISKANT, s. 142-143.

30 DISKANT, s. 129.

31 DEMİRBAŞ, s. 239

32 Bu konudaki tartışmalar için bkz. ÖZEN, s. 68 vd.



hareketle tüzel kişilerin de ceza sorumluluğu altında bulundurulmalarının kabulünün Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde karar vermişti.³³ 765 sayılı mülga TCK'da yapılan kimi değişikliklerle tüzel kişiler hakkında da ceza sorumluluğu benimsenmiştir. Örneğin, m.220'de rüşvet verme suçlarının tüzel kişilerin yetkili temsilcileri tarafından işlendiğinde bunlar cezalandırıldığında tüzel kişi hakkında para cezasına hükmolunması kabul edilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise tüzel kişilerin ceza sorumluluğu "Ceza sorumluluğunun şahsiliği" başlıklı 20. maddede (f.2) açıkça düzenlenmiştir. Buna göre "Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır." TCK'da, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanmasını reddedilmiş olmasına karşın kanunda öngörülen güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği kabul edilmiştir. Kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri ise "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri" başlıklı m.60'ta düzenlenmiştir. Buna göre;

(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen file nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır.

Görüldüğü üzere, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, tüzel kişilerin suç faili olarak kabul edilmemekle beraber sadece özel hukuk tüzel kişileri yararına işlenen kasıtlı suçlardan dolayı bunlar hakkında TCK m. 60'da sayılan güvenlik tedbirlerinin (kamu kuruluşlarınca verilen faaliyet izninin iptali, eşya ve kazanç müsadere) uygulanacağı kabul edilmiştir.³⁴

33 KANGAL, s 190-191. Anayasa Mahkemesi'nin Esas:1988/15, Karar: 1989/9 sayılı kararı için bkz. 04.02.1991 tarih ve 20776 sayılı **Resmi Gazete**, s.13 vd.

34 Türk Ceza Kanunu'nda sadece özel hukuk tüzel kişileri hakkında yaptırım uygulanması öngörülmüştür. Bu nedenle kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasında ayırım yapıldığı, düzenlemenin kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. CENTEL Nur, "Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, Sayı. 4, s. 3315



Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu düzenlemeyen TCK'nun varsayım teorisini esas aldığı söylenebilir.

TCK'daki bu düzenlemede işaret edilmesi gereken ilk nokta, güvenlik tedbirlerinin de ceza hukuku yaptırımları olduğu, faaliyet izninin iptali ve müsadereenin teknik anlamda güvenlik tedbiri değil, cezai nitelikte olduğudur.³⁵ TCK'da tüzel kişiler hakkında "Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz" denilmiş olsa da güvenlik tedbirleri uygulanabilmesinin dayanağı gerekçede açıklanmamaktadır. Bilindiği üzere kimi ceza hukuku sistemleri cezai yaptırımları ceza ve güvenlik tedbiri olarak ayırmak yoluna gitmektedirler. Ceza sorumluluğu olmayan kişiler için güvenlik tedbiri uygulanabilmesi de olanaklı değildir. TCK'da düzenlenmek istenen sırf insana özgü olan hapis cezasının tüzel kişiler hakkında uygulanamayacağı gerçektir. Oysa TCK'daki bu düzenleme ile tüzel kişiler hakkında adli para cezası da uygulanamayacaktır. Suç nedeniyle hakkında adli para cezası uygulanamayan bir tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesini ya da ilgili kanunlara göre idari para cezası uygulanmasını açıklayabilmek olanaklı değildir. Kanunun gerekçesinde ise bu durum esasen "para cezasının uygulamasındaki kolaylık" olarak vurgulanmış ve tüzel kişiler için ancak idari yaptırım niteliğinde "para cezası" öngörülebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi Türk Ceza Kanunu, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusunu idari ceza hukuku araçlarını kullanan Alman sisteminden etkilenmiştir.

TCK'da tüzel kişiler hakkında cezai yaptırım türü olan güvenlik tedbiri öngörülmüş ancak "adli para cezası" öngörülmemiş, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.43/A'da sayılan suçlardan dolayı özel hukuk tüzel kişileri hakkında idari para cezası uygulanabileceği kabul edilmiştir.³⁶ Buna göre tüzel kişileri suç faili olarak kabul etmeyen TCK sistemi, tüzel kişilerin kabahat faili olabileceklerini (KK m.8) ve haklarında kabahatten dolayı idari tedbir veya idari para cezası uygulanmasını (KK m. 43/A) kabul etmiştir.³⁷ Kabahat dolayısıyla idari yaptırım uygulanması bakımından tüzel kişilerin niteliği arasında özel hukuk – kamu hukuku tüzel kişisi diye herhangi bir ayırım yapılmamıştır (KK m.8). Ancak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na eklenen ve bazı suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında idari para cezası verilmesinin öngörüldüğü m. 43/A'da 5237 sayılı TCK'da olduğu gibi sadece özel hukuk tüzel kişilerine yer verilmiştir

Özetle, cezai yaptırımlar arasında ceza ve güvenlik tedbiri ayırımına gitmiş olan TCK, tüzel kişiler hakkında ceza uygulanmasını reddederken

35 Bkz. DEMİRBAŞ, s. 24

36 Bkz. ÖZGENÇ, s.202

37 MAHMUTOĞLU/ KARADENİZ, s. 258; CENTEL, s. 3314



bunlar hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasını kabul etmiş; ceza hukuku sistemimizdeki suç ve kabahat ayırımı esas olarak da tüzel kişilerin kabahatlerden dolayı sorumlu olabileceğini kabul etmiştir. Görüldüğü üzere TCK sistemi esasen tüzel kişilerin suç nedeniyle sorumlu olabileceğini kabul eden sistemlere benzer bir çözümü kabul etmiş, ancak bunlardan farklı olarak tüzel kişiler hakkında adli para cezası uygulanmasını kabul etmemiştir.

SONUÇ

Tüzel kişilerin hukuksal niteliğine ilişkin farklı yaklaşımlar olsa da bugün tüzel kişilerin hukuksal bir birlik olduğu kabul edilmektedir. Günümüzde tüzel kişilerin hukuksal, mali ve idari sorumluluklarının yanı sıra ceza hukuku açısından da sorumlu olabilecekleri kabul edilmektedir. Uluslararası sözleşmeler de başta terörizmin, kara paranın aklanması ve yolsuzlukların önlenmesi için tüzel kişilerin de sorumlu olabileceklerini kabul etmektedir. Kuşkusuz tüzel kişinin cezai sorumluluğunun olması demek tüzel kişinin bir insan gibi cezalandırılabilirliği ve bir insan gibi cezadan etkilenmesi anlamına gelmez. Örneğin hak ve sorumluluk sahibi olan bir tüzel kişi bir insan gibi evlenip boşanamaz ancak bir insan gibi yatırımlar yapıp, alım satım ve ticaretle uğraşabilir. Bir tüzel kişi eğitim hakkı talep edemez ancak bir insan gibi çalışma ve iş kurma hakkının talep edebilir. Bu nedenle bir tüzel kişinin bir insan gibi herhangi bir ceza ile cezalandırılması söz konusu olmaz ancak tüzel kişilerin niteliklerine uygun cezai yaptırımlar söz konusu olabilir. Bunların başında gelen ise para cezası, faaliyetlerin sınırlandırılması ya da tüzel kişinin feshidir. Ancak her bir cezanın uygulanma koşulları ile dezavantajları birbirinden farklıdır.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olamayacağına dair görüşler ceza hukuku doğmatikliğine, lehindeki görüşler ise pragmatizme (yararcılık/fadacılık anlayışına) dayanmaktadır. Buradaki pragmatizm, cezalandırmanın amacını açıklayan faydacı görüşlere dayanmaktadır. Bu anlayışa göre yeni suçların işlenmesinin önüne geçilebilmesi ve cezanın caydırıcı olabilmesi için suçun mutlaka cezalandırılması gerekir.³⁸ Eğer suç bir tüzel kişi faaliyeti kapsamında ya da tüzel kişi lehine işlenmişse, suçun failinin yanı sıra menfaatine suç işlenen tüzel kişinin de “hukuki niteliğine uygun” yaptırıma tutulması diğer tüzel kişi yöneticileri için caydırıcı olacaktır.³⁹ Böylece tüzel kişi yöneticileri cezai sorumluluğun

38 WEISSMANN/ NEWMAN, 428 vd.

39 WEISSMANN/ NEWMAN, 431.



etkisiyle makul önlemleri almak ve şirket faaliyetlerini yürütürken suçta bulaşmaktan uzak duracaklardır.

O hâlde tüzel kişilerin ceza sorumluluğu dogmatizmle pragmatizmin uyumlaştırılması ile çözülebilir. Bu da ancak tüzel kişilerin hukuksal niteliklerine uygun suçlardan sorumlu tutulmaları ve yine hukuki niteliklerine uygun yaptırımlarla cezalandırılmalarıyla mümkün olabilir. Bu durumda da genel olarak tercih edilen sistem, tüzel kişilerin sorumlu olabilecekleri suçların ve uygulanabilecek yaptırımların kanunda açıkça sayılması yoluna gitmektir.⁴⁰

Alman sisteminden etkilenecek hazırlanan Türk Ceza Kanunu'nda tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanmasına yer verilmezken (m.20) bir diğer cezai yaptırım türü olan güvenlik tedbiri uygulanabileceği (m.60) öngörülmüştür. Bunun pratik sonucu, tüzel kişiler hakkında adli para cezası uygulanamayacağı ancak faaliyet izninin iptali ve müsadere gibi güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğidir. Türk Ceza Kanunu'nda tüzel kişiler hakkında adli para cezasını kabul edilmemiş ancak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.43/A'da sayılan suçlardan dolayı özel hukuk tüzel kişileri hakkında idari para cezası uygulanabileceği kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere tüzel kişilerin cezai sorumluluğu konusunda Türk hukukunda melez bir yapı söz konusudur.

40 de MAGLIE, s. 552.



KAYNAKLAR

CENDEL Nur “Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yapıtırım Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, Sayı. 4, s.3313 – 3326

CORPUS JURIS, Avrupa Birliği'nin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları, (Çev. S.Keskin/H.Zafer/Ü.Kocasakal), Ankara 2001

de MAGLIE Cristina, “Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law”, **Washington University Global Studies Law Review**, 2005, N.3, s.547- 566

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yay., Ankara, 2017

ERGÜN Ömer, **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu**, 12 Levha Yay., İstanbul, 2010

GARCIA Alexandra, “Corporate Liability for International Crimes: A Matter of Legal Policy Since Nuremberg”, **Tulane Journal of International and Comparative Law**, 2015, N. 24, s. 97 - 129

KANGAL Zeynel, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Seçkin Yay., Ankara, 2003

MAHMUTOĞLU Fatih Selami/ KARADENİZ Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, Beta Yay., İstanbul, 2017

MENTOVICH Avital/CERF Moran, “A Psychological Perspective on Punishing Corporate Entities”, **Regulating Corporate Criminal Liability**, (Edts. D. Bradowski, de la Parra, Tiedemann, Vogel), Springer, 2014, s. 33- 45

ÖZEN Muharrem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, C.52, Sayı 1, s. 63 - 88

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, Seçkin Yay., Ankara, 2014

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk (Genel Bölüm-Kişiler Hukuku)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013

WEIGEND Thomas, “Societas delinquere non potest? A German Perspective”, **Journal of International Criminal Justice**, 2008, N.6, s. 927 – 945

WEISSMANN Andrew/NEWMAN David, “Rethinking Criminal Corporate Liability”, **Indiana Law Journal**, 2007, Vol. 82, s. 411- 451

YARAYAN Ali, **Türk Medeni Hukuku (Temel Bilgiler)**, Legal Yay., Ankara, 2013

HAKEM SÖZLEŞMESİNDE ESASA UYGULANACAK HUKUK

(Law That Will Be Applied In Essence Of Arbitrator's Contract)

Mehmet Rifat BACANLI¹

ÖZ

Hakem sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Tahkimin birçok farklı sebeple kendisine has bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu düşünüldüğü gibi, hakem sözleşmesi de kendine has özellikleri olan ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, biz de hakem sözleşmesinin kendisine has (*sui generis*) bir sözleşme türü olduğu yönündeki görüşlere katıldığımızı ifade ederiz. Hakem sözleşmesine uygulanacak hukuk belirlenir iken önce subjektif bağlama kuralları yani tarafların açık veya zimni iradeleri ve objektif bağlama kuralları değerlendirilmelidir. Ticari bir sözleşmede sözleşmeye uygulanacak hukuk ile hakem heyeti farklı ülkelere tabi ise hakem sözleşmesine ilişkin sorunun hakem heyetinin hukukuna mı yoksa sözleşmeye esas alınacak hukuka mı göre çözüleceği ayrı bir sorundur.

Hakem sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından özellik arz eden bir düzenleme bulunmamaktadır. Hakem sözleşmesine uygulanacak hukuk MÖHUK m.24 uyarınca belirlenecektir. Taraflar hukuk seçimi yaparak sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme imkânına sahiptirler. Tarafların uygulanacak hukuku belirlemedikleri hâllerde ise objektif bağlama kuralı olarak en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. En sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukudur. Hakem sözleşmelerinde karakteristik edim, hakemin edimidir.

Anahtar Kelimeler: Hakem Sözleşmesinde Esasa Uygulanacak Hukuk

ABSTRACT

The arbitration agreement is similar to the labor contract and the proxy contract. Arbitration is considered to be a unique dispute resolution

1 İstanbul Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Muhasip Yönetim Kurulu Üyesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi ♦ rbacanli@hotmail.com



method for many different reasons, and the arbitration agreement should be considered as a separate contract with its own characteristics. Therefore, we express that we agree with the views that the arbitration agreement is a sui generis contract type. While the law to be applied to the arbitration agreement is to be determined, the subjective binding rules, that is, the open or ambition of the parties and the objective binding rules should be evaluated. When a commercial contract subject to the law of one country contains an arbitration clause specifying the seat for arbitration in a different country, is the problem of the arbitration agreement itself to be determined by reference to the law applicable to the substance of the dispute or to the law of the seat. There is no provision that is applicable to the arbitration agreement and which is of special character in terms of law. The law to be applied to the arbitration agreement shall be determined in accordance with Article 24 of MÖHUK. The parties have the opportunity to determine the law to be applied to the contract by making the choice of the law. In cases where the parties do not specify the applicable law, the most strictly related law will be applied with objective binding rule. The most strictly related law is the customary law of the indebtedness of the characteristic act. The characteristic act in the arbitration contracts is the judgment of the court.

Keywords: Which law governs the Arbitration Agreement

GİRİŞ

Hakem sözleşmesi, hakem ile tahkim anlaşmasının tarafları arasında kurulan; tarafların karşılıklı hak, yükümlülüklerini düzenleyen, yükümlülüklerin ihlâli durumunda başvurulabilecek mekanizmalara işaret eden ve bu ilişkinin sona erme koşullarını ortaya koyan sözleşmedir.

Hakemin hakem sözleşmesinden doğan hakları hakemin ücret hakkı, hakemin tahkim için yaptığı masrafların karşılanması, hakemin taraflar ve tahkim kurumundan dayanışma talep etmesidir. Hakemin hakem sözleşmesinden doğan borçları ise hakemin tahkim anlaşmasını uygulama ve uyuşmazlık hakkında belirlenen sürede karar verme yükümlülüğü, hakemin eşit davranma yükümlülüğü ve tarafların âdil yargılanma hakkı, tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğü, hakemin sadakat ve sır saklama yükümlülüğü, hakemin özen yükümlülüğü, hakemin bilgi verme ve iade yükümlülüğüdür. Hakem sözleşmesinde ücret ödeme borcu zorunlu bir unsur olmayıp sözleşme veya teamül var ise ücrete hak kazanılır. Ücretin kararlaştırıldığı hakem sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir.



Hakem sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti için hakem sözleşmesinin hukuki vasfının tespiti önemlidir. Hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, iş görme sözleşmesi vekalet sözleşmesi ve kendine özgü (*Sui generis*) sözleşme özellikleri itibarı ile hakem sözleşmesini açıklamakta öne çıkan sözleşme türleridir. Tarafların hakem sözleşmesine uygulanacak hukuku seçmeleri durumunda bir sorun yoktur. Hakem sözleşmelerinde uygulanacak hukuk belirlenmemiş ise karakteristik edim ve sıkı ilişkili hukuk kavramlarının doğru tespit ve değerlendirilmesi önemlidir. Bu çalışmada hakem sözleşmelerine uygulanacak hukuk, subjektif ve objektif bağlama görüşleri çerçevesinde ele alınarak tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda öncelikle hakem sözleşmesinde tarafların hak ve borçları belirlenmeye çalışılacak ve akabinde MÖHUK m.24'ün hakem sözleşmelerine nasıl uygulanacağı değerlendirilecektir.

I. TAHKİM

Yargı yetkisiyle, hukuk düzeninin korunması ve gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Günümüzde egemenlik anlayışının bir gereği olarak yargılama hak ve yetkilerinin devlet tekelinde bulunması ve hukuki uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözümlenmesi esas olup bu kuralın, tek istisnası tahkimdir. Zira hakkı ihlal edilen kişi, hakkının tespiti ve tanınması için devlet mahkemelerinin dışında oluşturulan tahkim yoluna başvurabilmektedir. Tahkim, kural olarak ihtiyaridir. Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen tahkim yolu; "ihtiyari tahkim" dir.

A. Kavram

Eskiden beri var olan tahkim kurumunun tanımı üstünde bir fikir birliği bulunmamakla birlikte, terminolojide tahkim, hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesi kavramlarının bazı hukukçular tarafından birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir.

"Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan tarafların, aralarında anlaşarak, uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve özel kişilerin uyumazlığı çözmelerine tahkim denilmektedir."²

Diğer bir tanımda ise "Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet

2 DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara, 2015, s.133



yargısında çözümlenmesi yerine, hakem adı verilen kişiler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmalarındır.”³

Başka bir tanımda ise tahkim, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasıdır.⁴

“Tahkim kanununun men etmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kişiler aracılığı ile çözümlenmesi” olarak da tanımlanmıştır.⁵

Tahkim günümüzde bir uzmanlık alanı olup kısa sürede çözüm sunmaktadır. Tahkimde davaların adli tatilde görülebilmesi, mahkemelerden daha hesaplı çözümün mümkün olması, tahkimin gizli olması, kredi veren kuruluşların talebi gibi hususlar tahkime ihtiyaç duyulma sebepleridir.⁶

B. Çeşitleri

Devlet bazı uyuşmazlıklar için tahkim şartı getirirken, bazı uyuşmazlıklar için ise tahkime başvurma konusunda uyuşmazlığın taraflarına seçme hakkı tanımıştır. Bu bağlamda tarafların, uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurma konusunda serbest olup olmamalarına göre tahkim zorunlu ve ihtiyari olmak üzere ikiye ayrılır. Zorunlu tahkimde uyuşmazlığın çözümü için tarafların iradelerine bakılmaksızın tahkime gitme zorunluluğu bulunmaktadır. Burada şartların oluşması hâlinde uyuşmazlığın çözümü mutlaka kanunla tespit edilmiş hakem veya hakem kurulu tarafından yapılacaktır.

Örneğin Çeltik Ekimi Kanununun 14. maddesinde, çeltik sulamasında kullanılacak olan kurumlandırılmış suların, devletin, hususi idarelerin veya evkafın ise bunun için çeltik çiftçilerinden belli bir dönüm başına alınacak su parası her iki taraf arasında kararlaştırılacaktır. Fakat taraflar bu bedel konusunda anlaşamazlarsa çeltik komisyonları meseleyi hakem sıfatı ile halledeceklerdir. Tüketici hakem heyetleri de zorunlu tahkime örnek olabilir.

3 AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul, 2016, s.3

4 KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Ankara, C. VI, 2001, s. 585

5 ERTEKİN Erol, KARATAŞ İzzet, **Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.30

6 DAYINLARLI Kemal, **Milletlerarası Tahkim Rehberi**, Ankara, 2014, s.9



Tahkim yoluna başvurup başvurmamak uyuşmazlık taraflarının iradelerine bağlı ise ihtiyari tahkim söz konusudur. İhtiyari tahkim, tarafların anlaşmasıyla, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına denir. İhtiyari tahkimde taraflar uyuşmazlığın çözülmesi konusunda serbest hareket ederler. Başka bir ifadeyle ihtiyari tahkimde taraflar uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözüp çözmeyemekte, hakem veya hakemleri seçmekte, hakemlerin çözeceği uyuşmazlıkları tespit gibi hususlarda serbesttirler. Taraflar tahkim yoluna başvurmakta serbesttirler ancak, tahkimin kararıyla bağlıdırlar.

Tahkim, ihtiyari ve zorunlu olarak ayrılabilirdiği gibi, Özel Tahkim (Ad Hoc tahkim) ve Kurumsal Tahkim olarak da ikiye ayrılabilir.

Özel tahkim (Ad Hoc tahkim) türünde, taraflar uyuşmazlık konusuna uygulanacak usul ve kurallarını kendileri belirlemek, hakem ya da hakem heyetini kendileri oluşturmak isterler. Böyle bir durumda belli bir kuruma bağlı olmadan oluşturulan bir tahkim yargılaması söz konusudur. Buna özel tahkim, diğer bir ifade ile ad hoc tahkim denilmektedir. Ad Hoc tahkimde taraflar genelde UNCITRAL Tahkim Kurallarının uygulanmasını kararlaştırmaktadırlar.⁷

Kurumsal tahkim (Enstitü Tahkimi) türünde ise, uyuşmazlığa düşen taraflar, uluslararası alanda tahkim usulünü bilen, deneyim sahibi bir kurumun tahkim usulünü seçer. Bu tür kurumların önceden hazırlanmış yargılama usulüne ilişkin kuralları vardır ve uyuşmazlıklar tahkim kurumunda ve bu kurumun öngördüğü usul kurallarına göre çözülür.

Milletlerarası tahkim kurumlarının yanı sıra özellikle son yıllarda bölgesel ve milli tahkim kurumlarının sayısında ve tanınmışlığında bir artış olmuştur. İnşaat, sigortacılık, finans hizmetleri, deniz taşımacılığı ve ticari mal üretimi gibi bazı sektörler; kendi tahkim ve arabuluculuk prosedürlerini ve kurallarını oluşturmuşlardır.⁸

C. Tahkim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

1. Maddi Hukuk Sözleşmesi Görüşü

Bu görüşe göre, sözleşmenin kurucu unsurunun maddi hukuk karakteri taşıması, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu olan ilişkinin maddi

7 AKINCI, s.5

8 PAULSSON, Jan/ RAWDİNG, Nigel/REED, Lucy: The Freshfields Guide To Arbitration Clauses in Internatioanal contracts, The Netherlands: Kluwer Law Internatioanal, 2011, s.8



hukukta etkisini göstermesi, maddi hukuk karakterini ortaya koyar.⁹ Tahkimin esas itibarıyla sözleşmeye dayanması ve tarafların sözleşmenin kurulması için temsil yetkileri, ehliyet, sözleşmenin butlanı veya iptali gibi işlemlerin borçlar hukuku sınırları içinde kalmasını gerektirir.¹⁰ Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin önemi, hakem kararlarının tenfizi açısından da kendini göstermektedir. Devletler özel hukuku alanında sözleşme hangi kanuna tabi ise onun hüküm ve sonuçları da aynı kanuna göre belirlenir.¹¹

2. Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü

Bu görüşe göre; kanunlarda kişilere tahkim sözleşmesi yapma yetkisi tanınması hâlinde, yargılama faaliyeti sonucu hakem veya hakemlerce verilecek kararın hukuki niteliğini, yargısal olarak kabul etmek gerekir. Bir görüşe göre, tarafların tahkim sözleşmesi yapma yetkilerini kullanması; devlet yargısının daraltılması ve mahkemelere giden yolun kapanması sonucunu doğurur.¹² Tahkim sözleşmesinin kurulmasının borçlar hukuku ve medeni hukuk yani maddi hukuk hükümlerine tabi olması, nitelik itibarıyla maddi hukuk sözleşmesi olduğu sonucuna varmak için yeterli değildir.¹³ Tahkim sözleşmesi, kurulması bakımından maddi hukuk hükümlerine tabidir. Sözleşmenin kurulmasında tarafların sahip olması gereken şartlara, borçlar hukuku hükümleri niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanacaktır. Ancak bu esastan hareketle, tahkim sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmesi veya karışık muhtevalı akit niteliğinde olduğu kesin olarak söylenemez.¹⁴ Hakemlerin yargılama ve hüküm verme yetkisine sahip olmaları usuli bir fiildir. Adli yargıya başvuru yolunun kapanması da usuli özellik gösterir.

3. Karma Sözleşme Görüşü

Bu görüş maddi hukuk ve usul hukukuna ilişkin görüşlerin tahkimin hukuki niteliğini tek başına açıklamada yetersiz kaldığı noktasından hareketle tahkimi, hem sözleşme hukuku yönüyle esas almakta, hem de tahkimin kamu hukuku karakteri, hukuki niteliğin belirlenmesinde

9 ALANGOYA, Yavuz: **Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul 1973 s.42

10 TAŞKIN, Alim: **Hakem Sözleşmesi**, Ankara, 2.Bası 2005, s.17

11 KALPSÜZ, Turgut: **Türk Hakem Kararı Kavramı, (Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, 2. Tahkim Haftası Ankara 1984)**

12 ALANGOYA: **Tahkimin Niteliği** s.64

13 KALPSÜZ: **İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları**, Ankara, 1996 s.353

14 TAŞKIN, s.17



değerlendirme dışında tutulmamaktadır.¹⁵ Tahkim sözleşmesinin maddi ve usuli niteliğinin birbirinden bağımsız olarak ele alınamayacağı, her ikisini de bünyesinde taşıdığı esastan hareketle, bütünlük gösteren tek bir hukuki işlem olduğu ifade edilmektedir.¹⁶

4. Bağımsız Görüş

Bağımsız görüş, tahkimin hukuki mahiyetini tayinde, diğer teorilerden farklı esaslardan hareket etmektedir. Milletlerarası tahkimin özelliği ve hukuki yapısı gereği, milli tahkimden farklı özellikler arz etmesi, milletlerarası tahkimin hukuki niteliğinin tespitinde, milli hukuktaki yerinin tespiti yerine, tahkim sözleşmesine ve taraf iradelerine bağımlı olmayan milletlerarası bir hukuki nitelik tanıma gereğinden hareket eder.¹⁷ Bağımsız teoriye göre tahkim, milletlerarası ticari toplumun ihtiyaçlarını karşılamak üzere milli tahkimden farklı normlar dikkate alınarak oluşmuştur. Tahkim prosedürünün milletlerarası niteliği sebebi ile kendisinin incelenmesi gerekmekte olup tarafların irade serbestileri milletlerarası kamu düzenine uygunluk ölçüsü esas alınarak sınırlandırılmalıdır.¹⁸ Milletlerarası tahkimi bir vakıa olarak ele alan bağımsız görüş, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına göre milletlerarası tahkimin geliştiği ve ulusal ve uluslar arası hukukun buna paralel olarak değiştiğini öne sürmektedir. Milletlerarası ticari tahkim kurumuna, milletlerarası bir hukuki nitelik verilmesi, tahkimin millî hukuk sistemlerinden çıkartıldığı anlamına gelmez.¹⁹

D. Milletlerarası Tahkim Kavramı

Milletlerarası tahkimde yabancılık unsurunun tespitinde objektif (uyuşmazlık konusu) ve sübjektif (uyuşmazlık tarafları) olmak üzere karma kriterler mevcuttur. Karma kriter hem Milletlerarası Tahkim Kanunu hem de UNCITRAL Model Kanun'da kabul edilmiştir.²⁰

Taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesinde uygulanacak usul hukuku kurallarının kararlaştırılmamış olması hâlinde, uyuşmazlık yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

15 TAŞKIN, s.20

16 ALANGOYA- Tahkimin Niteliği s. 48

17 TAŞKIN, s. 21

18 ŞANLI, Cemal: *Milletlerarası Ticari tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1985, s. 49

19 ŞANLI, s. 52

20 DOĞAN, s. 135



Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği, uyuşmazlığın yabancılık unsurunun bulunduğu veya taraflarca milletlerarası tahkim kanununun uygulanmasının seçildiği uyuşmazlıklarda Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.²¹ Anlaşılacağı üzere Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanması için iki unsur lazımdır. İlki uyuşmazlığın nitelik itibariyle yabancılık unsuru taşıması; diğeri tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya taraflarca Türkiye'nin tahkim yeri olarak seçilmesidir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 5. ve 6. Maddesine giren hususlar dışında, Kanun, tahkim yeri olarak Türkiye'nin öngörülmediği milletlerarası tahkimlerde uygulanmaz.²²

Yabancılık unsurunun belirlenmesi ise aynı kanunun 2. Maddesinde, kanunun 2. Maddesinde, özetle, tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer, tahkim yeri, ifa yeri veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yer ,yabancı sermaye veya yabancı kredi ,bir ülkeden diğere ülkeye sermaye veya mal akışı gibi kıstasların değerlendirmeye alınmasıyla ortaya çıkarılabileceğinden bahsedilmiştir.²³ Kanunda yabancılık unsuruna ilişkin bir tanım yapılmamıştır.

4.2.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("HMK") 407-444 maddeleri arasında tahkime ilişkin hususlar düzenlenmiştir. HMK'nun tahkime ilişkin hükümleri, **yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği** uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Bu hükümler, milli tahkime ilişkin hükümlerin günümüz tahkim anlayışına ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na ("MTK") uygun hâle getirilmesi bakımından büyük önem taşır. HMK'nun ve MTK'nun tahkime ilişkin hükümleri UNCITRAL Model Kanunu benimsediği için çelişkiler önlenmiştir. Bu tahkim kurallarına bazı yazarlarca milli tahkimde denmektedir.²⁴

Milletlerarası Tahkim Kanunu 1. Maddesinde, bu kanunun, **tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği, yabancılık unsurunun bulunduğu veya taraflarca** milletlerarası tahkim kanununun uygulanmasının seçilmesi hâlinde uygulanabileceği belirtilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 424'ün birinci cümlesinde, "taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu kısmın

21 ERMENEK İbrahim: "**Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar**", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Özel Sayı, s. 1228

22 AKINCI, s. 52

23 DOĞAN, s.135

24 NÖMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL.: **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, İstanbul. 4. Bası. 2013, s.15



emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilir” denilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 424’ün ikinci cümlesinde, taraflarca aksine bir sözleşme yapılmadığı müddetçe hakem veya hakem kurulunun tahkim yargılamasını Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun tahkim kısmı hükümlerini gözeterek uygun bulunduğu şekilde yürüteceğine işaret edilmiştir. Söz konusu hüküm, tarafların uygulanacak usul hukuku kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde, bu kuralları belirleme yetkisini hakem ya da hakem kuruluna vermiştir. Bu çerçevede hakem ya da hakem heyeti Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun tahkime ilişkin usul hükümleri ile yetinerek bir yargılama yapabileceği gibi, bu kısım hükümlerini gözeterek kendisinin uygun bulunduğu bir şekilde de yargılamayı yürütebilir.

Milletlerarası Tahkim Kanun’un 8-A maddesine göre, “Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını bu Kanun hükümlerine göre yürütür.”

Tarafların hangi usul kurallarının uygulanacağı hakkında uzlaşmaya varamaması hâlinde Milletlerarası Tahkim Kanun’unun hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Milletlerarası Tahkim Kanununun 17. Maddesinin 1 fıkrasına göre “Bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz.” denilerek aksine hüküm bulunmadıkça HMK’ un uygulanmayacağına yer verilmiştir.

Taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesinde uygulanacak usul hukuku kurallarının kararlaştırılmamış olması hâlinde, uyuşmazlığın niteliğine göre Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulanacağı hâllerde, Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 17/1’e verilecek anlam önemlidir. Meseleye ilişkin olarak söz konusu düzenleme, bu **Kanunda hüküm bulunan hâllerde**, aksine bir düzenleme olmadıkça, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağına işaret etmektedir. Ancak, burada da Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda hüküm bulunmayan hâllerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme yoktur.

Milletlerarası Tahkim Kanununda hüküm olmayan hâllerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı şeklinde bir sonuca varmaya Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 8/A’nın 2’nci



fıkrası engeldir. Taraflar tahkim usulüne ilişkin bir hükme yer vermez iseler, hakem veya hakem kurulları Milletlerarası Tahkim Kanunu'na aykırı olmamak kaydı ile ihtiyaç hâlinde kendileri kural oluşturmak sureti ile usulü kendileri yürütecektir. Tahkim usulü ile alakalı konular Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenir ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu ilgili hükümleri uygulanmaz.²⁵

Taraflarca tahkime uygulanacak usul hükümlerinin kararlaştırılmamış olması hâlinde, hakem ya da hakem kurulunun tahkim yargılamasını Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda belirlenen hükümlere göre yürütüleceğini emredici olarak düzenlemiştir. Hakem kurulu bu kanuna aykırı olmamak kaydı ile yürüttüğü tahkim usulünde gerekirse usule ilişkin kural da oluşturabilir²⁶ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda model Kanun olan UNCITRAL Tahkim Kanunundan farklı olarak, hakemlere, davayı uygun buldukları şekilde yürütme yetkisi verilmemiştir.

II. HAKEM SÖZLEŞMESİ

A. Kavram

Hakem, hakem sözleşmesi ile iki taraf arasındaki uyuşmazlığı çözümlmek görevini üzerine alan kişiye denilmektedir.²⁷ Tamamen tarafların iradesi ile atanmış bulunması ve resmi sıfatının olmaması nedeniyle hakemler, hâkimlerden farklıdır. Hâkim ler, hakem olarak görev yapamazlar, sadece kendi resmi görevlerini yerine getirirler.

Hakem sözleşmesi ise; tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak, yükümlülük gibi maddi hukuka ve usule ilişkin hukuki ilişkilerin usul hukuku ve özel hukuk hükümlerinin esas alınarak düzenlendiği, hakem yargılamasının esas ve usullerinin belirlendiği bir sözleşmedir.²⁸

“Hakem sözleşmesi, diğer bir tanımıyla, hakem ile tahkim anlaşmasının veya uyuşmazlığın tarafları arasında kurulan; tarafların karşılıklı hak, yükümlülüklerini düzenleyen, yükümlülüklerin ihlâli durumunda başvurulabilecek mekanizmalara işaret eden ve bu ilişkinin sona ermesi koşullarını ortaya koyan sözleşme” şeklinde de tanımlanmıştır.²⁹

25 ERMENEK, s.1230

26 AKINCI, s.168

27 KURU, B./ ARSLAN, R./ YILMAZ, E.: **Medenî Usûl Hukuku**, B. 24, Ankara 2013. s. 924

28 TAŞKIN, s.9

29 BURDURLU, Özlem: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Sözleşmesi**, Ankara, 2016



Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (HGK) 19.03.2003 tarihli, E. 2003/15142 ve K. 2003/182 sayılı kararında hakem sözleşmesi "tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak, yükümlülük gibi maddi hukuka ve usule ilişkin hukukî ilişkilerin usul hukuku ve özel hukuk hükümlerinin esas alınarak düzenlendiği, hakem yargılamasının esas ve usullerinin belirlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır.³⁰

Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda tahkim sözleşmesiyle hakem sözleşmesi hatalı olarak aynı sözleşme olarak tanımlanmıştır.³¹ Tahkim sözleşmesi ile hakeme götürülen ihtilaf ile taraflar ile hakem veya hakemler arasında zımni bir sözleşme meydana gelir. Meydana gelen bu sözleşmeye, hakem sözleşmesi denir.³² Bu sözleşmede, hakem yargılamasının esas ve usulleri belirlenir.

Hakem sözleşmesinin iki aşamalı olduğu söylenebilir. Birinci aşamada, taraflar hakemin seçildiğine dair sözleşme yapar, ikinci aşamada ise hakemin hakemliği kabul ettiğine dair taraflarla sözleşme akdetmesi söz konusudur.³³

New York sözleşmesinin 2.maddesine göre tahkim sözleşmesi yazılı şekle sahiptir. Hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinde olduğu gibi yazılı bir şekle tabi tutulmamıştır. Yazılı şekil bir geçerlilik şartı değildir ancak kanunlar ihtilafı sorunlarının çözümlenip hukuki güvenliğin sağlanması açısından taraflar hakemler arasındaki sözleşmenin yazılı olması büyük önem taşır.³⁴ Hakemin kendisine verilen uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözme faaliyetini kabul etmesi ile hakem sözleşmesi oluşmakta, bu hâliyle de yazılı veya sözlü olarak hakem sözleşmesi kurulabilmektedir.³⁵ Hakem sözleşmesi ile hakemler verecekleri hizmet karşılığında, sözleşme veya teamüle göre ücrete hak kazanmaktadır.

Gerçek ve tüzel kişiler medeni haklarını kullanma ehliyetine sahip olmaları kaydıyla hakem olarak tayin edilebilirler.³⁶ Tahkim sözleşmesinin

30 Erişim için bkz. <www.kazanci.com>,(26.12.2016).

31 Yargıtay 19. HD, 29.05.2012, E. 2012/4065, K. 2012/9080; Yargıtay 15. HD, 13.04.2009, E. 2009/1438, K. 2009/2153; Yargıtay 9. HD, 03.11.2008, E. 2008/5830, K. 2008/29774; Yargıtay 11. HD, 05.12.2012, E.2011/13485, K. 2012/19915; Yargıtay 9. HD, 25.02.2013, E. 2013/1773, K. 2013/6664; Yargıtay22. HD, 28.06.2012, E. 2012/12, K. 2012/14853, erişim için bkz. <www.kazanci.com>,(26.12.2016).

32 BALCI, Muharrem: **İhtilafın Çözüm Yolu ve Tahkim**, İstanbul 1999, s. 146

33 DAYINLARLI, Kemal: **HUMK'ta Düzenlenen İç Tahkim**, s. 41; TAŞKIN, s. 39

34 TAŞKIN, s. 53

35 BALCI, s. 147

36 TAŞKIN, s. 5



tarafları ve hâkimler, hakem olarak görev yapamazlar. Taraflarca hakem, tahkim sözleşmesinde ismen belirlenebilir. Bu durumda sözleşmede belirlenen kişilerden birinin hakemlik yapmaması hâlinde, tahkim sözleşmesi de geçersiz olacaktır.³⁷ Yine hakemlerin taraflarca tayin edileceği kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda genelde her bir taraf kendisine bir hakem tayin eder ve diğer tarafa da hakemini tayin etmesi için süre verebilir.

Hakemlerin tayininde, bir başka yolda, tahkim sözleşmesi ile hakemlerin seçiminin üçüncü bir kişiye bırakılmasıdır. Bu üçüncü kişinin hakem seçiminden kaçınması veya ölmesi hâlinde tahkim sözleşmesi hükümsüz kalır.³⁸

B. Hakem Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Hakem sözleşmesinin akdi niteliği olup olmadığı konusunda Alman hukukunda tartışmalar bulunmaktadır.³⁹ Hakemlerle hakem sözleşmesinin taraflarının karşılıklı olarak yapmış oldukları irade açıklamalarının, sözleşme yapma iradesini içerip içermediği hâl ve şartlara bağlıdır. Alman hukukunda doktrinde eskiden temsil edilen bir görüşe göre, hakemlerin görevi kabul zorunluluğunun olması nedeniyle bu ilişki akdi bir ilişki değildir denilmektedir.⁴⁰

Akdi ilişkinin kabulü için ön şart, ilgililerin iradesinin hukuki bağın kurulmasını içermesine bağlıdır. Bu yönde bir iradenin varlığı bazı durumlarda açıklamaların yorumundan anlaşılabilir. Bununla birlikte akdin kurulmasıyla tarafların hukuki bağlanma iradesi esastır. Hukuki bağlanma arzusu ile taahhüt edilen edimin karşı taraf için taşıdığı önemin tespitinde; amaç ve edimin türünün göz önünde bulundurulması gerekir.

Hakemlerin bir tahkim prosedürü uygulayarak, hukuki uyumsuzluğu karara bağlamaya yönelik bir irade ortaya koyması akdi niteliğin tespiti için önemlidir.⁴¹ Akdi ilişkinin varlığı kabul edildikten sonra hakem sözleşmesinin sırf bir maddi hukuk sözleşmesi yoksa hem maddi hem usuli hükümler içeren bir karma sözleşme mi olduğu değerlendirilmelidir.

37 AKINCI, s. 298, KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 925

38 KURU, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, İstanbul 1991, s. 4038

39 Tartışmalar için bkz. TAŞKIN s.23

40 BİÇKİN, İ. : “**Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006, S. 67,s381

41 TAŞKIN, s. 23



Maddi hukuka ilişkin görüş esas alındığında hakem sözleşmesi, münhasıran özel hukuk kurallarına tabi olacaktır. Karma sözleşme görüşünün kabulü hâlinde ise, hem maddi hem de usul hukukuna ilişkin hükümler, hakem sözleşmesinde uygulama alanı bulacaktır.⁴²

Hakem sözleşmesi kanaatimce ikiye ayrılabilir. Sözleşmenin kurulması ve yükümlülükler bakımından maddi hukuk, karar verme yetkisi, tahkim prosedürü gibi yönler bakımından da bir usul hukuku sözleşmesidir. Bu sebepten karma sözleşme görüşüne, tahkim sözleşmesinin bütünlük gösteren tek bir hukuki işlem olduğu, maddi ve usuli niteliğinin birbirinden bağımsız olarak ele alınamayacağı, maddi ve usuli niteliğin her ikisini de kapsadığı düşüncesi ile katılmaktayım.

Hakem sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuktan söz edebilmek için bu sözleşmenin vasıflandırılması gerekmektedir. Hakem sözleşmesinin borçlar hukukunda vasıflandırılması içinde öncelikle sözleşmenin kurucu unsurunun hangi maddi hukuk karakteri taşıdığı belirlenmelidir. Hakem sözleşmesi bir işgörme sözleşmesidir. İşgörme amacı olan bu sözleşme tipleri hizmet, istisna, eser, vekalet ve kendine özgü (sui generis) sözleşmeler olarak nitelendirilebilir.

1. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 393. maddesinde hizmet sözleşmesi, "işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir" şeklinde tanımlanmıştır.⁴³ Bu tanımdan da çıkarılabileceği gibi hizmet sözleşmesi "bir işin görülmesi", onun karşılığında hak edilen bir "ücret" ve "bağımlılık" unsurlarından oluşmaktadır. Hizmet sözleşmesi, belirli veya belirsiz süreli olan, edimin bir defada ifa edilmeyip zaman içerisinde kısım kısım yerine getirildiği bir ilişkiyi konu edinmektedir.

Bu zaman diliminde işçi, mesaisine denk gelen sürede emeğini, işin niteliklerine uygun olarak, işverenin emrine tahsis etmekle yükümlüdür. Hakem sözleşmesinde de, hakem tarafından tahkim yargılamasının yürütülmesi ve belirli bir süre içerisinde neticelendirilmesi mukabilinde, hakemin tespit edilen ücrete hak kazanması söz konusu olmaktadır. Hakem sözleşmesinin "ücret" ve "bir işin görülmesi" unsurlarını bünyesinde barındırdığı ifade edilebilir. Fakat işverene "bağımlılık"

42 TAŞKIN s.24,25

43 EREN, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Özel Hükümler), Ankara 2014, s. 529-530



unsuru bakımından hizmet sözleşmesinden ayrılmaktadır.⁴⁴Nitekim tahkim yargılamasında hakem, tahkimin taraflarının emir ve talimatlarına bağlı olmadan yargılamayı yürütmelidir.⁴⁵ Milletlerarası tahkime ilişkin hakem sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olup olmadığı İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin 27.07.2011 tarihli Jivraj v. Hashwani kararında tartışılmıştır.⁴⁶ Bu kararda taraflar arasında joint venture sözleşmesi imzalanmış ve tahkim şartına yer verilmiştir. Aynı zamanda sözleşme ile ilişkili herhangi bir uyuşmazlığın doğması hâlinde seçilecek hakemlerin İsmailî mezhebine mensup kimselerden olması gerektiği kararlaştırılmıştır. Ancak, sonrasında taraflardan birisi bu durumun ırkçılık ve ayrımcılığa sebebiyet verdiğini ve iş hukukunu düzenleyen uluslararası anlaşma ve normlara aykırı olacağını ifade etmiş, tahkim şartının hükümsüzlüğünü ileri sürmüştür. Nihâî olarak İngiltere Yüksek Mahkemesi tarafından incelenen meselede, hakem sözleşmesinin klâsik manada bir hizmet sözleşmesi olmadığı, hakemin bağımsız olması gerekliliği de göz önüne alınarak iş hukukuna ilişkin uluslararası anlaşma ve normların hakemlerin statüsünü düzenlerken uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır.⁴⁷

Taraflar duruşma gününü tespit etmiş olsalar bile hakemin duruşmaya ne zaman hazırlanacağı, ne zaman dosya üzerinde çalışacağı ve kararın ne zaman yazılacağı, kısaca hakem yargılamasının hassasiyet taşıyan durumlarda, işlemlerin ne zaman ve nasıl yapılacağı, sonuçlandırılacağı konusunda taraflar hakeme emir ve talimat veremezler. Ayrıca hizmet sözleşmesinde, işverenin denetiminde olduğu gibi hakem faaliyetleri taraflardan biri veya diğeri tarafından koordine edilen kişi konumunda değildir.

Bağımlılık unsurunun eksikliğine ek olarak dile getirilen bir diğer eleştiri, hakemin, hizmet akdinde olduğu üzere tüm zaman ve çalışma gücünü tahkim yargılamasına ayırmasının beklenemeyeceğidir. Nitekim, hakem, nihâî kararın verilmesi bakımından belirli süre kısıtlamaları ile bağlı olsa dahi bu, onun bir başka iş ile meşgul olmasını engelleyen bir durum arz etmemektedir.⁴⁸

Hakemin bağımsızlığı gözetildiğinde ve hizmet sahibinin talimatları bağlamında yaklaşıldığında, hakem sözleşmesini bir hizmet sözleşmesi

44 TAŞKIN, s. 27

45 TAŞKIN, s. 27

46 İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin (English Supreme Court) 27.07.2011 tarihli ve (2011) UKSC 40 sayılı Jivrajv. Hashwani kararı için <https://www.supremecourt.uk/decidedcases/docs/UKSC_2010_0170_Judgment.pdf>, (11.10.2015).

47 BURDURLU, s.20

48 TAŞKIN, s. 28 (Alman Hukukunda hakem sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olduğuna dair tartışmalar için bkz s.26-27)



olarak görmek güçtür. Hukuku uygulamak, hâkim gibi hakemin de zorunlu görevidir. Bu husus yargısal faaliyetlerin temel noktasını teşkil eder ve taraf egemenliğinin bertaraf edilmesi sonucunu doğurur. Hakem de bir tür yargısal faaliyet yapmaktadır. Hakem olası taraf iradelerine uygunluk dışında tarafların talimat verme yetkisinden soyutlanmış bir şekilde karar vermelidir. Bu görüşte hakem sözleşmesinin taraf talimatı ile yerine getirilme imkânı olmaması sebebi ile kabul edilemez.

2. İstisna (Eser) Sözleşmesi Görüşü

Doktrinde azınlıkta olmakla birlikte, hakem sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesine göre zihin ile yapılan sözleşmeler de eser sözleşmesinin konusunu oluşturur.⁴⁹ Bu görüş; tahkim prosedürünün amacından hareketle, hakem sözleşmesini istisna sözleşmesi benzeri bir sözleşme olarak kabul etme eğilimindedir. Bu görüşe göre hakem kararı geçerli bir karar ise, hakem sadece şeref (onur) ücreti talep edebilir. Hakem, maddi hukuk açısından doğru olmasa bile, bir karar vermeyi borçlanmışır. Kararın içeriğinden dolayı sorumlu tutulamaz, çünkü hakem kararının doğruluğu subjektif gerekçelere dayalıdır. Hakem sadece tahkim prosedürünü usule uygun şekilde yürütme taahhüdü altındadır.

Hakem, karar verme özgürlüğüne sahip olup, tarafların hakemin kararını doğru veya yanlış olarak değerlendirme imkânı yoktur. Burada açık şekilde yapılan hata veya açık şekilde kanuna aykırılıktan bahsedilmemekte olup hakemin takdir hakkına tarafların müdahale edememesi söz konusudur. Yine eser sözleşmesindeki tekeffül hükümlerinin hakem sözleşmesinde uygulanma imkânı yoktur.

İş görme sözleşmesi görüşüne göre ise hakem, tahkim sözleşmesinin her iki tarafının menfaatlerini somut olayın koşullarına göre en uygun bir şekilde, adil bir karar alarak uzlaştırmaya yönelik bir faaliyette bulunmaktadır. Bu husus gözönüne alındığında, hakem sözleşmesinin iş görmeye yönelik bir istisna sözleşmesi olduğu sonucuna varılmaktadır.⁵⁰ Hukukumuz bakımından hakemin faaliyetinin konusu, zorunlu olarak iktisadi bir faaliyet olma özelliği taşımaz. İş görme sözleşmesi olduğu yönündeki görüşlerle kıyaslandığında, en azından kural olarak ekonomik anlamda iş görmeden söz edilemez. Bu görüş de hakem sözleşmesinin sadece bir işin görülmesine yönelik olması sebebi ile kabul edilemez.⁵¹

49 TAŞKIN, s 29

50 TAŞKIN, s.31

51 TAŞKIN, s.31

2. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Vekâlet sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 502 ile 514'ncü maddeleri arasında "Vekâlet İlişkileri" başlığı altında düzenlenmiştir. Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır.

Vekâlet sözleşmesi, vekilin, vekâlet verenle arasındaki güven ilişkisine dayalı bir şekilde,⁵² vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen⁵³ ve vekilin yerine getireceği edimin kanun hükümleriyle düzenlenen sözleşmelerden herhangi birinin konusuna girmediği⁵⁴ bir iş ya da hizmeti, nispeten yersel, zamansal veya maddi bağımsızlık içerisinde⁵⁵, ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmışsa ya da teamül varsa ücretli olarak görmeyi⁵⁶ sonucun elde edilememesi rizikosuna ait olmamak üzere⁵⁷ üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir. Vekâlet sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran ve rızaî bir borç sözleşmesi olup eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁵⁸.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin iş görme ana borcu karşısında vekâlet verenin vekilin vekâleti ifa dolayısıyla yaptığı masrafları vekile ödeme borcu tam ve eşit bir karşılık edim değildir. Bu noktadan hareketle vekalet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilmektedir.⁵⁹ Vekâlet sözleşmeleri kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir.⁶⁰ Roma Hukuku'nda vekâlet akdine (mandatum) göre vekil; vekil eden adına bir işi yönetmek, vekil edenin malvarlığının yönetimi için tasarruflarda bulunmak ve hukukî iş, işlemleri gerçekleştirmek gibi edimleri üstlenirdi. Vekâlet ilişkisi neticesinde vekile düşen görev, Roma

- 52 GÜMÜŞ, M. A. (2014). **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Cilt 2, 122.
- 53 TANDOĞAN, H. (2010). **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Cilt 2, 356.; BAŞPINAR, V. (2004). **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 70.; AKİPEK, Ş. (2003). **Alt Vekâlet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 31
- 54 YAVUZ, C./ACAR, F./ÖZEN, B., (2014). **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, On Üçüncü Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 602
- 55 DUMAN, M. (2012). **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Uygulayıcı Gözüyle Vekâlet Sözleşmesi**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu, 17
- 56 GÜMÜŞ, (2012), 121
- 57 Diğer yaklaşımlar için bkz. TANDOĞAN, (2010), s.356
- 58 ERKAN, V. U. (2013). **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları**, AÜHFHD, 62 (2), 441.
- 59 REYHANİ Yüksel, S. (2013). **Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren (Müvekkilin) Borçları** www.e-akademi.org Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı 134, 6
- 60 BÖRÜ, L/PARLAK, Ş. (2011). **Alt Vekâlet**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011(96), 23



Hukuku döneminde işi, iyi niyet ve özen çerçevesinde idare etmek, vekil edene elde ettiği maddî karşılıklar ve işin yönetimi ile ilgili hesap vermektir. Bu dönemde, yaptığı iş karşılığında vekile herhangi bir ücretin ödenmesi söz konusu değildir. Roma Döneminden bu yana vekâlet akdi, özellikle ücret unsuru çerçevesinde değişikliğe uğramıştır. Günümüzde, küçük çaplı işler dışında, vekâlet konusu işlerin bir ücret karşılığında gerçekleştirilmesi gerektiği genel kabul görmektedir. Nitekim TBK'nun 502. maddesinde vekâlet sözleşmesi tanımlanarak, sözleşme veya teamül mevcutsa vekilin ücrete hak kazanacağı ifade edilmiştir.

Milletlerarası ticarî tahkimde, günümüzde öğretilde, hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesine benzerlik gösterdiği görüşü yaygındır. Hollanda ve İsviçre hukuklarında hakem sözleşmesinin taraf iradelerine dayandığı fikri öne çıkmıştır. Alman hukukuna göre hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin tarafları ve hakem arasında kurulan bir sözleşme olup hakem sözleşmesinin ivazsız olması hâlinde vekâlet sözleşmesi, buna karşılık ivazlı olması hâlinde ise kural; bir hizmet sözleşmesidir. NOMER'e göre Alman hukukunda benimsendiği üzere, hakem ücrete hak kazanıyor ise hizmet akdi veya sui generis bir akit söz konusudur. Hakem herhangi bir ücret edinmiyorsa, mevcut ilişki vekâlet akdi olarak kabul edilir.⁶¹

Türk hukukunda hakem sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda açıkça tespit edilmiş bir hüküm yoktur. Çoğunluğu temsil eden görüşe göre ise, hakem sözleşmesi vekâlet akdi niteliğindedir.

Doktrinde AKINCI, Türk hukukunda hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığını kabul etmektedir.⁶² Buna konuya ilişkin olarak Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 15.06.1989 tarihli 1023/2481 no'lu kararında "*Bilindiği üzere uyumsuzluğun tarafları ile hakemler arasında oluşan hukukî ilişkide galip unsur vekâlet ilişkisidir. Yasada bu konuda bir açıklık mevcut olmamakla beraber bu gibi sözleşmelerdeki usul hükümleri yanında Borçlar Kanununa giren hükümler de yer almaktadır. Ne var ki özel borç ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir akit tipine tabi olduğu belirtilmemiş olduğundan, kural olarak uyumsuzluğun tarafları ile hakemler arasında bir vekâlet akdi oluştuğunun kabulü gerekir.*" ifadelerini dayanak göstermektedir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin, E. 2003/2780, K. 2003/3307, 06.01.2003 tarihli bir başka kararında ise aynı husus tekrarlanmış ve "özel borç

61 NOMER, Milletlerarası Hakemlik, s.517-518

62 AKINCI, Milletlerarası Tahkim: s. 15



ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir akit tipine tabi olduğu yasalarımızda belirtilmemiş olduğundan, Borçlar Kanunu'nun 386/2. maddesi gereğince, kural olarak uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında bir vekâlet akdi oluştuğunun kabulü gerekir"⁶³ denmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 15.06.1989 tarihli⁶⁴ kararı da aynı yöndedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.12.1969 tarih ve 110/866 no'lu kararında hakemle taraflar arasındaki ilişkiyi vekalet akdi olarak değerlendirip, hakemlerin verecekleri hizmet karşılığında ücrete hak kazanacakları belirtilmiştir.⁶⁵

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (HGK) 19.03.2003 tarihli, E. 2003/15-142 ve K. 2003/182 sayılı hükmünde hakem sözleşmesi "*tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak,yükümlülük gibi maddi hukuka ve usûle ilişkin hukukî ilişkilerin usûl hukuku ve özel hukuk hükümlerinin esas alınarak düzenlendiği, hakem yargılamaının esas ve usûllerinin belirlendiği bir sözleşme*" olarak tanımlanmış ve bu kararda "*öğretide hakim olan görüşe göre hakem sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet*" olduğu belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.12.1969 tarih ve 110/866 no'lu kararında hakemle taraflar arasındaki ilişkiyi vekalet akdi olarak değerlendirip, hakemlerin verecekleri hizmet karşılığında ücrete hak kazanacakları belirtilmiştir.⁶⁶

ÇENBERCİ ve DAYINLARLI da hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğunu düşünmektedir.⁶⁷ BALCI'ya göre de bu şekilde taraflar ile hakemler arasında bir özel hukuk ilişkisi doğar ve bu da bir vekâlet akdine dayanır.

Hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesine benzetilmesinin bir kısım haklı yönleri mevcuttur. Öncelikle, hakemler birtakım özel meziyetlere sahip, seçkin kişilerdir. Tahkim yargılamaında taraflarca belirli hakemlerin tercihi; onları diğer insanlardan farklı kılan vasıfları, kişilik yapıları, bilgi birikimi, beceri ve eğitim seviyeleri ile bağlantılıdır.⁶⁸ Böylelikle tahkimin

63 BİÇKİN, s. 380-397

64 Yargıtay 15. HD, 15.06.1989, E. 1989/1023, K. 1989/2841, <www.kazanci.com>, (24.12.2016)

65 BİÇKİN, s.382

66 BALCI, s.382

67 ÇENBERCİ, M.: "**Hakemlerin Tayin Usulü ve Ücreti**", (Tayin Usulü), Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (Ankara, 29 Kasım-04 Aralık 1965), Ankara 1965, s. 122-123; ÇENBERCİ, M.: "**Hakem Ücretlerinin Belli Edilmesine İlişkin Meseleler**", (Meseleler), BATİDER, 1965, C. III, S. 2, s. 284; DAYINLARLI, **İç Tahkim**, s. 42; DAYINLARLI, K.: "**İhtiyarî Tahkimde Hakem Ücreti**", (Hakem Ücreti), Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 541, 552

68 TAŞKIN, s. 40-41



yürütülmesi görevinin seçilen bu kişilerce gerçekleştirilmesi istenmekte, aynı vasıflara sahip olmayan kişilerce görevin yerine getirilmesi kabul edilmemektedir.⁶⁹ Vekâlet ilişkisinde de asıl olan, aksi belirtilmedikçe, vekâlet konusu işin, belirli bir vekil tarafından yerine getirilmesidir.

Hakemin tahkim yargılamasını yürütürken göstermesi gereken özen yükümlülüğü, gerçekleştirdiği yargılama faaliyetinin sonuçlarının kendisini seçen tarafların hukuk dünyasında doğması gibi unsurlar hakem sözleşmesini, vekâlet sözleşmesine benzer kılmaktadır.⁷⁰ Hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden ayrıldığı birtakım durumlar da mevcuttur. Örneğin, vekâlet sözleşmesinde vekil, işin icrası esnasında vekil edenin meşru emir ve talimatları ile bağlıdır. Oysa tahkim yargılamasında taraflar, hakemlere yargılamanın ne şekilde yürütüleceğine dair herhangi bir emir ve talimat veremezler. Hakemler taraflara karşı bağımsız ve tarafsız kalmak zorundadırlar. Bu açıdan, örneğin bir kişinin kendisine bir avukatı vekil tayin etmesi ile tahkim anlaşmasının taraflarının hakem tayin etmesi, hukukî niteliği itibari ile farklılık arz etmektedir.⁷¹

Hakem sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasındaki bir diğer temel fark vekilin, vekâlet ilişkisinden çekilmesine ilişkindir. Vekâlet sözleşmesinde vekil, dilediği herhangi bir zamanda, iş sahibine zarar vermemek koşulu ile görevinden çekilebilmektedir. Ancak, tahkim yargılamasını sürdürmeyi üstlenen hakemin çekilmesi, herhangi bir vekilin çekilmesine nazaran daha zordur. Hakemin çekilmesinin tahkim sürecinde ve taraflar nezdinde doğurabileceği zarar dikkate alınarak, çoğu düzenlemede hakemin çekilmesi birtakım koşullara tâbi tutulmuştur.

Doktrinde hakem sözleşmesinin hukukî karakteri konusunda da ortak bir düşünce hâkim değildir. Doktrinde hakem sözleşmesinin bütün yönleriyle vekâlet akdi vasfı taşımadığı ve yasa gereği, hakem sözleşmesine vekâlet akdi hükümleri uygulandığı yönünde de görüşler vardır.⁷² Bazı yazarlara göre ise, hakem sözleşmesi ivazlı ise hizmet sözleşmesi, ivazsız ise vekâlet sözleşmesi niteliğindedir.⁷³

69 TAŞKIN, s 40-41

70 TAŞKIN, s. 41

71 BURDURLU, s 24-25(bkz BORN, s. 1608. 76 BORN, s. 1608; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (ed. GAILLARD, E./ SAVAGE, J.), (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN), The Hague/The Netherlands 1999, s. 606. 77 BORN, s. 1608; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 605)

72 ÜSTÜNDAĞ, Saim: **Medeni Yargılama Hukuku**, İstanbul,1997, s.958-959

73 TAŞKIN, s.41-42



4. Kendine Özgü Sözleşme Görüşü

Hakemin yalnızca taraflara bir hizmet verdiğini kabul etmek hakem sözleşmesinin kamusal yönünün görmezden gelmek demektir. Hakem aynı zamanda yargısal fonksiyonu itibari ile kamuya da hizmet etmektedir.⁷⁴ Bu sebepten hakem sözleşmesini bu şekilde sınıflandırmak zordur. Hakem sözleşmesinin ayrı bir yer edinerek, kendi hüküm ve sonuçları neticesinde ayrıca ele alınması gerekmektedir. Bu yönüyle de, hakem sözleşmesinin kendisine has bir sözleşme türü olduğu ifade edilmiştir. Fransız, Belçika ve İtalyan hukuklarında da hakem sözleşmesinin sui generis bir sözleşme türü olduğu geniş kabul görmüştür.⁷⁵

Hakem faaliyetinin türü kendine özgü bir akit olduğu kabul edildiğinde, hakem sözleşmesinin hizmet akdine yaklaştığı kabul edilirse vekalet sözleşmesi hakkındaki hükümler uygulanamayabilecektir.

Hakem sözleşmesinin sui generis olduğunu ifade eden görüş; hakem sözleşmesinin konusunu, yalnızca hakemin karar alması ile sınırlı tutmaz. Sözleşme konusunu tahkim prosedürü içerisindeki tüm faaliyetler olduğu gerçeğinden hareket eder. Buna göre hakemin özel konumu hakkında olduğu gibi hakemin ücret talebinde bulunabilmesinin, hakemce verilecek kararın doğruluğuna bağlı bulunup bulunmadığı konusunda da, bir uzlaşma yoktur.⁷⁶

Hakem sözleşmesinin belirlenen sözleşme türleri içerisinde sınıflandırılması benzerlikler ve farklılıklar nazara alındığında, mümkün görünmemektedir. Hakem sözleşmesi, daha önce belirtilen sözleşme türlerinden özellikleri bünyesinde barındırmakta ve fakat belirtilen sözleşme türlerinde bulunmayan birtakım ilâve niteliklere de sahip olmaktadır. Türk hukukunda sayıca az olan bir kısım yazar tarafından hakem sözleşmesine egemen olan yargısal yönün bu sözleşmelere “özel bir hukuki kimlik” verdiği belirtilmiştir. Bu sebepten hakem sözleşmelerinin kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme olduğu ifade edilmiştir.⁷⁷ Öncelikle ben de hakem sözleşmesinin kendisine özgü (*sui generis*) bir sözleşme türü olduğu kanaatindeyim.

74 TAŞKIN, s.34

75 BURDURLU, s.25

76 TAŞKIN, s.34

77 HATEMİ, H/SEROZAN,R/ARPAÇI,A:**Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul,1992,s54-55 bu yönde İsviçre Federal mahkeme kararı için bkz. Basedow, J



Yukarıda açıkladığımız sözleşmeler, belirli bir ücret karşılığında bir işin görülmesini konu edinen sözleşmelerdir. Ayrıca, yukarıda açıklanan sözleşme tiplerinde işi üstlenen kişi, özen yükümlülüğü çerçevesinde hareket etmek zorundadır. Özen ve işgörme yükümü dikkate alındığında hakem sözleşmesinin, bahsi geçen sözleşmelerle benzerlik taşıdığı ifade edilebilir.

Hakemin; iş sahibi ya da vekâlet veren kişilerden bağımsız hareket etmesi, bu kişilerin kendisine emir ve talimat verememesi yönüyle hakem sözleşmesi, iş sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesinden farklıdır. Vekâlet sözleşmesinin, hakem sözleşmesinin niteliğini açıklamakta eksik kaldığı noktalara mahsus olmak üzere ise, hakem sözleşmesinin karma bir sözleşme türü olup temellerini vekâlet sözleşmesinden aldığı söylenmektedir.⁷⁸ Bu sebepten esasa, uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu durumlarda, tarafların hak ve sorumluluklarının belirlenmesinde ihtiyaç doğması hâlinde, uyuşmazlığa vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği kanaatindeyim.

Hakem sözleşmesi önceki açıklamalarımız doğrultusunda hizmet sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Hakem sözleşmesi, hizmet sözleşmesini temel unsurlarından olan “bir işin görülmesi” ve “ücret”; vekâlet sözleşmesini ise vekilin özen yükümlülüğü, aksine bir kayıt bulunmadıkça işi bizzat yerine getirme yükümlülüğü açısından andırmaktadır. Fakat iki sözleşmeden de hakemin bağımsızlık ve tarafsızlık yükümlülüğünün bulunması sebebiyle, keskin biçimde ayrılmaktadır. İlâve olarak, hakemin tahkim içerisindeki yargılama faaliyeti kamusal bir nitelik de taşımaktadır. Bu bağlamda, hâlihazırda klâsik anlamda bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna dair tartışmalar söz konusuysa, hakem sözleşmesini belirli bir sözleşme tipi ile karakterize etmek mümkün gözükmemektedir. Tahkimin birçok farklı sebeple kendisine has bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu düşünüldüğü gibi, hakem sözleşmesi de kendine has özellikleri olan ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir.

78 BURDURLU, S, 23 (bkz. **POUDRET, J. F. /BESSON, S.:** Comparative Law of International Arbitration, B. 2, London/United Kingdom 2007, s. 368; **SCHÖLDSTRÖM, P.:** The Arbitrator's Mandate- A Comparative Study of Relationships in Commercial Arbitration under the Laws of England, Germany, Sweden and Switzerland, Stockholm/Sweden 1998, s. 200-201 (**BORN,** s.1607'den naklen)



III. HAKEM SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

A. Hakem Sözleşmesinde Hakemin Borçları

1. Hakemin Tahkim Anlaşmasını Uygulama ve Uyuşmazlık Hakkında Belirlenen Sürede Karar Verme Borcu

Hakem sözleşmesi kurulurken tarafların iradeleri uyuşmazlığı tahkim anlaşmasına göre esastan çözen, adil ve uygulanabilir bir kararın ortaya çıkması yönündedir. Hakeme verilen bu yükümlülük karşılığında taraflarca ücret ödenmektedir. Hakemin en temel görevi tarafların iradelerini temsil eden tahkim anlaşmasını, emredici kuralları ve uygulanacak hukuku, sorunun çözümüne uygulayarak icra edilebilir bir karar vermektir.⁷⁹ Hakem, hakemlik faaliyetini yerine getirmeyi üstlenmesi ile birlikte görevini yargılamanın sonuna kadar sürdürmeyi de kabul eder. ISTAC yargılama kurallarında Madde.12.4 uyarınca bu husus bir "taahhüttür". Hakemin uyuşmazlığı sona erdiren bir karar vermesinin yanı sıra bu kararı belirlenen tahkim süresi içinde vermesi de, önem taşımaktadır. Zira tarafların tahkime başvurularındaki ana sebeplerden birisi de, tahkimin devlet mahkemelerindeki yargılamalardan daha kısa sürede sonuç vermesidir. Tahkim yargılamasında belirlenen süre içinde karar verilmemesi Türk yargısı açısından bir iptal sebebidir.⁸⁰ Hakemin, süresi içerisinde nihaî kararı verememesi ya da herhangi bir şekilde bu sürenin uzatılmaması durumunda, hakemin gecikmede kusuru varsa taraflara karşı sorumluluğu doğabilecektir.⁸¹

Hakem edimini şahsi olarak ifa etmek zorunda olup vekâlet sözleşmesindeki alt vekile ilişkin hükümler hakem sözleşmeleri için uygun değildir. Şahsi edim yükümlülüğü hakemin uzman görüşüne başvurmasına engel değildir.⁸²

2. Hakemin Eşit Davranma Borcu ve Tarafların Âdil Yargılanma Hakkı

UNCITRAL Model Kanun Madde 18 ve 2486 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 8-B Maddesi birinci cümleye göre taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Bu cümlede taraflara eşit davranılma ilkesine işaret etmektedir. Taraflara eşit davranma ilkesi uyuşmazlığın esasına ilişkin konulara değil yargılama usulüne ilişkin konularda söz konusudur.

79 TAŞKIN, s.154

80 AKINCI, s.299

81 BURDURLU, s.110

82 TAŞKIN, s.163



UNCITRAL Model Kanun Madde 34 ve 2486 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 8-B Maddesine ikinci cümleye göre taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır. Bu madde ile hukuki dinlenilme hakkı düzenlenmiştir.⁸³ Bu hakkın ihlali kararın tenfizine engel olabilir. Bu hak ihlali esasa etkili usul kurallarına aykırılıktan kaynaklanacaktır. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi bu hak ihlalinin tenfizin reddine karar verilmesi için kararın esasına etkili olması gerektiğini söylemiştir.⁸⁴ Hukuki dinlenilme hakkının ne şekilde uygulanacağını her somut olayda hakemler kendi takdir edecektir.⁸⁵

Milletlerarası tahkimde de âdil yargılanma hakkı etkilerini uluslararası sözleşmelerde, tahkim kurallarında ve ulusal hukuk düzenlemelerinde göstermektedir. ISTAC Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları'nın 19. maddesinde "Adil Yargılanma Hakkı" başlığı altında şu düzenleme yer almaktadır: "*Tek hakem veya hakem kurulu, yargılamayı adil ve tarafsız yürütmeli, tarafların eşitliği ilkesine uygun davranmalı ve tarafların hukuki dinlenilme hakkına riayet etmelidir.* Tahkim yargılamasında taraflara eşit davranılması ve tarafların hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmesi hakem veya hakem kurulu için bir zorunluluk, tahkimin tarafları için ise, bir haktır. Taraflara eşit davranılmaması bir iptal sebebi ve tenfiz engelidir."⁸⁶

Bu ilkeleri tarafların savunma hakları ve taraflar arası eşitlik prensibi olarak belirlemek mümkündür. Hakemlerin taraflardan birini dinlememeleri, tarafların savunma hakkının ihlali sayılır. Taraflara savunma hakkı tanınmasına rağmen, savunma hakkının sözlü veya yazılı verilmesinin bir önemi yoktur.⁸⁷ Savunma hakkının her iki tarafa verilmemesi aynı zamanda, yargılama usulünde genel ilke olan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Hakemler, her iki tarafa eşit muamele yapmak zorundadır.⁸⁸ Taraflara eşit davranılması demek bir tarafın diğer tarafa göre avantajlı hâle getirilmemesi olup bu ilke uyuşmazlığın esasına ilişkin konularda değil yargılama usulüne ilişkin konularda söz konusudur.⁸⁹

83 KALPSÜZ, T.: **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, Ankara 2010, s.142

84 GÖKYAYLA, s.242

85 KALPSÜZ, 142

86 GÖKYAYLA, s.253

87 BİÇKİN, s.386

88 BİÇKİN, s.386

89 GÖKYAYLA, s.253



3. Hakemin Tarafsızlık ve Bağımsızlık Borcu

Hakemin bağımsız ve tarafsız olması niteliği, tüm yargılama süresince mevcut olan bir yükümlülüktür. Görevi kabul etmeden önce hakemin, bağımsız ve tarafsızlığına şüphe düşürebilecek tüm durumları taraflara yazılı olarak beyan etmesi gerekmektedir.⁹⁰ Söz konusu yükümlülük, görevi kabul etmeden evvel olduğu gibi görevi kabul ettikten sonra da mevcuttur ve tüm tahkim süreci boyunca devam eder. Yargılama sürecinde hakemin, bağımsızlık ve tarafsızlığını korumasına yönelik diğer bir yükümlülük taraflardan birisi ile tek taraflı iletişim kurmamasıdır. Tahkim sürecinde hakemin bağımsızlık ve tarafsızlık yükümlülüğüne aykırı davrandığının öğrenilmesi, hakem kararının iptali sebebidir.⁹¹

4. Hakemin Sır Saklama Yükümlülüğü

Tarafların, tahkimi tercih etme sebeplerinden biri de özel ve gizli bir nitelik arz etmesidir. Tahkim anlaşmasının tarafları için tahkim sürecine katılım, ticarî işletmelerinin iktisadî temelini oluşturan ekonomik ve teknolojik sırların tahkim süreci içerisinde görev alan kimselerce öğrenilmesi anlamına da gelmektedir.

Hakem sözleşmesi her ne kadar kendine özgü (*sui generis*) nitelik taşısa da bazı unsurları itibari ile vekâlet sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Vekâlet sözleşmesinde vekilin, müvekkiline karşı yükümlülüklerinden önemli bir tanesi de, işin ifası sırasında öğrenilen sırların saklanmasıdır.⁹² Hakem sözleşmesi açısından da aynı yükümlülük geçerli olup bu sonuç dürüstlük kuralının da gereğidir.⁹³

Hakemin sır saklama yükümlülüğü, tahkim merkezlerinin kurallarının ya da ulusal düzenlemelerin pek çoğunda, tahkim esnasında edinilen bilginin tahkim süresince veya sonrasında üçüncü kişiler ile paylaşılmaması şeklinde ifade edilir. Sır saklama yükümlülüğü hakemin uyuşmazlığın ayrıntılarına vakıf olduğu ilk andan itibaren başlar ve sürekli olarak devam eder. Hakemin tahkimi neticelendirmesi ve kararın tebliği ile bu yükümlülük sona ermez.⁹⁴

90 KAYALI, D. : *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Ankara 2015 s.77-78

91 GÖKYAYLA, s.255

92 TAŞKIN, s. 164

93 BURDURLU ,s,119, HATEMİ,,/SEROZAN/ARPAÇI, ,s 417 (bkz 13.HD 11.10.1994,6202/8504)

94 TAŞKIN, s. 165 vd.



5. Hakemin Özen Yükümlülüğü

Hakem sözleşmesi her ne kadar kendine özgü (*sui generis*) nitelik taşısa da bazı unsurları itibari ile vekâlet sözleşmesi ile benzerlik gösterdiğini belirtmiştik. Hakem sözleşmesinin birçok yönden vekâlet sözleşmesine benzemesi sebebiyle, vekâlet sözleşmesi niteliği taşıyan akitlerdeki gibi hakeme de bir özen yükümlülüğü yüklenmiştir. Vekilin özen sorumluluğu kavramı, vekilin üstlendiği işin sonucuna erişmek için yapılan faaliyet bakımından olağan şartlara göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan da kaçınmasını ifade eder.⁹⁵ Özen kavramı hem asli edim yükümlülüğünün kötü ifasına dayalı sözleşme ihlalinin tespitinde hem de kusurun tespitinde önemli bir işleve sahiptir.⁹⁶ Vekâlet sözleşmelerinde vekilin özen borcu için kabul edilen objektif özen yükümlülüğüdür.⁹⁷ Buna göre vekilin göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesi, işin niteliği dikkate alınmak suretiyle basiretli ve özenli bir vekilin göstermesi gereken özen kıstas kabul edilerek vekilin meslekî bilgi ve deneyimi dışında uzmanlık bilgi ve deneyimi de göz önüne alınarak belirlenecektir.⁹⁸

Hakemin özen yükümlülüğü hakem sözleşmesinin niteliği gereği mevcut olan, aynı zamanda milletlerarası ticarî tahkimi düzenleyen yazılı kaynaklar ve etik ilkelerde⁹⁹ hükme bağlanan bir borçtur. Hakem de yargılama faaliyetini gerekli özen, beceri, bilgi ve profesyonel davranış çerçevesinde gerçekleştirmelidir. Hakemin yükümlülükleri başlığı altında söz edilenlerin tümü, esasında hakemin özen borcundan bir parça ihtiva etmektedir.

Özen yükümlülüğünden bahsedildiğinde hakemin, karmaşık ve teknik sorunları çabuk kavrayıp değerlendirebilmesi, dosyaya yeterince ilgi ve zaman ayırması, tarafların anlaşmazlık noktaları hakkında değerlendirmelerde bulunup karar vermesi, tahkimi etkin biçimde yürütmesi, yetkisi dâhilinde hareket etmesi, duruşma ve müzakerelere katılması, önceden belirlenmiş olan takvime uyması, gereksiz masrafların önüne geçmesi, tahkim sürecini kişisel sebeplerle veya üçüncü bir kişinin lehine geciktirmemesi, yargılama sonucunda gecikmeksizin kararı yazması, karar yazarken dürüst olup vicdanı kanı kullanması ve taraflara

95 TANDOĞAN, s.409-410

96 GÜMÜŞ, s. 159

97 EREN, s, 731

98 EREN, s, 731

99 Özen yükümlülüğünün açıkça düzenlendiği örnek etik ilke için bkz. IBA Kuralları m. 7.



tebliğini sağlaması, yargılama esnasında gerçekleştirilmesi gereken araştırma ve faaliyeti bizzat gerçekleştirmesinden söz edilmektedir.¹⁰⁰

Hakemin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi neticesinde taraflar hakemin reddi için tahkim merkezlerine veya mahkemelere başvurma imkânına sahiptir.¹⁰¹ Hakemin reddine karar verilirse, hakem sözleşmesi sona erecek, dosyaya yeni bir hakem tayin edilecek ve hakemin ücrete hak kazanması kısmen veya tamamen engellenebilecektir.

6. Hakemin Bilgi Verme ve Teslim (İade) Yükümlülüğü

Hakemin bilgi verme yükümlülüğü sadakat yükümlülüğünün özel bir görünümüdür. Bir başka deyişle bu yükümlülük sadakat ve özen borcunun bir uzantısı olarak değerlendirilmekte¹⁰² ve işi ya da hizmetin vekâlet verenin talimatlarına ve çıkarlarına uygun bir şekilde icra edilip edilmediği ya da işlerin nasıl yürütüldüğü konusunda bilgi verme ile işin maliyeti ve giderler konusunda hesap verme yükümlülüğünü kapsamaktadır¹⁰³. Vekil ifa edilen işin yürütülmesi sırasında da bilgi vermelidir. Hakemlerin ise hem özel hukuk sujesi hem de yargılama faaliyeti yapan bir kurul olmasından hareketle bilgi verme yükümlülüğünün vekâlet ilişkisine göre çok daha sınırlı olduğu söylenebilir. Hakem yargılaması bağımsız olduğu için bu yükümlülük sınırlandırılmıştır.¹⁰⁴

Vekilin iade borcunun içeriğini, vekâlet görevinin yerine getirilmesi amacıyla kendisine verilen bir takım mal ya da belirli bir miktar paranın geri verilmesi¹⁰⁵ olarak açıklanabilir.

Hakemin iade yükümlülüğünden söz edildiğinde ise, tahkimin herhangi bir şekilde (sulh, kararın yazılması, hakemin çekilmesi ya da reddi gibi bir nedenle) sona ermesinin akabinde hakemin, tahkim süreci içerisinde edindiği belgeleri, delilleri ve parayı taraflara iade etmesi ifade edilmektedir. Hakem, iadeye tâbi olan menkulleri, tahkim boyunca dikkatle muhafaza etmelidir.¹⁰⁶

Hakem taraflardan yargılama için gerçekleştireceği seyahat, konaklama, kırtasiye gibi bir kısım harcamalar için avans almış olabilir.

100 TAŞKIN, s.173 -174

101 BURDURLU, s.122

102 EREN, s 736

103 ARAL/AYRANCI, s,427

104 TAŞKIN, s 171

105 ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, S, 638

106 TAŞKIN, s.170



Bu hâlde hakem, tahkimin herhangi bir biçimde sona ermesi ile bu harcamaları yaptıktan sonra avanstan kalan bakiye kısmı da taraflara iade etmekle yükümlüdür.¹⁰⁷

B. Hakem Sözleşmesinde Hakemin Hakları

1. Hakemin Ücret Hakkı

Hakemler tahkim yargılamasını yürütmeleri ve uyuşmazlığı sona erdiren bir karara ulaşmaları sırasında, fikrî faaliyet göstermekte ve emek sarf etmektedirler. Hakemin ücret hakkı, tahkim yargılamasındaki görevi karşılığında elde ettiği en önemli faydadır.¹⁰⁸ Hakem sözleşmesinde veya ilgili düzenlemelerde açıkça hakeme gerçekleştirdiği faaliyet karşılığında bir ücret ödeneceği öngörülmüş olmasa dahi, teamül gereğince, hakemin ücrete hak kazanacağı kabul edilmektedir.

Hakemin ücretinin belirlenmesi kurumsal tahkim ve ad hoc tahkimde farklılık bulunur. Kurumsal tahkimde hakem ücretinin belirlenmesinde tahkim merkezi önemli bir rol oynarken, ad hoc tahkimde hakemin ücreti, hakem sözleşmesinin taraflarının çabaları neticesinde tespit edilmektedir.¹⁰⁹

2. Hakemin Tahkim İçin Yaptığı Masrafların Karşılanması Hakkı

Hakemler tahkim süreci içerisinde seyahat, konaklama, kargo, telefon, faks, fotokopi ve sair kırtasiye ihtiyaçları nedeniyle masraf yapmak zorunda kalabilmektedir. Hakemlerin bu giderleri üstlenmeleri zarurî olmayıp karşılanmasını taraflardan talep edebilirler. Aynı zamanda bu giderleri karşılamak için, öncesinde taraflardan avans yatırmaları isteminde de bulunabilirler.¹¹⁰

Hakemlerin yargılama süresince yaptıkları ve taraflardan karşılanmasını istedikleri harcamalar makûl ölçüde olmalıdır. Aksi takdirde, taraflar, haklı olarak, bu giderleri kısmen veya tamamen karşılamak istemeyebilir. Aynı zamanda, harcamaların beklenenin çok üstünde olması hakemin özen yükümlülüğüne de ne ölçüde dikkat ettiğinin tartışmalı hâle gelmesine neden olabilir.¹¹¹ Gider ve avansların ödenmesi borcu, her şeyden evvel geçerli bir hakem sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmesi hâlinde gündeme gelebilir.¹¹² Ödenecek masraf ya da avanslar, doğrudan doğruya ya da

107 TAŞKIN, s.170

108 TAŞKIN, s.186

109 TAŞKIN, s.186

110 AKINCI, s. 311; TAŞKIN, s. 216

111 TAŞKIN, s.186

112 REYHANİ Yüksel, s. 13



dolaylı olarak hakemlik hizmetinin ifasıyla alakalı olmalıdır.¹¹³ Örneğin, vergi, resim ve harç giderleri ile posta ve seyahat giderleri gibi giderler bu borç kapsamında sayılabilir. Hakem sözleşmesi tarafı, gereksiz yere ya da haddinden fazla avans ve giderleri ödemek zorunda değildir.¹¹⁴

3. Hakemin Taraflar ve Tahkim Kurumundan Dayanışma Talep Etme Hakkı

Tahkim sürecini yöneten ve yönlendiren hakem veya hakem kuruludur. Ancak hakemin yanında tarafların ve taraf vekillerinin de katkısı azımsanmayacak derecede fazladır. Tahkimin etkin biçimde yürütülmesi ve süresi içerisinde nihaî kararın verilebilmesi için tahkim talebi ve cevabının sunulması, hakemlerin seçimi, delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi gibi tüm aşamalarda tarafların etkin katılımına ihtiyaç duyulmaktadır.

Belirlenen tahkim süresi içinde tarafların kusuruna bağlı olarak karar verilememesi hâlinde, hakemler değil, taraflar sorumlu olacaktır. Kurumsal tahkimde tahkimin tüm aşamalarında tahkim merkezine de önemli görevler düşmektedir. Tahkim merkezleri, tahkim talebi ile cevabının tebliği, hakem/hakemlerin seçiminden başlamak üzere hakem kurulunun nihaî kararının gözden geçirilmesi ve taraflara tebliğine kadar birçok görev üstlenmektedir. Gerçekleştirdikleri bu idarî faaliyetler için taraflarca tahkim merkezlerine ayrıca ödeme yapılmaktadır. Tahkimde zaman kayıplarının önüne geçmek için tahkim merkezlerinin de özenli biçimde çalışması ve hakemlere tahkim sürecinde gereken desteği sağlaması gerekmektedir.¹¹⁵

C. Hakem Sözleşmesinin Sona Ermesi

Hakem sözleşmesi, diğer sözleşmelere özgü sona erme sebepleri (ifa, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, imkânsızlık, takas, zamanaşımı, yenileme ve sürenin dolması) ile sona erebileceği gibi hakem sözleşmesine özgü sebepler olan tahkim süresinin sona ermesi, usul ve esastan karar verilmesi, hakemin reddi, hakemin görevden çekilmesi gibi tek taraflı sona erme hâlleri azil ve istifa, ölüm, ehliyetsizlik ve iflâs gibi hâllerde de sona erer.¹¹⁶

113 ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 643

114 EREN, s. 741

115 BURDURLU, s.134

116 BÜLTER, A. (2006). **Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi Sayı 18, 1



Hakem sözleşmesinin, usule ilişkin bir kararla sona ermesinde, hakemin herhangi bir kusuru bulunmadığı takdirde, hakem tahkime ayırdığı zaman ve sunduğu katkı oranında bir ücrete hak kazanabilir.¹¹⁷ Taraflarla hakemin ücret konusunda anlaşamamaları hâlinde, tahkim anlaşmasında açık bir hüküm mevcut değilse ve herhangi bir tahkim merkezinin kuralları da dayanak alınmıyorsa, Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Hakkında Tebliğ hükümlerinin 4. ve 5. Maddeleri uygulanır.¹¹⁸

Hâkimlerin reddi ve çekilmesine ilişkin sebepler, hakemler hakkında da uygulanır. Hakemlerin yaptıkları görev nedeniyle hâkimler gibi tarafsız olmaları gerekmektedir. Bu tarafsızlığın sağlanması ve taraflı davranılacağı şüphesinin ortadan kaldırılması bu kurumların işletilmesi ile mümkündür.¹¹⁹

IV. HAKEM SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Hakem sözleşmeleri, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) kapsamında özellik arz eden sözleşmeler değildir.¹²⁰ Milletlerarası unsur taşıyan hakem sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti için karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda iki ana kural olarak kabul edilen¹²¹ subjektif ve objektif bağlama kurallarından hareket edilmesi gerekmektedir. Subjektif bağlama kuralından anlaşılması gereken şey, hukuk seçimi serbestisinin kabulü, yani sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme imkânının taraf iradelerine bırakılmasıdır. Objektif bağlama kuralları ise, sözleşmeye uygulanacak hukukun, tarafların hukuk seçiminde buldukları hâllerde, objektif esaslardan hareket edilerek tespit edildiği, uygulanacak hukuk belirlenirken tarafların iradesi dışında objektif bağlama noktalarının göz

117 DAYINLARLI, *Hakem Ücreti*, s. 555-556

118 İlgili Tebliğ'in 4. maddesinde usûle ilişkin farklı kararlarla sona ermenin neticesinde hakem/hakemler tarafından talep edilebilecek ücret oranlarına karar verilmiştir. Bu maddeye göre, hakem veya hakem kurulunun yetkisiz olduğuna karar verilmesi hâlinde tarifede yer alan çizelgedeki ücretin dörtte birine hükmedilir. Davacının dava dilekçesini süresinde veya hakem/hakem kurulu tarafından tanınan ek süre içerisinde vermemesi hâlinde yine çizelgede yer alan ücretin dörtte birine hükümlenir. MTK m. 13/B fıkrasının 1 ilâ 7. bendleri arasında yer alan diğer usûle ilişkin sebeplerle yargılamanın sona ermesi neticesinde ise taraflara delillerin sunulması için m. 12'ye göre süre tanınmasından önce gerçekleşen hâllerde çizelgedeki ücretin yarısı, sonrasında gerçekleşen hâllerde ücretin tamamına hak kazanılır.

119 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 926.

120 HUYSAL, B. *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk*, Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015 s.57 ve 125

121 DOĞAN, V. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Üçüncü Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2015, s.368



önüne alındığı kurallardır.¹²² Hukukumuzda sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından subjektif ve objektif bağlama kurallarının birlikte yer aldığı bir bağlama kuralının kabul edildiği söylenebilir.¹²³ Dolayısıyla öncelikle varsa tarafların seçtikleri hukukun uygulanması, aksi hâlde ise objektif bağlama kuralından hareketle belirlenecek hukukun uygulanması söz konusu olacaktır.

O hâlde hakem sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m.24 kapsamında ya tarafların seçtikleri hukuk ya da objektif bağlama kuralından hareketle karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak tespit edilecektir İlgili maddenin son fıkrasında hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tabi olur denmektedir.

Bu kural bağlamında objektif bağlama kuralının uygulanması sırasında vekâlet sözleşmesinin de karakteristik edimin ne olduğu sorunu üzerinde durulması gerekmektedir. Aşağıda sırasıyla tarafların vekâlet sözleşmesine uygulanmak üzere tarafların hukuk seçmeleri ve hukuk seçiminin bulunmadığı hâllerde objektif bağlama kuralının uygulanması üzerinde ayrı ayrı durulacaktır.

A. Hakem Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi

Yetkili hukukun taraf iradelerine göre tespit edilmesi, uluslararası ticarî ve ekonomik ilişkilerde hukukî güvenlik ve açıklık ihtiyacına hizmet etmektedir.¹²⁴ Sözleşmeler bakımından önemli bir ilke olarak kabul edilen taraf menfaatlerinin hayata geçirilmesinin de öncelikle tarafların seçtikleri hukukun uygulanması ile sağlanabileceği ifade edilmektedir.¹²⁵ İrade serbestisi ilkesinin bu kadar yaygın kabul görme sebebi milletlerarası sözleşmelerin yapısı ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun olmasıdır.¹²⁶

Milletlerarası özel hukukta irade serbestisi ilkesi maddi hukukta mevcut irade serbestisi ilkesinden farklıdır. Milletlerarası özel hukukta

122 ÇELİKEL, A. (2012). Milletlerarası Özel Hukuk, On İkinci Baskı, Beta Yayınları, Ankara, 325

123 DOĞAN, (2016), 372

124 DOĞAN, S, 359

125 ŞANLI, C.: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul ,(2013), s. 247

126 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.106



irade serbestisi bir bağlama kuralı teşkil eder ve seçilen hukuk bir bütün olarak uygulanır.¹²⁷

Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesi uyarınca, taraflarca seçilen hukukun emredici kuralları, hukuk seçimi yapılmamış olsaydı uygulanacak olan objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukukun emredici nitelikteki maddi hukuk normlarının yerine uygulanacaktır.¹²⁸ MÖHUK m.24 uyarınca, hukuk seçimi açık olarak yapılmalı ya da hâlin şartlarından veya sözleşme hükümlerinden tereddüde mahal vermeyecek şekilde anlaşılmalıdır. Hukuk seçiminin açık olmasından kastedilen şey, sözleşmenin belirli bir hukuka tâbi kılındığının herhangi bir yoruma ihtiyaç olmaksızın anlaşılmasıdır.¹²⁹ Bununla birlikte, tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere hukuk seçimi yaptıkları, açıkça tespit edilemeyip yorum yoluyla anlaşılabiliriyorsa zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminden söz edilebilir.¹³⁰ Ancak tarafların zımnî iradelerinin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda bir netlik söz konusu değildir. Doktrinde zımnî hukuk seçiminin var olup olmadığını tespit için yetkili mahkemenin tespiti, sözleşmenin dili, sözleşme içerisinde göndermede buldukları maddî hukuk kuralları ve benzeri kıstasların dikkate alınabileceği ifade edilmektedir.¹³¹ Akit tarafların iradelerinin tahmin edilmesi suretiyle akdi yaptıkları esnada bir hukuk seçecek olsalardı hangi hukukun seçileceğinin varsayım yoluyla tayini manasına gelen farazi hukuk seçimi kabul edilmemektedir.¹³² O hâlde hakem sözleşmelerinde tarafların seçecekleri hukuk açık olarak seçilmeli ya da zımnî olarak bir seçim yapıp yapılmadığı yorum yoluyla anlaşılabilir.

Tahkim yerinin veya hakemlerin seçimine dayanan zımnî hukuk seçimi yani diğer ifadesi ile hâkim i seçenin onun hukukunu da seçtiği varsayımı milletlerarası hukukta çok sayıda taraftar bulan bir görüştür.¹³³

Sulamerica CIA ile Enesa Engenharia arasındaki davada¹³⁴ tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk seçimi tartışılmıştır.¹³⁵ Mahkeme

127 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.108-109

128 DOĞAN, V. (1995). *Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 15(1-2), 23

129 ŞANLI, Milletlerarası Özel (2013), 249

130 DOĞAN, s.361

131 ŞANLI, Milletlerarası Özel (2016), 260.NOMER, E. (2015). *Devletler Hususi Hukuku*, Yirmi Birinci Baskı, Beta Yayınları, Ankara, 318-319

132 DOĞAN, s. 363

133 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, (kararlar için bkz). s183-199

134 The English court of Appeal 16.05.2012 T. Case No:A3/2012/0249) Kararın tam metni için bkz <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html> E:T:06.11.2017

135 <https://arbitrationlaw.com/library/sulamerica-cia-nacional-de-seguros-sa-and-others-v-enesa-engenharia-sa-2012-ewca-civ-638.E:T:18.09.2017>



uygulanacak hukuku bulmak için kararda şöyle bir yol izlemiştir. Öncelikle tahkim anlaşmasının, bağımsız bir sözleşme olup olmadığına bakmıştır. Burada amaç, tahkim sözleşmesini esas sözleşmeden her yönden izole etmek değildir. Aksine herhangi bir belirtinin yokluğunda, esas sözleşmeyi yöneten hukuk, tarafların sözleşmenin tamamı ile ilgili niyetlerini güçlü bir şekilde göstermektedir.¹³⁶

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile esas sözleşmeye uygulanacak hukukun aynı olup olamayacağı değerlendirilmiştir. İkincisi, uygulanacak hukukun taraflarca açık veya zimni şekilde ortaya konup konmadığına bakmış ve en yakın ve en gerçek bağlantıya ilişkin üç aşamalı bir soruşturma üstlenerek belirlenmesi. Sözleşmenin en yakın ve en gerçek bağlantıya sahip olduğu hukuk sisteminin tanımlanması, tarafların uygulanacak hukuk sistemini zimni bir şekilde seçip seçmediğine karar vermede büyük bir faktör olmaktadır. Yakın tarihli davalarda en yakın ve en gerçek bağlantıya dikkat edilmektedir.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile ilgili esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk tahkimin yapılacağı yer yasası tahkim usul kuralları ve kararın uygulanacağı yerin yasası dikkate alınmalıdır.

Ticari bir sözleşmede sözleşmeye uygulanacak hukuk ile hakem heyeti farklı ülkelere tabi ise hakem sözleşmesine ilişkin sorunun hakem heyetinin hukukuna mı yoksa sözleşmeye esas alınacak hukuka mı göre çözüleceği ayrı bir sorundur.¹³⁷ İngiliz mahkemesi bu konuda yaptığı değerlendirme sonucunda açık ve zimni bir hukuk seçimi ve en yakın ve en gerçek bağlantı araştırması yapmıştır. Kararda tahkim anlaşmasına hakim olan hukuku tarafların sözleşmenin tamamına bu arada hakemlik sözleşmesine de uygulanması isteyebilecekleri belirtilmiştir. Tarafların sözleşmesel ilişkilerinin tamamına aynı hukuk düzeni içinde bakılmasını istemeleri son derece mantıklıdır. Tarafların tahkim sözleşmesini yönetmek için seçtikleri hukukun hakemlik sözleşmesini yönetmesini amaçladıkları kabul edilebilir. Channel Tunnel Group Ltd V Balfour Beatty Construction Ltd [1993] kararında da tarafların tüm ilişkilerine hakem sözleşmesi dahil olmak üzere aynı hukukun uygulanmasını istediklerini belirtmiştir.¹³⁸

136 www.markhumpries.co.uk KERSTETTER, Kristopher ,Which law Governs the Arbitration Agreement,

137 <http://www.kwm.com/en/hk/knowledge/insights/arbitration-agreements-which-law-applies-20140929>;

138 <https://arbitrationlaw.com/library/sulamerica-cia-nacional-de-seguros-sa-and-others-v-enesa-engenharia> s.6-7



Mahkeme Sulamerica kararında Brezilya hukukunun uygulanması durumunda hakem heyetinin tahkim yargılamasında tarafsız davranmadığı izlenimi vereceği endişesini taşıdığını belirtmemiş taraflarında amacının bu olmayacağını ortaya koymuş hakemi seçenin hukuku da seçtiği gerekçesi ise İngiliz Hukuku uygulanmasını kabul etmiştir.

Hakem sözleşmelerinde, sözleşmesel ilişkinin hukukî ya da iktisadî bakımdan bölünebilir farklı kesimleri için farklı hukukların seçilmesi mümkündür. Farklı hukuk sistemlerini seçebilmek için tarafların uygulanacak hukuk sistemlerinin ve ortaya çıkacak sorunların farkında olması gerekir. Sözleşmede hakem tarafının her zaman bu hususun farkında olduğu kabul edilebilir. Ancak bu durumun önemini bilmeyen karşı taraf için aynı husus söz konusu olmayabilir. Hakem sözleşmelerinde de sözleşmenin hukukî ya da iktisadî bakımdan bölünebilir kısmı için tarafların karşılıklı hak ve borçlarında karışıklığa sebebiyet vermeyecek ve dürüstlük kuralına uygun farklı bir hukuk seçilebilir¹³⁹.

Sözleşmenin belirli kısımları için farklı hukukların yetkilendirilmesi yani kısmi hukuk seçimi mümkündür ancak bir sözleşme aynı zamanda iki hukuka birden tabi tutulamaz. Doktrinde NOMER'e göre Hakem sözleşmesinde yabancı bir hukuk seçimi ile hukuki ilişki yabancı unsurlu hâle gelir.¹⁴⁰

Taraflar hukuk seçimini kural olarak her zaman yapabilirler. Ayrıca yaptıkları hukuk seçimini de her zaman değiştirebilirler. Seçilen hukukta zaman içinde ortaya çıkan değişiklikler olabilir. Taraflar seçtikleri hukukta sonradan meydana gelecek değişiklikleri bilseler idi başka hukuk seçerlerdi diyebiliyorsa ilgili hukuk akdin kurulduğu andaki hâli ile uygulanabilir.¹⁴¹ Sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan hukuk seçiminin üçüncü kişilerin haklarını etkilememek kaydıyla geriye etkili olarak geçerli olacağını ifade etmek gerekir.¹⁴² Hakemler tarafların bu tür hukuk seçimi anlaşmalarını yargılamanın hangi aşamasında yapılırsa yapılsın saygı göstermelidir.¹⁴³

Tarafların hukuk seçiminin geçerliliği, esas sözleşme olan hakem sözleşmesinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Hakem sözleşmesindeki geçersizlik sebebi, hukuk seçimi sözleşmesini

139 ŞANLI, Milletlerarası Özel s, 250.; Doğan, s. 367

140 NOMER, S 320(farklı görüş Özdemir Kocasakal)

141 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk,s.205-206

142 ŞANLI, Milletlerarası Özel, s. 251

143 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s,210



etkilemediği müddetçe hakem sözleşmesi geçersiz olsa da hukuk seçimi sözleşmesi geçerli olarak kabul edilecektir.¹⁴⁴

Taraflar hukuk seçimi yaparken seçtikleri hukukun o alanda gelişimini tamamlamış olması, akdin yapıldığı yer ve ifa yeri gibi yersel sebepler ile milli hukuk gibi kişisel sebepleri karşılayan bir hukuk olması ya da sözleşmenin muhtevası ile yakın ilişkili bir hukuk olması gibi çeşitli kıstasları dikkate alabilirler.¹⁴⁵ Bununla birlikte elbette tarafların seçtikleri hukuk bakımından herhangi bir sebep belirtmeleri ya da haklı bir menfaatlerinin bulunmasına gerek yoktur.¹⁴⁶ Dayanılan kıstasların rolü yalnızca uyuşmazlık için tarafların menfaatlerine daha sağlıklı olarak hizmet edilmesini sağlama amacı gütmektedir.

Hukuk seçimi yapılması her ne kadar irade muhtariyetine de dayansa bazı kısıtlamalar ile karşılaşmaktadır. Hakemlerin kamu düzenini uygulama gerekçeleri arasında tahkim yeri, tenfiz yeri, akdin ifa edileceği yerin kamu düzeni gibi kararın icrasına yönelik pratik sebepler ana yer tutar. Bu hususlar dikkate alınmazsa icra edilebilir bir tahkim kararı ortaya çıkmaz ve tahkim amacından sapar. Kamu düzeni de bir sınırlama olarak kendini gösterir.

Taraflar esasa uygulanacak ve uygulanacak yargılama usullerini belirleyebildikleri gibi kurumsal bir tahkime atıf yapmışlar ise hakem sözleşmesi için varsa bu kurumlardaki düzenlemeler de uygulanabilir.¹⁴⁷

B. Hukuk Seçiminin Yokluğunda Uygulanacak Hukukun Tespiti (Objektif Bağlama Kuralı)

Hukukumuzda borç ilişkisinin yani hakem sözleşmesinin tarafları uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yapmamış iseler ve hakemler kanunlar ihtilafı konusunda bir hukuk boşluğu içinde olacaklardır. Esasa uygulanacak hukukun hakemlerce tespiti yönünden klasik görüş tahkim yerinin kanunlar ihtilafı sistemini uygulamalarıdır.¹⁴⁸ Tahkimi yargısal bir kurum olarak gören bu görüş tahkimin tüm yönleri ile tek bir hukuka tabi olmasını öngörür. Bu sebepten hakemlerde esasa uygulanacak hukuk yönünden, bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına tabi olacaktır.¹⁴⁹

144 DOĞAN, s, 373

145 ÇÖRTOĞLU KOCA, S.. **Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, 2007,Sa.1-2,s. 240

146 ŞANLI, Milletlerarası Özel s, 254

147 TAŞKIN,S.56

148 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s,228

149 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s,229



Türk hukuk sisteminde uygulanacak hukukun tespiti objektif kriterlere bağlanmıştır. MÖHUK m.24/4 uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tabi olur. Hükümden anlaşıldığına göre, hâkimin somut olayın değerlendirilmesi üzerine tespit ettiği en sıkı ilişkili hukuka, kanun koyucunun en sıkı ilişkili hukuk bakımından değerlendirmesine nazaran öncelik tanındığı söylenebilir.¹⁵⁰

Hakem sözleşmeleri bakımından da taraflarca seçilmiş bir hukuk söz konusu değilse, diğer borç akitlerinde olduğu gibi uygulanacak hukukun tespiti bakımından MÖHUK m.24/4 dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun hakem sözleşmesine uygulanıp uygulanmayacağı düşünülebilir. Ancak tarafların bu yönde bir açık iradesi yok ise tahkim anlaşması için seçilen hukukun hakemler içinde geçerli olacağı şekilde bir düşünceleri olmaması hayatın olağan akışına daha uygun düşer.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ile hakem sözleşmesi genelde yakın irtibat hâlinde değildir ve tek kıstas olarak değerlendirilemez. Mesela tarafları Türk ve Alman olan bir inşaat sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıkta esasa uygulanacak hukuk için tarafsız bir hukuk olarak İsviçre hukuku seçilmiş olsun. Türk tarafın bu uyuşmazlık için Türk hakem seçtiği bir durumda taraf ile hakem arasındaki uyuşmazlığa İsviçre Hukukunun uygulanacağı söylenemez.¹⁵¹

Bu kapsamda hakem sözleşmesinde en sıkı ilişkili hukukun tespiti açısından sözleşmedeki karakteristik edimin tespit edilmesine ihtiyaç duyulacaktır.

1. Hakem Sözleşmelerinde Karakteristik Edim

Karakteristik edim, sözleşmeyle en sıkı ilişkinin tespit edilmesi amacıyla ilgili sözleşmenin tipi ya da türü de dikkate alınmak suretiyle o sözleşmenin özünde veya doğal yapısında bulunan ve sözleşmeyi

150 DOĞAN, s, 369.

151 GÖKYAYLA,s146 (esasa uygulanacak hukuk imtiyazlı delil açısından tartışmalar için bkz.)



karakterize eden yükümlülük olarak tanımlanabilir.¹⁵² Türk hukuk doktrininde ise karakteristik edim, sözleşmeye hukukî özelliğini veren, ona damgasını vuran ve rizikolu olduğu düşünülen edim olarak ifade edilmektedir¹⁵³.

Bu tanım ve yaklaşımlardan hareketle tek tarafa borç yükleyen başıslama, kefalet gibi sözleşmelerde karakteristik edimin tespitinin oldukça kolay olduğu söylenebilir.¹⁵⁴ Hakem sözleşmesinin hukuki niteliğinde incelediğimiz vekalet akdinde vekilin, hizmet akitlerinde hizmet verenin, istisna akdinde eseri meydan getirenin edimleri kural olarak karakteristik edim olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁵ Takas sözleşmesi gibi aynı cinsten edimler içeren sözleşmelerde ya da tarafların edimlerinin özdeş ağırlıkta olması gibi durumlarda karakteristik edimin tayini güçlük arz edebilir¹⁵⁶. Doktrinde taraflardan birisinin ediminin para olduğu sözleşmelerde diğer tarafın ediminin karakteristik edim olacağı kabul edilmektedir¹⁵⁷. Zira para edimi, pek çok sözleşme tipinde bulunan bir edim olmakla beraber, para ediminin karakteristik edim olarak kabul edilmemesinin altında tarafların uygulanacak hukuk konusundaki beklentileri ve öngörülebilirlik gibi sebepler de yatmaktadır¹⁵⁸. Tarafların edimlerinin özdeş oranda ağırlık taşıdığı sözleşmelerde ise, karakteristik edim tespit edilemeyeceğinden MÖHUK m.24/4 uyarınca en sıkı ilişkili hukukun tespiti yoluna gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵⁹ Karakteristik edimin tespitinin güçlük arz edeceği bir başka durum da karma nitelikteki sözleşmelerdir.

Karakteristik edime ilişkin açıklamalar doğrultusunda hakem sözleşmelerinin hukukî niteliğine ilişkin olarak yapmış olduğumuz değerlendirme kapsamında bir tespitte bulunulmalıdır. Şöyle ki, hakem sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin kendine özgü (sui generis) bir

152 Lipstein, K. (1981). Characteristic Performance -- A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC, Northwestern Journal of International Law & Business 3(2), 404.

153 SARGIN, F. (2001). **Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım**, AÜHFD, 50(2), 77.; TEKİNALP, G. (1988). **Yeni Alman Ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü Ve Türk Kanunu**, MHB, 8(1), 68.; NOMER, J., 326.

154 NOMER, s. 326

155 ŞANLI, s. 278

156 ŞANLI, Milletlerarası Özel, s.267-268

157 GÜNGÖR, G.. **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.195.; ŞANLI, Milletlerarası Özel, 267.; SARGIN, s. 47.; NOMER, s. 326

158 SARGIN, s. 47-48.

159 ŞANLI, Milletlerarası Özel, s. 268.



sözleşme olduğu sonucuna varmıştı. Bu durumda hakemin tarafların iradelerini temsil eden tahkim anlaşmasını, emredici kuralları ve uygulanacak hukuku, sorunun çözümüne uygulayarak icra edilebilir bir karar vermek borcuna karşılık, hakem sözleşmesi tarafının hakemin ücret ve giderlerini ödeme borcu bulunmaktadır. Bu sözleşmeler için karakteristik edimin ana, temel ya da baskın olduğu düşünülen unsura bağlı olarak tayin edileceği görüşü¹⁶⁰ ile her bir akit bakımından uygulanacak hukukun ve dolayısıyla karakteristik edimin ayrı ayrı belirlenmesi gerektiği¹⁶¹ düşünülebilir. Kanaatim bu tür sözleşmelerde de ana, temel ya da baskın olduğu düşünülen unsurun genelde hakemin edimi olduğudur.

Hakem sözleşmesinin iki tarafa borç yüklediği yani ücretin kararlaştırıldığı hâllerde de taraflardan birisinin edimi para ise diğer tarafın ediminin karakteristik edim olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla her iki hâlde de iki taraf borç yükleyen ya da prestij için hakemlik yapılması gibi tek tarafa borç yükleyen hakem sözleşmelerinde hakemin ediminin karakteristik edim olduğu sonucuna varılabilir.

2. Hakem Sözleşmesine MÖHUK m.24/4 Kapsamında Uygulanacak Hukuk

MÖHUK m.24/4, tarafların hukuk seçimi yapmamış oldukları hâllerde en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağını açık bir şekilde düzenlemektedir. Hakem sözleşmelerinde de en sıkı ilişkili hukukun tespiti karakteristik edim olarak hakemin edimi dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir. O hâlde hakemin, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku en sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilecektir. Bu durumda mutad mesken kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Mutad mesken, yerleşim yeri gibi hukukî bir kavram olmayıp bir vakia olarak değerlendirilen ve bir kimsenin belirli bir yer ya da bölgedeki fiili bağlantılarını ifade etmek için kullanılan bir kavram olarak tanımlanmaktadır¹⁶². Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84'üncü maddesinin gerekçesinde ise, tüm hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı yer olarak ifade edilmektedir.¹⁶³ Mutad mesken hukukuna bağlama, kişinin fiilen

160 GÜNGÖR, s. 195.

161 ŞANLI, Milletlerarası Özel, s.268.

162 DOĞAN, s. 175

163 **HMK m.84 madde gerekçesi;** "...tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması biçiminde tanımlanan, mutad mesken kavramı ölçütü getirilmiştir. Bu suretle, onların, istisnaen teminat gösterme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmaları amaçlanmıştır."



yaşamakta olduğu çevre ile bağlantısının yoğun olması münasebetiyle taraf menfaatlerine daha fazla hizmet etmektedir.¹⁶⁴ Mutad mesken edinilmesinde yerleşim yerinin aksine kişinin yerleşme niyetinin varlığı ya da yokluğunun aranmamış olması sebebiyle kişi ile mutad mesken arasındaki bağ, kişi ile yerleşim yeri arasındaki bağdan daha zayıftır. O hâlde uygulanacak hukukun tespitinde hakemin yerleşim niyetinin varlığı ya da yokluğuna bakılmaksızın fiili ilişkilerinin yoğunlaştığı yer dikkate alınmak suretiyle hakemin mutad mesken hukuku uygulanacaktır.

Hakem sözleşmesinin çoğunlukla ticarî ve hemen her zaman meslekî bir faaliyet çerçevesinde kurulmaktadır. Bu hâlde sözleşmeye uygulanacak hukuk farklılık arz etmektedir. MÖHUK m.24/4 uyarınca bu durumda karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku, işyeri bulunmadığı takdirde ise yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır. Örneğin, normal şartlar altında Türkiye’de ikamet eden ve Türkiye’de bir ofisi bulunan hakem, mesleki faaliyeti için Fransa’da bulunan bir ofise de ortaktır. Fransa’da ofisinde bulunduğu sırada Türk vatandaşı bir kimse tarafından ICC kurumsal tahkimi için hakem sözleşmesi yapılır ise, bu durumda hakemin mutad mesken hukuku olarak Fransız hukuku uygulanacaktır.

Hakem sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusu olan vekilin mutad mesken hukuku mu yoksa işyeri hukukunun mu uygulanacağı meselesi sözleşmenin ticari ya da mesleki bir iş çerçevesinde kurulup kurulmadığını doğru tayin etmekle belirlenecektir. O hâlde bu durumda öncelikle hakem sözleşmelerinin hangi durumlarda ticari ya da mesleki bir faaliyet çerçevesinde kurulabileceğini tespit etmek gerekmektedir.

Hakemle taraf arasında uyuşmazlık meydana geldiğinde bu uyuşmazlık devlet yargısında da çözülebileceği de hakemle taraf arasında kararlaştırılabilir. Bu durumda hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlığın ticari olup olmadığını belirlemesi bir vasıflandırma meselesidir.¹⁶⁵ Bu noktada hâkimin bu hukukî kavramın hukukî karakterini tespit ederken hangi hukuku dikkate alacağı konusunda ayrı bir tartışma mevcuttur¹⁶⁶. Şöyle ki, bu konudaki tartışmalar, vasıflandırma yapılırken hâkimin hukukunun yanı sıra milletlerarası özel hukuk adaleti ve menfaatinin

164 DOĞAN, s. 175

165 ŞANLI, Milletlerarası Özel s. 266

166 DOĞAN, s. 181



de dikkate alınıp alınmayacağı noktasında toplanmaktadır.¹⁶⁷ Bununla birlikte, hâkimin bu vasıflandırmayı kendi hukukunu dikkate alarak yapacağı ileri sürülmektedir.¹⁶⁸ Genel kabul bu şekilde olmakla beraber, hâkimin hukukuna göre yapılacak vasıflandırma milletlerarası özel hukuk adaleti ve menfaatine uygun düşmez ise, bu kapsamda istisnai olarak karşılaştırmalı hukuk çalışması ile de vasıflandırma yapılabilir.¹⁶⁹ Hakem sözleşmelerinde işin ticari sayılıp sayılmaması bakımından milletlerarası özel hukuku adaletin ihlâl edilip edilmeyeceği sorunu üzerinde de durmak gerekir. Milletlerarası özel hukuk adaleti, uygulanacak hukukun maddî içeriğine bakılmaksızın uygulanacak ülke hukukunun tespitinde tarafların menfaatini dengede tutan bir ülke hukuku belirlenmesi bağlamındaki adaleti ifade etmektedir.¹⁷⁰ Hakem sözleşmeleri bağlamında, işin ticari bir çerçevede olmaması hâlinde hakemin mutad mesken hukuku, ticari olması hâlinde ise hakemin işyeri hukukunun uygulanacağı kuralı esas itibarıyla mutad meskenin daha geniş bir kavram olması sebebiyle uygulanacak hukuk bakımından milletlerarası adaleti ve menfaati ihlâl edecek bir sonuç doğurmamaktadır. Her hâlde karakteristik edim borçlusu olarak taraf ile seçtiği hakem arasındaki uyuşmazlığa, hakemin tabi olacağı hukuk uygulanacaktır.

Yukarıdaki bütün açıklamalarımıza ilaveten hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmenin, bu hukuka tabi olacağı eklenmelidir

MÖHUK 24/4 daha sıkı ilişkili hukuktan kastedilen şeyin sözleşme ile daha sıkı ilişki olduğu öne sürülmektedir.¹⁷¹ Bu durumda “hakem sözleşmesinin tarafları ve vatandaşlıkları, işyerleri, yerleşim yerleri ve sözleşmenin ifa yeri” , taraflarca belirlenmesi hâlinde “tahkime uygulanacak hukuk” “ tahkim yeri hukuku”, “hakemin yerleşim yeri veya mutad meskeni hukuku”, “kurumsal tahkimde, tahkim merkezinin bulunduğu yer hukuku”, “hakem sözleşmesinin akdedildiği yer hukuku” ve “hakem sözleşmesinin ifa yeri hukuku” gibi kriterler nazara alınarak daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilirse uygulanacak hukuk işbu hukuk olacaktır. Daha sıkı ilişkili hukuktan kastedilen şeyin sözleşme ile daha sıkı ilişki olduğunun kabulü ile hakem sözleşmesine uygulanacak hukukun milletlerarası hukuk adaleti ile de bağdaşması gerektiği kanaatindeyim.

167 DOĞAN, s. 181

168 ŞANLI, Milletlerarası Özel s. 266

169 DOĞAN, s. 181

170 DOĞAN, s., 162

171 HUYSAL, s140



SONUÇ

Hakem sözleşmesi hizmet sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Hakem sözleşmesi, hizmet sözleşmesinin temel unsurlarından olan “bir işin görülmesi” ve “ücret”; vekâlet sözleşmesi açısından ise vekilin özen yükümlülüğü, aksine bir kayıt bulunmadıkça işi bizzat yerine getirme yükümlülüğü açısından benzemektedir. Hakem sözleşmesi iki sözleşmeden de hakemin bağımsızlık ve tarafsızlık yükümlülüğünün bulunması sebebiyle, keskin biçimde ayrılmaktadır. İlâve olarak, hakemin tahkim içerisindeki yargılama faaliyeti kamusal bir nitelik de taşımaktadır. Bu bağlamda, hâlihazırda klâsik anlamda bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna dair tartışmalar söz konusuysa, hakem sözleşmesini belirli bir sözleşme tipi ile karakterize etmek mümkün gözükmemektedir. Tahkimin birçok farklı sebeple kendisine has bir uyumsuzluk çözüm yöntemi olduğu düşünüldüğü gibi, hakem sözleşmesi de kendine has özellikleri olan ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, biz de hakem sözleşmesinin kendisine has (*sui generis*) bir sözleşme türü olduğu yönündeki görüşlere katıldığımızı ifade ederiz. Fakat zaruret gereği, uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu durumda, özellikle tarafların hak ve sorumluluklarının belirlenmesinde ihtiyaç doğması hâlinde, TBK'nın 502. maddesi uyarınca, niteliğine uygun düştüğü surette, benzerliğine binaen vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Hakemin hakem sözleşmesinden doğan haklar hakemin ücret hakkı, hakem tahkimini yaptırmaya masrafların karşılanması, hakem taraflar ve tahkim kurumundan dayanışma talep etmesi olup hakemin hakem sözleşmesinden doğan yükümlülükleri ise hakemin tahkim anlaşmasını uygulama ve uyumsuzluk hakkında belirlenen sürede karar verme yükümlülüğü, hakemin eşit davranma yükümlülüğü ve tarafların âdil yargılanma hakkı, hakemin tarafların iradesine uyma ve tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğü, hakemin sadakat ve sır saklama yükümlülüğü, hakemin özen yükümlülüğü, hakemin bilgi verme ve iade yükümlülüğü olan bir sözleşmedir. Hakem sözleşmesinde ücret ödeme borcu zorunlu bir unsur olmayıp sözleşme veya teamül var ise ücrete hak kazanılır. Ücretin kararlaştırıldığı hakem sözleşmelerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir.

Hakem sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından özellik arz eden bir düzenleme bulunmamaktadır. Hakem sözleşmesine uygulanacak hukuk MÖHUK m.24 uyarınca belirlenecektir. Taraflar hukuk seçimi yaparak sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme imkânına sahiptirler.



Tarafların uygulanacak hukuku belirlemedikleri hâllerde ise objektif bağlama kuralı olarak en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. En sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukudur. Hakem sözleşmelerinde karakteristik edim, hakemin edimidir. O hâlde uygulanacak hukuk hakemin mutad mesken hukukudur. Hakem sözleşmesinin ticari bir ilişki kapsamında ya da mesleki bir faaliyet kapsamında düzenlendiği hâllerde uygulanacak hukuk vekilin işyeri hukuku, o yoksa yerleşim yeri hukukudur.



KISALTMALAR

- AÜHFD** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz. : bakınız
C. : Cilt
HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu
E. : Esas
EÜHFD : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K. : Karar
m. : madde
MHB : Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu
s. : sayfa
TBK : Türk Borçlar Kanunu
vd. : ve devamı
Yuk. : yukarıda



KAYNAKLAR

- Akıncı Z.** (2016) **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul
- Akipek, Ş.** (2003). Alt Vekâlet, Yetkin Yayınları, Ankara
- Akipek, Ş./Küçükgüngör, E.** (2002). Sözleşmeler Rehberi, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara
- Alibaba, A.** (2005). Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara
- Alangoya, Y.** (1973) Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul
- Aral, F./Ayrancı, H.** (2014). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, On Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara
- Ayhan, R.** (2012). Ticari İş, Ticari İşletme, Tacir, Ticaret Sicili, Ticaret Ünvanı, Haksız Rekabet, EÜHFD, 16(3-4)
- Balcı, M** (1999) İhtilafların Çözüm Yolu ve Tahkim İstanbul
- Başpınar, V.** (2004). Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara
- Biçkin, İ.:** (2006) Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 67
- Börü, L./Parlak, Ş.** (2011). Alt Vekâlet, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011(96)
- Bülter, A.** (2006). Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi Sayı 18
- Burdurlu, Özlem** (2016) Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Sözleşmesi, Ankara
- Çelikel, A.** (2012). Milletlerarası Özel Hukuk, On İkinci Baskı, Beta Yayınları, Ankara
- Çenberci, M.** (1965) M. Hakemlerin Tayin Usulü ve Ücreti”, (Tayin Usulü), Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası
- Çenberci, M.** (1965) Hakem Ücretlerinin Belli Edilmesine İlişkin Meseleler, BATİDER, 1965, C. III, S. 2
- Çörtoğlu Koca, S.** (2007). Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa.1-2
- Dayınlarlı, K.** HUMK'ta Düzenlenen İç Tahkim İç Tahkim, Ankara



Dayınlarlı, K. (1998) İhtiyarî Tahkimde Hakem Ücreti (Hakem Ücreti), Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan

Dayınlarlı, K.(2014) Milletlerarası Tahkim Rehberi, Ankara, 2014

Doğan, V. (2015). Milletlerarası Özel Hukuk, Üçüncü Baskı, Savaş Yayınları, Ankara

Doğan, V. (1995). Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 15(1-2)

Duman, M. (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Uygulayıcı Gözüyle Vekâlet Sözleşmesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu

Emiroğlu, H. (2003). Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, AÜHFD, 52(1)

Eren, F.: (2014) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Özel Hükümler), Ankara

Erkan, V. U. (2013). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları, AÜHFD, 62 (2)

Ermenek İ. (2014) Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan, Özel Sayı

Ertekin E., Karataş İ.,(1997) Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara

Gümüş, M. A. (2014). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Cilt 2

Tandoğan, H. (2010). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, C. 2

Güngör, G. (2007). Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Yetkin Yayınları, Ankara

Gökyayla, C.D. (2014) Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazi İstanbul, Vedat Kitapçılık, İstanbul

Huysal, B. (2015). Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk, Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul

Kalpsüz T. (1996) İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, Ankara



Kalpsüz, T. (1984) Türk Hakem Kararı Kavramı, (Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, 2.Tahkim Haftası Ankara)

Kalpsüz, T. (2010) :Türkiyede Milletlerarası Tahkim,2.Bası, Ankara

Kaplan, İ. (1983). Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara

Kayalı, D.: (2015) Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara

Kırca, İ. (1995). Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller, AÜHFD, 44(1-4).

Lipstein, K. (1981). Characteristic Performance -- A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC, Northwestern Journal of International Law & Business 3(2)

Kocasakal Özdemir, H. (2010). Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, MHB Yıl 30, Sayı 1-2

Kuru, B./Arslan, R./ Yılmaz, E. (2000) Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara

Kuru, B (2001) Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, C. VI

Nomer, E. (1965) Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilâfı”, (İhtilâf), Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara

Nomer, E. (2015). Devletler Hususi Hukuku, Yirmi Birinci Baskı, Beta Yayınları, Ankara

Nomer/Ekşi/Öztekin/Gelgel.: (2013) Milletler Arası Tahkim Hukuku,İstanbul.4. Bası.

PAULSSON, Jan/ RAWDİNG,Nigel/REED, Lucy:The Freshfields Guide To Arbitration

Clauses in Internatioanal contracts,The Netherlands: Kluwer Law Internatioanal,2011

Reyhani Yüksel, S. (2013). Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren (Müvekkil) Borçları www.e-akademi.org Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı 134

Sargın, F. (2001). Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım, AÜHFD, 50(2)



Seçer, Ö. (2015). Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplere Sona Ermesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2)

Şanlı, C. (1985). Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara

Şanlı, C. (2013). Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul

Tandoğan, H. (2010). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, C. 2

Taşkın, A. (2005) Hakem Sözleşmesi, 2.Bası Turhan Kitabevi Ankara

Tekinalp, G. (2006). Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Dokuzuncu Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul

Tekinalp, G. (1988). Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu, MHB, 8(1)

Üstündağ, S. (1997) Medeni Yargılama Hukuku, 6.Bası İstanbul

<https://arbitrationlaw.com/library/sulamerica-cia-nacional-de-seguros-sa-and-others-v-enesa-engenharia-sa-2012-ewca-civ-638.E:T:18.09.2017>

www.markhumpries.co.uk KERSTETTER, Kristopher, Which law Governs the Arbitration Agreement

www.kazanci.com

Yalçınduran, T. (2007). Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara

Yavuz, C./Acar, F./Özen, B., (2014). Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), On Üçüncü Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul

Zevkliler, A. ve Gökyayla, E. K. (2014). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, On Dördüncü Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara

FARKLI COĞRAFYA VE SİSTEMLERDE ANAYASA YARGISININ DOĞUŞU

(Theories on the Birth of the Judicial Review)

Yrd. Doç. Dr. Taylan BARIN¹

ÖZ

Öz olarak kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi anlamına gelen anayasa yargısı, ortaya çıktığı günden bu güne hukuk ve siyaset alanında çalışan akademisyen ve uygulamacıların gündemini meşgul etmektedir. Bu alandaki tartışmaların merkezinde anayasal demokrasi düşüncesi başka bir anlatımla demokrasi ile onu sınırlandırma hedefine odaklanmış olan anayasacılık arasındaki gerilim yatmaktadır. Demokratik yönetimlerin egemen olduğu bir küresel düzen olmasına rağmen anayasa yargısı giderek daha fazla ülke tarafından benimsenmektedir. Bu çalışmada anayasa yargısının ortaya çıkış nedenlerine dair ileri sürülen teoriler derlenerek anayasa yargısının bu denli benimsenmesinin kökenindeki etkenler analiz edilmeye çalışılmıştır. Kuşkusuz Anayasa Yargısının doğuşu yalnızca bu çalışmada yer verilen sebeplerle sınırlı değildir. Ancak ortaya çıkışının ardında yatan nedenler pek çok örnekte burada açıklananlarla benzerlikler barınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Yargısı, Anayasa Yargısının Doğuşu, Anayasanın üstünlüğü, Kuvvetler Ayrılığı, Hegemonik Koruma Tezi

ABSTRACT

The core meaning of the judicialreview is a process under which legislative actions are subject to review by the judiciary.The role of the judicial review occupies the agenda of academicians and practitioners working in the field of law and politics from the day of its emergence. At

1 Georgetown University Law Center Misafir Araştırmacı
Anayasa Mahkemesi, Raportör Hâkim.

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi ♦ taylan.barin@anayasa.gov.tr - tbarin@ybu.edu.tr

Bu çalışma "Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti" başlıklı doktora tezimizden türetilmiştir. Tezin gözden geçirilerek yayını için bkz. Barın, T. (2016), *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

the very center of the debate in this field is the ‘constitutional democracy’ which lies the tension between democracy and constitutionalism. Although there is a democratically governed countries dominated global order, the judicial review has increasingly adopted by many countries. In this study, the theories about the reasons of the judicial review are examined and tried to analyze the reasons of the adoption of the judicial review. Certainly, the establishment of judicial review is not limited to the reason given in this study, but the reasons behind its emergence are similar to those described here in many cases.

Keywords: Judicial review, establishment of judicial review, the emergence of judicial review, supremacy of constitution, separation of powers, hegemonic preservation thesis

GİRİŞ

Yargı bilhassa da anayasa yargısı ülkelerin yönetiminde tarihte hiç olmadığı kadar söz sahibi olmaya başlamıştır. Bu gelişmeyi sınırlı iktidarı (*limited government*) gerçekleştirme hedefine yönelmiş anayasacılık² namına

2 “Constitutionalism” kavramının Türkçe karşılığı olarak uzun zamandır “anayasacılık” kullanılmaktaydı. Bu çeviri tam manasıyla kavramın karşılığını vermese de Türkçe literatürde geniş kabul görmekteydi. Özbudun son eserinde, “Anayasacılık” terimini kullanmayı tercih etmiş, sebebini de şöyle açıklamıştır:

“Türkçe eserlerde, benim daha önceki yazılarım da dâhil, “constitutionalism” deyimimin karşılığı olarak daha çok “anayasacılık” terimi kullanılmıştır. Oysa, “anayasacılık” deyimini, kavramı daha iyi ifade etmektedir; çünkü “constitutionalism” sadece bir anayasanın yapımını veya varlığını değil, temel amacı devlet iktidarını sınırlandırarak birey hürriyetlerini korumak olan, daha özgül nitelikli bir anayasa anlayışını yansıtmaktadır. Prof. Mehmet Turhan da isabetli olarak “anayasacılık” deyimini kullanmıştır: Mehmet Turhan, *Anayasal Devlet, Naturel, Ankara, 2005. Anayasa, anayasal devlet ve anayasacılık kavramlarının tartışılması için bkz. a.g.e., Bölüm 3. Ünlü Amerikalı anayasa hukukçusu Walter Murphy de, benzer şekilde anayasacılık ve anayasacılık terimlerini ayırdetmektedir. Murphy, İngilizcede yaygın terim olan “constitutionalism”i anayasacılık anlamında kullanmakta, anayasacılık anlamında ise, muhtemelen kendi buluşu olan “constitutionism” terimini önermektedir. “Anayasacılık” bir anayasanın metnine (hatta belki ruhuna da) bağlılık anlamına gelmektedir. Anayasacılık ise, “insan onuruna saygıyı merkez edinen ilkelere ve bu ilkelere kaynaklanan yükümlülüklerle bağlılığı” ifade etmektedir. Bir anayasa metnine ve onun yarattığı anayasal düzene bağlılık, her zaman bu ilkelere bağlılığı da içermeyebilir: Walter F. Murphy, *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2007, s. 15-16.*”*

Özbudun, E. (2015). *Anayasacılık ve Demokrasi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 3., 1. Dipnot.

Konuya dikkat çeken bir diğer Anayasa Hukukçusu da Levent Gönenç’tir. “Constitutional” Türkçeye “anayasal” olarak çevrildiği gibi “constitutionalism” de “anayasacılık” olarak çevrilebileceğine ve bu terimin anayasal devleti kurmak, savunmak ve sürdürmekle ilgili olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak Türkçe literatürde anayasacılık terimi kabul edilmiş ve yerleşmiş olduğundan, kavramı anayasacılık olarak kullanmaya devam etmiştir. Gönenç, Levent (2008) “Ortaçağ Avrupası’nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt II: Siyaset Bilimi, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 267. 1. Dipnot.



bir zafer veya demokrasi -özellikle de çoğunlukçu demokrasi- namına bir hezimet olarak okumak mümkün olsa da literatür incelendiğinde tartışmanın bitmediği görülmektedir. Gerçekten literatürde anayasa yargısı taraftarları ile karşıtları arasındaki tartışmalara dair çokça kaynak mümkündür³.

Konu tartışılmaya devam ediyor olsa da küresel anlamda anayasa yargısının altın çağını yaşadığı görülecektir. Karşılaştırmalı örneklerden hareketle anayasa yargısının çağımızdaki durumunu gözler önüne seren Ginsburg, 2003'te yayınladığı çalışmasında bir tabloyla bu kuruma yer vermeyen yerleşik demokrasinin yok denecek kadar az olduğunu kanıtlamıştır⁴. Anayasacılığın küresel anlamda önlenemez yükselişi 21. Yüzyılın anayasacılık ve anayasa yargısı çağı olarak adlandırılması sonucunu doğurmuştur⁵. Yargı erki tarihinde olmadığı kadar yönetimde pay sahibi olmaya başlamıştır⁶.

Anayasa yargısı, kısaca doğrudan doğruya anayasaya riyeti sağlayan yargı işlemi olarak tanımlanabilir⁷. Atay, anayasa yargısının başlıca işlevlerini şöyle belirtmektedir;

“1. Federal bir devlette, federe devlet ile federal devlet arasındaki anayasal ilişkilerin işleyişini güvence altına almak,

2. Devletin siyasi organları arasındaki anayasal ilişkilerin güvenliğini sağlamak,

Biz de bu şerhlere katılmakla beraber, Gönenç'i takip ederek, galat-ı meşhur lugat-ı fasihten evladır düşüncesiyle çalışmamızda anayasacılık terimini kullanmayı tercih ettik.

- 3 Anayasa yargısını savunan Dworkin'e karşı, anayasa yargısını demokrasiye yönelmiş büyük bir tehdit olarak gören Waldron iki kutup oluşturmaktadır ve düşünürlerin görüşleri karşılıklı reddiyeleriyle berraklaşmıştır. İki düşünürün karşılaştırmasına dair

Türkçe çalışma için bkz. Uluşahin, N. (2008). “Anayasa Yargısının Meşruluğu: J. Waldron Karşısında R. Dworkin”, **Aydınlanma ve Hukuk: Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye’de Hukuk**, (Yayıma Haz. Köker, L.) İstanbul: Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, ss. 106-118.;

İngilizce bir çalışma için bkz. Sadurski, W. (2002). “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights” **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 22, No. 2, ss. 275-299.

- 4 Ginsburg, T. (2003). **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**, New York: Cambridge University Press. Tablo I.I. s. 7-8.

- 5 Hirschl, R. (2004). **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of The New Constitutionalism**, Massachusetts: Harvard University Press. s. 1

- 6 Stone Sweet’in “Yargıçlarla Birlikte Yönetmek” kitabının başlığı bile bu tabloyu gözler önüne sermektedir. Stone Sweet, A. (2000). **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**, New York: Oxford University Press.

- 7 Tunç, H. (1997). **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetim Kapsamı ve Organları**, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 18.



3. Normların anayasaya uygunluğunu denetlemek,
4. Temel hak ve hürriyetleri korumak ve güvence altına almak,
5. Siyasi temsilin seçimlerinin anayasal ve yasal ilkelere uygunluğunu sağlamak,
6. Anayasayı ve anayasal düzeni siyasi düşmanlarına karşı korumak.⁸

Anayasa yargısının ortaya çıkışını açıklayan teoriler, genellikle buradaki işlevlerden bir veya birkaçını ön plana çıkarmak suretiyle anayasa yargısının temel işlevini saptamaya çalışmaktadır. Anayasa Yargısının ortaya çıkışı salt hukuki bağlamda açıklanabileceği gibi tarihsel, siyasi, ekonomik ve sair sosyal olaylarla da irtibatlandırılarak açıklanabileceği için teorilerin bir kısmının hukuki perspektiften ziyade siyasi veya ekonomik arka planın temel belirleyici olduğu savı üzerine inşa edilmiştir. Bu teorilerden birkaçı aynı yerde ve anda geçerli olabileceği gibi ilgili teorinin geçerliliği aynı ülke için dönemsel olarak da değişebilmektedir.

I. KUVVETLERİN YATAY VE DİKEY SINIRLARININ MUHAFAZASI İÇİN ANAYASA YARGISI

Anayasa yargısı, devletteki her bir kuvvetin işlevini kendi sınırları içerisinde kalarak sürdürürebilmesini sağlama potansiyeli ile varlık göstermeye başlamıştır. “Kurumsal Zorunluluk” olarak da tanımlanan bu teze göre anayasal düzen içinde belirlenmiş kurumsal yapı, anayasa yargısını gerekli kılmaktadır. Merkezdeki organlara sınırlar çizerek ayrı işlevler yükleyen yatay kuvvetler ayrılığında olduğu gibi, federal devlet yapısı içerisinde federal ve federe devletler arasındaki ilişkinin sınırları bağlamında dikey kuvvetler ayrılığı da aynı şekilde anayasa yargısını gerektirmektedir⁹. Federalizm ile anayasa ilişkisinin anayasanın öncesine ve sonrasına bakan iki yönü bulunmaktadır. Anayasa hem federal sistemin kaynağı hem de federe devletler arasındaki bağın niteliğini oluşturmaktadır¹⁰.

Ginsburg’un “anayasa yargısının federal mantığı” (*the federal logic of judicial review*) olarak isimlendirdiği bu yapı, Amerikan Anayasal sisteminin kabul edildiği ilk dönemlere gönderme yapmaktadır. Bu

- 8 Atay, E. E. (2009). “Anayasa Yargısı Kıta Avrupa Modeli”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, der. Ünal, M. ve diğerleri, Ankara: Seçkin Yayıncılık, ss. 1086-1087.
- 9 Ergül, O. (2007). *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 99. Ayrıca bkz. Ulusoy, D. Ç. (2015). “Federal Sistemlerde Hükümetlerarası Eğilimler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4.ss. 1071-1112.
- 10 Uygun, O. (2007). *Federal Devlet Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, 3. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 176.



anlamda federalizm ile anayasa yargısı arasındaki ilişkinin kaynağı, farklı yasama organlarının çıkardığı yasalar arasında ortaya çıkabilecek muhtemel çelişkilere odaklanmıştır. Bir tarafta federal yasalar ve anayasa, diğer tarafta ise federe devletlerin anayasaları ve mevzuatları yer almaktadır. Her ikisinden de bağımsız üçüncü bir organ, devletin bu iki farklı kademesi arasındaki potansiyel uyuşmazlıkları çözecektir. Federal mantık, yapısal ve işlevselci bir karaktere sahiptir ve anayasa yargısına dair esas vurgusu, katmanlı kanun koyucuların ve karışık siyasi yapıların arasında kaçınılmaz olarak ortaya çıkabilecek ihtilafların giderilme ihtiyacını ele almaktır¹¹. Dicey'ye göre federalizm, kanunilik ile anlamdaştır ve ruhu, yargının anayasa üzerindeki baskın karakteriyle şekillenmiştir. Bu ise yargının üstünlüğüne kapı aralamaktadır¹².

Federal sistemi benimseyen tüm devletlerde, federe devletlerle federal devlet arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmekle görevli bir yüksek mahkemeye yer verilmesi de bu ihtiyacın ciddiyetini göstermektedir. Federal sistemi benimseyen ABD, Avusturalya, Kanada, Avusturya, Almanya bu anlamda örnek teşkil etmektedir. Yargısal denetim haricinde SSCB'de görünen, federal devlet ile federe devletler arasındaki uyuşmazlığı çözme vazifesinin politik bir kuruma verildiği bir örnek de mevcuttur. SSCB'de Yüksek Sovyet Preziyumu'nun böyle bir görevi olmasına rağmen 1989 tarihli anayasa değişikliği ile bu görev Prezidiyum'dan alınarak anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli olan "Anayasa Denetim Komitesi"ne verilmiştir¹³.

Federalizm, ABD'de 150 yıla yakın istişare edildikten sonra *federalist papers*'ta görülebileceği üzere oldukça çetin tartışmalar neticesinde kurulabilmiştir¹⁴. Yüksek Mahkemenin kurulmasına anti-federalistler,

11 Ginsburg, T. (2008). "The Global Spread of Constitutional Review", **The Oxford Handbook of Law and Politics** Whittington, K. E.; Kelemen, R. D.; Caldeira, G. A. (ed). New York: Oxford University Press, ss. 83-84.

12 Dicey, A. V. (1982). **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, ed. Michener, R. E., Indianapolis: Liberty Fund Publications. s. 142.

13 Teziç, E. (1991). **Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, s. 128. Uygun, O. (2007). s. 274.

14 "Amerika'da federalizmin emarelerine 1643'ten itibaren rastlanmaya başlanır. Bu tarihte yeni İngiltere Kolonileri (*The United Colonies of new England*) adını verdikleri bir konfederasyon kurmuşlardı. Bu şüphesiz bir başlangıçtı...

1754 senesinde anavatan Amerika müstemlekelerine Fransa'ya karşı cephe alınması hususunda daha sıkı işbirliğinde bulunmayı teklif etti. Bunun için bir Kongre toplandı ve delegeler müdafaa hususunda birleşmek fikrini kabul etmekle kalmayarak daha sıkı bir federasyon kurulmasının çarelerini aramaya başladılar. Münakaşaları Benjamin Franklin yürütüyordu...

Franklin planı bugünkü anayasanın bir nüvesini teşkil eder, mamefiht ittifak sağlayamadı."

Lütem, İ. (1951). "Cihanşümül bir Federalizm'in Şartları ve Güçlükleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8., S. 1, s. 317-318.

federal devletin çıkarlarını daha fazla gözetebileceği ve federe devletlerin yetkilerini sınırlandırabileceğinden bahisle karşı çıkmışlardır¹⁵. Daha kısık sesle olsa da halen varlığını sürdüren bu çekinceleri haklı çıkartacak olaylar da yaşanmıştır. Gerçekten de ABD’de yüksek mahkemenin genel tutumu federe devletler aleyhine, federal devlet lehine olmuştur. Bu nedenle yargının federalizmi koruma işlevini siyaset kurumuna bırakması ve bu korumanın özellikle de senato eliyle gerçekleştirilmesi gerektiği hususunda önemli bir literatür oluşmuştur. Siyasal koruma teorisi (*political safeguard theory*) olarak isimlendirilen teze göre yargı, eyaletleri korumak amacıyla federal hükümetin anayasaya aykırı eyalet yetkilerine taşma girişimlerine müdahale etmek yerine, Anayasanın öngördüğü ulusal siyasi süreçlerin etkin bir biçimde işlenmesini sağlamalı ve yalnızca ona müracaat etmelidir¹⁶.

Kuvvetler ayrılığının hedefi gücün devletin belirli bir organında temerküzünün önüne geçmektir. Kuram, iktidarı sınırlandırmak için onu parçalayarak, iktidarı başka iktidarlar eliyle durdurmaya yönelmiştir¹⁷. Bunu dikey olarak federal sistemle hayata geçirebileceği gibi yatay olarak yasama-yürütme-yargı olmak üzere üçe ayırarak da gerçekleştirebilmektedir. John Locke, Lord Bolinbroke ve bilhassa Montesquieu’nun fikri temellerini attığı bu kuram, Fransız ihtilali sonrasında Avrupa’da devlet kuramları içinde son derece önde ve seçkin bir yere sahip olmuştur¹⁸.

Bu teoride kuvvetlerin yalnızca kendine özel işlevleri yine kendi sınırları içerisinde daraltılmış şekilde yapmaları gerekmektedir. Yasaların soyut ve

15 “Federal devletlerde, yetki uyumsuzluklarının çözümü için yaygın olarak kullanılan yöntemin, yani federal yönetim alanında kurulan ve üyeleri de genellikle bu yönetim tarafından atanan bir yargısal kurumun, ideal bir sistem olduğu söylenemez. Bu sistemin en çok eleştirilen yönü, oluşturulan kurumların tarafsızlığı konusunda bazı kuşuklara yol açmasıdır.” Uygun, O. (2007). s. 276.

16 Yoo, J. C. (1998). “Judicial Review and Federalism”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 22, s. 197, ss. 197-205. Ayrıca bkz. Magarian, G. P. (2001). “Toward Political Safeguards of Self-Determination”, *Villanova Law Review*, Vol. 46, No. 6, ss. 1219-1258. Yoo, J. C. (1996). “The Judicial Safeguards of Federalism”, *Southern California Law Review*, Vol. 70 ss. 1311-1406.

Yalnızca federal yönetimin organı olması sebebiyle, mahkemenin taraflı bir şekilde federal yönetimin yetkilerini güçlendirme eğiliminde olacağı söylenemez. Kanada’da yüksek mahkeme uzun yıllar federal yönetimin yetkilerini sınırlama yönünde tutum takınırken, New Deal’a ilişkin olarak Roosevelt’in federal yönetimin yetkilerini arttıran önerilerinin Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından reddedilmesi de buna örnektir. Uygun, O. (2007). s. 276.

17 Turhan, M. (1995). “Anayasalcılık ve Kuvvetler Ayrılığı”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 2. Kitap, Haz. Ökçesiz, H., İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 108, ss. 106-114.

18 Doehring, K. (2002). *Genel Devlet Kuramı*, (çev. Mumcu, A.) Ankara: İnkılap Kitabevi, ss. 193-195.



genel nitelikte olması, yürütmenin yasama işlemi niteliğinde düzenleyici işlem yapamaması bu daraltılmış sınırların bir kısmını oluşturmaktadır. Yargı ise bu sınırların ihlal edilip edilmediğini tespit eden kuvvet olduğu için ayrı bir önemi haizdir. Bu görevi gereği gibi yerine getirebilmesi ise ancak bağımsızlığının sağlanması ile mümkün olabilmektedir¹⁹.

Federal devlet örgütlenmesinden üner devlet yapısını tercih eden ülkelerde kuvvetler ayrılığı, federalizmde olduğu gibi dikey ayırma yolu ile değil, yatay kuvvetler ayrılığı modeli ile gerçekleşmektedir. Yatay kuvvetler ayrılığı, devletin üstün gücünün sınırlanması ve farklı kuvvetlerin (yasama-yürütme-yargı) kendi sınırları içerisinde etkin bir şekilde hareket etmesini sağlamaktadır. Uygulamada, anayasa mahkemeleri, devlet organlarının her birine özgü yetki alanına yönelik bir tür bekçilik rolü üstlenmişlerdir²⁰. Bu rol demokratik temsil aracı olmayan yargı mercilerine fazlaca yetki verildiğine dair eleştirileri de beraberinde getirmiş ancak zaman içerisinde bunlar aşılmıştır. Örneğin Fransa'da, Rousseau'nun geniş kabul gören "genel irade" teorisi sebebiyle Anayasa Yargısı ciddi bir direnişle karşılaşmıştır. 1958 Fransız Anayasa'sında, yürütmenin üstünlüğünü koruyacak bir teknik olarak düzenlenen Anayasa Konseyi'nin kuruluş misyonu, rasyonelleştirilmiş parlamenter rejim mekanizmalarında ve Anayasa ile gelen normatif sistemde bozulmaları engellemektir. Ancak zaman içerisinde Konsey kararları öncülüğünde yapılan anayasa değişiklikleri neticesinde Fransa Anayasa Konseyi de diğer Anayasa Yargısı kurumlarına benzer şekilde anayasal düzenin koruyucusu haline gelmiştir²¹.

Kuvvetler ayrılığı tezinin, günümüzde bambaşka bir boyut kazanan anayasa yargısı kurumunu açıklamakta tek başına yeterli olmadığı açıktır. Ancak gerek yatay gerekse de dikey anlamda kuvvetler ayrılığının, anayasa yargısının orijinal halinin doğuşuna sunduğu katkılar inkâr edilemez.

II. NORMATİVİST HUKUKİ POZİTİVİZMİN BİR GEREĞİ OLARAK ANAYASA YARGISI

Modern düşüncenin bir ürünü olan hukuki pozitivism, esasen Auguste Comte'un sosyal bilimlere uyguladığı pozitivismin hukuk alanındaki

19 Doebling, K. (2002). ss. 196-197.

20 Gülsoy, M. T. (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 104.

21 Çağlar, B. (1988). "Yeni Anayasacılık" Üzerine Notlar, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, C. 9, S. 1-3. ss. 34-35.



görünümüdür. İnsan düşüncesinin gelişimini üç evreye ayıran Comte'a göre ilk evre, olguların olağanüstü nedenlerle açıklandığı “teolojik dönem”; ikinci evre, olguların görünümünün altında idealler ve ilkelerin var olduğuna inanılan “metafizik dönem”; üçüncü ve son evre ise tarih, felsefe ve bilimde varsayıma dayanan her türlü yapıyı reddeden, olayların gözlem ve karşılıklı ilişkilerin araştırılmasıyla açıklanabileceğini kabul eden “pozitivist dönem”dir²².

Pozitivizmin hukukla birleşmesi, hukuk biliminin, normların açıklanmasından başka bir görevi bulunmadığını savunan Kelsen'in saf hukuk teorisiyle (*pure theory of law*) bilimsel bir zemine oturmuştur. Kelsen, aynı isimli eserinin ilk sayfasında teorinin amacını kısaca şöyle anlatır: *Saf hukuk teorisi, pozitif hukukun teorisidir ve neyin hukuk olduğu sorusuna yanıt arar. Neyin hukuk olması gerektiği ile ilgilenmez. Bu bir hukuk bilimidir (jurisprudence), hukuk politikası (legal politics) değildir*²³.

Alman pozitivismi ve Stammler'in saf hukuk teorisi ile Neo-Kantizmin etkisi altında kalan Kelsen, bilimin bir malumat yığını olmadığı, belirli bir metotla elde edilen sistemli bir bilgi manzumesi olduğundan hareketle yeni bir hukuk kuramı inşa etmiştir²⁴. Ona göre hukuk biliminin de tıpkı diğer bilimler gibi dış etkilerden bağımsız gerçek bir bilim olarak ele alınması gerekmektedir. Hukuk bilimi için 'saflığın sağlanmasının ise metotta çözüleceğine inanıyordu. Metot saflaştıkça hukuk yabancı unsurlardan arınacak; hukukun ödevi için gerekli ve sürekli olan unsurlar bir araya gelerek, değişken ve geçici unsurlar kenara atılacaktı²⁵.

Metottaki saflaşmayı sağlayacak temel prensip olan “birlik ilkesi” Aral tarafından şöyle sıralanmaktadır:

1. Bir temel norm hipotezi ile hukuk biliminde bilgiye yönelik görüş açısının birliği,

2. Hukukun yaratma ve yaratılması bağıntısının birliği aracılığı ile hukuk düzeninin birliği,

22 Keyman, S. (1978). Hukuki Pozitivizm, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 35, S. 1-4. s. 19.

23 Kelsen, H. (2005). **Pure Theory of Law**, İngilizceye çev. Knight, M., New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., s. 1.

24 Akbay, M. (1947). Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV., S. 1-4. s. 31.

25 Güriz, A. (2003). **Hukuk Felsefesi**, Ankara, Siyasal Yayınevi, s. 335.



3. *Hukukun yaratılması ile hukukun uygulanmasının birliği,*
4. *Hukukun görünüm biçimlerinin, hukukun kademeli yapısı teorisi aracılığı ile birleştirilmesi,*
5. *Kanuni hukukla, örf ve adet hukukunun birliği,*
6. *Sübjektif hukukla objektif hukukun birliği,*
7. *Hukuki yetki ile hukuki yükümlülüğün birliği,*
8. *Hukuk süjesi ile hukuk normunun birliği,*
9. *Gerçek kişi ile tüzel kişinin birliği,*
10. *Devletle hukukun ayrınlığı,*
11. *Hukuk düzeninin bağımsızlığının, birliğinin ve tek oluşunun deyimi olarak egemenlik,*
12. *Devlet hukuk düzeni (iç hukuk) ile devletler hukukunun birliği,*
13. *Kamu hukuku ile özel hukukun birliği,*
14. *Hukuk ile hukuka aykırılığın birliği.*²⁶

Kelsen, hukuk sistemini rastgele bir normlar toplamı olarak değil, normların bir bütün teşkil ettiği ve birbiriyle ilgili olduğu bir sistem olarak tasavvur eder. Kuramının temel aksiyomunu iki temel savla desteklemeye çalışır. İlkine göre, biri diğerinin ortaya çıkmasına doğrudan veya dolaylı olarak yetki veren iki norm aynı hukuk sistemine aittir. İkincisine göre ise, tüm normlar dolaylı veya doğrudan olarak tek bir kuralla yetkilendirilecektir. Yani birbirlerinin oluşturulmasında yetki vermeyen iki kural, bunları yetkilendiren üçüncü bir kuralın olmaması halinde aynı sistemin parçası olamayacaklardır²⁷.

Kelsen, inşa ettiği saf hukuk teorisiyle pozitivismi hukukla buluşturmuştur. Doğal hukuka cephe alan Kelsen, hukukun vicdani bir zorunluluk yükleyip yüklediği sorunuyla ilgilenmez. Normların yürürlük ve geçerliği, yalnızca kendilerinden üstün olan diğer normlardan yani hukuk kuralları arasında hiyerarşiden (silsile-i meratip) doğar²⁸. Saf hukuk kuramı, halkın hukuka ilişkin herhangi bir tutumunun bulunduğunu

26 Aral, V. (1978). **Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No.2471, Hukuk Fakültesi Yayınları No.553. ss. 122 – 143. Ayrıca bkz. Kelsen, H. (2005). ss. 3-59.

27 Raz, J. (2013). Kelsen'in Temel Norm Kuralı, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (gev. Ceylan, Ş. Ş.),C. 62, S. 4, ss. 1171-1172.

28 Aral, V. (1978). s. 2.



varsaymamakta veya iddia etmemektedir. Bir hukuk sistemi etkiliyse mevcuttur ve bu, ahlaken adil olduğunun onaylanmasını gerektirmez²⁹. Pozitivizm bu sayede meşruluk ve kanuniliği özdeşleştirmiştir³⁰.

Her normun bir üsttekiyle uyumu halinde geçerli olacağı fikri, normlar hiyerarşisinde en tepede yer alan anayasaların hangi norma uygun olması gerektiği sorusunu beraberinde getirmektedir. Kelsen bu soruyu, anayasaların "Temel Norm"a (alm. *Grundnorm*, ing. *Basic Norm*) uygun olması gerektiği şeklinde yanıtlamaktadır. Teorisinin en zayıf yönünü oluşturan bu cevapla aslında pozitivist teorisyen, pozitif olmayan bir normdan destek almaktadır. Başka bir ifadeyle, her sistemde pozitif olmayan başka bir kuralın bulunmasını şart kılarak bu sorunun üstesinden gelmektedir. Hukuk bilimi, bir bilim olarak yalnızca pozitif hukuku konu edinmekte ancak temel normu önceden varsaymaktadır³¹. Hukuku bir bütün olarak ele alan Kelsen, uluslararası hukuku da ulusal hukuk gibi monist bir şekilde ele almakta, uluslararası hukukun da kökenini aynı temel norma dayandırmaktadır³².

Basitleştirecek olursak, Kelsen modelinde kurallar ancak bir üst kurala dayandığı ve ona aykırı olmadığı müddetçe geçerlidir/normatiftir. Normlar hiyerarşisi sistemi, normların geçerliliğini kontrol eden yargısal otoriteleri, anayasa yargıçlarını beraberinde getirmiştir. Böylelikle normların geçerliliği anayasal geçerliliğe indirgenmiştir³³.

Şu hâlde geçerli bir normlar hiyerarşisinin varlığı, hiyerarşiyi denetleyecek bir anayasa yargısı mekanizmasına ihtiyaç duymaktadır³⁴. Anayasa yargısı, anayasanın üstünlüğünün gerçekleşmesini sağlayan uygulamalardan biridir³⁵. Alttaki normun kendisinden üstte olan normlara

29 Raz, J. (2013). s. 1189.

30 Hukuk – ahlak ayrımı temelinde kurulan bu özdeşlik ise her türlü devlet düzenini onaylayabileceği eleştirisiyle karşılaşmıştır. Bkz. Köker, L. (2008). "Kanunilik ve Meşruluk: Türk Hukuk Kültüründe Eleştirel Bir Yaklaşım İçin Notlar." **Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan**, cilt I: Siyaset Bilimi, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 345.

31 Raz, J. (2013). s. 1191., Keyman, S. (1981). **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, Ankara: Doruk Yayınları, s. 44.

32 Bernstorff, J. V. ve Dunlap, T. (2010). **The Public International Law Theory of Hans Kelsen**, New York: Cambridge University Press. s. 81.

33 Stone Sweet, A. (2000). **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**, New York: Oxford University Press. s. 133.

34 Kelsen, bu sistemi önerirken kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimi yolunu dışlamamakta hatta yasama organının denetim yapmasını yeğlemektedir. Turhan, M. (2015). "Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa", **Haşim Kılıç'a Armağan**, der. Çoban, A. R. vd. C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 361.

35 Tunç, H. (1997). s. 23.



uygunluğunu denetleyebilecek bir mekanizmanın olmadığı durumda, sistem çökme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilecektir³⁶. Literatürde Kelsen Modeli veya Kıta Avrupası Modeli anayasa yargısı olarak adlandırılan bu modelin ilki 1920 Avusturya Anayasasında vücut bulmuş ve Türkiye dâhil Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen pek çok ülkeye ilham vermiştir³⁷.

III. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERE ETKİN KORUMA SAĞLAMAK İÇİN ANAYASA YARGISI

İnsan haklarına saygı gösterilmesi talebi çağımızın en yaygın ve etkili siyasi ahlak çağırısıdır. İnsan haklarının korunması da anayasal demokratik sistemin esaslarından. Bu hedefe ise ancak devlet sınırlandırıldığında ulaşılabilmektedir³⁸. Arslan bu durumu şöyle aktarır;

“İnsan haklarının sadece yaldızlı bir “retorik” olmaktan çıkarılıp, bireylerin yaşamına yansıyan ve gerçekten uygulama değeri bulan haklar ve özgürlükler haline getirilmesi bu alandaki pozitifleştirme girişimlerinin başarısına bağlıdır. Başka bir deyişle, insan haklarının etkili bir şekilde korunabilmesi bu hakların hem ulusal anayasalar hem de uluslararası insan hakları belgeleri gibi pozitif hukuk metinlerinde korunmasıyla mümkündür. Elbette bu koruma, haklar ve özgürlükler ihlal edildiğinde başvurulabilecek etkili mekanizmaları da gerektirmektedir.”

Bu mekanizmalardan en etkili olanı kuşkusuz Anayasa Mahkemeleridir. Anayasa hukuku, ‘siyaset biliminin hukuktan çok daha önemli olduğu bir siyasi reçeteler kataloğu’ olmaktan çıkıp pozitif hukuk metni halini alırken ve jürisprüdensiyel olurken hukukleşmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin anayasa metinlerinde pozitif hukuk normları olarak yer alması, insan hakları üzerindeki teorik tartışmaları -en azından hukukçular açısından- dindirmiş ve onları demokratik-liberal sistemler için önemli bir teminat haline getirmiştir⁴⁰.

36 Troper, Anayasa Yargısını Haklılaştırma Mantığı (*The Logic of Justification of Judicial Review*) başlıklı makalesinde Kelsen’in fikirlerinden ilham alan Anayasa yargısını zayıf gerekçe (weak justification) olarak isimlendirmektedir. Troper, Kelsen’in bizzat kendisinin anayasa yargısı olmadan anayasanın üstün olmadığını itiraf ettiğini iddia eder ve anayasanın üstünlüğü için tek aracın anayasa yargısı olmadığını, kanunların anayasaya uygun olarak yapılmasının dahi anayasanın üstünlüğünü sağladığını savunur.

Troper, M. (2003). “The Logic of Justification of Judicial Review”, **International Journal of Constitutional Review**, Vol. 1, No. 1, ss. 105 – 108.

Troper’nin eleştirileri için ayrıca bkz. Ergül, O. (2007). **Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara: Adalet Yayınları. ss. 93-97.

37 Avusturya Anayasa Mahkemesi ve konuya ilişkin daha geniş bilgi için bkz. Barın, T. (2016). **Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti**, İstanbul: Oniki Levha Yay. ss. 139-159.

38 Erdoğan, M. (2012). **Anayasal Demokrasi**, 9. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi. s. 139.

39 Arslan, Z. (2008). **Anayasa Teorisi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 26.

40 Çağlar, B. (1988). “Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*,



Anayasa yargısı, normlar hiyerarşisini bilhassa da anayasanın üstünlüğünü tesis etmedeki en önemli araçtır. Anayasa metinlerinde temel haklar katoloğuna yer verilmesiyle birlikte, anayasalarda yer alan haklar normlar hiyerarşisinin neticesi olarak doğrudan uygulanma imkânı bulmuş ve hakları ihlal eden yasal düzenlemeler iptal edilebilir olmuşlardır. Hatta hakların zaman içerisinde doğal hukuktan güç alarak anayasaların üzerinde (*supraconstitutional*) bir normatifliği barındırdıkları dahi iddia edilmiştir⁴¹.

Anayasa yargısının günümüzde yerine getirdiği işlevlerden en önemlisi temel hak ve hürriyetlere etkin koruma sağlamasıdır. Bu işlev, anayasa yargısının savunulması veya haklılaştırılması anlamında da başrolü oynamaktadır. Gerek anayasanın üstünlüğünü sağlamaya adanmış Kelsen’ci anayasa mahkemelerinin gerekse de kuvvetlerin yatay ve dikey sınırlarının muhafazası için ortaya çıkan anayasa mahkemesi modellerinin giderek hak-merkezli yargılamaya yönelmeleri de bu dönüşümü kanıtlamaktadır.

Buna rağmen, anayasa yargısının olmadığı örneklerde dahi temel hak ve hürriyetlerin korunduğu gözlemlenebilmektedir. Örneğin Hollanda, İsveç, Avusturalya ve Birleşik Krallıkta hak eksenli anayasa yargısı bulunmadığı hâlde, hak ihlallerine çok fazla rastlanılmamaktadır. Bu örnekler temel hakların korunması için anayasa yargısına ihtiyaç duyulmadığı tezini güçlendirir gibi görünse de, mezkûr ülkelerin siyasal sistemleri, gelenekleri, siyasi kültürleri ve sosyal durumları birlikte düşünülmeden karar vermek güçtür. Karşılaştırma yaparken ülkelerin çok yönlü durumlarını görmezden gelerek “*ceteris paribus*” (diğer tüm durumlar sabitken) bir yöntem izlemek ise bilimsel anlamda tatmin edicilikten uzaktır. Kaldı ki, şu durumda dahi bu ülkelerin hak eksenli anayasa yargısı modeli benimsemeleri halinde hakların daha iyi korunması ihtimali varlığını sürdürmektedir⁴². Bir zorunluluk olup olmadığı tartışılmakla birlikte anayasa mahkemelerinin hakları korumakla vazifelendirildiği ve hatta ileride görüleceği üzere meşruluğunu bu varsayımdan aldığı kabul edilmektedir.

Anayasa yapımı Kıta Avrupası’nda II. Dünya Savaşının ardından önemli değişikliğe uğramış, temel haklar Avusturya haricinde tüm Avrupa ülkelerinin anayasalarında yer almaya başlamışlardır. Anayasalardaki

İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, C. 9, S. 3-1. s. 36.

41 Stone Sweet, A. (2000). s. 95.

42 Sadurski, W. (2002). “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2, ss. 275-276.



bu değişimle beraber kurulan Anayasa Mahkemeleri de yasamaya karşı insan haklarının korunmasında en etkin organ haline gelmişlerdir. Ardından anayasa yargıcı insan haklarına saygıyı sağlarken bir yandan da özgürlüklere ilişkin normlar oluşturmuşlardır. Bu gelişmeleri müteakiben bireysel başvuru / anayasa şikâyeti gibi müesseselerle mahkemeler, hak ve özgürlük ihlallerine karşı koruyucu rollerini pekiştirmişlerdir⁴³.

IV. HIRSCHL: HEGEMONİK KORUMA TEZİ

Hirschl 2000 yılında kaleme aldığı makalesinde, dört ülkenin İsrail (1992), Kanada (1982), Yeni Zelanda (1990) ve Güney Afrika (1993) anayasal reformlarının arkasındaki siyasi nedenleri incelemiş ve reformlarla gelen anayasa yargısının anayasacılığın bir gereği olarak ortaya çıkmadığı sonucuna varmıştır. Anayasallaşma doğu bloku ülkelerinde demokrasi ve pazar ekonomisine geçmenin bir parçası görünümündeyken, bazı Latin Amerika ülkeleri ile 70'lerin sonlarındaki Güney Avrupa ülkelerindeki hakların anayasallaşması ve anayasa mahkemelerin kurulması ile demokrasiye geçişin ürünü olarak görülmektedir. Oysa yukarıda sayılan dört ülkede hakların anayasallaşması temel ekonomik ve siyasi değişimlerin bir başarısı olmadığı gibi bir sonucu da deęildir⁴⁴. Bu örneklerde yazar, yargıyı güçlendirmeyi, siyasi ve ekonomik elitlerin, “çevredekilerin” (*periphery*) ve çoğunluğun siyasi etkilerinin artmasına karşı bir önlem olarak düzenlendiğini iddia etmiştir⁴⁵. Hirschl'e göre ne yargının kurumsal manada güçlenmesi ne de siyasetin hızla yargısallaşması, merkezin çıkarlarından bağımsızdır. Siyasi güç sahipleri kurumsal yapıyı genellikle kendi çıkarlarına en uygun biçimde şekillendirmektedirler⁴⁶.

Anayasal değişim talepleri çeşitli grupların içerisindeki siyasi topluluklardan kaynaklanır fakat şayet hegemonya sahibi siyasi ve ekonomik elitler, parlamentolardaki siyasi temsilciler ile hukuki elitler, önerilen değişimden kazançlarını kestiremiyorlarsa, bu değişim bir şekilde engellenir. Anayasa yargısı gibi, merkez bankaları, Uluslararası Ticaret Örgütü, Uluslararası Para Fonu (*IMF*) ve Uluslarüstü Tahkim Komisyonu gibi yarı-özerk kurumlar da karar vericilerin esnekliğini sınırlar ve bu kurumlarda da onları oluşturanların çıkarları belirleyicidir⁴⁷.

43 Kaboğlu, İ. Ö. (1994). *Anayasa Yargısı*, Ankara: İmge Kitabevi, s. 112.

44 Hirschl, R. (2000). “The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions”, *Law and Social Inquiry*, Vol. 25. s. 93.

45 Hirschl, R. (2000). s. 91.

46 Hirschl, R. (2000). s. 94.

47 Hirschl, R. (2000). ss. 102-103.

Anayasa yargısı üç anahtar grup arasındaki etkileşimin bir türev ürünüdür. Bu gruplardan ilki, istikballeri tehdit altında olan siyasi elitlerdir. Siyasi elitler, demokratik politika yapım süreçlerinde siyasi hegemonyalarını koruyup geliştirebilme peşindedirler. İkinci grubu ise ekonomik elitler oluşturur. Bu grubu oluşturanlar, neo-liberal serbest piyasa yoluyla sağlanan liberalleşme ile devletçilik ve kolektivizm karşıtlığı gibi hürriyetlerin anayasallaşmasını takip ederler. Üçüncü ve son grupta ise, siyasi etkilerini ve uluslararası itibarlarını arttırma arayışında olan yargı elitleri ve ulusal yüksek mahkemeler bulunmaktadır⁴⁸.

Hirschl'in makalesinin teorik altyapısını dayandırdığı merkez-çevre ilişkileri, Türk siyasetini anlamada bir anahtar olarak kullanıldığı gibi, yazarın buradan beslenerek ortaya attığı hegemonik koruma tezi de Türk Anayasa Mahkemesi'nin doğuşunu anlamlandırmada bir anahtar olarak kullanılmış, öğretilerde pek çok yazar 1960 darbesi sonrasında kurulan Türk Anayasa Mahkemesini bu tezle açıklamıştır⁴⁹. Hegemonik koruma tezine geçmeden önce hem hegemonik koruma tezi hem de Türk siyasetini anlamlandırmada işlevsel olan merkez-çevre ilişkilerini açıklamak gerekmektedir.

Amerikalı sosyolog Edward Shils 1961 yılında yazdığı “Merkez ve Çevre” (*Center and Periphery*) başlıklı makalesinde; her toplumun bir merkezi olduğunu, bu merkezin toplumun inançlar ve değerler dünyasının da merkezi olduğunu iddia etmiş ve Batı'daki siyasal ve sosyal dönüşümü bu merkez-çevre arasındaki gerilim ve yakınlaşmayla analiz etmiştir⁵⁰. Merkez-çevre ilişkileri 1970'li yıllarda Türk Modernleşmesi üzerine çalışan yazarların oldukça ilgisini çekmiştir⁵¹.

Şerif Mardin 1973 yılında “Türk Siyasetini Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri” başlıklı makalesine Shils'in makalesine başladığı cümleyle; *Toplumun bir merkezi vardır*, diyerek başlamakta ve Osmanlı'dan

48 Hirschl, R. (2004). “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Studies*, Vol. 11, Issue 1, s.90, ss. 71-108.

49 Ergül, O. (2007). ss. 209-219., Özbudun, E. (2014). “Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri”, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 133. ss 131-146., Turhan, M. (2006). Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletinde İşlevi ve Meşruluğu, *Anayasa Yargısı İncelemeleri*, der. Turhan, M. ve Tülen, H. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss. 44-47. ss. 41-69; Güleler, S. (2012). *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, İstanbul: XII Levha Yayınları, s. 191-240.

50 Shils'in bu ünlü makalesi Türkçeye de çevrilmiştir. Shils, E. (2002). “Merkez ve Çevre”, *Türkiye Günlüğü*, çev. Çelikkaya, Y. Z., Sayı: 70.

51 Gönenç, L. (2000) .(2006’lı Yıllarda Merkez-Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek”, *Toplum ve Bilim*, S. 105, s. 129.



Cumhuriyete uzanan bir tahlil yapmaktadır⁵². Mardin burada Osmanlı İmparatorluğu'nun, karmaşık ve incelmış bir kurumlar şebekesine dayanan uzun ömürlü bir merkezi olduğunu iddia etmektedir.

Batı'da devlet-kilise çatışması ve sınıfsal çatışmalar olduğu için bu iki çatışma alanındaki problemlerin ayıklanması çevresel bir gücün merkezle bütünleşmesi sonucunu doğurabilmekteydi⁵³. Batı'dakinin aksine Osmanlı'daki merkez-çevre ilişkisi tek boyutlu olarak her zaman merkez ile çevrenin karşı karşıya gelmesi şeklinde cereyan etmiştir. Mardin, merkez-çevre çatışmasını inşa eden faktörleri şöyle sıralar;

1. *Doğmakta olan bir imparatorluk içinde bölük-pörçüklüğün varlığını hala geniş ölçüde sürdürmesi,*
2. *Devlet ile imparatorluğun çekirdeği olan Anadolu'daki göçebeler arasındaki ilişki (Osmanlı kurucularının göçebe geleneğini terk ederek merkezileşmesi ve göçebelerin merkezin iktidarını tehlikeye sokan dini ritüelleri tatbiki devam etmesi)*
3. *Merkezin, Osmanlı öncesi soylular zümresinden kalan ve taşralı güçlü ailelere kuşkuyla davranması ve taşrayı başeğmez din sapkınlığının fesat yuvaları olarak görmesi*
4. *Bölük-pörçüklük karşısında yer alanlar, yani resmi görevliler, çevreden, deyim yerindeyse sadece parmaklığın öte yanında olmaları bakımından değil, bazı simgesel farklılıklarla olduğu gibi bazı ayırt edici statü özellikleri dolayısıyla da ayrılıyorlardı (ülkenin en önde gelen yurttaşlarının tüccarlar değil de, siyasal iktidarı elinde tutanlar olması örnek olarak gösterilebilir)*
5. *Devletin siyasal ve ekonomik konulardaki denetim iddiası, kültür üstünlüğü hakkıyla da destekleniyordu. Çevrenin ayrışıklığına oranla yönetici sınıf olağanüstü derli topluydu ve bu, her şeyden önce bir kültür olgusuydu⁵⁴.*

Osmanlı tarihi ve Cumhuriyet'e geçişi Shils'ten alarak geliştirdiği merkez çevre kavramıyla inceleyen Şerif Mardin, Osmanlı Devletindeki

52 Mardin, Ş. (2004). "Türk Siyasasını Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri" (çev. Gören, Ş.) **Türkiye'de Toplum ve Siyaset**, (der. Türköne M. ve Önder, T.), 12. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 35.

Söz konusu makalede Mardin'in yaptığı merkez-çevre ilişkileri analizi zamanla paradigma statüsünü kazanacak kadar yaygınlaşmış, anonimleşmiş ve sosyal bilim topluluğunun büyük çoğunluğu tarafından Türk siyasetini ve Türkiye'nin demokrasi sorunlarını açıklayabilecek bir anahtar olarak kabul edilmiştir.

Çınar M. (2006). "Kültürel Yabancılaşma Tezi Üzerine", **Toplum ve Bilim**, S. 105, s. 153.

53 Mardin, Ş. (2004). s. 37.

54 Mardin, Ş. (2004). ss. 39-47.



merkez-çevre ilişkisini kısaca şöyle tanımlamaktadır: “*Osmanlı Devleti’nin bir arada tutmayı başardığı merkezi bürokratik aygıtı olduğu kadar, bu devletin işlemlerini mümkün kılan meşruiyetin özünü temsil eder. Çevre ise geri kalan toplumsal alanla, merkezden ayrı yaşayan ve onunla ancak gevşek bir bütünleşme içinde olan kurumlar ve coğrafi alana işaret etmektedir*”⁵⁵. Bu perspektif ve merkez çevre ilişkileri nazariyle bakıldığında demokrasinin yerleşmesiyle beraber çevre siyaset yapıcı pozisyonu giderek daha fazla işgal etmektedir.

Merkez-çevre düalizmini Mardin kültürel boyutta ele alırken Heper, kurumsal boyutuyla ele almış ve merkez yerine devleti koymuştur. Heper, çalışmalarında merkez (yani devlet) ağırlıklı yönetimin Türk siyasetinde ortaya çıkardığı sorunlara odaklanmıştır. Özbudun ve Kalaycıoğlu ise merkez-çevre ikiliğinin siyasi toplum üzerindeki etkilerine yoğunlaşmış ve seçmen davranışlarının analizi ile merkez değerleri savunan partiler ile çevre değerleri savunan partilerin karşılıklı konumlarını ön plana çıkarmışlardır. Kökleri Osmanlı toplumunda yatan merkez-çevre gerilimi günümüzde halen geçerliliğini korumaktadır⁵⁶. Özbudun’un da belirttiği gibi, *Türk siyasetinde temel bölünme çizgisinin, merkezi askeri bürokratik elitlerle, çevresel güçler arasındaki bir merkez-çevre (center-periphery) çatışmasına dayandığı yolunda, Türk siyasal bilimcileri arasında büyük ölçüde görüş birliği mevcuttur*⁵⁷.

Türk Anayasa Mahkemesi ilk defa 1961 Anayasasıyla hukuk sistemimize girmiştir. Anayasanın hazırlanması, merkez-çevre geriliminin zirveye ulaştığı bir döneme rastlar. Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu daha sonra inceleyeceğimiz için burada yalnızca hegemonik koruma teziyle ilgili kısmı aktarılmaya çalışılacaktır.

1924 Anayasasının tek-partili bir rejim altında uygulandığı 1925-1946 arası dönemde eksikliği hissedilmeyen anayasa yargısı, 1946 yılında çok

55 Mardin, Ş. (2007). “Türkiye’de Gençlik ve Şiddet”, *Türk Modernleşmesi*, Der. Türköne M. ve Önder, T. İstanbul: İletişim Yayınları, s. 275.

56 Gönenç, L. (2006). ss. 130-131. Ayrıca bkz.

Heper, M. (1985). *The State Tradition in Turkey*, England: The Eothen Press.

Özbudun, E. (1976). *Social Change and Political Participation in Turkey*, Princeton: Princeton University Press.

Kalaycıoğlu, E. (1994). “Elections and Party Preferences in Turkey: Changes and Continuities in the 1990’s” *Comparative Political Studies*, Vol. 27, No. 3, ss. 402-424.

Tosun, T. (1999). *Türk Parti Sisteminde Merkez Sağda ve Merkez Solda Parçalanma*, İstanbul: Boyut Kitapları.

57 Özbudun, E. (2005). Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu, *Demokrasi ve Yargı*, ed. Ergül, O. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 340.



partili siyasi hayata geçilmesiyle birlikte, yokluğunun sakıncalarını açık bir şekilde hissettirmeye başlamıştır. 1924 Anayasası TBMM'nin yetkileri üzerinde herhangi bir sınırlamaya yer vermediği için, parlamentoya hâkim siyasi parti çoğunlukları Anayasa'ya aykırı ve muhalefetin haklarını sınırlandırmaya yönelik kanunları kolaylıkla çıkarabilmekteydi⁵⁸. Çoğunlukçu demokrasinin uygulandığı bu dönemde Türkiye'de ilk defa merkez-çevre çatışması bu denli görünür olmuştur. Özbudun bu durumu şöyle aktarır:

“Türkiye’de de, Tanzimat reformlarından bu yana, siyasal hayata hâkim olmuş bulunan askeri-bürokratik elitler ve onların siyasal temsilcileri konumundaki İttihat ve Terakki ve CHP gibi partiler, bu üstünlüklerini 1950 seçimleriyle birlikte kaybetmişlerdir. Çevre güçlerinin temsilcisi olarak nitelendirilebilecek olan DP’nin 1950-1960 yıllarında 1924 Anayasası’nın frendenge mekanizmalarına yer vermeyen yapısının da yardımıyla, sürdürdüğü sınırsız çoğunluk yönetimi, eski hâkim elitlerin siyasal ve sosyal konumunu büyük ölçüde zayıflatmıştır. Nitekim CHP bu dönemde anayasa yargısının kurulmasını ısrarla talep etmiştir. Dolayısıyla, bu partinin hâkimiyetinde hazırlanmış olan 1961 Anayasası’nın bu sistemi iştihakla benimsemiş olması kolayca açıklanabilmektedir.”⁵⁹

Mahkemeler karar verirken karşılarında çatışan iki hukuksal paradigma bulunur. Bunlar, liberal “hak-eksenli” paradigma ve otoriter “ideoloji-eksenli” paradigmadır. Hak-eksenli paradigma bireye ve onun haklarına öncelik verirken, ideoloji eksenli paradigma devleti ve resmi-söylemi koruma kaygısına dayanmaktadır⁶⁰. Yarım asırdan fazla süredir Türkiye’de kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme işlevini yerine getiren Anayasa Mahkemesi, ortaya çıktığı günden bu güne neredeyse hep aynı çizgide kalmış ve hak eksenli yargılama yapmaktansa devleti koruma refleksiyle kararlar vermiştir. Turhan’ın isabetle belirttiği gibi, *“Türkiye’de yargıçlar halk adına yetki kullanan bağımsız otoriteler olarak davranmamakta, tam tersine kendilerini yerleşik kurumsal yapı içinde devletin ve bu devletin ideolojisinin bekçileri olarak görmektedirler.”⁶¹*

Türk Anayasa Mahkemesi de Hirschl’in hegemonik koruma tezini doğrular şekilde yukarıda zikredilen İsrail, Kanada, Yeni Zelanda

58 Özbudun, E. (2014). “Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri” **Türkiye’de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları s. 133.

59 Özbudun, E. (2014). s. 146.

60 Arslan, Z. (2008). s. 241.

61 Turhan, M. (2007). “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 62., S. 3., s. 403.



ve Güney Afrika gibi emsal ülkelerle birlikte uzun süre anılmıştır. Ancak 2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında kanaatimizce bu tez Türk Anayasa Mahkemesini açıklamada yeterliliğini yitirmiştir. Mezkûr anayasa değişiklikleri neticesinde anayasa mahkemesinin kompozisyonu değişmiş ve üye sayısı arttırılmıştır. Değişiklik neticesi atanan üyeler ile emekliliğe ayrılan üyeler yerine atanan üyeler, değişikliği yapan hükümet döneminde görevlerine başlamışlardır. Dönem hükümetini oluşturanların, yeni hegemonya sahibi elitler oldukları varsayımını kuvvetlendirmektedir. Ancak “kritik” davalarda mahkemenin aldığı kararlar hegemonik koruma tezi ile çelişmektedir. Mahkemenin kamuoyunda bilinen isimleriyle; uzun tutukluluk süresine dair verdiği karar⁶², sosyal paylaşım sitesi Twitter’ın kapatılmasına dair kararı⁶³, dersanelerin kapatılmasına dair kararı⁶⁴, tutuklu gazeteciler Erdem Gül ve Can Dündar kararı⁶⁵, Anayasa Mahkemesi’nin içtihadını değiştirerek OHAL KHK’larının iptali talebinin yetkisizlik nedeniyle reddettiği kararı⁶⁶ birlikte düşünüldüğünde bu kararların tamamının aynı istikamete yöneldiği ve yeni elitleri memnun etmediği açıktır. Ancak bu kararların tamamını eski elitleri memnun edecek şekilde okumak da güçtür. Kuşkusuz mahkemenin aynı dönemde yeni elitleri memnun edebilecek, laiklik tanımındaki değişiklik gibi, kararları da mevcuttur fakat tüm bu kararlar kendi içerisinde tutarlı bir bütün oluşturmaya adaydır. O hâlde, henüz böyle bir tespiti yapmak erken olmakla birlikte mahkemenin ideoloji-eksenli yargılama yapmaktan vazgeçtiği, onun yerine hak eksenli paradigmayı benimsediği, en azından bu paradigmanın değişebilir olduğu rahatlıkla iddia edilebilir⁶⁷.

Bu tespitimizin erken ve aceleci bir tespit olduğu öne sürülebilir. Bu itirazın haklılık payı da bulunmaktadır. Elli yılı aşkın bir süredir hegemonik koruma tezi ile anılan bir kurumun, son birkaç yılına

62 Anayasa Mahkemesi Başvuru Numarası: 2012/1272 Karar Tarihi: 04.12.2013

63 Anayasa Mahkemesi Başvuru Numarası: 2014/3986 Karar Tarihi: 02.04.2014

64 Anayasa Mahkemesi 13/7/2015 Tarih, 2014/88 Esas, 2015/68 Karar sayılı kararı.

65 Anayasa Mahkemesi Başvuru Numarası: 2015/18567 Karar Tarihi: 25.02.2016

66 Anayasa Mahkemesi 12/10/2016 Tarih, 2016/166 Esas, 2016/159 Karar sayılı kararı.

67 Barın, T. (2015). *AYM ‘Kırmızı Kitap’ a mı yoksa ‘Anayasa’ ya mı uymalı?*, **Serbestiyet** 23.07.2015. <http://serbestiyet.com/Yazarlar/aym-kirmizi-kitapa-mi-yoksa-anayasaya-mi-uyumali-155808> (erişim tarihi: 15.9.2017)

Türk Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizmden, kendini sınırlama ilkesi yönünde değişimi ve yerindelik denetiminden hukukilik denetimine yöneldiğine ilişkin bir çalışma için bkz. Yazıcı, S. (2015). “Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü” *Haşim Kılıç’a Armağan*, der. Çoban, A. R. vd. C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss. 385-413.



bakarak paradigma değişikliği iddiası isabetli olmayabilir ancak paradigmanın değişebilir olduğuna dair karine teşkil ettiğinden kuşku duymamak gerekir.

V. GINSBURG: SİGORTA OLARAK ANAYASA YARGISI

Anayasacılığı bir sigorta olarak nitelendirmek Ginsburg'un tezinden çok daha öncesine dayanmaktadır⁶⁸. Anayasacılığın özünde de sınırlı iktidarı gerçekleştirme ideali yattığı için bu tez kolaylıkla gerekçelendirilebilmektedir. Ginsburg, anayasa yargısının neden ortaya çıktığını araştırdığı bölümde, anayasa taslağını hazırlayanların neden böyle bir kuruma anayasada yer verme gereği duydukları üzerinde durmuştur. Bu sorunun cevabı, anayasanın kimin çıkarlarını yansıttığında yatmaktadır. Locke'tan bu yana anayasalar sosyal sözleşme olarak görülmektedir. Varsayım vatandaşların devlete kendi güçlerini devrettikleri ve anayasal demokrasi aracılığıyla kendi tercihlerini kolektif olarak en üst düzeye taşıdıklarıdır. Modern demokrasiler, vatandaşların vekillerine kendilerinin kolektif taleplerini yansıtmaları için verdiği vekâlet üzerinden işlemektedir. Ancak bu asil-vekil ilişkisi uygulamada her daim sağlıklı bir şekilde işlememekte, taraflar arasında düzenli bir iletişim kurulamamaktadır. Asil-vekil arasındaki bu kopukluk anayasa yapım süreçlerine de yansımaktadır. Anayasa yapımında rol alan siyasiler, anayasayı ve anayasal kurumları vekili oldukları vatandaşların geniş kapsamlı çıkarları yerine kendi menfaatleri doğrultusunda kaleme almaktadırlar. Ayrıca anayasa yapım sürecine, vatandaşların uzun dönem çıkarlarındansa siyasilerin kısa dönem çıkarları yön vermektedir⁶⁹.

Asillerle vekiller arasında böylesine bir kopukluk bulunmasına ve politikacıların kendi çıkarlarına yönelik anayasa düzenlemelerine rağmen, halen anayasa yargısının varlığı net bir izaha kavuşmamıştır. Anayasayı yapan siyasiler, yaptıkları anayasayla hükümet edeceklerdir. Bu nedenle kendilerini sınırlamaktansa daha esnek bir yönetim tasarımları beklenir. Ancak anayasayı hazırlayan politikacılar gelecekte emin değildirlere ve bu belirsizlik onları sınırlı bir hükümet tasarımına iter. Hükümette olan parti, seçimleri kazananlara geniş yetkiler tanıyan bir anayasadan yana olsa dahi sonraki seçim sonuçlarından emin olamamaktadır ve seçim sonucunda muhalefette kalma ihtimali mevcuttur. Başka bir ifadeyle, hiçbir parti seçimleri kazanacağı konusunda kendisine tam manasıyla güvenemez, bu

68 Hirschl, R. (2005). "Preserving Hegemony? Assessing the Political Origins of the Eu Constitution", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3 Issue 2/3, s. 280.

69 Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, New York: Cambridge University Press. ss. 22-23.



nedenle çoğunluğu sınırlamak suretiyle azınlığı koruyan anayasa yargısı gibi kurumlara değer verir. İşte bu anayasa yargısının sigortacı modeli (*the insurance model of judicial review*) olarak adlandırılmaktadır. Anayasa yargısı gelecekteki seçimlerin kaybedenlerinin riskini üstlenebilecek bir kurum olarak, anayasa pazarlıklarında masada yerini almaktadır⁷⁰.

Bu teori, rejim değişikliği ve siyasi geçiş döneminde anayasa yapım sürecinde anayasa yargısına yer verilmesi bağlamında, Tayvan, Moğolistan ve Güney Kore gibi Asya Demokrasilerinde ve Portekiz, Yunanistan ve İspanya başta olmak üzere Güney Avrupa ülkelerinde açıklayıcı bir işlev görmektedir⁷¹.

Sigorta olarak anayasa yargısı tezi, esasında siyasilerin kısa dönem çıkarlarını vatandaşların uzun dönem çıkarlarına yeğledikleri tezi üzerine inşa edilmiş olmasına karşın anayasa yargısının uzun dönemi kapsayan yönü bulunduğu için bir tutarsızlık içermektedir. Bunun haricinde 20. ve 21. yüzyıl anayasacılığının anayasa yapımındaki etkileri göz önünde bulundurulduğunda anayasa yargısına kurumsal olarak yer verilmemesine şaşırılmamalıdır. Ayrıca bu tez yakın zamanda anayasa yapmaya çalışan ve fakat başarısız olan Türkiye örneğini de açıklamada yetersiz kalmaktadır⁷².

70 Ginsburg, T. (2003). ss. 24-25.

71 Hirschl, R. (2005). s. 280. Dipnot 21.

Kitabında Moğolistan örneğine yer veren Ginsburg, anayasa yapımcıların parlamentonun egemenliğinden vazgeçerek anayasa yargısıyla kurumsal bir sınırlamayı tercih ettiklerini belirtmiştir. Ginsburg, T. (2003). s. 200.

72 Türkiye’de 24. Dönem TBMM seçimlerini müteakip bir anayasa yapım çalışması başlatılmış ve anayasa taslağını yazmak üzere “TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu” kurulmuştur. TBMM’de grubu bulunan her siyasi partinin aldıkları oy oranına ve milletvekili sayısına bakılmaksızın eşit oranda temsil edildiği bu komisyonda tam mutabakat sağlanamamış fakat her siyasi parti kendi anayasa taslağını ve önerilerini sunmuştur. Her siyasi parti kendi önerdiği anayasa taslağında, anayasa yargısına yer vermiştir. Uzlaşma komisyonunun çalışmaya başladığı 2011 yılı, AK Parti’nin tek başına iktidarının dokuzuncu yılıydı. Sürecin genel analizi yapıldığında ana-muhalefet partisinin daima muhalefette kalacakmış gibi tasarısında sınırlayıcı hükümlere yer vermesi ile iktidar partisinden sürekli iktidarda kalacakmış gibi önerilerde bulunması, kanaatimizce bu teorinin açıklayıcılığını şüpheye düşürmektedir.

Bir örnek verecek olursak, AK Parti’nin önerisinde Anayasa Mahkemesi 17 üyeden oluşmaktadır. Bu üyelerin 9’unu TBMM seçerken kalan 8’ini seçme yetkisi Başkan’a aittir. TBMM’nin seçtiği 9 üyede ilk turda nitelikli çoğunluk aranırken, ilk turda seçilememesi halinde ikinci turda salt çoğunluk yeterli görülmüştür. Pek tabii bu öneri tikanıklıkları giderecek bir önlem olarak rasyonelleştirilmiş parlamenterizm de örnek gösterilebilir fakat şu açıktır ki, dönemin iktidar partisi anayasa yargısını bir sigorta olarak görmeyerek TBMM ve Başkan’ın üyelerin tamamını seçmesini öngörmüştür.

Siyasi Partilerin yeni anayasa önerileri ve oluşturulan taslağın 1982 Anayasasıyla karşılaştırmalı incelemesi için bkz. Barın, T. (2014). **Türkiye’nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi**, İstanbul: XII Levha Yayınları.



VI. ULUSLARARASI TALEP VE BASKILARA YANIT OLARAK ANAYASA YARGISI

Bir ülkenin anayasa yargısını benimsemesindeki bir diğer sebep uluslararası talep ve baskılardır. Bu talep ve baskılar, doğrudan ekonomik veya ulusalüstü mekanizmalar eliyle ya da dolaylı olarak ilgili ülkeye yansıtılmaktadır.

Doğrudan etkiye en net örnek Japonya anayasasının ABD tarafından şekillendirilmesidir. Japon siyasi sistemi iki farklı anayasal dönem halinde incelenmektedir. Bunlardan ilki 1868–1945 arası dönemi kapsayan Meiji Restorasyonu dönemidir. Bu döneme ismini veren Meiji Ishin olarak bilinen İmparator Mutsihito, tıpkı benzer dönemlerde Osmanlı İmparatorluğu'nun yaptığı gibi, yönünü batıya çevirmiş batıyı örnek alarak ülkesini modernleştirmeye çalışmıştır. Bu kapsamda Batı örneğinde ilk modern anayasa 1890'da yürürlüğe girmiştir. Aynı yıl seçimler de yapılmış ancak düzenli bir demokrasi inşa edilememiştir. Japon militarizminin hâkim olduğu bu yıllarda siyasi partiler yönetimde gerektiği ölçüde etkili olamamışlardır. Bunun nedenlerinden birisi de hiç şüphesiz, anayasal monarşi olarak tasarlanan Japon Anayasasının "gökyüzünün düzenini yeryüzünde temsil" etmekle görevli olan İmparatora geniş yetkiler vermesidir⁷³.

Japon siyasi hayatı için ikinci dönem Japonya'nın II. Dünya savaşının ardından yeni anayasasının kabul edilmesiyle birlikte 1947 yılından başlatılan ve halen devam eden süreçtir⁷⁴. II. Dünya Savaşı başladığı yer olan Avrupa'da 5 Mayıs 1945'te sona ermesine rağmen, Hiroşima ve Nagazaki'ye atılan atom bombalarının ardından 14 Ağustos 1945'te Japonya'nın kayıtsız şartsız teslim olmasıyla tüm cephelerde sona ermiştir⁷⁵. Bu tarihten sonra ülke müttefik güçlerin işgali altına girmiştir. ABD'nin hedefi, Japonya'yı demokratikleştirerek Batılı devletler sisteminin bir parçası haline getirmektir. Yeni anayasa çalışmaları da bu kapsamda başlatılmıştır. İlk, Japon Hükümeti bünyesinde bir komisyona yeni anayasa taslağı hazırlama görevi tevdi edilmiş; komisyon Meiji Anayasasındaki benzer bir biçimde egemenliği İmparator'a veren bir sistem öngörmüştür. Bu nedenle Japonlar tarafından hazırlanan taslak işgal güçlerini hayal kırıklığına uğratmış ve İşgal Güçleri Komutanlığı

73 Büyükbaş, H. (2013). Japon Siyasal Sisteminin Gelişimi Üzerine Bir İnceleme (2003-1868), *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 28, s. 44-47.

74 Büyükbaş, H. (2013). s. 51.

75 Erhan, Ç. (1996). "Avrupa'nın İntiharı" ve İkinci Dünya Savaşı Sonrasında Temel Sorunlar, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 1-4., s. 259.

bir taslak hazırlamıştır. Bundan sonra, Japon hükümeti başlarda itiraz ettiyse de sonradan işgal kuvvetleri komutanı Amerikalı General Douglas MacArthur'un ismiyle anılan “*Japon Anayasası MacArthur Taslağı*” üzerinden çalışmalarına devam etmiş ve büyük ölçüde taslağa uygun bir anayasa hazırlamıştır⁷⁶.

Genel hatlarıyla Amerika'luların gözetiminde tamamlanmış olan bu süreç sonucu 3 Mayıs 1947 yılında yürürlüğe giren Anayasa, pek çok açıdan Amerika Anayasasını ve anayasal sistemini andırmaktaydı. Japon sistemi yeni anayasasıyla Amerikan tipi anayasa yargısını da, ABD anayasasında dahi olmayan bir açıklıkla kabul et(tiril)miştir⁷⁷. Japon hükümeti farklı bir yapı öngörmesine ve hatta İşgal Kuvvetlerinin anayasa taslağına itiraz etmek zorunda kalmasına rağmen, baskılar neticesinde ABD'nin doğrudan müdahalesiyle bu anayasayı kabul etmek zorunda kalmıştır. Benzer durum tüm mağlup devletler için belirli ölçülerde gerçekleşmiştir. Ancak bir anayasa yargısı kültürüne sahip Kıta Avrupa'sı müttefiklerin doğrudan baskılarına bu denli maruz kalmamıştır.

Anayasa yargısının dolaylı olarak kabul edilmesi ise ülkelerin gönüllü kabullerine dayanabileceği gibi, uluslararası baskılara rıza göstermeleri ile de açıklanabilir. Çoğu zaman her iki durum, baskılara rıza ile gönüllülük, birlikte var olmaktadır. Örneğin; kredi derecelendirme kuruluşları, yabancı yatırımcılara (yatırımcıların) bir ülkeye yatırım yapmalarının riskleri üzerine çalışmakta ve ülkeleri kendi tasnif sistemleri içerisinde notlayarak ayırmaktadırlar. Kredi derecelendirme kuruluşlarının bu sınıflandırma veya notlamayı yaparken başvurdukları bir kaynak da ilgili ülkedeki hukuki yapıdır⁷⁸. Yatırımcı açısından hukuki yapı evvela “mülkiyet hakkı” bağlamında öne çıkmakta; anayasa yargısı tüm haklar açısından olduğu gibi bu hak için de etkin bir korumayı vadettiği

76 Tonami, K. (2010). İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönemde Japonya'da Anayasacılığın Gelişimi, *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim, 19-20 Mart 2010 Uluslararası Sempozyum*, çev. Kontacı, E., Ed. Ergül, O. Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 214.

77 Anayasa'nın Yüksek Mahkeme'nin (Supreme Court) görevlerini düzenleyen 81. maddesi şu şekildedir:

Madde 81 — Yüksek Mahkeme son merci mahkemesidir ve bütün kanun, tüzük, yönetmelik veya idari muamelelerin Anayasaya uygunluğu hakkında karar vermek selâhiyetini haizdir.

Erginay, A. (1950). Yeni Japon Anayasası (1), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1-2, s. 503. ss. 494-506. (Yazar İtalyanca'dan çevirmiştir)

Ayrıca mahkemenin üye seçimi de ABD anayasasından esinlenerek hazırlanmıştır.

78 Gülmez, A. (2015). “Uluslararası Derecelendirme Kuruluşlarının Türkiye Uygulaması”, *PESA Rapor* s. 5.

https://docs.wixstatic.com/ugd/b39479_575fb213161145cdb9f8a1d4d2b83679.pdf (erişim tarihi: 15.09.2017)



için küresel yatırımcıyı çekmek isteyen devletler anayasa yargısına sistemlerinde yer vermektedirler.

Ekonomik açıdan diğer boyut ise ekonominin küreselleşmesi ile ulusal hukuk arasındaki etkileşimden doğmaktadır. Küreselleşme sonrası sermaye en çok kazanacağı mecraya yönelirken, ulusal düzenlemeleri kendilerine ayak bağı olarak görmeye başlamıştır. Bu da ulusal mevzuatların etkinliğinin ve gücünün azalması; NAFTA, NATO, IMF, Dünya Bankası, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası veya ulus-ötesi organizasyonların ulusal hukuk bağlamında gücünün artması sonucunu doğurmuştur⁷⁹. Küreselleşmenin etkisiyle siyasi karar alma süreçlerinde olduğu gibi hukuk yapımında da sermayeyi gözeten ulus-üstü ve uluslararası kuruluşların önceden belirledikleri politikaları uygulamayı ülkelerinin ekonomik istikbali için belirli ölçülerde kabul ettikleri bir sistem ortaya çıkmıştır⁸⁰.

Avrupa Topluluğunun, Güney Avrupa'da demokrasinin konsolidasyonunda oynadığı rol de uluslararası ortamın ve dış faktörlerin, otoriter rejimlerden demokrasiye geçişteki etkisine örnek olarak gösterilebilir. İspanya, Portekiz ve Yunanistan demokrasinin kurulmasını Avrupa Topluluğu üyeliğinin ekonomik yararlarının ön şartı olarak görmüş aynı zamanda demokrasinin istikrarı açısından da bu üyeliği önemsemişlerdir⁸¹. Ekonomi, ülkelerin anayasal tercihlerini derinden etkilerken, küreselleşme çağında anayasa yargısına ilgi de ekonomik menfaatleri koruma potansiyeline binaen artış göstermiştir.

Avrupa Birliği başta olmak üzere sair birlik veyahut ekonomik topluluklar da üyelerinde belirli koşulları gerçekleştirme şartları aramakta, bu kapsamda üyelik başvurusunda bulunan ülkelere tavsiyeler sunmaktadırlar. Ayrıca AB örneğinde olduğu gibi birlik/topluluk, belirli periyotlarla ilerleme raporları hazırlayarak ülkelerin üyelik için sağlamaları gereken hukuki ve siyasi gerekliliklere dikkat çekmektedirler. Türkiye'den

79 Yüksel, M. (2000). Küreselleşme ve Bölgesel Entegrasyon Sürecinde Ulusal Hukuk, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2000, S. 4., s. 80.

80 Küreselleşmenin ekonomik boyutunun hukuku etkilemesini Perçin şöyle aktarmaktadır: *"... ulus devletlerin ekonomileri, ulusal egemenliğe dayalı hukuk normları ile şekillenmiş bulunmaktadır. Oysa küreselleşme, ulusal ekonomileri küresel ekonomiye entegre olma yolunda zorlamaktadır. Bu entegrasyonun aracı ise doğal olarak hukuktur. Dolayısıyla, küreselleşmenin hukuka etkisi, ulusal ekonomilerin küresel ekonomiye entegre olması için gerekli olan alanları, hatta kimi zaman bazı alanlardaki konuları, ön plana çıkarmak şeklinde somutlaşmaktadır."*

Perçin, Ö. (2010). Ekonomi Hukuku: Hukukun Sınıflandırılmasında Paradigma Kayması, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 59, S. 2, s. 302.

81 Özbudun, E. (1993). **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Ankara: Bilgi Yayınevi. ss. 14-15.



örnek verecek olursak, 2010 yılında yapılan anayasa değişikliklerine genişçe yer ayıran 2010 Türkiye İlerleme Raporu, Anayasa Mahkemesi kararlarına, Anayasa Mahkemesi'nin 2010 değişikliği sonrasında yeni kompozisyonuna ve Askeri hâkimlerin Anayasa Mahkemesi'nde görev yapmalarının tarafsızlık açısından olası sakıncalarına değin pek çok konuda detaylı görüşleri içermektedir⁸².

Anayasa yargısının bir ülkede benimsenmesini etkileyen son önemli faktör ise diğer devletlerin ve uluslararası kuruluşların azınlıkları koruyucu etkisine binaen anayasa yargısı konusunda ısrarcı olmalarıdır. Azınlıkların korunması maksadını diğer kurumsal düzenlemelerle gerçekleştirebilmek de mümkün olmasına rağmen, anayasa yargısının azınlıkları etkin bir şekilde korumaya ilişkin dünya çapında şöhreti bulunmaktadır⁸³. 18. yüzyıl sonlarından itibaren uluslararası toplumun dikkatini çeken azınlıklar meselesi, Versay Barış Antlaşması sonrasında azınlıkların ülke içi çoğunluk politikalarının zararlarından korunması amacıyla üzerinde hususiyetle durulan bir konu haline gelmiştir. Bu kapsamda azınlıklar en etkin şekilde "yargısal koruma"yla korunabilmektedir⁸⁴. Uluslararası toplum, anayasa yargısının bu işlevinden hareketle ulus-devletlerde yer alması gereken önemli bir tedbir olarak anayasa yargısının devletlerde yer almasını savunmaktadır.

SONUÇ

Anayasa Yargısı yaklaşık otuz yıldır altın çağını yaşamaktadır. İktidarı sınırlama hedefine odaklanarak hukuk devleti ilkesini egemenlik sahasında hayata geçirmeye çalışan devletler, kanunların anayasaya uygunluğu denetimine sistemlerinde yer vermektedir. Çağımızda anayasa yargısı işlevsel olarak iktidarı sınırladığı halde ortaya çıkışı hemen her coğrafyada farklılık arz etmektedir. Gerçekten, anayasa yargısının benimsenmesi aşamasında ülke örneklerine bakıldığında tablo şaşırtıcı derecede farklı deneyimleri içermektedir.

82 Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu, s. 13.

http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf

(erişim tarihi: 15.09.2017) AB önemli gördüğü mahkeme kararlarına dahi ilerleme raporlarında yer vermektedir.

83 Sandalow, T. (1977). "Judicial Protection of Minorities", *Michigan Law Reveiw*, Vol. 75. s. 1163.

84 Cover, R. M. (1982). "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities", *The Yale Law Journal*, Vol. 91, N. 7, ss. 1297-1298.



Anayasa yargısının ortaya çıkışını açıklayan teorilerin bir kısmı yalnızca normatif gerekliliklere odaklanırken, diğer bir kısmı ampirik verilerle teorilerini desteklemiş veyahut bu verilerle sair teorilerin anayasa yargısının doğuşunu yeterince açıklayamadığını iddia etmiştir. Yine bu yaklaşımlardan bir kısmı yalnızca belirli ülke veya bölgede ortaya çıkan anayasa yargısı modellerini açıklamaya çalışırken, diğer bir kısmı ise yalnızca belirli bir dönemde ortaya çıkan anayasa yargısı modellerini gerekçelendirmeye özgülenmiştir. Ancak bir ülkeyi analiz ederken burada ele almaya çalıştığımız teorilerin yalnızca biri açıklamaya yetmeyebilmekte veyahut da hegemonik koruma tezinde görüldüğü üzere bir dönemi açıklayabilirken sonraki dönemleri açıklamakta yetersiz kalabilmektedir. Bunların yanı sıra anayasa yargısının tüm dünyada geniş kabul görürken gerek küreselleşme gerekse de uluslararası ve ulus-ötesi kuruluşların devletler üzerinde etkinliğini giderek arttırması da pek çok teorinin iç içe geçtiğini göstermektedir.

Anayasa yargısı anayasanın üstünlüğü ve anayasacılığın doğal bir neticesi olarak görülse de burada derlemeye çalıştığımız gerekçeler dikkate alındığında anayasa yargısının doğuşunun aslında altında yatan nedenlerin farklılık arz ettiği ortaya çıkmaktadır. Kuşkusuz birkaç başlık yalnızca bu iki gerekçeyi gerçekleştirme amacına yönelmiş olarak görülebilir. Fakat ampirik verilerin tamamının sınırlı iktidar idealini gerçekleştirmek olarak okunamayacağı da açıktır.

Anayasa yargısının iktidarı sınırlandırdığı en azından sınırlandırma potansiyeli barındırdığı olgusu karşısında, anayasa yargısının varlığını çoğunlukçu demokrasi karşısında çoğulcu demokrasinin zaferi olarak addetmek yanıltıcı olacaktır. Her ülke veya coğrafya kendi içerisinde farklı gerekçelerle bu sisteme yer vermeye karar vermiştir veya uluslararası talep ve baskılar neticesinde verdirilmiştir. Ülke tecrübeleri derinlemesine incelendiğinde karşılaşılan bu tablo yine de anayasa yargısının işlevini yerine getiremeyeceği şeklinde okunamaz. Kurumun ortaya çıkışı ile zaman içerisinde orijinal fonksiyonuna dönmesi arasında kimi örneklerde uzun kimilerinde ise nispeten daha az süre yeterli olabilmektedir. Kimi örneklerde ise anayasa yargısının benimsenmesinin ardından yüksek mahkemelerin anayasa yargısı fonksiyonu yerine getirmesi dalgalı bir seyir izlemiştir.

Şu halde uzaktan bakıldığında anayasa yargısının hemen her coğrafyada benzer işlevi yerine getirdiği sonucuna ulaşmak mümkünse de, ilgili örnekler derinlemesine incelendiğinde farklı doğuş hikâyelerine sahip oldukları ortaya çıkmaktadır.



KAYNAKLAR

AKBAY, M. (1947). "Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV., S. 1-4. ss. 29 – 47.

ARAL, V. (1978). **Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

ARSLAN, Z. (2008). **Anayasa Teorisi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ATAY, E. E. (2009). "Anayasa Yargısı Kıta Avrupa Modeli" **Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan**, (der. Ünal, M. ve diğerleri), Ankara: Seçkin Yayınları. ss. 1077-1109.

BARIN, T. (2014). **Türkiye'nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi**, İstanbul: XII Levha Yayınları.

BARIN, T. (2015). AYM 'Kırmızı Kitap'a mı yoksa 'Anayasa'ya mı uymalı?, **Serbestiyet**, 23.07.2015.

BARIN, T. (2016), **Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

BERNSTORFF, J. V. ve Dunlap, T. (2010). **The Public International Law Theory of Hans Kelsen**, New York: Cambridge University Press.

BÜYÜKBAŞ, H. (2013). "Japon Siyasal Sisteminin Gelişimi Üzerine Bir İnceleme (1868-2003)", **Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 28, ss. 43-73.

COVER, R. M. (1982). "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities", **The Yale Law Journal**, Vol. 91, N. 7, ss. 1287-1316.

ÇAĞLAR, B. (1988). "Yeni Anayasacılık" Üzerine Notlar, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, C. 9, S. 1-3. ss. 29-42.

ÇINAR M. (2006). "Kültürel Yabancılaşma Tezi Üzerine", **Toplum ve Bilim**, S. 105, ss. 153-165.

DİCEY, A. V. (1982). **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, (ed. Michener, R. E.), Indianapolis: Liberty Fund Publications.

DOEHRİNG, K. (2002). **Genel Devlet Kuramı**, (çev. Mumcu, A.) Ankara: İnkilap Kitabevi.

ERDOĞAN, M. (2012). **Anayasal Demokrasi**, 9. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi.



ERGİNAY, A. (1950). “Yeni Japon Anayasası (1)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1-2, ss. 494-506

ERGÜL, O. (2007). **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara: Adalet Yayınevi.

ERHAN, Ç. (1996). “Avrupa’nın İntiharı” ve İkinci Dünya Savaşı Sonrasında Temel Sorunlar, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 1-4., ss. 259-273.

GİNSBURG, T. (2003). **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**, New York: Cambridge University Press.

GİNSBURG, T. (2008). “The Global Spread of Constitutional Review”, **The Oxford Handbook of Law and Politics** (Ed. Whittington, K. E.; Kelemen, R. D.; Caldeira, G. A.) New York: Oxford University Press, ss. 81 – 98.

GÖNENÇ, L. (2006). “2000’li Yıllarda Merkez-Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek”, **Toplum ve Bilim**, S. 105, ss. 129-152.

GÖNENÇ, L. (2008). “Ortaçağ Avrupası’nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri”, **Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan**, Cilt II: Siyaset Bilimi, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 267 – 292.

GÜLENER, S. (2012). **Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu**, İstanbul: XII Levha Yayınları.

GÜLMEZ, A. (2015). **Uluslararası Derecelendirme Kuruluşlarının Türkiye Uygulaması**, PESA Rapor.

GÜLSOY, M. T. (2007). **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, Ankara: Yetkin Yayınları.

GÜRİZ, A. (2003). **Hukuk Felsefesi**, Ankara, Siyasal Yayınevi.

HEPER, M. (1985). **The State Tradition in Turkey**, England: The Eothen Press.

HİRSCHL, R. (2000). “The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions”, **Law and Social Inquiry**, Vol. 25. S. 93, ss. 91-151.

HİRSCHL, R. (2004). “The Political Origins of the New Constitutionalism”, **Indiana Journal of Global Studies**, Vol. 11, Issue 1, ss. 71-108.



HİRSCHL, R. (2004). **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of The New Constitutionalism**, Massachusetts: Harvard University Press.

HİRSCHL, R. (2005). Preserving Hegemony? Assessing the Political Origins of the Eu Constitution, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 3 Issue 2/3, ss. 269-291.

HİRSCHL, R. (2009). "Juristocracy vs. Theocracy: Constitutional Courts and the Containment of Sacred Law", **Middle East Law and Governance: An Interdisciplinary Journal**, Vol. 1. ss. 129-165.

HİRSCHL, R. (2014). **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**, Oxford: Oxford University Press.

KABOĞLU, İ. Ö. (1994). **Anayasa Yargısı**, Ankara: İmge Kitabevi.

KALAYCIOĞLU, E. (1994). "Elections and Party Preferences in Turkey: Changes and Continuities in the 1990's", **Comparative Political Studies**, Vol. 27, No. 3, ss. 402-424.

KELSEN, H. (2005). **Pure Theory of Law**, İngilizceye çev. Knight, M., New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd.

KEYMAN, S. (1978). "Hukuki Pozitivizm", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 35. S. 1-4. ss. 17-56.

KEYMAN, S. (1981). **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, Ankara: Doruk Yayınları.

KÖKER, L. (2008). "Kanunilik ve Meşruluk: Türk Hukuk Kültüründe Eleştirel Bir Yaklaşım İçin Notlar." **Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan**, cilt I: Siyaset Bilimi, (Ed. YAZICI, S., GÖZLER, K., KEYMAN, F.), Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 329 – 345.

LÜTEM, İ. (1951). "Cihanşümul bir Federalizm'in Şartları ve Güçlükleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8., S. 1, ss. 304-353.

MAGARIAN, G. P. (2001). "Toward Political Safeguards of Self-Determination", **Villanova Law Review**, Vol. 46, No. 6, ss. 1219-1258.

MARDİN, Ş. (2004). "Türk Siyasetini Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri" (çev. GÖREN, Ş.) **Türkiye'de Toplum ve Siyaset**, (der. TÜRKÖNE M. ve ÖNDER, T.), 12. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, ss. 35-77.



MARDİN, Ş. (2007). **Türkiye’de Gençlik ve Şiddet, Türk Modernleşmesi**, (Der. TÜRKÖNE M. ve ÖNDER, T.), İstanbul: İletişim Yayınları.

ÖZBUDUN, E. (1976). **Social Change and Political Participation in Turkey**, Princeton: Princeton University Press.

ÖZBUDUN, E. (1993). **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Ankara: Bilgi Yayınevi.

ÖZBUDUN, E. (2005). “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, **Demokrasi ve Yargı**, (ed. Ergül, O.) Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, ss. 336-352.

ÖZBUDUN, E. (2014). **Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri, Türkiye’de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

ÖZBUDUN, E. (2015). **Anayasalcılık ve Demokrasi**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

PERÇİN, Ö. (2010). “Ekonomi Hukuku: Hukukun Sınıflandırılmasında Paradigma Kayması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 59, S. 2, ss. 277-308.

RAZ, J. (2013). “Kelsen’in Temel Norm Kuralı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (çev. CEYLAN, Ş. Ş.), C. 62, S. 4, ss.1169 – 1193.

SADURSKİ, W. (2002). “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 22, No. 2, ss. 275-299.

SANDALOW, T. (1977). “Judicial Protection of Minorities”, **Michigan Law Reveiw**, Vol. 75. ss. 1162-1195.

SHİLS, E. (2002). “Merkez ve Çevre”, **Türkiye Günlüğü**, (çev. ÇELİKKAYA, Y. Z.), Sayı: 70, ss. 86-96.

STONE SWEET, A. (2000). **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**, New York: Oxford University Press.

TEZİÇ, E. (1991). **Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları.

TONAMİ, K. (2010). **İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönemde Japonya’da Anayasacılığın Gelişimi, Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim**, 19-20 Mart 2010 Uluslararası Sempozyum, (çev. KONTACI, E.), (Ed. ERGÜL, O.), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, ss. 211-239.

TOSUN, T. (1999). **Türk Parti Sisteminde Merkez Sağda ve Merkez Solda Parçalanma**, İstanbul: Boyut Kitapları.



TROPER, M. (2003). "The Logic of Justification of Judicial Review", **International Journal of Constitutional Review**, Vol. 1, No. 1, ss. 105 – 108.

TUNÇ, H. (1997). **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetim Kapsamı ve Organları**, Ankara: Yetkin Yayınları.

TURHAN, M. (1995). "Anayasalcılık ve Kuvvetler Ayrılığı", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 2. Kitap, Haz. Ökçesiz, H., İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, ss. 106-114

TURHAN, M. (2006). "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletinde İşlevi ve Meşruluğu", **Anayasa Yargısı İncelemeleri**, (der. Turhan, M. ve Tülen, H.) Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları. ss. 41-69.

TURHAN, M. (2007). "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı" **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 62., S. 3., ss. 379-404.

TURHAN, M. (2015). "Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa", **Haşim Kılıç'a Armağan**, (der. ÇOBAN, A. R. vd.) C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları. ss. 349-384.

ULUSOY, D. Ç. (2015). "Federal Sistemlerde Hükümetlerarası Eğilimler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 4., ss. 1071-1112.

ULUŞAHİN, N. (2008). "Anayasa Yargısının Meşruluğu: J. Waldron Karşısında R. Dworkin", **Aydınlanma ve Hukuk: Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye'de Hukuk**, (Yayıma Haz. KÖKER, L.) İstanbul: Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, ss. 106-118.

UYGUN, O. (2007). **Federal Devlet Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği**, 3. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

YAZICI, S. (2015). "Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü", **Haşim Kılıç'a Armağan**, der. ÇOBAN, A. R. vd. C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss. 385-413.

YÜKSEL, M. (2000). **Küreselleşme ve Bölgesel Entegrasyon Sürecinde Ulusal Hukuk**, Ankara Barosu Dergisi, S. 4., ss. 77-90.

YOO, J. C. (1998). "Judicial Review and Federalism", **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol. 22, s. 197, ss. 197-205.

YOO, J. C. (1996). "The Judicial Safeguards of Federalism", **Southern California Law Review**, Vol. 70 ss. 1311-1406.



ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Bireysel Başvuru Kararları:

Anayasa Mahkemesi Başvuru Numarası: 2012/1272 Karar Tarihi: 04.12.2013

Anayasa Mahkemesi Başvuru Numarası: 2014/3986 Karar Tarihi: 02.04.2014

Anayasa Mahkemesi Başvuru Numarası: 2015/18567 Karar Tarihi: 25.02.2016

İptal/İtiraz Kararları:

Anayasa Mahkemesi 13/7/2015 Tarih, 2014/88 Esas, 2015/68 Karar sayılı karar

Anayasa Mahkemesi 12/10/2016 Tarih, 2016/166 Esas, 2016/159 Karar sayılı karar



ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN ONAYLANMASINI UYGUN BULAN KANUNLARIN İPTALİ İSTEMLERİ HAKKINDA TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TUTUMU

*(The Attitude of Turkish Constitutional Court as to the Repeal of Laws
Approving International Treaties)*

Sezai ÇAĞLAYAN¹
Firdes YÜZBAŞI²

ÖZ

Uluslararası hukukun temel kaynaklarından biri mahiyetindeki antlaşmaların, iç hukuka etkileri bağlamında kabul edilmiş tek bir uygulama yoktur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi'nde, uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunun belirtilmesine rağmen, aynı madde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmalar aleyhine, anayasaya aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağını belirterek antlaşmalara ayrı bir önem atfetmiştir. Anayasanın bu emredici hükmünden dolayı, antlaşmaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi doğrudan yapılamayıp, antlaşmaları uygun bulan yasalar üzerinden dolaylı bir denetim söz konusudur. Mahkeme'ye, uygun bulma kanunları aleyhine açılan davalara bakıldığında, Mahkeme'nin, söz konusu uygun bulma kanunlarını, Anayasa'nın kendisine verdiği yetkiler dâhilinde, şeklen inceleme yoluna gittiği, antlaşma metnine müdahale edecek bir tutumdan kaçındığı görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası hukuk, uluslararası antlaşmalar, 1982 Anayasası, Uygun bulma kanunu, Anayasa Mahkemesi

ABSTRACT

There is no a single implementation as to the impacts of international treaties, which are one of main sources of international law, on domestic laws. Article 90 of the Constitution of the Republic of Turkey states that

- 1 19 Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Bilim Dalı Araştırma Görevlisi ♦ sezaicglyn@gmail.com
- 2 19 Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi ♦ firdesyuzbasi@hotmail.com



international treaties have the force of law although the same article attaches particular importance to international treaties by saying that “no appeal to the Constitutional Court shall be made with regard to these agreements, on the grounds that they are unconstitutional”. Due to this mandatory regulation, constitutionality of international treaties cannot directly be made. Instead, it can indirectly be realised over the laws approving treaties. When the case law of the Turkish Constitutional Court is viewed, it is seen that the Court has conducted procedural audits and has abstained from an interventionist attitude.

Keywords: International law, international treaties, the Constitution of 1982, approving law, Constitutional Court

GİRİŞ

Uluslararası antlaşmalar, devletlerarası ilişkilerin düzenlenmesinde önemli bir yere sahip olup, bu sebepten mütevellit de uluslararası hukukun kaynakları arasında ilk sırada yer almaktadır. İki veya çok taraflı olarak düzenlenen antlaşmaların, ulusal hukuk düzenleri nezdinde ifade ettiği anlam da, bir devletten diğerine farklılık göstermektedir. Kimi ulusal hukuk düzenleri uluslararası hukuk ile ulusal hukukun vazgeçilmez birliğinden bahsederken, kimileri de bu iki hukuk düzenini ayrıık iki düzen olarak görmektedirler. Türk hukuk düzeni açısından bakıldığında, uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisi içerisinde nerede bulunduğu ve buradan hareketle, Türk hukuk düzeni ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkinin boyutu, üzerinde uzlaşılabilen konulardandır.³Anayasa'nın 90. maddesi'nde, uluslararası antlaşmalara ilişkin olarak “...Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” hükmünün yer alması söz konusu tartışmayı antlaşmalara lehine çevirse de, konu tam olarak netleşmiş değildir. Anayasada bu tarz bir hükmün varlığı, uluslararası antlaşmaların, gerek yürürlüğe girmeden gerekse girdikten sonra anayasaya uygunluk denetimlerinin yapılmasına engel teşkil etmektedir.⁴Antlaşmaların denetiminin mümkün olmaması durumu, geriye ilgili anlaşmayı uygun bulan kanunun denetiminin yapılması seçeneğini bırakmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaları uygun bulan yasalar aleyhine açılan iptal davalarında, Anayasa

3 TUNÇ Hasan, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 17, Ankara, 2000.

4 TUNÇ, s. 182.



Mahkeme'nin tutumunu incelemektir. Anayasa tarafından Mahkeme'ye tanınan yetkiler ve uluslararası antlaşmaların anayasadaki durumları göz önüne alındığında, Mahkeme, uluslararası antlaşmaları uygun bulan kanunların içeriğini denetlemekten kaçınmıştır. Mahkeme, söz konusu uygun bulma yasalarının içeriğinin denetlenmesinin, antlaşmanın denetlenmesi anlamına geleceğini belirterek, ilgili yasaları şekil açısından denetlemiş ve bir yerindelik denetimi yapmaktan uzak durmuştur.

Çalışma, uluslararası antlaşmalar özelinde uluslararası hukuk ile iç hukuk ilişkisi hakkında genel bir durum analizi ile başlayarak, Türk hukuk düzeninin uluslararası hukuk karşısındaki konumunun incelenmesiyle devam edecektir. Daha sonra, Anayasa Mahkemesi'nin faaliyete başladığı dönemde var olan 1961 Anayasası ile hâlen yürürlükte olan 1982 Anayasası'nda uluslararası antlaşmaların durumu tartışılacaktır. Son olarak da, Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası antlaşmaların uygun bulunması için çıkartılan uygun bulma kanunları aleyhine Mahkeme'ye açılan davalar ve Mahkeme'nin kararları incelenecektir.

I. ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN İÇ HUKUKTAKİ ETKİLERİ BAĞLAMINDA ULUSLARARASI HUKUK İÇ HUKUK İLİŞKİSİ

Uluslararası Adalet Divanı (UAD) statüsünün otuz sekizince maddesinde belirtildiği üzere, uluslararası antlaşmalar, uluslararası hukuk bağlamında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde açık bir şekilde birincil kaynak olarak kabul edilmiştir.⁵ Lakin uluslararası hukuk disiplininin doğası gereği kendisine yöneltilen eleştiriler, disiplinin gerçek bir hukuk dalı olup olmadığı üzerinde uzunca bir süre yoğunlaşmış olmasına rağmen yeknesak bir sonuca varılamamıştır.⁶ İç hukukta devletin düzenleyici ve kural koyucu bir güç olarak var olmasına karşılık, uluslararası hukukta devletler üzerinde düzenleyici kural koyma yetkisine sahip bir otoritenin olmaması, mevcut eleştirilerin temel argümanını oluşturmaktadır.⁷ Bununla birlikte, kuralların iç hukuk düzeninde belirli bir otorite tarafından uygulanması ve yine başka belirli bir otorite tarafından da yargısal denetiminin yapılması durumu uluslararası hukuk için geçerli olmayan durumlardır.⁸ Bu gibi temel

5 Bkz. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü Md. 38

6 GOLDSMITH Jack, LEVINSON Daryl, "LawForStates: International Law, ConstitutionalLaw, PublicLaw", *Harvard Law Review*, S. 7, ABD, 2009, s.1803.

7 PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015,s.9.

8 PAZARCI, s. 9.



eleştirilerden hareketle, devletlerarası ilişkileri düzenleyen uluslararası hukuk⁹ ile devletin içinde bireylerin kendi aralarındaki ve bireylerle idari merciler arasındaki ilişkileri düzenleyen iç hukuk¹⁰ arasındaki ilişkiye dair de kabul edilmiş tek bir görüş bulunmamaktadır.

Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkinin belirlenmesi, uluslararası antlaşmaların iç hukukta ne derece uygulanabileceğine de ışık tutmaktadır. Bu noktada, uluslararası hukuk ile iç hukukun radikal bir şekilde birbirlerinden ayrı olduklarını savunan düalist (ikici) görüş ile bu ikisinin aynı hukuk sisteminin birer parçaları olduğunu savunan monist (tekçi) görüş bulunmaktadır.¹¹ Düalist teoriye göre, uluslararası hukuk ve iç hukuk sistemlerinin kuralları ayrı bir şekilde ve birbirleri üzerinde etkili olmayacak şekilde mevcuttur.¹² Alman hukukçu Triepel'in temsilciğini yaptığı düalist görüş, bu iki disiplinin temelde temsil ettikleri gruplar bakımından bir farklılığa sahip olduğunu belirtir ve iç hukuku belirli bir milletin hukuku olarak tanımlarken, uluslararası hukuku uluslararası toplumun hukuku olarak ifade eder.¹³ Bu görüşü savunanların, bu iki hukuk dalının birbirinden ayrı olduğu yönünde ileri sürdükleri ikinci argüman ise disiplinlerin kaynaklarıdır. Öyle ki, uluslararası hukukta kurallar bağlayıcılığını *pacta sunt servanda* yani ahde vefa ilkesine dayandırırken, iç hukukta yasa koyucunun iradesi kuralların bağlayıcılığında yegâne söz sahibidir.¹⁴

Uluslararası hukuk ve iç hukuku, düalist görüşün aksine, ayrılmaz bir hukuk düzeninin iki önemli bileşeni olarak kabul eden monist teori, bu ilişki bağlamında iki alternatifi öne sürmektedir; uluslararası hukukun iç hukuka üstün olması durumu veya iç hukukun uluslararası hukuka üstün olması durumu.¹⁵ Uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü kabul eden çoğu moniste göre, uluslararası hukukun tüm kuralları iç hukuk kurallarından üstündür ve bir uluslararası hukuk kuralı ile iç hukuk kuralı arasında uyumsuzluk olması durumunda uluslararası hukuk kuralı

9 ÇAKMAK Cenap, **Uluslararası Hukuk Giriş, Teori ve Uygulama Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2014, s.7.

10 N. SHAW Malcolm, **International Law**, 5. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, , s.121.

11 LAUTERPAHT Hersch, **International Law**, Cambridge University Press, London, 1978, s. 216-217.

12 SHAW, s.122.

13 ÖZKAN Işıl, "Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkileri", **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, S. Özel Sayı (Armağan), İstanbul, s. 2129.

14 PAZARCI, s. 19.

15 EMILIAN Ciongaru, "The Monistic and the Dualistic Theory in European Law", **George Bacovia University Publishing**, S. 1, Romania, 2012, s. 216.



uygulanır.¹⁶ Uluslararası antlaşmalar açısından ise Monist teori, usulüne göre kabul edilen veya hükümlerine rıza gösterilen bir uluslararası antlaşma, söz konusu devlet için doğrudan iç hukukta uygulanabilir hâle gelir ve yerel mahkemeler doğrudan bu antlaşma hükümleriyle bağlı olurlar.¹⁷ Uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü kabul eden önemli düşünürlerden biri de, uluslararası antlaşmaları *pact sunt servanda* ilkesine dayandıran Hans Kelsen'dir¹⁸

Uluslararası antlaşmaların konumlarının net bir şekilde kavranabilmesi adına, uluslararası hukuk ve iç hukuk ilişkisinin teorik çerçevesinin çizilmesinin ardından, Türkiye özelinde teorik çerçevenin pratikte gösterilmesi, çalışmanın ana temasının anlaşılabilmesi için gereklidir.

II. TÜRK HUKUK DÜZENİ VE ULUSLARARASI HUKUK

Önceki bölümdeki tartışmaya paralel bir şekilde, uluslararası hukuk ile iç hukuk ilişkisinde, hiyerarşik olarak hangisinin önce geldiğine ilişkin sorunun, diğer sistemlerde olduğu gibi Türk hukuk düzeninde de tam olarak açıklığa kavuştuğu söylenemez.¹⁹ Bu iki hukuk düzeni arasındaki ilişkinin belirsizliği söz konusu hukuk düzenlerinin kaynaklarına da yansımaktadır.²⁰ Uluslararası antlaşmaların Türk hukuk düzeni içindeki durumlarının incelendiği bölümde daha ayrıntılı görülecek olmakla birlikte, Can'ın da belirttiği gibi, Türk hukuk düzeninin uluslararası antlaşmalara yaklaşımı noktasında hangi görüşe yakın olduğunu belirlemek kolay değildir.²¹ Her ne kadar Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, uluslararası antlaşmaların bir takım koşullar çerçevesinde kabul edilebileceğini belirtmişse de, bu açık bir şekilde Türkiye'nin monist ülkeler kümesine dâhil olduğunu göstermez.²²

Yüzbaşıoğlu'nun da aralarında bulunduğu bazı yazarlar, Anayasa'nın 90. Maddesine atıfla, usulüne göre yürürlüğe girmiş bir uluslararası antlaşma için iç hukukta ilave bir düzenleme yapılmasının

16 OLOWU Dejo, **International Law: A Text Book Forthe South Pasific**, CD Publishing, Washington, 2010, s. 108.

17 OLOWU, s. 108.

18 PAZARCI, s. 20.

19 ALTUNDIŞ Mehmet, "Anayasasının 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümler Birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yargı Yolu Açılabilir mi?", **Yasama Dergisi**, S. 2, Ankara, 2006, s. 76.

20 ALTUNDIŞ, s. 77.

21 CAN Hacı, "Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı", **Yasama Dergisi**, S.2, Ankara, 2009, s. 14.

22 CAN, s. 14.



gerekmediğini belirterek, Türk hukuk düzeninin monist yapıda olduğunu savunmaktadırlar.²³ Lakin uluslararası antlaşmaların uluslararası alanda yürürlüğe girmeleri durumu, Türk hukuk sistemine dâhil edilebilmelerinin bir şartı olmakla birlikte, yegâne şartı kesinlikle değildir.²⁴ Türk hukuk düzeninin uluslararası hukuka bakışını ele aldıktan sonra, uluslararası antlaşmaların Türk hukuk düzenindeki yeri ve Türk hukuk düzenine entegre edilmeleri meselesi takip eden başlık altında incelenecektir.

III. ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN TÜRK HUKUK DÜZENİNDEKİ YERİ

Uluslararası antlaşmalara taraf olma, onaylama ve söz konusu antlaşmaların yürürlüğe girmesi konusu iç hukukumuzda, Cumhuriyet'in kabulü ile başlayan bir durum olmayıp, söz konusu uygulamalar, Osmanlı Devleti döneminde de görülebilen hususlar olup gerek 1876 Kanun-u Esasi'de gerekse ikinci meşrutiyet dönemindeki düzenlemelere tabi olmuştur.²⁵ Lakin uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğu durumu ve yargısal denetimi, Türk Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasıyla birlikte söz konusu olmasından dolayı, Osmanlı Devleti dönemindeki ve de 1921, 1924 Anayasalarındaki durumlara burada yer verilmeyecektir.

A. 1961 Anayasası Dönemindeki Düzenlemeler

Uluslararası antlaşmaların iç hukukumuza etkisi bağlamında, yukarıda bahsi geçen dönemde, ilk düzenleme 1961 Anayasası'nın 65. ve 97. maddelerinde vücut bulmuştur. 65. madde,

“Türkiye Cumhuriyet adına yabancı Devletlerle ve milletlerarası kurullarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

İktisadî, ticarî veya teknik münasebetleri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme gerektirmemek, kişi hâllerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayınlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde, bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan iktisadî, ticarî, teknik veya idarî

23 ALTUNDIŞ, s. 76-77.

24 CAN, s. 18.

25 DOĞAN İlyas, *Devletler Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2010, s. 97.



antlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan iktisadî, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk Kanunlarına değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasına 1 inci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”

Hükmü ile uluslararası antlaşmaların iç hukuka geçirilmesi sürecine değinirken; 97. madde ise “Cumhurbaşkanı milletlerarası antlaşmaları onaylar ve yayımlar” hükmü ile onay merciinin kim olduğunu belirtmiştir.

1961 Anayasası döneminde, uluslararası antlaşmaların imza ve onay süreçlerine ilişkin anayasa hükümleri dışında, iki önemli yasa mevcuttur. Bunlar sırasıyla, 31 Mayıs 1963 tarih ve 244 sayılı “Milletlerarası antlaşmaların yapılması, yürürlüğü ve yayımlanması ile bazı antlaşmaların yapılması için bakanlar kuruluna yetki verilmesi hakkında kanun”²⁶ ile 5 Mayıs 1969 tarih ve 11,73 sayılı “Milletlerarası münasebetlerin yürütülmesi ve koordinasyonu hakkında kanun”²⁷ dur.

Uluslararası antlaşmaların iç hukuka etkisi bağlamında gerçekleştirilen yukarıdaki düzenlemeler sonrası, antlaşmaların imza-onay ve yürürlüğe girme süreçleri ile iç hukukumuzdaki yeri konusunda doktrinde görüş birliğine varılamamış olup, konu tartışmalara neden olmuştur.²⁸ Ayrıca, 1961 Anayasasında uluslararası antlaşmalarla ilgili hükümler içeren 65. madde hakkında da önemli eleştiriler bulunmaktadır. Toluner’e göre 65. madde, kendi içinde tutarlı olmayan, iyi hazırlanmamış, yürütme lehine kuvvetler ayrılığı prensibini zedeleyecek olan veya değiştirilmemesi hâlinde uluslararası ilişkileri sekteye uğratabilecek mahiyette bir maddedir.²⁹ İki hukuk düzeni arasındaki ilişki ve bunun iç hukuk düzenindeki etkilerinin tartışılabilmesi için 1982 Anayasası dönemindeki yasal düzenlemelerin de bilinmesi yerinde olacaktır.

26 Bkz. R.G. 11/6/1963, Sayı: 11425.

27 Bkz. R.G. 17/5/1969, Sayı: 13201. ARMAĞAN Servet, “1982 Anayasası’nda Uluslararası Antlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S.17, Ankara, 2000, s. 342.

28 Ayrıca Bkz. BAŞLAR Kemal, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni”, *Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan*, S.1-2, Ankara, 2004, s. 3.

29 TOLUNER Sevin, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1973. BAŞLAR, 2004, s. 4.



B. 1982 Anayasası Dönemindeki Düzenlemeler

Uluslararası antlaşmaların iç hukukumuza etkisi bağlamında 1961 Anayasasının 65. ve 97. maddelerindeki hükümler, 1982 Anayasası'nın, sırayla 90. ve 104/b-5'inci maddelerinde kendilerine yer bulmuşlardır.³⁰ 1982 Anayasasının 90. maddesi, 1961 Anayasasında olduğu gibi, uluslararası antlaşmaların onaylanmasının, TBMM tarafından çıkarılacak olan bir uygun bulma kanunu vasıtasıyla mümkün olabileceğini belirtirken, aynı maddenin ikinci paragrafı, 1961 Anayasası'nın 65. maddesinde olduğu gibi, onay kanunu gerektirmeyen ikinci grup uluslararası antlaşmalara yer vermiştir. Onay kanununa gerek duyulmadan bazı uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girebiliyor olması bir takım eleştirilere neden olmuştur. Başlar'a göre bu durum, TBMM'nin devreden çıkarılması olarak nitelendirilirken,³¹ Pazarıcı da, 244 sayılı kanunun 5. ve 6. maddeleri ile bazı uluslararası antlaşmaların, Bakanlar Kurulu kararına bağlandığının altını çizmektedir.³² Görüldüğü gibi, 244 sayılı kanun, uluslararası antlaşmaların onaylanması sürecinde yetkili otoritenin kim olduğuna dair bir takım karışıklıklara neden olmuş ve parlamentonun imajını sarsmıştır. Bu düşüncüyü paylaşanlar, söz konusu kanunun yaratmış olduğu durumdan ötürü Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuşlardır.³³ Kanun aleyhine yapılan bu başvuru, çalışmanın Türk Anayasa Yargısı ile ilgili bölümünde tekrar ele alınacaktır.

1961 Anayasasının 65. maddesinde uluslararası antlaşmaların kabulüne ilişkin hükmün, 1982 Anayasasında 90. maddesinde korunsa da ileriki tarihli anayasa değişiklikleri ile maddeye yeni hükümler eklenmiştir. 2001 yılında önerilmesine rağmen 2004 tarihinde gerçekleşen anayasa değişikliği ile 90. Maddeye, Avrupa Birliği üyeliği yolunda hukuksal altyapının AB standardına çıkartılması için,

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

30 ARMAÇAN, 2000, s. 340.

31 BAŞLAR, 2004, s. 5.

32 PAZARCI, 2015, s.74.

33 Anayasa Mahkemesine başvuru usulü için bkz Anayasa md. 150: “Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması hâlinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır”



hükmü eklenmiştir.³⁴ Uluslararası antlaşmaların gerek kanun hükmünde olması, gerekse antlaşmalarla kanunlar arasında çıkabilecek durumda ne yapılması gerektiğine dair yukarıda bahsedilen anayasa hükmü ile birlikte, antlaşmaların iç hukukumuzdaki normlar hiyerarşisi içindeki yerini saptamak güçleşmiştir.³⁵ Akipek de, Türkiye'nin imza attığı uluslararası antlaşmalar ile iç hukukun bazı uyumsuzluklar yaşadığını ve dahası uluslararası antlaşmaları iç hukuka aktarma hususunda da eksiklikler bulunduğunu belirtmektedir.³⁶ Bu noktada, kurucu nitelikteki antlaşmaların doğrudan iç hukuka aktarılması hususu, Anayasa'da belirtilen Türkiye Cumhuriyeti'nin ulusal yetkilerine dâhil olan hususlarla çelişmesi durumu da söz konusu olabilir. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, antlaşmaların Türk iç hukukuna aktarımı konusundaki durumunun net olmaması hususu kolay çözüm bulacak bir mevzu gibi görünmemektedir.

1982 Anayasasının uluslararası antlaşmaların iç hukuka etkisi bağlamında doğrudan muhatap alınan 90. maddenin yanı sıra, 15, 16, 42 ve 92. maddeleri de uluslararası antlaşmalarla ilgilidir.³⁷ Anayasa'nın 15. Maddesinde "*Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması*" durumlarında uluslararası antlaşmalardan doğan sorumluluklara riayet edilmesi gerektiği belirtilirken, 16. madde "*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*" hükmüne yer vermektedir. 42. maddede, okullarda okutulacak yabancı diller ile yabancı dilde eğitim veren okulların durumunun kanunla düzenlenebileceğini fakat "*Milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır*" olduğunu belirtirken, 92. maddede ise, "*Savaş hâli ilânı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme*" durumlarında uluslararası antlaşma hükümlerine bağlılık vurgulanmaktadır.

Uluslararası antlaşmaların onanması aşamasında, Anayasa'nın 90. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere, bir onay kanununa ihtiyaç olduğu açıktır. Bu doğrultuda, gerek yasama gerekse yürütme sürece dâhil olmaktadır. Öncelikle, uluslararası antlaşmaların iç hukukta bağlayıcı olabilmesi için ilgili görüşmelerin yapılması, paraf ve imza

34 AYBAY Rona, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", **TBB Dergisi**, S.70, Ankara, 2007, s. 194.

35 AYBAY, s. 197.

36 AKİPEK Serap, "Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar İle Uyumlaştırılması Sorunu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1-4, Ankara, 1999, s. 19-20.

37 EREN Abdurrahman, "1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.3-4, Erzincan, 2004, s. 57.



süreçlerinden geçmesi gerekmektedir ve bu süreçte herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duymayan yetkili kişiler Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Dışişleri Bakanındır.³⁸ Uluslararası antlaşmaların paraflanması veya imzalanması aşamasında bu üç yetkili birim dışındaki herkesin bir yetki belgesine ihtiyacı vardır.³⁹ İlgili Anayasa hükmünde belirtilen uluslararası antlaşmalar için gerekli onay kanunu, Dışişleri Bakanlığı tarafından hazırlanır ve Meclis'in onayına sunulur.⁴⁰ Anayasa'nın 104. maddesinde de belirtildiği gibi Cumhurbaşkanı, Meclis tarafından kabul edilen bir onay kanununu onaylar ve yayımlar.

Antlaşmaların onaylanması sürecinde, yasama erkinin sürece dâhil olduğu görünse de, Bakanlar Kurulu'nun bu süreçte daha etkin olduğu açıktır. Şöyle ki, yukarıda bahsi geçen, uluslararası antlaşmaların onaylanması konusunda Bakanlar Kurulu'nu yetkilendiren 244 sayılı kanunun 4. maddesi gereği, onay için gerekli işlem ve belgelerin hazırlanmasında Dışişleri Bakanlığı yetkilidir ve ayrıca uluslararası antlaşmaların kabulü için Meclis'e sunulan onay kanununun tasarısı da Dışişleri Bakanlığı'nca hazırlanmaktadır.⁴¹ Dışişleri Bakanlığı'nca hazırlanan kanun tasarısı Bakanlar Kurulu tarafından Parlamento'nun oyuna sunulur.⁴² Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus ise, uluslararası antlaşmaların onaylanması için gerekli uygun bulma kanunu için parlamenterlerin kanun teklifinde bulunamıyor olmasıdır.⁴³ Bakanlar Kurulu takdiri ile Parlamento önüne gelen uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanun tasarıları ve ekte bulunan söz konusu antlaşma metinleri, Dışişleri Komisyonu ve ilgili diğer komisyonlarda ele alındıktan sonra Meclis Genel Kurulu'na gelir.⁴⁴ Genel Kurul'a gelen uygun bulma yasa tasarısı görüşmeleri sırasında, ilgili antlaşmanın maddeleri toplu bir şekilde oylamaya tabi olacağı gibi antlaşma maddelerinden biri veya bir kaçının tek tek oylanması durumu mümkün olmamaktadır.⁴⁵ Meclis İç Tüzüğü'nün 142. maddesi gereği, uygun bulma yasa tasarısı "*açık oylamanın zorunlu olduğu hâller*" kapsamına girer ve açık oylama usulüne göre gerçekleştirilir.

38 PAZARCI, s.71.

39 PAZARCI, s.72.

40 DOĞAN, s. 97.

41 EROL İzzet, "1982 Anayasası Döneminde Uluslararası Antlaşmaların TBMM'de Görüşülmesi ve Denetimi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.4, Ankara, 2011, s. 294.

42 AKGÜL Arif, ŞAHİNLİ Kürşad, "Türkiye'nin Taraf Olduğu, Birleşmiş Milletler Anlaşmalarının Meclis Onay Süreci: 1961, 1971 ve 1988 Uyuşturucu Konvansiyonlarının İncelenmesi", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, S. 1-31, Ankara, 2014, s. 6.

43 AKGÜL/ŞAHİNLİ, s. 6.

44 PAZARCI, s.74.

45 AKGÜL/ŞAHİNLİ, s. 6. ; PAZARCI, s.74.



Anayasası'nın 90. maddesinde bahsi geçen uygun bulma kanununa gerek duymayan uluslararası antlaşmalar, bilindiği üzere Meclis onayı gerekmeksizin yayımlanarak yürürlüğe girerler. Lakin hükümetin dış politika belirleyicisi olması hasebiyle nasıl ki bir uluslararası antlaşmanın uygun bulma kanununa tabi olacağı hükümetçe belirleniyorsa, yürürlüğe girmesi için uygun bulma kanunu gerekmeyen uluslararası antlaşmalar için uygun bulma yasa tasarısı hazırlamak ve bunların Meclis'e sevkî önünde herhangi bir engel yoktur.⁴⁶ Hükümetin uluslararası antlaşmaların onaylanma sürecine dair sahip olduğu bu takdir yetkisi, anayasaya uygunluk denetimini imkânsız kılp, siyasi denetimi tek yol olarak göstermektedir.⁴⁷ Meclis'te oylanan ve kabul edilen yasa tasarılarının uygun bulunduğu uluslararası antlaşmalar Cumhurbaşkanı'nun onayına sunulur.⁴⁸ Meclis'te kabul edilen uygun bulma yasa tasarısı ardından, Cumhurbaşkanı imzasına sunulması gereken antlaşma, Bakanlar Kurulu'nun istemesi hâlinde bekletilebilir ve süreç durdurulabilir.⁴⁹ Bakanlar Kurulu'nun bu tutumuna karşılık, Cumhurbaşkanı'nın söz konusu antlaşmayı onaylayıp onaylamaması konusundaki yetkisi tartışmalı olmakla birlikte, yaygın görüş Cumhurbaşkanı'nın antlaşmayı reddetme yetkisine sahip olduğu yönündedir.⁵⁰ Doktrinindeki bu tartışmanın, uygulamada henüz bir krize sebep olmaması, bu belirsizliğe yönelik net bir cevap bulunamaması hususunda önemli bir gerektir.

Uluslararası antlaşmaların onaylanmasında Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğu Anayasa'nın 104. maddesinde belirtilse de, Cumhurbaşkanı bu yetkisini Bakanlar Kurulu ile birlikte kullanmaktadır.⁵¹ Gözler'e göre, uluslararası bir antlaşmanın onay mercii Cumhurbaşkanı'dır, 244 sayılı kanun ile getirilen uluslararası antlaşmaların onaylanması için Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin gerekliliği usulü, 1982 Anayasası'na aykırılık teşkil etmektedir.⁵² Yukarıda da belirtildiği üzere Türk dış politikasına dair sorumluluk hükümete aittir ve cumhurbaşkanının sahip olduğu

46 EROL, s. 295.

47 EROL, s. 295.

48 ACER Yücel, KAYA İbrahim, **Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı**, 3. Baskı, USAK Yayınları, Ankara, 2013, s. 62.

49 ACER, KAYA, s. 62.

50 ACER, KAYA, s. 62. ; PAZARCI, s. 75. Pazarıcı, Cumhurbaşkanı'nın buradaki takdir yetkisinin dayanağı olarak onaylama işlemine dair, hukuk düzenimiz içerisinde aksine bir görüş bulunmamasını göstermektedir.

51 ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 229-230.

52 GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 14. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, s. 277.



onay yetkisi başbakan ve dışişleri bakanının karşı imzasına tabidir.⁵³ Uluslararası antlaşmaların yapımının dış politikaya dair siyasi bir işlem olması gerçeğinden hareketle, Erdoğan, uluslararası antlaşmaların onaylanması aşamasında Meclis'in de bir bakıma "politik" bir yetkisinin olduğunu belirtmektedir.⁵⁴

Uluslararası antlaşmalar için Parlamento tarafından oylanan ve Cumhurbaşkanı'nca onaylanan uygun bulma kanunları, diğer kanunlar gibi tarih ve numaraya sahip olmakla birlikte üç maddeden oluşmaktadır.⁵⁵ İlk madde ile antlaşmanın uygun bulunduğu belirtilir, ikinci madde yürürlüğe giriş tarihini gösterir ve üçüncü madde ise kanunun yürütülmesiyle ilgilidir.⁵⁶ Bu özelliklere sahip bir uygun bulma kanunu, yukarıda da belirtildiği üzere, Cumhurbaşkanı'nun onayına sunulur ve onay alındıktan sonra Resmi Gazete'de yayımlanır.⁵⁷ Son olarak, Dışişleri Bakanlığı tarafından hazırlanıp Başbakanlık aracılığıyla Bakanlar Kuruluna gönderilen Bakanlar Kurulu kararnamesi, Kurulda kabul edildikten sonra ekteki antlaşma metni ve Türkçe tercümesi ile birlikte Resmi Gazete'de yayımlanır ve onaylama işlemi tamamlanmış olur.⁵⁸

Uluslararası antlaşmaların iç hukukta uygulanması bağlamında diğer önemli bir husus da çekinceler rejimidir. Çekince, uluslararası bir antlaşmaya taraf olan bir devletin, söz konusu antlaşmanın hükümlerinden bazılarının kendisi için bağlayıcı olmadığını tek taraflı bir şekilde açıklaması işlemidir.⁵⁹ Çekinceler rejimi, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin (VAHS) 19-23 maddeleri arasında düzenlenmiştir. VAHS'a göre çekincelerle ilgili olarak bilinmesi gereken temel hususlar şunlardır: Öncelikle bir antlaşmaya çekince konulabilmesi için o antlaşmanın çekinceyi yasaklamıyor olması gerekir (19/1). Antlaşmalara taraf olan devletlerin sayılarının az-çok olmaları da çekinceler bakımından önemli bir husustur (20/2). Bunun yanında, konulması planlanan çekinceler, uluslararası bir örgütün kurucu anlaşmasına dair ise ilgili örgütün yetkili organı tarafından çekincenin kabulü gerekir (20/3). Türkiye Cumhuriyeti

53 GÖZLER, s. 277.

54 ERDOĞAN Mustafa, **Anayasa Hukuku**, 6. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2011, s. 276.

55 GÖZLER, s. 277.

56 GÖZLER, s. 277.

57 AKSAR Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 186.

58 AKSAR, s. 186.

59 DOĞAN, s. 100.



henüz VAHS'ı onaylamamıştır.⁶⁰ Buna rağmen, Türkiye, tarafı olduğu bazı uluslararası antlaşmalara çekince koymuştur.⁶¹ Rejim farkı gözetmeksizin, devletlerin, pek tabii Türkiye'nin de, uluslararası antlaşmalara çekince koymaları iç hukuklarında ilgili antlaşma hükümlerinin sorun teşkil etmemesi açısından önemlidir.

IV. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN UYGUN BULMA KANUNLARININ İPTAL İSTEMLERİ HAKKINDAKİ TUTUMU

Türk Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu, görev-yetki, işleyiş ve kararları hakkında 1982 Anayasasının 146-153. maddelerinde açık hükümler mevcuttur. Anayasa Mahkemesi, anayasanın 148. Maddesine göre, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İç tüzüğü'nün, anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi bu özellikleri itibariyle bir Avrupa modeli⁶² olarak kabul edilebilir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi parlamentonun anayasaya aykırı faaliyetlerini denetleme bağlamında önemli bir yere sahiptir.⁶³ Anayasa Mahkemesi bu görevi yerine getirirken, yukarıda belirtilen anayasa hükümleri çerçevesinde kendisine verilen sınırlı alan içerisinde görevini yerine getirmeli ve yasamanın egemenlik yetkisine müdahale etmemelidir.⁶⁴ Uluslararası antlaşmaların onaylanması konusunda yasama tarafından çıkartılan uygun bulma kanunu hakkındaki iptal istemlerinde de mahkeme, anayasa tarafından kendisine tanınan yetkiler bağlamında hareket etmekle yükümlüdür.

Uygun bulma kanunları hakkında Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davalarını incelemeye geçmeden önce, konu ile ilgili olarak çıkartılan 244 sayılı yasa hakkındaki mahkeme kararına değinmek yerinde olacaktır. Uluslararası antlaşmaların yapılması ve yürürlüğe girmesi ile ilgili olan 244 sayılı kanun aleyhinde, Türkiye İşçi Partisi tarafından 1963 tarihinde

60 DOĞAN, s. 102. Dış İşleri Bakanlığı veri tabanı için bkz. <http://ua.mfa.gov.tr/>, 01.04.2017.

61 Bkz. ELİBOL Zeynep, "Türkiye'nin Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerine Koyduğu Çekineler", İnsan Hakları Ortak Platformu, Ankara, 2015. Elibol'un yapmış olduğu bu araştırmada, Türkiye'nin İnsan haklarına dair uluslararası sözleşmelere koyduğu çekineler ve bu çekinelerin hangi kıstaslar bağlamında koyulduğu açık bir şekilde ifade edilmiştir.

62 KABOĞLU İbrahim Ö, **Anayasa Yargısı**, 3. Baskı, İmge Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 14. Kaboğlu'nun belirttiği üzere Avrupa Modeli Anayasa Mahkemesini öngörür ve yasaların denetimini bu yüksek mahkeme gerçekleştirir. Amerika modelinde ise tüm mahkemeler kanunların anayasaya uygunluk denetimini yapabilmektedir.

63 HAKYEMEZ Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 17.

64 HAKYEMEZ, s. 17.



Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda, kanunun 2, 3, 5 ve 6'ncı maddelerinin ilgili fıkralarının iptali istenmesine rağmen Mahkeme, ilgili yasa hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.⁶⁵

Uluslararası antlaşmaların onay sürecine ilişkin yasanın iptal isteminin Mahkeme tarafından denetlenmesinin ardından, uluslararası antlaşmaları uygun bulan kanunların iptal istemleri hakkındaki davalarda Mahkeme'nin tutumu aşağıda etraflıca ele alınacaktır.

A. 4163 Sayılı "İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun"un İptali İstemi Hakkındaki Karar⁶⁶

1. Antlaşmanın İçeriği

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, 4.7.1992 tarihinde, İslam Kalkınma Bankası bünyesinde oluşturulan, İslam ülkeleri arasındaki dış satım işlemlerini ve ülkelere birbirlerinin ülkelerinde yapılacak olan yatırımları sigorta etmeyi amaçlayan, bir İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu kurulmasını öngören, uluslararası bir antlaşmaya, taraf olmuştur.⁶⁷

Türkiye, antlaşmanın bazı maddelerine "Anayasamız, kanunlarımız ve bağlı olduğumuz anlaşmaların hükümlerinin saklı olduğu" şeklinde çekince⁶⁸ koymuştur.

Ancak, Türkiye antlaşmaya çekince koyma iradesini açıkça belirtmemiş "anlaşmanın bazı maddelerine ihtirazı kayıt derpiş olunmuştur" şeklinde bir ifade kullanmıştır. Antlaşmayı uygun bulan yetki kanunu aleyhine açılan iptal davasının dayanağını da aşağıda değineceğimiz gibi bu ifade oluşturmuştur.

Çekince konulan maddeler, aşağıdaki hususları düzenlenmektedir:

Anlaşma'nın Giriş bölümünün ikinci paragrafı; Anlaşma'nın "İslami ilkeler ve idealler temeline dayalı" olduğunu; Anlaşma'nın Giriş

65 AYM, K.T. 04.3.1965, E. 1963/311, K. 1965/12, R.G.24.12. 1965.

66 AYM, K.T. 27.02.1997, E.1996/47, K.1997/33, R.G. 25.04.1998.

67 Anlaşma metni için bkz.

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc079/kanuntbmmc079/kanuntbmmc07904163.pdf, 3.4.2017.

68 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 2/d ye göre, "çekince", nasıl kaleme alınırsa alınsın veya nasıl isimlendirilse isimlendirilsin, Devletin bir antlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken veya antlaşmaya katılırken, bazı antlaşma hükümlerinin hukuki etkisini kendisi bakımından ihraç etmek veya değiştirmek için yaptığı tek taraflı bir beyan demektir.



bölümünün dördüncü paragrafı, “Yatırım Garantisi Kuruluşu’nun şer’i hükümlere uygun” olarak kurulacağını; Anlaşma’nın Giriş bölümünün beşinci paragrafı, “şer’i hükümlere uygun bir ihracat kredisi sigortasının kurulacağını”; Anlaşma’nın 5. maddesinin 2 nolu fıkrası, Kurumun 16. maddedeki koşulları sağlayan mallar için sağlanacak “ihracat kredi sigortasının veya reasüransın şer’i ilkelere uygun olacağı” nı; 3 nolu fıkrasında Kurum’un, “üyelerin bir diğer üye ülkedeki yatırımlarına sağlanabilecek yatırım sigortası ve reasüransın şer’i ilkelere uygun olacağını” belirtmiştir.

Ancak, yukarıdaki maddelere çekince konulmasına rağmen, Antlaşmanın 57. maddesinin 4 nolu fıkrasında: “Kurumun Şer’i hükümlere göre faaliyet göstermesini engelleyecek hiç bir değişiklik yapılamaz.” şeklinde bir yasaklama düzenlenmiştir.

2. İptal İsteminin Gerekçesi

TBMM’de Demokratik Sol Parti (DSP) ve Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) milletvekilleri bir araya gelip ve 110 imza toplayarak, antlaşmanın onaylanması uygun bulan kanuna karşı, 20 Ağustos 1996 tarihinde, Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açmışlardır. İptal isteminin gerekçesine göre, çekince konulan maddelerin ayrı ayrı sayılması, bu hükümlerde ki, anayasaya aykırılıkların dolaylı biçimde kabul edilmesi anlamına gelmektedir.⁶⁹

Bu noktada, “ihtirazı kayıt derpiş olunmak üzere” ibaresinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na uygunluğu sağlamaya yetip yetmediğinin tartışılması gerekmektedir.

Gerekçeye göre, “derpiş etmek” ; “göz önünde bulundurmamak” , “içermek, öngörmek, öne getirmek, bir hususa temas etmek” anlamlarına gelmektedir. Bu sözcüğün ne tür bir yaptırım öngördüğü açık ve kesin değildir. Anlaşma çerçevesinde, “şer’i hükümlerin” uygulanacağını açıkça söyleyen maddelerde Türkiye’nin, “laik devletin hukuk kurallarını mı, şer’i hükümleri mi “göz önünde bulunduracağı hususu, bu bağlamda net değildir.

Oysa Bakanlar Kurulu ve TBMM tarafından da Anayasa’ya aykırı olduğu kabul edilen antlaşma maddelerine konulan “ihtirazı kaydın, “muğlak” olmaması, “kesin” ve tartışılmayacak biçimde “açık” olması zorunludur. Eğer uygun bulma sırasında, bir ihtirazı kayıt konuluyorsa

69 SOYSAL Mümtaz, “Uluslararası Anlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, S. 14, Ankara, 1997, s.183.



ve bu kayıtlar daha sonra yürütme organı tarafından uygulanacaksa; Anayasanın 90. Maddesine göre, TBMM'nin bu kaydı hiçbir yoruma fırsat vermeyecek açıklıkta yapması zorunludur. Çünkü Türkiye, Anayasanın 2. maddesine göre "laik" bir devlettir ve Anayasa'nın 4. maddesine göre, laik devlet ilkesi değiştirilmesi teklif edilemeyecek maddeler arasındadır.

Gerekçeye göre, anayasaya aykırılık, yalnızca "derpiş olunma" ifadesindeki belirsizlikle sınırlı da değildir. Ayrıca, antlaşma metninden kaynaklanan Anayasaya aykırılık nedenleri de vardır. Yasa tasarısında, "ihtirazi kayıt derpiş olunan" maddeler dışında, hiçbir ihtirazi kayıt konulmayan, ancak doğrudan Anayasaya aykırı maddeler de vardır. Örneğin, Antlaşmanın 26. maddesinin 2. bendine göre, kurumun mali yılının Hicri yıl olarak düzenlenmesi, inkılap yasalarına aykırıdır. İnkılap yasaları, Anayasanın 174. maddesinin koruması altındadır.

TBMM'nin yeni bir yasa ile bu uluslararası anlaşmayı yürürlükten kaldırması ve bu yükümlülüklerden dönebileceğini de düşünmek imkânsızdır. Çünkü Anlaşma'nın 45. maddesinin 1 nolu bendine göre, "hiçbir üye ülke üyeliği takiben beş (5) yıldan önce Kurumdan ayrılma hakkına sahip olmayacaktır". Devamındaki bentlere göre de, Türkiye Kurumdan çekilse bile, çekilmenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki faaliyetleri için yükümlülük sahibi olmayacak, önceki faaliyetler için Türkiye Cumhuriyeti'nin yükümlülükleri sürecektir. Bu nedenlerle, uygun bulma kanunu anayasaya aykırıdır.

3. Anayasa Mahkemesi Kararı

Anayasa Mahkemesi, kararında, "ihtirazi kayıt derpiş olunmak üzere" ifadesini, çekince olarak değerlendirmiş ve öncelikle antlaşmanın bu bölümlerini anayasaya aykırılık iddiaları yönünden incelemiştir. Bu kısım açısından mahkeme, Anayasa'ya aykırılık savını isabetli görmemiştir. Mahkemeye göre, Türkiye, Antlaşma'ya "Anayasamız ve bağlı olduğumuz anlaşmalar hükümlerinin saklı olduğu" biçiminde çekince koyarak "İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşması" nı onaylamıştır. Bu nedenle, antlaşmanın anayasa ile çelişen kurallarının Türkiye için uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu bağlamda, antlaşmaya konulan çekince anayasal güvenceyi sağlayacaktır. Anayasa Mahkemesi, antlaşmanın çekince konulmayan bölümlerini ise incelemekten kaçınmıştır. Çünkü antlaşma kuralları gözetilerek yapılacak bir inceleme, antlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına gelmektedir. Anayasamızın 90. maddesi ise böyle bir denetimi yasaklamaktadır.



B. 6007 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti'nde Akkuyu Sahasında Bir Nükleer Güç Santralının Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun'un İptali İstemi Hakkındaki Karar⁷⁰

1. Antlaşmanın İçeriği

Rusya Federasyonu ile Türkiye Hükümeti, Türkiye'nin güneyindeki Akkuyu bölgesinde bir güç tesisinin inşası, işletilmesi ve sökülmesine ilişkin 12 Mayıs 2010 tarihinde iki taraflı uluslararası bir antlaşma imzalamıştır.

Antlaşmaya göre, santral yüzde 51 hissesine Rusya'nın sahip olacağı, Rusya'ya ait bir şirket tarafından inşa edilecektir. Rus tarafı, bu antlaşmanın imza tarihinden itibaren 3 (üç) ay içinde proje şirketinin kurulması için gerekli işlemlerin başlatılmasını sağlayacaktır. Yani, antlaşmanın imzalandığı dönemde henüz ortada herhangi bir proje şirketi yoktur.⁷¹

Şirket, daha sonra Rosatom tarafından Türkiye Cumhuriyeti kanunları ve düzenlemeleri kapsamında, Akkuyu Nükleer Güç Santrali Elektrik Üretim A.Ş. (Akkuyu NGS) ismi ile kurulmuş ve faaliyete geçmiştir. Ayrıca, antlaşmanın 7. maddesi uyarınca santralin yapılacağı arazi ve çevresi, mevcut lisansı ve altyapısıyla birlikte sökülme sürecinin sonuna kadar, çoğunluğu daimî olarak Rusya Devleti'ne bağlı kuruluşların elinde olan söz konusu şirkete bedelsiz olarak tahsis edilmiştir. Yani, Akkuyu 'da kurulması planlanan santral, bir ülke sınırları içinde kurulan ve fakat sahibinin bir başka ülke olduğu ilk santraldir.⁷²

Antlaşma'nın 5. maddesinin 2. fıkrasına göre ise şirket NGS tarafından üretilen elektrik de dâhil olmak üzere, NGS'nin sahibidir. Antlaşma'nın 10. maddesine göre ise, şirket dört üniteden elektrik üretecektir. Türkiye, ilk iki üniteden üretilen elektriğin, % 70'ini ve son iki üniteden üretilen elektriğin, % 30'unu 15 yıl boyunca kw/saat başına ortalama 12.35 ABD centi ödeyerek alacaktır. Ancak, Köybaşı' na göre, diğer ülkelerdeki nükleer santrallerden elde edilen elektriğin ortalama fiyatı yaklaşık 7-6 centtir.⁷³

Şirket, Ünite 1 ve Ünite 2'de üretilmesi planlanan elektriğin % 30'unu ve Ünite 3 ve Ünite 4'de üretilmesi planlanan elektriğin % 70'ini, (Türkiye'nin

70 AYM, K.T. 31.5.2012, E.2010/92, K.2012/86, R.G. 22.11.2013.

71 Anlaşma Metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101006-6.htm>, 3.4.2017.

72 KÖYBAŞI Serkan, "Yargı Denetiminden Milletlerarası Anlaşmalar Yoluyla Kaçmak: Akkuyu Nükleer Güç Santrali Anlaşması", *Anayasa Hukuku Dergisi*, S. 3, Ankara, 2014, s.347.

73 KÖYBAŞI, s.349.



satın alamadığı elektrik oranı) kendisi veya enerji perakende tedarikçileri vasıtasıyla serbestçe satacaktır.

2. İptal İsteminin Gerekçesi

CHP, 6007 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti'nde Akkuyu Sahasında Bir Nükleer Güç Santralının Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun'un 1. maddesinin Anayasa'nın Başlangıcı'ı ile 2. 7. 43. 56. 90. ve 166. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi ile Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

CHP, iptal gerekçesinde, uluslararası antlaşmanın incelenmesinin Anayasanın 90. maddesine göre olanaklı olmadığını, yalnızca uygun bulma yasasının denetlenebileceğini belirtmiştir. Bu nedenle, yasama organının 90. maddeye göre uygun bulma yasasını kabul ederken anayasa hükümlerine aykırı davranamayacağına değinmiştir.⁷⁴

Yasama organının, anayasal sınırlar içinde kalıp kalmadığının saptanmasının ise, antlaşmanın içeriğine bakarak mümkün olacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin antlaşma hükümlerini, anayasaya aykırılığın denetlenebilmesi için gerekli destek ölçü norm olarak dikkate alması gerektiğini ileri sürmüştür. CHP'ye göre, bu, antlaşmanın denetlenmesi demek değildir. Çünkü antlaşmalar, uygun bulma yasasının yürürlüğe girmesiyle, yürürlüğe girmemektedir. 90. madde ise, usulüne göre yürürlüğe giren bir antlaşmanın denetlenmesini yasaklamaktadır. Bu nedenle, antlaşma hükümleri denetimde destek ölçü norm olarak dikkate alınacaktır.⁷⁵

CHP'nin iptal istemine ilişkin gerekçelerinden bir diğeri ise, uygun bulma kanununun hukuk devleti ilkesine aykırı olmasıdır. Çünkü 6007 sayılı yasada ve bu yasayla uygun bulunan antlaşmada temel sorunlardan biri, ihale, yarışma ve rekabet kurallarına uyulmaması, tek ülke ve şirketin yapım ve işletme işini ihalesiz üstlenmesidir. Oysa hukuk sistemimizde, yakın tarihte kabul edilen, nükleer güç santrallerinin kurulması ve işletilmesi usul ve esaslarını belirleyen 5710 sayılı Yasa vardır. Antlaşmada,

74 CHP'nin Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti'nde Akkuyu Sahasında Bir Nükleer Güç Santralının Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşma'nın Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nde açtığı davanın dilekçesi s.4. Dilekçe için bkz. <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=forums&srcid=MDU5MDg3OTU1Nzg2Nzk1MTk2MjQBMtM5NTAxNDI3NTE0NTE1Njc5MDEBVXdkRnJvV9aenNKATAuMQEBdJl>, 3.4.2017.

75 CHP Dava Dilekçesi s. 5.



bu yasadaki ihale usul ve esasları yok sayılarak, ihalesiz bir yöntemle bir ülke ve kurulmamış bir şirkete ihale bırakılmaktadır.⁷⁶

Ayrıca, CHP'ye göre, yukarıda değindiğimiz arazi tahsisini düzenleyen antlaşmanın 7. maddesi de, anayasamızın hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Çünkü antlaşmaya göre, tanımsız ve sınırları belirsiz bir arazi topluluğunun yabancılara tahsisi söz konusudur. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk güvenliği ise kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirmektedir.⁷⁷

Ayrıca antlaşma, 1976 tarihli ÇED raporu dikkate alınarak hazırlanmıştır. Ancak, 1976 yılından bu yana geçen süre, sahanın ve çevresinin özelliklerinin değişmesine neden olacak uzunluktadır. Lisans koşullarının değişip değişmediği belirlenmeden, yeni lisans alınmadan anlaşma yapılması da hukuk devletinin ihlali anlamına gelmektedir.

Anlaşmanın çevresel etki değerlendirmesi sorunu çözümlenmeden imzalanmış ve uygun bulma yasasında da bu konuda şerh konulmadan hazırlanması, bu bağlamda çevresel etki sorununun, soyut bir kavram olarak görülüp, sonradan yapılacak değerlendirmenin sonucunun her hâlde olumlu farz edilmesi, Anayasanın 56. maddesinde düzenlenmiş olan "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı" na aykırıdır.⁷⁸

3. Anayasa Mahkemesi'nin Kararı

Öncelikle, Anayasa Mahkemesine göre, Anayasamız 90. maddesinde, antlaşmalara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolunu kapatmaktadır. Çünkü bir uluslararası antlaşmanın, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesi, devletin o anlaşmayla kabul ettiği yükümlülüklerini yerine getirememesi neticesini ortaya çıkaracaktır. Bu durumda, tartışmasız olarak devleti, uluslararası hukuk karşısında zor durumda bırakacak, devlet antlaşmanın niteliğine ve kapsamına göre birtakım yaptırımlara maruz kalabilecek ve uluslararası alandaki saygınlığının zarar görmesi söz konusu olabilecektir.

76 CHP Dava Dilekçesi s. 7.

77 CHP Dava Dilekçesi s. 9.

78 CHP Dava Dilekçesi s. 10. Belirtmek gerekir ki, Rosatom Şirketi, santralin Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) Raporu'nu Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na sunmuş ve rapor onaylanmıştır. *Greenpeace, Akkuyu Nükleer Güç Santrali'nin Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) Raporu'na karşı dava açmıştır.* Davanın gerekçesi, raporda atık konusuna dair yeterli bilginin bulunmaması ve herhangi bir nükleer kaza durumunda ekonomik ve sosyal sorumluluğu kimin alacağını belli olmamasıdır. Bu konuda bkz. <http://imza.greenpeace.org/akkuyu>, 3.4.2017.



Bir uluslararası antlaşma, doğrudan denetime tabi tutulamamasına rağmen onaylanmasını uygun bulan kanunun anayasallık denetimi mümkündür. Ancak, Anayasa'nın 90. maddesindeki emredici hüküm gereği, uygun bulma kanunu denetlenirken anlaşmanın denetiminin yapılmasına izin verilmemiştir. Anayasa koyucunun uluslararası antlaşmaların anayasal denetimini açık bir irade ile dışarıda bırakmasına rağmen, uygun bulma kanununun denetimi yoluyla antlaşmalar hakkında değerlendirme yapmak, mahkemeye göre, Anayasa'nın 90. maddesindeki yasaklayıcı düzenlemenin işlevsiz hâle gelmesine neden olacaktır.

Kısacası, Anayasa Mahkemesi kararında, söz konusu antlaşmaların içeriğinin denetlenmesinin anayasanın 90. maddesi gereğince mümkün olmadığını ifade etmiş ve antlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına gelebilecek bir denetimden kaçınmıştır.

C. 6118 Sayılı Uluslararası Ticaret Finansmanı İslami Kurumu Kurucu Antlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun'un İptali İstemi Hakkındaki Karar⁷⁹

1. Antlaşmanın İçeriği

Türkiye Hükümeti, 30 Mayıs 2006 tarihinde, üye ülkelerdeki ekonomik kalkınmayı ve sosyal gelişmeyi amaçlayan, bir İslam Kalkınma Bankası kurulmasını öngören, uluslararası bir antlaşmaya, taraf olmuştur.⁸⁰

22.2.2011 tarihli 6118 Sayılı Antlaşma'nın onaylanmasını uygun bulma kanunu, antlaşmanın giriş bölümünün birinci ve üçüncü paragrafları ile 8 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendi ve 18 inci maddesine "Anayasamız, kanunlarımız ve bağlı olduğumuz antlaşmalar hükümlerinin saklı olduğu" şeklinde yine, ihtirazi kayıt derpiş olunmak kaydı koyarak antlaşmayı onaylamıştır.

Nitekim bu kaydın çekince anlamına gelmediği iddiası, antlaşmayı uygun bulan yetki kanununa karşı açılan iptal davasında, yeniden ileri sürülmüştür.

Antlaşmanın bu kısımları aşağıdaki hususları düzenlemektedir:

Giriş bölümünün birinci paragrafına göre, İslam Kalkınma Bankasının hedefi üye ülkelerdeki ekonomik kalkınmayı ve sosyal gelişmeyi güçlendirmektedir. Banka, bu hedefi şeriat ilkelerine uygun olarak gerçekleştirecektir.

79 AYM, K.T. 31.5.2012, E.2011/47, K.2012/87, R.G. 22.11.2013.

80 Antlaşma Metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/05/20110528M1-20-1.pdf>, 3.4.2017.



Giriş bölümünün üçüncü paragrafına göre, “İslam Kalkınma Bankası, üyeleri vasıtasıyla İslami ticaret finansmanı için geniş bir potansiyel piyasanın varlığını dikkate alacaktır. Banka, modern İslami bankacılık ürünleri vasıtasıyla ticari işletmelerini finanse etmek için müşterilerin isteklerini de göz önünde bulunduracaktır. Ancak, Antlaşmada, modern İslami bankacılık ürünlerinin ne olduğu hususu belirgin değildir.

Antlaşmanın 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendine göre; “İslam Konferansı Örgütünün, üye ülkelerin hükümetlerinden ve kuruluşlarından mevduat kabul edebileceği belirtilmiştir. Örgütün ayrıca Şeriat ilkelerine uygun olarak çeşitli enstrümanlarla ticaret finansmanı için fon toplayabileceğine değinilmiştir. Çeşitli enstrümanlar kısmı ise açıklığa kavuşturulmamıştır.

Anlaşmanın 18. maddesine göre ise; Kurumun tüm aktiviteleri ve faaliyetleri Şeriat ilkeleri ile uyumlu olacaktır.

2. İptal İsteminin Gerekçesi

CHP, 6118 sayılı Uluslararası Ticaret Finansmanı İslami Kurumu Kurucu Antlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun’un 1. maddesinin Anayasa’nın Başlangıç ile 2. 4. 7. ve 174. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi için Anayasa Mahkemesi’ne başvuru yapmıştır.

Parti, öncelikle antlaşmanın çekince koyulan hükümlerinin, anayasamızın değiştirilemeyecek hükümler kısmında düzenlenen laiklik ilkesi ile çeliştiğine değinmiştir. Gerekçeye göre, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü anayasal bir zorunluluktur. Bu nedenle, tüm aktiviteleri ve faaliyetleri şeriat ilkeleri ile uyumlu bir İslami Kurumun parçası olmak ve antlaşmadaki hususlar üzerinde anlaşmak hem hukuksal olarak hem de uygulamada mümkün değildir. Çekince konulan hükümler, İslami Kurumun temel niteliğini ve özünü oluşturmaktadır. Bu yüzden kurum, çekince konulmasına bakılmaksızın, antlaşmada gösterilen temel niteliklere bağlı olarak çalışacaktır. Bu bağlamda, antlaşmaya çekince konulmasının bir anlamı yoktur.

Gerekçede değinilen bir diğer hususa göre, dava konusu olan yasa, uluslararası bir antlaşmayı uygun bulma yasasıdır. Yasanın anayasaya aykırı maddeler taşıdığı bizzat hükümet ve TBMM tarafından da kabul edilmiş, bunu önlemek amacıyla antlaşmaya ‘ihtirazi kayıt derpiş olunması’ adında bir kayıt konulmuştur. İptal davasının temel nedeni budur. Çünkü antlaşmadaki bu kayıt anayasaya aykırılığı önleyemeyecektir. Türkiye, Anayasa’nın 2. maddesindeki ilkelere karşın,



seriat hükümlerini uygulamak zorunda kalacaktır. Bu açıdan, 6118 sayılı Yasanın, Anayasa'nın 2. maddesinde açıklanan ve 4. maddesine göre değiştirilmesi bile teklif edilemeyecek olan "lâik devlet" ilkesi ile bağdaşması olanaksızdır.

CHP, ayrıca iptal gerekçesinde, Akkuyu davasında öne sürdüğü gerekçeyi de ileri sürmüştür. Parti, uluslararası bir antlaşmanın incelenmesinin Anayasanın 90. maddesine göre olanaklı olmadığını, yalnızca uygun bulma yasasının denetlenebileceğini belirtmiştir. Bu nedenle, yasama organının 90. maddeye göre uygun bulma yasasını kabul ederken anayasa hükümlerine aykırı davranamayacaktır. Yasama organının, anayasal sınırlar içinde kalıp kalmadığının saptanması, antlaşmanın içeriğine bakarak mümkün olacaktır. Anayasa Mahkemesi antlaşma hükümlerini, *anayasaya aykırılığın denetlenebilmesi için gerekli destek ölçü norm olarak dikkate alınmalıdır.*

Ayrıca, çekince konularak kabul edilen maddeler yönünden inceleme yapabilen Anayasa Mahkemesi'nin, aynı gerekçeyle çekince konulmayan maddeler yönünden de inceleme yapması mümkündür. *Çekince nedeniyle gönderme yapılan hükümler nasıl*, antlaşma metnine bakılarak yorumlanıyorsa, çekince konulmayan maddeler de aynı şekilde yorumlanabilir. Çekince konulmayan maddeler, tek tek sayılmasa bile, tıpkı çekince konulan maddeler gibi, uygun bulma yasasının içine yerleşmiştir. Çekince konulsa da konulmasa da, antlaşma hükümleri, *uygun bulma yasasının içeriğinin belirlenmesi yönünden destek normdur. Bu nedenle, çekince konulmayan maddeler de destek norm olarak görülmelidir. Böyle bir ayrımın yapılması da hukuk devleti yönünden doğru değildir.*

Kısacası, CHP' ye göre, 6118 sayılı Yasayla, Antlaşmanın kimi hükümlerine çekince konulmasına karşın, lâik hukuk devleti ilkesinin ihlali engellenememiştir.

3. Anayasa Mahkemesi'nin Kararı

Anayasa Mahkemesi bu kararında "ihtirazı kayıt derpiş olunmak üzere" ifadesinin çekince anlamına gelip gelmediği hususuna değinmemiş, uygun bulma kanununun dava konusu kural olan 1. maddesinin, uygun bulunduğu antlaşma ile birlikte anlam taşıdığını ve ancak onunla birlikte ele alındığında hukuk düzenimizde etki yapabilir nitelikte olduğunu belirtmiştir. Ancak, söz konusu kuralın denetiminin antlaşma kuralları gözetilerek yapılabileceği, bunun da Anayasa'nın 90. maddesinde yasaklanan uluslararası antlaşma kurallarının denetlenmesi anlamına geleceğini vurgulamıştır. Bu nedenle, antlaşmanın hükümlerini, çekince konulup konulmama ayrımı yapmaksızın incelemekten kaçınmıştır.



V. KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ne Anayasada ne de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasada Anayasa Mahkemesi'ne uluslararası antlaşmaların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi görevi verilmiştir. Anayasa Mahkemesi böyle bir denetim görevi olduğunu *de facto* olarak ilk kez, 1996 yılında önüne gelen 4163 sayılı “İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” un iptali davasında bir içtihatla geliştirmiştir.⁸¹ Yukarıda değinildiği üzere, Mahkeme bu davada sadece antlaşmanın çekince konulan bölümlerini denetlemiştir.

Belirtmek gerekir ki, artık Anayasa Mahkemesi'nin çekince konulan maddeleri de denetlemesi mümkün olmamaktadır. Çünkü Resmi Gazete'de yayınlanan uygun bulma kanununda çekincenin açıkça belirtilmesi yerine, “... Sözleşmeye çekince konulmak sureti ile... Çekincelerle , ... Çekincelerin konulması sureti ile onaylanması uygun bulunmuştur” ifadeleri yer almaktadır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi kanun metninde yer almayan çekinceler üzerinde denetim yetkisini kullanamayacaktır. Bu tür uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanunlarına ilişkin denetim yalnızca şekil denetimi ile sınırlı kalacaktır.⁸²

Mahkeme, antlaşmanın çekince konulmayan bölümlerini ise denetlemekten kaçınmıştır. Çünkü mahkemeye göre, çekince konulmayan bölümün denetlenmesi için antlaşma maddelerine bakmak gerekmektedir, bu ise antlaşma maddelerinin dolaylı olarak denetlenmesi anlamına geleceğinden mümkün değildir.

Mahkeme'nin yalnızca uygun bulma kanununda yer alan hususları denetlemesi mümkündür. Ancak, mahkeme, uygun bulma kanununu denetlemeye yetkili olsa da, kanunda antlaşmanın içeriğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, mahkemenin antlaşmanın içeriğini denetlemesi maddi olarak da imkânsızdır. Bu sebeplerden dolayı antlaşmaların, Türk anayasa sisteminde herhangi bir anayasal denetim olmaksızın yürürlüğe girmelerinin bir eksiklik olduğu söylenebilir.

Köybaşı bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa değişikliklerinin denetiminde kullandığı “esasa girip, şekilden denetim yapma” formülüne benzer bir yolla, onay kanununu denetlerken, dava konusu antlaşmanın gerçek bir uluslararası antlaşma mı, yoksa aslında iç hukuk yoluyla

81 BAŞLAR, s. 50-51.

82 ÜLGEN Özen, İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme, Beta Yayınları, Ankara, 2013, s.20.



halledilebilecek bir konuyu yargısal denetimden kaçırmak amacıyla hazırlanmış bir antlaşma mı olduğunun Mahkemece incelenmesini önermiştir. Yazara göre, bu denetimin sonucunda, yargı denetiminden kaçmak amacıyla iç hukuk sistemini dolanan, başka bir deyişle by-pass eden bu tür uluslararası antlaşmaların onay kanununu mahkeme iptal etmelidir. Çünkü hukuk devleti, kamu yararı ve demokrasi ilkeleri bunu gerektirmektedir.⁸³

Ülgen de Anayasa Mahkemesi'nin çekingen içtihadından dönerek, uygun bulma kanunlarını uygun buldukları antlaşmayı dikkate alarak denetlemesinin her zaman mümkün olduğunu belirtmiştir.⁸⁴ Çünkü 90. maddedeki yasa, usulüne uygun olarak yürürlüğe giren uluslararası antlaşmalara yöneliktir. Onaylamayı uygun bulma kanunu ise, antlaşma yürürlüğe girmeden önce kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurulmasına da karar verebildiği göz önünde bulundurulursa, uygun bulma kanununun Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılacak bir iptal davasında, gerekli gördüğü takdirde, yürürlüğün durdurulmasına karar verilerek Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nun antlaşmayı onaylaması engellenebilecektir.⁸⁵

Öyle görünüyor ki, Anayasa Mahkemesi'nin bu tür bir denetim yapması mümkün değildir. Çünkü Anayasa'da Anayasa Mahkemesi'ne verilmiş böyle bir yetki yoktur. Anayasa Mahkemesi böyle bir denetim yapma yetkisini kendinde gördüğü takdirde, meşruiyet ve yargısal aktivizm tartışmaları ile karşı karşıya kalacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma ve Anayasa değişikliklerini esas açısından denetlediği kararları doktrinde oldukça tartışılmış ve Anayasa Mahkemesi'nin tutumu eleştirilmiştir.

Bu konuda önerilebilecek çözüm yolu, 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin değiştirilerek, uluslararası antlaşmaların anayasa mahkemesince denetlenmesine imkân tanıyacak anayasal düzenlemelerin yapılmasıdır.

SONUÇ

Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk arasındaki hiyerarşik üstünlük sorunu devam etmektedir. Bazı devletlerin hukuk düzenleri, ulusal hukuk ile uluslararası hukuku tek bir hukuk düzenin iki kolu olarak tanımlayan monist

83 KÖYBAŞI, s.356.

84 ÜLGEN, s.20-21.

85 ÜLGEN, s.20-21.



görüğe göre şekillenirken, bazıları da iki hukuk alanının tamamen farklı olduğunu savunan düalist görüşe göre şekillenmiştir. Bu sıralama şüphesiz, iki hukuk düzeninin kaynakları bağlamında yapılan bir karşılaştırmanın sonucudur. Türk Anayasası, uluslararası antlaşmaların Türk hukuk düzenindeki yerini kanunlarla eşdeğer olarak kabul etse de temel hak ve özgürlüklerle ilgili hususlarda kanunlar ile antlaşmalar arasında ihtilaf olması hâlinde antlaşma hükümlerinin geçerli olacağını belirtmiştir. Anayasa, ayrıca, antlaşmaların anayasaya aykırılığı gerekçesi ile haklarında anayasa mahkemesine başvurulamayacağını belirterek Türk hukuk düzeninin monist yaklaşıma doğru evrildiği yönündeki tartışmaları güçlendirmiştir.

Dış politika belirlemede yetkili organın yürütme olduğu gerçeği, uluslararası antlaşmaların aleyhinde anayasa mahkemesine başvuru yapılamaması ile birlikte düşünüldüğünde, yürütmenin yasama faaliyetine dolaylı olarak katıldığı anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 90. maddesinde belirtilen uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanununun bir uluslararası antlaşma için gerekli olup olmaması da bakanlar kurulu tarafından belirlenmektedir. Benzer şekilde, uygun bulma kanununun cumhurbaşkanı tarafından onaylanması aşamasından sonra gerekli kararnamenin varlığı da uluslararası antlaşmalar vasıtasıyla yürütmenin yasama faaliyetine katılmasına örnektir.

Uluslararası antlaşmaları uygun bulan kanunlar aleyhine anayasa mahkemesine yapılan ve teferruatından yukarıda bahsedilen üç başvuruda görülmektedir ki, Anayasa Mahkemesi kendisine Anayasa tarafından belirlenen sınırlar içerisinde kalarak aktivist bir tavır sergilememiştir. Bahsi geçen uluslararası antlaşmalarla kurulması kararlaştırılan, Uluslararası Ticaret Finansmanı İslami Kurumu ve İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu'nun faaliyetlerinde şer-i hukuk hükümlerinin benimsenmesi durumu, Anayasanın ikinci maddesinde geçen laik devlet ilkesi ile çelişmektedir. Lakin Anayasa Mahkemesi, uygun bulma kanunları üzerinde şekli bir denetim yetkisine sahip olup, antlaşmanın kendine müdahale etme yetkisine sahip değildir. Bu yüzden, mahkeme, aktivist bir tavır sergilememiştir. Daha önceki içtihatlarına bakıldığında yerindelik denetimine varacak şekilde aktivist tavır sergileyen Anayasa Mahkemesi, uygun bulma kanunlarının denetiminde anayasal sınırlarla kendisini sınırlamıştır. Uluslararası antlaşmaların Anayasaya uygunluğu denetimi konusunda Mahkemeye ciddi sınırlamalar getiren 90. maddenin değiştirilmesi veya planlanan yeni Anayasa'da ilgili maddenin mahkemeye antlaşmaları denetleyebilme yetkisi vermesiyle bu sorun çözülebilecek gibi görünmektedir.



KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

ACER Yücel, KAYA İbrahim, **Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı**, 3. Baskı, USAK Yayınları, Ankara, 2013.

AKGÜL Arif, ŞAHİNLİ Kürşad, "Türkiye'nin Taraf Olduğu, Birleşmiş Milletler Anlaşmalarının Meclis Onay Süreci: 1961, 1971 ve 1988 Uyuşturucu Konvansiyonlarının İncelenmesi", **Uluslararası Hukuk ve Politika**, S. 1-31, Ankara, 2014.

AKİPEK Serap, "Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar İle Uyumlaştırılması Sorunu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1-4, Ankara, 1999, s. 19-20.

AKSAR Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

ALTUNDIŞ Mehmet, "Anayasasının 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümlerle Birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yargı Yolu Açılabilir mi?", **Yasama Dergisi**, S. 2, Ankara, 2006.

ARMAĞAN Servet, "1982 Anayasası'nda Uluslararası Antlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, S.17, Ankara, 2000.

AYBAY Rona, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", **TBB Dergisi**, S.70, Ankara, 2007.

BAŞLAR Kemal, "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni", **Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan**, S.1-2, Ankara, 2004.

CAN Hacı, "Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı", **Yasama Dergisi**, S.2, Ankara, 2009.

ÇAKMAK Cenap, **Uluslararası Hukuk Giriş, Teori ve Uygulama Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2014.

DOĞAN İlyas, **Devletler Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2010.

ELİBOL Zeynep, "Türkiye'nin Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerine Koyduğu Çekinceler", **İnsan Hakları Ortak Platformu**, Ankara, 2015.



EMILIAN Ciongaru, "The Monistic and the Dualistic Theory in European Law", **George Bacovia University Publishing**, S. 1, Romania, 2012.

ERDOĞAN Mustafa, **Anayasa Hukuku**, 6. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2011.

EREN Abdurrahman, "1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.3-4, Erzincan, 2004.

EROL İzzet, "1982 Anayasası Döneminde Uluslararası Antlaşmaların TBMM'de Görüşülmesi ve Denetimi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.4, Ankara, 2011.

GOLDSMITH Jack, LEVINSON Daryl, "LawForStates: International Law, ConstitutionalLaw, PublicLaw", **Harvard Law Review**, S. 7, ABD, 2009.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 14. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, s. 277.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

KABOĞLU İbrahim Ö, **Anayasa Yargısı**, 3. Baskı, İmge Kitabevi, İstanbul, 2000.

KÖYBAŞI Serkan, "Yargı Denetiminden Milletlerarası Anlaşmalar Yoluyla Kaçmak: Akkuyu Nükleer Güç Santrali Anlaşması", **Anayasa Hukuku Dergisi**, S. 3, Ankara, 2014.

LAUTERPACTH Hersch, **International Law**, Cambridge University Press, London, 1978.

N. SHAW Malcolm, **International Law**, 5. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

OLOWU Dejo, **International Law: A Textbook For the South Pasific**, CD Publishing, Washington, 2010.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ÖZKAN Işıl, "Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkileri", **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, S. Özel Sayı (Armağan), İstanbul, s. 2129.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.



SOYSAL Mümtaz, "Uluslararası Anlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı Dergisi**, S. 14, Ankara, 1997.

TOLUNER Sevin, **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1973.

TUNÇ Hasan, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, S. 17, Ankara, 2000.

ÜLGEN Özen, İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme, Beta Yayınları, Ankara, 2013.

Kararlar

Anayasa Mahkemesi Kararı, K.T. 04.3.1965, E. 1963/311, K. 1965/12, R.G. 24.12. 1965.

Anayasa Mahkemesi Kararı, K.T. 27.02.1997, E.1996/47, K.1997/33, R.G. 25.04.1998.

Anayasa Mahkemesi Kararı, K.T. 31.5.2012, E.2011/47, K.2012/87, R.G. 22.11.2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, K.T. 31.5.2012, E.2010/92, K.2012/86 R.G. 22.11.2013.



ANTLAŞMALAR

İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşması metni https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc079/kanuntbmmc079/kanuntbmmc07904163.pdf, 3.4.2017

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti'nde Akkuyu Sahasında Bir Nükleer Güç Santralinin Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Antlaşmanın metni <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101006-6.htm>, 3.4.2017.

Uluslararası Ticaret Finansmanı İslami Kurumu Kurucu Antlaşma metni <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/05/20110528M1-20-1.pdf>, 3.4.2017.



İTALYA'DA İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİ VE ALINACAK DERSLER

*(The Legality Principle On Administrative Crime And Punishments In Italy
and Lessons To Be taken)*

Dr. (Iur.) Hasan DURSUN¹

ÖZ

İtalya'da idari suç ve cezaların, idari ceza hukukunun kapsamına girdiği anlayışı benimsenmekte ve bu hukukun geniş anlamda ceza hukukunun bir dalını oluşturduğu kabul edilmektedir. Hâlbuki idari suç ve cezalar, cezai idare hukukunun kapsamı içerisine girmekte ve idare hukukunun bir dalını oluşturmaktadır.

Bu yanlış anlayıştan hareket edilerek, İtalya'da 24 Kasım 1981 tarihli ve 689 sayılı Kanun çıkartılmıştır. İtalyan kanununun esin kaynağını, Almanya'da idari suç ve cezalar hakkında çıkartılan 1952 tarihli Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun oluşturmuştur. Alman ve İtalyan kanunları, idari suç ve cezanın doğasına ve niteliğine aykırı hükümler taşımaktadır. Bu bağlamda idari suç ve cezalar halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezaları şeklinde iki büyük gruba ayrılırken, bu kanunlar, idari suç ve cezalardan yalnızca halka yönelik idari suç ve cezaları anlamıştır. Yine, idari cezayı yalnızca idari görevlilerin vermesi gerekirken, söz konusu kanunlar, yargıca idari ceza verme yetkisi sağlamıştır. Bununla birlikte, bu kanunlar, idari suç ve cezalarda katı veya sert kanunilik ilkesi aranacağını belirterek isabetli hükümlere yer vermişlerdir. Çünkü suç ve cezada kanunilik ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek bakımından büyük önem taşımaktadır.

Bu çalışmadan Türkiye açısından iki konuda ders çıkartılabilir. Bunlardan ilki, Türkiye'nin halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından genel nitelikli kanunu olan 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununda suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin benimsenmesi gereğidir. İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin benimsenmesi, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin benimsenmesinden daha fazla önem taşımaktadır. Zira yargının aksine idare ne bağımsız ne de tarafsızdır.

1 Kalkınma Bakanlığı, Planlama Uzmanı ♦ hasan.dursun@kalkinma.gov.tr
(Bu makalede ileri sürülen görüşler, Kalkınma Bakanlığının görüşlerini yansıtmamakta, yazarın kişisel görüşlerini yansıtmaktadır).



İkinci olarak, Roma Hukuk Fakültesi eğitim-öğretim programında yer aldığı gibi idari ceza, idari tedbir ve idari icra gibi idari yaptırımlarla uğraşan “İdari Yaptırımlar” dersinin Türkiye'nin hukuk fakülteleri ve kamu yönetimi bölümlerine bağımsız bir ders olarak konulması gerekir.

Anahtar Kelimeler: İdari Suç ve Ceza, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi, İdari Ceza Hukuku, Cezai İdare Hukuku

ABSTRACT

In Italy, the sense is being seized that administrative crimes and punishments are in the scope of administrative penal law and administrative penal law is in the broad sense forms the branch of criminal law. However, administrative crimes and punishments fall in the scope of penal administrative law and penal administrative law constitutes the branch of administrative law.

In Italy, based on this false conception, on 24 November 1981 and Law No.689 has been put into practice. German Act Concerning Contraventions on the Order that is put into practice in 1952 is a source of the Italian Law. German and Italian Laws carry contrary provisions against the nature and quality of the administrative crime and punishment. Within that context, administrative crimes and punishments are separated into two the big group as publicly targeted crimes and punishments and disciplinary crimes and punishments. However, those laws conceive from the administrative crimes and punishments solely the publicly targeted crimes and punishments. Again, only administrative agents can be issued administrative punishments, the said laws empowered the judge on issuing administrative punishment. Nonetheless, on giving way to the rigorous or strong legality principle on the administrative crimes and punishments, those laws acted with accurately. Inasmuch as the legality principle is of great importance on protecting and developing personal rights and freedoms.

From this study, two lessons can be taken for Turkey. The first of these, nullum crimen nulla poena sine lege (legality) principle is to be accepted for the Turkey's Misdemeanors Law – on 30 March 2005 and Law No. 5326- that contains general provisions on publicly targeted administrated crimes and punishments Within that context, legality principle is more necessary in administrative crime and punishments than criminal law. Inasmuch as unlike to judicial organs, administration is neither independent nor impartial. Secondly, as in the Rome Law School curriculum, “Administrative Sanctions” course that deals with like administrative punishments, administrative measure, and administrative execution shall have been taught independently at Turkey's law faculties and public administration departments.



Keywords: Administrative Crime and Punishment, Nullum Crimen Nulla Poena Sine lege “Legality” Principle, Administrative Penal Law, Penal Administrative Law

GİRİŞ

Bu çalışmada Kıta Avrupası hukukuna tâbi ülkelerden İtalya’da idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması üzerinde durulacaktır. İnceleme yapılırken idari suç ve cezalar arasında; “halka yönelik idari suç ve cezalar” ile “disiplin suç ve cezaları” şeklinde bir ayırım² yapılacak ve bunların her birinde söz konusu ilkenin nasıl uygulandığı irdelenecektir. Çalışmanın oylumunu artırmamak için ise disiplin suç ve cezaları bakımından araştırma yapılırken ağırlıklı olarak kamu görevlileri hakkında öngörülen disiplin suç ve cezaları üzerinde durulacaktır.³

İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda Kıta Avrupası hukuk dizgesine sahip olan ülkelerden İtalya’nın seçimi bilinçli olarak yapılmıştır. İtalya bakımından yapılacak bu inceleme, Türkiye açısından büyük faydalar sağlayacaktır. Zira İtalya, 2004 yılında 5237 sayılı Kanun ile ortadan kaldırılan ve 80 yıl ülkede yürürlükte olan 765 sayılı Türk Ceza Kanununa kaynaklık etmiştir. Öte yandan İtalya’da idari suç ve ceza konusunda yapılan çalışmaların oldukça ilerlediğini de belirtmek gerekir.

İrdeleme yapılırken anayasa hukuku, idare hukukunun fasıl başlarını oluşturduğundan,⁴ öncelikle, İtalyan Anayasasında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin düzenlenme tarzına bakılacaktır.

- 2 İdare ile kişi arasında izin, ruhsat veya İdarenin bünyesinde çalışma gibi idareyle arasında bir bağ olan kişiler için öngörülen idari suç ve cezalar, disiplin suç ve cezalarını, buna karşın böyle bir bağ olmadığı durumlarda öngörülen idari suç ve cezalar, halka yönelik idari suç ve cezaları oluşturur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun Hasan, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 197 vd.
- 3 Bir üstteki dipnotta yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere disiplin suç ve cezaları oldukça geniş kapsamlıdır. Örneğin cezaevi idaresi ile mahkûm arasında “özel bağ” (special hardship) bulunduğu için mahkûma verilen bir “kınama cezası” da “disiplin cezası” sayılır.
- 4 Çok sayıda düşünürün benimsediği üzere anayasa hukuku, idare hukukunun fasıl başlarını, bir başka deyişle, idare hukuku, anayasa hukukunun somut görünümünü oluşturmakta, hatta Turan Güneş’in isabetli olarak belirttiği üzere idare hukukunun ana prensipleri, Anayasada bulunmaktadır. Bu bağlamda, Güneş, anayasanın, anayasa hukukunun ne derece kaynağı ise idare hukukunun da o derece kaynağı olduğunu, daha açıkçası kamu hukukunun bir bütün olduğunu belirtmektedir. Bkz. Güneş Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965, s. 2. Yine Almanya Federal İdare Mahkemesi önceki başkanlarından F. Werner’in ifadesiyle idare hukuku, anayasa hukukunun somutlaştırılmış şeklidir. Almanya Federal İdare Mahkemesi önceki başkanlarından H. Sendler ise bu ilişkiyi açıklarken yalnızca anayasa hukukunun somut açıklamasını idare hukukunda bulmakla kalmayıp, örneğin “dengeli karar” ve “orantılılık” ilkesi gibi idare hukukunun birçok ilkelerinin de anayasadan türetildiğini belirtmiştir. Bkz. Schwarze Jurgen, European Administrative Law, Revised 1st Edition, Sweet and Maxwell, London 2006, s. 116-117 ve dipnot (dn.)12-13.

I. İTALYAN ANAYASASINDA KANUNİLİK İLKESİ

İtalya'da özellikle halka yönelik idari suç ve cezalar olmak üzere idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin geçerli olduğu en başta 22 Aralık 1947 tarihinde kabul edilen İtalyan Anayasasına bakılarak anlaşılabilir. Nitekim suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi,⁵ İtalyan Anayasasının 25. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Bu fıkroda, kimseye, fiilin işlendiği zaman yürürlükte bulunan bir kanunda gösterilmedikçe ceza verilemeyeceği⁶ ifade edilmiştir.⁷ Bu fıkradan anlaşılacağı üzere suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, İtalya'da anayasal bir ilke olarak kabul edilmiştir.⁸ Bu bağlamda İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin kanunilik ilkesine aykırılık oluşturan cezai nitelikteki bir normu iptal edeceği açıktır.⁹

Anayasa'nın 25. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen kanunilik ilkesi salt ceza hukuku normlarının dikkate alınarak konulduğu şeklinde bir görünüm verse de¹⁰ bu hüküm salt ceza hukuku normları açısından değil, cezalandırıcı karakteri, bir başka deyişle, eza veya acı verme niteliği bulunan her türlü norm bakımından geçerlidir.¹¹ Bu bağlamda, örneğin, idari nitelikli olsa bile para cezasının verilmesini öngören cezai bir norm,

- 5 Suç ve cezada kanunilik ilkesi denilince anlaşılması gereken biçimsel kanunilik ilkesi ve onun alt ilkelerini oluşturan "kanunun tekelciliği", "kanunun açıklığı" ve "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 20-143.
- 6 Metnin İtalyanca hali şu şekildedir: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". (https://www.senato.it/1025?sezione=120&articolo_numero_articolo=25. Erişim Tarihi, 13.1.2017).
- 7 22 Aralık 1947 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 1948 tarihinde yürürlüğe giren İtalyan Anayasasının Türkçe tam metni için bkz. Erginay Akif, İtalya Cumhuriyeti Anayasası, AÜHFD, Cilt 8, Sayı 1-2, 1951, s. 777-805. Bu çalışmada İtalyan Anayasasının madde metinleri üzerinde durulurken bu iki çalışmadan ve İtalyan Anayasasının İngilizce ve orijinal metninden yararlanıldığını belirtmek gerekir. İtalyan Anayasasının İngilizce ve İtalyanca tam metni için bkz. (<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>, Erişim Tarihi, 10.9.2016).
- 8 Bricola'nın ifadesiyle Anayasanın bu hükmü gereği hem suç hem de cezalarda kanunilik ilkesi geçerlidir. Bkz. Bricola Franco, Scritti Di Diritto Penale Opere Monografiche, Dott.A.Giuffrè Editore, S.p.A., Milano 2000, s. 854.
- 9 Nuvolone Pietro, Il Sistema Del Diritto Penale, Seconda Edizione, Cedam, Padova 1982, s. 53.
- 10 Moderne Franck, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993, s. 179.
- 11 Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin 21 Ocak 1957 tarihli kararında, Anayasanın 25. maddesinin 2. fıkrasının, devletin cezalandırma gücüne dayalı olarak uyguladığı tüm yaptırımlar bakımından geçerli olduğu görüşü savunulmuştur. Kararda, gerek kanunilik ilkesinin düzenlediği Anayasanın 25. maddesinin 2. fıkrasında gerekse cezai sorumluluğun düzenlediği 27. maddede kullanılan genel nitelikli kavramların, geniş yorumlanmaya uygun olduğu ifade edilmiştir. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 199 ve dn. 15.



kanunilik ilkesine tabidir.¹² Çünkü Anayasa'nın bu fıkrasında düzenlenen kanunilik ilkesi, yalnızca kişi özgürlüklerini bağlayıcı cezalar için değil malvarlığıyla ilgili veya yurttaşların temel hak ve özgürlüklerini etkileyen¹³ her türlü ceza bakımından geçerlidir.¹⁴ Nitekim İtalyan Yargıtay'ı da 1961 yılından itibaren verdiği kararlarda¹⁵ idari bir ceza olan ruhsatın askıya alınması veya iptalinin gerçek anlamda cezai bir sonuç doğurduğunu, bu yüzden, Anayasanın 25. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen "kanunilik" ilkesinin koruması kapsamında olduğunu ifade etmiştir.¹⁶

Görüldüğü üzere İtalya'da idari suç ve cezalarda da kanunilik ilkesinin uygulanacağı esasının kökeni, Anayasanın 25. maddesinin 2. fıkrasına dayanmaktadır.¹⁷ Anayasada yer alan bu ilke İdarenin kendi düzenlemelerine dayanarak idari suç ve ceza koymasını engellemektedir. Bu esasa İtalya'da pek fazla itiraz edilmemekle birlikte, ülkedeki ana tartışma konusunu, Anayasada belirtilen kanunilik ilkesinin idari suç ve cezalarda nasıl uygulanacağı hususu oluşturmaktadır.¹⁸

İtalyan Anayasa Mahkemesi de istikrarlı bir şekilde ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar bakımından olduğu kadar idari suç ve cezalar bakımından da kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği görüşünü savunmaktadır. Bu bağlamda mahkeme, her şeyden önce idari suçlarda kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine uyum sağlayabilmek için idari suçun yapıcı veya kurucu unsurlarının yasama organı tarafından belirlenmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir. Mahkeme, idari suçun yapıcı veya kurucu unsurlarının belirlenmesinin her zaman yeterli olmadığını, bu unsurlar dışındaki hususların yürütme organının düzenlemesine bırakılıp bırakılmayacağını da incelemektedir. Daha açık bir deyişle mahkeme, idari suçun kurucu veya yapıcı unsurlarının yasama organı tarafından belirlenmediği veya yürütme organına yetki devrinin yapılmasına olanak olmadığı durumda kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırılık bulunduğunu düşünmektedir. Öte yandan mahkeme, yasama

12 Nuvolene, s. 53. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 26 Ocak 1957 tarihli kararında, bir normun ceza hukuku veya cezai idare hukuku normu olarak nitelendirilmesinin önemli olmadığını, asıl önemli olan şeyin yaptırımın doğası olduğunu belirtmiştir. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 179.

13 Zira bu hüküm kişi özgürlüklerini korumayı erek edinmiştir. Bricola, s. 856.

14 Bricola, s. 867.

15 Bu kararlar için bkz. Bricola, s. 869 dn. 268.

16 Bricola, s. 869.

17 Ayrıca, tıpkı, kökeni 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanununa dayanan 765 sayılı TCK'nin 1. maddesinde olduğu gibi yeni İtalyan Ceza Kanununun 1. maddesinde de ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

18 Moderne, s. 201.

organı tarafından salt idari suçun unsurlarının düzenlenmesinin, bir diğer deyişle, ana çerçevesinin çizilmesinin, suç ve cezada kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiği anlamını taşımayacağını, kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirilmiş sayılabilmesi için bahsedilen temel çerçevenin açık ve kesin bir şekilde düzenlenmesi, tersine bir deyişle, muğlak bir düzenlemenin yapılmamış olması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Mahkemeye göre muğlak bir düzenleme, kanunilik ilkesinin “kanunun açıklığı” alt ilkesini ihlal eder.¹⁹

İtalyan Anayasası'nın 25. maddesinin 2. fıkrasında, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesi “mutlak” (*assolute*) bir nitelik göstermesine ve Anayasa Mahkemesi de bunu istikrarlı bir şekilde benimsemiş olmasına karşın İtalyan yasa koyucusu özellikle suçlar bakımından olmak üzere “elastik” (*relativo*) bir kanunun tekelciliği alt ilkesi anlayışını benimsemektedir. Daha açık bir deyişle, İtalyan yasa koyucusu, kimi durumlarda, bir suç normunun yapıcı veya kurucu unsurlarını kendisi bizzat düzenlemeyerek bu unsurları ayrıntı ve ikincil nitelikte görmekte ve İdarenin düzenlemelerine terk etmektedir. Bu bağlamda, kanun koyucu, cezalar bakımından kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesini mutlak bir şekilde benimserken, suçlar bakımından “elastik” veya “esnek” nitelikte kanunun tekelciliği anlayışını benimsemiştir ki²⁰ bu tutumu benimsemek olanaksızdır.

İtalyan Anayasasının katı bir biçimde kanunilik ile ilgili diğer maddelerini 23. ve 97. maddeler oluşturmaktadır. Bunlardan 23. maddeye göre, yasal bir dayanağı olmaksızın hiç kimseye kişisel veya mali bir yükümlülük konulamaz. İtalyan Anayasasının 97. maddesinin 1. fıkrasında, İdarenin tarafsızlığını ve etkinliğini sağlayabilmek için kamu kurum ve kuruluşlarının kanuna dayalı olarak kurulacakları ifade edilmiştir. Bu iki maddenin birlikte değerlendirilmesi sonucu kamusal nitelikli idari suç ve cezalarda yasal bir dayanağın bulunmasının şart olduğu anlaşılmaktadır. Zira kamusal idari cezalar, kişisel veya mali bir yüküm getirdiğine göre yasal bir dayanağı olmadan idari cezanın uygulanması, Anayasasının 23. ve 97. maddesinin 1. fıkrasına da aykırılık oluşturacaktır. Daha açık bir deyişle, İtalyan Anayasasının 23. maddesi ile

19 Mantovani Ferrando, *Diritto Penale Parte generale*, V edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Cedam-Padova 2007, s. 22.

20 Krş. Mantovani, s. 46. Nitekim İtalya'da kanunun yetki vermesi koşuluyla yürütmenin bütün birimleri, daha açık bir deyişle, bölge idareleri, valilikler, belediye başkanlıkları ve diğer kamu idareleri kanunun belirlediği alan içerisinde kalmak, kanuna aykırı olmamak ve cezası kanun tarafından konulmak koşuluyla hangi isim altında olursa olsun kural tasarruf yapma yetkisine sahip bulunmaktadır. Bkz. Soyaslan Doğan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları No. 77, Ankara 1990, s. 54.



97. maddesinin 1. fıkrası, halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin geçerli olduğu yönünde en küçük bir kuşku bırakmamaktadır. Çünkü yasal temeli değişik yorumlara yol açsa da İtalya'da idari işlevin "kanunilik" ilkesine dayandığı konusunda en küçük bir kuşku bulunmamaktadır.²¹ Gerçekten de İdarenin "kanuniliği ilkesini" (principio di legalità) düzenleyen bu hükümlerden çıkan ilk sonuç, idarenin, kişilerin özgürlüğünü ve malvarlığını ancak kanunen yetkili olduğu durumlarda kısıtlayabileceğidir.²² Bu hükümlerden doğan ikinci sonuç ise İtalyan hukuk dizgesinin genel prensipleri gereğince yürütme ve idarenin kanuna, düzenlemelere ve "hukukun genel ilkelerine" "principi generali del diritto" uymak, kısacası hukuka saygı göstermek zorunda olmasıdır.²³

İtalyan Anayasasında mutlak anlamda kanuniliği öngören bu hükümler yanında, esnek bir kanunilik ilkesi yönünde veya bu ilkeyi gevşetici hükümlere de rastlanılmaktadır. Bunlardan ilkinin, İtalyan Anayasasının 76. maddesi ile 77. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "olağan kanun hükmünde kararname" (olağan KHK'ler), ikincisini ise Anayasanın 77. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen olağanüstü KHK'ler oluşturmaktadır. Burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki bu KHK'ler²⁴ ile idari suç ve ceza konulabilmesi olanaklıdır. Olağan KHK'ler ile işe başlamak gerekirse, Anayasanın 76. maddesinde; yalnızca sınırlı bir zaman ve belirli amaçlar için ilke ve ölçütlerin saptanması²⁵ suretiyle, Parlamento tarafından hükümete yasama görevini yürütme yetkisinin verilebileceği belirtilmiş, 77. maddesinin 1. fıkrasında ise hükümetin, Parlamentonun her iki kanadından²⁶ verilmiş bir yetki olmadığı müddetçe kanun hükmünde kararname çıkartamayacağı ifade edilmiştir. Hükümetin böyle bir yetki kanununa dayanarak çıkartacağı KHK'ler ile düzenleme yapamayacağı bir konu bulunmadığı gibi bu KHK'lerin kanunlaşması da gerekmemektedir. Bu bağlamda olağan KHK'lere dayalı olarak idari suç ve ceza normu konulabilecektir ki bu durumun suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine bir gevşeme

21 Krş. Schwarze, s. 220.

22 Gerçekten de Corso'nun belirttiği üzere idari ceza yoluyla kişilerin özgürlüğü, malvarlığı ve hakları etkilendiği için idari ceza verebilmek açısından "kanunilik" (legalità) ilkesi mutlak geçerli olan bir ilkedir. Bundan da öte İtalya'da idari ceza verebilmek açısından yalnızca yasal dayanağın bulunması da yeterli değildir, bunun yanında, çıkartılacak yasanın demokratik ilkelere uygunluk taşıması da gerekmektedir. Bkz. Corso Guido, Manuale di Diritto Amministrativo, Terza edizione, G. Giappichelli editore, Torino 2006, s. 34.

23 Krş. Schwarze, s. 220.

24 Bu kararname hakkında fazla bilgi için bkz. Mantovani, s. 52-53.

25 Bir başka deyişle, kapsamının belirlenmesi.

26 Senato ve Millet Meclisinden.

veya esneklik getireceği ortadadır.²⁷ Zira söz konusu alt ilke gereği, suç ve ceza normunun kurucu veya yapıcı unsurlarının mutlaka kanun tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede yetki kanununa KHK çıkartılabilmesi için aranan koşulların, daha açık bir deyişle, sınırlı süre, belirli amaç, ilke ve ölçütlerin²⁸ konulmasının, söz konusu alt ilkenin gereğinin yerine getirildiği anlamını taşımadığı ortadadır.

İtalya'da kanunilik ilkesine görecelik veya esneklik getiren bir başka hüküm, olağanüstü KHK'leri düzenleyen Anayasanın 77. maddesinin 2. ve 3. fıkralarıdır. Bu maddenin 2. fıkrasında, olağanüstü gereksinim ve acele hallerde hükümetin, kendi sorumluluğu altında, kanun gücünde bazı geçici tedbirler aldığı zaman, bunları, kanun haline dönüşmeleri için Parlatentonun her iki kanadına sunmaya mecbur olduğu, Parlamento feshedilmiş olsa bile beş gün içerisinde toplanmak üzere bu iş için davet olunacakları, 3. (son) fıkrasında ise bu tür KHK'lerin yayımlanmalarından itibaren 60 gün içerisinde kanun niteliğini almadıkları takdirde, yayımlandıkları günden itibaren yürürlükten kalkmış sayılacakları, bununla birlikte, Parlatentonun, kanun haline getirilmemiş olan KHK'lerden doğan hukuki ilişkileri düzenleyebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere İtalya'da olağanüstü durumlarda çıkartılabilecek KHK'ler için yetki kanununa dayanma şartı olmadığı gibi düzenlenemeyecek bir konu sınırı da bulunmamaktadır.²⁹ Bu bağlamda İtalya'da olağanüstü KHK'ler yoluyla hükümetin özerk bir düzenleme yetkisine sahip olduğunu savlamak olanaklıdır.

Olağanüstü KHK'ler, kanımızca, suç ve cezada kanunilik ilkesini oldukça gevşetmektedirler. Gerçekten de yetki kanununa bile gerek olmayarak örneğin hükümetin bu KHK'ler yoluyla idari suç ve ceza normu koyması³⁰ suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından esnekliğe yol

27 Anayasanın 76. maddesi gereği yasama organının, yürütme ve/veya İdareye, yasama yetkisini bütünüyle devretmeyip ancak belirli konularda devredebilmesi ve bu bağlamda hükümetin mutlak bir özerk düzenleme yetkisinin bulunmaması söz konusu esasta bir değişiklik oluşturmaz. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekeliçiliği" alt ilkesinin gereğinin yerine getirilebilmesi için suç ve cezanın unsurlarının bizzat "kanun" tarafından saptanması gerekir. Yasama organı belirli konularda olsa bile yürütme ve/veya İdareye yasama yetkisi devrettiği durumda suç ve cezanın unsurları kanun tarafından saptanmış olmamakta, yürütme ve/veya İdare kendisine yetki devredilen konularda suç ve cezanın unsurlarını saptamaktadır. Krş. Corso, s. 35.

28 İtalyan Anayasa Mahkemesi, 1956, 1961, 1977 ve 1995 yıllarında verdiği kararlarla söz konusu KHK'lerin çıkartılabilmesi için "yeterli güdüler" (adeguata motivazione), yayımlanma ve geçici süreli olma koşullarını da eklemiştir. Bkz. Casetta Elio, Manuale di Diritto Amministrativo, Decima Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano 2008, s. 342.

29 Bu KHK'ler için öngörülen tek koşul "yayımlanma" şartıdır.

30 Gerçekten de Casetta'nın belirttiği üzere İtalya'da olağanüstü durumlarda çıkartılan KHK'ler



açar. Zira yürütmenin düzenleme araçlarından birisini oluşturan KHK ile suç ve ceza normu konulması kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırılık³¹ oluşturur.³² Gerçi İtalyan Anayasasının 70. maddesinde yasama görevinin Parlatentonun iki kanadı tarafından ortak bir şekilde görüleceğinden bahsedilmesi³³ ve 77. maddenin son fıkrası gereği, Hükümetin çıkartacağı olağanüstü KHK'lerin yayımlandıkları tarihten itibaren 60 gün içerisinde kanun niteliğini almadıkları takdirde yayım tarihinden itibaren yürürlükten kalkmalarının öngörülmesi nedeniyle kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırı bir durum olmadığı savlanabilir. Ancak Cadoppi ve Veneziani'nin naklettikleri üzere İtalya'da Hükümetin çıkarttığı KHK'ler, Anayasada koşul olarak öngörülen "olağanüstü gereksinim ve acele haller" şartına uymamakta, böylelikle KHK kurumu kötüye kullanılmaktadır. Yazarlar bu kötüye kullanımdan dolayı suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı davranılmış olduğunu ifade etmektedirler.³⁴ Kanımızca, Cadoppi ve Veneziani'nin bu görüşü son derece isabetlidir. Zira günümüz parlamenter demokrasilerinde hükümeti oluşturan parti veya partiler parlamentoda da sayısal olarak üstün oldukları için Anayasal koşullara uyulmayarak hazırlanan bir KHK parlamento tarafından kolaylıkla kabul edilmekte, hatta yalnızca tasdik edilmektedir. Böyle bir KHK'nin parlamento tarafından kanun haline getirilmesinin bir anlamı da bulunmamakta, özü itibariyle kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı davranılmış olmaktadır.³⁵

ile idari suç ve ceza konulabilmekte ve üstelik bu KHK'lerin kanuna uygun olması koşulu aranmamaktadır. Bkz. Casetta, s. 342.

- 31 En azından kanunlaşacağı kadar geçen azami 60 günlük süre boyunca.
- 32 Bu durumdan daha da vahim olan başka bir hüküm İtalyan Askeri Ceza Kanununda yer almaktadır. Gerçekten de bu kanun, savaş döneminde askeri makamların talimatlarıyla suç ve ceza normunun konulabileceği esasını benimsemiştir. Bu talimatlar yayımlanma dışında başka bir şekil sınırlamasına tabi değildir. Fazla bilgi için bkz. Antolisei Francesco ve Conti Luigi, *Manuale Di Diritto Penale Parte Generale, Quattordicesima Edizione*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1997, s. 70 ve dn. 20-21. Bu bağlamda bahsedilen talimatlar ile idari suç ve ceza normu konulabilecektir ki bu olgunun suç ve cezada kanunilik ilkesini adeta dinamitleyeceği ortadadır.
- 33 Anayasanın 70. maddesi bu hükmü koymakla Parlatentonun yapacağı kanun dışında ona eşdeğer bir kaynak yaratılmasını yasaklamaktadır. Bu bağlamda yürütmenin yapacağı bir düzenleme ile kanun yürürlükten kaldırılamaz. Öte yandan, İtalyan Anayasasının 101. maddesinin 2. fıkrasında, yargıçların sadece kanuna tabi oldukları ifade edilmiştir. Bu durum, İtalya'da her şeyin başının kanun olduğunu somut bir şekilde ortaya koymaktadır. Bkz. Corso, s. 307.
- 34 Cadoppi Alberto ve Veneziani Paolo, *Manuale Di Diritto Penale Parte Generale e Parte Speciale*, Cedam-Padova 2007, s. 68-69.
- 35 Suç ve ceza normları kişi özgürlüğünü sınırlandırdığı için bu alanda ancak "kanun" ile bir düzenleme yapılabilir. Çünkü kanunun yapılmasına toplumun çoğunluk ve azınlığını temsil eden parlamenterler katıldığı, kısacası, kanunu parlamento yapacağı için bu durum

İtalya'da kanunilik ilkesini gevşeten veya esnekleştiren bir başka hükmü, Anayasanın Cumhurbaşkanının yetkilerini düzenleyen 87. maddesi oluşturmaktadır. Daha somut bir deyişle, Anayasanın 87. maddesinin 5. fıkrasında, Cumhurbaşkanının kanun niteliğinde kararname ve tüzük çıkarma yetkisinin olduğu belirtilmiştir. Gerçi Cumhurbaşkanının yayımlayacağı kararname ve tüzük ile kanun konusu olan alanlar düzenlenemeyecek ve bunlar kanuna aykırı hüküm taşıyamayacak³⁶ olsa da kanuna özgülenmiş alanlar dışında Cumhurbaşkanının yetkisi çerçevesinde çıkaracağı KHK ve tüzüklerle idari suç ve ceza normunun konulabileceği açıktır.³⁷ Nitekim Özay'ın belirttiği üzere Anayasanın 87. maddesi, Cumhurbaşkanına “tam ve genel düzenleme yetkisi” (*potere regolamentare piena e generale*) vermiş bulunmakta, dolayısıyla mutlaka kanunla düzenleme hususunda bir hüküm bulunmayan konularda yürütme gücü, KHK ve “tüzükler” (*regolamenti governativi*) ile düzenlemeler yapabilmektedir. Yazar, bununla birlikte İtalya'da “kanunla düzenleme zorunu” (*riserva di legge*) söz konusu olduğunda, “mutlak” (*riserva assoluta*) ve “göreceli” (*riserva relativa*) kanunilik³⁸ kavramlarıyla karşılaştığını ve bu ikisi arasında bir ayırım yapıldığını ifade etmektedir.³⁹

İtalyan Anayasasının kanunilik ile ilgili hükümleri hakkındaki açıklamalarımızı bitirmeden önce bu ülkede “kanun” kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde de durmak uygun olacaktır. Birçok kanun

yurttaşlar açısından bir garanti oluşturur. Bu işi yürütmenin yapması doğru değildir. Zira yürütmenin yapacağı düzenlemeye toplumun azınlığını oluşturan temsilciler katılmadığı için kişi hak ve özgürlükleri tehlikeye girmektedir. Bu yüzden suç ve cezayı koymada en doğru tercih, halkın temsilcisi olan parlamento olmalıdır. Bu bağlamda suç ve ceza normlarında kanunun tekeli bir konumda bulunmasının altında yatan neden, eski hukukta “Tanrı bizi korur” söyleminin yerini, çağdaş hukukta “Parlamento bizi korur” deyişinin almasıdır. Konu hakkında ayrıntılı bilgileri için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 28 vd. Yürütme organının yapmış olduğu KHK'nin, parlamento tarafından tasdik edilerek kanun haline getirilmesi durumunda, parlamento gerçek anlamda kanunu yapmış olmamakta, kanunu yapan organı yürütme oluşturmaktadır. Bu yüzden de kişi hak ve özgürlükleri yeterince korunamamakta ve böylelikle suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine özünde aykırı davranılmış olunmaktadır.

36 Corso, s. 306.

37 İşte bu durum kanımızca, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesine bir aykırılık oluşturmaktadır.

38 Söz mutlak ve göreceli kanunilik kavramlarından açılmışken hemen şu hususu belirtmek gerekir ki, İtalyan Anayasa Hukuku öğretisinin önde gelen isimlerinden Crisafulli, mutlak ve göreceli kavramlarının biraz elastiki olduğunu, İtalyan Anayasa Mahkemesi içtihatları ve hemen hemen görüş birliği, fakat ilkelere bağlı olmaktan ziyade “yerindelik ve elverişlilik” düşünceleri ile mutlak yasak bulunmayan hallerde, kısacası göreceli kanuniliğin bulunduğu durumlarda, düzenleme yetkisinin yürütme ve idareye devredilebileceği kanısında olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Özay İl Han, İdari Yaptırımlar, İÜHFY No.: 691, İstanbul 1985, s. 91-92 özellikle dn. 257.

39 Özay, s. 91.



çeşidinin⁴⁰ bulunduğu İtalyan kamu hukuku düzeninde, eğer tamlayıcı nitelikte başka sözcükler eklenmemişse, kanun kavramının dar bir şekilde anlaşılması gerekir.⁴¹ Nitekim İtalyan Anayasa Mahkemesi de 26 Haziran⁴² 1956 tarih ve 4 sayılı kararında; kanunla düzenleme konusunda, aksine bir hüküm olmadığı takdirde Anayasada yer alan “kanun” teriminin “Devlet kanunu” (*legge dello Stato*), daha açık bir deyişle, bölge veya özerk idarelerin parlamentoları tarafından yapılan kanun değil, merkezi parlamento tarafından yapılan “kanun” anlamına geldiğini belirtmiştir.⁴³

İtalyan Anayasasının 117. maddesinde; kanun yapma yetkisi, devlet ile bölge idareleri arasında paylaştırılmıştır. Bu maddenin ilk halinde, bölgelerin kanun yapma yetkileri sayılıp diğer konular Devletin kanun yapma tekeline terk edilmiş iken, maddenin 2001 yılındaki değişikliğinde ise tam tersine hareket edilerek Devletin hangi konularda kanun yapacağı “sınırlı sayıda” (numerus clauses) sayılmış, diğer konularda kanun yapma yetkisi ise bütünüyle bölge idarelerine bırakılmıştır. Anayasanın 121. maddesinde ise bölge idarelerinin kendilerine tanınmış olan yasama yetkisini nasıl kullanacağı düzenlenmiştir.⁴⁴ Kanun yapma yetkisini devlet ile bölge idareleri arasında paylaşan Anayasanın 117. maddesinin ilk halinde, bölge idarelerinin kanun koyacağı konular arasında suç ve ceza normlarından bahsedilmemiş, buna karşın 2001 yılında yapılan değişiklikle ceza hukukunda kanun yapma yetkisi salt Devlete (Merkezi İdareye) özgülenmiştir. Anayasanın 117. maddesinin ilk hali, suç ve ceza, özellikle idari suç ve ceza normunun bölge idareleri meclisleri tarafından konulup konulmaması konusunda birçok uyumsuzlığa yol açmıştır. Kanımızca maddenin 2001 değişikliği de sorunu tam olarak çözememiştir. Zira ceza hukukunun kapsamına hangi normların girdiği birçok uyumsuzluğu davet edebilecektir. Bu bağlamda konunun tam olarak kavranabilmesi için 2001 yılı değişikliğinden önce Anayasanın 117. maddesi bağlamında doğan uyumsuzluklara kısaca bir göz atmak yerinde olacaktır.

İtalyan Anayasasının 117. maddesinin ilk halinin yürürlükte olduğu dönemde, bölge idarelerinin ceza hukukunun kapsamına giren suç ve

40 İtalya’daki kanun çeşitleri hakkında fazla bilgi için bkz. Özay, s. 76 vd.

41 Özay, s. 89.

42 Özay’ın İdari Yaptırımlar Kitabının 90. sayfasının 248. dn.’de “haziran” sözcüğü için “gigno” ibaresi kullanılmaktadır. Bu ibare yanlıştır. İtalyanca haziran “giugno” demektir. Bunun bir basım hatası olduğunu düşünmekteyiz.

43 Özay, s. 90 ve dn. 248.

44 Anayasanın 121. maddesinde Bölgenin organları olarak Bölge Meclisi, Bölge Yürütme Kurulu ve Yürütme Kurulu Başkanı sayılarak görevleri gösterilmiştir. Bu maddenin 2. fıkrasına göre Bölge Meclisi Bölgenin yasama ve düzenleme yetkilerini yerine getirmektedir.



ceza normu koyamayacakları esası benimsenmiştir. Zira bölge idarelerinin yetkilerine ilişkin olduğu konuların düzenlendiği 117. maddede sayılan yetkiler içerisinde onların böyle yetkilerinin olmadığı gösterildiği gibi, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da bu husus açıklanarak kesin ve sürekli bir içtihat haline gelmiştir.⁴⁵ Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde biraz daha üzerinde durulması faydalı olacaktır.

İtalya'da bölge idarelerinin ceza hukukunun kapsamına giren suç veya ceza koyma bakımından yetkilerinin olmadığı esas kabul edilmiş ve bu esas hiçbir zaman Anayasa Mahkemesi tarafından sorgulanmamıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 26 Haziran 1956 tarih ve 6 sayılı,⁴⁶ 26 Ocak 1957 tarih ve 21 sayılı, 22 Kasım 1962 tarih ve 90 sayılı, 25 Mart 1966⁴⁷ tarih ve 26 sayılı ve 4 Ocak 1979 tarih ve 62 sayılı sayılı kararlarında bölge idarelerinin ceza hukukunun kapsamına giren normu koyma bakımından yetkilerinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Mahkemenin bu kararlarında, ceza hukuku normunu koymak yetkisine sadece merkezi idarenin sahip olduğu, "marjinal" (uç) veya ikincil konularda bile bu idarelerin söz konusu normları koymak bakımından bir yetkisinin bulunmadığı ifade edilmiştir. Mahkeme, devletin bu yetkisini yalnızca ceza mahkemeleri aracılığıyla kullanacağını, zira bu yetkinin kullanılması kişi özgürlüğünü etkileyeceği için merkezi yasama organının çıkaracağı bir kanunun bulunmasının şart olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, Anayasada kanunilik ilkesinin düzenlendiği 25. maddesinin 2. fıkrasında ifade edilen "kanun" kavramının, bölge idarelerinin çıkartacağı kanun olmayıp⁴⁸ genel nitelikli kanun, bir başka deyişle Devlet kanunu olduğunu da vurgulamıştır.⁴⁹

İtalyan Anayasa Mahkemesi, bahsedilen kararlarında, katı bir şekilde bölge idarelerinin ceza hukuku normları koyabilme bakımından yetkisiz olduğunu vurgulamasına karşın, idari suç ve ceza normları bakımından aynı tutumu göstermemiştir.⁵⁰ Bir başka deyişle, Bölge idarelerinin, suçların önlenmesini sağlama ereğiyle bile yasal nitelikli düzenlemelerde

45 Özay, s. 90 özellikle dn. 249.

46 Mahkeme bu kararında eşitlik ilkesini zedelediği ve kişi özgürlüklerini oldukça önemli ölçüde sınırlandırdığı için ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezaları koyma yetkisinin bölge idarelerinin kanunlarına bırakılmayacağı görüşünü savunmuştur. Bkz. *Moderne*, s. 199 ve dn. 16.

47 Özay bu kararın 23 Mart 1966 tarihli olduğunu ifade etmektedir. Özay, s. 91.

48 Daha açık bir deyişle, Anayasa Mahkemesi bölge idareleri tarafından bu bağlamda çıkartılan kanunların kanun sayılmayacağı görüşünü benimsemiştir. Bkz. *Antolisei ve Conti*, s. 69 ve dn. 18.

49 *Moderne*, *Sanctions administratives et justice constitutionelle*, s. 136-137.

50 *Moderne*, *Sanctions administratives et justice constitutionelle*, s. 137.



bulunamamalarına ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından konulan bu kesin yasak, idari suç ve ceza normları bakımından konulmamıştır.⁵¹ Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin 20 Ocak 1957 tarih ve 1 sayılı kararında; bölge idarelerinin; idari ceza, hapis cezasına dönüşmeyen para cezası ve özel hukuk yaptırım normlarını koyabilecekleri esas benimsenmiştir. Bu kararda, cezai yaptırımlar ile bu tür yaptırımlar arasındaki farkın, sadece normun ilişkin olduğu alana değil, bunun yanında, yaptırımın kendisi, uygulayacak olan organ veya makam, uygulanmasında izlenecek olan usul ve doğuracağı hukuksal sonuçlara da ilişkin olduğu vurgulanmıştır.⁵² Mahkemenin bu kararı aşağıda ayrıntılarıyla bahsedilecek olan idari suç ve ceza konusunda genel nitelikli bir kanun olan 24 Kasım 1981 tarih ve 689 sayılı Kanuna da yansımış ve Kanununun 1. maddesinde bahsedilen husus teyit edilmiştir.⁵³ İtalyan Anayasa Mahkemesinin idari suç ve ceza normu konusunda bölge idarelerinin yetkisi bakımından ulaşılmış olduğu bu sonuç, söz konusu idarelerin yetkisini gösteren Anayasanın 117. maddesinin, anılan idarelere, idari suç ve ceza normu koyma yetkisi verdiği şeklinde yorumlanmıştır.⁵⁴

Yukarıda belirtildiği üzere 2001 yılında yapılan Anayasa reformuyla, Anayasanın 117. maddesi değiştirilerek merkezi idarenin yasama yetkileri açıkça sayılmış ve sayılmayan konularda kanun çıkartma yetkisi bölge idarelerine bırakılmıştır.⁵⁵ Yine yukarıda belirttiği üzere söz konusu anayasa reformuyla yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar konusunda merkezi idare yetkili kılınmış, ancak, idari suç ve ceza normu koyabilme konusunda kimin (merkezi idare veya bölge) kanun çıkartmaya yetkili olduğu konusunda doğrudan bir hüküm yer almamıştır. Kanımızca Anayasanın 117. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra hem bölge idareleri hem de Devlet idari suç ve ceza normu koymaya yetkili olacaktır.

Şöyle ki Anayasanın 117. maddesinin 2. fıkrasında, merkezi idarenin kanun yapma yetkisinin olduğu alanlar teker teker sayılmıştır. Örneğin bu maddenin 2. fıkrasının (b) bendine göre “göç”, (g) bendine göre devletin ve ulusal kamu kuruluşlarının kanuni ve idari teşkilatı konusunda

51 Özay, s. 91.

52 Özay, İdari Yaptırımlar, s. 91. Bundan başka, söz konusu kararda, bir normun ceza hukuku veya başka bir hukuk normu olarak nitelendirilmesinin önemli olmadığı, asıl önemli olan şeyin yaptırımın doğası olduğu belirtilmiştir. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 179.

53 Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 137.

54 Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 137-138.

55 Fazla bilgi için bkz. Corso, s. 304.



yalnızca merkezi parlamento kanun yapabilecektir. Bu bağlamda göç veya idari teşkilat konusunda çıkartılacak bir kanunda göçe ilişkin idari ceza ile idari teşkilata idari ceza verme yetkisi yalnızca devlet kanunuyla verilebilecektir. Bu maddenin 3. fıkrasında ise devlet ve bölge idarelerinin norm koyabilecekleri ortak alanlar düzenlenmiştir. Ortak alanlarda örneğin sağlığın korunması ve gıda konularında hem devlet hem de bölge idareleri yetkili olduğundan, bu konularda hangi organ bir kanun çıkartırsa çıkartsın idari suç ve ceza normuna yer verebilecektir. Anayasanın 117. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında belirtilen alanların dışında salt bölge idareleri yetkili olduğundan bu alanlarda kanun çıkartmaya ve o kanunlarda idari suç ve ceza normu koymaya yalnızca bölge idareleri yetkili olacağı açıktır.

Aslında idari suç ve ceza normu koymak bakımından, kimin yetkili olduğunun saptanması, kanunilik ilkesi bakımından pek fazla bir önem taşımamaktadır. Bu bağlamda İtalya'da bölge idarelerinin çıkartacakları kanunlarla idari suç ve ceza normu koyabilmeleri, kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırı düşmemektedir.⁵⁶ Zira İtalya'da komün ve "yerel yönetimler" in (le province) parlamentosu bulunmasa da "bölge idareleri" nin (le regioni) tümünün kendi parlamentosu bulunmaktadır.⁵⁷ İtalyan Anayasasında kanunilik ile ilgili bu hükümlerin incelenmesinden sonra bu ülkede halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin nasıl uygulandığını irdelemek uygun olacaktır.

II. İTALYA'DA HALKA YÖNELİK İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

Yukarıda belirtildiği üzere İtalya'da halka yönelik idari suç ve cezalar konusunda, genel nitelikli, 24 Kasım 1981 tarih ve 689 sayılı Kanun bulunmaktadır. Bu kanunun hükümlerine bakılarak İtalya'da halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda bir fikir edinebilmek olanaklıdır. Ancak söz konusu kanunun kanunilik ile ilgili hükümlerini irdelemeye geçmeden önce konunun tam olarak kavranabilmesi için bu ilkede halka yönelik idari suç ve cezaların tarihçesi ile kanun hakkında genel bir bilgi verilmesi uygun olacaktır.

İtalya'da 1980'li yıllara gelinceye kadar idari suç ve cezalara karşı uygulamada ve öğretide büyük bir husumet oluşmuştur. Gerçi,

56 Bu alt ilke bakımından önem taşıyan husus, suç ve ceza normunun "parlamento" tarafından konulması olup, parlamentonun düzeyi veya niteliği önem taşımamaktadır.

57 Krş. Corso, s. 34.



İtalyan hukuk kuramcıları Almanya'dan etkilenererek⁵⁸ idari suç ve cezalar konusunda önemli çalışmalar⁵⁹ yapsalar da⁶⁰ günümüzde bile öğretide kimi yazarlar, idari suç ve ceza bakımından İtalya'da görülen akımın aşırı olduğunu, söz konusu cezanın verildiği andan itibaren uygulanır olması yüzünden idari cezaya karşı yargı yoluna başvurulduğu andan itibaren yürütmenin kendiliğinden durması gibi bazı garantilerin sağlanması koşuluyla idari cezaya yer verilmesi gerektiğini savunmuşlardır.⁶¹

Yukarıda idari suç cezaya karşı İtalyan uygulamasında bir husumetin bulunduğu belirtilmişti. Gerçekten de bu ülkede başlangıçta idari suç ve cezaya oldukça az yer verilmiş, neredeyse bütün suçları yargılama görevi mahkemelere verilmiştir. Daha doğru bir deyişle, bu ülkede çıkartılan 20 Mart 1865 tarihli bir kanunla idari suçlar, ceza hukukunun kapsamına alınarak bu suçlar için öngörülen cezaları uygulamak görevi mahkemelere verilmiş, yalnızca vergi ile disiplin konularında bazı cezaları uygulamak görevi İdareye bırakılmıştır.⁶²

İtalya'da idari suç ve cezaya yönelik husumet özellikle trafiğe ilişkin idari suç ve cezalarda ağırlık kazanmıştır. Trafikte idari cezanın aleyhine tutum takınanlar, söz konusu cezaların büyük bir kısmının küçümsenemeyeceğini, çünkü onların trafik güvenliği ve dolayısıyla kişilerin bütünlüğüne ilişkin hukuki varlıklara gerçek anlamda tecavüz oluşturduğunu ve çoğu kez de failerin sosyal tehlikeliliğini ortaya koyduğunu öne sürmüşlerdir. Ancak bu itirazlara rağmen 3 Mart 1967 tarihli bir kanun⁶³ ile trafiğe ilişkin olarak Devlet ve yerel yönetimlerin (bölge ve belediye) düzenlemelerini ihlal eden ve yalnızca hafif para

58 Almanya'da idari suç ve cezalar ile bu suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun Hasan, Almanya'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 9, Haziran 2017, s. 203-246.

59 Bu çalışmalardan en önemlisi Guidio Zanobini'nin "**Le Sanzioni amministrative, Fratelli Bocca, Turin 1924**" şeklinde künyesi gösterilen eseri olup dilimize Y. Günal tarafından çevrilmiştir. Bkz. Zanobini Guidio, İdari Müeyyideler (Çeviren; Yılmaz Günal), Ankara 1964.

60 Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 15 dn. 31'de belirtilen çalışmalar.

61 Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 16 dn. 32'de belirtilen yazarlar.

62 Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 15-16.

63 Bu kanun hakkında Anayasa Mahkemesi 4 Mart 1970 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, söz konusu kanunla trafik ceza hukukuna ait normların idari suç ve ceza normlarına dönüştürüldüğünü ve burada İdarenin yetkisinin takdir yetkisi olmayıp bağlı yetki olduğu için kanunun Anayasaya uygun olduğunu belirtmiştir. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 180.



cezasıyla cezalandırılan kabahat fiilleri, ceza hukuku bakımından suç olmaktan çıkartılarak, idari suç ve ceza haline dönüştürülmüş, teknik ve hukuki bir deyişle, “depenalisation” (*ceza hukuku kapsamındaki hukuka aykırı fiillerin, idare hukuku kapsamındaki hukuka aykırı fiillere dönüştürülmesi*) yapılmıştır.⁶⁴ Söz İtalya'daki depenalisation olgusundan açılmışken bu olgu üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır.

İtalya'da 9 Ekim 1967 tarihli bir kanunla; polis, su ve ormanla ilgili ceza hukukunun kapsamına giren kimi cezalar, idari cezaya çevrilmiş, 24 Aralık 1975 tarihli bir kanunla de kamu maliyesi, iş kanunu, gıda, çevre ve kamu sağlığı ve şehir planlaması dışında sadece para cezası öngören ceza hukukunun kapsamındaki cezalar, idari cezaya dönüştürülmüştür.⁶⁵ Öte yandan İtalya'da 1981 ve 1999 yılında büyük çaplı “depenalisation” (*depenalizzazione*) yapılarak ceza hukukunun kapsamına giren birçok suç ve ceza, idare hukukunun daha doğru bir deyişle, cezai idare hukukunun kapsamına sokulmuştur.⁶⁶

Yukarıda İtalyan öğretisinin önemli bir kısmının, idari suç ve ceza kavramına karşı bir husumet beslediği ifade edilmişti. Günümüzde idari cezaya karşı pek fazla bir husumet bulunmamaktadır. Bu husumetin yenilmesinde en büyük katkıyı Zanobini'nin idari suç ve ceza konusunda koymuş olduğu kuramsal temel oluşturmuştur. Bundan da öte İtalya'da 1981 yılında yapılan depenalisation hareketinin ve bu bağlamda kamusal idari suç ve cezalarda genel nitelikli bir kanun olan 24 Kasım 1981 tarih ve 689 sayılı Kanunun çıkartılmasında da en büyük katkıyı Zanobini'nin koyduğu kuramsal temel oluşturduğunu belirtmek gerekir.⁶⁷ Söz İtalya'da halka yönelik idari suç ve cezalar hakkındaki 24 Kasım 1981 tarih ve 689 sayılı Kanundan açılmışken bu kanun hakkında genel bir bilgi vermek uygun olacaktır.

24 Kasım 1981 tarih ve 689 sayılı Kanun, hafif para cezaları ile ceza hukuku yaptırımına bağlanan kabahatlerin idari cezalara dönüştürülmesine ilişkin yukarıda belirtilen 24 Aralık 1975 tarihli Kanuna göre idari cezanın uygulamasını daha fazla artırmıştır. Bu bağlamda 1981 yılında çıkartılan Kanun, İtalyan Ceza Kanununda

64 Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 15, Toroslu Nevzat, **Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler in Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği**, İÜHFY No.: 511, İstanbul 1977, s. 147-148.

65 Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 15.

66 Krş. Casetta, s. 337.

67 Krş. Moderne Franck, La sanction administrative (éléments d'analyse comparative), RFDA, Mai-Juin 2002, s. 485.



öngörülen bazı kabahatleri, daha açık bir deyişle, serseri yaşama ilişkin 669, hayvanların kötü muhafazasına ilişkin 672, izin verilen zaman dışında alkol tüketimine ilişkin 687, geçerli olan paraları değeri üzerinden almanın reddine ilişkin 693, piyasada dolaşan sahte paraları İdareye teslim etmemeye ilişkin 694. maddelerini idari cezanın kapsamına almıştır. Yine 689 sayılı Kanun, gebeliğin gönüllü sona erdirilmesine ilişkin suç ile patlayıcı maddeler ve 34. maddesinde saydığı kanunlar dışında kalan ve yalnızca ağır veya hafif para cezasını öngören⁶⁸ tüm suçları idari ceza kapsamına almıştır. Bununla birlikte kanun, para cezasının, özgürlüğü bağlayıcı ceza içeren hükümlere seçimlik bir ceza olmasının öngörüldüğü durumlarda ve takibi şikâyete bağlı suçlar hakkında idari cezanın uygulanmasını kabul etmemiştir. 689 sayılı Kanun, bunlardan başka, Kamu Güvenliğine İlişkin Kanununun 121. ve 124. maddeleri ile otomobil sigortaları hakkındaki 24 Aralık 1969 tarihli Kanununun 32. maddesinde öngörülen suç ve iş kazaları ve iş sağlığına ilişkin hükümler hariç sosyal sigortalara ilişkin suçları, ceza hukuku kapsamından çıkartarak kendisinin, daha açık bir deyişle, halka yönelik idari suç ve cezanın kapsamına almıştır.⁶⁹

689 sayılı Kanunla İtalyan ceza yargısı dizgesinde de önemli değişiklikler yapılmıştır.⁷⁰ Bu kanun, idari suç ve ceza ile ilgili muhakeme ve maddi normları birleştirmiş,⁷¹ birçok kabahati, idari para cezasına dönüştürmüştür.⁷² Ayrıca bu kanun, yalnızca depenalize edilen suçlar hakkında değil, İtalyan hukuk dizgesinde idari suç ve ceza olarak düzenlenen çeşitli özel idari ceza normları hakkında da genel hükümler içermiştir. Bununla birlikte Kanun, idari cezayı bütünsel açıdan değil, parçalı bir yaklaşımla ele almıştır.⁷³ Nitekim disiplin suç ve cezaları söz konusu kanunun kapsamı dışında tutulmuşlardır.⁷⁴ Kanununun 12. maddesinde ise idari ceza oldukça dar bir şekilde tanımlanarak bir para cezasının ödenmesini gerektiren miktar olduğu ifade edilmiştir.⁷⁵

68 İlginçtir, idari para cezasının ölçüsü olarak ihlal edilen kanun hükmünün gösterdiği ağır veya hafif para cezası miktarı kabul edilmiştir. Soyaslan, s. 142.

69 Soyaslan, s. 141.

70 Bkz. Moderne, La Sanction Administrative (éléments d'analyse comparative), s. 485.

71 Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 15.

72 Fazla bilgi için bkz. Mantovani, s. 17 vd.

73 Kanun idari cezaya parçalı bir şekilde yaklaştığı için diğer ülkeler tarafından örnek alınması doğru değildir. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 125.

74 Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 15. Bu husus kanununun 12. maddesinin son cümlesinde "Non si applicano alle violazioni disciplinari." şeklinde ifade edilerek disiplin ihlallerine bu kanunun uygulanmayacağı belirtilmiş bulunmaktadır.

75 Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 125.



İtalyan ceza dizgesini değiştiren 689 sayılı Kanun, idari cezalar için farklı bir terminoloji de kullanmıştır. Daha açık bir deyişle Kanun, ceza hukuku cezaları için “ammenda” (ceza) veya “multa” (ceza) kavramını kullanırken, idari cezanın ezici çoğunlukla para cezasını içerdiğini göz önüne alarak idari ceza için “pagamento di una somma di denaro” (belirli bir miktar parayı ödeme) veya “pena pecuniaria” (parasal ceza) kavramını kullanmıştır.⁷⁶

Bununla birlikte, 689 sayılı Kanun, idari cezanın doğası ile bağdaşmayacak bir hükme yer vermiştir. Daha açık bir deyişle, Kanunun 24. maddesinin 1. fıkrasında, yargıca da idari ceza verme yetkisi tanımıştır.⁷⁷ Bu tutumu, idari suç ve cezaların doğası ile bağdaştırılabilmek olanaksızdır. Zira idari suç ve cezalar ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar, birbirinin özdeşi olmadığı gibi birbirinden niteliksel veya niceliksel ölçütle de ayrılamamakta, organik ve şekli ölçütle ayrılabilir. Bu bağlamda İdare tarafından, idare hukuku özellikle idari usul kurallarıyla verilen cezalara idari ceza, yargıç veya savcı tarafından ceza muhakemesi normları uygulanarak verilen cezalar ise ceza hukuku cezalarını oluşturur. Bu yüzden yargıca idari ceza verme yetkisi tanımak, idari cezanın doğasına aykırı bir tutum almak anlamını taşımaktadır.⁷⁸

689 sayılı Kanunda ilginç bir hüküm olarak “uzlaşma” olanağına yer verilmiştir. Bu bağlamda kanun, idari para cezasının verildiği durumlarda taraflar 90 gün içerisinde uzlaşırlarsa indirimli miktarın ödeneceği esasını benimsemiştir. Kanun uzlaşmaya varılmadığı durumlarda tarafların idari veya yargısal yola başvuru hakları bulunduğunu ve ancak uzlaşmadan bir sonuç çıkmadığı veya idari cezanın gönüllü olarak yerine getirilmediği durumlarda idari icraya başvurulabileceği esasını benimsemiştir.⁷⁹

Yukarıda belirtildiği üzere 689 sayılı Kanun, içerdiği özel bir hükümle bu kanuna aykırı olmayan ve yaptırımını idari para cezası olan bütün idari suçlara uygulanacak olan İtalyan cezai idare hukukunun genel ilkelerini de saptamıştır. Somut deyişle, bu ilkelere kanunun ilk 12 maddesinde yer verilmiştir. Ceza hukukunun temel esaslarının aynen tekrarlandığı bu ilkeleri; idari suç ve cezaların kanuniliği, isnat yetisi, idari cezanın bireyselliği, hukuka uygunluk nedenleri, idari suça iştirak, suç aracının sahibi ile suçu işleyenin müteselsil sorumluluğu, idari para cezasının

76 Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 117.

77 Fazla bilgi için bkz. Casetta, s. 338.

78 Bu konularda geniş bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, 383-398.

79 Krş. Casetta, s. 707, 709.



ölümle mirasçılara geçmeyeceği, fikri içtima, idari para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterilen alan içerisinde kalınmak kaydıyla İdare tarafından takdir edileceği⁸⁰ şeklinde saymak olanaklıdır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere bu genel hükümlerin, disiplin suç ve cezalarına uygulanmayacağı kanunda açıkça ifade edilmiştir.⁸¹ 689 sayılı Kanunun bütün ceza hukuku ilkelerinin ve bu arada kanunilik ilkesinin halka yönelik idari suç ve cezalarda geçerli olduğunu öngörmesini son derece olağan olarak karşılamak gerekir. Zira idari cezalarda da “cezalandırıcı” bir nitelik bulunmaktadır.⁸² İtalya’da halka yönelik idari suç ceza konusunda temel veya genel nitelik taşıyan 689 sayılı Kanunda yer alan ceza hukuku ilkelerini bu şekilde saydıktan sonra suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin nasıl ele alındığını irdelemek faydalı olacaktır.

689 sayılı Kanunun 1. maddesinin 1. fıkrasında; hiç kimsenin yürürlükteki kanunun idari suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir.⁸³ Kanunun bu hükmüyle suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” (*riserva di legge*) alt ilkesine temas edilmiştir. Bu hükümle halka yönelik idari para cezasının⁸⁴ kaynağının mutlaka kanun olması şart koşulmaktadır.⁸⁵ İtalya’da halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesine büyük önem verilmektedir. Zira kişilerin hukuki güvenliğinin, ancak söz konusu alt ilkenin mutlak bir şekilde uygulanması yoluyla sağlanabileceği esası benimsenmektedir. Bu bağlamda İtalya’da kanun dışında, İdarenin düzenleyici veya başka türlü işlemleriyle halka yönelik idari suç ve ceza konulamayacağı kuralına sıkı sıkıya bağlanılmaktadır. Kanunun, halka yönelik her türlü idari suç ve cezanın yapıcı veya kurucu unsurlarını düzenlemesi gerekir. Yalnızca yapıcı veya kurucu unsurları kanunda belirlenmiş suç

80 İdare tarafından söz konusu takdir yetkisi kullanılırken gelişigüzel bir şekilde hareket edilmeyecek, bir takım ölçütler dikkate alınacaktır. Bu bağlamda ihlalin ağırlığı, failin veya sorumlunun fiili işleyiş tarzı, onun işlemiş olduğu fiilin kamuya olan maliyeti veya vermiş olduğu zararın boyutu veya kusurunun hafif, orta veya ağır olmak üzere derecesi veya kast veya taksir şeklinde türüne bakılacaktır. Krş. Casetta, s. 335.

81 Corso, s. 190, Soyaslan, s. 138.

82 Corso, s. 190.

83 689 sayılı Kanunun 1. maddesinin 1. fıkrasının orijinali şu şekildedir: “Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non en forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione.” Bkz. <http://www.comune.jesi.an.it/MV/leggi/1689-81.htm>, Erişim Tarihi, 7.4.2012). 689 sayılı Kanunun orijinaline yapılan yollamalar bu internet adresinden alınmıştır.

84 Yukarıda belirtildiği üzere 689 sayılı Kanun halka yönelik idari cezayı oldukça dar tutarak onu sadece para cezası şeklinde betimlemektedir. Aslında idari ceza, özgürlüğü bağlayıcı ceza dışında her türlü nitelikte olabileceğinden, bu tanımı benimsemek olanaksızdır.

85 Krş. Moderne, s. 238.



ve cezalar hakkında ayrıntı veya ikincil niteliğindeki hükümler İdarenin düzenleyici işlemlerine bırakılmaktadır. Suç ve cezanın yapıcı veya kurucu unsurları kanunda düzenlenmek kaydıyla İdareye ayrıntı veya ikincil nitelikte düzenleme verilmesi yetkisi, suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun tekerciliği” alt ilkesini ihlal etmez.⁸⁶

Suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkesi ise 689 sayılı Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, idari suç olarak kabul edilen bir fiile sadece işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun öngördüğü ceza uygulanır.⁸⁷ Bu hükümle halka yönelik idari suçlarda “fiilin işlendiği zaman mevcut bulunan kanunun uygulanması” (tempus regit actum) ilkesi kabul edildiğine göre halkayönelik idari suç ve cezalarda aleyhe olan idari ceza normlarının geriye yürümezliği esasının mutlak olduğu ortadadır. Ancak ceza hukukunun kapsamına giren normlar bakımından açıkça belirtilmiş olmasına karşın, 689 sayılı Kanunda idari ceza normlarının fail veya sorumlunun lehine bir şekilde geriye yürüyeceği sonucu çıkartılmadığından uygulamada 2000 yılına kadar çıkartılan idari suç ve cezalar hakkındaki kanunlarda lehe olan kanunun geriye yürümesi esası benimsenmemiştir. Ancak bu yılda çıkartılan 326 sayılı Kanun ile “kambyo” (valutarie) suçlarından doğan idari cezalar bakımından failin lehine olan kanunun geçmişe uygulanacağı esası benimsenmiştir.⁸⁸

Yukarıda, 689 sayılı Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme tarzından, idari suç ve ceza içeren normların failin aleyhine olarak “geriye yürümezliği” (lex previa) esasının mutlak olduğu sonucunun çıkartılmasının olanaklı olduğu belirtilmişti. Ancak idari suç ve ceza normlarının aleyhe bir şekilde geriye yürümezliği esasının anayasal bir değer kazanmasının, İtalyan Anayasa Mahkemesinin ancak oldukça sonraki kararlarıyla ve örtük bir şekilde ortaya konulduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten Mahkeme, başlangıçta, idari suç ve ceza normunun aleyhe geriye yürütülmesinden herhangi bir kaygı duymamıştır. Nitekim Mahkemenin 16 Haziran 1964 tarih ve 46 sayılı kararında aleyhe ceza normlarının geriye yürümezliği esasının, yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda geçerli olduğu belirtilmiş,⁸⁹ 14 Mart 1984 tarih ve 68 sayılı kararda ise aleyhe bile olsa idari cezaların geriye yürüyüp yürümeyeceğini kanun koyucunun takdir edeceği görüşü

86 Krş. Casetta, s. 340-341.

87 689 sayılı Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasının orijinali şu şekildedir: “Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati.”

88 Casetta, s. 337.

89 Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 259 ve dn. 235.



benimsenmiştir.⁹⁰ Ancak Mahkemenin, 7 Mayıs 1991 tarih ve 202 sayılı kararında; bazı kamusal yerlerde sigara içilmesinin yasaklanması bağlamında öngörülen özel hukuk yaptırımlarının bile “aleyhe geriye yürümezlik” esasına tabi olduğu belirtilmiştir.⁹¹ Kanunda belirtilen kamu hukuku yaptırımları yanında yer alan özel hukuk yaptırımları bakımından bu esas kabul edildiğine göre, mahkemenin bu kararından, kamu hukuku yaptırımına giren halka yönelik idari ceza bakımından da aleyhe geriye yürümezlik ilkesinin, anayasal bir değer taşıdığı “evleviyetle” (*a fortiori*) örtük bir şekilde ortaya çıkmaktadır.⁹²

Aslında 689 sayılı Kanunun 1. maddesiyle suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” ve “kanunun geçmişe uygulanmazlığı” alt ilkelerinin birlikte düzenlenmesinin önemini pek fazla abartmamak gerekir. Zira yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere İtalyan Anayasasının 25. maddesinin 2. fıkrasından; gerek ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda, gerekse halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanacağı sonucunu çıkartabilmek olanaklıdır. Gerçekten de Anayasasının bu hükmünden anlaşılacağı üzere suç ve cezada kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesinin gereği olarak İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı, her türlü suç ve cezanın yapıcı veya kurucu unsurlarının kanun ile saptanması mutlak bir zorunluluk olduğu, kanunun aleyhe bir şekilde geriye yürütülmesinin olanaklı olmadığı ortadadır.⁹³

689 sayılı Kanun, idari suç ve ceza öngören kanunlar bakımından bölge idarelerine de yetki tanımaktadır. Bu konuyu incelemeye geçmeden önce önemli bir hususa vurgu yapmak uygun olacaktır. İtalya’da “yargılama ve usul normları” (*giurisdizione e norme processuali*) bakımından bölge idarelerinin herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu esas İtalyan Anayasasının 117. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle de aynı kalmıştır. Gerçekten de Anayasasının 117. maddesinin 2. fıkrasında “yargı ve usul hukuk” normlarını koymak bakımından “Devlete” (Merkezi İdareye) tekelci bir yetki tanınmıştır.⁹⁴

689 sayılı Kanunun 9. maddesinin 2. fıkrasından; bölge idarelerinin idari suç ve ceza normu koyabilecekleri anlaşılmaktadır.⁹⁵ Bu bağlamda

90 Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 259-260 ve dn. 236.

91 Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 260 ve dn. 238.

92 Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 260.

93 Krş. Antolisei ve Conti, s. 72.

94 Krş. Casetta, s. 338.

95 Gerçekten de bu maddenin 2. fıkrasında; bir fiil için Devletin koyduğu hem ceza hukukunun

söz konusu kanunun “kanunun tekelliliği” alt ilkesinden bahseden 1. maddesinin 1. fıkrasının, bölge kanunlarını da kapsadığı sonucuna varmak olanaklıdır.⁹⁶ Ancak 689 sayılı Kanunun 9. maddesinin 2. fıkrasından Devletin idari ceza normu koyamayacağı sonucu çıkartılamaz. Zira söz konusu kanun, Devlet kanunu tarafından konulan idari ceza normunun bölge idarelerinde de geçerli olduğu anlayışını örtük⁹⁷ bir şekilde benimsemiştir.⁹⁸

689 sayılı Kanunun 9. maddesinin 2. fıkrasında örtük bir şekilde bölge idarelerinin çıkartacakları kanunlarla idari suç ve ceza koyabilecekleri esasının benimsenmesi,⁹⁹ İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından paylaşılmamaktadır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin Devlet ile Yerel Yönetimler Arasında Görev ve Yetki Paylaşımı Kanunu hakkında vermiş olduğu Haziran 1967 tarih ve 78 sayılı kararda, Anayasanın 25. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen kanunilik ilkesinin ceza hukuku suç ve cezaları ile idari suç ve cezalar bakımından eşit bir şekilde uygulanacağı, dolayısıyla sadece merkezi parlamentonun çıkartacağı kanun ile idari suç ve ceza konulabileceği görüşü savunulmuş, tersine bir bu yetkinin bölge idareleri dâhil hiçbir yerel idareye bırakılmayacağı sonucuna varılmıştır.¹⁰⁰

kapsamına giren bir ceza hem de bölge idarelerinin koymuş olduğu idari bir ceza normunun bulunması durumunda Devletin koyduğu normun uygulanacağı, bölge idarelerinin koyduğu normun yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren bir normun bulunmadığı durumda uygulanacağı belirtilmiştir.

96 Krş. Casetta, s. 337-338.

97 Örtük diyoruz zira 689 sayılı Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasında; bir fiil için hem ceza hukukunun kapsamına giren ceza hem de idari ceza öngörüldüğü veya birden fazla idari ceza öngörüldüğü durumda “özel hükmün” (la disposizione speciale) uygulanacağı ifade edilmiştir. Kanımızca bu hükümden Devlet kanunu tarafından konulan idari ceza normunun bölge idarelerinde de geçerli olduğu sonucunu çıkartmak olanaklıdır. Yine bu hükümden Devlet ve bölge idarelerinin aynı davranış için idari ceza normu koyduğu ve kanun hükümlerinin farklı olmasından doğan uyumsuzluklarda kimin koyduğu hüküm “özel hüküm” niteliğinde ise o normun uygulanacağı sonucunu çıkartmak olanaklıdır. Bununla birlikte, İtalya'da Devlet ile bölge idareleri arasında idari ceza normları arasında pek fazla bir “hüküm çatışması” çıktığı kanısında değiliz. Gerçekten de kimi durumlarda İtalyan Devleti çıkartacağı kanunun içeriğinin bölge idareleri tarafından doldurulacağını öngörmekte, bu idareler de kanunun kendilerine sağladığı olanakları kullanarak genel veya özel düzenleme yapmakta, idari ceza normunu detaylandırmaktadırlar. Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 208-209.

98 Krş. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 138.

99 Aksi görüş için bkz. Antolisei ve Conti, s. 69-70.

100 Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 199-200 ve dn. 19. Buna karşın İtalyan Danıştay'ı Anayasa Mahkemesinin görüşüne bütünüyle ters bir tutum takınmıştır. Gerçekten de İtalyan Danıştay'ı 2001 yılında vermiş olduğu 885 sayılı kararda, bazı konularda bölge idareleri dışındaki yerel idarelerin bile idari suç ve ceza koyabilecekleri esasını benimsemiştir. Bkz. Casetta, s. 338. Ancak kanımızca Danıştay'ın bu görüşüne katılabilmek olanaksızdır. Gerçi İtalya'da bölge idareleri dışındaki yerel yönetim birimlerinin kamu sağlığının korunmasının gerektirdiği veya acil durumlarda düzenleme yetkileri



Anayasa Mahkemesinin bu kararı öğretilerde kimi yazarlar tarafından da desteklenmiştir. Örneğin Casetta, Anayasanın 25. maddesinin 2. fıkrasının yalnızca merkezi parlamentonun suç ve ceza koyabileceği esasını benimsemiş olmasına karşın, 1981 yılında çıkartılan 689 sayılı Kanunun 9. maddesinin 2. fıkrasıyla bölge idarelerine idari yaptırım ve bu arada idari ceza koyma yetkisi tanınmasının Anayasaya aykırı bir durum oluşturduğunu belirtmektedir.¹⁰¹ Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği üzere yapılan bu tartışmaların suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından fazla bir önemi bulunmamaktadır. Zira, İtalya'da bölge idarelerinin kendilerine özgü parlamentoları bulunduğundan bu idareler tarafından idari suç ve ceza normu konulması, kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırılık oluşturmaz.¹⁰²

bulunsa bile mahalli idarelerin yapacağı düzenlemelerin içeriğinin önceden kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Bkz. Casetta, s. 342. Bu çerçevede İtalya'da söz konusu idarelerin özerk bir düzenleme yetkisi bulunmamakta, yalnızca ikincil veya ayrıntı niteliğinde hüküm koyabilme yetkileri bulunmaktadır. İtalyan Danıştay'ı bu tutumuyla söz konusu mahalli idarelerin özerk bir düzenleme yetkisine sahip olduğu şeklinde bir izlenim vermektedir ki bunun kabul edilemeyeceği ortadadır.

101 Casetta, s. 337.

102 689 sayılı Kanunun bölge idarelerine idari suç ve ceza normu koyma yetkisi vermesi suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırı olmasa da söz konusu cezaya, İtalya'daki benimsenmiş haliyle idari para cezasına karşı adli yargıya başvurulabileceği esasının benimsenmesi (bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 323 ve dn. 115) kanunilik ilkesine esneklik getirmektedir. Gerçekten de idari ceza, idari bir işlemle verildiğine göre bu işleme karşı yalnızca idari yargı yoluna başvurulması gerekir. İdari ceza işlemine karşı adli yargıya başvurulması durumunda bu yargının yapacağı denetim etkin olamayacağından (zira adli yargı idari cezanın dayanağı olan düzenleyici işlemi iptal etmeye yetkili değildir) kanunilik ve hukuk devleti ilkeleri bakımından gri bir delik oluşacağı açıktır. Konu hakkında bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 12 vd. Bundan daha vahim bir durum ise İtalyan Anayasa Mahkemesinin bu tutuma izin vermiş olmasıdır. Gerçekten de İtalyan Anayasa Mahkemesi, yargı yolunun kapatılmaması koşuluyla idari cezaya karşı hangi yargı düzenine başvurulacağını takdirinin yasa koyucuya ait olduğu görüşünü savunmuştur. Daha somut bir deyişle mahkeme, 13 Kasım 1969 tarih ve 141 sayılı kararında, idari cezaya karşı adli veya idari hangi yargı düzenine gidilmesi öngörülürse öngörülün her iki durumun da anayasal gereklerle uygun olduğunu ifade etmiştir. (bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 321 ve dn. 108). İtalyan yasa koyucusu da kimi idari cezalara karşı adli, kimilerine karşı ise idari yargı yoluna başvuru öngörmüştür. Örneğin, 689 sayılı Kanun, kamunun zarara uğratıldığı idari suç ve cezalar bakımından idare mahkemesinin yetkili olduğu esasını benimsemiştir. Yine bu ülkede idari şehir planlaması suç ve cezaları ile idari vergi suç ve cezaları bakımından doğan uyuşmazlıklarda da idare mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Bunun gibi kanuna dayalı olarak çıkartılan idari düzenlemeden doğan uyuşmazlıkları çözmeye konusunda idare mahkemeleri yetkilidirler. (bkz. Casetta, s. 340, 342). Bunların dışında İtalya'da idari para cezası ile "Bağımsız İdari Otorite"lerin (BİO) vermiş olduğu para cezalarını iptal etme veya değiştirme konusunda yalnızca adliye mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Casetta, s. 707. Aslında idari cezadan kaynaklanan uyuşmazlıkları adli yargı organlarının yetki ve görevine sokmak için doğasına aykırıdır. Zira Casetta'nın belirttiği üzere idari ceza verilirken kamu gücünün kullanılması söz konusu olduğundan bundan doğan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi düşünülemez. Casetta, s. 706.

689 sayılı Kanununun 1. maddesinde halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği ve kanunun geçmişe uygulanmazlığı alt ilkeleri düzenlenmiş olmasına karşın “kanunun açıklığı” alt ilkesine temas edilmemiştir. Ancak bu olgudan İtalya’da halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından kanunun açıklığı alt ilkesinin uygulanmadığı sonucunu çıkartmak kanımızca isabetli olmayacaktır. Zira bu ülkede söz konusu suç ve cezalar bakımından “yorum” unsuru, kanunun açıklığı alt ilkesi doğrultusunda düzenlenerek “kıyas yasağı” ilkesi benimsenmiştir.¹⁰³ Daha açık bir deyişle, İtalya’da halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından “aleyhe kıyas” (*malam partem*) yasağı mutlak bir şekilde benimsenmiş, “failin lehine” (*bonam partem*) kıyas yapılması doğrultusunda bir eğilim de gözlenmiştir.¹⁰⁴

İtalya’da idari suç ve cezalar bakımından genel bir nitelik taşıyan 689 sayılı Kanunun tüm ilkeleri ve bu arada kanunilik ile ilgili hükmü, bütün halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından geçerlidir.¹⁰⁵ Bu kısım ile ilgili açıklamalarımızı bitirmeden önce iki hususa temas etmek uygun olacaktır. Bir sonraki kısımda disiplin işleri bakımından kanunilik ilkesinin uygulaması üzerinde durulurken kamu görevlilerinin disiplin

103 Yorum ve kıyas konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 94-110.

104 Casetta, s. 337.

105 Ancak idari vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulamasında bir “özellik” bulunduğu için üzerinde kısaca durulması faydalı olacaktır. İtalya’da vergi konusunda salt bir kanunun bulunması yeterli değildir. Bunun yanında vergiyi düzenleyen kanunun bazı niteliklere sahip olması da gerekmektedir. Gerçekten de İtalyan Anayasasının “vergileştirme” başlıklı 53. maddesinde; herkesin ödeme yetisine göre kamu giderlerine katılmakla yükümlü olduğu, vergi dizgesinin “artan oranlı” (*progressivo*) bir şekilde kurgulanacağı ifade edilmiştir. Anayasanın bu maddesi, vergi vermenin ereğini saptamakta ve gerek mali güç gerekse mali ödev ölçütlerini ortaya koyarak verginin yasallığı ilkesine yön göstermektedir. Buna göre, ödeme gücünü hesaba katmayan ve kamu yararına olmayan masrafları karşılamak için konulan vergi yasaları keyfi ve hukuka aykırı olacaktır. (krş. Gülsen Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2008, s. 62-63). İdari vergi cezası kavramı “vergi” kavramının içerisine altlanabilmektedir. (Fazla bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 273 vd). Ancak bu savdan, kanımızca, İtalyan Anayasasının 53. maddesinin, idari vergi suç ve cezaları bakımından da uygulanacağı sonucu çıkartılmamalıdır. Her şeyden önce, ölçülü olmak koşuluyla, idari vergi cezasının uygulanmasında kişilerin ödeme gücünün hesaba katılması gerekmez. Bir kere söz konusu cezaların uygulanmasında temel amaç “cezalandırma”dır. İkinci olarak, idari vergi cezaları “kamu giderini karşılamak” için değil, kişilerin bu nitelikteki fiil ve eylemleri bir daha işlememesi, bir başka deyişle, caydırıcı olması ereğine yönelmiştir. Bu yüzden kişinin ödeme yetisinin dikkate alınmaması işin doğası gereğidir. Yine, idari vergi cezalarının “artan oranlı” (*müterakki*) olması da gerekli değildir. Çünkü söz konusu cezaların uygulanmasında temel erek, cezalandırma ve caydırma olduğundan “sabit” (maktu) bir idari vergi cezasının öngörülmesi de olanaklıdır. Ancak, kişilerin mahvına neden olacak şekilde ödeme gücünü oldukça aşan veya makul olmayan bir idari vergi cezasının Anayasasının bu maddesine aykırı olduğunu savlamak olanaklıdır. Zira böyle bir ceza ölçülülük ilkesine açıkça aykırılık oluşturur.



işleri inceleneceğinden, yöntemsel bütünlüğü bozmamak için disiplin cezası niteliğindeki “ruhsat iptali”¹⁰⁶ cezası üzerinde burada kısaca durmak uygun olacaktır. İtalya’da son yıllarda ağırlıklı olarak kullanılan “ruhsat iptali” cezası, özel bir kanunla düzenlenmiştir. Bu ülkede söz konusu ceza bakımından kanunilik ilkesinin uygulanması hakkındaki açıklamalara girişmeden önce şu hususu hemen belirtmek gerekir ki özgürlükçü rejimler, kişiye doğrudan idari ceza vermek yerine ruhsat iptali cezasının verilmesini tercih ederler. Nitekim Alman hukukçuları, ruhsat iptali yaptırımını “iznin yasaklanması” olarak betimlerler.¹⁰⁷ Bu bağlamda otoriter rejimlerde kanunen izin verilenler dışında her şey yasak iken, liberal rejimlerde kanunun yasaklamadığı her şeyin serbest olduğu esası geçerlidir. İtalya’da artık İdare, kamu hizmetlerini, doğrudan kendisi yürütmekten ziyade kendi denetim yetkisini saklı tutarak özel kişilerin ruhsat yoluyla görmesine ağırlık vermektedir. İdarenin bunu yapmasındaki temel erek, kişi hak ve özgürlüklerine saygı göstermektir. İtalya’da ruhsata ağırlık verilmesinde temel erek, kişi hak ve özgürlüklerine saygı göstermek olduğuna göre hak ve özgürlük ihlali niteliğinde olan “ruhsat iptali” (lisans iptali) idari cezası verilebilmesinin “kanunilik” ilkesine tabi olması gerekliliği açıktır. Gerçekten de 1999 yılında çıkartılan 152 sayılı Kanunla ruhsatın, kanunen belirlenen “ruhsat” (izin) verilme koşullarına aykırı olarak kullanıldığı durumlarda iptali yoluna gidileceği esası benimsenmiştir. Yine İtalya’da bir şeye “ruhsat vermeme

106 Ruhsat iptali cezası, kural olarak, disiplin cezasının içerisine girer. Zira disiplin cezasının nirengi noktalarını, İdare ile kişi arasında özel bir ilişkinin bulunması ve idareye ceza verme yetkisinin daha önceden, diğer deyişle, disiplin ihlalden önce tanınması oluşturur. Bu bağlamda disiplin cezası salt kamu görevlileri hakkında uygulanmamakta; mahkûm, öğrenci, asker gibi kamu hizmetini kullanan çeşitli kesimlerle İdare arasında “özel bağ” (special hardship) yüzünden doğan hukuki ilişki içerisinde bulunan her durumda uygulanmaktadır. Bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 319. İdare kişiye bir ruhsat vererek kendisi ile ilgili kişi arasında özel bir bağ oluşturduğu, ruhsat iptali cezasını da bu bağa dayalı olarak verdiği için bu cezanın kural olarak disiplin cezası olarak düşünülmesi gerekir. Kural olarak diyoruz zira ruhsat iptalinin disiplin cezası, dolayısıyla idari ceza olarak düşünülemediği haller de bulunmaktadır. Bir işlemin idari ceza olarak adlandırılabilmesi için İdarenin, idare hukuku, özellikle idari usul kurallarını uygulayarak cezalandırma amacıyla bir işlem yapması ve cezanın verilmesinin dayanağı olan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekir. Bu bağlamda ruhsat iptali cezası, bir yükümlülüğün ihlalden kaynaklandığı için İdare tarafından iptal edildiği durumlarda idari ceza, bir yükümlülüğün ihlalden kaynaklanmayıp örneğin idari işlemdeki sakatlık nedeniyle İdare tarafından iptal edildiği durumlarda idari tedbir olgusu ile karşılaşılmış olunur. (İdari ceza ile idari tedbir arasındaki ayrım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 415 vd.).

107 Bkz. Corso, s. 183.

idari tedbiri"¹⁰⁸ bakımından da "kanun"un bulunması gerekmektedir.¹⁰⁹ Örneğin, İtalya'da arsa sahibi olmayanların yapı ruhsatı alamayacağı belirtilmekte ve bu koşul yasa tarafından öngörülmüş bulunmaktadır.¹¹⁰

İkinci olarak, idari usulle ilgili önemli bir hususa temas etmek uygun olacaktır. Bu ülkede hiçbir idari ceza, usul kurallarına uyulmadan verilmez. Bu bağlamda idari ceza verilirken uygulanması gereken idari süreçler, kimi zaman bizzat cezayı koyan kanunda düzenlenmekte, kimi zaman ise idari usul konularını düzenleyen çeşitli kanunlara yollama yapılmaktadır. Bu ülkede genel bir idari usul kanunu bulunmamakta, usulü düzenleyen kanunlar parçalı bir nitelik göstermektedir. Ancak parçalı da olsa bu ülkede idari usul, idare hukukunun gereklerine uygun ve muhakeme normlarından özerk bir şekilde düzenlenmektedir. Nitekim hukuk veya ceza muhakemeleri usulü, idari cezanın verilmesi sürecinde uygulanan genel bir kanun niteliğini taşımamaktadır.¹¹¹

Bu bağlamda idari ceza verilirken cezanın muhataplarının bir takım hakları bulunmaktadır. Örneğin, idari ceza verilmeden önce ilgilinin dinlenilme hakkı bulunmakta ve bu hakka uyulmadan verilen idari ceza geçersiz sayılmaktadır. Yine idari süreçte toplanan yasadışı kanıtlar cezai süreçte olduğu gibi kabul edilmemekte, salt yemin veya itirafa dayalı olarak da idari ceza verilememektedir.¹¹² Bu durum, idari suç ve cezada kanunilik ilkesinin kişi hak ve özgürlüklerini koruması şeklindeki güvence işlevini yerine getirebilmesi için usul kurallarına uyulması gerekliliğini somut bir şekilde ortaya koymaktadır.¹¹³

108 Bir şeye ruhsat veya izin vermemek idari tedbir oluşturur. Zira bir üst dipnotta belirtildiği üzere idari tedbir ile idari ceza arasındaki farkı ortaya koyan ölçütleri; idari cezada, İdarenin cezalandırma amacıyla işlem tesis etmesi ile idari cezanın mutlaka bir yükümlülük ihlalini gerektirmesi oluşturur. Bir şeye ruhsat veya izin vermeme durumunda cezalandırma amacı bulunmadığından ve ruhsat veya izin verilmemesi, bir yükümlülüğün ihlalinden kaynaklanması gerekmediğinden bu durumun "idari tedbir" olarak adlandırılması gerekir. Fazla bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 414-434.

109 Çünkü ruhsat vermeme idari tedbiri bir yükümlülüğün ihlalinden kaynaklanmasa bile tedbirin kendisi kişiye veya mala karşı bir yükümlülük oluşturur. İtalyan Anayasasının 23. maddesinde; kanunun gerektirdikleri dışında, kişisel veya mala ilişkin hiçbir yükümlülük konulamayacağı belirtildiğine göre ruhsat vermeme idari tedbiri bakımından "kanun"un bulunması anayasal bir gerekliliktir.

110 Fazla bilgi ve karşılaştırma için bkz. Corso, s. 183-184.

111 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Perfetti C. Luca, Corso di Diritto Amministrativo, Cedam-Padova 2006, s. 583-587.

112 Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Perfetti, s. 550-552, 586-587.

113 İtalya'da 2000 yılında idari yargı reforma tabi tutulmuş ve idari yargıda; duruşma, sözlülük, idari yargıcın bağımsız ve tarafsız olması gibi çağdaş ilkeler benimsenerek idari tasarruflara ve bu arada idari ceza işlemlerine karşı etkin bir idari yargı denetimi öngörülerek kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması yönünde önemli bir adım atılmıştır. İtalya'da idari yargı



III. İTALYA'DA DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARINDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

İtalya'da kamu görevlilerinin disiplin işlerinde kanunilik ilkesinin nasıl uygulandığı konusunda sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için öncelikle konuyla ilgili Anayasa ve yasal hükümler ile kamu görevlilerinin statüsü hakkında genel bir bilgi vermek uygun olacaktır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere İtalya'da idari suç ve cezalarla ilgili genel nitelikli kanunu, 1981 yılında çıkartılan 689 sayılı Kanun oluşturmaktadır. Bu kanunda halka yönelik idari suç ve cezalar hakkında genel nitelikli hükümlere yer verilmiş, özel nitelikli suç ve cezalar hakkında münferit hükümlere yer verilmeyerek ilgili kanunlara yollamada bulunulmakla yetinilmiştir.¹¹⁴ Bundan başka 689 sayılı Kanunun kapsamına idari tedbirler de girmiş, daha somut bir deyişle, kanunda idari tedbirler bakımından genel nitelikte hükümlere yer verilmiştir. 689 sayılı Kanunun kapsamına "idari tedbir" bile girmiş olmasına karşın, disiplin suç ve cezaları girememiştir. Gerçekten de yukarıda belirtildiği üzere 689 sayılı Kanunun 12. maddesinin son tümcesinde, disiplin suç ve cezalarının Kanunun kapsamına girmediği açıkça belirtilmiştir.¹¹⁵ Bu kanunun "kapsam" ile ilgili düzenlemesini benimsemeye olanak yoktur. Zira çeşitli defalar belirtildiği üzere idari suç ve cezalar, halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezaları şeklinde iki büyük başlığa ayrılmakta ve bunlardan her birisi, idari suç ve cezanın alt kümesini oluşturmaktadır. İdari suç ve cezanın bir alt kümesini oluşturan disiplin suç ve cezalarına 689 sayılı Kanunda yer verilmemiş,¹¹⁶ buna karşın, idari ceza kimliğini taşımayan idari tedbir hakkında hükümlere yer verilmiştir. Bu açıklamalardan sonra kamu görevlilerinin disiplin işleri hakkında öngörülen anayasal ve yasal hükümlere göz atmak yerinde olacaktır.

İtalyan Anayasasının 97. maddesinin 1. fıkrasında; kamu kurum ve kuruluşlarının organizasyonun; kamu hizmetlerinin düzgün ve tarafsız bir şekilde görülmesi doğrultusunda kanun hükümleriyle kurulacağı, 2. fıkrasında ise kamu birimlerinin teşkilatları hakkındaki düzenlemelerde, kamu görevlilerinin yetki, görev ve sorumluluklarının gösterileceği

denetiminde yeni bir sistem öngören 2000 yılında çıkarılan 205 sayılı Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Iovino Pier Francesco, *Il Processo Amministrativo Illustrato*, Esselibri-Simone, Napoli 2007.

114 Örneğin kanun; vergi, sosyal güvenlik, şehir planlaması, trafik gibi alanlardaki halka yönelik idari suç cezalar hakkında herhangi bir hüküm koymamış, bu suç ve cezalar hakkında ilgili kanunlara yollamada bulunmakla yetinmiştir. Bkz. Casetta, s. 340.

115 Fazla bilgi için bkz. Casetta, s. 339-340.

116 Disiplin suç ve cezası hakkında genel hükümler bile konulmamıştır.

ifade edilmiştir. Kanımızca İtalyan Anayasasının kanuni idare ilkesini¹¹⁷ düzenleyen bu maddesinden söz konusu ilkenin iki boyutunun olduğu sonucuna varmak olanaklıdır. Bunlardan ilki, Anayasanın 97. maddesinin 1. fıkrası gereği İdarenin kuruluş ve teşkilatlanmasında asıl yetkinin yasama organında olduğu ve kanun olmadığı yerde idari organın da olamayacağı sonucudur. İkincisini ise Anayasanın 97. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen kanuni dayanak ilkesi oluşturur. Bu fıkrada idarenin kuruluş ve teşkilatları hakkındaki düzenlemelerde, bir başka deyişle kanunlarda, kamu görevlilerinin yetki, görev ve sorumluluklarının gösterileceği ifade edildiğine göre “sorumluluk” kavramına atlanılması olanaklı olan memur disiplin suç ve cezaları konusunun mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekir.¹¹⁸ Kısacası İtalyan Anayasasının 97. maddesinin 2. fıkrasının memur disiplin suç ve cezalarında kanuni bir dayanağın bulunmasını aradığını belirtmek gerekir.

İtalyan Anayasasının 97. maddesinin 2. fıkrasından kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarında en azından kanunilik ilkesinin kanunun tekelliliği alt ilkesine uyulmasının bir zorunluluk olduğu sonucunun çıkartılması olanaklı olmasına karşın İtalya'da özellikle 1990'lı yıllardan itibaren bu anayasal esasta önemli aşınmalar yaşanmıştır. Bu bağlamda 1992 yılında kamu görevlilerinin disiplin işleri hakkında çıkartılan bir kanunda disiplin suçları yetersiz bir şekilde düzenlenmiş, 1993 yılındaki bir kanunla da kamu görevlilerinin çoğunluğu iş hukuku sözleşmelerine tabi kılınmıştır.¹¹⁹ Gerçi Cardona tarafından kamu görevlilerinin iş hukukuna tabi kılınması olgusunun disiplin cezalarını ve süreçlerini etkilemediği, bir başka deyişle, bütün kamu çalışanlarının idare hukuku düzenlemelerine tabi kılındığı savlansa da¹²⁰ bu görüşe katılabilmek olanaksızdır. Zira kamu görevlisinin iş hukukuna tabi olarak hizmet sözleşmesiyle çalışması disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi bakımından doğası gereği bir aşınmaya yol açar, hatta bütünüyle onu ortadan kaldırır.

İtalya'da 2001 yılında çıkartılan bir KHK ile kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi bakımından oluşan aşınma, kanımızca zirveye

117 Kanuni idare ilkesi ve bu ilkenin “kanuna saygı” ve “kanuni dayanak (yetki)” boyutları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 191-196.

118 Nitekim İtalyan Anayasa Mahkemesi de kamu görevlilerinin disiplin suçlarında kanunilik ilkesinin geçerli olduğu yönünde bir eğilim taşımaktadır. Gerçekten de Mahkemenin 8 Haziran 1981 tarih ve 100 sayılı kararında; disiplin suçları bakımından da kanunilik ilkesinin geçerli olduğu, kanunun disiplin suçunu oluşturan davranışların tümünü önceden saptaması olanaklı olmasa da gerekli ölçüde saptamasının şart olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 25, 253 ve dn. 196-197.

119 Bkz. Casetta, s. 339.

120 Cardona Francisco, Liabilities and Discipline of Civil Servants, January 2003. (Bkz. <http://www.sigmaxweb.org/publications/37890790.pdf>, Erişim Tarihi, 10.1.2017), s. 2.



çıkıştır.¹²¹ Gerçekten de bu KHK ile kamu görevlilerinin bağlı oldukları kurumlarıyla olan ilişkileri hakkında İtalyan Medeni Kanununun bazı hükümlerine yollama yapılmış, kamu görevlisi ile bağlı olduğu kamu organı arasında doğan uyumsuzlukların adliye mahkemelerinde çözümlenmesi esası getirilmiş ve kamu görevlileri hakkında öngörülen toplu sözleşme hükümlerine disiplin suç ve cezalarına dair hükümler konulabileceği kuralına yer verilmiştir. Yapılan bu düzenleme çerçevesinde İtalya'da kamu görevlilerinin disiplin işlerinde; 1957 yılında çıkartılan Kamu Görevlilerinin Statüsü Hakkında Kanun, 2001 yılında çıkartılan KHK ve toplu sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu sonucuna varmak olanaklıdır.¹²²

İtalya'da özellikle 1990'lı yıllardan itibaren yapılan yasal düzenlemeler ve artan oranda sözleşmeli personel istihdamı yoluyla kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulaması bakımından büyük bir aşınma yaşanmıştır. Daha açık bir deyişle, artık İtalya'da disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesine uyulmadığını söyleyebilmek olanaklıdır. Bunun en büyük kanıtını yukarıda sözü edilen 2001 tarihli KHK oluşturur. Yukarıda belirtildiği üzere bu KHK kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezaları bakımından toplu sözleşme hükümlerine yollama yapmaktadır. Bu durum kamu görevlilerinin hak ve yükümlülükleri bakımından geçerli olması gereken "statü" hukukunun esaslarına aykırı olarak kanunilik ilkesini tahrip ettiği gibi disiplin cezalarının doğasına da aykırı düşer. Çünkü klasik anlamda disiplin cezası verilebilmesi için hukuksal bir normun ihlal edilmesi ve cezayı uygulayacak disiplin otoritesinin üstün bir konumda bulunması gerekir.¹²³

121 İtalya'da disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin aşınmasını zirveye çıkartan bir başka olgu, "sözleşmeli personel" istihdamıdır. Konumuz açısından büyük önem taşıdığı için İtalya'da kamu görevlilerinin istihdam statüsünün incelenmesi yerinde olacaktır. İtalya'da kamu görevlileri iki farklı hukuksal statü çerçevesinde çalışmaktadır. Bunlardan ilki "kariyer kamu görevlisi" (career civil service) olup, statüleri, kanun ve idari düzenlemelerle özel olarak düzenlenmiştir. İkincisini ise "sözleşmeli kamu görevlisi" (contractual civil service) grubu oluşturur. Sözleşmeli kamu görevlisinin istihdamının hukuki çerçevesi toplu sözleşmelerle saptanmaktadır. Bununla birlikte, sözleşmeli kamu görevlisinin statüsü salt toplu sözleşmelere bırakılmamakta, bunun yanında, söz konusu kamu görevlisi yasal, hatta anayasal hükümlere de *tâbi* bulunmaktadır. İtalya'da, son yıllarda, kariyer kamu görevlisinin yerini artan bir oranda sözleşmeli personel almaktadır. Bu ülkede sözleşmeli personele artan oranda yer verilmesine gerekçe olarak bu istihdam türünün kamu görevi düzeneğinde büyük bir esneklik sağlayacağı, bunun yanında, kamu hizmetine yönetim tekniklerinin sokulmasının ve kimi durumlarda kamu ile özel sektör istihdamında görülen farklılıkların azaltılmasının faydalı olacağı esasları ileri sürülmüştür. Ancak bu gerekçelere rağmen İtalya'da sözleşmeli personel istihdamının, bir statü hukuku olan kamu personel rejimi bakımından kimi zaman büyük sorunlara yol açtığı açıktır. Bkz. The Status of Public Officials in Europe, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1999, s. 11.

122 Casetta, s. 339.

123 Krş. Casetta, s. 339-340.

İtalya'da kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesini tahrip eden bir başka olgu, bu görevlilerin toplu iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan uyuşmazlıklarının iş mahkemesinde çözümlenmesidir.¹²⁴ Kanımızca bu uyuşmazlıkların iş mahkemesinde çözümlenmesinin anlamı, kamu görevlilerinin istihdamının iş hukukuna tabi olan hizmet sözleşmesi olarak görülmesidir. Kamu görevlisinin hizmet sözleşmesi istihdamı¹²⁵ ile disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi birbirini dışlayan kavramlar olduğundan, bu ülkede söz konusu ilkenin bütünüyle tahrip edildiği söylenebilir. Çünkü hizmet sözleşmesine dayalı olarak disiplin cezası verilse bile¹²⁶ bu disiplin cezasının kaynağını kanun oluşturmamakta, tarafların karşılıklı rızasına dayanan sözleşme oluşturmaktadır.

Aslında İtalya'da disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesine hiçbir zaman uyulmadığını belirtmek gerekir. Gerçi bu ülkede disiplin cezaları nihayetinde bir "ceza" olarak görülse de¹²⁷ aynı şey disiplin suçları bakımından söylenemez. Çünkü İtalya'da disiplin suçları genellikle "suç" şeklinde değerlendirilmemekte, "ihlal" olarak nitelendirilmektedir.¹²⁸ Bununla birlikte, ihlal şeklinde nitelendirilse bile İtalya'da disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği ve kanunun geriye yürümezliği alt ilkeleri uygulanmaktadır. Disiplin suçları bakımından sorun, daha çok, kanunilik ilkesinin "kanunların açık ve kesin olması" alt ilkesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda kanunlarda, disiplin suçları açık ve kesin bir şekilde tanımlanmamakta, yasa tarafından genel ve muğlak ifadelerle gösterilen disiplin suçu teşkil eden fiillerin ayrıntılı olarak düzenlenmesi, İdarenin düzenlemelerine (tüzük, yönetmelik gibi) veya bünyesel düzenlemelerine (talimat, sirküler, genelge gibi) bırakılmaktadır.¹²⁹ Bu durum Casetta tarafından haklı olarak eleştirilmektedir. Yazar, cezası kanun tarafından gösterilen disiplin suçu oluşturan bir davranışın suçunun da kanun tarafından gösterilmesi

124 Casetta, s. 709. Daha doğru bir deyişle, İtalya'da 2001 yılında kamu görevlileri hakkında çıkarılan KHK, İdareyi özel sektör işvereni gibi değerlendirdiği için bütün uyuşmazlıkların adliye mahkemelerine gitmesini öngörmekte, ayrıksı durumlarda ise idare mahkemesine gidileceği esasını benimsemektedir. Fazla bilgi için bkz. Casetta, s. 708-709.

125 Zira bu tür bir istihdam özel hukuka tabi olmakta ve özel hukukta kanunilik ilkesinden bahsedilmesi olanaksız bulunmaktadır.

126 Sözleşmeli personel istihdamında disiplin cezalarının hafiften ağıra doğru sıralanması (uyarma, kınama, maaş kesimi, işten atma gibi) olgusuna pek fazla rastlanılmamakta, daha fazla işten atma anlamına gelen "sözleşmenin feshi" cezasına ağırlık verilmektedir. Krş. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 335 vd.

127 Bricola, s. 867 ve özellikle dn. 260.

128 Krş. Bricola, s. 867.

129 Krş., Casetta, s. 340-341, Cardona, s. 6.



gerektiğini, disiplin suçunun açıkta bırakılmayacağını, disiplin suç ve cezalarının birbiriyle ayrılmaz bir bütünlük oluşturduğundan ayrı biçimlerde düzenlenemeyeceğini ifade etmektedir.¹³⁰

İtalya’da disiplin cezalarında kanunilik ilkesine uyulması ve disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği ve kanunun geriye yürümezliği alt ilkeleri uygulanması bu ülkede, geçmişte bile disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulandığı anlamını taşımaz. Zira daha önce belirtildiği üzere suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulandığından bahsedilebilmesi için söz konusu alt ilkenin üç alt ilkesinin eşanlı olarak benimsenmesi gerekmektedir. Bu alt ilkelere birisinin bile benimsenmemesi kanunilik ilkesinin yer bulmadığı anlamını taşıyacağından, İtalya’da kamu görevlilerinin disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinin uygulanmadığı sonucuna varmak olanaklıdır. Yine “suç” ve “ceza” arasında birbirinden ayrılması olanaksız bir bütünlük ilişkisi bulunduğu ve birisinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi diğerinde de söz konusu ilkenin benimsenmediği anlamını taşıyacağından¹³¹ kanımızca İtalya’da sürgit bir şekilde disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesinin benimsenmediğini savlamak olanaklıdır.

SONUÇ

İdari suç ve cezalar hakkında genel nitelikli hükümler koyan İtalya’nın 24 Kasım 1981 tarih ve 689 sayılı Kanununun esin kaynağını, Almanya’nın 25 Mart 1952 tarihli “Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun” (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) oluşturmaktadır.¹³² Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun, kapsamı dar ve yetersiz olduğundan¹³³ idari suç ve cezayı

130 Casetta, s. 340.

131 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 495 vd.

132 Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 125. Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun, yalnız İtalya’nın 689 sayılı Kanununa esin kaynağı olmakla kalmamış, Türkiye’nin çıkartmış olduğu 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununa da esin kaynağı olmuştur. Ancak Almanya’nın Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunu, 5326 sayılı Kabahatler Kanununa esin kaynağı olmaya elverişli değildir. Almanya’nın Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanununun, 5326 sayılı Kabahatler Kanununa niçin esin kaynağı oluşturamayacağı başka iki çalışmada (Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun Hasan, Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış, Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 70, Yıl: 6, Ekim 2008, s. 3428 vd., Dursun, Almanya’da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması, s. 236 vd.) incelendiği ve çalışmanın hacmini artırmamak için konu üzerinde durulmayacaktır.

133 Örneğin Almanya’nın Kanununda idari suç ve cezaların bir türünü oluşturan disiplin suç ve cezalarına yer verilmediği gibi idari suç ve cezanın diğer bir türünü oluşturan halka yönelik idari suç ve cezaların tümünü değil de yalnızca idari düzene aykırı suç ve cezalar hakkında hüküm koymuştur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, **Almanya’da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması**, s. 222.



düzenleyen genel kanunlara esin kaynağı oluşturabilmek bakımından uygun olmadığı gibi söz konusu suç ve cezanın doğasına aykırı da hükümlere yer vermiştir.¹³⁴ Bu hatadan İtalyan Kanunu da kendisini bağışık tutamamış ve yukarıda görüldüğü üzere söz konusu kanunun kapsamı dar tutulmuş ve idari cezanın doğasına aykırı bir şekilde, yargıca, idari ceza verme yetkisi tanımıştır. Hâlbuki idari suç ve cezalar ile ceza hukuku suç ve cezaları birbirinden niteliksel veya niceliksel ölçütle ayırlamamakta, ancak organik ve şekli ölçütle ayrılabilir. Bu bağlamda bağımsız ve nesnel bir mahkeme tarafından yargılama süreci uygulanarak verilen bir ceza adli ceza ve dolayısıyla adli ceza ile cezalandırılan ihlaller adli suç, idari bir makam ve mevki tarafından idari usul uygulanarak idari işlem niteliğinde bir cezanın verildiği durumlarda ise idari ceza ve bu bağlamda idari ceza ile cezalandırılan fiiller idari suç oluşturur.¹³⁵ Bu yüzden yargıca idari ceza verme yetkisi tanımak, idari suç ve cezanın doğasına aykırılık oluşturur.

Almanya'nın Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunu, idari cezanın doğasına ve niteliğine uygun düzenleme yapmadığı için, hükümlerinin büyük kısmı itibarıyla, idari suç ve ceza alanında esin kaynağı oluşturamaz. Ancak bazı ilkeleri, örneğin suç ve cezada kanunilik gibi bazı hükümleri itibarıyla çağdaş bir düzenleme öngördüğünden o düzenlemelerin aynen iktibas edilmesi uygun olur. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere İtalyan Kanunu, oldukça isabetli bir şekilde, Alman Kanunundan esinlenerek idari suç ve cezaların bir türünü oluşturan halka yönelik idari suç ve cezalarda¹³⁶ kanunilik ilkesini sert veya katı bir şekilde benimsemiştir.¹³⁷

İtalya'da idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi hakkında yapılan bu çalışmadan Türkiye bakımından iki konuda ders çıkartılması faydalı olacaktır. Bunlardan ilki, İtalya'nın 689 sayılı Kanununda olduğu gibi kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi bakımından yaşamsal bir önem taşıyan suç ve cezada kanunilik ilkesinin¹³⁸ idari

134 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, **Almanya'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması**, s. 223 vd.

135 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, **İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi**, s. 395 vd., 458 vd.

136 Kapsamını dar tutsa da.

137 Bununla birlikte, 689 sayılı Kanun, halka yönelik idari suç ve cezaların kapsamını dar tuttuğu için İtalya'da kimi idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulanmamaktadır. Örneğin, İtalya'da kumar bakımından öngörülen idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulanmadığını, söz konusu idari suç ve cezaların, 18 Haziran 1931 tarih ve 773 sayılı Kamu Düzeni Hakkında Birleşik Hukuk Metni adlı Kraliyet Kararnamesi ile öngörüldüğünü belirtmek gerekir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sbordini Stefano ve diğerleri, **Sanctions for Infringements of Gambling Laws in Italy**, ERA Forum, 8, 2007, s. 405-416.

138 Fazla bilgi için bkz. Dursun, **İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi**, s. 475 vd.



suç ve cezalarda sert veya katı bir şekilde benimsenmesine mutlak bir gereksinimin bulunduğudır. Almanya'nın söz konusu kanunundan esinlenen İtalya'nın 689 sayılı Kanunu halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesini katı bir şekilde benimsemesine karşın, yine Almanya'dan esinlenen Türkiye'nin halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından genel nitelikli kanunu olan 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununda söz konusu ilkenin benimsenmemesi doğru bir tutum olmamıştır.

Gerçekten de 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, idari cezalar bakımından kanunilik ilkesi esasını kural olarak¹³⁹ benimsemesine karşın, idari suçlarda kanunilik ilkesini benimsememiştir. Daha somut bir deyişle, 5326 sayılı Kanunun "(k)anunilik ilkesi" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasında; hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi kanunun kapsamı ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulabileceği ifade edilmiştir. Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen¹⁴⁰ "kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği" ibaresi, Kanunun 1. maddesine işaret etmektedir. Daha somut bir deyişle, 5326 sayılı Kanunun 1. maddesinde yer alan "toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacı" bu konuda çizilen bir çerçeveyi oluşturmakta, sadece bu sınırlar içerisinde değerlendirilebilecek olan düzenlemelere yer verilmektedir. Bununla birlikte, çizilen bu çerçeve oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Gerçekten de 1. maddede yer alan "toplum düzeni" ibaresi, tüzük veya yönetmelik yoluyla yapılacak olan kabahatlerin düzenleme alanını neredeyse sınırsız ölçüde genişletmektedir.¹⁴¹

139 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasında; kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği ifade edilerek idari cezalarda kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi kural olarak kabul edilmiştir. Ancak Kanunun 17. maddesi bu esası kabul etmemiştir. Daha somut bir deyişle, Kanunun 17. maddesinin 7. (son) fıkrasında, idari cezalar bakımından "kanunilik" ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesi kabul edilmemiştir. Gerçekten de bu fıkrada; idari para cezalarının her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanacağı belirtilerek idari cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin uygulanacağı esası kabul edilmemiştir. Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 272 vd.

140 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 1. maddesinde; bu kanunda, toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla kabahatlere ilişkin genel ilkeler, kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların sonuçları ve türleri, kabahatler dolayısıyla karar alma süreci, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu, idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esasların belirlendiği ve çeşitli kabahatlerin tanımlandığı ifade edilmiştir.

141 Yurtcan Erdener, Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Beta, İstanbul 2005, s. 4-5.



Bu bağlamda, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 4. maddesi gereği, kabahat suçları veya bizim adlandırmamızla idari suçlarda kanunilik ilkesi esnek uygulanırken, idari cezalarda kural olarak katı bir şekilde uygulanacaktır. Daha açık bir deyişle, kanunun bizzat kendisi idari suç u koyabileceği gibi söz konusu suçun konulmasını İdarenin düzenleyici işlemlerine de bırakabilecektir. Bu son durumda Kanunun 1. maddesinde bahsedilen alanlarda çerçeve yasa çıkartılabilecek, çerçeve yasanın içeriği İdarenin düzenleyici işlemleri (tüzük, yönetmelik) ile doldurulabilecektir. Örneğin, çevrenin korunması için çıkartılacak bir yasada çevreye zarar verme veya çevre güvenliğini tehlikeye düşürmenin cezalandırılacağı belirtilecek, Orman ve Su İşleri Bakanlığı ise çıkartacağı bir yönetmelikle çevre güvenliğini tehlikeye düşürdüğü için sözgelimi piknik alanı dışında mangal yapmayı idari suç haline getirebilecektir.¹⁴² Kısacası bu hükümle kabahat suçlarında, kanunilik ilkesinin “kanunun tekelciliği” alt ilkesinin uygulanamayabileceği¹⁴³ ifade edilmiştir.

Aslında Kabahatler Kanununun yalnızca idari cezalar bakımından kanunilik ilkesini kabul etmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Çünkü gerçek anlamda kanunilik ilkesinin benimsendiğinden bahsedilebilmesi için suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin eşanlı olarak benimsenmesi gerekir. Zira birbirini tamamlayan suç ve cezaların birbirinden ayrılarak farklı kurallara tabi tutulması doğru değildir.¹⁴⁴ Kabahatler Kanununun bu hükmü, Türk Anayasası'nın 38. maddesinin 1. fıkrasına da aykırılık oluşturmaktadır. Zira Anayasanın bu hükmünde suçta kanunilik ilkesi düzenlenirken ceza hukukunun kapsamına giren suç ile idari suç arasında bir ayırım yapılmamış, her tür suç için kanunilik ilkesinin uygulanacağı örtük olarak belirtilmiştir. Kabahatler Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrası, idari suçlarda kanunilik ilkesini benimsemeyerek, Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasına aykırı davranmıştır.

İkinci olarak, cezai idare hukukuna ait olan idari suç ve cezalar konusuna önem verilmesi gereğidir. İtalya, her ne kadar idari suç ve cezayı idari ceza hukukuna ait olarak kabul etse de dünyada liberalleşme ve küreselleşme akımlarının artan hızla görüldüğü özellikle 1980'li yıllardan itibaren

142 Yurtcan, s. 5-6.

143 Kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uygun davranabilmek için idari suçun her birisinin anlam ve içeriğinin, bir başka deyişle, ne gibi yasakları veya yükümlülükleri kapsadığının kanunda gösterilmesi gerekir. Krş. Toroslu Nevzat, Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Ankara 1987, s. 115.

144 Krş. Bricola Franko, Scritti Di Diritto Penale Opere Monografiche, Dott.A.Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2000, s. 846.



“cezai idare hukuku”¹⁴⁵ alanına çok büyük önem vermiştir. Örneğin, 1985 yılından itibaren Roma Üniversitesi Hukuk Fakültesi programında, İdari Yaptırımlar dersi bağımsız bir ders olarak okutulmaya başlamıştır.¹⁴⁶

Türkiye’de ise idari suç ve cezaların ait olduğu cezai idare hukukuna önem verilmesi şöyle dursun “cezai idare hukuku” kavramsal olarak bile bilinmemektedir. Zira idari suç ve cezayı inceleyen bilim dalı kavramları, ceza hukukunun bir dalı olan “idari ceza hukuku”¹⁴⁷ (*droit administratif pénal*) içerisine değil, idare hukukunun bastırıcı bir dalı olan “cezai idare hukuku”na (*droit pénal administratif*) aittir.¹⁴⁸ Bu bağlamda idari ceza hukukunun niteliği, idari ceza kuralının ceza tehdidi altında koruduğu

145 Kısaca belirtmek gerekirse gerek disiplin gerekse halka yönelik idari suçların işlenmesi nedeniyle, idare tarafından araya bir yargı kararı girmesine gerek bulunmaksızın İdare tarafından verilen cezai işleme “idari ceza” denilir. Bu bağlamda idari suç ve ceza ile uğraşan hukuk dalına “cezai idare hukuku” denilir. Buna karşın, aşağıda belirtileceği üzere iki unsurdan oluşan ceza normunda yaptırım unsurunun kanunda gösterilip hüküm unsurunun içeriğinin İdarenin bireysel veya düzenleyici işlemleriyle doldurulmasının öngörüldüğü durumda “idari ceza hukuku” alanına girilmiş olunur. İdari ceza hukuku ile karşılaşılan durumlarda da ceza yargılama organları tarafından verildiği için bu hukuk dalı ceza hukukunun bir parçasını oluşturur. Öte yandan ancak İdare içerisinde yer alan makam ve mercilerin idari işlem niteliğindeki cezalandırıcı kararlarının, idari ceza sayılacağını belirtmek gerekir. Bu yüzden, az sonra üzerinde durulacağı üzere yargı organları tarafından ceza muhakemesi kuralları uygulanmasa, hatta salt idare hukuku kuralları uygulanırsa bile onlar tarafından verilen ceza, hiçbir zaman, idari ceza sayılmaz.

146 Bkz. Özay İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1985, s. 11 dn. (**). Ancak şu hususu hemen belirtmek gerekir ki “idari yaptırım” kavramı, “idari ceza” kavramından daha geniştir. Bu bağlamda idari ceza, idari yaptırım kavramına altlanılabildiği gibi idari tedbir ve idari icra da idari yaptırım kavramına altlanılabilir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 411 vd.

147 İdari cezayı, idari ceza hukuku kapsamında görenlerden bazıları idari cezanın, sosyal yaşamın ihlallerinin karşılığı olduğunu, kanuna veya düzenlemeye eklenen özel yaptırımları içerdiğini, ancak ceza kanununun kapsamı dışında olduğunu savunmaktadırlar. Bir başka deyişle, bu görüş sahipleri, idari ceza hukukunun, ceza kanununda düzenlenmemiş ceza hukukunun teknik ve özel bir dalı olduğunu ve idarenin sosyal yaşama müdahale durumlarını düzenlediğini ileri sürmüşlerdir. Hâlbuki bu görüş isabetsizdir. Bir kere Almanya ve Portekiz’de olduğu gibi salt sosyal düzene aykırılıklar bakımından değil kamu hizmetleri bakımından öngörülen aykırılıklar hakkında da idari cezanın verileceği esası benimsenmiştir. Ayrıca, idari ceza özgün bir alan olup kamu hizmetinin yürütülmesinde İdarenin elinde bulunan oldukça önemli bir silahtır. Öte yandan, “idari ceza hukuku” kavramı belirsiz bir kavram olduğu gibi idari ceza ile idare hukuku arasındaki bağlantıyı da dikkate almamaktadır. Bu bağlamda idari ceza, idare hukukunun bir koludur ve İdare hukuku da özgün bir hukuk dalıdır. İdare hukukunun özgün bir nitelik kazanmasında büyük Fransız hukukçusu M. Hauriou büyük bir çaba sarf etmiştir. Fazla bilgi için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 46-49.

148 Delmas Mireille Marty ve Teitgen Catherine Colly, Punir sans juger, Economica, Paris 1992, s. 7. Aksi görüş için bkz. Donay Süheyl, İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, İÜHFİM, Cilt: XXXVIII, Sayı: 1-4, 1972, s. 423. Donay burada, İdarenin bizzat yaptırım uyguladığı durumların idari ceza hukukunun bir bölümünü teşkil ettiği ifade etmektedir.



değerin hüküm unsurunun¹⁴⁹ içerdiği emir ve yasakların polis suçları ile mali suçlarda olduğu gibi salt idari faaliyetlere, bir başka deyişle, idari düzene ilişkin olması ve bütünüyle idari bir nitelik taşımasıdır.¹⁵⁰ Kısacası, idari ceza hukuku, ceza hukukunun bir dalı olup ceza normunun idari nitelik taşıyan hüküm kısmının cezai müeyyidelerle desteklenmesi anlamını taşır.¹⁵¹

Hâlbuki cezai idari hukuku, idari ceza hukukundan yaptırım itibarıyla önemli ölçüde farklıdır. Daha açık bir deyişle, idari müeyyideler, cezai yaptırımlardan önemli ölçüde ayrı ve kendisine özgü nitelikte idari işlemlerdir. Bu bağlamda, cezai idare hukukunun yaptırımları, ceza hukukunun yörüngesinden çıkarak özgürlük ve özerkliğine kavuşmuş, idare hukukunun kendi özgün gelişme alanı içerisinde yerlerini almışlardır. Bu çerçevede, idari cezayla uğraşan bilim dalı için “idari ceza hukuku” kavramının yerine “cezai idare hukuku” kavramının kullanılması daha doğru olacaktır.¹⁵²

Öte yandan cezai idare hukuku, idarenin bünyesinde bulunan kamu görevlilerine olduğu kadar İdarenin bünyesi dışında kalan yönetilenlerin işledikleri idari suçlar ile onlara uygulanacak cezalarla da uğraşır. Bu hukuk dalı salt maddi nitelikte idari suç ve cezalarla uğraşmamakta, bunun yanında, idari suç ve cezaların konulmasında ve uygulanmasında riayet edilmesi gereken sürece, gerçek ve tüzel kişilerin hak ve menfaatleri ile kamu yararını ve düzeni korumak için verilen idari ceza işlemlerinin denetimiyle de uğraşmaktadır.¹⁵³ Görüldüğü üzere idari suç ve ceza, cezai veya bastırıcı idare hukukuna aittir.

Bundan daha da vahim durumu ise Türkiye’de idari suç ve cezanın “idari ceza hukuku” kavramına altlanılmasına ve dolayısıyla ceza hukukçularının uğraşı alanına girdiği benimsenmesine karşın, ceza hukukçularının da konuya ilgisiz kalması ve idari suç ve cezalara üvey evlat muamelesi yapılması oluşturur. Gerçi, 1950 ve 1960’lı yıllarda Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinin öğrenim programına bir kaç yıl “idari ceza hukuku” isminde ayrı bir ders konulmuş olsa bile konulan ders, gereksinimi karşılamaktan uzak olmuş,¹⁵⁴ ayrıca, sonraki yıllarda

149 Bir ceza normu kural olarak hüküm ve “yaptırım” (müeyyide) unsurunu içerir.

150 Bkz. Köni Burhan, İdari Ceza Hukuku Ders Notları, AÜSBF, Ankara, 1959-1960, s. 7-8.

151 Krş. Köni, s. 6-7.

152 Krş. Özey, s. 143-144.

153 Krş. Buhmann Karin, Reforms of Administrative Law in the PRC and Vietnam: The Possible Role of the Legal Tradition, 72, 2003, s. 275.

154 Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kütüphanesinde yaptığım inceleme sonucu



da söz konusu ders Fakültenin öğrenim programından çıkartılmıştır. Günümüzde oldukça büyük önem kazanan idari suç ve cezalara hak ettiği değerin verilebilmesi için hukuk fakültesi ile iktisadi ve idari bilimler fakültesinin kamu yönetimi bölümlerine, idari ceza, idari tedbir, idari icra gibi idari yaptırımların içeriğini ortaya koyan ve aralarında yaşanan kavram karmaşa ve kargaşasını önleyecek,¹⁵⁵ “İdari Yaptırımlar” adlı müstakil bir dersin konulması büyük yararlar sağlayacaktır.

idari ceza hukuku alanında sadece rahmetli Burhan Köni'nin 1959-1960 yılına ait “İdari Ceza Hukuku Ders Notları” adlı teksirine rastladım. Bu teksir, yaklaşık 25 sayfa civarında bulunmakta ve içeriğinde ağırlıklı olarak mülga Türk Ceza Kanununun açık ceza normu niteliğindeki, yetkili mercilerin emrine itaatsizlikle ilgili 526. maddesi ile “önödeme” gibi konular incelenmektedir. Söz konusu teksir idari ceza hukuku bakımından bile doyurucu olmaktan uzaktır. Zira idari ceza hukukunun doyurucu bir şekilde incelenebilmesi için ceza hukuku ile idare hukuku arasındaki ilişkilerin ayrıntılı bir şekilde analiz edilmesi gerekirdi. İdari suç ve cezalar için doğru bir şekilde “cezai idare hukuku” tabirini kullanarak (bkz. Özay, s. 344) bu alanda “öncü” (pioneering) çalışmayı, büyük idare hukukçusu İlhan Özay yapmıştır. Yazarın, 1985 yılında yayımladığı “İdari Yaptırımlar” kitabı, idari suç ve ceza alanında çalışma yapacaklar için temel referans kaynağı olmuştur. Ali Ulusoy'un 2013 yılında yayımladığı “İdari Yaptırımlar” kitabı ile idari suç ve ceza alanında çok büyük bir gelişim sağlanmış, Hasan Dursun'un 2015 yılında yayımladığı “İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi” adlı doktora teziyle de söz konusu gelişim zirveye çıkmıştır.

155 Türk hukukunda terminoloji bakımından yaşanan bu karmaşa ve kargaşa için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 6-11, 411-414.



KAYNAKLAR

Bricola Franco, *Scritti Di Diritto Penale Opere Monografiche*, Dott.A.Giuffrè Editore, S.p.A., Milano 2000.

Buhmann Karin, *Reforms of Administrative Law in the PRC and Vietnam: The Possible Role of the Legal Tradition*, 72, 2003, s. 253-290.

Cardona Francisco, *Liabilities and Discipline of Civil Servants*, January 2003. (Bkz. <http://www.sigmaxweb.org/publications/37890790.pdf>, Erişim Tarihi, 10.1.2017).

Casetta Elio, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Decima Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano 2008.

Corso Guido, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Terza edizione, G. Giappichelli editore, Torino 2006.

Delmas Mireille Marty ve Teitgen Catherine Colly, *Punir sans juger*, Economica, Paris 1992.

Donay Süheyl, *İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler*, İÜHFİM, Cilt: XXXVIII, Sayı: 1-4, 1972, s. 411-427.

Dursun Hasan, *Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış*, **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı: 70, Yıl: 6, Ekim 2008, s. 3393-3433.

Dursun Hasan, *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Dursun Hasan, *Almanya'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması*, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 9, Haziran 2017, s. 203-246.

Erginay Akif, *İtalya Cumhuriyeti Anayasası*, AÜHFD, Cilt 8, Sayı 1-2, 1951, s. 777-805.

Gülşen Güneş, **Verginin Yasallığı İlkesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2008.

Güneş Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Ankara 1965.

Iovino Pier Francesco, *Il Processo Amministrativo Illustrato*, Esselibri-Simone, Napoli 2007.

Köni Burhan, *İdari Ceza Hukuku Ders Notları*, AÜSBF, Ankara, 1959-1960.



Mantovani Ferrando, *Diritto Penale Parte generale*, V edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Cedam-Padova 2007.

Moderne Franck, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Economica, Paris 1993.

Moderne Franck, *La sanction administrative (éléments d'analyse comparative)*, RFDA, Mai-Juin 2002, s. 483-495.

Nuvolene Pietro, *Il Sistema Del Diritto Penale*, Seconda Edizione, Cedam, Padova 1982.

Özay İl Han, *İdari Yatırımlar*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1985.

Perfetti C. Luca, *Corso di Diritto Amministrative*, Cedam-Padova 2006.

Sbordini Stefano-Stefano Maria Celesti-Francesca Dionisi, *Sanctions for Infringements of Gambling Laws in Italy*, ERA Forum, 8, 2007, s. 405-416.

Schwarze Jurgen, *European Administrative Law*, Revised 1st Edition, Sweet and Maxwell, London 2006.

Soyaslan Doğan, *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları No. 77, Ankara 1990.

The Status of Public Officials in Europe, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1999.

Toroslun Nevzat, *Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar ile Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler in Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği*, İÜHFY No.: 511, İstanbul 1977, s. 115-154.

Toroslun Nevzat, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, V Yayınları, Ankara 1987.

Yurtcan Erdener, *Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Beta, İstanbul 2005.

Zanobini Guidio, *İdari Müeyyideler (Çeviren; Yılmaz Günel)*, Ankara 1964.



SINAI MÜLKİYET KANUNU'NA GÖRE TÜRK PATENT VE MARKA KURUMUNUN GÖREV ALANININ İDARENİN REGÜLASYON FAALİYETİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Evaluation of Turkish Patent and Trademark Agency's Area of Duty in terms of Regulation Function of the Administration)

Yrd. Doç. Dr. Sırrı DÜĞER¹

ÖZ

10 Ocak 2017'de Sınai Mülkiyet Kanunu yürürlüğe girmiştir. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile farklı KHK'larla düzenlenen sınai mülkiyet hakları tek bir kanunda düzenlenmiştir. Bu kanun, Türk Patent ve Marka Kurumunun görevleri ve idari teşkilatında önemli değişiklikler meydana getirmiştir. Fikri mülkiyet sistemi, iktisadi ve teknolojik gelişmenin sağlanması için oluşturulmuştur. Kamu gücü, ekonomik kamu yararının sağlanması için ekonomiye müdahale etmektedir. Fikri mülkiyet sistemi global bir rejime tabidir. Global fikri mülkiyet rejiminin ulusal idare hukukunun özelliklerini taşıdığı söylenemez ancak özellikle idari usul ilkelerinin yoğun olarak kullanıldığı global bir rejimin varlığı da inkar edilemez.

TÜRKPATENT bir kamu tüzel kişisi olarak Bilim, Teknoloji ve Kalkınma Bakanlığına bağlı bir kamu kurumudur. Aynı bir tüzel kişilik olarak kendi iradesi, personel rejimi ve bütçesi bulunmaktadır. Regülasyon, devletin kamu hukuku araçlarıyla ekonomik kamu yararının sağlanması için piyasaya müdahale etmesi olarak tanımlanabilir. Bu çerçevede fikrî mülkiyet sistemi, devletin piyasaya müdahalesinin bir aracı olarak kabul edilmelidir. Burada öncelikle bunun iktisadi, teknolojik ve kültürel gelişmenin dolayısıyla da ekonomik kamu yararının gerçekleştirilmesi için yapılan bir müdahale olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Regülasyon faaliyetinin özellikleri; düzenleme ve bu düzenlemelere dayalı birel işlemler yapmak, arabuluculuk gibi uyuşmazlık çözme faaliyetinde bulunmak, yönlendirme ve danışmanlık yapmak ile görüş bildirmek olarak ifade edilebilir. Kurum, sınai mülkiyet haklarının

1 Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
duger@live.de



regülasyonu çerçevesinde düzenleyici işlemler yapmakta ve bu düzenlemelere dayalı birel işlemler gerçekleştirmektedir. Kurum, teknoloji transferi ve sınai mülkiyetin ticarileştirilmesi ile ilgili yönlendirme ve belirli konularda arabuluculuk faaliyetlerinde bulunmaktadır. Ayrıca mahkemelere sınai mülkiyet hakları ile ilgili bilirkişilik yapmakta, kamuya sınai mülkiyet hakları ile ilgili eğitim ve danışmanlık hizmetleri vermektedir.

Kanun koyucu, Kurumun SMK kapsamında tek taraflı ve kamu gücüne dayalı olarak gerçekleştirdiği işlemlerin (bir idari işlem olmasına rağmen) yargısal denetimi görevini adli yargıya vermiştir. Fikri mülkiyet hukukunun karma niteliğe sahip olması (özel hukukla olan bağlantısı) ve yargısal denetim görevinin ihtisas mahkemelerine verilmiş olması dikkate alındığında denetim görevinin adli yargıya verilmesinde kamu yararı bulunduğu sonucuna ulaşılabilir. Sonuç olarak regülasyon faaliyetinin özellikleri kurumun görev alanı ile örtüşmektedir. Kurum ilgili kanunda bir BİO olarak belirtilmemiştir. Buna rağmen Kurumun gerçekleştirdiği faaliyetin idare hukuku açısından hukuki niteliğinin regülasyon faaliyeti olduğu kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: TÜRKPATENT, İdarenin Regülasyon Faaliyeti, Ekonomik Kamu Düzeni, Ekonomik Kamu Yararı, Global İdare Hukuku

ABSTRACT

A new Industrial Property Law entered into force on January 10, 2017. The Law No. 6769 on Industrial Property brought together different pieces of legislation regulating intellectual property rights into a single code. This legislation introduced important amendments regarding the duties and administrative structure of Turkish Patent and Trademark Agency. Intellectual property system has been established with the aim of enabling economic and technological development. Public power interferes in economy in order to achieve economic public good. Intellectual property system is subject to global regulatory regime. This regime does not have the features of national administrative laws but the existence of a global regime where administrative procedure principles are widely used is undeniable.

TURKPATENT is a public entity with its own legal personality attached to the Ministry of Science, Technology and Development. Having a separate legal personality allows it to have its own decision making power, personal regime and budget. Regulation is technically defined as state interference in economy by public law means with the aim of achieving



economic public good. In this respect, intellectual property system should be accepted as an intervention into market by the state. This intervention is carried out in order to achieve economic, technological and cultural development thereby economic public good.

Regulation involves; rule-making, issuing individual administrative actions based on those rules, adjudicating, mediating, providing guidance and advising functions. TURKPATENT issues directives regarding regulation of industrial property rights and decides on registration applications based on those directives. Further, TURKPATENT acts as a mediator in certain cases and provides guidance on commercialising industrial property and technology transfer. It acts as a technical advisor at the courts and provides education and consulting services concerning industrial property rights.

TURKPATENT issues unilateral acts based on public power privilege. Eventhough those acts constitute administrative acts, law maker gives the task of judicial review of those acts to ordinary courts. Intellectual property law has a hybrid character and the task of judicial review is given to specialised courts therefore this transfer of power can be justified based on public good. Further, the features of regulation function overlap with the competences that TURKPATENT exercises. Therefore, in terms of administrative law, the functions of TURKPATENT can be categorised as regulation functions albeit it is not mentioned as one of those independent administrative authorities in the relevant legislation.

Keywords: TÜRKPATENT, Regulation Function of Administration, Economic Public Order, Economic Public Good, Global Administrative Law.

GİRİŞ

Bu çalışmada 2016 yılının Ocak ayında kabul edilen Sınâî Mülkiyet Kanunu (SMK) ile Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT)² olarak isimlendirilen Türk Patent Enstitüsünün gerçekleştirdiği faaliyetin hukuki niteliği idare hukuku açısından değerlendirilecektir.

Fikrî mülkiyet; fikir ve sanat eserleri üzerindeki telif hakları, patent, faydalı model, tasarım, marka, coğrafi işaret, geleneksel ürün adları, yeni bitki çeşitleri, entegre devre topografyaları ve ticari sırları kapsayan bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bu çalışmada fikrî

2 5000 sayılı Türk Patent Ve Marka Kurumu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1. Maddesine göre kurumun kısa adı "TÜRKPATENT" olup, bu çalışmada da bu şekilde kısaltılacaktır.



mülkiyet hakları (intellectual property rights), telif hakları ile sınai mülkiyet haklarını kapsayan bir kavram olarak kullanılmıştır. Ayrıca ilaçların ruhsatlandırılması için ruhsat makamına sunulan klinik deney verilerine kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunacaklar tarafından (eşdeğer ilaç üreticileri) belirli süre ile atıf yapılamaması, bu verilerin referans gösterilememesi şeklinde uygulanan “veri münhasırlığı” de bir fikrî mülkiyet hakkı olarak kabul edilmektedir.³ Bu çalışmada genel olarak patentler üzerinden bir değerlendirme yapılmaktaysa da yapılan değerlendirmeler, tüm fikri mülkiyet sistemi için geçerlidir.

Kişinin entelektüel çabasının neticesinde ortaya çıkan ürünün taklit edilmesinin önlenmesi amacıyla fikrî mülkiyet hakları kabul edilmiştir. Bu haklardan telif hakkı, eser sahibinin eserini meydana getirmesiyle birlikte herhangi bir formaliteye gerek olmaksızın kendiliğinden doğmaktadır. Marka, patent ve tasarım gibi sınai mülkiyet hakları ise bazı istisnalar dışında tescile dayalı bir sistem ile korunmaktadır. Bu tescil ise ülkemizde diğer pek çok ülkede olduğu gibi bir kamu tüzel kişisi tarafından yapılmaktadır. Bu kamu tüzel kişisi, tescil süreci içinde başvuru sahibinin tescil talebine yapılan itirazları da karara bağlamaktadır. Tescile ilişkin bu işlemler, kamu tüzel kişisi tarafından tek taraflı ve kamu gücüne dayalı olarak gerçekleştirilmektedir.⁴ Burada işlem, ilgilinin iradesine bakılmaksızın sadece işlemi yapanın iradesi ile oluşmaktadır. Yani ortaya çıkan sonuç tek bir iradenin ürünüdür. Bu durum, bir hukuki ilişkinin iki tarafın iradesinin uyuşması ile kurulacağı kuralına da istisna teşkil etmektedir. İdare hukukunda kamu gücünü temsil eden idarenin üstünlüğü tek yanlı işlemleri mümkün kılmaktadır. Tek yanlılık kriteri idari işlemin en önemli özelliklerinden biri olarak kabul edilmektedir.⁵ İdari işlem; idari makamların kamu gücü ile hareket ederek idari fonksiyona ilişkin olarak yaptıkları, hak ve yükümlülükler doğuran tek taraflı irade açıklamalarıdır.⁶ Sonuç olarak kamu tüzel kişisinin tescil taleplerini karara bağlayan işlemleri, birer idari işlemdir ve bu işlemlerden kaynaklanan ihtilaflar idari yargının görev alanına girmektedir ancak SMK'nin 156. maddesindeki düzenleme ile bu ihtilafların adli yargıda görülmesi öngörülmüştür.

3 DÜĞER Sırrı, **Non-patent Protection of Pharmaceuticals in Turkey**, Shaker Verlag, 2012, s. 25

4 YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta, İstanbul, 2010, s. 108

5 ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s. 13, 14

6 ERKUT, s. 2



I. FİKRÎ MÜLKİYET VE EKONOMİK KAMU DÜZENİ

Topluma daha iyi imkânlar sağlamak üzere emeğini ve becerisini ortaya koyarak bir fikir ürünü oluşturan kişiyi özendirme, ödüllendirme ve toplumun ona saygısını göstermek için fikrî mülkiyet sistemi oluşturulmuştur. Bu şekilde tekniğin gelişmesine yapılacak katkı teşvik edilmektedir. Fikrî mülkiyet hakkına konu olan ürün, tescil edildiği veya korunduğu ülkede hak sahibinden başka kişiler tarafından kullanılamaz, üretilemez veya başka bir şekilde ticari olarak ondan faydalanılamaz. Böylece koruma süresince hak sahibi hakkın konusundan maddi olarak faydalanmaktadır.⁷

Fikrî hakların gelişiminde gerek teknik gerekse bilimsel ve sanatsal ürünlerin korunması için bulunan ilk sistem, imtiyaz sistemi olmuştur. Özellikle teknik ürünlere ilişkin imtiyaz hakları oluşturulmasının amacı ürünün korunmasından ziyade ülkede yeni bir endüstrinin kurulmasıydı. İmtiyaz, hükümdarın iradesine dayanmaktaydı. Bu durum ise keyfilige neden olabilmekteydi. Bu nedenle imtiyaz sistemi 17. yüzyılda yerini millî kanunlara bırakmıştır.⁸ Toplumun yeniliği öğrenmek ve uygulamadaki menfaati ile yeniliği meydana getirmek için zihnî emek harcayan kişinin menfaatini dengelemek amacıyla icadın topluma açıklanması karşılığında icat sahibine süreli bir münhasır hak tanınmıştır. İcat sahibine münhasır hak tanınması, yeni endüstrinin faydalı görülmesine bağlı idi ancak sonradan tabii hukuk görüşlerinin etkisiyle icat sahibine inhisar hakkı tanınması gerektiği fikri ortaya çıktı. Bugün itibariyle icat sahibine inhisar hakkı tanınmakla birlikte bu hak -hakkın sosyal niteliği gereği- süre ile sınırlandırılmaktadır. Hakların sosyal karakterinin bulunduğu tanınması (hakkın kamu yararı nedeniyle sınırlandırılması) hukuktaki gelişmenin bir sonucu olup amaç, dengenin kişi lehine bozulmasının önlenmesidir.⁹ Buna göre; patent sistemi, şahsi ve toplumsal ihtiyaçlar arasında adil bir dengeyi sağlamakta ve teknik ilerlemeyi teşvik etmektedir.

İcatları karşılığında bir gelir elde edebilmesi, icat sahibini yeni icatlar için teşvik etmektedir. Fikrî mülkiyet haklarının oluşturulmasındaki temel düşünce; bilim, teknoloji ve sanatın geliştirilmesine yönelik kamu yararı düşüncesidir. Fikrî mülkiyetin korunması ile kamu yararını sağlamaktır. Bir icada patent verilebilmesi için bu icadın vasatı bir teknik uzmanın tekrar edebileceği şekilde açıklanması gerekmektedir. Bu,

7 YÜKSEL Ali Sait, **Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku**, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1989, s. 2

8 AYİTER Nuşin, **İhtira hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 13-14

9 AYİTER, s. 22-24



patent süresi devam ederken icadın çalışılabilmesine imkân vermektedir. Böylece patent süresi devam ederken teknolojik ilerleme ve teknoloji transferi sağlanmaktadır. Patentler belirli bir süre için verilmektedir. Süre dolduktan sonra patente tanınan koruma sona ermektedir. Bu da icadın herkes tarafından kullanılabilmesi anlamına gelmektedir. Sonuç olarak fikri mülkiyet hakları kamu yararı amacı ile oluşturulmuştur.

İdare hukukunda kamu yararı çok fonksiyonlu, gelişmeye müsait, kanun koyucunun iradesi ile şekillenen belirsiz ve değişken bir kavramdır. Hukuk dilinde sıkça kullanılmasına rağmen kanuni bir tanımı bulunmamaktadır ancak tanımlamanın, kavrama belli bir anlam yükleyerek sınırlarını çizmenin de doğru olmadığı ifade edilmektedir. Bu çerçevede kamu yararı; kamu düzeni, kamu sağlığı, millî güvenlik gibi kavramlarla birlikte kullanılmakta ve bunlarla ilişkilendirilerek açıklanmaktadır.¹⁰

Ekonomik kamu düzeninin sağlanması çerçevesinde regülasyon kavramının tanımına bakacak olursak regülasyon; ekonomik kamu düzenine ilişkin anayasa hükümlerinin belirttiği ekonomik düzen içinde para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli bir şekilde işlemesi için devletin piyasaya kamu hukuku araçları ile müdahale etmesidir.¹¹ Anayasanın ekonomik düzenle ilgili maddelerine bakıldığında ilk olarak 48. madde karşımıza çıkmaktadır. Bu maddede; devletin, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı ifade edilmiştir. Bir diğer madde olan 166. maddede *ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmanın* devletin görevi olduğu belirtilmiştir.¹² Son olarak 167. maddede

- 10 AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2016, s. 27-28
- 11 TAN Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri** (Ekonomik Kamu), Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 23-25
- 12 *Madde 166 – Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir. Planda millî tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir. Kalkınma planlarının hazırlanmasına, Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanmasına, uygulanmasına, değiştirilmesine ve bütünlüğünü bozacak değişikliklerin önlenmesine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/23 md.) Ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında hükümete istişarî nitelikte görüş bildirmek amacıyla*



ise devletin, *para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği* düzenlenmiştir.

Piyasaların düzenli ve sağlıklı işlemesi, dış ticaretin ülke ekonomisi yararına düzenlenmesi, özel girişimin millî ekonomiye uygun olarak yürütülmesi ve kalkınma hamlelerinin bir plan disiplini çerçevesinde gerçekleştirilmesi yükümlülükleri; devletin piyasaya müdahalesinin dayanağını oluşturmaktadır.¹³

Klasik kamu düzeninin ekonomik boyut kazanması; ekonomik kamu düzeni, ekonomik ve sosyal kamu düzeni, ekonomik özel kolluğu gibi kavramların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ekonomik kamu düzenini sağlamaya yönelik ekonomik kolluk faaliyetinin ana başlıkları:

- Para ve sermaye piyasalarının düzenlenmesi,
- Dış ekonomik ilişkilerin düzenlenmesi,
- Sınır ticareti,
- Yabancı sermaye,
- Piyasa gözetimi ve denetimi,

olarak ifade edilmektedir.¹⁴ Bu başlıklara, Anglo-Amerikan hukukunda ekonomik regülasyon faaliyetinin ana başlıkları dikkate alınarak, rekabetin sağlanması ve ekonomik yoğunlaşmanın önlenmesi, mesleklerin regülasyonu, çalışanların çalışma koşullarının ve ekonomik şartlarının düzenlenmesi, tüketicinin korunması gibi başlıklar da eklenebilir.¹⁵

Kamunun ekonomik alana müdahalesi regülasyon olarak ifade edilmekteyse de bu müdahalelerin tamamını regülasyon faaliyeti olarak nitelendirmek mümkün değildir. Kamu, ekonomiye para ve maliye politikası (devletin zor durumdaki finans kuruluşlarına sermaye koyması, kriz dönemlerinde belirli vergilerin indirilmesi gibi) veya tarım ürünlerinin taban fiyatlarının belirlenmesi gibi ekonomik politika uygulamaları ile de müdahale etmektedir. Salt ekonomik amaçlı bu müdahaleler regülasyon faaliyeti olarak kabul edilemez çünkü regülasyon politika belirleme

Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulur. Ekonomik ve Sosyal Konseyin kuruluş ve işleyişi kanunla düzenlenir.

13 AKGÜNER Tayfun, "Meslek Kuruluşları ve Ekonomik Kamu Düzeni", Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı Aralık 2014, 1. Cilt, 265-281, s. 280

14 TAN, Ekonomik Kamu, s. 258 vd.

15 STRAUSS Peter L., **Administrative Justice in the United States**, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, s. 209 vd.



(maliye, vergi politikası gibi) şeklinde değil; düzenleme yapma, bireysel işlemler tesis etme, görüş açıklama (danışmanlık yapma), yönlendirme ve uyuşmazlık çözme niteliğinde bir faaliyettir.¹⁶

Ekonomik alandaki kolluk müdahalelerinin tamamının ekonomik kolluk faaliyeti olduğu söylenemez. Zira idare, bazı durumlarda genel idari kolluk yetkisini kullanarak bireysel ekonomik faaliyetleri sınırlandırmaktadır. Örneğin, ağır vasıtaların bazı yolları kullanmasının veya seyyar satıcıların yasaklanması, bireylerin ekonomik faaliyetlerini sınırlandıran genel idari kolluk yetkilerindedir çünkü amaçlanan, güvenliğin sağlanması ve kamu sağlığının korunmasıdır. Ekonomik kolluk faaliyetinde ise genel idari kolluğun amacı olan kamu düzeninin korunmasından farklı olarak ekonomik kamu düzeninin korunması amaçlanmaktadır. Burada ekonomik kamu düzeni, anayasa ve kanunlarla belirlenen ekonomik düzeni ifade etmektedir. Bu düzen içinde ekonomik alana ilişkin bireysel haklar ve özgürlüklere müdahale edilmekte, sınırlamalar getirilmektedir. Bu müdahalelerin amacı genel olarak ekonominin sağlıklı ve düzenli işlenmesini sağlamaktır.¹⁷

II. FİKRÎ MÜLKİYET VE GLOBAL İDARE HUKUKU

Patent sistemi ile icat sahibinin ödüllendirilmesinden önce yeni ve faydalı teknolojilerin ülkeye getirilmesi ve bu şekilde yerli sanayinin geliştirilmesi amaçlanmıştı. Sistemin ilk hâlinde yeni teknolojilerin ülkeye aktarabilmesi için imtiyazlar tanınmıştı. İmtiyaz sahibi, imtiyazın kapsadığı teknolojiyi imtiyaz aldığı ülkenin hükümlerle sınırları içinde kullanma tekeline sahipti. Millî kanunlar aşaması ile birlikte patent sistemine geçilince millî kanun çerçevesinde verilen patent, patentin verildiği devletin sınırları içinde korunmaya başlanmıştır. Ancak bu durum koruma talep edilen her ülke için o ülkenin millî hukukuna göre ayrı bir başvuru yapılmasını gerektirmektedir. İşte bu durumun önüne geçmek üzere bir merkezi başvuru ile birden fazla ülkede hakkın tescil edilmesini sağlayan uluslararası sözleşmeler imzalanmıştır. Bu sözleşmeler ile birlikte uluslararası bir fikrî mülkiyet sistemi kurulmuştur. Bu uluslararası sistem, global idare hukuku tartışmaları çerçevesinde ele alınacaktır.¹⁸

16 TAN Turgut, **İdare Hukuku: İdarenin Kuruluşu, Faaliyet Türleri, İşlemleri, Sorumluluğu, Kamu Görevlileri, Kamu Malları, Yargısal Denetim** (İdare Hukuku), Turhan Kitabevi, 2014, s.393, UYANIK Halit, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2013, s. 92

17 TAN, *Ekonomik Kamu*, s. 260

18 ORTAN Ali Necip, **Avrupa Patent Sistemi: Avrupa Patenti Antlaşması (Münih Antlaşması)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s. 1-2



Fikrî mülkiyet rejimi millî hukukların çerçevesini aşan bir durum arz etmektedir. Global idare hukuku özellikle katılımcılık, şeffaflık, hesap verilebilirlik ve yargısal denetim gibi ilkelerle öne çıkmaktadır.¹⁹ Günümüzde pek çok ekonomik faaliyet devletlerin kontrolü dışında belirli bir global regülasyona tabidir. Global regülasyon rejimi; fikrî mülkiyet haklarının korunması, ilaçların ruhsatlandırılması, internet yönetişimi (internet governance) ve çevrenin korunması gibi pek çok alanı kapsamaktadır. Global regülasyon rejiminde farklı hukuki yapı ve nitelikte uluslararası kurumlar bulunmaktadır. Bu kurumlardan bazıları kendi uyumsuzluk çözüm mekanizmasını kurmuştur. Bu kurumlar kendi kurallarını koyarak kendi alanlarını regüle etmektedir.²⁰

Globalleşmenin ekonomi üzerinde olduğu kadar hukuk müesseseleri üzerinde de önemli bir etkisi olmuştur. Sağlıktan çevreye ve gıdadan ilaca kadar pek çok alanda global bir hukuki rejim ve uluslararası standartlar oluşturulmuştur. Bunun sebebi uluslararası ticaret, çevre ve terör gibi küresel sorunların küresel çözümler gerektirmesidir. Uluslararası hukuk esas olarak sözleşmelere dayanmaktadır. Buna karşılık global regülasyon rejiminde farklı nitelikteki uluslararası kurumlar düzenleme yapma imkânına sahiptir. Global regülasyon rejimi sektörelidir.²¹ Bu çerçevede global idari alanda İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers-ICANN), Dünya Anti-Doping Ajansı (World Anti-Doping Agency-WADA) ve Uluslararası Standardizasyon Teşkilatı (International Organization for Standardization-ISO) gibi kamu ve özel karma nitelikte kurumlar ortaya çıkmıştır.²²

Uluslararası fikrî mülkiyet sisteminin oluşturulması ve koordine edilmesi için Birleşmiş Milletlerin uzman kuruluşlarından biri olan Dünya Fikrî Mülkiyet Teşkilatı (World Intellectual Property Organisation-WIPO) kurulmuştur. Uluslararası ticareti düzenleme amacıyla kurulan Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), uluslararası ticarete olan etkisi nedeniyle fikrî mülkiyet haklarına büyük önem vermektedir. Teşkilatın kuruluş anlaşmasına ek olarak Ticaretle İlgili Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights-

19 TAN İdare Hukuku, s.10

20 CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (ed.), **Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison**, Springer Science & Business Media, 2011, s. 1-2

21 CHITI Edoardo; "Where does GAL find its legal grounding?", **International Journal of Constitutional Law**, Volume 13, Issue 2, 1 April 2015, Pages 486-491, s. 487

22 ÇAKMAK Münci, "Global İdare Hukuku Tartışmaları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XVI, Yıl 2012, Sayı. 3, s. 122, 128



TRIPS) kabul edilmiştir. Fikrî mülkiyet ile ilgili asgari standartların belirlendiği bu anlaşmaya aykırı davranılması hâlinde ülkeler, DTÖ bünyesindeki uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvurabilmektedir.²³ WIPO, dört temel işlev yerine getirmektedir. Bunlar; kural (norm) oluşturma, fikri mülkiyet haklarının korunması, yargı-benzeri (quasi-judicial) faaliyetler ve teknik kapasite ve altyapı inşası olarak ifade edilebilir. İlk olarak WIPO, yirmi dört adet çok taraflı antlaşmanın koordinasyonunu gerçekleştirmektedir. İkinci olarak WIPO, antlaşmaların yanında yumuşak hukuk (soft law) olarak isimlendirilen tavsiye kararları ve kılavuzlar oluşturmaktadır. Bu kurallar bağlayıcı değildir ama bir konsensusa ihtiyaç olmadan hızlı bir şekilde oluşturulabilir. Üçüncü olarak WIPO, teşkilata yapılacak tek bir başvuru ile başvuruda belirtilen ülkelerde ayrı ayrı başvuruda bulunmak zorunda kalınmadan hakkın tescil edilmesi imkânı sağlamaktadır. Son olarak WIPO, tahkim ve arabuluculuk birimi aracılığı ile alan adı uyuşmazlıklarının çözümü (ICANN ile birlikte) gibi konularda yargı-benzeri faaliyet (uyuşmazlık çözümü) yerine getirmektedir. WIPO, ICANN ve DTÖ gibi kuruluşlarla işbirliği hâlinde bu faaliyetleri yerine getirmektedir.²⁴

Uluslararası fikri mülkiyet sistemi; WIPO tarafından oluşturulan kurullarla düzenlenen (uluslararası sözleşmelerin yanında), sadece devletin değil, diğer kamu tüzel kişileri ile özel hukuk kişilerinin de öznesi olduğu, kendi alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmasına sahip, kendine özgü global bir rejimdir. Bu global rejimin global idare hukuku olarak tanımlanması mümkün değildir. Bununla birlikte **ülkelerin** yargı yetkilerinden (egemenliğinden) bağımsız (ancak onunla birlikte ve işbirliği hâlinde) global bir regülasyon rejimi kurulması, kurallar oluşturulması ve bunların uygulanması söz konusudur. Tüm bunlar dikkate alındığında fikri mülkiyet haklarının **özellikle** idari usul ilkelerinin kullanıldığı kendine **özgü** bir global idari rejime tabi olduğu değerlendirilmesi yapılabilir.

III. TÜRK PATENT VE MARKA KURUMUNUN İDARİ TEŞKİLAT İÇİNDEKİ YERİ

TÜRKPATENT'in idari teşkilat içindeki yerinin tespiti Kurumun yerine getirdiği faaliyetin belirlenmesi ile mümkündür. Çünkü Türk İdare Hukukunda kamu kurumlarının tasnifi temel olarak faaliyet konuları itibarıyla yapılmaktadır. Bu çerçevede öncelikle SMK'nın değerlendirmesi gerekmektedir.

23 CASSESE Sabino, et al., *Global Administrative Law: The Casebook*, IRPA–IILJ, 2012, s. 136

24 CASSESE et al., s. 138-139



A. Sinaî Mülkiyet Kanunu

Sinai haklar, 1995'ten itibaren Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK) ile düzenlenmekteydi. 1995'te Türkiye ile Avrupa Birliği (AB) arasında gümrük birliği oluşturulmasıyla ulusal fikrî mülkiyet hukukunun AB hukuku ile uyumlu hâle getirilmesi çabaları çerçevesinde süreci çabuklaştırmak için bu KHK'lar uygulamaya konulmuş ancak geçici olması gereken bu düzenlemeler 20 yıldan fazla yürürlükte kalmıştır. Hem sinai mülkiyet konusunda mevzuattaki dağınıklığın hem de KHK'ların sebep olduğu Anayasaya aykırılık problemlerinin giderilmesi için konunun bir kanun ile düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bunun sonucu olarak Sinai Mülkiyet Kanunu²⁵ Ocak 2017'de yürürlüğe konularak daha önce farklı Kanun Hükmünde Kararnameler ile düzenlenen markalar, patentler, coğrafi işaretler ve tasarımları (daha düzenlenmemiş bulunan geleneksel ürün adları) tek bir kanunda toplanmıştır.

Kanunun başlığı olarak sinaî mülkiyet terimi seçilmiştir. Fikrî mülkiyet terimi daha kapsamlı ve karşılaştırmalı hukuka daha uygundur. Kanun ile AB hukuku ve uluslararası sözleşmelerle daha ileri bir uyumlaştırma sağlanmıştır. Kanun beş bölümden ve yaklaşık 200 maddeden oluşmaktadır. Başlangıç kısmında tanımlara, son bölümde ise ortak hükümlere yer verilmiştir. Kanun, esas olarak yürürlükte bulunan KHK'lardaki hükümleri korumakla birlikte önemli yenilikler de getirmektedir.

Sinaî Mülkiyet Kanununun 1. maddesine göre kanunun amacı; *marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktır*. Yine aynı maddeye göre Kanun; *marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin başvuruları, tescil ve tescil sonrası işlemlerini ve bu hakların ihlaline dair hukuki ve cezai yaptırımları kapsamaktadır*.

B. Genel Olarak Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları

Türk idari teşkilatı, merkezi idare ile yerinden yönetim olarak ikiye ayrılmaktadır. Yerinden yönetim de, yer yönünden yerinden yönetim ve hizmet yönünden yerinden yönetim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hizmet yerinden yönetimi, teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bazı kamu hizmetlerinin kamu tüzel kişiliğini haiz kurumlar tarafından yürütülmesi olarak tanımlanabilir. Bu kurumlar, kamu kurumları olarak

25 Kanun Numarası 6769, Resmi Gazete Tarih: 10.01.2017, Resmi Gazete Sayı: 29944



adlandırılmaktadır. Kamu kurumlarının genel özellikleri şöyle ifade edilebilir:²⁶

- Kamu tüzel kişiliğini haizdirler,
- Özerktirler,
- Merkezi idarenin idare vesayet denetimine tabidirler,
- Kendilerine ait ayrı bir malvarlığı ve bütçeye sahiptirler,
- Tür ve sayıları hayli fazladır ve tamamı anayasada belirtilmemiştir,
- Faaliyet sahaları ve statüleri birbirlerinden farklıdır,
- Kamu kurumları, belirli bir kamu hizmeti gerçekleştirdiğinden bunlarda ihtisas ilkesi geçerlidir.

Yukarıda da belirtildiği gibi Türk idari teşkilatında ihtisas gerektiren bir hizmetin merkezi idarenin dışında örgütlenerek kamu tüzel kişiliğine kavuşturulması suretiyle ortaya çıkan kuruluşlara hizmet yerinden yönetim kuruluşları veya kamu kurumları denir. Kamu kurumları, faaliyet konuları açısından şu şekilde sınıflandırılmaktadır:²⁷

- İdari kamu kurumları,
- İktisadi kamu kurumları,
- Sosyal kamu kurumları,
- Bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları.

Kamu kurumlarının özellikleri ve türlerinin dikkate alınarak TÜRK PATENT'in idari teşkilat içindeki yerinin BİO'lar ile karşılaştırılarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

C. Kamu Kurumu Olarak Türkpatent

Türk idari teşkilatı içinde sınai mülkiyet haklarının tescili ve ilgili mevzuatta kendisine verilen diğer görevleri yapmakla görevli idare yani "sınai mülkiyet idaresi" Türk Patent ve Marka Kurumudur. Sınai mülkiyet idaresi olarak TÜRK PATENT'in görevleri; sınai mülkiyet haklarının tetkik ve tescil işlemlerini gerçekleştirmek, sınai mülkiyet haklarına ilişkin uluslararası kuruluşlarla ilişkileri yürütmek, sınai mülkiyet hukuku ile ilgili araştırmalar yapmak olarak ifade edilmektedir.²⁸ Kurumun tarihi

26 AKYILMAZ et al, s. 185, 353

27 GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 535-537

28 HİRŞ Ernst, Fikri ve Sınai Haklar, Ar Basımevi, Ankara, 1948, s. 124



geçmişine bakıldığında, İhtira Beratı Kanunu'na göre Sınai mülkiyet idaresi İktisat ve Ticaret Vekaletidir. Daha sonra Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Sınai Mülkiyet Dairesi Başkanlığı kurulmuştur. 1994 tarihinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na bağlı, idari ve mali özerkliğe sahip Türk Patent Enstitüsü kurulmuştur. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile kurumun adı Türk Patent ve Marka Kurumu olarak değiştirilmiştir. Kısaca TÜRK PATENT olarak ifade edilen kurum, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın bağlı kuruluşlarından biri olarak kamu tüzel kişiliğine sahiptir.

Ocak 2017'de yürürlüğe giren yeni Sınai Mülkiyet Kanunu ile kurumun kendi içindeki idari teşkilatlanması kuruma verilen yeni görevlere göre yeniden düzenlenmiştir. Türk Patent ve Marka Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre Kurumun kuruluş amacı genel olarak *Türkiye'nin teknolojik ilerlemesine katkıda bulunmak, ülke içinde serbest rekabet ortamını oluşturmak ve sınai mülkiyet haklarının tesisi ile bu hakların korunmasını sağlamaktır.*²⁹ Aynı maddede Kurumun tüzel kişiliğe sahip olduğu ve bir kamu kuruluşu olduğu da belirtilmiştir.

Kurumun tescil ve korunmasından sorumlu olduğu sınai mülkiyet hakları:

- Marka,
- Patent,
- Tasarım,
- Coğrafi İşaret,
- Faydalı Model'dir.

Kurum, bu haklar ile geleneksel ürün adlarına ilişkin bilgilerin yer aldığı kayıt ortamını (sicili) tutmakla da görevlidir. Fikri mülkiyet hakları ile ilgili görevli diğer idarelere bakıldığında, yeni bitki çeşitlerine ilişkin ıslahçı haklarının korunması ile ilgili işlemleri yapmakla görevli idare Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığıdır. Bunun yanında telif haklarının korunması tescile bağlı olmamakla birlikte hak sahipliğinin ispatı, hakkın korunması ve kullanılması ile ilgili işlemleri yapmakla görevli idare Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğüdür.

29 Kuruluş ve amaç (2). Madde 1- *Türkiye'nin teknolojik ilerlemesine katkıda bulunmak, ülke içinde serbest rekabet ortamını oluşturmak ve araştırma geliştirme faaliyetlerinin gelişmesini sağlamak üzere, çeşitli kanunlarla düzenlenmiş olan patent ve markalar ile diğer kanunlarla düzenlenen sınai mülkiyet haklarının tesisi, bu konudaki korumanın sağlanması ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin yurt içi ve yurt dışında varolan bilgi ve dokümantasyonun kamunun istifadesine sunulabilmesi amacıyla tüzel kişiliğe sahip, bu Kanunda belirtilmeyen hâllerde özel hukuk hükümlerine tabi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bağlı, özel bütçeli Türk Patent ve Marka Kurumu kurulmuştur. Türk Patent ve Marka Kurumu, bir kamu kuruluşu olup kısa adı "TÜRK PATENT" dir.*



Kurumun kanunda belirtilen kuruluş amacına ve görevlerine bakıldığında teknik ve bilimsel nitelikte bir faaliyet gerçekleştirmek için kurulduğu anlaşılmaktadır. Ancak sadece faaliyet alanına bakmak yeterli değildir. Belirtilen nitelikte bir faaliyet gerçekleştiren Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü, Orman ve Su İşleri Bakanlığı'nın bir bağlı kuruluşu olarak kamu tüzel kişiliğini haiz değildir. Dolayısıyla tüzel kişiliği olmadığından bir kamu kurumu değildir. Çünkü kamu kurumu, bir hizmetin kamu tüzel kişiliğine kavuşturulması olduğundan öncelikli şart ilgili kuruluşun kamu tüzel kişiliğini haiz olmasıdır.³⁰

Kurumun tüzel kişiliğe sahip olduğu ve bir kamu kuruluşu olduğunun kanunda belirtildiği daha önce ifade edilmişti. Bunun yanında Sınai Mülkiyet Kanunu'nun gerekçesinde de TÜRK PATENT'in Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına bağlı özel bütçeli bir kamu kurumu olduğu ifade edilmiştir.

Tüm bunlar bir arada değerlendirildiğinde Kurum, bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumlarından biri olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla ayrı bir idari teşkilatı, iradesi, personel rejimi ve bütçesi vardır. Merkezi idarenin hiyerarşisi altında değildir ve merkezi idare ile aralarındaki ilişki idari vesayettir.³¹

D. Bağımsız İdari Otorite Olarak Türkpatent

TÜRK PATENTİN gerçekleştirdiği faaliyetin niteliği değerlendirildiğinde bir BİO olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Türk hukukunda teşkilat ve faaliyet birlikte değerlendirilerek BİO'lara regülasyon kurumları da denmektedir. Ancak ileride değinileceği üzere regülasyon faaliyetinin sadece BİO'lar tarafından yerine getirildiği düşüncesi doğru değildir. Yani BİO'lar dışında da regülasyon kurumları (regülasyon faaliyeti yerine getiren kurumlar) bulunmaktadır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, bu kurumları düzenleyici ve denetleyici kurumlar olarak ifade etmektedir. Dolayısıyla regülasyon kurumlarını kanunda belirtilen düzenleyici ve denetleyici kurumlardan ibaret görmek mümkün değildir. Regülasyon faaliyetini belirli bir idareye özgülemek yerine hangi idareden çıkarsa çıksın idarenin gerçekleştirdiği faaliyetin niteliğine bakmak, regülasyon faaliyetinin niteliklerini taşımaktaysa faaliyeti regülasyon olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır.³²

30 DURAN Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 188, 218-219

31 ÇAĞLAYAN Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 136, 224-225

32 ŞAHİN Cenk, *Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 113



BİO olarak ifade edilen toplumsal yaşam açısından önem taşıyan hassas sektörlerin düzenlenmesi ve denetlenmesi için oluşturulan kamu tüzel kişilikleri de hizmet yönünden yerinden yönetim idareleri içinde yani bir kamu kurumu olarak kabul edilmektedir.³³ 2004 yılında mevzuattaki bağımsız idari otoritelere ilişkin dağınıklığı ortadan kaldırmak için *Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı* hazırlanmıştır. Tasarının genel gerekçesinde ilgili sektör veya alanda faaliyette bulunan teşebbüslerin, tüketicilerin hak ve manfaatlerini korunması için piyasanın düzenlenmesi ve denetlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Tasarıda bağımsız idari otoriteler, “kanunla kurulan, kuruluş kanunları ile belirlenen çerçevede ekonomik ve sosyal alanlarda düzenleme, denetleme, arabuluculuk ve yönlendirme faaliyetinde bulunan, idari ve malî özerkliği haiz, kamu tüzel kişiliğine sahip düzenleyici ve denetleyici kurum” şeklinde tanımlanmıştır. Tasarıda BİO’ların karar organı olan kurulların görevleri ve yetkileri ise “düzenlemek ve denetlemekle görevli olduğu sektör veya alanla ilgili ikincil düzenlemeleri yapmak ve kararlar almak, sektörde faaliyette bulunanlar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözümlenmek üzere arabuluculuk ve uzlaştırıcılık yapmak veya bu konularda hakemleri belirlemek” olarak ifade edilmiştir. Netice olarak, BİO’lar sektörle ilgili yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemleri yapmak, bu düzenlemelere uyulmasını sağlamak için denetleme yapmak ve gerektiğinde müeyyide uygulamak, arabuluculuk, uzlaştırıcılık ve yönlendirme yapmakla görevli ve yetkilidir.³⁴ TAN da, BİO’ların işlevsel özelliklerini düzenleme, gözetim ve denetleme ile yaptırım uygulama yetkileri ve uyuşmazlık çözme işlevi olarak ifade etmiştir.³⁵ Ancak daha önce de ifade edildiği gibi regülasyon faaliyeti yerine getiren idareleri 5018 sayılı kanunda belirtilen BİO’larla (Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar) sınırlandırmak mümkün değildir.³⁶ Bu nedenle bu işlevsel özellikleri, regülasyon faaliyeti çerçevesinde idarenin yetkileri olarak anlamak daha doğrudur.³⁷

BİO’ların temel özelliği işletmecilik yapmayı yani örneğin KİT’ler gibi hizmet sunmayı toplumsal yaşam için hassas kabul edilen sektörlerde hizmet sunan işletmelerin faaliyetlerini düzenlemeleri

33 GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin, Bursa, 2016, s. 244

34 YILDIRIM Turan et al, *İdare Hukuku*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 178-179

35 TAN, *Ekonomik Kamu*, s. 202-204

36 ULUSOY Ali D., *T.C. İdari Teşkilatı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İdare Hukuku Ders Notu (2/B) [Ders Notu], <http://www.law.ankara.edu.tr/e-pano/> (E.T. 30.10.2017), s. 47

37 ŞAHİN, s. 41 vd.



ve denetlemeleridir.³⁸ Yani sektörü düzenleyen kuralları koymak ve bu kurallara uyulmasını sağlamaktır. Buna göre, bu kurumların kullandıkları yetkiler:³⁹

- yönetmelik, tebliğ gibi ikincil düzenlemeler yapmak,
- sektöre ilişkin tarife belirlemek veya onaylamak,
- o sektörde faaliyet göstermek isteyenlere tek yanlı idari izin niteliğinde ruhsat veya lisans vermek ve
- kuralları ihlal edenlere yapılacak idari soruşturma neticesinde idari tedbir veya ceza uygulamaktır.

Bir başka ifade ile bu kurumlar düzenleyici işlemler ile düzenleme yapmakta ve bunlara uyulup uyulmadığını takip etmektedir. Bu çerçevede örneğin bir kimyevi maddenin ilaç olarak piyasaya sunulup sunulamayacağı da regülasyon faaliyeti olarak kabul edilmektedir.⁴⁰ ULUSOY, 5018 sayılı kanunda düzenleyici ve denetleyici kurumlar olarak sayılan kurumlar dışında Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunu da BİO olarak saymıştır.

Yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı üzere BİO'ların yetkileri ve işlevsel özellikleri dikkate alındığında bu kurumların gerçekleştirdiği faaliyet regülasyon faaliyetidir. Ancak regülasyon faaliyetini BİO'lara özgülemek mümkün değildir. TÜRK PATENT'in faaliyetlerinin hukuki niteliği değerlendirildiğinde bu faaliyet regülasyon faaliyeti olarak kabul edilebileceği takdirde 5018 sayılı kanunda bir düzenleyici ve denetleyici kurum olarak belirtilmemiş olmasına rağmen bir regülasyon kurumu olarak kabul edilebilecektir.⁴¹ Burada idarenin gerçekleştirdiği faaliyetin niteliğinden hareketle bu faaliyeti gerçekleştiren idarenin tanımlanması daha doğru olacaktır. Regülasyon faaliyetinin niteliği bu faaliyeti gerçekleştirecek idarelerin ihtisas sahibi, siyasi etkide bulunulamayan, tarafsız ve bağımsız olmaları gerekir. Yani siyasi iktidar ve ekonomik güç odaklarının baskıları karşısında ancak bağımsız ve güvenceli otoriteler, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alabilir ve piyasaların düzgün işlemlerini sağlayabilir.⁴²

38 AKYILMAZ et al, s. 360

39 ULUSOY Ali D., **Türk İdare Hukuku Cilt I** (İdare Hukuku), Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 258-259

40 BERKARDA Kemal, "Amerika'da İdare Hukuku Var mı?", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)** (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan), Cilt 13, Sayı: 1-3, İstanbul, 2000, s. 90

41 ULUSOY, İdare Hukuku, s. 261

42 ULUSOY Ali, **Bağımsız İdari Otoriteler** (BİO'lar), Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 155



IV. TÜRK PATENTİNİN FAALİYETLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak İdarenin Faaliyetleri

İdarenin faaliyetleri kamu hizmeti ve kolluk olarak ifade edilebilir. İdarenin bu faaliyetlerinin yanında özellikle regülasyon ve özendirme ve destekleme faaliyetlerinin bu iki temel faaliyetten farklılaşarak ayrı faaliyet alanları teşkil ettiği ifade edilmektedir.⁴³ Bunlardan regülasyon kendine özgü bir mahiyet arz ettiği için ileride ayrıca değerlendirilecektir. Özendirme ve destekleme faaliyetinin ise dolaylı bir kamu hizmeti olduğu kabul edilebilir çünkü burada idare, çeşitli mahiyetteki teşvikler ile özel kişilerin özellikle ekonomi alanındaki faaliyetlerini planlı olarak bazı faaliyet alanlarına yönlendirmektedir. Bu şekilde idarenin nihayetinde kamu yararını sağlamayı hedeflediği bu nedenle bu faaliyetin bir kamu hizmeti olduğu ifade edilmektedir.⁴⁴

TÜRK PATENTİNİN faaliyetlerinin hukuki mahiyetini incelemek için öncelikle Kurumun görevlerine bakmak gerekmektedir.

5000 s.k.nun 3. maddesine göre Kurum, *ülkenin teknolojik ve endüstriyel gelişmesine katkıda bulunmak amacıyla diğerlerinin yanında özellikle:*

- *Patentler, faydalı modeller, markalar, coğrafi işaretler, geleneksel ürün adları, tasarımlar ile entegre devre topoğrafyalarının ilgili mevzuat hükümleri uyarınca tescilini ve bu hakların korunması ile ilgili işlemleri yapmak,*
- *Zorunlu lisans işlemlerinde arabuluculuk faaliyetlerinde bulunmak ve mahkemelerde bilirkişilik yapmak,*
- *Lisans ve devir anlaşmalarını tescil ve kaydetmek,*
- *Buluşların kullanımını takip etmek, yeni teknolojilerin değerlendirilmesi ile teknoloji transferinin yönlendirilmesi ve arşivlenmesi işlemlerini yapmakla görevlendirilmiştir.*⁴⁵

43 ŞAHİN, s. 107

44 SANCAKDAR Oğuz, *İdare Hukuku: Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 556; ÖZAY İl Han, *Günışığında Yönetim* (Günışığında), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 260

45 Görevleri Madde 3- Kurum, ülkenin teknolojik ve endüstriyel gelişmesine katkıda bulunmak amacıyla;

a) (Değişik: 22/12/2016-6769/166 md.) Patentler, faydalı modeller, markalar, coğrafi işaretler, geleneksel ürün adları, tasarımlar ile entegre devre topoğrafyalarının ilgili mevzuat hükümleri uyarınca tescilini ve bu hakların korunması ile ilgili işlemleri yapar,

b) Zorunlu lisans işlemlerinde arabuluculuk faaliyetlerinde bulunur ve mahkemelerde bilirkişilik yapar,



Konuyla ilgili bir diğer madde olan 6769 s.k.nun 1. maddesinde Kanunun amacı; *marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamak* olarak ifade edilmiştir. Bu maddeler birlikte değerlendirildiğinde sınai mülkiyet haklarının tesisi ve korunması ile amaçlanan teknolojik, ekonomik ve sosyal kalkınmanın gerçekleştirilmesidir. Bunda kamu yararı bulunduğuna şüphe olmadığına göre sınai hakların ihdası ve korunması ile ekonomik, teknolojik ve sosyal ilerlemeye yönelik kamu yararının, ekonomik kamu yararının gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir.⁴⁶

Fikrî mülkiyet hakları (sınai mülkiyet ve telif hakkı) açısından geçerli olan kamu yararı ekonomik kamu yararıdır. Ekonomik kamu yararının gerçekleştirilmesi de ekonomik kamu düzeninin sağlanması ile mümkündür. Ekonomik kamu düzeni, ekonomik kamu yararının ekonomik kolluk faaliyeti ile sağlanmasıdır.⁴⁷ Burada sınai mülkiyet haklarının oluşturulmasının ve regülasyonunun bu faaliyet çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilecektir.

B. Kurumun Görevleri

“Sınai mülkiyet idaresi”nin görevleri genel olarak:

- Tescil talebi ile ilgili bütün işlemler,

-
- c) Lisans ve devir anlaşmalarını tescil ve kayıt eder,
 - d) Buluşların kullanımını takip eder, yeni teknolojilerin değerlendirilmesi ile teknoloji transferinin yönlendirilmesi ve arşivlenmesi işlemlerini yapar,
 - e) (Değişik: 22/12/2016-6769/166 md.) Sınai mülkiyet alanında Avrupa Birliği, uluslararası kuruluşlar ve yabancı ülkelerle ilişkileri yürütür, işbirliğinde bulunur,
 - f) Türkiye’yi Bakanlığın onayı ile uluslararası kuruluşlar nezdinde temsil eder,
 - g) Sınai mülkiyet hakları ile ilgili uluslararası anlaşmaların hazırlanmasına ülke çıkarlarını koruyarak katkıda bulunur ve bu anlaşmaların Türkiye’de uygulanmasını sağlar,
 - h) Yurt içi ve yurt dışında teknoloji ve araştırma- geliştirme ile ilgili kurum ve kuruluşlarla ve bilgi bankalarıyla işbirliği yapar, dokümantasyon merkezleri kurar, bu bilgileri kamunun istifadesine sunar,
 - i) (Değişik: 22/12/2016-6769/166 md.) Sınai mülkiyet hakları ile ilgili olarak yayınlar yapar,
 - j) Sınai mülkiyet hakları konularında yurt içinde kişi ve kuruluşların bilgilendirilmesi ve yönlendirilmesi için gerekli çalışmaları yapar,
 - k) (Değişik: 22/12/2016-6769/166 md.) Sınai mülkiyet alanında yurt içinde ve yurt dışında kişi ve kuruluşlara eğitim verilmesine yönelik çalışmalar yapar, görev alanına giren konularla ilgili eğitim faaliyetlerini ve akademik çalışmaları destekler,
 - l) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapar.

46 AKILLIOĞLU Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), 9(1-3), 2011, 11-22, s. 18

47 UYANIK, s. 92



- Fikrî mülkiyete uluslararası anlaşmalar çerçevesinde kurumca yapılması gereken işlemler,
- Fikrî mülkiyet haklarına kamu yararı ve kamu düzeni nedeniyle istisnalar (zorunlu lisans gibi) ile ilgili kurumca yapılması gereken işlemler,

olarak ifade edilebilir.⁴⁸

Sınai mülkiyet idaresi olarak Kurumun gerçekleştirdiği faaliyetin hukuki niteliğini tespit edebilmek için özellik arz eden ve Kurumun kuruluşunu düzenleyen kanunda belirtilen görevler şunlardır:

- Sınai mülkiyet haklarının tescili ve korunması,
- Mahkemelerde bilirkişilik yapması,
- Zorunlu lisans işlemlerinde arabuluculuk yapması,
- Yeni teknolojilerin değerlendirilmesi ve teknoloji transferinin yönlendirilmesi,
- Sınai mülkiyet hakları konusunda kişi ve kuruluşların bilgilendirilmesi ve yönlendirilmesi,
- Görev alanı ile ilgili eğitim faaliyetlerini ve akademik kuruluşları desteklemesi.

Belirtilen bu görevlerin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

1. Sınai Mülkiyet Haklarının Tescili ve Korunması

Fikrî mülkiyet hakları hak sahibine tekel niteliğinde haklar vermektedir. İlgili hak, ticari amaçla sadece hak sahibi ve onun izin (lisans) verdiği kişiler tarafından kullanılabilir. Bu hakların korunması yeni ve özgün çalışmaların ortaya konmasını teşvik etmektedir. Bu nedenle kanun koyucu teknik, ekonomik ve kültürel alandaki yenilik ve fikrî üretimi teşvik etmek için bu hakları süre ile sınırlı olarak korunma altına almıştır. Fikrî ürünler (gayri maddi eşyalar) üzerinde mülkiyet hakkı değil fikrî mülkiyet hakkı denilen başka bir kategori mutlak hakkın varlığı kabul edilmektedir.⁴⁹

Kurumun temel görevi, sınai mülkiyet haklarının tescili ve korunmasıdır. Kurum, kendisine yapılan tescil başvurularını değerlendirmekte, kabul, ret veya kısmen kabul gibi kararlar vermektedir.

48 HİRŞ, s. 125

49 TEKİNALP Ünal, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, Beta, İstanbul, 2012, s. 7



Yani başvuru sahibine tescil hâlinde tanınan münhasır hakların kapsamı kurum tarafından belirlenmektedir. Bu durum kurumun faaliyetinin hukuki niteliği itibariyle değerlendirildiğinde kurumun sınaî hakların tescili ile bir kamu hizmeti yerine getirdiği kabul edilebilir⁵⁰ çünkü burada edim yerine getirme şeklinde bir faaliyet vardır. Ancak Kuruma yapılan başvurularda karşılıklı müzakere hâlinde başvurunun değerlendirilmesi (hakkın kapsamının belirlenmesi) ve aleniyet ve tasarruf emniyetinin sağlanmasının ötesinde (yani kamu hizmetini aşan) bir faaliyet söz konusudur.

Kurum kendisine yapılan tescil başvurusu sonrasında eğer hakkın tesciline karar verirse başvuru sahibine hakkın konusu üzerinde münhasır haklar tanınmaktadır. Tekel niteliğinde olan bu haklar piyasadaki rekabeti etkilemektedir. Koruma süresinin sonunda ise hakkın konusu kamuya mal olmakta ve herkes tarafından kullanılabilir.51

İdarenin kamu hizmeti dışında kolluk, özendirme ve destekleme ile regülasyon faaliyetlerinden bahsedilmektedir. İdare regülasyon faaliyetinde edim sunmamakta özel sektör tarafından yürütülen faaliyeti düzenlemekte ve denetlemektedir. Buradaki denetim kolluk faaliyeti ile gerçekleştirilen denetimin ötesinde faaliyetin niteliğine nüfuz eden bir denetimdir.⁵¹

Regülasyon faaliyeti kamu gücünün ekonomik alanlardaki kamu yararına olan faaliyetini ifade etmektedir. İktisadi hayat ile ilgili olarak devletin üç farklı konumda bulunduğu kabul edilmektedir:⁵²

- Devlet iktisadi hayatı dışarıdan yönlendirmekte, denetlemekte ve düzenlemektedir,
- Devlet piyasada mal ve hizmet üreten bir müteşebbis olarak yer almaktadır,
- Devlet piyasadan mal ve hizmet tedarik etmektedir.

Regülatör devlette hukuk iktisadi aktörlerin özerkliklerini teminat altına alan, buyruklardan çok hedefleri belirleyen ve onlara ulaşmak için tavsiye ve yönlendirmede bulunan bir yönlendiricidir.⁵³

50 GÜLAN, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, 9.1-3 (1988): 147-159, s.152

51 AKYILMAZ et al, s. 360

52 TAN, Ekonomik Kamu, s. 22-23

53 TAN, Ekonomik Kamu, s. 25



Regülasyonun gerekçeleri;

- Tekelciliğin önlenmesi ve doğal tekellerin kontrolü,
- Aşırı kar elde edilmesini önlemek,
- Ürünün gerçek maliyetinin belirlenmesi ve israfın önlenmesi,
- Tüketicinin satın almayı düşündüğü ürünün tüm markaları hakkında bilgi sahibi olması,
- Küçük üreticiyi piyasadan silecek aşırı rekabetin önlenmesi,
- Niteliği gereği kıt kaynakların akılcı bir şekilde kullanılmasının sağlanması,

olarak ifade edilmektedir. Önceleri gerekçelerin iktisadi bir hareket noktası taşıdığı görülmektedir. Ancak daha sonra regülasyon yeni nitelik kazanarak örneğin çevrenin korunması, tüketicinin sağlığının korunması, çalışanların iş kazalarına ve diğer sağlık risklerine karşı korunması ve onların asgari çalışma şartlarının belirlenmesi ve işverenlerin bunlara uymalarının sağlanması gibi yeni kamu yararı alanları ortaya çıkmıştır.⁵⁴ Bu da göstermektedir ki, idari kolluğun amacı kamu düzeninin sağlanması iken regülasyonun amacı kamu yararının sağlanmasıdır. Bu kamu yararı ise regüle edilen sektörün özelliklerine göre değişmektedir.

Regülasyon idari kolluk çıkışlı olmakla birlikte ondan daha geniş kapsamlı bir idari faaliyettir. Regülasyon faaliyetinin içeriği:

- Piyasanın çalışma ilkelerini belirlemek,
- Bu ilkelerin korunması için piyasaya giriş çıkışları izne bağlamak,
- Bazı piyasa işlemleri için izin / onay alınması,
- Kuralları ihlal edenlere müeyyide uygulanması,

olarak ifade edilebilir.⁵⁵

Yukarıda belirtildiği gibi sınai hakların tescili edim yerine getirme şeklinde bir faaliyet olsa da tescil sadece yapılan hukuki işleme aleniyet kazandırmaktan ibaret değildir. Tescil belgesi ile hak sahibi üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği münhasır haklara sahip olur ancak koruma süresinin sonunda bu haklar sona ererek hak konusu kamuya mal olur. Ayrıca kurumun tescil yanında:

- arabuluculuk,
- teknoloji transferini yönlendirme,

54 BERKARDA, s. 97

55 BERKARDA, s. 98



- teknolojik gelişmeyi destekleme,
- kurum nezdinde işlem yapabilecekleri yeterlilik sınavına tabi tutma ve onlar üzerinde disiplin denetimi yapma,

gibi regülasyon faaliyeti çerçevesinde idarenin sahip olduğu yetkilere sahip olduğu görülmektedir. Dolayısıyla burada bilimsel ve teknik gelişmenin sağlanması için piyasaya kamu gücü tarafından müdahale edilmekte ancak bu ne tam olarak edim ifası ne de klasik kolluk (emretme-yasaklama-müeyyide uygulama) şeklinde yapılmaktadır.⁵⁶

Burada her ne kadar elektrik, telefon gibi önce idare tarafından yerine getirilen daha sonra idarenin hizmet ifa etmekten çekilip faaliyeti özel sektöre devrederek sektörü regüle etmesi söz konusu olmasa da, daha önce ayrıntıları ile açıklandığı üzere kamu yararı için teknik olarak kamu hizmeti ve kolluk faaliyetinden farklı bir şekilde piyasaya düzenleme yönü ağır basan ilgili sektörün gereği gibi işlemesine yönelik bir müdahalede bulunduğu değerlendirilmektedir. Nihayetinde gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan bilimsel ve teknolojik gelişmenin sağlanması (münhasır haklar verilmesi bireyleri bilimsel ve teknik ürünler ortaya koymak için teşvik etmektedir) için kamu gücü, kendine özgü bir usulle piyasanın işleyişine müdahale etmektedir. Bu müdahale, hizmet ifa etmek veya piyasadaki alım gerçekleştirmek şeklinde değildir. Bu durumu kamu gücünün kendine özgü bir usulle piyasaya müdahalesi olarak ifade etmek mümkündür.⁵⁷

Ekonomik kolluk genel olarak anayasada belirtilen ekonomik düzenin gerçekleşmesini sağlamak üzere özel teşebbüse yapılan müdahale ve getirilen sınırlamaların bütününe içeren bir kavram olarak tanımlanmaktadır.⁵⁸

Başvuru yapılan sınai mülkiyet hakkı idare tarafından tescil edildiğinde hak sahibine münhasır nitelikte haklar vermekte ve hak sahibi dışındakilerin (hak sahibinin izni dışında) hakkın konusundan ticari olarak yararlanmalarını engellemekte yani özel hukuk kişilerinin girişim özgürlüklerine müdahale etmektedir. Anayasa Mahkemesi Anayasanın 167. maddesiyle ilgili bir kararında⁵⁹ *Devletin, bir taraftan*

56 ŞAHİN, s. 107, 108

57 ŞAHİN, s. 111

58 ÇAKMAK, Zeynep, **Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı Doktora Tezi, s. 122

59 Anayasa Mahkemesi, 06.10.1986 tarih ve E. 1985/21, K. 1986/23 sayılı karar, R.G. Tarih: 14.03.1987, Sayı: 19400



para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli gelişmelerini sağlamak ve öte yandan da bu piyasaların gelişmesini sağlayıcı tedbirleri almakla yükümlü olduğunu, bu amaçlarla alınacak tedbirler ve yapılacak düzenlemelerin anayasamızın Devlete verdiği bu görevin gereği olduğunu hükme bağlayarak devletin ekonomik kamu düzenini sağlamak için piyasalara müdahale etme yetkisinin bulunduğunu ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi, başka bir kararında⁶⁰ ise bu maddenin devletin gerektiğinde iktisadi hayata müdahalede bulunabileceğini gösteren bir hüküm olduğuna karar vermiştir. Görüldüğü gibi Anayasanın 167. maddesi, ekonomik kamu düzenini sağlamak ve bu düzeni korumak amacıyla piyasaya müdahalede bulunma görev ve yetkisini vermektedir. Maddede kullanılan “tedbirleri alır” ve “önler” ifadeleri müdahale anlamı taşımaktadır. Piyasalara yapılabilecek müdahalenin nedeni olarak ise ilgili piyasanın sağlıklı ve düzenli işlemesi gösterilmiştir. Ancak Anayasa bu müdahalenin ne şekilde olacağı konusunda ise herhangi bir yol öngörmemiştir.⁶¹

Fikri mülkiyet sisteminde devlet tarafından ekonominin gelişmesi için kişilerin ekonomik hak ve özgürlüklerine yapılan bir müdahale söz konusudur.⁶² Bu müdahale idarenin regülasyon faaliyetinin tüm özelliklerini taşımaktadır. Bu durumda gerçekleştirilen faaliyetin bir regülasyon faaliyeti olduğu ifade edilebilir.

2. Zorunlu Lisans İşlemlerinde Arabuluculuk ve Bilirkişilik

Zorunlu lisans, idari makamlar veya mahkemeler tarafından patentlenmiş icadın belirli bir şekilde kullanılması için patent sahibinin rızası olmaksızın verilmektedir. Patentler açısından zorunlu lisans; olağanüstü durumlar, rekabete aykırı uygulamalar veya hak sahibinin icadı tedarik etmediği hâllerde belirli şartlar gerçekleştiğinde devletlerin patent sahibinin haklarına kısıtlama getirmesidir.⁶³

Patent özellikle ilaçlar açısından çok önemli bir sınai mülkiyet hakkıdır. Daha önce de belirtildiği üzere patent, sahibine buluş üzerinde bir tekel hakkı tanımaktadır. Bu tekel hakkı süresince patent sahibi başkalarının buluştan ticari olarak faydalanmalarını engelleyebilecektir. Bu ise ilaç fiyatlarının yükselmesine ve ilaca erişimin engellenmesine neden olacaktır.

60 Anayasa Mahkemesi, 20.11.2003 tarih ve E. 2002/32, K.2003/100 sayılı karar, R.G. Tarih: 11.08.2004, Sayı: 25550

61 ÖZKAN Ahmet Fatih, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl, 67: 75-84, s. 84-85

62 HİRŞ, s. 55

63 DUKES, Maurice Nelson Graham, **The Law and Ethics of the Pharmaceutical Industry**, Elsevier, 2005, s. 43-44



Makul bir fiyatla ilaca erişimin sağlanması ise kamu sağlığı meselesidir. Bu nedenle ilaç patentleri kamu sağlığını yakından ilgilendirmektedir.⁶⁴ İşte bazı durumlarda patent hakkına kamu sağlığı nedeniyle bir sınırlandırma getirilmektedir. Burada patent sahibi idari bir kararla kamu sağlığı nedeniyle lisans vermek zorunda bırakılmaktadır. SMK m. 132'ye göre; Bakanlar Kurulu, ilgili bakanlığın teklifi üzerine kamu yararını gerekçe göstererek bir icadın kullanımını zorunlu lisans konusu yapma yetkisine sahiptir. Anılan maddede *patent konusu icadın kullanımının millî savunma veya halk sağlığı bakımından önemli olması hâlinde, Millî Savunma veya Sağlık Bakanlıklarının görüşü alınarak ilgili bakanlık tarafından zorunlu lisans verilmesi için Bakanlar Kuruluna teklifte bulunulacağı* düzenlenmiştir.

TÜRKPATENT'in zorunlu lisanstaki rolüne bakıldığında SMK, Kuruma zorunlu lisans konusunda arabuluculuk görevi vermemiştir. SMK ile yürürlükten kaldırılan Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 103 vd. maddelerinde kamu yararı nedeniyle zorunlu lisans düzenlenmekteydi. Kararnamenin 104. maddesine göre zorunlu lisans için talepte bulunmak isteyen kişi, önce, aynı patent için sözleşmeye dayalı (gönüllü lisans) lisans verilmesi için Kuruma (Türk Patent Enstitüsüne) başvurabilmekteydi. Burada kurum, patent sahibi tarafından talep edene sözleşmeye dayalı lisans verilmesi için ilgili yönetmelikteki şartları gözeterek arabuluculuk yapmaktaydı. Kurum, gerekli belgeler eklenerek kendisine yapılan arabuluculuk talebi ilgili araştırma yaptıktan sonra, *zorunlu lisansın verilmesini gerektiren bir durum olduğu, talepte bulunan kişinin ödeme gücü olduğu ve buluşun kullanımı için gerekli araçlara sahip olduğu* kanısına varırsa, arabuluculuk talebini kabul eder ve görüşmeler için çağrıda bulunur, tarafların patent konusu buluşun kullanımı ile ilgili lisans şartlarında anlaşmaları hâlinde, lisans alanın buluşu kullanması için süre tanıyarak süreci yürütürdü.

Zorunlu lisans özel hukuktaki sözleşme özgürlüğüne getirilen önemli bir istisnadır. SMK, Kararname'nin öngördüğü sistemi değiştirmiştir. Öncelikle, zorunlu lisans verilmesi için talepte bulunmak isteyen kişinin, önce, aynı patent için sözleşmeye dayalı lisans verilmesi amacıyla kurumdan arabuluculuk yapmasını isteme imkânı kaldırılmıştır. Kamu yararı nedeniyle zorunlu lisans hâli dışındaki zorunlu lisans hâllerinde zorunlu lisans mahkeme verecektir. Kamu yararı nedeniyle zorunlu lisansa ise ilgili bakanlığın telifi üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilir. SMK m. 132'ye göre:

64 CASSESE, s. 135



- *“Kamu sağlığı veya millî güvenlik nedenleriyle patent konusu buluşun kullanılmasına başlanılması, kullanımın artırılması, genel olarak yaygınlaştırılması, yararlı bir kullanım için ıslah edilmesinin büyük önem taşıması veya*
- *patent konusu buluşun kullanılmamasının ya da nitelik veya nicelik bakımından yetersiz kullanılmasının ülkenin ekonomik veya teknolojik gelişimi bakımından ciddi zararlara sebep olacağı hâllerde”*

kamu yararının bulunduğu kabul edilir. Sonuç olarak, SMK zorunlu lisansla ilgili maddelerinde Kuruma arabuluculuk görevi vermemiştir⁶⁵ ancak Kurum, Kurumun sınai mülkiyet hakları ile ilgili kararlarına ilgililer tarafından yapılan itirazlarda tarafları uzlaşmaya teşvik edebilir. Uzlaşma ile ilgili konularda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

3. Buluşların Takip Edilmesi, Yeni Teknolojilerin Değerlendirilmesi ve Teknoloji Transferi

Kuruma yapılan patent başvurusunun kabul edilerek tescil belgesi verilmesi ile patent sahibi icat üzerinde münhasır bir hakka sahip olmaktadır. Ancak patent korumasının elde edilmiş olması patent sisteminden (fıkrî mülkiyet sisteminden) beklenen faydanın gerçekleştiği anlamına gelmemektedir. Belki de icadın patent olarak tescilinden çok daha önemlisi icadın ticarileştirilmesidir. Ticarileştirme ise hak sahibi (teknoloji sahibi) ile sanayi arasında özellikle lisanslama yoluyla kurulan bağlantı sayesinde gerçekleşmektedir. Kurum, lisans ve devirlerin tescilini de gerçekleştirmektedir. Ayrıca Kurumun patent veri tabanı da çok önemli bir teknik bilgi kaynağı teşkil etmektedir. Kurum teknoloji sahipleri ile sanayicinin buluşturulması ve veri tabanını yönetme faaliyeti gibi faaliyetlerle icatların fıkrî hakka dönüşmesi bunların da özellikle lisanslama yoluyla katma değer meydana getirecek şekilde seri üretime geçirilmesi için bağlantı kurma faaliyeti yürütmektedir. Burada yüksek derecede ihtisas gerektiren bir yönlendirme faaliyetinin bulunduğu görülmektedir. İdarenin bu faaliyetinin regülasyon faaliyeti kapsamında yerine getirilen bir faaliyet olarak kabul edilmesi gerekmektedir.⁶⁶

65 GÜNEŞ İlhami, “Sınai Mülkiyet Kanununda Zorunlu Lisans”, *FMR*, Yıl: 18 Cilt: 19 Sayı: 2017/1 2016/2, 47-57, s. 53-55

66 YILDIRIM Turan et al, s. 179, *ÖZAY*, Gümüşşında, s. 387



V. KURUM FAALİYETLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Kişilerin entelektüel çabalarının neticelerinin taklit edilmesinin önlenmesi amacıyla fikrî mülkiyet hakları kabul edilmiştir. Bu haklardan telif hakkı, eser sahibinin eserini meydana getirmesiyle birlikte herhangi bir formaliteye gerek olmaksızın kendiliğinden doğmaktadır. Marka, patent ve tasarım gibi sınai mülkiyet hakları ise bazı istisnalar dışında tescile dayalı bir sistem ile korunmaktadır. Bu tescil ise ülkemizde diğer pek çok ülkede olduğu gibi bir kamu tüzel kişisi tarafından yapılmaktadır. Bu kamu tüzel kişisi tescil süreci içinde üçüncü kişiler tarafından başvuru sahibinin tescil talebine yapılan itirazları da karara bağlamaktadır. Tescile ilişkin bu işlemler, kamu tüzel kişisi tarafından tek taraflı olarak kamu gücüne dayalı olarak gerçekleştirilmektedir. Yani idare kendisine verilen görevi yerine getirebilmek için tek yanlı kararlar almaktadır. Aksi hâlde idare mevzuatın kendisine verdiği görevleri yerine getiremeyecektir.⁶⁷ Burada işlem, ilgilinin iradesine bakılmaksızın sadece işlemi yapanın iradesi ile oluşmaktadır. Yani ortaya çıkan sonuç tek bir iradenin ürünüdür. Bu durum bir hukuki ilişkinin iki tarafın iradesinin uyuşması ile kurulacağı kuralına da istisna teşkil etmektedir. İdare hukukunda kamu gücünü temsil eden idarenin üstünlüğü tek yanlı işlemleri mümkün kılmaktadır. Tek yanlılık kriteri idari işlemin en önemli özelliklerinden biri kabul edilmektedir.⁶⁸ Netice olarak, idari işlem idari makamların kamu gücü ile hareket ederek idari fonksiyona ilişkin olarak yaptıkları hak ve yükümlülükler doğuran tek taraflı irade açıklamalarıdır.⁶⁹ Patent idari bir tasarrufla verilmektedir. Patent belgesi veren idare ile fert arasındaki ihtilaflarda (bu konuda istisnai bir düzenleme olmadığı takdirde) idare mahkemeleri görevlidir.⁷⁰ Sonuç olarak bu işlemler birer idari işlemdir ve bu işlemlerden kaynaklanan ihtilaflar idari yargının görev alanına girmektedir. Bu nedenle bu işlemlerle ilgili ihtilafların idari yargıda görülmesi gerekirken kanun koyucu, Sınai Mülkiyet Kanununun 156. maddesindeki düzenleme ile bu ihtilafların adli yargıda görülmesini öngörmüştür.

Organ olarak idareden çıkan ve kamu gücü ayrıcalıkları kullanılarak gerçekleştirilen bir işlem olması dolayısıyla bir idari dava olarak idari yargının görev alanına giren Kurumun işlemleri kanunla adli yargının

67 YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta, İstanbul, 2010, s. 108

68 ERKUT, s. 13, 44

69 ERKUT, s. 2

70 AYİTER, s. 26



görev alanına sokulmuştur.⁷¹ Burada bir idari dava olarak idari yargının görev alanında bulunan davalarda kanunla adli yargı görevlendirilmiştir.⁷² Yani kanunla idari yargının görev alanının dışında bırakılan uyuşmazlıklar söz konusudur. Bu durum uyuşmazlıkların ilişkin bulunduğu işlemlerin idari işlem olma niteliğini ortadan kaldırmaz.⁷³ Burada adli yargının görevlendirilmiş olması adli yargı yerinin gerektiğinde idare hukuku ilkelerini uygulayarak uyuşmazlığı çözmesini engellemez.⁷⁴ Görevli mahkeme fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemesidir. İdari davanın adli yargının görev alanına verilmesinde haklı neden ve kamu yararı olup olmadığı değerlendirildiğinde, fikrî mülkiyet hukukunun karma niteliği nedeniyle uyuşmazlıkların çözümünde özel hukuk kurum ve ilkelerinin yoğun olarak kullanılması ve görevin ihtisas mahkemelerine verilmesi dikkate alındığında kurumun 6769 sayılı kanun kapsamındaki işlemlerinin yargısal denetiminin adli yargı yerlerinde yapılmasında haklı neden ve kamu yararı bulunduğu kabul edilebilir.⁷⁵ Kurumun bu kanun kapsamı dışında kalan ve kamu gücü ayrıcalıklarına dayanan işlemlerinin idari yargıda görülmesi gerekir.

Kurumun sınai mülkiyet hakları ile ilgili işlemlerine ilişkin kararlarına karşı kurum nezdindeki Yeniden **İnceleme** ve Değerlendirme Kurulu'na (YİDK) itiraz başvurusunda bulunulabilmektedir. Bu **çerçevede** kurum tarafından SMK kapsamında alınan kararlardan zarar görenler YİDK'ya itiraz edebilir. Bu itiraz kararın bildirim tarihinden itibaren 2 ay içinde ve yazılı ve gerekçeli olarak yapılır. YİDK gerekli inceleme ve değerlendirmeyi yaptıktan sonra kurumun nihai kararını verir. Bu kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde Ankara Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde dava açılabilir. (SMK m. 20, 21, 5000 s.k. m. 15/C)

Burada bir kamu kurumu olan Kurumun kararına karşı başvurulabilecek özel bir idari itiraz yolu ve mercii öngörülmüştür. Bu yola benzer nitelikte İYUK'ta iki yol bulunmaktadır. Bunlardan biri İYUK m. 11'dir. Bu maddede bir idari işleme karşı dava açmadan önce idari işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan istenebileceğini belirtilmektedir. Bu başvuru

71 SARICA, Ragıp, *İdari Kaza Cilt I İdari Davalar*, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949, s. 15-16, ÖZAY, İl Han, *Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma* (Yargısal Korunma), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 159

72 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, *Yönetimsel Yargı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 89

73 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 187-188

74 TAN, *İdare Hukuku*, s. 722

75 YILDIRIM Turan et al, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 710-711



zorunlu değildir. Yani bu başvuru yapılmadan dava yoluna başvurulabilir. Bu durum idari merci tecavüzü teşkil etmez. Bu başvuru yolu bir itiraz yolu değildir çünkü itiraz başvurusunda itiraz merciine öngörülen itiraz süresi içinde başvurulmakta, bu başvuru üzerine itiraz mercii bir karar vermekte ve bu karardan memnun olmayan (itirazı reddedilen taraf) itiraz merciinin kararına karşı dava açma süresi içinde idari yargıya başvurmuştur. Hâlbuki, İYUK m. 11'de düzenlenen idari başvuruda yapılan idari başvurudan olumlu sonuç alınamaması durumunda, idari davaya konu olan, bu başvuruya verilen zımni veya açık cevap değil, başvuruya konu olan ilk işlemdir. Ayrıca idari itirazda itiraz merciinin kararına karşı dava açma süresi içinde dava açılmakta iken İYUK m. 11'de düzenlenen idari başvuru, idari başvuruya konu olan işleme karşı açma süresini durdurmakta başvurunun reddi hâlinde dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlamaktadır.⁷⁶ TÜKPATENT'in kararlarına karşı kurum nezdinde yapılan itiraz ise dava açmadan önce zorunlu olmamakla birlikte bu iş özel olarak oluşturulmuş bir mercie yapılmakta ve daha sonra (her ne kadar idari yargıda görülme de) Kurumun nihai kararı olan itiraz mercii YİDK'nın kararı dava konusu yapılmaktadır.

Konuyla ilgili bir diğer düzenleme İYUK m. 14'te bulunmaktadır. "Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme" başlıklı 14. maddede genel olarak idari davanın önkoşulları düzenlenmiştir. Bir dava önce önkoşullar yönünden incelenir ve bu koşullar açısından bir sorun yoksa davanın esastan incelemesine geçilir. Bu koşullardan biri de idari merci tecavüzü bulunmamasıdır. İdari merci tecavüzü, dava açmadan önce idareye başvurma zorunluluğunun yerine getirilmemesi anlamına gelmektedir.⁷⁷

Her iki başvuru yolu da idarece yapılan işlemin başka bir idari makam ya da işlemi yapan idare tarafından incelenerek karara bağlanmasını yani işlemin idare tarafından yeniden gözden geçirilmesini öngören başvuru yollarıdır. Ancak İYUK m. 14'te düzenlenen zorunlu itiraz idari yargıya başvurulmadan tüketilmesi gereken zorunlu başvuru yoludur. Burada, idari itiraz yoluna başvurulmadan dava açılması hâlinde idari yargı yeri idari merci tecavüzü nedeniyle dilekçenin idari itirazı incelemeye yetkili makama tevdi edilmesine karar verecektir. İdareye başvuru ise daha önce de belirtildiği gibi ihtiyaridir. Bu başvuruda bulunulmadan dava açılabilir ancak dava açma süresi içinde yapılan idari başvuru dava açma süresini durdurur. Öte yandan zorunlu itirazlarda dava açma süresi itirazın

76 CANDAN Turgut, **Açıklama İdari Yargılama Usulü Kanunu**, PwC Türkiye, İstanbul, 2015, s. 454

77 KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin, Bursa, 2016, s. 190-191



reddedilmesi üzerine işlemeye başlamaktadır. Dolayısıyla zorunlu itirazın dava açma süresi içinde yapılması ve bu süreyi durdurması mümkün değildir.⁷⁸ Kurum kararlarına karşı YİDK'ya yapılan başvuru her ne kadar zorunlu olmasa da mahiyeti itibarıyla zorunlu itiraz kurumuna benzemektedir.

SONUÇ

Fikri mülkiyet sistemi, iktisadi ve teknolojik gelişmenin (özellikle inovasyonun) sağlanması için oluşturulmuş bir sistemdir. Ancak bu sistemin gelişmekte olan ülkeler için bu amaçları sağlamaya elverişli olup olmadığı da yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Fikri mülkiyet sistemi, ilgili bölümde tartışıldığı üzere global bir rejime tabidir. Global bir patent veya başka bir sınai mülkiyet hakkı söz konusu değildir. Ülkesellik ilkesi gereği her ülke için ayrı bir başvuru ile hakkın elde edilmesi gerekmektedir. Ancak WIPO tarafından koordine antlaşmalar, teşkilata yapılacak merkezi bir uluslararası başvuru ile birden fazla ülkede başvuru yapılması imkân sağlamaktadır. WIPO, ilgili bölümde ifade edildiği üzere düzenleme yapma, uyumsuzluk çözme, fikri mülkiyet haklarının tescil ve korunması gibi ulusal fikri mülkiyet idarelerinin faaliyetlerine oldukça benzer faaliyetler gerçekleştirmektedir. Fikri mülkiyet sisteminin global niteliği, kurumun faaliyetlerinin hukuki mahiyetini tespit için önem arz ettiğinden global idare hukuku başlığı altında tartışılmıştır. Global fikri mülkiyet rejiminin ulusal idare hukukunun tüm özelliklerini taşıdığı söylenemez ancak özellikle idari usul ilkelerinin yoğun olarak kullanıldığı global bir rejimin varlığı da inkar edilemez

TÜRKPATENT bir kamu tüzel kişisi olarak Bilim, Teknoloji ve Kalkınma Bakanlığına bağlı bir kamu kurumudur. Gerçekleştirdiği faaliyetin türüne bakıldığında bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumlardan biri olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak gerçekleştirdiği faaliyetlerin hukuki niteliği dikkate alındığında bunların regülasyon faaliyetinin özelliklerini taşıdığı görülmektedir. Bu nedenle Türk idari teşkilatı açısından 5018 sayılı kanunda düzenleyici ve denetleyici kurumlardan biri olarak belirtilmemesine rağmen bir regülasyon kurumu olarak kabul edilmelidir.

Kurum tarafından gerçekleştirilen sınai mülkiyet haklarına ilişkin faaliyetin farklı özellikleri bulunmaktadır. TÜRKPATENT kendisine yapılan başvurunun kabulü hâlinde hakkın koruma kapsamını da tayin eden bir tescil belgesi vermektedir. Bu belge hak sahibine münhasır

78 ÖZTÜRK Burak, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 22-23



haklar tanımaktadır. Burada hak sahibine münhasır haklar tanınması ile amaçlanan ona başka buluşlar meydana getirme ve buluşunu kamuya açıklaması için gerekli motivasyonu sağlamaktır. Bu da iktisadi gelişmenin sağlanması için yapılan bir faaliyettir ve amaçlanan ekonomik kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Daha önce belirtildiği gibi fikrî mülkiyet hakları ilk olarak imtiyaz şeklinde ortaya çıkmış ve öncelikle ülkenin ekonomisinin gelişmesinin teşvik edilmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede fikrî ve sınai haklar devletin piyasaya müdahalesinin bir aracı olarak kabul edilmelidir. Ancak bu müdahale teknik olarak idare hukuku açısından regülasyon faaliyeti olarak nitelendirilebilir mi?

Burada öncelikle bunun iktisadi, teknolojik ve kültürel gelişmenin dolayısıyla da ekonomik kamu yararının gerçekleştirilmesi için yapılan bir müdahale olduğunu kabul etmek gerekmektedir çünkü fikrî mülkiyet haklarının ihdası ekonomik düzenin bir tercihidir.⁷⁹ Fikrî mülkiyet haklarının hangileri olduğu, koruma süreleri ve şartları ülkeden ülkeye değişmektedir. Fikri mülkiyet sistemi oluşturma konusunda gelişmiş ülkelerin gelişmekte olan ülkeler üzerinde DTÖ çerçevesinde ticari yaptırımlar yoluyla uyguladıkları yoğun bir baskı söz konusudur. Fikri mülkiyete ilişkin asgari standartları oluşturan ve DTÖ'yü kuran antlaşmanın bir eki olan TRIPS bu ülkeler arasındaki çetin müzakerelerin bir mahsulüdür.⁸⁰

Kurum, fikri mülkiyet haklarına ilişkin faaliyetlerini yürütürken düzenleyici işlemler yapmaktadır. Düzenleme yapma regülasyon faaliyeti çerçevesinde idareye verilen yetkilerden biridir. Sınai mülkiyet hakkı sahibi olabilmek için kuruma tescil başvurusunda bulunmak gerekmektedir. Bu başvuru kabul edilirse hak sahibine bir tescil belgesi verilmektedir. Burada Kuruma yapılan bir başvuru ve şartlar sağlanıyorsa verilen bir belge söz konusudur. Bu, regülasyon faaliyeti çerçevesinde idarenin sahip olduğu yetkilerden biridir. Regülasyon faaliyeti düzenleyici işlemler yanında ruhsat (izin, lisans) verme gibi birel (bireysel) işlemler yapmayı dakapsamaktadır.⁸¹ Kurum, sınai mülkiyet haklarının regülasyonu çerçevesinde düzenlemeler (düzenleyici işlemler, ikincil mevzuat) yapmakta (örneğin çalışan buluşlarına ve patent-marka vekillerine ilişkin yönetmelik çalışmaları), bu düzenlemelere dayalı birel işlemler gerçekleştirmektedir (her ne

79 HİRŞ, s. 55

80 GOLDSTEIN Paul, *International Intellectual Property Law: Cases and Materials*, Foundation Press, New York, 2001, S. 64

81 ÖZAY, Günışığında, s. 386



kadar idari yargıdan istisna tutulsa da kurumun tescil başvurusunu red veya kabul eden kararı idare hukuku açısından bir birel işlemdir).

Regülasyon faaliyetinin diğer ayırıcı özellikleri ise regülasyon kurumunun arabuluculuk, yönlendirme, danışmanlık yapması ve görüş bildirme faaliyetlerinde bulunmasıdır. Yukarıda kurumun görevleri bahsinde belirtildiği üzere; Kurum, zorunlu lisanslar ile ilgili (SMK tarafından kaldırılmış olsa da) ve tescil taleplerine yapılan itirazların çözülmesi ile ilgili arabuluculuk faaliyetlerinde bulunma yetkisine sahiptir. Kurum, özellikle SMK ile yeni kurulan Yenilik ve Tanıtım Dairesi Başkanlığı, Fikri Mülkiyet Akademisi ve Sınai Mülkiyet Hakları Eğitim Merkezi gibi birimler aracılığıyla özellikle teknoloji transferi ve sınai mülkiyetin ticarileştirilmesi ile ilgili yönlendirme faaliyetinde bulunmaktadır. Ayrıca mahkemelere sınai mülkiyet hakları ile ilgili bilirkişilik yapmaktadır. Bunların yanında Kurum, kamuya sınai mülkiyet hakları ile ilgili eğitim ve danışmanlık hizmetleri vermektedir. Regülasyon faaliyetinin diğer özellikleri de kurumun faaliyeti ile örtüşmektedir. Bu durumda Kurumun gerçekleştirdiği faaliyetin regülasyon faaliyeti olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bir kamu kurumu olarak Kurumun SMK kapsamında tek taraflı ve kamu gücüne dayalı olarak gerçekleştirdiği işlemler bir idari işlem olmasına rağmen kanun koyucu bu işlemlerin yargısal denetimi görevini adli yargıya vermiştir. Fikri mülkiyet hukukunun karma niteliği (özel hukukla olan bağlantısı) ve yargısal denetim görevinin ihtisas mahkemelerine verilmiş olması dikkate alındığında bunda kamu yararı bulunduğu sonucuna ulaşılabilir.



KAYNAKLAR

AKGÜNER Tayfun, **Meslek Kuruluşları ve Ekonomik Kamu Düzeni, Legal Hukuk Dergisi**, Özel Sayı Aralık 2014, 1. Cilt , 265-281.

AKILLIOĞLU Tekin, “**Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler**”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)**, 9(1-3), 2011, 11-22.

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2016.

AYITER Nuşin, İhtira hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.

BERKARDA Kemal, “**Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?**”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)** (Prof. Dr. Pertev Bilgen’e Armağan), Cilt 13, Sayı: 1-3, İstanbul, 2000.

CANDAN Turgut, Açıklama İdari Yargılama Usulü Kanunu, PwC Türkiye, İstanbul, 2015.

CASSESE Sabino, et al., **Global Administrative Law: The Casebook**, IRPA-IILJ, 2012.

CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (ed.), **Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison**, Springer Science & Business Media, 2011.

CHİTİ Edoardo; “Where does GAL find its legal grounding?”, **International Journal of Constitutional Law**, Volume 13, Issue 2, 1 April 2015, Pages 486–491.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

ÇAKMAK Münci, “**Global İdare Hukuku Tartışmaları**”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XVI, Yıl 2012, Sayı. 3.

ÇAKMAK, Zeynep, **Bağımsız idari otorite olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı Doktora Tezi.

DUKES, Maurice Nelson Graham, **The Law and Ethics of the Pharmaceutical Industry**, Elsevier, 2005.

DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

DÜĞER Sırrı, **Non-patent Protection of Pharmaceuticals in Turkey**, Shaker Verlag, 2012.



ERKUT Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990.

GOLDSTEIN Paul, **International Intellectual Property Law: Cases and Materials**, Foundation Press, New York, 2001.

GÖZLER Kemal, KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, Bursa, 2016.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetmelik Yargısı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.

GÜLAN, Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, 9.1-3 (1988): 147-159.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 535-537.

GÜNEŞ İlhami, “**Sınai Mülkiyet Kanununda Zorunlu Lisans**”, FMR, Yıl: 18 Cilt: 19 Sayı: 2017/1 2016/2, 47-57.

HİRŞ Ernst, **Fikrî ve Sınai Haklar**, Ar Basımevi, Ankara, 1948.

KAPLAN Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin, Bursa, 2016, s. 190-191.

ORTAN Ali Necip, **Avrupa Patent Sistemi: Avrupa Patenti Antlaşması (Münih Antlaşması)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991.

ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim (Günışığında)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma (Yargısal Korunma)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

ÖZKAN Ahmet Fatih, “**Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti**”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl, 67: 75-84.

ÖZTÜRK Burak, Hak **Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

SANCAKDAR Oğuz, İdare Hukuku: Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

SARICA, Ragıp, İdari Kaza Cilt I İdari Davalar, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.



STRAUSS Peter L., **Administrative Justice in the United States**, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2002.

ŞAHİN Cenk, **Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

TAN Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri (Ekonomik Kamu)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

TAN Turgut, **İdare Hukuku: İdarenin Kuruluşu, Faaliyet Türleri, İşlemleri, Sorumluluğu, Kamu Görevlileri, Kamu Malları, Yargısal Denetim (İdare Hukuku)**, Turhan Kitabevi, 2014.

TEKİNALP Ünal, **Fikrî Mülkiyet Hukuku**, Beta, İstanbul, 2012.

ULUSOY Ali D., **T.C. İdari Teşkilatı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ders Notu (2/B) [Ders Notu], <http://www.law.ankara.edu.tr/e-pano/> (E.T. 30.10.2017).

ULUSOY Ali D., **Türk İdare Hukuku Cilt I (İdare Hukuku)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

ULUSOY Ali, **Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.

UYANIK Halit, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2013.

YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta, İstanbul, 2010.

YILDIRIM Turan et al, **İdare Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

YÜKSEL Ali Sait, **Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku**, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1989.

TAŞINMAZIN AYNINA İLİŞKİN İLAMIN MEVZUUNU OLUŞTURAN TAŞINMAZ MÜLKİYET HAKKINA VAZİYET EDEN TAKYİDATLARA ETKİSİ

*(The Effect On Repatriation Of Immovable Property Right That Constitutes The
Issue Of Illegal Property)*

Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ*

ÖZ

Bir davanın neticesinin kesinleşmesi ile gerçekleşen kesin hüküm otoritesi, böylece edildiği adli hakikat vasfına binaen mevzusunda lehtarına tam bir hukuki koruma sağlamayı amaç edinir. Özellikle tapu iptali ve tescili davasının kabulü bağlamında ifade etmek gerekirse oluşan kesin hükmün, taşınmaz üzerinde ilam lehtarına mülkiyet hakkının tanıdığı tüm yetkileri en geniş anlamda bahşetmesi asıldır. Oysa bazı durumlarda ilamın konusunu oluşturan taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden şahsi haklar, taşınmaza yük teşkil edeceği gibi, mevcut aynî kayıtlar da mülkiyet hakkının kullanılmasını sınırlandırabilecektir. Her ne kadar aynî haklar, şahsi hakka üstün gelecek ise de, tapu iptali ve tescil davası hukuki neticeleri itibarıyla aynî bir dava mahiyetini haiz olmakla beraber, davaya vücut veren hukuki ilişkinin şahsi ya da aynî nitelikte olması; kesin hüküm karşısında, yani kesin hükmün oluşumuna dayanak hukuki ilişkinin mahiyetine göre taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden diğer kayıtların mukadderatını farklılaştıracaktır.

Anahtar Kelimeler: Tapu İptali ve Tescil, Şahsi Hak, Aynî Hak, Takyidat

ABSTRACT

The ultimate ruling authority for the finalization of the cause of a case aims at providing full legal protection for the beneficiary, in accordance with the nature of the judicial truth that he has obtained. Especially in the context of the cancellation of the title deed and the registration of the case, it is essential that all the authorities granted by the property right of beneficiaries on the immovable property are granted in the broadest sense. However, in some cases, the personal rights that constitute

* Büyükçekmece İcra Hâkimi



immovable property may constitute a burden of immovable property, and the existing same records may restrict the use of the property right. Although the same rights would prevail over the personal right, the legal title of the cancellation and registration of the case is of the same nature as the legal consequences, but the legal relationship involving the case is of a personal or peculiar nature; Against the final judgment, that is to say, the destruction of other records which are not immovable according to the nature of the legal relationship based on the formation of the final judgment.

Keywords: Title deed and registration, Personal Right, Real Right, Restriction

GİRİŞ

Bir yargılamada tarafların yegâne amacı kesin hüküm elde etmek olmasa da, kesin hüküm, içtimaî hayatta, kişiler arasındaki uyuşmazlıkların, kat'î (kesin) ve ilânihaye çözüme kavuşturularak hukukî istikrar ve sosyal barışın tesisini amaçlayan bir müessesedir. Tüm modern hukuk devletlerinde kesin hüküm, hukuk literatürünün vazgeçilmez bir enstrümanıdır. Aksi hâlde, ihkakı hak arayışları hukukî istikrarsızlığa ve kargaşaya yol açacaktır. Bilakis, ihkakı hak yasağı sebebiyle, hakkın temin ve teslimi devlet tarafından teşkilatlandırılmış bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından sağlanacaktır. Bu sebeple, bir uyuşmazlık ya da çekişme nihayete erdiğinde, hukukî korunma talebi, kesin hukukî himaye olarak tecelli edecektir. İşte kesin hüküm, bu nitelik ve fonksiyonundan dolayı tüm yargı yollarında geçerli ve etkin bir hukukî kavram olarak karşımıza çıkacaktır. Kesin hüküm niteliği itibariyle mutlak bir adli hakikati temsil eder. Dolayısıyla kesin hüküm zırhına bürünen bir dava konusu, kural olarak yeniden dava edilmekten varestedir. Kesin hüküm kavramının kamu düzeninden olması ve tarafların arzu ve inisiyatifine bağlı olmaması, kesin hükmün zorunlu ve karakteristik unsurlarıdır. İkame edilen davanın neticelenmemesi, ya da neticelenmesine rağmen tekrar rüyet ve mesmuunun caiz ve şayan görülmesi yahut kesin hükmün bahşettiği hakların her daim kaybedileceği korku ve endişesi, hiç kimsenin bahşedilen haklardan emin olmaması, kişilerin hukukî teminat ve barışını sağlayamayacağı gibi toplumun huzur ve sükûnu demek olan düzen ihtiyacını da örseleyecektir. Bu sebeple hukuk yargılamasında kişilerin şahsî ve aynî haklarını teminat altına almak, mahkeme kararlarına hürmet ve riayeti sağlamak, teminat altına alınan hakların hukukî istikrara kavuşturulması için kesin hüküm kurumuna ihtiyaç vardır. Bundan dolayıdır ki; kesin hüküm, mutlak, bağlayıcı ve kamu gücü otoritesini haiz,



kanunî hakikati temsil eden bir hukukî kimliktir. Bu kimlik marifetiyle, taraflar arasındaki çekişmeli hadise ya da vakianın, bir daha mesele ve dava mevzuu olmayacak şekilde, bütün istikbal için sona ermesini tazammundur. Aksi hâlde yani, davaların tevali etmesi durumunda, kamu düzeni ile toplumun huzur ve güvenliği tehlike ve karışıklığa maruz kalacaktır. Çalışmamızın başlığından da anlaşılacağı üzere etüdümüzün ana paydası, kesin hüküm mevzuunun taşınmaz mülkiyetine ilişkin tapu iptali ve tescil davası olduğu hâllerde, aynı taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden diğer şahsi ve aynî hakların kesin hüküm otoritesi karşısındaki mukadderatı ve hukuki durumuna mebni ve mahsus olmakla birlikte, konunun iyi anlaşılması ve mukayesesi noktasında, yeri geldikçe şahsi nitelikteki davalar ile öğretici görüşleri ve Yargıtay** kararları ışığında uygulamada karşılaşılan uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlamak arzusuyla muktezayı hâl nispetince değinilecektir.

I. KESİN HÜKÜM KAVRAMI VE AMACI

Kesin hüküm; ihtilafın tevlit ettiği muhakemeyi mucip iddia mevzuu bir talebin, himayeye şayan menfaat itibariyle hak olarak, hukukî varlık kazanmış hâlidir. Zira mahkemeye taşınan hak, yargılama tasarrufu sonrasında oluşan hükmün deraceaten olağan yasa yollarından ya da süreçlerinden geçmesinden sonra kesin hüküm hâlini alacaktır. Bir diğer ifade ile bir yargılama tasarrufu olan mahkeme hükmü, yasalarla belirlenmiş itiraz ve kanun yolları denetimden geçtikten ya da itiraz ve kanun yollarına ilişkin süreler hitama erdikten sonra kesinleşerek değişmez mutlak bir kanunî hakikat niteliği kazanır¹. İhtilafı ya da nizalı hadisenin yargılama sonrasında hukukî himayeye mazhar olarak değişmez ve gerçek

** Yargıtay Kararları Doğrudan Uyap Üzerinden ve Özel Arşivden Temin Edilmiştir.

1 “Bilindiği üzere; maddi anlamda kesin hüküm, yargısal (kazai) kararlara tanınan yasal gerçeklik (hakikat) vasfıdır. Bu vasıf yargısal (kazai) kararların gerçeğe (hakikata) uygun olarak verildiğinin kabul edilmesini zorunlu kılar. Kesin hüküm kuralı, haklı ve adil kararların korunması yanında, kişiler arasındaki çekişmelerin sonsuza dek devam etmesini önlemek, toplumun istikrar ve düzenini sağlamak, hukukun ve yargının güvenilirliğini korumak amacıyla da kabul edilmiştir. Bütün yasal yollar kapandıktan ve verilen hüküm kesinleştikten sonra, aynı davanın tekrar yargı önüne getirilmesi, toplumda sonu gelmeyen çekişmelere, huzursuzluklara, istikrarsızlıklara, kazanılmış hakların her zaman ortadan kaldırılabilceği endişesine neden olur. Çelişkili kararların çıkmasına sebebiyet verir. Bu itibarla, tarafları, mevzuu ve sebebi aynı olan Devletin iştiraki, hâkimin tarafsız araştırması ve iradesi ile kurulan, tüm yasal yollardan geçmek suretiyle; diğer bir anlatımla şekli yönüyle de kesinleşen önceki hükmün korunmasında kamunun büyük yararı bulunmaktadır. Hukukumuzda kamu düzeninden sayılan ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 237. maddesinde düzenlenen kesin hüküm tarafların anlaşmaları ile ortadan kaldırılamadığı gibi, mahkemece kendiliğinden (resen) göz önünde tutulur. Düzenlediği hak ve çıkar ilişkileri yönünden yasal gerçeklik (hakikat) sayıldığından taraflarını bağlar.” (1. HD 26.10.2009, 8131/10777).



bir hakikat vasfı kazanması, hukukî barış ve istikrarın sağlanmasının zorunlu sonucu olan kesin hüküm kurumunun varlığı marifetiyle kaimdir. Kamu düzeniyle olan doğrudan ve yakın ilişkisi bu fonksiyonlarından ötürüdür². Bundan dolayı kesin hüküm, hukukî bir kimliktir. Öyle ki; bu kimlik, mutlak, bağlayıcı ve kamu gücü otoritesini haizdir. Bu kimlik adlı ya da kanunî hakikati temsil eder³ ve bu vasıf kanun tarafından bahşedilmiş kanunî sıfat ve kudrettir⁴. Kanunî hakikat, hakikatin de kendisidir⁵. Ancak kanunî hakikat; bilginin, gerçekliğe tekabüliyeti ve bu uğurda kesinliğine dair felsefenin, matematiksel kesinliği ifade eden episteme ile kanıya dayalı yanılma ihtimaliyle malul doksa ayırımından hareketle, mutlak gerçek olmayıp yargılama sonunda hâkimin ikna olduğu gerçektir⁶. Kesin hükmün alanı, temel olarak yargı hükümleridir⁷. Kesin hüküm, muhtevasında iki vasfı barındırır. Bunlardan ilki dava sonunda verilen hükümle tarafların haklarının inkar, inkıtaa ya da akamete maruz bırakılıp bırakılmadığının tespiti ki, kazai bir tasarruf sonucu husule geldiği için mutlak bir etkiyi haizdir⁸. İkincisi ise, hükmün bağlayıcılığı ve infaz etkisinin sınırlarıdır. İşte ikinci vasfı, kesin hükmün konusunu oluşturan davanın niteliği ve istihdaf ettiği gayeye göre mutlak mı yoksa nispi bir etkiyi mi haiz olduğunu gösterecektir. İkinci vasfı, bu anlamda kesin hükmün ilke olarak nispi olduğunu ve ancak taraflar için bağlayıcı olduğunun göstergesidir⁹. Zira kesin hüküm, hükmün ihtiva ettiği iddianın halledilmiş olduğunu, tarafların buna bağlı kalacakları ve özellikle hadisenin yeniden tetkikini isteyemeyeceklerini tazammun eder¹⁰. Kaldı ki, davaya yabancı olan üçüncü kişilerin davada hükmedilen şeye uyma zorunlulukları yoktur. Yani, hukuk yargılamasında verilecek hüküm neticesinde, kural olarak davada taraf olmayan kişiye hak bahşedilemeyeceği gibi borç da tahmil edilemez. Bu bağlamda kesin hükmün bahşettiği hak, her türlü müdahaleden masun olmayı zorunlu kılar.

- 2 Tanrıver Süha, **Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, Ankara 1998, s. 36.
- 3 YASAN Candan, **Kesin Hükmün Zaman İtibari İle Etkisi**, DEÜHFD, C. 11, S. 2009, (s. 651–686). s.652.
- 4 DOMANIÇ, HAYRİ, **Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti**, İstanbul 1964, s. 4; Gözler, Kemal, **Res Judicata'nın Türkçesi Üzerine AÜHFD 2007 S.2**, (s. 45–61), s. 47.
- 5 POSTACIOĞLU, İLHAN, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul 1975, s. 677.
- 6 BORAN-GÜNEYSU, NİLÜFER, **Medeni Usul Hukukunda Karar**, Ankara 2014 s. 82.
- 7 ÇENBERCİ, MUSTAFA, **Hukuk Davalarında Kesin Hüküm**, Ankara 1965, s. 27.
- 8 Domaniç, s. 40.
- 9 GÖZLER, KEMAL, **Res Judicata'nın Türkçesi Üzerine AÜHFD 2007 S.2**, (s. 45–61), s. 48. "Hukuk davalarında mahkemenin hükmettiği şeye sadece davanın tarafları uymak zorundadır."
- 10 BİLGE, NECİP, **Borçlu Hakkındaki Kesin Hükmün Kefile Tesiri**, AD 1954/5, (s. 592–602), s. 596.



Kesin hüküm, yukarıda zikredildiği üzere, kamu otoritesini haiz ise de, genel bir kanun normu değil, yargılama tasarrufunun husule getirdiği somut ve muayyen vakıa, hadise ve kişilere mahsus bir durumdur¹¹. Hakikatte bu nitelik, hukuk yargılamasının objektif hukuku koruma ve gerçekleştirme amacının bir sonucudur¹². Kesin hüküm kavramı kesindir ve gerçek bir hükümdür¹³. Kesin hüküm kavramı, bütün hukuk dallarında geçerli bir kurum niteliği bulunduğu içindir ki yasama ve yürütme organları ile idare ve mahkemeler bu otoriteye uymak zorundadır. Bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez (AY. m 138/4) temel ilkesi de göz önüne alındığında, kesin hüküm müessesesinin, kökeni ve temeli kamu hukukuna dayanır¹⁴. Zira yargılama tasarrufunun kararlarına herkesin uyması mecburidir. Bir diğer ifade ile kesin hükme saygı ve riayet mecburiyeti, yalnız idare eden ve edilenleri değil, kanun koyucuyu dahi bağlar¹⁵.

Hukuk yargılamasının amacı; objektif hukukun tatbiki, subjektif hakkın himayesi, hukukî korunmanın haklı görüldüğü hâllerde hakların güvence altına alınması, hukukî barış ve istikrarın korunmasının yanında kesin hükme ulaşma gayesi ve isteğidir. Bundan dolayıdır ki, hukuk yargılamasının nihai amacı maddî gerçeğe ulaşmak¹⁶, yani gerçeğin bizatihi kendisini tespit ve tevsik etmektir. Buna karşın, hukuk yargılamasında maddî gerçek, her türlü şüpheden arınmış bir gerçek değil, geçmişte yaşanan hayat olaylarından, taraflarca mahkemeye getirilmiş olanlarının, kanunî delil sistemine göre tezahür edip kararda somutlaşanıdır. Bu sebeple, mahkeme hükmünü mutlak gerçek olarak kabul etmek mümkün değildir¹⁷. Dolayısıyla yargılama sonunda ulaşılan nihai hüküm, yani çözüm, maddî manada kesin hüküm kapsamındaki adli ya da kanunî gerçektir¹⁸.

Somut bir davada hâkim, yargılamayı bitirip nihai hükmünü tefhim etmekle, uyuşmazlık halledilmiş ve mahkeme işten el çekmiş sayılır.

-
- 11 ONAR, SİDDİK SAMİ, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul 1966, C. 1. s. 404.
 12 ÜSTÜNDAĞ, **Medeni Yargılama Hukuku**, İstanbul 2000 s. 15; Alangoya Yavuz/YıldırımM. Kamil/Deren-Yıldırım Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul 2009. , s. 27.
 13 Onar, C.3. s. 1995.
 14 Onar, C. 3. s. 1786.
 15 EREM, Faruk, **Ceza Usulünde Kesin Hüküm**, AÜHFED, 1963/1-4, (s.37-52). s. 38.
 16 EJDER Yılmaz, **Usul Ekonomisi**, AÜHFED, 2008, C.57, S.1. (s. 243-274) s. 249; Boran-Güneysu, s. 75.
 17 BORAN-GÜNEYSU, s. 78.
 18 BORAN-GÜNEYSU, s. 82.



Sona ermiş bir davada hâkimin tekrar yargılama yapması ve bir karar vermesi kural ve ilke olarak mümkün değildir¹⁹. Böylelikle hem taraflar arasındaki uyuşmazlık çözüme kavuşturulmakta hem de toplum barışı sağlanmaktadır²⁰. Keza verilen karar yanlış, hatalı²¹ ya da eksiklik ile malul olsa bile bu karara, kararı ittihaz eden bağımsız mahkeme dahil hiçbir müdahalede bulunulamaz²². İşte yargı kararlarının bu mutlak ve değişmez niteliğe bürünmesine kesin hüküm denilir²³.

- 19 “Davacı eldeki dava ile davalılar ile yaptığı “Gayrimenkul Gösterme Tutanağı ve Komisyon Sözleşmesi” ile kendi üzerine düşen yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen sözleşmeye konu satışın kendi tellallık hizmeti dışında yapıldığını ileri sürerek 900.000,00TL’nin faizi ile birlikte davalılardan tahsilini talep etmiş olup mahkemece, davacı tarafın davadan feragat dilekçesi üzerine ek karar ile feragat kesin hüküm gibi sonuç doğurduğundan bahisle karar ittihazına yer olmadığına karar verilmiştir. Mahkemece 10.06.2014 tarihinde davanın davalı şirket yönünden kısmen kabulüne karar verilmiş olup, sonrasında davacının verdiği 26.06.2014 tarihli davadan feragat dilekçesi üzerine mahkemece bu kez 27.06.2014 tarihli ek karar ile feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Oysaki mahkeme verdiği ilk karar ile davadan elini çekmiş olup verilen dilekçe üzerine (tavzih talebi dışında) dosyaya müdahalede bulunamaz ve verdiği kararı değiştiremez. Bu yön göz ardı edilerek sonradan verilen davadan feragat dilekçesi kapsamında ek karar ile yeni bir karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” (13. HD 17.03.2015, 4883/8543).
- 20 Metin Tuluay, Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi, DÜHFD, 1983, S. 1, s. 130.
- 21 Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, s. 5. “Zira doğru olmayan bir kararın verme endişesi, hukuk güvenliğinin ve barışın sağlanmasından daha ağır basamaz.”
- 22 Hayri Domaniç, Hukukta Kazıyye Muhkeme ve Nisbi Kuvveti, İstanbul 1964, s. 36; “HUMK. nun 455.maddesinde (6100 Sayılı HMK.nun 305. maddesi) “Hüküm müphem ve gayri vazih olur veya mütenakız fıkraları ihtiva ederse, icrasına kadar her biri ilamın tavzihini ve tenakızın refini isteyebilir” hükmü yer almaktadır. Yasa maddesinde öngörüldüğü üzere, açık olmayan veya çelişkili fıkraları kapsayan hükümlerin tavzihi istenebilir. Hâkim verdiği hüküm ile bağlıdır. Hâkimin, sonradan hükmün yanlış olduğu veya kararda eksik hususlar bulunduğu kanaatine ulaşsa bile hüküm temyiz edilip bozulmadıkça veya yargılamanın iadesine karar verilmedikçe verdiği kararı değiştiremeyeceği gibi, unutulan bir husus hakkında karara sonradan ekleme yapması veya bu konuda ek bir karar vermesi mümkün değildir. Somut olayda, hâkim re’sen unutulmuş bir hususta asıl hüküm değiştirecek ve kesin hükmün sonucunu ortadan kaldıracak şekilde karar veremez. Zira kesin hüküm; kararı veren mahkeme de dahil diğer tüm mahkemeleri bağlar.” (12. HD 28.06.2012, 7933/23023).
- 23 “Bilindiği üzere; maddi anlamda kesin hüküm, yargısal (kazai) kararlara tanınan yasal gerçeklik (hakikat) vasfıdır. Bu vasıf yargısal (kazai) kararların gerçeğe (hakikata) uygun olarak verildiğinin kabul edilmesinin zorunlu kılar. Kesin hüküm kuralı, haklı ve adil kararların korunması yanında, kişiler arasındaki çekişmelerin sonsuza dek devam etmesini önlemek, toplumun istikrar ve düzenini sağlamak, hukukun ve yargının güvenilirliğini korumak amacıyla da kabul edilmiştir. Bütün yasal yollar kapandıktan ve verilen hüküm kesinleştikten sonra, aynı davanın tekrar yargı önüne getirilmesi, toplumda sonu gelmeyen çekişmelere, huzursuzluklara, istikrarsızlıklara, kazanılmış hakların her zaman ortadan kaldırılabilceği endişesine neden olur. Çelişkili kararların çıkmasına sebebiyet verir. Bu itibarla, tarafları, mevzuu ve sebebi aynı olan Devletin iştiraki, hâkimin tarafsız araştırması ve iradesi ile kurulan, tüm yasal yollardan geçmek suretiyle; diğer bir anlatımla şekli yönüyle de kesinleşen önceki hükmün korunmasında kamunun büyük yararı bulunmaktadır. Hukukumuzda kamu düzeninden sayılan ve 6100 Sayılı HMK 303 maddesinde düzenlenen kesin hüküm tarafların anlaşmaları ile ortadan kaldırılamadığı gibi, mahkemece kendiliğinden (resen) gözönünde tutulur. Düzenlediği hak ve çıkar ilişkileri yönünden



II. TAKYİDATLARIN NİTELİĞİ VE SINIRI

Mülkiyet hakkı, eşya üzerinde en geniş ve mutlak yetki sağlayan bir nüfuzu haizdir²⁴. Bu mutlak ve asli yetkinin, aynı bir başka hak ya da geçici hukuki himaye sağlayan bir tedbir kararı yahut bir başka şahsi veya aynı nitelikte bir mahkeme kararı ile sınırlanması mümkündür. Kesin hükmün konusunu da oluşturan ilamın bahsettiği taşınmaz mülkiyet hakkı; kesin ya da ihtiyati haciz kararı, şahsi hak şerhleri, ipotek, irtifak hakları ile ihtiyati tedbir kararı veya aynı taşınmaza ilişkin bir başka mahkeme ilamı ile sınırlanıp²⁵, kesin hüküm otoritesinin akamete uğratılması ve işlevsiz bırakılabilmesi mümkündür. Aşağıda alt başlıklar altında bu hususlar incelenecektir.

A. İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı

Uyuşmazlıkların çözümü için dava yolu tercih edildiğinde bu davanın belli bir zaman alacağı hatta bu sürecin makul süreyi de aşığı tecrübe edilmektedir. İşte bu süreçte dava konusu hakkın elde edilmesini ortadan kaldıracak bir takım riskler söz konusu olabilir. Bu bağlamda yargılama

yasal gerçeklik (hakikat) sayıldığından taraflarını bağlar. Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemede; (Yargıtay'da) davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, davayı kesin hükümden (dava şartı yokluğundan) reddetmesi gerekir. Yine kesin hüküm itirazı mahkemede ileri sürülmemiş olsa dahi, ilk defa Yargıtay'da (temyiz veya karar düzeltme aşamasında) da, dahası bozmadan sonrada ileri sürülebilir. Bu bakımdan usulü kazanılmış hakkın istisnasıdır ve tarafların iradesine de bağlı olmayan mutlak bir etkiye sahiptir. O nedenle kesin hükmün varlığı, yargılamanın bir kesiminde nazara alınmamış olması diğer bir kesiminde ele alınmasını engellemez. Bir kararın kesin hüküm haline alabilmesi için uyumsuzluğun esastan ret veya kabul ile sonuçlanması gerekir." (9. HD 06.11.2012, 32418/36464).

24 OĞUZMAN/BARLAS, s. 139.

25 "Bir taşınmaz üzerindeki kat irtifakının hükmen tapudan terkinine karar verilmesi halinde kat irtifaklı bağımsız bölümler üzerinde ipotek veya haciz şerhleri mevcut olduğu takdirde söz konusu haciz veya ipotek şerhlerinin de ana taşınmaza yansıtılması gerekir. Yargıtay 18.Hukuk Dairesinin kararları da bu yöndedir (Y.18.H.D. 02.03.2006 günlü ve 2006/ 694-1654 sayılı kararı). Dosya içerisinde bulunan tapu kayıtlarının incelenmesi sonucunda "cinsi: orman (1970 parselin üst hakkı)" vasıflı 110.622 m2 yüzölçümündeki Taşınmazda Favori Dinlenme Yerleri A.Ş. lehine 49 yıl süreyle 134.000 m2'lik kısım üzerine 20.11.1995 tarihinde 1 ila 10 numaralı bağımsız bölümler şeklinde kat irtifakı tesis edilerek bunlardan 1 ila 7 numaralı bağımsız bölümler üzerine 27.11.1995 tarihinde davalı Türkiye Halk Bankası lehine Favori Dinlenme Yerleri A.Ş. hissesine ipotek tesis edildiği, sonraki tarihlerde ilave ipotekler kurulduğu, ancak Hazine tarafından 2001/507 esas sayılı dosyada açılan dava sonucunda 21.10.2003 tarihli kararla 128 ada 1 parsel sayılı taşınmazda kurulan kat irtifakının iptaline karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi üzerine Kemer Tapu Sicil Müdürlüğünün 03.01.2006 tarihli ve 20 sayılı yazıları ekinde gönderilen tapu kayıtlarından anlaşılacağı üzere davanın konusunu oluşturan bağımsız bölümlere ilişkin kat irtifakının iptali nedeniyle ipoteğin ana taşınmaza yani "cinsi: orman (1970 parselin üst hakkı)" vasıflı taşınmaza aktarıldığı (yansıtıldığı) anlaşılmaktadır. Yukarıda saptanan durum karşısında davanın reddi yerindedir." (14. HD 16.04.2010, 2009/9294, 2010/4514).



hukukunda kesin hukuki himaye sonucunun sağlanmasına kadar yargılama öncesinde veya sonrasında meydana gelebilecek tehlikelerden ve sakıncalardan davalı veya davacıyı hatta üçüncü kişiyi korumak için yargı organlarınınca verilen geniş veya dar kapsamlı geçici hukuki himaye tedbirleri öngörülmüştür²⁶. Geçici hukuki koruma ile ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Geçici hukuki koruma daha genel ve üst kavram olarak kabul edilirken, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kavramları geçici hukuki korumanın birer türü olarak kabul edilmelidir. İhtiyati tedbir, geçici hukuki korumaların düzenleme altına alındığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 389 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş iken, ihtiyati haciz, İcra ve İflas Kanunu 257 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389. ve devamı maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir kurumu da geçici hukuki himaye tedbirlerinden birisi ve en sık başvurulanıdır. Taşınmaz mülkiyetinin çekişmeli olduğu hâllerde tasarruf yetkisini kısıtlayacak nitelikte verilen ihtiyati tedbir kararı, Türk Medeni Kanunu'nun 1010/I-1 maddesi gereğince tapu kütüğüne şerh edilebilecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389. maddesine göre "Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir verilebileceği" düzenlemesi mevcuttur. İhtiyati tedbir kararı, rızai devir ve temliklere etkili olup²⁷, cebri icra ve satımlara engel değildir²⁸. İhtiyati haciz kararı ise, şahsi nitelikteki alacağın tahsiline matuf bir özelliği haiz olup, konusunu, alacaklının para alacağının garanti altına alınması teşkil eder²⁹. İhtiyati tedbir kararı, malvarlığının cebri icra ile satışına engel değil

26 Yılmaz Ejder, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, C.I, Ankara 2001, s. 32; Arslan Ramazan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusuna Getirdiği Yenilikler, **Bankacılar Dergisi Özel Sayı**, Ocak 2013, (s. 7- 27), s. 7, 10.

27 "Tedbir kararı, taşınmazın üçüncü kişilere rızaen devir ve temlikinin önlenmesine yöneliktir. Karar, cebri icra yolu ile satışı engelleyecek ve icra dosyasındaki takibi durduracak nitelikte değildir." (12. HD 28.11.2016, 5706/24431).

28 "Şikâyetçinin borçlu adına açtığı tescil davası sırasında verilen tedbir kararı tapuda rıza-ı satırları önleyici mahiyette olup taşınmaz üzerine haciz konulmasına engel teşkil etmez. Kaldı ki, tescil davası sonucunda taşınmazın üzerindeki bütün takyidatları ile birlikte tesciline karar verildiğinden ilamdaki bu hüküm mahkeme kararı ile kaldırılmadığı sürece haciz işlemi şikâyetçi içerisinde geçerli olup, merci hâkiminin sözü edilen karara müdahale ederek haczin kaldırılması sonucunu doğuracak biçimde karar vermesi de yerinde değildir." (HGK, 13.06.2001, 12- 461/516).

29 YILMAZ, C. I, s. 177.

ise de, dava konusunun, dava dışı cebri icra satışı ile konusuz kalacağı durumlarda mahkeme eldeki davanın kesinleşmesine kadar satışın durdurulmasına karar verebilecektir. Zira ihtiyati tedbirde teminat altına alınan şey, dava konusunun bizatihi kendisidir³⁰. Kaldı ki dava konusuna ilişkin tedbir kararı ya da davalıdır şerhi de üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarına engel olacaktır³¹. Zira tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilecektir (MK. m. 1010/son)³². İhtiyati tedbir kararı, geçici hukukî himaye sağlamakla beraber, kesin hükümden beklenen amacın tesisi noktasında önemli işlevi haizdir³³. Bir diğer ifade ile davanın ikamesi

30 YILMAZ, C. I, s. 177.

31 “Yargılama konusu yapılmış ve sonucunda mülkiyet aktarımına karar verilmesi muhtemel taşınmazlar hakkında verilen ihtiyati tedbir kararları bu kararların tapu siciline işlendiği tarihten itibaren üçüncü kişiler için de alenilik oluşturur ve artık kayda verilen şerhten itibaren mülkiyet aktarımına engel teşkil ettikleri gibi, kayıt maliki borcundan ötürü ihtiyati haciz ya da icra-i haciz alacaklıları içinde hüküm ifade ederler. Somut olayda da; davacının açtığı şufa davası nedeniyle taşınmaz kaydının 07.02.2010 tarihinde ihtiyati tedbir şerhi işlenmiştir. Haciz şerhi ise 02.03.2010 tarihinde tapu siciline kaydedilmiştir. Bu durumda davacı ihtiyati tedbir şerhinin korumasından yararlanacağı kuşkusuzdur. Mahkemece haciz şerhinin ihtiyati tedbir şerhinden sonra kayda işlenmesinden sonra davanın kabulüne karar verilmesi yerine yazılı nedenlerle reddedilmesi doğru görülmemiş ise de verilen karar sonuç itibarıyla doğru olduğundan davalının temyiz itirazlarının reddi ile HUMK’nun 438/son maddesi gereğince hükmün gerekçesinin değiştirilerek ve düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.” (14. HD 13.02.2012, 324/1792); Kurt, s. 45 dp. 183.

32 “Yargılama konusu yapılmış ve sonucunda mülkiyet aktarımına karar verilmesi muhtemel taşınmazlar hakkında verilen ihtiyati tedbir kararları bu kararların tapu siciline işlendiği tarihten itibaren üçüncü kişiler için de alenilik oluşturur ve artık kayda verilen şerhten itibaren mülkiyet aktarımına engel teşkil ettikleri gibi, kayıt maliki borcundan ötürü ihtiyati haciz ya da icra-i haciz alacaklıları içinde hüküm ifade ederler. Somut olaya döndüğümüzde, davalı belediye başkanının haczinin ihtiyati tedbir kararından sonra kayda işlenmesi karşısında mahkemece belediye aleyhine açılan davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçelerle ret kararı verilmesi doğru görülmemiştir.” (14. HD 09.12.2011, 12827/15216).

33 “Bilindiği ve öğretide de kabul edildiği üzere ihtiyati tedbir “...kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır.” şeklinde tarif edilmiştir. (Medeni Usul Hukuku 12.Baskı Sh.714-Prof. Dr. Hakan Pekcantez, Prof. Dr. Oğuz Atalay, Prof. Dr. Muhammet Özkes) Anılan tarihten de anlaşılacağı üzere ihtiyati tedbir diğer fonksiyonları yanında davanın devamı sırasında ve verilecek hükmün kesinleşmesine kadar olan süreç içerisinde dava konusu şey üzerinde yeni bir takım ihtilafların çıkmasını da önleyici niteliği itibarıyla geçici bir hukuki korumadır. Nitekim 6100 sayılı HMK’nun onuncu kısmının birinci bölümünde düzenlenen ihtiyati tedbir maddesi 389.madde başlığında “geçici hukuki korumalar” olarak vasıflandırılmış ve aynı maddenin birinci fıkrasında “mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından yada tamamen imkansız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyumsuzluk konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir” şeklinde şartları belirtildikten sonra takip eden maddelerde bu konudaki talep verilecek karar ve içereceği hususlar, teminat, kararın uygulanması gibi sair hususlar da duraksamaya yer bırakmayacak şekilde takip edilmesi ve yapılması gerekli usul ve prosedür vazedilmiştir. Diğer taraftan, ihtiyati tedbir isteğinin kabul



ile sonuçlanmasına kadar geçen süre içinde dava edilen hakkın temin ve teslimi noktasında koruyucu bir fonksiyonu haizdir³⁴. Nitekim geçici hukukî koruma fonksiyonları marifetiyle dava ve talep konusunun karar ve icra aşamasına kadar güvence altına alınmasına yardımcı olurlar³⁵. Özellikle aynî davalarda ihtiyatî tedbir kararı, subjektif hakkı ihlal edilen kişiye, dava konusu hakkın teslim ve tesciline imkan sağlamaktadır. Davanın açılması ile hüküm arasında geçen zaman içinde dava konusunun çeşitli şekillerde istenmeyen değişikliklere maruz kalması veya mahkûm bırakılması mümkündür. Bu sebeple, davanın sonunda husule gelen ilamın bahsettiği icra ve infaz etkisi mümkün olmayabilir veya çok güçleşebilir. İşte ortaya çıkan bu tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla ihtiyati tedbir müessesesi kabul edilmiştir³⁶. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun

edilebilmesi bakımından HMK'nun 390/3. maddesi ile ihtiyati tedbir isteyenin haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülüş olup, yasanın hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere yaklaşık ispat durumunda; "... hâkim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte zayıf bir ihtimâl de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimâlini gözardı edemez. Bu sebeplerdir ki, haksız olma ihtimâli de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması ..." hükmüne bağlanmıştır. Somut olaya gelince; davacının yine davalı aleyhine 30.11.2007 tarihinde aynı taşınmazla ilgili olarak Sarıyer 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/463 esasında kayıtlı dava ile muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak ancak taşınmazın 3.kişiye devredilmesi nedeniyle fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak bedel isteğiyle dava açtığı, davalıya ait 1577 sayılı parsel kaydına ihtiyati tedbir konulduğu davacının talebiyle bağlı kalınarak 15.000 liranın davalıdan tahsiline ilişkin olarak verilen kararın Dairenin 2011/14395-1382 sayılı kararı ile onandığı, karar düzeltme aşamasında olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar mahkemece, tedbir isteği, Sarıyer 2.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/463 esas sayılı davasında verilen tedbirin devam ettiği gerekçesiyle reddedilmiş ise de, o kararın kesinleşmesiyle birlikte tedbirin kalkacağı kuşkusuzdur. Bu durumda davacının eldeki davada lehine hüküm alması halinde davalı taşınmazını elden çıkardığı takdirde hükmedilecek bedeli tahsil edememesi ihtimal dahilindedir. Kaldı ki, tedbir isteğinin kabul edilmesi durumunda aleyhine tedbir kararı verilen kişinin bir zararı oluşur ise 6100 sayılı HMK'nun 399. maddesi uyarınca tazminat isteyebileceği de açıktır." (1. HD 27.04.2012, 5543/4817); Pekcanitez Hakan/Özekes Muhammet/Akkan Mine/Taş Korkmaz Hülya, Medeni Usul Hukuku, C. III, İstanbul 2017, s. 2461.

- 34 "İpotek kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacını güden ve bir taşınmaz değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir aynî haktır. İpotek tesisi için rehin edilecek taşınmaz maliki ile alacaklı arasındaki anlaşmanın (rehin sözleşmesi) bulunması ve rehin sözleşmesinin Türk Medeni Kanununun 856. maddesi gereğince tapu siciline tescil edilmesi gerekir. Bu işlem, mülkiyeti aktaran diğer bir anlatımla, devir ve temlik niteliğinde değildir. Tapu kaydındaki ihtiyati tedbir şerhi görülerek tesis edildiğinden de ipotek alacaklısı Türk Medeni Kanununun 1023. maddesindeki korumadan yararlanamayacaktır. Tedbire konu davanın davacısının dava sonuna kadar hakkının korunması ipotek tesisine rağmen tedbir şerhi nedeniyle devam etmektedir. Mahkemece, ilave ipotek tesisine ilişkin tescilin yolsuz tescil niteliğinde kabul edilerek terkinin yazılı nedenlerle doğru değildir." (14. HD 30.04.2009, 2142/5473).
- 35 TUNCER- KAZANCI, İDİL, **Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar**, Legal Mihder 2012/3, C. 8, S. 23, (s. 75-126), s. 77.
- 36 PEKCANITEZ HAKAN/ ATALAY OĞUZ/ ÖZEKES MUHAMMET, **Medeni Usul Hukuku**,



389. maddesinde ihtiyati tedbirin şartları düzenlenmiş olup, söz konusu maddede; meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ya da tamamen imkânsız hâle geleceği veya gecikmesinde sakınca bulunması yahut ciddi bir zararın ortaya çıkacağı endişesi bulunan hâller, genel bir ihtiyatî tedbir sebebi ve şartı olarak kabul edilmiştir. Mahkemece, ihtiyatî tedbir yargılamasının gerektirdiği inceleme ve ispat kuralları dikkate alınarak, yapılan incelemelerden sonra, bu sakınca veya zararı ortadan kaldıracak tedbire karar verilmesi mümkün olacaktır. Örneğin mülkiyete dayalı tapu iptali ve tescil davalarında verilen ihtiyatî tedbir kararı, üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarına engel olacaktır³⁷.

İcra ve İflas Kanunu 257. maddesinde düzenlenen ihtiyati haciz, alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini güvence altına almak için mahkeme kararı ile borçlunun mallarına (önceden) geçici olarak el konulmasıdır. İhtiyati haciz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 406/2. maddesinde geçici hukuki koruma olarak kabul edilmiş, ihtiyati haczin şartları ve etkileri ise İcra ve İflas Kanunu 257. maddesinde düzenlenmiştir. İhtiyati haciz yalnız para (ve teminat) alacakları hakkındaki davalarda (veya icra takiplerinde) söz konusu olduğu hâlde³⁸, ihtiyati tedbir kuralı olarak paradan başka şeyler (haklar, taşınır ve taşınmaz mallar) hakkındaki davalarda gündeme gelecektir. İhtiyati tedbirde çekişmeli ve bu nedenle dava konusu olan şey (mesela, taşınır veya taşınmaz bir mal) hakkında önleyici nitelikte tedbir alınır; buna karşılık ihtiyati hacizde; alacaklıya henüz kesin haciz isteme yetkisinin (m.78/37) gelmediği bir dönemde, alacaklının para alacağının zamanında ödenmesi güvence altına alınır³⁹. İhtiyati hacizde (ihtiyaten) haczedilen

Yetkin Yayınları, 13. Basım, Ankara 2012, s. 873

37 "Mahkemece dava dışı Cahit Değer ile davacı arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak feshine karar verildiği terkin talep edilen haciz şerhinin kişisel hakka dayalı nitelikte olduğu, anılan davanın yargılaması sırasında ihtiyati tedbir şerhi işlendikten sonra kamu borcuna dayalı olarak haciz şerhi tesis edildiği, yolsuz tescil durumunda oluşan şekli kayda dayanarak tesis edilen kişisel hakka dayalı şerhin lehine yolsuz tescil edilerek iptal edilerek kendisine döndürülen aynı hak sahibinin durumunu ağırlaştırmayacağı gözetilmesi gerektiğinden bahisle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde ve değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vergi idaresi vekilinin yerinde görülmemeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanunun uygun bulunan hükmün onanmasına." (17. HD 31.03.2015, 2013/18877, 2015/5196).

38 YILMAZ Ejder, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, C. II, Ankara 2001, s. 1078.

39 "İcra İflas Kanunu'nun 257/1. maddesi gereğince, rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı, borçlunun yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmaz mallarını ve alacaklarıyla diğer haklarını ihtiyaten haczettirebilir. İhtiyati haciz

mallar üzerinde (bu malların borçluya ait olduğu hakkında) bir çekişme yoktur ve bu nedenle bu mallar alacaklının açtığı veya yaptığı (veya açmayı veya yapmayı düşündüğü) bir dava veya icra takibinin konusu değildir. Oysa ihtiyati tedbirde, üzerine ihtiyati tedbir konulan mallar, çekişmeli olup, davacının açmış olduğu veya ilerde açmayı düşündüğü bir davanın konusudur. Taşınmaz mallar üzerine ihtiyati tedbir konulması hâlinde, genellikle taşınmazın başkasına devrinin yasaklanmasına (ferağdan men'ine) da karar verilmesi üzerine ihtiyati tedbir konulan taşınmazın başkasına satılması ve devredilmesi hukuken mümkün olmayacaktır. Buna mukabil, borçlu, üzerine ihtiyati haciz konulmuş olan taşınmazını başkasına satıp, devredebilir⁴⁰ (İİK m.261, m.91). İhtiyati hacizde, ihtiyati haciz kararı, kesin hacze dönüşürse, üzerine ihtiyati haciz konulmuş olan mal icra dairesi tarafından satılır ve bedeli ile alacaklının alacağı ödenir. Oysa ihtiyati tedbirde, davacı davayı kazanırsa, üzerine ihtiyati tedbir konulmuş olan mal aynen davacıya verilir. İhtiyati haciz ile ihtiyati tedbir arasındaki bu net ve açık farka rağmen, uygulamada ihtiyati haciz yerine hatalı olarak ihtiyati tedbir kararı verildiği görülmektedir⁴¹. İhtiyati tedbir

talebi, davalının davacıyı silahla birden fazla ateş ederek yaraladığı ve iç organlarının zarar gördüğü gerekçesiyle açılan tazminat davasında yapılmıştır. Zarar; haksız eylemden kaynaklandığından tazminat, haksız eylemin gerçekleştiği tarihte muaccel hale gelmektedir. Buradaki "muacceliyet" kavramı, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilir hale gelmiş olma anlamındadır. Yukarıda belirtilen iddialar ve tüm dosya kapsamındaki belgeler dikkate alındığında davacının maddi zararlarının olabileceği kuvvetle muhtemeldir. Alacağın kesin olarak kanıtlanması gerekmez. Kaldı ki; davalı Konya 1. Ağır Ceza Mahkemesi 2014/510 esas ve 2015/21 karar sayılı dosyasında eylemini ikrar etmiş ve hakkında mahkûmiyet hükmü tesis edilmiştir. Davacının alacağı rehinle de temin edilmediğine göre borçlunun elinde veya üçüncü kişilerde bulunan taşınır ve taşınmaz malları ile alacak ve diğer haklarından uygun miktarının ihtiyaten hazine karar verilmesi gerekir. Mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davacının ihtiyati haciz isteminin uygun miktarda kabulü yönünde karar verilmesi gerekirken istemin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir." (4. HD 21.03.2016, 2154/3619).

- 40 "İhtiyati haciz, taşınmazın 3. kişilere devir ve temlikini engellemez. Bu durumda, taşınmazların tasarruf hakkı, haciz ile üzerlerine derc edilen miktar kadar 4721 sayılı TMK'nun 1010. maddesi anlamında tahdide uğrar. İİK'nun 91. maddesinde de bu husus açıkça vurgulanmıştır. İİK'nun 91. maddesinin; "Sicile kaydedilmek üzere haciz keyfiyeti, ne miktar meblağ için yapıldığı ve alacaklının adı ile tebliğe yarar adresi icra dairesi tarafından tapu siciline bildirilir" hükmünde belirtildiği gibi, haciz, taşınmazı kapsadığı miktar ölçüsünde sınırladığından, haczin sonuçları alıcıya geçmek üzere, hacizli taşınmazın, tapu kaydında görünen miktar üzerinden 3. kişilere satışı mümkündür. Dolayısıyla, yukarıda anılan yasal düzenlemeler uyarınca, taşınmazları hacizle yükümlü olarak iyi niyetle satın alan şikâyetçi üçüncü kişinin, tapu kayıtlarında belirli olan ve kesinleşen haciz miktarları üzerinden sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Alacaklının icra takibinde talep ettiği miktar, tapu kayıtlarına şerh edilmediği veya ek, tamamlayıcı bir haciz yapılmadığı sürece, bu husus iyi niyetli üçüncü kişi aleyhine bir sonuç doğurmayacaktır." (12. HD 24.11.2016, 30641/24174).
- 41 "Dava, kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan rücu tazminat istemine ilişkindir. HUMK 389 ve 399.maddeleri ihtiyati tedbiri düzenlemiştir. İhtiyati tedbir, davacının davayı kazanması halinde dava aşamasında sonucu güvence altına almaya yarayan bir

kararı, ihtiyati haciz kararı verilmesine engel değil ise de⁴², ihtiyati tedbir kararını hükümden düşürecek, tedbir kararını felce ve akamete uğratacak şekilde ihtiyati haciz kararına dayanarak muhafaza tedbiri ve infaz kararı verilemeyecektir⁴³. Meğerki ihtiyati tedbir kararının içeriğinde, ihtiyati

hukuki korumadır. Davadan önce veya dava sırasında istenebilir. Mahkemece, deliller değerlendirilir, yargılama sırasında durum ve koşullarda değişiklik olması halinde talep halinde tedbir kararının kaldırılması ve değiştirilmesi mümkün olup teminat aranmaksızın takdire dayalı olarak verilebilir (HMK.396/1.mad). İhtiyati tedbir taleplerinin reddi veya kabulü halinde itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulur (HMK.341/1). Ancak henüz istinaf başvuru yolu uygulanmadığından 24.01.2014 tarih ve 1 sayılı İBK göre bu kararların temyizi de mümkün değildir. İhtiyati haciz ise İİK 257 ve devamı maddelerde yer almıştır. Kısaca ihtiyati haciz için her şeyden önce bir para alacağının bulunması gerekir. Davadan önce veya sonra istenebilir. İhtiyati haciz için gerekli şartlar İİK 257.madde de düzenlenmiştir. Rehinle temin edilemeyen ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı, borçlunun yedinde veya üçüncü şahısta olan mal ve varlıklarını haczettirebilir. İhtiyati haciz talebinde bulunan alacaklıdan ilerde haksız çıkması durumunda borçlunun veya üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacağı zararları karşılamak için teminat alınır (İİK.259/1.mad). Bu hükümden emredici olup istisnaları İİK. 259/2-3 fıkralarda düzenlenmiştir. Teminat, uygulamada alacaklı olduğu iddia edilen miktarın %10 veya %15 olarak uygulanmaktadır. Borçlunun, bu teminatın cinsine veya yeterliliğine itiraz etmesi de mümkündür. (İİK.m.265/1) 265/son maddelere göre itiraz üzerine verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulur. Verilen karar kesindir. Ancak henüz istinaf mahkemeleri uygulaması yürürlüğe girmediğinden İİK 265/5.maddesi gereğince temyiz yoluna başvurulmakta olup, verilen kararlar kesindir. Yukarıda açıklandığı gibi ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz ayrı ayrı hukuki müesseseler olup farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Tüm bu açıklamalar ışığında, somut olayda davacı vekili, dava dilekçesinde ihtiyati haciz talebinde bulunmuş olup Mahkemece talebin hatalı olarak ihtiyati tedbir olarak değerlendirilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (17. HD 23.03.2016, 4316/3642).

- 42 “İhtiyati haciz; İİK.’nun 257. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş, rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş alacaklar ile muayyen ikametgâhı bulunmayan ya da mal kaçırın borçlular için vadesi gelmemiş alacakları temin bakımından borçlunun malları ve hakları üzerine konulan tedbir niteliğinde bir işlemdir. Diğer taraftan, İİK.’nun 264. maddesindeki ihtiyati haczi yaptıran alacaklının yedi gün içerisinde takip talebinde bulunmaya veya dava açmaya mecbur olduğu ilişkin hükümden de anlaşılacağı üzere; ihtiyati haciz ile icra takibi ayrı ayrı düzenlemeler olup, ayrı ayrı hukuki sonuçlar doğurur. Bu nedenle ihtiyati haciz kararı, icra takip işlemi olmayıp, yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce ya da sonra uygulanan ve HMK.’nun 389. ve izleyen maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir benzeri bir işlem olduğundan bir takip muamelesi sayılamaz. Dolayısıyla, ihtiyati haciz kararına istinaden ihtiyati haciz uygulanması, genel anlamda bir takip işlemi olmayıp, niteliği itibarıyla tedbir vasfında bulunduğundan, icra takibinin durdurulması ihtiyati haczin infazına mani teşkil etmez.” (12. HD 05.04.2016, 8330/10069).
- 43 “İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2015/651 Esas ve 06/10/2015 tarihli tedbir kararı ile; “borçlu aleyhindeki 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere, açılmış ve açılacak tüm icra takiplerinin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına, davacı hakkında yeni icra takibi başlatılmasının ihtiyati tedbir yoluyla önlenmesine; İİK.206. Maddesine göre 1.sırada yer alan alacaklar için ihtiyati tedbirin uygulanmamasına; taşınır taşınmaz veya ticari işletme rehni ile temin edilmiş alacaklılar tarafından açılan icra takipleri yönünden ise sadece muhafaza tedbirlerinin uygulanmasının ve rehinli malların satışının ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına, davacı şirkete ait menkul ve gayrimenkul malların, banka hesaplarındaki paralarının, üçüncü şahıslardaki hak ve alacaklarının üzerine ihtiyati haciz uygulanmasının ve ihtiyati haciz yoluyla muhafaza altına alınmasının ihtiyati tedbir yoluyla önlenmesine..” karar verildiği anlaşılmaktadır. İcra mahkemesi hâkimi, tedbir kararının içeriği ile bağlı olup, asliye ticaret mahkemesinin verdiği bu tedbir kararını yorumlayamaz. Somut olayda, takip

haciz kararı kapsamına alınmış olunsun⁴⁴. İcra ve İflas Kanunu'nun 281/2. maddesine dayalı olarak verilen ihtiyati haciz kararları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389 ve devamı maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir niteliğinde değildir⁴⁵. İcra ve İflas Kanunu'nun 277 ve

dosyasının incelenmesinde; alacaklı tarafından borçlu şirket hakkında tedbir kararından önce 28/09/2015 tarihinde takibe başlanmış olup, tedbir kararının 06/10/2015 tarihinde verildiği, buna rağmen alacaklı vekilinin 09/10/2015 tarihli talebiyle icra müdürlüğünce, borçlunun üçüncü şahıslardaki alacaklarına ihtiyaten haciz konulması için çeşitli kurumlara İİK'nun 89/1. maddesine göre haciz ihbarnameleri gönderildiği görülmektedir. İstanbul 9.Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 06/10/2015 tarihli tedbir kararı, borçlunun, üçüncü şahıslardaki hak ve alacaklarının üzerine ihtiyati haciz uygulanmasının ve ihtiyati haciz yoluyla muhafaza altına alınmasının ihtiyati tedbir yoluyla önlenmesini içerdiğinden, söz konusu tedbir kararı, ihtiyati haczin infazını engeller mahiyette olup, anılan tedbir kararı uyarınca, borçlu şirket hakkında tedbir devam ettiği sürece ihtiyati haciz işlemi uygulanması mümkün değildir. Tedbir kararından sonra icra müdürlüğünce, takip dosyasından 3. kişilere 89/1. haciz ihbarnameleri gönderilmesi, mahkemenin ihtiyati tedbir kararına aykırıdır." (12. HD 03.11.2016, 4846/22849); "Mahkemece, Güzay İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında iflasın ertelenmesi davası sırasında ihtiyati tedbir kararı verildiğinden bu taraf yönünden ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği gerekçesiyle itirazın kısmen kabulüne, Güzay İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkındaki ihtiyati haciz kararının kaldırılmasına, diğerleri ile ilgili itirazın reddine karar verilmiş, karar alacaklı banka vekilince temyiz edilmiştir. İflasın ertelenmesi kararı verilmesi ya da iflasın ertelenmesi davasında ihtiyati tedbir kararı verilmesi ihtiyati haciz kararı verilmesine engel değildir. Ancak böyle bir durumda muhafaza tedbirine başvurulamaz. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 29.03.2010 tarih 2010/2689 E. - 2010/3432 K.; 19. Hukuk Dairesi 26.02.2009 tarih 2009/645 E. - 2009/1501 K.; Deynekli Adnan-Saldırım Mustafa, İhtiyati Haciz, 3. Baskı Ankara 2011 sh. 453-454, sh. 458).Mahkemece bu yönler gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." (19. HD 24.10.2016, 4681/13867).

- 44 "İhtiyati haciz bir icra takip işlemi olmayıp, asıl icra takip işlemine yardımcı olan, güvence sağlayan, koruyucu nitelikte bir kurum ve bizzat icra takip işlemine dönüşmeye elverişli, genellikle yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce uygulanan bir nevi tedbir işlemidir. İhtiyati haczin icra takip işlemi olmadığı hususu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun "İhtiyati haczin İİK'nun 289. maddesinde öngörülen takip yasağından sayılmayacağına ilişkin" 16.02.2000 gün ve 2000/12-49 esas ve 2000/94 karar sayılı ilâmında açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle ihtiyati tedbir kararında, özellikle tedbirin ihtiyati hacizleri de kapsadığı belirtilmediği sürece, icra takiplerinin durdurulması yönünde verilen tedbir kararı, ihtiyati haczin infazını engellemez. Öte yandan, ihtiyati haciz kararı bir kez infaz edilmekle son bulmayıp, ihtiyati haciz kararının verildiği alacak miktarını karşılayıncaya kadar infaz işlemine (haciz konulmasına) devam edilir. Somut olayda da, ihtiyati tedbir kararında, tedbirin ihtiyati hacizleri de kapsayacağı açıkça belirtilmediğine göre, geçerliliğini sürdüren ihtiyati haciz kararına dayalı olarak hacizlerin uygulanmasında yasaya aykırılık bulunmamaktadır." (12. HD 22.06.2016, 3491/17460); "İhtiyati haciz bir icra takip işlemi olmayıp, asıl icra takip işlemine yardımcı olan, güvence sağlayan, yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce ya da sonra uygulanan bir nevi tedbir işlemidir. İhtiyati haczin icra takip işlemi olmadığı hususu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.02.2000 gün ve 2000/12-49 Esas, 2000/94 Karar sayılı ilâmında açıkça ifade edilmiştir. Anılan ihtiyati tedbir kararında, tedbirin, ihtiyati hacizleri de kapsayacağı belirtilmediğinden, icra takiplerinin durdurulması yönünde verilen tedbir kararı, ihtiyati haczin infazını engellemez. Bu durumda mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, borçlu Titar Hayvancılık. Ltd. Şti. ile ilgili olarak ihtiyati hacizlerin kaldırılmasına yönelik talebin reddine karar verilmesi gerekirken, bu istemin de kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." (12. HD 06.04.2016, 2015/31803, 2016/10245).

- 45 "İİK.nun 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası, borçlunun

devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası, borçlunun, alacaklılarına zarar veren bazı tasarruflarını, davacı alacaklı bakımından, onun alacağı ölçüsünde hükümsüz hâle getirmeye yarayan bir davadır. İptal davası, aynı bir dava olmadığından, iptal isteminin kabul edilmesi hâlinde, takip konusu alacak miktarı ile sınırlı olarak, takip konusu alacak ve faiz ile masraf gibi eklentilerine yetecek oranda tasarrufun iptaline karar verilir ve alacaklıya dava konusu taşınmaz üzerinde haciz ve satış istemi yetkisi tanınır⁴⁶. Tasarrufun iptali davasına bakan mahkeme, iptal edilmesi istenen tasarruf konusu mallar hakkında davacının istemi üzerine İcra ve İflas Kanunu'nun 281/2. maddesi uyarınca ihtiyati haciz kararı verebilir⁴⁷.

alacaklılarına zarar veren bazı tasarrufları davacı alacaklı bakımından, onun alacağı ölçüsünde hükümsüz hale getirmeye yarayan bir davadır. İptal davası aynı bir dava olmadığından iptal isteminin kabul edilmesi halinde, takip konusu alacak miktarı ile sınırlı olarak, takip konusu alacak ve faiz, masraf gibi eklentilerine yetecek oranda tasarrufun iptaline karar verilir ve alacaklıya dava konusu taşınmaz üzerinde haciz ve satış istemi yetkisi tanınır. Tasarrufun iptali davasına bakan hâkim iptal edilmesi istenen tasarruf konusu mallar hakkında davacının istemi üzerine İİK.nun 281/2. maddesi uyarınca ihtiyati haciz kararı verebilir. Anılan hüküm doğrultusunda genel hükümlerden (İİK.nun 259.maddesi ve devamı maddeleri) farklı olarak, burada ihtiyati haciz kararı alabilmek için güvence göstermek zorunlu değildir. Güvence gösterilmesine gerek olup olmadığını ve miktarını hâkim takdir eder. Ancak davanın konusu İİK.nun 283/2.maddesi gereğince, üçüncü kişinin elinden çıkardığı malların değerine ilişkin ise, güvence gösterilmesi zorunludur (İİK.nun 281/2.maddesi). İİK.nun 281/2.maddesine dayalı olarak konulan ihtiyati haciz kararları 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389 ve devamı maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir niteliğinde değildir." (12. HD 03.03.2016, 2015/28372, 2016/6132).

- 46 "Dava İİK'nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarında İİK 281/II fıkra hükmüne göre hâkim, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Teminatın lüzum ve miktarı mahkemece takdir ve tayin olunur. Anılan madde uyarınca ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için ayrıca harç yatırılması gerekmediğinden kaldı ki davacı tarafından 27.4.2016 tarihinde ihtiyati haciz harcının da yatırılmış olması nedeniyle davacının talebi doğrultusunda davacının takip konusu alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak dava konusu taşınmaz hissesi üzerine anılan yasal düzenleme gereğince ihtiyati haciz konulması gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddine karar verilmiş olması doğru değildir." (17. HD 27.09.2016, 10121/8295).
- 47 "Dava İİK'nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. İcra ve İflas Kanununun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amaç, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların geçersiz ya da "iyiniyet kurallarına aykırılık" nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamaktır. Bu tür davaların dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin (İİK.nun 277 md) bulunması gerekir. Bu ön koşulların bulunması halinde ise İİK.nun 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Özellikle İİK.nun 278.maddesinde akdin yapıldığı sırada kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği ve yasanın başlangıça hükmünde olarak iptale tâbi tuttuğu tasarrufların iptali gerektiğinden mahkemece ivazlar arasında fark bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Aynı maddede sayılan akrabalık derecesi vs. araştırılmalıdır. Keza İİK'nun 280.maddesinde malvarlığı borçlarına yetmeyen



Anılan hüküm doğrultusunda genel hükümlerden (İİK'nun 259.maddesi ve devamı maddeleri) farklı olarak, burada ihtiyati haciz kararı alabilmek için güvence göstermek zorunlu değildir.

B. Şahsi- Aynî Hak Kavramı

Bir kişiye bir diğer kişiden bir edimi verme, yapma ya da yapmama borcu doğuran ve ancak taraflar arasında nispi etki doğuran haklar, alacak hakkı niteliğinde olduğundan⁴⁸ şahsi (kişisel) bir hak olarak nitelendirilecektir⁴⁹. Şahsi hakta, kişiler arasındaki borcun doğumu; sözleşme, haksız fiil, haksız zenginleşme ya da vekâletsiz iş görme hukuki ilişkisinden doğabilecektir⁵⁰. Dolayısıyla şahsi haklar, salt borcun doğumuna sebep olan hukuki ilişkinin taraflarına mahsus olup⁵¹, sadece

bir borçlunun alacaklılarına zarar vermek kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve zarar verme kastının işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde tasarrufun iptal edileceği hususu düzenlendiğinden yapılan işlemde mal kaçırma kastı irdelenmelidir. Öte yandan İİK'nun 279.maddesinde de iptal nedenleri sayılmış olup bu maddede yazılan iptal nedenlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği de takdir olunmalıdır. İİK'nun 282. maddesi gereğince iptal davaları borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılır. Ayrıca, kötü niyetli üçüncü şahıslar hakkında da iptal davası açılabilir. İİK'nun 283/II maddesine göre de iptal davası, üçüncü şahsın elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taalluk ediyorsa, bu değerler nispetinde üçüncü şahıs nakden tazmine (davacının alacağından fazla olmamak üzere) mahkûm edilmesi gerekir. Bu ihtimalde 3. kişinin sorumlu olduğu miktar, elden çıkarılan malın o tarihteki gerçek değeridir. Tasarrufun iptali davalarında İİK 281/II fıkrası hükmüne göre hâkim, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Teminatın lüzum ve miktarı mahkemeye takdir ve tayin olunur. Şu kadar ki, davanın elden çıkarılmış mallar yerine kaim olan kıymete taalluku halinde, teminat göstermeksizin ihtiyati haciz kararı verilemez. Somut olayda dava konusu üç taşınmaz dava dışı borçlu Kemal Küçük tarafından 26.4.2011 tarihinde davalı Süleyman Akarsu'ya,onun tarafından 8.5.2012 tarihinde dava dışı Osman Kolcu'ya, onun tarafından da 27.6.2012 tarihinde dava dışı borçlunun kızı Nihal Küçük'e satılmış;davacı tarafından eldeki dava davalı 3.kişi Süleyman Akarsu'ya karşı İİK'nun 283/II maddesi gereğince nakten tazminat davası olarak açılmıştır.Dava konusu taşınmazlar dava dışı 5.kişi elinde olduğundan anılan taşınmazlarla ilgili olarak İİK'nun 281/II-1 maddesi gereğince ihtiyati haciz ve ihtiyati haciz mahiyetinde ihtiyati tedbir kararı verilmemesinde bir isabetsizlik bulunmamakla birlikte,dava 3.kişi aleyhine tazminat davası olarak açıldığından ve kabulü halinde hükmedilecek tazminatın tahsiline yönelik olarak davalı 3.kişi adına kayıtlı olması halinde Samsun Terme 69 ada 9 parselde kayıtlı taşınmaz ile adına kayıtlı olmaması halinde adı geçen davalı adına kayıtlı tespit edilecek diğer taşınır ve taşınmaz mallarına İİK'nun 281/II-3 cümle gereğince uygun görülecek teminat karşılığında ihtiyati haciz kararı verilmesi gerekirken dosya kapsamı ve mevcut yasal düzenlemeye aykırı olarak hüküm tesisi isabetli görülmemiştir." (17. HD 29.12.2016, 15984/12187).

- 48 OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, İstanbul 2011, s. 138; Önen Ergun, **İnşai Dava**, Ankara 1981, s. 3.
- 49 ÖZSUNAY Ergun, **Medeni Hukuku Giriş**, İstanbul 1986, s. 255.
- 50 VELİDEDEOĞLU HIFZI Veldet, **Türk Medeni Hukuku**, C. I, Umumi Esaslar, İstanbul 1956, s. 215; Oğuzman/Barlas, s. 138.
- 51 "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yükleniciye şahsi hak sağlar. Koşulları gerçekleşmiş



muayyen bir istikamette ileri sürülebilir⁵² ve ancak onlar açısından hak ve borç doğurur⁵³. Aynî hak ise, eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlayıp⁵⁴, herkese karşı ileri sürülebilin⁵⁵ mutlak bir etkiyi haiz inhisarı mahiyette iktidar haklarıdır⁵⁶. Aynî haklar, mutlak niteliği sebebiyle hukukun belirlediği sınırlar dâhilinde malikine en geniş yetkiler bahşedip, dilediği şekilde tasarruf etme imkanı sunacaktır⁵⁷. Aynî haklar, şahsi haklara nazaran kanunda belirtilen sayıda sınırlı ve tipe bağlı olup, kişilerin iradeleri ile kanunda belirtilen dışında genişletilip, değiştirilemezler⁵⁸. Zira aynî mutlak hakları tasnif eden kanun hükümleri emredici hüküm niteliğindedir⁵⁹. Aynî haklar sağladığı yetkiye göre mülkiyet ve sınırlı aynî hak olmak üzere ikiye ayrılır⁶⁰. En temel ve en geniş yetki veren aynî hak, mülkiyet hakkıdır ki, herkese karşı ileri sürülebileceği gibi, hak düşürücü süre ve zamanaşımına da konu olmaz. Bundan gayri aynî haklar, belirlilik ve aleniyet niteliğine sahip olduğu gibi, mahiyetinde güven prensibini de barındırırlar. Dolayısıyla şahsi ve aynî haklar arasındaki en belirgin fark da burada kendini gösterir. Zira şahsi haklar, sadece hak ve borç doğuran hukuki ilişkinin tarafları arasında nispi etki doğuracağından, hak düşürücü süre veya zamanaşımına uğrarlar. Aynî haklar sahibine belirli

ise kazandığı şahsi hakka dayanarak yüklenici arsa sahibini bir şey vermeye veya yapmaya zorlayabilir. Şahsi hak kazanan yüklenici bu hakkını doğrudan arsa sahibine karşı ileri sürebileceği gibi arsa sahibinin rızası gerekmeksizin ve ancak yazılı olmak koşulu ile üçüncü bir kişiye de temlik edebilir. Alacağın temlik ve borcun nakli Borçlar Kanununun 162 ila 181. maddelerinde düzenlenmiştir. Kural, borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinimleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki, alacağın temlik hayat şartlarının gerektirdiği ihtiyaçlardan ortaya çıkan bir hukuk kurumudur. Örneğin, arsa payı karşılığında inşaat sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın kısmen veya tamamen yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümlerin onun tarafından daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere satılarak veya satış vaadinde bulunularak karşılanması olanağı bulunmaktadır. Aslında arsa sahibinin kural olarak Borçlar Kanununun 364. maddesi uyarınca eserin tesliminde vermesi gereken arsa payını, inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi, yüklenicinin de bunu üçüncü kişilere temlik ederek finans sağlaması, arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırması demektir.” (14. HD 30.03.2015, 2014/11933, 2015/3466).

52 Velidedeoğlu, s. 213; Özsunay, s. 255.

53 SAYMEN Ferit/KÖPRÜLÜ Bülent, **Medeni Hukuk Dersleri**, C.I, İstanbul 1964, s. 99; Velidedeoğlu, s. 214; Oğuzman/Barlas, s. 138.

54 Oğuzman/Barlas, s. 138, 144.

55 Oğuzman/Barlas, s. 138, 148; Özsunay, s. 247.

56 Saymen/Köprülü, s. 84; Velidedeoğlu, s. 210; Oğuzman/Barlas, s. 138.

57 Özsunay, s. 246.

58 Oğuzman/Barlas, s. 139.

59 Özsunay, s. 248.

60 Oğuzman/Barlas, s. 139, 140, 141.



bir mal üzerinde geniş tasarruf yetkisi veren ve herkese karşı ileri sürülebilir haklardır⁶¹. Aynî haklar, hak üzerinde de kurulabilir. Örnek kabilinden alacak ve üst hakkı üzerindeki rehin hakkı verilebilir⁶². Kişi üzerindeki mutlak haklara ise velayet hakkı örnek olarak gösterilebilir⁶³. Nitekim fikir ürünleri üzerinde de mutlak haklar vardır⁶⁴. Mutlak hakların maddi mallara ilişkin olanlarına aynî hak denir. Mutlak hakların neler olduğunu kanun koyucu sınırlı olarak belirlemiştir. Bu nedenle kişiler, yasada öngörülen sınırlı sayıdaki mutlak hak dışında yeni bir mutlak hak oluşturamazlar. Maddi mallar üzerindeki mutlak haklara, aynî haklar; maddi olmayan mallar üzerindeki haklara da fikri haklar denir⁶⁵. Aynî haklar, mal üzerindeki mutlak iktidar hakkı olup, hakkın konusu üzerinde doğrudan doğruya erk kazandırır⁶⁶. Diğer bir tanımlama ile aynî haklar bir kimseye bir eşya⁶⁷ üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilir haklardır⁶⁸. Şahsi (kişisel) haklar, aynı zamanda nispi haklar olarak da tanımlanmaktadır. Çünkü bu haklar belirli bir şahsa veya şahıslara karşı ileri sürülebilir haklardır⁶⁹. Kişisel hak, aynî haklarda olduğu gibi, hak sahibinin bir mal üzerinde doğrudan doğruya haiz olduğu bir yetki değil, bir şeyin verilmesini, bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını, yani belirli bir hareket tarzını bir veya birkaç şahıstan isteme hususundaki haktır⁷⁰. Dolayısıyla nispi hakların eşya ile olan ilgileri doğrudan doğruya mutlak değil, nispidir. Şahsi hak/aynî hak kavramı medeni hukukunun temel kavramlarını oluşturmaktadır. Bu kavramlar, hukuki işlemlerde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi

61 OĞUZMAN/BARLAS, s. 138.

62 Bir hak ya da alacağın rehne konu olması, devredilebilir olmasına bağlıdır. Devredilemeyen hak ve alacak üzerinde rehin tesis edilemez. Dolayısıyla intifa ve süknâ hakkı üzerinde rehin tesis edilemez.

63 OĞUZMAN/BARLAS, s. 152; Özsunay, s. 253; USTA Sevgi, **Velayet Hukuku**, İstanbul 2016, s. 26, 27, 28.

64 FEYZİOĞLU Feyzi N/DOĞANAY Ümit/AYBAY Aydın/, **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul 1976, s. 17.

65 OĞUZMAN/BARLAS, s. 137.

66 FEYZİOĞLU/DOĞANAY/AYBAY, s. 19.

67 OĞUZMAN/BARLAS, s. 139. "Hukuki anlamda eşya'dan maksat, üzerinde bireysel hakimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, şahıs dışı cismani (somut) varlıklardır."

68 OĞUZMAN/BARLAS, s. 138, 148.

69 OĞUZMAN/BARLAS, s. 153.

70 VELİDEDEOĞLU, s. 213.



niteliğiyle somutlaşmaktadır⁷¹. Tasarruf işlemleri⁷², hakkın özüne tesir edebilme fonksiyonları sebebiyle hak ya da hukuki durumda değişiklik meydana getirir iken⁷³, borçlandırıcı işlemler bu nitelik ve fonksiyondan mahrumdur⁷⁴. Nitekim maddi hukuka ilişkin bu kavramların hukuk yargılamasındaki görünümü, dava konusu hakkın niteliğine göre aynî ve şahsi davalar olarak tecessüm edecektir. Sebebe bağlı bir tasarruf işleminin hukuken geçerli olarak doğması, bir hukuki sebebin, örneğin tescilin dayanağı olan ve aynî hakkın iktisabına elverişli hak ve borç doğuran bir işlemin varlığına muhtaçtır⁷⁵. Bir hukuki işlemin kurucu unsurları hukuki sonuca yönelmiş irade ile bunun beyan edilmesi olduğuna göre; aynî hakların iktisabına matuf tescilin dayanağı olan borçlandırıcı işlem ile bu sözleşmenin gerçek hak sahiplerinin irade beyanlarının birbirine uygun olması ve tescil beyanının bu iradeyle birebir örtüşmesi zorunludur. Kişisel haklar sadece sözleşmenin tarafları arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracağından, aynî haklar, kişisel haklara nazaran üstünlük sağlar⁷⁶. Fakat hukukumuzda bazı kişisel hakların üçüncü kişiler bakımından da etkili olabilmesi için kabul edilen hâller mevcuttur. Kanun koyucu tarafından şahsi hak sahibinin güçlendirilmesi amacıyla taşınmazlarla ilgili bulunan bazı kişisel hakları, tapu siciline şerh verdirerek⁷⁷, taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan üçüncü kişilere karşı da öne sürmek olanaklı kılınmıştır⁷⁸. Şerhten amaç; ilişkin bulunduğu hukuki durumu

- 71 VARDAR - HAMACIOĞLU, GÜLŞAH, **Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı**, İstanbul 2014, s. 3. "Dar anlamda tasarruf işlemi tanımına bakıldığında, işlemin konusunun malvarlığında yer alan mutlak veya nisbi hak olduğu görülür."
- 72 BUZ Vedat, **Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2005, s. 80. "Tasarruf işlemi sadece sahip olduğu hakkı devreden, sınırlayan veya sona erdiren şahıs esas alınarak yapılan bir tanımlamadır."
- 73 VARDAR- HAMACIOĞLU, s. 53, 345; Kurt, s. 10, 11.
- 74 VARDAR- HAMACIOĞLU, s. 50.
- 75 KURT, s. 11, 29, 30.
- 76 "Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin niteliği gereği davacı yüklenici, bir kısım arsa sahibi davalılar karşısında şahsi hak sahibi durumundadır. Dolayısıyla aynî hak ve şahsi hakkın çatışması söz konusu olup, kat karşılığı inşaat sözleşmesi de tapuya şerh verilmediğinden aynî hak sahibi olan davalılar Fatma Önür, Arif Afşin, Meryem Cengiz, Hali Kurt, Mehmet Şahışık'ın şahsi hak sahibi olan davacı yükleniciye karşı üstün hak sahibi konumunda oldukları değerlendirilmiştir." (23. HD 26.12.2014, 6947/8513).
- 77 OĞUZMAN/BARLAS, s. 154.
- 78 "Somut olaya bakıldığında satış vaadine konu payın devrine ilişkin sözleşme 15.02.2002 tarihinde düzenlenmiş olup, 18.02.2002 tarihinde tapu siciline de işlenmiştir. Satış vaadine konu bu payın davalı kooperatife temlik ise 22.10.2007 tarihinde yapılmıştır. Dosyaya getirilen bu temlike ilişkin resmi senet metnine göre de davalının satış vaadi şerhini görerek temlik kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davalının iyi niyetli temellük eden olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla davalının iyiniyetli olduğuna dair iddiası dinlenemeyeceğinden davacının TMK'nın 716. maddesi uyarınca açtığı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini talepte haklıdır. Bu durumda Yerel



üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hâle getirmek, hukuki duruma aleniyet kazandırmaktır. Kişisel hakkın tapuya şerh edilmesi ile aynî hak niteliği kazanmamakla birlikte⁷⁹, etkisi güçlenmekte⁸⁰, borç ilişkisi eşyaya bağlı hâle gelmekte ve üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmektedir⁸¹. Bu şahsi hakka dayalı davanın kazanılması ihtimalinde tapu kütüğü bakımından bir değişiklik meydana gelmektedir. Hangi hakların tapu kütüğüne şerh edileceğini kanun belirlemiştir. Dolayısıyla kanunun belirlemediği bir hak, tapu siciline şerh edilemez⁸². Kanunun farklı kısımlarında (TBK. 238, 292, 312; Tapu Kanunu m. 26/7; TMK 695, 698, 731, 735, 736, 871) şerhe imkân tanıyan hükümler bulunmakla birlikte şerhi mümkün olan hak ve durumlar genel ve esas itibari ile Türk Medeni Kanunu'nun 1009 ve devamı hükümlerinde üç başlık hâlinde belirtilmiştir. Bunlar kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına yönelik şerh ve geçici tescil şerhidir. Kanun gereği bazı sözleşmeden doğan nispi haklar ise tapu siciline şerh edilmekle, aynî hak niteliği kazanmasa da, üçüncü kişilere karşı aynî etki doğurur⁸³. Nitekim "kişisel hakların şerhi" başlıklı Türk Medeni Kanunu'nun 1009. maddesinde arsa payı karşılığı

Mahkemece bozma kararı uyarınca karar verilmek gerekirken, önceki hükümde direnilmesi doğru değildir." (HGK, 01.11.2016, 2015/14-12, 2016/1005).

- 79 Sungurbey İsmet, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1970, s. 103, 105, 134.
- 80 SEBÜK M. Tahir, **Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları**, İstanbul 1951, s. 59. "Şerh kendisine mevzu olan hakkın muhtevasında hiçbir değişiklik ve tesir husule getirmez. Bu tesir sadece hakkın neticelerinin sahasına şamil olur.
- 81 Sebük, s. 59; Sungurbey, Kişisel Haklar, s. 105.
- 82 OĞUZMAN/BARLAS, s. 154.
- 83 "Davacılar vekilininin tapu kaydı üzerindeki ev şerhinin iptali ve el atmanın önlenmesine ilişkin temyiz itirazlarına gelince; dava konusu taşınmazın öncesi olan 253 parsel 15.10.1970 tarihinde tespit edilmiş, üzerindeki bina tespit tarihinden önce 1962-1963 yıllarında yapılmış ve davacıardan Tahir Kurt adına tapunun beyanlar hanesinde gösterilmiştir. Bina, üzerinde bulunduğu arzın mütemmim cüz'ü (bütünleyici parçası) olup, arzdan ayrı düşünülemez, akıbeti arz ile birlikte belirlenir, bağlı olduğu taşınmazdan ayrı olarak bağımsız mülkiyete konu olamaz. Tapunun beyanlar hanesindeki, binanın başka kişiye ait olduğuna dair açıklama aynî hak konusu oluşturmaz, fiili durumun tespitinden ibaret olup şahsi hak bahşeder, bu da koşullarının oluşması halinde şahsi hak sahibine tazminat ve dava açma hakkını sağlar. Davacılarla ait yapı, tapunun beyanlar hanesine şerh verilmek suretiyle gösterildiğine göre, bina sahibi açısından şahsi hak niteliğinde bulunup 3. kişilere karşı ileri sürülebileceği gibi kayıt malikine karşı da savunulabilecektir. Uyuşmazlık aynî hak ile şahsi hakkın yarışması ve hangi hakkın diğerine üstün tutulacağı noktasında toplanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, aynî hakla şahsi hakkın çatışması halinde; aynî hakka üstünlük tanınacağı kuşkusuzdur. Öte yandan 766 sayılı Tapulama Yasasınının 37 ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 19. maddesi uyarınca konulan ziyetlik şerhi, ilgililerine özel yasalardan doğan bazı sınırlı şahsi hak tanıyacağı kuşkusuzdur. Aynî hak TMK' nun 683.maddesi uyarınca mülkiyet hakkından kaynaklanan bir hak olup hakkı ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilecektir. Her ne kadar şahsi hak aynî hakka göre ikincil derecede ise de tapuya şerh edilmesi halinde aynî hak sahibinin yararlandığı tüm imkânlardan yararlanabilecektir." (8. HD 18.10.2007, 3530/5600).

inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği hükme bağlanmıştır. Şahsi hakların şerhi, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlamadığından, tapu sicilini devirlere kapatmayacaktır⁸⁴. Şahsi haklarda tapu siciline güven ilkesi uygulanmayacağından (TMK 1023)⁸⁵, ilgili şerh için kanunun öngördüğü süre hitama ererek şerh sadece idari bir tasarrufla terkin edilebilecek olması, üçüncü kişilerin iyiniyetle iktisap savunmasına imkan vermeyecektir⁸⁶. Zira kanunda geçen kişisel haklar, taşınmazın tapu siciline şerh verilmekle⁸⁷ aynî hak niteliğine bürünmez ise de⁸⁸, şahsi hak hükümleri kuvvetlendirilerek, takviye edilmesi⁸⁹, şerh verilen taşınmaz üzerinde, aynî hak gibi herkese değil, sıra bakımından şerhten sonra kazanılan aynî ya da şahsi hak sahiplerine⁹⁰ karşı da ileri sürülebilmesini tazammun edeceğinden (TMK 1009/2)⁹¹, üçüncü kişilerin

84 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 196; ÜSTÜNDAĞ Saim, **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, İstanbul 1959, s. 54. dp. 60; Kurt, s. 54, 173; Sungurbey, *Kişisel Haklar*, s. 118.

85 Kocayusufpaşaoğlu, s. 195; Üstündağ, *Tapu Kütüğü*, s. 66; Sebük, s. 61.

86 “Davada dayanılan 15.02.2002 tarihli satış vaadi sözleşmesi 18.02.2002 tarihinde tapuya şerh edilmiştir. Şerhten amaç, ilişkin bulunduğu hukuki durumu kayda sonradan malik olanlara da ileri sürebilir hale getirmek, hukuki duruma aleniyet kazandırmaktır. Denilebilir ki, bu yönüyle şerh taşınmazın şerhten sonraki malikleri üzerinde de bir bakıma aynî etki gösterir. Dolayısıyla, şerhten sonra taşınmazı kazanan malikler şerh sahibi vaat alacaklısına karşı iyiniyet savunmasında bulunamazlar. Gerçekten, Tapu Kanunu m. 26’da “şerhten itibaren 5 yıl içinde satış yapılamaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse, iş bu şerh tapu müdürü veya memuru tarafından resen terkin olunur” hükmü bulunmaktadır. Fakat bu hüküm, sözleşmenin tapuya şerhinden itibaren 5 yıl içinde satış akti yapılmazsa, bu şerhi tapu sicil müdürü veya memurunun re’sen terkin edeceği anlamına gelmez. 5 yıl geçtikten sonra terkin işlemi de ancak Tapu Sicil Tüzüğü’nün 78/4. maddesi gereğince taşınmaz mal malikinin istemi ile yapılabilir. Nitekim benzeri bir düzenleme de TMK’nın 1027. maddesinde yer almış, anılan hükümde tapu memurunun, ancak basit yazı yanlışlıklarını tüzük kuralı uyarınca re’sen düzeltebileceği, bunun dışındaki her türlü düzeltme, eski tescilin terkinini ve yeni bir tescilin yapılabilmesi için ilgililerin yazılı rızaları gerektiği, tapu sicilindeki her türlü yanlışlığa ancak mahkeme kararıyla son verilebileceği kuralı getirilmiştir. Diğer taraftan, tapuda şerhe ilişkin bir hüküm olmasa da satış vaadi sözleşmesine dayanan taraf sonradan kayda malik olan kişinin kötüniyetli olduğunu kanıtlamak suretiyle her zaman satış vaadi sözleşmesine dayanarak dava açabilir.” (14. HD 05.06.2014, 2957/7487).

87 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 187. “Bunun yanında, tapuya şerh verme, malik zaviyesinden tasarrufi bir muameleyi tazammun eder.”; Vardar- Hamacioğlu, s. 34. “Nisbi hakkın şerh edilmesi, malik bakımından aynı sınırlı aynî hak gibi mülkiyet hakkında yük teşkil eder ve dar anlamda tasarruf ilemi niteliğindedir.”

88 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 193; VARDAR- HAMACIOĞLU, s. 33.

89 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 193, 194.

90 VARDAR- HAMACIOĞLU, s. 33; KURT, s. 118.

91 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 185. “Zira şerh, sonraki değil hakkını şerh ettiren önceki alıcıyı himaye etmekte ve ona gayrimenkulün mülkiyeti kime intikal ederse etsin, hakkının aynen ifası imkanını kazandırmaktadır.”; Farklı yönde bir karar için bkz. “Satış vaadi şerhi tarihinden sonra üçüncü kişinin şerh tarihinden itibaren 5 yıl içinde mahkemede tescil



iyiniyet savunması hukuki himayeye mazhar görülmeyecektir⁹². Ancak her türlü kişisel haklar değil, kanun tarafından şerh imkanı bahşedilmiş olan kişisel haklar aynî etki özelliğinden faydalanacaktır. Dolayısıyla taşınmazın her maliki kendi mülkiyeti esnasında doğacak borçla yükümlü olacağı için⁹³ doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlayacağı gibi⁹⁴; alıcının mülkiyet değerini azaltacak kısıtlamaların da ortadan kaldırılmasına munzam etki fonksiyonu ile işlerlik kazandıracaktır⁹⁵. Kuşkusuz ki, şerh verilen şahsi hak ile çatışan veya hükümden düşüren ya da değerini azaltıp, şahsi hak lehtarını zarara sokan diğer sınırlı aynî haklar, önceki şahsi hak lehtarına karşı istimal edilemeyecek, bilakis önceki şahsi hak şerhi, bunlara takaddüm edecektir⁹⁶. Önceki şerh verilmiş şahsi hak ile çatışan sonraki sınırlı aynî hakların terkin edilebilmesi hakkın kullanılmış ve şahsi hak konusunun inşa edilmiş olmasına bağlıdır⁹⁷. Nitekim TMK'nun 1010. maddesine göre de, şahsi hak sahipleri, taşınmaz malikinin tasarruflarına karşı mahkeme tarafından korunabilecektir⁹⁸. Örneğin şahsi hakka dayalı

davası açtığına dair ve lehine tescil kararı verildiğine yönelik bir belge ve delil olmadığına göre artık bu hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi imkanı yasal olarak ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla şahsi bir hak olan satış vaadi sözleşmesine dayalı bu hak tapuda malik gözükene kişinin borcu sebebiyle haciz koyan alacaklıya karşı hüküm ifade etmez." (12. HD 09.03.2017, 2016/11897, 2017/3633).

92 KURT, s. 158.

93 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 199; KURT, s. 49.

94 "Somut olayda davalı borçlu; davalı Hasan lehine dava konusu 67 ada 34 parseldeki miras hissesini 6.12.2006 tarihinde gayrimenkul satış sözleşmesi ile satmış ve tapuya şerh ettirmiştir. Mahkemece davalı Hasan lehine yapılan satış vaadi sözleşmesinin taşınmaz üzerine haciz konulmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilerek davanın reddine karar verilmiş ise de tapu siciline şerh verilen şahsi haklar tapu sicilinin aleni olması itibarıyla tapuda yapılacak her türlü işlemde üçüncü şahıslara karşı öne sürülebileceğinden mahkemenin bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Bu tür tasarruflar iptal davasına konu edilebilir. O halde borcun doğumundan sonra yapılan 6.12.2006 tarihli satış vaadi sözleşmesinin diğer deliller ve İİK'nun 279. ve 280. maddeleri ile birlikte incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması isabetli görülmemiştir." (17. HD 05.05.2008, 1637/2353).

95 OĞUZMAN KEMAL/SELİÇİ ÖZER/ OKTAY- ÖZDEMİR SAİBE, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2015, 248, 249.

96 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 205.

97 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 204, 205.

98 "İİK'nun hacizli taşınmazlara ilişkin düzenleme getiren 91. maddesinde, taşınmazın haciz ile tasarruf hakkının TMK'nın 1010. (MK'nun 920.) maddesi anlamında tahdide uğrayacağı hükme bağlanmıştır. Bu maddede yollama yapılan TMK'nun 1010. (MK'nun 920.) maddesi hükmüne göre, taşınmaz üzerindeki haciz işlemi, taşınmazın tasarruf yetkisi kısıtlamaları arasında yer alıp, bu maddenin son fıkrasına göre ise, bu nevi tasarruf kısıtlamalarının tapu siciline şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebileceği açık bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi, kooperatif alacaklısı tarafından ve taşınmaz henüz kooperatif adına tescilli iken üzerine haciz tatbik edilmiş bulunmaktadır. İİK'nun 91. ve onunun yollamada bulunduğu TMK'nun

satış vaadi sözleşmesi alacaklısı, malikin taşınmazı üçüncü bir kişiye devretme ihtimaline binanen, TMK'nun 1010/1. fıkrası gereği tasarruf yetkisinin sınırlaması için talepte bulunabilecek, mahkeme tasarruf yetkisinin kısıtlama şerhinden sonra taşınmaz üzerinde sonradan hak kazananların sahiplerine de ileri sürülebilecektir⁹⁹. Her ne kadar satış

1010. maddeleri hükümleri uyarınca haczedilen taşınmazda sonradan hak iktisap edenlerin taşınmazda bulunan haczin sonuçlarına katlanmaları zorunludur. Hacizden sonra tapuda meydana gelen değişiklik ilama dayansa bile haciz koydurmuş olan alacaklıların durumunu etkilemez. Borç taşınmaza bağlandığı için taşınmazı iktisap edenin kooperatif ortağı olması bu sonucu bertaraf edemez. Bu açıklamalar karşısında, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, üzerinde haciz bulunan taşınmazın mahkeme ilamıyla davacılar adına tesciline karar verildiği, bunun doğal neticesi olarak da hacizlerin kaldırılması gerektiği sonucuna varılarak, davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır." (23. HD 30.11.2012, 5900/7074); "Hacizden sonra tapuda meydana gelen değişikliklerin bu değişiklik ilama dayansa bile haciz kararı alacaklının durumunu etkilemez. Bu nedenledir ki 11.06.1999 tarihli hacizde taşınmazın tapu kaydında herhangi bir takyidata rastlanılmadığı halde 17.10.2000 tarihli ilamda taşınmaz üzerinde borçlunun boşandığı eşi lehine irtifa hakkı kurulmuş olması alacaklının haciz tarihi itibarıyla satışın takyidsız olarak yapılması gerektiğine ilişkin talebin kabulü gerekirken reddi yerinde olmadığından mercie icra müdürlüğünün 16.05.2002 tarihli kararının iptaline karar vermek gerekirken aksine düşüncelerle şikayetin reddi isabetsizdir." (12. HD 10.03.2003, 1928/4723).

- 99 "Davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesi, 2644 sayılı Tapu Kanununun 26. maddesine uyarınca 11.10.1993 tarihinde tapuya şerh verilerek aynı hak kuvvetini kazanmış, bu etkisini şerhin tapudan terkin edildiği 16.03.2011 gününe kadar korumuştur. Gerek, davalılar Ekrem ile Ayşe arasında 04.03.1994 ve 08.06.1995 tarihlerinde Bodrum 2. Noteriği'ndeki satış vaadi sözleşmelerinin düzenlendiği, gerekse, dava dışı Yüksel ile Ayşe arasındaki satış vaadi sözleşmesinin davalı Ekrem tarafından temlik alındığı 22.08.1994 günü davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesinin tapu kütüğünden terkin edilmediği anlaşılmaktadır. Bunun yanında, 02.05.2011 günü temyiz edilmeksizin kesinleşen Bodrum 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde davalı Ekrem'in anılan sözleşmelere dayanarak davalı Ayşe'ye karşı açarak görülmekte olan davanın konusunu oluşturan payı adına tescilini sağladığı dava sırasında da davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesinin tapu kütüğünden terkin edilmediği görülmektedir. TMK'nun 1010. maddesi uyarınca tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da ileri sürülebilir. TMK'nun 1023. maddesinde de "tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur" hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda, davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesinin düzenlendiği 23.08.1993 tarihinde mülkiyeti nakil borcu yükümlüsü davalı Ayşe, taşınmazda murisinden intikal eden 3/16 pay dışında, muris annesinden edindiği 1/16 ve dava dışı kardeşi Aysel'den satış yoluyla edindiği 3/16 olmak üzere toplam 7/16 pay malikidir. Bunun dışındaki 3/16 payı ise, davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesinden sonra edinmiştir. Bu nedenle, davalı Ekrem'in taşınmaz tapu kaydında davacı yararına konulan satış vaadi sözleşmesi şerhini görerek düzenlediği satış vaadi sözleşmelerine dayanarak kazandığı 7/16 payı TMK'nun 1024. Maddesi uyarınca yolsuz tescil niteliğinde bulunduğundan bu payın davacı adına tescili gerekir. Bunun dışında kalan davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesinden sonra davalı Ekrem'in edindiği 3/16 payın davacı adına tescili doğru değildir." (14. HD 21.01.2014, 2013/12877, 2014/1011); "İİK'nın 91. maddesi hükmü gereğince gayrimenkulün haczi ile takip konusu borç ve eşya arasında ilişki kurulur ve tasarruf yetkisi TMK'nun 1010. maddesi anlamında kısıtlanmış olur. Bu tür kişisel haklar tapu kütüğüne şerh verilmekle hak sahibine eşya üzerinde dolaylı da olsa hakimiyet kurmak hakkı sağlamaz ise de tasarruf yetkisinin dar anlamda kısıtlanması sonucunu doğurduğundan taşınmaz üzerinde sonradan bu hakla bağdaşmayan hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilir hale gelir. Haciz şerhinin usulsüz konulduğunun saptanması veya lehtarın talebi üzerine kaldırılması



vaadi sözleşmesi ile alıcı aynî değil, sadece vaad borçlusuna karşı şahsi (nispi) bir hak elde edip, vaad borçlusu, satış vaadine konu taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmese de¹⁰⁰, Yargıtay, satış vaadi sözleşmesinin şerhi konusuna ilişkin olarak, tapu siciline tescil edilmemesine rağmen, satış vaadinin varlığını bilerek taşınmazı iktisap eden kişiye karşı tescil davası açılabilirliğini içtihat etmiştir¹⁰¹. Şahsi hak niteliğindeki haciz de borçlunun tasarruf yetkisini kısıtlayıp, tapu sicilini temlik tasarrufa kapatmayacaktır¹⁰². Ancak, alıcı, mülkiyeti, haciz tatbik ettiren alacaklıların hakkına riayet borcu altında iktisap edecektir¹⁰³. Şayet, aynî hak iktisabı, haczin tapu siciline şerh verilmesinden sonra ise, üçüncü kişiler iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır¹⁰⁴. Buna mukabil, taşınmaz

mümkün olduğu gibi TMK'nın 1010. maddesi uyarınca borcun ödenmesi, icra takibinin düşmesi ya da herhangi bir sebeple sona ermesi halinde de terkini mümkündür." (14. HD 18.06.2015, 6631/6785).

- 100 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul 1959, s. 144.
- 101 "Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünd re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir. Hukukumuzda, kişilerin satın aldığı şeylerin ilerde kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşınmazları, dolayısıyla toplum düzeninin sağlanması düşüncesiyle, satın alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse iyiniyetten maksat, hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesidir. Belirtilen ilke, TMK'nun 1023. maddesinde aynen "tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde hükme bağlanmış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddede "bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde vurgulanmıştır. Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin iyiniyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Somut olayda; kayıt sahibinin mülkiyeti, satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan hakkın bertaraf edilmesi kastiyle ve kötüniyetle kazandığı ileri sürüldüğünden, malikin aynı hakkın yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi olup olmadığının araştırılması zorunludur. Burada, satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmediğinin önemi yoktur. Önemli olan, mülkiyet hakkı sahibinin satış vaadi sözleşmesini bilmesi gereken kişilerden olup olmadığının saptanmasıdır." (14. HD 29.06.2010, 4891/7428); Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 145.
- 102 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, S. 149; KURT, S. 174; SİRMEN, s. 214.
- 103 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, S. 150; VARDAR- HAMAMCIOĞLU, S. 360; KURT, S. 174; SİRMEN, S. 214; ÖZÇELİK, s. 174.
- 104 "Yukarıda açıklandığı üzere taşınmaz henüz kooperatif tüzel kişiliği adına kayıtlı iken 16.10.1995 tarihinde haciz tatbik edilmiştir. İİK. 91. ve MK. 920. maddeleri gereğince 16.10.1995 tarihinden sonra taşınmazda hak iktisap edenler taşınmazı hacizli olarak iktisap ederler ve haczin doğuracağı sonuçlara katılmak durumundadır. Kooperatif ortakları



üzerinde aynî hak iktisabı, haczin tapu siciline şerh verilmesinden önceye tesadüf ediyor ve borçludan hak iktisap eden üçüncü kişiler iyiniyetli iseler, iktisapları korunacağından¹⁰⁵, hacizden etkilenmeyeceklerdir¹⁰⁶. Kaldı ki, TMK'nun 1011. maddesi gereği, aynî hakkı, güvence altına almak için geçici tescil şerhi de talep edilebilecektir. Bu bağlamda TMK'nun 893. maddesinde düzenlenen durumlarda hak sahipleri, kanuni ipotek haklarının tescilini talep edebilecekleri gibi, örneğin TMK'nun 893/3 ve 895. maddelerinde belirtilen yapı alacaklısı, (İnşaatçı ipoteği) gecikmeden dolayı zarara uğramamak, süresinde hakkını kullanmak ve aynı taşınmaz üzerine tescil edilebilecek diğer sınırlı aynî hak sahiplerine karşı da ileri sürmek için Tapu Sicil Tüzüğü 50. maddesi referansı ile TMK'nun 1011. maddesi gereği geçici tescil şerhi talep edilebilecektir. Sonuç olarak TMK'nun 1009, 1010, 1011. maddeleri tapu siciline kişisel hakların kuvvetlendirilmesi, malikin temlik hakkının kısıtlanması, temlik hakkının yasaklanması veya geçici şerhin tapu siciline işlenmesi şeklinde fonksiyon görecektir¹⁰⁷.

III. TAPU İPTALİ VE TESCİL DAVASININ KABULÜ İLE OLUŞAN KESİN HÜKMÜN DİĞER TAKYİDATLARA ETKİSİ

A. Genel Olarak

Tapu iptali ve tescil davalarının maddi hukuka göre yasal dayanağı iki farklı norm düzenlemeyle tecessüm eder. Bunlar, tapu sicilindeki tescil kaydının maddi gerçeği yansıtmamasından mütevellit TMK'nun 1025.

da haciz konulduktan sonra ferdi tapularını aldığı için konulan hacizden sorumludur. Kooperatif ortağı olmak sıfatıyla ferdi tapu alınması hacizden doğan yükümlülükleri ortadan kaldırmaz." (12. HD 15.11.1999, 13642/14889).

105 "Pay devri ile gerçekleşen kooperatif hissesine ilişkin mülkiyet hakkının da anılan tasarrufa bağlantılı olarak devir alana geçeceği 1163 Sayılı Yasa hükmü gereğidir. Devir ile birlikte devreden üyenin hakla bağlantısının kesileceği kuşkusuzdur. Öte yandan, kesinleşen takip sonucu oluşan borçtan dolayı hacizde mevcut bir hak veya alacak üzerine konması gerekeceği muhakkaktır. Taşınmaz kaydı üzerine 11.6.1999 tarihinde haciz şerhi bulunduğu, dava dışı Mete'nin kooperatif üyeliğinden kaynaklanan bir hakkın bulunmadığı sabittir. Hal böyle olunca, davanın kabulü ile şerhin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir." (1. HD 25.04.2003, 4206/4927).

106 Öğüz, s. 88.

107 "Dava, dava konusu taşınmazın tapu kaydındaki şerhin terkinin ile taşınmazların davacı adına tescili istemlerine ilişkindir. Şerhten amaç, ilişkin bulunduğu hukuki durumu üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale getirmek, hukuki duruma aleniyet kazandırmaktır. Bu yönü ile şerh aynî bir etki özelliğini gösterir. Hangi hakların tapu kütüğüne şerh edileceğini kanun belirlemiştir. TMK'nun 1009 ilâ 1011 ve Tapu Sicil Tüzüğü'nün 54 ilâ 66. maddelerinde düzenlenen şerhler, üç amaca yönelik bir tapu işlemidir. Şahsi hakların kuvvetlendirilmesini, malikin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını ve muvakkat (geçici) tescilin tapu kütüğüne yazılmasını sağlar." (14. HD 15.03.2016, 2015/16190, 2016/3281).



maddesine dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası, diğeri ise, şahsi hakka dayalı tescili isteme talebini havi, TMK'nun 716. maddesine mümas tescile icbar davasıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 1025. maddesi, "Bir aynî hakkı yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise bu yüzden aynî hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir" hükmünü havidir. Bu hükümden hareketle yolsuz tescil, mevcut olan aynî hakka aykırı olan ya da maddi gerçeği temsil etmeyen tescil olarak tanımlanabilecektir¹⁰⁸. Dolayısıyla TMK'nun 1025. maddesinde vücut bulan tapu sicilinin düzeltilmesi davası, tapu iptali ve tescil davalarını da kapsamına alan geniş ve üst bir kavramdır¹⁰⁹. Dava, aynî, yani mülkiyete dayandığı için zamanaşımı ya da hak düşürücü süreye¹¹⁰, bir diğer ifadeyle, zaman cihetinden hiçbir kısıtlamaya tabi değildir¹¹¹. Yolsuz tescil, kural olarak bir aynî hakkın iktisabını ya da yitirilmesini sağlamaz. Zira Türk Hukuk Sisteminde aynî hakların iktisabı, illi¹¹² yani temelinde geçerli bir hukuki işlemin varlığına merbuttur (TMK 1024). Bu sebeple, taşınmazların iktisabında illilik, yani sebebe bağlılık ilkesi egemen olduğundan, tescilin sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemdeki sakatlık, tescili de yolsuz hâle getirecektir¹¹³. Ne var ki, lehine yolsuz tescil yapılan kişi salt tapu siciline yapılan tescil ile aynî hak kazanamayacaktır¹¹⁴. Tapu sicilindeki yolsuz tescile karşın gerçek hak sahibi, maddi hukuk bakımından hak sahibi olarak kalmaya devam ettiğinden, aynî hakkını kaybetmiş olmaz¹¹⁵. Çünkü maddi hukuk bakımından gerçek (hakiki) hak sahibi olan kişi, yolsuz tescil sonucunda ortaya çıkan gerçek hak sahibini göstermeyen tapu sicili ile maddi hak arasındaki mübâyenetin ortadan kaldırılıp¹¹⁶, maddi hak ile sicil arasındaki ahengin tesisi için¹¹⁷, aynî hakkının zarara uğraması

108 Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 43.

109 "Türk Medeni Kanununun 1025.maddesine göre bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise bu yüzden aynî hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir. Yasanın 1027. maddesine göre de, ilgililerin yazılı rızaları olmadıkça tapu memuru tapu sicilindeki yanlışlığı ancak mahkeme kararı ile düzeltebilir. Kısaca, yolsuz tescil iddiasına dayalı tapu iptali ve tescil davaların görüleceği yer 1027. madde hükmünden anlaşılacağı üzere genel mahkemelerdir." (14. HD 11.11.2010, 11237/12488).

110 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 33.

111 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 18.

112 ADAY, S. 25; KURT, s. 19.

113 ADAY, S. 93; KURT, s. 19, 31.

114 SAPANOĞLU Süleyman, **Tapu İptali Ve Tescil Davaları**, Ankara, 2015, s. 24.

115 KURT, s. 19.

116 KURT, s. 105.

117 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 21, 42. "Tashih davası ikamesinin en esaslı objektif şartı kütüğü ile gerçek hak durumu arasında bir tezaadın, uyumsuzluğun bulunmasıdır."



tehlikesi olduğunu ileri sürerek, her yolsuz tescil lehtarına¹¹⁸, her hangi bir zaman kısıtlamasına tabi olmaksızın, yolsuz tescilin düzeltilmesini her daim isteyebilecektir. Oysa TMK'nun 716. maddesinde vücut bulan tescile icbar davası, şahsi nitelikte ve temeldeki borç ilişkisinin tabi olduğu zamanaşımına bağlıdır¹¹⁹. Buna karşın, yolsuz tescil malikinin iflası hâlinde dahi aynî hak niteliğinden ötürü hakiki hak sahibinin taşınmazı iflas masasından ayırma hakkı mevcuttur¹²⁰. Meğerki üçüncü kişinin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesine dayalı aynî iktisabı bulunsun¹²¹. Türk Medeni Kanunu 716. maddesinde vücut bulan "Tescili isteme hakkı" başlıklı dava ise, aynî bir dava olmayıp, şahsi hakka dayalıdır. Nitekim bu dava ile aynî bir hak ileri sürülmeyip, gerçek malikten mülkiyetin intikalini talep etme imkânını bahşeden nispi nitelikteki şahsi bir borçtan doğan sözleşmenin aynen ifası, dava marifetiyle talep edilmektedir¹²².

Tapu iptali ve tescil davaları mülkiyet hakkına dayansın ya da dayanmasın hukuki sonuçları itibariyle tapu sicilinde bir değişiklik getirmeye elverişli olduğundan aynî davalar kategorisine dahildir¹²³. Buna karşın tapu iptali ve tescili davasına vücut veren vakia ve hukuki ilişki, yani dava sebebinin niteliği, kesin hükümün konusunu oluşturan taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden diğer takyidatların kesin hüküm karşısındaki mukadderatı noktasında ehemmiyetli bir işlevi haizdir. Bir diğer ifadeyle, dava konusu hakkın niteliği, aynı taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden diğer sınırlamalar ile telahuk edecektir. Zira her vakia bir yolsuz tescil sebebidir¹²⁴. Bir yargılamaya konu mal, hak ve alacağa ilişkin olarak dava öncesi yahut yargılama sırasında dava konusuna ilişkin ya da vaziyet eden dava dışı diğer takyidatlar, yargılama sonunda oluşan kesin hüküm otoritesine her hâlükarda maruz ve mahkum olacak mıdır? Bir diğer ifadeyle, tapu iptali ve tescil davasına konu taşınmazın tapu sicil kaydına dava öncesi veya sonrası tesis edilmiş olan haciz, ipotek, şahsi hak şerhi, tedbir kararı ve benzeri tüm kısıtlamaların, kesin hüküm ile birlikte doğrudan mürtefi olup olmayacağı ve taşınmaz mülkiyetinin, lehine hüküm verilen kesin hüküm lehtarına tüm bu takyidatlardan ari olarak geçip geçmeyeceği incelememizin esasını oluşturacağından konu aşağıda iki ayrı başlık altında etraflıca ele alınacaktır. Sorun, hukukun temel kuralları

118 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 33.

119 KURT, s. 178.

120 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 33.

121 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 33.

122 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 32.

123 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 30; Yavaş Murat, Medeni Usul Hukukunda Temyiz, Ankara 2015, s. 29, 30.

124 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 43.



ve maddi hukuk ilkeleri çerçevesinde çözümlenecektir. Zira tapu iptali ve tescil davası özü itibarıyla, şahsi hakka dayanması ile aynı hakka dayanması ihtimalinde¹²⁵ farklı hukuki sonuçlar doğuracaktır. Bir diğer ifadeyle tapu iptali ve tescil davasının özüne nazaran, yolsuz tescile mebni olması ile rızai nitelikteki (Borçlandırıcı işlem) şahsi hakka dayanması, aynı taşınmaza matuf diğer kısıtlamaların, tapu iptali ve tescil davası sonucu husule gelen kesin hüküm otoritesi karşısındaki mukadderatını ve hukuki durumunu doğrudan etkileyecektir.

B. Şahsi Hakka Dayalı Tapu İptali ve Tescil Davası

Şahsi hakka dayalı tapu iptali ve tescil davası, Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesinde düzenlenmiş olup, mevcudiyeti ve devamı borçlar hukuku ile ilgili hükümlere tabi olduğundan¹²⁶, bu madde mucibince mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden mülkiyetin hükmen geçirilmesini talep edebilecektir¹²⁷. Bu madde gereğince ikame edilen tapu iptali ve tescil davasının temeli şahsi hakka dayalı olduğundan, davanın kabulü hâlinde mülkiyet mahkeme hükmüyle intikal edip, tescilsiz bir iktisap hâli vücut bulacaktır (TMK. 705/2). Dolayısıyla şahsi hakka dayalı davalar, yolsuz tescile mebni tapu iptali ve tescil davası diye tesmiye edilemeyecek ve fakat şahsi hakka dayalı tapu iptali ve tescil ya da tescile icbar¹²⁸ davası olarak adlandırılacaktır. Kaldı

125 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 30, 31, 32. Müellif atıfta bulunduğumuz eserin ilgili yerlerinde aynı ve şahsi dava ayrımını yaparak, tashi davasının aynı bir dava olduğundan hiçbir şüphe ve tereddüt olmadığını, zira bu dava ile mülkiyet veya sair aynı haktan çıkarılan müstakil bir takım hakların değil, bilakis mülkiyet veya mahdut aynı hakkın bizzat kendisini talep edildiğini; Oysa TMK'nun 716. (ETMK 642) maddesine dayalı davanın aynı bir dava olmayıp, şahsi bir dava olduğunu, zira bu davada aynı bir hakkın değil, bilakis, malikten mülkiyetin intikalini talebe hak veren ve şahsi borç doğuran bir anlaşmanın aynen ifasının dava edildiğini belirtmiştir.

126 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 67.

127 "Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir." (14. HD 25.03.2014, 2013/14167, 2014/4032).

128 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul 1959, s. 70. "Aynı zamanda henüz hüküm ifade etmeyen tasarrufi muameleyi de havi alım satım akdi yanında, ona takaddüm eden ve sırf iltizami (borç doğurucu) bir mahiyet taşıyan satış vaadi, alım satım karşısında bağımsız ve ondan farklı bir hukuki muamele olarak karşımıza çıkmaktadır."



ki, TMK'nun 716. maddesinin üst başlığı da tescili isteme hakkı¹²⁹, yani hükmen tescili tazammundur¹³⁰. Zira mahkeme hükmü ile yeni bir hukuki ilişki tesis edileceğinden, mahkeme hükmü yenilik doğuran (İnşai)¹³¹ bir hak niteliğindedir¹³². TMK'nun 716. maddesine dayalı tapu iptali ve tescil davasının ikame tarihinde devir borçlusunun taşınmaza malik ve tasarruf yetkisinin¹³³ olması gerekir¹³⁴. Aksi hâlde satış vaadi tarihi ile dava tarihi arasında taşınmaz devredilmiş ise ne borçluya ne de borçla yükümlü olmayan yeni malike TMK'nun 716. maddesine dayalı dava ikame edilebilir¹³⁵. Meğerki taraflar arasında kötünietli bir devir işlemi bulunsun¹³⁶. Nitekim bu ihtimalde devir, sırf alacaklıları ızrar etmek saikine dayalı muvazaalı bir işlem olduğu kadar, haksız fiil de teşkil

129 Kocayusufoşaaoğlu, s. 170.

130 Zira şahsi hak niteliğindeki taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, borçlandırıcı işlemle birlikte tescil ile sonuçlanıp, hüküm ifade edecek tasarruf işlemi de tazammun edecektir.

131 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 32. dp. 15.

132 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, S. 405; KURT, s. 25, 105, 177.

133 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 173.

134 "Tapuya şerh edilmeyen iştirâ sözleşmesi ile 12.7.1976 gün 8040 yevmiye numaralı satış vaadi sözleşmesinin feshine ilişkin feshiname davacıyı bağlamaz. Ancak; dosya kapsamı ve toplanan deliller itibariyle esasen tarafların 151 ve 152 parsel sayılı taşınmazlarda paydaş oldukları, kendilerinin ve diğer paydaşların harici taksime binaen ellerinde bulundurdıkları kısımları tasarruf ettikleri, bu arada davacının satış vaadi ve temlik sözleşmelerine dayanarak dava konusu paylara isabet eden yerleri kullandığı ve bu durumu Necat'ın bildiği saptanmış ise de, satış vaadi ve temlik sözleşmeleri tapuya şerh edilmemiş, bu sözleşmelerden doğan şahsi hak hukuken güçlendirilmemiş ve üçüncü kişilere karşı etkinlik olanağı kazandırılmamış, Abdülcabbar ve Necat'ın mülkiyetin davacıya intikalini önlemek amacı ile hareket ettikleri ve dolayısıyla Necat lehine Medeni Yasanın 931. maddesi hükmünün uygulanamayacağı hususu ispatlanamamıştır. Diğer yönden, satış vaadi sözleşmesi borç doğuran, ancak mülkiyet hakkını geçirmeyen bir işlemdir. Bu hali ile şahsi hak doğurur ve tapuya şerh edilmediği sürece bu hak ancak akidine karşı kullanılabilir, taşınmaz tapu ile temellük eden aynı hak sahibine karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Yargıtay HGK. nun 22.2.1980 gün ve 14-576 sayılı kararında açıklandığı vechile davalının tapuya şerh edilmeyerek hukuken güçlendirilmeyen satış vaadi sözleşmesinin varlığını ve dava konusu paylara isabet eden yerleri davacının kullandığını mücerret bilmesi ve onun satıcı ile kardeş olması, tapudaki iktisabını geçersiz kılmaz. Açıklanan durum itibariyle davanın reddi, doğrudur." (14. HD 23.06.1987, 2591/5447).

135 OĞUZMAN KEMAL/SELİÇİ ÖZER/ OKTAY- ÖZDEMİR s. 405.

136 "Davalı Gürçan Mercan ile son tapu maliki davalı Şefika Tülay Sümengen arasındaki temlik işleminin davalıların el ve işbirliği içinde, davacının 09.12.1997 tarihi sözleşme ile kazandığı şahsi hakkını bertaraf etmek kastıyla yapıldığına ilişkin bir delil olmadığı ve davalı Şefika Tülay Sümengen'in tapu kütüğündeki sicile iyiniyetle dayanarak mülkiyet hakkı (aynı hak) kazandığı anlaşıldığından mülkiyet aktarımına ilişkin talebinin reddi ile ikinci kademedeki tazminat istemi yönünden olumlu-olumsuz bir hüküm kurulması gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm tesisi doğru görülmediğinden, hükmün bozulması gerekmektedir. Kabule göre de; 09.12.1997 tarihli sözleşmede satışı vaat edilen taşınmazın 1/2 hissesine tekabül eden 1590/40.000 hissesi olmasına rağmen, taşınmazın 1/2 hissesinin iptali yerine taşınmazın tamamının iptal ve tesciline karar verilmesi de doğru değildir." (14. HD 14.05.2013, 5772/7256); (14. HD 29.06.2010, 4891/7428).



edeceğinden, kanunen TMK'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralı gereği himaye görmeyecektir¹³⁷. Oysaki yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davalarında mülkiyet, gerçekte davalı şekli malike hiç geçmemiş olup, maddi hukuka göre gerçek malik üzerinde kaldığından, dava eda davası olarak ileri sürülmesine karşın, mahkeme hükmü eda niteliğinde olmayıp, maddi hukuka ilişkin bir tespit hükmü niteliğindedir¹³⁸. Zira hüküm ile yeni bir hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi ya da sona erdirilmesi söz konusu olmayıp¹³⁹, bilakis yolsuz sicil kaydına rağmen varlığını sürdüren maddi hakkın tespiti amaçlanmakta¹⁴⁰, dolayısıyla mülkiyet durumunda bir değişiklik vuku bulmayıp, var olan mülkiyet tespit edilmektedir¹⁴¹. Bu sebeple, yenilik doğurucu bir ilamdan bahsetmek doğru olmayacaktır¹⁴². Nitekim şahsi hakka dayalı tapu iptali ve tescil davasının inşai niteliğiyle¹⁴³ geleceğe¹⁴⁴, buna mukabil, mülkiyete dayalı tapu iptali ve tescil davasının ise maddi hukuka ilişkin tespit hükmü mahiyetiyle geçmişe etkili olması¹⁴⁵, dava konusu taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden diğer takyidatların hukuki mukadderatını da etkileyecektir.

Uygulamada çok sayıda çekişmeye konu olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, hem arsa sahibi hem de yüklenici tarafa borç yükleyen içeriğinde gerek taşınmaz satımı gerekse istisna sözleşmelerine ilişkin hükümleri barındıran karma nitelikli bir hukuki işlemidir¹⁴⁶. Bu sözleşmeler bakımından ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklar, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da yüklenici tarafından üçüncü kişilere devredilen arsa paylarının, yüklenicinin temerrüdü veya ayıplı ifası sebebiyle sözleşmenin

137 ADAY, s. 76.

138 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 38, 83; Kurt, s. 104, 105, 177; "Muvazaa nedeniyle geçersiz sözleşmeye dayanılarak bir taşınmazın tapuda temlik yapılmışsa bu tescil yolsuz bir tescil hükmündedir. Tapuda yapılan temlik ve tesciller illi işlemler olduğundan tapunun dayanağı sözleşme geçersiz ise tapu kaydının da 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun(TMK) 1025. maddesine göre iptali gerekir. Ayrıca muvazaalı sözleşmeler yapıldığı andan itibaren taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacağından açılan dava sonunda verilen karar yenilik doğurucu (inşai) bir hüküm değil, açıklayıcı (ihdasî) bir hüküm durumundadır." (1. HD 20.12.2016, 2014/16120, 2016/11282).

139 KURT, s. 104.

140 KURT, s. 104, 105.

141 KURT, s. 100.

142 KURT, s. 106.

143 ÖNEN Ergun, *İnşai Dava*, Ankara 1981, s. 92.

144 ÖNEN, s. 179; KURU Baki, *Tespit Davaları*, İstanbul 1988, s. 11.

145 KURU, s. 11.

146 ERMAN Hasan, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul 2010, s. 4; Kurşat Zekeriya, *İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul 2017, s.441.



arsa sahibi tarafından feshedilmesi¹⁴⁷ hâlinde nasıl bir görünüm kesbedeceği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Özellikle yüklenicinin sözleşme gereği edimini yerine getirmemesi ya da ifasında temerrüde düşmesi hâlinde arsa sahibinin, sözleşme ile birlikte ya da sözleşmenin devamı sırasında yükleniciye ve onun tarafından üçüncü kişilere devredilen arsa pay mülkiyetlerinin iptali için açtığı tapu iptali ve tescil davası hukuki himayeye mazhar görülecek midir? Doktrinde arsa sahibi tarafından sözleşme kapsamında arsa pay mülkiyetinin yükleniciye devrinin geçerli bir hukuki sebebe dayandığı ve mülkiyetin başlangıçtan itibaren yükleniciye intikal ettiği kabul edilmiştir¹⁴⁸. Dolayısıyla yüklenicinin sözleşmenin ifasında temerrüde düşmesi sonucu arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi faraziyesinde, üçüncü kişilerin iktisap ettiği mülkiyet hakkının bu tasarruftan etkilenmeyeceği vurgulanmıştır¹⁴⁹. Zira işlem tarihinde geçerli bir hukuki sebebe dayanılarak gerçek kayıt malikinden mülkiyet iktisap edilmiştir¹⁵⁰. Bu görüş çerçevesinde sözleşmenin feshi nedeniyle yüklenici aleyhine ikame edilen tapu iptali ve tescil davasının yolsuz tescil sebebiyle mülkiyet hakkına dayalı bir istihkak davası değil, hukuki sebebin geçersiz hâle gelmesine dayalı bir istirdat davası niteliğinde olduğundan, sözleşmenin feshinin geçmişe (dönme) ya da geleceğe etkili olmasının bir ehemmiyeti bulunmadığı, feshin, tescili yolsuz hâle getirmeyeceği, iade borcunun sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde yerine getirilmesi gerektiği de dile getirilmiştir¹⁵¹. Bundan dolayıdır ki, üçüncü kişilerin iktisap ettiği mülkiyet hakkı, arsa sahibinin sözleşmeyi feshetmesi ya da dönmesinden zarar görmeyecektir¹⁵². Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre ise sözleşmeden dönmenin borç ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığı, taşınmaz iktisabının sebebe bağlı bir işlem olduğu, dolayısıyla sözleşmeden dönme hâlinde tescilin de yolsuz hâle geleceği belirtilmiştir¹⁵³. Dolayısıyla arsa sahibinin yüklenici ya da üçüncü kişilere ikame ettiği tapu iptali ve tescil davası,

147 Tam iki tarafa borç yükleyen satım ve eser sözleşmesi hükümlerini içinde barındıran arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflardan birisinin eksik ya da ayıplı ifası sonucu temerrüde düşmesi halinde diğer tarafın sözleşmeyi feshetmesi ya da sözleşmeden dönmesi yenilik doğuran bir haktr. Bkz. BUZ, s. 173, 174,182.

148 KURŞAT, s. 441; ERMAN, s. 176, 177.

149 ERMAN, s. 176; KURŞAT, s. 441; Özçelik, s. 189.

150 ERMAN, s. 177; KURŞAT, s. 442.

151 ERMAN, s. 177.

152 ERMAN, s. 177. "Meğerki üçüncü kişiye yapılan devirler arsa sahibinin iade davasını sonuçsuz bırakmak için kötü niyetle ve işbirliğine dayalı yapılsın."

153 Öz Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 241, 262.



şahsi hak niteliğinde sebepsiz zenginleşmeye dayalı¹⁵⁴ tescile icbar (TMK 716) davası değil¹⁵⁵, aynı hakka (mülkiyet) dayalı tescilin düzeltilmesi (TMK 1024) davası niteliğindedir¹⁵⁶. Zira bu ihtimalde arsa sahibi mülkiyeti hiç yitirmedeğinden, zamanaşımına tabi olmadan hem yükleniciye hem de iyiniyetli olmadıklarını ispatlamak suretiyle üçüncü kişilere karşı yolsuz tescilin düzeltilmesini dava edebilecektir¹⁵⁷. Yargıtay şahsi hak kapsamındaki taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşmeye, imar mevzuatına ve projesine uygun olarak inşaatı tam ve eksiksiz biçimde tamamlayıp arsa sahiplerine teslim etmesi hâlinde, üçüncü kişilerin satın aldıkları arsa payı ve dairelerin tapu devirlerinin geçerlilik kazanacağını, aksi hâlde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydının, illiyetten yoksun hâle gelerek yapılan işlemin yolsuz tescil durumuna düşeceğini içtihat etmiştir¹⁵⁸. Bu içtihat çerçevesinde arsa sahibinin, yüklenici ya da onun isteği doğrultusunda bir üçüncü kişiye yaptığı devirlerin avans

154 Sözleşmeden dönmeye dayalı iadenin dayanağını sebepsiz zenginleşme hukuki zeminine dayandırmak, hak sahibinin iade talebinin kapsam ve ileri sürülebilirlik imkanını sınırlayacağından, hakkaniyete denk düşmeyen ve subjektif hakkı himayeden uzak sonuçlar doğuracaktır. Zira sebepsiz zenginleşme, şahsi ve nisbi nitelikte bir alacak hakkı olup, zamanaşımı süresine tabidir. Dolayısıyla arsa sahibi, hiçbir süre ve ileri sürülebilirlik kısıtlamasına bağlı olmaksızın kullanabileceği mülkiyet hakkı yerine şahsi hakka dayanma zorunluluğuna icbar edilmesi hak kayıplarına sebebiyet verecektir.

155 ÖZÇELİK, s. 189. Müellife göre, dönme nedeniyle doğan iade borcunun yerine getirilmemesi halinde açılacak dava, TMK'nun 716. maddesine dayalı tescile zorlama davasıdır.

156 ÖZ Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 2013, s. 173; Öz, Dönme, s. 258.

157 ÖZ, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 173.

158 "Henüz işin başında yükleniciye ya da onun gösterdiği şahıslara bir kısım tapu paylarının devredilmesi avans niteliğindedir. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 162. ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca; yüklenici hak ettiği oranda alacak haklarını üçüncü kişilere temlik edebilir. Arsa sahiplerinin yükleniciye arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yapmış oldukları arsa payı temlikleri, ona finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapıldığından, yüklendiği edimini ifa ettiği oranda arsa sahiplerine karşı alacak hakkı ve o oranda da kendisine temlik olunan paylar üzerinde mülkiyet hakkı doğar. Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde bu tapu payları 818 sayılı BK'nın 108/1. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi, onun halefi olduğundan selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Diğer bir anlatımla, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi ve mülkiyete hak kazanması gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. Yükleniciden arsa payı satın alanlar ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde arsa paylarına hak kazanabilirler." (23. HD 01.10.2015, 4794/6182).

mahiyetine nazaran¹⁵⁹, üçüncü kişilerin, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki iki tarafa borç yükleyen sözleşmeyi bildiği ya da bilmesi gerektiğinden dolayı TMK'nun 1023. maddesinden faydalanamayacağını vurgulamıştır¹⁶⁰. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin

159 "Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan BK'nun 355. (TBK'nun 470. vd.) maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi", iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden, TMK'nun 706, dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan BK'nun 213, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca taşınmaz devri yükümlülüğü getiren sözleşmelerin resmi şekilde yapılması zorunludur. 818 sayılı BK'nun 11. (TBK'nun 12.) maddesi uyarınca, kural olarak kanunun emrettiği şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmeler ise geçersizdir. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Ne var ki, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 30.09.1988 tarih ve 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı kararında da belirtildiği gibi, yükümlülükleri yerine getirilen sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi iyiniyet kurallarına aykırı olacaktır. Somut olayda, 334 ada 27 parsel üzerine yapılan inşaatla ilgili inşaat ruhsatı ve iskân ruhsatının davalılardan Burhan Çoban adına düzenlenmiş ve inşaatın bu şekilde bitirilmiş olduğu anlaşıldığından, artık davacı ile davalılardan Mehmet Murat Çoban arasında imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersiz olduğu ileri sürülemez. Bahsi geçen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, henüz işin başında yüklenicinin finansman ihtiyacını karşılamaya yardımcı olmak amacıyla yükleniciye ya da onun göstereceği kişiye taşınmazın/taşınmazların devredilmesi yükleniciye verilen avans niteliğinde, başka bir anlatımla kredi kullanılması niteliğindedir. Yüklenici de arsa sahibince kendisine duyulan güvene karşı inşaatı zamanında tamamlayıp arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince borçlu bulunduğu arsa sahibine karşı edimlerini yerine getirmelidir. Bu durumda mahkemece, 2009 yılında adi yazılı şekilde düzenlendiği ileri sürülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca tapu devri yapıldığı ve bu devrin sözleşmedeki yüklenici Mehmet Murat Çoban'a verilen avans niteliğinde olduğu gözetilerek, sözleşmenin ayakta olduğunun kabulüyle uyumsuzluğun esası incelenip taraf delilleri değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye ve yanlılgı gerekçeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır." (23. HD 19.06. 2015, 3400/4746).

160 "Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Davacı arsa sahipleri ile davalı yüklenici Zafer Taşbilek arasında 05.07.2007 tarihli noterden düzenleme şeklinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenmiş olup, bu sözleşme gereğince davacılara ait Sivas ili merkez Yüceyurt Mahallesi 31 ada 7 ve 8 parsellerde kayıtlı taşınmazlar üzerine bina inşa edilerek iki adet dairenin arsa sahiplerine verilmesi kararlaştırılmıştır. Davacılar arsaların yükleniciye devredildiğini, tevhit edilerek 17 parselin oluştuğunu, davalının 4 no'lu bağımsız bölümü devretmesine rağmen 2 no'lu bağımsız bölümü kendilerine devretmediğini ileri sürerek tapusunun iptali ile adlarına tescilini istemiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahipleri tarafından tapuda yükleniciye devredilen arsa payları, sözleşme konusu inşaatın yapılabilmesi için yüklenicinin inşaatı finans sağlaması amacıyla verilen avans niteliğindedir. Söz konusu arsa payları inşaatın tamamlanmasından sonra devredilebileceği gibi, inşaat sırasında veya inşaat başlanmadan önce de devredilmiş olabilir. Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetli taşınmaz iktisap eden kişiler TMK'nun 1023. maddesinin koruyuculuğu altına alınmış, bir bakıma esas hak sahibine karşı tercih edilmiş, dayandıkları tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması kendisinden



feshedilmesi ihtimalinde, Yargıtay'ın üçüncü kişileri tapu siciline güven ilkesinden faydalandırmaması, öğretilde, iyiniyet şartı eksikliğine değil, sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi ihtimalinde bile sebebe bağlı tasarruf işleminin dönmeden etkilenmediği, ifa edilmiş edimlerin hukuki sebebini teşkil eden sözleşmenin ortadan kalkacağı¹⁶¹, dolayısıyla iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandığı¹⁶² ve bu nedenle tapuda yolsuz bir tescilin söz konusu olmadığı savına dayandırılmıştır¹⁶³. Aksi yöndeki bir görüşe göre ise, sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebinin aynı ve mutlak değil, nispi ve şahsi bir talep hakkı olduğu, oysaki iş

beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkansız olması gerekir. Yüklenicinin sözleşmeye, imar mevzuatına ve projesine uygun olarak inşaatı tam ve eksiksiz biçimde tamamlayıp arsa sahiplerine teslim etmesi halinde üçüncü kişilerin satın aldıkları arsa payı ve dairelerin tapu devirleri geçerlilik kazanacaktır. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. Esasen bu durum yükleniciden arsa payının mülkiyetini devralan üçüncü kişiler için olduğu kadar, taşınmaz üzerinde mülkiyet dışında bir aynı hak, bu arada ipotek hakkı kuran üçüncü kişiler için de geçerlidir. Yükleniciden pay devralan veya arsa sahibi tarafından avans olarak yükleniciye devredilmiş bir taşınmaz üzerinde kredi sözleşmesi gereği ipotek hakkı sahibi olan üçüncü kişiler de, söz konusu haklarının inşaatın usulüne uygun biçimde gerçekleşmesi halinde geçerlilik kazanacağını bilmeleri gerektiğinden iyiniyetli olduklarını ileri süremezler. Dolayısıyla bu kişiler TMK'nın 1023. maddesinin korumasından yararlanamazlar. Tamamlanmamış inşaat nedeniyle kredi veren bir bankanın tapudaki gerçek malikin kim olduğu ve yüklenicinin edimini yerine getirmemesi durumunda sözleşmede kararlaştırılan bedele hak kazanamayacağını, bu nedenle taşınmaz üzerine kurulan ipotek hakkının geçerli olamayacağını bilmemesi mümkün değildir. Kaldı ki, bankaların tacir olup, kredi veren kuruluşlar olarak basiretli bir tacir gibi tapunun devir sebebini araştırması ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği devredildiğini bilebilecek durumda olması nedeniyle TMK'nın 1023. maddesinin korumasından yararlanamayacağı açıktır. Somut olayda, dahili davalı Albaraka Türk Katılım Bankası A.Ş. tarafından dava dışı Mehmet Hazırbulan'a 26.03.2008 tarihli genel kredi sözleşmesi ile kredi verildiği, karşılığında bu kredinin teminatı olarak yüklenici Zafer Taşbilek adına kayıtlı bulunan 2 ve 7 no'lu bağımsız bölümler üzerine banka lehine ipotek konulduğu, bilahare Sivas 3. İcra Müdürlüğü'nün 2010/3506 Esas sayılı takip dosyası üzerinden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibi yapılarak, dava konusu taşınmazın alacağına karşılık bankaya ihale edilip, banka adına tescil edildiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar 2 no'lu bağımsız bölüm cebri icra yolu ile banka adına tescil edilmiş olsa da, icra takibinin konusunu oluşturan ipoteğin tesisi sırasında bankanın yukarıda açıklandığı üzere, basiretli bir tacir gibi tapu üzerinde gerekli ve yeterli inceleme yapmaksızın kredi vererek ipotek koydurduğu, dolayısıyla yüklenici edimini yerine getirmediğinden konulan ipoteğin tescilinin yolsuz olduğu, bankanın TMK'nın 1023. maddesinin korumasından yararlanamayacağı açıktır. Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan, yazılı şekilde bankanın iyiniyetli olduğundan bahisle tapu iptali ve tescil istemli davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmektedir." (23. HD 29.12.2015, 7612/8561).

161 SELİÇİ Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977, s. 208. "Geriye etkiden anlaşılan, borç ilişkisinin başlangıçtan beri kaldırılması, sözleşmenin hiç kurulmamış gibi addedilmesidir."

162 SELİÇİ, s. 208; KURŞAT, s. 442.

163 YAKUPPUR, s. 194; ÖZÇELİK, s. 189, 190. "Yükleniciden mülkiyeti devralan üçüncü kişiler, payı gerçek hak sahibinden devralmıştır."

sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdireceğinden, iade talebi mülkiyete dayalı olacaktır. Bu sebeple, iş sahibi mülkiyeti hiç kaybetmeyeceğinden, yüklenici adına yapılan arsa payı devri, gerçek hak sahipliğini yansıtmayan yolsuz bir tescil niteliğinden olacağından, iş sahibi hiçbir süre kısıtlamasına bağlı olmaksızın herkese karşı mülkiyet hakkını ileri sürebilecek ve bu bağlamda maddi gerçeği temsil etmeyen sicil düzeltilmesini dava edebilecektir¹⁶⁴. Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde; taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden mütevellit yüklenici ya da üçüncü kişiye yapılan devirlerin, sözleşmenin feshi hâlinde yolsuz tescil durumuna düşeceği ve yolsuz tescile dayanarak aynî hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin iktisabının TMK'nun 1023. maddesi gereği korunacağı dile getirilmiştir¹⁶⁵. Yargıtay'ın yerleşik ve müstakar içtihadına göre; taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ve tapu kaydının iptali davasının kabulü sonucu, tapu kaydının illetten yoksun hâle gelmesine¹⁶⁶ ve yüklenici ya da üçüncü kişiye yapılan devrin, gerçek bir satım değil, avans işlemi niteliğine nazaran, tapuda yolsuz bir tescilden bahsetmek de doğru olmayacağı için, şekli malik zamanında taşınmaza tesis ve şerh edilen takyidatlar, kesin hüküm otoritesi karşısında hüküm ifade etmeyecektir¹⁶⁷. Yargıtay'ın kabul ettiği gibi yükleniciye

164 ÖZ, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 173, 175; Öz, *Dönme*, s. 242, 258, 262.

165 ÖZ, *Dönme*, s. 259, 260; Arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde yükleniciye devredilen arsa paylarının geçmişe etkili olarak yolsuz hale gelmesi halinde bu yolsuz tescile güvenerek iyiniyetle aynî hak iktisap eden üçüncü kişilerin bu kazanımının TMK 1023. maddesi gereği korunması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz. ERMAN, s. 178; KURŞAT, s. 442.

166 "Aynî haklar, illete bağlı bir işlem sonucu doğar, değişir veya son bulur. Sadece bir tescil işleminin yapılması mülkiyet hakkının doğumu için yeterli olmayıp; ayrıca geçerli bir hukuksal nedenin de varlığı gereklidir. Az yukarıda açıklandığı üzere, arsa sahibi tarafından yükleniciye yapılmış olan temlik, "avans" niteliğinde olup; yüklenici yüklendiği edimini kural olarak tamamen ifası sonucu, sözleşme uyarınca kendisine verilmesi kararlaştırılan tapulu taşınmaz ya da bağımsız bölümün aynî hak sahibi olabilir." (15. HD 20.09.2010, 3950/4617).

167 "Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya içeriğine göre; davacı arsa sahipleri ile davalı yüklenici arasında 06.10.2009 gün ve 8420 yevmiye numaralı düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığı, sözleşme uyarınca 60 işgünü içinde inşaat ruhsatı alınıp, ruhsat tarihinden itibaren 26 ay içinde inşaatın bitirilmesi gerektiği, 27.01.2012 tarihinde Karabük 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2012/10 D. iş dosyası ile yapılan keşif sonucu, taşınmaz üzerinde yıkılmış bina kalıntılarının bulunduğu ve henüz bir inşaat çalışmasına başlanmadığının tespit edildiği, davalı yüklenicinin inşaat ruhsatı almak için başvuruda bulunmadığı, sözleşmenin 12. maddesinde arsa sahiplerine fesih hakkı tanındığı, davalı yüklenicinin inşaatı hiç başlamamış olması nedeni ile BK'nun 107/1. maddesi uyarınca fesih ihtarına gerek olmadığı, BK'nun 358/1. maddesi uyarınca sözleşmenin geçmişe etkili olarak feshedildiğinin kabulünün gerektiği, davacılar tarafından sözleşmenin yerine getirileceği inancıyla devredilen tapuların da aynen iadesinin gerektiği, taşınmaz üzerinde davalı yüklenicinin borçlarından dolayı konan haciz ve ipoteklerin arsa sahipleri yönünden hükümsüz kaldığı



yapılan devrin satım değil, avans niteliğinde olduğu, dolayısıyla arsa sahibinin sözleşmeden dönmesinin geçmişe etkili olarak tescili yolsuzlaştırdığı, bu sebeple yüklenici ve üçüncü kişiler üzerindeki tapunun iptali gerektiğine ilişkin içtihadı hukuken savunulabilir olmasına karşın¹⁶⁸, iyiniyetli üçüncü kişileri TMK'nun 1023 madde hükmünden mahrum bırakması¹⁶⁹, hukuki bir gerekçe olmaktan varestedir. Hatta daha da ileri giderek üçüncü kişiden arsa payı alan müteakip kişileri de tapu siciline güven ilkesinden yoksun bırakarak¹⁷⁰ tapu kaydının iptaline cevaz

gerekçesi ile davanın kabulüne, 06.10.2009 gün ve 8420 yevmiye numaralı gayrimenkul satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçmişe etkili şekilde feshine, davalı yüklenici adına kayıtlı 201 ada, 96 parsel sayılı tapu kaydının iptali ile haciz ve ipoteklerden yükümsüz olarak davacılar adına tesciline dair verilen kararın davalılar Ziraat Bankası A.Ş. ve SGK Başkanlığı vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 30.01.2014 gün, 2013/5121 esas ve 2014/559 karar sayılı ilamı ile onanmıştır. " (23. HD 19.12.2014, 4727/8288).

- 168 "Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Yasa'nın 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, bu nedenle davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir." (23. HD 18.09.2013, 3436/5497).
- 169 "Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Yasa'nın 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, geriye fesh koşullarının oluşması halinde bu nedenle davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir." (23. HD 15.10.2014, 6486/6291); (23. HD 14.01.2013, 2012/5665, 2013/2); (15. HD 11.06.2012, 2706/4360); (15. HD 14.05.2012, 6559/3377).
- 170 "Somut olayda,davacılar yükleniciyi temsilen ona isabet eden bağımsız bölümle bağlantılı olarak dava dışı Ayşe K. isimli kişiye pay satmış,davalı da bu kişinin devrettiği Nusret Y.dan payı satın almıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyi niyetli olması, sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen sicilindeki yolsuz tescil durumuna düşme halini bilmemesi gerekir. Nitekim, bu görüşten hareketle kötü niyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği Mahkemece resen nazara alınacağı gerek 8.10.1991 tarih 1990/4 Esas,1991/13 Karar sayılı İnançları Birleştirme Kararında gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından, taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. "Topraktan satış, temelden satış" şeklinde isimlendirilen bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda, Medeni Kanunun 931. satın alan kişilerin Medeni Kanun'un 1023. maddesinden yararlanamayacakları Dairemizin yerleşik uygulaması gereğidir. Gerek yüklenici, gerekse de yükleniciden pay alan davalılara arsa sahibince yapılan arsa payı devirleri avans ödemesi niteliğinde olup, yüklenici ve ondan bağımsız bölüm maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olmaz." (1. HD 26.10.2000, 12433/13094).

vermesi¹⁷¹, TMK'nun 1023. madde hükmünü yok saymaktır. Hâlbuki taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ve tapu kaydının iptali davasının kabulünün yolsuz tescile mi, yoksa şahsi işleme mi dayalı olduğuna yönelik hukuki vasıflandırma¹⁷², tapu kayıt maliki ile diğer üçüncü kişilerin hukuki durumunu doğrudan etkileyecektir¹⁷³. Kanaatimizce, sözleşmeden dönülmesi, geçmişe etkili olarak hukuki ilişkiyi sona erdirecek olması¹⁷⁴ tescili yolsuz hâle dönüştüreceğinden, bu kayda güvenen iyiniyetli üçüncü kişiler, TMK'nun 1023. maddesinin koruyucu hükmünden faydalanmalıdır. Zira burada

171 “ Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye dönük olarak feshi halinde yükleniciden pay satın alan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin tümü taşınmaz üzerine kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaat yapıldığını ve yüklenicinin edimini yerine getirdiğinde bağımsız bölümlere gerçekten hak kazanacaklarını bilerek bağımsız bölüm satın almışlardır. Bağımsız bölümlerin mülkiyetini iktisap edebilmeleri için yüklenicinin arsa sahiplerine karşı yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesi ve inşaatı sözleşme koşullarına uygun olarak bitirip teslim etmesi gerekir. Somut olayda yükleniciler bloklar halindeki inşaatı bitirip teslim etmeyerek temerrüde düştükleri ve inşaatın getirildiği seviye nazara alınarak sözleşmenin geriye yönelik olarak feshine karar verildiğinden yükleniciden pay satın üçüncü kişiler avans olarak devredilen bağımsız bölümlerin mülkiyetlerine hak kazanamadıklarından adlarına olan tapu kayıtlarının iptali ile davacılar adına miras payları oranında tesciline karar verilmesi gerekirken davalıların iyi niyetlerinin korunması gerektiğinden söz edilerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun görülmüştür.” (15. HD 15.06.2017, 449/2579); “Dava konusu 215 parsel nolu arsa üzerinde davalı Secahattin kat karşılığı inşaat yapacak ve buna karşılık davacıya daireler verecektir. Bu anlaşma uyarınca davacıya ayrıca bir bedel ödenmemiştir. Bu nedenle davacı ile davalı Secahattin arasındaki ilişki daire karşılığı inşaat yapımından kaynaklanmış, diğer bir deyişle satış işlemi kastedilmemiştir. Öyle olunca davalı yükleniciye inşaat yapımı amacıyla yapılan tapu kayıtlarının devrinin inşaatın sözleşmesine uygun bir biçimde bitirilip, arsa sahibine verilmesi öngörülen dairelerin teslimi şartına bağlı tutulduğu da kabul edilmelidir. İnşaatları daire alan üçüncü kişilerin durumuna gelince; yüklenici dışında davalı sahada yer alan bu kişiler, davalı Secahattin`den pay satın almışlardır, bir kısmı ise Secahattin`in sattığı kişilerin devrettiği şahıslardır. Tüm bu satın alan davalıların amacının arsanın satımı olmayıp, arsa üzerinde yapılacak inşaatın bağımsız bölümler edinmek olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle işlemin geçerliliğinin arsa sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerinin teslimi şartına bağlı olduğunu bilmeleri hayatın olağan akışının icabındandır. Davacılar satın alma işlemini gerçekleştirenlerken gerekli özeni göstermelidirler. Bu sebeple MK.nun 931. maddesi hükmünden yararlanmaları düşünülemez.” (15. HD 19.10.1998, 3274/3915).

172 İYİLİKLİ Ahmet Cahit, *Mirasçılık Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2017, S. 9,(s. 281- 382), s. 347.

173 İYİLİKLİ, *Mirasçılık Belgesi*, s. 344.

174 “Davalılar arasındaki 27.03.2001 tarihli arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin 08.08.2007 tarihinde feshedildiği ve feshin geriye etkili yapıldığı görülmektedir. Gerçekten, fesih sonuçlarını ileriye etkili yapılmamışsa kural olarak geriye etkili meydana getirir. Geriye etkili fesihle taraflar sözleşme hiç yapılmamış gibi sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığı durumuna geleceklerinden ne yüklenici ne de onun temlik işleminde bulunduğu üçüncü kişi feshedilen sözleşmeye dayanarak bir bakıma sözleşmenin bedeli olan arsa payının devrini arsa sahiplerinden talep edemez. Bu gibi durumlarda ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak arsa sahiplerinin malvarlıklarında yaratılan artı değerlerin para olarak iadesi istenebilir.” (14. HD 13.05.2010, 4902/5603).



söz konusu olan iyiniyet, TMK'nun 3. maddesi anlamındaki sübjektif, yani tapu sicilindeki tescilin yolsuz olduğunu bilmemek ve gereken özen gösterilseydi dahi öğrenemeyecek durumda olunmasıdır¹⁷⁵. Dolayısıyla üçüncü kişinin iktisap ettiği arsa payının yüklenicinin inşaatı yapma edimi karşılığında devredilmiş olduğunu bilmesi iyiniyetini ortadan kaldırmak için tek başına yeterli olmayacaktır¹⁷⁶. Üçüncü kişi ancak, arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünü bildiği ya da bilmesi gerektiği hâllerde iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır¹⁷⁷. Nitekim TMK'nun 1023. madde hükmüne dayalı hukuki koruma¹⁷⁸ salt tasarruf yetkisi noksanlığını gidereceğinden¹⁷⁹, aynî hakların iktisabı için geçerli olan tüm kurucu unsurların mevcut olması¹⁸⁰ ve inzımanı gerekir¹⁸¹. Üçüncü kişilerin,

175 ÖĞÜZ, s. 1; ADAY, s. 26.

176 KURŞAT, s. 442; ÖZÇELİK, s. 190.

177 ÖZ, DÖNME, s. 260, 261; ÖZÇELİK, s. 190, 191.

178 ÖZÇELİK, s. 183. "Tapu siciline güvenin korunması, hakkın varlığı veya yokluğunun yanı sıra, edinilen hakkın içerik veya sırasını da kapsar."

179 ÖĞÜZ, s. 115; ÖZ, DÖNME, s. 259; YAKUPPUR, s. 146; SİRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, Ankara 2017, s. 201.

180 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 152; KURT, s. 29.

181 SİRMEN, s. 201; YAKUPPUR, s. 146; "İpotek ise kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacıyla güden ve bir taşınmaz değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir aynî haktır. İpotek tesisi için rehin edilecek taşınmaz maliki ile alacaklı arasındaki anlaşmanın (rehin sözleşmesi) bulunması ve rehin sözleşmesinin Türk Medeni Kanununun 856. maddesi gereğince tapu siciline tescil edilmesi gerekir. Rehın sözleşmesinin (ipoteğin) geçerli olabilmesi için iki ayrı hukuki işlemin varlığı gerekir. Bunlardan ilki ipoteğin kurulmasına neden olan borçlandırıcı bir işlemin varlığı (ipoteğin hukuki sebebi) ikincisi ise, bir tasarruf işlemi olan rehin sözleşmesinin tapu siciline tescili muamelesidir. Zira ipotek ancak tapuda kayıtlı bir taşınmaz üzerine kurulabilir. Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya gelince; Yukarıda da söylendiği üzere; davalılardan banka lehine olan ipotek üst hakkının tesisinden sonra imarla 128 ada 1 parsel giden ve 20.11.1995 tarihinde bu üst hakkı sebebiyle davalı Favori Dinlenme Yerleri A.Ş tarafından tesis edilen kat irtifaklı 1,2,3,4,5,6 ve 7 numaralı bağımsız bölümler üzerine konulmuştur. Ne var ki, Hazine tarafından açılan ve aynı yer mahkemesinin 2001/507 Esasında kayıtlı dava dosyasında davacı hazine kurulan kat irtifakının yolsuz tescil edildiğini ileri sürerek kat irtifakının iptalini istemiş, mahkemeye de 21.10.2003 tarihli kararla 128 ada 1 parsel sayılı taşınmaz kurulan kat irtifakının iptaline karar verilmiş, hüküm Yarğıtay denetiminden geçerek kesinleşmiştir. Görülüyor ki, üzerine ipotek tesis edilen bağımsız bölümlerin oluşturulmasında yasal bir sebep kalmadığı, başka bir anlatımla kat irtifakı tesisine ilişkin tescil isteminin yolsuz bir tescil olduğu yargı kararı ile saptanmış, bu şekilde kurulan kat irtifakı tapudan terkin edilmiştir. Türk Medeni Kanununun 717. maddesi hükmünce terkin nedeniyle taşınmaz mülkiyeti kaybedilmiş olacağından ve davalılardan banka yararına konulan ipotek münhasıran tapudan terkin edilen taşınmaz üzerine konulduğundan ipoteğin tesis edilen üst hakkına yansıtılma olanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki, Türk Medeni Kanununun 858 maddesi uyarınca da taşınmaz rehni tescilin terkin halinde sona erer. Mahkemeye yapılan bütün bu tespitler doğrultusunda değerlendirme yapılarak istem sonucu hakkında bir karar verilmesi yerine sözleşmenin 6,2 maddesi hükmüne yanlış anlam verilerek ipotekler 128 ada 1 parsel kaydı üzerine konulmuş gibi istem reddedildiğinden karar bozulmalıdır." (14. HD 12.03.2009, 2301/3094).

yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde arsa pay haklarının doğmayacağını bilerek, arsa pay mülkiyet haklarının iptal edileceğini göz önüne almalarını iyiniyeti ortadan kaldıran bir unsur olarak kabul etmek¹⁸², TMK'nun 3. maddesindeki hak kazanımındaki hukuki engeli bilmemek kavramını en geniş şekilde uygulayarak hak kayıplarına ve hakkaniyetsiz sonuçlara sebebiyet verecektir. Üçüncü kişiler, arsa pay mülkiyetini yükleniciden değil de doğrudan arsa sahibinden devir alması faraziyesinde, sözleşme geriye etkili olarak sona erse bile üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı mevcudiyet ve geçerliliğini muhafaza edecektir¹⁸³. Şayet üçüncü kişiye yapılan devir, arsa sahibinin yükleniciye verdiği vekâlet marifetiyle icra edilip, müteakiben yüklenicinin temerrüdü sebebiyle arsa

182 "Dava, davacı ile davalı şirket arasında düzenlenen tarihsiz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca tapudan devri yapılan taşınmazın tapusunun iptali ve tescili istemine ilişkindir. Adi yazılı sözleşme gereğince davacı, dava konusu taşınmazı 09.03.2007 tarihinde davalı şirkete devretmiş, davalı şirket de 04.04.2008 tarihinde diğer davalıya satmıştır. Davalı şirketin geçen sürede sözleşmenin ifasına başlamaması nedeniyle davacı arsa sahibi mahkemece fesihte haklı bulunmuş, davalılar arasındaki devrin de muvazaalı olduğu kabul edilerek tapu iptal ve tescile karar verilmiştir. Davacı fesihte haklı olduğundan, sözleşme gereği tapudan devrettiği taşınmazın tapusunu gerek yükleniciden ve gerekse yükleniciden devralan 3.kişiden talep edebilecektir. Yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişi, kendisine tapuda devri yapılan hissenin yükleniciden satın aldığı bağımsız bölüme bağlı olduğunun bilincinde olup, gerek yüklenicinin gerekse ondan bağımsız bölüm alan kişilerin hak sahibi olabilmesi için yüklenicinin arsa sahibine karşı tüm edimlerini yerine getirmesi şarttır. Dolayısıyla somut olayda, TMK'nın 1023. maddesinin uygulama yeri yoktur." (23. HD 31.03.2014, 2013/8731, 2014/2416); "Henüz inşaat aşamasında bağımsız bölüm satın alan davalı üçüncü kişiler, inşaatın yüklenici tarafından bitirilmesi halinde hak sahibi olacaklarını bilmeleri gerekir. Mevzuatı bilmemek mazeret sayılmaz. Bu itibarla, davalı üçüncü kişilerden Şerafettin Karasu ile Nurcan Baltacı üzerlerindeki tapu kayıtlarının da akdın geriye etkili feshinin sonucu olarak iptâli gerekirken, bunlar hakkındaki iptâl talebinin reddi doğru olmamıştır." (15. HD 25.10.2007, 2006/3246, 2007/6600); (15. HD 19.10.1998, 3274/3915).

183 KURŞAT, s. 444; ERMAN, s. 181; ÖZÇELİK, s. 187; "Davaya konu edilen bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından değil, doğrudan kayıt maliki davacı tarafından satış yoluyla temlik edildiği, daha sonra bağımsız bölümler karşılığı payların davalılara intikal ettirildiği sabittir. Öyle ise, arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ve bayilerinin, bu edinimlerinin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kılmak ve hakefiet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir." (1. HD 31.03.2004, 3324/3631); Yargıtay'ın bir başka özel dairesinin farklı bir kararı için bkz. "Yükleniciden pay satın alınması ve sözleşmenin geriye etkili feshi halinde yapılan devirler avans niteliğinde olduğundan, devralan kişilerin ya da onların devrettiği diğer şahısların iyiniyet savunmalarının dinlenmesi mümkün değildir. Bu durumda arsa sahipleri ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi kararı geriye etkili fesih niteliğinde olduğundan, mahkemece davacılar ile davalılar ve dahili davalıların dava konusu payları gerçekte kimden satın aldıkları konusunda beyanları alınıp, bu hususta taraflara delilleri ibraz ettirilip toplandıktan ve sunulacak delillerin geçerliliği ile bağlayıcılığı denetlenip değerlendirildikten sonra, arsa sahiplerinin hissesini devralanlarla ilgili davanın şimdiki gibi reddine, **yükleniciden hisse satın alanlarla ilgili davanın tapuda pay devri arsa sahiplerince yapılmış olsa dahi kabulüne karar verilmesi gerekirken** bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir." (15. HD 14.05.2012, 2011/6559, 2012/3377).



sahibi tarafından sözleşmeden dönülmesi üçüncü kişinin mülkiyet hakkını etkilemeyeceği savunulmuş ise de¹⁸⁴, kanaatimizce bu ihtimalde, satış işlemi malik arsa sahibinin iradesine aykırı ya da vekâlet sınırları aşılarak yapılması hâlinde¹⁸⁵ satış işlemi geçersiz olduğundan, buna istinatla yapılan tasarruf işlemi niteliğindeki tescil de hüküm ifade etmeyecektir. Kaldı ki, arsa sahibinin, vekil yükleniciye karşı vekâletin kötüye kullanılmasına ilişkin tapu iptali ve tescil talebi mahfuzdur. Yüklenicinin arsa payını devretmeksizin üçüncü kişi ile satış vaadi yapması ve tapu siciline satış vaadi hakkını şerh vermesini müteakip, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ihtimalinde, satış vaadi şahsi bir hak olduğundan, arsa sahibine karşı ileri sürülemez ise de satış vaadine ilişkin bu şerh, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesine imkan vereceğinden, üçüncü kişi, sözleşmeyi gerçek malik yüklenici ile akdettiğinden, söz konusu şahsi hak, şerhin munzam etkisiyle arsa sahibine karşı da ileri sürülebileceği savunulmuştur¹⁸⁶. Oysa Yargıtay'ın yerleşik içtihatları göz önüne alındığında, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesine matuf tapu iptali ve tescil davasının kabulüne ilişkin ilam, üçüncü kişiye ait tapu kaydını baştan itibaren yolsuz hâle dönüştüreceğinden, taşınmaz mülkiyetine ilişkin diğer şahsi ve aynî hakları da mürtefi kılacaktır. Keza mülkiyet yüklenici üzerinde iken taşınmaz üzerine tesis edilen şahsi yükler ve aynî kısıtlamalar da mürtefi olacaktır. Nitekim yüklenicinin arsa payı karşılığı mülkiyet hakkının iktisap sebebi, sözleşmeye uygun olarak inşaatı bitirme borcu olduğundan, bu borcun sözleşmeye uygun olarak ifa edilmeyerek temerrüde düşülmesi üzerine arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi, tescili yolsuz hâle dönüştürecek¹⁸⁷. Şahsi haklar, bu bağlamda satış vaadi şerhi, ancak gerçek hak sahibinden kazanılabileceğinden¹⁸⁸, dönme talebine matuf tapu iptali

184 KURŞAT, s. 444; ERMAN, s. 181.

185 "Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için kendi edimi olan binayı ikmal ve teslim borcunu yerine getirmesi gerekir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde, BK'nın 358. maddesi uyarınca, arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteme hakkı doğar. Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerinde olan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. İnşaatın daire satın alan kişiler iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden almış olduğu vekaletnameye dayanarak yapmış olması ya da tapuda kendi adına önceden devralmış olduğu payı devretmiş olması, sonuca etkili değildir. Yerleşmiş Yargıtay uygulaması da bu yöndedir." (15. HD 27.10.2005, 375/5775).

186 ERMAN, s. 186; KURŞAT, s. 445; ÖZÇELİK, s. 135, 196, 188, 243.

187 ÖZ, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 173.

188 Gerek şahsi gerekse aynî haklar geçerli bir hukuki sebebe binaen ve gerçek hak sahibinden iktisap edilebilir. Ancak kazanımın yolsuz olması halinde üçüncü kişilerin iyiniyetli olarak iktisap ettikleri aynî haklar hukuki koruma altındadır.



ve tescil davasının kabulüne ilişkin ilama boyun eğmek zorunda kalacak ve tapuya güven ilkesinden de faydalanması söz konusu olmayacaktır¹⁸⁹. Şahsi hakların, tapuya şerh verilmekle niteliğinin değişmeyeceği ve şerhlerin kıyas yoluyla genişletilerek TMK'nun 1023. maddesinden faydalanamayacağı¹⁹⁰, ancak, hak sahibinin, üçüncü kişi nezdinde bir güven oluşturarak hukuki ilişki kurulmasına sebebiyet vermesi ihtimalinde üçüncü kişinin TMK'nun 2. maddesi gereği korunabileceği savunulmuştur¹⁹¹. Taşınmaz mülkiyeti yüklenici üzerinde iken alacaklılar tarafından tesis edilen haciz alacağı da şahsi hak niteliğinde olduğundan, arsa sahibi, sözleşmeden dönmeye matuf tapu iptali ve tescil davasının kabulü ile mülkiyet hakkına dayanarak taşınmazı haciz yükünden kurtaracaktır¹⁹². Zira şahsi haklar, ancak gerçek hak sahibinden iktisap edilebileceğinden, sözleşmeden dönme üzerine haciz alacaklısı başkasına ait bir malı haczetmiş sayılacaktır¹⁹³. Tüm bu açıklamalardan hareketle bu konuya ilişkin kanaatimizi özetleyecek olursak; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen karma sözleşme niteliğinde olup, sözleşme gereği yüklenici ve onun marifetiyle üçüncü kişilere tapu sicilinde arsa payı devirleri yapılmış ise, tescilin sebebe bağlılık kuralı gereği, aynı hakkın iktisap sebebini, yüklenicinin sözleşme gereği üstlendiği borçlanılan edime uygun ifa oluşturacaktır. Arsa sahibinin, yüklenicinin borçlandığı edime uygun ifada temerrüde düşmesi üzerine

189 Şahsi haklar ancak gerçek hak sahibinden iktisap edilebileceğinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicinin temerrüt ya da kusuru sebebiyle feshedilerek ikame edilen tapu iptali ve tescil davasının kabul kararı üçüncü kişilerin iyiniyetli olarak kazandıkları aynı hakları etkilemeyecek ise de yüklenici ile yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi, şahsi hakkın niteliğini etkilemeyeceğinden, üçüncü kişilerin TMK'nun 1023. maddesinden faydalanması mümkün olmayacaktır.

190 Sirmen, s. 199.

191 Öz, Dönme, s. 262.

192 "Yüklenicinin, eser sözleşmesi uyarınca yaptığı inşaattan, bedel olarak, bağımsız bölümler hak edebilmesi için, edimini tam olarak yerine getirmiş olması, başka bir anlatımla, binayı yapıp arsa sahiplerine teslim etmiş bulunması gerekir. Aksi halde, sözleşmenin geriye etkili feshi sonucu, daha önce avans niteliğinde yükleniciye geçirilmiş olan tapu kayıtları, somut olayda olduğu gibi, iptal edilerek, tekrar arsa sahipleri adına tescil edilir. Hatta, yükleniciden, yapılmakta olan inşaattan bağımsız bölüme ilişkin arsa payı alanlar bile, bu nedenle iyiniyet savunmasında bulunamaz ve üzerlerindeki tapu kayıtlarının iptaline yasalar engel olamaz. Somut olayda da, davalı yüklenici kooperatifin, bir yapı kooperatifli olduğu ve arsa payı karşılığı inşaat yaptığı hususu, fazla uğraş gerektirmeyen bir çaba sonucu anlaşılabilirdiği gibi; tapu kayıtlarının üzerinde arsa sahipleri lehine 1. derecede teminat ipoteğinin dahi bulunduğu, dosya içeriği ile sabittir. Bütün bunlara rağmen, davalı üçüncü kişilerin, yasal açıdan iyiniyetli olduklarının kabulü mümkün değildir. Bu itibarla, tapu kayıtlarının her türlü takyidattan arındırılmış olarak arsa sahiplerine iadesi gerekeceğinden, davalı üçüncü kişiler yönünden de davanın kabulü ile inşaat teminat ipoteğinden sonra konulmuş olan dava konusu hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi yerine, yazılı gerekçeyle karar tesisi doğru olmamış ve hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." (15. HD 30.03.1998, 406/1259).

193 ÖZ, DÖNME, s. 263; Karşı yöndeki görüş için bkz. Erman, s. 187, dn. 15.



sözleşmeden dönmesi ve buna matuf tapu iptali ve tescil davası açması sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirecek ve tescil yolsuz hâle gelecektir. Dolayısıyla gerçek hak sahibinden kazanılmayan şahsi ve aynî haklar da mülkiyet hakkı karşısında hüküm ifade etmeyecektir. Zira dava, şahsi hakka dayalı tescile zorlama davası (TMK 716) değil, mülkiyet hakkına dayalı sicil düzeltilmesi nitelik ve fonksiyonuyla taşınmaz mülkiyetine ilişkin ya da vaziyet eden hakları mürtefi kılacaktır. Ancak, üçüncü kişilerin iyiniyetle kazandıkları aynî haklar, TMK'nun 1023. maddesinin koruması altında kanuni himaye görecektir. Sözleşmeden dönme geriye etkili olarak hukuki ilişkiyi sona erdiren bir fonksiyonu haiz olmakla birlikte esasen yolsuz tescilin düzeltilmesiyle maddi hakkın tespiti amaçlandığından, maddi hukuka ilişkin bir tespit hükmüyle geçmişe etkili tesirde bulunacaktır. Üçüncü kişilerin, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi çerçevesinde tapu siciline güvenerek bedeli mukabilinde satın aldıkları arsa paylarının, arsa sahibi tarafından ikame edilen tapu iptali ve tescil davası ile iptal edilmesini mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlali olduğu savıyla yaptıkları bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi tarafından mülkiyet hakkına yönelik bir ihlal olmadığı gerekçesiyle oy çokluğu ile red edilmiştir¹⁹⁴.

Kesin hüküm otoritesi karşısında, aynı taşınmaza tesis edilen diğer takyidat lehtarlarının; hükümden etkilenme potansiyeli bulunan meşru ilgililer konum ve mevkiinde yer almalarından ötürü, savunma ve delillerinin ikamesi ile davanın reddi noktasında hukuki menfaatleri bulunduğu için davalının yanında yer alma ve iç ilişkide rücu imkânlarını kullanabilmeleri adına davanın onlara da ihbar edilmesi gerekecektir. Fakat davanın ihbarı, taraf sıfatı bahşetmeyeceğinden, dava sonunda oluşacak kesin hükmün onlar yönünden bağlayıcı olmayacağı ve onlara karşı infaz edilemeyeceği ileri sürülebilecektir¹⁹⁵. Dolayısıyla, yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davalarında; yolsuz tescil maliki ile

194 (AYM 20.07.2017, 2014/12321).

195 "Taşınmazların tapu kayıtları üzerindeki hacizlerin ve ipoteklerin kaldırılması talebi, davada taraf olmayan haciz şerhi sahipleri ile lehine ipotek tesis edilen Finansbank A.Ş'nin menfaatini ilgilendirdiğinden, bu kişilerin yokluğunda görülecek bu davanın sonucunda verilecek karardan hukuki durumları etkilenecektir. Haciz şerhi sahipleri ile Finansbank A.Ş'nin taraf olmadığı bir davada verilen kararın onlara karşı infaz edilmesi olanağı bulunmadığı gibi davada taraf olmayanın durumu tartışılarak, onun leh veya aleyhinde bir karar da verilemez. Bu durumda mahkemece, dava konusu taşınmazların tapu kaydında yer alan hacizlerin konulduğu icra dosyaları getirilerek, davalı payı üzerindeki halen devam eden terkin edilmemiş haciz sahipleri tespit edilerek bu şahıslara ve yine terkin edilmemiş ise lehine ipotek tesis edilen Finansbank A.Ş'ye karşı dava açması için davacıya süre verilmesi ve dava açıldığında bu dava ile birleştirilerek, iddia, savunma ve taraf delilleri değerlendirilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yön gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır." (23. HD 07.11.2013, 4421/6879).



birlikte diğer takyidat lehtarları da davalı gösterilebileceği gibi¹⁹⁶ davanın kabulü kararının kesinleşmesinden sonra ayrı bir dava ile taşınmaz üzerindeki diğer takyidatların ref edilmesi de talep edilebilecektir¹⁹⁷. Şayet taşınmaz üzerinde kanundan doğan tescilsiz bir kanuni ipotek hakkı mevcut ise, bu ihtimalde kesin hüküm lehartı, tapu siciline güven ilkesi

196 “Dava, taşınmaz üzerindeki haciz ve ipotek şerhlerinin kaldırılması suretiyle tapu iptali ve tescil, mümkün olmaması halinde tazminat isteğine ilişkindir. TMK’nun 1009. maddesinde arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça “Tasarruf yetkisinin kısıtlanmasında” başlıklı TMK’nun 1010. maddesinde de aşağıdaki sebeplere dayanan tasarruf yetkisi kısıtlamalarının tapu kütüğüne şerh verilebileceği belirtilmiştir; 1-Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları, Örneğin; ifa edilmediği takdirde sahibine, malike karşı TMK’nun 716. maddesine göre cebri tescil davası açma hakkı veren şahsi haklar. Buradaki şerhin amacı üçüncü şahısların TMK’nun 1023.maddesine istinaden aynı hak iktisabını önlemektir. İkinci gurutadaki haklar ise, taşınmazla ilgisi olmayan alacak haklarıdır. Buradaki amaç ise İİK’nun 277. maddesi anlamında alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla taşınmazı temlik edip, bu alacakların tahsilini imkansız kılmaya yönelik olarak taşınmaz malikinin yapacağı tasarrufi işlemleri önlemektir. 2-Haciz, iflas kararı veya konkordato ile verilen süre, Bu halde yalnızca ilgili işlemlerin taalluk ettiği nispette taşınmaz malikinin taşınmaz üzerindeki tasarruf işlemleri alacaklılara karşı geçersiz olur ve bu hususlarda TMK’nun 1023. maddesi uygulanmaz. 3-Aile yurdu kurulması, art mirasçı atanması gibi şerh verilmesi kanunen öngörülen işlemler tapu kütüğüne şerh verilebilir. Bu tür bir şerhle sonraki müktesipler kanundaki mükellefiyetlere katlanmak zorunda kalır. Diğer taraftan TMK’nun 1011. maddesi hükmü gereğince de; iddia edilen bir aynı hakkın güvence altına alınması gerekiyorsa ve tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlıkların sonradan tamamlanmasına kanun olanak tanıyorsa hakkın geçici şerhi olanaklıdır. Tüm bu açıklanan hakların şerhi koşulların bulunması halinde şerh tapu müdürlüğüne konulabileceği gibi hükmen de tapuya yazılabilir. Diğer taraftan şerhin terkinine ilişkin davalarda şerh lehtarının davada davalı olarak yer alması zorunludur. Haciz alacaklılarının usulüne ilişkin olup yargılamanın her aşamasında re’sen gözetilmesi gerekir.” (14. HD 07.11.2016, 2015/17370, 2016/9162); “Tapu kaydındaki şerhlerin kaldırılmasına ilişkin davalarda husumetin kural olarak tapudaki şerhin lehtarına yöneltilmesi gerekir. Somut olayda davacı 12 parsel sayılı taşınmazda 2 ve 3 no’lu bağımsız bölümün tapu kaydında yer alan hacizlerin terkinini istediğine göre, lehtarların hakları etkileneceğinden, haciz alacaklılarının usulüne uygun olarak davaya katılmaları sağlandıktan sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken taraf teşkili sağlanmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (14. HD 18.06.2015, 6631/6785).

197 “Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshi, tapu iptal ve tescil ile dava konusu taşınmazlardaki haciz, rehin, ipotek gibi bütün takyidatların terkinini istemine ilişkindir. Taraf teşkili, kamu düzeninden olup, gerek mahkemece gerekse de temyiz incelemesi sırasında Yargıtay’ca re’sen nazara alınmak zorundadır. Davacı arsa sahiplerince tapu iptal ve tescil talebi yanında tapu kayıtları üzerindeki muhtelif nitelikteki takyidatların da kaldırılması istenmiş, mahkemece takyidatların lehartı olan kişilerin davaya katılması sağlanmadan tapu iptal ve tescil kararı verilerek davada taraf olmayanlar aleyhinde hüküm tesis edilmiştir. Takyidat sahiplerinin taraf olmadığı bir davada verilen kararın onlara karşı infaz edilmesi olanağı bulunmadığı gibi davada taraf olmayanın durumu tartışılarak, onun leh veya aleyhinde bir karar da verilemez. Bu durumda mahkemece, dava konusu taşınmazların tapu kaydında yer alan takyidat sahipleri tespit edilerek, bu şahıslara karşı dava açması için davacıya süre verilmesi ve dava açıldığında bu dava ile birleştirilerek, iddia, savunma ve taraf dellilleri değerlendirilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yön gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” (23. HD 10.06.2014, 2013/9387, 2014/4480).



gereği tapu kaydında görünmeyen bu kısıtlamalara katlanmaktan varestemi olacak? Yoksa tapu siciline güven ilkesinden yararlanamayarak kanuni kısıtlamalara katlanmak zorunda mı kalacaktır? Kanaatimizce bu ihtimalde Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi işlerlik kazanacaktır. Mademki tapu kaydına güven ilkesi sadece yolsuz olarak tescil edilmiş bir aynî hakkın varlığına güveni değil, aynı zamanda mevcudiyetine ilişkin herhangi bir tescil bulunmayan sair hakkın hukuken var olmadığına yönelik güvenin de korunmasını havi olacağından, tescilsiz ipotek hakkına karşı da güven ilkesinden faydalanılacaktır. Ancak doktrindeki aksi görüşe göre ise; tescilsiz kanuni ipotek hakkı lehtar, iyi niyetli olması hâlinde, hakkının kanundan kaynaklanması dolayısıyla da sicile güven ilkesinin olumsuz etkisinden yararlanamayacak duruma gelen mahkeme hükmüne istinaden mülkiyeti iktisap eden yeni malike karşı hukuki himayeye şayan addedilecektir¹⁹⁸. Aynı bağlamda; geçit hakkı, üst hakkı, intifa hakkı, sükna hakkı ve diğer irtifak hakları da Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi kapsamında sınırlı aynî hak niteliğinde olduğundan, üçüncü kişilerin iyiniyetli olmaları hâlinde iktisapları korunacaktır¹⁹⁹. Meğerki yolsuz tescile mebni tapu iptali ve tescil davasının davalısı şekli malik lehine kanuni ipotek hakkı bulunsun. Zira bu ihtimalde lehtar üçüncü kişi sayılamayacağından, Türk Medeni Kanunu 1023. maddesinden faydalanması mümkün olmayacaktır. Ancak şahsî davalarda²⁰⁰, bu minvalde satış vaadi sözleşmelerine dayalı tapu iptali ve

198 ÖZÇELİK, s. 101; YAKUPPUR, s. 204; ÖĞÜZ, s. 81.

199 "Davacı şirket lehine 5.9.1991 tarihinde düzenlenen satış vaadi sözleşmesinin 26.9.1991 tarihinde tapu siciline şerh olunduğu, Tapu Kanununun 26. maddesindeki 5 yıllık yasal süre dolduktan sonra sicilden 28.1.1997 tarihinde terkin edildiği ve taşınmaz üzerinde davalı Halk Bankası lehine 16.12.1997 tarihinde ipotek tesis olduğu anlaşılmaktadır. Bir başka anlatımla ipoteklerin tesis olduğu tarihte taşınmazın sicil kaydında herhangi bir takyit bulunmamaktadır. MK. nun 1023 md. (Eski MK. 931 md) hükmüne göre; Tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur. Bu durumda mahkemece davalı banka tarafından tesis olunan ipoteklerin geçerli olduğu gözetilmeden yazılı gerekçe ile davanın kabulü isabetsizdir." (19. HD 31.10.2005, 125/10822).

200 "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yükleniciye şahsî hak sağlar. Koşulları yerinde ise kazandığı şahsî hakka dayanarak yüklenici arsa sahibini bir şey vermeye veya yapmaya zorlayabilir. Şahsî hak kazanan yüklenici bu hakkını doğrudan arsa sahibine karşı ileri sürebileceği gibi arsa sahibinin rızası gerekmeksizin ve ancak yazılı olmak koşulu ile üçüncü bir kişiye de temlik edebilir. Alacağın temlik ve borcun nakli Borçlar Kanununun 162 ilâ 181. maddelerinde düzenlenmiştir. Kural, borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinimleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki, alacağın temlik hayat şartlarının gerektirdiği ihtiyaçlardan ortaya çıkan bir hukuk kurumudur. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın kısmen veya tamamen yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümlerin onun tarafından daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere satılarak veya satış

tescil davalarında mülkiyet, hakikatte dava edilen kişi üzerinde olduğundan, hak üzerine konulan ihtiyatî tedbir kararı, mülkiyet sahibinin borçlandırıcı işlem yapmasına engel olmaz ise de²⁰¹ yargılama sonunda husule gelen kesin hüküm otoritesi, ihtiyatî tedbir kararı²⁰² ya da satış vaadi şerhi marifetiyle, ilam lehtarına taşınmaza yük teşkil eden şahsi ya da mülkiyetin kullanılmasını sınırlayan aynî haklardan arı şekilde hukuki koruma sağlayacaktır²⁰³. Zira satış vaaadinin sağladığı satın alma şerhi, bu hakkın sonraki maliklerine karşı da kullanabilme imkan bahşeden

vaadinde bulunularak karşılanması olanağı bulunmaktadır. Aslında arsa sahibinin kural olarak Borçlar Kanununun 364. maddesi uyarınca eserin tesliminde vermesi gereken arsa payını, inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi, yüklenicinin de bunu üçüncü kişilere temlik ederek finans sağlaması, arsa sahibinin yükleniciye kredi kullanırması demektir. Bir tanımlama yapmak gerekirse; alacağın temlik, alacaklı ile onu devralan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekilde bağlı bir akittir. Borçlar Kanununun 163. maddesi hükmüne göre temlik sözleşmesi temlik edenle temlik alan arasında yazılı olarak yapılabilir. Ne var ki, alacağın temlikinde aranan yazılı şekil temlik sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına engel değildir. Nitekim uygulamada yükleniciden şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişilerin temlik sözleşmesini adi yazılı satış sözleşmesi veya noterde düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yaptıkları görülmektedir. Dolayısıyla davacı, davalı arsa sahiplerine karşı dava dışı yüklenicinin haklarına sahip olmaktadır.” (20. HD 20.09.2016, 8260/8063); “Miras taksim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için tüm paydaşlar (tüm mirasçılar) tarafından imzalanmış olması gerekir. Bu nedenle bu sözleşme geçerli bir miras taksim sözleşmesi olarak kabul edilemez. Ayrıca davalılardan Ahmet Arlı tarafından noterden düzenlenen gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi ile kendi payını devretmeyi taahhüt etmiş ise de, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi şahsi hak doğuran, aynı hak doğurmayan ve mülkiyeti geçirmeyen bir sözleşmedir. Bu durumda mahkemece işin esasına girilerek esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde taşınmazın paydaşlar arasında taksim edildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmektedir.” (6. HD 12.07.2010, 4435/8861).

- 201 “Taşınmazlar borçlu adına tapuda kayıtlı olduğu sırada haczedilmiştir. Tapu kaydının iptali ve şikâyetçi adına tescliline dair ilamda, hacizlerin fekkine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Alacaklı banka da davada taraf değildir. Mahkemece verilen tedbir kararında ise taşınmazların 3.kişilere devredilmemesi öngörülmüş olup, hacze engel değildir. 3. kişinin haczin fekki için dava açmakta muhtar olmak üzere şikâyetin reddine karar verilmek gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü isabetsizdir.” (12. HD 05.05.1998, 4573/4959).
- 202 “Hacze konu taşınmazla ilgili 30.11.1998 tarihinde tapu iptal ve tescil davası açılmış ise de haczin konulduğu 21.5.2001 tarihinde taşınmazın tapuda borçlu adına kayıtlı olduğu dolayısı ile icra müdürünün haciz işlemi uygulamasında yanlışlık bulunmadığı anlaşılmaktadır. Tapu iptal ve tesclile ilişkin mahkeme kararının hacizden sonra kesinleştiği görüldüğünden ve 1.12.1998 tarihinde verilen ihtiyatî tedbir kararında da cebri icrayı engelleyici ibare görülmediğinden 3. kişinin genel mahkemelere başvurarak haciz tarihi itibarı ile taşınmazın kendisine ait olduğu hususunu ispat etmek sureti ile haczin kaldırılmasını istemesi gerekir.” (12. HD 26.06.2003, 13022/15198).
- 203 “Somut olayda 12.11.1999 tarihinde ilkeye uygun olarak satış vaadi sözleşmesi tapuya işlenmiş, 13.04.2001 tarihinde haciz konulmuş 23.01.2001 tarihinde ise müşteki üçüncü kişi adına verilen tapu iptal ve tescil kararı kesinleşmiştir. Tapu Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca 12.11.1999 tarihinden itibaren 5 yıl süre ile şerh tapuya işlendiğinden üçüncü kişilere karşı bu hak ileri sürülebilir hale de gelmiştir. Mercii yukarıda açıklanan kuralları göz ardı edilerek şikâyetin kabulü ile haczin kaldırılmasına karar vermesi gerekirken yazılı şekilde istemin reddine karar verilmesi isabetsizdir.” (12. HD 06.11.2001, 17103/18142).



munzam bir etki sağladığından²⁰⁴, satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhinden sonra beş yıl içinde taşınmaz kaydına işlenen her türlü haciz, ipotek ve benzeri sözleşme alacaklısının haklarını kısıtlayacak nitelikteki şerhler de sözleşme alacaklısını bağlamayacaktır²⁰⁵. Kaldı ki, şerhle üçüncü kişiler uyarıldığından, vaad alıcısının durumu ağırlaştırılamayacaktır²⁰⁶. Şayet satış vaadi, tapu siciline şerh verilmemiş, ya da ihtiyati tedbir kararından önce taşınmaz mülkiyet hanesine haciz şerhi yüklenmiş ya da sınırlı bir aynî hak ile mülkiyet hakkı sınırlanmış ise, şahsi nitelikteki tescile icbar davasının kabulü kararı, bu yük ve sınırlamalara kural olarak bir etki yapmayacaktır. Zira söz konusu kısıtlamalar gerçek malik zamanında tescil edilmiştir. Dolayısıyla gerçek malikin mülkiyet hakkı üzerine inşa edilen şahsi hak yükleri ile aynî kısıtlamalar üçüncü kişi tarafından ikame edilen şahsi hakka dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabulüne matuf ilama boyun eğmeyerek hukuki varlık ve geçerliliğini muhafaza edecektir. Bu bağlamda, inançlı işleme dayalı tapu iptali ve tescil davaları da özünde yolsuz tescile değil²⁰⁷, inanan ile inanan

204 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 392.

205 “Kişisel hak mahiyetinde olan satış vaadine dair hak tapu kaydına işlenmekle aynî etkinlik ve aleniyet kazanmıştır. (HGK. 1992/14-719, 1993/7 sayı ve 27.1.1993 tarihli kararı). Bu hak, MK. nun 919 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddesine göre 5 yıl süre ile 3. kişilere karşı ileri sürülebilir. 5 yıl içerisinde devir gerçekleştiğinde satış vaadi şerhinden sonra konulan haciz sonuç doğurmaz. Sonuç doğurmayan bu işleme karşı İİK. nun 16/2. maddesi uyarınca her zaman şikayet olunabilir. Diğer bir anlatımla şikayet süreye tabi değildir. Olayda, taşınmazın tapu kaydında borçlu G.S.'ye ait payın satış vaadi sözleşmesi ile şikayetçiye satıldığına ilişkin 18.11.1992 tarihli şerh mevcuttur. Haciz ise bu şerhten sonra 5.2.1993 tarihinde konulmuştur. Açılan cebri tescil davası da 11.2.1993 tarihinde sonuçlanmış, 28.9.1993 tarihinde şikayetçi adına tapuda tescil işlemi yapılmıştır. Hal böyle olunca açıklanan yasal koşullar bu davada gerçekleştiğinden şikâyetin kabulü ile haczin kaldırılmasına karar verilmeli, Mercî Kararı bu nedenler altında doğru bulunduğundan onanmalıdır.” (HGK, 24.09.1997, 15- 461/729).

206 “Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhinden sonra, tapu siciline konulan takyidler ve düşürülen şerhler, lehine satış vaadi yapılan kişinin durumunu ağırlaştıramaz, bu takyit ve şerhleri kabulü beklenemez. Zira, kişisel hak tapuya şerh edilmiş bulunmakla, üçüncü kişiler uyarılmış demektir. Bu bakımdan davacı şirket, davaya dayanak yapılan satış vaadi sözleşmesinden doğan kişisel hakkı temellük ettiğine ve bu hak tapuya şerh edilmek suretiyle hukuken güçlendirildiğine göre, sonradan davalı banka lehine tesis edilen ipoteğin tapu kaydından silinmesini isteyebilir.” (14. HD 15.10.1985, 2321/6434).

207 “Davacı, borçları nedeniyle müzayaka halinde bulunduğu bir dönemde davalı ile 1.9.1998 tarihli protokolü düzenlediklerini, bu protokole göre “davacının ipotek ve hacizlerle yükümlü olarak maliki bulunduğu taşınmazlarını davalıya temlik edeceğinin, sözü edilen ipotek ve hacizlerden doğan borçların davalı tarafından karşılanacağını ve ondan sonra taşınmazların piyasa değeri üzerinden satılarak davalının yaptığı masraflar düşüldükten sonra kalacak bedelin taraflarca paylaşılacağını” kararlaştırıldığını, bu amaçla çekişmeli taşınmazların davalıya “satış” şeklinde devredildiğini, ancak davalının edimlerini yerine getirmediği gibi, taşınmazların kayıtlarına yeni takyidatlar konulmasına sebebiyet verdiğini ileri sürüp;²³ adet taşınmazın tapu kayıtların iptali ile takyidatlardan arındırılmış olarak adına tescili isteğinde bulunmuş, davaya devam eden iflas masası vekili, taraf muvazaası hukuksal nedenine dayandıklarını bildirmiştir. Bilindiği üzere; inanç sözleşmesi, inananla inanan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı muamelenin sona

arasında borçlandırıcı bir işleme (Rızai akit) dayalı²⁰⁸ şahsi dava niteliğinde olup²⁰⁹, mülkiyet inanılana tamamen geçmekte²¹⁰, inanan ise, sadece mülkiyetin iadesi noktasında bir alacak hakkına sahip olduğundan²¹¹, taşınmazın üçüncü kişiye devredilmesi ihtimalinde üçüncü kişinin iyiniyetli olması aranmaksızın mülkiyet hakkını iktisap edeceği gibi²¹², taşınmaz mülkiyetine, inanılan üzerinde iken şerh edilen şahsi ya da aynı haklar bağlayıcı olmakla, davanın kabulü sonrasında oluşan kesin hüküm, bu kısıtlamaları doğrudan mürtefi kılmayacaktır. Yani subjektif hakkı ihlal edilen kişi, kesin hüküm sonucunda bu kısıtlamalara tahammül etmek zorunda kalacaktır. Nitekim taşınmazın mülkiyeti geçerli bir hukuki sebep ve tescil talebine müsteniden iktisap edilmiştir²¹³. Kaldı ki inançlı işlem ile taşınmazı devralan ya da bağışlanan kişi, taşınmazı geri vermekten imtina etmesi hâlinde, inanan, inanılardan taahhüdünü yerine

erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inanana geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Bu sözleşme, taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebinin teşkil eder. Sözleşmenin ve buna bağlı temlikin, değinilen bu özellikleri nedeniyle, taşınmazı inanç sözleşmesi ile satan kimsenin artık sadece, ödünç almış olduğu parayı geri vererek taşınmazını kendisine temlik edilmesini istemek yolunda bir alacak hakkı; taşınmazı, inanç sözleşmesi ile alan kimsenin de borcun ödenmesi gününe kadar taşınmazı başkasına satmamak ve borç ödenince de geri vermek yolunda yalnızca bir borcu kalmıştır. Diğer bir bakış açısıyla taşınmazın mülkiyeti inanılana (alacaklıya) geçmiştir. Taşınmazda inanarak satanın (borçlu) mülkiyet hakkı kalmadığı gibi, alıcının bu mülkiyet hakkı üzerinde kurulmuş olan bir rehin hakkından da söz edilemez. Somut olaya gelince; dosyaya ibraz edilen protokol başlıklı 1.9.1998 tarihli tarafların imzasını taşıyan sözleşmenin yukarıda sözü edilen 5.2.1947 tarih 20/6 Sayılı İnançlıları Birleştirme Kararında ifadesini bulan yazılı belge niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Söz konusu protokolda belirtildiği üzere, çekişmeli taşınmazların davalıya yine sözleşmede öngörülen koşullarla inanılarak devredildiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, davalı H. Garipoğlu'nun protokol koşullarını yerine getirmediği ve getirme olanağının da bulunmadığı dosya kapsamıyla sabittir. Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ve gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir." (1. HD 15.02.2006, 2005/13623, 2006/1298).

208 SAPANOĞLU, s. 619; Aday, s. 91.

209 "Bilindiği üzere; inanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı muamelelerin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inanana geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Bu sözleşme, taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebinin teşkil eder." (HGK, 14.11.2007, 1-756/848).

210 Parlak- Börü, Şafak, Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri, TBB, 2017, S. 128, (s. 231- 272), s. 238, 254, 262, 265, 267.

211 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 378.

212 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 384; PARLAK- BÖRÜ, s. 260.

213 Güvenç Özgür, Taşınmazların İnançlı İşleme Devri, Ankara 2014, s. 89, 90; Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 52. "İnançlı gayrimenkul temliklerini muvazaalı muamelelerden ayırmak gerekir. İnançlı muamelelerde lehine temlik yapılan şahıs aynı bakımdan tam hak sahibi olup bazı müelliflerin zannettiği gibi, üçüncü şahıslar karşısında gerçeğe uygun olmayan bir hukuki görünüşün uyandırılması veya bir hak karinesinin temlik edilen şahıs ile lehine tesisi bahis mevzuu değildir ve aynı hak bizzat bu şahsa aittir."



getirmesini Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesine dayalı tapu iptali ve tescil davası ile talep edecektir²¹⁴. Meğerki ortada muvazaalı ve kötü niyetli²¹⁵ bir hukukî işlem bulunsun ki bu dahi taşınmaz üzerine tescilli üçüncü kişiye karşı ayrı bir dava konusu yapılmasını gerektirecektir²¹⁶. Keza ölünceye kadar bakma akdine dayalı tapu iptali ve tescil davası da her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 613. maddesi gereği bakım alacaklısı, bakım borçlusuna devrettiği taşınmaz üzerinde yasal ipotek hakkına sahip ise de, özünde şahsi bir hak doğurup, taraflara kişisel bir

214 SAPANOĞLU, s. 619.

215 "Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle 01.12.1986 tarihinde yapılan cebri ihale ile davaya konu taşınmazın 1/2 payının mülkiyetinin Türk Medeni Kanunu'nun 705. maddesi uyarınca davacıların murisi İskender Üçüncüoğlu'na geçtiği, davalıların murisi Adem Mohan'ın ise taşınmazın mülkiyetini 13.12.1996 tarihinde hükmen (mahkeme kararı ile) edindiği, yarışan haklar çerçevesinde ilk malik İskender'in hakkına üstünlük tanımak gerektiği ve taşınmaz kaydında birden çok haciz şerhi ve 01.05.1991 tarihli ihtiyati tedbir şerhi bulunduğu, her ne kadar taşınmaz birden çok el değiştirmiş ise de, tüm alıcılar ve davalının şerhleri görerek edinmesi karşısında iyiniyetli olmadığı ve TMK'nun 1023. maddesi koruyuculuğundan yararlanamayacağı gözetilmek ." (1. HD 16.04.2015, 2013/21266, 2015/5583).

216 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 384. dp. 433; PARLAK- BÖRÜ, s. 261. "Taşınmazın üçüncü kişiye devri halinde inananın taşınmazın iadesi talebini etkili kılabilecek bir sistem, ancak kanun tarafından bu hakkın tapuya şerhini kabul edilmesi halinde mümkün olabilir."; "İnananın inanç sözleşmesinden kaynaklanan bu kişisel hakkını ancak akidene karşı ileri sürebilmekte, inanç konusunun üçüncü kişilere devredilmesi halinde kural olarak onlardan isteyebileceği bir hakkı bulunmamaktadır. Ancak, inananın ile üçüncü kişi, inananın inanç borcunu tekrar alma hakkını ortadan kaldırmak amacıyla el ve düşünce birliği içerisinde muvazaalı bir işlem (sözleşme) yapmaları halinde inananın söz konusu sözleşmenin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğundan bahisle üçüncü kişi aleyhine dava açabileceği de kuşkusuzdur. İnançlı işlem inanç sözleşmesine dayandığından sözleşmelere ilişkin zaman aşımı hükümlerinin inançlı işlemlere de uygulanacağı bu sürenin inançlı işlemin türüne göre kıyasen tatbik edilerek vekalet ve rehin hükümlerine göre belirleneceği gerek uygulamada gerekse doktrinde baskın görüş olarak benimsenmektedir. Ne var ki, zamanaşımı süresinin başlaması için inanç ilişkisi sona ermeli veya alacak muaccel hale gelmelidir. Bu itibarla inanç sözleşmesi sona ermediği inanç konusu inanılarda, alınan para inandı kaldığı sürece zamanaşımı süresinin başlamasına olanak yoktur. Açıklanan kuralın doğal sonucu olarak taraflar borcun ödenmesi için bir süre kararlaştırmış ve borç bu süre içerisinde ödenmemiş olsa dahi inanç ilişkisi devam ettiğinden inanç konusunun iadesi için dava açılabilir. İnanılan, kararlaştırılan süresinin geçtiğinden bahisle inanç konusunu iade etme yükümlülüğünün sona erdiğini ileri sürerek iade borcunu yerine getirmemezlik yapamaz. Keza kararlaştırılan süre içerisinde borcun ödenmemesi halinde inanç konusunun inanılana geçeceği, inananın dava açamayacağı yönünde inananın müzayakasından yararlanılarak sözleşmeye konulan böyle bir koşul MK.'nun 873(eski MK. 788) ve 949 (eski 863) maddelerinin buyurucu hükümlerine aykırı düşeceğinden geçersiz olup, sözleşme serbestisi kuralına dayanılmaz. Aksinin kabulü halinde borç veren borç alanın darda kalmasından yararlanarak daima inanç sözleşmelerine böyle bir hüküm koymak suretiyle söz konusu madde hükümlerinden kurtulma ve borç verdiği kişinin malını ve hakkını çok az bir bedel ile eline geçirme onu istismar etme olanağını elde etmiş olur ki bu husus sözleşme hukukunun genel prensiplerine, ahlaka, kanun koyucunun amacına ters bir sonuç doğurur ve tefeciliği teşvik eder. Nitekim böyle sözleşmelerin batıl olduğu BK.'nun 19 ve 20. maddelerinde hükme bağlanmıştır." (1. HD 21.02.2007, 989/1712).



hak sağlar²¹⁷. Buna karşılık, ölünceye kadar bakma akdinin konusu taşınmaz mülkiyeti, bakım borçlusuna devredilmemiş ise, bakım borçlusu şahsi hakkına dayanarak tapu iptali ve tescil davası açabilecektir. Bu ihtimalde, ölünceye kadar bakma akdine ilişkin şerh, tapu sicilinde aleniyet kazanacağından, üçüncü kişiler iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır. Kaldı ki, aynı hakkın iktisabını sağlayan sözleşmede sonradan vuku bulan değişiklikler önceki tescili ve aynı hakkı etkilemeyecektir. Ölünceye kadar bakma akdi de şahsi hak niteliğinde olup, sözleşmenin feshi hâlinde sadece geri verme borcu doğurup, taşınmazın üçüncü kişiler tarafından iktisabı için iyiniyetli olma şartı da aranmayacaktır²¹⁸. Kanundan doğan önalım hakkı da tek taraflı beyanla payı öncelikle satın alma yetkisi tanıyan yenilik doğuran bir haktır²¹⁹. Aynı haklar sınırlı sayıda olup, sayılanlar içinde önalım hakkı bulunmadığından, kanundan ya da sözleşmeden doğan şahsi bir hak mahiyetindedir²²⁰. Dolayısıyla önalım davası ikame edilinceye kadar, önalım davasına konu payı devralan kişi, malik hak ve yetkilerini haiz olup, tapu sicilinde adına yapılan bir yolsuz tescil de bulunmadığından, aynı taşınmaza vaziyet eden diğer şahsi yükler ve aynı sınırlamalar geçerli olup, takyidat lehtar,

217 "Dava, ölünceye kadar bakım sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Ölünceye kadar bakım sözleşmeleri taraflara hak ve borçlar yükleyen sözleşmelerden olup, bakım borcuna karşılık bir taşınmazın devri kararlaştırıldığında, bakım alacaklısının ölümünden sonra onun mirasçıları mülkiyeti geçirme borcu ile yükümlüdürler. Bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde, sözleşmeye dayanarak tapu iptali ve tescil istemi ile dava açılabilir. Somut uyuşmazlıkta, dava konusu 3 ve 4 parsel sayılı taşınmazların 1/2 payı Mehmet Günyol, 1/2 payı da bakım alacaklısı Mustafa Günyol adına tapuda kayıtlı iken satış nedeniyle davalı Yunus Günyol adına tescil edildiği, davalının 18.03.2011 tarihinde taşınmazların müstakilen maliki olduğu görülmüştür. Davalı tarafından açılan dava sonucunda ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilmesi ve taşınmazların ihaleden satın alınması üzerine davalı adına tescil edildiği anlaşılmıştır. İnebolu Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2009/21 esasında görülen ortaklığın giderilmesi davasında davalı olarak yer alan davacıya ölünceye kadar bakma aktine dayanarak dava açmak üzere süre verilmiş, davacı tarafından bu konuda bir dava açılmadığı gibi mahkemece ortaklığın satış yoluyla giderilmesine dair verilen karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Ayrıca, taşınmazın satışı sonucunda davacı, taşınmazların paydaşları olan Mehmet ve Mustafa'nın mirasçısı sıfatıyla payına düşen satış bedelini de almıştır. Ölünceye kadar bakma akdi davacıya sadece kişisel bir hak sağlar. Bu hak tapuya şerh edilmediğinden aynı hak kuvveti de kazanmamıştır. Davalı Yunus ise ihaleden satın aldığı taşınmazlarda aynı hak sahibi olup, şahsi hak sahibi davacının aynı hak sahibine karşı üstün bir hakkı bulunmadığından davacının isteminin reddi gerekir. Mahkemece, belirtilen hususlar gözetilmeden yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." (14. HD 17.02.2015, 2014/14206, 2015/1630).

218 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 230.

219 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 558; ÜSTÜNDAĞ, **Tapu Kütüğü**, s. 54; ÖNEN, **İnşai Dava**, s. 88; SUNGURBEY, **Kişisel Haklar**, s. 101.

220 SEBÜK, s. 141; KURT, s. 123; Kanuni önalım hakkının aynı bir hak olduğuna ilişkin görüş için bkz. Veldet Hıfzı/Esmer Galip, **Gayrimenkul Tasarrufları Ve Tapu Sicili Tatbikatı**, İstanbul 1950, s. 249, 250.



haklarını davacı ve müteakiben ilam lehtarına karşı da ileri sürmesi, ilam lehtarını da bağlayacak nitelikte ise de, taşınmazın paylı mülkiyete tabi olması, kısıtlamaların niteliği ve muhatapları ile tesis zaman aralıkları birlikte değerlendirildiğinde, önalım davasının akamete uğratılmasına matuf bir niyet ve işlemin varlığı hâlinde, üçüncü kişilerin iyiniyeti himaye görmeyeceği gibi, kanuna karşı hile oluşturan olguların saptanması hâlinde, aynı taşınmaz mülkiyet hakkına ilişkin takyidatlar, ilam lehtarının ikame edeceği bir başka dava ile mürtefi kılınabilecektir. Kaldı ki, önalım hakkını kullanan kimse, önalıma konu payı satış bedeli üzerinden almak hakkını haizdir. Önalım hakkının kullanılmasına kadar geçecek sürede meydana gelen değişikliklerden önalım hakkını kullanan kimsenin zarar görmemesi ve durumunun ağırlaştırılmaması asıldır²²¹. Öyle ki önalım hakkını kullanan kişi, önalım hakkına konu payı takyidatlarla birlikte iktisap etmek istemez ise takyidat miktarının önalım bedelinden mahsubu gerekir²²². Şayet önalım hakkını kullanan kişi, önalım hakkına konu payı takyidatlarla birlikte iktisap etmeyi kabul ederse, önalım bedelinin tamamını değil, takyidatlar bedelinin mahsubu ile bakiye pay bedelini depo etmesi yeterli olacaktır. Sözleşmeden doğan önalım hakkı tapu siciline şerh verildiği takdirde, eşyaya bağlı borç ilişkisi tesis edip, üçüncü kişilere munzam etki sağlayacağından²²³, üçüncü kişilerin iyiniyet savunması dinlenmeyecektir. Zira önalım hakkı, taşınmaza şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da ileri sürülebilecektir (TMK 1009/2). Oysa kanuni önalım hakkında şerhin munzam etkisini sağlayan bir düzenleme mevcut değildir²²⁴. Buna karşın, birden çok paydaşın aynı paya ilişkin olarak ayrı ayrı ikame ettikleri önalım davasında, bir paydaşın diğerlerine nazaran hükmü daha önce kesinleştirip, tescili sağlaması, diğerlerinin kendi paylarını kesin hüküm lehtarından talep etmesine engel değildir²²⁵. Nitekim önalım hakkı her

221 "Taşınmaz malın paydaşı S. 1.7.1971 tarihinde payını davalılara satış yapması üzerine, tapudan gelen 19.2.1973 tarihli son kayda göre, bu kez davalıların satışın yapıldığı gün (15.000) er liradan cem'an (30.000) lira üzerinden üçüncü şahıslar E. E. ve C. M. lehlerine satın aldıkları bu paylar üzerinden ipotek tesis ettirmişlerdir. Ancak, şuf'a hakkını kullanan kimse, şuf'alı payı müşteriye kaç satılmış ise o miktar üzerinden almak hakkını haizdir. Şuf'a hakkının kullanılmasına kadar geçecek süre içinde vaki değişikliklerden de davacının mutazzarır olmaması asıldır. Bu itibarla şuf'a hakkını kullanan davacı, ipoteği ayrıca kaldırtmak istemediği ve şuf'alı payı ipotekle yükümlü olarak almak istediği takdirde şuf'a bedelinin tamamını vermek zorunda değildir. Bu durumda, bakiye bedelin ödenmesi kafidir." (6. HD 12.02.1974, 474/555).

222 SAPANOĞLU, s. 536.

223 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 558.

224 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 558.

225 "Şuf'a hakkı, paylı taşınmazlarda bir paydaşın, öteki paydaş tarafından üçüncü kişilere satılan payın bedeli karşılığında adına tescilini isteyebilmek yetkisini sağlar. MK.nun 659.

paydaşa bağımsız ve eşit olarak bahşedilmiş kanuni bir imkândır. Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesine göre; terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin sıhhat şartı, yazılı şekle tabi olup, bu sözleşme, mülkiyeti devretme borcu doğurmaya kafi gelecektir²²⁶. Ancak miras payının üçüncü kişiye devrinin geçerliliği noterde düzenlenmesine bağlıdır (MK. m. 677/II). Miras payının üçüncü kişiye devri, gerçek hak devri değil, salt şahsi bir talep hakkı sağlayan sözleşme niteliğindedir²²⁷.

maddesinin düzenlediği tipik şuf'a davasında paydaşlardan biri veya birkaçı "davacı" ve satın alan -üçüncü kişiye "davalı" durumundadır. Paylı mülkiyet konusu olan taşınmazın bir miktar payı paydaşlardan biri tarafından ötekine satılmışsa, bir başka paydaş şuf'a hakkına ve MK.nun 659. maddesine dayanarak satılan payın kısmen veya tamamen kendisine verilmesini dava edemez. Şuf'a davası -gerçek ve dar anlamdapaydaşlardan bir veya birkaçının müşteri -üçüncü kişiolan kimse aleyhine açtıkları davadır. Ancak şuf'a hakkından doğan başka bir tür dava dahi vardır. O da şöyledir: Birden çok paydaşın müşteri aleyhine ayrı davalar açtıklarını ve bunlardan her birinin aynı şuf'alı payın kendi adlarına tescili için ayrı ayrı ilamlar aldıkları, bu paydaşlardan birisinin kendisine ait ilamı tapuya götürüp şuf'alı payın tamamının tescil işlemini adına yaptırdığı hallerde açıkta kalan, yani aldığı ilamı öteki paydaşın yaptırdığı tescilden ötürü işletmeye muktedir olamayan paydaşın ilamla saptanan şuf'a hakkında dahi geçerlilik tanınmasını isteyebilmek için açtığı davadır. Bu davada, şuf'a hakkından doğan, asıl ve gerçek -tipik- şuf'a davasından daha geniş kapsamlı olan atipik başka çeşit bir şuf'a davasıdır. Paydaşların birlikte dava açmamlarından veya açtıkları ayrı davaların birleştirilmeden görülmesinden doğan bu gibi uyuşmazlıkların bu tür davalarla çözümlenmesi gereklidir. Tersini düşünülür: Aynı pay için şuf'a hakkını kullanan birden çok paydaştan birinin ötekilere üstün tutulması ve bunlardan bir kısmının kullandıkları şuf'a hakkının karşılıksız kalması, iptal edilmesi... gibi Yasaya ve şuf'a hakkının yapı ve niteliğine aykırı düşen haksız ve olumsuz bir sonucun doğumuna yol açılmış olur. Bu düşüncelerle mahkemece davanın kabule elverişli görülmesi doğrudur." (1. HD 17.10.1977, 10277/10436); "Mahkemece, davalı adına tapunun Aralık 1974 tarih 12 ve 13 numaralarında kayıtlı payın 21/960 oranında iptali ile davacı adına tesciline, fazla isteğin reddine karar verilmiştir. Kararın duruşmalı olarak temyizen incelenmesi süresinde davalı vekili tarafından istenilmekle, duruşma isteği değer yönüyle reddedilerek dosya okundu gereği düşünülür: Paylı mülkiyet üzere tapuda kayıtlı olan taşınmazın paydaşlarından olan davacı ile davalı değişik zamanlarda açtıkları şuf'a davalarıyla dava konusu aynı şuf'alı payın adlarına tescilini öngören ayrı yarı kararlar almışlardır. Bunlardan tarih itibarıyla önceki karara dayanılarak şuf'alı payın tamamı davalı adına tescil edilmiş, bu nedenle davacıya ait sonraki tarihli şuf'a ilamı gereği tescil işlemi yapılmamıştır. Davalının tapuda yaptırdığı tescilden ötürü ilamını infaz ettiremeyen davacı, şuf'a davasını ilk açanın kendisi olduğunu, şuf'a ilamlarının geçerliliği ve üstünlüğü yönünden karar tarihlerinin değil, dava tarihlerinin önem taşıdığını ileri sürerek, davalı uhdesine geçen şuf'alı payın iptali ve adına tescili isteğiyle bu davayı açmıştır. Paydaşların birlikte şuf'a davası açmamlarında ya da açtıkları ayrı davaların birleştirilerek görülememesinden doğan uyuşmazlıkların bu tür davalar ile çözümlenmesi gereklidir. Aksi takdirde aynı pay için şuf'a hakkını kullanan birden çok paydaştan birinin ötekilere üstün tutulması, bir kısmının ise kullandıkları şuf'a hakkının karşılıksız kalması, iptal edilmesi gibi yasaya ve şuf'a hakkının niteliğine aykırı düşen haksız ve olumsuz bir sonucun doğumuna yol açılmış olur. O halde, dava konusu şuf'alı payın yarı oranında iptaliyle davacı ve davalı adına eşit paylarla tescilini öngören karar doğrudur." (1. HD 22.09.1980, 10995/10954).

226 Oğuzman /Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 362.

227 DURAL Mustafa/ ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku**, İstanbul 2003, s. 370; KILIÇOĞLU Ahmet -**Miras Hukuku**, Ankara 2015, s. 303; GENÇCAN Ömer, **Miras Hukuku**, Ankara 2011, s. 1387.



Dolayısıyla miras payının üçüncü kişiye devri ortaklık sıfatını nakletmeyip, salt alıcıya tasfiye sonunda devre konu payı talep hakkı verecektir²²⁸. Bundan ötürü, mirasçılar arasında miras payının devri tasarruf işlemi iken, üçüncü bir kişiye devir borçlandırıcı işlem mahiyetinde olacaktır. Buna karşın, tapu sicilinde tescil yapılmadığı sürece tasarruf işleminin gerçekleşmediğinden naşi miras payının devri sözleşmesinin borçlandırıcı bir sözleşme niteliğinde olduğu da savunulabilecektir. Yargıtay ise mirasçılar arasında miras payının devrine ilişkin (MK. m. 677) sözleşmeyi şahsi değil, mülkiyete matuf aynî bir hak olarak nitelendirmiştir²²⁹.

228 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 349.

229 “Dava, muristen intikal ve miras payının devri hukuki sebebine dayalı olarak TMK’nun 677. maddesi gereğince açıklan mülkiyetin aktarılmasına ilişkin tapu iptali ve tescil davasıdır. Davalı süresinde zamaşaşımı def’inde bulunmuştur. Az yukarıda anılan madde hükmüne göre mirasçılar arasındaki miras payının devrinde, satış ve devre konu olan hakkın şahsi hak olmayıp “aynî hak, mülkiyet hakkı” olduğu belirtilmiş olmakla, zamaşaşımı mirasçılar arasındaki pay devir sözleşmelerinde uygulanmaz. Diğer bir deyişle sözleşmeden kaynaklanan bu hak, aynî hak niteliğinde olup, zamaşaşımına tabi değildir. TMK’nun 677. maddesine göre, terenken tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda yapılan yazılı sözleşmeler geçerlidir. Bilindiği üzere ve kural olarak, tapulu taşınmazların satış ve devrinin tapu memuru önünde resmi şekilde yapılması gerekmekte ise de, (743 sayılı TKM.nun 612) 4721 sayılı TMK.nun 677. maddesi, mirasçılar arasındaki pay satışına yazılı olması koşuluyla geçerlilik tanımıştır. Taraflar arasında Atabey Noterliği’nde düzenlenen 3.7.1984 tarih, 984/324 yevmiye nolu “Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmesi” başlığı ile yapılan sözleşmenin niteliği ve kapsamı itibarıyla miras payının devri niteliğinde olup TMK.nun 677. maddesi hükmü uyarınca geçerlidir. Bu bakımdan senedin düzenlendiği tarihte miras bırakan adına kayıtlı olup elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi ve senette yazılı 1019, 999, 1044 (ifrazla 3929 parsel), 1072, 1030, 1160, 459, 2507 ve 1875 parsel sayılı taşınmazlarda miras paylarının devri geçerli olup, mahkemece bu parsellerde bulunan davalının paylarının iptaline karar verilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.” (8. HD 24.06.2013, 2012/11775, 2013/10310); Aynı dairenin farklı bir kararı için bkz. “Uyuşmazlık; mirasçılar arasında yapılan miras payının devrine ilişkin sözleşmeler hakkında BK.nun 125. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı ve bu devrin aynî hak ya da şahsi hak niteliğinde bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Doktrinde birinci görüşte olanlar, miras payının aynî murisin diğer mirasçısına devri aynî hak niteliğinde olup, devredene mirasın paylaşımına katılma hakkını kaybeder. Tereke üzerindeki aynî veya mülkiyet hakkı devralan kişiye geçer, gerekçesine dayanmaktadır. İkinci görüş sahipleri ise, bir ayırım yapmaktalar. Mirasçı miras payını aynı murisin diğer bütün mirasçılara temlik etmiş ise, bu takdirde kısmi taksim söz konusu olup, devralan mirasçının tereke üzerinde tam olarak hak sahibi olması sonucunu doğurur. İki mirasçının bulunması halinde birinin diğerine miras payını devretmesi de aynı nitelikte görülmektedir. Yani bu hallerde bir yerde kısmi veya tam taksim kabul edilmektedir. Şayet mirasçılardan biri miras payını diğer murisin tüm mirasçılara değil de bir veya birkaç mirasçısına devretmiş ise, bu takdirde temlikin aynî bir hükmü olduğu söylenemez, görüşünün ileri sürmektedir. (Von Tuhr özellikle bu görüşü savunmaktadır.) Kısaca murisin mirasçılardan bir payını tüm mirasçılara devretmiş ise, bunun aynî hak niteliğinde bulunduğu ve zamaşaşımına tabi bulunmadığı, ancak, mirasçı miras payını sadece mirasçılardan bir kısmına (tamamına değil) devretmiş ise, bu borçlandırıcı bir işlem olup, şahsi hak niteliğinde olduğu ve zamaşaşımına tabi bulunduğu kabul edilmektedir. (Dr. Zahit İmre Türk Miras Hukuku 3. baskı, İstanbul 1972 baskılı, sayfa 750 ve devamı, özellikle sayfa 761, 762, 763 ve 764, Esat Şener Eski ve Yeni Miras Hukuku 1981 baskılı, sayfa 789 ve devamı, özellikle 800 ve 801). Davacının dayandığı 18.05.1976 tarihli miras payının devri sözleşmesi sadece mirasçılardan davacı Hasan Gürbüz

Muristen külli halefiyet yoluyla mirasçılara intikal eden terekeye ait malvarlığı üzerinde mirasçılar arasında elbirliği mülkiyeti olup, her bir hak, bütün zerreye şamil olduğundan, paylı mülkiyetin aksine, bağımsız olarak satılması ve rehnedilmesi mümkün bir pay mevcut değil ise de, mirasçıların borcu yüzünden, miras payının haczine hukuki bir engel mevcut değildir (İİK m. 94), Bu nedenle, Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesi gereği mirasçılar arasında yapılan miras payının devri sözleşmesinin tasarruf işlemi olarak kabul görmesi, miras payının mirasçının malvarlığından çıkmasına sebebiyet verecek ise de, mirasçılar arasında yazılı miras devir sözleşmesi hazırlanması her zaman mümkün olduğundan, miras payının devrine yönelik tapu iptali ve tescil davasının kabulü ile oluşacak kesin hüküm otoritesi, aynî hakkın şahsi hakka üstünlüğü çerçevesinde nitelendirilerek mirasçının alacaklısına karşı hüküm ifade etse de haciz alacaklısının muvazaa iddiasına engel olmayacaktır. Buna karşın, aynî nitelikte olmayan tasarrufun iptali davası, şahsi dava vasfında olup, amacı alacaklının takip hukukuna göre alacağını tahsile matuftur²³⁰. Tasarrufun iptali davaları şahsi dava fonksiyonu

ile miras payını devreden Fatma Saral arasında yapılmıştır. Murisin dosyadaki veraset belgesine göre, mirasçıları olan taraflar dışında daha birçok mirasçısı olduğu anlaşılmaktadır. Şu halde doktrinde yer alan görüşlerde göz önünde tutulduğunda yapılan miras payının devrine ilişkin sözleşmenin aynî hak niteliğinde bulunmadığı, borçlandırıcı ve buna bağlı olarak şahsi hak niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle somut olguda, BK'nun 125. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Borçlar Kanununun 125. maddesinde; "Bu kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava on senelik müruru zamana tabidir" denilmektedir. Maddede yazılı "...her dava..." her alacak anlamında kullanılmaktadır. Şu halde; somut olayda uygulanması gereken Borçlar Kanununun 125. maddesidir. Davacı, miras payının devri sözleşmesinin yapıldığı 18.05.1976 tarihinden itibaren ifa (yerine getirme) olanağı bulunduğu halde, uzun süre hareketsiz kalmış olup, Borçlar Kanununun 125. maddesinde öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten çok sonra eldeki bu davayı 22.02.2010 tarihinde açmıştır. Zamanaşımının başlangıç tarihi ifa (yerine getirme) olanağının olduğu (doğduğu) tarih olup, tapuda intikalini yapıldığı 30.01.1996 tarihi olarak kabul edilemez." (8. HD 09.12.2011, 2873/6843).

- 230 "Tasarrufun iptali davasının amacı, bir alacağı ödememek için, mal varlığını azaltıcı veya artışı önleyici nitelikte, borçlu tarafından yapılan bir taraflı hukuki işlemler ve fiillerle, borçlunun amacını bilen veya bilmesi gereken kişilerle yaptığı tüm hukuki işlemleri alacaklının alacağı ile sınırlı olarak hükümsüz sayarak işlem konusu mal veya hak üzerinde borçluya aitmiş gibi cebri icraya devam edilerek alacaklının alacağını almasına imkan sağlamaktır. İptal davası, icra hukuku yönünden alacaklıya alacağını tahsil olanağı sağlayan nispi nitelikteki yasadan doğan bir dava olup, tasarrufa konu malların aynı ile ilgisi yoktur. İİK'nun 283/1. maddesine göre, tasarrufun iptali davasını açan davacının tasarrufun iptali davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde, cebri icra yolu ile alacak miktarı kadar hakkını alma yetkisini elde eder ve söz konusu malın haczedilmesini ve satışını isteyebilir. Davacı- karşı davalı üçüncü kişi vekili tarafından açılan istihkak davasının reddine karar verilmiştir. Davanın reddedilmesi ile, haczedilen mal üzerindeki haciz de kesinleşmiştir. Alacaklı icra takip işlemlerine devam ederek malın satışını isteyebilir. HMK'nun 114/1-4. maddesinde hukuki yarar dava şartı olarak düzenlenmiştir. Hukuki yararın davanın açıldığı tarih itibarıyla mevcut olması yeterli değildir. Dava sonuçlanıncaya ve karar kesinleşinceye kadar hukuki yararın devamı gerekir. Mahkemece, üçüncü kişinin açtığı istihkak davasında, davanın reddine karar



marifetiyle tapuda aynî bir değişiklik yapmayacağından²³¹, dava sonucunda oluşacak kesin hüküm otoritesinin, dava ikamesinden önce tesis edilen şahsi ve aynî kısıtlamalar ile tedbir kararına ilke olarak doğrudan bir etkisi olmayacaktır. Zira İcra ve İflas Kanunu'nun 277 ve müteakip maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amaç, borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların geçersiz ya da "iyiniyet kurallarına aykırılık" nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamaktır²³². İcra ve İflas Kanunu'nun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı, davacının genel hükümlere ve muvazaaya dayalı dava açmasına da engel değildir²³³. Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, tasarruf konusu

verildiğinden, davalı-karşı davacı alacaklı vekili tarafından açılan tasarrufun iptali davasında, başlangıçta mevcut olan hukuki yarar ortadan kalkmıştır. Açıklanan nedenlerle, tasarrufun iptali davasının hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, kararın bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir." (8. HD 24.10.2016, 16470/14425).

- 231 "Tasarruf taşınmazın satışına dair değil, satış vaadine dair olmakla henüz mülkiyetinden çıkmayan taşınmazda borçlunun oturması olağandır. Yapılacak iş, davacıya aciz belgesi temini için mehil verilmeli, ibrazı halinde mal kaçırmaya dair kanıtları toplanmalı, gerekirse yanların yakınlığı veya bedeller arasındaki farkın varlığı (İİK. md.278) araştırılmalı ve sonucuna göre hükme varılmalıdır. Yetersiz araştırma ile yazılı biçimde sonuca gidilmesi doğru değildir. Kabule göre de; bu davalar tasarrufa konu mal üzerinde cebri icranın devamını temin amacıyla yönelik olmakla sadece satış vaadi şerhine dair tasarruf işlemlerinin davacı yönünden geçersiz sayılmasına karar verilmesiyle yetinilmesi gerekirken sicilde şerhin iptali sonucunu doğuracak biçimde hüküm tesisi bozma nedenidir." (15. HD 14.01.2002, 2001/5768, 2002/50).
- 232 "Davacı taraf davalı borçlunun alacaklısından mal kaçırmak amacıyla (muvazaalı biçimde) taşınmazını 3.kişiye sattığını, 3.kişinin de 4.kişiye satış yaptığını açıklayarak alacağın tahsilini sağlamak amacıyla dava açmıştır. Bu dava tasarrufun iptali davası biçiminde de vasıflandırılabilir. Yerleşmiş Yargıtay uygulamasında kabul edildiği gibi muvazaaya dayalı olarak tasarrufun iptali davası açılabilir. Muvazaalı işlemin tarafları dışında kalan 3.kişi, muvazaaya dayalı davasını her türlü delille ispat edebilir. Mahkemenin açıklanan ilkeye uymayan, muvazaanın sadece yazılı belge ile ispat edilebileceği görüşüne katılmak mümkün değildir. Ancak dosya kapsamında incelenen delillerden alacağın 20.11.2004 tarihinde çeklere bağlandığı anlaşılmaktadır. Davalının satış işlemi ise 25.10.2004 tarihinde gerçekleşmiştir. Kısaca tasarruf, takibe konu alacağın doğduğu tarihten önce yapılmıştır. İptal davalarında davacı alacağının, iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olması dava şartıdır. Davanın öncelikle bu nedenle reddedilmesi ve sonucuna göre de davalı tarafa AAÜT gereğince maktu ücreti vekalet verilmesi gerektiği halde, yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru değildir." (17. HD 19.11.2008, 2804/5381).
- 233 "Somut olayda davalı borçlu Gökhan hakkındaki 2005/103 esas ve 2005/794 esas sayılı icra takipleri kesinleştiğine göre davacının davalıdan alacaklı olduğu tartışmasızdır. Davacının bu davadaki amacı alacaklarını tahsil edebilmek için muvazaa nedeniyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü sağlamaktır. Esasen muvazaaya dayanan bu gibi davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek yoktur. Çünkü az yukarıda açıklandığı gibi İİY'nun 277 ve izleyen maddelerinde iptal davalarına konu olan tasarruflar özünde geçerli olmalarına rağmen kanunun icra hukuku yönünden iptaline imkan verdiği tasarruflardır. Bu davada ise davacı muvazaalı işlemlerle kendisinin zararlandırıldığını ileri

mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder ve tasarruf konusu taşınmaz mal ise, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın düzeltilmesine gerek olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir (İİK. md.283/1)²³⁴. Bu yasal nedenle iptal davası, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, şahsi nitelikte yasadan doğan bir dava olup, tasarrufa konu malların aynı ile ilgili değildir. Davanın kabulü hâlinde takip alacaklısı takip alacağı ile sınırlı olarak takibe devam imkanı sağlayıp, tapu sicilinde herhangi bir değişikliğe mahal olmaksızın borçlu malikmiş gibi takibe devamla alacaklının tatmini sağlanır²³⁵. Dolayısıyla davanın kabulü ile husule gelen kesin hüküm otoritesi adli hakikat yanında borçlunun alacaklısından mal kaçırdığına ilişkin maddi ve hukuki bir gerçeği de temsil ettiği için tasarrufun iptaline konu taşınmaz, davadan önce üçüncü kişiler tarafından tesis edilen şahsi ya da aynî takyidatlar, tasarrufun iptali davasında davacı alacaklının alacağını akamete uğratıp semeresiz bırakacağından, söz konusu takyidatlar, tasarrufun iptali davası ile oluşan kesin hüküm otoritesinin etkisine maruz ve mahkum olacaktır. Zira tasarrufun iptali davasının fonksiyonu alacaklıya icraya devamla haciz ve satış yetkisi tanımak olduğundan²³⁶, bu amacı ortadan kaldıran ya da etkisiz bırakan tasarruf ve hukuki işlemler alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyecektir²³⁷. Kaldı ki, alacaklının, takip borçlusu ile takyidat

sürmektedir. İY'nın 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı, davacının genel hükümlere muvazaaya dayanarak dava açmasına da engel değildir. Davacının iddiasını kanıtlaması durumunda iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı alacağı tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK'nun 283/1 maddesi benzetme yoluyla (kıyasen) uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazın haciz ve satışını istenebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekecektir. Açıklanan bu maddi ve hukuksal olgulara göre, davanın İY'nın 277 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkin olduğu yolundaki mahkemenin kabulüne katılma olanağı yoktur. O halde mahkemece danişıklı işlemin var olup olmadığı konusunda toplanan ve toplanacak taraf delilleri değerlendirildikten ve davalı Pınar'ın taraf ehliyeti konusunda da gerekli araştırma yapıldıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş olması isabetsizdir." (17. HD 08.10.2007, 4397/3011).

234 "Taraflar arasındaki uyumsuzluk İİK.nn 277 vd. maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali istemine ilişkindir.Bu tür davalarda, borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları ve kanıtlanması koşuluyla kötü niyet sahibi üçüncü(dördüncü) kişiler davalı gösterilir(İİK. md.282). Yasanın 283.maddesi uyarınca, iptal davası sabit olduğu takdirde, alacaklı, dava konusu taşınmaz mal ise, bunun üzerinde tapu kaydının tashihi gerekmezsizin haciz ve satışını isteyebilir. Somut olayda olduğu gibi, iptal davasının konusunu borçlu ile tasarrufta bulunan üçüncü kişinin elinden çıkardığı mallar yerine geçen değer oluşturmakta ise (İİK.m.283/1), bu değerler üzerinden borçlu değil, üçüncü şahıs -davacının alacağından fazla olmamak üzere- nakden tazmin ile sorumlu tutulur." (15. HD 07.02.2002, 2/577).

235 ÜSTÜNDAĞ, *Tapu Kütüğü*, s. 60.

236 Uyar Talih, *İptal Davasının Sonuçları*, DEÜHFD, C. 12, Özel S. 2010, (s. 1159- 1181), s. 1159.

237 "Davacı vekili, davalı borçlu Duran aleyhine vergi borçlarından icra takibi yaptıklarını, borcu karşılayacak malı bulunmadığını ileri sürerek borçlu Duran'ın dava konusu taşınmazı



lehtarı üçüncü kişinin kendi zararına ve mal kaçırmaya yönelik işbirliği ve muvazaaya ilişkin haciz, satış, ipotek ve benzeri işlemlerine karşı dava hakkı saklıdır²³⁸. Bu sebeple tasarrufun iptali davası, aynı bir dava olmayıp, tapuda herhangi bir değişiklik meydana getirme nitelik ve fonksiyonundan mahrum olduğundan²³⁹, tasarrufun iptali davasının kabulü ile oluşan kesin hüküm otoritesi, aynı taşınmaza ilişkin üçüncü kişiler tarafından tesis edilen şahsi yük ve aynı kısıtlamaları doğrudan mürtefi kılamayacak ise de alacaklı takibe devamla bu kısıtlamalara nazaran alacağını öncelikle elde etme hak ve yetkisini haiz olacaktır²⁴⁰. Zira vaki tasarruf, iptal davası ikame eden alacaklıya hüküm ifade etmeyecektir. Nitekim davanın ikamesi ile birlikte ihtiyati haciz talep edilebileceğinden, tasarrufun iptali davasının ikamesinden sonra tesis edilen şahsi ve aynı teminatlar, ihtiyati hacizden sonra tatmin edileceği gibi, tesis tarihi itibarıyla muvazaa konusunda fiili bir karineyi de barındıracaktır²⁴¹. Yargıtay, tasarrufun

davalı Elif'in açtığı tapu iptali ve tescil davasını kabul ederek bu davalı adına tescilini sağlamasına ilişkin tasarrufun iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, davalılar arasındaki davanın kabul ile sonuçlanması, tarafların anlaşmalı olarak tasarrufu yaptıkları gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş hüküm davalı Elif vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içeriğine, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerekçeleri nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, davalılar arasında görülen ve evlilik birliği sırasında açılmış olan tapu iptali ve tescil davasının borçlu tarafından kabul edilerek sonuçlandırılmış olmasına, temyiz haklarından feragat edilerek kararın kesinleşmesine, boşanma davasının bu kararın kesinleşmesinden sonra açılmasına ve tek celsede bitirilmesine, tarafların MERNİS kayıtlarına göre halen aynı adreste oturuyor görünmelerine ve kararda yazılı diğer gerekçelere göre davalı Elif vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına." (17. HD 01.03.2010, 218/1741).

238 UYAR, İptal Davasının Konusu, s. 223.

239 "Tasarrufun iptali davalarından maksat, tasarrufun butlanına hükmettirmektir. İptal davası sabit olduğu takdirde, alacaklı davaya konu mal üzerinde cebri icra yoluyla hakkını alma yetkisi elde eder. Davanın konusu taşınmaz mal ise davalı üçüncü kişi üzerindeki tapu kaydının düzeltilmesine yer olmadan başka bir anlatımla, tapunun iptali ve tesciline gerek kalmadan o taşınmazın satışını isteyebilir. Bundan dolayı somut olayda, iptal şartlarının oluştuğunun tespit edilmesi halinde, tasarrufun davacının tasarruf tarihine kadar olan alacağının miktarını geçmemek üzere iptaline karar verilmesi gerekirken bu taşınmazın borçlu adına tapuya tesciline karar verilmesi de doğru olmamıştır." (17. HD 08.04.2013, 2012/16475, 2013/5036).

240 Bu ihtimalde özellikle tasarrufun iptali davasının davacısı haciz alacaklısının evvela tatmini ve haksız önceliğe sebebiyet verilmemesi noktasında, alacaklı takibe devamla taşınmaz üzerindeki diğer kısıtlamalara nazaran alacağını öncelikle elde etme hak ve yetkisine haiz olacağı hususunun sıra cetveli düzenlenir iken göz önüne alınması ehemmiyet arz edecektir. Nitekim tasarrufun iptali kararıyla tasarrufa konu taşınmaz borçlunun malik hanesine avdet etmeyeceğinden, dava açmayan diğer alacaklılar, dava ikame eden alacaklının cebri icra yetkisinde istifade edemeyeceği gibi, tasarrufun iptali davasının kabulü ile hacze devam imkanı elde eden alacaklının haczine iştirak edemeyeceklerdir.

241 "Mahkemece taşınmazın danışıklı olarak devir edildiğine dair delil elde edilemediği, davalı Hüseyin Çetinkaya'nın dava konusu taşınmazdan başka da taşınmazlarının bulunduğu anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı Nazmiye Çetinkaya ile

iptali davasının kabulü kararının, iptal edilen tasarruf oranında, ilam alacaklısına taşınmaz mülkiyet hakkına uygulanan ipotek ve haciz²⁴² alacaklısına nazaran öncelik hakkı bulunduğunu belirtmiş iken²⁴³, Yargıtay'ın bir başka özel dairesi, ipotek alacaklısının, tasarrufun iptali davası lehtarına karşı rüçhan alacağı niteliği bulunduğunu vurgulamıştır²⁴⁴.

davalılardan Hüseyin Çetinkaya evli iken 22.11.2004 tarihinde boşanmışlar mahkeme 20.000 YTL tazminatın davalı Hüseyin Çetinkaya'dan tahsiline karar vermiştir. Davacı tazminat alacağının tahsili için 04.04.2004 tarihinde icra takibi başlatmış, bunun üzerine taşınmaz 21.06.2004 tarihinde Hatun Aksoy'a devredilmiştir. Hatun Aksoy da 06.09.2004 tarihinde taşınmazı diğer davalı olan ve yurtdışında yaşayan İvanka Shejbal'e devretmiştir. Satış işlemi İvanka Shejbal'a vekaleten davalı Hüseyin Çetinkaya tarafından yapılmıştır. Yukarıda anlatıldığı üzere taşınmazın satış şekli ve icra takibi üzerine yapılmış olması dikkate alındığında satışın muvazaalı olduğu açıktır. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde hata yapılarak davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (4. HD 10.12.2007, 2393/15778).

242 "Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü: Bedeli paylaşma konu 1047 parsel sayılı taşınmaz Turbo Filtre A.Ş. tarafından 29.8.1995 tarihinde Or Filtre A.Ş'ne satılmıştır. Satıştan sonra bu taşınmaz üzerinde Osmanlı Bankası lehine 29.8.1995 tarihinde, İş Bankası lehine 22.11.1995 tarihinde ipotekler tesis edilmiştir. Davacı Vergi Daireleri Turbo Filtre A.Ş'nin tasarrufunun iptali için açtığı dava kabul edilmiştir. İİK.nun 283. maddesine göre hacizde iptal davasını kazanan alacaklı, tasarruf konusu malın borçlununmuş gibi haciz ve satışını isteyebilir. Satış sonucu elde edilen paradan alacağını alır. Tasarruf, iptal davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğinden, sonradan lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ile haciz uygulayan alacaklıların iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliği bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla davayı kazanan alacaklıya iptal edilen tasarruf oranında, taşınmazı devralan kişinin verdiği ipoteklerle alacaklı olanlar ile sonradan haciz uygulayan alacaklılardan önce ödeme yapılmalıdır. Mercii hâkimliğince bu yönler gözetilerek şikayetin kabulü gerekirken, yazılı gerekçeyle reddinde isabet görülmemiştir." (19. HD 30.11.2000, 7450/8250).

243 "İİK'nun 283. maddesine göre, haciz yolu ile takipte iptal davasını kazanan alacaklı, tasarruf konusu malın haciz ve satışını isteyebilir. Satış sonucu elde edilen paradan alacağını alır. Tasarruf, iptal davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğinden, iptal davasına konu taşınmazı devralan borçlu Sıdika Okan'ın alacaklıları tarafından uygulanan haczin, iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış olan alacaklıya karşı önceliği bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, davayı kazanan alacaklı Mevlana Petrol Ür. Tur.Taş.Paz. Tic. Ltd. Şti.'ye iptal edilen tasarruf oranında, sonradan haciz uygulayan Turkland Bank A.Ş'den önce ödeme yapılmalıdır. Bu durumda mahkemeye, şikayetin tasarrufu iptal ettiren alacaklıya karşı önceliği olmadığı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yanılığlı gerekçeyle hüküm kurulması doğru olmamıştır." (23. HD 22.09.2014, 1902/5852).

244 "İİK.nun 283/1.maddesine göre; "Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kayıdın tashihi mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir." Satış ile 3. kişiye geçen mülkiyet, tasarrufun iptaline karar verilmesi ile borçluya geri dönmaz. Yalnızca, alacaklıya, 3. kişiye ait taşınmaz üzerine haciz koydurarak sattırarak suretiyle alacağını tahsil imkanı verir. Hacze dayanak yapılan tasarrufun iptali ilamında da, anılan yasa hükmüne uygun olarak yalnızca satış işleminin iptaline karar verilmesiyle yetinilmiş olup, 3. kişi adına olan tapu kaydının iptali ile borçlu adına tesciline dair bir hüküm kurulmamıştır. Bu nedenle taşınmazın mülkiyeti 3. kişiye aittir. Tasarrufun iptali davası, takip alacaklısı ile takip borçlusunu Adem Durul ve taşınmaz



Şayet ilam alacaklısı tarafından aynı taşınmaza üçüncü kişiler tarafından tesis edilen şahsi ve aynî takyidatların (haciz, satış vaadi şerhi, ipotek) muvazaalı olduğu ileri sürülerek İcra ve İflas Kanunu'nun 277 ve devamı ile Türk Borçlar Kanunu' nun 19. maddelerine göre vaki takyidatların iptaline matuf dava ikame edilmiş ise²⁴⁵, bu davalar, haciz ve ipoteğe dayalı olarak yapılan satış veya sıra cetveline şikayet/itiraz²⁴⁶ davası için zorunlu bekletici mesele yapılması gerekecektir. Örneğin alacaklı (A), borçlu (B)'nin kendisinden mal kaçırdığını ileri sürerek işbirliği içinde olduğu (C)'ye bir taşınmazını muvazaalı olarak satıp, tapuda devrettiğini ileri sürerek her ikisine karşı ikame ettiği tasarrufun iptali davasının kabul kararının kesinleşmesini müteakip, davadan önce tasarrufun iptaline karar verilen aynı taşınmaz üzerinde (D) lehine haciz, (E) lehine ipotek tesis edilmesi faraziyesinde; ilam alacaklısının her iki takyidat lehtarına karşı ilke olarak maddi hukuktan kaynaklı aynî bir hak üstünlüğü

maliki İbrahim Halil Güzenke arasında görülmüş olup, anılan davada ipotek alacaklısı banka taraf olmadığı gibi ipoteğin kaldırılması da söz konusu değildir. Dolayısıyla tesis edilen ipotek bedeli hala rüçhanlı alacak kapsamındadır." (12. HD 16.06.2015, 11663/16721).

- 245 "Mahkemece, davanın İİK'nun 277. vd. maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası olup yapılan temlik açısından üçüncü kişi durumundaki davacıya bu şekilde muvazaa gerekçesi ile yapılan temlikin iptalini talep etme yetkisi veren herhangi bir düzenleme bulunmadığı, alacaklı tarafından kesin aciz vesikası da ibraz edilmediği gerekçesiyle istem reddedilmiştir. Davacı BK'nun 18. maddesine dayalı olarak muvazaa nedeniyle yapılan taşınmaz devrinin iptalini istemiştir. BK'nun 18. maddesine dayalı olarak açılan davada alacaklıların aciz vesikası sunma şartı olmadan İcra İflas Kanunu'nun 283. maddesine göre taşınmazın satışını ve haczini isteyebilmesine olanak tanınması yolunda istemde bulunma ve dava açma hakkı vardır. Şu durumda iddia ve savunma doğrultusunda inceleme yapıлып sonucuna göre karar verilmelidir." (4. HD 21.06.2007, 6454/8425).
- 246 "İpotek alacaklısının şikayet yoluyla icra mahkemesine başvurarak; ihale bedelinin sıra cetveli yapılmaksızın tasarrufun iptali davası lehine sonuçlanan alacaklıya ödenmesinin doğru olmadığını belirterek, sıra cetveli yapılması taleplerinin icra müdürlüğüne reddine ilişkin işlemin iptalini ve sıra cetveli yapılmasını talep ettiği, mahkemece, şikayet reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. İİK'nun 140. maddesi gereğince; "Satış tutarı bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmezse icra dairesi alacaklıların bir sıra cetvelini yapar." Sıra cetvelini düzenleme yetkisi ilk haczi koyan icra dairesine aittir. Haczin talimatla uygulanması halinde, sıra cetvelinin esas icra dairesince düzenlenmesi gerekir. İİK'nun 100. maddesi gereğince, borçluya ait paranın veya satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar, birden fazla alacaklı tarafından haciz konulması halinde, yukarıda anılan yasa hükmü gereği icra müdürlüğüne derece kararı yapılması gerekir. Derece kararının yapılması için mutlaka satış sonucu para elde edilmesi zorunlu değildir. Açıklanan maddelere göre, birden fazla alacaklının bulunduğu böyle durumlarda, icra müdürlüğüne, öncelikle İİK. nun 140. maddesi gereğince sıra cetveli yapılarak alacaklılara, diğer alacaklılara yönelik itirazlarını ileri sürme imkanı tanınmalıdır. Öte yandan, taşınmazı alacağa mahsuben satın alan alacaklıya ihale bedelini yatırmaması için çıkartılan muhtıranın iptali amacıyla alacaklının icra mahkemesine yaptığı şikayet sonucu muhtıranın iptaline dair verilen karar, ipotek alacaklısının bu şikayette taraf olmaması nedeniyle ipotek alacaklısı yönünden kesin hüküm teşkil etmez. O halde, mahkemece, birden fazla alacaklı bulunması ve ihale bedelinin alacağı karşılamaması nedeniyle, İİK.nun 140. maddesi gereğince, icra müdürlüğüne sıra cetveli yapılmasına karar verilmesi gerekirken, şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." (12. HD 18.01.2016, 2015/24344, 2016/997).

bulunmadığı gibi, söz konusu ilam, aynı taşınmaz üzerindeki bu takyidatları doğrudan mürtefi kılamayacaktır. Nitekim tasarrufun iptali davasının kabulü tapu sicilinde bir değişikliğe imkan vermemektedir²⁴⁷. İlam alacaklısı, her iki takyidat lehtarına, malik ile birlikte işbirliği ve muvazaa marifetiyle haciz ve ipotek tesis edildiğini²⁴⁸, gerçek anlamda bir borç ilişkisi bulunmayıp, ilam alacaklısı olarak davasının akamete uğratarak alacağının semeresiz bırakılması saikiyle hareket edildiğini ileri sürerek İcra ve İflas Kanunu'nun 277 ve devamı ya da Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine dayanarak takyidatların iptalini isteyebilir²⁴⁹. Bu aşamada, böylesi bir dava, haciz ve ipotek takibi ya da sıra cetveline itiraz davası için zorunlu bekletici mesele yapılmalıdır. Tasarrufun iptali davası, şahsi nitelikte olduğundan, kabulü hâlinde tapuda herhangi bir değişiklik husule getirmemekle birlikte iyiniyetli dördüncü kişilerin mülkiyet iktisabı korunacaktır²⁵⁰. Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nun 282.

247 "İcra İflas Kanununun 277 ve sonradan gelen maddelerine dayanılarak açılan iptal davalarından maksat yapılan tasarrufların butlanına hükmettirmektir. Aynı yaasanun 283. maddesinin 1.'fıkrası hükmü gereğince, davacı iptal davası sabit olduğu takdirde bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde alacağı ile sınırlı olmak kaydı ile cebri icra yoluyla hakkını almak yetkisini elde eder. Dava konusu taşınmaz ise davalı 3. şahıs üzerindeki kaydın tashihine mahal olmadan o gayrimenkulün haciz ve satışını isteyebilir. Bu durumda mahkemece borçlunun yapmış olduğu işlemi hükümsüz hale getirecek anlamda ipoteğin muvazaa nedeniyle butlanına karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı ise de; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesinin 7. fıkrası hükmü gereğince bu hususta yeniden inceleme yapılmasına gerek görülmediğinden hükmün değiştirilerek ve düzeltilerek onanması uygun bulunmuştur." (15. HD 03.07.1989, 1864/3207); (15. HD 14.04.2003, 986/1956).

248 "Davada, Marmara Ereğlisi Karakusun mevkii 7223 parsel üzerindeki C Blok 30 nolu dubleks mesken üzerine tesis olunan ipotek işleminin iptali talep edilmiş, mahkemece istem kabul edilmiştir. Söz konusu işlerin alacaklıdan mal kaçırma amacıyla yapıldığı sabit olup bu konudaki karar düzeltme istemi yerinde bulunmamasına gerek görülmediğinden ipoteğin paraya çevrilip, ortada iptali gerektirecek bir işlemin kalmadığı ve davanın bedele dönüştüğü anlaşılmaktadır." (15. HD 01.10.2001, 3875/4219).

249 "Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenmiş olan danışıklılık işlemi, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak konusunda anlaşmalarıdır. Dava konusu olayda, davalı B hakkında icra takibine başlanmasından sonra takibi sonuçsuz bırakmak için henüz on sekiz yaşını doldurmuş olan kızını diğer davalı adına 486.000.000.000 TL'ye bina satın almıştır. On sekiz yaşını henüz doldurmuş bir kişinin satın alma tarihine çok yalan tarihlerde yurtdışında yapılmış kira kontratları ile sağlayacağı gelir ile bu alımı yapmış olması yaşamın olağan akışına uygun değildir. Davalı B'nin Yönetim Kurulu Başkanı olduğu şirket tarafından inşaatı tamamlanan binanın Garanti Bankasından davalı E adına satın alınması işlemi muvazaalıdır. Yerel mahkemece, açıklanan yönler gözetilmeden davanın kabulü gerekirken, iddianın kanıtlanmadığından davanın reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." (4. HD 04.11.2004, 12951/12703).

250 "Tasarrufun iptali davalarında, borçlu ile tasarrufta bulunan kişi, devir aldığı mal veya hakkı bir başka kişiye devretmişse ve bu kişinin tasarruf sırasında kötüniyetle hareket ettiği veya borçlunun alacaklıdan mal kaçırma amacı ile tasarrufta bulunduğunu bilen ya da bilmesi gereken kişilerden olduğu davacı tarafça kanıtlanmadıkça anılan tasarrufun iptaline karar verilemez. Ne var ki davacı tasarrufun iptali talebini bedele dönüştürebilir. (İİK



maddesinin son fıkrası; iptal davasının iyiniyetli üçüncü şahısların haklarını ihlal etmeyeceği hükmünü havi ve amirdir. Ancak tasarrufun iptali davası yolsuz tescile dayanmadığından, dördüncü kişilerin aynî hak iktisapları Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi çerçevesinde değil, İcra ve İflas Kanunu'nun 282. maddesi gereği hukuki korumaya mazhar görülecektir. İcra ve İflas Kanunu'nun 283/II. maddesine göre de iptal davası, üçüncü şahsın elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taalluk ediyorsa, bu değerler nispetinde üçüncü şahıs nakden tazmine (davacının alacağından fazla olmamak üzere) mahkûm edilmesi gerekir²⁵¹. Bu ihtimalde üçüncü kişinin sorumlu olduğu miktar, elden çıkarılan malın o tarihteki gerçek değeridir. Bir başka anlatımla dava ve tasarrufa konu malı elinde bulunduran şahsın kötü niyetli olduğunun kanıtlanamaması hâlinde dava tümünden reddedilmeyip, borçlu ile tasarrufta bulunan şahıs tasarrufa konu malı elinden çıkardıkları tarihteki gerçek değeri oranında ve alacak miktarı ile sınırlı olarak tazminata mahkum edilmeleri gerekir²⁵². Borçlu ve onunla hukuki muamelede bulunanlar arasında zorunlu dava ortaklığı mevcuttur²⁵³. Tasarrufun iptali davasının kesinleşmiş ya da derdest olması, aynı borçluya ve aynı taşınmaza yönelik diğer alacaklıların ikame ettiği tasarrufun iptali davasında derdestlik ve kesin hüküm itirazını ileri sürmek imkânını vermeyecektir. Zira taraf unsuru inzımam etmeyecektir. İptal davasının kabulü kararı sonucunda husule gelen ilam, taşınmaza matuf olsa da

283/2.) Başka bir anlatımla, borçludan aldığı malı elden çıkaran davalıdan, elden çıkardığı tarihindeki gerçek bedelin, alacak ve fer'ileriyle sınırlı olmak üzere tahsiline hükümlenir." (17. HD 24.03.2009, 2008/4582, 2009/1708); (17. HD 05.02.2009, 2008/3913, 2009/416).

- 251 "Ancak, açılan davanın İY'nun 277 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkin kişisel bir dava olmasına, aynı yasanın 283. maddesi uyarınca davanın bedele dönüşmüş olması halinde hükmedilen miktara faiz yürütülemeyeceği dikkate alınmadan yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması doğru değildir." (17. HD 17.07.2007, 3022/2528).
- 252 "Davacı alacaklının, dördüncü kişinin kötü niyetli olduğunu, yani dava konusu malı kendisine devreden üçüncü kişi ile borçlu arasındaki tasarrufun iptale tabi olduğunu bildiğini ispat etmesi zorunludur. Somut olayda davalı dördüncü kişinin kötü niyetli olduğu yeterli ve geçerli delillerle kanıtlanmadığından dördüncü kişi hakkında açılan davanın reddine, üçüncü kişinin 3 nolu parseldeki 2/10 hissenin devri nedeniyle elinden çıkardığı hissenin gerçek değeri nisbetinde nakden tazminle sorumlu tutulmasına karar verilmesi gerekirken bu yön gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir." (15. HD 22.03.2005, 2004/6529, 2005/1708).
- 253 "Dava, İİK.nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Aynı yasanın 282. maddesi gereğince iptal davalarında borçlunun ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler davalı olarak gösterilmelidir. Burada mecburi dava arkadaşlığı mevcut olup, taraf teşkilinin mahkemece re'sen gözetilmesi gerektiğinden borçlu Yılmaz Akpınar ile üçüncü kişi Osman Bollu'ya dava dilekçesinin tebliği suretiyle taraf teşkilinin sağlanması, bildirecekleri delillerin toplanması ve İİK.nun 277 ve devamı maddeleri kapsamında değerlendirme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi isabetli görülmemiştir." (17. HD 24.02.2009, 4735/876); (17. HD 24.02.2009, 2008/5112, 2009/880).

kesinleşmesi beklenmeden²⁵⁴, ilam lehtarı tarafından takip dosyasına ibraz edilerek taşınmazın haczi ve satışı talep edilebilecektir. Zira iptal davası aynî değil, şahsi bir alacak davasıdır²⁵⁵. Buna karşın, tasarrufun iptali davalarının, muvazaa²⁵⁶ ya da sahte kimlik ve vekâletname ile maddi gerçeği yansıtmayan yahut ketmi vereseye dayalı²⁵⁷ veya maddi gerçeği bulunmayan soy bağına ilişkin yolsuz tescile mebni tapu iptali ve tescil davaları ile şahsi hak niteliğindeki satış vaadi ya da inançlı işleme dayalı tapu iptali ve tescil davalarıyla telahuku ihtimalindeki hukuki mukadderatı değişkenlik gösterecektir²⁵⁸. Öyle ki, yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabulü, tasarrufun iptali davasını akamete uğratıp, hacze devam imkanını akim bırakacaktır. Çünkü ilamın borçlusu, tapudaki yolsuz şekli hamil olduğu için yolsuz tescile matuf tasarrufun iptali kararı, gerçek malik indinde hüküm ifade etmeyecektir. Kaldı ki taşınmazın

254 “Somut olayda, takip dayanağı ilam İİK’nun 277. ve müteakip maddelerine göre alınmış tasarrufun iptaline ilişkin bir ilamdır. Bu kararın amacı İİK’nun 283.maddesine dayalı olarak yalnızca borçlunun tasarrufuna konu ettiği maldan alacaklının alacağını tahsil olanağını sağlamaktan ibarettir. Bu nedenle aynı değil, şahsi niteliktedir. İlamın fer’isi niteliğindeki vekalet ücreti, harç ve yargılama gideri alacağı takibe konulduğuna göre (bu tür alacaklar da asıl karara tabi olmakla) HUMK’nun 443/4.maddesi kapsamında kalmadığından dayanak ilamın kesinleşme şartı alınmaz. Mahkemece borçlu tarafın şikâyetinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulü ile hüküm tesisi isabetsizdir.” (12. HD 25.12.2008, 18746/23250); (12. HD 24.04.2007, 5791/7973).

255 UYAR, **İptalin Sonuçları**, s. 1174.

256 KURT, s. 37. “Muvazaalı bir işleme dayanan tescil de yolsuz tescil sayılır.”

257 “Dava, yolsuz tescil hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğini, toplanan delillere göre; davalı Halime Eylem’in miras bırakanın mirasçısı olmadığı ve davacıların mirasçı buldukları belirlenerek davanın kabulüne karar verilmiş olması kural olarak doğrudur. Ancak, çekişme konusu taşınmazlarda davalıya miras bırakan Halime Altın’dan intikal eden paylar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken muris Halime’den intikal etmeyen paylarında kabul kapsamına alınmış olması doğru değildir.” (1. HD 29.05.2008, 4595/6647).

258 Nitekim kesin hüküm konusunun muvazaa, ketmi verese, sahte kimlik ve vekaletname ile maddi gerçeği yansıtmayan mirasçılık belgesi ya da muris ile mirasçı arasında maddi gerçeği bulunmayan soy bağına matuf tapu iptal ve tescil davası olması ihtimalinde: taşınmaz mülkiyetinin geçerli bir tescile imkan vermesi için gerekli olan hukuki bir sebep ve tescil talebi ile tasarruf yetkisinin bulunmamasından ötürü mülkiyet hiç el değiştirmeyip, mevcut tescilin yolsuz olmasından ötürü, aynı taşınmaza üçüncü bir kişinin ikame ettiği şahsi nitelikteki tasarrufun iptali davasının kabulüne yönelik ilam hüküm ifade etmeyip, haczin devamına imkan sağlamayacaktır. Zira ilamın borçlusu tapudaki yolsuz şekli hamil olup, yolsuz tescile matuf tasarrufun iptali kararı gerçek malike hüküm ifade etmeyecektir. Kaldı ki taşınmazın gerçek maliki hakkında alınmış bir ilam da yoktur ki cebri icra ona karşı devam edilsin. Buna mukabil tasarrufun iptali kararının satış vaadi ya da inançlı işleme dayalı tapu iptal tescil davası ile telahuk etmesi ihtimalinde; her iki davanın özü itibariyle rızai, yani şahsi dava niteliğinde olup, tapu iptal ve tescil davasına matuf ilamdan önce aynı taşınmaza dair kesinleşen tasarrufun iptali kararı, kesin hükme rağmen hukuki etkisini göstereceği için ilam alacaklısı, tapudaki tescil yolsuz olmadığından, tasarrufun iptali ilamına boyun eğecektir. Meğerki tasarrufun iptali davasının taraflarının muvazaalı ve kötü niyetli işbirliği mevcut olsun.



gerçek maliki hakkında alınmış bir ilam da yoktur ki cebri icraya ona karşı devam edilsin. İşte İcra ve İflas Kanunu'nun 281. maddesinde²⁵⁹ kanun koyucunun yerinde ve haklı olarak ihtiyatı hacizden bahsetmesi buna güzel bir örnektir. Zira tasarrufun iptali davaları şahsî alacak davası niteliğinde olduğundan, tapu sicilinde herhangi bir değişiklik etkisinden yoksun sadece alacaklının parasal tatminini sağlamaya matuf ve elverişlidir. Tasarrufun iptali davası, İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmekle birlikte genel hükümlere göre ikame edilen şahsi nitelikteki davalardır. Her ne kadar davanın düzenlendiği ve dava şartı olan aciz vesikası takip hukuku hükümlerine tabi ise de, geçerli bir alacağın bulunup bulunmadığı; borçlu ve alacaklının muvazaalı olarak yapay borç oluşturdukları iddiası ile takibin gerçekte olmayan bir alacağa yönelik başlatıldığı savı ve delillerin değerlendirilmesi takip hukukuna göre şekli değil, genel hükümlere²⁶⁰ ve maddi hukuk kurallarına göre yapılması gerekecektir²⁶¹. Öyle ki, alacaklının, borçlunun yapmış olduğu

259 İİK 278 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davaları şahsi dava niteliğinde olup, özünde alacaklının tatminine yöneliktir. Uygulamada özellikle tasarrufa konu taşınmazın tapudaki resmi değeri ile sürüm değeri arasında aşırı nispetizliğe yönelik dava sebebi hukuka uygun ancak adalete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Bu davalar genellikle şekli gerçek maddi gerçeği gölgelemekte, subjektif hak zedelenmekte hatta kötü niyetli üçüncü kişilere muvazaa için kapı ve ortam hazırlanmaktadır. Zira taşınmazların belediyelerdeki satış için öngörülen resmi değerler ile sürüm değerleri arasında aşırı fark bulunmaktadır. Her ne kadar hiç kimse kendi muvazaasına dayanamaz ise de sırf bu sebepten, yani yargı marifetiyle insanlar mağdur da edilmemelidir. Benzer durum şufa davaları için de geçerlidir. Devletin resmi kurumlarının verdiği taban değerlerin güncel sürüm değerine uygun olması gerekmektedir. Taşınır satışlarında noterler kasko değerini uyguladığından benzer duruma rastlanmamaktadır. Burada kanuna karşı hile de yani kanuna uygun davranarak kanunun istemediği, arzulamadığı bir durum yoktur. Bilakis kişiler taşınmaz satımında gerçek irade ile görünürdeki irade eşdeğerdir. Ancak resmi kurum olan belediyenin değerlerini baz almaktadır. Devletin resmi değerler ile güncel sürüm değerlerini eşitleyerek vergi oranını indirmesi de hem üçüncü kişilerin salt kanunun uygulayarak hukuki ilişkinin taraflarına zarar vermesinin önüne geçmek hem de daha fazla taşınmaz satımından daha fazla gelir elde etmesi bakımından tavsiye edilecek idari bir tasarruftur. Kaldı ki HGK'nun satış vaaatine dayalı tescil davalarında devletin yaptığı yargılama hizmeti bakımından alması gereken harc noktasında keşif yapılarak taşınmazın güncel değerinin hesaplanması gerektiğine ilişkin kararı özel hukuk yargılamalarında tarafların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

260 "Mahkemece, iddia, savunma, deliller ve tüm dosya kapsamından; şikayetin şikayet olunan alacağın doğumuna ve gerçek miktarına ilişkin olduğu ve açılan şikayete bakma görevinin genel mahkemelere ait olduğu gerekçesiyle, dava şartı noksanlığı sebebi ile şikayetin usulden reddine karar verilmiştir. Kararı, şikayet olunan vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, şikayet olunan vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir." (23. HD 07.12.2016, 7193/5308).

261 "Cebri icra yoluyla yapılan satışlara karşı tasarrufun iptali davası açılmayacağı genel ilkedir. Ancak alacaklısından mal kaçırma amacına yönelik bir alacak borç ilişkisi tesisi ile takip yapılmak suretiyle alacaklıdan mal kaçırma sağlanabilir. Bu gibi hallerde mal kaçırma amaçlı veya muvazaalı takiplere karşı iptal davasının açılabilmesi gerekir. Açıklanan olgular doğrultusunda hüküm verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir." (17. HD 16.09.2008, 1246/4471).



işlemlerden zarar gördüğünün kabul edilebilmesi için en temel ve doğal koşul, borçluya karşı gerçek bir alacağa sahip olmasıdır. Acaba, iptal davalarında davaya bakan mahkemece, davacının borçluya karşı gerçek bir alacağa sahip olup olmadığı iddiası araştırılabilir mi? Yoksa alacaklının borçluya karşı yürütmüş olduğu icra takibinin kesinleşmiş olduğundan bahisle, artık kesinleşen takibe dayalı bir alacağın mevcut olduğu belirtilerek böyle bir iddia dikkate alınmayacak ve davalı üçüncü kişinin dilerse menfi tespit davası açabileceği mi kabul edilecektir? Kanaatimizce üçüncü kişinin söz konusu savunmaları, karşı ve bağımsız bir dava açılmasına mahal olmadan kamu düzeninden olan usul ekonomisi gereği tasarrufun iptali davasının görüldüğü mahkemede değerlendirilmelidir²⁶². Nitekim tasarruf sonrası kötüniyetli ve muvazaalı şekilde borç oluşturmak bu davaların özüne aykırılıktır. Kaldı ki, def'i mefasidi hamil yargı marifetiyle, kişilerin zarara uğratılması da eşyanın tabiatına ve dahi ahkâmın esasına mugayir muhal bir vaziyete davetiye çıkartmak ve böylece abes iş tutmak manasına gelir ki ukula muvafık olmayanın, hukuka vusulü umulamayacağı için kanuni himaye görmeyeceği izahtan varestedir. Tapu iptali ve tescil davalarının kabulü üzerine ilam alacaklısı, mülkiyet hakkına dayanarak, kesin hüküm konusu taşınmaz mülkiyet hakkına ilişkin ve vaziyet eden diğer takyidatların mürtefi olması için tarafı olmadığı takip dosyasına istihkak talebiyle icra müdürlüğüne başvurmakta, icra müdürlüğünün red kararına müteakip işlemin iptali için şikâyet yoluyla icra mahkemesine başvurmayı tercih ettiği tecrübe edilmektedir. Oysaki bu talep, yargılama yetkisi sınırlı ve

262 “Davanın görülebilirlik şartlarından birisi alacağın varlığı diğer söyleyişle tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması, bir diğeri de alacağın aciz vesikasına bağlanmış olmasıdır... davalı 3. kişi aciz belgesine dayanan alacağın gerçekte olmadığını iddia ve ispat edebilir. dava şartlarından birisi de tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması gereğidir. Tasarrufta bulunanın alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa öncelikle borçlu sıfatı çözümlenmelidir. Takip borçlusundan hak iktisap eden 3. Kişilerin davacının takip borçlusundan alacaklı olmadığına ilişkin savunmasının araştırılmasında zorunluluk vardır. Aksi takdirde takip alacaklısıyla anlaşarak veya nasıl olsa kendisinin borca batık olması nedeniyle gerekli çabayı göstermeyerek icra takibine itiraz etmeyen, itiraz üzerine durması söz konusu olmayan kambiyo senetlerine dayalı takibe karşı menfi tespit davası açmayan takip borçlusunun bu davranışı karşısında borçludan mal edinen 3. Kişilerin yargı eliyle zarara uğratılması söz konusu olur. Hatta tasarrufta bulunurken borçlu olmayan kötü niyetli kişilerin malvarlığındaki bir unsuru iyi niyetli 3. Kişilere devrettikten sonra hileli işbirliği halinde olduğu kimselere eski tarihli borç senedi vererek elinden çıkardığı malları iptal davası yoluyla dolaylı olarak geri alması dahi imkan dahiline sokulabilir... alacaklıya alacağını tahsil olanağı sağlanırken alacağının şeklen varlığının değil, gerçekliğinin amaçlandığını göz ardı etmemek gerekir. Davacının gerçekten alacaklı olmadığına ilişkin 3. Kişilerce ileri sürülen savunmanın bu davalarda tartışılmayacağına ilişkin düşüncenin kabulüne olanak bulunmayıp, bu düşünce hukukun temel ilkelerinden olan iki kişinin 3. Kişi aleyhine açık veya zımni biçimde anlaşmasının 3. Kişiyi bağlamayacağı prensibine de aykırıdır.” (HGK, 19.06.2002,15-495/528); Aynı yönde bkz. (15.HD 03.03.2003, 338/1021).



şekli olan icra mahkemesine değil²⁶³, maddi hukuku ilgilendirdiğinden²⁶⁴, genel hükümlere tabi olan genel mahkemelere ikame edilmesi gerekmektedir²⁶⁵.

Bu başlık altında son olarak incelenmesinde fayda gördüğümüz husus, Türk Medeni Kanunu 712 ve 713. maddelerinde vücut bulan zilyetlik esasına bağlı, olağan ve olağanüstü zamanaşımı yolu ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına dayalı tapu iptali ve tescil davalarının kabulü hâlinde husule gelecek olan kesin hüküm otoritesi karşısında, aynı taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden diğer şahsi ve aynî kısıtlamaların mukadderatının nasıl bir görünüm alacağı noktasıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 712. maddesinde yer alan olağan zamanaşımında zilyet adına yolsuz bir tescil bulunup, kesin hüküm lehtarını aynı zamanda yolsuz tescil maliki olduğundan, aynı yolsuz tescile istinadla sınırlı aynî hak iktisap eden üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinden faydalanmalarının imkanı dahilinde²⁶⁶, tapuya olan bu güvenleri somut olayın özelliklerine göre korunacaktır²⁶⁷. Dolayısıyla Türk Medeni

263 "Somut olayda, şikayetçi üçüncü kişinin hacze konu taşınmaz hakkında açmış olduğu tapu iptal ve tescil davasının kabulü ile taşınmazın tapu kaydının iptaline ve şikayetçi adına tesciline karar verildiği kararının 20.12.2015 tarihinde kesinleştiği görülmektedir. Haciz tarihi olan 26.05.2014 tarihinde taşınmazın borçlu adına kayıtlı olduğu tapu kaydından anlaşıldığından ve mahkeme kararında haczin kaldırılması yönünde bir hüküm de olmadığından, şikayetçi icra mahkemesine başvurarak haczin kaldırılmasını talep edemez." (12. HD 05.5.2016, 959/13315); Benzer yönde bkz. (12. HD 15.05.2014, 13005/14483).

264 "Haciz tarihinde borçlu adına kayıtlı taşınmaz için üçüncü kişinin açmış olduğu tapu iptali ve tescil davasının kabul edilip kesinleşmesi halinde dahi haciz tarihindeki mülkiyet durumuna etkisi olmaz. Tapudaki hacizlerin kaldırılması yönünde bir hüküm taşınmazın malikine, tescil kararı, hacizden sonra verildiğinden, haczin kaldırılması istemi üçüncü kişinin genel mahkemede açacağı davada tartışılabilir." (12. HD 15.03.2016, 2471/7582).

265 "İcra müdürlüğünce şikâyete konu taşınmaz üzerine 18.05.2009 tarihinde haciz konulmuş olup, bu tarihte taşınmaz borçlu Demo İnş. San. ve Dış Tic. A.Ş. adına tapuda kayıtlıdır. Büyükkçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 17.07.2014 tarih ve 2010/628 Esas, 2014/412 Karar sayılı ilamıyla, tapuda, borçlu ve borçludan bağımsız bölüm satın alan kişiler üzerindeki tapuların iptaline ve şikayetçi adına tesciline karar verilmiş ve bu karar 31.10.2014 tarihinde kesinleşmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nun 07.04.2004 tarih ve 2004/12-210 E., 2004/208 K. sayılı kararında da açıklandığı üzere, taşınmazın, borçlunun borcu nedeniyle haczedilebilmesi için haciz tarihinde borçlu adına kayıtlı olması zorunludur. Taşınmaz haciz tarihinde borçlu adına kayıtlı olduğundan, icra müdürünün haciz işleminde usulsüzlük bulunmamaktadır. Daha sonra tapu iptali ve tescil kararına dayalı olarak taşınmazın maliki olan 3. kişinin, haczin kaldırılması için, Hukuk Genel Kurulu'nun 13.06.2001 tarih ve 2001/12-461 Esas 2001/516 Karar sayılı kararında ve Dairemizin süreklilik arzeden içtihatlarında da belirtildiği üzere genel mahkemede mülkiyet hakkına dayalı olarak dava açması gerekir. O halde mahkemece istemin bu nedenlerle reddine karar verilmesi gerekirken, haczin kaldırılması yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." (12. HD 01/12/2015, 18174/30138).

266 Üstündağ, Tapu Kütüğü, s. 115.

267 "Uyuşmazlık, taşınmaz mülkiyetini öncelikle davacının mı yoksa davalıların mı kazandığının tespitine ilişkindir. Daha açığı, davacının mı yoksa davalıların mı TMK'nın 1023. maddesi koruması altında bulunup bulunmadığının açıklığa kavuşturulmasıdır. Çünkü, taşınmaz



Kanunu'nun 712. maddesindeki hukuki sebepten himaye uman yolsuz tescil maliki²⁶⁸ olağan zamanaşımına müsteniden ikame ettiği tapu iptali ve tescil davasının kabulü ile oluşan kesin hüküm otoritesi lehtar olarak bu sınırlı aynî haklara katlanmak zorunda kalacaktır. Nitekim zamanaşımı süresince tescilin yolsuzluğunu bilerek sınırlı aynî hak kazanmış olan kişilerin kazanımları da geçerli hâle gelecektir²⁶⁹. Önceki malik zamanında mevcut sınırlı aynî haklar, mülkiyeti zamanaşımı ile iktisap eden yeni malik zamanında da devam eder²⁷⁰. Zira taşınmazın mülkiyeti ne durumda ve hangi haklarla sınırlı ise o durumla kazanılacaktır²⁷¹. Şayet sınırlı aynî hak iktisap edenler tescilin yolsuzluğunu bilmiyorlar ve tapu sicilindeki mülkiyet kaydına iyiniyetle dayanmışlar ise kazanımları zamanaşımına bağlı olmaksızın TMK'nun 1023. maddesi gereği geçerli olacaktır²⁷². Olağan zamanaşımı ile mülkiyeti iktisap eden kişi esasen tapu sicilinde adına yolsuz kayıt bulunduğundan, yeniden bir tescil yapılması söz konusu olmayıp, mülkiyet, tescil ile değil, sürenin hitamı ile kanun gereği geriye etkili olarak doğrudan iktisap edilmektedir²⁷³.

Türk Medeni Kanunu'nun 713/1. fıkrasında vücut bulan olağanüstü zamanaşımına dayalı tapu iptali ve tescil davasında ise; sicilin oluşmasından önceki evrede zuhur eden kazanmayı, zilyetlik fiili durumunun

mülkiyetini iyiniyetle iktisap eden TMK'nun 1023. maddesinden yararlanır. Kanun hükmünde sözü edilen iyiniyet anılan TMK'nun 3. maddesindeki objektif iyiniyettir. Başka bir anlatımla şayet malik asgari özeni gösterse idi adına yapılan tescilin yolsuz tescil olduğunu bilebilecek durumda ise iyiniyetli olduğu kabul edilemez. TMK'nun 1024. maddesi uyarınca da aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş sayılacağından bunu bilen ya da bilmesi gereken malik iyiniyet savunmasına dayanamaz ve davacı kaydın terkinini isteyebilir. Somut olayda, davalıların murisi Mehmet Keleş 25.08.2006 günü vefat etmiş, dava konusu taşınmazlara da 23.05.2007 tarihinde haciz şerhi işlenmiştir. Davalılar ise muris muvazaası nedenine dayalı davalarını 22.02.2011 ve 11.04.2011 tarihlerinde açmışlardır. Bu nedenle, özellikle Samsun 1. İcra Müdürlüğü'nün 2007/2946 Esas sayılı dosyasındaki tebliğler, haciz, kıymet takdiri ve taşınmazların ihale tarihleri ile diğer kanıtların bu hususlar gözetilmek suretiyle değerlendirilerek TMK'nun 1023 ve 1024. maddelerinden hangi tarafın faydalanacağına tespitinden sonra bir karar verilmesi gerekir." (14. HD 15.03.2016, 2015/16190, 2016/3281).

268 Her vakıa bir yolsuz tescil sebebi olmasına karşın, muvazaa marifetiyle yolsuz tescile dayanılarak olağan zamanaşımı ile taşınmazın mülkiyeti iktisap edilemeyecektir. Zira TMK'nun 712. maddesi zilyedin iyiniyetli olmasını şart koşmaktadır. Bkz. Aday Nejat, *Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa*, İstanbul 1992, s. 25.

269 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 427. Fakat taşınmaz rehlinin kendisi zamanaşımı marifetiyle kazanılamaz. Yukarıda bahsettiğimiz mesele bu tespit dışında bir duruma ilişkindir. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 413; DAVRAN Bülent, *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul 1972, s. 31.

270 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 427; SUNGURBEY İsmet, *İsviçre- Türk Hukukuna Göre İktisabı Müruru Zaman*, İstanbul 1956, s. 86.

271 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 427.

272 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 427 dp. 635.

273 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 427; ÜSTÜNDAĞ, *Tapu Kütüğü*, s. 14.



sağlamasına nazaran dava konusu taşınmaz için bu aşamada tapu sicili bulunmadığından, başka bir takyidatın da sicile işlenmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla tapu kaydı mevcut olmadığından, iyiniyetin korunmasını gerektiren bir himayeye de ihtiyaç bulunmayacaktır²⁷⁴. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 713/2. fıkrasında düzenlenen tapu sicilinde, maliki anlaşılamayan veya 20 yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse hakkında tapuda kayıtlı taşınmaza ilişkin 20 yıl nizasız fasılasız zilyetliğe dayalı tapu iptali ve tescili davasının kabulü kararı ile oluşan kesin hüküm otoritesi lehtarı, davası yolsuz tescile dayalı değil de mevcut tapu kaydının hukuki kıymetini yitirmesi dolayımında. zilyetlik süresine istinaden tapu iptali ve tescil isteme hakkından kaynaklandığı için²⁷⁵, aynı taşınmaza vaziyet eden gerek şahsi, gerekse aynı takyidatlara katlanmak zorunda olduğu gibi, aynı taşınmaza vaziyet eden diğer aynı haklar da Türk Medeni Kanunu'nun 713/2. maddesi şartlarına uygun olarak kıyasen tapu iptali ve tescil davasına konu edilerek, zilyetliğe dayalı aynı hak iktisabı sağlayacaktır²⁷⁶. Kaldı ki, taşınmaz mülkiyeti, iktisap anında hangi haklar ile kayıtlı ve sınırlı ise o hâli ile kazanılacaktır²⁷⁷. Zira bir şeyin bulunduğu hâl üzere ibkası asıldır. Nitekim olağanüstü zamanaşımı süresi içinde tescil edilen sınırlı aynı haklar da mevcudiyetini koruyacaktır²⁷⁸. Kaldı ki, taşınmazın olağanüstü zamanaşımı marifetiyle iktisabını sağlayan tescil davası sonrası tesis edilen hüküm inşai tesir sebebiyle²⁷⁹ geleceğe etkili olması da yukarıdaki görüşümüzü destekleyen bir başka hukuki gerekçe olacaktır.

C. Aynî (Mülkiyet) Hakka Dayalı Tapu İptali ve Tescil Davası

Aynî davalar, mülkiyet ya da sınırlı aynî haktan istihraç edilen bağımsız bir kısım haklar değil, doğrudan mülkiyet veya sınırlı aynî hakkın bizatihi kendisidir²⁸⁰. Dolayısıyla mülkiyete dayalı tapu iptali ve tescil davalarında hak üzerinde yapılan hukukî tasarruflar, borçlandırıcı işlemler, haciz, ihtiyatî haciz, şahsi hak şerhleri, satış vaadi ile sınırlı aynı haklar ki bu bağlamda ipotek, geçit hakkı, üst hakkı ve diğer irtifak hakları, davanın

274 SUNGURBEY, *Müruruzaman*, s. 87.

275 SAPANOĞLU, s. 368.

276 SUNGURBEY, *Müruruzaman*, s. 87.

277 *Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir*, s. 456.

278 SUNGURBEY, *Müruruzaman*, s. 87; ÖZÇELİK, s. 156. "Mülkiyetin zamanaşımı yoluyla kazanılması, kanun gereği gerçekleşen bir aslen kazanmadır. Dolayısıyla bu yolla gerçekleşen ediniminin tapu siciline dayandığı söylenemez. Esasen böyle bir edinimde, işlem güvenliğinin gözetilmesini gerektiren bir alışveriş de söz konusu değildir."

279 ÖNEN, *İnşai Dava*, s. 94; SUNGURBEY, *Müruruzaman*, s. 198.

280 ÜSTÜNDAÇ, *Tapu Kütüğü*, s 30.



kabulü sonrasında oluşan kesin hüküm karşısında aynı hakkın, şahsi hakka üstünlük sağlayacağı referansı ile bir hüküm ifade etmeyeceği ve kesin hükümle beraber mürtefi olacağı kural olarak söylenebilecektir. Nitekim, bu kanaat, yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasının, maddi hukuka ilişkin bir tespit hükmü niteliğiyle geçmişe etkili olması hukuki gerekçesiyle de teyit edilecektir. Zira bu davalar özünde yolsuz tescil hukukî sebebine dayandığından, davacı hakikatte mülkiyet hakkını hiç kaybetmemiş, şekli davalı da mülkiyeti hiç iktisap etmemiş olacaktır²⁸¹. Bu sebeple, subjektif hakkı ihlal edilen kişi, mülkiyete dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabulü ile oluşan kesin hüküm sayesinde dava konusu hakkı (Taşınmaz Mülkiyeti) tüm kısıtlamalardan arı olarak teslim alıp, adına tescili sağlayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davalarında, özünde mülkiyet şekli manada tapuda malik görünen kişiye hiç geçmediğinden ve maddi hukuka göre malik de mülkiyet hakkını hiç kaybetmediğinden²⁸², bu aşamada taşınmaza şerh edilen tüm şahsi ve aynı kısıtlamaların, muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabulü sonrasında oluşan kesin hüküm otoritesi karşısında mürtefi olacağını, üçüncü kişilerin iyiniyetinin de korunmayacağını ifade etmiştir²⁸³. Benzer şekilde sahte kimlik ve

281 "Aile konutunun, hak sahibi koca tarafından davalı Hamdiye'ye devrinin geçerliliği, yasal olarak davacı eşin açık rızasına bağlıdır. (TMK. md.194/1) Devir işlemi bu rıza alınmadan gerçekleştirildiğine göre devralanın kazanımı; ancak iyiniyetli olması halinde korunabilir. (TMK. md.1023) Taşınmazı devralan Hamdiye, devreden kız kardeşidir. Yapılan devir işleminin aile konutuyla ilgili olduğunu bilmiyor olması mümkün değildir. Öyleyse, Hamdiye'nin taşınmazın mülkiyetini kazandığı kabul edilemez. Rıza alınmadan gerçekleştirilen işlem bağlayıcılığı olmadığına göre, Hamdiye üzerindeki aynı hak tescilli "yolsuz tescil" niteliğindedir. Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ve bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi ise; bu tescile dayanamaz. (TMK. md.1024/1) Toplanan delillerden ve işlemlerin yapıldığı sırası ve saatine göre taşınmaz üzerinde lehine ipotek tesis edilen Birmaş A.Ş.'nin yolsuz tescilli bildiği sabit olmuştur. O halde ipotek tesisine ilişkin tescil işleminin terkinine karar verilmesi gerekirken buna ilişkin isteğin reddi doğru bulunmamıştır..." (HGK, 07.12.2012, 2-181/755).

282 ADAY, s. 25; KURT, s. 43.

283 "Uyuşmazlık dava dışı üçüncü kişinin cebri icra ihalesinden satın aldığı taşınmazı, daha sonra satın alan davalının, ihaleden önceki yolsuz tescilli bilip bilmediği ya da bilmesi gerekip gerekmediği; ihale öncesindeki yolsuz tescilli yaptıran kişi ile muvazaalı davranış içine girerek taşınmazı üçüncü kişiden satın almasının kötü niyetli sayılıp sayılmayacağı ve varılacak sonuca göre tapu siciline güven ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce ilk tescilin yolsuz olması halinde dahi cebri icra ihalesi ile satın alan alıcı bakımından artık yolsuz tescile ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı, davalı Fatih Bayır'ın tapu sicilindeki görünümüne güvenerek hak kazandığı (TMK.m.1023) ve kötü niyetli olduğu hususunun davacı yanca ispatlanmadığı, Özel Daire bozmasının kabulü halinde tapu siciline güven ilkesinin ihlal edileceği ve cebri icra satışları bakımından da muvazaa olgusundan söz edilebilir hale geleceği ileri sürülmüş ise de bu görüş çoğunluk tarafından benimsenmemiştir. O halde tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen



vekaletname²⁸⁴ ile maddi gerçeği yansıtmayan sahte mirasçılık belgesi²⁸⁵ ya da muris ile mirasçı arasındaki soy bağının maddi gerçeğe dayanmaması²⁸⁶ ihtimallerinde de tasarruf ehliyeti ve yetkisi eksikliği ya da muteber bir tescile muvafakat beyanı bulunmamasına²⁸⁷ rağmen yapılan tescil²⁸⁸, geçerli bir hukuki sebep ve tescil talebi yokluğundan mütevellit tapudaki tescili yolsuzlaştıracağından²⁸⁹, mülkiyet, hakikatte hak sahibi üzerinde olmasına rağmen, tapu sicilindeki yolsuz tescil sebebiyle şekli malik görünen kişi uhdesinde iken taşınmaza şerh edilen kısıtlamalar, gerçek hak sahipleri tarafından ikame olunacak tapu iptali ve tescil davası sonucu

Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (HGK, 23.10.2015, 2013/23- 2331, 2015/2336).

284 ÜSTÜNDAÇ, *Tapu Kütüğü*, s. 62.

285 “Davacılar,1210 parsel sayılı taşınmazdaki miras bırakanlarına ait payın sahte mirasçılık belgesi ile intikali yapılarak davalılara satış yoluyla temlik edildiğini, satışların gerçek olmadığını ileri sürüp sahtecilik nedeniyle tapu kaydının iptali ile miras payları oranında adlarına tesciline karar verilmesini istemişlerdir. Davalılar, dava konusu payı bedelini ödeyerek satın aldıklarını, iyi niyetli bulduklarını, iddiaların doğru olmadığını belirtip davanın reddini savunmuşlardır. Davanın reddine ilişkin olarak verilen karar, Dairece; “davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir” gerekçesi ile bozulmuş, direnmeye ilişkin hükmün davacılar tarafından temyizi üzerine Hukuk Genel Kurulu “davalıların TMK. nun 1023.maddesinde öngörülen sicile güvenin koruyucu etkisinden yararlanmaları söz konusu olamaz.” (1. HD 10.04.2007, 1631/3940).

286 “Başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere Sulh Mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verilir. (TMK.598/1) Murisin davacı ile resmi bir evliliği bulunmadığından davacı yasal mirasçı değildir. Ne var ki, murisin, davacı ile evlilik dışı ilişkisinden Aslıhan, İbrahim, Revşen, Hacil ve Arafat isimli çocukları vardır. Bu çocuklar ile muris arasındaki soybağı, 3716 Sayılı Af Kanunu ve tanıma ile kurulmuştur. Çocukların hepsi de küçüktür, velayetleri davacıdadır. (TMK.337/1) Davacı, çocuklarının velayetine sahip olduğundan onlar adına mirasçılık belgesi talep etme hak ve yetkisine sahiptir. Bu yön gözetilmeden, davacının aktif dava ehliyeti bulunmadığından bahisle davanın husumet nedeniyle reddi doğru görülmüştür.” (2. HD 19.12.2006, 9713/17916).

287 ÜSTÜNDAÇ, *Tapu Kütüğü*, s. 60.

288 ÖZÇELİK Barış, *Tapu Siciline Güvenin Korunması*, Ankara 2016. s. 79.

289 “Davacılar davalılarla kardeş olmadıklarını ancak murisin nüfusuna oğlu olarak kaydedildiğini ve buna dayanılarak alınan mirasçılık belgesi esas alınarak muris adına kayıtlı çekişme konusu taşınmazların davalıya intikal ettirildiğini açtıkları nüfus kaydının iptali davası üzerine, davalının dava konusu taşınmazları elden çıkarma çabası içinde olduğunu ileri sürüp, murisin mirasçısı olmayan davalı adına olan kayıtların iptali ile Mustafa mirasçıları adına tescilini istemişlerdir. Davalı, davacıların kötüniyetli olduklarını belirtip, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, davalının miras bırakanın mirasçısı olmadığı davalı adına yolsuz biçimde sicil oluşturulduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Karar, davalı vekili tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hâkimi Berna Dizdaroğulları Koç’un raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, duruşma isteği değerden reddedilip gereği görüldü, düşünüldü. Dosya içeriğine, toplanan delillere hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle davalının miras bırakanın mirasçısı olmadığı taraflar arasında görülüp kesinleşen hükümle belirlendiğine göre; davalının temyiz itirazı yerinde değildir. Reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına.” (1. HD 28.12. 2006, 10868/13334).



hususla gelecek kesin hüküm otoritesinin nüfuzuna maruz ve mahkum olacaktır. Zira gerçek hak sahibi dışında başka bir kişinin isim benzerliği, sahte kimlik ve vekâletname ile sahte usulle temin edilen mirasçılık belgesi kullanılarak talep ettiği tescil, yolsuz olup, işlemin muhatabının iyiniyetli olması aynî hakkın kazanımını sağlamayacaktır²⁹⁰. Bir diğer ifadeyle, kural olarak, yolsuz tescilde ilk el dışında, yani işlemin muhatabı durumunda olmayan kişilerin iyiniyetten faydalanması mümkün ise de; tapu sicili kapsamı içine girmeyen konularda, yolsuz tescilin batıl ya da yok hükmündeki işleme dayanması hâlinde, dayanak belgeden mülkiyeti iktisap eden kişi, işlemin tarafı konumunda olduğu için iyiniyetten faydalanması olanaklı değildir²⁹¹. Nitekim tasarruf yetkisi bulunmayan kişiden taşınmazı devralan hukuki işlemin tarafı, tapu sicilinin güvenilirliği ve aleniyetinden istifade ederek yolsuz sicil kaydına güvenen üçüncü kişi konumunda olmayıp, sicilin dayanağı yok hükmündeki belgeden edinen ve ilk el konumunda bulunan kişi olduğundan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı her türlü duraksamadan uzaktır²⁹². Ne var ki, muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescili davası, yolsuz tescile mebnî aynî bir dava olup, mülkiyet, şekli malike maddi hukuk kurallarına göre geçmemiş ise de bu yolsuz tescile dayanarak iyiniyetle aynî hak iktisap eden üçüncü kişilerin kazanımı TMK'nun 1023. maddesi gereği korunacağından²⁹³, iyiniyetli

290 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 240; KURT, s. 149.

291 "4721 sayılı TMK'nun 705. maddesinde "miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde mülkiyet tescilden önce kazanılır" Hükmü yer aldığından somut olayımızda; kamulaştırma işlemlerinin usulüne uygun şekilde tamamlanmasından, sonra 03.07.2003 tarihinde kesinleşen ve kurucu işlem niteliğinde olan mahkeme kararı ile dava konusu taşınmazların idare adına hükmen tesciline karar verilmesi ile mülkiyet idareye geçmiştir. Bu durumda 4721 sayılı TMK'nun 705. maddesinde düzenleme karşısında; mülkiyetin davacı idarece iktisap edildiği, bu hakkın tapu siciline yansıtılmamasının davacı idarenin mülkiyet hakkının ortadan kaldırmayacağı, taşınmazları yolsuz olarak kazanıp ilk el konumunda olan davalıların 4721 sayılı TMK'nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanmayacağı gözetilerek, mahkemece esasa girilip, dava konusu taşınmazların kamulaştırması kesinleşen bölümlerine ilişkin davanın kabulü yerine yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi, doğru görülmüştür." (5. HD 22.02.2017, 2016/12417, 2017/6670).

292 ÖĞÜZ TUFAN, **Taşınmazlar Üzerinde Aynî Hak İktisabında İyiniyetin Korunmadığı Haller**, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, İstanbul 1988, s. 33.

293 "Somut olayda, davacı yan muris muvazaası nedenine dayalı davasını 25.07.2007 tarihinde açmış olup, 3.kişiler yönünden aleniyetin sağlanması amacını güden tedbirin de, aynı gün tapu kaydına konulduğu görülmüştür. İpotek tesisi, muvazaa davasından ve tedbir kararından önce tapu kaydına işlenmiştir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1020. maddesi uyarınca " tapu sicilinin açıklığı prensibi" , davalı banka ile kayıt maliki Ali Başdaş arasında el ve işbirliği iddia edilmiş ve kanıtlanmış olmadığından davalı banka lehine hak sağlar. Öyle ise, davalı Yapı Kredi Bankası A.Ş.'ne yönelik açılan davanın reddi gerekir." (HGK, 24.04.2013, 14- 1399/573).



üçüncü kişiye karşı muvazaa iddiası ileri sürülemeyecektir²⁹⁴. Tapu sicilindeki tescil idari bir karara mebni olup da, idari makam ya da kazai mercilerce kanuna aykırılıktan dolayı tashih veya iptali kararının kesinleşmesiyle tescil de illetini, yani sebebini yitireceğinden, tapu sicilindeki kayıt geriye dönük olarak yolsuzlaşacaktır²⁹⁵. Bu bağlamda, Yargıtay bir başka kararında, yolsuz tescile mebni tapu iptali ve tescil davalarının kabulü ile tescilin yolsuz hâle geleceği gibi, buna bağlı takyidatların da illetten yoksun hâle geleceğini vurgulamıştır²⁹⁶. Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu görüşlerine mesafeli yaklaşmak gerekir. Zira, yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davalarının kabulü tescili illetten yoksun hâle getirecek ise de, yolsuz tescile dayanarak iyiniyetle aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin bu kazanımları, aynı iktisabın

294 UYAR Talih, **İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu**, ABD, 2011/1, (s. 211- 231), s. 216.

295 ÜSTÜNDAĞ, **Tapu Kütüğü**, s. 63.

296 “Dava, “hata” ve “yolsuz tescil” nedenlerine dayalı tapu iptali-tescil isteğine ilişkindir. Davacı vekili, davaya konu Özel İdare İş Hanı Binasının birinci katında bulunan tapunun 267 ada 61 nolu parselinde kayıtlı 20/410 arsa payı olan 34 nolu bağımsız bölümün Tokat İl Encümeninin 15/07/2010 tarih ve 230 sayılı kararı ile davalı şirkete satıldığını, ancak bu satışın gerçek iradeyi yansıtmadığını; Tokat Belediye Başkanlığından onaylı tadilat projesinde fiilen 34 nolu bağımsız bölümden ayrı olarak görünen ve yapı kullanma izni bulunan 35 ve 37 nolu bağımsız bölümlerin tapudaki bağımsız bölüm planında 34 nolu bağımsız bölümlerle bir bütün halinde yer aldığını, dava konusu 34 nolu bağımsız bölüme ilişkin tadilat projesinin tapu kayıtlarına işlenmemiş olması nedeniyle fiili durum ile tapudaki durumun örtüşmediğini, idarenin satış iradesinin sadece sinema salonuna ilişkin olduğunu ileri sürerek, 34 nolu bağımsız bölümün davalı Şirket adına olan tapusunun iptali ile davacı İdare adına tapuya kayıt ve tescilini istemiştir. Davalı vekili, müvekkili Şirketin taşınmazı ihaleden satın aldığını, davacının iddialarının tapu kaydına ve dayanağı projeye uymadığını, ortada bir kusur varsa da bunun müvekkili Şirketi bağlamayacağını belirtip davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, dava konusu bağımsız bölümün bir kısmının tadilat projesi ile yeniden düzenlendiği, ancak tadilat projeleri sonunda oluşan yeni bağımsız bölümlerin tapu kayıtlarına aktarılmadığı, hatalı şekilde davaya konu 34 nolu bağımsız bölümün tamamının davalı şirkete tapuda devredilmesinin yasal bir dayanağının bulunmadığı, bu haliyle yapılan tescilin yolsuz olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosyada mevcut kayıt ve belgelerden; dava konusu 267 ada 54 parsel (19.10.2010-imar suretiyle 61 parsel oldu) sayılı taşınmazdaki 34 nolu bağımsız bölümün İl Özel İdaresi adına kayıtlı iken, İl Encümeninin 15.07.2010 tarihli kararı ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 45. md.si uyarınca davalı Şirkete satıldığı ve 12.08.2010 tarihinde tapuya tescil edildiği; taşınmaz kaydı üzerine de, davalı Şirketin kullanmış olduğu kredi nedeniyle Akbank lehine 12.08.2010 tarihinde ipotek ve SGK borçları nedeniyle de İl Sosyal Güvenlik Müdürlüğü lehine 27.05.2011 tarihinde haciz şerhi tesis edildiği görülmektedir. Hemen belirtmeli ki, davanın kabul edilmesi halinde, davalı adına oluşan tescilin “yolsuz” hale geleceği ve buna bağlı olarak ipotek ve haciz şerhlerinin de “illetten yoksun” kalacağı ve her zaman iptalinin istenebileceği; bu durum karşısında, ipotek ve haciz şerhi lehdarlarının da hukuki menfaatlerinin etkileneceği kuşkusuzdur. Hâl böyle olunca, taşınmaz kaydı üzerinde bulunan ipotek ve haciz şerhi lehdarlarına davanın ihbar edilmesi, davaya katılmaları halinde onların savunmaları da değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, yazılı biçimde hüküm kurulması doğru değildir.” (1. HD 20.12.2016, 2014/14282, 2016/11284).

kazanılması için gerekli tüm şartların mevcudiyeti hâlinde TMK'nun 1023. maddesi gereği korunacaktır²⁹⁷. Nitekim TMK'nun 1023. maddesine dayalı hukuki koruma salt tasarruf yetkisi eksikliğini giderecektir²⁹⁸. Dolayısıyla yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabulü ile oluşan kesin hüküm, konusunu oluşturduğu aynı taşınmaz mülkiyet hakkına ilişen ya da vaziyet eden diğer şahsi hakları mürtefi kılmasına karşın²⁹⁹, üçüncü kişilerin yolsuz tescile güvenle iktisap ettikleri aynı hakları doğrudan mürtefi kılamayacaktır³⁰⁰. Kuşkusuz ki, şahsi haklar, ancak hakiki hak sahibinden iktisap edilebilir³⁰¹, tapu siciline güven ilkesi şahsi haklarda geçerli olmamasına karşın³⁰², aynı haklarda iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu siciline güvenleri korunacaktır³⁰³. Üçüncü kişilerin iyiniyeti karine sayıldığından, hakiki hak sahibi, ikame ettiği tapu iptali ve tescili davasında üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadığını ispat yükü altındadır³⁰⁴. Bu bağlamda, vekâletin kötüye kullanılmasına dayalı tapu iptali ve tescil davalarında da; vekil taşınmazın mülkiyetini ekseriyetle işbirliği içerisinde olduğu bir üçüncü kişiye muvazaalı olarak devretmesi faraziyesinde, davacı, üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını ispatlarsa üçüncü kişinin iktisabı da korunmayacaktır³⁰⁵. Vekâlet akti, iki taraflı bir

297 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 141. "Tashih davası neticesinde eşya hukukuna müteallik bir hak değişikliği meydana gelmeyip, mevcut bir tecavüz ortadan kaldırılır. Bu bakımdan hüküm, yolsuz terkin edilmiş bir aynı hakkın mevcudiyetin, makable şamil olarak tesbit eder. Yani, hüküm, bu aynı hakkı, başlangıçtaki tesisi anına göre tesbit etmek zorundadır. Tesbit edilen hak tesis anındaki sırayı aynen muhafaza eder. Keza, yolsuz tescil edilmiş bir aynı hakkın terkinine matuf davada alınan hüküm, bu aynı hakkın ademî mevcudiyetini başta beri tesbit etmelidir. Fakat, bu arada hüsnüniyetle iktisap edilen aynı haklar mahfuz kalır."

298 ÖĞÜZ, s. 9.

299 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 140. "Tashih davası davacının lehine neticelenirse, kütük yetkilisinden nizalı gayrimenkul üzerinde şahsi bir hak iktisap eden üçüncü şahıslar, bu haklarını gerçek hak sahibi olan tashih davacısına karşı ileri süremezler."

300 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 260.

301 SUGURBEY, Kişisel Haklar, s. 135.

302 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 196; ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 66; SUGURBEY, Kişisel Haklar, s. 135.

303 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 195; ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 66.

304 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 126.

305 "Vekil ile sözleşme yapan kişi Medeni Kanunun 3. maddesi anlamında iyi niyetli ise yani vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen bilmesine olanak yoksa, vekil ile yaptığı sözleşme geçerlidir ve vekil edeni bağlar. Vekil vekalet görevini kötüye kullansa dahi bu husus vekil ile vekalet eden arasında bir iç sorun olarak kalır, vekil ile sözleşme yapan kişinin kazandığı haklara etkili olamaz. Ne varki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, Medeni Kanunun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hâkim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün



sözleşme niteliği ile ancak taraflar arasında hak ve borç doğuracak olsa da, taşınmazın tapudan devri, vekâlet veren malikin gerçek iradesine uygun yapılmadığı için geçersiz hukuki sebepten kaynaklanan yolsuz bir tescil davası olarak kabulü gerekmektedir³⁰⁶, davanın, özü itibariyle şahsi

çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır. Somut olaya gelince; çekişme konusu taşınmazın temlikine konu vekaletnamenin davacıdan hile ile alındığı kanıtlanmamış olmakla beraber vekalet hile ile alındığı iddiası aynı zamanda kötüye kullanıldığı iddiasını da içereceği oysa mahkemece vekalet görevinin kötüye kullanılması ile ilgili olarak mahkemece hükme yeterli bir araştırma ve soruşturma yapılmış değildir. Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan ilkeler ve belirtilen olgular doğrultusunda gerekli araştırma ve incelemenin yapılması, soruşturmanın eksiksiz tamamlanması, ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere hüküm tesisi isabetsizdir.” (1. HD 04.11.2008, 5750/11193).

- 306 ÖZÇELİK, s. 73; “Somut olaya gelince; son kayıt maliki Döndü’nün çekişme konusu payları ediniminde iyiniyetli olmadığı iddia edilmiş ve bu konuda delil olarak tanıklar ile bazı dava dosyaları bildirilmiş ise de mahkemece anılan deliller toplanmadan ve tanıklar dinlenmeden sonuca gidilmiştir. Hâl böyle olunca; öncelikle birleşen davada, 1086 sayılı HUMK’nun 166 vd (6100 sayılı HMK’nun 95 ve 96) maddeleri uyarınca davacı vekilinin eski hale getirme isteminin kabul edilerek işin esasının incelenmesi, her iki davada son kayıt maliki Döndü’nün TMK’nın 1023. maddesi uyarınca iyiniyetli olup olmadığı yönünden yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılarak tarafların delillerinin eksiksiz toplanması, tanıkların dinlenmesi ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik soruşturma ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.” (1. HD 29.06.2015, 127/9558); “Borçlar Kanununda sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiş ve anılan yasanın 390/2. maddesinde “vekil, müvekkiline karşı vekaleti hüsünüyetle ifa ile mükelleftir...” hükmüne yer verilmiştir. (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 506/2. maddesi) Bu itibarla vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Sözleşmede vekalet nasıl yerine getirileceği hakkında açık bir hüküm bulunmasa veya yapılan işlem dış temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur. Hatta malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında, dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu gözardı etmek suretiyle, makul sayılacak ölçüler dışına çıkarak satış yapma hakkını vermez. Vekil edenin yararı ile bağdaşmayacak bir eylem veya işlem yapan vekil değinilen maddenin birinci fıkrası uyarınca sorumlu olur. Öte yandan, vekil ile sözleşme yapan kişi Türk Medeni Kanununun 3. maddesi anlamında iyi niyetli ise yani vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen bilmesine olanak yoksa vekil ile yaptığı sözleşme geçerlidir ve vekil edeni bağlar. Vekil vekalet görevini kötüye kullansa dahi bu husus vekil ile vekalet eden arasında bir iç sorun olarak kalır, vekil ile sözleşme yapan kişinin kazandığı haklara etkili olamaz. Ne varki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hâkim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır. Somut olaya gelince; mahkemece yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda hükme yeterli inceleme ve değerlendirmenin yapıldığı söyleyebilme imkanı yoktur. Nitekim taşınmazın resmi akitte 1.400.-TL bedelle temlik edildiği, gerçek değerinin keşfen 19.725.-TL olarak saptandığı,



değil, mülkiyete dayalı aynî bir dava olarak nitelendirilmesi uygun olacaktır. Dolayısıyla davanın kabulü ile oluşan kesin hüküm otoritesi, aynı taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden diğer sınırlamalara üstün gelecektir. Hakikatte bu sonuç, yani yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davalarının kabulü ile husule gelen kesin hüküm otoritesinin, lehtara taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden tüm takyidatlardan ari bir mülkiyet hakkı sunması, yukarıda şahsi- aynî hak başlığı altında ele aldığımız, mülkiyet hakkının mutlak hak vasfıyla her zaman ve herkese karşı ileri sürülebilen inhisari bir erk ve iktidar hakkı olduğunun tezahürüdür. Bu sebeple, vekâletin kötüye kullanılmasına dayalı tapu iptali ve tescil davası da aynî bir dava olduğu için tapu kaydı şekli malik üzerinde iken taşınmaza şerh edilen kısıtlamalar, davanın kabulü sonrasında gerçek maliki bağlamayacaktır. Her ne kadar vekâlet akdi rızai bir akit ise de, tapudaki tescil işlemi malikin iradesine muhalif olarak gerçekleştiği için tescil yolsuzdur. Dolayısıyla davanın özü aynî niteliktedir. Ancak iyiniyetli üçüncü kişilerin aynî iktisabı korunacaktır³⁰⁷. Sahte kimlik ve sahte vekâlete dayalı tapu iptali ve tescil davaları da aynî nitelikte olduğundan, gerçek malik dava sonunda taşınmaz mülkiyetini bütün kısıtlamalardan ari olarak iktisap edecektir. Nitekim tasarruf yetkisi olmadan yapılan tasarruf işlemi, yani tescil talebi kesin hükümsüz olup, tescil de yolsuz mahiyettedir. Buna karşın, taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden takyidatların, tapu iptali ve tescil davasının kabulü kararının

satış bedelinin davacıya ödenip ödenmediği üzerinde durulmadığı, davalılardan Bilal'in imzasını içeren ve içeriği kabul edilen tarihsiz belgedeki "...babamın üstüne olan yeri 243 parsel olanı anlaşmalı olarak hiçbir karşılık para pul almadan sırf mal kaçırmak için hiba vererek üzerinden yıktık, tapusunun Emin Okur'a verildiğinden haberi yoktur..." şeklindeki ifadelerin değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, yukarıdaki ilkeler doğrultusunda değerlendirme yapılması, ilk el konumunda olan davalı Emin'e yapılan temlikin, vekalet görevinin kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirdiği saptanın ise, ikinci el davalı Hatun'un davalı Emin'in kızı olduğu ve keyfiyeti bilen veya bilmesi gereken konumda olup TMK'nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı gözetilerek hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile sonuca gidilmiş olması doğru değildir." (1. HD 28.02.2013, 2012/14158, 2013/2935).

307 "Somut olayda; dosya içerisindeki tapu kayıtlarına göre, dava konusu taşınmazın tapu kaydına, taşınmazın maliki gözüken Hüseyin Adak ile davalı HSBC Bank A.Ş. arasında imzalanan rehin sözleşmesi gereğince davalı HSBC Bank A.Ş. tarafından 26.08.2011 tarihinde ipotek tesis ettirilmiştir. Davacılar ise vekalet ilişkisinin kötüye kullanılmasına dayalı olarak İzmir 10. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/695 esas sayılı dosyasında açmış oldukları tapu iptali ve tescil davası nedeniyle tapu kaydına daha sonraki bir tarih olan 26.12.2011 tarihinde ihtiyati tedbir koydurmışlardır. Ayrıca, ipotek resmi akit tablosundan da anlaşıldığı gibi ipotek tesis nedeni davalı Hüseyin Adak'ın davalı bankadan kullanmış olduğu finansman kredisinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda, davalı bankanın, taşınmazı davalı Hüseyin Adak adına kayıtlı bulunduğu sırada ve tescile yönelik dava açılmadan önce ipotek tesis ettirdiğinden TMK'nın 1023. maddesi gereği iyiniyetli olduğu gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir." (11. HD 12.12.2016, 13210/9462).



kesinleşmesiyle mürtefi olması, ya aynı davada takyidat lehtarlarının da davalı olarak gösterilmesi ya da müteakiben genel hükümlere göre ikame edilecek ayrı bir dava marifetiyle gerçekleşecektir.

IV. TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN TESCİLSİZ İKTİSAP (TMK. M. 705) VE TAPU SİCİLİNE GÜVEN (TMK. M. 1023) İLKELERİNİN UYGULANIRLIĞI

Aynî bir hakkın tescil ile iktisap edilmesi, hakkın doğumu için elzem olan kurucu unsur ve bütün geçerlilik şartlarının varlığına merbuttur. Bu bağlılık, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması sonucunu doğurup, bu fonksiyon tescil ile sağlanacaktır (MK m. 705/1)³⁰⁸. Tescil talebi, aynî haklara etkili bir tasarruf işlemi olduğu gibi bir hakkın kurulmasına matuf yenilik doğuran bir işlem niteliğine de sahiptir³⁰⁹. Dolayısıyla taşınmazın mülkiyetinin iktisabı, geçerli bir hukukî işlem ve tescil talebine müstenit ve mebnidir³¹⁰. Tescile temel teşkil edecek hukuki sebebe, aynî hakkın doğumu için yapılan satış, bağışlama, ölünceye kadar bakma akdi, vasiyetname, miras sözleşmesi gibi işlemler sayılabilecektir³¹¹. Şayet tescil işlemin dayanağı olan hukuki sebep mevcut değil ya da istinat edilen sebep geçerli değil ise aynî hak kazanılamayacağından, yapılan tescil de yolsuz olacaktır³¹². Bu sebeple, kurucu unsurdaki eksiklik ya da geçerlilik şartlarındaki eksikliğe rağmen yapılan tescil yolsuz bir tescil mesabesinde olacaktır. Bu ihtimalde aynî hakkın kazanılması söz konusu olmayacaktır³¹³.

308 “Mülkiyet hakkının davanın kazanılması, kurucu iki şartın, (unsurun) iki ayrı muamelenin varlığını gerektirir. Bunlardan ilki, mülkiyetin devri borcunu doğuran borçlandırıcı bir muamele, yani iktisap sebebidir. Buna, hukuki sebep adı da verilmektedir. İkinci muamele ise, tasarruf muamelesi olan ve tescil ile tamamlanması tescil talebidir. Tescile dayalı devren kazanmada mülkiyet hakkı, tescilin yapıldığı anda geçer. Mülkiyet hakkının geçerli bir şekilde intikal etmesi, bu iki muamelenin birlikte bulunmasına ve özellikle iktisap sebebinin (hukuki sebebin) muteber olmasına bağlıdır. Zira, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, sebebine bağlılık ilkesine tabidir. (Prof. Dr. Kemal T.Gürsoy Prof. Dr. Fikret Eren Prof Dr. Erol Cansel Türk Eşya hukuku-Ankara 1978-sh:502)” (14. HD 29.01.2008, 2007/12735, 2008/549).

309 Vardar-Hamamcıoğlu, s. 172.

310 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 70.

311 SAPANOĞLU, s. 31.

312 ÜSTÜNDAĞ, *Tapu Kütüğü*, s. 44. “Hukuki sebep olmaksızın veya bağlamayan bir hukuki muameleye dayanarak yapılan tesciller yolsuzdur.”

313 Satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak inşaatın geldiği aşama ile yüklenici ve arsa sahibi arasındaki anlaşmaya göre yükleniciye devredilen bağımsız bölümlerin onun tarafından üçüncü kişiye tapudan resmi olarak devir ve temlik edilmesinden sonra arsa sahibi ile yüklenici arasında çıkan uyumsuzluk sonrası sözleşmesin feshedilmesinden sonra arsa sahibine üçüncü kişiye yapılan tapuların yükleniciye yapılan gerçek bir devrin bulunmayıp, temlikin avans sağlamaya yönelik olduğuna işaret eden Yargıtay içtihatlarını MK’ 1023. maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.



Ancak tapu kaydındaki tescil aynî hakkın varlığına karine teşkil ettiğinden, tescil yolsuz da olsa, güven ilkesi bağlamında iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından gerçek bir tescil gibi hukuki sonuç doğurması imkânı bahşedilmiştir³¹⁴. Zira tescil aynî hakkın kazanılması için kurucu ve asli unsurdur³¹⁵. Tescil, aynî hak niteliğindeki mülkiyet, irtifak hakları ve

314 "Dava, sahtecilik hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içeriği ve toplanan delillerden; davacı Akkız'ın miras bırakanı Bahattin'in çekişme konusu 5 parsel sayılı taşınmazdaki 426/471 payını dava dışı Ahmet'in sahte olarak düzenlenen vekaletname ile 28.06.2001 tarihinde davalılardan Bekir'e satış suretiyle temlik ettiği, Bekir'in de vekili Kemal aracılığıyla anılan bu payı 13.09.2001' de diğer davalı Halil'e aynı sebeple devrettiği ileri sürülerek eldeki davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Miras bırakan Bahattin'in, mirasçı olarak dava tarihinde sağ olan eşi Gönül ile davacı Akkız'ın dışında başkaca mirasçının bulunmadığı mirasçılık belgesi ile sabittir. Mahkemece, dava dışı mirasçının bulunduğu ve bu mirasçının onayının alınmasının da mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Gerçekten de miras bırakanın ölüm tarihine göre terekesi elbirliği mülkiyetine tabidir. Türk Medeni Kanununun 701 ila 703 maddesinde düzenlenen elbirliği mülkiyetinde sahtecilik hukuksal nedenine dayalı olarak açılacak davalarda tüm iştirakçilerin birlikte hareket etmeleri gerekeceği tartışmasızdır. Ne varki, mirasçının tereke adına dava açması halinde Türk Medeni Kanununun 640. maddesi hükmü uyarınca dava dışı mirasçıların açılan davaya muvafakatlerinin sağlanması veya atanacak temsilci huzuruyla davanın görülebilirlik koşulunun yerine getirildikten sonra dinlenebilir olacağı açıktır. Kaldı ki, somut olayda terekeye temsilci de atanmış ve onun huzuru ile dava görülmüştür. Oysa, davacı miras bırakan Bahattin'in ölümünden sonra diğer mirasçı Gönül ile birlikte miras taksim sözleşmesi yaptığını bildirerek taşınmazın münhasıran kendisine ait olduğunu ileri sürmek suretiyle 30.09.2002 tarihli "miras hakkından feragat ve devir protokolü" başlığını taşıyan belgeyi ibraz etmiştir. Açıklamak gerekir ki, 10.12.1952 tarih 2/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme kararı ve Türk Medeni Kanununun 676. maddesi gereğince terekeye dahil taşınmaz malların taksimi hakkında mirasçılar arasında yapılacak sözleşmenin geçerli olması için yalnız yazılı olması yeterli olup, aktin ayrıca tapu memuru huzurunda resmi senede bağlanması mecburiyeti yoktur. Bir başka ifade ile miras taksim sözleşmesinin hukuken geçerli olabilmesi bakımından sadece yazılı olması yeterlidir. Buna göre Mahkemenin anılan sözleşmenin resmi olarak yapılması gerektiğine değinen gerekçesinde isabet olduğu söylenemez. Diğer taraftan iddianın içeriği ve ileri sürülüş biçimine göre davacı pay oranında iptal ve tescil istememiş, taksim uyarınca tamamının kendisine ait olduğunu belirterek eldeki davayı açmıştır. Öyle ise, sahtecilikle mualllel olan işlem sebebiyle mirasçının tek başına dava açamayacağı yolundaki mahkemenin gerekçesinin de yasal olduğunu söyleyebilme olanağı yoktur. Açıklanan bu gerekçelerle mahkemenin davayı reddetmiş olması doğru değildir. Değinen bu olgular ve somut olayın gelişme tarzı dikkate alındığında davalılardan Bekir ilk el komundadır. Kendisinin sahteliği ağır ceza mahkemesince verilip kesinleşen karar ile sabit olan sahte olarak düzenlenen vekaletname ile sicilın dayanağı belgeden satın alması karşısında iktisabının Türk Medeni Kanununun 1025. maddesinde öngörülen yolsuz tescil niteliğinde olduğu, bir başka deyimle Bekir adına oluşan kayıdn illetten mücerret bulunduğu gözetildiğinde Türk Medeni Kanununun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı sabittir. Ne varki, davalı Halil taşınmazdaki payı Bekir'den satın alan kişi olup, ikinci el durumundadır. Bilindiği üzere; Türk Medeni Kanununun 1020. maddesinde düzenlenen tapu sicillerinin aleniyetinden yararlanarak güvene dayalı olarak edinen kişinin Türk Medeni Kanununun 1023. maddesinin koruyuculuğundan başka bir deyişle iyiniyetli müktesibin iktisabının korunacağı hükmünden istifade edeceğinde kuşku yoktur." (1. HD 26.05.2008, 3211/6468); Yakuppur, s. 5.

315 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 151.



taşınmaz yükleri ile rehin hakları için mevzubahistir³¹⁶. Nitekim taşınmaz malikinin tescil talebi için tapu sicilinde de malik olarak görünmesi elzemdir. Aksi hâlde taşınmaz mülkiyeti tescilsiz kazanılsa da söz konusu mülkiyette tescil yapılana değin tasarruf yetkisi kullanılamayacağından (TMK 705/2), mülkiyeti devir ya da sınırlı aynî hak ile takyit etmek mümkün olmayacaktır³¹⁷. Her ne kadar maddi hukuka göre olması gereken tapu sicilindeki gerçek malikin tescil talebinde bulunması ise de, gerçekte malik olmayan, yolsuz tescil maliki tarafından tescil talebinde bulunulması ihtimalinde iyiniyetli üçüncü kişilerin aynî hak kazanımları korunacaktır³¹⁸. Tapu sicilinin tutulması ilkelerinden biri tescil, diğeri sicilin aleniliği³¹⁹, bir diğeri hazinenin kusursuz sorumluluğu, sonuncu ise geçerli bir hukuki sebebin mevcudiyetidir. Zira aynî hakkın iktisabı, sebebe bağlı bir işlemdir. Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış, iyi ve doğru tutulmamasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu olarak da tapuya itimat edip, taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğu duymuştur. Belirtilen ilke Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinde aynen "tapu kütüğündeki sicile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki Türk Medeni Kanunu 1024. maddenin 1. fıkrasına göre "Bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde öngörülmüştür. Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi sadece aynî haklardan bahsettiğinden, şahsi haklar tapu siciline güven ilkesi kapsamına dahil olmadığı için korumadan faydalanamayacaktır³²⁰. Tapu siciline güvenin korunması, sadece tescil edilmiş bir hakkın varlığına olan güveni değil, aynı zamanda varlığına ilişkin bir tescil bulunmayan hakkın hukuken var olmadığına yönelik güvenin korunmasına da şamildir³²¹. Nitekim kural olarak taşınmaz iktisabında tescil esas ise de, bazı hâllerde tescilsiz iktisap halleri de mümkündür. Örneğin miras, işgal, imar ve ihya, istimlak, cebri icra ve mahkeme hükümlerinde tescil kurucu değil açıklayıcı mahiyettedir³²². Bu ihtimallerde aynî hak tescilden önce

316 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 195.

317 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 197.

318 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 198.

319 OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR- OKTAY, s. 152.

320 ÖZÇELİK, s. 124, 126; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 233.

321 ÖZÇELİK, Ş. Barış, **Tapu Siciline Güvenin Korunması**, Ankara 2016, s. 98.

322 KURT, s. 24.

doğacağından³²³, tescil³²⁴ sadece temlik tasarrufa³²⁵, bir diğer ifadeyle tapu siciline tescil ile icra edilecek tasarruflara³²⁶ engel olup³²⁷, Türk Medeni Kanunu' nun 705. maddesinin ikinci fıkrasına göre belirlenen hâllerde tasarruf işlemi tescile mahal olmadan ikmal ediliyor ya da müteakip tescil salt açıklayıcı olmaktan ibaret ise³²⁸, örneğin kazanılan mülkiyet hakkının muhafaza, zilyetlik, idare ve tescilinin sağlanmasına hizmet eden işlemler, bu bağlamda dava hakkı³²⁹, yasak tasarruf işlemi olarak değerlendirilemeyecektir. Zira tescilsiz iktisap hallerinde de malik, tasarruf³³⁰, yani taşınmazı devir ve sınırlı aynî hak tesisi dışında³³¹ mülkiyet hakkının tanıdığı tüm hak, yetki ve sorumlulukları haizdir³³². Ancak, mülkiyet hakkının sicil dışı kazanılması (Tescilsiz İktisap), üçüncü kişi alacaklılar tarafından bu hakkın haczedilmesine engel değildir³³³. Bu

323 “Bilindiği üzere; Türk Medeni Kanununun 705.maddesinde öngörüldüğü üzere, tapuya tescilden önce, mülkiyetin kazanılacağı haller açıkça sayılmış, bunlardan birinde tescil ilamı olduğu belirtilmiştir. Mülkiyetle ilgili anılan kararın bir zaman aşımına uğramayacağı tartışmasızdır halde eldeki davada dayanılan hukuki sebep ile önceki Aksaray 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1991/238 Esas 1992/176 Karar sayılı ilamında dayanılan hukuki sebebin aynı olduğu söylenemez. Bu durumda HUMK.’nun 237.maddesi hükmü karşısında kesin hükmün varlığından bahsedilmeyeceği açıktır.” (1. HD 12.04.2007, 3122/4044).

324 Vardar- Hamamcıoğlu, s. 172. “Tescil talebi, aynî haklara etki eden tasarruf işlemidir ve tescil talebi bir hakkın kurulması sonucunu doğuran yenilik doğuran tek taraflı işlemidir.”; Aday, s. 59; Kurt, 10.

325 Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1982- 1983, s. 3. “Çok geniş anlamda kullanılan tasarruf deyimi, nesneyi zilyetliğinde bulundurma, kullanma, yararlanma, semereleri alma, tüketme ve yok etme gibi eylemleri ve nesnenin mülkiyetinin başkasına geçirilmesi ya da sınırlı aynî haklarla yüklenmesi gibi hukuksal işlemleri kapsar.”

326 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 179.

327 FERİT Saymen/HALİD Elbir, s. 213; VARDAR- HAMMACIOĞLU, s. 184.

328 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 179, 182.

329 “İİK’nun 28.maddesinde; “Taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiği takdirde mahkeme davacının talebine hacet kalmaksızın hükmün tefhimi ile beraber hulasasını tapu sicili dairesine bildirir. İlgili daire bu ciheti hükmolunan taşınmazın kaydına şerh verir. Bu şerh, Türk Medeni Kanunu’nun 1010. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tâbidir” hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda, şikâyetçiler kesinleşen mahkeme ilamı ile tescilden ve dolayısıyla haciz tarihinden önce şikâyete konu taşınmaz (hissesinin) mülkiyetini kazanmış bulunmaktadırlar. Öte yandan, haciz tarihi mülkiyetin tespiti açısından önem arz eder ise de; somut olayda gözlemlendiği gibi hacizden önce kesinleşen mahkeme ilamı ile mülkiyet hakkının sona ermesi durumunda, tapu kaydının aleniyeti kadar hukuki değer arz eden kesinleşmiş mahkeme kararının (ilamın) göz ardı edilmesi mümkün değildir. Zira şikâyetçi malikin taşınmazın kendisine ait olduğunu ispat açısından elindeki kesin hüküm karşısında başvurabileceği başka bir hukuki yol yoktur.” (12. HD 03.12.2013, 30883/38318).

330 Von Tuhr, s. 199. “Bütün tasarruf muameleleri mamelekin aktifini azaltır ve hak sahibinin iradesini tadil veya bertaraf edilmeğe müsait bulunan bütün haklar veya hukuki rabitalar bir tasarruf mevzuu teşkil edebilir.”

331 ÜSTÜNDAĞ, **Tapu Kütüğü**, s. 14.

332 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 403.

333 ÜSTÜNDAĞ, **Tapu Kütüğü**, s. 15.



ihtimalde, açıklayıcı tescilin yapılmasında gerçek hak sahibinin alacaklılarının da menfaati bulunduğu³³⁴, İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesi işlerlik kazanacaktır. Nitekim açıklayıcı tescil yapılıncaya kadar malik, mülkiyete dayalı dava haklarını da kullanabilecektir. Dolayısıyla yukarıda da zikrettiğimiz üzere Yargıtay'ın aksine³³⁵ dava hakkı, TMK'nun 705/2. fıkrasında geçen tasarruf işlemi³³⁶ kapsamına dahil olmayacaktır³³⁷. Tapu siciline güven ilkesi³³⁸, Medenî Kanun'un 705. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal ve kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer tescilsiz iktisap hallerinde de uygulama alanı bulacaktır³³⁹. Bu hâller tahdidi olarak sayılmış olup, örnekleme ya da

334 ÜSTÜNDAĞ, *Tapu Kütüğü*, s. 76.

335 "4721 sayılı TMK'nun 705. maddesinde; "Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olur. Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır" hükmü yer almaktadır. Somut olayda, şikayetçi üçüncü kişinin, ihaleye konu taşınmaz hakkında açmış olduğu tapu iptali ve tescil davasında, şikayetçi lehine karar verildiği görülmektedir. Dolayısıyla, şikayetçinin, mahcuz taşınmazın kendisine ait olduğunu iddia ederek icra mahkemesine başvurmasında hukuki yararı vardır. Ancak şikayet tarihi olan 29.06.2015 itibarıyla, taşınmaz, henüz şikayetçi üçüncü kişi lehine tapuya tescil edilmediğinden TMK'nun 705/2. maddesi uyarınca şikayet hakkı bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, şikayetçinin mülkiyet hakkı, henüz tapu kütüğüne tescil edilmemiş olduğundan, icra mahkemesine başvurarak tasarruf işlemi niteliğindeki ihalenin feshi davasını açamaz. Bu durumda mahkemece, şikayetçinin ihalenin feshi isteminin aktif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, istemin kabulü ile ihalenin feshi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." (12. HD 21.12.2015, 29919/32309); (HGK, 13.11.2013, 6-299/1566).

336 Tasarruf kavramı, İİK 86. maddesinde, "Taşınır mallarda haczin neticeleri" başlıklı düzenlemeye borçlunun alacaklının muvafakati ve icra müdürünün müsaadesi olmaksızın taşınır mallarda tasarruf edemeyeceği hükmüne münferdir. Zilyetlik menkullerde doğrudan mülkiyete karine sayıldığından, zilyetlik hükümlerine göre menkulü iyiniyetle iktisabın korunacağı ve iyiniyete aykırı şekilde üçüncü kişilerin iktisap ettiği hakların, alacaklının hacizli mala taalluk eden haklarını ihlal ettiği oranda batıl sayılacağını havi hüküm, hacizli mala ilişkin yapılan devirlerin doğrudan geçersiz olacağını tazammun etmeyip, kanun koyucunun asıl muradı, alacaklının takibini akamete uğratıp, semeresiz bırakmaya matuf hacizli menkule yönelik bütün tasarrufların alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğine ilişkindir.

337 İyilikli, Ahmet Cahit, *Taşınmaz Mülkiyetinin Tescilden Önce İktisap Hallerinden Mahkeme Hükmüne Göre İktisap Eden Kişinin İhalenin Feshi Davası Açmaya Yetkisi Bulunup Bulunmadığı Üzerine Düşünce ve Tahliller*, TAAD, 2016, S. 27, (s. 515- 547). s. 535.

338 VARDAR-HAMAMCIOĞLU, s. 172.

339 "Somut olay değerlendirildiğinde; kesinleşen cebri tescil ilamı nedeniyle Bayram Mutlu'nun mülkiyeti tescilden önce iktisap ettiği, mülkiyet hakkı sicile yansıtılmadığından 1951 doğumlu, Ali Mutlu adına olan kayıtlı TMK'nin 1025 maddesinde düzenlenen yolsuz tescil niteliğinde olduğu, davadaki iddianın aynı zamanda, 1990/4 – 1991/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, 1965 doğumlu, Ali Mutlu'nun mülkiyet iktisabında kötüniyetli olduğu iddiasını da içerdiği, davacıların mirasbırakanı Bayram Mutlu ile davalıların kardeş olup üçüncü kişilerle birlikte çekimeli taşınmazlarda paydaş oldukları, anılan kişiler arasındaki akrabalık ve mülkiyet ilişkisi gözetildiğinde, son kayıt maliki 1965 doğumlu, Ali Mutlu'nun yolsuz tescilli bilen veya bilebilecek konumda olduğu, dolayısı ile iyiniyetli olmadığı, TMK'nin 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı sonucuna varılmaktadır." (1. HD 23.02.2015, 562/2671).



kıyas marifetiyle genişletilemez³⁴⁰. Nitekim açıklayıcı tescil ifa edilinceye kadar tapudaki tescil, yolsuz tescil hükmündedir³⁴¹. İşte bu aşamada tescil yapılıncaya kadar yolsuz nitelikteki tescile iyiniyetle güvenen kişinin kazanımı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi gereği korunacaktır³⁴². Dolayısıyla açıklayıcı tescil, üçüncü kişilerin eski kayda güvenerek hak iktisaplarına engel olur³⁴³. Tescilden önceki kazanım hallerinde de malik tasarruf yetkisi dışında mülkiyet hakkının tanıdığı tüm hak ve sorumluluklara haizdir³⁴⁴. Şayet, sicil dışı kazanılan mülkiyet, mahkeme hükmüne dayalı taşınmazdaki bir hisseye tekabül ediyor ise, diğer paydaşların önalım dava hakkı, mülkiyet hakkının tapuya tescil edilmesiyle³⁴⁵ birlikte doğacaktır³⁴⁶. Kanundan doğan tescile tabi olmayan aynî haklar ve

340 "TMK'nın 1022. maddesinde; "Aynı haklar kütüğe tescil ile doğar" denildikten sonra aynı Yasa'nın 705. maddesinde de tescilden önce mülkiyetin kazanılabileceği haller "Miras, Mahkeme Kararı, Cebri icra, İşgal, Kamulaştırma halleri ile Kanunda öngörülen diğer haller" olarak belirtilmiştir. 1163 sayılı Kooperatifler Kanun'unda, kooperatif üyelerine mülkiyetin, kur'a çekimi ile geçeceğine dair bir düzenleme olmadığı gibi, olayda TMK'nın 705. maddesinde öngörülen diğer istisnai haller (tescilsiz iktisap) de bulunmadığından, konut yapı kooperatiflerinde kur'a çekimi ile mülkiyetin kooperatif üyesine tescilsiz geçeceğinin kabulü mümkün değildir." (23. HD 28.10.2015, 10996/6945).

341 YAKUPPUR, s. 9; ÖZÇELİK, s. 100.

342 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 238; ÜSTÜNDAĞ, **Tapu Kütüğü**, s. 106; VARDAR- HAMAMCIOĞLU, s. 184.

343 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 229; ÜSTÜNDAĞ, **Tapu Kütüğü**, s. 12.

344 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 403.

345 "Davaya konu olayda davalı, davacının taraf olmadığı bir hüküm ile dava konusu taşınmazda bir pay edinmiştir. Davalı, hükmün kesinleştiği tarihte mülkiyet hakkını kazanmış ise de bu pay üzerindeki tasarruf hakkını tescil ile elde etmiştir. Mülkiyet hakkını tescilden önce kazanan tarafın tasarruf hakkını ancak tescil ile elde edebildiği durumda davacının taraf olmadığı kararın kesinleştiğini bilmesi ve bu duruma göre önalım hakkını kullanılmasının beklenmesi TMK'nın 1020. maddesinde düzenlenen "Tapu sicilinin açıklığı" ilkesine de aykırıdır. Kaldı ki, tescile ilişkin kararlar ifaya mahkûmiyet hükmü içermeyip, yenilik doğurucu bir niteliği bulunması nedeniyle tescil hakkı kazanan tarafından her zaman infaz ettirilebilir. Bu durumda TMK'nın 733/son maddesinde önalım için belirlenen sürelerin dolmasından sonra hükmün infazının yapılması hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilecektir. Ayrıca, TMK'nın 732.maddesi gereğince önalım hakkı payın satılması ile kullanılabilen bir hak olup bu hakkın kullanılabilmesi için satış sözleşmesinin kurulması yeterli değildir. Satış, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmesi ile geçerlilik ve aleniyet kazanır. Davacı, dava konusu payın davalı adına tescil edildiği 12.12.2011 tarihinden sonra 11.12.2013 günü bu davayı açtığından TMK'nın 733/son maddesinde açıklanan iki yıllık hak düşürücü süre geçmiş değildir. Mahkemece, belirtilen hususlar gözetilerek işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." (14. HD 15.03.2016, 2015/16863, 2016/3271).

346 "Kural olarak önalım bedeli, dava konusu payın tapudaki satış bedeli ile davalının bu satım sebebiyle ödediği tapu harç ve masraflar toplamından ibarettir. Somut olayda sufalı pay 2003 tarihinde 21.000.000.000 TL bedelle satışı vaat edilmiş olup yukarıda açıklanan sözleşmeler, protokoller ve iştirakin çözülmesi gibi nedenlerle tapu ferağı ancak 2014 yılında verilmiştir. Önalım hakkı pay satışından 11 yıl sonra kullanılmıştır. Aradan geçen zaman içinde taşınmazın değerinde meydana gelen objektif artışlarla enflasyon olgusunun önalım bedelinin belirlenmesine etkisi de kabul edilmelidir. Bu hakkın şu veya bu nedenle



özellikle kanuni ipotek hakkı ile yüklü taşınmaz üzerinde mahkeme hükmü ile mülkiyet iktisap eden kişinin bu takyidatlara katlanmak zorunda kalıp kalmayacağı tartışmalıdır. Bir diğer ifadeyle, tescilsiz kanuni ipotek veya diğer irtifak hakkının varlığından haberdar olmayan kişinin aynı taşınmaz üzerinde mahkeme hükmü ile kazandığı mülkiyet, bu hakları doğrudan mürtefi kılacak mıdır? Öğretide tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakkının varlığından haberdar olmayan taşınmaz üzerinde aynı hak kazanan üçüncü kişilere de ileri sürülebileceği dolayısıyla tapu siciline güvenin korunmayacağı savunulmuştur³⁴⁷. Kanaatimizce taşınmazın aynına ilişkin tapu iptali ve tescil davalarında mülkiyet, hüküm ile birlikte geçtiğinden, aynı taşınmazın tapu sicil kayıtlarında tedbir, kanuni ipotek şerhi ya da davalıdır şerhi bulunmaması hâlinde dava konusu taşınmaz mülkiyetini mahkeme hükmü ile iktisap eden kişinin iyiniyeti somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir³⁴⁸.

geç kullanılmasından (somut olayda satışından 11 yıl sonra ferağ verilmesi) dolayı davacıyı, amaç dışında zenginleştirecek ve alıcı davalıyı da fakirleştirecek yorum ve sonuçlardan kaçınılmalıdır. (HGK'nun 14.12.1994 – 6 – 663/841 ve 28.12.1994 tarih 6–673/898) Hukuk Genel Kurulu kararlarında detaylı biçimde açıklandığı üzere önalm konusu payın, dava tarihine göre belirlenen değerinin depo edilmesi halinde dava kabul edilmelidir. Aksine düşüncelerle gerçek satış bedelini yansıtmıyorsa araştırılmadan, bu konuda ki savunma üzerinde durulmadan yazılı şekilde depo kararı verilerek hüküm kurulması da usul ve yasaya aykırı olup kabul biçimine göre de bozma nedenidir.” (14. HD 26.12. 2016, 2015/6448, 2016/10863).

347 ÖZÇELİK, s. 101; YAKUPPUR, s. 204; ÖĞÜZ, s. 81.

348 “Hukukumuzda, kişilerin satın aldığı şeylerin ileride kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşınmazları, dolayısıyla toplum düzeninin sağlanması düşüncesiyle, satın alan kişinin iyiniyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse iyiniyetten maksat, hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesidir. Belirtilen ilke, TMK'nın 1023. maddesinde aynen “tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur” şeklinde hükme bağlanmış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddede “bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz” biçiminde vurgulanmıştır. Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin iyiniyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçekten, kayıt malikinin mülkiyeti kötüniyetle kazandığı ileri sürülmüş ise, üçüncü kişinin aynı hakkın yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken şahıs olup olmadığına bakılması gerekir. Çünkü, TMK'nın 1024. maddesi uyarınca bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmişse bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişilerin yolsuz olan bu tescile dayanma olanakları yoktur ve yasa ve uygulamadaki deyimlerle bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan ve hukuki sebepten yoksun bulunan tesciller yolsuz tescil sayılacağından, hakkı zedelene üçüncü kişinin iyiniyetli olmayan malike karşı doğrudan doğruya şahsi hakkına dayanması mümkündür. Somut uyuşmazlıkta, 21.770 m² yüzölçümlü tarla niteliğindeki taşınmazın tapu kaydına 06.05.1981 tarihli İİK'nın 28. madde şerhi işlenmiş, 13.10.1994 ve 04.07.1997 tarihlerinde yapılan imar uygulamasıyla oluşan 8180 ada 2 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydına da şerh taşınmıştır. Anılan şerh 13.08.2010 günü tapu kaydından terkin edilmiştir. Davalı Mehmet Gilik'in taşınmazı edindiği 19.08.2010 tarihi itibarıyla taşınmazda satış vaadi sözleşmesi şerhi mevcut değildir. Ayrıca çekişme konusu taşınmazın değerinin çok düşük



Zira tapu kaydına güven ilkesi sadece yolsuz olarak tescil edilmiş bir aynî hakkın varlığına olan güveni değil, aynı zamanda mevcudiyetine ilişkin bir tescil bulunmayan bir hakkın hukuken var olmadığına yönelik güvenin de korunmasını havidir³⁴⁹. Hükümle birlikte dava konusu taşınmaz mülkiyet hanesine İcra ve İflas Kanunu 28. maddesine dayalı hüküm şerhi kararı verilmesi iyiniyet iddialarına engel olacaktır. İcra ve İflas Kanunu'nun 28. maddesi 'taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiği takdirde, mahkeme, davacının talebine gerek kalmaksızın hükmün tefhimi ile beraber hüküm özetini tapu sicil müdürlüğüne bildirir' hükmünü havidir. İlgili müdürlük mahkemenin müzekkeresinde bildirdiği hüküm özetine konu taşınmazın sicil kaydına şerh verir. Bu şerh, Türk Medenî Kanunu'nun 1010. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tabidir. Taşınmaz davası üzerine verilen karar ileride davacının aleyhine kesinleşirse mahkeme, derhal bu hükmün özetini de tapu sicil müdürlüğüne bildirir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere birinci fıkra, mahkemenin ilk kararını şeklî ve maddî anlamda kesinleşmeden tefhimle birlikte tapu siciline bildirmesi gerektiğine ilişkin amir bir hüküm iken, ikinci fıkra, yargılama sonunda kararın şeklî ve maddî anlamda kesin hüküm niteliği olmasından sonraki safhaya işaret etmektedir. Taşınmaz ve taşınmaza bağlı aynî haklarda hükümle birlikte hüküm özeti, talebe hacet kalmaksızın mahkeme tarafından resen, tapu müdürlüğüne bildirildiğinden (İİK m. 28), bu bildirim, tasarruf hakkını ortadan kaldırmayıp tasarruf hakkı kısıtlanacağı için³⁵⁰, devir mümkün olmayacağı gibi³⁵¹ iyiniyet iddiaları da dinlenmeyecektir. Zira bu hâl hükümle birlikte

gösterilmesi tek başına taşınmazın muvazaalı olarak devredildiğini kanıtlamaya yeterli değildir. Bu nedenlerle, davalı Mehmet Gilik'in TMK'nın 1023. maddesi uyarınca iyiniyetli olup olmadığı davacıların diğer kanıtları değerlendirilerek tespit edilmektedir." (14. HD 09.12.2014, 10803/14088).

- 349 ÖZÇELİK, s. 98; "Türk Medeni Kanununun 1025. maddesi uyarınca bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise bu yüzden aynî hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir. Yasanın 1027. maddesine göre de bu tür bir yanlışlık ancak mahkeme kararıyla düzeltilebilir. Davacı Hazinesin mülkiyet hakkından kaynaklanan kanuni ipotek hakkı yolsuz tescil sebebiyle zedelenmiş ise bunun mahkemeye düzeltilmesi olanaklıdır. Aksi takdirde davalı sebepsiz zenginleşmiş olacaktır. Yapılan bu saptamaya göre aynî hakkın davalı adına yolsuz tescil edilmiş bulunduğu hükmen belirlendiğinden ve davacı Hazine yolsuz tescil edilen ve terkinin gereken bir hakka dayanarak kaydın terkinini isteyebileceğinden davanın kabulü yerine yazılı bazı gerekçelerle reddi doğru olduğundan, karar bozulmalıdır." (14. HD 04.10.2010, 8271/9762).
- 350 ÜSTÜNDAĞ, SAİM, **Kesin Hükümün Hukuki Haleflere Etkisi, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler**, Ankara 2010, (s. 41-48), s. 44.
- 351 "İİK'nun 28.maddesinde taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiği takdirde mahkemenin davacının talebine gerek kalmaksızın hükmün tefhimi ile birlikte hükmün hülasasını tapu siciline bildireceği, ileride verilen kararın davacının aleyhine kesinleşmesi halinde de hüküm hülasasının tapuya bildirileceği hükmüne bağlanmıştır. Taraflar arasında



olduğu için, henüz şekli manada kesinlik sağlanmadığı safhada, dava derdest sayılıp, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesindeki dava konusunun devri safhası içinde kalacaktır. İİK 28. maddesine dayalı şerhin etkisi, sadece cüz'i haleflere ileri sürülebilme nokta ve safhasında kalmamakta, İİK 29. maddesi daha etkin ve şümüllü bir fonksiyon marifetiyle, kesinleşen hükmün üçüncü kişilere karşı icra edilebilme imkânı da bahşetmektedir³⁵². Yani üçüncü kişiler taraf olmadığı hâlde, davalıdan hak kazandıkları için, ilam kesinleştikten sonra aynen selefleri gibi onun hakkında alınmış hükmün icrasına maruz kalacaklardır³⁵³. İİK'nun 27, 28 ve 29. maddeleri yargılama hukukunda, dava konusu taşınmaz ve taşınmaza bağlı aynî haklarda, kesin hükmün bahşettiği hakların teslim ve tenfizi noktasında, taraflara ek imkânlar sunarak bir nevi hakların teslimi ve tescilini teminat altına alırlar. Bu işlev sayesinde, hükmün tapu sicil müdürlüğüne bildirilmesinden sonraki temlikler davanın seyrine etki etmemekle beraber, dava yine iki taraf arasında yürüyecek ve tesis edilen karar tarafların cüz'i haleflerini bağladığı gibi, onların leh ve aleyhlerinde icra da edilecektir³⁵⁴. Aslında bu düzenlemeler, hükmün kesinleşmesinden sonraki temliklerde, yani uyuşmazlığın ya da çekişmenin nihayete erip maddî mânâda kesin hüküm hüviyetini iktisap etmesinden sonra bile, davanın taraflarının, dava konusunu oluşturan müddeabihe ilişen tasarrufları üzerine, davacı ya da davalının cüz'i halefleri olan üçüncü kişilerin selefleri hakkında tesis edilen kesin hükmün bağlayıcılığı noktasında ek imkân ve avantajlar getirmiştir. Taşınmaz davası sonucunda dava, davacı lehine hükme bağlanırsa, mahkeme bu hükmün kesinleşmesini beklemeden, derhal, hüküm özetini tapu müdürlüğüne bildirecektir. Bu bildirim ya da şerh, tasarruf yetkisini

görülüp kesinleşen müdahalenin önlenmesi davasında verilen kararın kesinleşerek infaz edildiği belirtildiğine göre, daha önce mahkemenin bildiri üzerine konulan şerhin, yine mahkemece kaldırılmasına karar verilmesi gerekir. O halde tapu kaydında bulunan şerhin bilgi mahiyetinde olduğu ve hiçbir tasarrufa engel teşkil etmeyeceği gerekçesiyle davanın reddedilmiş olması doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir." (15. HD 25.05.2006, 2272/3103).

352 "İİK'nun 28.maddesinde "Taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiği takdirde mahkeme davacının talebine hacet kalmaksızın hükmün tefhimi ile beraber hulasasını tapu sicili dairesine bildirir. İlgili daire bu ciheti hükmolunan taşınmazın kaydına şerh verir. Bu şerh, Türk Medeni Kanunu'nun 1010. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tâbidir." hükmüne yer verilmiştir. Olayda mahkeme kararını 01.07.2009 tarihinde vermiş olup karar mahcuz üzerindeki haciz tarihinden öncedir. Haciz tarihinde mahcuz taşınmazın davacı-şikâyetçi ile dava dışı arkadaşları adına kaydına tesciline karar verildiği anlaşıldığından şikâyetin kabulü ile mahcuz üzerindeki haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken istemin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (12. HD 18.02.2013, 2012/28266, 2013/4674).

353 ÜSTÜNDAÇ, *Kesin Hüküm*, s. 44.

354 ÜSTÜNDAÇ, *Kesin Hüküm*, s. 45.



kısıtlayıcı mahiyettedir. Kaldı ki, mülkiyet tescilden önce doğmuştur³⁵⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 350/II. maddesi mucibince, taşınmazlara ilişkin kararlar kesinleşmeden icra edilemeyeceği amir hükmü muvacehesinde, İcra ve İflas Kanunu 28. maddesi hükmünün tapu sicilinin düzeltilmesi olarak değil, tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerh olarak nitelenmesi doğru olacaktır³⁵⁶. Zira karar henüz kesinleşmeden sicilin düzeltilmesi, taşınmazın tapu sicilindeki malik hanesinin değişmesi, kanun yolu incelemesinin davacı aleyhine sonuçlanması hâlinde sicilin malik hanesinin yeniden değişmesine ve işlem güvenliğinin zedelenmesine sebep olacaktır. Kaldı ki, bu safhada yolsuz tescile dayanarak iyiniyetli hak iktisapları da hukukî barış, güven ve istikrarı bozacaktır³⁵⁷. Bu sebeple, İİK 28. maddesine dayalı mahkeme hükmü özetine matuf şerh, sadece tasarruf yetkisini kısıtlayıcı bir sonuç doğurmalıdır. Bu hüküm marifetiyle, özellikle kesin hükmün konusu taşınmaz mülkiyeti ve buna ilişkin aynı haklarda lehine karar verilen iyiniyetli hak iddia eden üçüncü kişilere, bu

355 “Türk Medeni Kanuna göre taşınmaz mülkiyetinin ikisabı kural olarak tescili ile mümkündür(TMK m.705). Ancak bu kuralın istisnası olarak tescilden önce iktisap halleri de düzenlenmiştir, bunlar miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda gösterilen diğer hallerde de mülkiyetin tescilden önce iktisabı mümkündür. Bu hallerde tescil kurucu olmaktan ziyade açıklayıcı mahiyette olup, tescil ancak devir ve temlik tasarruflara engeldir. Somut olayda, hacze konu taşınmaza ilişkin Kamulaştırma ve Tezyidi Bedel davası 19.06.1997 tarihinde ikame edilmiş, 30.12.1997 tarihinde hacze konu Diyarbakır ili Kayapınar ilçesinde kain 6295 nolu parsel şikayetçi DSİ Genel Müdürlüğü lehine tapuya tesciline ve hüküm kesinleştiğinde res’en tapu sicil müdürlüğüne bildirilmesine karar verildiği, kararın 13.07.1998 tarihinde maddi ve şekli anlamında kesinleştiği, hal böyle iken, davalı İNG Bank AŞ tarafından şeklen tapuda malik gözüken diğer davalı Mehmet Eren’in borcundan dolayı kesinleştirilen takibe binaen aynı taşınmaza haciz tatbik edilmiştir. İİK 28 maddesine göre; taşınmaz davalarda davacı lehine hüküm verildiği takdirde mahkeme davacının talebine hacet kalmaksızın hükmün tefhimi ile beraber karar özetini tapu siciline bildirilmesi gerekir, kaldı ki, bu tür davalarda talebe bağlı olarak taşınmaz üzerine davalı şerhi konması da mümkündür. İİK 28. Maddesine göre tapuya bildirilen şerhler Türk Medeni Kanununun 1010. maddesinin 2.fıkrasında hükümleri tabi olup, şerh verilmekle taşınmaz üzerindeki sonraki hak sahiplerine karşı da ileri sürülebilmesi mümkün olacaktır. Tüm açıklamalarımızdan hareketle; 13.07.1998 tarihinde maddi ve şekli anlamında kesinleşen ve şikâyetçi idare lehine tesciline karar verilen davaya konu taşınmaza ilişkin hüküm özeti, İİK 28. maddesindeki amir hükme muhalefet edilerek, tapu sicil müdürlüğüne bildirilmediği, bu tarihten çok daha sonra 15.04.2009 tarihinde davalı İNG Bank A.Ş tarafından aynı taşınmaza haciz tatbik edildiği, taşınmazın bu tarihten önce tescilsiz mülkiyet hükümlerine göre, şikâyet eden DSİ Genel Müdürlüğüne mülkiyetin intikal ettiği, bu aşamada davalı Mehmet Eren’in sadece şekli malik konumunda olup, taşınmaza şerh edilen haczin yolsuz olduğu, kaldı ki, hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak iktisap edemeyeceği gibi; üçüncü bir kişinin kusurundan dolayı hak kaybına da duçar olamayacağı göz önüne alındığında; taşınmaza ilişkin hüküm özetini tapu sicil müdürlüğüne bildirmeyen mahkemenin ihmalden şikâyet edeni sorumlu tutmak hukuken mümkün olmadığından, şikâyetin kabulüne karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” (Diyarbakır 1. İcra Mahkemesi, 24.01.2013, 23/52).

356 KAZANCI-TUNCER, s. 91.

357 İYİLKLİ Ahmet Cahit, **Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, Ankara 2016, s. 358.



bağlamda cüz'i haleflere karşı iyi niyet korunmuştur. Buna karşın, gerek mahkemece İİK 28. maddesine dayalı şerh yazısının ihmal edilmesi yahut kesin hüküm konusunun taşınmaz mülkiyeti dışında bir hak ya da menkul bir mala yönelik olması hallerinde, iyiniyet iddiasında bulunan üçüncü kişi cüz'i halefin, somut olayın özelliklerine göre, kendisinden beklenen dikkat ve özeni gösterip göstermediği esaslı bir şekilde tetkik edilecektir³⁵⁸. Hatta somut olayın gereklerine göre beklenen özeni göstermeyen kişi iyiniyet iddiasında bulunamayacağı gibi (TMK. m. 3/2)³⁵⁹, hâkim bu durumu itiraz üzerine değil, görevi gereği resen nazarı itibara alacaktır³⁶⁰. Zira iyiniyet def'i değil, itiraz mahiyetindedir³⁶¹. İİK 28. maddesi gereğince

358 "Eldeki uyuşmazlıkta davacı, kayıt malikinin mülkiyeti kötüniyetle kazandığını ileri sürdüğünden, malikin aynı hakkı yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi olup olmadığının önemle araştırılması gerekir. Tapu resmi satış senedindeki bedelin düşük gösterilmiş olması da tek başına muvazaanın kanıtı sayılmaz." (14. HD 16.09.2014, 4118/9965).

359 "İİK 40.maddesine göre bir ilam hükmü icra edildikten sonra bölge adliye mahkemesince kaldırılır ve ya yeniden esas hakkında karar verilir ya da Yargıtay'ca bozulup da aleyhine icra takibin yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kesin bir ilamla tahakkuk ederse ayrıca hükme hacet kalmaksızın icra tamamen veya kısmen eski haline iade olunur, ancak 3. şahısların iyi niyetle kazandıkları haklara hâlel gelmez. Taraflar arasındaki uyuşmazlık şikayetçi davacının iyi niyetli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. MK 3.mad göre kanun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyi niyetin varlığıdır ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet iddiasında bulunamaz. Somut olayda temliknameye ilişkin vekaletname Harudyun Sivacioğlu tarafından 01/07/2010 tarihinde Kemal Tüysüz'e verildiği, Harudyun Sivacioğlu nun 06/02/2011 tarihinde vefat ettiği, bu tarihten sonra 09/05/2011 tarihinde davaya konu alacağın söz konusu vekaletname ile Yusuf Güzel adına temlik edildiği ve bir gün sonra yani 10/05/2011 tarihinde de ilama dayalı icra takibi yapılarak alacağın tahsil edildiği, söz konusu tarihler dikkate alındığında temliknameye ilişkin vekaletnamenin daha önce alınmasına rağmen dava konusu para alacağına ilişkin temliknamenin temlik eden Harudyun Sivacioğlu nun ölümünden sonra yapıldığı ve takibin temlik edenin ölümünden bir gün sonra yapıldığı, bu haliyle şikayetçinin ölüm olayından haberdar olmasına rağmen alacağın tahsili zımında icra takibi yaparak alacağı tahsil ettiği, bir başka ifadeyle, tasarruf işlemi olan alacağın temlik işleminin yapıldığı sırada hakkın iktisabına engel olabilecek bir durumun yani ölüm olayının davacının malumunda olduğu, kaldı ki temlik eden Harudyun Sivacioğlu nun vefatından bir gün sonra icra takibi yapılmasının da bu durumu teyit ettiği, somut uyuşmazlığın özünü oluşturan takipten şikayetçi davacının iyi niyetli olmadığı anlaşıldığından şikayetin reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur." (Büyükçekmece 2. İcra Mahkemesi, 14.09.2015, 754/819).

360 Akkanat, Halil, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010, s. 65.

361 "Somut olaya gelince; mahkemece yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde, ilk elden sonraki eller konusunda hükme yeterli bir araştırma yapılmadan, davacı tarafından, ihalenin feshi davasının devamı sırasında taşınmazın sicil kaydına tedbir konulmasının sağlanmadığı, bu sebeple el değiştirmelerde davacının kusuru bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa iyiniyet araştırması def'i olmayıp itirazdır. Mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gereken bir kuraldır. Buna göre, davacının, taşınmazın sicil kaydına tedbir koydurmamış olması neticeye etkili değildir. Hal böyle olunca; öncelikle mahkeme kararından sonra taşınmazdaki payın el değiştirdiği gözetilerek HUMK.nun 186. maddesinde öngörülen usulü işlemlerin tamamlanması, ondan sonra yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde hükme elverişli olacak şekilde gerekli araştırma ve incelemenin



karar özeti tapuya re'sen bildirileceğinden taşınmazın aynına ilişkin davalarda mülkiyet hakkı koruma altındadır. Ancak, TMK'nun 1023. maddesi gereği tapudaki yolsuz tescile dayanarak aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin iyiniyetleri korunacaktır. Üçüncü kişilerin iyiniyet iddiası, tarafların yakınlık, tanışıklık, işbirliği, tapu kaydındaki şerhler ve gerçek maliki zarara uğratma kastı, taşınmazın sürüm değeri ile tapu akit tablosunda gösterilen değer, devir tarihleri birlikte ve etraflı şekilde değerlendirilecektir. Bilindiği üzere tapu kaydının müspet ve menfi olmak üzere iki fonksiyonu bulunmaktadır. Şayet yolsuz tescile dayanılarak yapılan iktisap aynı hak ise, müteakiben aynı taşınmaza yönelik gerçek malik tarafından ikame edilecek yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davası, yolsuz tescile istinatla taşınmaz mülkiyetini devralan üçüncü kişi malikin iyiniyetli olması hâlinde red edilecektir³⁶². Yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabulü hâlinde, kesin hüküm lehtarı aynı taşınmaza şerh edilen şahsi haklar, hakkın niteliği aynı hak iktisabı niteliğinde olmadığından, üçüncü kişi sıfatıyla TMK'nun 1023. madde hükmünden faydalanması mümkün olmayacaktır. Şayet tapu iptali ve tescil davasının kabulü ile oluşan kesin hüküm mevzuunu oluşturan dava konusu taşınmaz mülkiyet hakkına dava öncesi tesis edilen sınırlı aynı haklar kapsamındaki ipotek, intifa, üst ve benzeri hakların doğrudan mürtefi olması TMK'nun 1023. maddesine aykırı olacaktır. Zira üçüncü kişilerin iyiniyetli olarak tapu sicilindeki yolsuz tescile dayalı iktisapları, hakkın şümulü nispetinde gerçek hak sahibinin hakkını ortadan

yapılması, soruşturmanın eksiksiz tamamlanması, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yetinilerek, yanlışlı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir." (1. HD 01.09.2010, 2009/7263, 2010/269).

362 "Somut uyumsuzlukta, davalı yüklenici Şenol ile davalı arsa maliki arasında Kadıköy 12. Noterliğinde 03.07.1997 günlü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenmiştir. Davalı yüklenici bu sözleşme uyarınca bırakılan 59/100 payın 52/100 payını 22.04.1998; bakiye 7/100 payı da 17.05.2001 tarihinde noterde düzenlenen devir ve temlik sözleşmesiyle davacı kooperatife devretmiştir. Sözleşmeye konu taşınmazda 05.07.2000 günü kat tirtifakı kurulması sırasında tapuda arsa malikinden edindiği payı bulunan davalı Şenol adına bağımsız bölümler tescil edilmiştir. Davalı Şenol adına kayıtlı bu bağımsız bölümlerden çekişme konusu taşınmazın mülkiyetini 13.12.2001 günü dava dışı Akif'e satış yoluyla nakletmiştir. Akif de ediniminden 3 yıl 3 ay sonra taşınmazı davalı Havva'ya tapudan satış yoluyla devretmiştir. Bu devirler sırasında çekişme konusu taşınmazın tapu kaydında mülkiyetin naklini engelleyici ya da kötüniyetle edinildiğini kanıtlayacak bir şerh bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davalı yüklenici Şenol inşaat sözleşmesiyle edindiği tüm payı davacı kooperatife devredip herhangi bir hakkı bulunmadığı halde dava dışı Akif'e bağımsız bölüm satması yolsuz tescildir. Ancak bu yolsuz edinimi taşınmazı Akif'ten 3 yıl 3 ay sonra edinen davalı Havva'nın bildiğine ilişkin bir kanıt sunulmamıştır. Mahkeme taşınmazın kısa aralıklarla devredildiği gerekçesiyle davacının istemini kabul etmiş ise de tapu kaydından da anlaşıldığı üzere çekişme konusu taşınmaz sık aralıklarla devredilmemiştir. Tüm bu nedenlerle, davalı Havva'nın yolsuz tescili bildiği veya bilmesi gerektiği kanıtlanamamıştır. Dolayısıyla, TMK'nun 1023. maddesi uyarınca çekişme konusu taşınmazı tapu kütüğündeki sicile dayanarak iyiniyetle edindiği kabulü gerekir." (14. HD 30.04.2013, 727/6408).



kaldıracaktır³⁶³. Ancak Yargıtay, yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabul edilmesi hâlinde, davalı adına oluşan tescilin “yolsuz” hâle geleceği ve buna bağlı olarak ipotek ve haciz şerhlerinin de “illetten yoksun” kalacağı ve her zaman iptalinin istenebileceğini içtihat etmiştir³⁶⁴. Oysa yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabulü hâlinde oluşan kesin hüküm, aynı taşınmaza tesis edilen sınırlı aynî hakları doğrudan mürtefi kılmamalı, somut olayın özelliklerine ve vakialardaki değişkenliğe bağlı olarak üçüncü kişinin iyiniyeti ve TMK’nun 1023. maddesinden faydalanıp faydalanamayacağı ferdileştirilerek ve somutlaştırılarak değerlendirilmelidir³⁶⁵. Örneğin müktesip tarafından tapu sicilini yolsuzlaştıran bütün vakıaların bilinmesi ya da bilinilebilecek durumda olması ihtimalinde iyiniyet iddiası mesmu olmayacaktır³⁶⁶. Nitekim davaların can suyu olan vakıaları rapt-ı zaptetmek muhal olduğundan, aynı ya da benzer vakıaları aynı içtihatla çözmek sübjektif hakları himaye altına almayacaktır. Kaldı ki normlar mahdut, vakıalar sınırsız olduğundan, gündelik yaşamın kestirilemez ve öngörülemez doğaçlama cereyanı göz önüne alındığı vakit; kanun koyucu her bir somut vakiaya uygun bir kanun normu (meselecî ya da kazuustik yöntem) yapmayı, uygulayıcılar da aynı veya benzer uyumsuzlukları aynı içtihatla çözmeyi başaramamıştır. Örneğin gerçekte malik olmadığı hâlde, tapuda malik olarak görünen şekli malikin taşınmaz kaydına iyiniyetli olarak istinatla ipotek hakkı iktisap eden tescil lehtar, TMK’nun 1023. maddesi

363 ÜSTÜNDAĞ, *Tapu Kütüğü*, s. 14.

364 (1. HD 20.12.2016, 2014/14282, 2016/11284).

365 “Dava, satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Hukukumuzda, kişilerin satın aldığı şeylerin ileride kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşımamaları, dolayısıyla toplum düzeninin sağlanması düşüncesiyle, satın alan kişinin iyiniyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse iyiniyetten maksat, hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesidir. Belirtilen ilke, TMK’nun 1023.maddesinde aynen “tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur” şeklinde hükme bağlanmıştır. Aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddede “bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz” biçiminde vurgulanmıştır. Ne var ki, tapulu taşınmazların intikallerinde huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin iyiniyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçekten, kayıt malikin mülkiyeti kötüniyetle kazandığı ileri sürülmüş ise, üçüncü kişinin aynı hakkın yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken şahıs olup olmadığına bakılması gerekir. Çünkü TMK’nun 1024. maddesi uyarınca bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmişse bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişilerin yolsuz olan bu tescile dayanma olanakları yoktur ve yasa ve uygulamadaki deyimlerle bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanarak ve hukukî sebepten yoksun bulunan tesciller yolsuz tescil sayılacağından, hakkı zedelenen üçüncü kişinin iyiniyetli olmayan malike karşı doğrudan doğruya şahsi hakkına dayanması mümkündür.” (14. HD 09.12.2014, 9647/14089).

366 ÜSTÜNDAĞ, *Tapu Kütüğü*, s. 108.



korumasından faydalanacaktır. Gerçek malikin yolsuz tescile dayalı ikame edeceği tapu iptali ve tescil davasının kabul edilmesi üzerine oluşacak kesin hüküm otoritesi, aynı taşınmaza tescil ya da şerh edilen şahsi nitelikteki haciz lehtarının haciz şerhini mürtefi kılıp, haciz alacaklısı TMK'nun 1023. maddesinden faydalanamayacak iken³⁶⁷, sicile güven ilkesi gereği iyiniyetli aynî hak kazanımına cevaz veren normatif düzenlemeye rağmen üçüncü kişinin hakkının, şahsi ya da aynî nitelikte olması ayrımını gözetmeyen Yargıtay'a göre; yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabul edilmesi hâlinde, davalı adına oluşan tescilin "yolsuz" hâle geleceği ve buna bağlı olarak ipotek ve haciz şerhlerinin de "illetten yoksun" kalacağı ve her zaman iptalinin istenebileceği benimsenmiş ise de³⁶⁸, kanaatimizce; sınırlı aynî hak niteliğindeki ipotek lehtarı iyiniyetli olmak koşuluyla somut olayın özelliklerine göre TMK'nun 1023. maddesinden faydalanması mümkün olacak, buna karşın, yolsuz tescili bildiği ya da bilmesi gerektiği hâllerde üçüncü kişinin iyiniyet savunması mesmu olmayacağı gibi, TMK'nun 1023. madde hükmünden de faydalanamayacaktır³⁶⁹. Tapu siciline güven

367 Türk Medeni Kanunu, iyiniyetli olmayan üçüncü kişilere karşı yolsuz tescilin düzeltilmesini isteme hakkını, taşınmaz üzerinde aynî hakkı zedelenen kişiye tanımıştır (TMK. m. 1024/3). Şu halde taşınmaz üzerinde aynî veya sınırlı aynî hak sahibi bulunmayan şahsi hak sahiplerinin tescilin yolsuzluğunu ileri sürerek düzeltme davası açma hakları olmadığı, üçüncü kişi sıfatıyla yolsuz tescilden faydalanma imkanları da bulunmamaktadır.

368 (1. HD 20.12.2016, 2014/14282, 2016/11284).

369 "Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak toplumu düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetli taşınmaz iktisap eden kişiler, TMK'nun 1023. maddesinin koruyuculuğu altına alınmış, bir bakıma esas hak sahibine karşı tercih edilmiş, dayandıkları tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkânsız olması gerekir. Yüklenicinin sözleşmeye, imar mevzuatına ve projesine uygun olarak inşaatı tam ve eksiksiz biçimde tamamlayıp arsa sahiplerine teslim etmesi halinde üçüncü kişilerin satın aldıkları arsa payı ve dairelerin tapu devirleri geçerlilik kazanacaktır. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. Esasen bu durum yükleniciden arsa payının mülkiyetini devralan üçüncü kişiler için olduğu kadar, taşınmaz üzerinde mülkiyet dışında bir aynî hak, bu arada ipotek hakkı kuran üçüncü kişiler için de geçerlidir. Yükleniciden pay devralan veya arsa sahibi tarafından avans olarak yükleniciye devredilmiş bir taşınmaz üzerinde kredi sözleşmesi gereği ipotek hakkı sahibi olan üçüncü kişiler de, söz konusu haklarının inşaatın usulüne uygun biçimde gerçekleşmesi halinde geçerlilik kazanacağını bilmeleri gerektiğinden TMK'nun 1023. maddesinin korumasından yararlanamazlar. Tamamlanmamış inşaat nedeniyle kredi veren bir bankanın, tapudaki gerçek malikin kim olduğu ve yüklenicinin edimini yerine getirmemesi durumunda sözleşmede kararlaştırılan bedele hak kazanamayacağını, bu nedenle taşınmaz üzerine kurulan ipotek hakkının geçerli olamayacağını bilmemesi mümkün değildir. Somut olayda, birleşen davada davacı arsa sahipleri ile yüklenici Vedat Kocagöl arasında imzalanan 04.06.2010 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 23. maddesinde, sözleşmeye konu parsellerin yükleniciye tapuda devrinden sonra 2 ay içerisinde inşaat ruhsatının alınacağı ve ruhsat tarihinden



ilkesi, alacağın varlığı, geçerliliği, miktarı ya da alacaklının gerçek alacaklı olduğuna ilişkin güveni kapsamayacağından³⁷⁰, alacağın ve buna bağlı ipotek hakkının iyiniyetle iktisabı mümkün olmayacaktır³⁷¹. Zira ipotek hakkı, alacağa bağlı fer'i bir hak olması hasebiyle ipotek hakkının tesisine dayanak olan alacağın mevcut olmaması yahut alacağın geçersiz olması hâlinde ipotek hakkı hiç doğmayacağından, TMK'nun 1023. maddesi uygulama alanı kazanamayacaktır³⁷². Nitekim alacak, tapu dışı bir unsur olduğundan, tapudaki yolsuz tescile iyiniyetle güven fonksiyonu bulunmayacaktır. Keza beyanlar hanesine kaydedilen haklar da, tescilin aksine aynî hak doğrucu nitelikte değildir³⁷³. Kaldı ki, bir hususun şerh veya beyanlar sütununa yazılması taşınmazın aynî hakka ilişkin statüsünde bir değişiklik meydana getirmeyecektir. Dolayısıyla beyanlar hanesi bu özellikleri nedeniyle tapu siciline güven prensibinden yararlanamazlar³⁷⁴. Tapu siciline iyiniyetle güvenerek aynî hak iktisap

itibaren 24 ay içerisinde de inşaatın tamamlanacağını kararlaştırıldığı, sözleşmeye konu parsellerin 14.06.2010 ve 18.07.2011 tarihlerinde yükleniciye tapuda devredildiği, sadece 14 parsel sayılı taşınmaz üzerinde inşaat yapıldığı, diğer parsellerde ise inşaat faaliyetinde bulunulmadığı, yüklenicinin borçları nedeniyle 14 sayılı parsel üzerine davalı banka lehine 08.12.2010 tarihinde ipotek tesis edildiği, bu ipoteğin 11.08.2011 tarihinde fek edilmesi üzerine, yine yüklenicinin borçları nedeniyle bu kez 12, 15 ve 16 nolu parseller üzerine davalı banka lehine 04.08.2011 ve 19.08.2011 tarihlerinde ipotek tesis edildiği, asıl davada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedildiği ve bağımsız bölümlerin tapu kayıtlarının iptali ile davacı arsa sahipleri adına tescil edildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece, davalı bankaca yüklenici Vedat Kocagül'ün, henüz haketmediği taşınmazın tapu kaydına ipotek konulduğu, bu ipoteğe dayanılarak davalı banka tarafından hak talebinde bulunulamayacağı, yüklenici edimini yerine getirmediğinden konulan ipoteğin tescilinin yolsuz olduğu, bankanın TMK'nun 1023. maddesinin korumasından yararlanamayacağı, iyiniyet savunmasının dinlenemeyeceği gerekçesiyle birleşen davada ipoteğin terkinin isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılıgılı gerekçeyle reddine karar verilmesi isabetsiz olmuştur." (23. HD 27.05.2016, 2014/10549, 2016/3292).

370 ÖĞÜZ, s. 35.

371 YAKUPPUR, s. 186; ÖZÇELİK, s. 218, 219.

372 ÖZÇELİK, s. 97, 218, 219; YAKUPPUR, s. 186; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 234.

373 KURT, s. 68.

374 "Tapu kütüğünde mülkiyet ve mülkiyetten gayri aynı haklara ayrılan sütundan başka, sair hakların kaydedildiği beyanlar hanesi mevcuttur. Beyanlar hanesine kaydedilen haklar, tescilin aksine aynî hak doğrucu nitelikte değildir. Beyanlar bu özellikleri nedeniyle tapu siciline güven prensibinden yararlanamazlar. Mahkemece bu gerekçeyle yani beyanlar hanesinde yer alan binanın dava dışı Fehmi Nebioğlu'na ait olduğuna ilişkin kayıt ve bu kayıt üzerine konulan haciz kaydının aynî hak niteliği taşımayıp şahsi hak niteliğinde bulunduğundan bahisle davacı 3.kişilerin davası kabul edilmiş ise de varılan sonuç dosya kapsamına uygun değildir. 10 ada 668 parsel sayılı taşınmazın maliki iken taşınmazı 1990 yılında, damadı olan ve aynı zamanda davacı 3.kişilerin murisi olan Dursun Melekoğlu'na satarak devrettiği ancak taşınmaz üzerindeki dört katlı binanın borçlu murisi Fehmi Nebioğlu'na ait olduğunun beyanlar hanesinde belirtildiği anlaşılmaktadır. Yine dosya kapsamından borçlunun murisi Fehmi Nebioğlu'nun ortağı bulunduğu limited şirketin vergi borcu nedeniyle düzenlenen 7.2.2001 tarihli haciz bildirisinin tapuya gönderildiği ve aynı tarihte alacaklı vergi dairesi adına şerh edildiği, anlaşılmaktadır. Davacı 3.kişiler



eden kişinin üçüncü kişi sıfat ve mesabesinde olması gerekir³⁷⁵. Kuşkusuz ki, yolsuz tescil işleminin tarafı ve külli halefleri üçüncü kişi sayılmayıp, tescilin olumlu hükmü işlerlik kazanamayacağından, TMK'nun 1023. maddesinden faydalanmaları söz konusu olmayacaktır³⁷⁶. Bu sebeple, taşınmaz malikinin kendi lehine sınırlı aynî hak tesis etmesi ihtimalinde iyiniyetli olsa bile üçüncü kişi sayılmayacağından, tapu siciline güveni korunmayacaktır³⁷⁷. Şahısla kaim irtifak hakkı olan intifa ve sükna hakkı da üçüncü kişilere devri ve mirasçılara tevarüsü mümkün olmayıp, gerçek kişinin vefatı ve tüzel kişilerin süresinin hitama ermesi ile tasfiyesi hâlinde son bulacağından, böylesi bir ihtimalde üçüncü kişilerin sona ermesine rağmen, tapudan terkin edilmeyen ve yolsuz tescil oluşturan intifa ya da sükna hakkına dayalı iyiniyetli iktisapları hukuki himaye görmeyecektir³⁷⁸. Zira bu ihtimalde, aynî hakkın tapu sicili dışında sakıt olmasıyla birlikte tescil her türlü hukuki kıymetini yitirdiğinden, şeklen dahi hiçbir kıymeti kalmamakla, üçüncü kişilerin tapu siciline güveni korunmayacaktır³⁷⁹. Kesin hüküm otoritesi, sınırlı aynî hak niteliğindeki ipoteğin ya da haciz şerhini kendiliğinden mürtefi kılma sonucunu doğurmayıp, hüküm lehine olan kişinin genel mahkemelerde dava açması gerekecektir³⁸⁰. Yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabulünü müteakip, mülkiyet tescilsiz iktisap edilse de taşınmaz mülkiyet durumu tapu siciline tescil işlemi yapılmadan şerh edilen haciz şerhleri için icra

murisi Dursun Melekoğlu tarafından, taşınmaz üzerindeki binanın Fehmi Nebioğlu'na ait olduğu yönündeki beyanlar hanesindeki binanın Fehmi Nebioğlu'na ait olduğu yönündeki beyanlar hanesindeki şerhin iptali için Ardeşen Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açıldığı ve davanın 2002/76-2003/37 sayılı karar ile reddedildiği, kararın gerekçesinde, borçlu murisi Fehmi Nebioğlu'nun 10 ada 668 parsel sayılı taşınmazı alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla damadı olan davacı 3.kişiler murisine (Dursun Melekoğlu'na) satarak devrettiği, beyanlar hanesinde belirtilen binada borçlu murisi Fehmi Nebioğlu'nun oturduğu tespit edilmiştir. Bu durumda davacı 3.kişiler (murisi) ile borçlu (murisi) arasında alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla işlem yapıldığı açıkça ortada olduğundan asıl ve birleştirilen davaların reddine karar verilmesi gerekirken beyanlar hanesindeki şerhin sahibine aynı hak bahsetmediği gerekçesiyle kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (17. HD 11.04.2013, 3954/5259); ÜSTÜNDAĞ, **Tapu Kütüğü**, s. 71.

375 ÜSTÜNDAĞ, **Tapu Kütüğü**, s. 105.

376 ÖZÇELİK, s. 119.

377 ÖZÇELİK, s. 123.

378 ÜSTÜNDAĞ, **Tapu Kütüğü**, s. 8.

379 ÜSTÜNDAĞ, **Tapu Kütüğü**, s. 7.

380 "Haciz tarihinde borçlu adına kayıtlı taşınmaz için 3. kişinin açmış olduğu tapu iptal ve tescil davasının kabul edilip kesinleşmesi halinde dahi, haciz tarihindeki mülkiyet durumuna etkisi olmaz. Tescil kararı hacizden sonra verildiğinden ve tapudaki hacizlerin kaldırılması yönünde bir hüküm taşımadığından, haczin kaldırılması istemi 3. kişinin genel mahkemede açacağı davada tartışılabilir ve bu karar sebebiyle ihalenin feshine karar verilmesi isabetsizdir." (12. HD 13.10.2015, 19110/24179).



mahkemesine yapılan istihkak başvurusu red edilmelidir³⁸¹. Zira bu talep maddi hukukun konusudur. Kesin hükmün konusunu oluşturan taşınmaz mülkiyet hakkına daha önce yapılan kısıtlama ve tapuda yapılan satış ve devirlere ilişkin muvazaa, işbirliği, bilerek alacaklının zararına hareket ve bilerek mal kaçırma saikleri hâlinde yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davası bütün lehtarlara sâri ve tevali olacaktır

V. ÇATIŞAN HÜKÜMLERİN İNFAZI MESELESİ

Mahkeme kararları, yasama ve yürütme organları ile idareyi bağlar; yasama, yürütme ve idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez (AY. m 138/4). Kesin hüküm hâline bürünmüş bir ilam, taraflarına olumlu ve olumsuz olmak üzere iki hak bahşeder. Bunların ilki tekrar yasağıdır ki, bu yolla aynı davanın, aynı kişiler arasında yeniden yargılamaya konu olması yasaktır. Bu durum hukukî güvenlik ve istikrarın da olmazsa olmaz koşuludur. İkinci, yani olumlu sonucu ise, kesin hüküm niteliğindeki ilamın bahşettiği hakların inkâr edilmemesi ve bağlayıcı olmasıdır. İlk davada hükme bağlanan kesin hükmün konusu icraya elverişli olduğu müddetçe taraflar, ilk hükmün icra edilmediğini ileri sürerek, maddî zarara yönelik aynı konuda ikinci bir dava açamaz. Bu ihtimalde, ilk davada oluşan kesin hüküm ikinci davaya engel olduğu gibi, davacının hukukî menfaati de bulunmayacaktır³⁸². Dolayısıyla kesin hüküm kuvvetini

381 “İİK.nun 96 ve bunu izleyen maddelerinde düzenlenen istihkak iddiasına ilişkin koşullar, menkul mallar için uygulanmaktadır. Taşınmaz üzerine konulan haczin kaldırılması istemi icra memurunun işlemine yönelik şikayet mahiyetinde olduğundan şikayet koşulları doğrultusunda çözümlenmesi gerekir.4721 Sayılı TMK.nun 705/1. maddesi (eski 633 m.) “Taşınmaz Mülkiyetinin kazanılması tescille olur. Miras, mahkeme kararı, cebri icra işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır” hükmünü içermektedir. Anılan hükme göre şikayetçilerin, tapuya tescil işlemi gerçekleşmediği halde mülkiyet hakkını kazandıkları kuşkusuzdur. Ne var ki, taşınmaz haczin yapıldığı 13.9.1999 günü borçlular adlarına kayıtlı olduğundan icra memurunun haciz işlemine usulsüzlük bulunmamaktadır. Şikayetçilerin dayanak yaptıkları tescil ilamları tapuya kaydedilmediğinden, haciz işlemi yerinde olup, Mercii hâkiminin haczin kaldırılması sonucu doğacak şekilde karar vermesi doğru değildir.” (HGK; 07.04.2004, 12- 210/208).

382 “İcra ve İflas Kanunu’nun 30. maddesinde “Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilamlar” başlığı altında “Bir işin yapılmasına mütedair ilam icra dairesine verilince icra memuru 24’üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya ilamda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmayı emreder. Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için lazım gelen masraf icra memuru tarafından ehliivukufa takdir ettirilir. Bu masrafın ilerde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup

haiz bir ilamın zamanaşımı ya da başka bir sebeple icra edilmemesi ya da bu nitelikten yoksun hâle gelmesi, aynı konuda yeni bir dava açma imkânı vermeyecektir³⁸³. Ancak Yargıtay, hazine lehine sonuçlanan tescil davasından sonra, hazinenin tescile konu taşınmazın infaz edilemediğini ileri sürerek taşınmazın gerçek durumuna uygun krokisinin çizilmesi ve yüzölçümünün tespiti istemiyle ikame ettiği davanın dinlenebilir olduğuna hükmetmiştir³⁸⁴. Buna karşın, taşınmazın aynına ilişkin ilamlar zamanaşımına uğramayacağı gibi, söz konusu ilamlara dayalı doğru ve geçerli bir hukukî sebebe göre oluşturulmuş tapu sicili (TMK m. 705, 706), kamu düzeninden olduğundan, Devletin sorumluluğu da asıldır (TMK. m. 1007). Şayet iki hükümden birisi mahkeme, diğeri icra müdürlüğü kararı ise elbette mahkeme kararına üstünlük tanınacaktır. Zira takip hukukunun amacı alacaklının tatmini olup, bu amaç, misli eşya olan para ile mümkün olacaktır. Dolayısıyla, mahkeme hükmünü tescil etmek sadece cebrî icranın amacının gerçekleşmesine o vakit engel olup, ileride borçlunun haczi kabil başka bir malından istifade etmesine hukukî bir engel oluşturmayacaktır. Meğerki dava ya da takip muvazaa ve işbirliğine dayalı olarak yapılsın. Şayet çatışan hükümlerin birisi genel mahkeme diğeri icra mahkemesi kararı ise, her ne kadar icra mahkemesi kararları, kural olarak kesin hüküm kuvvetinden yoksun ise de her iki takip ya da davanın tarafları ve aralarındaki hukuki ve fiili bağlantı,

kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun kafi miktarda malı haczi ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır.” Yukarıdaki düzenlemeye göre; kesinleşen ilk ilam ile istinat duvarı yapılmasına karar verildikten sonra eldeki davada istemler ve yeniden istinat duvarı bedelinin tazminat olarak hükmedilmesi dikkate alındığında kesin hüküm şartlarının oluştuğu anlaşılmaktadır. İlk kararın kesinleşmesi ve eldeki dava tarihleri dikkate alındığında istinat duvarı yapılmasına ilişkin hüküm halen infaz edilebilir durumdadır. Şu durumda, kesin hüküm nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenmesi doğru görülmemiş ve kararın bozulmasını gerektirmiştir” (4. HD 05.02.2013, 2012/509, 2013/1694).

383 “Kesildiği tarihten itibaren davacıya malullük aylığı bağlanması gerektiği konusunda kesinleşmiş mahkeme kararının infazını sağlamak üzere yeni hüküm kurulmasının mümkün olmadığı gözetilmeksizin, yazılı biçimde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” (10. HD 27.02.2012, 2010/15102, 2012/3188).

384 “Mahkemece, çekişmeli taşınmazın Adana 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 21.09.2010 tarih 2010/421 Esas, 2010/523 Karar sayılı kesinleşen ilamı ile davacı Hazine adına daha önce tesciline karar verilmiş olması ve kesin hüküm varlığı sebebiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; dosya kapsamından kesin hükmün davacı Hazinenin aleyhine değil lehine tesis edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca; davanın kesin hüküm nedeniyle reddine karar verilmesi isabetsizdir. Dava; TMK’nun 713/6. maddesi uyarınca açılan tescil talebine ilişkin olmakla öncelikle dava konusu taşınmazın bağlı olduğu İlçe Belediye Başkanlığı ve Adana Büyükşehir Belediye Başkanlığı davaya dahil edilerek husumet yaygınlaştırılmalı, taşınmaz başında keşif yapılarak teknik bilirkişiye infaza elverişli ölçekli kroki tanzim ettirilmeli, bundan sonra toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmelidir.” (16. HD 25.05.2015, 2014/21675, 2015/6566).



davanın ikame tarihi, davanın taraf usuli işlemi olan kabul, sulh ya da feragat ile sonuçlanması, itiraz, def'i ve savunma haklarının kullanılıp kullanılmadığı hususu ile tarafların yasal yollara müracaat haklarını tüketip, tüketmediği birlikte değerlendirilecektir. Örneğin satış vaadine dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabul hükmü ile tapusunun iptaline karar verilen taşınmazın önceki malikinin bir alacaklısı tarafından yapılan takibin kesinleştirilmesi üzerine aynı taşınmazın cebri icra marifetiyle ihale edilmesi hâlinde durum nasıl bir vaziyet alacaktır. Bu ihtimalde, bir mahkeme hükmü ile bir icra müdürlüğünün tescil yazısı çatışacaktır. Ancak, iki kesin hükmün, yani teknik anlamda iki ayrı mahkeme ilamının birbiriyle çatışması durumunda nasıl bir yol izlenecektir. Burada her ikisi de hem organik hem de fonksiyonel anlamda mahkeme hükmü olduğundan, birinin diğerine üstünlüğü söz konusu olamayacağı için mahkemelerin ya da idarenin mahkeme hükümlerinden birine itibar etmesi ya da bağlayıcılık atfetmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin aynı taşınmaza ilişkin satış vaadine dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabule matuf ilamı ile aynı paya ilişkin kesinleşen önalım davasına ilişkin ilamdan hangisine üstünlük ve öncelik tanınacaktır. Bu ihtimalde Hukuk Muhakemeleri Kanunu 375. maddesi anlamında tarafları, sebebi ve konusu aynı olan iki davada söz etmek mümkün olmadığından, yargılamanın yenilenmesi uygulama alanı bulmayacaktır. Kanaatimizce bu ihtimalde Türk Medeni Kanunu'nun 705. maddesi gereği müteakiben kesinleşmek kaydıyla ilk tefhim edilen mahkeme hükmüne bağlayıcılık ve üstünlük tanımak hukuki istikrar ve barış cihetinden kabul görecektir. Zira çekişmeli ya da belirsiz hadise nihai karar ile selamete ulaşmakta ve uyuşmazlık üzerinde barış sağlanmaktadır. Dolayısıyla ikinci hüküm, kesin hükmün amacına hizmet etmekten yoksun bir fonksiyonu haiz olmaktadır³⁸⁵. Hemen belirtelim ki, somut olay bağlamında, önalım hakkı, satış vaadine dayalı tapu iptali ve tescil davası ile mülkiyeti iktisap eden yeni paydaşa da ileri sürülebileceğinden³⁸⁶, pratikte ilam lehtarına bir fayda sağlamayacaktır. Nitekim önalım hakkına konu pay için satış vaadi sözleşmesi yapılması, önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyecektir (TBK 241/2). Kaldı ki, her ikisi de mahkeme kararı olduğu için şekli manada önce kesinleşene öncelik tanınması ilke olarak

385 ÖZKAYA- FERENDECİ HAMİDE ÖZDEN, **Kesin Hükmün Objektif Sınırları**, İstanbul 2009, s. 104

386 "Davacı, dava konusu payın davalı adına tescil edildiği 12.12.2011 tarihinden sonra 11.12.2013 günü bu davayı açtığından TMK'nın 733/son maddesinde açıklanan iki yıllık hak düşürücü süre geçmiş değildir. Mahkemece, belirtilen hususlar gözetilerek işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." (14. HD 15.03.2016, 2015/16863, 2016/3271).

kabul edilse dahi davanın taraf usul işlemleriyle (Ferat, Kabul, Sulh) ile sonuçlanması, itiraz ve def'ilerin ileri sürülmemesi ya da kanun yollarına anlaşmalı şekilde başvurulmadan kararın kesinleşmesi hâlinde de diğer davanın akamete uğratılması noktasında muvazaa iddiası da gündeme gelecektir. Muvazaa iddiası zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle³⁸⁷ tabi olmaksızın³⁸⁸, herkes tarafından ve herkese karşı, her türlü delille savunma olarak bile ileri sürülebilecektir³⁸⁹. Zira muvazaa iddiası

387 "Muvazaa hukuki nedenine dayalı açılan davalarda zamanaşımı ve sükut-ü hak süreleri söz konusu değildir. Somut olayda davacı taraf terditli davasını muvazaa iddiasına dayandırdığına göre davacı tarafın dilekçesinde dayandığı tüm deliller toplanmalı, keza davalıların da karşı delilleri sorulmalı, tüm delillerin toplanmasından sonra yapılacak değerlendirmeye göre terditli talep konusunda hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile hüküm kurulamaz. Davacı vekilinin temyiz itirazlarının bu yönden kabulü gerekmiştir." (17. HD 12.06.2008, 630/3223); (17. HD 27.03.2008, 2007/5099, 2008/1546).

388 "Somut olayda; davacı, dava dışı kredi borçlusuna kredi kullanmış ve bu kredi sözleşmesine davalı Hasan Çebi ve Kamil Çebi müşterek müteselsil kefil olmuşlardır. Davacı yapılan icra takibi ile kredi alacağının tahsilini istemiş, davalı Hasan Çebi ve Kamil Çebi müşterek murislerinden kalan miras paylarını alacağın muaccel olduğunu bilmelerine rağmen diğer davalı ve aynı zamanda kardeşleri olan Harun Çebi'ye satmışlardır. Davaya konu edilen satışın danışıklı olduğu kanıtlandığı takdirde bu satışa konu edilen maldan da alacağın tahsili için yararlanılabilecektir. Davacının bu davadaki amacı muaccel alacağını tahsil edebilmek için hukuki muamelenin kendisi yönünden geçersizliği sağlamaktır. Davacının bu hakkı, aynı değil kişisel bir hak olması itibarıyla kişisel bir sonuç doğurur. Davacının iddiasının kanıtlanması durumunda iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı alacağın tahsilini sağlamaya yönelik bulunduğu da gözetilerek, taşınmazın aynı ile ilgili bulunan tapunun iptaline değil (olayda kıyasen uygulanması gereken İİK'nun 283/1. maddesi uyarınca) iptal ve tescil olmaksızın başka bir olgu veya kararla alacağı kesinleşen davacının bu hakkından dolayı taşınmazın haciz ve satışına karar verilebilecektir. Eldeki davanın amacı da budur. Davacı Borçlar Kanunu 18. maddesi uyarınca muvazaa iddiasına dayanmıştır. Muvazaada zamanaşımı olmaz. Şu halde danışıklı (muvazaalı) işlemin var olup olmadığı konusunda inceleme yapılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken hak düşürücü sürenin dolduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün kararın bozulması gerekmiştir." (4. HD 13.03.2008, 2007/7208, 2008/3253).

389 "Muvazaa, Borçlar Kanununun 18. maddesi hükmünce düzenlenmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse muvazaa kısaca irade ile beyan arasında kasten yaratılmış aykırılıktır. Hukuk Genel Kurulunun bir kararında ise muvazaa, «tarafaların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında sonuç ve hüküm doğurmaya bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalıdır.» biçiminde tarif edilmiştir. Tanımlamadan anlaşılacağı üzere burada irade açıklamasında bulunan tarafla diğer taraf yani kendisine irade açıklanan taraf irade açıklamasının hüküm ve sonuç doğurmaması hususuna anlaşmış, yalnız üçüncü kişilere karşı gerçek bir hukuki işlemin var olduğu görünüşü yaratmak istemiştir. Muvazaada görünürdeki işlemin her türlü hukuki sonuçtan yoksun olması tarafların ortak iradelerinin bu yolda birleşmemesinden dolayıdır. Çünkü, muvazaada taraflar görünürdeki işlemin altında muhteva ve sonuçlarıyla gerçekleşmesini arzu ettiklerini (gizli sözleşme) işlemini gizlerler. Somut uyuşmazlıkta, davacı, davalı Cahit ile birleşen davanın davalısı Yılmaz Yalçın arasındaki görünürdeki satış işleminin satış vaadi sözleşmesinin kendisine tanıdığı hakları bertaraf etmek amacıyla muvazaalı yapıldığını ileri sürdüğüne göre bu iddiasını, satış işleminin tarafı olmadığından, her türlü delille kanıtlayabilir. Mahkemece, yapılan bütün bu açıklamalar bir yana bırakılarak şahsi hakkın mülkiyet hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceğinden söz edilip birleşen davanın, dava nedeni incelenmeksizin istemin reddi doğru olmamıştır." (14. HD 06.06.2008, 5854/7324).



aynî bir davadır³⁹⁰. Şayet mahkeme kararlarından biri aynî diğeri şahsi dava ise örneğin tasarrufun iptali, katılma payı alacağı davası gibi şahsi davalar³⁹¹ ile aynî davaların telahuk etmesi hâlinde, aynî mahiyetteki tapu iptali ve tescil davası, yolsuz tescile mebni ise şahsi davalar, aynî davanın tahakkümüne maruz kalmasına karşın, borçlandırıcı işleme dayalı tapu iptali ve tescil davalarında bilahare kesinleşme kaydıyla hüküm tarihi dikkate alınacaktır.

VI. KANUNA KARŞI HİLE, MUVAZAA VE DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI TAKİP VE DAVA

Her dava özünde hukuki korunma talebini mutazammındır. Ancak dava açılması ile davalının iyi niyeti kötü niyete dönüşecektir. Dolayısıyla kişiler dava hakkını kullanırken dürüstlük kuralına ve gerçeği söyleme yükümlülüğüne uygun davranmak zorundadır. Nitekim hiç kimse hile ve kusuruna dayanarak menfaat temin edemeyeceği gibi yargı marifeti ile kişilerin zarara uğratılmaları da söz konusu olmamalıdır. Özellikle kanunun bahşetmiş olduğu dava ve takip hakkı, kanun koyucunun arzulamadığı bir amaç için kullanılması hâlinde kanuna karşı hile mefhumu gündeme gelecektir. Kanuna karşı hile olgusu ve müeyyidesi hususunda her ne kadar kanunlarımızda genel bir düzenleme öngörülmemiş ise de kanuna karşı hile vakiasının varlığı hâlinde davacının talep ettiği subjektif hak himaye görmemelidir. Zira her kanuni talep meşru ve mesmu görülmeyecektir. Bunun en güncel örneği gerçekte boşanmak iradesi taşımamalarına rağmen, yetim aylığına hak kazanmak için tarafların anlaşmalı boşanma davası ikame etmesidir. Kanunun bahşettiği dava ve takip hakkına dayalı subjektif hakların himaye talebi, bazı hâllerde yine kanun tarafından özel düzenlemeler ile kısıtlamaya maruz kalmaktadır. Örneğin İcra ve İflas Kanunu 82. maddesine dayalı haczedilmezlik şikâyeti, borcun eşya bedelinden doğması hâlinde mesmu olmayacaktır³⁹². Buna karşın Yargıtay, zorunlu olarak

390 UYAR, **İptalin Konusu**, s. 217.

391 "Dava, boşanmış eşler arasında görülen mal rejiminin tasfiyesi isteğine ilişkindir. Gerek mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu 01.01.2002 tarihinden önce ve gerekse yasal edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu sonraki dönemde, eşlerin birbirinden mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan hakları, aynî hak olmayıp şahsi hakka dayalı olacak (şahsi hak) hakkıdır. Yani her iki durumda da malın kendisi değil, mala yapılan katkı payı alacağı veya edinilmiş mallara yapılan katılma alacağı istenebilir (7.10.1953 gün 8/7 YİBK, 4721 sayılı TMK.nun 227/1, 231, 236/1.m). Somut olayda; davacı eş vekili, şahsi hak niteliğindeki alacak isteğinde bulunmaksızın, mal rejiminin tasfiyesi nedeniyle davalı adına kayıtlı tapu kaydının iptaliyle ½ oranında tescili isteğinde bulunmuştur. Yukarıda açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken; mahkemece, belirtilen hususlar göz ardı edilerek tapu iptali ile tescil isteği hakkında kabul kararının verilmesi doğru olmuştur." (8. HD 16.06.2011, 2010/6851, 2011/3476).

392 "Takip dayanağı ilam içeriğindeki alacak evlilik birliği içerisinde taşınmazın alımına yapılan katkıdan doğmaktadır. İİK'nun 82.maddesinin ikinci fıkrasının amacına uygun

tesis edilen³⁹³ sosyal amaçlı kredinin teminatını oluşturan ipoteğin, meskeniyet şikâyetine engel olmadığını kabul etmiştir³⁹⁴. Tasarrufun iptali davasına konu olup³⁹⁵, iptal edilen tasarrufa konu taşınmaz için yapılan meskeniyet şikâyeti

yorumlanması ile ve hakkaniyet ilkesi gereği, katkı payı alacağının eşyanın bedelinden doğduğu, buna göre alacaklısına karşı alımına katkı yaptığı taşınmaz için “borcun bu eşya bedelinden doğmaması haline münhasır” olması nedeniyle meskeniyet şikâyetinde bulunulamayacağı kabul edilmiştir. O halde, katkı payından kaynaklanan borcun bu eşya yani alımına katkı yapılan evin bedelinden doğması halinde İİK’nun 82.maddesi birinci fıkrasının onikinci bendine dayalı borçlunun haline münasip evinin” haczedilemeyeceği; diğer bir ifade ile meskeniyet şikâyetinin kabulü mümkün değildir.” (HGK, 13.03.2015, 12-2151, 2015/1019); “İİK.nun 82/12.maddesine dayalı olarak haczedilemezlik şikâyetinde bulunulabilmesi için takibe konu borcun bu malın bedelinden kaynaklanmaması gerekir. Dayanak borcun kaynağının meskeniyet iddiası ileri sürülen taşınmaza yapılan katkı payı alacağına ilişkin olduğunun anlaşılmasına, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun mahkeme kararının İİK.nun 366. ve HUMK.nun 438. maddeleri uyarınca onanmasına.” (12. HD 26.02.2013, 2012/29136, 2013/5993);

393 “Borçlunun, daha önce ipotek tesis ettiği taşınmazı hakkında sonradan haczedilemezlik şikâyetinde bulunabilmesi için, ipoteğin, mesken kredisi, esnaf kredisi, zirai kredi gibi zorunlu olarak kurulmuş ipoteklerden olması gerekir. Zira, zorunlu olarak kurulan ipoteğin meskeniyet şikâyetine engel teşkil etmeyeceği ilkesi, bu ipoteğin sosyal amaçlı olarak verilen kredinin teminatını oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Bunun dışında, borçlunun serbest iradesi ile kurduğu ipotekler, adı geçeninin daha sonra bu yerle ilgili olarak meskeniyet iddiasında bulunmasını engeller. Somut olayda; 20/09/2013 tarih ve 29234 yevmiye nolu ipotek akit tablosu incelendiğinde, şikâyete konu taşınmaz üzerinde alacaklı banka lehine 20/09/2013 tarihli ipotek kurulduğu, alacaklı bankanın 14/12/2015 tarihli cevabı yazısında, söz konusu ipoteğin “açılmış ve açılacak konut finansmanı kredileri, tüketici kredileri ve her türlü krediler nedeniyle doğmuş ve doğacak tüm borçlarının teminatını teşkil etmek üzere” tesis edilmiş olduğu belirtildiğinden taşınmaz üzerindeki ipoteğin zorunlu ipotek olarak kabulüne imkan bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece, ipoteğin borçlunun serbest iradesi ile her türlü kredi için tesis edildiğinden meskeniyet iddiasında bulunamayacağı dikkate alınarak şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” (12. HD 07.02.2017, 2016/10091, 2017/1405).

394 “Borçlunun daha önce ipotek ettiği taşınmazı hakkında sonradan haczedilemezlik şikâyetinde bulunabilmesi için ipoteğin, mesken kredisi, esnaf kredisi, zirai kredi gibi zorunlu olarak kurulmuş ipoteklerden olması gerekir. Zira, zorunlu olarak kurulan ipoteğin meskeniyet şikâyetine engel teşkil etmeyeceği ilkesi, bu ipoteğin sosyal amaçlı olarak verilen kredinin teminatını oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Bunun dışında, borçlunun serbest iradesi ile kurduğu ipotekler, adı geçeninin daha sonra bu yerle ilgili olarak meskeniyet iddiasında bulunmasını engeller.” (12. HD 10.06.2013, 13509/21517).

395 “İİK’nun 283/1. maddesinde; “Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile, hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihine mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir.” hükmüne yer verilmiştir. Satış ile 3. kişiye geçen mülkiyet tasarrufun iptaline karar verilmesi ile borçluya geri dönmez. Yalnızca, alacaklıya, 3. kişiye ait taşınmaz üzerine haciz koydurarak sattırarak suretiyle alacağını tahsil imkanı verir. Hacze dayanak yapılan tasarrufun iptali ilamında da anılan yasa hükmüne uygun olarak yalnızca satış işleminin iptaline karar verilmekle yetinilmiş olup; 3. kişi adına olan tapu kaydının iptali ile borçlu adına tesciline dair bir hüküm kurulmamıştır. Bu nedenle, taşınmazın mülkiyeti şikâyetçi 3. kişiye aittir. Diğer taraftan, İİK’nun 82. maddesinin 1. fıkrasının 12. bendinde; borçlunun haline münasip evinin haczolunamayacağı ifade edilmiştir. Anılan yasal düzenleme uyarınca, meskeniyet şikâyeti, yalnızca takip borçlusuna



de mesmu olmayacaktır³⁹⁶. Nitekim meskeniyet şikâyet hakkı, borçluya ait olup, üçüncü kişi, borçlu adına bu şikâyet hakkını kullanamayacaktır³⁹⁷. Uygulamada dava hakkı, subjektif hakkın tanıtılmasından ziyade, yukarıda bahsettiğimiz kanunun arzulamadığı bir amacın elde edilmesi, yani kanuna karşı hile yanında üçüncü kişilerin dava ya da takip hakkının akamete uğratılması için gerçek iradeye uymayan görünürdeki işlemlerle kötüye kullanıldığı da tecrübe edilmektedir. Her ne kadar hukuki muameleye esas olan iç irade olmayıp, beyan edilen irade ise de³⁹⁸, tarafların, üçüncü kişileri yanıltmak saikiyle yaptıkları görünürdeki işlem muvazaalı olup, görünürdeki beyanın hukuki sonuca yönelmiş iradeye uygun olmaması, yani irade ile beyan arasında mübâyenet bulunması ihtimalinde hukuki sonuç doğurmayacaktır³⁹⁹. Dolayısıyla hukuki işlemin kurucu unsurları olan hukuki sonuca matuf irade ve buna uygun beyan örtüşmediğinden, görünürdeki işlem geçersiz addedilerek hukuki sonuç husule gelmeyecektir. Hükümsüzlüğü taraflar ileri sürebileceği gibi; hukuki durumu etkilenen meşru ilgililer de ileri sürebilecektir⁴⁰⁰. İrade ve beyan arasındaki uyumsuzluk, yani muvazaaya ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır" hükmünü havidir. Kavaidi külliyyeden olarak, bir işten

tanınmış bir hak olup; takipte borçlu sıfatı taşımayan 3. kişinin bu şikayette bulunmaya hakkı yoktur. Somut olayda, şikayetçi Ayten Özkoçak'ın yukarıda değinilen yasal düzenleme ve açıklamalar uyarınca icra takibinde "borçlu" sıfatını taşıması nedeniyle, takip borçlusu Dikmen İkan'nın ise taşınmazın maliki olmaması sebebiyle meskeniyet şikayetinde bulunamayacakları açıktır. Bu durumda, mahkemece, şikayetin aktif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken; yazılı gerekçeyle hüküm tesisi isabetsiz ise de; sonuçta istem reddedildiğinden sonucu doğru mahkeme kararının onanması gerekmiştir." (12. HD 10.12.2015, 17105/31231).

396 "Şikâyete konu taşınmaz hakkında Gaziantep 2.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/761 E. - 515 K.sayı tasarrufun iptali kararı gereği, taşınmazın muvazaalı olarak müştekilere temlik edildiği saptandığından, iptaline karar verilen ve kesinleşen bu karar nedeniyle müştekilerin meskeniyet şikâyetinde bulunma hakları bulunmadığından şikayetin kabulü kararı bu açıdan da doğru görülmüştür." (12. HD 03.10.2011, 2422/17379); (8. HD 03.12.2013, 11633/18326).

397 "Şikayetin yasal dayanağı olan, İİK.nun 82/12. maddesi uyarınca, "borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceğinden" dolayı meskeniyet şikayetinde bulunma hakkı borçluya ait olup, icra takibinde borçlu sıfatı olmayan tasarrufun iptali ilamının davalısı 3. kişinin şikayet hakkı yoktur.İcra mahkemesince de kararın gerekçesinde, taşınmaz maliki üçüncü kişinin icra takibinde taraf olmadığı, takipte "borçlu" sıfatını taşımadığı için haczedilmezlik şikayetinde bulunamayacağı kabul edilmiş olup, istemin bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken, şikayetin süreden reddi yönünde hüküm tesisi isabetsiz ise de, sonuçta istem reddedildiğinden sonucu itibarıyla doğru olan kararın onanması gerekmiştir." (12. HD 06.12.2011, 8196/26965); (12. HD 13.04.2015, 2014/35291, 2015/9510).

398 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 68.

399 ADAY, s. 24.

400 VON Tuhr, s. 291.

maksat ne ise hüküm ona göredir. Bir diğer ifadeyle, muvazaa, irade ile beyan arasında bilerek oluşturulan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir. Muvazaa iddiası herhangi bir süreye tabi olmayan ve mahkeme tarafından resen dikkate alınan bir itirazdır⁴⁰¹. Muvazaa itirazı, taraflar ve üçüncü kişiler tarafından mevcut bir davada savunma olarak ileri sürülebileceği gibi, muvazaaya dayalı bağımsız bir davaya da konu olacaktır⁴⁰². Muvazaaya dayalı davalarda, davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek olmadan⁴⁰³, her zaman⁴⁰⁴ alacağın yaklaşık ispatı yeterlidir. Muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davası aynı bir dava olup, yapılan devir hükümsüz kalacağı için, tasarrufa

401 ADAY, s. 29.

402 “Davacı, istemde bulunurken BK.nun 18. maddesi ile İİK.nun 277. ve devamı maddelerine dayanmıştır. Mahkemece olay İİK. nun 277. ve devamı maddeleri gereğince incelenerek sonuçlandırılmıştır. Muvazaa, tarafların 3. kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan haksız eylem niteliğinde anlaşmalarıdır. Davacı, borçlu davalının borçtan kurtulmak amacıyla taşınmazı diğer davalılara satış gibi gösterdiğini iddia etmektedir. Dava dilekçesinde açıkça muvazaaya dayanıldığı belirtilmiştir. Bu ileri sürülüş biçimi, davanın İİK. nun 277. ve devamı maddelerindeki iptal davasından çok BK.nun 18. maddesinde açıklanan muvazaa hukuksal nedenine dayalı bir dava olduğunu göstermektedir. Muvazaa iddialarında zamanaşımı söz konusu olmaz. Olayda muvazaanın belirlenmesi durumunda İİK.nun 283/1 maddesi benzetme yoluyla uygulanmak suretiyle tapu iptaline gerek olmadan alacağın tahsili için haciz ve satış isteyebilme yönünde hüküm kurulabilir. Şu durum karşısında mahkemece, BK.nun 18. maddesi uyarınca genel hükümlere göre dosyanın incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yönün gözetilmeden hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.” (4. HD 09.04.2007, 2654/4665).

403 “BK’ nun 18. maddesine dayanılarak açılan iptal davalarında, İİK’nun 277. maddesinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarından farklı olarak aciz belgesi bulunması koşulu aranmaz. Davacı trafik kazası nedeniyle, davaya konu edilen taşınmazın ve otonun hükmedilecek tazminattan kurtulmak amacıyla, danışıklı olarak devredildiği iddiası ile eldeki bu davayı açmıştır. Davacının bu davadaki amacı, açtığı tazminat davası sonucu hak kazanacağı alacaklarını alabilmeye yönelik olarak, danışıklı olduğunu ileri sürdüğü hukuki işlemlerin kendisi yönünden geçersizliğini sağlamaktır. Davacı zararının, olay gününde doğduğunun benimsenmesi gerekir. Trafik kazası sorumluları aleyhine davacı tarafından tazminat davası açıldığı dosyadaki bilgilerden anlaşılmalıdır. Yargılama sonunda davaya konu edilen satış işlemlerinin danışıklı olduğunun kanıtlanması halinde davacı, satışa konu edilen maldan da alacağın tahsili için yararlanabilecektir. Ancak, davacının bu hakkı aynı değil, şahsi sonuç doğuracağından, danışıklı işlemin kanıtlanması durumunda tapunun ve otonun tescil kaydının iptaline değil, İcra ve İflas Yasasının 283/1. maddesi benzetme yoluyla (kıyasen) uygulanarak, iptal ve tescile gerek olmaksızın taşınmazın ve otonun haciz ve satışına karar verilecektir. Bu davada güdülen amaçta bu olduğundan, davacının karşılanması gereken bir alacağı bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir. Bunun için de davacının açtığı tazminat davasının sonucu beklenilmeli ve ona göre karar verilmelidir. O halde somut olayda, satış işlemlerinde danışıklılığın bulunup bulunmadığı konusu araştırılmalı; davalıların danışıklı bir davranış içinde buldukları sonucuna varılması durumunda, davacının açtığı tazminat davasının sonucu beklenilmeli, o dava sonunda davacının tahsili gereken bir alacağı bulunduğu takdirde İcra ve İflas Yasasının 283/1. maddesi benzetme yoluyla uygulanmak suretiyle, tapu ve tescil kaydı iptaline gerek olmadan davacının alacağını alabilmesini sağlamak için dava konusu malların haciz ve satışını isteyebilmeleri yönünde hüküm kurulmalıdır. Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilmeden, yerinde görülmeyen yazılı gerekçeyle, istemin reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” (4. HD 13.12.2004, 6067/1409).

404 ADAY, s. 73.



konu mal borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış vaziyettedir. Nitekim devir gerçek iradeye uygun olarak arzu edilmemiştir. Kaldı ki, tarafların dışarıya açıkladıkları beyanları, gerçek iradelerine uymayan, üçüncü kişileri aldatmaya matuf haksız fiil niteliğindedir⁴⁰⁵. Öyleki, muvazaaya ilişkin işlemin iptaline karar verilerek, İcra ve İflas Kanunu'nun 283. maddesi referansı ile haciz ve satışa imkân tanınmalıdır⁴⁰⁶. Ne var ki, öğretilerde muvazaaya dayalı iptal davasının,

405 “Dava dilekçesindeki ileri sürülüşe ve yargılama aşamasındaki sözlü açıklamaya göre dava, niteliği itibarıyla BK.nun 18.maddesinde tanınımı bulan muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal davasıdır. Yüzeysel bakıldığında iptal davaları ile muvazaa davaları arasında benzerlik görülmekte ise de, bu benzerlik her iki tür davanın güttüğü amaçtan öte gitmemektedir. İY. nun 277. maddesinde sözü edilen iptal davaları borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için açılır. Oysa muvazaa davası, borçlunun yaptığı tasarrufu işlemin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi amaçlar. Kural olarak, muvazaa nedeniyle hakları ihlal olunan ve zarar gören 3. kişiler (olayımızda davacı) tek taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler, danişıklı olan bir hukuki işlem ile 3. kişinin zararlandırılması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Ancak 3. kişinin danişıklı işlem ile hakkının zarar gördüğünün benimsenebilmesi için onun danişıklı işlemde bulunandan bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesini önlemek amacıyla danişıklı bir işlem yapılması gerekir. Somut olayda, davalı borçlu Ahmet hakkındaki 2007/10064 Esas sayılı icra takibi kesinleştiğine göre davacının davalıdan alacaklı olduğu tartışmasızdır. Hatta borçlu 19.12.2007 tarihinde ödeme taahhüdünde dahi bulunmuş; ancak, herhangi bir ödeme yapmamıştır. Davacının bu davadaki amacı, alacağının tahsil edebilmek için muvazaa nedeniyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü sağlamaktır. Esasen muvazaaya dayanan bu gibi davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek yoktur. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi İY.nun 277 ve izleyen maddelerinde iptal davalarına konu olan tasarruflar özünde geçerli olmalarına rağmen kanunun icra hukuku yönünden iptaline imkan verdiği tasarruflardır. Bu davada ise davacı, muvazaalı işlemle kendisinin zararlandırıldığını ileri sürmektedir. İY.nun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı davacının genel hükümlere muvazaaya dayanarak dava açmasına da engel değildir. Davacının iddiasını kanıtlaması durumunda iddiasının alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK.nun 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının dava konusu aracın haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekecektir.” (17. HD 12.05.2009, 2906/3094).

406 “Dava, muvazaalı işlemin iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalılar tarafından temyiz olunmuştur. Davacının amacı, yaptığı icra takibi sonucunda alacağının tahsili olanağına kavuşmaktır. Her ne kadar, muvazaalı işlem nedeniyle tapu kaydının iptali ve tescil istenilmişse de; çoğun içinde azın da bulunduğu ilkesi gereğince, muvazaalı işlemin yapılan takip yönünden hükümsüz sayılmasının amaçlandığı kabul edilmelidir. Bu bakımdan, İİK'nun 283. maddesindeki düzenleme yol gösterici niteliktedir. Şu durumda, tapu kaydının iptaline gerek kalmaksızın davacının haciz ve satış isteyebilmesi yönünde hüküm oluşturulması gerekir. Karar, bu bakımdan yerinde görülmüştür.” (4. HD 09.06.2008, 2007/13019, 2008/7851); “Dava dilekçesindeki ileri sürüşe ve yargılama sırasındaki sözlü ve yazılı açıklamalara göre dava niteliği itibarıyla TBK 19.maddesinde tanınımı bulan muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal davasıdır. Yüzeysel bakıldığında iptal davaları ile muvazaa davaları arasında bir benzerlik görülmekte ise de bu benzerlik her iki davanın güttüğü amaçtan öte gitmemektedir. İİK 277.maddesinde sözü edilen iptal davaları borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için açılır. Oysa muvazaa davası borçlunun yaptığı tasarrufu işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tespit ettirmeyi amaçlar. Kural olarak muvazaa nedeniyle hakları ihlal olunan ve zarar gören 3.kişiler tek taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler. 3.kişinin danişıklı işlem ile hakkının zarar gördüğünün



kabul edilmesi hâlinde hacze gerek olmadan doğrudan paraya çevirme işlemi marifetiyle alacağın tahsiline imkân sağlayacağı da savunulmuştur⁴⁰⁷. Hâlbuki taşınmaza ilişkin muvazaaa davası, aynı niteliğiyle tapu kaydının düzeltilmesini sağlayacaktır⁴⁰⁸. Zira muvazaanın ispatlanması hâlinde dava konusu taşınmaz borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış vaziyete dönüşecektir.

Muvazaada taraflar, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş oluşturmak için anlaşarak, yani aslında bir sözleşme yapma iradesi taşımadıkları hâlde görünüşte bir sözleşme yapmaktadırlar⁴⁰⁹. Keza gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları bir sözleşmeyi iradelerine uymayan görünüşteki bir sözleşme ile gizlemektedirler. Yanlar, ister salt bir görünüş oluşturmak için ister başka bir sözleşmeyi gizlemek amacıyla sözleşme yapsınlar görünürdeki sözleşme gerçek iradelerine uymadığından, diğer sözleşmede yasal koşullara uygun olmadığından geçersizdir⁴¹⁰. Her ne kadar muvazaayı düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 19 ve diğer kanun hükümlerinde muvazaalı sözleşmelerin hüküm ve sonuçları hakkında bir açıklık bulunmamakta ise de; taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi doğurmayacağı, muvazaanın varlığının hiçbir süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece kendiliğinden (resen) göz önünde bulundurulması gerektiği, belirli bir sürenin geçmesi, sebebin ortadan kalkması veya ilgililerin olur (icazet) vermesi ile geçerli hâle gelmeyeceği, uygulamada ve bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmektedir⁴¹¹. Hemen belirtmek gerekir ki, muvazaaa nedeniyle geçersiz sözleşmeye dayanılarak bir taşınmazın tapuda temlik yapılmışsa, bu tescil yolsuz bir tescil

benimsenebilmesi için onun danışıklı işlemde bulunandan bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesinin önlemek amacıyla danışıklı bir işlem yapılması gerekir. Davacının bu davadaki amacı alacağının tahsil edebilmek için muvazaaa nedeniyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü sağlamaktır. Muvazaaya dayalı davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek yoktur. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi İİK 277 ve izleyen maddelerinde iptal davasına konu tasarruflar özünde geçerli olmasına rağmen kanunun icra hukuku yönünden iptaline imkan verdiği tasarruflardır. Muvazaaya dayalı iptal davasında ise davacı muvazaalı işlemle kendisinin zararlandırıldığını ileri sürmektedir. İİK 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel değildir. Davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın dava konusu şeyin aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacıya haciz ve satış isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekecektir." (17. HD 04.11.2014, 2013/7947, 2014/15062).

407 ADAY, s. 74.

408 UYAR, **İptalin Konusu**, s. 217.

409 ADAY, s. 5.

410 ADAY, s. 46.

411 ADAY, s. 22, 23, 24.



hükümündedir. Tapuda yapılan temlik ve tesciller illi işlemler olduğundan tapunun dayanağı sözleşme geçersiz ise tapu kaydının da Medeni Kanun'un 1025. maddesine göre iptali gerekir. Ayrıca muvazaalı sözleşmeler yapıldığı andan itibaren taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacağından, açılan dava sonunda verilen karar, yenilik doğurucu (inşai) bir hüküm değil, açıklayıcı (ihdası) bir hüküm derece ve rütbesindedir. Muvazaada görünürdeki işlemin her türlü hukuki sonuçtan yoksun olması, tarafların ortak iradelerinin bu yolda birleşmemiş olmalarından dolayıdır⁴¹². Çünkü muvazaada taraflar görünürdeki işlemin altında muhteva ve sonuçlarıyla gerçekleşmesini arzu ettikleri bir sözleşme işlemi gizlerler. Gerek Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi ve gerekse sözü edilen Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, bir hakkın kullanılmasında gizlenen irade ile oluşan danışıklı işlemin, üçüncü kişilere zarar verme kastı da taşıyabileceğini göstermektedir⁴¹³. Örneğin, muvazaaya

412 "Dava TBK'nun 19 maddesi gereğince muvazaalı hukuksal nedenine dayalı iptal istemine ilişkindir. Mahkemece muvazaalı iddiasının ispatlanmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de varılan sonuç dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna uygun düşmemektedir. Gerek dosya kapsamı gerekse Dairemizce onanarak kesinleşen Erzincan 1.İcra Hukuk Hâkimliğinin 2012/114 Esas 2012/207 Karar sayılı ilamından davalı borçlunun 1.1.2007 tanzim 10.2.2007 vadeli borcun dayanağına ilişkin bonodan sonra 15.2.2007 tarihinde dava konusu taşınmaz davalı 3.kişi Kazım Gül'e rayiç bedelinden (43.120,26 TL) yaklaşık 20 kat düşük bedelle(2.100 TL) sattığı, anılan taşınmaz adresinde 24.7.2008 tarihinde borçlunun oğlu Süleyman Karadaş ile davalı 3.kişi Kazım Gül tarafından Akyazı Plastik Gıda San ve Tic Ltd Şti'nin kurulduğu, borçlunun borcun doğumundan sonra hisselerinin oğlu Osman'a devrettiği Erzincan Şafak Plastik San.Ltd.Şti'nin menkullerinin borcun doğumundan sonra borçlunun oğlu ile davalı Kazım Gül tarafından kurulan Akyazı Plastik Gıda San. ve Tic Ltd.Şti'ne devredildiğinin ve örtülü bir işyeri devri olduğunun kesinleşmiş mahkeme kararı ile belirlenmiş olduğu, davalıların akraba olmamalarına rağmen birbirlerini tanıdıkları,29.11.2012 tarihli yoklama fişindeki Kazım Gül'ün imzalı beyanından dava konusu taşınmazı aldığı tarihten beri kullanmadığını beyan etmesi, tanık beyanlarından nakliyecilik işi yaptığı anlaşılmalı davalı 3.kişinin dava konusu depo ve ahır vasfındaki taşınmazı kullanma amacını ispatlayamaması, aksine taşınmaz üzerindeki soğuk hava deposunun daha önce borçlunun şimdi ise oğulları Osman ve Bedri'nin yaptığı işe daha uygun olması, davalı borçlu adına kayıtlı iki taşınmaz üzerinde oniki haciz ve 200.000 TL ipotek bulunması nedeniyle borçlunun ekonomik durumunun kötü olması ve davalı 3.kişinin borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek durumda olması gibi maddi ve hukuki olgular gözönüne alındığında dava konusu taşınmaz devrinin muvazaalı olduğunun kabulü gerektiği bu durumda dolayısıyla davanın kabulü ile İİK'nun 283/1 maddesinin kıyasen uygulanarak davacıya 2007/1236 (yeni 2011/1315) sayılı takip dosyasındaki alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak haciz ve satış yetkisi verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetli görülmemiştir." (17. HD 20.12.2016, 2014/20643, 2016/11729).

413 "Davacı Nazmiye Çetinkaya ile davalılardan Hüseyin Çetinkaya evli iken 22.11.2004 tarihinde boşanmışlar mahkeme 20.000 YTL tazminatın davalı Hüseyin Çetinkaya'dan tahsiline karar vermiştir. Davacı tazminat alacağı için 04.04.2004 tarihinde icra takibi başlatmış, bunun üzerine taşınmaz 21.06.2004 tarihinde Hatun Aksoy'a devredilmiştir. Hatun Aksoy da 06.09.2004 tarihinde taşınmazı diğer davalı olan ve yurtdışında yaşayan İvanka Shejbal'e devretmiştir. Satış işlemi İvanka Shejbal'a vekaleten davalı Hüseyin Çetinkaya tarafından yapılmıştır. Yukarıda anlatıldığı üzere taşınmazın satış şekli ve icra takibi üzerine yapılmış olması dikkate alındığında satışın muvazaalı olduğu açıktır. Davanın kabulüne karar

dayalı tapu iptali ve tescil davasında yıllar önce taşınmazın muris tarafından mirasçısına bağışlanmak iradesi ile satış gibi gösterilmesi işlemine karşı diğer mirasçıların herhangi bir süreye bağlı kalmaksızın üçüncü kişi sıfatıyla⁴¹⁴ tapu iptali ve tescil davası açması mümkündür. Uygulamada ve öğretide “muris muvazaası” olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nispi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür⁴¹⁵. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak, mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek⁴¹⁶, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir. Bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır⁴¹⁷. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade

verilmesi gerekirken delillerin takdirinde hata yapılarak davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (4. HD 10.12.2007, 2393/15778).

414 SUNGURBEY, İsmet, **Mirasbırakanın Danışıklı İşlemleri Dürüstlük Kurallarının Uygulama Alanı, Çifte Satış Sözleşmeleri**, İstanbul 1992, s. 29, 32.

415 “Somut olaya gelince, davacılar, dava konusu her iki taşınmazın Selim ve dava dışı Selahattin tarafından hiç kullanılmadığını, davalı Mustafa tarafından kullanıldığını iddia etmişler, mahkemece bu husus karara gerekçe yapılmış ise de, dosyaya getirilen çiftçi kayıt belgeleri ve tanık beyanlarına göre 249 parsel sayılı taşınmazın davalı Selim’in tasarrufu altında olduğu, onun tarafından kiraya verilerek davalı Mustafa ile davalı Selim’in babası tarafından kullanıldığı, davalı Selim’in alım gücü olduğu ve hayvancılıkla-çiftçilikle geçimini sağladığı, satın aldıktan sonra taşınmazı ipotek gösterip kredi çektiği, murisin davacılarla arasında bir husumet ya da anlaşmazlığın bulunmadığı, diğer mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla bu taşınmazı sattığı ve davalı Selim’in de bu muvazaalı işlemi bilerek satın aldığı veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi görülmektedir. Yukarıda değinildiği üzere muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak açılan davaların hukuki dayanağını teşkil eden 1.4.1974 gün 1/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının, mirasbırakanın gerçek iradesinin mirasçıdan mal kaçırmaya halinde uygulanabilirliğinin kabulü gerekir. Başka bir ifade ile murisin iradesi önem taşır. Ayrıca, akitte gösterilen bedel ile gerçek bedel arasında fark olması ise, tek başına muvazaanın kanıtı sayılamaz.” (1. HD 25.06.2015, 2014/6294, 2015/9485).

416 SUNGURBEY, **Muvazaa**, s.14.

417 “Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide “muris muvazaası” olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nispi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir. Bu durumda, yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında ve 1.4.1974 tarihli 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 706., Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 237. (Borçlar Kanunu’nun (BK) 213.) ve Tapu Kanunu’nun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığnänen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının



ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında, birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun içinde ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı tarafın alım gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile mirasbırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır. Keza muvazaalı davalarının müstakbel hak sahipleri için dahi koruma sağlayıp sağlamadığı tartışmalıdır. Bir diğer ifadeyle, muvazaalı sözleşmenin yapıldığı tarihte mirasçı durumunda olmayan, ancak, sonradan mirasçılık hakkını kazanan bir kişi muris muvazaasına dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek tapu iptali ve tescil davası açabilecek midir? Örneğin tapuda resmi sözleşmenin yapıldığı, taşınmazın devredildiği tarihte miras bırakan ile evli olmayıp, müteakiben evlenen bir kimse muris muvazaasına dayanarak tapunun iptali ve tescilini isteyebilecek midir? Muris muvazaasında, muvazaalı savına dayanan mirasçının miras hakkından yoksun bırakılmak istenen mirasçı olmasında zorunluluk yoktur. Yeter ki, muvazaalı temlik tarihinde kendisinden mal kaçırılmak, aldatılmak istenen bir mirasçı bulunsun. Muvazaalı sözleşme yapıldığı sırada sözleşme dışında kalan bir mirasçının veya mirasçıların varlığı, aldatmak amacının bulunduğu kabulüne yeterli sayılmaktadır⁴¹⁸. Muvazaalı sözleşmesinin yapıldığı, başka bir ifade ile

iptalini isteyebilirler. Hemen belirtmek gerekir ki; bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun için de ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, mirasbırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı tarafın alım gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır. Somut olaya gelince; yukarıda açıklanan ilkeler ve özetlenen dosya kapsamında muris Rıdvan Alkaya'nın kız çocuklarından mal kaçırma amacıyla maliki olduğu 541 ve 719 parsel sayılı taşınmazları satış göstermek suretiyle erkek çocuklarına temlik ettiği, davalı İbrahim'in erkek kardeşi olan Süleyman'ın da pay alması için aynı gün payının bir kısmını kardeşi Süleyman'a devrettiği, ancak Süleyman'ın beklenmedik ölümü üzerine kendisine devredilen payların miras bırakanlara geri döndürüldüğü, miras bırakanların çekimeli taşınmazlardaki paylarını yine sadece erkek çocuklarına devretmesinin kız çocuklarından mal kaçırma amaçlarını gösterdiği açıktır. Nitekim mahkemece kararın gerekçe kısmında temliklerin şeklen muvazaalı olduğu kabul edilmiştir. Hâl böyle olunca, yapılan temliklerin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu gözetilerek davanın kabul edilmesi gerekirken yanılığın değerlendirilmesi ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir." (1. HD 22.11.2016, 2014/15973, 2016/10481).

418 "Medeni Kanununun 522. maddesi uyarınca (mirasçı olabilmek için murisin vefatında

tapu kaydının devredildiği tarihte, başka bir mirasçının veya mirasçıların bulunması hâlinde aldatmak kastı oluşacağı düşünülebileceği gibi, tasarruf tarihinde hak sahibi olmayan kişinin geriye dönük olarak bu davayı ikame edemeyeceği de savunulabilecektir. Bu bağlamda mirasbırakanın sağlığında taşınmazlarını bir mirasçına devrettiği ihtimalde, vefatından sonra borçlu mirasçının alacaklıları, miras bırakanın borçlu mirasçıdan mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarrufların muvazaalı olduğunu ileri sürerek tapu iptali ve tescil davası ikame edebilecek midirler? Elbette burada borçlu mirasçıya karşı mirasbırakanın sağlığında takip yapılıp yapılmadığı da ehemmiyet arz edecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu oy çokluğu ile verdiği bir içtihadında, evlenmeden önce mirasçılara tapudan devredilen taşınmazlar için eşin açtığı muvazaaya dayalı tescil davasında mal kaçırmaya saiki görmeyerek davanın reddine karar vermiştir⁴¹⁹. Kanaatimizce, tasarruf tarihinde bir kişi mirasçı sıfatını iktisap etmemiş ise mirasçılık sıfatına bağlı muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davasında, hakkın özüne tesir edebilme, yani tasarruf yetkisi ve sıfatı da bulunmayacaktır. Ancak dosyaya yansıyan maddi vakialar ekseninde şayet davacının tasarruf sıfatının varlığı kabul edilecek olursa delillerin bir başka cihetten değerlendirilmesi

mirasçılığa ehil olarak sağ olmak lazımdır). Başka bir koşul söz konusu olamaz. Yine aynı kanunun 539. maddesinde (miras açılınca mirasçılar onun tamamına sahip olurlar. Kanunda açıkça yazılı haller müstesna olmak üzere müteveffanın alacaklıları ve bilcümle hakları zilyet bulunduğu malları mirasçılara intikal eder) hükmü getirilmiştir. Medeni Kanunun değinilen açık hükümleri karşısında bir mirasçının daha önce değil, murisin ölüm tarihinde (mirasın açılma tarihinde) mirasçılığa ehil ve sağ olması esastır. İstikrar kazanmış Yargıtay İçtihatlarında murisin muvazaalı temlik yaptığı tarihteki çocukları ile bundan sonra ana rahmine düşen çocukları arasında dava hakkı yönünden hiçbir fark gözetilmemiştir. Medeni Kanunun 447.maddesinin (evlatlık ve füruu kendisini evlad edinen kimseye nesibi sahil füruu gibi mirasçı olurlar) hükmü gereğince füruu ve evlatlık arasında bir ayırım yapmakta olanaksızdır. Bunun yanında miras bırakanın başka bir mirasçısının muvazaası nedeniyle dava açıp tapu kaydının iptali ile terekeye döndürülmesini sağladığı takdirde temlik tarihinden sonra mirasçı olan kişinin o taşınmaza payı oranında malik olacağı kuşkusuzdur. Hal böyle olunca muvazaalı temlik tarihinden sonra mirasçılık sıfatı kazanan mirasçıya muvazaası nedeniyle dava açmak hakkı tanınmaması izahı güç bir çelişki oluşturur, muvazaalı işlemlerin hüküm ve sonuçlarına ilişkin ilkelere, Medeni Kanunun açık hükümlerine, sözü edilen inançları birleştirme kararlarına, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına ters bir sonuç doğurur. Öyle ise miras bırakanın muvazaalı temlikinden sonra evlat edindiği veya evlendiği kişinin yahut ana rahmine düşen çocuğunun muris muvazaasına dayanarak tapulu taşınmazlar hakkında açtığı iptal ve tescil davalarında 1.4.1974 tarih 1/2 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararının uygulama yeri bulacağı buna bağlı olarak somut olayda da davacının dava açabileceği kabul edilmeli, işin esas araştırılarak sonucu doğrultusunda bir hüküm kurulmalıdır. " (HGK, 01.03.2000, 1- 126/143).

419 "Somut olayda, çekişmeye konu taşınmazın miras bırakan tarafından davalılara 01.11.2004 tarihinde temlik edildiği, miras bırakanın temlik iradesinin gerçekleştiği tarih itibariyle davalı çocukları dışında başkaca mirasçısının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki, temlik tarihinde davacı miras bırakan ile aynı evde yaşayan, ücret karşılığı miras bırakana bakıcılık yapan birisidir. Çekişmeye konu taşınmazın öncesinde davalı çocukların annelerine ait ½ payının bulunduğu da gözetildiğinde miras bırakanın mirasçıdan mal kaçırmak amacıyla hareket ettiğini söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır." (HGK, 10.10.2012, 1-492/696).



ihtimalinde dava kabule de mazhar görülebilecektir. Şöyleki; davacı kadın on yılı aşkın murisin bakıcılığını yapmakta olup, mevcut tanışıklık muvacehesinde muris ile evlenmesinde onun sosyal ve ekonomik şartlarının da etkili olması kaçınılmazdır. Nitekim murisin malvarlığını da haricen bilmekte olması o tarihte resmi evlilik olmaması sebebiyle tapu kayıtlarının ancak ilgisine aleniyeti sebebiyle tapudaki devirleri bilmesi beklenmez. Kaldı ki, resmi evlilikten iki gün önce taşınmazın devredilmesi mal kaçırma saikine binaen yapıldığı gerekçesiyle tapunun iptaline de karar verilebilecektir. Dolayısıyla delillerin değerlendirilmesi dosyaya sunulan vakıalar üzerinden cereyan edeceğinden, davaya vücut veren vakıadaki her bir ayrıntı olaya uygulanacak kanun, hüküm ve delilerin takdiri noktasında farklılık arz edecektir.

Muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabul kararının kesinleşmesiyle oluşan kesin hüküm otoritesinin, aynı taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden diğer şahsi ve aynî takyidatlara etkisi yukarıda etraflıca incelendi. Muvazaalı işlem sebebiyle taşınmazın şekli malikin, alacaklıları aleyhine ve onların dava ve takiplerini akamete uğratmak ve semeresiz bırakmak için üçüncü kişilerle yaptığı muvazaalı işlemlere gelince; Muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davasında yıllar önce taşınmazın muris tarafından mirasçısına bağışlanmak iradesi ile satış gibi gösterilmesi işlemine karşı diğer mirasçıların herhangi bir süreye bağlı kalmaksızın tapu iptali tescil davası açması mümkündür. Zira devredilen mal, hak, ya da alacağı haczettirmek isteyen devreden alacaklıları dahi muvazaa iddiasında bulunabilecektir⁴²⁰. Nitekim böylesi bir tasarruf işlemi, hem temlik eden hem de temlik alanın alacaklılarını da alakadar edecektir⁴²¹. Kaldı ki, muvazaa iddiası, taraflar dışında, itiraz etmekte menfaat ve alakası olan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilecektir⁴²². Alacaklılarının icra ve haciz takibinden masun olmak isteyen borçluların üçüncü kişiye yaptığı bu devir işlemini inançlı işlem olarak kabul eden görüşler de mevcuttur⁴²³. Kanaatimizce alacaklıların icra ve haciz takibinden varestelik için yapılan böylesi bir işlemin muvazaa ya da inançlı işlem olarak nitelendirilmesi, alacaklıların takip edeceği hukuki yolları da farklılaştıracaktır⁴²⁴. Bu hukuki işlemlerden gayri şeklen tapu

420 VON Tuhr Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, C. 1, (çev. Cevat Edege), İstanbul 1952, s. 291.

421 VON Tuhr, s. 203.

422 VON Tuhr, s. 291.

423 PARLAK- BÖRÜ, s. 235; VON Tuhr, s. 292.

424 Zira muvazaanın ispatı halinde, alacaklılar icra takibi yapabilecek iken, inanç konusu malvarlığı geçerli bir sözleşme ile devredildiğinden öncelikle inanılan üzerindeki inanç konusu malvarlığına karşı iptal davası açılması gerekecektir.



kaydı üzerinde bulunan kişinin borçlarından dolayı taşınmaz üzerine konulan haciz ve benzeri takyidatların mürtefi kılınması, bir diğer ifade ile taşınmaz üzerinde şahsi ya da aynî hak sahibi bulunan üçüncü kişi alacaklıların alacağını akamete uğratıp, takibi semeresiz bırakmak için tapu malikinin diğer mirasçılarla anlaşarak kendi aleyhine muvazaaya dayalı tapu iptali tescil davası açtırması da uygulamada tecrübe edilen bir durumdur. Böylesi bir hâl, hukuki menfaati muhtel olan mirasçıların subjektif hak himayesinden ziyade, kayıt maliki ile işbirliği içine girerek muvazaalı olarak⁴²⁵ dava konusu taşınmazın mülkiyet dışındaki tüm takyidatlardan sıyrılmasına hizmet etmek amacıyla ve kanuna karşı hile saikiyle hareket edildiğine bir örnektir. Benzer şekilde vefat ya da boşanma hâlinde mal rejimi sona ereceğinden (TMK m. 225), eşlerden birinin alacaklısı tarafından yapılan takip ve haczi akamete uğratıp, semeresiz bırakmak saikiyle eşlerin gerçekte boşanmak istememesine rağmen, üçüncü kişi alacaklının alacağını semeresiz bırakmak için anlaşmalı boşanma davasının kesinleştirilmesine müteakip, mal rejimi tasfiyesine matuf katılma payı alacağı davası ikame etmesi, şahsi nitelikte olmakla birlikte haciz alacaklısının alacağını kısmen semeresiz bırakacaktır. Keza benzer bir durumla, eşlerin üçüncü kişileri aldatmak saikiyle aile konutu üzerinde ipotek tesis ettirip, müteakiben diğer eşin bilgi ve rızası dışında ipotek tesis edildiğini ileri sürerek, ipotegün iptalini talep etmesi şeklinde de karşılaşılabilecektir. Yukarıda örneklendirdiğimiz özellikle de alacaklıların aleyhine olarak açılan muvazaa ya da benzeri sebeplere dayalı davalar TMK'nun 2/II. fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal etmesi sebebiyle hukuki himayeye mazhar görülmeyecektir⁴²⁶. Öyle ki emredici nitelikteki dürüstlük kuralına riayet edilip edilmediği hâkim tarafından resen göz önüne alınacağı gibi, yargılamanın her aşamasında taraflar iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına takılmaksızın ileri sürebileceklerdir⁴²⁷. Ortaklığın giderilmesi davası üzerine malik paydaşlardan birisi söz konusu davayı akamete uğratmak için payı üzerinde intifa hakkı kurması hâlinde TMK'nun 700. maddesi işlerlik kazanacağından, intifa hakkı, paya terettüp edecek bedel üzerinden devam edecektir. Keza karı ya da kocanın kötü niyetle ve

425 ÖZ, DÖNME, s. 264.

426 ÜSTÜNDAĞ, **Tapu Kütüğü**, s. 51. "Bazı hallerde muvazaanın ve bunun neticesinde açılan kaydın tashihi davasının ikamesi objektif hüsnüniyet kaidelerine muhalif olabilir. Federal Mahkeme alacaklılar aleyhine dermeyan olunan muvazaa ve binnetice kütüğün tashihi davasını bazı hususi hallerde MK. 2'ye muhalif sayarak reddetmiştir. Federal Mahkemeye göre tapuda senelerce borçluya ait görünen bir gayrimenkulde gerçek hak sahibinin sonradan muvazaa sebebiyle kütüğün tashihi talebi alacaklıları ızzar edeceğinden bu talep MK 2'ye muhaliftir."

427 ADAY, s. 48.



muvaazaalı olarak devrettiği taşınmaz için müstakbel katkı ya da katılma payı alacağıının tahsilinin sağlanması noktasında, taşınmazların tapu kaydının iptali ile eski malike dönmesi için dava ikame eden eşin hukuki menfaati olacaktır⁴²⁸. Şayet taşınmaz paylı mülkiyete tabi olup, katılma payı alacağı davasını müteakip, dava dışı üçüncü kişi paydaş, devre konu pay için payı devralana önalım davası ikame etse de, bu davanın kabulü ile oluşacak kesin hüküm, şahsi nitelikteki katılma payına matuf ilam lehtarının hakkını akamete uğratamayacaktır. Zira önalım bedeli, katılma payı davası sonucunda lehine hüküm verilen eşe ödenecektir. Önalım bedeli misli nitelikteki para olduğundan, hazine de hukuki bir engel bulunmayacaktır⁴²⁹. Benzer şekilde, alacaklısının takibini semeresiz

428 “Davacı vekili, müvekkili ile davalı Turgay’ın 30.12.1991 tarihinde evlendiğini, Fransa Nancy Yüksek Aile Mahkemesinin 18.10.2009 tarihli kararı ile boşandıklarını, müvekkili ve davalı eşinin evlilik birliği içinde ortak kazanç ile alıp davalı eş adına kayıtlı beş adet taşınmazın boşanma davasından önce mal kaçırma amacıyla 4.12.2008 tarihinde davalı eş Turgay tarafından kardeşi davalı Fahri Firik’e satıldığını, satışların mal kaçırma amacıyla ve muvaazaalı olması nedeniyle iptali ile tapunun davacı ile davalı Turgay Firik adına müştereken tesciline karar verilmesini talep etmiştir. Davalılar vekili, boşanma davası kesinleşmediğinden mal rejimine ilişkin dava açılmayacağını, edinilmiş mallara ilişkin olarak aynı hak talep edilemeyeceğini, muvaazaanın ise yazılı delille ispatlanması gerektiğini, dava konusu taşınmazların borç için satıldığını belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma toplanan delillere göre, gerek 713 Sayılı TMK’nun 170.maddesi uyarınca mal rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen mallardan kaynaklanan katkı payı alacağı, gerekse 4721 Sayılı TMK hükümleri gereğince yasal mal rejimi olarak benimsenen edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacağı şahsi hak niteliğinde olacak olup mülkiyet hakkı niteliğinde olmadığı, davacının mülkiyet isteme olanağının bulunmadığı, davacının bir akit ilişkisinin varlığı savı ile tapu kaydının kendi adına düzeltilmesini isteyebilmesi için aralarında MK’nun 634.maddeye uygun şekilde bir akdin var olması gerektiği, dava konusu olayda taraflar arasında illiyet bağına sağlayan akti bir ilişki bulunmadığından davacının mülkiyet isteme hakkı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava dilekçesindeki açıklamalar ve dosya kapsamına göre; davacı, davada davalı eş Turgay Firik tarafından diğer davalı Fahri Firik’e yapılan satışların muvaazaalı olduğu iddiası ile iptali; davalı eşe dönecek tapu kaydının eşler arasındaki mal rejimi gereğince tasfiye edilerek tapu kaydının iptali ile davacı ile davalı eş adına müştereken tesciline karar verilmesini talep etmiştir. Davacının davalı 3.kişi Fahri Firik’e geçen taşınmazlara ait tapu kaydının iptali ile eski malikine yani davalı eş Turgay’a dönüşünün sağlanması ile ilgili davayı açmakta davacının hiç şüphesiz hukuki yararı bulunmaktadır. Anılan taşınmazların tapu kaydının iptali ile eski malike dönüşü sağlandığında açılacak edinilmiş mallara katılma alacağıının tahsili sağlanmış olacaktır.” (17. HD 18.10.2016, 2015/3662, 2016/9087).

429 “Somut olayda, taşınmazın 1/2 payının haciz tarihinde borçlu adına kayıtlı bulunduğu ve şikâyetçi üçüncü kişinin anılan taşınmaz payını hacizle yükümlü olarak satın aldığı dosya kapsamı ile sabittir. Öte yandan, taşınmazın 1/2 payı üzerine alacaklı tarafından konulan haczin geçerliliğini koruduğu ve tüm sonuçları ile ayakta olduğu görülmektedir. Ayrıca, takibe konu borcun, önalım bedelinden fazla olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, yukarıdaki açıklamalar uyarınca, hacizli taşınmaz payının elden çıkmasının ve alacaklı adına tescil edilmesinin üçüncü kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı açıktır. Nitekim haciz, taşınmaz payına isabet eden önalım bedeli üzerinde devam etmektedir. Bir başka ifade ile alacaklı, üçüncü kişinin sorumluluğu altında bulunan hacizli taşınmaz payının dönüştüğü bedeli, üçüncü kişiden alma hakkına sahiptir. Öyleyse, şikâyetçiye ait



bırakmak için taşınmazdaki payını üçüncü kişiye satan borçlunun maruz kaldığı tasarrufun iptali davası ile aynı paya dava dışı üçüncü kişi tarafından önalım davası ikame edilmesi ihtimalinde tasarrufun iptali davası bedele tahvil olacağı için önalım hakkının kullanıldığı tarih itibariyle paya biçilen sürüm bedeli, tasarrufun iptali davacısı alacaklıya ödenecektir.⁴³⁰ Bu ihtimalde, önalım hakkını kullanan paydaş, tasarrufun iptali davasına müdahil de olabilecektir. Tasarrufun iptali davasının konusunu oluşturan taşınmaz, satış vaadine dayalı tapu iptali ve tescil davası sonucunda borçlunun malvarlığından çıkmış olması hâlinde (TMK m. 705/2), tasarrufun iptali davasının davalısı vaad borçlusu, taşınmazın malvarlığından çıktığı tarihteki değeriyle sorumlu olacaktır. Alacaklının ikame ettiği tasarrufun iptali davasının, kanuni himayeye mazhar görülmesi kararından, iptal davası açmamış diğer alacaklılar istifade edemeyecektir.⁴³¹ Dolayısıyla iptale konu taşınmazın satış bedelinden alacaklıya ödeme yapıldıktan sonra artan bir meblağ kalırsa, bu bedel borçluya değil, üçüncü kişiye iade edilecektir.⁴³² İdare tarafından açılan bedel tespit ile idare aleyhine açılan kamulaştırmaz el atma davalarında mahkemece tescil ve terkin kararı tesisini müteakip, mahkemece talep olsun olmasın kamulaştırmaya konu taşınmaz üzerindeki tüm takyidatlar bedele dönüştürülüp, taşınmazın mülkiyeti idare lehine tüm takyidatlarından arı olarak tescil edilecektir.⁴³³

olan önalım bedeli üzerine haciz işlemi uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” (12. HD 13.04.2015, 2014/35279, 2015/9501).

430 “Borçlu tarafından üçüncü kişiye satılan taşınmaz hisseleriyle ilgili olarak, paydaş (müdahil) C. tarafından açılan şufa davası olumlu sonuçlanmış ve anılan hisselerin G. üzerindeki kayıtlarının iptali ile C. adına tapuya tesciline hükmedilmiştir. Kararın 2.04.1996 tarihinde kesinleşmiş olması ile, bu payların mülkiyeti, MK.nun 633/1. maddesi uyarınca, tescilden önce müdahile geçmiş ve böylece tasarrufun iptali kararından önce, dava konusu paylar üçüncü kişinin mülkiyetinden yasa gereği çıkmıştır. Bu durumda, tasarrufun iptali davası, İİK.nun 283/II. maddesi uyarınca “bedel”e dönüşmüştür.” (15. HD 07.10.1997, 2606/4212).

431 MERİÇ Nedim, **Türk- İsviçre Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları**, Ankara 2015, s. 127.

432 UYAR, **İptalin Sonuçları**, s. 1174.

433 “Arazi niteliğindeki Gaziantep ili Nizip ilçesi Yağcılar köyü 106 ada 18 ve 106 ada 19 parsel sayılı taşınmazların net geliri esas alınarak değer biçilmesinde, taşınmaz malların niteliği, tamamının yüzölçümü, geometrik durumu ve enerji nakil hattı güzergâhları dikkate alınarak değer düşüklüğü oranı belirtilmek suretiyle mülkiyet kamulaştırmasına konu olan pilon kararın hüküm fıkrasına ayrı bir bent olarak (Dava konusu taşınmazların tapu kaydında bulunan ipotek şerhinin hükmedilen bedele yansıtılmasına) cümlesinin yazılmasına, Hükümün böylece düzeltilerek onanmasına.” (5. HD 19.01.2017, 2016/12920, 2017/240).



VII. HÜKMÜN İPTALİ (HMK 376)

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 376. maddesinde açıkça "üçüncü kişilerin hükmün iptalini talep etmesi" başlığı altındaki düzenleme ile üçüncü kişiler kendilerini de etkileyen hükümlerin muvazaa sebebine binaen iptalini talep edebilecekleri yasal zemine kavuşmuştur⁴³⁴. Buna göre; davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler, borçluları veya yerine geçmiş oldukları kimselerin aralarında anlaşarak, kendilerine karşı hile yapmaları nedeniyle hükmün iptalini isteyebilirler⁴³⁵. Dolayısıyla her ne kadar taraf olmadığı kesin hüküm, kendisi bakımından bağlayıcı değil ise de üçüncü kişi, haklarını haleldar eden ve takip hukukuna göre kendisini zarara uğratan bu ilama karşı tamamen savunmasız vaziyette de değildir⁴³⁶. Nitekim hukuki durumu etkilenen üçüncü kişi, tarafı olmadığı

434 "Davacılar, 331 ada 1, 323 ada 8, 323 ada 5, 338 ada 5 ve 335 ada 2 sayılı parsellerdeki kayıt maliki Ahmet oğlu Hüseyin Sarısoy'un mirasçısı olduklarını, kayıtlardaki malik isminin davalılar tarafından açılan dava sonucu Ahmet oğlu Duralı Sarısoy olarak düzeltilildiğini, bu durumun mülkiyet nakline sebep olacağını ileri sürerek yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunmuştur. Gerçekten, 1086 sayılı HUMK'nun 446. ve 6100 sayılı HMK'nun 376. maddesi uyarınca, kayıt maliki Ahmet oğlu Hüseyin Sarısoy'un mirasçısı olduğunu ispat eden kişiler, kendilerine veya miras bırakanlarına karşı hile yapıldığı iddiasıyla yargılamanın yenilenmesi yoluyla hükmün iptalini talep edebilir. Bu kişilerin, önceki davanın tarafı olmaları koşuluna bakılmaz. Yargılamanın iadesi suretiyle hükmün iptalini sağlayabilecek kimselerin ayrıca tapu iptali ve tescil davası açmaları da gerekmez. Mahkemece yapılması gereken iş, davacılardan Ahmet oğlu Hüseyin Sarısoy murisleri olup olmadığına dair delillerini sormak, bu durum kanıtlanırsa çekişmenin esasını inceleyerek bir hüküm kurmak olmalıdır." (14. HD 27.02.2012, 1833/2696).

435 "Dava, yargılamanın yenilenmesi istemine ilişkindir. Yargılamanın yenilenmesi yoluna ancak kesin hükmün tarafları ve ya tarafların halefleri ya da alacaklıları başvurabilir. Yargılamanın iadesine konu hüküm davanın taraflarını ilzam edecek bir hüküm olup davacı hükmün tarafı olmadığı gibi halef ya da alacaklı sıfatı da bulunmamaktadır. Somut uyumsuzlukta HMK 375 ve 376. madde koşullarının bulunmaması karşısında davanın esastan görülmesi mümkün olmadığından yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru değilse de, sonucu itibarı ile doğru olan ret kararının açıklanan gerekçeyle onanmasına karar vermek gerekmiştir." (11. HD 15.09.2015, 3412/9239); "Bilindiği üzere, yargılamanın yenilenmesi bazı ağır yargılama hatalarından ve noksanlıklarından dolayı maddi anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesi ve daha önce kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan olağanüstü bir kanun yoludur. (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. baskı, cilt 4, sh:5165) Diğer taraftan muhakemenin iadesini ancak kesin hükmün tarafları veya onların halefleri isteyebileceklerdir. Taraflar dışındaki kişiler kural olarak hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuramazlar. Ancak, bu kuralın 6100 sayılı HMK'nun 376. (HUMK 446.) maddesinde istisnaları belirtilmiştir." (1. HD 24.12.2015, 2014/12025, 2015/15095).

436 "İpotek bedelinin önalım bedelinin çok üzerinde olması yani önalım bedelinin ipotek bedelini karşılamaması da nazara alınarak ipotek lehtarının yokluğunda ve hak kaybına yol açacak şekilde ipoteğin terkinin suretiyle aleyhine hüküm kurulmuş olması nedenleriyle HUMK'nun 446. maddesi hükmü gereğince yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir." (14. HD 11.11.2014, 5220/12667).



davada, tarafların kendi zararına ve muvazaalı olarak dava ikame ettiğini, açılan davanın kendisi tarafından başlatılan takip ya da ikame edilen davanın akamete uğratılma saik ve niyetiyle yürütüldüğü, savunma ve delillerin eksik ikame edildiği, davanın taraf muamelesi kabul ve sulh ile sonuçlandırıldığı, itiraz ve def'ilerin ileri sürülmediği gibi, kanun yollarına da gidilmeden kararın kesinleştirildiğini ileri sürerek üçüncü kişi sıfatıyla HMK'nun 376. maddesi gereği tarafı olmadığı hükmün iptalini isteyebilecektir. Uygulamada sıkça rastlanan anlaşmalı boşanma davalarında, eşlerin gerçek iradelerinin boşanma olmadığı, kanunen tanınan boşanma hakkının salt, kadın eşin babasından kalan emekli maaşını almak için kullandıkları ve boşanma ilamına rağmen beraber yaşadığı güncel vakıalarda, boşanma her ne kadar eşlere münhasıran tanınmış bir dava hakkı ise de, Sosyal Güvenlik Kurumu, üçüncü kişi sıfatıyla boşanma ilamındaki tarafların gizli iradelerinin boşanmaya matuf olmadığı, görünürdeki iradenin ise kurumlarından emekli maaşı alma saikiyle beyan edildiği, bu durumun, taraf olmamalarına rağmen kendilerini olumsuz etkilediği ve söz konusu ilamdan zarar gördüklerini ileri sürerek muvazaanın tespiti yönünde bir dava ikamesi ile maaşın kesilmesini sağlayabilecektir. Buna karşın, boşanma davası münhasıran eşlere bahşedildiğinden, eşlerinin yerine ikame olarak boşanma davasının iptalini talep edemeyecektir⁴³⁷.

SONUÇ

Kesin hüküm otoritesi adli bir hakikat vasfıyla kesin ve bağlayıcı bir gücü temsil eder. Mahkeme önüne taşınan bir uyuşmazlığın nihai olarak çözümlenmesinde hem tarafların hem de kamunun menfaati ortaktır. Tapu iptali ve tescil davalarının, hukuki sonuçları itibariyle aynî dava olmalarında şüphe bulunmamakla birlikte, davanın ikamesine vücut veren vakıaların bir diğer ifadeyle dava açılmasına sebep olan hukuki ilişkinin, yani dava konusu hakkın şahsi ya da aynî hak olması ile aynı taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden kayıtların şahsi ya da aynî nitelikte olması hallerine bağlı olarak vaziyet kayıtların, davanın kabulü kararı ile oluşan kesin hüküm otoritesi karşısındaki mukadderatı farklılık gösterecektir. Hakikatte bu farklılaşma, mülkiyet hakkının, mutlak hak vasfıyla her zaman ve herkese karşı ileri sürülebilen inhisari bir erk ve iktidar hakkı olduğunun tezahürüdür. Tapu iptali ve tescil davalarının kabulü hâlinde kesinleşen ilam tapu sicilinde ve

437 İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Kanuna Karşı Hile Kavramının Aile Hukukundaki Görünümünün Suç Genel Teorisi Meseleleri Bağlamında Değerlendirilmesi**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ocak 2013, S. 12, (s. 255–282), s. 273.



malik hanesinde değişikliğe sebep olacaktır. İlam lehtarını kesin hüküm sayesinde dava ettiği taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkını kısıtlayan her türlü kısıtlamadan arınmış olarak teslim ve tescilini arzu edecektir. Ancak hayatın olağan akışında, kişiler, hayatlarının iyaşesi ve bu uğurda meşgalelerini yahut zanaatlarını idame ettirmek için gerçekleştirdikleri borçlanma, kredi ve teminat ilişkilerinden mütevellit alacaklıları için güvence oluşturan taşınmazlarını ipotek verebilecekleri gibi ödeme güçlüğüne düştüklerinde icra takibi ve hacze de maruz kalabileceklerdir. Kaldı ki, taşınmaz maliklerinin, alacaklılarından mal kaçırmak ya da haklarındaki mevcut veya muhtemel bir icra takibini yahut davayı semeresiz bırakmak için dahi üçüncü kişiler ile işbirliği içinde muvazaalı olarak taşınmazlarını şahsi ya da aynî haklarla yükümlü kılmaları da tecrübe edilmektedir.

Tapu iptali ve tescili davasının şahsi hakka dayanması hâlinde, davanın kabulü ile oluşacak kesin hüküm otoritesi, aynı taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden üçüncü kişilerin lehtarını olduğu şahsi ve aynî hakları etkilemeyecek, bilakis, taşınmaz hangi haklarla yükümlü ise ilam lehtarını da o vaziyette taşınmazı mahkeme hükmüne bağlı olarak iktisap edeceğinden, ilam lehtarını kural olarak bu takyidatlara katlanmak zorunda kalacaktır. Zira gerek şahsi, gerekse aynî haklar gerçek malik üzerinden kazanılmıştır. Bu hukuki sonuç, şahsi hakka dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabulü ile yeni bir hukuki ilişki kurulup, tesis edilen karar inşai nitelikte olduğundan, kural olarak hükmün geleceğe etkili olacağı gerekçesiyle de savunulabilecektir. Meğerki kısıtlamanın dayanağı hukuki işlem, takip ya da dava muvazaa ve işbirliğine dayalı olarak yapılsın. Kaldı ki, bu ihtimalde, ilam alacaklısı taraf olmadığı hâlde, muvazaa ya da kanuna karşı hile oluşturan takip ya da hukuki işlemin Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi gereği iptalini isteyebileceği gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 376. maddesi gereği mahkeme hükmünün iptalini de talep edebilecektir. Bu cümleden olarak: Dava konusu hakkında, ihtiyati tedbir kararı verilmesi ya da şahsi hakların tapu siciline şerh verilmesi ihtimalinde, dava konusu taşınmaza yük teşkil eden veya sınırlama getiren şahsi yahut aynî takyidatlar, ilam lehtarına karşı ileri sürülemeyecektir. Şayet tapu iptali ve tescili davası özünde yolsuz tescil iddiası üzre kurgulanmış ise, davanın kabulü ile oluşan kesin hüküm otoritesi; tapu sicilindeki malik, maddi hukuk kuralları gereğince gerçek malik olmayıp, şekli malik konumunda bulunduğundan, şekli malikin iradesi ile aynı taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden diğer kısıtlamaları da mürtefi kılacaktır. Nitekim bu hukuki gerekçe; yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasının, maddi hukuka ilişkin bir tespit hükmü niteliğine binaen sonuçlarının geçmişe sari olacağını ihtiva eden mahiyeti ile de



desteklenecektir. Hukuki durumun tespiti bakımından doğrudan ortaya çıkan bu sirayet hâlinin, inşai tesirine merbut hukuki sonuç için, ya aynı davada, dava konusu taşınmazın şekli maliki yanında aynı taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden diğer takyidat lehtarlarının da davalı gösterilmesi ya da tapu iptali ve tescil davasının kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesini müteakip ayrı bir dava ile takyidat lehtarlarının da davalı gösterilmesi gerekecektir. Zira kesin hüküm, ancak taraflar için bağlayıcı olup, onlar bakımından sonuç doğuracağından, tapu iptali ve tescil davasında taraf olmayan takyidat lehtarları için söz konu ilam bağlayıcılıktan vareste olacağı gibi, onlara karşı infazı da mümkün olmayacaktır. Yolsuz tescile mebni tapu iptali ve tescil davasının kabulü ile oluşan kesin hükmün konusunu oluşturan taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden kısıtlamalar sınırlı aynî hak niteliğinde ise, bu ihtimalde üçüncü kişilerin iyiniyetli olması hâlinde tapuya güven ilkesinden (TMK. 1023) faydalanmaları hukuken mümkün olacaktır.



KAYNAKLAR

ADAY Nejat, **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, İstanbul 1992.

AKKANAT Halil, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, İstanbul 2010.

ALANGOYA/Yavuz, YILDIRIM/M.Kamil, Deren-Yıldırım/NEVHİS, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul 2009.

ARSLAN Ramazan, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusuna Getirdiği Yenilikler**, Bankacılar Dergisi Özel Sayı, Ocak 2013, (s. 7- 27).

BİLGE Necip, **Borçlu Hakkındaki Kesin Hükümün Kefile Tesiri**, AD 1954/5, (s. 592-602).

BORAN-Güneysu, Nilüfer, **Medeni Usul Hukukunda Karar**, Ankara 2014.

BUZ Vedat, **Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2005.

ÇENBERCİ Mustafa, **Hukuk Davalarında Kesin Hüküm**, Ankara 1965.

DAVRAN Bülent, **Rehin Hukuku Dersleri**, İstanbul 1972.

DOMANIÇ Hayri, **Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti**, İstanbul 1964.

DURAL Mustafa/ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku**, İstanbul 2003.

EREM Faruk, **Ceza Usulünde Kesin Hüküm**, AÜHFD, 1963/1-4, (s.37-52).

ERMAN Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul 2010.

FEYZİOĞLU Feyzi N/DOĞANAY Ümit/AYBAY Aydın/, **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul 1976.

GENÇCAN Ömer, **Miras Hukuku**, Ankara 2011.

GÖZLER Kemal, **Res Judicata'nın Türkçesi Üzerine** AÜHFD 2007 S.2, (s. 45-61),

GÜVENÇ Özgür, **Taşınmazların İnançlı İşleme Devri**, Ankara 2014.

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, Ankara 2016. (Kesin Hüküm)



İYİLİKLİ Ahmet Cahit, *Kanuna Karşı Hile Kavramının Aile Hukukundaki Görünümünün Suç Genel Teorisi Meseleleri Bağlamında Değerlendirilmesi*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ocak 2013, S. 12, (s. 255-282). (Kanuna Karşı Hile)

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Taşınmaz Mülkiyetinin Tescilden Önce İktisap Hallerinden Mahkeme Hükmüne Göre İktisap Eden Kişinin İhalenin Feshi Davası Açmaya Yetkisi Bulunup Bulunmadığı Üzerine Düşünce ve Tahliller**, TAAD, 2016, S. 27, (s. 515- 547). (Tescilsiz İktisap).

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Mirasçılık Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Haziran 2017, S. 9, (s. 281-382). (Mirasçılık Belgesi).

KILIÇOĞLU Ahmet, **Miras Hukuku**, Ankara 2015.

KOCAYUSUPFAŞAOĞLU Necip, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul 1959.

KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, **Sınırlı Aynî Haklar**, İstanbul 1982-1983.

KURU Baki, **Tespit Davaları**, İstanbul 1988.

KURT Ekrem, **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul 2004.

MERİÇ Nedim, **Türk- İsviçre Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları**, Ankara 2015.

OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/ OKTAY- Özdemir Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2015.

OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, İstanbul 2011.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul 1966, C I-II.

ÖĞÜZ Tufan, **Taşınmazlar Üzerinde Aynî Hak İktisabında İyiniyetin Korunmadığı Hâller**, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, İstanbul 1988.

ÖNEN Ergun, **İnşai Dava**, Ankara 1981.

ÖZ Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 2013. (İnşaat Sözleşmesi)

ÖZ Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul 1989. (Dönme).

ÖZÇELİK Ş. Barış, **Tapu Siciline Güvenin Korunması**, Ankara 2016.



ÖZKAYA-Ferendeci, HAMİDE Özden, **Kesin Hükümün Objektif Sınırları**, İstanbul 2009.

PARLAK-BÖRÜ Şafak, **Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri**, TBBD, 2017, S. 128 (s. 231- 272).

Özsunay Ergun, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul 1986.

PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 13. Basım, Ankara 2012.

PEKCANITEZ Hakan/ÖZEKES Muhammet/AKKAN Mine/TAŞ KORKMAZ Hülya, **Medeni Usul Hukuku**, C. III, İstanbul 2017. (Pekcanitez- Usul)

POSTACIOĞLU İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul 1975.

SAPANOĞLU Süleyman, **Tapu İptali Ve Tescil Davaları**, Ankara, 2015.

SAYMEN Ferit/KÖPRÜLÜ Bülent, **Medeni Hukuk Dersleri**, C.I, İstanbul 1964.

SEBÜK M. Tahir, **Şuf'a, Vefa ve İştirak Hakları**, İstanbul 1951.

SELİÇİ Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977.

SİRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, Ankara 2017.

SUNGURBEY İsmet, **Mirasbırakanın Danışıklı İşlemleri Dürüstlük Kurallarının Uygulama Alanı, Çifte Satış Sözleşmeleri**, İstanbul 1992. (Muvazaa).

SUNGURBEY İsmet, **İsviçre- Türk Hukukuna Göre İktisabı Müruru Zaman**, İstanbul 1956. (Müruruzaman).

SUNGURBEY İsmet, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, İstanbul 1970. (Kişisel Haklar).

TANRIVER Süha, **Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, Ankara 1998.

TULUAY Metin, **Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi**, DÜHFD, 1983.

TUNCER-KAZANCI İDİL, **Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar**, Legal Mihder 2012/3, C. 8, S. 23, (s. 75–126).



UYAR Talih, **İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu**, ABD, 2011/1, (s. 211- 231). (İptalin Konusu)

UYAR Talih, **İptal Davasının Sonuçları**, DEÜHFD, C. 12, Özel S. 2010, (s. 1159- 1181). (İptalin Sonuçları).

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Kesin Hükümün Hukuki Haleflere Etkisi, Makaleler, İctihat Tahlilleri ve Çeviriler**, Ankara 2010 (Kesin Hüküm).

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, İstanbul 2000 (Medeni Yargılama).

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, İstanbul 1959. (Tapu Kütüğü).

VARDAR-HAMACIOĞLU, GÜLŞAH, **Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı**, İstanbul 2014.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, **Türk Medeni Hukuku**, C. I, Umumi Esaslar, İstanbul 1956.

VON Tuhr Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, C. 1, (çev. Cevat Edege), İstanbul 1952.

YAKUPPUR Sendi, **Tapu Kütüğüne Güven İlkesi**, İstanbul 2015.

YASAN Candan., **Kesin Hükümün Zaman İtibari İle Etkisi**, DEÜHFD, C. 11, S. 2009, (s. 651-686).

YAVAŞ Murat, **Medeni Usul Hukukunda Temyiz**, Ankara 2015.

YILMAZ Ejder, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, C.I, Ankara 2001.

YILMAZ Ejder, **Usul Ekonomisi**, AÜHFD, 2008, C.57, S.1. (s. 243-274).



İDARİ YARGILAMA USULÜNDE ISLAH

(Amendment in Administrative Proceeding)

Dr. Seyfettin KARA¹

ÖZ

İdari dava çeşitlerinden olan tam yargı davaları ile idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olan kişiler tarafından zararlarının tazmini istenir. Tam yargı davasında dava dilekçesinde miktarın belirtilmesi gerekir. Dilekçede belirtilen miktar çoğu zaman gerçek zarar olmayabilir. Zira gerçek zarara karşılık gelen tazminat miktarı çoğu zaman bilirkişi incelemesi sonucu ortaya çıkar.

İdari yargılama usulünde ıslah düzenlemesinden önce gerçek zararın tazminine hizmet edecek bir düzenleme yoktu. İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarından olan ıslah kurumu 2013 yılında İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu idari yargılama usulünde uygulama alanı bulmuştur. Söz konusu ıslah düzenlemesinden sonra bir defaya özgü olmak üzere dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılması imkânı tanınmak suretiyle kişilerin uğradığı gerçek zararın idarece karşılanması olanağı getirilmiştir. Bu sayede hak arama özgürlüğü ve adil yargılama hakkının önündeki bir takım engeller kaldırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk devleti, hak arama özgürlüğü, idari yargı, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, ıslah, tam yargı davası, usul ekonomisi, davanın konusu, gerçek zarar

ABSTRACT

Full remedy lawsuit, a kind of administrative lawsuits, is a claim request by a person or entity to be compensated for a loss or an injury caused by administrative acts, actions and/or decisions. A claimant has right to request from administrative court to decide such loss to be indemnified by the responsible administrative authority but at the same time he/she is obliged to state loss/compensation amount he demands in

1 Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari İstinaf Dairesi Üyesi ♦ seyfettinkara@yahoo.com



his/her complaint. Considering the fact that in almost all lawsuits, actual damages are calculated by experts appointed by competent courts, the amount stated on the claimant's complaint, the expert report and the verdict may differ from each other.

The Right to Amend is provided following the amendment to the Administrative Procedure Law in 2013 as an exception to the general rule of prohibition of extension and modification of claim and defense. Prior to the amendment, there was no room for parties to an administrative lawsuit to correct and /or amend their claim in accordance with the provisions of previous Administrative Procedure Law, Following the amendment, however, a claimant is authorized to apply to competent court during a pending lawsuit to increase compensation amount he/she demands, especially when calculation of expert appointed by court is higher than compensation amount demanded by claimant in his complaint. Lack of the Right to Amend was an important hindrance before parties to an administrative lawsuit, and the amendment, however, provides an opportunity to parties to remove such hindrance and enjoy the right to due process.

Keywords: Constitutional state, freedom to seek rights, administrative jurisdiction, prohibition of extension and modification of claim and defence, amendment, full remedy lawsuit, procedural economy, the subject of the case, actual loss

GİRİŞ

Hak kavramını, *"hukukça korunan ve bundan yararlanılması hak sahibinin ya da temsilcisinin iradesine bağlı bulunan menfaatler"*² ya da *"hukuk düzeni tarafından kişilere tanınmış olan yetki"*³ şeklinde tanımlamak mümkündür. Hukuki güvenceye bağlanmış bir hakkın ihlal edilmemesi esastır. Kişiler hukuken kendilerine tanınan hakları herkese karşı ileri sürebilirler. Başka bir deyişle, kişilerin hak arama özgürlüğüne sahip olması gerekir. Bu durum, kamu düzeniyle de yakından ilgilidir. Nitekim, hukukun temelinin hak kavramına dayandığı ve hukuk olmadan bir toplumun düzeninin sağlanamayacağı düşünüldüğünde, hak arama özgürlüğünün tanınmasının ne kadar önemli olduğu ortaya çıkar. Öte yandan, kişilere hak olarak verilen bir şeyin, korunması görevi de devlete düşmektedir.

2 Aydın ZEVKLİLER – M. Beşir ACARBEY – K. Emre GÖKYAYLA, **Medeni Hukuk**, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 120.

3 Ahmet M. KILIÇOĞLU, **Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, C. I**, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 11; Bülent KÖPRÜLÜ, **Medeni Hukuk, Genel Prensipler - Kişinin Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul 1984, s. 16.



Çünkü devlet, toplum içinde en büyük otorite olarak, egemenlik alanı içindeki hak ihlallerini ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Kural olarak, devlet hak ihlalinde bulunamaz. Buna aykırı bir düşünce devletin varlık nedenini ortadan kaldırır⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında hukuk devleti, "... Bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlilik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir⁵" şeklinde tanımlanmıştır.

Hukuk devleti ilkesi, bünyesinde birçok alt ilke içeren genel bir ilke olduğundan; ancak diğer bazı ilkelerle birlikte ele alındığında tamamen kavranabilir. Buna göre, hukuk devleti ilkesinin hemen herkesçe kabul edilen temel unsurlarını: Yasal idare ilkesi, kanunların genelliği ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi, kazanılmış haklara saygı ilkesi, yasaların ve idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olması, yargı bağımsızlığı, kanuni hâkim güvencesi, hak arama hürriyeti, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi, idarenin yargısal denetimi, kuvvetler ayrılığı, devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi, idarenin mali sorumluluğu, yasama organından yürütme organına yetki devri koşullarının önceden belirlenmiş olması ve belki de sayılan unsurların birçoğunu kapsayan hukuki güvenlik ilkesi olarak sıralamak mümkündür⁶. Görüldüğü gibi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulları arasında, idarenin yargısal denetimi ve hak arama özgürlüğü de yer almaktadır.

4 Mesut AYDIN, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Y. 2006, S. 61, s. 2-3.

5 Anayasa Mahkemesinin 26.11.1997 tarih ve E: 1997/54, K: 1997/67 sayılı kararı, **AMKD**, C: 1, S: 36, s. 125; Başka bir kararında: "Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde, kanun koyucu organ da dahil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hakimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lazımdır." şeklinde tanımlanmıştır. (AYM, 11.10.1963 tarih ve E: 1963/124, K: 1963/23 sayılı kararı, **AMKD**, S: 1, s. 348).

6 Nami ÇAĞAN, Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, **AÜHFD**, C. 37, S. 1-4, 1980, s. 137; Zafer GÖREN, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 146 vd; Turgut TAN, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2011, s. 591-593.

Hukuk düzeninde özgürlük, insan onuru, huzur, güvenlik, *adalet* ve eşitlik gibi değerler çok önemli rol oynar⁷. Hukukun konusu ve amacı, toplumda hukuk düzenini kurmak, sürdürmek ve *adaleti* sağlamaktır⁸. Dolayısıyla bu hukuk kurallarına uyulup uyulmadığı yargı organlarınca gözetilir. Ülkemizde yargılama işlevi bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirilir⁹. Yargılamanın amacı da, adaletli karar vermektir¹⁰. Adaletli karardan maksat, davanın tarafları olan davacı ve davalıyı tatmin etmek suretiyle taraflar arasındaki uyuşmazlığı kesin olarak ortadan kaldıran, aynı zamanda toplumsal barış ve adaleti sağlayandır. Adaletli kararlar hem davanın tarafları hem de toplum vicdanı tatmin olmalıdır.

Yargılama usulünde kalıp ve kurallarıyla kimlik bulmuş hukuksal kurumlar vardır. Bu kurumlardan bir kaçını feragat, kabul, ibra ve sulh olmak üzere sayabiliriz. Yine bu kurumlardan bir diğeri de makale konumuz olan “*ıslah*” kurumudur. Adli yargıda ıslah kurumu yıllardır uygulanı gelmiştir. Ancak idari yargıda ıslah kurumunun uygulanması söz konusu olmamıştır. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda (İYUK) 2013 yılında yapılan değişiklik sonucu ıslah kurumu idari yargıda da uygulama alanı bulmuştur¹¹.

Bu çalışmada, adli yargılama usulünde uygulanan ve 2013 yılında yapılan kanun değişikliği ile idari yargılama usulüne yeni girmiş bir kurum olan ıslahın idari yargıda hangi dava türlerinde uygulanacağı, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının ne anlam ifade ettiğine kısaca değinilecektir. Sonrasında, söz konusu yasağın istisnalarından olan ıslahın tanımı, çeşitleri ve amacı, ıslahın

- 7 Adnan GÜRİZ, **Hukuk Felsefesi**, Kazancı Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2003, s. 47.
- 8 Yaşar KARAYALÇIN, **Hukukta Öğretim – Kaynaklar – Metod**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. Baskı, Ankara, 1986, s. 74.
- 9 1982 Anayasası m. 9: “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.” (www.tbmm.gov.tr). Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin 1. maddesi ile yargı yetkisini düzenleyen 1982 Anayasası’nın 9. maddesinde; “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” şeklinde değişiklik yapılması teklifi getirilmiş ve söz konusu teklif Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde kabul edilmiştir. Referandum sonucuna göre yargı yetkisini düzenleyen söz konusu Anayasa maddesinin değiştirilmesi gündeme gelecektir. (www.sabah.com.tr/galeri/turkiye/yeni-anayasa).
- 10 Ejder Yılmaz, **Medeni Yargılama Hukukunda İslah**, Kazancı Matbaacılık Sanayii, İstanbul, 1982, s. 6.
- 11 İdari Yargılama Usulü Kanununun 16. maddesinin 4. fıkrasına 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanunun 4. maddesiyle eklenen cümle olan “...Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.” hükmü ile ıslah kurumu idari yargıda uygulama alanı bulmuştur. (www.mevzuat.gov.tr).



uygulanması için gereken şartlar ile ıslahın zamanı ve şeklinin nasıl olacağına değerlendirilmesi yapılacaktır. Nihayetinde ıslahın ne gibi sonuç doğuracağı, ıslahın adli yargılama usulü ile idari yargılama usulü arasındaki benzerlik ve özellikle de ayrışan yönleri ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bunun yanında, olması gereken anlamında ıslahın idari yargıda hangi konularda uygulanmasının faydalı olacağı yönünde kanaatler belirtilecektir.

I. İDARİ DAVA ÇEŞİTLERİ

Yürütme organının işlem ve eylemlerinin denetlenmesi bazı ülkelerde özel yargı organlarına bırakılmıştır¹². Ülkemizde de idarenin işlem ve eylemlerinin denetimi idari yargıya bırakılmıştır. İdari mahkemeler tarafından idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olup olmadıklarının denetimi yapılır. İslah kurumunun idari dava çeşitlerinden hangisinde uygulandığını ve olması gereken anlamında uygulanabileceğini değerlendirebilmemiz için kısaca idari dava çeşitlerinin ne olduğunu incelemekte yarar görmekteyiz.

A. İptal Davası

İdari işlemlerden dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar iptal davalarıdır (İYUK m. 2/1. fıkra). İptal davası, idarelerin hukuka uygun davranması sağlanarak hukuk devletini gerçekleştiren önemli yollardan biridir. Zira bu davaların hukuk devleti ilkesini yaşama geçirmesi işlevi nedeniyle iptal davalarının objektif olduğu kabul edilir¹³. İptal davaları sadece idari işlemlere karşı açılabilir (İYUK m. 2/1. fıkra). İdari işlemlerde, idarenin iradesi tek başına hukuki sonuç doğurur ve ilgili kişilerin herhangi bir iradesi söz konusu olmaz¹⁴. Bir idari işleme dava açılabilmesi idari işlemin öncelikle kesin ve yürütülmesi zorunlu olmasını gerekir. Kesin ve icrai olmasından maksat, kişilerin hukukunu herhangi bir şekilde etkilemiş olmasıdır¹⁵. Bunun yanında bir idari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için idarelerin tek yanlı irade açıklamasının bir ürünü olması gerekir¹⁶. Zira ortada bir idari işlem yoksa veya idari işlem

12 Mehmet AKAD – Bihterin Vural DİNÇKOL, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2009, s. 316.

13 Turan YILDIRIM – Melikşah YASİN – Nur KAMAN – H. Eyüp ÖZDEMİR – Gül ÜSTÜN – Okay TEKİNSOY, **İdare Hukuku**, XII Levha Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, Ekim 2013, s. 736.

14 Celal ERKUT, **İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s. 16.

15 Zehreddin ASLAN – Kahraman BERK, **İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar**, İstanbul, 2002, s. 233.

16 Turgut CANDAN, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları,

idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülebilir nitelikte değilse ya da idari eylem ve idari sözleşme ise iptal davasına konu edilemez.

İdari dava çeşitlerinden iptal davalarında ıslah imkânı tanınmamıştır. Zira İYUK uyarınca ıslah, dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılması ile sınırlıdır. İptal davalarında ise idari işlemlerin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla iptali istendiği için dava konusu belli bir miktar para değildir. Bu bağlamda iptal davalarında ıslah söz konusu olmaz. Çünkü iptal davalarında mahkemeden parasal bir talep değil, yapılan hukuki işlemin hukuka aykırılığı nedeni ile iptali istenir. Bu ise bir kere talep olduktan sonra idari yargının resen araştırma ilkesine göre çözmek zorunda olduğu bir durumdur. Ancak iptal davalarında da aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek hususlarda (dava konusunun değiştirilmesi ve davacıda ıslah gibi) ıslah imkânı tanınmasının usul ekonomisi bağlamında faydalı olup olmadığı tartışılacaktır.

B. Tam Yargı Davası

İYUK 2/1(b) maddesine göre, “İdari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından zararlarının tazmini istemiyle açılan davalar” tam yargı davalarıdır. İdari eylemler, idari işlemlerin aksine, idarenin maddi fiilleridir. Başka bir ifadeyle idarenin tutum ve davranışlarıdır¹⁷. Tam yargı davası parasal tazmin aracı olduğundan dolayı tam yargı davaları ile tam olarak kişilerin uğradığını ileri sürdüğü maddi ve/veya manevi zararlarının tazmini idari mahkemelerden istenir¹⁸. İdareler Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında ifade edilen mali sorumlulukları çerçevesinde zarara uğrayan kişilerin idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararları ödemek zorundadır. Zira idarenin yargısal denetiminin sonuçlarından biri de idarenin mali sorumluluğudur¹⁹.

İptal davasının konusunu yalnızca idari işlemler oluşturmasına rağmen tam yargı davasının konusu idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmeler oluşturabilir. Ayrıca iptal davasını menfaatleri ihlal edilenler açabilirken, tam yargı davasında dava açma ehliyeti sınırlandırılmış ve sadece kişisel hakları doğrudan muhtel olanların tam yargı davası açabilmesine imkân tanınmıştır²⁰.

2. Baskı, Ankara, Ekim 2006, s. 72.

17 Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku, C. II*, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s. 1173.

18 Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II*, İstanbul, 1966, s. 1797; Metin CÜNDAY, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2002, s. 49.

19 Elvin Evrim ÖZCAN, İdari Yargılama Hukukunda İslah, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 92, 2011, s. 224.

20 Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 15. Baskı, Ankara



İdari dava çeşitlerinden olan iptal davalarına karşı dava açılabilmesi için “*menfaat ihlali*” kriteri aranmakta, tam yargı davalarında ise menfaat ihlalden daha dar bir kavram olan “*hakkın ihlal edilmesi*” aranmaktadır. Zira menfaat ihlali için genellikle yalın bir ilişki yeterli olur²¹. Dolayısıyla tam yargı davası ile bir hakkın teslim edilmesi imkânı sağlanmakta iken, iptal davalarında bir hakkın teslim edilmesinden daha fazlası öngörülmüştür. Bir başka deyişle, iptal davaları ile tam yargı davaları gibi bir hakkın teslim edilmesi söz konusu olmayıp, idarenin işlemlerinin hukuka uygun olup olmadıklarının denetlenmesi yapılmakta ve idarelerinin hukuk kurallarına uygun davranmaları sağlanmaktadır. Bu sebeple idari işlemin mahkemece iptal edilmesi durumunda iptal edilen işlem yapıldığı tarihe kadar geriye yürür ve hiç yapılmamış sayılır. Bunun yanında tam yargı davası hükmü sadece dava açan kişi açısından hüküm ifade ederken²²; iptal hükmü sadece davacı açısından değil, işlemle ilgisi olan herkes açısından hüküm ifade eder²³.

İslah kurumuna idari dava çeşitlerinden sadece tam yargı davalarında başvurma imkânı getirilmiştir. Tam yargı davasının konusu belli bir miktar paranın ödenmesi olduğu için ıslah yoluyla dava dilekçesinde belirtilen miktar bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir. Öte yandan dava dilekçesinde belirtilen miktarın azaltılması mümkün değildir. İslah yoluyla dava dilekçesinde belirtilen miktarın azaltılması imkânı tanınmasının pratikte faydası olup olmayacağı aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

C. İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar

Sözleşme, iki veya daha fazla tarafın karşılıklı olarak iradelerini açıklaması ve bu açıklanan iradelerin uyuşması sonucunda oluşur. Kural olarak, özel hukukta sözleşme serbestisi söz konusu olup, taraflar hem sözleşme yapmakta hem de içeriğini belirlemede serbesttir. Özel hukuktaki sözleşmelerin yanında idare hukukunda da sözleşmeler vardır. İdari sözleşmeler, kamu kurum ve kuruluşlarının, idare hukuku kurallarına dayanarak yaptığı sözleşmelerdir²⁴.

2002, s. 265.

21 İlhan ÖZAY, *Günüşiğında Yönetim II*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.135.

22 Turgut TAN, *İdare Hukuku*, s. 952.

23 Turan YILDIRIM – Melikşah YASİN – Nur KAMAN – H. Eyüp ÖZDEMİR – Gül ÜSTÜN – Okay TEKİNSOY, *İdare Hukuku*, s. 800; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, s. 898.

24 Turgut TAN, *İdare Hukuku*, s. 291.



İdari sözleşmelerde özel hukuk sözleşmeleri gibi sözleşmenin tarafları arasında mutlak anlamda bir eşitlik söz konusu değildir. İdari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayıran, sözleşmenin taraflarından olan idarenin sözleşmede üstün olması ve idare hukuku kurallarına göre yapılmasıdır. Bu sebeple de idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü idari yargının görev ve yetki alanındadır.

İYUK 2/1(c) maddesine göre, “Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” idari sözleşmelerden doğan davalardır.

İYUK'ta ifade edilmiş olmakla birlikte burada yeni bir dava çeşidinin değil, yeni bir idari uyuşmazlık kaynağının tanımı yapılmıştır²⁵. Başka bir ifadeyle, idari sözleşmelerden doğan ayrı ve kendine özgü bir dava türü Türk idare hukuku öğretisinde ve uygulamasında bulunmamaktadır. Bu bağlamda idari sözleşmelerden doğan davalar ya bir iptal davasıdır ya da bir tam yargı davasıdır. İptal davası şeklinde açılan idari sözleşmelerden doğan davalarda ıslah yoluna başvurma hakkı söz konusu değildir. Eğer tam yargı davasının temelinde bir idari sözleşme varsa bu davada da ıslah yoluna başvurulabilir.

II. İDDİA VE SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ YASAĞI

Hukuk yargılamasında iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, başka bir deyişle “davanın genişletilmesi yasağı” söz konusudur. Yargı önüne gelen bir uyuşmazlıkta ne davacı dava dilekçesinde ne de davalı savunma dilekçesinde ileri sürdüğü hususların dışında başka bir hususu yargılamanın hiç bir aşamasında açılan dava kapsamında ileri süremez. Zira bu hususların dava ve savunma dilekçesi dışında ileri sürülmesi durumunda iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile karşılaşılır²⁶.

Mahkemelerin uymak zorunda olduğu ilkelerden biri de iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağıdır. Bu ilkeyle amaçlanan davanın taraflarının iddia ve savunmalarını davanın başında yapmaları ve

25 Turgut CANDAN, a.g.e., s. 191.

26 İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan PEKCANİTEZ – Oğuz ATALAY – Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 300-308; Mahmut BİLGİN, **Hukuk Yargılamasında İslah**, Adalet Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 5-17; Mehmet Akif TUTUMLU, **Kuram ve Uygulama Işığında Medeni Usul Hukukunda İslah**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 112-122.



sonraki aşamalarda şu veya bu nedenle iddia ve savunmalarını değiştirip genişletmemelidir. Bu yasak katı uygulanırsa yargılamanın başında yapılan hata ve eksiklikler hiç bir suretle düzeltilemez ve değiştirilemez. Bunun sonucu da adaleti sağlama görevi olan mahkemelerin, hükümlerinin kimi zaman eksik kimi zaman da hatalı olmasına yol açar. Bu tür kararların çokluğu da mahkemelere ve dolayısıyla yargıya olan güveni zedeler. İşin doğal sonucu olarak da mahkemelerden yakınmalar başlar. Yargıya ve mahkemelere olan güvenin azalmaması için iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının katı bir şekilde uygulanmasının önüne geçilmelidir. Nitekim bu yasağın istisnalarından biri olarak “ıslah” kurumu öngörülmüştür²⁷. Islah kurumu sayesinde yargılamanın başında yapılan hata ve eksikliklerin düzeltilmesi imkânına sahip olunacaktır. Bunun sonucunda da adalet dağıtma görevi olan mahkemeler tarafından haklı olana hakkının tam olarak teslim edilmesi sağlanacaktır.

İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının katı olarak uygulanması ve bu yasağa esneklik tanınmaması faydadan çok zarar getirir. Böyle bir durum çok büyük hak kaybına neden olabilir. Yargılamanın temel amacı adaletli karar vermek olduğuna göre katı bir şekilde bu yasağın uygulanması hem mahkemelerin adaletli karar vermesine hem de usul ekonomisi²⁸ anlamda yargılamanın ucuz ve süratli çözümlenmesine engel olur. Anayasanın usul ekonomisi kaidesine ilişkin 141. maddesinin son fıkrasında; davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda bu yasağın olumsuzluklarını ortadan kaldırmak amacıyla birtakım istisnalar öngörülmüştür. İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnaları feragat, kabul, dava konusunun devri ve bu makalenin konusu olan ıslahtır. Islah kurumu ile açılan bir dava sonuçlanıncaya kadar davanın taraflarına bir defaya mahsus olmak üzere iddia ve savunmalarını genişletme ve/veya değiştirme imkânı tanınmış olur.

İdari yargıda hem dava dilekçesinin hem de savunma dilekçesinin şekli, içeriği ve hangi süreler içinde mahkemeye sunulması gerektiği hususları İYUK'ta düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre özel kanunlarında başka bir dava açma süresi öngörülmemişse 60 gün içinde idare mahkemelerine, 30 gün içinde de vergi mahkemelerine dava açılmalıdır. Dava açma süresinin başlangıcı da yazılı bildirim yapıldığı günü izleyen gündür.

27 Ahmet Kürşat ERSÖZ, İdari Yargıda Islah ve Uygulaması, **Konya Barosu Dergisi**, Yıl: 41, S. 24, Temmuz/2013, s. 90.

28 Usul ekonomisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Cumhuriyet RÜZGARESEN, **Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.



Kanunda yazılı dava açma süreleri geçirildikten sonra açılan davalarda mahkemelerce işin esası incelenmeksizin doğrudan süre ret kararı verilir. Yine açılan bir davada davalının, dava dilekçesinin tebliğini izleyen günden itibaren cevap verme süresi 30 gündür. Bu süre geçirildikten sonra verilen savunmalara dayanılarak hak iddia edilemez²⁹.

Hukuk düzeninde taraflardan herhangi birinin talebi olmaksızın hâkimin kendiliğinden harekete geçip dava açabilmesi ve karar verebilmesi söz konusu olamaz. Mahkemeleri mutlaka taraflar harekete geçirmelidir. Yargılama iddia ve savunmadan oluştuğu için³⁰ hâkim, kanundaki usul ve sürelerle uygun olarak iddia ve savunmaları aldıktan sonra bir karar verebilir. Dolayısıyla bir davanın yanlış veya eksik açıldığının yargılamaya bakan hâkim tarafından farkına varılması durumunda bu yanlışlık ve/veya eksikliğin hâkimce düzeltilmesi söz konusu olamaz. Sadece idari yargıda dava dilekçesinde davanın konusunun ne olduğu tereddüde mahal bırakmayacak şekilde açık ve net olarak anlaşılamiyorsa idari mahkeme, dava dilekçesinin reddine karar vermek suretiyle davacıya dava konusunu açık ve anlaşılır kılma hususunda bir fırsat verir.

Adli yargıda uygulanan iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı idari yargıda da benimsenmiştir³¹. İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının idari yargıdaki görünümü, davanın taraflarının kanunda öngörülen sürelerin geçmesinden sonra verecekleri dilekçe ve savunmalara dayanarak hak iddia edemeyecekleridir (İYUK m. 16/4).

İdari yargıdaki iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı asıl olarak dava açma ve açılan davaya cevap verme süresinin bitmesinden sonra başlar³². İdari yargılama usulünde öngörülen bu yasağın kaynağı İYUK'tur. Zira idari yargıda öngörülen dava açma ve cevap verme süresi geçmeden ek bir dilekçe ile dava dilekçesi ve savunma dilekçesinde bulunmayan istem dışında başka bir istemde bulunulabilir. Örneğin;

29 İYUK m. 7/1; “Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hâllerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür.”

İYUK m. 16/4; “Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler.” (www.mevzuat.gov.tr).

30 Yargı ve yargılama deyince aklımıza öncelikle çekişmeli yargı işleri gelir. Davacı ve davalı, dolayısıyla iddia ve savunma çekişmeli yargıda söz konusu olur. Çekişmesiz yargı istisnai olup, çekişmesiz yargıda kural olarak taraflar arasında bir uyuşmazlık da söz konusu olmadığı için karşı taraf olan davalı da bulunmaz. Mine Akkan, **Hukuk Dili ve Adli Yazışmalar**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, Ağustos 2015, s. 50.

31 Hakkı MÜDERRİSOĞLU, **Danıştay Kanunu ve Danıştay Yargılama Usulü**, Ankara 1978, s. 721.

32 Ahmet Kürşat ERSÖZ, **İdari Yargıda İslah ve Uygulaması**, a.g.m., s. 91.



davacı dava dilekçesi ile 33.000 TL maddi zararın tazmini istemiyle açmış olduğu davada faiz istemeyi unuttu. Dava açma süresini kaçırmadıysa ek bir dilekçeyle faiz isteminde bulunmuşsa bu durum, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamında değildir ve söz konusu faiz istemi de mahkeme tarafından dikkate alınır. Ancak davacı, dava açma süresini geçirdikten sonra faiz isteminde bulunmuşsa bu durumda iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı gündeme gelir ve mahkemece faiz istemi dikkate alınmaz.

İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı söz konusu olmasına rağmen açılan bir davada davanın taraflarından birince yargılama aşamasında ileri sürülüp de karşı tarafın kabul ettiği hususlarda sorun kendiliğinden çözülmüş olur. Zira davanın tarafının ileri sürdüğü bir hususa karşı tarafça rıza gösterilmesi bir anlamda davanın kısmen ve/veya tamamen kabulü anlamına gelir. Ancak ileri sürülen husus kabul edilmezse iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı karşımıza çıkar ve bu durumda ıslah kurumu gündeme gelir. Zira ıslahın uygulanabilmesi için karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duyulmaz.

III. ISLAH KAVRAMI VE ŞARTLARI

A. Islah Kavramı

Islah, Arapça'dan hukuk dilimize geçmek suretiyle yerleşen hukuksal kurumlardan biridir. Islahın kökeni sulh kelimesi olup, ıslah denilince ilk akla gelen düzeltmedir. Nitekim ıslahın Türkçe karşılığı "*düzeltilme, iyileştirme*" anlamındadır³³. Yine ıslahın geniş anlamı, karşı tarafın iznine veya hâkimin onayına bağlı olmaksızın, bir tarafın usule ilişkin olarak yaptığı işlemleri, gerekli giderleri ödemek şartıyla, kanunda ifade edilen süre içinde usulüne uygun olarak tamamen veya kısmen düzeltmesini sağlayan hukuksal bir çare olup, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarındandır³⁴.

İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarından olan ıslahın konusunu "*usul işlemleri*" oluşturur. Usul işlemleri de dava dilekçesi, savunma dilekçesi ve delil gösterilmesi gibidir. Yapılan hata ve yanlışlıkların düzeltilmesine imkân veren ıslahta herkes ancak kendi yapmış olduğu usul işlemlerini ıslah edebilir. Davacı ne davalının yapmış olduğu usul işlemini ne de mahkemenin yapmış

33 Büyük Türkçe Sözlük, (www.tdk.gov.tr).

34 Ejder YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2002, s. 500.



olduğu usul işlemini ıslah edebilir³⁵. Nitekim idari yargıda davacı, İYUK'ta yapılan değişiklik sonucunda, yapmış olduğu usul işlemlerinden olan dava dilekçesinde belirttiği miktarı ıslah yoluyla değiştirme hakkına sahip olmuştur. Bu bağlamda iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının sebep olduğu hak kayıplarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır³⁶.

İslah ne bir davadır ne de bir kanun yoludur. İslah kurumunu yanlışlığın düzeltilmesi ve hükmün açıklanması (tavzih) ile de karıştırmamak gerekir. Bu anlamda ıslah, kendine özgü sui generis bir yol olup³⁷ açılan bir davadaki yanlışlık ve eksikliklerin sonradan düzeltilmesi için hukuksal bir çaredir.

İdari yargıda, adli yargıdan farklı olarak, ıslah uygulaması kabul edilmemekte idi. İslah kurumunun öngörülmemiş olması da özellikle tam yargı davalarında hakkın eksik teslim edilmesine sebebiyet vermekte idi. Adli yargıda ıslah kurumu olmasına ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile söz konusu kanunu mülga eden Hukuk Muhakemeleri Kanununda³⁸ da düzenlenmesine rağmen İYUK'un Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulamasına atıfta bulunduğu 31. maddesinde ıslah kurumuna yer verilmemesi sebebiyle idari yargıda ıslah kurumunun uygulanması söz konusu olmamıştır. Ancak adli yargıda uygulanan ıslah kurumunda mülga Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca ıslah yoluyla dava konusu miktarın artırılması mümkün değildi. Söz konusu bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir³⁹. Söz konusu iptal hükmünden sonra adli yargıda dava konusunun ıslah yoluyla artırılması karar altına alınmıştır.

İYUK'un 31. maddesinde; İYUK'ta hüküm bulunmayan hâllerde hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hâllerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin huzur ve düzenini bozacak hareketlerine karşı yapılacak

35 Baki KURU – Ramazan ARSLAN – Ejder YILMAZ, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara, 2001, s. 667.

36 Mehmet KARAKUŞ, İdari Yargıda İslah, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 5, S. 17 (Nisan 2014), s. 387.

37 Ejder YILMAZ, **Medeni Yargılama Hukukunda İslah**, s. 25.

38 Adli yargılama usulündeki ıslah kurumu düzenlemeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 176 – 183. maddeleri arasında tanzim edilmiştir.

39 Anayasa Mahkemesi'nin 20.7.1999 tarih ve E.1999/1, K. 1999/33 sayılı kararı, (<http://www.anayasa.gov.tr>).



işlemler ile elektronik işlemlerle sınırlı olmak üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Zira bu maddede sayılmayan konularda Hukuk Muhakemeleri Kanununun uygulanmayacağı açık ve net bir şekilde ortaya konmuştur⁴⁰. Bu sebeple de adli yargılama usulünde uygulanma imkânı bulan ıslah kurumu idari yargılama usulünde uygulanmamıştır. Nitekim söz konusu maddenin "...hâkimin davaya bakmaktan memnuniyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hâllerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde ..." bölümünün "idari yargıda görülen tam yargı davalarında davacının katlandığı zararı tam olarak bilemediği, bu nedenle dava tarihinde gerçek zararın ortaya konulmadığı hâllerde usule ilişkin yargısal sorunlarla karşılaşıldığı, idari yargı uygulamasında fazlaya ilişkin hakların saklı tutularak dava açılmasının olanaklı olmadığı, itiraz konusu kural ile özel hukuktan kaynaklanan ve adli yargıda görülen bir davada dava konusu miktarın ıslah yoluyla artırılması mümkün iken, 2577 sayılı Yasa'nın 31. maddesindeki kural gereğince idari yargıda görülmekte olan davalarda bunun mümkün olmaması nedeniyle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu" iddiasıyla iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Yüksek Mahkeme de söz konusu başvurunun reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde de, "İdari Yargılamanın kendiliğinden inceleme özelliğine karşın, hukuk yargılamasındaki tarafların talebine dayanan inceleme yetkisi bağlamında usule ilişkin taraf işlemlerinin tamamen veya kısmen düzeltilmesini amaçlayan ıslah kurumuna 2577 sayılı Yasa'da yer verilmemesi, yasa koyucunun usul yasalarını belirlemedeki takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Gerçekten hukuk yargılamasında bulunmasına karşın tanık, yemin, hâli sabıka irca gibi kurumlara da yer vermeyen idari yargılama usulünün Anayasa'ya göre yasayla düzenlenen diğer usul yasaları gibi ilgili olduğu yargı yerinin özelliği ve gelişen yargılama koşullarına göre belirlenen bir sistem olduğu gözetildiğinde, her iki yargı sisteminde davacı ve davalı durumunda bulunanların aynı durumda bulunmadıkları ve bu nedenle de aynı yasa kurallarına tabi tutulmalarının gerekmediği anlaşılmaktadır."⁴¹ denilmiştir. Yargı kararlarıyla da ıslah uygulaması söz konusu olmayınca davanın başında yapılan eksiklik ve

40 Sait GÜRAN – Kemal BERKARDA – Taner AYANOĞLU – Kahraman BERKARDA, İdari Yargılama İle İlgili Konular, **Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 68. Ankara, 9 Mayıs 2003, s. 124; Aytaç ÖZELÇİ – Cemil SİMİL, İdari Yargının İşlevi Yönünden İslah Kurumu, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, Özel S. 2009, Yıl: 2010, s. 1718.

41 Anayasa Mahkemesi'nin 12.06.2008 tarih ve E.2004/103, K. 2008/121 sayılı kararı, 23.12.2008 tarih ve 27089 sayılı RG, (<http://www.anayasa.gov.tr>).

yanlışlıkların ve/veya sonradan ortaya çıkan durumların dikkate alınması mümkün olmamıştır. Bunun sonucunda özellikle idari eylemlerden doğan zararın miktarının eylemin gerçekleştiği ve davanın açıldığı anda tam olarak bilinmemesi sebebiyle tam yargı davalarında fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulması imkânı verilmemesi ve bunun yanında ıslah kurumu da olmaması sonucunda uğradığı zararların tazmini isteminde bulunan davacılar hak kaybına uğramaktaydı. Bu sebeplerle ıslah kurumunun idari yarıda uygulama alanı bulmaması konusu çok eleştirilmiştir.

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ülkemiz aleyhine vermiş olduğu ihlal kararları⁴² sonucunda İYUK'un 16.

- 42 Okçu/Türkiye Davası; (1980 yılında Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'nde mahalle bekçisi olarak görev yapan davacı, görevi esnasında silahlı soyguncular tarafından silahla vurularak yaralanmış ve bunun sonucunda sağ eli felç olmuştur. Bunun sonucunda 22 Nisan 1991 tarihinde erken emekliliğe ayrılmıştır. Zararının tazmini istemiyle İçişleri Bakanlığı'na yapmış olduğu başvurunun reddi üzerine 8 Kasım 1991 tarihinde Diyarbakır İdare Mahkemesinde 100 000 000 Türk Lirası (TRL) tutarında maddi ve 15 000 000 TRL tutarında manevi zararının tazmin istemiyle tam yargı davası açmıştır. İdare Mahkemesi 10 Mart 1995 tarihinde, başvurunun talebini kısmen haklı bularak maddi tazminat istemini reddetmiş ve manevi tazminat olarak talep ettiği tutarın gecikme faizleri eklenmeksizin ödenmesini kabul etmiştir. Söz konusu kararın temyizi üzerine Danıştay, 18 Aralık 1996 tarihinde verdiği kararda ilk derece mahkemesinin maddi tazminatla ilgili hükmünü açılan davada Devlet sorumluluğunun bulunduğu gerekçesiyle davacıya maddi anlamda bir tazminatın ödenmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur. Kararın düzeltilmesi istemi de 9 Haziran 1999 tarihinde reddedilmiştir. Bilirkişi incelemesi yapıldıktan sonra 27 Şubat 2003 tarihinde mahkeme, Danıştay'ın kararına uymuş ve başvurana davayı açarken talep etmiş olduğu tutarı, yani maddi tazminat olarak 100 YTL (yaklaşık 54 EURO) ve manevi tazminat olarak 15 YTL (yaklaşık 8 EURO) verilmesine hükmetmiştir. Gecikme faizi olarak, 30 Eylül 1991 tarihinden itibaren yasal oranlara göre hesaplanan 100 YTL eklemiştir. İlk derece mahkemesi açıklamalarında mevcut davada Devlet sorumluluğunun bulunduğunu ve başvuranın tazminat hakkına sahip olduğunu, bilirkişi incelemesi sonucunda tespit edilen zarar miktarının daha fazla çıkmasına rağmen mahkemenin tarafların davada talep ettikleri rakamlarla sınırlı kalması gerektiğini ve dolayısıyla ilgili şahsa daha fazla bir miktar verilemeyeceğini belirtmiştir. Bu karar Danıştayca 13 Mart 2007 tarihinde onanmış ve karar düzeltmeye de gidilmemesi üzerine kesinleşmiştir. İç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra kesinleşen karara karşı başvuru yapılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; ilgili sahsın ilk defa ulusal mahkemelerde dava açtığı 8 Kasım 1991 tarihi ile mahkemelerin davayı kesin olarak esastan karara bağladıkları 13 Mart 2007 tarihi arasında on beş yıl dört aylık bir sürenin geçtiğini, o dönemde Türkiye'deki baskın enflasyon ortamının hükmetmesi ve uzun yargılama süresinden kaynaklanan maddi kaybı telafi etmesi gereken gecikme faizi oranlarının yetersiz kalması dolayısıyla başvurana tahsis edilen tazminatın neredeyse sıfıra düştüğünü, sayısal değeri değişmese de (115 000 000 TRL), başvuranın Devlet'ten alacağı tazminat tutarı talep edilebileceği tarih itibarıyla azalmasına neden olan koşullar üzerinde bir etkisi olmaksızın % 99'dan fazla değer kaybına uğradığını (1991 yılında 19 000 EURO karsın 2007 yılında 54 EURO), üstelik de 8 Kasım 2002 tarihinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda başvuranın zararının 254 101 698 965 TRL (yaklaşık 158 000 EURO) olduğu yönünde tespit yapıldığını belirtmiştir. AİHM, tazminat tutarının davanın açıldığı tarihteki değeri ile talep edilebileceği tarihteki değeri arasındaki büyük farkın yargılamanın yavaş islemesinden ve gecikme faizlerinin yetersizliğinden kaynaklandığını, iç hukukta bu ihtilafli durumun üstesinden gelebilecek etkili bir itiraz yolunun olmadığı, ikiye katlanan bu tutarsızlığın başvuranı aşırı bir yük altına soktuğuna ve kamu yararı gereksinimleri ile



maddesinde yapılan değişiklik ile ıslah kurumu 11 Nisan 2013 tarihinden itibaren idari yargı düzeninde yerini almıştır. Nitekim, İYUK 16. maddesini değiştiren 6459 sayılı Kanun'un 4. maddesinin gerekçesinde de; *"AİHM, devletin sorumluluğuna ilişkin tazminat davalarında, davacıların yargılamanın yavaş işlemeden doğan zararlarını ortadan kaldıracak yeterli bir çözüm bulunmadığı yönünde ülkemiz aleyhinde ihlal kararları vermektedir. Düzenlemeyle, idarî yargıda açılan tam yargı davalarında talep edilen tazminatın daha yüksek olduğunun dava devam ederken anlaşılması durumunda, davacıya talep edilen miktarı arttırma hakkı verilmemesinin adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edilmesi sebebiyle, nihai karar verilinceye kadar ıslah suretiyle talep edilen tazminat miktarını arttırma hakkı tanınmaktadır."* ifadesine yer verilmek suretiyle AİHM'ce verilmiş olan ihlal kararları ıslah kurumunun idari yargıda uygulanmasına vesile olmuştur. Öte yandan Kanun değişikliği sonrasında ıslah kurumu idari yargıda uygulama olanağı bulmasına rağmen kapsamı son derece sınırlı tutulmuştur. Zira ıslah idari yargıda sadece tam yargı davalarıyla ve tam yargı davalarının da *"dava dilekçesinde belirtilen dava konusu miktarın artırılmasıyla"* sınırlı olmak üzere uygulanacaktır. Bu hususa ilişkin tartışmalara yeri geldiğinde ayrıntılı olarak değinilecektir.

B. Islahın Şartları

Islah ayrıksı bir hukuksal yol olup, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnasını oluşturur. İdari yargılama usulünde ıslah yoluna gidilebilmesi için İYUK'ta⁴³ öngörülen şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar her şeyden önce idari dava çeşitlerinden ıslaha uygun bir dava türü olması, davacı tarafından istenebilmesi ve bir defa başvurulabilmesidir. Şimdi bu şartları hem yürürlükteki kanun hükümleri hem de olması gereken bağlamında inceleyelim.

başvuranın temel haklarının korunma zorunlulukları arasında olması gereken adil dengeyi bozduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM, medeni hukukun aksine Türk idari hukukunun başvurana dava devam ederken ilk basta talep ettiği rakamın yeniden değerlendirilmesini isteme imkânı tanımadığını belirtmek suretiyle yapılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna, AİHS'nin 6/1 maddesi ile iç hukuktaki yargılamaların uzunluğuna karşı başvurana Türk Hukuku'nda etkili bir başvuru yolu sunulmaması nedeniyle AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İkinci Dairesi, Başvuru No: 39515/03, 21 Temmuz 2009, Strazburg, (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197>); Benzer nitelikteki kararlar için bkz. (www.inhak.gov.tr).

- 43 İdari Yargılama Usulü Kanununun 16. maddesinin 4. fıkrasında; *"Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler. Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödemek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir."* hükmü düzenlenmiştir. (www.mevzuat.gov.tr).



1. İslaha Uygun Bir Dava Olmalı

İdari yargıda iptal ve tam yargı davaları olmak üzere iki dava çeşidi bulunmaktadır. İdari yargılama usulündeki her dava çeşidinde ıslah mümkün değildir. Nitekim idari dava çeşitlerinden iptal davasında ıslah imkânı tanınmamıştır. İslah hakkı sadece tam yargı davaları için öngörülmüştür. Tam yargı davası aslında özel hukuk kökenli bir davadır. Borçlar hukukundaki haksız fiil sorumluluğuna benzer; (ancak ondan farklı olarak özel sorumluluk türlerinin olduğu) yani idarenin hukuki tazmin sorumluluğuna gidildiği bir davadır. Bu yüzden bu davada iptal davasından farklı olarak parasal bir tazminat istenir.

Her şeyden önce idari yargılama usulünde ıslahın uygulanması için usulüne göre açılmış bir tam yargı davası olmalıdır. Tam yargı davasında da sadece dava dilekçesinde belirtilen miktar ıslah yoluyla artırılabilir. Ancak ıslah yoluyla dava dilekçesinde belirtilen miktarın azaltılması imkânı yoktur.

2. Davacı Tarafından İstenmesi

İdari yargılama usulünde ıslah yoluna gidilebilmesi için öncelikle bir tam yargı davası olması gerekir. Zira idari dava türlerinden olan iptal davasında ıslah yolu öngörülmemiştir. İkinci olarak da söz konusu tam yargı davasının ancak davacısı tarafından ıslah isteminde bulunulması gerekir. İYUK'un yürürlükteki ıslah düzenlemesi uyarınca idari yargılama usulünde davalı tarafından ıslah isteminde bulunulamaz. Bu sebeple idari yargılama usulünde açılan bir tam yargı davasında yalnızca davacı ve/veya davacı vekili tarafından ıslah isteminde bulunulabilir.

Davacı vekili tarafından ıslah istenebilmesi için özel yetki aranır mı sorusu söz konusu olabilir. 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinin yollamada bulunduğu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 307. maddesinde "feragat" kurumu düzenlenmiştir. Feragat da ıslah gibi iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarındandır. Feragat ile davacı, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçer. Bunun yanında davadan feragat, kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğurur. Vekille takip edilen davalarda vekilin feragat etmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda vekâletnamede özel olarak feragat yetkisi verilmesi gerekir⁴⁴. Zira feragat maddi anlamda kesin

44 Muğla 1. İdare Mahkemesi'nin 18.05.2017 tarih ve E: 2016/990, K: 2017/994 sayılı kararı, "Davacılar vekilinin 08/05/2017 havale tarihli dilekçe ile davalarından kendi hür iradeleri ile feragat ettiklerini bildirdiği ve feragat yetkisinin olduğu..." (yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki Muğla 1. İdare Mahkemesi'nin 27.04.2017 tarih ve E: 2015/1473, K: 2017/801 sayılı kararı; Muğla 2. İdare Mahkemesi'nin 27.08.2015 tarih ve E: 2015/320, K: 2015/843 sayılı kararı,



hüküm ifade etmekte olup, davacı davasından feragat etmekle sadece açtığı davadan değil, aynı zamanda dava konusu haktan da vazgeçmiş olur⁴⁵. Vekille takip edilen davalarda vekilin ıslah yetkisi konusunda ise doktrinde bir görüş birliğine varılmış değildir. Bir görüş, vekâletnamede ıslah yetkisi verilmese bile vekilin davayı ıslah edebileceği⁴⁶; diğer bir görüş ise, tamamen ıslahın davadan feragat sonucu doğurabileceği, bu sebeple tamamen ıslahta vekâletnamede vekile açıkça ıslah konusunda yetki verilmesi gerektiği; ancak kısmi ıslah için vekilin özel yetkiye ihtiyaç duymaksızın davayı ıslah edebileceği ifade edilmiştir⁴⁷. Kanaatimizce de hata ve yanlışlıkların düzeltilmesine imkân veren ıslah kurumuna müvekkilinin hak ve çıkarlarını koruması gereken vekil, özel yetki verilmemiş olsa bile başvurabilmelidir.

İdari yargıda ıslah davalı tarafından istenebilir mi sorusu aklımıza gelir. İYUK'ta ıslahın sadece davacı tarafından istenebileceği belirtilmiştir. Bu sebeple ıslah kurumuna davalı tarafından başvurulabilmesine kanuni engel söz konusudur. Ayrıca idari yargıda re'sen araştırma ilkesi olduğu için hâkim uyuşmazlık konusu ile ilgili her türlü bilgi ve belgeyi araştırmalıdır. Bunun yanında uyuşmazlığın çözümü ile ilgili her türlü bilgi ve belgeyi bu ilke bağlamında ilgili kişi ve kuruluşlardan isteyebilir. Ancak hukuka ve hakkaniyete uygun yargılamanın amaçlarından biri olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili mahkeme önündeki yargılamanın her aşamasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamına gelir⁴⁸. Silahların eşitliği ilkesi sayesinde yargılama sürecinde davanın tarafları iddia ve savunmalarını ileri sürme noktasında eşit hak ve imkânlarla sahip olur⁴⁹. ıslah bilgi, belge ve yeni delil getirme değildir. ıslah davanın veya savunmanın genişletilmesinin istisnasıdır. Bu anlamda idari yargılama usulündeki re'sen araştırma ilkesi uyarınca davacıya tanınan ıslah hakkının davalıya tanınmasının pratikte faydası olmayacağı

Tekirdağ İdare Mahkemesi'nin 29.04.2016 tarih ve E: 2016/360, K: 2016/483 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

- 45 A. Şeref GÖZÜBÜYÜK – Turgut Tan, **İdari Yargılama Usulü**, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 1996, s. 509.
- 46 İlhan E. POSTACIOĞLU, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Baskı, İstanbul 1975, s. 321; Necmettin M. Berkin, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul 1969, s. 108.
- 47 Ejder YILMAZ, **Medeni Yargılama Hukukunda ıslah**, s. 228; Celal ERDOĞAN, **Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara 1973, s. 112.
- 48 Sibel İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 212.
- 49 Melikşah YAŞIN, **İdari Yargılama Usulünde İspat**, XII Levha Yayınları, İstanbul, Ağustos 2015, s. 52.



kanaatindeyim. Örneğin, davalı idarenin ıslah yolu ile zamanaşımı savunmasında bulunmasının bir faydası olmaz. Çünkü süre konusu idari yargılama usulünde kamu düzeninden olduğu için, mahkemece kendiliğinden davanın her aşamasında göz önünde bulundurulmalıdır.

İYUK'ta sadece davacıya ıslah hakkı tanınmış olup, HMK'da ise hem davacı hem de davalıya ıslah hakkı tanınmıştır. İdari yargılama usulünde mahkemelere de ıslah hakkı tanınmasının yerinde olup olmayacağı sorusu aklımıza gelir. *"Hatasız kul olmaz ve insan beşer, kuldur şaşar"*⁵⁰ atasözlerinde ifade edildiği gibi, ıslah kurumu sayesinde yapılan yanlışlıkların düzeltilmesi imkânı olacaktır. Ancak davanın taraflarınca ıslah talebinde bulunulmasa da uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili mahkemece amacından sapmış olan bir davanın ıslah kurumu sayesinde amaca uygun hâle gelebileceği düşünülse bile ıslah mahkemece yapılabilecek bir işlem değil; aksine taraf usul işlemidir. Bu anlamda ıslah hakkı mahkemelere tanınmaz. Öte yandan mahkemelere ıslah olanağı tanınmasa da, yeniden dava açılmasının önüne geçilmesi suretiyle mahkemelerin hem iş yükünün azalması hem de yargılamaların hızlanması adına, hâkimin davacıya ıslah yapma hakkı olduğunu hatırlatma imkânı verilmelidir. Her ne kadar hâkimin ihsas'ı reyde bulunması yasak olsa da ıslahın söz konusu olabileceği ve dava ıslah edilmezse hakkın ortadan kalkacağı, hakkın layığı ile teslim edilemeyeceği davalarda uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili mahkemece ıslah hakkının davacıya hatırlatılması isabetli olurdu.

3. Bir Defa Başvurulabilmesi

İslah kurumu ayrık ve tükenbilir niteliktedir⁵¹. İslah yoluna açılmış olan dava kapsamında yalnızca bir defa başvurulabilir. Bir defa başvurulmak suretiyle ıslah hakkı tükenir ve ikinci defa ıslah kurumuna başvurulamaz.

İslah isteminde bulunan kişinin sonrasında ıslah talebinden dönmesi mümkün müdür sorusuna cevap bulmaya çalışalım. İslah iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarındandır. Bu bağlamda ıslah ayrık bir yol olup, bir defa ıslah yoluna başvurulmakla bu hak kullanılmış olur. İslah talebinde bulunulduktan sonra ıslahtan dönülmesi ikinci defa ıslah yoluna başvurmak anlamına gelir⁵². Zira birden fazla ıslah söz konusu değildir.

50 (www.atasozleri.gen.tr)

51 Ejder YILMAZ, *Medeni Yargılama Hukukunda İslah*, s. 16.

52 Ejder YILMAZ, *Medeni Yargılama Hukukunda İslah*, s. 289.



Burada son olarak iyiniyet hususuna değinmek yerinde olur. İslahın koşulları arasında “iyiniyet” şartı aranmaz. Zira ıslah talebinde bulunan kişinin iyiniyetli ya da kötünüyetli olması önemli değildir. İslahın koşulları arasında iyiniyet şartı sayılmamıştır. Buna rağmen ıslah hakkı kötüye kullanılmamalıdır. Kanımızca hakkın kötüye kullanılmasını ne mahkeme ne de hukuk himaye etmelidir. Çünkü ıslah kurumu amaca uygun kullanıldığı durumda faydalı ve usul ekonomisine uygundur.

C. İslahın Amacı

İslah kurumu 11 Nisan 2013 tarihinde İYUK’un 16. maddesinde yapılan değişiklik ile birlikte idari yargılama usulünde tam yargı davalarına mahsus olmak üzere uygulanmaya başlamıştır. Söz konusu ıslah düzenlemesinden önce tam yargı davalarında ne fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmasına ne de dava konusunun dava açıldıktan sonra artırılmasına olanak sağlayan bir düzenleme yoktu. Söz konusu ıslah düzenlemesi olmadığından dolayı açılan davalarda sonradan yapılan dava konusu miktarın artırılması istemleri reddedilmekteydi⁵³. Bu durumun da bir takım sakıncaları söz konusuydu. Her şeyden önce gerçek zararın dava aşamasında tespit edilemeyip de sonrada dava devam ederken tespitinin söz konusu olduğu durumlarda ciddi hak kayıpları söz konusu olmaktadır. Özellikle sağlık hizmetinden yararlanan kişilerin uğradığı zararlarda, zararın doğmasında sağlık hizmeti sunan idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı ve de gerçek zararın ne olduğu ancak konusunda uzman olan kişi ya da kuruluşlarca yapılacak detaylı incelemeler sonucunda ortaya konulabilmektedir. Gerçek zararın sonradan belirlenmesi durumunda gerçek zararı önceden bilemeyen kişilerin davalı idare karşısında yargısal korunmasının eksik bırakılmaktaydı. Bu durum da kanımızca hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmekteydi. Sonradan dava konusu miktarın artırılması imkânı verilmemesinin bir sakıncası da kişilerin dava açarken dava miktarını yüksek göstermek zorunda kalmasıdır. Bu durum da davacıların yüksek miktarda vekalet ücretine

53 Danıştay 10. Dairesinin 15.02.2012 tarih ve E: 2008/436, K: 2012/579 sayılı kararı; “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 3. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi ve Danıştayın bu konudaki yerleşik içtihatları uyarınca, davacılar ıslah dilekçesinin kabul edilmemesinde de hukuka aykırılık görülmediği...” (yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki kararlar için bkz. Danıştay 10. Dairesinin 24.01.2013 tarih ve E: 2008/11623, K: 2013/449 sayılı kararı; “temyiz istemi hakkında karar verildiği tarihte yürürlükteki mevzuatta bu konuda bir hüküm bulunmadığından, davacıların ıslah talebine yönelik iddiaları incelenemeyeceği...” (yayımlanmamıştır); Danıştay 10. Dairesinin 26.06.2009 tarih ve E: 2006/5031, K: 2009/6920 sayılı kararı; Danıştay 10. Dairesinin 09.04.2008 tarih ve E: 2007/8357, K: 2008/2064 sayılı kararı, (yayımlanmamıştır).

ödemesine sebep olmuştur⁵⁴. Bunun sonucunda kişilerin hak arama özgürlüğü kısıtlanmıştır.

İslah ile amaçlanan, gereksiz yere dava açılmasının önüne geçilmesi ve uyuşmazlığın maddi gerçekliğe uygun olarak çözümünün sağlanmasıdır. Bunun sonucunda yeni davaların açılması önlenir. Örneğin; dava açan kişi dava dilekçesinde 10.000 TL maddi zararının tazmini istemiyle dava açmış olsun. Ancak 110.000 TL yazması gerekirken dava dilekçesinde sehven 10.000 TL yazmış olsun; ya da zararının 10.000 TL değil de 110.000 TL olduğu dava açıldıktan sonra ortaya çıkmış olsun. Söz gelimi mahkeme davacının gerçek zararını tespit etmek amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırmış ve bunun sonucunda davacının gerçek zararı 10.000 TL değil de 110.000 TL olarak tespit edilmiş olsun. Mahkeme davacının talebiyle bağlı olduğu için dava dilekçesi ile talepte bulunulan 10.000 TL zararın tazminine karar vermesi durumunda uyuşmazlık kesin olarak çözümlenmez. Zira bilirkişi tarafından yapılan tespit sonucunda davacının zararının 110.000 TL olduğu belirtilmiştir. Yeniden dava açılmasının önüne geçilmesi ve davacının tam olarak hakkının teslim edilmesi için idari yargıda ıslah kurumuna ihtiyaç vardır. Davacı, işbu örneğimizde ıslah yoluyla dava dilekçesinde belirtilen miktarı artırmak suretiyle bilirkişi tarafından tespit olunan net zararın tazminini mahkemeden isteme imkânına sahip olur. Bunun yanında mahkeme de net olarak davacının gerçek zararının davacıya ödenmesine karar vermek suretiyle adaletin yerini bulmasını sağlar. Nitekim yapılan bireysel başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi de, tazminat miktarının, mahkemelerce ancak bilirkişi incelemesi ve benzeri araştırmalar sonucunda takdir yetkisi çerçevesinde belirlenebilen bir olgu olduğunu, tam yargı davasının bu özelliğinin sonucu olarak da gerçek zarara karşılık gelen tazminat miktarının önceden tam olarak bilinmesi ve öngörülmesinin mümkün olmadığını belirtmiş; bunun sonucu olarak da tam yargı davası açılmasında söz konusu olan bu belirsizliğin sonradan düzeltilmesi için ıslah kurumuna ihtiyaç olduğunu vurgulamıştır⁵⁵. Bu bağlamda ıslah kurumunun idari yargılama usulünde uygulanması ile birlikte geçmişte yaşanan bu sorunlara çözüm bulmaya çalışılmıştır.

54 Danıştay 15. Dairesinin 20.03.2017 tarih ve E: 2016/9796, K: 2017/1269 sayılı kararı; *“Uyuşmazlık tarihinde idari yargılama usulüne ilişkin mevzuatın fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmasına veya ıslaha izin vermemesi nedeniyle, davayı açarken dava miktarını yüksek göstermek zorunda kalmıştır. Mevzuatın neden olduğu bu çaresizlik, davacının öngöremeyeceği 659 sayılı KHK ile oluşan hukuki ortam, davanın reddine karar verilmesi nedeniyle, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca, reddedilen maddi tazminat miktarı üzerinden hesaplanan davacı aleyhine 33.500TL vekalet ücretine hükmedilmesiyle sonuçlanmıştır. Bu sonuç, vekalet ücreti yönünden mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir sınırlama oluşturmaktadır...”* (yayımlanmamıştır);

55 Mehmet Sadık YAMLI, **Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016, s. 208 (İbrahim Can Kişi Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/1052, Karar Tarihi: 23/7/2014).



IV. ISLAHIN ZAMANI VE ŞEKLİ

A. Islahın Zamanı

Islaha belli bir zaman diliminde gidilebilir. İdari yargıda ıslahın başlangıç anı iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının başladığı andır. İYUK'ta öngörülen dava açma süresi içinde davacı tarafından dava dilekçesine ek beyan verilebileceği gibi savunma süresi içinde de savunma dilekçesine ek beyan verilebilir. Süresinde verilen bu beyanlar da mahkemece dikkate alınır. Ancak İYUK'ta belirtilen süreler geçtikten sonra davanın taraflarınca verilen dilekçe ve savunmalara dayanılarak hak iddia edilemez. İdari yargılama usulünde davalıya ıslah imkânı verilmemiştir. İddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının başladığı anda davacı açısından ıslah yoluna başvurma zamanı başlar. Söz konusu yasağın başladığı andan nihai olarak karar verilinceye kadar olan süre içinde ıslah hakkı kullanılabilir.

İdari yargıda uyuşmazlık konusu olan bir davada “*nihai karar verilinceye kadar*” ıslah yoluna başvurulabilir. İYUK'ta düzenlenen nihai karar verilinceye kadar ifadesi ne anlama gelir? Islah yoluna ilk derece mahkemesi tarafından verilen karara kadar mı yoksa kanun yolları (istinaf ve temyiz) aşamasında da gidilebilir mi? Nihai karar davayı esastan çözümleyen, uyuşmazlığı sona erdiren karardır⁵⁶. Nihai karar ile ilk derece mahkemesi işin esası hakkında karar verir ve dosyadan elini çeker. Bu bağlamda İYUK'ta ifade edilen nihai karar verilinceye kadar ibaresi ile ıslaha ne zamana kadar başvurulabileceği noktasında tereddüt oluşturmuştur. Oluşan bu tereddüdü kanun yollarından istinaf ve temyiz aşaması olarak ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Öncelikle nihai karar verilinceye kadar ıslah talebinde bulunulup da ilk derece mahkemesi tarafından ıslah talebinin dikkate alınmaması durumunda ne olacağı sorusuna cevap bulmak gerekir. Islah, bir taraf usul işlemdir. Usul kurallarına uyulmamış olması bir bozma sebebi olur⁵⁷. Bu anlamda ilk derece mahkemesi tarafından ıslah dilekçesinin dikkate alınmaması suretiyle verilen karar usul hükümlerine aykırı olur. Nitekim 10.000 TL kamulaştırmasız el atma bedelinin tazmini istemiyle

56 Baki KURU – Ramazan ARSLAN – Ejder YILMAZ, *Medeni Usul Hukuku*, s. 541; Necip Bilge – Ergun ÖNEN, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara 1978, s. 283; Süha TANRIVER, *Medeni Usul Hukuku*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 983.

57 İdari Yargılama Usulü Kanununun “*Temyiz incelemesi üzerine verilecek kararlar*” başlıklı 49. maddesinin 2. fıkrasının c alt bendinde, usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata ve eksikliklerin bulunması bozma sebeplerinden biri olarak sayılmıştır. (www.mevzuat.gov.tr).

idare mahkemesine açılan davada, mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda nihai karar verilmeden önce davacı tarafından mahkemeye ıslah dilekçesi verilmiş ve söz konusu ıslah sonucunda dava dilekçesinde 10.000 TL olarak belirttiği miktarı ıslah etmek suretiyle 350.000 TL olarak artırmıştır. İslah dilekçesi davalı tarafa tebliğ edilmesine rağmen davacının ıslah talebi değerlendirmeye alınmaksızın idare mahkemesi dava dilekçesinde belirtilen 10.000 TL tazminat istemi tutarı üzerinden tek hâkim marifetiyle hüküm kurmuştur. Söz konusu kararın davacı tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması sonucunda istinaf mahkemesi ıslah talebinin mahkemece değerlendirilmediği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Bunun yanında dava değeri itibarıyla tek hâkim sınırında kalan bir davanın (10.000 TL) ıslah sonucunda tek hâkim sınırını geçeceğinden dolayı (350.000 TL) uyuşmazlığın mahkeme heyetince çözümlenmesi gerekirken, tek hâkimle çözümlenip karara bağlanmasında hukuki isabet bulunmadığını da belirtmiştir⁵⁸.

İYUK'un istinaf düzenlemesi sonucunda davanın konusu 5.000 TL'yi geçmeyen idari davalar hakkında ilk derece mahkemelerince verilen kararlar kesindir. Bu bağlamda konusu 5.000 TL'yi geçmeyen davalar hakkında istinaf yoluna başvurulamaz. Dava konusu 5.000 TL'yi geçen davalarda ise istinaf yolu açıktır. İstinaf mercii olan bölge idare mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulması durumunda istinaf başvurusunu reddeder. Aksi durumda istinaf başvurusunu kabul eder ve ilk derece mahkemesi kararını kaldırmak suretiyle işin esası hakkında karar verir. İstinaf kanun yolu uygulamasının fiili olarak 20 Temmuz 2016 yılında başlaması sebebiyle istinaf aşamasında yapılan ıslah başvurusuna ve başvurunun nasıl değerlendirildiğine ilişkin herhangi bir karara bu güne değin rastlanılmamıştır. İstinaf kanun yolu aşamasında ıslaha ilişkin İYUK'ta herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen HMK'da istinaf yolunda ıslaha başvurulamayacağına dair hüküm vardır. HMK'nun 357. maddesi uyarınca istinaf aşamasında ne üçüncü kişiler davaya katılabilir

58 Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesinin 27.02.2017 tarih ve E: 2017/28, K: 2017/110 sayılı kararı, (yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki İzmir Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesinin 08.06.2017 tarih ve E: 2017/1279, K: 2017/1128 sayılı kararı, "... Davacıların taşınmazın onaylı imar planında park alanı içinde kaldığından dolayı hukuki el atma nedeniyle 10.000,00-TL'lik tazminat davası açıldığı, Muğla 1. İdare Mahkemesi'nce yerinde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen bilirkişi raporundaki tespitler dikkate alınarak davanın ıslah edilerek tazminat miktarının 100.500,00-TL'ye çıkarıldığı, son olarak istenilen tazminat miktarı göz önüne alındığında, davanın idare mahkemesince kurul olarak karara bağlanması gerekirken, tek hâkim tarafından karara bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, dava devam ederken davanın ıslah edilerek tazminat miktarının 100.500,00-TL'ye çıkartılması karşısında, davanın idare mahkemesi kurulunca karara bağlanması gerekirken, tek hâkim tarafından karara bağlanmasında yukarıda anılan yasa kuralına uyarlık bulunmadığı..."(yayımlanmamıştır).



ne de davanın taraflarınca ıslah isteminde bulunulabilir. Bu çerçevede öncelikle İYUK'un HMK'ya atıf yaptığı 31. maddesinde istinafa atıf yapılmamıştır. Bu sebeple adli yargılama usulüne ilişkin HMK istinaf hükümleri idari yargılama usulü için uygulanmaz. Ayrıca İYUK'un 45. maddesinde istinaf kanun yolu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu özel hüküm uyarınca istinaf mercii olan bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmazsa kararı kaldırır ve işin esası hakkında karar verir. Ayrıca istinaf mahkemesince ihtiyaç duyulması hâlinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılabileceği gibi başka bir yer idare ve vergi mahkemesi de istinabe olunabilir. Bu anlamda açılan tam yargı davasında istinaf kanun yoluna başvurulduğunda istinaf mahkemesince ister doğrudan isterse istinabe yoluyla gerçek zararı tespit etmek amacıyla keşif ve bilirkişi incelemesi yapılabilecektir. Zira tazminat miktarı, mahkemelerde ancak bilirkişi incelemesi ve benzeri araştırmalar sonucunda takdir yetkisi çerçevesinde belirlenebilen bir olgu olup, tam yargı davasının bu özelliğinin sonucu olarak da gerçek zarara karşılık gelen tazminat miktarının önceden tam olarak bilinmesi ve öngörülmesi mümkün değildir⁵⁹. Bu bağlamda istinaf kanun yolu aşamasında sadece hukukilik denetimi değil, aynı zamanda maddi vakıa ve delillerin de değerlendirilmesi suretiyle⁶⁰ istinaf mahkemesince yeni bir karar, bir anlamda nihai karar, verilir. Bu anlamda idari yargılama usulünde sadece dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılması ile sınırlı olmak üzere sınırlı ıslah hakkı tanındığı için, HMK'dan farklı olarak, ilk derece aşamasında ıslah talebinde bulunulmayıp istinaf aşamasında ıslah talebinde bulunulması durumunda istinaf mahkemesinin ıslah başvurusunu da değerlendirmek suretiyle işin esası hakkında bir karar vermesinin hakkaniyete uygun olacağı kanaatindeyim. Ancak yeni bir kanun yolu olarak öngörülen istinaf aşamasında ıslah uygulamasının kabul edilip edilmeyeceği hususu yargı kararlarıyla zamanla netlik kazanacaktır.

Davanın konusu 100.000 TL'yi geçmeyen idari davalar istinaf aşamasında kesinleşir. Bu miktarı geçen davalarda ise temyiz yoluna başvurulabilir (İYUK m. 46/1(b)fıkrası). İlk derece ve istinaf aşamasında

59 Mehmet Sadık YAMLI, **Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016, s. 208 (İbrahim Can Kişi Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/1052, Karar Tarihi: 23/7/2014).

60 Bahtiyar AKYILMAZ, **Yargı Kararlarının Temyiz Öncesi Kesinleşmesi, İdari Yargıda İstinaf Semineri**, Mayıs 2009, Antalya, s. 170; İbrahim Ermenek, **İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, s. 11, (www.taa.gov.tr); Züleyha KESKİN, **İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2016, S. 126, s. 235-262.

ıslah talebinde bulunulmayıp temyiz aşamasında ıslah talebinde bulunulması durumunda ne olacaktır? Temyiz aşamasında yapılan ıslah başvurusu temyiz mercii olan Danıştay tarafından kabul edilmemelidir. Çünkü temyiz mahkemeleri sadece hukuki denetim yapar. Başka bir ifadeyle kanun yolu aşamasında sadece hukuki inceleme yapılır. Zira maddi vakıaların yeniden incelenmediği yerde ıslah da mümkün değildir. Nitekim İYUK'un ıslahı düzenleyen 16. maddesinde, dava dilekçesinde belirtilen miktarın süre ve usul kuralları gözetilmeden “*nihai karar verilmeye*” kadar artırılacağı belirtilmiştir. Bunun yanında aynı Kanunun geçici 7. maddesinde, ıslaha ilişkin düzenlemenin “*kanun yolu aşaması da dâhil olmak üzere, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda*” da uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu anlamda söz konusu kanuni düzenlemenin mefhumu muhalifinden, idari yargılama usulünde ıslah kurumunun, ıslah düzenlemesine ilişkin maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle derdest olan davalarda uygulanacağı, yürürlük tarihi itibariyle derdest olmayan davalarda temyiz kanun yolu aşamasında ıslah yoluna başvurulamayacağı anlaşılmaktadır. Danıştay, ıslah düzenlemesinin yürürlük tarihi itibariyle derdest olan davalara ilişkin vermiş olduğu kararlarında sadece ilk derece mahkemesi tarafından karar verilinceye kadar değil, aynı zamanda temyiz aşamasında yapılan ıslah başvurularının da dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir⁶¹. Hem diğer usul kurallarının gözetilemeyeceği hem de kanun yolu aşaması da dahil olması düzenlemesi birlikte düşünüldüğünde idari yargılama

61 Danıştay 15. Dairesinin 22.11.2016 tarih ve E: 2016/5967, K: 2016/5606 sayılı kararı; “...30.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanunla İdari Yargılama Usulü Kanunu'na geçici madde eklenerek, kanun yolu aşaması dâhil yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da, yapılan düzenlemenin uygulanacağı belirtilmiş olup, geçici madde hükmü uyarınca kanun yolu aşamasında, ıslah dilekçesinin verilmesi durumunda kanun yolu aşamasının tamamlanıp, miktar artırımına ilişkin dilekçenin davalı idareye tebliğine kadar geçen süreçte, sürenin uzunluğu dikkate alındığında, bu dosyalarda miktar artırımına ilişkin dilekçenin idareye tebliğ edildiği tarihin esas alınmasının mülkiyet hakkına aykırı olacağı açıktır. Bu nedenle, geçici madde uyarınca, kanun yolu aşamasında talep edilen miktar artırımına ilişkin dosyalarda, yürütülecek faize ilişkin olarak, davacı tarafından, miktar artırım dilekçesinin verildiği tarihin esas alınması gerektiği..” (yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki kararlar için bkz. Danıştay 15. Dairesinin 10.10.2016 tarih ve E: 2016/2809, K: 2016/4810 sayılı kararı; Danıştay 10. Dairesinin 05.04.2016 tarih ve E: 2015/814, K: 2016/1846 sayılı kararı; “...2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın, **kanun yolu aşaması dâhil**, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin artırılmasına olanak tanıdığı... İdare Mahkemesince, 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca getirilen miktar artırım müessesesi ve maddi tazminat istemiyle açılan ilk davadaki karara uyulması durumunda yeniden yapılacak değerlendirme sonucu dikkate alınarak yeniden bir karar verilmesi gerektiği..” (yayımlanmamıştır); Danıştay 15. Dairesinin 04.05.2016 tarih ve E: 2016/1210, K: 2016/3172 sayılı kararı; “...2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Geçici 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca miktar artırım dilekçesinin kanun yolu aşamasında da verilebileceği açık olup, davalı idarenin mahkemece nihai karar verilmeye kadar miktar artırım dilekçesinin verilebileceği yönündeki itirazı yerinde görülmemiştir...” (yayımlanmamıştır).



usulünde temyiz aşamasında da ıslah yoluna gidilebileceğine ilişkin görüşler söz konusudur⁶². Ancak ıslah düzenlemesinin yürürlüğe girdiği tarihten sonra açılan tam yargı davalarında Danıştay'ın ıslah konusundaki yaklaşımına ilişkin kararlara rastlanılmamıştır. Temyiz aşamasındaki ıslah uygulaması Yüksek Mahkeme kararlarıyla netleşecek olmakla birlikte, kanımızca ıslah yoluna temyiz kanun yolu aşamasında gidilememesi gerekir.

B. Islahın Şekli

İdari yargılama usulünde yazılı yargılama usulü geçerlidir⁶³. Dolayısıyla ıslah talebi yazılı bir dilekçeyle yapılmalıdır. Dilekçede ıslah istemi, açık ve net bir irade bildirimini ile olmalıdır. Sözlü olarak da ıslah talebinde bulunulabilir mi sorusu aklımıza gelir. İdari yargıda yazılı yargılama usulü geçerli olup, inceleme evrak üzerinden yapıldığından dolayı ıslah talebi mutlaka yazılı ve imzalı bir dilekçeyle yapılmalıdır.

Islah istemi davalı taraf sayısından bir fazla olarak mahkemeye verilir. Mahkemece ıslah dilekçesinin davalı tarafa tebliği de gerekir. Islah dilekçesinin tebliğ edilmemesi usul hükümlerine aykırı olup, bir bozma sebebidir. Islah dilekçesinin davalı tarafa tebliğ edilmesinin amacı ıslahtan haberdar etmektir. Islah için karşı tarafın kabulü gerekmez. Çünkü ıslah tek taraflı irade beyanı ile hüküm ifade eder. Islah isteminden karşı tarafın haberdar edilmesi ve bu anlamda ıslah dilekçesinin tebliği hem silahların eşitliği (iddia ve savunmanın eşitliği) bağlamında önemlidir hem de ıslahın şartlarının oluşup oluşmadığı konusunda karşı taraf mahkemeyi uyurma imkânına da sahip olabilecektir⁶⁴.

Islah tek taraflı irade beyanı ile hüküm ve sonuç doğurur. Islahın geçerli olabilmesi için karşı tarafın kabulü şart olmadığı gibi mahkemece kabul edilmesi de şart değildir. Ancak kanımızca ıslah isteminin amacına aykırı ve kötü niyetli yapıldığı tespit edilirse ıslah istemi mahkemece reddedilebilmelidir. Hiç bir hakkın kötüye kullanılmasına izin verilmeyeceği gibi ıslah hakkının kötüye kullanılmasına da mahkeme izin vermemelidir. İYUK'ta kötüniyetli olarak ıslah yoluna başvurulması hususunda herhangi bir yaptırım öngörülmemesine

62 Hakan VELİDEDEOĞLU, 6459 sayılı Yasal Değişiklik Sonrası İdari Yargıda Islah Kurumuna Genel Bakış, (www.huder.org.tr).

63 İYUK 2. maddesinde; "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır". düzenlemesine yer verilmiştir.

64 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 17.03.2009 tarih ve E: 2007/8515, K: 2009/2978 sayılı kararı, bkz. Mahmut BİLGİN, **Hukuk Yargılamasında Islah**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 53.

rağmen HMK'da kötünietli ıslaha ilişkin açık yaptırım hükümleri vardır. Bu bağlamda davayı uzatmak veya davanın karşı tarafını rahatsız etmek amacıyla ıslah yoluna başvurulduğu anlaşılırsa ıslah talebi dikkate alınmaz. Ayrıca kötü niyetli olarak ıslah yoluna başvuran kişiye, mahkemece karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararların tazmin ettirilmesinin yanında 500 TL'den 5.000 TL'ye kadar para cezasına da mahkum edilir (HMK m. 182).

İslah yoluna başvuran kişi sadece ıslah dilekçesi vermesiyle ıslah yoluna başvurmuş olmaz. Nitekim İYUK'ta “...harcı ödenmek suretiyle...” denilmiştir. Bu sebeple tam yargı davasında dava dilekçesinde belirtilen miktarın bir defaya mahsus artırılabilmesi için davacının ıslah dilekçesini mahkemeye sunması yanında ıslah isteminde bulunduğu miktara ilişkin kısmın nispi harcının da mahkeme veznesine yatırılması gerekir⁶⁵. Gerekli harcın yatırılmaması durumunda ne olacağı konusunda İYUK'ta herhangi bir düzenleme yer almamıştır. Ancak eksik harç tamamlanmazsa ıslah yapılmamış sayılmalı ve davaya ıslahtan önceki hâliyle devam edilmelidir⁶⁶.

Sadece ıslah isteminde bulunulması ıslahın hüküm ve sonuçlarını doğurmaya yetmez. İslah talebinde bulunduktan sonra bazı işlemlerin davacı tarafından yerine getirilmesi gerekir. Nitekim davacı ıslah isteminde bulunduktan sonra harcı yatırmazsa davasını ıslah etmemiş sayılır. Ancak ıslah dilekçesi mahkemeye sunulmasına rağmen ıslah için gerekli harç ödenmemesi durumunda mahkemece davacıya kesin süre verilmeli ve bu süre zarfında harç yatırılmazsa ıslah hiç yapılmamış sayılmalı, davaya açıldığı durum itibariyle devam edilmelidir. Bunun yanında harç yatırılmamış olsa da ıslah dilekçesi verilmeyle ıslah hakkı kullanılmış olduğundan gerekli işlemleri yapmayan davacı tarafın bir daha ıslah yoluna başvuramaması gerekir⁶⁷. Çünkü tek kullanımlık ıslah hakkını ıslah dilekçesi vermek suretiyle tüketmiştir.

65 Danıştay 15. Dairesinin 24.12.2014 tarih ve E: 2013/5477, K: 2014/10049 sayılı kararı; “...Mahkeme aşamasında istemlerinin tamamı kabul edilen davacılar yönünden, yasal değişiklikten yararlanmak istemiyle yapılan başvuru dilekçesinin, 6459 sayılı Kanun değişikliği kapsamında değerlendirilerek, *eksik harç davacılar tamamlatıldıktan sonra* davalı idareye gönderilerek verilecek cezaabın alınmasından sonra, artırılan tazminat miktarına göre (tazminat verilmesini gerektiren koşulların bulunup bulunmadığı yönünden inceleme de yapılarak) yeniden bir karar verilmesi gerektiği.” (yayımlanmamıştır).

66 Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 611; Ejder YILMAZ, *Medeni Yargılama Hukukunda İslah*, s. 247.

67 Ejder YILMAZ, *Medeni Yargılama Hukukunda İslah*, s. 289.



V. ISLAHIN ÇEŞİTLERİ VE AMACI

A. Islahın Çeşitleri

Islah adli yargılama usulünde uzun yıllardır uygulanmıştır. Adli yargılama usulünde hem davacı hem de davalı ıslah hakkına sahiptir. Ayrıca davacının ıslah yoluyla davanın konusunu artırabilmesinin yanında azaltabilme hakkı da vardır. Bunlarla birlikte davanın taraflarının davasını kısmen ıslah etmenin yanında tamamen ıslah edebilme hakları da söz konusudur. Ancak idari yargılama usulünde uygulama alanı bulan ıslah türü kısmi ıslahtır. Kısmi ıslah, talep sonucunun veya davanın sebebinin genişletilmesi veya kısmen değiştirilmesidir⁶⁸. Bu bağlamda idari yargılama usulünde ıslah hakkının yalnızca davacıya tanınmış olması ve davacıya tanınan ıslah hakkının da tam yargı davasında dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılmasıyla sınırlı olmasıdır. Bunun dışındaki hususlarda idari yargılama usulünde ıslah hakkı söz konusu değildir. Şimdi idari yargılama usulünde dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılması dışında başka hususlarda ıslah hakkı getirilmesinin hak arama özgürlüğü ve usul ekonomisi bağlamında faydası olup olmayacağını tartışalım.

1. Islahla Davanın Konusunun Değiştirilmesi

Islah yoluyla dava dilekçesi ile istenen miktarın artırılmasına imkân veren İYUK, dava dilekçesinde belirtilen miktarın azaltılmasına da imkân vermelidir. Davacı tam yargı davalarında mahkemenin reddettiği miktar üzerinden yargılama giderine ve vekalet ücretine mahkum edilir. Nitekim bazı tam yargı davalarında mahkeme, davacının tazminat istemini kısmen kabul etmesine ve davacıyı bir anlamda haklı görmesine rağmen davacı lehine hükmettiği tazminat miktarından daha fazla davacı aleyhine vekalet ücretine hükmeder. Böylesi bir durum kanımızca hem adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eder hem de hak arama özgürlüğü önünde engel oluşturur. Nitekim Danıştay da; ıslah düzenlemesinden önce açılan bir tam yargı davasının temyizi sonucu verdiği kararında; zararlarının tazmini istemiyle anayasal hak olan hak arama özgürlüğünü kullanan kişilerin yüksek miktarda vekalet ücretine mahkum edilmesinin hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkı üzerinde olağan dışı bir kısıtlama oluşturduğunu belirtmiş ve maktu belirlenmesi gerekirken

68 Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, C. IV, Demir DEMİR, İstanbul 2001, s. 3992.

talep edilen dava konusu maddi tazminat miktarı üzerinden nispi olarak belirlenen vekalet ücretini hukuka aykırı bulmuştur⁶⁹.

İptal davasının konusunu idari işlemler oluşturduğu için İYUK hükmü uyarına dava dilekçesinde bir miktar belirtilmez. Bu sebeple dava dilekçesinde belirtilen miktarın yani davanın konusunun artırılması ve/veya azaltılması söz konusu olmaz. Bu bağlamda iptal davalarında ıslah müessesesinin uygulanması kanuni olarak imkânsızdır. Ancak davacının açmış olduğu iptal davasında asıl olarak iptalini istediği işlemi değil de başka bir işlemin tarih ve sayısını belirtmek suretiyle dava açmışsa ne olacaktır? Nitekim uygulamada yıkım ve yıkımın uygulanmasına ilişkin davalarda bu durum sıklıkla karşımıza çıkar. Kişiye yıkımın belli bir tarihte gerçekleştirileceğine ilişkin yazı gelmesi üzerine doğrudan doğruya yıkım kararına dava açma niyetiyle işbu yıkımın icrası kararına dava açılmaktadır. Ancak kişinin gerçek muradı yıkıma dava açmaktır. Yanlışlıkla ve/veya hukuksal nitelemedeki eksiklik sonucunda yıkım niyetiyle yıkımın icrasına yönelik dava açması davacının hiç bir hukuksal menfaatini korumayacaktır. Zira yıkımın icrası kararının iptali istemiyle açılan davada mahkemenin araştırdığı yıkım kararına dava açılıp açılmadığı, açıldı ise yıkım kararının kesinleşip kesinleşmediğidir. Şayet yıkım kararına dava açılmamışsa ve yıkım kararı da kesinleşmişse mahkeme açılan davanın reddine karar verir. Bu karar biçimsel anlamda doğru bir karar olmakla birlikte, yapının yıkımının esasen hukuka ve dolayısıyla adalete uygun olup olmadığını denetleyen bir karar olmayıp, şekli anlamda bir karardır⁷⁰. Bu bağlamda kişilerin yanlışlıkla

69 Danıştay 15. Dairesinin 06/06/2016 tarih ve E:2013/4579, K:2016/4041 sayılı kararı, “...ıslah olanağı bulunmaması nedeniyle tazminat istemi yüksek tutulmak zorunda kalınan, gerçekte hak edilen tazminat miktarı kestirelemeyen, çözümü davanın her iki tarafı için de zor ve karmaşık olan böylesi bir dava sonucunda, reddedilen maddi tazminat miktarı üzerinden 3.600 TL tutarında nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi, hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını kullanan davacının, kullandığı hak nedeniyle olağan dışı ağırlıkta bir mali yük altına girmesi sonucunu doğurmuştur. Böyle bir sonucun, hak arama özgürlüğüne ve mahkemeye erişim hakkına, olağan dışı bir kısıtlama getirdiği...” (yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki kararlar için bkz. Danıştay 15. Dairesinin 23/05/2016 tarih ve E:2013/4574, K:2016/3706 sayılı kararı; Danıştay 15. Dairesinin 26/05/2016 tarih ve E:2013/4421, K:2016/3791 sayılı kararı, “...somut olayda maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiş olması nedeniyle, adli yardım istemi kabul edilmiş olan davacular aleyhine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca, reddedilen maddi tazminat miktarı üzerinden hesaplanan 22.450,00-TL. nispi vekalet ücretine hükmedilmesi, bu açıdan da mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir sınırlama olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle de Anayasa'nın 36. ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Durum böyle olunca, talep edilen maddi tazminata ilişkin olarak davalı idare lehine maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği...” (yayımlanmamıştır).

70 Antalya 1. İdare Mahkemesinin 23.09.2011 tarih ve E: 2010/933, K: 2011/1258 sayılı kararı; “...yapıların yıkımının icrasına ilişkin işleme karşı dava açtığı görülmekte olup, yıkıma ilişkin encümen kararına karşı dava açılmayıp söz konusu yıkım kararı kesinleştiğinden bu karar dayalı olarak tesis olunan dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı..” (yayımlanmamıştır).



veya hukuksal nitelemedeki eksikle dava dilekçesinde yazdığı davanın konusunu ıslah yoluyla değiştirme imkânı getirmek suretiyle hem yeni bir dava açılmasının önüne geçilerek iş yükünün azaltılması hem de sağlıklı yargılama yapılmak suretiyle adaletin tesisi sağlanmış olur.

2. İslahla Davanın Taraflarının Değişmesi

İslah ile idari yargıda davanın taraflarının değiştirilmesi kesinlikle mümkün değildir. Zira idari yargıda ıslah kurumuna ilişkin kanuni düzenleme sadece tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılmasına ilişkin olarak yapılmıştır. Tam yargı davasında dava dilekçesinde belirtilen dava konusu miktarın artırılması dışında başka bir hususta ıslah söz konusu olamaz. Bu hususta kanun düzenlemesi açık olduğundan dolayı, değil davanın taraflarının değişmesi, dava konusu miktarın azaltılmasına bile cevaz verilmemiştir. Ancak ıslaha ilişkin kanuni düzenleme izin vermemesine rağmen ıslahla davanın taraflarının değişmesi imkânı olabilir mi ve bu soruya olumlu cevap bulunması durumunda davanın taraflarının ıslahla değiştirilmesinin pratikte faydası olabilir mi sorularına cevap bulmaya çalışalım.

a) İslahla Davacının Değişmesi

Öncelikle ıslahı düzenleyen İYUK hükümleri uyarınca “*dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılması*” dışında hiç bir hususun ıslah yoluyla yapılması imkânı yoktur. Bu bağlamda davacının da ıslah yoluyla değiştirilmesi mümkün değildir. Konusu idari işlemler olan iptal davaları ile idarenin yaptığı işlemlerin hukuka uygun olup olmadıklarının denetlenmesi yapılır ve hukuka aykırı görülen işlemler hakkında iptal kararı verilir. Hukuka aykırı görülen işlemler iptal kararı sonucunda hukuk alanında hiç doğmamış sayıldığından dolayı iptal hükmü sadece davacı açısından değil, işlemle ilgisi olan herkes açısından hüküm ifade eder⁷¹.

İdari dava türlerinden iptal davalarında ıslah yoluyla davacının değişmesi ve/veya davacının yanına yeni kişilerin eklenmesi imkânı verilmesi bir anlam ifade eder mi? Her ne kadar iptal kararı ile işlem hukuk alanında hiç doğmamış olsa ve iptal hükmü ilgili olan herkes açısından hüküm ifade etse de kanımızca bu soruya olumlu cevap vermek daha doğru bir yaklaşım olur. Zira ilköğretim ve orta öğretim öğrencilerinin not tespiti, adres değişikliği vb. velayetin kullanımına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davalar uygulamada genellikle velayet altında olan

71 Turan YILDIRIM – Melikşah YASİN – Nur KAMAN – H. Eyüp ÖZDEMİR – Gül ÜSTÜN – Okay TEKİNSOY, *İdare Hukuku*, s. 800; Turgut TAN, *İdare Hukuku*, s. 898.

kişinin velisi sıfatıyla ya annesi ya da babası tarafından açılmaktadır. Anne ve/veya babanın birlikte açmayı, veli sıfatıyla tek başlarına açtıkları davalarda davanın ehliyet yönünden reddine karar verilir⁷². İslah yoluyla davacının değiştirilmesi imkânı olsa davacı olmayan anne ve/veya babanın davacı olarak eklenmesi suretiyle dava hızlıca sonuçlandırılmış olur. Dolayısıyla yeni davalar açılmak suretiyle ne taraflar ne de mahkemeler meşgul edilir.

Yine özellikle imar planları gibi düzenleyici işlemlere⁷³ karşı açılan davalarda ıslah suretiyle davacının yanına başka davacıların eklenmesine imkân verilmelidir. Kanunda zorunlu dava arkadaşlığının öngörüldüğü durumlarda birlikte dava açılmalıdır. Ancak zorunlu dava arkadaşlığının söz konusu olmadığı durumlarda isteğe bağlı olarak kişiler birlikte dava açabilir ve bu dava arkadaşlığına “*ihtiyari dava arkadaşlığı*” denir⁷⁴. Birlikte dava açma hakkına sahip olanlar birlikte dava açmak mecburiyetinde değildir. Bu kişiler birlikte dava açabilecekleri gibi ayrı ayrı da dava açabilirler. Zira İYUK’un 5. maddesinde de ihtiyari dava arkadaşlığı düzenlenmiştir. Hak veya menfaatlerinde iştirak bulunan ve davaya yol açan maddi veya hukuki sebepleri aynı olan birden fazla kişi tek dilekçeyle dava açabilir. Bu bağlamda dava açılması aşamasında ihtiyari dava arkadaşlığı yoluyla İYUK 5. madde uyarınca birden fazla kişi tek dava açabilir. Ancak sonraki aşamalarda hak ve menfaatlerinde iştirak olsa, davaya yol açan maddi ve hukuki sebepler aynı olsa bile ihtiyari dava arkadaşlığı yoluyla birlikte hareket etmeleri mümkün değildir. Zira böyle bir durumda aynı işleme karşı başka bir dava açılması gerekir. Özellikle düzenleyici işlemlere ve imar planlarına karşı açılan davalarda bu hususa rastlanılır. Bu da dava sayılarının çoğalmasına ve dolayısıyla

72 Henüz ergin ve reşit olmayan kişinin adresinin babası olan davacının izni olmadan sadece annenin yazılı beyanı esas alınarak değiştirildiği, Türk Medeni Kanunu 335. ve 336. maddeleri gereğince evlilik birliği devam ettiği sürece çocuk üzerindeki velayet haklarının anne ve baba tarafından birlikte kullanılabileceği, ikametgah kaydı işleminin de bu kapsamda bulunduğu, babanın muvafakatı alınmaksızın tesis edilen işleme yapılan itirazın reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda Antalya 2. İdare Mahkemesinin 19/01/2015 tarih ve E:2014/628, K:2015/58 sayılı kararının onanmasına ilişkin Danıştay 10. Dairesinin 13/05/2016 tarih ve E:2015/2004, K:2016/2669 sayılı kararı (yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki karar için bkz. Danıştay 15. Dairesinin 20/05/2014 tarih ve E:2013/3299, K:2014/3901 sayılı kararı, “...İdare Mahkemesi’nce dava, davanın davacı küçüğe velayeten annesi ve babası tarafından birlikte açılmadığı gibi, velayetin yalnızca anne tarafından kullanılacağına ilişkin bir belgenin de bulunmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden reddedilmiş ise de, dava dilekçesinin yenilenmesi sırasında davacı küçüğün babasının kayıp olduğunun ve bu nedenle babanın velayetinin kaldırılması için dava açılması hazırlığında bulunulduğunun açıklanması karşısında, Mahkemece bu husus araştırıldıktan sonra bir karar verilmesi gerektiği...”; (yayımlanmamıştır).

73 Halil KALABALIK, *İmar Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 205.

74 Baki KURU – Ramazan ARSLAN – Ejder YILMAZ, *Medeni Usul Hukuku*, s. 587 vd.



mahkemelerin iş yükünün artmasına sebep olur. Nitekim ihtiyari dava arkadaşlığı yoluyla açılan bir davada mevcut davacı yanına yeni davacı eklenmesine imkân verilmesi durumunda aynı imar planları gibi düzenleyici işlemlere karşı yeni davaların açılmasının önüne geçilir ve bu durum da usul ekonomisine uygun bir yaklaşım olur. Her ne kadar davanın tarafları dışında üçüncü kişilerin açılmış olan bir davaya “müdahil sıfatıyla” katılma imkânları olsa da bu durum davanın taraflarına tanınmış olan hak ve imkânlarla müdahilin sahip olacağı anlamına gelmez. Zira davaya müdahil olarak katılan kişi yanında katıldığı tarafa tabi olup, yanında davaya katıldığı taraf davayı temyiz etmezse tek başına temyiz hakkını kullanamaz. Bu bağlamda bu tür sakıncaların önüne geçilmesi amacıyla ıslah yoluyla davacı tarafın değiştirilmesine olanak sağlanmasının isabetli olacağı kanaatindeyim.

b) Islahla Davalının Değişmesi

İdari yargıda açılan bir davada davacı, dava dilekçesinde yanlış hasım göstererek veya hasım belirtmeksizin dava açmışsa bu durum açılan davanın reddini gerektirmez. Zira İYUK’un 3. maddesi uyarınca yanlış hasma dava açılması durumunda mahkeme davalıyı kendiliğinden düzelterek doğru davalıyı belirler. Hasım gösterilmeksizin dava açılmışsa bile mahkeme davayı reddetmez ve doğru davalıyı tespit etmek suretiyle uyuşmazlığı çözümlenmeye devam eder. Ayrıca hasım düzeltme kararı ara karar mahiyetinde olduğundan kanun yoluna başvurulması mümkün değildir.

Yargılamanın her aşamasında da davanın doğru davalıya (hasım) yöneltilip yöneltilmediği araştırılır. Davanın yanlış davalıya yöneltilmesi durumunda idari mahkemelerce davanın her aşamasında İYUK’un 3. maddesi uygulanmak suretiyle hasım düzeltme kararı verilerek davanın doğru davalı ile görülmesine karar verilir. Bu aşamadan sonra yeni davalı ile usuli işlemler yapılır ve eski davalı tarafından yapılan işlemler geçersiz olur. Ayrıca davanın yanlış davalı ile karara bağlanması usul hükümlerine aykırılık oluşturduğundan dolayı mahkemece verilen kararın bozulma sebebi olur⁷⁵. Bu bağlamda İYUK davalının düzeltilmesi ve değiştirilmesine imkân tanıdığı için ıslah kurumu uygulanmak suretiyle davalının değiştirilmesi hiç bir hukuksal anlam ifade etmez.

75 Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdare Dava Dairesinin 16.11.2016 tarih ve E: 2016/291, K: 2016/176 sayılı kararı; “...dava konusu kamulaştırmaz el atma tazminatı istenen taşınmazın I. derecede doğal sit alanında olduğu, söz konusu doğal sit alanlarında bulunan taşınmazı kamulaştırma yetkisi Çevre ve Şehircilik Bakanlığında olduğundan dosyanın Çevre ve Şehircilik Bakanlığı husumetiyle tekemmül ettirilip karara bağlanması gerekirken, Kültür ve Turizm Bakanlığının husumetiyle karar verilmesinde hukuka uygunluk görülmediği...” (yayımlanmamıştır).



SONUÇ

İdari yargılama usulünde ıslah sadece tam yargı davalarına mahsus olmak üzere düzenlenmiştir. Tam yargı davalarında da ıslah hakkı, dava dilekçesinde belirtilen miktarın yalnızca artırılmasıyla sınırlıdır. Tam yargı davası parasal tazmin aracı olduğundan dolayı, söz konusu tam yargı davasının konusu belli bir parasal miktarın ödenmesi isteminden oluşur. Dolayısıyla dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılması demek, yalnızca dava konusunun artırılması anlamına gelir. İYUK'un ıslahı düzenleyen 16. maddesinin kanuni gerekçesinde ıslah tabiri geçmiştir. İslahın idari yargılama usulündeki görünümüne ise tam manasıyla ıslah değil, sadece kısmı ıslah denilebilir. Zira adli yargılama usulünde dava türleriyle sınırlı olmaksızın dava konusu miktar, hem artırılabilir hem de bunun yanında azaltılabilir. Ayrıca davanın konusu değiştirilebileceği gibi davanın tarafları da ıslah yoluyla değiştirilebilir.

İdari yargının da temel amacı adaletli karar vermektir. Adaletli karar vermeyi sağlamaya yönelik kurumlar idari yargıda da uygulanmalıdır. İdari yargılama usulünde ıslah öngörülmesi, her ne kadar sadece tam yargı davasına özgü olmak üzere dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılmasına imkân verse de hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının önündeki bir kısım engellerin kaldırılması adına sevindirici bir gelişmedir. Kısmi ıslah uygulamasıyla idarenin işlem ve/veya eylemleri sonucunda zarara uğrayan kişilerin gerçek zararlarının tam anlamıyla karşılanması imkânı sağlanacaktır. Bu bağlamda, sınırlı da olsa, ıslah yoluyla dava dilekçesindeki talep miktarının sonradan düzeltilmesi, tazminat davasının başındaki belirsizlik karşısında bir güvence oluşturur. Kanaatimizce ıslah kurumunun idari yargıda uygulanmaya başlaması çok isabetli olmuştur.

Netice itibarıyla, idari yargıdaki ıslahın görünümü, kısmi ıslah olup, sadece davacıya dava dilekçesinde belirtilen miktarın artırılması hakkı verildiği için iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnası değil de sadece iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnası demek daha doğru bir yaklaşım olur.



KAYNAKLAR

AKAD Mehmet – **DİNÇKOL** Bihterin Vural, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2009.

AKKAN Mine, Hukuk Dili ve Adli Yazışmalar, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, Ağustos 2015.

AKYILMAZ Bahtiyar, Yargı Kararlarının Temyiz Öncesi Kesinleşmesi, İdari Yargıda İstinaf Semineri, Mayıs 2009, Antalya.

ASLAN Zehreddin – **BERK** Kahraman, İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar, İstanbul, 2002.

AYDIN Mesut, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y. 2006, S. 61.

BERKİN Necmettin M., Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969.

BİLGE Necip – **ÖNEN** Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.

BİLGİN Mahmut, Hukuk Yargılamasında İslah, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

BÜYÜK TÜRKÇE SÖZLÜK, (www.tdk.gov.tr).

CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2. Baskı, Ankara, Ekim 2006.

ÇAĞAN Nami, Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, AÜHF, C. 37, S. 1-4, 1980.

ERDOĞAN Celal, Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1973.

ERKUT Celal, İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara 1990.

ERSÖZ Ahmet Kürşat, İdari Yargıda İslah ve Uygulaması, Konya Barosu Dergisi, Yıl: 41, S. 24, s. 90-93.

GÖREN Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 15. Baskı, Ankara 2002.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/**TAN** Turgut, İdari Yargılama Usulü, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 1996.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2002.



GÜRANSait–**BERKARDA** Kemal–**AYANOĞLU**Taner–**BERKARDA** Kahraman, İdari Yargılama İle İlgili Konular, **Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 68. Ankara, 9 Mayıs 2003.

GÜRİZ Adnan, Hukuk Felsefesi, Kazancı Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2003.

İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2002.

KALABALIK Halil, İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2012.

KARAKUŞ Mehmet, İdari Yargıda Islah, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 5, S. 17 (Nisan 2014), s. 383-416.

KARAYALÇIN Yaşar, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 3. Baskı, Ankara, 1986.

KESKİN Züleyha, İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2016, S. 126, s. 235-262.

KÖPRÜLÜ Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler - Kişinin Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1984.

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 3. Baskı, Ankara, 1974.

KURU Baki – **ARSLAN** Ramazan – **YILMAZ** Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara, 2001.

MÜDERRİSOĞLU Hakkı, Danıştay Kanunu ve Danıştay Yargılama Usulü, Ankara 1978.

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İstanbul, 1966.

ÖZAY İlhan, Günışığında Yönetim II, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 8. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

ÖZCAN Elvin Evrim, İdari Yargılama Hukukunda Islah, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 92, 2011, s. 224-237.

ÖZELÇİ Aytaç – **SİMİL** Cemil, İdari Yargının İşlevi Yönünden Islah Kurumu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel S. 2009, Yıl: 2010, s. 1715-1752.

PEKCANİTEZ Hakan – **ATALAY** Oğuz – **ÖZEKES** Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.



POSTACIOĞLU İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul 1975.

RÜZGARESEN Cumhur, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

TAN Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2011.

TANRIVER Süha, Medeni Usul Hukuku, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

TUTUMLU Mehmet Akif, Kuram ve Uygulama Işığında Medeni Usul Hukukunda İslah, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2013.

VELİDEDEOĞLU Hakan, 6459 sayılı Yasal Değişiklik Sonrası İdari Yargıda İslah Kurumuna Genel Bakış, (www.huder.org.tr).

YAMLI Mehmet Sadık, Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2016.

YASİN Melikşah, İdari Yargılama Usulünde İspat, XII Levha Yayınları, İstanbul, Ağustos 2015.

YILDIRIM Turan – **YASİN** Melikşah – **KAMAN** Nur – **ÖZDEMİR** H. Eyüp – **ÜSTÜN** Gül – **TEKİNSOY** Okay, İdare Hukuku, XII Levha Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, Ekim 2013.

YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2002.

YILMAZ Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda İslah, Kazancı Matbaacılık Sanayii, İstanbul, 1982.

ZEVKLİLER Aydın – **ACARBAY** M. Beşir – **GÖKYAYLA** K. Emre, Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 1999.

(www.atasozleri.gen.tr)

(http:// cmiskp.echr.coe.int/tkp197).

(http:/// anayasa.gov.tr).

(www.huder.org.tr).

(www.inhak.gov.tr).

(www.mevzuat.gov.tr).

(www.sabah.com.tr/galeri/turkiye/yeni-anayasa).

(www.taa.gov.tr);

(www.tbmm.gov.tr).

(www.tdk.gov.tr).



6754 SAYILI BİLİRKİŞİLİK KANUNU NELER GETİRDİ?

(What Does Expertise Law Bring With?)

Prof. Dr. Ahmet Nezih KÖK¹

ÖZ

Yargılama faaliyetinin en önemli aktörlerinden birisi olan bilirkişi, sahip olduğu uzmanlık alanı ile ilgili özel ve teknik bilgiyi hâkime sözlü ya da yazılı olarak vererek hukuki uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunur. Bilirkişilik sisteminin yakın tarihimizde ortaya çıkan sorunlarının çözülemez hâle gelmesi bilirkişilik sisteminin ağır eleştirilere uğramasına neden olmuştur. Bu nedenle sorunların çözülebilmesi ve bilirkişilik için etkin ve verimli bir kurumsal yapının oluşturulması amacı ile 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu 03/11/2016 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu makalede, söz konusu kanun ile gündeme gelen bazı yenilikler ele alınarak ilgililerin bilgilendirilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bilirkişilik Kanunu, Hukukçu bilirkişi, Bilirkişilik Temel Eğitimi

ABSTRACT

An expert as an actor of trial helping the judge by supplying specific and technical data makes huge contribution for solving legal disputes. Because of severe problems, expertise system in Turkey has been widely criticized for a long time. Finally, to solve the problems about the expertise system and to establish a new affective and productive organizational structure for expertise, Expertise Law was accepted November 3, 2016. In this article, my aim is to give some information to whom it may concern.

Keywords: Expertise Law, Legal expert, Basic expertise education

GİRİŞ

Dünya üzerinde sosyal hayatın başlaması ile birlikte ortaya çıkan ilk etkinlik alanlarından birisi olan hukuk, sosyal hayatın gelişmesine bağlı

1 Erzurum Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanı, Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eski Dekanı, Bilirkişilik Kanunu Bilim Komisyonu Başkanı.

olarak toplumsal düzenin sağlanmasında en önemli rolü oynayan bağımsız bir kurumsal yapıdır. Tarihsel süreçte özellikle bilim ve teknolojiye paralel olarak sosyal hayatta yaşanan olumlu gelişmelerin yanı sıra ortaya çıkan hukuki ihtilafların da giderek çeşitlendiği ve daha karmaşık bir yapıya büründüğü herkesin malumudur. Toplumsal yaşamda ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların hukuk sistemi içerisinde çözülmesi görev ve yetkisine münhasıran hâkim sahiptir. Kural olarak hâkim, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuk bilgisi ile önüne gelen hukuki uyuşmazlığı çözerek herkesin payına düşeni belirleyip adaletin dağıtılmasını sağlamak zorundadır. İşte bu yargısal faaliyetin gerçekleştirilmesi sırasında bazen hâkimin önüne gelen hukuki uyuşmazlık, çözümünde uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir uyuşmazlık olabilir. Yaşanan bu istisnai durumda hâkim, sağlıklı ve doğru bir karar verebilme adına önemli bir rol üstlenmiş olan yargılama hukuku süjesi olan bilirkişiye başvurmak durumunda kalır. Bununla ilgili iç hukukumuzdaki yasal düzenlemelere bakıldığında hukuk yargılaması ile ilgili olarak 18/06/1927 tarihinde kabul edilen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HMUK) 275. Maddesi ile "Ehlivukuf" olarak tanımlanan bilirkişi, 12/01/2011 tarihinde kabul edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. Maddesinde yer almıştır. Diğer yandan ceza yargılaması ile ilgili olarak, 04/04/1929 tarihinde kabul edilen 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) 66. Maddesinde ve 04/12/2004 tarihinde kabul edilen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 63. Maddesinde bilirkişi tanımı yer almıştır.

Cumhuriyetimizin kurulmasından sonra başlayan kanunlaştırma faaliyetlerinden günümüze kadar gelişen süreçte yargılamanın önemli bir süjesi olan bilirkişilikle ilgili sorunların bir kartopu misali giderek büyüdüğü, üst düzey resmi yetkililerin² yanı sıra barolar ve hukuk akademisyenlerinin de kabul ettiği ortak görüşle bilirkişiliğin yozlaştığı, iyileştirilmesi gereken kanayan bir yara olduğu, yargılamayı uzattığı,

2 İmdat Türkay, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun Genel Değerlendirilmesi, <http://vergialgi.net/arastirmalar/6754-sayili-bilirkişilik-kanununun-genel-degerlendirilmesi/> (Adalet Bakanı Bekir Bozdağ, bilirkişilik müessesesinin hem uygulanış biçiminden hem de bu alanda kurumsal bir yapının olmayışından hem de pek çok nedenden kaynaklı ciddi sorunlarla karşı karşıya olduklarını belirtmiştir.), Yahya Deryal, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2.Baskı, 2004. (Kitabın önsözünde bilirkişilik, yargılama sürecinin gerekli bir unsuru olduğu hâlde, bu kurumun bütünüyle yozlaştığı, hukuki konularda bile bilirkişiye gidildiği, bilirkişilerin hâkimin yerine geçerek onun yetkisini kullandığı gibi şikâyetlerin sadece uygulayıcılar tarafından değil, akademisyenler tarafından da paylaşıldığı, hatta Hikmet Sami Türk gibi pek çok Adalet Bakanının da bu eleştirilere hak verdiği belirtilmiştir.) Recep Akcan, Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt 664-653 :2015 ,2



nihayetinde adalet beklentisi içinde bulunan kişilerin hak kayıplarına neden olduğu iddiaları yüksek sesle dile getirilmiştir.

Söz konusu sorunun çözümüne yönelik olarak yüksek yargı hâkimleri, Adalet Bakanlığı bürokratları, akademisyenler ve Türkiye Barolar Birliği mensuplarından oluşan Komisyon, dönemin Adalet Bakanı Sayın Bekir BOZDAĞ'ın başkanlığında 4 Şubat 2015 tarihinde "Bilirkişilik Kanunu Tasarısı'nı" hazırlamak için ilk toplantısını yapmış, gelişen süreçte konu ile ilgili paydaşlarla farklı illerde farklı tarihlerde bir araya gelinerek istişare ve değerlendirme toplantıları yapılmıştır. Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan taslak, Bakanlar Kurulu'nca 04/03/2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na arz edilmiş ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu 03/11/2016 tarihinde kabul edilmiştir. Kanun'un 18.maddesine dayanılarak hazırlanan Bilirkişilik Yönetmeliği ise 3 Ağustos 2017 tarihinde 30143 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu makalede, 17/04/2015 tarihinde kamuoyuna duyurulan Yargı Reformu Stratejisinde belirtilen hedefler doğrultusunda yasalaşan 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun neler getirdiğine bazı hususları ele alarak bakacağım.

I. BİLİRKİŞİLİK İÇİN ETKİN VE VERİMLİ BİR KURUMSAL YAPI OLUŞTURULMASI

Kanunun 1.maddesinde belirtildiği üzere Kanun'un amacı bilirkişilik için etkin ve verimli bir kurumsal yapı oluşturulmasıdır. Kurumsal yapının oluşturulmasında, hiç kuşkusuz ki yargılama faaliyetinde çok önemli rolü olan nitelikli kimselerin bilirkişi olarak sisteme dahil edilmesi gerekir. Bu nedenle nitelikli kimselerin bilirkişilik için şartlarının belirlenmesi ve bilirkişiliğe kabulün nasıl olacağı Kanun ve Yönetmelikle düzenlenmiştir. Buna göre Kanunun 6/1.maddesi gereği, bilirkişilik hizmetlerinin etkin, düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacı ile Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Bilirkişilik Daire Başkanlığı kurulmuştur. Başkanlık, öncelikli olarak bilirkişilik hizmetlerine ilişkin temel ve alt uzmanlık alanlarını belirleyecektir. Hiç kuşkusuz gelişen sosyal hayat, bilimsel gelişmenin ivmesi ile inanılmaz şekilde farklı uğraşlara ve bununla ilgili farklı uyumsuzluklara gebe dir. Bilirkişilik Daire Başkanlığı, bir yandan her geçen gün artan temel ve alt uzmanlık alanlarını belirlerken diğer yandan da bu alanlara göre bilirkişilerin sahip olmaları gereken niteliklerin neler olduğunu tespit ederek bilirkişilik için etkin ve verimli bir kurumsal yapının oluşmasına katkı sağlar.



Bilirkişilik Kanunu'nun 7/1. Maddesi ile kurumsal yapının oluşmasında önemli bir role sahip olan bilirkişilik bölge kurulları, bölge adliye mahkemelerinin kurulu bulunduğu yerde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından seçilmiş tamamen yargı mensubu altı kişiden oluşturulmuştur. Hâlen yedi ilimizde kurulmuş ancak ileriki günlerde sayılarının artacağı düşünülen bölge kurullarının görevlerinden birisi, bilirkişiliğe kabule ve bilirkişilerin sicile ve listeye kaydedilmesine karar vermektir. Bilirkişiliğe kabul şartlarını taşıyan kişiler bilirkişiliğe başvurularını bölge kurullarına ya da adli veya idari yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonuna yapabilirler. Bölge kurulu, bilirkişiliğe başvuru ve kabul şartlarını düzenleyen Yönetmeliğin 38. Maddesini taşıyanlar arasında Yönetmeliğin 43/1. Maddesi gereğince en liyakatli olanları seçerek sicile ve listeye kaydedilmesine karar verir.

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun oluşturduğu kurumsal yapı ile ilgili bir eleştiri, kurumsal yapının tamamen yargısal alana özgü bir işlev üstlenmiş olan bilirkişilik kurumunun, yürütmeye değil de, bağımsızlık ve tarafsızlık nitelikleri de gözetilerek, yargıyla ilişkilendirilmek suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiği yönündedir.³ Bu eleştiri ile sürülen sakıncaların, Kanunun amacına ve sistematığına bütün olarak bakıldığında tamamen giderildiği görülecektir. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde ihdas edilen Bilirkişilik Daire Başkanlığının görev ve yetkilerine bakıldığında, bilirkişilerin bağımsızlığını ya da tarafsızlığını zedeleyecek hiçbir yetkiye sahip olmadığı açıkça görülecektir. Ayrıca, bilirkişilerin seçiminin ve denetlenmesinin de tamamen Bölge Kurullarının görevleri arasında olduğu gerçeği bu eleştiriyi ortadan kaldırmaktadır.

Bilirkişilik Kanunu ile getirilen düzenlemelerin esası, mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda yargının ihtiyacı olabilecek temel ve alt uzmanlık alanlarını belirleyerek yeterli ama nitelikli bilirkişi ihtiyacının karşılanması ve bunun sonucunda etkin ve verimli bilirkişilik yapısının kurulmasını sağlamaktır.⁴ Bilirkişilik Kanunu ile kaldırılan önceki uygulamada, il adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan bilirkişiler yargılama faaliyetinde

3 Süha Tanrıver, **Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi**, TBB Dergisi, 28 (119) 2015: 227-240

4 Yüksel Ersoy, **Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar**, (içinde: Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, Grafik Tasarım Dizgi ve Baskı, Ankara, Cilt: 2: s.429-465). Bu sunumda Ersoy, Gürelli'ye atf yaparak bilirkişinin yeteneği alt başlığında, CMUK'un bilirkişilerin ehliyeti ile ilgili olarak hüküm içermediğini, bilirkişiliğin bir bakıma bir mesleğin veya sanatın icrası sayılabileceğini, 18 yaşından küçük bir şahsın da bilirkişi olarak tayinin mümkün olabileceğini belirtmektedir.



bilirkişilik yapmaktaydılar.⁵ Listelere başvuranların seçiminde eleme sistemi özellikle liyakat bakımından sıklıkla uygulanmadığından listeler çok hantal, kalabalık ve sıradandı.⁶

6754 sayılı Kanunla bilirkişiliğe kabul edilenlere bölge kurulu tarafından üç yıl süreyle geçerli olmak üzere bilirkişilik yetki belgesi verilir. Böylece eski liste uygulaması ile bir yıllık süre üç yıla çıkarılmış olmaktadır. Böylece bilirkişiliğin etkinliği ve verimliliği, seçimlerin daha ciddi yapılması ile artırılmış olmaktadır.

6754 sayılı Kanun ile getirilen önemli bir yenilik, bilirkişilik yapabilmek için getirilen bir başvuru şartı olarak “Bilirkişilik Temel Eğitimi” almaktır. Bilirkişilik Temel Eğitimi, kanunlarda yer alan esaslar ve Bakanlık tarafından belirlenen ilkeler kapsamında bilirkişiliğe başvuru öncesinde beş yıllık mesleki kıdem kazanmış kişiler tarafından alınan ve bilirkişilik faaliyetinin yürütülmesi ile ilgili temel, teorik ve pratik bilgileri içeren zorunlu eğitimidir. Bu eğitim, hiç kuşkusuz ki bilirkişilerin yapacakları işlerin bir yandan kalitesini artırırken diğer yandan standardizasyonun sağlanmasına katkı sağlayacaktır.

II. HUKUKÇULARIN BİLİRKİŞİ OLARAK BİLİRKİŞİLİK SİCİLİNE KAYDEDİLEMESİ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 266-1. Maddesinde; “Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz” ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 63/1. Maddesinde; “çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına res’en Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez” hükümleri bulunmakla birlikte yaşanan süreçte yargılama faaliyetlerinde bu hükümlerin hem mahkemeler, hem Yargıtay hem de barolar tarafından uygulanmadığı maalesef sıklıkla gözlenmiştir. Nitekim bu sorun Kanun Tasarısının hazırlanması sırasında en üst perdeden seslendirilerek, açıkça yasa hükümlerinin

5 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 64

6 Türkiye Büyük Millet Meclisi 26.Yasama Dönemi 1.Yasama Yılı, 388 Sıra Sayısı, **Bilirkişilik Kanunu Tasarısı** (1/687) ve **Adalet Komisyonu Raporu**, s.6-7



çiğnenmesi fiili durumu Kanun Taslağı gerekçesinde de vurgulanmış ve hukuk kurallarını resen araştırıp bulma ve olaya uygulamanın hâkimin asli görevi olduğu, hukuka uygun olarak hüküm verme görevinin münhasıran hâkime ait olduğunun Anayasamızın 138.maddesinde açıkça belirtildiği, hukuki konularda bilirkişiye başvurulması yasak olmasına rağmen hâkimin bilirkişiye gitmesinin toplumda “bilirkişi adaleti” şeklindeki uygulamalara yol açtığı gerekçede yer almıştır.⁷ Bilirkişilik Kanunu ile, 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 63.madde gerekçesinde de belirtilen; hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgilerle çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi atanamayacağı hükmünün ön plana çıkarılarak bilirkişiyi gerçek rolüne döndürüp “bilirkişilik adaleti” olarak adlandırılan uygulamalara son verilmesi hedefine ulaşılmaya katkı sağlanmıştır.⁸

Gerek hukuk yargılamasında gerekse ceza yargılamasında hukuki konularda hâkimin bilirkişiye başvuramayacağı açıkça belirtilmiş olmasına rağmen⁹ bu hükümlerin ihlal edilmesinin nedenlerine bakıldığında; öncelikle Yargıtay'ın bazı kararlarına bakmak gerekecektir. Yargıtay, kanuna aykırı bu uygulamaları engellemek yerine, verdiği kararlarda aralarında hukukçu bir bilirkişinin bulunduğu bilirkişi heyetinden rapor alınmamış olmasını ve hukuki konuda alınan bilirkişinin konunun uzmanı olmamasını bozma sebebi olarak kabul ederek hukukçu bilirkişiden görüş alınmasını ilk derece mahkemeleri için zorunlu tutmaktadır.¹⁰

Diğer yandan mahkemelerin önüne gelen hukuki uyuşmazlıkların sayısal olarak yüksek olması nedeni ile hâkimin iş yoğunluğunun artması, hâkimin en azından dosyayı hukukçu bilirkişiye yönlendirerek dosyanın özetlenmesini sağladığı ve böylece hâkimin dosyaya ayıracağı süre sorununu çözmeye çalıştığı bilinen bir gerçektir.

Genel Kanunlarda açıkça belirtilen hukukçu bilirkişi yasağı Bilirkişilik Kanunu'nda da tekrar vurgulanarak Kanun' un temel ilkeler başlıklı 3/2. Maddesinde; “Genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin

7 Türkiye Büyük Millet Meclisi 26.Yasama Dönemi 1.Yasama Yılı, 388 Sıra Sayısı, **Bilirkişilik Kanunu Tasarısı** (1/687) ve **Adalet Komisyonu Raporu**, s.11

8 Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.212-213

9 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 266/1, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 63/1. Bkz. Süha Tanrıver, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri (Elemenları) Mahkemelerce Bilirkişilik Görevini Kabule Zorlanabilirler mi? **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ocak-Şubat 2011, Yıl 23, Sayı 92: 377-388, Acun Papakçı, **Hukuki Bilirkişilik**, MÜHF-HAD 22(1) 2016: 433-456. Murat Atalı, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, **Ankara Üni. Hukuk Fak.Dergisi**, 65(4) 2016:3271-3282

10 Papakçı, age.(Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, E.2012/11772, K.2012/20195, T.07.12.2012, Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, E.2014/16923, K.2015/11142, T.27.10.2015.9, Bkz.



gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün konularda bilirkişiye başvurulamaz” hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca Kanun’un 10/4. Maddesinde yer alan “Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirmediği takdirde, bilirkişilik siciline ve listesine kaydedilemez.” ifadesiyle hukukçu bilirkişilerin bilirkişilik sisteminde yer alamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu hükümler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 266. Maddesine Bilirkişilik Kanunu’nun 49. maddesine istinaden, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 63. Maddesine de Bilirkişilik Kanunu’nun 42.maddesine istinaden eklenmiştir.

Doktrinde hukukçu bilirkişinin kabul edilmemesine muhalif düşüncelerin olduğu açıktır. Nitekim, Atalı bir makalesinde; Kanunun açık hükümleri yanında genel yaygın kabule zıt olmakla birlikte, hem bu zamana kadarki fiili uygulama ve hem de olması gereken hukuk açısından, hukuki konularda bilirkişiliğe başvurulmasının gerçekten sanıldığı kadar sakıncalı olmadığı hatta bazı durumlarda zaruri olduğu kanaatini taşıdığını beyan etmiştir.¹¹

Hukukçu bilirkişilik yönündeki görüşler Taslağın Alt Komisyonunda görüşülmesi toplantılarında da dile getirilmiştir. Bu görüşlere göre günümüzde gelişen teknoloji ile birlikte her alanda olduğu gibi hukuk alanında da hızlı bir değişimin yaşandığı, sağlık hukuku, spor hukuku, bilişim hukuku gibi yeni dalların ortaya çıktığı, günümüz şartlarında konuları birbirinden çok farklı davalara bakmak zorunda olan ve ağır iş yükü altında bulunan hâkimlerin, pratikte fazla karşılaşılmayan konular ve yeni uzmanlık alanlarında yeterli bilgiye sahip olmalarının mümkün olmadığı ve bu nedenle hukukçu bilirkişilere başvuranın bir zorunluluk olduğu belirtilmiştir. Ancak, alt komisyonda dile getirilen bu görüşler temel ilkeler çerçevesinde kabul görmemiştir.

III. ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLERİN BİLİRKİŞİLİĞİ

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu’nun Tanımlar başlığını taşıyan 2/1/b. Maddesinde bilirkişi; çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulmuş gerçek veya özel hukuk tüzel kişisini ifade eder hükmü ile yeni düzenleme özel hukuk tüzel kişisine bilirkişilik yetkisini vermektedir. Bu düzenleme Bilirkişilik Kanunu Tasarısı’nın hazırlanmasında en çok

11 Murat Atalı, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 65(4) 2016:3271-3282



tartışılan hususlardan birisi olmuştur. Nitekim Tanrıver bir makalesinde özel hukuk tüzel kişilerine bilirkişilik kapısının açılması ile ilgili tereddütlerini belirtmiştir.¹² Bilirkişilik Kanunu Tasarısının (1/687) Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde Alt Komisyonunda yapılan toplantılarında özel hukuk tüzel kişilerin bilirkişiliği ile ilgili olarak, bilirkişilik görevinin esas itibarı ile gerçek kişiler tarafından yapılması gereken bir kamu görevi olduğu, bu nedenle özel hukuk tüzel kişilerine bilirkişilik yapma imkânının getirilmesinin bilirkişilik kurumunun doğası ve nitelikleri ile bağdaşmadığı, getirilen düzenlemenin uygulamada kâr amacına yönelik bilirkişilik şirketlerinin oluşmasına yol açarak beraberinde raporların sıhhati konusunda şüpheleri de getireceği belirtilmiştir. Bilirkişilik Kanunu'nun Bilirkişiliğe Başvuru Şartlarını düzenleyen 10/2. Maddesinde; özel hukuk tüzel kişilerinin bünyesinde bilirkişi olarak çalışacak kişiler bakımından da birinci fıkradaki şartların aranacağı ve düzenlenen raporlarda bu kişilerin adı, soyadı ve imzasının yer alacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile özel hukuk tüzel kişilerinin de Kanun'un amacı doğrultusunda çalıştırdıkları personelin gerekli şartlara sahip olmaları gerekliliği sağlanmıştır.

SONUÇ

Adil yargılama hakkının kullanılması ile ilgili olarak çok önemli bir yargılama sujesi olan bilirkişilikle ilgili olarak ortaya çıkan, ilgili herkes tarafından bilinip açıkça dile getirilen sorunların giderilmesi ve etkin ve verimli bir kurumsal yapı oluşturulması amacı ile 03/11/2016 tarihinde kabul edilen 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu, getirdiği düzenleme ile istisnasız tüm yargı yollarında ve muhakeme usullerinde aynı şekilde uygulanmak üzere getirdiği sistemle nitelikli bilirkişilerin seçilerek sisteme dâhil edilmesini amaçlarken, bir mesleki uğraşı olarak kabul edilmesi mümkün olmayan bilirkişilik faaliyetlerinin bağımsız ve tarafsız bir şekilde, belirlenen etik ilkelere uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini hedeflemektedir.

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu, yürürlükte bulunan kanunlarımızda mevcut olup da bu güne kadar çok sıkı bir şekilde uygulanmayarak "bilirkişi adaleti" gibi bir terminolojinin doğmasına neden olan "genel bilgiyle veya tecrübeyle ya daha hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı" ve "bilirkişi raporunda çözümü uzmanlığı, özel

12 Süha Tanrıver, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, *TBB Dergisi*, 28 (119) 2015: 227-240



veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz” ilkelerinin hiçbir istisnaya yer vermeden uygulanmasını esas alarak bilirkişilerin Akcan’ın belirttiği gibi, hâkimin yerine geçmesini ve yargı yetkisinin bilirkişilere devri ihtimalini ve tehlikesini ortadan kaldırmaktadır.

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu, getirdiği düzenlemelerle yalnızca nitelikli bilirkişilerin sisteme dahil edilmesi ile kalmamış bu bilirkişilerin görevlerini yaparken belirli standartlara uygun olarak belirli bir performans anlayışı ile yapılması ve denetlenmesi anlayışını getirmiştir.

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu, sadece bilirkişilerin değil aynı zamanda bölge kurullarının da idari denetimi sistemini getirerek bilirkişilik kurumsal yapısının etkin ve verimli bir şekilde oluşturulmasına katkı sağlamıştır.

Son söz olarak, Bilirkişilik Kanunu’nun uygulanması ile ilgili olarak hiç kuşkusuz ki önceden öngörülemeyen sorunların ortaya çıkması söz konusu olabilir. Ancak şunu hemen belirtmeliyim ki uzun yıllar ağır sorunlarla hantallaşmış ve çoğunlukla yargılama faaliyetini aksatmakla suçlanan eski sistemin yerine yeni bir bilirkişilik sisteminin kurulmasında bazı sorunların ortaya çıkması kadar doğal bir şey olamaz.



KAYNAKLAR

AKCAN, Recep : Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:2, 2015: 653-664

ATALI, Murat : 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, Ankara Üni. Hukuk Fak.Dergisi, 65(4) 2016:3271-3282

DERYAL, Yahya: Türk Hukukunda Bilirkişilik, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2.Baskı, 2004

ERSOY, Yüksel: Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, (içinde: Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, Grafik Tasarım Dizgi ve Baskı, Ankara, Cilt: 2: s.429-465)

PAPAKÇI, Acun: Hukuki Bilirkişilik, MÜHF-HAD 22(1) 2016: 433-456

ŞAHİN, Cumhur: Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005

TANRIVER, Süha: Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri (Elemanları) Mahkemelerce Bilirkişilik Görevini Kabule Zorlanabilirler mi? TBB Dergisi, 2011 (92): 377-388

TANRIVER, Süha: Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 28 (119) 2015: 227-240

TÜRKAY, İmdat: 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanununun Genel Değerlendirmesi, <http://vergiyalgi.net/arastirmalar/6754-sayili-bilirkişilik-kanununun-genel>

Türkiye Büyük Millet Meclisi 26.Yasama Dönemi 1.Yasama Yılı, 388 Sıra Sayısı, Bilirkişilik Kanunu Tasarısı (1/687) ve Adalet Komisyonu Raporu. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic

MADEN ÇALIŞANLARI ZORUNLU FERDİ KAZA SİGORTASI TARAFLARININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

*(Obligations Of Parties Of Compulsory Individual Accident Insurance For
Mine Workers)*

Prof. Dr. Huriye KUBİLAY¹
Av. Pınar AKDEMİR, LLM²

ÖZ

Ülkemizde son yıllarda sıklıkla karşılaşılan maden kazaları, çalışanlar ve/veya işverenler tarafından isteğe bağlı olarak yapılabilecek ferdi kaza sigortalarının zorunlu olarak yapılmasının önemini ortaya koymuştur. Çalışanların ekonomik yönden yeterli olanaklara sahip olmamaları ve yine işverenlerin yine ekonomik kaygılarla isteksiz davranmaları sonucunda maden çalışanları isteğe bağlı olarak yapılan bu sigorta güvencesinden mahrum kalmışlardır. Ferdi kaza sigortasının, “*meblağ sigortası*” niteliğinde bir sigorta branşı olması nedeniyle, düşük sigorta primi ödeyerek, risk gerçekleştiğinde düşük sigorta bedeli (tazminat) ödenmesi olasılığı da fazladır. Bu nedenle, maden çalışanları için getirilen yeni zorunlu ferdi kaza sigortası ile her maden çalışanı için standart, eşit ve makul bir sigorta bedeli ödemesinin teminat altına alınması mağdurlar için yararlıdır. Maden çalışanlarının ve işverenlerin bu zorunlu sigorta yanında isteğe bağlı ferdi kaza sigortası sözleşmesi yaparak veya işverenin yapacağı sorumluluk sigortaları ile daha kapsamlı sigorta güvencesine sahip olmaları mümkündür. Maden çalışanlarının, önceden yasal olarak belirlenmiş haklarını bilerek çalışmaları, sektörün daha verimli hale gelmesine katkı sağlayacaktır. İşletmelerin, faaliyetleri süresince geçerli ve gerekli kapsamda “Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Poliçeleri”ne sahip olduklarının denetim makamlarınca kontrol edilmesiyle bu özel sigortadan beklenen yararın elde edilmesi mümkün olabilecektir.

1 İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ♦ huriye.kubilay@ieu.edu.tr

2 Av. Pınar AKDEMİR, LLM ♦ akdemirpinar@outlook.com



Sigorta Sözleşmesinin yanı sıra reasürans sözleşmesi ve özellikle reasürans sözleşmesinin “reasürör” tarafı olarak “*Olağandışı Riskler Yönetim Merkezi*” de yeni mevzuatla düzenlenmiş bulunmaktadır. Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortasına ilişkin reasürans sözleşmesinin taraflarının yükümlülükleri de bu çalışma kapsamında ele alınan konulardan biridir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası'nın genel yasal kaynaklarını oluşturur. Bu genel mevzuatın yanında; 26/1/2015 tarihli ve 2015/7249 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan “*Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Hakkında Karar*” ve 06.05.2015 tarihli ve 29347 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “*Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği*” ülkemizde bu alandaki özel mevzuatımızdır.

Bu çalışmada, ülkemizdeki mevzuat çerçevesinde, zorunlu ferdi kaza sigortasının tarafları belirlenecek, bunların yükümlülükleri özel sigorta hukuku yönünden ayrıntılı olarak ele alınacak, yabancı hukuk sistemleriyle ve uygulamayla karşılaştırmalar yapılacaktır. Ülkemizde, bu özel sigorta branşının yeni düzenlenmiş olması nedeniyle, maden çalışanlarının isteğe bağlı ferdi kaza sigortası ve maden çalışanları zorunlu ferdi kaza sigortası ile ilgili istatistikî veriler henüz bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Maden, maden çalışanları, sigorta, ferdi kaza, zorunlu sigorta

ABSTRACT

The mining accidents in our country which have occurred frequently in recent years, have highlighted the importance of compulsory individual accident insurance by the workers and/or employers which are currently optional. Due to the fact that the workers have inadequate economic resources and that the employers are similarly reluctant for economic considerations, mining workers are left devoid of this optional insurance. Because the individual accident insurance is part of an insurance branch called “amount insurance”, there is more likelihood of low payments resulting in low insurance amount (compensation) payment. Therefore it's beneficial to the possible victims that a standard, equal and affordable insurance amount payment is guaranteed by the new compulsory individual accident insurance. It's possible for the mining workers and employers to make an optional individual accident insurance contract or the employers to make responsibility insurance in addition to the compulsory insurance and



have more comprehensive coverage. The work of mining workers with prior knowledge of their legal rights will make the sector run more efficiently.

In addition to the Insurance Contract, the reinsurance contract and especially the “Extraordinary Risk Management Center” as the “reassurer” party of the reinsurance contract are regulated by the new regulations. The obligations of the parties to the reinsurance contract regarding the Mining Workers Compulsory Individual Insurance are also examined in this study.

The Turkish Commercial Code of number 6102 and the Insurance Law of number 5684 constitute the general legal framework for the Mining Workers Compulsory Individual Accident Insurance. Along with these general regulations; “Executive Order on Mining Workers Compulsory Individual Insurance” dated 26/1/2015 and entered into effect by the Council of Ministers Order number 2015/7249 and the “Official Statement on Mining Workers Compulsory Individual Accident Insurance Price List and Instruction” dated 06/5/2015 and entered into force by publication in the Official Gazette number 29347 are the special regulations on this subject in our country.

In this work, the parties to the compulsory individual accident insurance will be defined in the framework of the regulations in our country, and their obligations will be examined in detail with regard to private insurance law, comparisons will be made with foreign legal systems and practices and statistical data on optional and compulsory individual accident insurance.

Keywords: Mine, mine workers, insurance, individual accident insurance , compulsory insurance

GİRİŞ

Maden alanlarının; özellikle yeraltında çalışmak zorunda olan çalışanlar için, pek çok emniyet tedbirinin alındığı gelişmiş ülkelerde bile tehlikeli olduğu bilinmektedir. Maden alanlarının yüksek riskli alanlar olması ve madencilerin yüksek riskli bir meslekte çalışıyor olmaları bu konuda uzmanlık gerektiren ve genelde *zorunlu* olan³ özel bir sigorta branşının doğmasına yol açmıştır. Bu nedenle, XIX. Yüzyılda, Amerika Birleşik Devletleri’nde ve Almanya’da özel düzenlemeler yürürlüğe konulmuş olup, bu konudaki yasal faaliyetler, günümüzde Avrupa Birliği’nde ve

3 NEUHOFF, s.63.



birçok ülkede sürmektedir⁴. Almanya ve İsviçre gibi Avrupa ülkelerinde “sosyal sigorta” yaklaşımı benimsenirken Amerika Birleşik Devletleri’nde, kamusal, merkezi bir fon kurulmaksızın, işverenlerin sigorta şirketleri ile yaptıkları sözleşmelere dayanan “özel sigorta” yaklaşımı ile madencilere güvence sağlanmaya çalışılmıştır⁵.

06 Şubat 2015 tarihinde, 29259 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2015/7249 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 13üncü maddesine uygun olarak bir zorunlu sigorta ihdas edilmiş; yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden gayri yer altı madenciliği faaliyetlerinde bulunan gerçek ve tüzel kişilere, söz konusu faaliyetlerin icrası esnasında meydana gelebilecek kazalar sonucu tesislerinde istihdam ettikleri, üretim ve üretim hazırlığı faaliyetinde bulunan personeli için “Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası” yaptırmak zorunluluğu getirilmiştir. Bu Bakanlar Kurulu Kararı, yayımı tarihinden üç ay sonra; 06 Mayıs 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Başbakan Yardımcılığı (Hazine Müsteşarlığı)’nın 4/5/2015 tarihli ve 14071 sayılı yazısı üzerine, 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 13 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 2015/7707 sayılı “Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Hakkında Kararda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Karar”ın yürürlüğe konulması 06 Mayıs 2015 tarihinde kararlaştırılmıştır⁶.

Yine, 06 Mayıs 2015 tarihli ve 29347 sayılı Resmi Gazete’de “Maden çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği” yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği’ne göre, 2015/7249 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nın yürürlüğe girdiği; 06.05.2015 tarihi itibarıyla sigortaya tabi faaliyeti bulunan gerçek ve tüzel kişiler, aynı veya benzer teminatı sağlayan sigorta poliçeleri bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, Kararı yürürlüğe girmesinden itibaren bir buçuk ay içinde Karar çerçevesinde sigorta talebinde bulunmak zorundadırlar (Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği, B.18).

Bu yeni düzenlemelerle, bir yandan zorunlu sigortalara bir yenisi eklenmiş, öte yandan Sigorta Hukuku Sistemimizde, 5684 sayılı Sigortacılık

4 http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Germany_en.pdf (Erişim tarihi: 12.08.2015).

5 LENGWILER, s.56 vd.

6 RG. Tarih: 24 Haziran 2015, Sayı: 29396.



Kanunu'nun 45 (2) maddesi ile 25.06.1927 tarihi ve 1160 sayılı Mükerrer Sigorta İnhisarı Hakkında Kanun'un yürürlükten kaldırılması üzerine uygulanmasına son verilmiş olan; bütün sigorta sözleşmelerini ilgilendiren zorunlu reasürans, belirli bir branşla ilgili olarak; *Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası* hakkında yeniden sistemimize girmiştir.

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası, genellikle, birden fazla kişinin sigorta teminatı kapsamına alınmasını sağladığı için bir "*grup sigortası*"dır. Bu sigorta kapsamına giren bir çalışanın olması durumunda "*ferdi/bireysel/tekel sigorta*" sözleşmesi yapılması mümkündür⁷. Birden fazla kişiye sigorta teminatı verilmesi ve istenildiğinde, zorunlu sigorta teminatı yanında isteğe bağlı sigorta teminatını da kapsamaması nedeniyle "*birleşik sigorta*"⁸ yapısında olabilir. Dünyadaki gelişmeler, bu zorunlu sigortanın başka sigorta branşları ile birlikte birleşik sigorta halinde sunulması yönündedir.

I- MADEN ÇALIŞANLARI ZORUNLU FERDİ KAZA SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE İLGİLİ KİŞİLER

A. Taraflar

1. Sigortacı

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi'nde sigortacı, Türkiye'de, ilgili branşta ruhsatı bulunan bütün sigorta şirketleri olabilir (2015/7707 sayılı BKK, m.3)⁹. Burada sözü edilen; "*ilgili branşta ruhsatı bulunan bütün sigorta şirketleri*", "*Ferdi Kaza Sigortası*"¹⁰ branşında ruhsatı bulunan bütün sigorta şirketleridir; sadece bu sigorta şirketleri, Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi'nin tarafı/sigortacı olabilirler¹¹ ve bu sigorta şirketleri, kendilerine başvurulduğu takdirde, Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi yapmak zorundadırlar.

Sigortacı, zorunlu reasürans limitinin alt sınırına kadar olan hasarlar için (Sakatlanma ve ölüm teminatları için ayrı ayrı olmak üzere kaza

7 Grup sigortası ve ferdi sigorta hakkında bk. KUBİLAY, s.49; ULAŞ, s.13.

8 KUBİLAY, s.49.

9 2015/7707 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı m.3 ile getirilen değişiklikten önce, 2015/7249 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 5 (1) maddesi uyarınca, Türkiye'de genel sorumluluk sigortası branşında ruhsatı bulunan bütün sigorta şirketleri sigorta poliçesini yapmak zorundaydı.

10 "*Ferdi kaza sigortası*" hakkında bk. ULAŞ, s.169 vd.

11 Sigorta branşları hakkında bk. <http://www.tsb.org.tr/sigorta-branslari.aspx?pageID=622> Erişim tarihi: 05.08.2015.



başına 1.500.000.-TL'ye kadar) isteğe bağlı olarak reasürans koruması temin edebilir (*isteğe bağlı reasürans sözleşmesi*). Yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden gayri yer altı madenciliği faaliyetlerinde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin işletmelerinde gerçekleşen kazalarda sakatlanma ve ölüm teminatları için ayrı ayrı olmak üzere kaza başına 1.500.000.-TL'yi aşan hasarlar ile ilgili olarak reasürans sözleşmesi yapmak zorundadır (*zorunlu reasürans sözleşmesi*). Bir başka deyişle, zorunlu reasürans, on kişiyi aşan üretim ve üretim hazırlığı faaliyetinde bulunan personele sahip işletmeler için geçerlidir.

2. Sigorta ettiren

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi'nde sigorta ettiren, yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden gayri yer altı madenciliği faaliyetlerinde bulunan gerçek ve tüzel kişilerdir (2015/7249 sayılı BKK, m.1 (1); m.3; Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği, A.Tarife). Maden alanını işleten; esasen, olması gerektiği şekilde ruhsat sahibi ise ruhsat sahibi, rödövanşçı ise rödövanşçı bu sigorta sözleşmesini akdetmek zorundadır. Bu maddede, "...kömürden gayri yer altı madenciliği..." ifadesi yerine, "...kömürden gayri yer altı ve yer üstü madenciliği..." denilmek suretiyle "sigorta ettiren" kavramının kapsamı genişletilerek bu sigortadan daha çok kişinin yararlanması sağlanabilir. Sigorta ettiren, zorunlu sigorta yanında isteğe bağlı sigorta sözleşmesi de yapabilir.

Ünan, Karar'da, "*taşerona bağlı çalışma*" olarak tanımlanan hallerde ne olacağına dair açıklık bulunmadığını öne sürmektedir¹². 2015/7249 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda (m.1), sigorta yaptırma zorunluluğunun, yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden gayri yer altı madenciliği faaliyetlerinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler hakkında getirildiği göz önüne alındığında, öğretilerde genellikle "*ürün kirası*"¹³ olarak nitelendirilen "*rödövanş sözleşmesi*" ile madencilik faaliyetinde bulunmanın fark yaratmayacağı, rödövanş sözleşmesi ile madencilik faaliyetinde bulunanların tesislerinde istihdam ettikleri, üretim ve üretim hazırlığı faaliyetinde bulunan bütün personel için "*Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası*" yaptırmak zorunda olduğu sonucuna varılabilir.

12 ÜNAN (2015).

13 TOPALOĞLU, 250.



6592 sayılı “Maden Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”¹⁴ göre rüdvans sözleşmelerine bazı sınırlandırmalar getirilmiştir. Şöyle ki;

“MADDE 22 – 3213 sayılı Kanununun ek 7nci maddesine birinci fıkrasından önce gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Ruhsat sahipleri ile üçüncü kişiler arasında rüdvans sözleşmeleri Bakanlığın iznine tabidir. İzin alınmaksızın yapılan rüdvans sözleşmesi ile yürütülen madencilik faaliyetleri durdurulur.

Kamu kurum ve kuruluşları ile iştirakleri hariç olmak üzere yer altı kömür işletmelerinde maden ruhsat sahipleri, ruhsat sahalarının bir kısmında veya tamamında üçüncü kişiler ile üretim faaliyetlerine yönelik rüdvans sözleşmeleri yapamaz. Aksi takdirde rüdvans sözleşmesi ile yapılan madencilik faaliyetleri durdurulur.” Bu hükme uygun olarak faaliyette bulunan rüdvansçı, istihdam ettiği Karar’da belirtilen çalışanları için Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi akdetmek zorundadır.

Sigorta ettirenin poliçe talebinin reddine veya sigorta teminatının askıya alınmasına ilişkin olarak sigorta şirketince yapılan bildirim üzerine poliçe konusu tesisteki faaliyet ilgisine göre; sigorta poliçesi düzenlenene veya sigorta teminatının tekrar yürürlüğe alınmasına kadar ilgili kamu kurumlarınca durdurulur. Sigorta poliçesi yapılmaya kadar faaliyetlere izin verilmez. Sigorta teminatının tekrar yürürlüğe alınması durumunda, mevzuatın aradığı diğer şartlar saklı kalmak kaydıyla, bu durumun bildirim üzerine ilgili kamu kurumlarınca faaliyetlerin devamına karar verilebilir (Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği, B.11).

Sigorta poliçesinin feshedildiği durumda ilgili mevzuatın ruhsat iptallerine yönelik hükümleri çerçevesinde işlem yapılarak ruhsatlar iptal edilir. Kalan günlerin primleri, gün esasına göre, sigorta ettirene iade olunur. Sigorta teminatının tekrar yürürlüğe alınması durumunda, mevzuatın aradığı diğer şartlar saklı kalmak kaydıyla, bu durumun bildirim üzerine ilgili kamu kurumlarınca faaliyetlerin devamına karar verilebilir (Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği, B.12).

Kamu kurumlarınca ilgili mevzuat dahilinde üretim faaliyetlerinin durdurulduğu anda poliçe teminatı kendiliğinden askıya alınmış sayılır ve Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı

14 Maden Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No: 6592, Kabul Tarihi: 04.02.2015, R.G. Tarih: 18 Şubat 2015, Sayı:29271.



Tebliğinin ilgili maddeleri çerçevesinde sigorta şirketince işlem tesis edilir (Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği, B.13).

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği'nde sigorta ettirenin değişmesi durumu da düzenlenmiştir. Poliçe vadesi içinde, yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden gayri yer altı madenciliği faaliyetlerinde bulunan gerçek veya tüzel kişinin ilgili mevzuata uygun olarak değişmesi halinde sigorta şirketi bu durumun kendisine bildirilmesini müteakip mevcut poliçenin asgari sigortalama şartlarının bulunmaması sebebiyle sonlandırılmasına karar vermezse mevcut poliçe yeni gerçek veya tüzel kişiyle kendiliğinden devam eder (Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği, B.14).

B. İlgili Kişiler

1. Sigortalı

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi'nde sigortalı, üretim ve üretim hazırlığı faaliyetinde bulunan tesis personelidir. Bu husus, 2015/7249 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 1inci maddesinin 2nci fıkrasında, "*Sigorta poliçesi münhasıran üretim ve üretim hazırlığı faaliyetinde bulunan tesis personeli için düzenlenir.*" hükmü ile ifade edilmektedir. Bu hükmün devamında, diğer tesis personeli için isteğe bağlı ferdi kaza sigortası düzenlenebileceği belirtilmektedir.

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi'nin sigortalıları için de ayrıca isteğe bağlı ferdi kaza sigortası sözleşmesi yapılması mümkündür. Tarife ve Talimat ile belirlenecek azami limiti aşan hasarların Devletçe karşılanması düzenlemesinin getirilmiş olması (2015/7249 sayılı BKK, m.6 (3)) isteğe bağlı ferdi kaza sigortası sözleşmesi yapılmasını engelleyen bir düzenleme değildir. 2015/7249 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 4üncü maddesinde, sigorta tazminatının tespitinde zarar hesabı yapılmaz, hükmü ile bu sigortanın bir "*meblağ sigortası*" türü olduğu vurgusu yapıldıktan sonra, 6ncı maddenin 3üncü fıkrasında; "*Tarife ve talimat ile belirlenecek azami limiti aşan hasarlar...*" denilmesi, bu sigortanın bir "*meblağ sigortası*"¹⁵ türü olduğunu açıkça ortaya

15 ÜNAN, bu sigortayı "*tutar sigortası*" olarak adlandırmaktadır. "*Tutar sigortalarında riziko (kaza, diğer bir anlatıyla ani bir şekilde ve kazaya uğrayanın denetimi dışındaki sebeplerle meydana gelen ve ölüm veya sakatlık yahut iş gücü kaybına yol açan olay) gerçekleşince, sigortacı bir zararın ortaya çıkıp çıkmadığıyla ve –genelde olduğu gibi- çıkmışsa bunun miktarı ile ilgilenmeksizin, sözleşmede kararlaştırılan parayı ödeyecektir. Kaza sigortasının zararı giderme gibi bir amacı ve*



koymaktadır. Bu durumda, sigorta ettirenlerin ve sigortalıların isteğe bağlı sigortalar yaptırarak, zorunlu sigorta yanında isteğe bağlı sigorta güvencesinden yararlanmalarının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. *Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği'*ne göre, teminat tutarları, sakatlanma ve ölüm risklerine karşı, kişi başına bir bedel olarak (150.000.-TL) ve kişi başına ödenecek net prim (700.-TL) olarak belirlenmiştir. Sigorta konusu işletmelerde gerçekleşen kazalarda sakatlanma ve ölüm teminatları için ayrı ayrı olmak üzere kaza başına 1.500.000.-TL sınır getirilmek suretiyle, bu tutarı aşan hasarların Devletçe karşılanması esası benimsenmiştir. Sakatlanma veya ölüm rizikolarına maruz kalan kişi sayısının; sakatlanan ve ölen kişi sayısının ayrı ayrı olmak üzere onu aşması durumunda, yine bütün sigortalılar sigorta güvencesinden yararlanacaklar, ama aşan kısım hakkında Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenecek *Olağandışı Riskler Yönetim Merkezi* reasürör olarak sisteme dahil olacaktır.

2. Olağandışı Riskler Yönetim Merkezi

Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenmesi öngörülen *Olağandışı Riskler Yönetim Merkezi*, zorunlu reasürör olarak sisteme dahil edilmiştir. *Olağandışı Riskler Yönetim Merkezi*, sigorta primlerinin zamanında Hazine Müsteşarlığına devredilmesinden sorumlu tutulmuştur.

3. Sigorta Acentası

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortasının, sigorta acentesi aracılığıyla yapılması mümkündür. Bu durumda, sigorta poliçesini düzenleyen sigorta acentelerine işletme için düzenlenen sigorta poliçesi priminin %10'u oranında *aracı komisyonu* verilir.

4. Sigorta Eksperleri

Sigorta konusu işletmelerde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın görüşü dikkate alınarak Hazine Müsteşarlığı'nca belirlenen *asgari sigortalama şartlarının*¹⁶ bulunup bulunmadığının ilgili sigorta şirketlerince gerçekleştirilecek risk incelemesi kapsamında tespiti zorunludur. Söz konusu işletmenin sigorta

sonucu olmadığından, zarar görenin ve ölmüşse yakınlarının, zarardan sorumlu kişilere karşı tazminat isteme hakları, kaza sigortacısının yapacağı ödemedeki etkilenmez. Kaza sigortacısı yaptığı ödeme üzerine kazazedeye veya mirasçılarına halef olmaz. Kazaya uğramış kişi veya yakınları hem kaza sigortacısından ödeme alır hem de zarardan (daha doğru bir anlatıyla zarara yol açan kazadan) sorumlu bir üçüncü kişi varsa, ondan tazminat isteyebilir." ÜNAN (2015). "*Meblağ sigortası*" hakkında bk. Sayhan, s.65 vd.

16 Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği, B.15.



poliçesi talebi üzerine ilgili sigorta şirketlerince Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi (SBM) tarafından bu amaçla oluşturulmuş; güvenli ve güncel olması öngörülmüş olan veri tabanında yer alan eksperler arasından bir *Risk İnceleme Heyeti* oluşturulur. *Risk İnceleme Heyeti*'nde iki eksper görevlendirilir. Üretim ve üretim hazırlığı faaliyetinde bulunan personel sayısı 10'u geçmeyen sigorta konusu işletmeler için oluşturulacak *Risk İnceleme Heyeti*'nde ise, Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi tarafından oluşturulan veri tabanında yer alan eksperler arasından görevlendirilen bir eksper bulunur.

Risk İnceleme Heyetleri, 22.06.2008 tarihli ve 26914 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sigorta Eksperleri Yönetmeliği'nin 18'inci maddesi uyarınca en az üç yıl yer altı kömür madenciliği veya kömürden gayri yer altı madenciliği işletmesi tecrübesi bulunan A-Sınıfı İş Güvenliği Uzmanlığı sertifikasına sahip bir kişi ve en az üç yıl yer altı kömür madenciliği veya kömürden gayri yer altı madenciliği işletmesi tecrübesi bulunan bir maden mühendisinin uzmanlığından yararlanmak zorundadır.

Sigorta Eksperleri Yönetmeliği'nin "*Uzmanlık Hizmetinden Yararlanma*"yı düzenleyen 18'inci maddesine göre; eksperler, ihtiyaç duyulması halinde, konusunda kendisini kanıtlanmış uzmanlardan yararlanabilir. Bu durumda eksperler, uzmanlar işe başlamadan önce onların kimliği ile uzmanlık konularını kendilerini görevlendiren tarafa yazılı olarak bildirir ve incelemelerinde uzmanları yanlarında bulundurur. Aksi halde, uzman vasfı ile tayin edilen bu kişilerin tespitleri geçerli sayılmaz ve raporda yer almaz. Bu kişilere verilecek ücret ekspertiz ücretine dahil edilemez. Böylece, Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği ile, "*Uzmanlık Hizmetinden Yararlanma*" zorunluluğunun getirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. İlgili sigorta şirketi tarafından oluşturulan *Risk İnceleme Heyeti*'nde görev alan sigorta eksperleri, uzmanlar işe başlamadan önce onların kimliği ile uzmanlık konularını kendilerini görevlendiren sigorta şirketine yazılı olarak bildirmek ve incelemelerinde uzmanları yanlarında bulundurmak zorundadırlar.

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği kapsamındaki risk incelemeleri için görevlendirilecek eksperler ve uzmanlar Hazine Müsteşarlığınca belirlenecek esaslar dahilinde münhasıran Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi nezdinde kurulan veri tabanı üzerinden atanır. Sigorta Şirketleri, eksperler ve uzmanlar için Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği'nde belirlenen şartların varlığını araştırmakla yükümlüdür.



Hazine Müsteşarlığı'na, uzmanlar için aranan 3 yıl deneyim süresini 5 yıla çıkarma yetkisi verilmiştir. Hazine Müsteşarlığı, risk incelemesinin güvenli olarak yapılması amacıyla heyetlerin teşkiline ilişkin olarak usul ve esaslar tespit edebilir. Bu çerçevede, Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği'nde, eksperler ve uzmanlar için *risk inceleme bedeli* tespit edilmiş bulunmaktadır.

Uzmanlığından yararlanılacak kişinin risk incelemesi yapılacak/sigortalanacak işletmeyle menfaat bağının bulunmaması zorunludur.

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği uyarınca, risk incelemesi sonucunda düzenlenecek rapor Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi nezdinde hazırlanır. Söz konusu raporlar ilgili sigorta şirketlerinin erişimine açılır. Bu Tebliğ çerçevesinde, Hazine Müsteşarlığı'nca belirlenen durumlar hariç, risk incelemesi sonucunda ilgili işletmenin asgari sigortalama şartlarını taşımadığının tespit edildiği durumlarda mükerrer eksper heyeti görevlendirmesinin ve risk incelemesinin yapılmasının önlenmesini teminen Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi gerekli bilişim altyapısını kurar.

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği'ne göre, Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası kapsamında faaliyet gösterecek sigorta eksperlerine Sigortacılık Eğitim Merkezi veya Sigortacılık Eğitim Merkezi'nin bu amaçla hizmet alacağı kurumlar tarafından Hazine Müsteşarlığı'nca belirlenen esaslar dahilinde sürekli eğitim verilir. Söz konusu ilk eğitimin bedeli, Hazine Müsteşarlığı'nca belirlenen esaslar dahilinde Güvence Hesabı'nca Sigortacılık Eğitim Merkezi'ne aktarılır (Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği, B.16).

II- MADEN ÇALIŞANLARI ZORUNLU FERDİ KAZA SİGORTASI TARAFLARININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Sigortacının Yükümlülükleri

Sigortacının, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan kaynaklanan; rizikoyu taşıma, sigortalıyı aydınlatmak (bilgilendirmek), poliçe vermek, giderleri ödemek ve riziko gerçekleştiğinde sigorta bedelini ödemek yükümlülükleri bulunmaktadır¹⁷. Aşağıda, Maden Sigortası Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası'na özgü özel yükümlülükler ele alınmaktadır.

17 Ferdi kaza sigortasında, sigortacının yükümlülükleri hakkında bk. ULAŞ, s.191-193; ÇEKER, s. 56 vd.



1. Risk İncelemesi Yaptırma Ve Takibi İle “Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Poliçesi” Tanzim Ve Takip Etme Yükümlülüğü

Yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden gayri yer altı madenciliği faaliyetlerinde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin sigorta talebi üzerine sigorta şirketince, faaliyetin yapılacağı tesisin, Hazine Müsteşarlığınca ilgili kurumların görüşü de alınmak suretiyle belirlenecek asgari sigortalama şartlarını sağladığının tespitini teminen, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu uyarınca levhaya kayıtlı olan sigorta eksperleri marifetiyle *risk incelemesi* yaptırılır. Bu risk inceleme bedelini sigorta şirketi öder.

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği kapsamındaki risk incelemeleri için, ilgili sigorta şirketi tarafından oluşturulan *Risk İnceleme Heyeti*'nde görev alacak eksperler ve uzmanlar Hazine Müsteşarlığınca belirlenecek esaslar dahilinde münhasıran Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi nezdinde kurulan veri tabanı üzerinden atanır. Sigorta Şirketleri, eksperler ve uzmanlar için Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği'nde belirlenen şartların varlığını araştırmakla yükümlüdür.

Risk incelemesi sonucunda faaliyetin yapılacağı tesisin asgari sigortalama şartlarını sağladığının tespiti üzerine ilgili tesis için sigorta poliçesi düzenlenir. Poliçe başlangıcından itibaren altı ay içinde aynı risk incelemesi tekrar edilir.

Risk incelemesi sonucunda faaliyetin yapılacağı tesisin asgari sigortalama şartlarını sağlamadığının tespiti üzerine poliçe talebi reddedilir, durum ruhsat vermeye yetkili kamu kurumlarına sigorta şirketince derhal yazılı olarak bildirilir.

Poliçe yürürlükteyken yapılan risk incelemesi sonucunda ilgili tesisin asgari sigortalama şartlarını kaybettiğinin tespiti halinde mevcut sigorta teminatı askıya alınır, durum ruhsat vermeye yetkili kamu kurumlarına ve sigorta ettirene sigorta şirketince derhal yazılı olarak bildirilir. İlgili mevzuat dahilinde, kamu kurumlarınca faaliyet sahasında izin verilen faaliyetleri yürüten işletme personeli bakımından sigorta teminatı izin ile sınırlı olmak üzere devam eder. Bu durumda, sigorta şirketi teminatın askıya alınma süresi ile sınırlı olarak ilgili prime hak kazanır (Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği, B.9).

Sigorta teminatının askıya alınması ile ilgili olarak yapılacak bildirimden itibaren dört ay içerisinde, askıya alınan sigorta teminatı ilgili



gerçek veya tüzel kişinin talebi üzerine sigorta şirketince yaptırılacak risk incelemesi sonucunda tekrar yürürlüğe alınmazsa mevcut poliçe bildirim tarihinden geçerli olmak üzere feshedilir, durum ruhsat vermeye yetkili kamu kurumları ile sigorta ettirene sigorta şirketince derhal yazılı olarak bildirilir. Askıya alınan sigorta teminatının tekrar yürürlüğe alınması durumunda keyfiyet ruhsat vermeye yetkili kamu kurumlarına ve sigorta ettirene, sigorta şirketince yazılı olarak bildirilir (2015/7707 sayılı BKK m.2 ile değiştirilen 2015/7249 sayılı BKK, m.3 (6)).

Poliçe talebinin reddine veya sigorta teminatının askıya alınmasına ilişkin olarak sigorta şirketince yapılan bildirim üzerine poliçe konusu tesisteki faaliyet ilgisine göre sigorta poliçesi düzenlenene veya sigorta teminatının tekrar yürürlüğe alınmasına kadar ilgili kamu kurumlarının durdurulur. Sigorta poliçesinin düzenlenmediği veya sigorta poliçesinin feshedildiği durumlarda sigorta ettirenlerin faaliyetleri durdurulur, sigorta poliçesi yapılıncaya kadar faaliyetlere izin verilmez ve faaliyeti durdurulan sahalarda 3213 sayılı Maden Kanununun ruhsat iptallerine yönelik ilgili hükümleri çerçevesinde işlem yapılarak ruhsatlar iptal edilir (2015/7249 sayılı BKK, m.3 (2), (3), (4), (5), (6), (7)).

2. "Reasürans Sözleşmesi" Yapma Külfeti

Sigortacı, Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği'nde belirlenen limiti aşan hasarlar için reasürans sözleşmesi yapmak zorundadır. Yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden gayri yer altı madenciliği faaliyetlerinde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin işletmelerinde gerçekleşen kazalarda sakatlanma ve ölüm teminatları için ayrı ayrı olmak üzere kaza başına 1.500.000.-TL'yi aşan hasarlar ile ilgili olarak reasürans sözleşmesi yapmak zorunluluğu (*zorunlu reasürans sözleşmesi*) getirilmiş bulunmaktadır.

Söz konusu reasürans limitine kadar olan hasarlar için ise isteğe bağlı olarak reasürans koruması temin edilebilir.

3. Sigorta Bedeli Ödeme Yükümlülüğü

Ferdi kaza sigortası sözleşmesi, "*Kişilerin, normal vefat dışında, herhangi bir nedenle geçirecekleri kaza sonucunda karşılaşılabilecekleri tedavi giderleri, geçici veya kalıcı sakatlık (maluliyet) veya kaza sonucu ölüm risklerinin getireceği ekonomik yıkımları karşılamak amacı ile...*"¹⁸ yapılan bir sözleşmedir.

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası, bir *meblağ sigortasıdır*.

18 URALCAN, s.65.



Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortasının bu özelliği 2015/7249 sayılı BKK, m.4 (1)'de şöyle ifade edilmektedir: “*Sigorta tazminatının tespitinde zarar hesabı yapılmaz.*” Sigortacı, risk gerçekleştiğinde, Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği'nde belirlenen; kişi başına ödenmesi gereken sigorta bedelini ödemekle yükümlüdür.

Sigorta ile teminat altına alınan bir kaza, sigortalının kaza tarihinden itibaren iki yıl içinde ölümüne yol açtığı takdirde, teminatın tamamı, sigortalının kanuni varislerine ödenir (*Ölüm teminatı*).

Sigorta ile teminat altına alınan bir kaza, sigortalının kaza tarihinden itibaren iki yıl içinde sakatlığına yol açtığı takdirde, tıbbi tedavinin sona ermesi ve sakatlığın kesin olarak tespiti sonucunda, sakatlık tazminatı ile ilgili Genel Şartlarda yer alan sakatlık türleri ve oranları dahilinde sigortalıya ödenir (*Sakatlık teminatı*). İlgili Genel Şartlarda düzenleme yapıncaya kadar Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartlarında yer alan sakatlık türleri ve esasları esas alınır.

Sigortacı tarafından ödenen sigorta bedeli, hak sahiplerinin ilgili özel hukuk mevzuatı çerçevesinde sahip oldukları zarara bağlı diğer tazminatın hesabında dikkate alınır (2015/7249 sayılı BKK, m.4 (1), son cümle).

Tarife ve talimat ile belirlenecek azami limiti aşan hasarlar 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 33/A maddesi kapsamında özellik arz eden risk sayılır ve söz konusu hasarlar Hazine Müsteşarlığınca belirlenecek Olağandışı Riskler Yönetim Merkezi'ne reasüre edilir. Reasüre edilen riskler bu Karar uyarınca yürürlüğe konulacak tarife ve talimat kapsamında belirlenecek bedel karşılığında Devletçe karşılanır (2015/7249 sayılı BKK, m.6 (3)).

Olağandışı Riskler Yönetim Merkezi'ne zorunlu olarak reasüre edilen hasarlar için gerekli kaynak, Hazine Müsteşarlığınca belirlenecek usul ve esaslar dâhilinde ilgili bütçe tertibinden Olağandışı Riskler Yönetim Merkezi'ne aktarılır. Aktarılan kaynak derhal ilgili sigorta şirketine ödenir. Reasüre edilen hasarlar dahil ödenmesi gereken tüm bedel, ilgili sigorta şirketince hak sahibine ödenir.

4. Bildirim Yükümlülüğü

Risk incelemesi sonucunda poliçe talebinin reddi halinde durum, sigorta şirketi tarafından, ruhsat vermeye yetkili kamu kurumlarına ve madencilik faaliyetinde bulunan ilgili gerçek ve tüzel kişilere yazılı olarak



bildirilir. Keyfiyet ayrıca Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi tarafından ilgili tüm sigorta şirketlerine bildirilir (Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği, B.9).

Sigorta teminatının askıya alınması durumunda da sigorta şirketinin bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Sigorta teminatının askıya alınmasına ilişkin bildirimden itibaren 2015/7249 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda yer alan süre (2015/7707 sayılı BKK m.2 ile değiştirilen 2015/7249 sayılı BKK, m.3 (6)), yarısına kadar arttırılmak suretiyle hesaplanan süre içinde, sigorta teminatı sigorta ettirenin talebi üzerine sigorta şirketince yaptırılacak risk incelemesi sonucunda tekrar yürürlüğe alınmazsa, mevcut poliçe, fesih bildirim tarihinden geçerli olmak üzere, feshedilerek durum ruhsat vermeye yetkili kamu kurumları ile sigorta ettirene, sigorta şirketince derhal yazılı olarak bildirilir ve askıya alma süresi dahil prim sigorta ettirene iade edilir. Askıya alınan sigorta teminatının tekrar yürürlüğe alınması durumunda keyfiyet ruhsat vermeye yetkili kamu kurumlarına ve sigorta ettirene sigorta şirketince yazılı olarak bildirilir ve mevcut poliçe yeni duruma göre aynı şartlarda uzar (Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği, B.10).

B. Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri

Sigorta ettirenin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen; ihbar (bildirim), rizikonun gerçekleşmesi halinde önlem alma ve prim ödeme yükümlülükleri vardır¹⁹. Aşağıda, Maden Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası'na özgü özel yükümlülükler üzerinde durulmaktadır.

1. “Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi” Yapma Külfeti

Sigorta ettiren, yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden gayri yer altı madenciliği faaliyetlerinde bulunmak için ilgili kamu kuruluşlarına yapacağı ruhsat başvurularında, üretim ve üretim hazırlığı faaliyetinde bulunan tesis personeli için yaptığı “Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi”ne ilişkin sigorta poliçesini ibraz etmek zorundadır (2015/7249 sayılı BKK, m.2 (1)).

Sigorta ettiren, “Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Poliçesi” yaptırmadan veya yürürlükte bir sigorta poliçesinin tarafı olmadan, yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden gayri yer altı madenciliği faaliyetlerinde bulunamaz veya faaliyetlerine devam edemez (2015/7249 sayılı BKK, m.2 (2)).

¹⁹ Ferdi kaza sigortasında, sigorta ettirenin yükümlülükleri hakkında bk. ULAŞ, s.187-190; ÇEKER, s.74 vd.



Polİçe talebinin reddine veya sigorta teminatının askıya alınmasına ilişkin olarak sigorta şirketince yapılan bildirim üzerine poliçe konusu tesisteki faaliyet ilgisine göre sigorta poliçesi düzenlenene veya sigorta teminatının tekrar yürürlüğe alınmasına kadar ilgili kamu kurumlarınca durdurulur. Sigorta poliçesinin düzenlenmediğı veya sigorta poliçesinin feshedildiğı durumlarda sigorta ettirenlerin faaliyetleri durdurulur, sigorta poliçesi yapıncaya kadar faaliyetlere izin verilmez ve faaliyeti durdurulan sahalarda 3213 sayılı Maden Kanununun ruhsat iptallerine yönelik ilgili hükümleri çerçevesinde işlem yapılarak ruhsatlar iptal edilir (2015/7249 sayılı BKK, m.3 (7)).

Bu Bakanlar Kurulu Kararının yürürlüğe girdiğı 06 Mayıs 2015 tarihi itibarıyla sigortaya tâbi faaliyeti bulunan gerçek ve tüzel kişiler, aynı veya benzer teminatı sağlayan sigorta poliçeleri bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, bu Kararın yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde (06.05.2015 – 06.06.2015) bu Karar çerçevesinde sigorta talebinde bulunmak zorundadırlar (2015/7249 sayılı BKK, Geçici Madde 1 (1)).

Sigortaya tâbi faaliyeti bulunan gerçek ve tüzel kişilerce düzenlettirilmiş olan aynı teminatı sağlayan sigorta poliçeleri, bu Karar ile aranan sigorta poliçesinin tanzim edilmesi kaydıyla, ilgililerin talebi üzerine, gün esaslı olarak feshedilebilir veya bu Karar ile aranan sigorta üzerine ek teminat sunacak şekilde herhangi bir ek prim alınmadan uyarlanabilir (2015/7249 sayılı BKK, Geçici Madde 1 (2)).

2. Prim Ödeme Yükümlülüğü

Özellikle yer altı madenciliğinde çalışma, en yüksek riskli alanlardan biri olarak kabul edilmekte ve bu nedenle en yüksek prim ödenerek sigorta teminatı elde edilebilmektedir.

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliğı'nde prim tutarı, yer altı ve yer üstü kömür madenciliğı, kömürden gayri yer altı madenciliğı faaliyetlerinde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin işletmelerinde istihdam ettikleri üretim ve üretim hazırlığı faaliyetinde bulunan personel başına (Kişi Başına 700.-TL Net Prim) belirlenmiştir. Poliçe primi ve prime bağılı kanuni yükümlülükler peşinen ödenir. Ancak taraflar, primin en az Devletçe sunulan zorunlu reasürans bedeli kadarını poliçenin teslimi karşılığında peşin olmak koşuluyla, taksitler halinde ödenmesini kabul edebilirler. Bu durumda ilgili sigorta şirketi primin ödenmemesi sebebiyle mevzuat çerçevesinde sahip olduğı poliçeyi fesih hakkından vazgeçmiş sayılır.



Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği ile belirlenen teminat tutarlarında yapılacak değişiklikler, yürürlükteki tüm sigorta sözleşmelerine herhangi bir ek prim alınmaksızın uygulanır (Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği, B.17).

3. Sigortalanan Personele İlişkin Güncel Bilgileri Bildirme Kulfeti

Sigorta ettiren, sigortalanan personele ilişkin güncel bilgileri ilgili değişiklikten itibaren 5 gün içinde ilgili sigorta şirketine bildirir.

SONUÇ

Ülkemizde yakın zamanda yürürlüğe girmiş olan Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası, dünyadaki örnekleri gibi zorunlu bir sigorta branşı olarak düzenlenmiştir. Yine diğer isteğe bağlı sigortalarla birlikte birleşik sigorta halinde gelişmesi beklenebilir.

Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası, yalnızca maden çalışanlarına sigorta güvencesi sağlamakla kalmayacak, sigorta şirketleri tarafından yaptırılacak risk incelemesiyle madencilik faaliyetlerinin emniyetle sürdürülmesine katkıda bulunacaktır.

Maden çalışanlarına sigorta güvencesi sağlayan bu yeni düzenlemelerle, bir yandan zorunlu sigortalara bir yenisi eklenmiş, öte yandan Sigorta Hukuku Sistemimizde, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 45 (2) maddesi ile 25.06.1927 tarihi ve 1160 sayılı Mükerrer Sigorta İhbarı Hakkında Kanun'un yürürlükten kaldırılması üzerine uygulanmasına son verilmiş olan; bütün sigorta sözleşmelerini ilgilendiren *zorunlu reasüransın*, belirli bir alanda; *Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası* hakkında yeniden sistemimize girdiği tespit edilmektedir.

Maden alanını işleten; esasen, olması gerektiği şekilde ruhsat sahibi ise ruhsat sahibi, rödövanşçı ise rödövanşçı bu sigorta sözleşmesini akdetmek zorundadır. "*Taşeronabağlı çalışma*" olarak tanımlanan hallerde ne olacağına dair açıklık bulunmadığı görüşü öne sürülmekte ise de 2015/7249 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda (m.1), sigorta yaptırma zorunluluğunun, yer altı ve yer üstü kömür madenciliği, kömürden gayri yer altı madenciliği faaliyetlerinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler hakkında getirildiği göz önüne alındığında, rödövanşçıya bağlı çalışmanın fark yaratmayacağı, rödövanşçıların tesislerinde istihdam ettikleri, üretim ve üretim hazırlığı faaliyetinde bulunan bütün personeli için "*Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası*" yaptırmak zorunda olduğu sonucuna varılabilir.



Halen uygulamada, Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartlarında yer alan sakatlık türleri ve esasları kullanılmakta olup, ülkemizde yaşanan maden kazalarından elde edilen deneyim ve yabancı ülkelerde uygulanan genel şartlar göz önünde bulundurularak, Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası'na özgü Genel Şartların, sakatlık türleri ve esaslarının hazırlanıp yürürlüğe konulması, bu sigortanın kendine özgü kurallarıyla gelişmesine katkı sağlayabilir.



KAYNAKLAR

CAN Mertol, “Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı?” Sorusu Çerçevesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, İmaj Yayıncılık, Ankara 2012.

ÇEKER Mustafa, &102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sigorta Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2011.

KUBİLAY Huriye, Özel Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Barış Yayınları, İzmir 2003.

LENGWILER Martin, **Between War Propoganda and Advertising: The Visual Style of Accident Prevention as a Precursor to Postwar Health Education in Switzerland, Medicine, the Market and the Mass Media: Producing Health in the Twentieth Century**, Edited By Virginia Berridge and Kelly Loughlin, Amazon Co. UK 2004.

NEUHOFF Mr Klaus, **Economic Activities, Associations and Foundations**, 1998, Council of Europe, Amazon Co. UK.

SAYHAN İsmet, **Sigorta Sözleşmelerinin Konusu (Aşkın Sigorta – Eksik Sigorta – Sigorta Tazminatının Hesaplanması)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.

TOPALOĞLU Mustafa, **Rödövens Sözleşmesi; Hukuksal Durum, Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, http://www.maden.org.tr/resimler/ekler/afd8346a677af9d_ek.pdf (Erişim Tarihi: 03.10.2015).

ULAŞ Işıl, **Uygulamalı Can Sigortası Hukuku – Hayat ve Kişisel Kaza Sigortaları**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

URALCAN G. Şebnem, **Temel Sigorta Bilgileri ve Sigorta Sektörünün Yapısal Analizi**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Hiperlink Yayınları, İstanbul 2011.

ÜNAN Samim, **Maden Çalışanları İçin Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası**, www.sigortacigaztesi.com.tr Erişim tarihi: 10.08.2015.



EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ

(Home Worker Employment Contract)

Arş. Gör. Elif ŞEN¹

ÖZ

Teknolojik gelişmeler sonucu İş Hukukundaki esneklik anlayışı ortaya çıkmıştır. Esnekleşme, çalışma şekillerini etkilemiş ve evde çalışma da bu çalışma şekillerinden biri olarak ortaya çıkmıştır.

Evde çalışma dünyada ve ülkemizde oldukça yaygındır. Ülkemizde özellikle dokumacılık, konfeksiyon, tekstil, reklamcılık, çeviri, programcılık gibi alanlarda evde çalışma söz konusudur. Özellikle bilgisayar teknolojisinin gelişmesi sonucu evde çalışmaya benzeyen tele çalışma türü de yaygınlaşmıştır.

Evde hizmet, işçi, işveren ve ülke ekonomisi açısından birçok yararı bulunan bir sözleşme olmasına rağmen, sakıncaları da yadsınamaz. Ülkemizde yaygın kullanım alanı bulan bu sözleşmenin incelenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda öncelikle, evde hizmet sözleşmesinin tanımı, evde çalışanların hukuki durumu ve evde hizmetin benzer müessesler ile karşılaştırılmasına değinilecek daha sonra evde hizmetin yarar ve sakıncalarına yer verilecektir. Son olarak evde hizmet sözleşmesine ilişkin hukuki dayanaklar, uluslararası hukuk ve Türk Hukuku açısından ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Esnek çalışma, Evde çalışma, Tele çalışma, Atipik iş sözleşmeleri, Evde hizmet sözleşmesi

ABSTRACT

As a result of technological developments, the understanding of flexibility in Labour Law has been occurred. Flexibility has affected the way of work and working at home has also emerged as one of these forms of work.

1 19 Mayıs Üniversitesi Ali Fuat Başgil Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, ♦ elif.sen@omu.edu.tr



Working at home is very common in our country and around the world. Especially, in weaving, apparel, textile, advertising, translation, programming sectors, working at home is regarded as the way of working in our country. In particular, the development of computer technology has spread telecommuting which is similar to working at home.

Despite the fact that with many benefits for the economy of the country, there is a contract between workers and employers in terms of working at home, disadvantages of this kind of working cannot be denied. With considering the intensity of this type of working/employment in practice, it has been significant to examine the subject.

In our study; firstly, definition of home worker employment contract, the legal situation of the employees at home and the comparison of working at home with similar establishments will be mentioned after then advantages and disadvantages of this kind of employment will be referred. Secondly, the legal basis for working at home, and its place in comparative law and Turkish Law will be examined.

Keywords: Flexible working, Working at home, Telecommuting, Atypical employment contracts, Home worker employment contract

I. GİRİŞ

Atipik iş sözleşmelerinden olan evde hizmet sözleşmesi uzun zamandan beri var olan, oldukça yaygın başvurulanan bir çalışma şeklidir. Çalışmamıza da bu nedenle konu olmuş ve detaylıca incelenmesi gerekmiştir.

Evde hizmet sözleşmesinin ortaya çıkmasının nedeni, çalışma şekillerinin esnekleşmesidir. Esneklik, Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü (OECD) tarafından hazırlatılan raporda şu şekilde tanımlanmıştır: "Esneklik sistemlerin, organizasyonların ve bireylerin yeni yapılanmalar ve davranış biçimleri geliştirerek değişen koşullara başarılı bir şekilde uyum gösterme becerisidir"².

Esneklik şu nedenlerle ortaya çıkmıştır:

- Kadınların, gençlerin ve yaşlıların iş gücüne katılmaları
- Ekonomik kriz ve kronik işsizliğin engellenmesi
- Nitelikli iş gücüne ihtiyaç
- Farklı çalışma sürelerinde çalışmaların artması

2 GÜNAY Cevdet İlhan, *İş Hukuku Yeni İş Yasaları*, 5. Baskı, Ankara, 2013, s.636.



- Küreselleşme, rekabet, çağdaş bir iş hukuku yaratılması ihtiyacı
- İşçinin ve işverenin korunması amacı
- Dünyadaki teknolojik, sosyal, kültürel ve siyasal gelişmeler sonucunda, zorunluluğunun bunu gerektirmesi

Esneklik, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri gibi hukuksal araçlarla, çalışma şartlarını ihtiyaçlara göre değişik şekillerde belirleyebilme imkânı sağlayan bir sistem kurulmasını ifade eder³.

Esneklik, kuralsızlık olarak algılanmamalı aksine daha fazla kural koyma şeklinde anlaşılmalıdır. Esnekleşmede amaç, sözleşme serbestisinin alanını genişletmektir. Zira esnekleşme, işçi-işveren ilişkisinde devletin rolünü azaltmaktadır⁴.

Esneklik, üretim, verimlilik, istihdam ve bireylerin refah seviyesinde artış sağlayacağı gibi, üretim maliyetlerinde düşüşü de sağlar⁵. Ancak esneklik yararlarının yanında kayıt dışılığın atmasına neden olmakta, işçi açısından ise istikrarsız bir çalışma ortamı yaratmaktadır⁶. Esnekleşme sonucu, çalışma süreleri işçinin ve işletmenin ihtiyacı doğrultusunda değiştirilebilmektedir. Böylece yeni çalışma şekilleri ortaya çıkmaktadır. Artık tam gün çalışma esasına dayanan tipik iş sözleşmesi yerine, esnek çalışma sürelerini içeren atipik iş sözleşmeleri de uygulama alanı bulacaktır. Ancak burada önemli olan, esneklik sağlarken iş hukukunun temel ilkelerinden olan işçiyi koruma ilkesini zedelememektir⁷.

Tipik iş sözleşmeleri, tam gün tek bir işverene bağlı olarak iş görmeyi içeren sözleşmelerdir. Atipik iş sözleşmeleri ise, tipik iş sözleşmesi dışında kalan bütün sözleşmeleri kapsar. Kısmi süreli çalışma, geçici, yevmiyeli, kendi hesabına çalışma, deneme süreli çalışma, çağrı üzerine çalışma,

3 GÜNAY, s.633-635; AKTAY A. Nizamettin/ARICI Kadir/ SENYEN-KAPLAN Tuncay, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, 2013, s.10; MOLLAMAHNMUTOĞLU Hamdi/ ASTARLI Muhittin, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5.Bası, Ankara, 2012, s.18-19. İş hukukunda esneklik tanımları için bkz. TAŞOĞLU Jale/LİMONCUOĞLU S.Alp, 4857 Sayılı Kanun Kapsamında Esnek Çalışma, **Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi**, S.2, C.2, 2010, s.78; GÜRKANLAR Esin, **Esnek Çalışma Saatlerinin Kadın Çalışanların Sosyal Yönleri ve Çalışma Performansı Üzerine Etkileri-Akdeniz Üniversitesinde Bir Araştırma**, Antalya, 2010, s.6.

4 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.20; SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, 2014 s.20.

5 GÜRKANLAR, s.21.

6 TOZLU, Emine: "Genel Olarak Esnek Çalışma Sistemleri ve Tele Çalışma ve Sıkıştırılmış İş Haftasının Karşılaştırılması", **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, C.3, S.4, Isparta, 2011, s.101.

7 AKTAY/ARICI/ SENYEN-KAPLAN, s.10; SÜZEK, s.21; SENYEN-KAPLAN, Tuncay: **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara, 2015, s.9.



evden çalışma, tele çalışma ya da ücretsiz aile çalışmasını konu edinen sözleşmeler atipik olarak nitelendirilir⁸.

Atipik iş sözleşmelerinin, birden fazla işverenle iş ilişkisi kurulmasına olanak verme, çalışma şekillerinin ve sürelerinin esnekleşmesini sağlamanın yanı sıra istihdam güvencesi vermemesi gibi belirgin özellikleri vardır⁹. Atipik iş sözleşmeleri, teknolojinin gelişmesiyle orantılı olarak, oldukça yaygın bir şekilde karşımıza çıkar. Evde hizmet sözleşmesi de atipik iş sözleşmelerinden en çok başvurulan çalışma şekillerinden biridir. Genellikle kadın, engelli ve genç istihdamının uygulandığı evde çalışmanın işsizliği azaltacağı, verimi arttıracacağı ve işverenlerin de maliyetini azaltacağı aşikardır. Bunun yanı sıra kayıt dışı olma, iş ve sosyal güvenceden yoksunluk ve düşük ücret gibi olumsuz yönleri de vardır. Bu gibi nedenlerle evde hizmet sözleşmesinin yasal bir zemine oturtulması gerekir.

Bu çalışmada özellikle evde hizmet sözleşmesinin Türk Hukukundaki mevcut düzenlemesi üzerinde durulacaktır. Çalışmadaki önemli bir bölüm ise Alman ve İsviçre hukuku baskın olmak üzere mukayeseli hukuktaki düzenlemelere ve uluslararası düzenlemelere ayrılmıştır. Bu düzenlemelerden yola çıkarak Türk Hukukundaki mevcut düzenlemelerin geliştirilmesini sağlamak çalışmamızın amacıdır.

Bu amaçla öncelikle evde hizmet sözleşmesinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği anlatılacaktır. Evde hizmet sözleşmesi ile çalışanların işçi sayılıp sayılmayacağını tespit için çalışanların hukuki durumuna değinilecektir. Evde hizmet sözleşmesiyle oldukça benzer olan tele çalışma ve ev hizmeti görme müesseseleri ile karşılaştırılması ele alınacaktır. Daha sonra sırasıyla evde hizmet sözleşmesinin yarar ve sakıncaları, uluslararası hukukta yer alan düzenlemelere değinilecektir. Son olarak Türk Hukukundaki düzenlemelere detaylıca yer verilerek çalışma sonlandırılacaktır.

II. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Evden çalışma üç şekilde karşımıza çıkar: eve iş verme, ev hizmetleri görme ve evde bağımsız çalışma. Bizim çalışma konumuzu, eve iş verme şeklinde ortaya çıkan evde hizmet sözleşmeleri oluşturmaktadır.

8 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.429; KARADENİZ Oğuz, Türkiye'de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S.29, 2011, s.84.

9 TAN Gizem, **Atipik İş Sözleşmelerinden Evde Çalışma Ve Tele Çalışma**, (Yayınlanmamış YL Tezi), Ankara, 2007, s.15.



Uluslararası Çalışma örgütü (ILO), 177 Sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi ve 184 sayılı Evde Çalışma Tavsiye Kararı göz önüne alınarak evde hizmet sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılabilir: ulusal kanunlar, yönetmelik ve mahkeme kararları uyarınca bağımsız çalışma için gerekli olan özerklik ve bağımsızlığa sahip olmayan kişinin, kendi evinde veya işverenin işyeri dışında kendi seçtiği diğer yerde, bir ücret karşılığında malzeme, donanım ve kullanılan diğer girdilerin, kendisi, işveren veya aracı tarafından temin edilmesine bakılmaksızın, işveren tarafından belirlenen mal veya hizmetlerin üretimi için iş görmeyi üstlendiği sözleşmedir.

Türk Borçlar Kanunu m.461 hükmü ise evde hizmet sözleşmesini, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlamıştır. Bu tanım, ILO' nun tanımı ile uyumludur.

Özetle, evde hizmet sözleşmesi, bağımsız çalışma için gerekli olan özerkliğe sahip olmayan evde çalışanın¹⁰, kendi evinde veya işyeri dışında kendi seçeceği bir yerde, ücret karşılığında, bir veya birden fazla işveren tarafından verilen mal ve hizmetleri üretmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir¹¹.

Tanımdan anlaşıldığı üzere evde hizmet sözleşmesinin unsurları, işyeri dışında (çoğunlukla evde) çalışmak, ücret, bağımlılık, iş görme ve anlaşmadır.

Bir hizmet sözleşmesinin evde hizmet sözleşmesi olması için işçinin işyeri dışında çalışması gerekir¹². Evde çalışan işverenin denetim ve gözetimi altında işyeri dışında, çoğunlukla evde çalışır. Evde çalışmayacaksa işçi, çalışacağı yeri kendi belirler.

Evde hizmet sözleşmesi karşılıklı bir sözleşmedir ve mutlaka bir ücret karşılığı yapılmalıdır. Ücret bir miktar para olabileceği gibi parasal değeri olan bir şey de olabilir. Ücret, açıkça ya da zımnen belirlenebilir¹³. İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede

10 ILO, evde çalışana bağımsız çalışma için gereken özerklik ve ekonomik bağımsızlığa sahip bulunmayan kişi olarak tanımlamıştır.

11 HONSELL Heinrich /VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel, 2003, Art.351, Rn.2; GAUCH Peter/SCHMID Jörg, **Obligationenrecht**, Teilband V 2c Der Arbeitsvertrag Art. 319-362 OR, Zürich, 1996, Art.351, Rn.3; SENYEN-KAPLAN, s.77; SÜZEK, s.265; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.73; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.419.

12 GÜLVER Ender, "Türk Borçlar Kanunu' nun Evde Hizmet Sözleşmesi Hükümleri Üzerine", İÜHF.M., C.LXXII, S.2, 2014, s.104; ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16.Bası, Ankara, 2016, s.485.

13 ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.454.

hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür (TBK.m.401). Emsal işçi yoksa meslek kuruluşlarından o iş için ödenen ücretin miktarını belirtmeleri istenir¹⁴. Ancak ücret, ülkemizde ve diğer ülkelerde, nitelik ve nicelikte eşit bir diğer işçiye göre düşüktür¹⁵. Aslında bu olumsuzluk evde çalışanlara özgü asgari bir ücret kararlaştırması ile giderilebilir. Bu sebeple ILO 184 sayılı Tavsiye Kararı m.13, evde çalışanların ücretlerinin yasal düzenleme ile asgari olarak belirlenmesi gerektiğini düzenleme altına almıştır. Fakat Türkiye ILO 177 sayılı sözleşmeyi onaylamadığı için Tavsiye Kararına uyup, böyle bir düzenleme yapma gereği duymamıştır.

Evde hizmet sözleşmesinin konusu, çoğunlukla belirli bir işin parça başına yapılması olduğundan, kural olarak, işin miktarına göre ödenen ücret parça başına ücret olur. Uygulamada da genellikle tercih edilen ücret sistemi parça başına ücrettir. Ancak zamana göre, sonuca göre ya da bunların karışımı bir ölçüye göre ücretin kararlaştırılmasına da bir engel yoktur¹⁶.

Evde hizmet sözleşmesinin diğer iş sözleşmelerinde olduğu gibi en önemli unsuru bağımlılık unsurudur. Bağımlılık, iş sözleşmelerine özgün niteliğini veren unsurdur. Bağımlılıktan anlaşılması gereken, işçinin iş organizasyonu dâhilinde olması ve işverenin denetim ve gözetimi altında bulunması ve ona hesap vermesidir. Bağımlılık sözleşme ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bu tür bir bağımlılığa, hukuki bağımlılık denmektedir¹⁷.

Evde çalışma modelinde, bağımlılık unsurunun belirlenmesi oldukça güçtür. Bağımlılık unsurunun tespiti iş sözleşmesi açısından oldukça önemlidir. Bağımlık unsuru varsa, iş sözleşmesine dayanan bir iş ilişkisinin varlığını kabul etmek gerekir. Ancak bağımlılık unsuru yok ise, iş sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmaz¹⁸.

Bağımlılık unsuru, evde çalışanların hukuki durumlarının tespiti açısından da önemlidir. Bağımlılık unsuruna, evde çalışanların hukuki durumu başlığı altında da değinilmiştir.

14 SENYEN-KAPLAN, s.79.

15 UŞAN M.Fatih, İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara, 2003, s.61.

16 EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4.Baskı, Ankara, 2017, s.547; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.465.

17 EREN, s.535; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.457; ENGİN Murat, Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, **Prof.Dr. Turhan Esener' e Armağan**, Ankara, 2000, s.269; ALP, s.807.

18 ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24.Bası, İstanbul, 2011, s.83; ENGİN, s.270; KARADENİZ, s.108-109.



Bir başka unsur, iş görme unsurudur. Evde hizmet sözleşmesinin konusu bir işin görülmesidir. İş görme edimi, maddi ve/ veya fikri bir değeri olan insan faaliyetini ifade eder¹⁹. Evde çalışan bu faaliyet sonucunda şeyin teslim edilmemesinden sorumlu olur. İşçinin bir şeyi teslim etme borcunun olması onu edim sonucundan sorumlu yapmaz. İşçi yine de edim fiilini borçlanır²⁰.

Tipik bir iş sözleşmesinden farklı olarak evde hizmet sözleşmesinde iş görme edimi, evde ya da işçinin belirlediği başka bir yerde yapılabilecek faaliyetleri içerir. Önemli olan bu faaliyetlerin işveren tarafından verilmiş olması gerekir²¹. TBK.m.461'in gerekçesinde, evde hizmet sözleşmesi kapsamında yapılabilecek işler örneklendirilmiştir. Buna göre, bir mağaza için işçinin kendi evinde bizzat veya aile bireyleriyle birlikte çeyiz, yatak örtüleri, giysiler dikmesi, kendisine teslim edilen ürünleri paketlemesi, evde hizmet sözleşmesinin konusu olan işlere örneklerdir.

Evde hizmet sözleşmesinin kurulabilmesi için sözleşmenin tarafları olan işçi ve işverenin yukarıda bahsi geçen unsurlar hususunda açıkça ya da zımnen anlaşmış olması gerekir²².

III. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÇALIŞANLARIN HUKUKİ DURUMU

Evde hizmet sözleşmesinin hukuki niteliği, tipik hizmet sözleşmesinin hukuki niteliği ile aynıdır. Evde hizmet sözleşmesinin genel hizmet sözleşmesinden farkı, işçinin işyerinin dışında kendi belirlediği yerde çalışabiliyor olmasıdır. Tipik bir hizmet sözleşmesi gibi evde hizmet sözleşmesi de karşılıklı borç yükleyen, sürekli borç ilişkisi yaratan, nispi nitelikli, özel hukuk sözleşmesidir. İşverenin özel ya da kamu tüzel kişisi olması sözleşmenin niteliğini değiştirmez.

Evde hizmet sözleşmesi ile çalışanın hukuki durumunu belirlemede bağımlılık unsuru yol gösterici olur.

19 EREN, s.534; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.453.

20 GAUCH/SCHMİD, Art. 351, Rn. 7; EREN, s.572. Ancak bazı yazarlara göre, tipik iş sözleşmesinin aksine işçinin faaliyeti yerine getirmesi iş görme ediminin ifası için yeterli görülmemiştir. TBK.m.463/f.1 hükmü, işçiyi çalışmanın sonucunu işverene teslim etmekle yükümlü kılmıştır, GÜLVER, s.104; YAVUZ Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.2, Madde 339-649, Ankara, 2013, s.2449.

21 GÜLVER, s.106.

22 EREN, s.537.

Evde hizmet sözleşmesinin en önemli unsuru olan bağımlılığın kabulü, evde çalışanları işçi statüsüne sokar²³. Çalışan ile işveren arasında bağımlılık ilişkisinin varlığı için dikkat edilmesi gereken esas nokta, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda bir işin görülüp görülmemesi ve işverenin işçiyi denetleyip denetleyememesidir. İş görme borcu, işyeri dışında bir yerde ifa edilse bile, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda yerine getiriliyor ve işçi denetlenebiliyorsa bağımlılık unsurunun varlığını kabul etmek gerekir²⁴.

İş görme borcunun işyerinde yapılmıyor olması, bağımlılık unsurunu zayıflatsa da; işverenin emir ve talimatlarını, denetim ve gözetimini telefon, faks, bilgisayar ya da diğer iletişim araçları ile gerçekleştirebilmesi mümkündür²⁵. Ayrıca evde çalışanın karar verme yetkisini olmaması, parça başına ücret olması, çoğu kez iş makinelerinin işveren tarafından sağlanması da, işverene bağımlılığın bir göstergesidir²⁶.

Bağımlılık için sıkı bir hukuksal (kişisel) bağımlıktan ziyade ekonomik bağımlılığın olup olmadığı araştırılmalıdır²⁷. Ekonomik olarak işverene tabi olmak, bağımlılık unsurunun varlığının bir göstergesidir.

Bunun dışında evde çalışanlar, iş görme edimi yerine getirirken belli bir serbestiye sahip olsalar da, işverenin iş organizasyonu içinde yer alırlar (İK.m.2/f.III). Bu nedenlerle evde hizmette sıkı bir bağımlılık ilişkisi olmasa²⁸ da bağımlılığın bulunmadığını iddia etmek²⁹, kanaatimizce doğru olmaz.

Evde hizmet sözleşmesinin Türk Borçlar Kanununda düzenlenmesi, evde çalışana bireysel ve toplu iş kanunlarının uygulanmasına engel

23 Yargıtay bir kararında "Dava konusu olayda davacının konfeksiyon işyerinin zorunlu elemanı olarak satılan parçaların düzeltim işinde istihdam edildiği açıkça anlaşılmaktadır... Düzeltim işinin işyeri ve davacının evinde yapılması giderek parça başına ücret ödenmesi işin hizmet akdi niteliğini etkilemeyeceğine karar vermiştir" diyerek evde hizmet sözleşmesi ile çalışanları işçi kabul etmiştir. İlgili Yargıtay kararı için bkz. **Y.21.HD.**, 08.06.2000, 4584 E./4611 K., www.legalbank.com, (e.t. 05.08.2017).

24 AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.51; ENGİN, s.271. Bu konudaki Yargıtay kararı için bkz. **YHGK.**, 16.11.2016, 2014/2382 E./ 2016/1071 K., (<https://www.lexpera.com.tr>) (e.t. 04.11.2017)

25 Bu nedenle tele çalışmada işçinin denetim ve yönetimi elektronik iletişim yolları ile daha kolay olabilmektedir.

26 ENGİN, s.272; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.422; DULAY Dilek, **Türk İş Hukukunda Evde Çalışma**, Ankara, 2016, s.97.

27 AKYİĞİT Ercan, **İş Hukuku**, 6.Baskı, Ankara, 2007, s.139.

28 Yargıtay bir kararında sıkı bir bağımlılık ilişkisi olmasa da, işverenin iş organizasyonu içinde yer almayı, bağımlılık için yeterli görmüştür, **YHGK.**, 02/02/2005, 2004/10-737E./2005/26 K., (<http://www.calismatoplum.org/sayi5/abc/HUKUKGENEL/3.pdf>) (e.t. 09.07.2017)

29 Evde çalışan ile işveren arasında bağımlılığın bulunmadığı görüşü için bkz. ENGİN, s.273-274.

değildir³⁰. Bu nedenle İş Kanununun özellikle işçiyi koruyan hükümleri evde çalışanlara da uygulanır³¹. Hatta bir görüşe göre, evde çalışanlara öncelikle İş Kanunu hükümleri uygulanır, İş Kanununda hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda çatışan hükümler bulunması durumundaysa, Türk Borçlar Kanunu'nun evde hizmet sözleşmesini özel olarak düzenlemesi ve sonraki hüküm olması nedeniyle uygulama alanı bulması gerekir³².

Evde çalışan, bağımsız bir girişimci niteliğinde çalışıyorsa yani kararlarını kendisi verip, müşterilerini kendi seçip, fiyatını belirleyip, işletme riskini kendi taşıyorsa, bağımlılık unsurundan bahsetmek mümkün olmaz. Bu çalışan, işçi sayılmaz³³. Zira bu durumda evde hizmet sözleşmesinin var olduğu da söylenemez.

IV. BENZER MÜESSESELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Evde Hizmet ile Tele Çalışmanın Karşılaştırılması

Tele çalışma³⁴ günümüzde teknolojinin hızla gelişmesi sonucu ortaya çıkmış atipik çalışma şekillerinden biridir. Henüz yeni bir çalışma şekli olmasına karşın günümüzde oldukça yaygındır³⁵. Tele çalışmada işyeri dışında çalışılmaktadır. Ancak işyeri ile tele çalışılan yer arasında elektronik bir iletişim ağı bulunmaktadır. Bu ağ sayesinde iş görme borcu yerine getirilir. Kısaca tele çalışmanın tanımını yapmak gerekirse; tele çalışma, tele çalışanın işini işyerinden uzakta, bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığıyla yaptığı esnek bir çalışma şeklidir³⁶.

30 Evde hizmet sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesinin nedeni, evde çalışanları İş Kanunu dışına çıkarmak değil, çalışmanın özelliği nedeniyle çalışma koşullarını düzenlemektir, SÜZEK, s.267.

31 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.422; SÜZEK, s.267; GÜLVER, s.106. Yargıtay' da iş güvencesi hükümleri bakımından İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir, YHGK, 16.11.2016, 1414 E./ 1072 K., (<https://www.lexpera.com.tr>) (e.t. 04.11.2017)

32 SÜZEK, s.268.

33 SÜZEK, s.267.

34 Tele çalışma konusunda detaylı bilgi için bkz. SOYSAL Tamer, Tele Çalışma, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.9, 2006/1, s.133-165.

35 Amerika' da 11 milyon, İngiltere' de ise 1.8 milyon kişi tele çalışmaktadır. Avrupa' da ise iş gücünün %8 i çalışma sürelerinin 1/4 ünü tele çalışarak geçirmekte, iş gücünün %2 si ise tam gün tele çalışmaktadır, ALP Mustafa, Tele Çalışma(Uzaktan Çalışma), **Prof.Dr. Sarper Süzek' e Armağan**, İstanbul, 2011, s.795.

36 SÜZEK, s.270; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.424. ILO'ya göre tele çalışma, merkez bürodan veya üretimin yapıldığı yerden uzak bir yerde yapılan, işçinin merkez büroda veya üretim biriminde çalışan diğer işçilerle doğrudan kişisel ilişki yerine yeni teknolojileri kullanarak ilişki kurabildiği çalışma şeklidir, <http://www.hukukgunlugu.org/tele-calisma-tele-working/>, naklen, (e.t. 08.07.2017)

Tele çalışma işin yapıldığı yere göre beş çeşittir; evden tele çalışma, tele merkezden çalışma, gezici çalışma, on-site çalışma ve dönüşümlü tele çalışma. İşyeri ile bağlantı açısından ise iki çeşittir; çevrimiçi (online) ve çevrimdışı (offline) çalışma³⁷.

Tele çalışmanın İş Kanunu kapsamına girip girmeyeceği konusunda, yukarıda incelediğimiz gibi bağımlılık unsuru önem arz etmektedir. Öncelikle tele çalışanın iş organizasyonu dâhilinde olup olmamasına bakmak gerekir. Tele çalışan işyeri dışında olmasına karşın, bilgisayar ve iletişim teknolojileri aracılığıyla işveren ile bağlantı sağladığından iş organizasyonuna dâhildir³⁸. Bağımlılık için diğer bir incelememiz gereken unsur ise, işverenin yönetim ve denetimi altında olmak yani hukuksal bağımlılıktır³⁹. Tele çalışmada işveren internet bağlantısı sayesinde yazışma, evrak ve veri gönderme hatta görüntülü iletişim olanakları ile yönetim ve denetimi sağlamaktadır. Tele çalışmada hukuksal bağımlılık olduğu açıktır. Bu nedenle tele çalışma, bir iş sözleşmesi türüdür⁴⁰.

Ancak her tele çalışanın işçi olmadığını belirtmek gerekir. Çalışma koşullarına göre, işçi benzeri veya bağımsız bir girişimci de olabilir⁴¹.

Avrupa Birliği tele çalışma konusunda 16.07.2002 tarihinde “Tele Çalışma Hakkında Çerçeve Sözleşme” adlı hukuki bir düzenleme yapmıştı. Tele çalışma hakkında Türk Hukukunda bir düzenleme bulunmamaktaydı. 6111 sayılı torba kanun ile İş Kanunu’na tele çalışma ile ilgili hüküm konulması öngörülmüşse de son aşamada bu hüküm kalkmıştı. Türk Hukuku açısından oldukça yaygın olan tele çalışma konusunda hukuki düzenleme, 6715 sayılı “İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile getirilmiştir. Bu kanun, 06.5.2016 tarihinde yürürlüğe girerek, İK.m.14’ e “uzaktan çalışma” başlığı ile eklenmiştir.

Tele çalışma evde hizmet sözleşmesine benzemektedir. Ancak tele çalışmada evde hizmet sözleşmesine oranla, yukarıda bahsedildiği gibi işverenle daha sıkı bir bağımlılık ilişki bulunmaktadır. İşveren talimat verme ve bunların denetimini iletişim teknolojisi yoluyla sağlayabilmektedir. Bu nedenle tele çalışma da bir iş sözleşmesidir ve tele çalışanlar da işçidirler⁴².

37 Tele çalışmanın çeşitleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ALP, s.802-804; TAN, s.42-55; SOYSAL, s.144-151.

38 ALP, s.799; SÜZEK, s.270.

39 Yargıtay’ ın bağımlılığın tespiti için temel aldığı kriterler için bkz. ALP, s.806.

40 ALP, s.807; SÜZEK, s.270.

41 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.425.

42 SÜZEK, s.270.



Evde hizmet sözleşmesinin birçok alanda yapılması mümkündür. En yaygın olarak giyim ve tekstil endüstrisinde görülmekle beraber, ürün ayıklama, paketleme, temizleme, metal, elektronik, optik endüstrileri ile tarım ve balıkçılık sektörü de dâhil birçok alanda evde hizmet sözleşmesi yapmak mümkündür. Tele çalışma ise 30 yıllık bir geçmişe sahip olmakla beraber oldukça yaygındır. Ancak tele çalışma, iletişim ve bilgi teknolojileri aracılığı ile uzaktan çalışma olduğundan, her alanda mümkün olmaz. Elektronik yapısına uygun, evde hizmet sözleşmesine oranla daha nitelikli işlerde uygulama alanı bulur. Daha çok büro hizmetleri olan tercüme yapma, muhasebecilik, bankacılık, sekreterlik, bilgisayar programcılığı gibi alanlarda tele çalışma yapılmaktadır⁴³.

Evde hizmet sözleşmesi aile bireylerinin yardımına uygun bir çalışma modeliyken, tele çalışma çoğunlukla bireysel çalışmayı gerektirir⁴⁴.

Tele çalışmanın evde hizmet sözleşmesinden farklı yönleri olduğu aşikârdır. Ancak tele çalışmaya hangi hükümlerin uygulanması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tele çalışma evde hizmet sözleşmesinin bir türüdür. Evde hizmet sözleşmesi genel olarak işyeri dışında yapılan bütün çalışmaları kapsar. Bu nedenle evde hizmet sözleşmesinin hükümleri, uygun olduğu ölçüde tele çalışmaya da uygulanır⁴⁵. Diğer bir görüşe göreyse, tele çalışma evde hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemez⁴⁶. Tele çalışma evde dahi yapılsa, evde hizmet sözleşmesinin düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu hükümleri değil, işçiye daha çok koruma sağlayan İş Kanunu hükümleri uygulanmalıdır⁴⁷. Bunun nedeni ise, evde hizmet sözleşmesinde ekonomik bağımlılık varken hukuksal bağımlılık zayıftır. Ancak tele çalışmada hukuki bağımlılık oldukça belirgin olduğundan İş Kanunu hükümleri uygulanmalıdır. Ayrıca evde hizmet sözleşmelerine uygulanacak hükümler, tele çalışmaya uygun değildir⁴⁸. Fakat bazı evde yapılan tele çalışmalara uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması uygun olabilir.

43 EYRENCİ/BAKIRCI, s.26-28; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.425.

44 ALP, s.814.

45 ENGİN, s.270; TOZLU, s.103; SOYSAL, s.159. İsviçre Hukukunda da tele çalışmaya, evde çalışma hükümleri uygulanır, TAN, s.66.

46 ALP, s.813, KOYUNCU, s.9.

47 Zira 06.05.2016 tarihinde İş Kanunu m.14' e eklenen hüküm ile tele çalışma İş Kanunu kapsamına alınmıştır.

48 ALP, s.813-815.



B. Ev Hizmeti Görme ile Karşılaştırılması

Ev hizmeti, hizmetçilik, temizlikçilik, aşçılık, çocuk bakımı, bahçıvanlık gibi evin gündelik işleyişine yönelik çalışmalardır. Ev hizmetlerinde işyeri, işverenin evidir⁴⁹. Evde hizmet sözleşmesinde ise, ev işyeri organizasyonuna bağlı bir yerdir. Ev hizmetlerinde işveren çoğu zaman ev sahibiyken, evde çalışma sözleşmesinde işveren evden tamamen bağımsız biridir.

İş Kanunu'nun m.4/f.1, e bendi gereği ev hizmetleri, İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle ev hizmetleri sözleşmelerine Türk Borçlar Kanununda düzenlenen genel hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır⁵⁰. Ancak evde hasta bakan hemşire, çocuk bakıcısı gibi evde hizmet veren kişiler ev hizmeti yapmadıkları için İş Kanunu kapsamından işçi sayılır⁵¹.

Evde hizmet sözleşmesine ise, Türk borçlar Kanunu'nun evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinde boşluk olması durumunda genel hizmet sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

V. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİNİN YARAR VE SAKINCALARI

A. Yararları

Evde hizmet sözleşmesinin işçi ve işveren açısından birçok yararı bulunmaktadır. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

Evde çalışma işçilerin ev dışına çıkmadan gelir elde edebilme imkânı tanımaktadır. Böylece özellikle kadınların, yaşlıların, sakatların ve engellilerin çalışma hayatına dâhil olmaları sağlanmaktadır⁵².

Evde çalışma aile içi dayanışmayı arttıracığı gibi aynı işi yapanlar arasında sosyal bağı da kuvvetlendirir⁵³.

Evde çalışan, çalışma zamanını kendisi ayarladığından, evde çalışma, özellikle kadın çalışanlar açısından ev işlerine, ailesine ve kendisine zaman ayırmak açısından oldukça elverişlidir⁵⁴.

49 GÜLVER, s.107.

50 GÜNAY, s.353; SENYEN-KAPLAN, s.50; SÜZEK, s.206.

51 GÜNAY, s.353; SÜZEK, s.207; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.49; ÇELİK, s.74.

52 STADLER Hansruedi, *Der Schutz Des Heimarbeitnehmers*, Bern, 1982, s.12; UŞAN, s.62-63; SÜZEK, s.266.

53 ERDUT, s.65.

54 GÜRKANLAR, s.24; TAN, s.34; SÜZEK, s.266.



Evde çalışan, çalışma temposunu istediği gibi ayarlayabilir ve birden fazla iş alabilir. Bu nedenle, nadir de olsa işyerinde çalışan işçiden daha fazla ücret alması söz konusu olabilir⁵⁵.

Evde çalışan işçinin verimliliği, işyerindeki işçiye göre daha fazladır. Ev ortamında çalışmak, işyerine oranla daha az streslidir. Ayrıca eve gidiş dönüş, trafik stresinin de olmaması evde çalışmanın bir diğer avantajıdır⁵⁶.

Evde hizmet sözleşmesinin işveren açısından en önemli yararı işletme ve işgücü maliyetlerinin düşmesi ve üretim faaliyetlerinin genişlemesidir⁵⁷.

Gelişmiş ülkelerdeki işletmeler, gelişmekte olan ülkelerdeki işçilere iş imkânı sağlamaktadırlar. Böylece işverenler masraflarda tasarruf etmenin yanı sıra yetenekli işgücü de istihdam etmektedirler. Gelişmekte olan ülkelere işçi istihdamı, işletmelere düşük ücretle işçi çalıştırma imkanı da tanır⁵⁸.

Evde hizmet sözleşmesi, yeni yatırımlar yapılmadan üretim kapasitesinin artmasını da sağlamaktadır.

B. Sakıncaları

Evde hizmet sözleşmesinin, işçi ve işverenler için en az yararları kadar, sakıncaları da mevcuttur. Sakıncaları şunlardır:

Evde hizmet sözleşmesi ile çalışanlara, İş Kanunu'nun işçiyi koruyucu hükümleri uygulanmalıdır⁵⁹. Ancak ara dinlenmeleri, fazla çalışma, gece çalışmaları gibi düzenlemeler nitelikleri gereği uygulanamayacağı gibi⁶⁰, işveren de iş ve sosyal güvenlik kanunlarının çalışanlarla ilgili olarak işverenlere yüklediği, iş güvencesi, kıdem ve ihbar tazminatı, asgari ücret, yıllık ücretli izin ve sosyal sigorta yükümlülüklerinden kaçabilir⁶¹. Bunun nedeni ülkemizde evde çalışanların denetimi için gerekli mekanizma olmamasıdır.

Evde hizmet sözleşmesi, işçilerin çoğu için azalan iş güvencesini beraberinde getirir. Evde çalışma şeklinin en belirgin sakıncası sosyal güvence kapsamında olmamaktır. Evde çalışanların %90' dan fazlasını

55 EYRENCİ/BAKIRCI, s.15.

56 SÜZEK, s.266; EYRENCİ/BAKIRCI, s.14.

57 TÜRKÜ ERENDİL Asuman, "Türkiye' de ev ekseni çalışma üzerine yapılmış araştırmalar ve çalışmalar", İktisat Dergisi, S.430, 2002, s.32; ENGIN, s.270; GÜRKANLAR, s.36.

58 EYRENCİ/BAKIRCI, s.13-14.

59 YAVUZ, s.2447.

60 SÜZEK, s.268.

61 TÜRKÜ ERENDİL, s.37; s.268; KARADENİZ, s.108.

kadınlar oluşturur⁶². Evde çalışan kadınların çoğunun sosyal güvencesi yoktur. Evde çalışan erkekler açısından ise sosyal güvencesizlik daha düşüktür. Evde çalışan erkeklerin %80,1' inin sosyal güvencesi yoktur⁶³.

Kayıt dışı ekonomi, devletin vergi gelirlerinde düşüşe neden olur. Ayrıca kayıt dışı evde çalışma, kayıtlı işyeri çalışanlarına karşı haksız rekabet yaratır⁶⁴.

Evde çalışanın çalıştığı yer kendi evi olunca, işyerinin mahkeme kararı olmaksızın iş ve sosyal güvenlik denetim elemanlarınca denetlenmesi mümkün değildir. Zira kanunlarımızda da evde çalışanların nasıl denetleneceği ile ilgili bir düzenleme de yoktur. Bu nedenle çalışma şartları denetlenmesi, işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınması son derece güçtür⁶⁵.

Evde hizmet sözleşmesinin ifası esnasında, yapılan iş nedeniyle bir iş kazası meydana gelirse, bundan işveren sorumlu tutulur. Ancak evde çalışmanın niteliği gereği işveren gerekli bazı önlemleri alamayabilir. Bunun dışında iş kazası ile yapılan iş arasındaki illiyet bağının ispatı da oldukça güçtür. Bu da tazminat sorumluluğunun azalmasına ya da ortadan kalkmasına neden olabilir⁶⁶.

Evde hizmet sözleşmesinde elde edilen ücret düşük⁶⁷ olmakla beraber düzensiz de olabilmektedir. Oysaki evde çalışma işletme maliyetlerini düşürdüğü gibi verimliliği de arttırmaktadır. Hakkaniyetin gerektirmesinin yanı sıra maliyetlerin de azalmasını sağlaması açısından evde çalışanlarla aynı işi yapan işyerinde çalışanlar eşit ücret almalıdır⁶⁸. Ayrıca evde çalışanların işyerinde çalışanlara oranla iş yükü daha fazla olmaktadır⁶⁹.

Evde hizmet sözleşmesi ile çalışanlar düşük ücretin yanı sıra ücretlerini zamanında alamama ya da az miktarda taksitle ödeme ile karşılaşmaktadırlar⁷⁰.

62 HATTATOĞLU Dilek, "Ev Ekseni Çalışmada Çocuk Emeği ve Kadın Emeği İlişkileri", İktisat Dergisi, S.430, 2002, s.54.

63 KARADENİZ, s.107.

64 EYRENCİ/BAKIRCI, s.23.

65 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.422; KARADENİZ, s.109; SÜZEK, s.268.

66 SÜZEK, s.268.

67 Yapılan bir araştırmaya göre evde çalışanların saat ücreti, asgari saat ücretinin %26 altındadır, EYRENCİ/BAKIRCI, s.17.

68 Ancak tele çalışanların ücretlerinin, diğer çalışanların ücretleriyle eşit olma eğilimi vardır. Çünkü tele çalışmada genellikle nitelikli işçi gerekir, EYRENCİ/BAKIRCI, s.18.

69 UŞAN, s.63; ERDUT, s.66. Ücret konusundaki bu adaletsizliği gidermek için Almanya' da olduğu gibi, evde çalışma kurulları oluşturulup, asgari ücretlerin belirlenmesi sağlanabilir.

70 EYRENCİ/BAKIRCI, s.18.



Evde çalışma aile bağlarını güçlendirmekle beraber çocuk işçi sayısını da arttırmaktadır. Bunun nedeni ücretin düşük olması nedeniyle üretimi arttırma isteğidir⁷¹. Fakat evde çalışan çocukların eğitim hayatı olumsuz etkilenmekte hatta okulu bırakma oranlarının da yüksek olduğu görülmektedir⁷².

Evde çalışma özel hayata zaman ayırmak için seçilen bir çalışma şekli olmasına karşın, çoğu zaman çalışanın iş hayatı ile özel hayatının karışmasına ve özel hayat alanının daralmasına neden olmaktadır⁷³.

Evde çalışmanın genelde, özellikle kadın işçiler açısından takdir edilmediği görülmektedir. Ailesi tarafından dahi saygı görmeyen evde çalışan, sosyal hayattan da soyutlanmaktadır⁷⁴. Toplumdan dışlanması ve iş çevresinden uzak olmaları nedeniyle de sendikal haklardan yararlanamayabilirler. Toplu iş sözleşmesi hakları da olumsuz etkilenmektedir⁷⁵.

Evde çalışma işçinin sağlığında bozulmalara neden olabilir. İstihdam koşulları, kayıt dışı çalışma, soyutlanma ve stres evde çalışanın fiziksel ve ruhsal sağlığı olumsuz yönde etkileyebilir⁷⁶.

Evde hizmet sözleşmesi ile çalışmada kadın istihdamı erkeğe oranla daha fazladır. Bunun tercih edilmesinin nedeni, kadınların daha kolay işten çıkarılabilmesi ve düşük maliyetli çalıştırılabilen esnek bir işgücü yaratma isteği olabilir. Zira köyden kente göç, işsizlik, yoksulluk gibi nedenlerle kadınlar, düşük ücretle çalışmaya ya da işten çıkarılmaya karşı gelemeyebilirler⁷⁷.

VI. ULUSLARARASI HUKUKTA YER ALAN DÜZENLEMELER

A. Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler

Fransız Hukukunda evde çalışma, kanuni bir düzenlemeye sahiptir. Ancak hukuki bağımlılık tartışmalıdır. İş Kodunda yer alan evde çalışma hükümlerine göre, evde çalışanlar, işçiye benzetilmekle birlikte işçi

71 KOYUNCU Ayşe Gözde, **Enformel Sektörde Kadın Emeği: Evde Çalışma**, Ankara, 2006, s.59. (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1914/2580.pdf?show>) (e.t. 08.7.2017)

72 HATTATOĞLU, s.54; ERDUT, s.72; EYRENCİ/BAKIRCI, s.17.

73 HATTATOĞLU, s.55; KOYUNCU, s.42.

74 TÜRKÜ ERENDİL, s.39; ERDUT, s.75.

75 ENGİN, s.270; UŞAN, s.63.

76 TÜRKÜ ERENDİL, s.39; KARADENİZ, s.88.

77 KARADENİZ, s.89.



sayılmazlar. Ancak parça başına ücret alır ve çalışma süreleri toplu iş sözleşmesi ile belirlenirse işçi sayılırlar. Evde hizmet sözleşmesi ise hizmet sözleşmesi benzeri sayılır⁷⁸.

Alman Hukukunda evde hizmet sözleşmesi, 1951 tarihli Das Heimarbeitsgesetz (Evde Çalışma Kanunu) ile genel bir düzenleme altına alınmıştır. Kanun koyucu, bu kanun ile sadece evde çalışanları korumakla kalmamış, evde çalışanların diğer çalışanlarla eşit haklara sahip olmasını da sağlamıştır. Maddeleri incelediğimizde iş güvenliğine, ücretin belirlenmesine, ücretin korunmasına ve sözleşmenin sona ermesine ilişkin kapsamlı düzenlemeler olduğu görülür⁷⁹. Özellikle evde hizmet sözleşmesinin işlerlik kazanması için gereken kurumlardan söz edilmiş ve işçiyi koruyucu hükümlere yer verilmiştir. İşçinin, çalışma saatlerinin değiştirilmesine karşı korunması (HAG. § 10), işin paylaşılması (HAG. § 11), risklere karşı korunma (HAG. § 12), iş güvenliği (HAG. § 13), iş sağlığı (HAG. § 14), ihbar yükümlülüğü (HAG. § 15), ücretin düzenlenmesi (HAG. § 17-22), ücretin korunması (HAG. § 23-27), bilgi verme yükümlülüğü (HAG. Art. 28), sözleşmenin sona ermesi (HAG. § 29-29a), iş yasakları (HAG. § 30) ve ceza ve idari suçlar (HAG. § 31-32) detaylıca düzenlenmiştir.

Alman Hukukunda, Türk Hukukundan farklı olarak, bu genel düzenlemeler dışında birçok kanunda evde hizmet sözleşmesi ile çalışanı koruyan özel düzenlemeler vardır. Örnek olarak ücretin hastalık ve tatil günlerinde de ödenmesini düzenleyen kanunun (Entgeltfortzahlungsgesetz) evden çalışan işçinin hastalık halinde ücretinin ödenmesini düzenleyen § 10/I hükmü ve tatil günlerinde ücret ödenmesini düzenleyen § 11/1 hükmü verilebilir⁸⁰. Aynı şekilde, çeşitli kanunlarda, evde çalışan işçi, annelik hakkı dolayısıyla⁸¹ (Mutterschutzgesetz § 8/5), tatil talebinde⁸² (Bundesurlaubsgesetz § 12) korunmaktadır.

Alman Hukukunda evde çalışanlar, işveren adına ve hesabına çalışan bağımsız kişilerdir. Bu nedenle işverene kişisel olarak bağlı değillerdir. Çok nadir de olsa kişisel bağlılık bulunabilir. Ancak bu durumda da bu bağ oldukça zayıftır. Fakat evde çalışanların ekonomik olarak bağlı

78 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.420.

79 HROMADKA Wolfgang/MASCHMANN Frank, **Arbeitsrecht Band 1 Individualarbeitsrecht**, 6. Auflage, Springer- Verlag Berlin Heidelberg, 2015, §3, Rn.37.

80 Bilgi için bkz. WEDDE Peter, **Arbeitsrecht Kompaktkommentar**, 5. Auflage, 2016, EFZG § 10-11.

81 Bilgi için bkz. WEDDE, MuSchG § 8.

82 Bilgi için bkz. WEDDE, BUrlG § 12.



olduğu bir gerçektir. Bu nedenle Alman Hukuku evde çalışanları işçi benzeri olarak nitelendirmiştir⁸³.

İsviçre Hukukunda ise ayrı bir İş Kanunu bulunmaz. Hizmet sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 351-354 maddeleri arasında evde hizmet sözleşmesi düzenlenmiştir. Türk Borçlar Hukuku evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerini, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan neredeyse birebir çevirerek almıştır.

İsviçre Hukukundaki bu genel düzenleme dışında 1940 tarihli Evde Çalışma Kanunu (Heimarbeitsgesetz) bulunmaktadır. Bu kanun 1981 yılında revizyona uğramıştır⁸⁴. Bu kanunun uygulama alanı, Alman ve Türk Hukukundan farklı olarak, evde hizmet sözleşmesi ile evde yapılabilecek işler bakımında bir sınırlamaya tabi tutulmuştur. HAR G Art. 1/4' e göre, bu kanun sadece evde yapılan ticari ve sınai el ve makine işleri için uygulama alanı bulur. Bu durumda çeviri, muhasebe, plan çizimi, tele çalışma gibi bilimsel ve sanatsal meslekler, bu kanun kapsamı dışında kalmıştır⁸⁵. Kanun ayrıca evde çalışanların kişisel ifa yeteneklerinin desteklenmesi (HAR G Art. 7/2), işin teslim tarihinin belirlenmesi zorunluluğu (HAR G Art. 7/2), günlük çalışma saatleri ve haftalık çalışma günleri (HAR G Art. 7/2), belirli tehlikeli işlerin evde çalışma için yasak olduğu (HAR G Art. 9/1) gibi konuları özel olarak detaylıca düzenleme altına almıştır.

B. Uluslararası Belgelerdeki Düzenlemeler

Uluslararası belgelerden en önemlileri, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO), Uluslararası Çalışma Konferansı'nın 1996 yılında yapılan 83. Toplantısında kabul edilen 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi⁸⁶ (Home Work Convention) ile 184 sayılı Evde Çalışmaya İlişkin Tavsiye Kararıdır⁸⁷ (Home Work Recommendation). Bu sözleşme ve tavsiye kararı sayesinde evde hizmet sözleşmesi uluslararası standartlara kavuşmuştur. 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi 22.04.2000 yılında yürürlüğe girmiştir.

83 HROMADKA/MASCHMANN, § 3, Rn. 40; AKYİĞİT, s.139; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.421.

84 İsviçre'deki Evde Çalışma Kanunu' nun ortaya çıkış süreci için bkz. FRANZ WALDNER Caroline, *Die Heimarbeit aus Rechtlicher und Historischer Sicht*, Basel, 1994, s.100 vd.; STADLER, s.24 vd..

85 GAUCH /SCHMİD, Art. 351, Rn. 2; FRANZ WALDNER, s.102

86 Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C177, e.t. 05.08.2017.

87 Tavsiye kararının İngilizce metni için bkz. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312522, e.t. 05.08.2017.



Sözleşmeyi onaylayan her Uluslararası Çalışma Örgütü üyesi devlet, evde çalışan işçilere ilişkin sosyal ve yasal politika belirleyip, bunu uygulayacaktır. Türkiye bu sözleşmeyi henüz onaylamamıştır.

177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi m.3- 10 arasındaki hükümler, sözleşmeyi onaylayan ülkelere, bu sözleşmenin hükümlerini ulusal düzenlemelerine nasıl entegre etmeleri gerektiğini düzenlemiştir. Bunlara kısaca değinilecektir.

Sözleşmenin m.3 hükmüne göre, sözleşmeyi onaylayan her ülke, işçi ve işveren kuruluşları ve örgütleriyle işbirliği içinde evde çalışanların durumları konusunda ulusal düzenlemeleri saptanmalı, uygulanmalı ve düzenli olarak gözden geçirilmelidir.

Sözleşmenin m.4 hükmüne göreyse, evde çalışan işçiler ile diğer işçiler arasında eşitliği sağlamaya yönelik ulusal düzenlemelerin teşvik edilmesi gerekir. Sözleşmenin bu hükmü, eşitlik sağlanırken özellikle dikkat edilmesi, teşvik edilmesi gereken hususları şöyle sıralamıştır:

- Evde çalışanların kendi kuruluşlarını özgürce kurma veya mevcut kuruluşlara üye olma ve faaliyetlerine katılma hakkı
- İstihdam ve mesleki ayrımcılığa karşı korunma,
- İş ve sosyal güvenliklerinin korunması
- Ücrette eşitliğinin korunması
- Yasal sosyal güvenliğin korunması
- Eğitimlere ulaşma
- Asgari çalışma yaşı
- Annelik hakkının korunması

Sözleşmenin m.5 hükmü, evde hizmet sözleşmesine ilişkin yasal düzenlemelerin; kanunlar, yönetmelik, toplu iş sözleşmeleri, hakem ve mahkeme kararları ile tutarlı bir şekilde yapılması düzenlemiştir.

Sözleşmenin m.6 hükmü, çalışma istatistiklerinin mümkün olduğu ölçüde evde çalışanları da kapsayacak biçimde düzenlenmesini hükme bağlamaktadır.

Sözleşmenin m.7 hükmüne göre ulusal kanun ve yönetmeliklerin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri, evde çalışma için de uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Kanunlarda özel durumlar dikkate alınarak belirli çalışma türleri ile belirli maddelerin evde çalışmada kullanılmasının sağlık ve güvenlik nedenleriyle yasaklanacağı düzenleme altına alınır.



Sözleşmenin m.8 hükmünde, evde hizmet sözleşmesinde aracı kullanılmasına izin veriliyorsa araçların durumlarının yasal düzenleme ile hüküm altına alınması gerekir.

Sözleşmenin m.9 hükmüne göre, evde çalışma için geçerli olan yasalara uyulmasını sağlamak amacıyla, ulusal yasa ve uygulamayla uyumlu bir denetim sistemi kurulmalıdır. Kanun ve yönetmeliklere aykırılık halinde uygulanacak cezalarda dahil olmak üzere bütün hukuki yollara işlerlik kazandırılmalıdır.

Sözleşmenin m.10 hükmüne göre, bu sözleşme hükümleri, daha lehe olan sözleşme hükümlerinin uygulanmasını engellemez.

Sözleşmenin m.11-17 hükümleri, sözleşmenin onaylanması ve yürürlüğe girmesine ilişkindir.

184 sayılı Evde Çalışmaya İlişkin Tavsiye Kararında ise evde çalışmaya ilişkin detaylı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kararda, evde çalışma ve denetim usulleri (m.6-9), yaş sınırı (m.10), örgütlenme ve toplu pazarlık hakları (m.11-12), ücret (m.13-18), iş sağlığı ve güvenliği (m.19-22), çalışma dinlenme süreleri ve işten ayrılma ((m.19-22), sosyal güvenlik ve anneliğin korunması (m.25-26), iş sözleşmesinin feshi halinde koruma (m.27), uyuşmazlıkların çözümü (m.28), evde çalışma ile ilgili programlar (m.29), bilgi edinme hakkı (m.30) düzenleme altına alınmıştır.

İLO dışında, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyinin de evde çalışma ile ilgili çalışmaları mevcuttur ancak bağlayıcı değildir. Avrupa Toplulukları Komisyonu (Avrupa Komisyonu), üye devletlerine 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesini kabul etmelerini tavsiye etmiştir. Avrupa Konseyi ise "Sosyal Araştırma Programı" nın 1998 yılı programını evde çalışmaya ayırmıştır. "Evde Çalışanların Korunması" başlıklı bir rapor hazırlanmış ve ulusal mevzuatlara dahil edilmesi gereken ilkeler önerilmiştir.

VII. TÜRK HUKUKUNDA YER ALAN DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

Evde hizmet sözleşmesi, bir iş sözleşmesi olmasına karşın, 4857 sayılı İş Kanunu'nda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak İş Kanunu m.2/f.III düzenlemesine baktığımızda işyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğunu görmekteyiz. Bu nedenle işçi, işyerine bağımlı olarak çalışmak zorunda değildir. İşçinin, işverenin organizasyonu dâhilinde

çalışması yeterlidir⁸⁸. Bu durumda evde çalışanların da işçi sayılması İş Kanunu tarafından dolaylı da olsa kabul görmüştür.

İş Kanunu'nda evde hizmete ilişkin genel düzenleme olmamasına rağmen atipik bir iş sözleşmesi türü olan evde hizmet sözleşmesine, İş Kanunu hükümlerinin -özellikle işçiyi koruyan hükümlerin- uygulanması gerektiği kabul görmektedir. Ancak İş Kanunu m.4/f.I,d bendine göre, bir ailenin üyeleri ve üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dahil) hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde, el sanatlarının yapıldığı işlere İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bu nedenle evdeki çalışma, üçüncü dereceye kadar aile üyeleri tarafından yapılıyor ve yapılan iş bir el sanatı ise, İş Kanunu kapsamı dışında kalıp Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olacaktır⁸⁹. Hükümün karşıt anlamından ise üçüncü dereceye kadar hısımlık ilişkisi olan aile üyeleri yardımı olmaksızın el sanatları dışında yapılan evde çalışmalarının İş Kanunu kapsamında olduğunu yorumlamak mümkündür⁹⁰.

6715 sayılı "İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile uzaktan çalışma modeli, İK.m.14' e "uzaktan çalışma" başlığı ile eklenmiştir. Bu kanun 06.5.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Madde 14' e eklenen fıkralar şu şekildedir:

"Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir. (2)Dördüncü fıkraya göre yapılacak iş sözleşmesinde; işin tanımı, yapıma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler yer alır. (3)Uzaktan çalışmada işçiler, esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. İşveren, uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür. (4) Uzaktan çalışmanın usul ve esasları, işin niteliği dikkate alınarak hangi işlerde uzaktan çalışmanın yapılamayacağı, verilerin korunması ve paylaşılmasına ilişkin işletme kurallarının uygulanması ile diğer hususlar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir".

88 AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.73.

89 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.422; AKYİĞİT, s.139.

90 SÜZEK, s.206; EYRENCİ/BAKIRCI, s.48.



Bu hükümlerin evde çalışma sözleşmesine uygulanıp uygulanmayacağı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikten sonra anlaşılacaktır. Yönetmelik henüz yürürlüğe girmemiştir. Ancak 6715 sayılı Kanun'un m.2 hükmünün gerekçesinde şu ifade yer almaktadır: *"evden çalışma ve tele çalışma biçimleri uzaktan çalışma adı altında birleştirilerek tanımı yapılmıştır"*. Bu ifadeden yola çıkarak evden çalışma kavramının geniş yorumlanarak evde hizmet sözleşmesini de kapsadığını söylemek mümkündür.

B. Türk Borçlar Kanunu Yürürlüğe Girmeden Önceki Dönem

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girmeden önceki eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda evde hizmet sözleşmesine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak doktrinde çoğunlukla BK.m.322 hükmünün evde çalışma şekli için uygulanacağını kabul etmekteydi⁹¹. Madde metni şu şekildedir: *"İşçi parça üzerine yahut götürü çalışıp da iş sahibinin nezareti altında bulunmaz ise işlenen madde ve işin akit mucibince icrası noktasından mesuliyeti hakkında istisna akdine dair hükümler, kıyasen tatbik olunur"*.

Eski Borçlar Kanunu m.322 hükmüne göre, bir hukuki ilişkide, işçi parça başına ücret alıyorsa, işverenin denetimi altında değilse yani bağımlılığı bulunmuyorsa ve edimin sonucundan sorumlu ise, o hukuki ilişkiye eser(istisna) sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Böylece evde çalışanlar parça başına ücret almakta, işverenin yoğun denetiminden yoksun ve edim sonucundan sorumlu olacaklardı. Bu nedenle evde çalışma sözleşmesine, eser sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanmaydı. İstisna sözleşmesini kıyasen uygulanması sonucu kanun koyucunun bir karma sözleşmeden bahsettiği sonucuna varılabilir. Bu da evde çalışma sözleşmesini atipik bir iş sözleşmesi olduğunu gösterir⁹².

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda bu hüküm yer almamış. Onun yerine *"Evde Hizmet Sözleşmesi"* başlığı altında detaylı düzenleme yapılmıştır.

91 KOÇ Yıldırım, Eve İş Verme, *Türk-İş Dergisi*, Aralık-2000-Ocak-2001, s.2. (<http://www.yildirimkoc.com.tr/usrfile/1325537616a.pdf>) (e.t. 08.07.2017); DULAY, s.111.

92 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.421; EYRENCİ/BAKIRCI, s.32. Evde çalışmanın BK.m.322 çerçevesinde ele alınması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ENGİN, s.274-285.

C. Türk Borçlar Kanunu'ndaki Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Evde hizmet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu m.461 ile 469 arasında düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununa göre, evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır (TBK.m.469). Evde hizmet sözleşmesi genel hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğu için bu düzenleme olmasa dahi hizmet sözleşmesinin genel hükümleri zaten uygulama alanı bulacaktı.

Türk Borçlar Kanunu m.461 hükmüne göre, evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçi, işi bizzat ifa etmek zorunda değildir. Aile bireylerinin yardımı ile işin yapılması da mümkündür⁹³. Aile bireyleri için hısımlık açısından bir sınırlama getirilmemiştir⁹⁴. Önemli olan evde hizmet sözleşmesi ile çalışan işçiye bir iş sözleşmesi ile bağlı çalışmıyor olması gerektiğidir⁹⁵.

Ayrıca tanımdan çok net anlaşılmasa da atipik bir iş sözleşmesi olan evde hizmet sözleşmesine göre evde çalışan işçi birden fazla işverenle çalışabilir. Bunun için bir engel yoktur.

Türk Borçlar Kanunu, evde hizmet sözleşmesinin geçerliliğini herhangi bir şekil şartına bağlamamıştır⁹⁶. Sözleşme tarafları, diledikleri şekilde evde hizmet sözleşmesi kurabilirler. Bu bağlamda, sözlü olarak yapılmış olan evde hizmet sözleşmesi de geçerli olur.

Türk Borçlar Kanunu m.462 hükmü, çalışma koşullarının bildirilmesini düzenlemiştir. Buna göre, her yeni iş verilisinde işveren çalışma koşullarını yazılı bir şekilde bildirmelidir. Bu çalışma koşulları, genel çalışma koşulları dışında kalan, o işe özgü, malzeme ve ücreti içerir. Çalışma koşulları, işin verilmesinden önce işçiye bildirilmemişse, bu işlerde uygulanan alışılmış bedel ve ücret ödenir (TBK.m.462/f.II). Bu hüküm, TBK.m.417/f.II' de öngörülen işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünün yerine getirilmesine hizmet eder⁹⁷. Malzeme işçi

93 ILO 177 sayılı Sözleşmede ise böyle bir düzenleme yoktur.

94 Aile bireyleri açısından bir sınırlama getirilmemiş ancak makul bir sınırlama olmalıdır. Çalışana yardım eden kişiler eşi ve çocukları olabilirken teyze, yeğen yardımcı şahıs olarak kabul edilmeyebilir, GAÜCH/SCHMID, Art. 351, Rn. 5.

95 GÜLVER, s.107.

96 SENYEN-KAPLAN, s.77; EREN, s.571; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.485.

97 GÜLVER, s.109.



tarafından sağlanıyorsa, malzeme ücreti ve iş için ödenecek ücret yazılı bildirilmemişse, emsal ücret ödenir.

Türk Borçlar Kanunu'nun m.462, çalışma koşulları işveren tarafından evde hizmet sözleşmesiyle çalışana önceden veya en geç iş verildiği sırada bildirilmek zorundadır. Maddenin yorumundan malzemeleri sağlama borcunun kime ait olduğunun sözleşmede kararlaştırılacağını anlamaktayız. İşveren, işçinin hangi malzemeyi kendisinin temin edeceği bildirmişse işçi o malzemeleri sağlamakla yükümlü olur⁹⁸. Ancak kural olarak, işin görülmesi için gerekli olan malzemeyi sağlamak işverenin yükümlülüğüdür (TBK.m.413).

2. İşçinin Yükümlülükleri

İşçinin denetimi oldukça zor olduğu için işçinin yükümlülükleri de kanunla düzenleme altına alınmıştır. Evde hizmet sözleşmesinden doğan işçinin borçları, TBK.m.463 ve m.464' de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, evde çalışanın asıl borcu, işin görülmesidir. Çalışan, işe zamanında başlamak, işi kararlaştırılan zamanda bitirmek ve çalışmanın sonucunu işverene teslim etmekle yükümlüdür (TBK.m.463/f.I). Bu hüküm, işverenin denetiminin çok yoğun olamaması nedeniyle, işverenin korunması amacıyla konmuştur. Ancak burada işe zamanında başlanmaması durumunda işin zamanında bitirilemeyeceği anlaşılıyorsa işverene fesih imkanı tanınmamıştır. Bu durumda işverenin işçiye ihtarda bulunarak fesih hakkı olduğunun kabulü gerekir⁹⁹.

İşçi asıl borcunu yani işi, yerine getirirken kusuru sebebiyle işi ayıplı görürse, ayıpları gidermekle yükümlüdür. Giderilmesi mümkün olan ayıplar, masrafı evde çalışan işçiye ait olmak üzere giderilmelidir (TBK.m.463/f.II). Madde gerekçesinde ayıplı iş görmeye örnek olarak, işçinin sözleşmeyle üstlendiği malzeme sağlama borcu çerçevesinde kalitesiz veya bozuk malzeme kullanması, işveren tarafından kendisine teslim edilen malzemeyi özensiz kullanması gösterilmiştir. İşçinin ayıbı giderme yükümlülüğü aynı zamanda işçi açısından bir haktır¹⁰⁰. Zira işçinin kusuruyla ortaya çıkan ayıbın giderilmesi mümkün değilse evde çalışan işçi, işverenin zararları gidermekle yükümlü olmalıdır¹⁰¹. Bunun sağlanması için işçinin, ya ücretinde bir kesinti olacak ya da tazminat

98 SOYSAL, s.158; GÜLVER s.109.

99 HONSELL/VOGT/WİEGAND,, Art.352, Rn.1; GAUCH /SCHMİD, Art.352, Rn.2.

100 GÜLVER, s. 112.

101 HONSELL/VOGT/WİEGAND: Art.352, Rn.2; SENYEN-KAPLAN, s.78; EREN, s.573; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.486.



ödemesi gerekecektir. İşçi bu kayıptan kurtulabilmek için ayıbı giderme hakkını kullanabilmelidir.

İşçinin diğer bir borcu, özen gösterme, hesap verme ve bildirimde bulunma borcudur. TBK.m.464 hükmünde düzenlenmiştir. Malzeme ve iş araçlarını sağlamak aksi kararlaştırılmadıkça işverenin yükümlülüğüdür. Evde hizmet sözleşmesinde çoğunlukla malzeme ve iş araçları işveren tarafından sağlanır. Bu durumda işçi bunları, gereken özeni göstererek kullanmak, bundan dolayı hesap vermek, ayrıca kalan malzeme ile iş araçlarını da işverene teslim etmekle yükümlüdür (TBK.m.464/f.I). İşçi verilen malzeme ve araçları sadece o işin görülmesi için kullanabilir. Kendi yararına veya başka bir işverenin işini görmek için kullanması, özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturur¹⁰². Ancak özenle kullanmaya malzemeleri ve araçları sigortalatma yükümlülüğü girmez.

TBK.m.464/f.II hükmüne göre, işçi işi görürken, kendisine teslim edilen malzemenin veya iş araçlarının bozuk olduğunu belirlerse, durumu hemen işverene bildirir ve işe devam etmeden önce, onun talimatını bekler. Bu hüküm işveren tarafından malın ayıplı teslim edilmesi durumunda, işçiye ayıpları bildirme yükümlülüğü yüklemiştir. Bu aslında, işçinin özen yükümlülüğünün bir yansımasıdır. İşçi, ayıbı bildirdiğinde, işveren talimat verene kadar, işi görmez. Ancak yapılan bildirimde rağmen işveren talimat vermezse işverenin temerrüde düştüğünün kabulü gerekir¹⁰³. İşçi bildirim yükümlülüğünü yerine getirmese bundan doğacak zararları tazmin ile yükümlüdür.

İşçinin kendisine teslim edilen malzeme veya iş araçlarını özenle kullanmasının bir sonucu olarak onları kusuruyla kullanılmaz hale getirmemesi gerekir. TBK.m.464/f.III hükmü, işçinin kendi kusuruyla malzeme ve araçlara kullanılmaz hâle getirmesi durumunda, işverene karşı onun kullanılmaz hale geldiği gündeki rayiç bedeli kadar sorumlu olduğunu hüküm altına almıştır. Ancak hükmün aksinin kararlaştırılması mümkündür. Zira böyle bir durumda işverenin zararı, malzeme ve araçların rayiç bedelinden fazla olabilir. Bu sebeple taraflar, sözleşmede, işçinin işverene malzeme ve iş araçlarının işverene olan maliyeti kadar sorumlu olacağını kararlaştırabilirler.

102 GAUCH /SCHMÍD, Art.352a, Rn.3.

103 HONSELL/VOGT/WIEGAND, Art.352a, Rn.2; GAUCH /SCHMÍD, Art.352a, Rn.6.



3. İşverenin Yükümlülükleri

İşverenin borçları TBK.m.465, 466 ve 467' de düzenlenmiştir.

İşveren, işçinin teslim ettiği ayıpsız ürünleri kabul etmelidir. İşveren, işçinin üreterek teslim ettiği üründe bir ayıp tespit ederse, teslimden başlayarak bir hafta içinde işçiye bildirmelidir. Süresinde bildirim yapılmazsa, ürün mevcut durumuyla kabul edilmiş sayılacaktır (TBK.m.465). Bu durumda bir haftalık bu süre, hak düşürücü bir süredir. Bu sürede işveren, bildirim yapmazsa ürünlü ayıplı kabul etmiş sayılacak ve ayıptan doğan haklarını kullanamayacaktır. O halde ayıpları bildirmek aslında yükümlülük değil, külfettir¹⁰⁴. Zira alacaklı olan işveren sahip olduğu bir hakkı kaybetmektedir.

İşveren, işçinin teslim ettiği ayıpsız ürünleri kabul etmemesi durumunda uygulanacak yaptırım, işçinin aralıksız çalışıp çalışmadığına göre değişir¹⁰⁵. Eğer işçi aralıksız çalıştırılıyorsa, işveren ürünü kabulde temerrüde düşerse, hizmet ediminin engellenmesi durumundaki ücret ödenmesine ilişkin hükümler (TBK.m.408-409) gereğince, işçiye ücretini ödemekle yükümlüdür (TBK.m.467). Ancak işçinin aralıklı ya da aralıksız çalışmasına bakılmaksızın işçinin ücretinin ödenmesi daha yerinde bir düzenleme olurdu¹⁰⁶.

İşverenin asli borcu, yapılan işin ücretini ödeme borcudur. Ücretin miktarının belirlenmesi düzenlenmemiş ancak ücretin ödenme zamanı yani muacceliyet anı, İş Kanunu m.32/f.5' den farklı bir şekilde olarak TBK.m.466/f.I' de düzenleme altına alınmıştır. Madde metnini incelediğimizde işçinin aralıklı ya da aralıksız çalışmasına göre bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre, yapılan işin ücreti, işçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, on beş günde bir veya işçinin rızasıyla ayda bir ödenmelidir. İşçi, işveren tarafından aralıklı olarak çalıştırıldığı takdirde ise ürünün her tesliminde ödenir. Ayrıca TBK.m.466/f.II, işverene, işçiye her ödeme yaptığında bir hesap özeti verme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu hesap özeti kesinti yapılmış ise kesintinin miktarı ve nedeni gösterilir.

104 HONSELL/VOGT/WİEGAND, Art.353, Rn.1; EREN, s.573.

105 Aralıksız çalışma, işverenin işin sonucunu teslim aldıktan sonra yeni iş vermekle, işçinin de bunu kabul etmekte yükümlü olduğu çalışma şeklidir. İşçi kesintisiz çalışır. Aralıklı çalışmada ise işveren işi teslim aldıktan sonra yeni iş verip vermeyemekte, aynı şekilde işçi de kabul edip etmemekte serbesttir. İşçi zaman zaman çalışmaktadır, SENYEN-KAPLAN, s.79; GÜLVER, s.116.

106 GAUCH /SCHMİD, Art.353b, Rn.3.

Ücret ödeme borcuna ilişkin TBK.m.466 hükmü, nispi emredici niteliktedir. Bu sebeple hükmün aksi düzenlenirse ancak işçi lehineyse hüküm ifade eder. Hükümdeki düzenlemeden farklı olarak işçi aleyhine bir düzenleme getirilirse geçerli olmaz. Bu durumda ancak sürelerin kısaltılması geçerli olacaktır.

İşverenin, işçinin çalışmasını engellemesi durumu, TBK.m.467' de düzenlenmiştir. Çalışmanın engellenmesi durumunda, hizmetin engellenmesinde olduğu gibi ücret ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir: *“İşçiyi aralıksız biçimde çalıştıran işveren, ürünü kabulde temerrüde düştüğü veya işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle ve kusuru olmaksızın çalışma engellendiği takdirde, hizmet ediminin engellenmesi durumundaki ücret ödenmesine ilişkin hükümler gereğince, ona ücretini ödemekle yükümlüdür. Diğer durumlarda işveren, bu hükümlere göre ücret ödemekle yükümlü değildir”*. Bu durumda aralıksız çalışan işçi, çalışması engellendiğinde ücretin ödenmesini, Türk Borçlar Kanunu'nun 408 ve 409 uncu maddelerinde belirtilen esaslar çerçevesinde talep eder. İşçinin hasta olması gibi sebeplerle, kusuru olmaksızın iş görme ediminin yerine getirilmesinin engellenmesinde, ücretin ödenmesine devam edilir. Aynı şekilde işverenin sözleşmeye uygun olarak teslim edilen ürünü kabulden kaçınması halinde, ücreti ödemeye devam edilmek zorundadır¹⁰⁷. Ancak işçi aralıklı çalıştırılıyorsa bu imkandan yararlanamaz.

4. Evde Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi

Evde hizmet sözleşmesinin sona ermesi TBK.m.468' de düzenlenmiştir. TBK.m.468/f.I hükmü, deneme süreli evde hizmet sözleşmesinin sona ermesini düzenlemiştir. Uygulamada evde hizmet sözleşmesinin deneme süreli olarak kurulmasına pek rastlanmaz. Ancak her nasılsa kurulmuşsa deneme süreli evde hizmet sözleşmesinde taraflar aksini kararlaştırmadıkça, deneme süresi sona erdiğinde sözleşme de kendiliğinden sona erer.

TBK.m.468 hükmüne göre, işçi aralıksız çalıştırılıyorsa sözleşme belirsiz süreli sayılır. Burada belirsiz süreli sözleşme olduğu konusunda adi bir karine vardır. Belirsiz süreli evde hizmet sözleşmesinin sona ermesine, belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin esaslar uygulanır. Bu durumda sözleşme, TBK.m.432 gereğince fesih bildirim sürelerine uyularak olağan fesih yoluyla sona erdirilebileceği gibi, TBK.m.435 gereğince haklı sebeplere dayanılarak da sona erdirilebilir. Eğer işçi aralıksız çalıştırılmıyorsa, sözleşme belirli süreli sayılır ve süre bitiminde sözleşme kendiliğinden sona erer¹⁰⁸. Ancak haklı neden varsa süre bitimi beklenmeden de sözleşme sona erdirilebilir.

107 GÜLVER, s. 117.

108 SENYEN-KAPLAN, s.79; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.488.



TBK.m.468 emredici bir hüküm değildir, taraflar aksine düzenleme yapabilirler.

TBK.m.435/f.II hükmü, esaslı bir sebep olmadıkça, üst üste belirli süreli iş sözleşmesi kurulamayacağını düzenlemiştir. Buna zincirleme iş sözleşmesi yasağı denir. Esaslı bir sebep olmaksızın ardı ardına yapılan zincirleme iş sözleşmelerinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşür. Bu durumda birden fazla kez üst üste belirli süreli evde hizmet sözleşmesini, taraflar ancak esaslı nedenle varsa, yapabilirler¹⁰⁹.

Evde hizmet sözleşmesinin sona erme nedenleri sadece TBK.m.468 ile sınırlı değildir. Genel hizmet sözleşmesinin sona erme nedenleri burada da geçerli olacaktır. Buna göre, haklı nedenle fesih ve işçinin ölümü de sona erme nedenlerindedir¹¹⁰.

SONUÇ

Gelişen teknolojiyle birlikte insanların ihtiyaçlarında birtakım değişiklikler meydana gelmiştir. Buna bağlı olarak, geleneksel çalışma modeli olan, günde sekiz saat ve haftanın beş ya da altı günü çalışmak, yerini esnek çalışma şekillerine bırakmaktadır. Esnek yani atipik çalışma şekillerinin ülkemizde giderek yaygınlaştığı görülmektedir. Bu çalışma şekillerinden biri de evden çalışma olarak karşımıza çıkar.

Gelişmekte olan ülkelerde atipik çalışma şekilleri ile çalışanların sayısında artış yaşanmaya başlamıştır. Özellikle kadınların aile içi sorumluluklarını da yerine getirebilecek şekilde çalışma isteği, evde hizmet sözleşmesini gündeme getirmiştir.

Evde çalışma, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlenmesidir.

Evde hizmet sözleşmesi, evden çalışana işyerine gitmeyip evden çalışma imkânı sağlayarak, çalışanın kendine ve ailesine zaman ayırmasını ve daha az stres ve maliyetle çalışmasını sağlar. İşveren açısından ise, düşük maliyetle verimli iş gücü temini sağlamaktadır. Ancak evde çalışma bir yandan da kayıt dışı, sosyal güvencesiz, düşük ücretle işçi çalıştırmaya neden olmaktadır. Zira işverenler işgücü maliyetinin düşmesi için evde çalışmayı tercih edebilir.

Ülkemizde evde çalışma, yaygın olmasına rağmen hukuksal koruma yetersizdir. Tarihi çok eskiye dayanan evde çalışma hakkında, Türk Borçlar

109 GAUCH/SCHMID, Art.354, Rn.3; GÜLVER, s. 119.

110 SOYSAL, s.158.



Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girene kadar herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Türk Borçlar Hukukunun oluşmasında ve gelişmesinde büyük etkisi olan Alman ve İsviçre Hukuklarına baktığımızda, evde çalışanların hukuki durumlarını düzenleyen kanunların 60-70 yıllık tarihleri vardır. Ayrıca bu kanunlar, evde çalışanların haklarının diğer işçilerle eşit olmasını sağlayacak birçok koruma hükmü içermektedir. Türk hukukunda bu anlamda hala böyle düzenlemelerin olmaması bir eksikliklerdir. Bunun yanı sıra evde hizmet sözleşmesinin özel bir kanunla ayrıca düzenlenmesi de, hukuki koruma sağlaması açısından düşünülmeli gereken bir durumdur.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO), 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi ile 184 sayılı Evde Çalışmaya İlişkin Tavsiye Kararı, Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Bu ülkemiz açısından büyük bir eksikliklerdir. Zira bu sözleşme ve tavsiye kararının, evde hizmet sözleşmesinin yararlarının yanı sıra getirdiği sakıncaları gidermede büyük yardımcı olacaktır. Evde hizmet sözleşmesi ile çalışanlar, iş görme edimi yerine getirirken belli bir serbestiye sahip olsalar da, işverenin iş organizasyonu içinde yer almaları onları işçi statüsüne sokar. Hem Türk Borçlar Kanunu hem de İş Kanunu çerçevesinde işçilik haklarından yararlanıp, yükümlülüklerine de tabi olurlar. Ancak uygulamada bu çoğu zaman yeterli olmamaktadır. Evde çalışanlar çoğu zaman işçi sağlığı ve sosyal güvenliğinden yararlanamamakta ve tipik bir hizmet sözleşmesi ile çalışan işçiden daha düşük ücret almaktadır. Oysa İLO, ulusal kanun ve yönetmeliklere özellikle evde çalışanların ücretlerini ve iş sağlığı ve güvenmesini arttıran, bunların denetimini sağlayan mekanizmalarla ilgili hükümler konulmasının gerekliliği vurgulamaktadır.

Türk hukukunda evde çalışma sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte yasal düzenlemelerin yetersiz olduğu aşikardır. Türkiye tarafından ILO 177 Sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi onaylanmalı ve gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Evde hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilerin kendi evlerinde ya da işi gördükleri diğer yerlerde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli önlemler alınmalı ve bunlar sıkı bir denetime tabi tutulmalıdır. Özellikle kayıt dışı çalışmanın tespiti hem ülke ekonomisi hem de çalışan için titizlikle yapılmalı ve denetimi için gerekli yasal düzenlemeler ve denetimler yapılmalıdır. Evden çalışanların iş sağlığı ve güvenliği, ücretin belirlenmesi ve ücretin korunması gibi önemli konularda özel kanun hükümlerine de ihtiyaç vardır.

Zamanla evde hizmet sözleşmesi ile ilgili Yargıtay kararları çıkacak ve bilimsel eserlerin sayısı artacaktır. Ayrıca yapılması beklenen yeni hukuki düzenlemelerin yapılmasıyla da evde hizmet sözleşmesinin hukuki temeli sağlanacaktır.



KAYNAKLAR

AKTAY A. Nizamettin/ARICI, Kadir/SENAYEN-KAPLAN, Tuncay, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 6.Baskı, Ankara, 2013.

AKYIĞİT Ercan, **İş Hukuku**, 6.Baskı, Ankara, 2007.

ALP Mustafa, **Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)**, **Prof.Dr. Sarper Süzek' e Armağan**, İstanbul, 2011, s.795-851.

ÇELİK Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 24.Bası, İstanbul, 2011.

DULAY Dilek, **Türk İş Hukukunda Evde Çalışma**, Ankara, 2016.

ENGİN Murat, "Türk İş Hukukunda Evde Çalışma", **Prof.Dr. Turhan Esener' e Armağan**, Ankara, 2000.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4.Baskı, Ankara, 2017.

ERDUT Tijen, **Toplumsal Cinsiyet Bakımından Evde Çalışma**, s.55-81 (<http://calismatoplum.org/sayi29/erdut.pdf>)(e.t. 08.07.2017).

EYRENCİ Öner/BAKIRCI Kadriye, **Dünyada ve Türkiye'de Evde Çalışma ve Eve İş Verme**, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 32-2000, İstanbul, 2000.

FRANZ WALDNER Caroline, **Die Heimarbeit aus Rechtlicher und Historischer Sicht**, Basel, 1994.

GAUCH Peter/SCHMİD Jörg, **Obligationenrecht**, Teilband V 2c Der Arbeitsvertrag Art. 319-362 OR, Zürich, 1996.

GÜLVER Ender, "Türk Borçlar Kanunu' nun Evde Hizmet Sözleşmesi Hükümleri Üzerine", **İÜHFİM**, C.LXXII, S.2, 2014, s.103-122.

GÜNAY Cevdet İlhan, **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, 5.Baskı, Ankara, 2013.

GÜRKANLAR Esin, **Esnek Çalışma Saatlerinin Kadın Çalışanların Sosyal Yönleri ve Çalışma Performansı Üzerine Etkileri-Akdeniz Üniversitesinde Bir Araştırma**, Antalya, 2010.

HATTATOĞLU Dilek, "Ev Eksenli Çalışmada Çocuk Emeği ve Kadın Emeği İlişkileri", **İktisat Dergisi**, S.430, 2002.

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WİEGAND Wolfgang, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art. 1-529 OR, 3.Auflage, Basel, 2003.

HROMADKA Wolfgang/MASCHMANN Frank, **Arbeitsrecht Band 1 Individualarbeitsrecht**, 6. Auflage, Springer- Verlag Berlin Heidelberg, 2015.



KARADENİZ Oğuz, "Türkiye'de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S.29, 2011, s.83-127.

KOÇ Yıldırım, Eve İş Verme, **Türk-İş Dergisi**, Aralık-2000-Ocak-2001. (<http://www.yildirimkoc.com.tr/usrfile/1325537616a.pdf>) (e.t. 08.07.2017).

KOYUNCU Ayşe Gözde, Enformel Sektörde Kadın Emegi: **Evde Çalışma**, Ankara, 2006. (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1914/2580.pdf?show>) (e.t. 08.07.2017).

MOLLAMAHNMUTOĞLU Hamdi/ ASTARLI Muhittin, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5.Bası, Ankara, 2012.

ÖZCAN Durmuş, **Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunları Şerhi**, Ankara, 2014.

SENYEN-KAPLAN Tuncay, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 7.Baskı, Ankara, 2015.

SOYSAL Tamer, "Tele Çalışma", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.9, 2006/1, s.133-165.

STADLER Hansruedi, **Der Schutz Des Heimarbeitnehmers**, Bern, 1982.

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 10.Baskı, İstanbul, 2014.

TAN Gizem, **Atipik İş Sözleşmelerinden Evde Çalışma Ve Tele Çalışma**, (Yayınlanmamış YL Tezi), Ankara, 2007.

TAŞOĞLU Jale/LİMONCUOĞLU S.Alp, 4857 Sayılı Kanun Kapsamında Esnek Çalışma, **Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi**, S.2, C.2, 2010, s.77-85.

TOZLU Emine, "Genel Olarak Esnek Çalışma Sistemleri ve Tele Çalışma ve Sıkıştırılmış İş Haftasının Karşılaştırılması", **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, C.3, S.4, Isparta, 2011, s.99-116.

TÜRKÜ ERENDİL Asuman, "Türkiye' de ev eksenli çalışma üzerine yapılmış araştırmalar ve çalışmalar", *İktisat Dergisi*, S.430, 2002.

UŞAN M.Fatih, İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara, 2003.

WEDDE Peter (Hrsg.), **Arbeitsrecht Kompaktkommentar**, 5.Auflage, 2016.

YAVUZ Nihat, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C.2, Madde 339-649, Ankara, 2013.

ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16.Bası, Ankara, 2016.



<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1914/2580.pdf?show>

<http://www.yildirimkoc.com.tr/usrfile/1325537616a.pdf>

<http://www.calismatoplum.org/sayi5/abc/HUKUKGENEL/3.pdf>

<http://calismatoplum.org /sayi29/erdut.pdf>

<http://www.hukukgunlugu.org/tele-calisma-tele-working/>

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO: :P12100_ILO_CODE:C177

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:::NO:12100 :P12100_INSTRUMENT_ID:312522

<https://www.lexpera.com.tr>



5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE İŞTİRAK HÂLİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME (TCK M.41)

(Voluntary Abandonment from Conspiracy)

Yrd. Doç. Dr. Cem ŞENOL¹

ÖZ

5237 sayılı TCK'da ilk kez düzenlenen konularda birisi de iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmedir. Konunun düzenlendiği TCK m.41'de, iştirak hâlinde işlenen suçlarda suç ortaklarının gönüllü vazgeçmesi üç ayrı ihtimale göre düzenlenmiş, tüm bu ihtimaller açısından ise suç ortağının gayret göstermesi asgari koşul olarak aranmıştır. Fakat "gayret" kavramından ne anlaşılması gerektiği madde ve gerekçesinde açıklanmamıştır. Bu çalışmada TCK'nın 41. maddesinde düzenlenen iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin şartları incelenecek ve özellikle gayret kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İştirak, gönüllü vazgeçme, teşebbüs, gayret, elverişlilik

ABSTRACT

One of the issues held for the first time in the Turkish Penal Code No. 5237 is the voluntary abandonment of the crimes committed in the complicity. In Article 43/1 of the Turkish Penal Code, voluntary abandonment of accomplices in the crimes committed in the complicity was arranged according to three different possibilities and making an effort by the accomplices in terms of all these possibilities was sought for as a minimum condition. However, what was to be understood from the concept of striving was not explained. In this study, the conditions of voluntary abandonment of crimes committed in the complicity organized in Article 41 of the Turkish Penal Code will be examined and it will be emphasized in particular what should be understood from the concept of striving.

¹ Erzurum Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı



Keywords: Conspiracy, voluntaryabandonment, attempt, strive, convenience

GİRİŞ

765 sayılı² eski Türk Ceza Kanunu'nda³ kendisine ilişkin özel bir hükme yer verilmeyen iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, ilk kez 5237 sayılı TCK'nın⁴ 41. maddesinde düzenlenmiştir: "İştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hâllerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır". Alman Ceza Kanunu'nun⁵ 24. maddesi temel alınarak kaleme alınan maddeyle⁶, iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, tek fail tarafından işlenen suçlardan gönüllü vazgeçmeden ayrı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin, TCK m. 36'nın özel hâlini oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz⁷.

İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin koşullarının Kanun'da ayrıca düzenlenmesinin nedeni, iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanma şartlarının tek başına işlenen suçlardan

2 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul Tarihi: 01.03.1926, RG Tarihi: 13.03.1926, RG No: 320.

3 Bundan sonra TCK olarak anılacaktır.

4 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG Tarihi: 12.10.2004, RG No: 25611.

5 Bundan sonra ACK olarak anılacaktır.

6 Alman Ceza Kanunu'nun 24. maddesi şu şekildedir: "(1) Her kim, başlamış olduğu fiilin icra hareketlerine devam etmekten gönüllü olarak vazgeçer veya fiilin tamamlanmasını önlerse, suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Fiilin tamamlanmasını önlemek için gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olan fail, bu çabası suçun tamamlanmaması üzerinde etkili olmasa da cezalandırılmaz. (2) Fiile birden çok kişinin iştirak ettiği durumlarda, tamamlanmayı gönüllü olarak önleyen kişi, suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Suçun tamamlanmasını önlemek için gönüllü ve ciddi çaba göstermiş olması, vazgeçen suç ortağının, vazgeçme davranışının suçun tamamlanmamasını engellemekte etkili olmadığı veya suç tamamlanmış olsa bile suça yönelik nedensel katkısını ortadan kaldırdığı hâllerde de cezalandırılmaması için yeterli olur." Dolayısıyla ACK ile TCK m.41'in üç temel noktada ayrıldığını söyleyebiliriz. İlk olarak ACK'da tek kişi tarafından ve iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme aynı maddede düzenlenmiştir. İkinci olarak, TCK m.41'den farklı olarak ACK m.24'de gönüllü vazgeçmeden yararlanılması için gösterilmesi gereken çabanın niteliği, "ciddi çaba" olarak açıkça belirtilmiştir. Üçüncü olarak, ACK m.24/2-2'de iştirak edilen suçun vazgeçme davranışına rağmen tamamlandığı durumlarda, suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için sadece gönüllü ve ciddi çaba göstermesi yeterli görülmemiş, suça yönelik nedensel katkısını ortadan kaldırması da aranmıştır.

7 HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Us-A Yayınevi, Ankara 2015, s.345; AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s.237.



farklı koşullara tâbi tutulmasına ihtiyaç duyulmasıdır⁸. Bu ihtiyaç önemli ölçüde, bu suçlarda suçun işlenişine birden fazla kişinin katılmasının, şeriklerin sorumluluğunun bağlılık kuralına göre belirlenmesinin⁹ ve gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliği gereği bir şahsi cezasızlık sebebi olmasının¹⁰ sonucudur.

Bu çalışmada, TCK m.41’de düzenlenen iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin koşulları incelenecektir. Bu amaçla öncelikle bir suç ortağının söz konusu hükümden yararlanabilmesi için gerekli şartlar ele alınacak, ardından iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin özel görünüm şekilleri ve düzenlemenin sonuçları üzerinde durulacaktır.

I. İŞTİRAK HÂLİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN KOŞULLARI

A. İştirak Hâlinde İşlenen Bir Suçun Bulunması

Tek faille işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesine iştirak denir¹¹. İştirak için, birden fazla kişinin suç işleme kararı kapsamında bir suçun icrasına katılması ve failin suç teşkil eden hukuka aykırı fiilin icrasına kast ile başlaması hem gerekli hem de yeterlidir (TCK m.40/1-3). İştirakin temel koşulu, suçun işlenişine birden fazla kişinin katılmasıdır. Bu koşulun gerçekleşmesi için ise birden fazla

8 Düzenlemenin hedefi maddenin gerekçesinde, “maddede iştirak hâlinde işlenen bir suçta suç ortaklarından birinin gönüllü vazgeçmesinin ceza sorumluluğu üzerindeki etkisi düzenlenmiştir” sözleriyle ifade edilmiştir.

9 Bağlılık kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKBULUT Berrin, “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1, Ankara 2010, s.176 vd; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami ve KARADENİZ, Serra, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s.953 vd.

10 Gönüllü vazgeçmenin şahsi cezasızlık nedeni olduğu genel olarak kabul görse de gönüllü vazgeçme hâlinde ceza verilmemesinin gerekçesine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler için bkz. SÖZÜER Adem, *Suçta Teşebbüs*, KAZANCI, İstanbul 1994, s.235; ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet ve YENİDÜNYA A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.611; MAURACH Reinhart, ZİPF Heinz ve GÖSSEL Karl Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, C.F. Müller, 2014, s.114; *Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, De GruyterVerlag, Berlin 2007, § 24 Kn.5.

11 BAUMANN Jürgen, MITSCH Wolfgang ve WEBER Ulrich, *StrafrechtAllgemeinerTeil*, Gieseking Verlag, 11.Auflage, 2003, s.655; KÜHL, Kristian, *StrafrechtAllgemeinerTeil*, VahlenVerlag, MÜNCHEN 2008, s.734; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.618; CENTEL Nur, ZAFER Hamide ve Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s.472; DÖNMEZER/ERMAN, Cilt II, s.446; ÖNDER Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.414; İÇEL, KAYIHAN Sokullu – AKINCI Füsün, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fatih S. ve ÜNVER Yener, *İçel Suç Teorisi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s.367; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.346.



kişinin, iştirak iradeleri (manevi koşul) doğrultusunda suçun icrasına nedensel katkı yapması (maddi koşul) gerekir. Diğer bir deyişle suçta iştirakten bahsedilebilmesi için, birden fazla kişi, suçta katılma iradesi, yani iştirak kastıyla suçun icrası açısından nedensel değer taşıyan hareketler icra etmelidir¹².

1. Suçun İşlenişine Birden Fazla Kişinin Katılması

Tek başına suç işleyen kişinin gönüllü vazgeçmesi TCK m.36'ya tâbidir¹³. Bu nedenle TCK m.41'in uygulama alanı bulabilmesi için, söz konusu suçun en az iki kişi tarafından birlikte işlenmesi ve suçta iştirak eden kişilerden birinin suçun icrasından gönüllü olarak vazgeçmesi gerekir¹⁴.

5237 sayılı TCK'da dar faillik anlayışı benimsenerek suçta iştirak eden kişiler, failler ve şerikler olarak ikiye ayrılmıştır¹⁵. Bunlardan failler, fiil üzerinde kurdukları hâkimiyetin şekline göre, doğrudan, dolaylı veya müşterek fail olmak üzere üçe¹⁶, şerikler ise azmettiren ve yardım eden şerik olarak ikiye ayrılmıştır (TCK m.37, m.38 ve m.39)¹⁷. Ayrıca öğretide yardım eden şerikler de maddi ve manevi yardım eden şerik olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁸. Gönüllü vazgeçmeden

- 12 DÖNMEZER/ERMAN, s.465 vd.; ÖNDER, s.421; JESCHECK HansHeinrich ve WEIGEND, Thomas, *LehrbuchdesStrafrechts*, DUNCKER&HUMBLLOTVERLAG, 1996, s.685; ÖZGENÇ İzzet, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.497; AYDIN, s.110; EVİK, Vesile Sonay, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2011, s.165; WESSELS, Johannes ve BEULKE Werner, *StrafrechtAllgemeinerTeil*, C.F. Müller, 2010, s.215.
- 13 ÖZTÜRK Bahri ve ERDEM, M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.350.
- 14 Öğretide, iştirak hâlinde işlenen bir suçtan suç ortaklarının tamamının birlikte vazgeçmesi hâlinde TCK m.41 değil, m.36'nın uygulama alanı bulacağı belirtildiği gibi, bkz. ÖZGENÇ, s.558; tek başına failin veya suçun tamamlanmasını tek başına engelleme imkânına sahip suç ortaklarının vazgeçmesi açısından TCK m.36'nın, diğer hâllerde TCK m.41'in uygulama alanı bulacağı da ifade edilmektedir. ÖZTÜRK/ERDEM, s.356.
- 15 DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.481, 482; MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.376; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.658. TCK, suç ortaklarının fail ve şerik olarak ayrılmasında fiile hâkimiyet teorisini esas almıştır. Teori için bkz. ROXİN, s.9 vd.; KÜHL, s.743; ÖZTÜRK/ERDEM, s.383; DEMİRBAŞ, s.485; KOCA Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.424; Evik, s.112 vd.
- 16 ROXİN, s.5, 19 vd.; KÜHL, s.747 vd.
- 17 ÖZGENÇ, s.497; ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar ve TEPE İlker, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.553; JESCHECK/WEIGEND, s.684; ÖZEN Mustafa, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.575. Yazar müşterek failliğin de bir şeriklik türü olduğu kanaatindedir.
- 18 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.499; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.467; AKBULUT Berrin, *Ceza*



yararlanacak suç ortağının iştirak statüsü TCK m.41'in uygulanması açısından önem taşımamaktadır. Hem müstakil hem müşterek hem dolaylı faillerin hem azmettiren hem de maddi ve manevi yardım eden şeriklerin gönüllü vazgeçmesi, özel hüküm niteliğinde olan TCK m.41'e tâbidir¹⁹.

2. İştirak İradesinin Varlığı

İştirak hâlinde işlenen suçlarda, suçun icrasına katılma iradesi manevi (sübjektif), suçun işlenişine yapılan nedensel katkı ise maddi unsurdur²⁰. Manevi unsur olan iştirak iradesi, nedensel katkıda bulunan kişinin suçun işlenmesine yönelik iştirak iradesine sahip bulunmasını ve yaptığı katkıyı iştirak iradesi gereğince yapmasını ifade eder²¹. Bu nedenle iştirak iradesinden bahsedilebilmesi, kişinin nedensel katkısının söz konusu suçun işlenişini mümkün kılıcı veya kolaylaştırıcı etki doğuracağını bilmesine ve katkısını bu sonucu sağlamak isteğiyle yapmasına bağlıdır. Dolayısıyla bir kişinin iştirak iradesinden söz edilebilmesi için, hem nedensel katkısıyla suçun icrasına katıldığı şeklinde bilme hem de failin fiilinin işlenişine davranışı ile katılmak istemesi şeklinde bir isteme unsurunun varlığı gerekir²².

Gönüllü vazgeçmeden yararlanacak kişinin iştirak iradesinin var olması, TCK m.41'in uygulama alanı bulabilmesinin ön koşullarından biridir. Zira iradesi doğrultusunda hareket etmeyen bir kişi iştirak hükümlerine göre cezalandırılmayacağı için, hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulması da söz konusu olmaz. Diğer bir ifadeyle TCK m.41, suçun işlenişine nedensel katkı yapan, ancak bunu iştirak kastı ile yapmayan kişiler hakkında uygulama alanı bulmaz.

Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.648.

19 Aksı görüşü için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s.356.

20 ÖNDER, s.420, 421; DÖNMEZER/ERMAN, s.473; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.563.

21 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.537; ÖNDER, s.421; DÖNMEZER/ERMAN, s.478; ROXİN, s.172, 224.

22 ÖNDER, s.421; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.336. TCK'nın azmettirme ve yardım etmeyi düzenleyen 38. ve 39. maddelerinin aksine, ACK'nın azmettirme ve yardım etmeyi düzenleyen sırasıyla 26. ve 27. maddelerinde, şerikin kasıtlı suça iştirak kastıyla yani çifte kastla (doppelvorsatz) katılabileceği açıkça belirtilerek, iştirak iradesinin bilme ve isteme unsurlarından meydana geldiği açıkça vurgulanmıştır. Bu konuda bkz. ROXİN, s.172, 224; SATZGER Helmut, SCHLUCKEBIER Wilhelm ve WİDMAIER Gunter, **StGBKommentar zum Strafgesetzbuch**, Carl Heymanns Verlag, 2014, s.244, 252; KÜHL, s.834, 859.



3. Suç Ortağının Suçun İşlenişine Nedensel Katkıda Bulunması

İştirake ilişkin hükümler, eylemleri suçun kanuni tanımındaki unsurları ihlal etmeyen, ancak gerçekleştirdiği hukuka aykırı, haksız bir davranışla suçun oluşmasına maddi ve/veya manevi nedensel katkı sağlayan kimseleri cezalandırma imkânı sağlayan genişletici hükümlerdir²³. Bu nedenle bir kişinin suça iştirak ettiğinden bahsedilebilmesi için, suçun icrasına nedensel katkı yapması, yani suçun icrasına iştirak iradesiyle katılan kişinin, suçun icrası sürecinde, işlenmesini irade ettikleri suçun işlenişini mümkün kılacak veya kolaylaştıracak eylemlerde bulunması gerekir²⁴. Somut olayda kişinin suçun icrasına nedensel katkı yapıp yapmadığı, suça vücut veren fiil dikkate alınarak belirlenir. Buna göre söz konusu suç,suç ortağının somut olaydaki katkısı olmadan işlenemeyecektiye ya da en azından işlendiği şekilde işlenemeyecektiye kişinin katkısının suç açısından nedensel değer taşıdığı kabul edilir²⁵.

Bir kişi hakkında iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için, kişinin suçun icrasına yönelik maddi ya da manevi nedensel katkısının suçun icrasına başladığında devam etmesi gerekir²⁶. Bu gereklilik TCK m.41'in uygulanmasına ilişkin karşımıza birtakım varsayımlar çıkarmaktadır. Bu konuda birinci ihtimal, suç ortağının nedensel katkı amacıyla sağladığı vasıtanın somut olayda kullanılmadığı durumlarda ortaya çıkar. Bu gibi durumlarda suça nedensel katkı sağlamayan kişi,iştirak iradesi olsa bile iştiraktan sorumlu tutulamaz²⁷. Konut dokunulmazlığını ihlal suretiyle hırsızlık suçunu işleyen failin eve girmek için kendisine verilen anahtarı kullanmaması bu duruma örnek verilebilir. Bu durumda anahtarı veren kişi, iştirak iradesi olsa bile suçun işlenmesine nedensel katkıda bulunmadığı için cezalandırılmaz. Dolayısıyla kişinin suçun tamamlanmasına yönelik maddi ya da

23 ROXİN, s.6, 7; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.740; ÖNDER, s.421; ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s.460; AYDIN, s.51.

24 SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER, s.249-251; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.743; DÖNMEZER/ERMAN, s.474; HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.540.

25 ROXİN, s.192, 193; ÖNDER, s.421; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.563; EVİK, s.158 vd.

26 KÜHL, s.857 ,856; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.745; SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER, s.251-249.

27 DÖNMEZER/ERMAN, s.476. Aksi yönde ÖNDER, s.420. Yazar, bu gibi durumlarda şerikin maddi bir katkısı bulunmasa bile manevi bir katkısının bulunduğu gerekçesi ile iştirak kurallarının uygulanacağı kanaatindedir. Bu konudaki görüşlerin toplu incelemesi için bkz. EVİK, s.163.



manevi nedensel katkısının ve/veya suçun tamamlanmasına yönelik iştirak iradesinin bulunmadığı durumlarda TCK m.41 uygulama alanı bulmaz²⁸.

İkinci ihtimal olarak, suça iştirak iradesiyle nedensel katkı sağlayan kişi, suçun icra hareketleri başlamadan önce nedensel katkısını ortadan kaldırmış olabilir. Örneğin B'yi öldürmek isteyen A'ya silah veren C, henüz icra hareketlerine başlamadan önce silahı A'dan geri almış olabilir. Bir suç ortağının cezalandırılabilmesi için suçun teşebbüs aşamasına girmiş olması gerekir (TCK m.40/1,3). Oysaki bu örnekte, C, hazırlık hareketleri aşamasında yaptığı nedensel katkıyı yine hazırlık hareketleri aşamasında ortadan kaldırdığından, icra hareketlerine başladığında suçun işlenmesine yönelik iştirak iradesine sahip değildir. Bu durumda C, hazırlık hareketleri aşamasında suça iştirak iradesini sergilemiş ve nedensel bir katkı sağlamış olsa da kastını ve katkısını suç teşebbüs aşamasına gelmeden ortadan kaldırdığından, iştirakin koşulları gerçekleşmemiş olur. Bu nedenle gönüllü vazgeçme hükümlerine de başvurulamaz²⁹.

B. Suçun Teşebbüs Aşamasına Girmiş Olması

Bir suç ortağının iştiraktan sorumlu tutulabilmesi için, suçun en azından teşebbüs aşamasına girmesi gerekir (TCK m.40/3). Bu nedenle TCK m.41'in uygulama alanı bulabilmesi, suçun teşebbüs aşamasına girmesine, yani failin icra hareketlerine başlamış olmasına bağlıdır³⁰. Dolayısıyla suçun teşebbüs aşamasına girip girmediğinin tespiti, TCK m.41'in uygulanması açısından büyük öneme sahiptir.

Ceza hukuku öğretisinde hazırlık ve icra hareketlerinin ayrılmasına yönelik farklı teoriler ileri sürülmüştür³¹. TCK'da ise bu teorilerden maddi objektif teori esas alınarak hazırlık ve icra hareketlerinin ayrılmasında kullanılacak ölçüt, "*doğrudan doğruya icraya başlayıp da*" şeklinde ifade edilmiştir³². Buna göre bir suçun icra hareketleri, kanuni tipte belirtilen hareketler ile bu hareketlerle doğrudan doğruya bağlantılı olan, dar bir zaman ve mekân bağlantısı bulunan, bütünlük içerisindeki diğer

28 HEİNRİCH, s.518; MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.583; ÖZGENÇ, s.559.

29 ÖZGENÇ, s.559; HEİNRİCH, s.518; WESSELS/BEULKE, s.248.

30 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.583; ÖZGENÇ, s.559; HEİNRİCH, s.518; WESSELS/BEULKE, s.248.

31 Bu teoriler hakkında bilgi için bkz. SÖZÜER, s.194; SCHÖNKE Adolf ve SCHRÖDER Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar**, C.H.Beck Verlag, 2006, s.4330 vd.; MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.34 vd.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.594 vd.

32 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.599, 600; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.453, 456; ÖZGENÇ, s.465 vd.



hareketlerdir³³. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse; A, B'yi öldürmek için zehir satın alır, sonra bu zehri eve getirir ve yemeğe katar. Bu durumda zehrin satın alınması ve eve getirilmesi hazırlık hareketidir. İcra hareketleri ise zehir katılan yemeğin mağdura servis edilmesiyle başlar. Dolayısıyla bu örnekte, suç teşebbüs aşamasına ancak zehirli yemeğin servis edilmesinden sonra girmiş olur. Örneğimizi iştirak hâlinde işlenen bir suça uyarlayarak, A'ya zehri arkadaşı D'nin tedarik ettiğini ve daha sonra da pişmanlık duyduğunu varsayalım. Bu durumda TCK m.40/3³⁴ gereğince, D'nin cezalandırılabilmesi için A'nın eyleminin teşebbüs aşamasına girmesi, yani somut olayda A'nın zehir kattığı yemeği servis etmesi gerekir. Bu nedenle A zehirli yemeği servis etmedikçe D'nin fiili de cezalandırılabilir olmayacağından, gönüllü vazgeçme hükümleri de uygulama alanı bulmaz. Diğer bir söyleyişle TCK m.41 ancak maddede belirtilen diğer şartların da yerine getirilmesi kaydıyla, zehir yemeğe katıldıktan, yani icra hareketlerine başladıktan sonra uygulama alanı bulabilir³⁵.

Öğretilen, suç ortaklarının hazırlık hareketleri safhasında gösterdikleri gayretle de gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabileceği savunulmaktadır³⁶. Buna göre suç ortağı, icra hareketlerini henüz hazırlık hareketleri aşamasındayken gerçekleştirmekten vazgeçmiş ve suçun icrasını önlemeye yönelik gayret teşkil eden hareketleri gerçekleştirmiş olabilir. Örneğin A, C'yi öldürmesi için azmettirdiği B'yi, icra hareketlerine başlamasından önce suçu işlemekten vazgeçmeye ikna etmek için gayret göstermiş olabilir. Bu durumda A, B'nin icra hareketleri aşamasına geçmesi kaydıyla, gönüllü vazgeçme oluşturan davranışlarını hazırlık hareketleri aşamasında gerçekleştirmiş olsa bile gönüllü vazgeçmeden yararlanmalıdır. Buna karşılık B icra hareketlerine başlamamış ise ortada cezalandırılabilir bir fiil bulunmadığı için gönüllü vazgeçmede söz konusu olmaz³⁷. Ancak böylesi bir durumda, şerikler asıl fail icra hareketlerine başlamadan, yani suç teşebbüs aşamasına varmadan önce suça iştiraktan vazgeçerek nedensel katkısını ortadan kaldırmış ise TCK m.41'in uygulama alanı bulamayacağının kabulü daha doğru olur. Zira bu

33 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.431; HAKERİ, s.493, 494; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.600; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.400.

34 Adı geçen hükme göre, "Suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir."

35 ROXİN, s.577; MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.544; ÖZGENÇ, s.559; WESSELS/BEULKE, s.248.

36 TOZMAN Önder, "İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.82, Ankara 2009, s.8.

37 ROXİN, s.577.



durumda, fiilin icra hareketlerine başlandığında iştirak iradesi, yani suçun tamamlanmasına yönelik kastı bulunmayan suç ortağı iştirak hükümlerine göre cezalandırılmayacağından³⁸, TCK m.41 uygulama alanı bulmaz.

C. Suç Ortağının Suçun İşlenmesini Engellemek İçin “Gönüllü Gayret” Göstermesi

Suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesinin temel koşulu, suçun işlenişini engellemeye yönelik “gönüllü gayret” göstermesidir. Gönüllü gayret, “gönüllü” hareket etme ve “gayret” gösterme olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan gönüllülük, iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin sübjektif yönünü; gayret ise objektif yönünü oluşturmaktadır³⁹. Suç ortağının gönüllü olarak hareket etmesi, yani gayretin gönüllü olması, içerik olarak TCK m.36’da düzenlenen “vazgeçmenin gönüllülüğü” ile örtüşmektedir. Gönüllülüğün aksine gayret kavramına ise TCK m.36’da yer verilmemiştir. Bu nedenle konu incelenirken önce gönüllülük ardından da gayret kavramından ne anlaşılması gerektiği ayrı ayrı incelenecektir.

1. Vazgeçmenin Gönüllü Olması

Gönüllülük, sübjektif irade ile ilgili bir durum olup, kişinin suç işleme kararından vazgeçmesinin dışsal bir zorlama olmaksızın kendi özgür iradesine dayanmasını ifade eder⁴⁰. Buna göre bir suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi, suçun icrasından gönüllü olarak vazgeçmesine, yani icra hareketlerine son verilmesinin ya da suçun tamamlanmamasının ya da suçun işlenişini önlemek için gayret gösterilmesinin harici bir etkenin tesiri olmadan kendi özgür iradesinden kaynaklanmasına bağlıdır⁴¹. Suç ortağının karar verme serbestisine sahip olmadığı, hareketlerini kendi iradesinin dışında bir nedenden dolayı gerçekleştiremediği, icra hareketlerine devam “etmeme” değil, “edememesinin” söz konusu olduğu durumlarda ise

38 WESSELS/BEULKE, s.248; ÖZGENÇ, s.559; HEINRICH, s.518; İÇEL Kayhan ve EVİK Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap*, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s.259.

39 Gönüllü vazgeçmenin, vazgeçme iradesi ve vazgeçme davranışı olmak üzere iki unsur bulunmaktadır. MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.162 ,156; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.635 ,634.

40 DÖNMEZER/ERMAN, s. 449 ,448; EREM Faruk, DANIŞMAN Ahmet ve ARTUK Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, s.317; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.244; TRÖNDLE Herbert ve FİSCHER Thomas, *Beck’sche Kurz-Kommentare, StrafgesetzbuchundNebengesetze*, MÜNCHEN 2004, s.208.

41 TRÖNDLE/FİSCHER, s.208; KÜHL, s.555; WESSELS/BEULKE, s.248; DEMİRBAŞ, s.462. Bu sebeple pişmanlık, utanç hissi, ceza alma korkusu, cesaretini kaybetme, merhamet, vicdani sebepler gibi içsel duygu durumlar vazgeçmenin gönüllü sayılmasına engel değildir. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.249.



gönüllü vazgeçmeden değil, teşebbüsten bahsedilebilir⁴². Zira gönüllülük, zorunluluğun zıddıdır⁴³. Bu nedenle suç ortağının suçun icrasını imkân ve iktidarı dışında kalan zorlayıcı bir sebebin etkisiyle tamamlayamadığı ya da suçun icrasını engellemek için gayret gösterdiği durumlarda, kendi isteğiyle vazgeçmesi değil tamamlayamaması, yani teşebbüs söz konusu olur⁴⁴. Bundan dolayı somut bir olayda suçun teşebbüs aşamasında mı kaldığı yoksa gönüllü vazgeçmenin mi söz konusu olduğunun belirlenmesi gönüllülüğün tespitine bağlıdır.

Somut bir vakıada gönüllü hareket edilip edilmediğinin tespitinde, olayın özellikleri ve suç planı çerçevesinde failin son hareketini gerçekleştirdiği andaki durum esas alınır⁴⁵. Bu zaman noktasında vazgeçme davranışının gönüllü olarak gerçekleştirildiğinden bahsedilebilmesi için, öncelikle suç ortağının farklı hareket tarzları arasında seçim yapma imkânına sahip olup olmadığı dikkate alınır. Bunun için de zorlayıcı bir dışsal sebep bulunmaksızın serbestçe karar verebilecek ve kendi tasavvuruna göre suçun icrasına devam edebilecek durumda olması gerekir⁴⁶. Dolayısıyla gönüllü olarak hareket edildiğinin kabul edilebilmesi, suç yolu içerisinde bulunan aşama itibarıyla farklı hareket tarzları arasında seçim yapma imkânına sahip olunmasına bağlıdır. Burada seçim yapma imkânına sahip olunup olunmadığı değerlendirilirken dikkate alınacak bir husus, suçun icrasına devam etme imkân ve iktidarına sahip olunup olunmadığıdır⁴⁷. Buna göre kişi, suçu tamamlama imkân ve iktidarına sahip olmasına rağmen hareketlerine son vermiş ya da gayret göstermişse vazgeçmesi gönüllüdür, aksi takdirde gönüllü vazgeçmenin varlığından söz

42 KÜHL, s.555. Alman hukukunda failin gönüllü olarak hareket edip etmediğinin tespiti için Frank tarafından önerilen formül şu şekildedir: Eğer kişi istese yapabilecektiyseniz ancak yapmak istemiyorsa vazgeçme gönüllüdür. Eğer isteseydi de yapamayacaktıysa gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez. **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK StGB)**, Carl Heymanns, 2015, §24 Kn.19; Leipziger Kommentar, §24 Kn.223; WESSELS/BEULKE, s.248. Frank'ın formülünün eleştirisi için bkz. SÖZÜER, s.248.

43 “‘İhtiyar’ kavramı, ‘serbest irade anlamına almak gerekir. Bu nedenle vazgeçmenin yalnız iradi olması yetmez, serbest olması da lazımdır. Bir dereceye kadar ‘ihtiyar’ terimi ‘icbar’(zorlama)nın aksidir. Hariçten gelen maddî veya manevî bir baskı altında teşebbüsten vazgeçen kimsenin hareketi iradi sayılabilir de ihtiyara dayanan vazgeçme sayılamaz. Çünkü hariç bir tazyik karşısında bulunan suçlunun kararı mutlak veya görelî bir mecburiyet altında alınmış bir karardır.” EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s.317. Bu konuda ayrıca bkz. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.243.

44 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.466; WESSELS/BEULKE, s.249.

45 SK-StGB §24 Kn.20; SATZGER/SCHLUKEBİER/WİDMAIER, s.224; TRÖNDLE/FİSCHER, s.210.

46 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.466; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.248; TRÖNDLE/FİSCHER, s.209; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, s.506.

47 WESSELS/BEULKE, s.248; KÜHL, s.555; SÖZÜER, s.248; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.417.



edilemez⁴⁸. Zira suçu tamamlama imkân ve iktidarına sahip olmayan bir kişinin, suçun icrasına devam etme veya vazgeçme şeklinde farklı hareket tarzları arasında seçim yapma imkânına sahip olduğundan bahsedilemez. Bu nedenle de suç ortağının suçu tamamlama imkân ve iktidarına sahip olup olmadığı, dolayısıyla vazgeçmesinin gönüllülüğü tespit edilirken dikkate alınacak temel olgu, somut olayda eylemine devam etmesine engel olan ya da vazgeçme davranışını yapmaya zorlayan dışsal bir sebebin bulunup bulunmadığıdır⁴⁹. Böylesi bir sebebin varlığı, suçun tamamlanmamasının ya da vazgeçme davranışının yapılmasının suç ortağının elinde olmayan bir nedenden kaynaklandığını gösterir. Örneğin, elindeki bıçağı hasmına birkaç kez saplayan kimse, eylemine devam etmesine mâni olabilecek, mağdurun veya üçüncü kişinin müdahalesi gibi hiçbir harici engelin bulunmadığı bir durumda, kendi takdiri ile eylemine son vermiş ise vazgeçmesinin gönüllü olduğu kabul edilir. Buna karşılık hırsızlık suçunu işlemek için bir eve girmeye çalışan fail, sokakta devriye gezen polis arabasını gördüğü için yakalanma korkusuyla fiiline son vermiş ise icra hareketlerini tamamlamaması değil, tamamlayamaması söz konusudur. Zira suçun tamamlanmamasının kişinin iradesinden değil, yakalanma tehlikesi gibi dışsal bir zorlamadan kaynaklandığı böylesi bir durumda, gönüllü vazgeçmeden söz edilemez. Yine örneğin suç ortağı bir doktorun karşı karşıya olduğu tehdit veya cebir etkisi ile tıbbi müdahalede bulunarak suçun tamamlanmasını engellemek için gayret göstermesi durumunda da gönüllü olarak icra edilmiş bir gayretin varlığından bahsedilemez. Dolayısıyla suç ortağının tesadüfi olaylar veya üçüncü kişilerin yahut mağdurun davranışları hatta hava koşulları gibi kendisinden kaynaklanmayan, iradesi dışındaki sebeplerle hareketlerini tamamlayamadığı ya da suçun icrasını engellemek için gayret gösterdiği durumlarda gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez⁵⁰.

İcra hareketlerine devam edememenin, suçu tamamlayamamanın veya vazgeçme davranışının gönüllü olduğunun kabul edilebilmesi için, suç ortağının vazgeçmesinin iradi olması, yani bu davranışının harici bir sebepten değil, kendi iradesinden kaynaklanmış olması da gerekir⁵¹. Aksi takdirde, icra hareketlerinin veya suçun tamamlanamamasının kişinin kendi hareketlerinden kaynaklanmadığı böylesi bir durumda gönüllü vazgeçmeden söz edilemez. Örneğin A'nın, kalp krizi geçirmesini

48 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.466; ÖNDER, s.403; HAKERİ, s.516.

49 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.615; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.470; KÜHL, s.555.

50 SÖZÜER, s.247; İÇEL, Suç Teorisi, s.362; HAKERİ, s.517, 516.

51 Vazgeçmenin iradiliği konusunda bkz. SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2005, s.292; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.417.



sağlamak amacıyla neticeyi meydana getirmeye elverişli bulunan birtakım ilaçları B'nin içeceğine yüksek dozda kattığını, ancak tam B servis edilen bardağı almak üzereyken, bardağın meydana gelen depremin etkisi ile devrildiğini varsayalım. Bu durumda icra hareketlerinin son bulması failin iradesinden kaynaklanan gönüllü bir davranışa değil elinde olmayan sebeplere dayandığından, fail teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılır.

Vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının belirlenmesinde vazgeçen suç ortağının saiki ise önem taşımaz. Gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için vazgeçmesinin ahlaki bir sebebe dayanması ya da pişmanlık duyması gerekmez⁵².

2. Suçun İşlenmesini Engellemek İçin Gayret Gösterilmesi

a) Genel Olarak

Bir suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için sadece suçun işlenmemesini istemesi yeterli olmaz, katkısıyla işlenişini kolaylaştırdığı suçun işlenmesini engellemek için gayret olarak kabul edilebilecek bir çaba göstermesi de gerekir⁵³. Bu nedenle somut bir olayda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesinin ilk ve temel koşulu, suç ortağının gayret olarak kabul edilebilecek çaba sergilemiş, suçun işlenmesini engelleyebilecek davranışta bulunmuş olmasıdır. Gayret, bir şeyi yapmak için çalışmak, çaba göstermek, didinmek anlamına gelir⁵⁴. Bir suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanmasını sağlayacak gayret ise suç ortağı tarafından suçun işlenmesine engel olmak üzere gösterilen çabadır. Bu bakımdan TCK m.41'in uygulanması açısından gayret, suç ortağı tarafından, suçun işlenmesine yani icrasına veya tamamlanmasına engel olmak için, bu amaca elverişli, sonuç alıcı nitelikte eylemlerle gösterilen çaba şeklinde tanımlanabilir⁵⁵.

52 LEİPZİGERKOMMENTAR, §24 Rn.253; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.223; SHÖNKE/SCHRÖDER, s.468; SÖZÜER, s.246; SOYASLAN, s.295; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.418. Gönüllü vazgeçmede failin motivasyonunun önem taşımadığı, gönüllülüğün tespitinde çoğunlukla kabul gören Ampirik Psikolojik Yaklaşımın kabulüdür. Buna karşın gönüllülüğün hukuk öncesi psikolojik değil, normatif bir olgu olduğunu ve bu nedenle hukuki bir değerlendirmeye tespitini savunan Normatif Yaklaşımına göre, kişinin gönüllü olarak hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, gayri meşru zeminde bulunmaktan pişman olup hukuk zemine dönmek için suç ile arasına içsel mesafe koyma isteğiyle hareket etmiş olması gerekir. Bu konuda bilgi için bkz. ROXİN, s.590; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.637; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.505; TRÖNDLE/FİSCHER, s.208; LEİPZİGERKOMMENTAR, §24 Kn.221 vd.

53 Gayret kavramı konusunda bkz. ROXİN, s.562.

54 Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, s.906.

55 Alman hukukundaki açıklamalar için bkz. ROXİN, s.562 vd.; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.647, 648; LEİPZİGER KOMMENTAR, § 24 Kn. 288, 289 ve 358. Roxin'e göre, failin



Somut bir olayda suçun tamamlanmasının engellenmesi için suç ortağı tarafından gösterilmesi gereken gayretin kapsamına girebilecek hususlar, işlenen suçun niteliğine, suçun işleniş şekline ve suç ortağının katkısının türüne, yani iştirak statüsüne (müşterek fail, azmettiren veya yardım eden) göre değişiklik gösterir⁵⁶. Örneğin müstakil fail, suçun icra hareketlerinin tamamlanmadığı hâllerde gayret koşulunu icra hareketlerine son vererek yerine getirebilir⁵⁷. Buna karşın, suçun fiil unsuru üzerinde hâkimiyeti bulunmayan bir şerikin icra hareketlerine son vermek suretiyle gayret göstermesi mümkün değildir. Suçun icrasını engellemeye yönelik aktif davranışlarda bulunması gerekir⁵⁸. Somut bir olayda suç ortağı, nedensel katkısını ortadan kaldırmaya çalışarak da gayret gösterebilir. Zira kimi durumlarda böylesi bir çaba, suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için tek başına yeterli, suçun icrasını önlemeye elverişli bir gayret oluşturur. Örneğin, A'nın, B'yi öldürmesi için C'yi azmettirdiğini varsayalım. Bu durumda A'nın, icra hareketlerinin başlamasından sonra, B'yi öldürmemesi konusunda C'yi ikna ederek suçun işlenmesini engellemesi, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için tek başına yeterli olur⁵⁹. Dolayısıyla bir suç ortağının gayret olarak kabul edilebilecek davranışlarına ilişkin önceden tahdidi bir sayım yapılması mümkün değildir.

Bir suç ortağı tarafından sergilenen davranışın gayret olarak nitelendirilebilmesi için gerekli şartlardan birisi, söz konusu çabanın suçun işlenmesini engellemeye yönelmiş olmasıdır. Bir davranışın yöneldiği amaca matuf olduğunun kabul edilebilmesi ise hedeflediği amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasına bağlıdır. Zira nasıl ki bir suçun işlenebilmesi ancak fiilin elverişliliği hâlinde mümkünse başarılı olmasa da en azından başarılı olma potansiyeli olan bir vazgeçmeden bahsedilebilmesi de vazgeçme davranışının elverişli olması durumunda söz konusu olabilir. Dolayısıyla suç ortağı tarafından sergilenen çabanın gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmasına vücut verecek bir gayret olarak kabul edilebilmesi, suçun işlenmesini engellemeye elverişli olmasına bağlıdır.

vazgeçme davranışını gerçekleştirdiği andaki bakış açısına göre neticenin engellenmesi ihtimalini artıran her hareket gayret (bemühen) olarak kabul edilmelidir. ROXİN, s.564.

56 ÖZGENÇ, s.559; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.674.

57 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.464; TRÖNDLE/FİSCHER, s.211.

58 LEIPZIGERKOMMENTAR, §24 Kn.404; ROXİN, s.564; TRÖNDLE/FİSCHER, s.216; HAKERİ, s.544; EVİK, s.308.

59 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.472; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.584; İPEKÇİOĞLU, PERVİN AKSOY, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s.147.



Bu açıklamalar çerçevesin de somut olayda gösterilen çabanın TCK m.41'in uygulanmasına yol açacak bir gayret olarak kabul edilebilmesi için; a) suç ortağı tarafından bir çaba sergilenmesi, yani suçun işlenmesini engelleyebilecek bir davranışta bulunulması, b) bu çabanın, suç ortağının gönüllü vazgeçme yönündeki iradesini gösterir şekilde suçun icrasını veya tamamlanmasını engelleme amacıyla yapılması ve c) bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir.

Bu unsurlardan sübjektif unsur olarak nitelendirilebilecek vazgeçme iradesinin, yani vazgeçme davranışının suçun tamamlanmasının önlenmesi amacıyla yapıldığının ispatı, önemli ölçüde somut olayda suç ortağı tarafından gösterilen çabanın suçun icrasını engellemeye elverişli olmasına bağlıdır. Bu nedenle suç ortağı tarafından sergilenen çaba ancak, suçun icrasını engellemeye elverişli olması durumunda gayret olarak kabul edilebilir.

b. Gayretin Elverişli Olması

Kanun koyucu bir suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmasını, vazgeçmenin gönüllü ve iradi olduğunu gösterecek "gayret" in varlığına bağlamıştır. Böylece vazgeçmenin objektif unsurlardan hareketle tespit edilemediği böylesi bir durumda, suç ortağının suçun icrasını engelleyebilecek eylemlerde bulunarak, gönüllü çaba göstermek suretiyle vazgeçmeye yönelik sübjektif iradesini ortaya koymasını aramıştır⁶⁰. Suç ortağının sübjektif iradesini dış dünyaya yansıtacak, gayret olarak kabul edilebilecek çaba ise ancak suçun icrasına veya tamamlanmasına engel olabilecek, elverişli bir çabadır⁶¹. Zira suçun

60 LEİPZİGER KOMMENTAR, § 24 Kn.287; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.971. ROXİN, 1975 yılında Kanun'a eklenen hükmün konuluş amacının, teşebbüste sübjektif unsurlardan hareketle objektif olarak tamamlanmamış bir suçtan cezalandırılan failin suçtan vazgeçmeye yönelik sübjektif düşüncesinin cezalandırılmaması için yeterli olması gerektiği fikri olduğunu belirtmektedir. ROXİN, s.562. Bu yaklaşımın doğru anlaşılabilmesi için, TCK'nın aksine, ACK'nın 22. maddesinde bir kişinin teşebbüsten cezalandırılabilmesi için, kendi tasavvuruna göre fiilin icrasına doğrudan doğruya başlamasının yeterli sayıldığını, fiilin elverişli olmasının veya suçun failin elinde olmayan bir sebeple tamamlanamamasının aranmadığını, bu nedenle Alman hukukunda failin, elverişsiz teşebbüs ve işlenemez suç hâlinde de sübjektif unsurlardan hareketle teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmasının mümkün olduğunu belirtmek gerekir.

61 TCK 41.maddenin ikinci fıkrasında suç ortağının iştirak ettiği bir suça ilişkin olarak gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için gayret göstermesinin yeterli kabul edilmesi ve bu gayretin suçun icrasını önlemede başarılı olmasının aranmaması, bir çabanın gayret olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken vasıfların tespitini gerekli kılmaktadır. Alman hukukunda, ACK m.24/2 ve m.31/2'de kullanılan "freiwilliges und ernsthaftes Bemühen" "gönüllü ve ciddi çaba" ifadesinden hareketle söz konusu vasıflar, "gönüllü ve ciddi" olma şeklinde belirlenmiştir. Buna karşın ACK'dan farklı olarak TCK m.41'de sadece, "gayret" ifadesi kullanılmıştır. Ancak kuşkusuz bu, suç ortağının alelade herhangi



icrasını engelleme amacına yönelik olmayan soyut bir çaba gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmayı mümkün kılacak bir gayret oluşturmaz. Örneğin, gözcünün diğer suç ortaklarına haber vermeden suç mahallini terk etmesi, kasanın taşınmasına yardım etmesi gereken suç ortağının bu yardımı yerine getirmemesi, söz konusu suç ortaklarının vazgeçme iradesini gösteren, hatta nedensel katkısını ortadan kaldıran davranışlar olsa da suçun işlenmesini engellemeye elverişli davranışlar değildir. Bu sebeple suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanmasını sağlayacak bir gayret olarak da kabul edilemez⁶². Dolayısıyla elverişli olma, bir çabanın gayret olarak kabul edilebilmesinin en önemli koşuludur.

Elverişli gayret, suçun icrasını engellemeye muktedir gayrettir⁶³. Bu nedenle bir gayretin elverişli olduğunun kabul edilebilmesi için, suç ortağının somut olaydaki çabasının, suçun icrasını objektif olarak engellemeye muktedir olmasına bağlıdır. Burada gösterilen çabanın elverişli sayılabilmesi için, suçun icrasını engelleme ihtimalinin varlığı yeterli sayılamamalı, hem gösterildiği zaman hem de içerik bakımından suçun icrasını kesine yakın bir olasılıkla engelleyebilecek olması

bir davranışıyla söz konusu hükümden yararlanabileceği anlamına gelmemektedir. Nasıl ki elverişli olmayan hareketler teşebbüs aşamasında kalmaya mahkûm, işlenemez suç vücut veriyor ise suçun işlenmesini engellemeye elverişli olmayan bir çabada başarıya ulaşması mümkün olmayan elverişsiz bir gayrettir. Bu sebeple Türk hukukunda gayret kavramının değerlendirilmesinde, yeterince ölçülebilir olmayan subjektif nitelikteki "ciddi" yerine, hukuki anlama sahip bulunan içeriğinin belirlenmesinde davranışın maddi yapısının esas alınacak olması nedeniyle tespiti daha kolay olan "elverişli" kavramının esas alınması daha doğru olur. Objektif kriter kullanılması, ACK m.22'nin aksine TCK'da, işlenemez suç hâlinde subjektif suç işleme kararlılığının failin cezalandırılması için yeterli sayılmaması; ACK m.24/2'nin aksine TCK'da, suç ortağının, vazgeçme davranışının suçun tamamlanmasını engellemekte başarılı olamadığı durumlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanması için nedensel katkısını ortadan kaldırmasının aranmaması nedeniyle özellikle gereklidir. Burada çabanın elverişliliğinin değerlendirilmesi, doğal olarak fiilin elverişliliğinin değerlendirilmesi ile aynı esaslara tâbi olmalıdır. Nitekim aşağıda ilgili kısımda da değinileceği üzere Alman hukukunda da öğretilde azınlıkta kalan bir görüş ACK m.24'de geçen ciddi çaba tabirini elverişli çaba kavramına uygun biçimde yorumlamaktadır. Alman hukukunda ciddi çaba kavramının açıklanmasına ilişkin olarak bkz. ROXİN, s.565 vd., 585-587; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.288, 289, 358.

62 LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.404; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.345; ÖZTÜRK/ERDEM, s.356; AYDIN, s.237; Evik, s.302.

63 Elverişlilik konusunda bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.403.Yargıtay CGK'da 2.3.1987 tarih ve 549/92 sayılı kararında elverişliliği, "Elverişli aracın, kastedilen sonucu meydana getirme gücünde, etkinliğinde, kapasite ve yapısında olması gerekir" şeklinde açıklamıştır. Karar için bkz. ÖNDER, s.388.



aranmalıdır^{64,65}. Diğer bir ifadeyle ancak, suç ortağı tarafından icra edilen ve icra edildiği zaman ve içerik bakımından suçun tamamlanmasını engelleyebilecek değil, kesine yakın bir olasılıkla engelleyebilecek bir çaba elverişli gayret olarak kabul edilmelidir⁶⁶. Böylesi bir durumda, suç ortağı tarafından sergilenen çabanın icra edildiği zaman ve içerik olarak kesine yakın bir olasılıkla elverişli olup olmadığına ilişkin değerlendirme olay anındaki şartlar (ex ante) ve ortalama tarafsız bir kişinin hayat tecrübesi esas alınarak (objektif) yapılmalıdır⁶⁷. Dolayısıyla

- 64 Suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için nedensel katkısını kaldırmasının ve neticeyi engellemesinin koşul olarak aranmadığı bu durumda, gayretin neticeyi engellemeye elverişli olup olmadığına ilişkin nedensellik incelemesi normatif olarak yapılabileceğinden, gerçek olmayan ihmalî suçlarda olduğu gibi kesine yakın bir olasılıkla önleme ihtimalinin varlığının aranması doğru olur. Gerçek olmayan ihmalî suçlarda nedensellik bağı ve isnat edilebilirlik konusunda bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.377.
- 65 Sübjektif yaklaşımın egemen olduğu Alman hukukunda, vazgeçme davranışının failin kendi düşüncesine göre suçun tamamlanmasını engellemek için yeterince güvenli olması ve suçun tamamlanmasını engelleme olasılığının bulunması yeterli kabul edilmektedir. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.341. Ancak failin icra hareketlerini tamamladığı insan öldürmeye tam teşebbüs hâlinde, profesyonel sağlık yardımına başvurmak yerine yarayı elbise ile sarması gibi bir davranışın ciddi çaba teşkil etmeyeceği, vazgeçme davranışının suçun tamamlanmasını engellemeye elverişli olması gerektiği kabul edilmektedir. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.342. Ayrıca bkz. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.358.
- 66 Alman hukukunda çabanın ciddi olup olmadığına bu çalışmada önerilen şekilde objektif temelde varsayımsal bir nedensellik değerlendirmesiyle belirlenmesi az sayıda kişi tarafından savunulmaktadır. Bu konuda bkz. ROXİN, s.566, 567; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.433.
- 67 Değerlendirmenin ex ante olarak yapılacağı konusunda bkz. BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.647; ROXİN, s.566.

Alman hukukunda konuyu düzenleyen ACK m.24'de suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için gerekli çaba açıkça, "gönüllü ve ciddi çaba (freiwilliges und ernshaftes Bemühen)" olarak tanımlandığından, gerek öğreti gerekse de yargı kararlarında suç ortağının çabasının gönüllü ve ciddi olarak kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesinde, vazgeçen suç ortağının sübjektif değerlendirilmesinin esas alınacağı kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. ROXİN, s.565-567; SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.477; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.423, 424; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.647. Sübjektif görüşü kabul edenlerin çabanın ciddi sayılması konusunda ayrıldıkları temel nokta ise bazılarının vazgeçen suç ortağının kendi bakış açısından neticenin engellenmesi için yeterli olduğunu düşündüğü uygun davranışı gerçekleştirilmesini kâfi sayması, diğer bir kısmının ise alternatifler arasında neticeyi engelleme şansı en yüksek olan, en uygun hareketi icra etmesi gerektiğini kabul etmesidir. Ancak suç ortağının alternatif davranış tarzlarının neticeyi engellemeye uygunluğuna yönelik değerlendirme hatasının, açıkça tercih etmediği davranışın neticeyi engellemek konusunda daha güvenli olduğunun bilincinde olmadığı sürece, çabasının ciddi sayılmasına engel olmayacağı kabul edilmesi bu yaklaşım farklılığını pratikte büyük ölçüde önemsizleştirmektedir. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Rn.65; ROXİN, s.565; SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.477; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.647, 648. Alman hukuk uygulamasında da Federal Mahkeme, BGHSt, 31, 50 kararında, sergilenen vazgeçme davranışının ciddi kabul edilebilmesi için, objektif olarak veya suç ortağının bakış açısına göre yeterli engelleme olasılığına sahip bir davranış olmasının yeterli kabul etmiştir. BGHSt 33, 202 kararında ise suç ortağının sübjektif değerlendirmesine göre mümkün olan bütün gayreti göstermesini aramıştır. Bu konuda bkz. ROXİN, (§30 Rn.276) s.565. BGHSt 48147 kararında ise neticenin engellenmesi için birden fazla alternatifin söz konusu olduğu durumlarda



elverişliliğin zaman ve içerik bakımından elverişlilik olarak iki boyutu bulunmaktadır.

c. Gayret Teşkil Eden Çabanın Zaman Bakımından Elverişli Olması

Suç, karar, hazırlık, icra ve tamamlanma aşamalarından oluşan ve suç yolu olarak isimlendirilen bir süreç içerisinde işlenir⁶⁸. Bu süreç içerisinde ise kişinin sadece icra hareketlerinin başlamasından tamamlanmasına kadar olan aşamadaki davranışları cezalandırılabilir niteliktedir. Bu nedenle kural olarak gönüllü vazgeçme de bu aşamada olabilir⁶⁹. Ancak neticeli suçlarda, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin meydana gelmesini engellemek suretiyle de gönüllü vazgeçme mümkündür⁷⁰.

TCK m.41/2'de yer verilen, suçun "gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen" işlenmesi şartı, gönüllü vazgeçen suç ortağının gayret teşkil eden davranışı suçun tamamlanmasından önce gerçekleştirmesi gerektiğini göstermektedir. Zira sonuç itibari ile başarılı olamasa bile, ancak bu zaman diliminde gösterilen bir çaba suçun işlenmesini veya tamamlanmasını engelleyebilecek elverişli gayret olarak kabul edilebilir⁷¹. Dolayısıyla elverişli bir gayretin varlığından bahsedilebilmesi için, gayret teşkil eden çabanın suçun tamamlanmasından önce icra edilmiş olması gerekir.

TCK m.41'in uygulama alanı bulması için, gayret olarak kabul edilecek çabanın, hazırlık hareketlerinin bitip icra hareketlerinin başlamasından sonra sonuç doğurması gerekir. Dolayısıyla gayret teşkil eden çaba hazırlık hareketleri aşamasında da icra edilebilir. Burada önemli olan, çabanın suç yolu içerisinde hangi aşamada gösterildiği değil, hangi aşamada sonuç doğurduğudur⁷². Ancak hazırlık hareketleri aşamasında gösterilen bir çaba henüz hazırlık hareketleri aşamasında suçun icrasının başlanmasına engel olmuş ise bu aşamada ortada cezalandırılabilir bir fiil olmadığından, TCK

failin en güvenli veya elverişli yolu tercih etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Karar için bkz. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Rn.65. Alman hukukunda değerlendirmenin objektif olarak yapılması ise azınlık görüşü oluşturmaktadır. Objektif görüşü savunanların bir kısmı da kişinin çabasının ciddi olduğunun kabul edilmesi için çabanın somut olaydan bağımsız olarak objektif olarak neticeyi önleme ihtimalinin varlığını yeterli görmekte, çabanın suçun tamamlanmasını kesine yakın bir olasılıkla engelleme ihtimalini aramamaktadır. ROXİN, s.567; TRÖNDLE/FİSCHER, s.217.

68 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.15; ÖNDER, s.384.

69 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.544; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.371.

70 BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.613; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.216; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.416;

71 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.544; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.394.

72 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.544; ROXİN, s.564.



m.41 uygulama alanı bulmaz⁷³. Yine suç ortağı hazırlık hareketleri aşamasında sergilediği çaba ile nedensel katkısını ortadan kaldırmış ise suçun işlenişine katkı sağlamadığı ve suça yönelik iştirak iradesi bulunmadığından, gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulamaz⁷⁴. Bu nedenle suç ortağının sergilediği çabanın maddenin uygulanmasına yol açacak gayret olarak kabul edilebilmesi için, etkisini failin hazırlık hareketleri safhasından çıkıp icra hareketleri safhasına girmesinden sonra göstermesi ve suçun icrasını engelleyecek bir zamanda icra edilmesi gerekir⁷⁵.

Bu noktada sergilenen çabanın zaman bakımından elverişli bir çaba olup olmadığının değerlendirilmesinde, suçun sırf hareket suçu veya neticeli bir suç olup olmadığı, hareketlerin bölünerek icra edilip edilmediği gibi suçun maddi yapısına ve somut olaya ilişkin hususlar dikkate alınmalıdır. Sergilenen çabanın zaman bakımından elverişli olup olmadığı ise olay anında şartlar (ex ante) ve ortalama tarafsız bir kişinin hayat tecrübesi dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Bir suç ortağının icra hareketlerinin tamamlanmasından önce sergilediği çabanın zaman bakımından elverişli olup olmadığı, işlenen suçun maddi yapısından bağımsız olarak ele alınamaz. Zira TCK m.36'da hazırlık ve icra hareketlerinin ayrılmasında maddi objektif teorinin benimsenmiş olması nedeniyle, çoğu olayda icra hareketleri ile suçun tamamlanması arasında kısa bir zaman fasılası bulunmaktadır. Bu durum bir suç ortağının anılan safhada gösterdiği çabanın elverişli gayret olarak kabulünü oldukça zorlaştırmaktadır. Bu nedenle çoğu durumda, ancak suç mahâllinde bulunan bir suç ortağının göstereceği çaba suçun icra hareketlerinin tamamlanmasını önlemeye elverişli gayret oluşturabilecektir.

Suç ortağı tarafından sergilenen çabanın, suçun tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini engellemek için üçüncü kişilere bildirimde bulunmak şeklinde gerçekleşmesi de mümkündür⁷⁶. Böylesi bir çabanın zaman bakımından elverişli olarak kabul edilebilmesi, bildirim, üçüncü kişinin suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini engelleyebileceği bir zaman diliminde yapılmış olmasına bağlıdır. Örneğin, azmettiren A, fail F'nin, M'yi evinde öldüreceği şeklinde henüz hazırlık hareketleri safhasında yapacağı bir ihbar ile kolluk güçlerini harekete geçirerek

73 ROXİN, s.577; ÖZGENÇ, s.559; WESSELS/BEULKE, s.248; AKDAĞ, Hale, "Gönüllü Vazgeçme", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C 3, S.2, Ankara 2013, s.117.

74 DÖNMEZER/ERMAN, s.476 ,475; MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.586 ,544; SK-StGB, §24 Kn.36; WESSELS/BEULKE, s.248.

75 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.544; ROXİN, s.564.

76 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.219; ROXİN, s.559.



suçun icra hareketlerinin başlamasından sonra suçun icrasını engelleyebilir. Ancak böylesi bir ihbar, insan öldürme suçunda TCK m.36 gereğince sadece silahın çıkarılması ve nişan alma gibi eylemlerin icra hareketi olarak kabul edildiği göz önüne alındığında⁷⁷, icra hareketlerinin başlamasından sonra yapılması durumunda zaman bakımından suçun icrasını önlemeye elverişli gayret teşkil etmez. Böylesi bir durumda, ancak olay mahallinde bulunan suç ortağının fiili müdahalesi zaman bakımından elverişli olabilir.

Kendisine yönelik olarak suç işlenen mağdura yapılan bildirim zaman bakımından elverişli olduğunun kabul edilebilmesi, yapılan bildirim mağdura ulaşması ve mağdurun kendisine karşı işlenen suçun icrasını ve/veya tamamlanmasını engelleyecek önlemler alabilmesine imkân verecek zamanda yapılmasına bağlıdır. Bu açıklamalar çerçevesinde örneğin, fail veya failerin ateşli silahla öldürmek için mağdurun bulunduğu yere girmesinden sonra, adam öldürme suçuna iştirak eden gözcü G'nin, olay mahallini terk ederek nedensel katkısını ortadan kaldırması ve olaya müdahale ederek engellemek için yeterli zamana sahip olmayan kolluk güçlerine bildirmesi, suçun tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini engellemeye dönük elverişli gayret teşkil etmez. Buna karşın gözcü G'nin, suçun icrasını engellemeye yönelik fiziki çaba ortaya koyması ya da mağdurun kendisini koruma imkânına sahip olabileceği bir anda onu uyarması veya olaya müdahale edebilecek olay yerinden geçmekte olan kolluk güçlerine haber vermesi elverişli gayret olarak kabul edilmelidir.

Suç ortağının çaba olarak sağlık görevlilerine bildirimde bulunduğu durumlarda, yapılan bildirim zaman bakımından elverişli olarak kabul edilebilmesi için, bildirim yapıldığı zaman itibari ile sağlık görevlilerine, neticenin meydana gelmesini kesine yakın bir olasılıkla engelleyecek tıbbi müdahalede bulunma imkânı vermesi gerekir. Bu nedenle örneğin, olay yerinde aldığı yaralar neticesinde çok kısa sürede ölecek bir mağdur için sağlık yardımının harekete geçirilmesi zaman bakımından elverişli bir gayret teşkil etmez. Zira böylesi bir yardımın zaman bakımından elverişli kabul edilebilmesi için, mağdurun tıbbi yardımdan yararlanabilmesinin teorik bir ihtimalin ötesine geçerek pratikte de mümkün olması gerekir. Bunun için söz konusu bildirim, sağlık görevlilerinin olay yerine varmasına ve ölüm neticesinin meydana gelmesini engelleyecek şekilde tıbbi müdahalede bulunmasına imkân sağlayacak zamanda yapılmalıdır. Aksi takdirde suçun tamamlanmasını önlemeye elverişli gayretin varlığından söz edilemez⁷⁸.

77 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.601; HAKERİ, s.485, 486.

78 Sübjektif ölçütün esas alındığı ve işlenemez suçta teşebbüsün cezalandırıldığı Alman



Sırf hareket suçlarında mağdur veya üçüncü kişiye bildirimde bulunma şeklinde gösterilen çabaların çoğunda, bildirim yapıldığı sırada icra hareketlerine henüz başlanmamış ise suç ortaklarına, suç teşebbüs aşamasına girmediği, ortada cezalandırılabilir bir fiil bulunmadığı için ceza verilemeyecektir. Dolayısıyla bu durumda gönüllü vazgeçme hükümleri de uygulama alanı bulamayacaktır. İcra hareketlerine başlanmasından sonra yapılan bildirim ise çoğu durumda suçun icrasını veya tamamlanmasını engellemeyi mümkün kılacak elverişli bir gayret oluşturmayacağından, suç ortağının TCK m.41'den yararlanmasına imkân vermeyecektir. Dolayısıyla böylesi bir çabanın var olduğu durumlarda, ya TCK m.41'in uygulama alanı bulabilmesi söz konusu olamayacak ya da böylesi bir bildirim maddeden yararlanmayı mümkün kılacak, elverişli bir gayret olarak kabul edilemeyecektir. Böylesi bir bildirim neticeli suçlarda elverişli gayret teşkil etmesi ihtimali ise sırf hareket suçlarına göre daha yüksektir. Örneğin, bir aracın altına konulan zaman ayarlı bombanın etkisiz hâle getirilmesine imkân verecek bir zamanda kolluk güçlerine ihbar edilmesi, elverişli gayret olarak kabul edilir.

Suç ortağının gösterdiği çabanın suçun icrasını engellemek için bizzat müdahale etmek şeklinde ortaya çıktığı durumlarda, böylesi bir çabanın zaman bakımından elverişli olarak kabul edilebilmesi için, sırf hareket suçlarında suçun tamamlanmasından önce gösterilmiş olması gerekir. Buna karşın neticeli suçlarda, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra gösterilen çabalar da zaman bakımından elverişli olabilir. Diğer bir ifadeyle suç ortağının neticeli suçlarda, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra ancak neticenin meydana gelmesini engelleyebilecek bir zaman diliminde sergilediği çaba da elverişli gayret teşkil edebilir⁷⁹. Örneğin bir suç ortağının, failin öldürme kastıyla üç bıçak darbesi ile yaraladığı mağduru yakında bulunan hastaneye götürmesi, mağdura tıbben etkili bir müdahalede bulunulması mümkün ise zaman bakımından elverişli gayret olarak kabul edilmelidir⁸⁰.

hukukunda, öldürmek kastıyla bir kişinin kahvesine zehir katmaya çalışırken yanlışlıkla aspirin kattıktan sonra acil yardımı arayan failin, bilirkşi tarafından gerçekten zehir katılıyadı mağdurun kurtarılmayacağı tespit edilmiş ise vazgeçme davranışı olay anındaki şartlara göre (ex ante) ve objektif olarak uygun olmadığından, gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacağı belirtilmektedir. Bkz. ROXİN, s.566.

79 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.469; LACKNER, Karl ve KÜHL, Kristian, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, C.H.Beck Verlag, MÜNCHEN 1999, s.194.

80 BAUMANN/WEBER/MITSCH'e göre, mağduru öldürme kastıyla ancak objektif olarak sadece hafifçe yaralayan ancak bu yaralamayı tıbbi müdahalede bulunulmazsa yaşamsal tehlikeye yol açacak bir yaralama sanan failin, mağdurun derhal hastaneye götürmesi hâlinde kurtulma şansının daha fazla olduğunu düşünmesine rağmen mağdura kendisine doktor çağırması için telefonu vermesi, ciddi çaba olarak kabul edilemez. BAUMANN/



Sonuç olarak suç ortağının TCK m.41/2'den yararlanabilmesi, gayret teşkil edecek çabasını suçun tamamlanmasından önce göstermesine ve bu çabanın içeriğinin suçun tamamlanmasını engelleyebilecek nitelikte olmasına bağlıdır. İcra hareketlerinin tamamlanmasından sonra sadece neticenin meydana gelmesini engellemeye yönelik olarak gösterilecek herhangi bir çaba ise gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmak için yeterli olmaz. Zira bu aşamada suç ortaklarından birisi tarafından gösterilen çabanın neticenin meydana gelmesini kesine yakın olasılıkla engelleyebilecek bir çaba teşkil edeceğini söylemek zordur. Bu nedenle söz konusu aşamada gösterilecek her çaba, elverişli gayret olarak kabul edilemeyecektir.

aa. Gayret Teşkil Eden Çabanın İçerik Bakımından Elverişli Olması

Suç ortağı tarafından gösterilecek çabanın elverişli gayret olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu çabanın icra edildiği zaman kadar içerik (icra ediliş) bakımından da suçun icrasını engellemeye elverişli olması gerekir. Bu nedenle hangi davranışların elverişli çaba olarak kabul edilebileceği üzerinde durulması yararlı olacaktır.

Suç tiplerinin maddi yapısının farklı olması, her olayın kendine özgü koşullarının bulunması, failerin ve şeriklerin vazgeçme iradelerinin dış dünyaya farklı biçimde yansımaları⁸¹ gibi nedenlerden dolayı, bir davranışın maddi yapısı itibarıyla suçun işlenişini engellemeye elverişli olup olmadığının önceden tahdidi biçimde tespiti mümkün değildir. Bu nedenle gerçekleştirilen davranışın elverişli olup olmadığı somut vakıada olayın özellikleri çerçevesinde belirlenebilir⁸². Ancak gösterilen çabanın içerik bakımından elverişliliğine ilişkin önceden bir takım tespitlerin yapılması mümkündür.

aaa. Gayret Teşkil Edecek Davranışın İcrai ya da İhmali Hareketlerle Gerçekleştirilip Gerçekleştirilemeyeceği

Gayret teşkil edecek çabanın içerik bakımından elverişliliğine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken ilk husus, gösterilen çabanın elverişli olduğunun kabul edilebilmesi için, mutlaka aktif davranışlarla gerçekleştirilmesinin gerekip gerekmediği, suç ortağının hareketsiz kalmasının suçun icrasını engelleyebilecek elverişli bir gayret olarak kabul edilip edilmeyeceğidir.

WEBER/MİTSCH, s.648.

81 İPEKÇİOĞLU, s.146.

82 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.219.



Suç ortağının aktif davranışına dayanan icrai hareketlerinin, diğer koşulların da varlığı durumunda, elverişli çaba teşkil edebileceği kuşkusuzdur⁸³. Ancak bir suç ortağının, suça yönelik nedensel katkısının içeriğine bağlı olarak, suçun icrasını hareketsiz kalarak, ihmali bir davranışla engellemesi de mümkün olabilir⁸⁴. Hırsızlık suçuna katılan gece bekçisinin, suç planında kendi nedensel katkısını oluşturan kapıyı açma ya da alarm sistemini devre dışı bırakma eylemlerini gerçekleştirmemek suretiyle suçun işlenişini önlemesi, bu duruma örnek verilebilir. Bu durumda gönüllü vazgeçen suç ortağı olan bekçi, hareketsiz kalarak nedensel katkısını gerçekleştirmemek suretiyle suçun tamamlanmasını engellemektedir. Dolayısıyla somut olayın özelliklerine göre bir suç ortağının icrai davranışı yanında hareketsiz kalması da elverişli gayret oluşturabilir. Ancak somut bir olayda ihmali bir davranışın elverişli gayret teşkil edebilmesi icrai davranışa göre farklılık gösterir.

Öncelikle bir suçun işlenişinin ihmali davranışla engellenebilmesi, icrai davranışın aksine ancak kimi durumlarda ve her suç ortağı bakımından değil, ancak kimi suç ortakları bakımından mümkündür. Zira suç ortağının hareketsiz kalması, sadece hareketsiz kalmak suretiyle nedensel katkısını yerine getirmeyerek suçun tamamlanmasını engelleyebileceği durumlarda elverişli gayret teşkil edebilir⁸⁵. Bu ise ancak, suç ortağının nedensel katkısının suçun icrası açısından olmazsa olmaz nitelikte olduğu, yani suç ortağının fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurduğu durumlarda mümkündür⁸⁶. Ayrıca somut olayda suç ortağı tarafından sağlanacak olan katkının ihmali değil, icrai davranışla yerine getirilecek bir katkı olması da gerekir. Zira hareketsiz kalmak suretiyle gerçekleştirilecek bir katkının ihmali davranış ile yerine getirilmediğini ve bu hareketsiz kalmanın suçun icrasını engellemeye elverişli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle suç ortağının hareketsiz kalarak nedensel katkı sağladığı suçlarda ihmali davranış elverişli gayret oluşturmaz⁸⁷. Örneğin, öldürülmek istenen kişinin yakın koruması olan suç ortağının, suçun işlenişine, saldırıyı engellemek, yani hareketsiz kalarak nedensel katkı sağlaması mümkündür. Bu durumda söz konusu suç ortağının hareketsiz kalması doğal olarak suçun icrasını engelleyebilecek bir gayret oluşturmaz. Bu nedenle elverişli gayret gösterdiğinin kabul edilebilmesi, suçun icrasını engelleyebilecek aktif bir davranışta bulunmasına bağlıdır.

83 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.219; LACKNER/KÜHL, s.194.

84 ROXİN, s.562; KÜHL, s.874; HEINRICH, s.520; BAUMANN/WEBER/MITSCH, s.651.

85 ROXİN, s.562; KÜHL, s.874; HEINRICH, s.520.

86 KÜHL, s.874; HEINRICH, s.520; TOZMAN, s.20.

87 KÜHL, s.874; TOZMAN, s.20.



Bu açıklamalar doğrultusunda somut olayda farklı iştirak statülerine sahip suç ortaklarının hareketsiz kalmasının elverişli gayret teşkil edip etmeyeceği üzerinde durulması yararlı olur.

Müstakil fail, suçun icra hareketlerini tek başına gerçekleştirir ve fiil üzerinde hâkimiyete sahiptir⁸⁸. Bu sebeple hareketlerini icra etmeden önceki süreçte suçun tamamlanmasına, hareketlerine devam etmeyerek engel olabilir⁸⁹. Buna karşın icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada hareketsiz kalarak neticenin meydana gelmesini engelleyemez. Dolayısıyla müstakil failin icra hareketleri safhasında hareketsiz kalması elverişli gayret olarak kabul edilebilecekken, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada elverişli gayret gösterdiğinden bahsedilebilmesi aktif nitelikte davranışlarla çaba göstermesine bağlıdır⁹⁰.

Müşterek failin kendi hareketlerine son vermesi, kural olarak gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için yeterli değildir. Ayrıca suçun işlenmesini engellemek için gayret sergilemesi de gerekir⁹¹. Ancak müşterek failin hareketsiz kalması, somut olayda suçun işlenişine yaptığı nedensel katkıya ve vazgeçmenin zamanına göre, kimi durumlarda elverişli gayret oluşturabilir⁹². Suçun icra hareketlerini birlikte gerçekleştiren müşterek faillerden birinin hareketsiz kalması, böylesi bir durum suçun işlenişini engellemeyeceğinden, elverişli gayret oluşturmaz. Örneğin, A, B ve C'nin, çapraz ateş ile öldürmek için D'ye pusu kurduğunu varsayalım. Bu durumda müşterek fail durumunda olan A, B ve C'nin hareketleri, suçu meydana getirmeye aynı derecede elverişli, denk hareketlerdir. Bu nedenle ateş etmeyerek suçun işlenişini engelleyemeyecek bu kişilerin hareketsiz kalması elverişli gayret olarak kabul edilemez⁹³.

Buna karşın iş bölümü içerisinde tipikliğe vücut veren hareketlerin bir kısmını icra eden veya olmazsa olmaz nitelikte katkı sağlayarak suç üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kuran müşterek fail, hareketsiz kalmak suretiyle nedensel katkısını yerine getirmeyerek suçun işlenmesine engel olabilir. İşte böylesi durumlarda müşterek failin hareketsiz kalması, suçun icrasını engelleyecek elverişli bir gayret olarak kabul edilebilir⁹⁴. Yukarıda

88 BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.669; HEİNRİCH, Cilt II, s.228; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.916.

89 LACKNER/KÜHL, s.192; ZAFER, s.456; HEİNRİCH, Cilt I, s.517.

90 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.469; LACKNER/KÜHL, s.194.

91 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.661; ÖZGENÇ, s.494; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.408.

92 ROXİN, s.564; TRÖNDLE/FİSCHER, s.216; KÜHL, s.874; ÖZTÜRK/ERDEM, s.358; TOZMAN, s.20.

93 ÖZTÜRK/ERDEM, s.358.

94 ROXİN, s.564; TRÖNDLE/FİSCHER, s.216.



zikrettiğimiz, gece bekçisinin alarm sistemini devre dışı bırakmayarak suçun işlenişine engel olması, müşterek failin hareketsiz kalmasının elverişli gayret olarak kabul edilebileceği hâle örnek verilebilir. Sonuç olarak, müşterek failin kendi hareketlerini yerine getirmemesi suçun icrasını tek başına önleyebilecek nitelikte değilse, hareketsiz kalması suçun icrasını engellemeye yönelik elverişli gayret olarak kabul edilemez⁹⁵. Gayret gösterdiğinin kabul edilebilmesi için, suçun icrasını engellemeye dönük aktif davranışlarda bulunması gerekir. Müşterek failin, suçun icra sürecindeki konumu ve katkısı her ne olursa olsun, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada ise ancak aktif davranışa dayalı çabası elverişli gayret teşkil eder⁹⁶.

Konuya ilişkin olarak, dolaylı failin hareketsiz kalmasının elverişli gayret teşkil edip etmeyeceği üzerinde de durmak gerekir. Suçun işlenmesinde başkasını araç olarak kullanan kişiye dolaylı fail denir⁹⁷. Bu durumda araç kişi, kastı bulunmadığı veya bir hukuka uygunluk sebebinden yararlandığı ya da kusurlu olmadığı için suçtan sorumlu tutulmayarak cezalandırılmaz. İşlenen suçun faili olarak, araç kişinin iradesine hâkim olan kişi, dolaylı fail sıfatıyla cezalandırılır⁹⁸. Dolaylı failin, suçu oluşturan hareketler değil, araç failin iradesi üzerinde hâkimiyeti bulunmaktadır. Bu nedenle fiili kendisi icra etmeyen dolaylı failin hareketsiz kalması elverişli gayret teşkil etmez⁹⁹. Bunun dışında dolaylı failin gönüllü vazgeçme iradesinin varlığının kabul edilebilmesi için, mümkün olan hâllerde, araç fail üzerindeki irade hâkimiyetini sonlandırmış olması da gerekir. Bu da aktif çaba gösterilmesi ile mümkün olabilir. Dolayısıyla dolaylı failin elverişli gayret gösterdiğinin kabul edilebilmesi, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini engellemeye yönelik aktif çaba göstermesine bağlıdır¹⁰⁰.

Dolaylı fail hakkında yapılan açıklamalar azmettiren suç ortağı için de geçerlidir. Azmettiren, suç teşkil eden fiil ve -dolaylı failin aksine- fail üzerinde doğrudan etkiye sahip olmayan, suça katkısı psişik boyutta olan

95 ROXİN, s.564; TRÖNDLE/FİSCHER, s.216.

96 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.469; LACKNER/KÜHL, s.194.

97 Dolaylı faillik ve ortaya çıkış şekilleri hakkında bkz. ROXİN, s.22 vd.; KÜHL, s.749 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.435vd.; MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.440 vd.; AKBULUT, Genel Hükümler, s.604 vd.

98 KÜHL, s.749; ÖNDER, s. 431; İÇEL/EVİK, s.274.

99 SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER, s.221; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.475; AYDIN, s.240.

100 SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER, s.221; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.475; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.971; AYDIN, s.240.



bir suç ortağıdır¹⁰¹. Bu nedenle azmettirenin hareketsiz kalması, suçun icrasını engellemeye yönelik elverişli gayret teşkil etmez. Azmettirenin TCK m.41'den yararlanabilmesi, suçun işlenmesini engellemeye yönelik aktif çaba göstermesine bağlıdır¹⁰².

Bir diğer iştirak statüsü ise yardım etmedir. Maddi yardım eden şerik, yaptığı katkı ile suçun icrasını mümkün kılmaya da kolaylaştırmaktadır. Ancak yaptığı katkı fiil üzerinde hâkimiyet kurmasını sağlayacak, suçun icrasını engellemesini mümkün kılacak bir katkı değildir¹⁰³. Bu nedenle suçun icrasına, nedensel katkısını yerine getirmeyerek ve/veya hareketsiz kalarak engel olması mümkün değildir¹⁰⁴. Manevi yardım eden şerikliğe vücut veren hâller ise fiilin icrasına maddi katkı sağlamayan, suçun icra edilebilirliği üzerinde doğrudan etkisi olmayan davranışlar olduğundan, manevi yardım eden şeriklerin suçun icrası sürecinde hareketsiz kalması elverişli gayret oluşturmaz¹⁰⁵. Sonuç olarak yardım eden şeriklerin elverişli gayret gösterdiğinden bahsedilebilmesi, suçun icrasını önlemeye yönelmiş ve önlemeye elverişli aktif bir çaba içerisinde olmalarına bağlıdır.

Bu konuda son olarak, hareketsiz kalma şeklindeki bir davranışın elverişliliği değerlendirilirken dikkat edilecek hususlar üzerinde de durmak gerekir. Hareketsiz kalma şeklinde bir davranışın elverişli gayret olarak kabul edilebilmesi için, vazgeçmeye yönelik ihmali hareketin yapıldığı anda suçun teşebbüs aşamasına girmiş olması gerekir. Zira hazırlık hareketleri safhasında hareketsiz kalmak suretiyle nedensel katkısını yerine getirmeyen suç ortağı, işlenişine nedensel katkı sağlamadığı suçtan dolayı zaten cezalandırılmaz¹⁰⁶. İkinci olarak iştirak hâlinde işlenen suçlarda suç ortağının vazgeçmeye yönelik subjektif iradesi, dış dünyaya yansıyan gayreti dikkate alınarak tespit edilir. Suç ortağının, hareketsiz kalmak suretiyle suçun icrasını engellemeye yönelik çaba gösterdiği durumlarda suçun icrasını engellemeye yönelik dış dünyaya yansıyan aktif bir çabası bulunmadığından, vazgeçme iradesinin tespiti önemli bir problem oluşturur. Bu nedenle böylesi bir durumda

101 JESCHECK/WEİGEND, s.686; TRÖNDLE/FİSCHER, s.235; AKBULUT, Genel Hükümler, s.641; ÖZKAN, Halid, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.5 vd.

102 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.676; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.472; ÖZEN, s.595; Akdağ, s.121.

103 ROXİN, s.192, 198; TRÖNDLE/FİSCHER, s.240; LACKNER/KÜHL, s.221,223; Mahmutoğlu/Karadeniz, s.916.

104 HAKERİ, s.544; EVİK, s.308; AKDAÇ, s.120.

105 LACKNER/KÜHL, s.223, 224.

106 ÖNDER, s.406; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.249-251; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.745; KÜHL, s.856, 857.



suç ortağının hareketsiz kalmasına yol açan, hareket etmesini engelleyen başkaca bir sebebin bulunup bulunmadığının titizlikle araştırılması gerekir.

bbb. Suç Ortağının Nedensel Katkısını Ortadan Kaldırmasının Gerekip Gerekmediği

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus, vazgeçen suç ortağının TCK m.41'den yararlanmasını sağlayacak elverişli gayret gösterdiğinin kabul edilebilmesi için mutlaka nedensel katkısını ortadan kaldırmasının gerekip gerekmediğidir. Bu konuda bir görüş, suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için nedensel katkısını gidermesinin gerekli olduğu kanaatindedir¹⁰⁷. Buna karşın katıldığımız görüşe göre, bir suç ortağının elverişli gayret gösterdiğinin kabul edilebilmesi için nedensel katkısını ortadan kaldırması gerekli değildir. Suçun tamamlanmasını engellemeye elverişli gayret göstererek hareketlerinin nedensel değerini ortadan kaldırması yeterlidir¹⁰⁸.

Bir olayda nedensel katkısını ortadan kaldırması tek başına suçun işlenmesini engellemeye yeterliyse suç ortağının katkısını gidermesi, gayret gösterdiğinin kabulü için yeterlidir¹⁰⁹. Ancak suç ortağının o suça ilişkin nedensel katkısını ortadan kaldırması her durumda beklenemeyeceği gibi, nedensel katkının ortadan kaldırılması da her zaman suçun tamamlanmasını önleyebilecek bir gayret teşkil de etmeyebilir¹¹⁰. Yine suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada suça yönelik nedensel katkının ortadan kaldırılması mümkün de olmaz.

Öncelikle TCK m.36'da icra hareketlerinin başlangıcının tespitinde "doğrudan doğruya icraya başlama" kriteri benimsenerek teşebbüsün

107 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.346; AYDIN, s.238. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, söz konusu hükmü, "Hiç kimse iradesi tahtında bilerek ve isteyerek suçun işlenmesine yaptığı bir katkıyı, isterse bütün gayretini gösterebilir, suçun işlenmesinde davranışının nedensel etkisi kaldığı sürece, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz" şeklinde yorumlamaktadır. Buna göre örneğin, yardım eden sıfatını taşıyan A, müşterek failer B ve C'ye, mağdur D'nin evine girmeleri için gereken araç ve gereçleri sağlar ve failer bu araç ve gereçleri kullanarak eve girerse, artık A ne gayret gösterirse gösterebilir, nedensel katkıyı giderme olanağı bulunmadığı için gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.346.

108 SOYASLAN, s.491, 492; ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, s.584; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.475; EVİK, s.301. Konuya ilişkin müstakil bir hükme yer verilmeyen eTCK döneminde de suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için nedensel katkısını ortadan kaldırmasının şart olmadığı, katkısının nedensel değerini ortadan kaldırarak şekilde gayret göstererek suçun icrasını engellemesi durumunda gönüllü vazgeçmeden yararlanacağı belirtilmektedir. ÖNDER, s.406.

109 LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.397.

110 HEINRICH, Cilt I, s.522, 523; TOZMAN, s.18.



alanının oldukça daraltıldığı düşünülecek olursa nedensel katkısını ortadan kaldırması somut olayda suç ortağından beklenemeyebilir. Örneğin, azmettiren, icra hareketlerinin başlaması ile icra hareketlerinin sona ermesi arasındaki genellikle kısa zaman fasılası içerisinde faili suç işlemekten vazgeçiremeye de kendi fiziksel müdahalesiyle veya üçüncü bir kişinin yardımıyla suçun işlenmesini engelleyebilir¹¹¹. Yine suçun icrası üzerinde hâkimiyet kurmamış olan maddi veya manevi yardım eden şerik, hazırlık hareketleri aşamasında yaptığı nedensel katkıyı suçun icra hareketlerinin başlamasından sonra ortadan kaldırma imkânı bulamayabilir ya da katkısını ortadan kaldırması suçun icrasını engellemeye elverişli olmayabilir¹¹². Bunun yanı sıra suç ortağının, nedensel katkısını ortadan kaldırmak yerine, suçun işlenmesini engellemekte daha etkin olacağını düşündüğü başkaca davranışların icrasını tercih etmesi de mümkündür. Zira suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için, suçun işlenmesini engellemek için ne yapılması gerekiyorsa onu yapması ya da en azından denemesi gerekir¹¹³. Örneğin, azmettiren suç ortağı, mağdura ateş etmek üzere olan faille fiziksel müdahalede bulunarak suçun icrasını engellerse nedensel katkısını ortadan kaldırmamış olsa da suçun tamamlanmasını engellemeye elverişli gayret göstermiş olur. Dolayısıyla gösterilmesi gereken gayretin her durumda nedensel katkının ortadan kaldırılması şeklinde gerçekleşmesi gerekmez¹¹⁴. Bu gibi durumlarda suç ortağının suçun işlenmesini engelleyecek şekilde çaba göstermiş olması, gönüllü vazgeçmeden yararlanması için gerekli ve yeterlidir¹¹⁵.

Konuya ilişkin olarak Kanun'da yapılan düzenlenmenin lafzına bakıldığında da yapılan düzenleme ile gönüllü vazgeçmenin kapsamının genişletilmek istendiği, bu kapsamda suç ortağının gayret göstermiş sayılması için suça yönelik nedensel katkısını ortadan kaldırması gerektiği yönünde bir ifadeye ne maddenin metninde de gerekçesinde yer verilmediği görülmektedir¹¹⁶. Aksine suç ortağının gönüllü vazgeçmeden

111 ROXİN, s.585; CENTEL/ZAFER, s.472; EVİK, s.301.

112 Örneğin, suçun hazırlık hareketleri aşamasında keşif ve bilgi toplama faaliyetlerini yerine getiren suç ortağının, icra hareketleri başladıktan, hatta bu bilgileri diğer suç ortakları ile paylaştıktan sonra nedensel katkısını geri çekebilmesi mümkün olmaz. Söz konusu suç ortağı ancak suça yönelik katkısının nedensel değerini ortadan kaldıracak şekilde gayret gösterebilir. HEINRICH, s.521, 523.

113 TOZMAN, s.24; EVİK, s.301.

114 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.474, 475.

115 LEIPZIGER KOMMENTAR, §24 Kn.398.

116 TCK m.41'in aksine ACK m.24/2'de, suçun tamamlandığı durumlarda, suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için suçun tamamlanmaması ile failin gösterdiği gayret arasında herhangi bir nedensellik bağının bulunmaması, suçun vazgeçenin önceki katkılarına bağlı olmaksızın (unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag) işlenmiş olması,



yararlanması için elverişli gayretinin varlığı yeterli sayılmıştır¹¹⁷. Bu nedenle gönüllü vazgeçen suç ortağının suça yönelik nedensel katkısını ortadan kaldırmış olması TCK m.41'den yararlanabilmesi için bir koşul değildir¹¹⁸.

Buna karşın nedensel katkının ortadan kaldırılma imkânı olmasına rağmen ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı, özellikle suç ortağının vazgeçme iradesinin varlığının belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir husustur. Zira vazgeçme iradesiyle hareket eden bir suç ortağı, mümkün olması durumunda öncelikle nedensel katkısını ortadan kaldırmaya çalışacaktır. Bu nedenle imkânı olmasına rağmen nedensel katkısını ortadan kaldırmak için gayret göstermeyen suç ortağının elinden gelen tüm gayreti gösterdiğini ve vazgeçme iradesi ile hareket ettiğini söylemek zorlaşacaktır. Sonuç olarak nedensel katkının ortadan kaldırılması veya kaldırılmak için çaba gösterilmesi, suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması açısından mutlak bir koşul olmasa da suç ortağının vazgeçmeye yönelik sübjektif iradesinin ve elinden gelen bütün gayreti gösterip göstermediğinin tespiti açısından önem arz ettiği söylenebilir.

ccc. Üçüncü Kişilere Yapılan Bildirimin Elverişli Gayret Teşkil Edip Etmeyeceği

Gösterilen çabanın elverişliliğine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir husus da suç ortağının, mağdura veya polis, itfaiye gibi kanun gereği toplumsal tehlikeleri engelleme ve tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü altında bulunan üçüncü kişilere yapacağı bildirimlerin elverişli gayret olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.

Suç ortağının, faile fiziksel müdahalede bulunarak veya kullanılacak araçları tahrip ya da yok ederek suçun işlenmesini engellemeye çalıştığı hâllerde, elverişli bir gayretin bulunduğu açıktır. Zira bu eylemlerin hepsi iradî bir vazgeçmeyi gösteren ve suçun işlenmesini kesine yakın bir olasılıkla önleyebilecek davranışlardır. Bunun yanı sıra Kanun'da gayretin içeriğine ilişkin herhangi bir sınırlamaya yer verilmediği, suç ortağının nedensel katkısını ortadan kaldırması bir şart olarak aranmadığı,

açıkça bir şart olarak aranmaktadır. Bu yüzden yaptığı katkı suçun tamamlanmasına kadar varlığını devam ettiren suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacağı kabul edilmektedir. ROXİN, s.561, 579; HEINRICH, s.521.

117 TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Savaş Kitabevi, Ankara 2016, s.344; ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, s.584.

118 ÖNDER, s.406; ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, s.584; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.475; EVİK, s.301; TOZMAN, s.18.



sadece suçun icrasını engellemeye elverişli bir gayretin varlığı yeterli sayıldığı için, mağdur veya üçüncü kişiye bildirimde bulunulmasının, elverişli olması kaydıyla, gayret olarak kabulünün önünde de bir engel bulunmamaktadır¹¹⁹. Bu kapsamda örneğin, adam öldürme ya da yaralama suçuna iştirak eden suç ortağının, daha sonra bir doktora veya acil yardıma haber vermesi, çaba olarak kabul edilmektedir¹²⁰. Ancak suçun işlenişinin engellenmesine yönelik böylesi bir bildirim varlığının, otomatik olarak elverişli gayret koşulunun sağlanması anlamına gelmediğini söylemek gerekir. Suç ortağının yaptığı bildirim TCK m.41'den yararlanma sonucunu doğuracak bir gayret olarak kabul edilebilmesi için, yapılan bildirim, suç ortağının vazgeçme iradesini gösterir nitelikte ve suçun işlenişini veya neticeli suçlarda tamamlanmasını engelleyebilecek içerikte olması gerekir¹²¹. Bunun için yapılan bildirim, ihbarın yapıldığı kişilerin suçun icrasını önlemesini mümkün kılacak, suçun zamanına, yerine, işleniş şekline ve suça karışan kişilere ilişkin somut bilgiler içermelidir¹²². Somut olayda suç ortağı bu bilgilerin tamamına sahip değil ise bildirim elverişliliği incelenirken, suç ortağının sahip olduğu bilgilerin hepsini paylaşp paylaşmadığı, söz konusu bilgilerin suçun icrasını engelleme imkânı verip vermediği dikkate alınır¹²³.

Mağdura veya üçüncü kişiye yapılan bildirim elverişliliği değerlendirilirken, yapılan bildirim zaman bakımından elverişli olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Bundan kasıt, bildirim suçun işlenmesine engel olunabilecek bir zamanda yapılmış olmasıdır. Bu nedenle örneğin, adam öldürme suçuna iştirak eden suç ortağının, aldığı darbenin etkisiyle olay mahallinde öleceği açıkça anlaşılan bir kişi için acil servise yapacağı bildirim, mağdura, neticenin meydana gelmesini engelleyecek etkin tıbbi müdahalede bulunulmasına imkân sağlamayacağı için elverişli gayret olarak kabul edilmez¹²⁴.

119 ROXİN, s.585; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.286; CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s.472; ÖZKAN, s.177.

120 LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.286; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.648; TOZMAN, s.25.

121 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.219; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.349.

122 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.219.

123 Alman hukukunda örneğin, öldürme kastıyla gerçekleştirilen bıçaklama ya da darbeye dayalı bir yaralama hâlinde, böylesi durumlar için gerekli tecrübeye ve hazırlığa sahip olan acil müdahale ekiplerine yaranın niteliği ve kullanılan alet konusunda ayrıntılı bilgi verilmesinin çabanın ciddi sayılmasına engel olmayacağı, ancak durumun kolaylıkla fark edilemeyeceği zehirlenme gibi durumlarda ayrıntılı bilgi vermenin gerekli olduğu belirtilmektedir. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.349.

124 Alman hukukunda da suç ortağının vazgeçme davranışı olarak, polis, acil yardım, itfaiye gibi birimlere bildirimde bulunmuş olması durumunda, yardımın yaralıya ulaşmasını



Bunun dışında yapılan bildirim elverişli kabul edilebilmesi için, bildirimde bulunulan kişinin suçun işlenmesini engellemeye muktedir olması da gerekir. Zira ancak, suçun icrasına engel olabilecek bir kişiye yapılan bildirim elverişli gayret olarak kabul edilebilir. Bu nedenle örneğin, fiziksel ya da zihinsel yetersizliği nedeniyle suçun icrasını engelleyemeyecek durumdaki bir mağdura ya da üçüncü kişiye yapılan bildirim elverişli gayret olarak kabul edilemez.

ddd. Gayret Teşkil Edebilecek Alternatif Davranışların Tamamının Gerçekleştirilmesinin Gerekip Gerekmediği

Gayret olarak kabul edilecek çabanın içerik bakımından elverişliliğine ilişkin üzerinde durulması gereken son husus, suç ortağının somut olayda suçun işlenmesini engellemek için farklı şekillerde hareket etme imkânına sahip olmasıdır. Somut bir olayda suçun icrasını engellemeye elverişli farklı davranışlar icra etme imkânına sahip bir suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için, bu eylemlerden herhangi birini gerçekleştirmesi yeterlidir. Bu davranışlardan hangisini gerçekleştirdiği önem taşımaz ve hepsini gerçekleştirmesi de gerekmez¹²⁵. Bunun sebebi TCK m.41'den yararlanabilmek için suçun işlenmesini önlemeye elverişli şekilde gayret gösterilmesinin yeterli olmasıdır¹²⁶. Gerçi burada TCK m.41/2-b'de yer verilen, suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş olması gerektiğine ilişkin ifade ilk bakışta tersine bir kanaatin oluşmasına yol açabilirse de söz konusu ifade suç ortağına, yapmaya muktedir olduğu imkân dâhilinde olan alternatif davranışlardan her birini gerçekleştirme yükümlüğü yüklememektedir¹²⁷. Bunun aksine söz konusu ifade ile kastedilen,

güvence altına almak için gerekli bilgileri vermesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre örneğin, suç yerinin adresinin zor bulunacak bir yerde olması durumunda söz konusu yerin bulunmasını sağlayacak ayrıntılı adres bilgisinin verilmesi gerekmektedir. Buna karşın zaten herkesçe bilinen bir kilisede çıkan yangında kilisenin adının bildirilmesi yeterlidir. Suç ortağının bildirimde bulunulan görevlinin müdahale yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini ya da mesleki yetkinliğini denetleme yükümlülüğü ise bulunmamaktadır. Yine suç ortağının kendisinin veya mağdurun ismini bildirmesinin, nemo tenatur ilkesinden bağımsız olarak, gerekli olmadığı kabul edilmektedir. LEIPZIGER KOMMENTAR, §24 Kn.343, 344.

125 LEIPZIGER KOMMENTAR, §24 Kn.288, 289; TOZMAN, s.24, 30. Alman hukukunda, alternatif davranışlardan birinin diğerine göre neticeyi önleme ihtimalinin açıkça daha fazla olduğu durumlarda, suç ortağının ciddi çaba gösterdiğinden bahsedilebilmesi için bu davranışı tercih etmesi gerektiği savunulmaktadır. BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.647.

126 ÖZGENÇ, s.560; ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, s.584; EVİK, s.301.

127 BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.647; ROXİN, s.566, 567; ÖZTÜRK/ERDEM, s.257; TOZMAN, s.24.



somut olayda suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için gerçekleştirdiği gayret teşkil eden davranışın başarıya ulaşması için elinden gelen her türlü gayreti göstermesi gerektirir¹²⁸. Ancak böylesi bir gayretin, gösterdiği elverişli gayretin suçun icrasını engellemekte yetersiz kaldığı durumlarda, imkân da bulunması durumunda, suç ortağının suçun tamamlanmasını engellemek için yapabileceği başkaca davranışları da kapsadığını göz önünde tutmak gerekir. Bu nedenle somut olayda fiziksel müdahalede bulunmasına rağmen mağdurun vurulmasına engel olamayan suç ortağının elinden gelen bütün gayreti gösterdiğinin kabul edilebilmesi için, söz konusu suç ortağının örneğin sağlık yardımını harekete geçirmek için bildirimde bulunması da gerekir¹²⁹.

II. İŞTİRAK HÂLİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

A. Genel Olarak

İştirak hâlinde işlenen suçlarda suç ortakları, işlenen suçtan, suçu bizzat işledikleri için değil, failin fiiline yönelik iştirak iradeleri ve nedensel katkıları nedeniyle cezalandırılır¹³⁰. Bu nedenle iştirak hâlinde işlenen suçların doğası gereğince, bir suç ortağının işlenen suçtan kendi nedensel katkısını ortadan kaldırarak ya da TCK m.36'da öngörüldüğü gibi sadece icra hareketlerine son vererek, yani suçun icrasını engellemek suretiyle vazgeçebilmesi her zaman mümkün olmaz. Bu durum iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasının farklı şartlara tâbi tutulmasına yol açmıştır.

İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin düzenlendiği TCK m.41'de, suç ortaklarının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabileceği üç farklı ihtimale yer verilmiştir¹³¹. İlk olarak TCK m.41/1'de, "iştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır" hükmüne yer verilerek, gönüllü vazgeçmenin, sonuçlarından sadece gönüllü vazgeçen suç ortağının yararlanabileceği bir şahsi cezasızlık sebebi olduğu belirtilmiştir¹³².

128 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.477; TOZMAN, s.24; EVİK, s.301.

129 LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.350; TOZMAN, s.30; EVİK, s.301, 306.

130 ÖNDER, s.421; ÖZGENÇ, s.497; DEMİRBAŞ, s.496, 497.

131 HEİNRİCH, s.518; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.971; AKBULUT, Genel Hükümler, s.584

132 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.549; TRÖNDLE/FİSCHER, s.217. Gönüllü vazgeçmenin hukuki mahiyetine ilişkin, objektif, sübjektif ve suç politikası olmak üzere başlıca üç



Dolayısıyla söz konusu hüküm, bir suç ortağının, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleyerek, yani vazgeçmenin olağan koşullarını gerçekleştirerek vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesini düzenlenmektedir¹³³. Bunun yanı sıra ikinci fıkrada yapılan düzenleme ile suçun işlenmesini engellemek için gayret gösteren suç ortağının, gösterdiği gayret suçun icrasını engelleyemese bile gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacağı kabul edilmiştir (TCK m.2/41). Buna göre suç ortağı, işlenişine iştirak ettiği suçun işlenmesini veya tamamlanmasını önlemek için gerekli gayreti göstermiş olması koşuluyla, a) suçun gönüllü vazgeçenin gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması ya da b) gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması durumunda da gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanarak ceza almayacaktır¹³⁴.

Kanun koyucunun TCK m.41’de yaptığı düzenlemeyi değerlendirdiğimizde, maddenin birinci fıkrasında yer verilen hükmün, gönüllü vazgeçmeye ilişkin TCK m.36’da ve bağlılık kuralına ilişkin TCK m.40/1’de¹³⁵ yapılan düzenlemelerin devamı niteliğinde olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle söz konusu hükme yer verilmemiş olsaydı da TCK m.40/1 ve TCK m.36’nın birlikte değerlendirilmesiyle de aynı sonuca varılacaktı. Dolayısıyla aslında maddenin birinci fıkrasıyla herhangi bir yenilik getirilmemektedir¹³⁶. Maddenin ikinci fıkrasında yapılan düzenleme ise bazı yenilikler içermektedir. Bu nedenle TCK m.41’in anlaşılması, kapsamının belirlenmesi açısından daha fazla önem arz eden kısmın ikinci fıkrası olduğunu söylemek yanlış olmaz¹³⁷. Bunun sebebi fıkrada yer verilen açık hüküm ile suçun icrasını önlemek için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının, suçun tamamlanmasını engelleyemese bile gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacağı kabul

teori ileri sürülmüştür. Ülkemiz öğretisinde gönüllü vazgeçmenin bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabulünde suç politikası teorileri esas alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.5 vd.; SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.453; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.612.

133 LACKNER/KÜHL, s.197; SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER, s.221, 222; TOZMAN, s.17.

134 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.675; TOROSLU, s.344; ÖZTÜRK/ERDEM, s.357; ZAFER, s.482.

135 TCK m.40 f.1 son cümle: “suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.”

136 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.971; AYDIN, s.238. Söz konusu fıkraya, ACK’nın aksine, TCK’da tek kişinin gönüllü vazgeçmesi ve iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin ayrı maddelerde düzenlenmesi nedeniyle yer verildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

137 AYDIN, s.238.



edilmiş olmasıdır¹³⁸. Böylece bir suç ortağının suçun tamamlanmasını engellemek için gönüllü olarak elinden gelen bütün gayreti göstermesi, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için gerekli ve yeterli sayılmıştır¹³⁹.

B. Suç Ortağının Suçun Tamamlanmasını veya Neticenin Gerçekleşmesini Önlemesi Nedeniyle Vazgeçmeden Yararlanması

TCK m.41/1'de yapılan düzenlemede gönüllü vazgeçmenin şartları ayrıca belirtilmemiş, sadece vazgeçmenin sonucu düzenlenerek, gönüllü vazgeçmenin TCK m.36'da düzenlenen olağan koşullarının bu madde açısından da geçerli olacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmeye ilişkin olarak TCK m.41/1'de yapılan düzenleme, koşulları açısından TCK m.36'nın iştirak hâlinde işlenen suçlar açısından tekrarı niteliğindedir¹⁴⁰. Dolayısıyla bir suç ortağının TCK m.41/1 hükmünden yararlanması için, icra hareketlerine başlanmış bir suçtan gönüllü olarak vazgeçmesi ve icra hareketlerinin ya da suçun tamamlanmasını engellemesi gerekli ve yeterlidir¹⁴¹. Böylesi bir sonucu fail, hareketlerine son vererek de gerçekleştirebilir. Fail dışında kalan suç ortaklarının ise fiilin icrasını veya suçun işlenişini engelleyecek elverişli gayret göstermesi gerekir.

TCK m.41/1'in uygulama alanı bulabilmesi, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasının veya neticenin meydana gelmesinin önlemesine bağlıdır. Diğer bir ifadeyle TCK m.41, suç ortağının gösterdiği çabanın neticenin engellenmesi açısından nedensel etkiye sahip olduğu ve başarılı sonuç verdiği durumlarda uygulama alanı bulur¹⁴². Bu durumda sonucu itibari ile başarılı olan çaba, zaman ve içerik itibari ile de elverişli kabul edileceğinden, söz konusu çabanın elverişli olup olmadığının ayrıca incelenmesi gerekmez. Bu nedenle suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için, gösterdiği çaba ile suçun tamamlanamaması arasındaki nedensellik bağının varlığının tespiti yeterlidir¹⁴³. TCK m.41/1,

138 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.661, 662; TOROSLU, s.344; EVİK, s.303; AYDIN, s.238.

139 TOROSLU, s.344; ZAFER, s.482; TOZMAN, s.23.

140 AYDIN, s.238.

141 HEİNRİCH, s.519; TOZMAN, s.17.

142 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.474; TRÖNDLE/FISCHER, s.212; SATZGER/SCHLUCKEBİER/WIDMAIER, s.221, 222; LACKNER/KÜHL, s.197; ÖZTÜRK/ERDEM, s.357.

143 LEİPZİGERKOMMENTAR, §24 Kn.289; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.639, 642; SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.474. Öztürk/Erdem'e göre suçun tamamlanmamasının birden fazla nedensel sebebinin bulunduğu durumlarda TCK m.41/1'in uygulama alanı bulması için, vazgeçme davranışının bu nedenlerden biri olması yeterlidir. ÖZTÜRK/ERDEM, s.357. Ayrıca bkz. TRÖNDLE/FISCHER, s.213.



suçun tesadüfi nedenlerle tamamlanmadığı ya da suç ortağı tarafından gösterilen gayretin suçun tamamlanmasını engelleyemediği durumlarda ise uygulama alanı bulamaz¹⁴⁴. Bu durumda suç ortağı, şartları oluşmuş ise TCK m.41/2 gereğince gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir.

C. Suç Ortağının Suçun Tamamlanmasını veya Sonucun Gerçekleşmesini Önleyememesine Rağmen Vazgeçmeden Yararlanması

Kanun koyucu TCK m.41/1'de iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi TCK m.36'daki vazgeçmeye dair ana kurala paralel olarak düzenlemenin yanı sıra TCK m.41/2'de yaptığı düzenleme ile suç ortağının, suçun;

a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayretin dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması,

b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması,

hâllerinde de gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmasını kabul etmiştir. Buna göre suçun tamamlanmaması hâli kendi gösterdiği gayret dışında bir sebepten kaynaklanan veya gösterdiği gayret suçun tamamlanmasını engelleyemeyen bir suç ortağı da gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir. Diğer bir ifadeyle gönüllü vazgeçmeden yararlanma gösterilen gayretin başarılı sonuç vermesine bağlı değildir. Suçun tamamlanmasını engellemeye elverişli gayret gösterilmesi yeterlidir¹⁴⁵.

1. Suçun Başkaca Bir Sebebin Etkisi ile İşlenememesine Rağmen Suç Ortağının Gösterdiği Gayret Nedeniyle Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanması

Suç ortağının TCK m.41/2-a'da yer verilen hâlden yararlanabilmesi için, failin icra hareketlerine başladığı suçun tamamlanamayarak teşebbüs aşamasında kalmış ve bu tamamlanamama hâlinin, gönüllü vazgeçen suç ortağının elverişli gayreti dışında bir sebepten kaynaklanmış olması gerekir. Dolayısıyla düzenlemenin uygulama alanı bulabilmesi için, a) gönüllü vazgeçmeden yararlanacak suç ortağı tarafından, suçun icrasını veya tamamlanmasını engellemeye elverişli bir gayret gösterilmelidir, b) failin suçun icra hareketlerine başlamasından sonra suç tamamlanmamalıdır, c) ancak suçun tamamlanamaması, suç ortağının gösterdiği gayret dışında bir sebebin sonucu olmalıdır¹⁴⁶.

144 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.474; TRÖNDLE/FISCHER, s.212; TOZMAN, s.17.

145 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.222; TOROSLU, s.344.

146 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.46; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.222; HEINRICH,



Bu koşullardan ilk ikisine ilişkin gerekli açıklamalar çalışmanın önceki kısımlarında yapılmıştır. Burada söz konusu açıklamalara atıf yapmakla yetinilip, sadece suçun gönüllü vazgeçmeden yararlanacak suç ortağının gösterdiği gayret dışında bir sebebin etkisi ile tamamlanmamış olması üzerinde durulacaktır.

TCK m.41/2-a'da yer verilen söz konusu koşula göre, suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için somut olayda suçun tamamlanamamış olması gerekir¹⁴⁷. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, suçun işlenmesinin icra hareketlerinin başlamasından önceki aşamada gösterilen gayret ile önlenmesi durumunda, ortada cezalandırılabilir bir fiil bulunmadığından gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulmaz. Bu nedenle TCK m.-2/41a'nın uygulama alanı bulabilmesi için, suçun, hareketlerinin icrasına başladıktan sonra tamamlanmamış olması gerekir¹⁴⁸. Suçun tamamlanmaması icra hareketlerinin bitirilememesi veya neticeli suçlarda neticenin meydana gelmemesi şeklinde iki farklı ihtimali ifade eder¹⁴⁹. Fıkranın uygulanması açısından bu iki ihtimal arasında fark gözetilmemiştir¹⁵⁰.

Suçun tamamlanmamasının suç ortağının gayreti dışında bir sebepten kaynaklanması, tamamlanamamanın suç ortağının gayreti dışında başkaca bir davranışın sonucu olmasını ifade eder¹⁵¹. Dolayısıyla bu durumda suç ortağı suçun tamamlanmasını engelleyemeye yönelik gönüllü bir gayret göstermekte, ancak suç, başkaca bir sebebin etkisi nedeniyle tamamlanamamakta, suç ortağının elverişli gayretinin ise suçun tamamlanamaması üzerinde nedensel etkisi bulunmamaktadır¹⁵². TCK m.41/2-a'da, somut olayda suçun tamamlanmasına engel olan başkaca sebebe ilişkin bir sınırlamaya gidilmediğinden, söz konusu sebebin niteliği fıkranın uygulanmasında önem taşımaz. Bu sebep üçüncü kişilerin müdahalesi, fail de dâhil olmak üzere başkaca bir suç ortağının vazgeçme davranışı veya mağdurun aldığı tedbirler gibi insan kaynaklı iradi ya da tabiat olayları gibi iradi olmayan, tesadüfi bir sebep olabilir¹⁵³.

Cilt I, s.521.

147 ÖZTÜRK/ERDEM, s.358; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.420; HEİNRİCH, s.519.

148 HEİNRİCH, s.518; ÖZGENÇ, s.559.

149 SOYASLAN, s.290; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.606; ÖZEN, s.509.

150 TRÖNDLE/FİSCHER, s.216. Ancak söz konusu iki durumda gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için sergilenmesi gereken gayretin mahiyetinin farklılık gösterdiği açıktır.

151 TRÖNDLE/FİSCHER, s.217; SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER, s.222; TOZMAN, s.22.

152 LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.440; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.646, 650.

153 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.548; TRÖNDLE/FİSCHER, s.215, 217; TOZMAN, s.23.



Örneğin, suç ortağının, evin içindeki soygunun yapılacağı kasanın alarm sistemini devre dışı bırakmayarak elverişli bir vazgeçme davranışı gösterdiğini, ancak failin, uyanık olan evin hizmetçisi tarafından etkisiz hâle getirildiğini varsayalım. Bu durumda vazgeçenin gösterdiği elverişli gayret ile suçun tamamlanmaması arasında herhangi bir nedensel ilişki bulunmamaktadır. Yine failin, o anda meydana gelen şiddetli depremin etkisi ile ya da seslere uyanan ev sahibine yakalanma korkusu ile evi terk etmesi de bu duruma örnek olarak verilebilir.

TCK m.41/2-a'nın, suçun, suç ortağının elverişli gayretiyle harici bir nedenin etkisinin birleşmesinin sonucu olarak tamamlanmadığı durumlarda ise uygulanmayacağını kabul etmek daha doğru olur. Suç ortağının, mağdura ateş etmek isteyen faile fiziksel müdahalede bulunarak ateş etmesini ilk etapta engellemesi, ancak müdahaleyi savuşturan failin tekrardan ateş etmek üzere iken mağdur tarafından meşru savunma hükümleri çerçevesinde öldürülmesi, bu duruma örnek verilebilir. Bu durumda gönüllü vazgeçen suç ortağı suçun tamamlanmasını engellemeye yönelik elverişli gayret göstermiş, ancak suçun tamamlanmaması mağdurun savunma hareketinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla suçun tamamlanmaması ile suç ortağının gösterdiği elverişli gayret arasında nedensel bir ilişki vardır. Fakat suçun tamamlanmaması tek başına bu nedensel gayretin sonucu değildir. Bu nedenle suçun tamamlanmamasının tek başına suç ortağının gösterdiği gayretin sonucu olarak meydana gelmediği bu gibi durumlarda da suç tamamlanmadığı, ancak bu tamamlanmama durumu ile suç ortağının gösterdiği gayret arasında nedensel ilişki bulunduğundan, suç ortağının TCK m.41/1'den yararlanması doğru olacaktır¹⁵⁴.

2. Suç Ortağının Suç Tamamlanmasına Rağmen Gösterdiği Gayret Nedeniyle Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanması

Kanun koyucunun TCK m. 42/2-b'de yer verdiği bu ihtimalde, suç ortağının gösterdiği gayret, elverişli olmasına karşın suçun tamamlanmasını engelleyememekte, suç söz konusu gayrete rağmen tamamlanmaktadır¹⁵⁵. Dolayısıyla bu bentte yapılan düzenlemenin daha

154 Suçun tamamlanmasının engellenmesinde birlikte nedenselliğinin yeterli olup olmadığı konusunda bkz. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.288, 28. ACK m.24/2'de suç ortağının suçun tamamlandığı durumlarda gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için, suçun tamamlanmaması ile failin gösterdiği gayret arasında herhangi bir nedensellik bağının bulunmaması, suçun vazgeçenin önceki katkılarına bağlı olmaksızın işlenmiş olması gerektiği, bir şart olarak açıkça aranmaktadır. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.438-441; SK-StGB, §24 Kn.40; ROXİN, s.561, 586; HEINRICH, s.521.

155 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.222; TRÖNDLE/FISCHER, s.217.



önce incelediğimiz iki durumdan temel farkı, bu ihtimalde suç ortağının suçun tamamlanmasına rağmen gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması ve ceza almamasıdır¹⁵⁶. Bu sebeple TCK m.42/2-b'nin uygulama alanı bulması için, a) suçun tamamlanması ve b) bu tamamlanmanın gönüllü vazgeçen suç ortağının gösterdiği bütün gayrete rağmen gerçekleşmesi gerekir¹⁵⁷. Bunlardan suçun tamamlanmış olması, somut olayda suç ortağı tarafından gösterilen gayretin, sırf hareket suçlarında icra hareketlerinin gerçekleştirilmesini, neticeli suçlarda ise neticenin meydana gelmesini engelleyemediğini ifade eder¹⁵⁸. Fıkranın uygulanması için varlığı gereken ikinci koşul olan, suçun, gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün gayretine rağmen işlenmiş olması ise somut olayda suç ortağının suçun işlenişini engellemek üzere hem elverişli çaba gösterdiği hem de bu çabasının başarıya ulaşması için elinden gelen gayreti sarf ettiği anlamına gelir¹⁵⁹. Örneğin, faile silah sağlayan suç ortağının ateş etmek üzere olan faile müdahale ederek silahı elinden alması, ancak failin orada bulunan bir bıçak ile mağduru öldürmesi durumunda, suç ortağı, suçun tamamlanmasını engellemek için elverişli gayret göstermesine rağmen, suçun tamamlanmasını engelleyememiştir. Bu durumda suçun tamamlanmasını engellemek için elinden gelen bütün gayreti gösterdiğinden, TCK m.41/2-b'den yararlanır ve ceza almaz¹⁶⁰.

Anlaşılabacağı üzere kanun koyucu TCK m.41/2-b'de yer verdiği düzenlemeyle, aynı m.41/2-a'da olduğu gibi, suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için elverişli gayret göstermesinin yeterli olduğunu kabul etmiştir¹⁶¹. Bu durum Kanun'un gerekçesinde, *“Keza, gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün gayretine rağmen, diğer suç ortakları suçu işlemiş olabilir. Bu durumda, suçun işlenmiş olmasına*

156 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.222; ROXİN, s.568.

157 ÖZTÜRK/ERDEM, s.360; TRÖNDLE/FISCHER, s.217.

158 ZAFER, s.452; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.493; KÜHL, s.487.

159 ÖZTÜRK/ERDEM, s.360; TOZMAN, s.23 vd.; EVİK, s.304 vd.; ÖZKAN, s.173 vd.

160 BAUMANN/WEBER/MITSCH, s.651; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.222; AKBULUT, s.585.

161 ACK m.24/2-2'ye göre, bu durumda suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması, suçun tamamlanmasını engellemek için gönüllü olarak ciddi çaba göstermesinin yanı sıra suçun, vazgeçen suç ortağının suça ilişkin katkısı olmaksızın tamamlanmış olmasına da bağlıdır. Bu nedenle hükmün uygulama alanı bulması için, ya suç ortağının yaptığı katkı suçun tamamlanması üzerinde etkili olmamalı ya da suç ortağı yaptığı katkıyı tamamen etkisiz hâle getirmiş olmalıdır. Yaptığı katkı suçun tamamlanması açısından nedensel değer taşıyan suç ortağı ise gönüllü olarak ciddi çaba sergilemiş olsa bile gönüllü vazgeçmeden yararlanamamaktadır. Dolayısıyla söz konusu hükmün, örneğin, azmettiren suç ortağı hakkında uygulama alanı bulamayacağı da belirtilmektedir. Bu konuda bkz. ROXİN, s.561, 586; SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.476; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.222; LEIPZIGERKOMMENTAR, §24 Kn.441; SK-StGB, §24 Kn.40.



rağmen, gönüllü vazgeçen ve suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının işlenen suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulmaması gerekir şeklinde belirtilmiştir. Düzenlemenin amacı gerekçede yer verilen, *“suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının işlenen suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulmaması gerekir”* ifadesinden hareketle, bu gibi durumlarda suçun, gönüllü vazgeçmeden yararlanma için gayret göstererek iştirak iradesine son veren suç ortağına isnat edilemeyecek olmasıyla açıklanabilir¹⁶². Yine suçun işlenmesini engellemek için elverişli gayret göstererek iştirak iradesini ortadan kaldıran suç ortağına ceza verilmemesi, eylemler pişmanlığının ödüllendirilmesi olarak da düşünülebilir¹⁶³.

TCK m.41/2-a, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanma için suçun tamamlanmasının engellenmesinde başarılı olma koşulunu aramaması nedeniyle, fail bakımından TCK m.36'ya göre daha lehe bir hükümdür¹⁶⁴. Zira bir failin TCK m.36 çerçevesinde gönüllü vazgeçmeden yararlanması, kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini önlemesine, yani başarılı olmasına bağlıdır. İştirak hâlinde işlenen suçlarda ise fail, TCK m.41/2 gereğince suçun kendi gayret dışında başkaca bir sebeple işlenmemiş ya da kendi gösterdiği gayrete rağmen işlenmiş olması hâlinde de gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmektedir. Ancak failin elinden gelen bütün gayreti göstermesine rağmen suçun işlenişine engel olamamasının, daha çok nedensellik sürecinin failin beklediğinin dışında geliştiği durumlarla sınırlı olarak, istisnai hâllerde ortaya çıkabilecek bir durum olduğu açıktır. Örneğin, failin öldürmek istediği kişinin evine bomba koyduktan sonra pişman olup durumu kolluk güçlerine ihbar etmesi, ancak hedef kişinin tatilden erken dönmesi nedeniyle kolluk güçlerinin olaya müdahale edememesi durumunda, fail, icrasını önlemeye elverişli gayret göstermesine rağmen, suçun tamamlanmasını engelleyememiştir. Bu tip istisnai hâller dışında failin elinden gelen gayreti göstermesine rağmen suçun işlenmesine engel olamaması pek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle TCK m.41/2-b hükmü uygulamada daha çok fail dışında kalan suç ortakları açısından uygulama alanı bulabilecek bir düzenlemedir¹⁶⁵.

162 ROXİN, s.562.

163 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.345.

164 Alman hukukunda, birden çok kişinin katıldığı suçlarda tehlikeliliğin daha fazla olması nedeniyle, ACK m.24/2'de suç ortağının ciddi gayret göstermesinin yanında nedensel katkısını ortadan kaldırılmasının veya suçun tamamlanmasının engellenmesinin aranmasıyla, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmanın koşullarının ağırlaştırıldığı belirtilmektedir. Bkz. WESSELS/BEULKE, s.246, 247.

165 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.676.



III. SUÇ ORTAĞININ GÖNÜLLÜ VAZGEÇMESİNİN SONUCU

İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme bir şahsi cezasızlık sebebi olduğundan, gönüllü vazgeçen suç ortağına ceza verilmez. Ancak bu sonuçtan sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı yararlanır. Diğer suç ortakları iştirak ettikleri teşebbüs aşamasında kalmış veya tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılır¹⁶⁶. Örneğin, vazgeçen kişinin suçun faili olması durumunda, vazgeçmeden kaynaklanan şahsi cezasızlık hâlinde sadece fail yararlanır. Diğer suç ortakları ise vazgeçme iradesinin yokluğu nedeniyle teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılır (TCK m.40/3)¹⁶⁷.

TCK m.41'in uygulanmasına ilişkin olarak dikkat çeken ve üzerinde durulması gereken bir nokta, suçun tamamlanan kısmının suç teşkil etmesi hâlinde vazgeçen suç ortağının tamam olan kısımdan cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Bu konuda TCK m.36'da yer verilen, "...; *fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*" hükmünün TCK m.41'in uygulanmasında da geçerli olacağı konusunda öğretilerde görüş birliği bulunmaktadır¹⁶⁸. Ancak kısmi tamamlanma ve kısmi vazgeçmenin söz konusu olduğu bu durumda, somut olayda bazı hususlara dikkat edilmesi doğru olacaktır.

Öncelikle öğretilerde görüş birliği ile kabul edildiği üzere, suç ortağının iştirak iradesi ile katıldığı tamamlanmış suçlardan sorumluluğunun devam edeceği açıktır. Bu nedenle söz konusu hâlde gönüllü vazgeçen suç ortağının sorumluluğu belirlenirken, vazgeçen suç ortağının suçun tamamlanmış kısmının meydana gelmesinden önce, müstakil suç teşkil eden tamamlanan kısmın işlenmesini engellemeye elverişli gayret gösterip göstermediğinin dikkate alınması gerekir. Kanun koyucu bu durumu madde gerekçesinde, "*Ancak, bu durumda, suç ortağının gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği fiillerin bağımsız bir suç oluşturması durumunda, bu suçtan dolayı sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur*" şeklinde ifade etmiştir. Dolayısıyla burada suç ortağının suçun tamamlanan kısmından sorumlu olup olmayacağı konusunda vazgeçme davranışını oluşturan gönüllü gayreti gösterdiği anın dikkate alınması gerekir. Suçun tamam olan kısmının icrasından önce elverişli gayret gösteren suç ortağı, suçun, kendisinin bütün gayretine rağmen işlenmiş kısmından da sorumlu

166 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.549; TRÖNDLE/FISCHER, s.217; KÜHL, s.757; DEMİRBAŞ, s.418; ZAFER, s.380.

167 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.662; ÖZGENÇ, s.559; AKBULUT, s.588.

168 ÖZGENÇ, s.561; ZAFER, s.482; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.584; ÖZEN, s.595.



tutulamaz. Zirabu durumda ortada tamamlanmış bir suç olması nedeniyle gönüllü vazgeçen suç ortağı TCK m.41/1 ve 41/2-a hükümlerinden yararlanamasa da TCK m.41/2-b böylesi kısmi tamamlanma hâlinde de uygulama alanı bulur.

Buna karşın suç ortağı elverişli gayreti ilk suçun işlenmesinden sonra göstermiş ise iştirak iradesi ile gerçekleşmesine katkı sağladığı ve engellenmesine yönelik gönüllü gayret göstermediği suçun tamamlanmış kısmından sorumlu olur¹⁶⁹. Örneğin, C'nin hırsızlık suçu için gece bankaya girecek ortağı A'yı engellemek için bankanın gece bekçisine bildirimde bulunduğunu, ancak bekçinin, A'nın bankaya girmesine engel olamayıp sadece soyulmasına engel olabildiğini varsayalım. Bu durumda C, suçun tamamlanmış kısmının icrasından önce, bu suçun işlenmesini de engellemeye elverişli bir gayret gösterdiğinden, TCK m.41/2-b gereğince konut dokunulmazlığını ihlalden de sorumlu olmaz. Buna karşın C, elverişli gayretini oluşturan bildirim suçu ortağı A'nın bankaya girmesinden sonra yapmış ise konut dokunulmazlığını ihlal suçundan cezalandırılması gerekir. Zira bu durumda C, TCK m.41'den sadece gönüllü vazgeçtiği hırsızlık suçu için yararlanır. Yine örneğin, F tarafından öldürme kastı ile üç bıçak darbesi ile yaralanan M'yi hastaneye götürüp tıbbi müdahale ile hayatta kalmasını sağlayan suç ortağı C, tamamlanmış yaralamadan cezalandırılır. Ancak C, M'nin bıçak darbesi ile yaralanmasından önce suçun tamamlanmasını engellemeye yönelik elverişli gayret göstermesi durumunda, yaralamadan da sorumlu tutulamaz.

SONUÇ

İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin şartları ve sonuçları hukukumuzda ilk kez 5237 sayılı TCK'nın 41. maddesinde düzenlenmiştir. İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme konusunda müstakil bir düzenleme yapılması, birden fazla kişinin katkısı ile işlenen suçlarda, şahsi cezasızlık sebebi olan gönüllü vazgeçmeden suç ortaklarının hangi şartlar altında yararlanacağını açık bir hükümle belirlenmesi gerekliliğinin sonucu olup, düzenleme ile bu konudaki eksiklik giderilmeye çalışılmıştır. Söz konusu düzenlemenin yapılmasında ise ACK m.24/2 esas alınmıştır.

TCK m.41'e göre maddenin uygulama alanı bulabilmesinin ilk şartı, iştirak hâlinde işlenen bir suçun varlığıdır. Bu nedenle bir kişi açısından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi, suçun

169 ÖZGENÇ, s.561; ZAFER, s.482; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.584; ÖZEN, s.595.



icrasına iştirak iradesiyle nedensel katkı sağlamasına bağlıdır. İkinci olarak iştirak hâlinde işlenen bu suçun teşebbüs aşamasına girmesi, yani suçun icra hareketlerinin doğrudan doğruya icrasına başlanması gerekir. Zira bir olayda cezalandırılabilir bir fiil bulunmadan şahsi cezasızlık sebebinin uygulama alanı bulması söz konusu olmaz. TCK m.40/3 gereğince suç teşebbüs aşamasına varmadan suç ortaklarının cezalandırılabilmesi söz konusu olamayacağından, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulması da söz konusu olmaz. Bu nedenle suçun icra hareketlerinin doğrudan doğruya icrasına başlanmadığı sürece, TCKm.41 uygulama alanı bulmaz.

Kanun koyucu yukarıda açıklanan iki hususun varlığı hâlinde bir suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için birtakım ihtimallere göre bazı şartların varlığını aramıştır. Bu çerçevede maddenin birinci ve ikinci fıkralarında farklı ihtimaller düzenlenmiştir.

Söz konusu hükümlerden ilki olan TCK m.41/1'de suç ortağının gönüllü vazgeçmesi, TCK m.36'da düzenlenen tek failin gönüllü vazgeçmesiyle aynı şartlara tabi tutulmuştur. Buna göre bir suç ortağının TCK m.41/1 gereğince gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için, suçtan vazgeçmesinin iradi olması, gönüllü olması ve vazgeçme davranışının icra hareketlerinin tamamlanmasına veya neticenin meydana gelmesine engel olması gerekir. Öğretide Alman hukukunun etkisi ile söz konusu fıkranın sadece iştirak hâlinde suç işleyen failin vazgeçmesi hakkında uygulama alanı bulacağı ileri sürülmüştür. Ancak gerek konuya ilişkin ACK ve TCK'da yapılan düzenlemelerin farklı olması gerekse de fıkra "suç ortakları"ndan bahsedilmesi nedeniyle bu görüşe katılmamaktayız.

Konuya ilişkin ikinci hüküm olan TCK m. 41/2'de ise iştirak hâlinde işlenen suçlarda suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması, anılan suçların yapısı gereği, şeriklerin icra hareketleri üzerinde suçun işlenişini engelleyebilecek yeterli hâkimiyete sahip olmadığı göz önüne bulundurulularak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede iştirak hâlinde işlenen suçlarda suç ortağının vazgeçme hükümlerinden yararlanması için mutlaka suçun tamamlanmasını engellemesi aranmamış, "gönüllü gayret" göstermesi yeterli kabul edilmiştir. Buna göre iştirak ettiği bir suçun işlenişini engellemek için gönüllü gayret gösteren suç ortağı, söz konusu suç, gösterdiği gayret dışında başka bir sebeple işlenmemiş olsa ya da bütün gayretine rağmen işlenmiş olsa da gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Dolayısıyla maddenin ikinci fıkrasının uygulama alanı bulması için vazgeçen suç ortağının gönüllü gayret göstermesi yeterlidir.



Alman hukuk öğreti ve uygulamasında bu soru cevaplanırken, ACK m.24'de suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için gereken çabanın "ciddi" olması gerektiğinin açıkça belirtilmesi nedeniyle, suç ortağının somut olayda sergilediği davranışın ciddi olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin subjektif ve ex ante olarak yapılması gerektiği kabulüyle hareket edilmiştir. Buna göre ciddi çaba olarak kabul edilecek davranışlar, suç ortağının kendi değerlendirmesine göre suçun tamamlanmasını engellemeye uygun olduğunu düşündüğü davranışlardır. Ancak bunun için, suç ortağının alternatif hareketler arasında suçun tamamlanmasını engelleme şansı en fazla olanı tercih etmiş olması da gerekir. Dolayısıyla Alman hukukunda çoğunluk görüşü, kanuni düzenleme nedeniyle değerlendirmenin objektif değil, subjektif olarak yapılması gerektiğini kabul etmektedir.

TCK m.41'de ise suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için sadece gönüllü gayret göstermesi yeterli sayılmasına karşın, bu gayretin taşınması gereken unsurlara ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bu durum suç ortağının vazgeçme davranışının gönüllü gayret olarak kabul edilebilmesi için taşınması gereken unsurların neler olduğu, ne zaman icra edilmesi gerektiği, mutlaka aktif bir davranış ile mi icra edilmesi gerektiği, suç ortağının suçun işlenişine yönelik nedensellik bağıntı ortadan kaldırmasının gerekip gerekmediği gibi, gayret kavramının değerlendirilmesinde kullanılacak ölçütlere ilişkin bazı sorular ortaya çıkarmaktadır. Türk hukukunda konuya ilişkin yapılan çalışmalarda, kanuni düzenlemeler arasındaki kimi açık farklılıklara rağmen, konu Alman hukuk öğretisindeki görüşlere paralel olarak ele alınmıştır. Ancak Türk hukukunda gösterilmesi gereken gayretin niteliğine, unsurlarına ilişkin açık bir düzenleme yapılmadığı, ayrıca Alman hukukunda maddenin konuluş gerekçesi Türk hukuku açısından geçerli olmadığı için, konunun genel hükümlerden hareketle ele alınması daha doğru olur. Buna göre, suç ortağının sergilediği vazgeçme davranışının gayret olarak kabul edilebilmesi, öncelikle suçun icrasını engellemeye elverişli olmasına bağlıdır. Bu kapsamda somut olayda gerçekleştirilen davranışın hem davranışın icra edildiği zaman hem de davranışın maddi içeriği açısından elverişli olması gerekir. Bu konuda yapılacak değerlendirmenin ise Alman hukukunda da önerildiği gibi olay anındaki şartlara göre (ex ante), fakat Alman hukukundan farklı olarak objektif tarafsız bir kişi dikkate alınmak suretiyle yapılması doğru olur. Buna göre suç ortağının vazgeçme davranışının elverişli gayret olarak kabul edilebilmesi için, yapıldığı an itibarıyla suçun tamamlanmasını kesine yakın bir olasılıkla önleyebilecek bir davranış olması gerekir. Ancak madde metninde açıkça aranmadığı



için, suç ortağının suça katkısının nedensel etkisini ortadan kaldırması bir şart değildir. Ayrıca suça, işlenebilmesi için olmazsa olmaz nitelikte icrai nedensel katkı sağlayacak suç ortaklarının, hareketsiz kalarak bu katkılarını yerine getirmemek suretiyle elverişli gayret göstermeleri de mümkündür.

Gönüllü vazgeçme bir şahsi cezasızlık sebebidir. Bu nedenle iştirak hâlinde işlenen suçlarda söz konusu şahsi cezasızlık hâlinde sadece vazgeçen suç ortağı yararlanabilir (TCK m. 41/1). Diğer suç ortakları ise suç tamamlanmış ise bu suçtan; suç tamamlanmamış ise söz konusu suça teşebbüsten cezalandırılır. Ancak gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanan suç ortağı, vazgeçmek için gönüllü gayret gösterdiği ana kadar icra edilen hareketlerin müstakil bir suç oluşturması durumunda işlenişine iştirak ettiği bu suçtan dolayı cezalandırılır.

Kanun'da konunun gelecekte düzenlenmesi sırasında ise şu hususların dikkate alınması doğru olur.

1) TCK'nın iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 41. maddesi ile tek fail tarafından işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin koşullarını düzenleyen 36. maddesi tek bir madde olarak düzenlenmelidir.

2) Düzenlemede, suç ortaklarının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmasını sağlayacak gayretin taşınması gereken unsurlar, somut olayda uygulanmasına imkân verecek şekilde açıkça düzenlenmeli ve söz konusu unsurlar ile neyin kastedildiği maddenin gerekçesinde ayrıntılı bir biçimde izah edilmelidir.

3) Kanuna, failin işlenemez suç hâlinde de cezalandırılmasını öngören bir hüküm konması durumunda, gösterdiği davranışlardan vazgeçme iradesi açık bir biçimde saptanan suç ortağı için ceza indirimi öngören bir hükümde konmalıdır.



KAYNAKLAR

Akbulut, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 1, Ankara 2010. (“Bağlılık”)

Akbulut, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016. (“Genel”)

Akdağ, Hale, “Gönüllü Vazgeçme”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C 3, S.2, Ankara 2013.

Aydın, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.

Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, A.Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Baumann, Jürgen, Mitsch Wolfgang ve Weber Ulrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Giesecking Verlag, 11. Auflage, 2003.

Centel Nur, Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.

Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.

Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, (“Cilt II”).

Erem, Faruk, Danışman, Ahmet ve Artuk, Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1997.

Evik, Vesile Sonay, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2011.

Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Us-A Yayınevi, Ankara 2015.

Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

İçel, Kayıhan, Sokullu - Akıncı, Füsun, Özgenç, İzzet, Sözüer, Adem, Mahmutoğlu, Fatih S. ve Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2000.

İçel, Kayıhan ve Evik, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap**, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.

İpekçioğlu, Pervin Aksoy, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.



Jescheck, Hans Heinrich ve Weigend, Thomas, **Lehrbuchdes Strafrechts**, Duncker&Humblot Verlag, 1996.

Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, SeçkinYayınevi, Ankara 2015.

Kühl, Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, VahlenVerlag, München 2008.

Lackner, Karl ve Kühl, Kristian, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, C.H.Beck Verlag, München 1999.

Leipziger Kommentar, 12. Auflage, De GruyterVerlag,Berlin 2007.

Mahmutoğlu, Fatih Selami ve Karadeniz, Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Maurach, Reinhart, Zipf Heinz ve Gössel Karl Heinz, **Strafrecht AllgemeinerTeil Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat**, C.F. Müller, 2014.

Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

Özbek, Veli Özer, Kanbur Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar ve Tepe İlker, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

Özen, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi,Ankara 2017.

Özgenç, İzzet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Özkan, Halid, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Öztürk Bahri ve Erdem, M. Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Satzger, Helmut, Schluckebier, Wilhelm ve WidmaierGunter, **StGBKommentar zum Strafgesetzbuch**, Carl HeymannsVerlag, 2014.

Schönke, Adolf ve Schröder Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar**, C.H.BeckVerlag, 2006.

SystematischerKommentar zum Strafgesetzbuch (SK StGB), Carl Heymanns, 2015.

Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2005.

Sözüer, Adem, **Suçta Teşebbüs**, Kazancı, İstanbul 1994.



Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Savaş Kitabevi, Ankara 2016.

Tozman, Önder, "İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.82, Ankara 2009.

Tröndle, Herbert ve Fischer Thomas, **Beck'sche Kurz-Kommentare, Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, München 2004.

Wessels, Johannes ve Beulke Werner, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C.F. Müller, 2010.

Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.

DEĞİŞEN DÜNYADA VATANDAŞLIK

(Citizenship in a Changing World)

Yrd. Doç. Dr. Nazlı TÖRE¹

ÖZ

Son yıllarda, vatandaşlık kavramı küreselleşmenin etkisi, yeni dış göç hareketleri ve devlet egemenliğinin zayıflamasına bağlı olarak çok değişti. Daha önceleri yalnızca birey ile devlet arasındaki resmi bağı ifade eden vatandaşlık kavramı, bugün aynı zamanda bir kimlik, bir haklar manzumesi anlamında da kullanılmaktadır. Vatandaşlık kavramının anlamındaki bu değişim onu uluslararası hukuk alanında ortaya konan akademik çalışmalar bakımından da ayrıca çekici kılmaktadır. Bu makale ise yalnızca değişen dünyada vatandaşlığın gerçekten ne ifade ettiği yönündeki basit ama kafa karıştırıcı soruya yanıt vermeye çalışmaktadır. Aslında dünya değişmektedir ve vatandaşlık da bu değişime ayak uydurmalıdır. Vatandaşlık kavramının şimdiden büyük dönüşümler içine girmesi bu bakımdan olumlu bir gelişmedir. Bununla birlikte, vatandaşlık kavramını tanımlamanın zorluğu aynı şekilde devam etmektedir. Uluslararası hukukta vatandaşlıkla ilgili yeknesak, evrensel bir kural koymanın ihmal edilmiş olması sebebiyle, her devlet az ya da çok biçimde bu konuda kendi standartlarını getirmekte özgür olmuştur. Bugünün dünyasında insan toplulukları daha fazla hareketli ve çok değişik devletlerle ilişki hâlinde olduklarından, hiçbir devlet vatandaşları üzerinde tek hakim kendisi olduğunu iddia edememektedir. Bazı gelecek tahminçileri ve hayalciler vatandaşlığın 21. yüzyıl ve sonrasında ne yönde değişeceğini öngörebilmek için hâlâ çaba göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Vatandaşlık, Devlet Egemenliği, Küreselleşme, Göç, Resmi Bağ, Kimlik, Haklar Manzumesi

ABSTRACT

In recent years, the notion of citizenship has changed a lot due to the impact of globalisation, new forms of transnational migration, and the decline of state sovereignty. The citizenship does not only mean a formal

1 Ufuk Üniversitesi, ♦ nazlitore@gmail.com



tie between the individual and the state anymore, but it is also an identity, a rights frame today. The shift of the meaning in this notion makes it rather more attractive for academic works in the area of the international law. This article only tries to answer the simple, yet troubling question what citizenship actually means in a changing world. As the world is changing, so should the citizenship. The notion is already undergoing major transformation and that is a good development too. But the difficulty to define the citizenship remains. When international law neglected to develop a unique, universal rule of citizenship, then states became more or less free in formulating their own standards for citizenship. Since in today's world populations are much more mobile and interact with variety of states, can any single state claim sole dominion over its citizens? Some avangardists and dreamers are still working on to predict how citizenship might evolve in the twenty-first century and beyond.

Keywords: Citizenship, State Sovereignty, Globalisation, Migration, Formal Tie, Identity, Rights Frame.

GİRİŞ

Kişi ile devlet arasındaki hukuki ve siyasi bağ olarak tanımlanan vatandaşlık, esas itibariyle, son derece dinamik bir kavramdır. Zamana ve mekana göre değişmekte, sürekli gelişmektedir. Bununla birlikte geçtiğimiz yüzyılda dünyanın hemen hemen bütün bölgelerinde geçerli olacak biçimde vatandaşlığın değişmeyen tek bir özelliği ortaya çıkmıştır; o da egemen bir devlettir. Gerçekten ortada egemen bir devlet yoksa vatandaşlıktan da söz edilemez. Egemen bir devletten söz edebilmek için ise coğrafi sınırları belirlenmiş bir toprak parçası ve o toprak parçasına hükmeden siyasi bir güce ihtiyaç vardır. İşte o siyasi güç, hükmettiği toprak parçasında yaşayacak kişileri bizzat kendisi tayin eder. Bu kişiler o toprak parçasında eşit haklardan istifade ederler, eşit yükümlülükleri yerine getirirler. Bu kişilere vatandaş adı verilir. O hâlde vatandaşlık her şeyden önce kişiler için haklar ve yükümlülükler yaratan bir hukuki statüdür. Vatandaşlık aynı zamanda bir etkinliktir. Zira aynı haklara ve yükümlülüklere sahip olan kişiler bir araya gelerek kendi siyasi birliklerini yaratırlar. Son olarak, vatandaşlık ortak bir kimliktir². Aynı toprak parçası üzerinde yaşayan kişiler aynı geçmişi paylaşır, ortak bir gelecek ideali için bir araya gelmekte ve bir arada kalmaktadır. Bu kişiler kendilerini bu ortak geçmiş ve gelecekle tanımlamaktadır.

2 KOCK, Christian/ VILLADSEN, Lisa S. : Rhetorical Citizenship: Studying the Discursive Crafting and Enactment of Citizenship, *Citizenship Studies* (2017), Vol.21, No.5, ss. 570-586, s. 570



Görüldüğü üzere vatandaşlığın tanımını yapmak hayli güç bir uğraştır; zira vatandaşlık kapsamı sürekli değişen³ çok boyutlu bir kavramdır. Bu güçlüğü bir de küreselleşme olgusu eklenmiş bulunmaktadır⁴. Küreselleşmeyle birlikte dünya iyice küçülmüş, sınırlar ortadan kalkmıştır. Artık devletler arasında ticaret, seyahat ve iletişim hayli fazladır. Buna paralel olarak doğduğu devletin dışında mesken tutanların sayısı hayli artmıştır. Sonuç olarak devletin egemenliği sorgulanmaya başlamıştır.

Bu noktada, cevaplanması gereken üç mühim soru karşımıza çıkmaktadır. Birinci olarak, kuzey ile güney bölgeleri arasında giderek artan eşitsizlikler bağlamında, fakir ülkelerden zengin ülkelere doğru yönelen yoğun göç hareketleri, devletlerin sınırlarını kendi vatandaşlarına kapama haklarını, şayet böyle bir hak var ise, ne yönde etkiler? İkinci olarak vatandaşların ülkedeki egemenle uyumsuzluğu, o ülkede yaşayan vatandaşların ve vatandaş olmayanların haklarına etki eder mi? Üçüncü ve son olarak, egemen devlet, vatandaşlık ve haklar arasındaki sıkı ilişki sorgulamaya açılırsa, bu durum vatandaşlığı anlamlı bir uygulamaya dönüştüren kurumsal çerçevenin kendisine zarar vermez mi? Bu son soru demokratik ulus devletin vatandaşlık kurumunun varlığını devam ettirebileceği tek kurumsal mecra olduğu varsayımın güçlendirmektedir. Buna karşı çıkanlar vatandaşlığın farklı formlarda ulus devlet dışında da var olabileceğini savunmaktadır. Bu açıdan aktif vatandaşlık, AB vatandaşlığı ve dünya vatandaşlığı gibi (nispeten) çağdaş vatandaşlık formlarının daha detaylı bir biçimde incelenmesi gerekir.

Devleti idare eden siyasi gücün kimlerin vatandaş olacağını belirleme yetkisi, kişilerin serbest dolaşım hakkı ile bağdaşır mı? Bu konuda yürütülen teorik tartışmalar iki noktada düğümlenmektedir. Bunlardan ilki, daha iyi bir yaşama kavuşma umuduyla fakir ülkelerini arkalarında bırakıp, yollara düşenler ve bunların ailelerine karşı hedef devletlerin ne gibi yükümlülükleri bulunmaktadır? İkincisi, devleti idare eden siyasi gücün yabancıları dışlamak suretiyle ülkedeki birliği, huzuru temin etme hakkı ne ölçüde teslim edilecektir? İşte bu soruları cevaplandırabilmek için burada birbiriyle çatışan iki menfaati, yani devletin ve yabancıların menfaatlerini telif etmek gerekir. Bu konuda insan hakları iyi bir pusula olabilir.

3 ÇAKMAKLI, Didem: Active Citizenship in Turkey: Learning Citizenship in Civil Society Organisations, *Citizenship Studies* (2015), Vol.19, Nos.3-4, ss.421-435, s. 422. (Active Citizenship)

4 EMAMJOMEHZADEH, Seyed Javad: Global Citizenship. *Int'l Stud. J.* (2007-2008), Vol. 4, No. 51, s.51



Günümüzde vatandaşlık bir insan hakkı olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Uluslararası ve bölgesel nitelikli insan hakları metinlerine baktığımızda bunu görüyoruz⁵. Bu metinlerde herkesin vatandaşlık hakkına sahip olduğu, vatansızlıktan kaçınılması gerektiği ve hiç kimsenin keyfi olarak vatandaşlığından mahrum edilemeyeceği yönünde birtakım esaslar benimsendiği görülmektedir. (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.15) İşte bu esaslar devleti idare eden siyasi gücün kişiler üzerindeki yetkisini önemli ölçüde sınırlamaktadır. Bugün için devletlerin topraklarını vatandaşlarına kapamaları, sınırlarını vatandaş olmayanlara açmamaları olanaklı gözükmemektedir. Bunun dışında kendi yetki alanları içerisinde diledikleri vatandaşlık düzenlemelerini yapabilme hakları teslim edilmelidir.

Öte yandan bazı durumlarda birden fazla devletin aynı kişi üzerinde hakimiyeti söz konusu olabilir. Gerçekten bir kişinin birden fazla vatandaşlığının olması günümüzde daha kabul edilebilir bir durumdur. Geçmişte uluslararası hukukta geçerli olan “herkesin yalnız bir vatandaşlığı olmalıdır” kaidesi bugün artık pek rağbet görmemektedir. Zira küreselleşmeyle birlikte, coğrafi sınırları aşan insan hareketleri artmış ve devletlerin vatandaşlıklarını asli olarak kazanmamış kişilere de vatandaşlık vermesi zarureti artmıştır.

Şu hâlde, vatandaşlık sadece doğum yoluyla kazanılmamaktadır. Bunun yanında, vatandaşlığın yetkili makam kararıyla sonradan kazanılması mümkündür. Bunun şartlarını devlete egemen siyasi güç belirler. Öyle ki, bazı kişileri belirlenen şartları taşısalar da vatandaşlığına almayabilir. Yine, evlenme ve evlat edinme gibi aile hukuku müesseseleri de, belirli şartlar altında vatandaşlığın kazanılmasını temin eder. Son olarak, arazi terk ve ilhakı da vatandaşlığa tesir eder.

Sonuç itibariyle, bu makalede değişen dünyada değişen vatandaşlık kavramı üzerinde durulmuştur. İlk başta bu çok yönlü ve çok katmanlı kavram tanımlanmaya çalışılmış; vatandaşlığın benzer kavramlardan farkı ortaya konulmuş; vatandaşlığın tarihsel ve çağdaş niteliği incelenerek, hukuki boyutuyla vatandaşlığa bakılmış; vatandaşlığın genel ilkeleri tespit edilmiş; kazanma yolları açıklanmış; Vatandaşlığın bir insan hakkı olup olmadığı tartışılmış ve son olarak yeni vatandaşlık formları belirtilmiştir.

5 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi bu metinlerin en başta gelenidir.



I. GENEL OLARAK VATANDAŞLIK

Vatandaşlık, dar hukuki tanımıyla, kişiyi devlete bağlayan bağıdır. Vatandaşlık, kişinin bir devlete ait olduğunu gösterir. Vatandaş, bir devletin ülkesinde sakin olup da; o devletin kendisine sağladığı medeni ve siyasi haklardan yararlanıp; bunun karşılığında, o devletin kanunlarına riayet etme, kamu harcamalarına katılma ve saldırı hâlinde o devleti savunma yükümlülükleri altına giren bir kişidir. Bu yönüyle, vatandaşlık bir kültür ve dil birliğine dayanan zoraki bir etnik kimlikten çok daha fazlasıdır. Nitekim bugün pek çok ülkede farklı etnik kökenden gelen insanların aynı vatandaşlık şemsiyesi altında bir arada yaşadıkları görülmektedir. Buna karşıt olarak, aynı etnik kökenden gelen insanların da değişik ülkelerin vatandaşları olarak yaşamaları vakidir. Netice itibariyle, devlet daha ziyade coğrafi ve siyasi bir birliği ifade ederken millet kavramı kültürel ve etnik bir anlam taşımaktadır. İşte vatandaşlık esas itibariyle bir millet aidiyetinin ötesinde salt bir devlete olan bağı, bağlılığı göstermektedir⁶.

Belirtmek gerekir ki; bugün için, vatandaşlık hukuki anlamda kişi ile devlet arasında kurulan basit bir bağdan öte bir mana taşımaktadır. Vatandaşlığın daha ziyade medeni ve siyasi haklarla meşgul olan hukuki boyutunun yanında, en başta sosyal, kültürel ve psikolojik olmak üzere daha bir sürü boyutu bulunmaktadır. Bir kere, vatandaş olmak kişinin kimliğinin bir parçasıdır; kişiyi içinde bulunduğu toplumla ilişkili hâle getirmektedir. Bu sayede kişi mensubu bulunduğu toplumun sosyal ve kültürel yapısına uyum sağlar; çoğu durumda o toplumun dilini, genel değer yargılarını, olaylara ve hayata bakış açısını benimser⁷. Kişi topluma ve toplumsal yaşama saygı gösterirken, karşılık olarak kendisine saygı gösterilmesini talep eder. Kişi içinde yaşadığı toplumun menfaati için diğer kişilerle birlikte çalışmakta, mücadele etmektedir. Bununla birlikte, vatandaşlık sadece bir sosyalleşme sürecinden de ibaret değildir. Vatandaşlığın içinde ait olma, dahil olma, katılma ve sosyal bağlılık gibi kimliği yaratan en temel duygular da bulunmaktadır. Vatandaş olarak, içinde yaşadığı toplumun bir parçası hâline gelen kişi toplumu etkileme, toplumun gelişmesine katılma ve yardımcı olma ve toplumun refahına katkı yapma imkanlarına sahiptir. Bu açıdan bakıldığında, vatandaş hem

6 <http://www.eycb.coe.int> (erişim tarihi: 28.11.2016), s.213-218. Bu konuda ayrıca bkz. RUBENSTEIN, Kim: *Citizenship in Australia: Unscrambling Its Meaning*, **Melbourne University Law Review** (1995), Volume. 20, Issue. 2, s.503; FRANCK, Thomas M. : *Clan and Superclan: Loyalty, Identity and Community in Law and Practice*, **Am. J. Int'l L.** (1996), Vol. 90, ss. 376-83; BOSNIAK, Linda: *Citizenship Denationalized*, **IND J. Global Legal Stud.** (Spring 2000), Volume. 7, Issue. 2, pp. 447-509, p.455; SPIRO, Peter J.: *A New International Law of Citizenship*, **Am. J. Intl.L.** (2011), Vol. 105, ss. 694-746, s.695

7 ERDEM, Bahadır: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul 2014, 4. bası, s. 10



hukuktan kaynaklanan bir takım hak ve yükümlülüklerin muhatabı iken; hem de kendisini bir parçası olarak gördüğü toplumun içinde etkin bir bireydir. Bu anlamıyla vatandaşlar içinde yaşadıkları toplumda aynı/eşit değerdedir.

II. VATANDAŞLIĞIN DİĞER KAVRAMLARDAN FARKI

Vatandaşlık kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için kendisiyle aynı/benzer veya çok yakın anlamda kullanılan bazı kavramlarla arasındaki farklılıkların ortaya konulması icap etmektedir. Bu bakımdan ilkin vatandaşlığın tabiiyetten ayrılması lüzumu bulunmaktadır. Tabiiyet, “bir kişiyi veya bir şeyi devlete bağlayan siyasi ve hukuki bağ” olarak tanımlanmaktadır. Bu tarif, tabiiyetin kapsamlı bir mana ve niteliği haiz olduğunu göstermektedir. Bu tarifteki “kişi” ile hem gerçek hem de tüzel kişiler kastedilmiştir. Bu tarifteki “şey” ile ise gemiler ve hava gemileri kastedilmiştir⁸. Dolayısıyla gemilerin ve hava gemilerinin de birer tabiiyeti olduğu kabul edilmiştir. Bir devlete tabiiyet bağı ile bağlı bulunanlara tebaa adı verilmektedir⁹.

Diğer yandan, vatandaşlık tabiiyetten daha dar bir kavramdır; bununla bir kişiyi, bir gerçek kişiyi devlete bağlayan bağ anlaşılmaktadır. Yine de tabiiyetle vatandaşlık arasındaki farkı bundan ibaret saymak uygun düşmez. Çünkü vatandaş, devlete olan bağlılığının yanında ülkedeki hukuk düzeninin kendisine tanıdığı bütün haklardan yararlanan bir gerçek kişidir. Bu durumda ülkedeki hukuk düzeninin tanıdığı bütün haklardan yararlanamayan diğer gerçek kişiler vatandaş olarak mütalaa edilemez ama bunların tebaa olarak kabul edilmelerinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Sözelimi, siyasi haklardan istifade edemeyen sömürge halkı tebaa olduğu hâlde vatandaş değildir¹⁰.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 2/a maddesinde vatandaşlığın kişi ile bir devlet arasında kurulan hukuki bir bağ olduğu düzenlendikten sonra bunun etnik kökeni göstermediği özellikle vurgulanmıştır. Benzer şekilde Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları da Türk vatandaşlığını yalnızca hukuki bir bağ olarak nitelendirerek, Türk vatandaşlığı kavramında her türlü ırk, din, dil, mezhep gibi ayrıştırıcı unsurları dışlamıştır. Gerçekten 1981 tarihli T.C. Anayasası'nın 66.

8 FİŞEK, Hicri: **Anayasa ve Vatandaşlık**, Ankara 1960, s.1. (Anayasa ve Vatandaşlık)

9 BERKİ, Osman Fazıl: **Devletler Hususi Hukuku, Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku**, cilt.1, Ankara 1966, 6. baskı, s. 15. (Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku)

10 TOPÇUOĞLU, Ali Aslan: **Modern Hukuk ve İslam'da Vatandaşlık Kavramının Hukuki Temeli**, GÜHFD (2012), C. XVI, S.3, s.197



maddesinde “*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür.*” denilmektedir. Burada “Türk Devleti” ifadesiyle Türkiye Cumhuriyeti Devleti kastedilmektedir. “Türk” ifadesi ise etnik bir birlik, ırk yahut soy birliği olmayıp, herkesi kapsayan üst bir kavramdır. Görüldüğü üzere, Türk vatandaşlığının tayininde aranan kriter sübjektif vatandaşlık bağıdır ve esasında kişinin kendisini Türk toplumuna ait hissetmesi, Türk toplumunun bir parçası olarak görmesiyle ilgili bir durumdur¹¹. Hatta bazı yorumcular bu düzenlemenin Osmanlı İmparatorluğu döneminde gelişen ve Cumhuriyet döneminde de korunan çok-ulusluluk olgusuna uyum sağladığını ifade etmektedir¹².

Vatandaşlık ile hukuki olarak aynı anlamda kullanılan yurttaşlık kavramı ise, daha ziyade, siyasi bir birliğe mensup olmaya vurgu yapar. Bu bakımdan, yurttaşlık kavramının gerisinde birlik ve beraberlik içerisinde kendi kaderini belirleme ve demokrasi yatmaktadır. Bu anlamda olmak üzere, yurttaşın tanınan eşit siyasi özgürlükler ve diğer haklar önem kazanmaktadır¹³. Yurttaşlık, yönetenler ile yönetilenler arasında birliğin tesis edilmesine ilişkin bir konudur; yoksa bu birliğin nasıl tesis edileceği, bunun için kullanılan demokratik yöntemlerin neler olacağı ile ilgilenmez. Bu yönüyle de yurttaşlık, vatandaşlığın aksine hukuki bir kavram değildir. Bununla birlikte, kendilerine eşit siyasi özgürlükler bahşedilen yurttaşlar,

11 Bununla birlikte, burada Türk hukuk öğretisinde siyasi görüş farklılıklarına bağlı olarak Anayasa’nın 66. maddesinde geçen “Türk’tür” ifadesinin esasında objektif olarak etnik köken bildirdiğini savunanlar da bulunduğunu belirtmekte fayda görüyoruz. Bunun önüne geçmek üzere 66. maddenin ilk cümlesiyle ilgili olarak “Türk ulusu Türkiye Cumhuriyeti yurttaşlarından oluşur.” gibi değişiklik teklifleri yapılmıştır. Bu konuda bkz. AYBAY, Rona: **Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi 2007**, Geliştirilmiş, Gerekçeli Yeni Metin, TBB Yayını, Ankara, 2007. (m.39)

Kanaatimizce bu tür tartışmaları uzatmak birleştirici olmaktan öte ayrıştırıcı bir nitelik taşımakta ve sanılandan da fazla kişiyi rencide ederek maksadını hayli aşmaktadır. Gerçekten ilk Anayasamız olan 1876 tarihli Kanuni Esasi’ye bile baktığımızda burada dönemin ulusalcılık akımlarına karşı, çok dinli ve çok uluslu bir toplumun bireylerinin vatandaşlık bağı marifetiyle yaratılan ortak bir Osmanlı kimliği altında birbirine kenetlenirildiğine tanık oluyoruz. Kanuni Esasi’nin 8. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “*Devleti Osmaniye tabiiyetinde bulunan efradın cümlesine herhangi din ve mezhepten olur ise olsun bila istisna Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihval ve iza’ edilir.*” Benzer şekilde 1924 ve sonraki tarihli Cumhuriyet Anayasaları da bu esası muhafaza etmiştir. 1924 Anayasasının 88/1. maddesinde “*Türk ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla (Türk) itlak olunur.*” düzenlemesi yer almıştır. 1961 Anayasasının 54. maddesinde ise “*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür.*” denilmiştir. O hâlde mevcut Anayasanın 66. maddesinde geçen “Türk” ifadesi belirli bir ırk veya etnik kökeni göstermek amacı taşımamaktadır; tersine her kökenden gelen insanın yer unsurundan kaynaklı ortak kimliğine işaret etmektedir. Bu açıdan, toplumda günlük dilde kullanımı giderek yaygınlaşan “Türkiyeli” kelimesinin de bize fazla zorlama ve yapay geldiğini belirtelim.

12 İZÇİ, Ömer/ GÖREN, Zafer: **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, Ankara 2002, c.1, s. 663

13 ERDOĞAN, Mustafa: **Anayasa Hukuku**, Ankara 2009, 5. baskı, s. 8

yaratım sürecine katıldıkları ve rızaları ile geçerlilik kazandırdıkları kurallara riayet etmek zorundadır¹⁴.

Son olarak, vatandaşlık kavramının, milliyet kavramından da ayrılması icap eder. Gerçekten, milliyet, kişiyi bir devlete bağlayan vatandaşlık bağından farklı olarak, onu millete yani din, dil, ırk, toprak ve kültür gibi öğeler açısından türdeş olduğu (mütecanis) bir topluluğa bağlayan bağdır¹⁵. Bu bağ, esas itibarıyla bir milleti millet yapan şeydir. Burada millet kavramının içinden “biz” kavramı doğmaktadır. Biz ister istemez ötekilerden ayrı olarak bizde olan veya bizi biz yapan özelliğimizi yani farklılığımızı, ayrılığımızı ve başkalığımızı vurgular, yoksa hukuki bir anlam taşımaz¹⁶.

Bir devletin kurulabilmesi için gerekli olan ilk şey insan topluluğudur¹⁷. İnsansız bir devlet düşünülemez. İşte millet söz konusu insan topluluğunu nitelemek için kullanılan kavramlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, her insan topluluğunu millet olarak adlandırmak yanlış olacaktır. Zira bir topluluk hâlinde yaşayan insanların “millet” oluşturabilmesi ve sonunda bir devlet kurabilmesi için birtakım bağlarla birbirine bağlanmış olması gerekir. Bu bağların niteliği konusunda benimsenen görüşler çerçevesinde ortaya objektif ve sübjektif olmak üzere iki farklı millet tanımı çıkmaktadır¹⁸. İlk tanıda, milleti oluşturan insanlar birtakım objektif yani elle tutulur, gözle görülür (beş duyuyla hissedilir) bağlarla birbirine bağlanmaktadır. Bu bağlar ırksal, dinsel ve dilsel nitelikli bağlardır. Sözelimi, bir insan topluluğunu bir araya getirip, bir arada tutan şey en başta ırk birliğidir. Bu görüşte geçmişte ve günümüzde kurulan devletlerin çoğu açısından baktığımızda bir haklılık payı bulunsa da, bugün için bir milleti kuran temelin sadece ırk birliği olduğu söylenemez¹⁹. Millet asla aynı ırktan gelen kişilerin oluşturduğu bir topluluk değildir. Irk daha çok fizyolojik

-
- 14 WALZER, Michael: “Citizenship” In *Political Innovation and Conceptual Change*, first edition (birinci baskı), Cambridge, Cambridge University Press (1989), ss.211-219
 - 15 TURHAN, Turgut/TANRIBİLİR, Feriha Bilge: *Vatandaşlık Hukuku*, Ankara, 2012, 3. baskı, s. 23
 - 16 BAYRAKTAR, Levent: Mehmet İzzet Düşüncesinde İnsaniyete Açılan Pencere: Milliyet, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, cilt.4, Sayı. 1 (2007), <http://www.InsanBilimleri.com> (erişim tarihi: 14.6.2017)
 - 17 PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk*, Ankara 2015, 14. baskı, s. 140.
 - 18 GÖZLER, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (Ders Kitabı), Bursa 2014, 5. baskı, s.156 vd.
 - 19 Bu konuda ayrıca bkz. BEAUDIN, Hervé: *L’Idée de Nation* (Thèse pour obtenir le grade de docteur de l’université Paris-Sorbonne) Année 2012, Paris, <http://www.paris-sorbonne.fr> (erişim tarihi: 14.6.2017)



ve antropolojik birtakım özelliklere istinaden kurulmuş soyut bir gruptur. Bireyin iradesine dayanmayan, bugün artık gerçekliğini kaybetmiş yapay bir bağdan ibarettir. Öte yandan, dil ve din birliği de bir milleti oluşturan kuvvetli bağlar olsalar da tek başlarına milleti tanımlamakta yeterli olmamaktadır.

İkinci tanımda millet kavramı sübjektif bağlar üzerine inşa edilmektedir. Burada, millet ile kastedilen aynı topraklar (ülke) üzerinde yaşayan ve aralarında dil, tarih, duygu, ülkü, gelenek ve görenek birliği olan insan topluluğu' dur. Sübjektif millet görüşü, ilk olarak Ernest RENAN tarafından Sorbonne Üniversitesi'nde düzenlenen ve "millet" kavramının tartışıldığı 11 Mart 1882 tarihli bir konferansta dile getirilmiştir. RENAN, burada millet kavramını bir ruh, manevi bir ilke olarak tanımladıktan sonra bu ruhun, manevi ilkenin oluşumu için başlıca iki unsurdan söz etmiştir. Bu unsurlardan bir tanesi geçmişte, öbürü gelecekte bulunmaktadır. Geçmişte kalan unsur sahip olunan zengin hatıra mirasıdır; gelecekteki unsur ise birlikte yaşama ve müşterek hatıra yaratmaya devam etme yönünde beyan edilen istek ve kabuldür. Ortak hatıralarla dolu bir ulusal geçmiş esasen dayanışma duygusunun temelini teşkil eder. Kabul ise bu dayanışmanın devamlılığını sağlar. RENAN, bu anlamda bir milletin varlığını kendi tabiriyle her gün yapılan bir halkoylaması gibi görmektedir; tıpkı sıradan bir insanın varlığının, hayatın daimi bir teyidi olması gibi²⁰. Sonuç olarak RENAN'ın hâlâ güncelliğini koruyan sübjektif millet görüşü hayli pragmatik olduğundan pek çok başka düşünür tarafından da paylaşılmaktadır. Nitekim millet nedir sorusuna yanıt arayan GÖKALP de milletin irki bir birlik olmadığını, kültürel bir birliğe dayanan terbiye yani eğitim sonunda oluşan bir birlik olduğunu çalışmalarında dile getirmiştir²¹.

III. VATANDAŞLIĞIN TARİHSEL VE ÇAĞDAŞ NİTELİĞİ

Vatandaşlık kavramının tarihsel gelişimini incelemek, hiç kuşkusuz, vatandaşlığın hukuki boyutu başta olmak üzere diğer boyutlarının anlaşılmasını kolaylaştırıcı bir etkiye sahiptir. Vatandaşlık kavramına yönelik en eski tanım, Antik Yunan şehir devletlerinde ifadesini bulmaktadır. Buna göre, vatandaş (*civis*) hukuken devlet işlerine müdahale etme hakkı bulunan bir kişidir²². Bu tanımdan hareket edildiğinde,

20 LENTZ, Valéry-Xavier: "Qu'est-ce qu'une nation?" de Ernest Renan, *Le Taurillon-magazine eurocitoyen* (jeudi 25 juillet 2013); <http://www.taurillon.org> (erişim tarihi: 9.12.2016)

21 GÖKALP, Ziya: Makaleler VIII "Millet nedir?", Ankara 1981, s.151; FİLİZOK, Rıza: Ziya Gökalp'e Göre Millet ve Milliyetçilik, <http://www.ege-edebiyat.org> (erişim tarihi: 14.6.2017)

22 BAL, Hüseyin: Siyaset Teorisinde Vatandaşlık Modelleri: Herman R. Van Gunsteren'in

nüfusun ancak çok küçük bir kısmının bu sıfatı taşımaya ehil görüldüğü anlaşılmaktadır. Nitekim köleler (*serfler*), kadınlar, çocuklar ve yabancılar vatandaş olarak kabul edilmemiştir²³. Bu kişiler, edilgen (pasif) halk olarak kabul edildiklerinden, topluma karşı ileri sürebilecekleri haklardan mahrum bırakılmışlardı²⁴. Bunların dışında kalan hür erkeklerin ise vatandaş olabilmesi için topluma örnek, faziletli bir kişi olmaları gerekli ve yeterlidir. Bu uygulama, bugün anladığımız anlamdaki vatandaşlığın kişilere yüklediği yükümlülüğün de temelini teşkil etmektedir.

Ortaçağın ilk dönemlerinde, Hristiyanlığın giderek yaygınlaşması vatandaşlık kavramının anlamını da değiştirmiştir. Bu dönemde, ancak gerçek bir hristiyanın gökler ülkesinin vatandaşı olabileceği iddia edilmiştir. Bu iddiayla vatandaşlığın dünyevi anlamı hiçe sayılmıştır. Kişinin doğduğu ve üzerinde yaşadığı *patria* (vatan) denilen topraklara olan bağlılığının bu dönemde yapılan vatandaşlık tanımlarında bir yeri bulunmamaktadır. Senyör/vassal ilişkisi sebebiyle bir çeşit kişisel sadakat ilişkisine dönüşen siyasi bağlar, insanların ya İsa, Kilise ve kutsal topraklar ya da senyörler uğruna ölmek (şehadet) yoluyla onura kavuşabilecekleri bir yapıyı temsil etmeye başlamıştır. Bu bakımdan Hristiyanlık sadece Antik Yunan'daki vatandaşlık anlayışını reddetmekle kalmamış; fakat aynı zamanda kendi toplum anlayışını da beraberinde getirmiştir. Roma vatandaşlığından dışlanmış kölelerin, kadınlar ve çocukların hatta yabancıların kendilerini diğer bütün insanlarla eşit hissedecekleri, hemhâl olacakları ayrı bir toplum yaşantısını yansıtan Hristiyanlık; böylelikle Antik Yunan'daki kamusal değerleri bütünüyle silerek, Antik Yunan vatandaşlık anlayışını kökten değiştirmiştir. Hristiyanlıkla birlikte, vatandaşlık kavramının katılım, ortaklık, eşitlik gibi değerleri anlamını yitirmeye başlarken; topluma aidiyet, devlete hizmet gibi değerlerin yerine içe dönük (pasif) bir hayat tarzı geliştirmiştir²⁵.

Feodal dönemde toplum katı hiyerarşik bir yapılanma göstermiş ve bu yapılanma örf-adet hukukuyla iyice perçinlenmiştir. Orta Çağ şehir devletleri, burjuvaların ekonomik bir etkinlik modelinden sağlayacağı karşılıklı çıkar anlayışının temelinde inşa edilen bir birlik niteliği

Sınıflandırması, *Turkish Studies* (Fall 2015), Volume 10/14, ss. 17-36, s. 21

23 Bunun da sebebi, anılan toplumsal kesimlerin kamu alanına katılım için uygun görülmemesiydi. Çünkü vatandaşlık özünde herkesin ortak bir alana eşit olarak katılması fikrine dayanır. ÖZKAZANÇ, Alev: Toplumsal Vatandaşlık ve Neo-Liberalizm Sorunu, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* (2009), S.64, c. I, s.250.

24 AYBAY, Rona/ÖZBEK, Nimet: *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul 2015, 4. baskı, s. 8. (Vatandaşlık Hukuku)

25 POLAT, Ezgi Güzel: Osmanlıdan Günümüze Vatandaşlık Anlayışı, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/3, s.131.(Osmanlı'dan Günümüze Vatandaşlık Anlayışı)



arz ettiğinden vatandaş her şeyden önce burjuvaların özgürlüklerini güvence altına alan bir kişi olarak mütalaa edilmiştir. 13. yüzyılda ulusal monarşilerin gelişmeye başlamasıyla kilisenin, feodal güçlerin ve hatta evrensel imparatorluk düşüncesinin önemi gitgide azalmıştır. Bu süreç, vatan ve vatandaşlık kavramlarının anlam ve içeriğinde ciddi bir değişim meydana getirmiştir. Vatan bu şekilde bir yandan kutsallığını devam ettirirken; öbür yandan siyasi bir anlam ve içerik kazanmıştır. Vatan güncellenen anlam ve içeriğiyle siyasi iktidarın uygulandığı coğrafik bir alana indirgenirken, modern devlet kurgusunun içerisine yerleştirilmiş ve vatandaşlık kavramı da ulus-devlete evrilen devlet yapılanmasının bünyesindeki değişen içeriğiyle bugünlere gelmiştir²⁶.

Vatandaşlığın millet kavramıyla olan yakın ilişkisi aynı döneme denk gelmektedir. 19. yüzyılda özellikle Avrupa'da ulus-devletler iyice yaygınlaşmıştır. Vatandaşlığın hukuki statüsü bu dönemde ulus-devlete olan bağlılıktan kaynaklanmaktadır. Bu anlamda vatandaşlık kişi ile devlet arasındaki hukuki ilişkiyi yaratan ve meşruiyetini bu ilişkiden alan bir kurum olarak değerlendirilmektedir²⁷. Kişi ile devlet arasında kurulan vatandaşlık ilişkisinin temelinde ise vatan ve yurt kavramları bulunmaktadır. O hâlde vatan veya yurt kişi ile devlet arasındaki ilişkinin somut bir göstergesi olmaktadır. Bu açıdan vatandaşlıkta aynı etnik kökene mensubiyetten daha çok vatana olan bağlılığın derecesi önem kazanmaktadır. Dolayısıyla millet, aynı etnik kökene mensup olan kişilerin oluşturduğu sınırlı bir gruptan ziyade vatana aynı derecede bağlı kişilerden meydana gelen bir topluluktur. Bu dönemde vatandaşlık ile vatanperverlik arasındaki ilişki hiçbir dönemde olmadığı kadar yakındır.

Vatandaşlık kavramına yönelik liberal bakış açısı Fransız Devriminin bir ürünüdür. Bu dönemde vatandaşların sahip olduğu hakların taşıdığı öneme ilaveten Anayasaya olan bağlılık, mensup olunan etnik bir kökene kıyasla daha değerlidir. Immanuel KANT'ın kişilerin gerçek anlamda insan olabilmeleri için özgür iradeleriyle hareket etmeleri gerektiği yönündeki düşüncesi vatandaşlık kavramını da derinden etkilemiştir. Bu bakımdan vatandaşlığın doğuştan gelen bir özellik (soyluluk) olmasının çok ötesinde, kişiye devlet ile olan ilişkisinde talebi doğrultusunda bir takım haklar sağlayan bir statü²⁸ olduğu fikri bu dönemde yaygınlık kazanmıştır. Bu şekilde vatandaşların eline milliyetçi ideolojinin de

26 POLAT, Osmanlıdan Günümüze Vatandaşlık Anlayışı, s.132

27 Bu konuda bkz. FİŞEK, Anayasa ve Vatandaşlık, s.2

28 Bu yönde bkz. ŞİT, Banu: Modern Vatandaşlık Kavramına Bir Bakış, *TBB Dergisi* (2008), Sayı. 76, s. 67, dpnt. 8



tesiriyle kendi kaderlerini kendilerinin tayin etmesi fırsatı geçmiştir. Burada siyasi haklar son derece önemlidir. Oy kullanma hakkına sahip kişi sayısı arttıkça da, daha fazla kişi adalet talep eder hâle gelmiştir.

Görüldüğü üzere, Fransız Devrimi ile birlikte ulus-devlet ve siyasi katılım kavramları birbirleriyle daha bir uyumlu hâle gelmiştir. Ulus-devletlerde vatandaşlık siyasete katılımın bir ön koşulu olarak kullanılmaktadır. Oysa günümüzde küreselleşme sürecinin de etkisiyle vatandaşlığın, bir zamanlar parçası olduğu ulus-devletten ufak ufak kopmaya başladığı gözlenmektedir. Geçmişte, insanların vatandaşlık bağıyla siyasal alana dahil olmalarının şartlarını yaratan ve kendi kendilerinin kaderlerini tayin etmelerini temin eden ulus-devletler bugün siyasal katılımın önünde bizzat engeller yaratmaktadır. Siyasal katılımın tabanının genişletilmesi, yani siyasal katılımın demokratikleşmesi için vatandaşlığın milletten arındırılması gerektiği ileri sürülmektedir²⁹.

20. yüzyıla gelindiğinde sosyal vatandaşlığı destekleyenler devletlere her şeyden önce kişilerin bütün medeni, siyasi ve ekonomik haklarını tanımaları yönünde talepte bulunmuşlardır. Modern vatandaşlık kavramı içerisinde zaten medeni, siyasi ve ekonomik haklar bulunmaktadır. Bununla birlikte, vatandaşlığın bunların dışında sosyal hakları da kapsadığı görüşü oldukça yenidir. Aslında sosyal vatandaşlık refah devleti politikalarının uygulamaya konmasıyla ortaya çıkmıştır. İngiliz teorisyen T.H. MARSHALL'a göre tarihi gelişim sürecinde üç tür vatandaşlık bulunmaktadır. Bunlardan ilki, medeni vatandaşlıktır. Medeni vatandaşlık ifade özgürlüğü, adalet hakkı ve bireysel özgürlük gibi hak ve özgürlükleri bünyesinde barındırmaktadır. İkinci olarak, siyasi vatandaşlık yerel yönetimler ve ulusal parlamento aracılığıyla siyasi güce katılma gibi haklardan meydana gelmektedir. Üçüncü ve son olarak, sosyal vatandaşlık iktisadi refah hakkı ve toplumsal mirası paylaşma, topluma egemen olan standartlara uygun bir şekilde uygar bir insan olarak yaşama hakkını güvence altına almaktadır³⁰. Bu açıdan bakıldığında, vatandaşlığın gelişimi ile hakların gelişimi arasında yakın bir ilişki bulunduğu sezilmektedir. Nitekim sosyal vatandaşlığın sosyal hakların en ileri düzeye eriştiği 20. yüzyıla ait bir kavram olması da bu tarz bir yorumu desteklemektedir. Zaten MARSHALL da vatandaşlıkla ilgili olan çözümlenmesini haklara ve hakların gelişim sürecine dayandırmış

29 KADIOĞLU, Ayşe: Vatandaşlık ve Siyasi Katılım (2008), **Ergun Özbudun'a Armağan**; <http://www.research.sabanciuniv.edu> (erişim tarihi: 19.12.2016)

30 T. H. MARSHALL' a atfen SARIİPEK, Doğa Başar: Sosyal Vatandaşlık ve Günümüzde Yaşadığı Dönüşüm: Aktif Vatandaşlık (Sosyal Politika Açısından Bir Değerlendirme), Çalışma ve Toplum, 2006/2, s.70.



bulunmaktadır. Onun için vatandaşlık birçok hakka ve güce erişim sağlayan bir durumdur. O hâlde vatandaşlıktan söz edebilmek için, vatandaşlık statüsünün kapsadığı hakların artırılarak, ayırım gözetmeksizin herkese toplumun tam ve eşit üyeleri olarak davranılması sağlanmalıdır. Bu doğrultuda, içinde bulunduğumuz 21. yüzyılda refah devletinin iyice yükselmesiyle birlikte, önemli sayıda düşünür vatandaşlığın yaşam hakkı ve çalışma hakkı gibi birçok hakkı içine alacak şekilde genişletilmesi gerekliliğini savunmaktadır. Netice itibariyle, çağdaş vatandaşlığın siyasi katılım hakkını tesis ettiği görülmektedir. Buna karşılık vatandaşlar, temsili demokrasilerde daha ziyade bu haklarını uzaktan, seçtikleri temsilciler vasıtasıyla kullanmaktadır. Çağdaş vatandaşlık bu anlamda pasif niteliklidir. Vatandaşların eylem kabiliyeti sınırlı olup, bu imkan seçilmişlere tanınmıştır. Vatandaşlık eylemde bulunmayı teşvik etmez, tersine sınırlandırır. Yine de vatandaşlar her zaman devlete karşı olan yükümlülüklerinin farkındadır; neleri yapabileceklerini, neleri yapamayacaklarını ve bunların sınırlarını gayet iyi bilir.

IV. VATANDAŞLIĞIN HUKUKİ BOYUTU

Vatandaşlığın hukuki boyutu konusunda, kavramın tarihi gelişimi içerisinde birbirinden çok farklı pek çok görüş ileri sürülmüştür. Fransız Devrimi'ne kadar olan süreçte, kişiler devlet karşısında herhangi bir hak talep edemeyen, devlet karşısında sadece yükümlülükleri bulunan tebaa olarak görülmüştür.

Tarihi süreçte, vatandaşlığın hukuki boyutuyla ilgili olarak savunulan görüşleri, esas itibariyle, dört başlık altında toplamak mümkündür.

A. Sürekli Sadakat Bağı Görüşü

Tarihsel kökenini feodalite döneminde bulan bu görüş çerçevesinde vatandaşlık kişi ile devlet arasındaki sürekli sadakat bağına ifade eden ve siyasi yönü ağır basan bir bağıdır. Bu bağ ile kişi üzerinde doğduğu ve yaşamını sürdürdüğü toprağın sahibi olan hükümdara karşı zorunlu olarak devamlı surette bir itaat ve sadakat borcu altına girmektedir. Bu açıdan kişinin vatandaşlığını değiştirmek marifetiyle söz konusu itaat ve sadakat borcundan kurtulması mümkün değildir³¹. Hiç kimsenin hükümdara yüz çevirmek, memleketini terk etmek yetkisi yoktur³². Sürekli sadakat bağı görüşü, günümüzde etkisini önemli ölçüde yitirmiş olsa da; bunun

31 DUCKETT, Keith: The Meaning of Citizenship: A Critical Analysis of Dual Nationality and The Oath of Renunciation, *Immigr.& Nat'lity L. Rev.* (2000), Vol. 21, ss. 717-733, s. 719.

32 *nemo potest excuere patriam.*

özellikle Anglo-Amerikan hukuku sisteminde bıraktığı derin izler hâlâ daha görülebilmektedir. Nitekim 1948 tarihli İngiliz Vatandaşlık Kanununda sadakat yemini açık bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır³³.

Sürekli sadakat bağı görüşü çerçevesinde devlet kimlerin vatandaş kılınacağını serbestçe saptamaktadır. Devlet kendi yapısını etkileyen fikirlere ve yüksek menfaatlerine göre vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi şartlarını belirlemek serbestisine sahiptir³⁴. Bu görüş, günümüze kadar çeşitli hukuk sistemlerini etkilemiş ve hâlâ da etkilemeye devam etmektedir. Bununla birlikte, bu görüşün vatandaşlık kavramının sosyolojik boyutunu görmezden gelerek kişinin devlet karşındaki çıkarlarını ihmal ettiğine yönelik gelen tenkitler üzerine günümüzde katı uygulamadan vazgeçilerek, vatandaşın da devlet karşısında bir miktar hakları bulunduğu fikri kabul edilmeye başlamıştır.

B. Sözleşme veya Hukuki İlişki Görüşü

Vatandaşlığı kişi ile devlet arasında kurulan bir sözleşme veya hukuki ilişki olarak değerlendiren görüşler, esas itibarıyla, bir önceki görüşte ifadesini bulan kişinin devlete olan bağlılığını ortadan kaldırmak üzere ortaya atılmıştır. Kaynağını Jean Jacques ROUSSEAU' nun toplumsal sözleşme (contrat social) teorisinden³⁵ alan bu görüşlere göre; vatandaşlık kişi ile devlet arasında karşılıklı haklar ve borçlar doğuran bir sözleşmedir. Bu da demek oluyor ki; vatandaşlığın hukuki boyutu kişi ile devlet arasında akdedilen ve bunların karşılıklı olarak taahhütlerini içeren sözleşmede saklıdır. Vatandaşlık bağının özü sözleşmeseldir ve bu bağ ancak taraf iradelerinin birleşmesinden doğar. Bu şekilde kurulan sözleşme, borçlar hukukundaki tam iki tarafa borç yükleyen (contrat synallagmatique) sözleşmelere benzemektedir. Zira burada devlet vatandaşına kanunlarının himayesini bahşetmekte, ona medeni ve siyasi haklar tanımakta ve söz konusu haklara her yerde saygı gösterilmesini sağlamaktadır. Buna karşılık vatandaşından da kanunlarına uymasını, kamu harcamalarına katılmasını ve saldırı hâlinde ülkesini savunmasını talep etmektedir. Sonuç olarak kişi ile devlet karşılıklı haklara sahip olmuş ve yükümlülüklerini üstlenmişlerdir. Kişi için hak olan, devlet için borçtur; devlet için hak olan ise kişi için bir borçtur³⁶.

33 DOĞAN, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2016 13. baskı, s. 9. (Türk Vatandaşlık Hukuku)

34 GÖĞER, Erdoğan: **Türk Tabiiyet Hukuku**, Ankara 1974, 2. bası, s. 8. (Türk Tabiiyet Hukuku)

35 ROUSSEAU, Jean Jacques: **Toplumsal Sözleşme, ya da Politik Hakkın İlkeleri** (çev. Aziz YARDIMLI), İDEA Cep Kitapları, İstanbul 2011, s.24-25

36 BERKİ, Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku, s. 16



Sadece Fransız hukukunu etkilemiş olan bu görüşün ortaya atılmasının önemli bir nedeni önceden 1927 tarihli Vatandaşlık Kanunu kabul edilinceye kadar Fransa'da vatandaşlık konusunun Medeni Kanunda (Code Civil) düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki; bugün için bu görüşü benimsemek hayli zor görünmektedir³⁷. Zaten bu görüşü pek çok açıdan eleştirmek mümkündür. Bir kere, her şeyden önce bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için ehliyetin varlığı ön koşuldur. Hâlbuki vatandaşlığın doğum yoluyla kazanılmasında ehliyetin herhangi bir rolü bulunmamaktadır. Çocuk, doğmakla vatandaşlık alır. Eğer vatandaşlık sözleşmesel bir nitelik taşıyaydı, bu mümkün olmazdı. Ayrıca sözleşme iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette iradelerini beyan etmeleriyle tamam olur. Buna karşılık, vatandaşlık eşin vatandaşlığının kendiliğinden kazanıldığı evlenmelerde olduğu gibi bazı durumlarda irade dışı kazanılabilmektedir. Benzer şekilde; vatandaşlık vatandaşlıktan çıkarma, vatandaşlığa alınma kararının iptali ve kaybettirme gibi hâllerde bu sefer muhatap kişinin iradesi dışında da kaybedilebilmektedir. Sonuç olarak vatandaşlık ilişkisinde devlet egemen güç olarak üstün konumdadır ve kimlere hangi şartlar altında vatandaşlık vereceğini veya kimlerin vatandaşlığına son vereceğini kendisi belirlemektedir. Bu şartlar altında vatandaşlığın sözleşmesel bir ilişki olduğu görüşü kabul edilebilir değildir.

C. Sosyolojik Görüş

Sosyolojik görüş, devletin vatandaşlık şartlarını tek başına serbestçe saptaması prensibine karşı çıkmaktadır. Bu açıdan, vatandaşlığın hukuki boyutunu açıklamak yerine, devletin vatandaşlık şartlarını saptarken sosyolojik gerçeklere uygun davranması gerektiğini kabul etmektedir. Devletin vatandaşlık şartlarını tayin serbestisi sosyal gerçeklerle sınırlı olmaktadır. Bu anlamda kişinin milliyeti, yerleşim yeri gibi birtakım sosyal gerçekler, kişi lehine vatandaşlığın doğumuna yol açmakta ve devlet bunların karşısında sadece bu vatandaşlığı tanımak durumunda kalmaktadır. Zira sosyal gerçeklere aykırı düşen bir vatandaşlık mevzuatı milletlerarası alanda asla geçerli olmaz. Bu itibarla sosyolojik görüşten hareket eden sistemler vatandaşlık hukukunu milletlerarası hukukun bir parçası olarak görmektedir. Devletlerin vatandaşlık kanunları, milletlerarası alanda benimsenen sosyal gerçeklerle sınırlı olmaktadır. Vatandaşlık kanunlarının geçerliliği, bunların milletlerarası alanda kabul edilen prensiplere uyumuna bağlıdır. Sosyolojik görüş, devletin vatandaşlık hukuku alanındaki çıkarlarını sınırlayıcı bir etkiyi haizdir.

37 DOĞAN, Türk Vatandaşlık Hukuku, s. 10



Bu görüş, devletin egemenlik hakkına dayanan serbestisini büyük ölçüde daraltmaktadır³⁸.

D. Hukuki Statü Görüşü

Hukuki statü görüşü çerçevesinde, vatandaşlık devletin kişiye belirli haklar tanıyıp, belirli borçlar yüklemesine vasıta olan bir hukuki statü olarak ele alınmaktadır³⁹. Burada devlet ile kişi arasında bir tür kamu hukuku ilişkisi kurulmaktadır. Bu açıdan taraflar arasında bir eşitlikten söz edilemez. Zira kamusal menfaat daima ön planda gelmektedir. Devlet, vatandaşlık şartlarını tayin ederken esasında kendi kurucu unsuru olan insan topluluğunu belirlediğinden pek tabii kendi menfaatini önde tutmaktadır. Devletin bu konudaki serbestliği Uluslararası Adalet Divanında çeşitli vesilelerle birçok kez teyit edilmiş bulunmaktadır.

Bütün bu açıklamaların ışığında şu sonuca ulaşmak mümkündür: Devletler vatandaşlık şartlarını tayinde serbesttirler. Zira vatandaşlık devletin kuruluş ve devamlılığının temelini teşkil etmektedir. İşte devletler bu serbestiye dayanarak kimlerin, ne şartlarda vatandaş olacağını tek taraflı olarak düzenleme yetkisine sahiptir. Hukuki statü görüşüne göre, devletlerin bu şekilde kendi menfaatleri doğrultusunda ve tek taraflı olarak belirlediği vatandaşlık şartlarını taşıyan kişilerle aralarında hukuki bir bağ kurulmaktadır. Devlet bir kamu hukuku ilişkisi olarak nitelendirilen bu bağı tek taraflı olarak kurduktan sonra, kişi vatandaş sıfatını kazanır. Vatandaşlık sıfatını alan kişi bu andan itibaren hukuki bir varlıktır. Bu sebeple, artık hukuka uygun olmak kaydıyla dilediği şekilde davranabilir; hukuka aykırı bir davranışa maruz kaldığında da devletten hukuki koruma talep edebilir⁴⁰.

E. Vatandaşlığın Hukuki Boyutuna Yönelik Görüşlerin Değerlendirilmesi

Vatandaşlığın hukuki boyutuyla ilgili olarak yukarıda bahsi geçen görüşler birlikte değerlendirildiğinde, vatandaşlığın devletin kendi menfaati doğrultusunda egemenlik hakkını kullanmak suretiyle şart ve hükümlerini tayin ettiği bir hukuki statüyü gerçekleştiren, kişi ile arasında kurulan hukuki bir bağdan ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Devlet bir kamu hukuku ilişkisi olarak nitelendirilen bu bağı tek taraflı

38 GÖĞER, Türk Tabiiyet Hukuku, s. 8-9

39 HEYWOOD, Andrew: *Political Ideas and Concepts, An Introduction*, New York, St Martin's Press, 1994, s.155

40 LEYDET, Dominique: Citizenship (ed. Edward N. ZALTA), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 edition), <http://www.plato.stanford.edu> (erişim tarihi: 15.12.2016)



kurduktan sonra, kişi vatandaş sıfatını almaktadır. Kişinin vatandaşlık sıfatını almasıyla birlikte, vatandaşlığın maddi/iç ve milletlerarası olmak üzere iki yönü ortaya çıkar.

Vatandaşlığın maddi/iç yönünde başlıca iki unsurun varlığı dikkat çekmektedir. Bu unsurlardan ilki, vatandaşlık kavramının ifade ettiği kişi ile devlet arasında kurulan hukuki ilişkidir. Diğer unsur, vatandaşlık kavramında yer alan ve kişinin hukuken tespit edilmiş vasfı olarak ortaya çıkan hukuki statüdür⁴¹. O hâlde vatandaşlığın maddi/iç yönü şeklen bir devlete aidiyeti gösterirken; içerik olarak kişinin bir vasfı olarak tezahür eden bir hukuki statüyü ifade etmektedir. Kişi devlet ile arasında vatandaşlık bağı kurulduğu anda vatandaşlık statüsünü alır. Kişi bununla devletin kendi vatandaşları için getirmiş olduğu hukuk düzeninin muhatabı olur. Kişi bu düzenin kendisine tanıdığı haklardan yararlanır; buna karşılık, bu düzenin kendisine yüklediği borçları yerine getirir.

Vatandaşlığın milletlerarası yönü ise, devletlerin milletlerarası alanda kişisel yetkisinin tayininde kullanılan kıstaslardan birisidir. Devletin kişisel yetkisinin milletlerarası alana teşmili vatandaşın diplomatik himaye hakkından yararlanması, vatandaşın ülkeye kabul zorunluluğunun bulunması ve suçluların iadesi kapsamında vatandaşın iade edilmezliği prensibi vasıtasıyla olmaktadır.

Görüldüğü üzere, vatandaşlığın hukuki boyutuna yönelik yukarıda açıklanan görüşlerden her biri, konuya vatandaşlığın bir yönüyle yaklaşmıştır. Bugün için, vatandaşlığın bir kamu hukuku ilişkisi olduğu; bununla kişinin şart ve hükümleri önceden devlet tarafından egemenlik hakkına dayanılarak tek taraflı olarak tespit edilmiş bir hukuki statüye girdiği⁴² kabul edilmektedir. Bu statüyle birlikte kişi ile devlet arasında kurulan ilişki tam manasıyla bir sözleşme olmayıp, esas itibarıyla devlet menfaatinin ön planda olduğu kamu hukuku karakterli bir ilişkidir. Diğer bir deyişle, devlet sosyal gerçekleri göz önünde bulundurup, milletlerarası hukukun kaidelerine ve insan haklarıyla ilgili güncel gelişmelere ters düşmedikçe vatandaşlık hukuku alanında kendi menfaatinin daima üstün tutarak egemenlik hakkına dayanarak tek taraflı olarak düzenleme yapma serbestisine sahip olmaktadır⁴³.

41 NÖMER, Ergin: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul 2016, 22. Bası, s. 21. (Türk Vatandaşlık Hukuku)

42 Bu yönde bkz. WANG, Stephanie: Does The Nationality Law, and Its Prohibition of Dual Nationality, Need Reform..., **Tsinghua China Law Review** (2010-2011), Vol.3, ss. 313-334, s.316.

43 DOĞAN, Türk Vatandaşlık Hukuku, s. 11



V. VATANDAŞLIĞIN GENEL ESASLARI

Devletler, daha önce de ifade edildiği üzere vatandaşlığın şart ve hükümlerini tespit ederken, bütünüyle serbest değildir. Devletler vatandaşlığa ilişkin hüküm koyarken milletlerarası hukukta kabul edilen bazı genel esaslarla sınırlandırılmıştır. Buna göre; herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır; herkesin yalnız bir vatandaşlığı olmalıdır; kişi vatandaşlığını seçmede ve değiştirmede serbest olmalıdır. Nitekim 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 15. maddesinde “1- Her kişinin bir vatandaşlık hakkı vardır. 2- Hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından ve vatandaşlığını değiştirmek hakkından mahrum edilemez” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir⁴⁴.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 4. maddesinde de taraf devletlerin vatandaşlığa ilişkin kurallarının temel alacağı ilkeler düzenleme altına alınmıştır. Buna göre “herkes vatandaşlık hakkına sahiptir”; “vatansızlık önlenmelidir”; “hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından mahrum edilemez”⁴⁵.

Vatandaşlığın genel esaslarını teşkil eden söz konusu ilkeler, esasında devletlerin ulusal yetkilerinin kapsamına giren vatandaşlık konusunu düzenlerken göz önünde bulundurmaları gereken ideallerdir. Bununla birlikte, bunların gerçekte tam olarak uygulanabildiklerini söylemek hayli zordur. Her devletin vatandaşlık düzenlemeleri kendi menfaatleri ve günlük politikalar dolayısıyla bu esaslardan az ya da çok sapmalar göstermektedir. Bu sebeple, bu üç esas uluslararası hukuk açısından uzun dönemde varılması istenen hedefler olarak kabul etmek daha yerinde olur. Buna karşılık, son dönemde vatandaşlık konusunda akdedilen uluslararası sözleşmeler ve bunların ışığında yapılan ulusal kanunların, çoğunlukla bu hedeflere yaklaşma eğilimi göstermeleri sevindirici bir gelişme olsa da, özellikle ikinci esas açısından bazı haklı gerekçelerle bunun tam tersinin geçerli olduğu söylenebilir.

A. Herkesin Bir Vatandaşlığı Olmalıdır

Herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır. Bununla birlikte, bu prensip uygulamada ihlal edilmekte ve herhangi bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı bulunmayan kişilere sık sık rastlanılmaktadır. Bu durumda bulunan

44 Bu düzenlemeyle birlikte, kişilerin bir vatandaşlığa sahip olma konusundaki menfaati uluslararası hukukça da tanınmış bulunmaktadır. Bu konuda bkz. ROBINSON, Nehemiah: **The Universal Declaration of Human Rights: Its Origin, Significance, Application, and Interpretation** 123 (1958) Burada 15. madde uluslararası hukuk tarihinde büyük bir yenilik olarak takdim edilmektedir.

45 Bu konuda bkz. çev. AYKAÇ, Alper Can: Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, **TBB Dergisi** (2008), S. 77, s. 361-362



kimselere vatansız (*heimatlos*) adı verilmektedir. Vatansız vatandaşlığı bulunmayan ya da vatandaşlığı saptanamayan kimselerdir. O hâlde, vatansızlık vatandaşlığın yokluğu veya saptanamaması hâlidir⁴⁶.

Herkesin bir vatandaşlığı olmalıysa, hiç kimse vatansız duruma düşmemelidir. Demek ki vatansızlık düzene aykırı, anormal ve hatta sakıncalı bir durumdur. Gerçekten vatansızlık kişinin hem kendisi, hem ülkesinde bulunduğu devlet hem de toplumun geneli için arzu edilmeyen ve önlenmesi gerekli bir durumdur.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde ifadesini bulan “*her kişinin bir vatandaşlık hakkı vardır*” esası ahlaki bir değer taşısa da, hukuken bunu sağlayıcı bir mekanizma yoktur. Zira kişi kendisinin vatandaşlık hakkının tanınması yönündeki talebini sadece bir devlete karşı ileri sürebilir. Buna karşılık, devletler kural olarak kendilerine yöneltilen böyle bir talebi kabul etmek mecburiyetinde değildir. Nitekim 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statülerine İlişkin Sözleşmenin 1. maddesinde vatansız kişi “*kendi kanunlarının işleyişi içinde hiçbir devlet tarafından vatandaş olarak sayılmayan bir kişi*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle devletlerinin kendi kanunlarının işleyişi içinde bir kişiyi vatansız bırakmaları olasıdır⁴⁷.

Vatansızlığın çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Sözgelimi, vatansızlık doğum yoluyla vatandaşlığın kazanılması hâlinde devletlerin farklı esasları benimsemiş olmalarından kaynaklanabilir. Doğum yeri esasını (*ius soli*) kabul etmiş bir devletin vatandaşı ana babanın çocuğu, kan esasını (*ius sanguinis*) kabul etmiş bir devletin ülkesinde dünyaya gelirse vatansız kalacaktır. Yine bir devlet kendi vatandaşını vatandaşlıktan çıkarmışsa ve bu kişi başka bir devletin vatandaşlığını da kazanamamışsa da vatansız kalacaktır. Devletler kimi zaman siyasi ya da ideolojik sebeplerle kişileri vatandaşlıktan yoksun bırakacak uygulamalar içerisine girmişlerdir⁴⁸.

Vatansızlık, başta kişinin kendisi olmak üzere ilgili devlet ve toplum için de istenmeyen, sakıncalı bir durumdur. Bir kere, devlet vatandaşlık bağı aracılığıyla kendisine varlık veren topluluğun üyelerini kolayca saptamakta; bu kişilere bazı haklar ve yükümlülükler tevdi etmektedir. Vatansızlıktan yoksun bir kişi bulunduğu ülkede devletin sağladığı bu hakların bazılarında yararlı olsa bile; askerlik hizmeti gibi izafe ettiği yükümlülükleri yerine getiremez. Zaten uluslararası hukukta kabul edildiği üzere bir devlet askerlik ödevini yalnızca kendi vatandaşları

46 BERKİ, Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku, s.21-22

47 BATCHELOR, Carol A.: Stateless Persons: Some Gaps in International Protection, *International Journal of Refugee Law*(1995), Vol. 7, ss.232-234

48 AYBAY/ÖZBEK, Vatandaşlık Hukuku, s. 52



için zorunlu kılabilir. Bu durum vatansız için kimi kez haksız bir avantaj hâlini almaktadır.

Diğer yandan, vatandaşlıktan yoksun bir kişinin yaptığı hukuki işlemlerin geçerliliğinin saptanmasında bu kişinin ehliyetinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi de hayli zor olacaktır. Zira kişinin ehliyetinin tayini daha ziyade vatandaşlık bağıyla bağlı bulunduğu devletin hukukuna bırakılmıştır. Oysaki vatandaşlıktan yoksun bir kişi için böyle bir hukuk mevcut değildir⁴⁹.

Vatansız bir kişinin bulunduğu ülke makamlarınca sınır dışı edilmesi de ayrı bir problem teşkil etmektedir. Çünkü devletler, başka devletlerce sınır dışı edilen vatandaşlarını ülkeye kabule mecburdur. Bununla birlikte, hiçbir devlet başka bir devlet tarafından sınır dışı edilen vatansız ülkesine sokmak zorunda değildir. Bu yüzden, ülkede bulunması sakıncalı bile olsa, vatansız bir kişiyi sınır dışı etmek pratikte imkansızlaşabilir⁵⁰.

Vatandaşlıktan yoksun bir kişi, herhangi bir devletin diplomatik himayesinden mahrumdur. Çünkü devletler, ancak kendi vatandaşlarına diplomatik himaye sağlayabilirler. Buna karşılık, kişiler de yalnızca vatandaşlık bağıyla bağlı oldukları devletten talepte bulunabilir, koruma isteyebilir.

Bunların dışında, vatansız bir kişi herhangi bir ülkede kalma, ikamet etme, çalışma gibi konularda da öteki yabancı gruplarına kıyasla daha dezavantajlı bir konumdadır. Ayrıca bunlara kimlik kartı, pasaport gibi belgelerin temini de kolay olmamaktadır⁵¹.

49 Pek tabii burada kişinin şahsi statüsünün (ehliyetinin) vatandaşlık dışında yerleşim yeri, mutad mesken gibi başka irtibat noktalarıyla saptandığı değişik hukuk sistemleri bulunduğunu da hatırlatmakta fayda var. Yine vatandaşlık prensibinin yetersiz kaldığı durumlarda da yerleşim yeri veya mutad meskenin ikincil/tamamlayıcı bağlama noktaları olarak uygulandığı da dikkati çekmektedir. Sözelimi, 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statülerine İlişkin BM Sözleşmesi'nin 12. maddesinde vatansızların kişisel statüsü olarak ikametgah (yerleşim yeri) hukukunun, bunun bulunmadığı hâllerde ise sakin olduğu yer (mutad mesken) hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ARSLAN, İlyas, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, İstanbul, 2014, s.11

50 Sınır dışı etme, bu işleme maruz kalan kişi bakımından son derece olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple, sınır dışı edileceklerin hukuk düzenlerinde tanınan güvencelerden yararlandırılması son derece önemli olmaktadır. Ancak hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olmayan kişiler bu güvencelerden dahi yararlanamayacak bir konumdadır. Bu bakımdan söz konusu kişilerin kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından herhangi bir sakıncalı durumu bulunmamak kaydıyla bunların sınır dışı edilmemeleri konusunda farklı hukuk düzenlemelerinde hükümler yer almaktadır. Bu konuda Türk hukukunda Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun "Vatansız kişilere tanınan haklar ve güvenceler" başlıklı 51. maddesinin 1. fıkrasının b. bendinde de bu yönde bir hüküm bulunmaktadır.

51 AYBAY/ÖZBEK, *Vatandaşlık Hukuku*, s. 54



Bütün bu sayılan sakınca ve zorluklar, uluslararası düzeyde vatansız kişiler üzerinde daha fazla çalışılmasını sağlamıştır. Nitekim Birleşmiş Milletler öncülüğünde imzalanan 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statülerine İlişkin Sözleşmeyi, yine Birleşmiş Milletlerin öncülüğünde imzalanan 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Sözleşme izlemiştir. Bu Sözleşmede taraf devletlerden kendi topraklarında doğan çocuklar ile kendi vatandaşlarının yurtdışında dünyaya gelen çocuklarına, bunların vatansız kalacak olmaları hâlinde vatandaşlık vermeleri istenmektedir. (m.1) Yine de bu düzenlemenin büyük mülteci akınlarını saymazsak, çok küçük bir insan topluluğu üzerinde etkili olduğu söylenebilir. Bu hâlde bile Sözleşmeye taraf olan 25 devletten hiçbirisinin uygulamada bu hükmü dikkate almaması ilginçtir. Sonuç olarak vatansızlık uluslararası kural koyucular için son derece çekici bir konuyken, bu konudaki somut düzenlemeler de bir o kadar kısır ve ulusal düzenlemelerin tahdidi altındadır.

Esasında bu gelişmelerde hemen hemen aynı dönemlerde mültecilerle ilgili yürütülen çalışmaların da katkısı göz ardı edilemez. Bunun tersi de geçerlidir. Gerçekten vatansızlıkla ilgili çalışmalar da mültecilerle ilgili çalışmalara yardımcı olmuştur. Vatansızlığın önlenmesine yönelik atılan bu somut adımlar her ne kadar korunmaya muhtaç insanların sayısında bir düşüş meydana getirmese de, vatandaşlık bağıyla bağlı oldukları devletle ilişkileri zayıflamış, fiilen vatansız kalmış mülteciler üzerinde de etkilidir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Özel Raportörü Manley HUDSON, bu durumu söz konusu çalışmaların ibreyi hukuki (*de jure*) vatansızlardan fiili (*de facto*) vatansızlara kaydırıldığı şeklindeki açıklamasıyla özetlemiştir⁵².

Bunların dışında, Uluslararası Kişi Hâlleri Komisyonu'nun öncülüğünde 13 Eylül 1973 tarihinde Bern'de imzalanan Vatansızlık Hâllerinin Sayısının Azaltılmasına İlişkin bir Sözleşme⁵³ daha bulunmaktadır⁵⁴. Bu Sözleşmede düzenleme altına alınan vatansızlık hâlleri fiili olmayıp, hukuki vatansızlıktır.

52 HUDSON, Manley O.: Report on Nationality Including Stateless, International Law Commission 4th Session (Birleşim): UN Doc.A/CN.4/50, 21 February (Şubat) 1952, s. 49

53 Türkiye bu Sözleşmeyi 17.04.1975 tarih ve 1883 sayılı Kanun ile onaylamıştır. RG: 4.5.1975 tarih ve 15226 Sayı.

54 Vatansızlık Hâllerinin Sayısının Azaltılmasına İlişkin Sözleşmenin 1. maddesine göre; “bu Sözleşmeye taraf olan devletlerden birinin vatandaşı olan kadının çocuğu, vatansız kalması hâlinde, doğumla anasının vatandaşlığını kazanır. Bununla beraber, anaya ait nesep vatandaşlık bakımından ancak, nesebin tespit edildiği gün geçerli oluyorsa, küçük çocuk o gün anasının vatandaşlığını kazanır”.



B. Herkesin Yalnız Bir Vatandaşlığı Olmalıdır

Vatandaşlığın genel esaslarından bir diğeri de, herkesin yalnız bir vatandaşlığı olması yönündeki ilkedir. Bu ilkenin anlamı, kişinin aynı anda birden fazla vatandaşlığa sahip bulunmasının aslında istenmeyen bir durum olmasıdır. Tıpkı kişinin hiçbir vatandaşlığının olmaması hâlinde olduğu gibi, birden fazla vatandaşlığa sahip olması da sakıncalı, en azından karışıklığa yol açan bir durumdur. Buna karşılık, uygulamada bu ilkeye tam manasıyla riayet edildiği söylenemez⁵⁵. Hatta zaman içinde bu ilkenin anlamını yitirdiği bile söylenebilir. Zira bugün için iki veya daha fazla devletin bir kişi üzerinde egemenliklerini icra iddiasında bulunmaları mümkündür. Bundan da “çifte vatandaşlık” veya “çok vatandaşlık” doğmaktadır.

Çifte/çok vatandaşlığın ortaya çıkışı, esas itibariyle, en az vatandaşlık kavramının ortaya çıkışı kadar eskidir. Çifte/çok vatandaşlık hâlinin kabulü de vatandaşlığın kabulü kadar zaman almıştır. Çifte vatandaşlığın ortaya çıkışı, esas itibariyle, vatandaşlığın herkesçe kabul edilen, evrensel bir kuralının bulunmayışından kaynaklanmaktadır. Devletler vatandaşlık konusunda kendi standartlarını oluşturmakta az ya da çok serbest bırakılmışlardır⁵⁶.

Devletler egemenlik haklarına istinaden, kendilerini oluşturan maddi unsurlardan insan topluluğunu ve bu insan topluluğunun kendileriyle olan bağlantılarını diledikleri gibi tayin etmektedir. Bu konuda devletlerin yetkilerini sınırlayıcı uluslararası bir metin bulunmamaktadır. Devletler de kendi menfaatleri doğrultusunda, mutlak egemenlik haklarına dayanarak vatandaşlık düzenlemelerini yapmaktadır. Bu husus, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’nde “Her devlet, kimlerin kendi vatandaşı olduğunu, kendi hukuku uyarınca kendisi belirler.” (m.3/1) hükmüyle ifadesini bulmuştur. Buna göre vatandaşlığın doğum yoluyla tayin edildiği durumlarda, bazı devletler toprak esasını (*ius soli*) kabul ederken, diğer devletler kan esasını (*ius sanguinis*) benimsemiş olabilir. Toprak esasını kabul eden devletin ülkesinde dünyaya gelen, ana-babası kan esasını kabul eden bir devletin vatandaşı olan çocuk doğumu anında bu iki farklı devletin vatandaşlığını

55 Çifte vatandaşlık, Amerikan mahkemelerinde oldukça uzun bir zamandır kabul edilen bir statüdür. Nitekim Kawakita v. United States davasında, Supreme Court, çifte vatandaşlık kavramını şu şekilde tanımlamıştır: “Çifte vatandaşlık, bir kişinin iki farklı ülkeye vatandaşlıktan doğan hakları ve borçlarının olması hadisesidir. Bu bakımdan, kişinin sadece tek bir ülkenin vatandaşlık haklarına sahip olduğunu ileri sürmesi, diğer vatandaşlığını reddetmesinden daha fazla bir anlam taşımaz.” 343 U.S. 717 (1952)

56 SPİRO, Peter J. : Dual Nationality and the Meaning of Citizenship, *Emory Law Journal* (1997), 46 (4), ss. 1411-1485, s.1417



kazanacaktır⁵⁷. Burada çifte vatandaşlık, iki farklı devletin aynı kişiyi kendi vatandaşı olarak görmesinden kaynaklanmaktadır.

Vatandaşlığın doğumdan sonra yetkili bir makam kararıyla da kazanılması mümkündür. Ancak bu hâlde, daha önceden kazanılmış (mevcut) bulunan vatandaşlığın terk edilmesi gerekebilir. Bu gereklilik bütün devletler tarafından kabul edilmediğinden, yetkili makam kararıyla başka bir devletin vatandaşlığının kazanılması da çifte vatandaşlığa yol açmaktadır.

Sonuç olarak, devletlerin vatandaşlık düzenlemeleri arasında yeknesaklığın sağlanamamış olması yüzünden bir kişi aynı anda birden çok devletin vatandaşı olarak mütalaa edilebilmektedir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 2. maddesinin b bendinde çok vatandaşlık, "aynı kişinin eş zamanlı olarak iki ya da daha çok vatandaşlığa sahip olmasıdır" şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Sözleşme metninde çok vatandaşlığın çifte vatandaşlıkla birden fazla vatandaşlığı kastetmek üzere aynı anlamda kullanıldığı izlenmektedir.⁵⁸

Uluslararası hukukta uzun zamandır hüküm süren "Herkesin yalnız bir vatandaşlığı olmalıdır" şeklinde ifadesini bulan ilkenin bugün artık terk edildiği, özellikle de Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin anılan düzenlemeleri de dikkate alındığında, açıkça anlaşılmaktadır. Günümüzde, gerçek kişilerin aynı anda birden fazla devletin vatandaşlığını taşıması uluslararası hukuka aykırı bir durum teşkil etmediği gibi, devletler tarafından kendi menfaatlerine uygun olarak farklı seviyelerde müsamaha ile karşılanmaktadır. Bu müsamaha, daha ziyade devletlerin ülkelerine gelen göçmenlerin siyasi entegrasyonunu sağlamak hedefi çerçevesinde, onlara vatandaşlık taahhüdünde bulunmasından ileri gelmektedir. Bunun dışında, göçmenlerin yerli halkla olan bağlarının kuvvetlendirilmesi de göçmenlere (ikinci) vatandaşlık tanınması yoluyla mümkün olabilecektir. Bu da çifte vatandaşlık hâllerine daha toleranslı yaklaşmayı gerektirir.

C. Kişi Vatandaşlığını Seçmede ve Değiştirmede Özgür Olmalıdır

Vatandaşlığın genel esaslarından sonuncusu ise kişinin vatandaşlığını seçmede ve değiştirmede özgür olmasını bildiren ilkedir. Bu ilkenin, esas itibarıyla iki yönü bulunmaktadır. Birincisi, kişinin dilediği bir devletin vatandaşlığına serbestçe girebilmesidir. İkincisi ise, hiç kimseye isteği

57 TAN, Simone: Dual Nationality in France and the United States, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* (1992), 15, ss. 447-473, s.449.

58 TİRYAKİOĞLU, Bilgin: Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law, *Ankara Law Review*, Summer 2006, 3 (1), pp. 1-16, s.4



dışında zorla vatandaşlık yükletilememesi; hiç kimsenin vatandaşlığını isteği dışında değiştirmeye zorlanamaması ve vatandaşlıktan kendi isteğiyle ayrılmak isteyen kişilere hukuki engeller çıkartılmamasıdır⁵⁹.

Birinci olarak, bir kişinin dilediği devletin vatandaşlığına girebilmesi uygulamada kolayca gerçekleşebilecek bir durum değildir. Zira kişinin bir devletin vatandaşlığını bırakıp, diğer bir devletin vatandaşlığına geçebilmesi için öncelikle ilgili devletlerin bu durumu kabul etmesi lüzumu bulunmaktadır. Bununla birlikte, hiçbir devlet kendi vatandaşlığına geçmek isteyen herkese serbestçe ve sınırsız bir biçimde vatandaşlık veremez. Benzer şekilde, hiçbir devlet vatandaşlarının kendi vatandaşlığından çıkmasını kabullenip, teşvik etmez. Sonuçta kişi, vatandaşlık bağı ile bağlı bulunduğu devletle ilişkisini istediği anda, özgürce kesemez⁶⁰.

Yine de, belirtmek gerekir ki; vatandaşlık kişinin doğumundan ölümüne kadar devam eden, değişmez bir bağ niteliğini de haiz değildir. Kişi, arzu ettiği takdirde ve herhâlde ilgili devletlerin kurallarına uymak koşuluyla, siyasi ve hukuki bağlarla bağlı bulunduğu devlet ile olan ilgisini keserek, diğer bir devletin vatandaşlığını kazanabilir. Ancak, zamanında vatandaşlık bağını çözmek, vatandaşlık değiştirmek mümkün değildi. Özellikle Batı ülkelerinde vatandaşlık bağı kişi ile hükümdar arasında bir tür sadakat bağı, itaat ilişkisi (*allégeance*) kurmaktaydı. Bu bağı en önemli özelliği ise daimi ve değişmez olmasıydı. Bunun anlamı, bir kimse kural olarak sahip olduğu vatandaşlığı terk edemezdi; sonradan başka bir devletin vatandaşlığını kazanmış olsa bile, eski vatandaşlığını muhafaza ederdi. Daimi vatandaşlık usulü, Fransız hukukunda 18. yüzyılda, İngiliz hukukunda ise 19. yüzyılda terk edilmiş bulunmaktadır.

Bugün için bütün çağdaş vatandaşlık düzenlemelerinde kişinin başka bir vatandaşlığa sahip olabileceği kabul edilmektedir. Bunun için kişinin zorunlu olarak önceki vatandaşlığından çıkıp, yeni bir vatandaşlığa girmesi gerekmez. Zira artık çifte veya çok vatandaşlık hâllerinin benimsenmeye başlandığı dikkati çekmektedir. Bununla birlikte kişinin asıl (ilk) vatandaşlığını muhafaza etmesi de gerekmez. Kişi vatandaşlığını değiştirmede özgürdür. İşte, bu özgürlüğe dayanarak kişi istediği bir devlete siyasi ve hukuki bakımdan bağlanabilir. Ancak kişilerin vatandaşlıklarını değiştirme özgürlüğü mutlak bir anlam ve nitelik taşımamaktadır. Dolayısıyla, bir kişinin yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanabilmesi

59 GÜNGÖR, Gülin: **Tabiiyet Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler**, Ankara 2015, 3. bası, s. 34

60 AYBAY/ÖZBEK, **Vatandaşlık Hukuku**, s. 56



için, her şeyden önce o devletin bunun için belirlediği şartları taşımalıdır. Bu açıdan, kişinin vatandaşlığını değiştirmek konusunda sahip olduğu özgürlük, vatandaşlık bağıyla bağlanmak istediği devletin kurallarıyla sınırlandırılmıştır. Açıkçası, böyle bir sınırın kabulü, ilgili devletin temel menfaatlerinin ihlaline mani olmak bakımından gereklidir⁶¹.

İkinci olarak, hiç kimseye isteği dışında, zorla vatandaşlık yükletilemez. Erginler için genellikle geçerli olan bu ilke de, küçükler ve bazı durumlarda, sözelimi yabancı bir erkekle evlenen kadınlar için geçerli olmamaktadır.

Kişilere zorla vatandaşlık yükletilemez kuralının bir istisnası da devletler arasında daha ziyade savaş sonrasında gerçekleşen arazi terk ve ilhaklarında görülen kitlesel vatandaşlık değişikliği hâlleridir. Uluslararası hukukça tanınan bir devletin ülkesinin bir kısmını başka bir devlete bırakması hadisesinde, ilhak eden devlet ilhak sırasında ilhak ettiği ülke parçasında oturmakta olup, hâlen ülkesi ilhak edilen devletin vatandaşlığına sahip kişilere kendi vatandaşlığını verme hakkına sahiptir. Buna karşılık, ilhak edilen ülke parçasında oturan üçüncü devlet vatandaşlarına, onların isteği dışında vatandaşlık veremez. Uluslararası hukuk tarafından mümkün görülen ilhak hadiselerinde bile kendiliğinden vatandaşlık tesisi uygulamada pek görülmemektedir. Bunun yerine, ilgili kişilerin isteklerinin genellikle plesibit yoluyla veya onlara seçme (option) hakkı tanımak suretiyle dikkate alındığı izlenmektedir. Yine de uluslararası hukuk ilhak eden devlete kendi vatandaşlığını vermek için plesibit yapmak veya seçme hakkı tanımak yükümlülüğü yüklemiş değildir⁶².

VI. BİR İNSAN HAKKI OLARAK VATANDAŞLIK

Uluslararası insan hakları hukukunda devletlerin artık kimlerin vatandaşı olduğunu tayin etme ve bunlara dilediği gibi davranma konularında mahfuz bir yetkiye sahip olmadığı ifade edilmektedir. Günümüzde aralarında vatandaşlık bağı bulunsa bile bir devletin bir kişiye karşı işlemiş olduğu haksız fiile karşı kişinin haklarının korunması fikri çoğunlukla kabul edilse de, bunu sağlayıcı etkili bir yöntem geliştirilememiştir. Dolayısıyla devletlerin kendilerine vatandaşlık bağıyla bağlı olanlara karşı fiilleriyle ilgili olarak uluslararası planda etkisiz de olsa bir hukuki denetim bulunmakla birlikte, hâlâ devletlerin hakimiyet alanlarına giren tasarruflarına tam manasıyla karışılmamaktadır.

61 BERKİ, Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku, s.36-37

62 NOMER, Türk Vatandaşlık Hukuku, s. 12



Vatandaşlık hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi haricinde 1972 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme, 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Sözleşme, 1990 tarihli BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Çeşit Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme, 1957 tarihli Evli Kadınların Vatandaşlığı Hakkında Sözleşme, 2007 tarihli Engellilerin Haklarına İlişkin Haklarına Sözleşme ile 1991 tarihli Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme' de düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunların dışında 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statülerine İlişkin Sözleşme ile akabinde 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Sözleşme vatandaşlığın bir insan hakkı olarak nitelendirilmesi oldukça yenidir. Vatandaşlık konusunda uluslararası düzeyde ilk düzenlemeler 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunlarının Çatışması ile İlgili Bazı Sorunlar Hakkında La Haye Sözleşmesi'nde karşımıza çıkmaktadır. Anılan Sözleşmenin 6. maddesinde yeni bir vatandaşlık elde etmek isteyen bir kişinin, mevcut vatandaşlığını terk etmesi lüzumu hüküm altına alınmıştır. Bununla kişinin her zaman bir vatandaşlığının olması temin edilmeye çalışılmıştır. Yine bu Sözleşmenin 14. maddesi ile ana babası tespit edilemeyen çocuklara toprak esaslı aracılığıyla bir vatandaşlık verilmesi sağlanmıştır. Bununla birlikte vatandaşlık hakkı ilk olarak 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 15. maddesinde bir insan hakkı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre her bir bireyin bir vatandaşlık hakkı vardır. O hâlde, her bireyin bir vatandaşlık kazanma, vatandaşlık değiştirme ve vatandaşlıktan çıkma hakkı bulunmaktadır. Nitekim aynı maddede hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından ve vatandaşlığını değiştirmek hakkından mahrum bırakılamaz denilerek, bu durum açıkça ortaya konmuştur.

İlişkin Sözleşme ve son olarak 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi vatandaşlıkla ilgili düzenlemeler içermektedir.

Öte yandan, bölgesel düzeyde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi vatandaşlık hakkını doğrudan kapsamına almamıştır⁶³. Buna karşılık

63 CARLIER, Jean-Yves: Droits de l'Homme et Nationalité, **Annales de Droit de Louvain** (2003), Vol. 63, N°.3, s. 246. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ekleri ve protokolleriyle birlikte yaşayan bir hukuk enstrümanıdır. Dolayısıyla, Sözleşmenin düzenlemiş olduğu başka haklar marifetiyle vatandaşlık hakkının dolaylı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yer bulduğu izlenmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her ne kadar kuruluşunun ilk yıllarında daha Komisyon olarak faaliyet gösterirken kendisine vatandaşlık hakkı ile ilgili olarak yapılan (özellikle 1972 ila 1975 yılları arasında) ihlal başvurularını *ratione materiae* (konu bakımından) reddederken, son



bu durumu 15 Mayıs 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile telafi etmiştir. Anılan Sözleşme henüz istenilen seviyede onay almadığı için, etkili bir hukuk kaynağına dönüşmemiştir. Yine de Sözleşmenin başlangıç kısmında bireylerin menfaatlerinin en az devletlerin menfaatleri kadar dikkate alınacağı belirtilmiş olması son derece önemlidir. Bu sebeple, Sözleşmenin 3. maddesinde “her bir devletin kendi hukukuna göre kimin vatandaşı olduğunu belirleyeceği” belirtildikten sonra hemen 4. maddede taraf devletlerden her birinin vatandaşlık düzenlemelerinin temel alacağı esaslar belirtilmiştir. Buna göre, herkes vatandaşlık hakkına sahiptir. Benzer şekilde, vatandaşlık hakkı Amerika kıtasında da insan haklarına ilişkin bölgesel düzenlemelere konu edilmiş bulunmaktadır⁶⁴. Öte yandan Afrika kıtasında vatandaşlık hakkına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

VII. VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASI

Vatandaşlık, geçmişten bugüne uluslararası düzenlemelerden ziyade iç/milli hukuk kuralları aracılığıyla düzenlenmektedir⁶⁵. Bu bakımdan her devlet vatandaşlığın nasıl kazanılacağı ve nasıl kaybedileceği konusunda kendi kurallarını bizzat tesis etmektedir. Ancak vatandaşlığın kazanılması bakımından ilk akla gelen ve hemen hemen bütün devletlerin üzerinde hemfikir olduğu yöntem doğum hadisesidir. Doğum, doğana kendi vatandaşlığını verme konusunda uluslararası hukukça her devlete tanınan bir vatandaşlık kazandırma yoludur. Devletler doğum yoluyla vatandaşlık kazandırırken farklı esaslardan hareket etmektedir. Gerçekten, bazı devletler bu konuda kan esasını (*ius sanguinis*) benimsemektedir. Buna göre vatandaşlık, doğum yeri neresi olursa olsun doğan kişinin ana babasından geçmektedir. Diğer bazı devletler ise doğum yoluyla vatandaşlık kazandırmada toprak esasını (*ius soli*) tercih etmektedir⁶⁶. Bu

yıllarda gelen başvuruları kabul etmekte ve başka haklar yanında karara bağlamaktadır. Bunu yaparken de çoğunlukla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinden istifade etmektedir. Buna göre “herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır.” Bu konuda bkz. Slivenko v. Latvia (App. No.48321/99, Judgement 9 October 2003); Riener v. Bulgaria (App. No. 46343/99, Judgement 23 May 2006)

64 22 Kasım 1969 tarihli Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 20. maddesinde “herkesin vatandaşlığa hakkı olduğu” düzenlenmiştir. Amerikan Devletlerarası İnsan Hakları Mahkemesi de bu durumu 15 Ocak 1984 tarihli bir kararında vatandaşlık hakkının temel bir insan hakkı olduğunu hüküm altına alarak teyit etmiştir.(OC-4/84)

65 Bu yönde bkz. Perkins v. Elg, 307 U.S. 325, 329 (1939); Tomasicchio v. Acheson, 98 F. Supp. 166, 169 (D.D.C. 1951)

66 Fransa bu açıdan ilginç bir örnektir. Çünkü Fransa common law sistemine dahil olmamasına rağmen, vatandaşlığın kazanılmasında ilk başta *ius soli* esasını kabul etmiştir. Feodal dönemde, hükümdara bağlılık, hükümdarın ülkesinde doğmuş olmakla tesis ediliyordu. Buna ek olarak, Fransa'da ikamet etmek, bir mülk edinmek veya çalışmak da vatandaşlığın



çerçevede, vatandaşlık sadece ülke içinde doğan kişilere verilmektedir. Bunların dışında, Türkiye gibi bazı devletler, doğum yoluyla vatandaşlık kazandırma her iki esası birlikte kullanmaktadır. Türk Vatandaşlığı Kanunu 5,6 ve 7. maddelerinde kan esasını doğum yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında kural olarak kabul etmekle birlikte, 8. maddesinde toprak esasına göre Türk vatandaşlığının kazanılmasını istisnai olarak düzenleme altına almıştır.

Doğum sonrası vatandaşlığın kazanılmasında en bilinen ve en rağbet gören yöntem yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasıdır. Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasında hiç kuşkusuz ilgili kişinin iradesi büyük rol oynamaktadır. Bununla birlikte, devletler kendi vatandaşlıklarını kazanmak için her başvuran kişiyi kabul etmek zorunda değildir. Devletler, egemenlik yetkilerinin bir sonucu olarak diledikleri yabancıyı vatandaşlığa almak ve dilediklerini almamak hususunda tam bir serbestiye sahiptir. Ancak devletler kendilerine başvuran yabancıları hangi şartlar altında vatandaşlığa kabul edeceklerini genellikle kendi vatandaşlık kanunlarında gösterirler. Vatandaşlığa kabul şartların konuluş amacı, kısmen kişinin vatandaşlık talebinde bulunduğu devlet ve topluma fayda sağlayıp sağlamayacağını tespit etmek; kısmen de kişinin devlete bağlılığını⁶⁷ ve topluma uyumunu test etmektir⁶⁸. Devletler bu şartlara ek olarak başvuran kişiden mevcut vatandaşlığını terk etmelerini de isteyebilmektedir. Ancak çoğu devlet böyle bir istekte bulunmamaktadır⁶⁹. Devletler vatandaşlığa kabul şartlarını eksiksiz taşıyan başvuru sahiplerini vatandaşlığına almak zorunda değildir. Devletlerin bu konuda takdir hakkı bulunmaktadır. Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın doğumdan sonra kazanılması Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 9 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

kazanılmasında rol oynuyordu. (YEN, Christian Nguyen Van: **Droit de l'Immigration**, Paris 1986, p. 306) Bununla birlikte 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu 10. maddesinde Fransız bir babadan olma bütün çocuklara, bunların ülke içinde veya dışında doğmuş olmasına bakılmaksızın Fransız vatandaşlığının verileceğini kayıt altına alınarak, *ius soli* uygulamasına son verilmiştir. (BELORGEY, Jean Michel: **Le Droit de la Nationalité: Evolution Historique et Enjeux, Questions de Nationalité- Histoire et Enjeux d'un Code** (auteur: Smain LAACHER), 1987, s. 58, 61 et 62)

67 Milletlerarası Adalet Divanı, Nottebohm davasında Liechtenstein' in yetkili makam kararıyla vatandaşlığına almış olduğu Nottebohm' u yabancı bir ülkede himaye etme hakkını reddetmiştir. Davada Nottebohm ile Liechtenstein arasında ne maddi ne de manevi anlamda gerçek bir bağlılık görülmemiştir. (Nottebohm (Lieh v. Guat), 1955 ICJ REP.4 (Apr.6)) Milletlerarası Adalet Divanı' nın söz konusu kararı milletlerarası örf-adet hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle yoğun biçimde tenkit edilse de, pratikte çoğu devletin aktif olarak başka bir devletin vatandaşlığına daha sahip olan kişileri himaye etmeyi reddettiği görülmektedir.

68 ERDEM, Türk Vatandaşlık Hukuku, s.9

69 Bu yönde bkz. Gualco v. Acheson, 106 F. Supp. 760, 761 (N.D. Cal. 1952)



Doğum dışı ve sonradan vatandaşlığın kazanılmasında bir diğer yöntem evliliktir. Buna göre evlenme yoluyla eşlerden biri diğerinin vatandaşlığını kazanmaktadır. Evlenmenin vatandaşlığa etkisi daha ziyade kadının vatandaşlığı üzerinden tartışılmıştır. Evlenmenin kadının vatandaşlığını etkileyip etkilemeyeceği konusunda uzun bir süre ne öğretide ne de uygulamada ortak bir fikre varılabılmıştır. Bu konu hakkında birbirine karşıt başlıca iki görüş ve bu görüşlere dayanan iki sistem bulunmaktadır. Bunlardan klasik görüş ailede vatandaşlık birliğinin sağlanması gereğinden doğmaktadır. Buna karşılık, modern görüş kadının vatandaşlığını muhafazada özgür olmasını savunmaktadır.

Klasik görüş, aslında biraz da kocanın otoritesi altındaki evli kadının ehliyetsiz olduğuna ilişkin fikirden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan ailede vatandaşlık birliği esası, evlilikte kocanın hakimiyeti kuralına dayanır. Klasik görüşe katılanlar, ailede vatandaşlık konusunu, kadının ehliyetsizliği fikrinin dışında daha önemli bir delil saydıkları ailenin menfaati esasıyla çözüme kavuşturmaktadır. Klasik görüşe katılanlar için modern görüşün kabulü imkansızdır. Zira özellikle savaş zamanlarında vatandaşlar ile evlenen yabancı kadınların düşman bir devletin vatandaşlığını taşıması siyasi yönden sakıncalıdır ve ilgili devlet için arzu edilir bir durum da değildir. Öte yandan, evlilik birliğinde çift vatandaşlık aile içinde pek çok ihtilafın doğumuna da sebep olur. Bu durum her şeyden önce eşler arasındaki hukuki ilişkilere, evlenmenin genel hüküm ve sonuçlarına, sona ermesine, velayet hakkının kullanılmasına hangi kanunun uygulanacağını tespitini gerektirir⁷⁰.

Bütün bu eleştirilere rağmen modern görüş zaman içinde giderek artan biçimde kendisine taraftar bulmuştur. Bu durum, büyük ölçüde 1970'li yıllarda ivme kazanan feminist hareketlerden kaynaklanmaktadır. Buna göre, evli kadın ehliyetsiz değildir ve cemiyet hayatında erkekle eşit bir statüye sahip olmalıdır. Dolayısıyla kadının vatandaşlık noktasından kocasına ergin olmayan birisi gibi bağlanması kabul edilemez. Bu doğrultuda, bugün pek çok ülkede bir yabancıyla evli kadınların kendi vatandaşlıklarını muhafaza etmelerine izin verilmektedir. Türk hukuk sisteminde yürürlükten kalkan 403 sayılı Vatandaşlık Kanunu'nun 5. maddesinde sadece yabancı kadına Türk vatandaşı erkek ile evlenmesi sebebiyle, talebi hâlinde ve yetkili

70 BERKİ, Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku, s. 51



herhangi bir makamın kararına ihtiyaç duyulmaksızın kolaylıkla Türk vatandaşlığı verileceği düzenlenmişti. Görüldüğü üzere anılan bu düzenleme klasik görüşe uygun olarak tasarlanmıştır. Burada aile içinde ortak tek bir vatandaşlığın bulunması sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu bakımdan bir Türk erkeği ile evlenen yabancı kadının talepte bulunması Türk vatandaşlığını kazanması için yeterli görülmüştür. Ayrıca yetkili bir makamın bu yöndeki kararına lüzum yoktur. Bununla birlikte, söz konusu düzenleme Türk Anayasası'nın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle tenkite uğramıştır. Gerçekten eski Vatandaşlık Kanunu'nun 5. maddesinde sadece evli kadının vatandaşlığının düzenlenmiş olması kadın-erkek eşitliğini bozucu bir nitelik taşımaktaydı. Bu sebeple, söz konusu 5. madde hükmü 4866 sayılı Kanun ile değiştirilirken, Türk vatandaşı ile evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması birtakım şartlara bağlanmakla kalmamış, aynı zamanda kadın ile erkek arasındaki cinsiyet ayrımı ortadan kaldırılarak bu durumun herkes için geçerli olması sağlanmıştır.

Doğum dışı ve sonradan vatandaşlığın kazanılmasında başka bir yöntem evlat edinmedir. Yapay veya sözleşmesel bir soybağı ilişkisi kuran evlat edinme kurumunun, evlatlığın vatandaşlığı üzerinde etki edip etmeyeceği; yani evlatlığın evlat edinenin vatandaşlığını alıp almayacağı konusunda uygulamada bir birlik yoktur. Türk hukukunda evlat edinmenin evlat edinilenin Türk vatandaşlığını kazanmasını temin ettiği kabul edilmektedir. Buna karşılık, evlat edinme evlat edinenin vatandaşlığını etkilemez. Evlat edinilenin bu yolla kazandığı vatandaşlık karar tarihinden itibaren hüküm etmesine karşılık, doğum dışı kazanıldığı için sonradan kazanılan bir vatandaşlıktır. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 17. maddesine göre, bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamak şartıyla, karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir.

Son olarak, arazi terk ve ilhakı da bir kişinin vatandaşlığına etki etmektedir. Arazi terk ve ilhakı, bir devlete ait olan bir toprak parçasının o devletin hakimiyet alanından çıkarak, başka bir devletin hakimiyet alanına girmesidir. Burada işgalden farklı olarak, kalıcı bir nitelik bulunmaktadır. Bu sebeple arazi terk ve ilhakı ilgili toprak parçası üzerinde doğmuş ve/veya ikamet eden kişiler bakımından ilhak eden devlet vatandaşlığını kazandırıcı bir etkiye sahiptir⁷¹.

71 BERKİ, Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku, s.88 vd.



VIII. ÇAĞDAŞ VATANDAŞLIĞIN TÜRLERİ

A. Aktif Vatandaşlık

Bugün için, vatandaşlığın birbiriyle bağlantılı ve birbirini tamamlayan bir sürü türü bulunmaktadır. Aktif vatandaşlık örneğin vatandaşların özellikle ulus devletlerde içinde yaşadıkları topluma ve çevreye karşı bazı rolleri ve yükümlülükleri olduğu fikrinden doğmuş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Aktif vatandaşlıkta, vatandaş sıfatını taşıyan kişilerin, bu sıfatları dolayısıyla sahip oldukları haklara karşılık, birtakım yükümlülükleri bulunduğu savunulmaktadır. Pek tabii burada toplumun huzuru ve devamlılığı açısından vatandaşların hak ve yükümlülükleri arasında adil bir dengenin kurulması önemlidir. Vatandaşlar ekonomik katılım, kamu hizmeti ve gönüllü çalışma gibi yöntemler aracılığıyla mensubu olduğu toplumun genelini yaşamını geliştirmek amacıyla emek sarf etmelidir⁷². Bunun için de vatandaşların sosyal haklarının yanında, yükümlülüklerinin de hukuki metinlerde yer alması son derece önemlidir. Sıradan vatandaşlar içinde buldukları topluma nasıl ve ne ölçüde katkı sunabileceklerini çok iyi anlamalıdır. Şayet toplumdaki bireyler sadece kendi işlerini yapıp, geçimini sağlar ve kendi ilgi alanlarına göre yaşarsa o toplum bir müddet sonra çöker. Buna karşılık aktif vatandaşlık örneğinde toplumun her kesiminden ve her yaştan insan bir araya gelmekte ve toplumun genelini yaşantısını geliştirmek amacıyla bir emek sarf etmektedir. Bu anlamda aktif vatandaşlık toplumda bir çimento işlevi görerek birleştirici bir rol oynamaktadır⁷³. Bunun farkına varan gelişmiş ülkelerde özellikle gençlerin aktif, etkili ve katılımcı birer vatandaş olabilmeleri için bilgi ve becerilerinin iyileştirilmesi ile değerlerinin yönlendirilmesine ilişkin çabaların arttığı gözlenmektedir⁷⁴.

Aktif vatandaşlığın ne anlama geldiği konusunda gelindiğinde ise; söz konusu kavram üzerinde uzlaşılan kesin bir tanım henüz bulunmamaktadır. Ancak, aktif vatandaşlık denildiğinde ağırlıklı olarak vatandaşların katılımının anlaşıldığı da açıktır. Buradan hareketle, aktif vatandaşlığın genel bir tanımı olarak, bunun, vatandaşların mensubu oldukları toplumdaki mevcut problemleri tanımlamada ve bunlarla baş etmede; ilaveten toplumun genelini yaşam kalitesini arttırmada aktif

72 Citizenship and Participation, <http://www.coe.int> (erişim tarihi: 1.4.2017)

73 La Citoyenneté Active, Pour une meilleure société européenne (Mars 2012), s.6-7 <http://www.eesc.europa.eu> (erişim tarihi: 1.4.2017)

74 HABLEMİTOĞLU, Şengül/ ÖZMETE, Emine: Etkili Vatandaşlık Eğitimi İçin Bir Öneri, *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2012, 1(3), ss.39-54, s.39

bir rol üstlenmelerini sağlayıcı bir vatandaşlık türü olduğu söylenebilir⁷⁵. Dolayısıyla, aktif vatandaşlıkta birtakım sosyal, ekonomik, siyasi ve kültürel faaliyetler devlet örgütlenmesi dışında kişi veya kişi grupları tarafından gönüllülük esasıyla yürütülmektedir⁷⁶.

Sanayi Devrimi nasıl ki tarım toplumunu altüst ettiyse; Dijital Devrim de 21. yüzyılın ekonomik, siyasi ve sosyal düzenini şekillendirmektedir. Bu da hiç kuşkusuz hukuk düzenini etkilemektedir. Nitekim artık vatandaşların (vatandaş olmaktan kaynaklı) yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için aktif olmaları gerektiği giderek daha sık bir biçimde dile getirilmektedir. Yeni sosyal düzen, toplumla çatışma hâlinde olan, yabancılaşan, kendi içine kapanan, sorunlu vatandaş tipi yerine; toplumsal yapının aksamadan işleminde önemli görevler üstlenen, katılımcı, sorumluluk sahibi yeni bir vatandaş tipi talep etmektedir. Bu anlamda son dönemde Batılı ülkelerde uygulamaya konulan düzenlemelerde vatandaşların içinde yaşadıkları topluma entegrasyonunun sağlanmaya çalışıldığı gözlenmektedir⁷⁷. Yeni düzende vatandaş açıkça sosyal çevresinin niteliğini yükseltmekte sorumlu ve hatta yükümlü tutulmuştur.

Aktif vatandaşlık, sonuç olarak, toplumun her kesiminden vatandaşların daha katılımcı olmaları ve daha önceleri devlet tarafından karşılanan bazı kolektif ihtiyaç ve hizmetlerin artık vatandaşların kendi aralarında karşılanması esasına dayanmaktadır. Bu açıdan aktif vatandaşlık, vatandaşlar arasında sağlam komşuluk bağlarının ve kuvvetli dayanışma ve yardımlaşma duygularının kurulmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, aktif vatandaşlıkla devletin sosyal yükümlülüklerinde yani sosyal refah devleti anlayışında bir azalma/değişim görülürken; buna karşılık olarak, vatandaşların birbirlerine karşı olan yükümlülüklerinde bir artış meydana gelmesi hedeflenmektedir. Bu hedef doğrultusunda, sivil toplum kuruluşlarının yürüttükleri çalışmalar son derece önemlidir. Sivil toplum kuruluşları bu çalışmalarda kimi zaman siyasi iktidarlar ile güç paylaşan rollere sahip olmakta; kimi zaman da çoğunlukla kendi inisiyatifleriyle veya ülkemizde örneklerine rastlanıldığı gibi dış destekli (mesela Avrupa Birliği gibi) doğayı koruma, yerli tarımı geliştirme,

75 KARA, Cihan/TOPKAYA, Yavuz/ ŞİMŞEK, *Ufuk: Aktif Vatandaşlık Eğitiminin Sosyal Bilgiler Programındaki Yeri*, *Zeitschrift für die Welt der Türken* (2012), Vol.4, No.3, s. 151

76 TALAS, Mustafa: *Sivil Toplum Kuruluşları ve Türkiye Perspektifi*, *TÜBAR-XXIX* (2011/Bahar), s.388

77 Bu husus özellikle çok katmanlı ve çok yüzlü Avrupa toplumunun yaratımı sürecinde karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. BEE, Cristiano: *Transnationalisation, Public Communication and Active Citizenship. The Emergence of a Fragmented and Fluid European Public Sphere*, *Sociology Compass* 8/8 (2014), ss.1018-1032



hayvan haklarını savunma amaçlı yahut toplumdaki dezavantajlı bireylere yönelik projelerle boy göstermektedir.

Son yıllarda yeniden canlanan sivil toplum kuruluşlarının geçmişi esasen 19. yüzyılın ortalarına kadar gitmektedir. Uluslararası planda köleliğe karşı ve kadın haklarının kazanılması konusunda çok önemli görevler üstlenen sivil toplum kuruluşlarının etkinlikleri Dünya Silahsızlanma Konferansı'nda en üst düzeye ulaşmıştır. Ancak bugünkü anlamıyla "*sivil toplum kuruluşu*" kavramı ilk kez 1945 yılında Birleşmiş Milletler teşkilatının kuruluşu sırasında, Kuruluş Beyannamesi'nin 10. Bölümü'nde yer alan 71. maddesinde "devlet ve üye ülkelere ait olmayan" kuruluşların danışmanlık rolüyle ilgili tanımlamada kullanılmıştır. Sivil toplum kuruluşlarının sürdürülebilir kalkınma alanındaki hayati rolleri ise ilk önce Birleşmiş Milletler ile sivil toplum kuruluşları arasındaki sıkı danışmanlık ilişkilerinin düzenlendiği Birleşmiş Milletler' in 21. Ajandası'nın 27. başlığında dile getirilmiştir.

Sivil toplum kuruluşları ulusal ve uluslararası çapta oda, sendika, dernek ve vakıf adı altında faaliyet gösteren ve esas itibariyle topluma yararlı hizmet geliştirmek maksadıyla kurulmuş yasal topluluklardır. Sivil toplum kuruluşları kavramsal olarak herhangi bir devlet organından bağımsız bir şekilde, bütünüyle özel kişilerin girişimiyle, hukuka uygun olarak kurulmuş her türlü organizasyon için kullanılan genel bir terimdir. Sivil toplum kuruluşlarının kısmen veya tamamen devlet organları tarafından desteklendiği durumlarda bile bunların bünyesinde bir devlet yetkilisi bulunmadıkça sivil toplum kuruluşu olma özelliğinin devam ettiği kabul edilir⁷⁸. Sivil toplum örgütlerinin bugün için siyaset alanına damgasını vuran ve siyaset yapma eylemini sadece siyasi partilere indirgeyen devlet merkezci eğilimin etkisiz ve verimsiz olması neticesinde devletin yanında ve hatta belki de devlete rakip olarak meşruiyet sorunu olmayan demokratik toplum yönetimine de aday olduğu söylenebilir. Gerçekten sivil toplum artık iyi toplum yönetimi tartışmalarının önemli bir parçası hâline gelmiştir. Bu anlamda sivil toplum örgütlerinin yaygınlaşması da aslında bizatihi bunların toplum yönetiminde taşıdığı nitel önemi ortaya koymuştur⁷⁹.

Sonuç itibariyle, sivil toplum örgütleri aracılığıyla icra edilen aktif vatandaşlık devletin kişi ile olan ilişkisine farklı bir boyut kazandırmaktadır. Gerçekten aktif vatandaşlıkta bireyler toplum yönetimi

78 <http://www.renklinot.com> (erişim tarihi: 17.12.2016)

79 KEYMAN, E. Fuat: Avrupa'da ve Türkiye'de Sivil Toplum, <http://s3.amazonaws.com> (erişim tarihi: 1.4.2017)



de dahil olmak üzere hemen her konuda devlete müdahale etme imkanına kavuşmaktadır. Artık devlete sadakat bağıyla bağlı, daima itaat eden ve devletin kendisine verdiğiyle yetinen vatandaş konseptinin yerini; sahip olduğu hakların yanında yükümlülüklerinin farkında olan, düşünen, hesap soran ve kamu sorunlarına devletle birlikte çözüm üreten bir vatandaş konsepti almıştır. Bu tür bir vatandaşlık salt hukuki bir statü olmanın çok ötesinde, sosyal eğitim vasıtasıyla sonradan kazanılan bir yetenek, beceri olarak karşımıza çıkmaktadır. Aktif vatandaşlık eğitimi alan bir kişi de, bu eğitim sonucunda kazandığı bilgi, beceri ve değerlerle öncelikli olarak kendi kimliğinin farkına varıp, sonrasında kendisi dışındaki bireylerin farklılıklarını kavrayıp, kabul etmekte, eşitlikçi ve kapsayıcı bir yaklaşım geliştirerek ortak meselelerde çözüm için ön almaktadır⁸⁰.

B. Avrupa Birliği Vatandaşlığı

Çağdaş bir vatandaşlık türü olan Avrupa vatandaşlığının geçmişi 1970'li yıllara kadar uzanmaktadır. Bu dönemde Avrupalı siyasetçiler, Birlik üyesi devletler bakımından bir "Pasaport Birliği" yaratmak suretiyle kendi vatandaşlarına ve özellikle de işçilere, bunların sınır geçişlerini kolaylaştırıcı birtakım haklar verilmesi konusunda çalışmalarına hız vermiştir. Bu şekilde, sonradan adı Avrupa Birliği olacak Avrupa Topluluğu vatandaşlığının ilk temelleri atılmıştır. Her bir vatandaşın ya katıldığı ya da faydalandığı bir Ortak Pazar üzerinden kavramsallaştırılan Avrupa vatandaşlığı bu anlamda kabiliyetleri ölçüsünde işçileri, meslek erbaplarını, hizmet sağlayıcıların ve bunların ailelerini kapsamına almaktadır⁸¹.

Avrupa Birliği Antlaşması (Maastricht Antlaşması)'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, Avrupa vatandaşlığı, Avrupa Birliği kurumlarına ve politikalarına desteği güçlendirici ve salt ekonomik bir topluluk olmanın ötesinde her zamankinden daha çok birlik havasındaki Avrupa'ya sadakat bağlarını tesis edici yüksek sınıf bir siyasi sembole dönüşmüştür. Avrupa vatandaşlığı statüsü böylece kendiliğinden kapsamını Birlik üyesi devletlerin vatandaşlarını da içine alacak biçimde genişletmiştir.

Sonuç itibarıyla, bugün için Avrupa vatandaşlığı, Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerin vatandaşlığını tamamlayıcı, ikincil bir niteliğe kavuşmuştur. Bu husus Avrupa Birliği Antlaşması'nda da belirtilmiştir. Gerçekten Avrupa vatandaşlığı hiçbir şekilde üye devletlerin

80 ÇAKMAKLI, Active Citizenship in Turkey, s. 425

81 SMISMANS, Stijn: New Governance- The Solution For Active European Citizenship, Or The End Of Citizenship?, *Colum. J. Eur. L.* (2006-2007), Vol.13, s. 597



vatandaşlıklarının yerini alamaz. Ancak Avrupa vatandaşı olabilmek için hukuki anlamda Birlik üyesi devletlerden birisinin vatandaşlığını taşımak gerekir. Dolayısıyla Avrupa vatandaşlığı Birlik üyesi olmayan devletlerin vatandaşlarına kapalıdır⁸².

Avrupa Birliği Antlaşması bu çerçevede Birlik üyesi devletlerin olduğu kadar, bu devletlerin vatandaşlarının da hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Bu kapsamda, AB vatandaşlarına Birlik içinde serbest dolaşım hakkı, seyahat hakkı, eğitim hakkı, oturma hakkı⁸³, seçme ve (Avrupa Parlamentosu seçimlerinde aday olarak) seçilme hakkı gibi bazı temel haklar bahşedildiği izlenmektedir. Bu şekilde Avrupa Birliği vatandaşlığı 1993 yılından beri yürürlükte olmasına rağmen henüz tam manasıyla kurumsallaşamamıştır.

Maastricht Antlaşmasını izleyen 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması ile 2001 tarihli Nice Antlaşması da Avrupa vatandaşlığı konusunda etkili düzenlemeler içermemektedir⁸⁴. Genişleyen Birliğin etkinliğini ve demokratik meşruiyetini temin etmek ve sınır dışı faaliyetlerin bütünlüğünü korumak amacıyla tasarlanan Lisbon Antlaşması da bu konuda beklenen katkıyı verememiştir⁸⁵.

Bu durumun hiç kuşkusuz pek çok sebebi bulunmaktadır. Bir kere, her şeyden önce Avrupa Birliği vatandaşlığını elde etmek için üye devlet vatandaşı olmak gerekir. Dolayısıyla, AB vatandaşlığının kazanılmasında ve kaybedilmesinde üye devletler söz sahibi olmaktadır. Birliğin üyelerinin hukuklarına karışma yetkisi bulunmamaktadır. Hatta Birliğin kurumları marifetiyle bile üyelerinin vatandaşlık düzenlemelerini uyumlaştırma imkanı yoktur⁸⁶. Bu ise kişilerin Avrupa Birliği'ne ait olma duygusunu zayıflatmaktadır. Bu bakımdan, Avrupa vatandaşlığında bağlılık (aidiyet) boyutu eksik kalmıştır⁸⁷.

Öte yandan, bugün için Avrupa toplumunun henüz tam manasıyla oluştuğu da söylenemez. Güncel gelişmeler ışığında, İngiltere'nin Avrupa

82 La Citoyenneté Européenne, <http://www.europe.cidem.org> (erişim tarihi: 1.4.2017)

83 KABOĞLU, İbrahim Ö.: **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, İstanbul 2015, 10. baskı, s. 66

84 Bu konuda bkz. BORCHARDT, Klaus-Dieter: **The ABC of European Union Law**, Brussels, 2010, s. 11 vd.

85 SCHRAUWEN, Annette: European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change At All?, **Maastricht J. Eur.& Comp. L** (2008), Volume 15, s. 55

86 BAUBÖCK, Rainer: Why European Citizenship? Normative Approaches to Supranational Union, **Theoretical Inq. L.** (2007), Volume 8, ss. 453-488 s.481

87 GÜNDOĞDU, Yeşim: Avrupa Birliği Yurttaşlığı Avrupa Kimliği Sorununa Çözüm Oluşturabilir mi?, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, 2004, 3(2), ss. 11-26, s.23



Birliği'nden ayrılması (BREXIT) da göz önünde bulundurulduğunda, Avrupa toplumunun varlığı bile tartışma konusu hâline gelmiştir.

Neticedekabuletmek gerekir ki, Avrupa toplumu bir Yunan toplumundan yahut da bir Çek toplumundan farklıdır. Bugünkü Avrupa vatandaşlığı somut bir gerçeklikle uzak bir ideal arasına sıkışmış görünmektedir. Ancak, Avrupa vatandaşlığı konusunda herkesin emin olduğu, üzerinde anlaşıldığı konu ise bu vatandaşlık türünün demokrasi, insan hakları ve sosyal adalet gibi değerler üzerine hâlen inşa edilmekte olduğudur. Avrupa vatandaşlığı ile esas itibarıyla insan hakları, milliyet, etnik kimlik, yerel topluluk, aile ve ideolojik grup gibi birçok değerler sistemine dayanan ortak bir kavram yaratılmıştır. Avrupa vatandaşlığının içinde barındırdığı bu çok yönlü ve dinamik mana hiçbir ulusal kimlikle çatışmaya girmemektedir; tam tersine kapsayıcı ve yerel düzeyi geliştirici bir içeriktedir.

C. Dünya Vatandaşlığı

Çağdaş vatandaşlığın diğer bir türü olarak sayılabilecek dünya vatandaşlığı ise yeryüzünde yaşayan herkesin bu dünyanın parçası olduğu yönündeki çok daha eski bir fikre dayanmaktadır⁸⁸. Burada dünya üzerindeki bütün halkların dünyanın ve bir bütün olarak insanlık ailesinin kaderi için büyük bir sorumluluk duygusuyla hareket etmeleri söz konusudur⁸⁹. Bu açıdan bireylerin insanlığa karşı sorumluluğu, kendi vatandaşlarına karşı olan sorumluluğundan fazladır⁹⁰.

Bununla birlikte hemen belirtelim ki; bugün için, hukuki anlamda dünya vatandaşlığı diye bir kavram bulunmamaktadır⁹¹. Diğer bir deyişle, dünya vatandaşlığının hukuken hiçbir geçerliliği yoktur. Bu kavrama daha ziyade eğitim ve siyaset felsefesi alanlarında rastlanılmaktadır.

88 Nitekim Roma İmparatoru Marcus Aurelius Antonius AUGUSTUS' un da belirttiği üzere *"Her şey aslında birbirine (sağlam) bağlarla bağlıdır ve bu bağlar kutsaldır; diğer şeylerle bağlı olmayan hiçbir şey yoktur. Bu sebeple, şeyler arasında bağ kurulduğunda, bunların tek bir düzen oluşturduğu anlaşılacaktır. Her şey için tek bir evren yaratılmıştır. Tek bir tanrı her şey üzerinde egemendir. Bütün akıllı hayvanlar için tek bir esas, tek bir kaide, tek bir doğru ve tek bir ortak sebep varsa; o da bunların aynı türden geldikleri, türdeş olduklarıdır."* IGLESIAS, Gil Carlos Rodrigue: Global Citizenship (Adress to Seton Hall University), **Seton Hall J. Dipl.& Int'l Rel.** (2003), Vol. 4, s.6.

89 La Citoyenneté Mondiale: Une Ethique Universelle Pour Le Développement, Bahá'í International Community, <http://www.bic.org> (erişim tarihi: 2.4.2017)

90 KANT, Immanuel: Perpetual Peace and Idea for a Universal History from a Cosmo-political Point of View (1970) in M. FORSYTH, H.M.A. KEENS-SOPER and P. SAVIGEAR (eds.): **The Theory of International Relations: Selected Texts from Gentili to Treitschke**, London, Allen& Unwin, s.206

91 KEEPING, Janet/ SHAPIRO, Dan: Global Citizensip, Feature Report on Citizenship, **LawNow** (2007-2008), Vol.32, 9



Dünya vatandaşlığı esas itibariyle adaletsizlik ve eşitsizlikle mücadele etme ihtiyacı ve bu ihtiyacı gidermek için aktif olarak çalışma kabiliyetinden doğmuş bir anlayıştır. Bu anlayış, dünyanın değerli ve biricik olmasından hareketle sonraki nesillerin geleceğinin güvence altına alınması gerekliliğinin bir sonucudur. Bu kapsamda, dünya vatandaşı küresel topluma bağlılığını belirli bir devlet veya millete olan bağlılığından üstün tutan bir kişidir. Dolayısıyla, dünya vatandaşı coğrafi veya siyasi bir sınır tanımaz. Geniş bir dünyanın ve bu dünyanın vatandaşı olarak kendi rolünün gayet farkındadır. Çeşitliliğe değer verir ve saygı duyar. Dünyanın işleyişini anlar.

Küresel toplum birbirine dayanan ve bir araya geldiklerinde bir bütün oluşturan dünya vatandaşlarından oluşan toplulukların toplamıdır. Dolayısıyla küresel toplum yerelden küresele çeşitli düzeyde örgütlenmiş topluluklardan oluşmaktadır. Dünya vatandaşlarının hak ve borçları ise bu toplama dahil olmaktan kaynaklanmaz, tersine bunların salt insan olmalarından ileri gelir. İnsan olmak bu vatandaşlıkta vazgeçilmez bir unsurdur. Dünya vatandaşları, dünyayı daha adil ve yaşanabilir bir yer yapmak için her türlü eyleme hazırdır ve yaptıkları eylemlerin sorumluluğunu daima alır⁹². Görünür bir gelecekte, dünya vatandaşlığı diğer köklü ve çağdaş vatandaşlık türleriyle birlikte var olmaya devam edecektir; zira bu anlayış bir fark yaratmanın hem bir yolu hem de bir taahhüdüdür.

SONUÇ

Vatandaşlık, bir kişinin belirli bir devlete olan bağıny ifade etmektedir. Bir devletin vatandaşlığına sahip olan kişi, vatandaşı olduğu devletin hakimiyeti altına girmektedir ve bu devletin hukuki himayesini elde etmektedir. Kişi sahip olduğu vatandaşlıkla, vatandaşlık bağıyla bağlandığı devletin nazarında diğer bir devlet vatandaşlığına sahip olan veya hiçbir devlet vatandaşlığına sahip olmayan kişilerden ayrılır. O hâlde vatandaşlık, kişiye onu yabancılardan ayırıcı bir hukuki statü sağlamaktadır. Vatandaşlık devlete kendisinin kurucu unsuru olan insan topluluğunu belirleme imkanı vermektedir. Devletlerin kimlerin vatandaşı olduğunu saptamak konusunda sınırsız olmasa da, hayli geniş bir yetkisi bulunmaktadır.

Daha geçen yüzyılda sınır aşıcı insan hareketlerinin artışının görülmeye başlamasıyla devletler kendilerine ait olanlarla (vatandaş),

92 Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. KAYA, Berna/ KAYA, Aytaç: Teknoloji Çağında Öğretmen Adaylarının Küresel Vatandaşlık Algıları, *Sakarya University Journal of Education*, 2/3 (Aralık/December 2012), s. 83



yabancıların hukuki durumlarını düzenlemek ihtiyacını hissetmiştir. Nitekim 18. yüzyılın sonları ve 19. yüzyılın başlarında vatandaşlık kanuni düzenlemelerin konusu olarak ele alınmıştır. Bu gelişmelere paralel olarak, vatandaşlığın bu dönemde uluslararası metinlere de girdiği görülmektedir. Bu şekilde vatandaşlık kavramı bugün sahip olduğu hukuki anlamı kazandığını söylemek herhâlde yanlış olmaz. Bugün için, vatandaşlığın bir kamu hukuku ilişkisi olduğu; bununla kişinin şart ve hükümleri önceden devlet tarafından egemenlik hakkına dayanılarak tek taraflı olarak tespit edilmiş bir hukuki statüye girdiği kabul edilmektedir. Yine de devlet vatandaşla arasındaki hukuki ilişkinin şart ve hükümlerini tespit ederken mahfuz bir yetkiye sahip değildir. Devlet bu konudaki yetkisi uluslararası hukuk düzenlemeleriyle sınırlandırılmıştır.

Vatandaşlığın bir kişiyle bir devlet arasındaki bağ olması özelliği sebebiyle, her toplumun kendi düzenine göre kimlerin bu düzene tabi bulunduğunu ve kimlerin siyasi bir birlik kurarak toplumun kaderinde söz söyleme hakkına sahip olacağını bilmek hakkıdır. Bu bakımdan, denilebilir ki; vatandaşlık biraz da bir insan topluluğunun, sınırları coğrafik olarak tayin edilmiş bir toprak parçası üzerinde belirli bir hukuk düzenine uygun yaşamaya başlamasıyla ortaya çıkmış bir kavramdır. Bu itibarla, vatandaşlık kavramının en az devlet kadar köklü bir geçmişe sahip olması doğaldır. Zaten ortada egemen bir devlet bulunmadıkça, vatandaşlıktan da söz edilemez. Her ne kadar bugün için, küreselleşmenin etkisiyle birlikte devletin varlığı ve buna bağlı olarak vatandaşlık kavramının geleceği tartışılabilir, küreselleşmeyle birlikte gelen küresel güvenlik tehditleri bir müddet daha coğrafi sınırları ortadan kaldırmanın mümkün olamayacağını göstermektedir. Bununla birlikte güncel gelişmeler ışığında değişen vatandaşlık formlarını izlemek hayli ilginç olacaktır.



KAYNAKLAR

ARSLAN, İlyas, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, İstanbul, 2014

AYBAY, Rona/ÖZBEK, Nimet: **Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul 2015

AYKAÇ, Alper Can: Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, **TBB Dergisi** (2008), S. 77

BAL, Hüseyin: Siyaset Teorisinde Vatandaşlık Modelleri: Herman R. Van Gunsteren'in Sınıflandırması, **Turkish Studies** (Fall 2015), Volume 10/14, pp. 17-36, p. 21

BATCHELOR, Carol A.: Stateless Persons: Some Gaps in International Protection, **International Journal of Refugee Law**(1995), Vol. 7

BAUBÖCK, Rainer: Why European Citizenship? Normative Approaches to Supranational Union, **Theoretical Inq. L.** (2007), Volume 8

BEE, Cristiano: Transnationalisation, Public Communication and Active Citizenship. The Emergence of a Fragmented and Fluid European Public Sphere, **Sociology Compass** 8/8 (2014), ss.1018-1032

BELORGEY, Jean Michel: Le Droit de la Nationalité: Evolution Historique et Enjeux, **Questions de Nationalité- Histoire et Enjeux d'un Code** (auteur: Smain LAACHER), 1987

BERKİ, Osman Fazıl: **Devletler Hususi Hukuku, Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku**, cilt.1, Ankara 1966

BORCHARDT, Klaus-Dieter: **The ABC of European Union Law**, Brussels, 2010

BOSNIAK, Linda: Citizenship Denationalized, **IND J. Global Legal Stud.** (Spring 2000), Volume. 7, Issue. 2

CARLIER, Jean-Yves: Droits de l'Homme et Nationalité, **Annales de Droit de Louvain** (2003), Vol. 63, N°.3

ÇAKMAKLI, Didem: Active Citizenship in Turkey: Learning Citizenship in Civil Society Organisations, **Citizenship Studies** (2015), Vol.19, Nos.3-4, ss.421-435

DOĞAN, Vahit: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Ankara 2016 13. baskı

DUCKETT, Keith: The Meaning of Citizenship: A Critical Analysis of Dual Nationality and The Oath of Renunciation, **Immigr.& Nat'lity L. Rev.** (2000), Vol. 21



EMAMJOMEHZADEH, Seyed Javad: Global Citizenship. *Int'l Stud. J.* (2007-2008), Vol. 4, No. 51

ERDEM, Bahadır: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul 2014

ERDOĞAN, Mustafa: **Anayasa Hukuku**, Ankara 2009, 5. baskı

FİŞEK, Hicri: **Anayasa ve Vatandaşlık**, Ankara 1960

FRANCK, Thomas M. : Clan and Superclan: Loyalty, Identity and Community in Law and Practice, *Am. J. Int'l L.* (1996), Vol. 90

GÖĞER, Erdoğan: **Türk Tabiiyet Hukuku**, Ankara 1974

GÖZLER, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Esasları** (Ders Kitabı), Bursa 2014

GÜNDOĞDU, Yeşim: Avrupa Birliği Yurttaşlığı Avrupa Kimliği Sorununa Çözüm Oluşturabilir mi?, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2004, 3(2)

GÜNGÖR, Gülin: **Tabiiyet Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler**, Ankara 2015

HABLEMİTOĞLU, Şengül/ ÖZMETE, Emine: Etkili Vatandaşlık Eğitimi İçin Bir Öneri, *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2012, 1(3)

HEYWOOD, Andrew: Political Ideas and Concepts, An Introduction, New York, **St Martin's Press**, 1994

HUDSON, Manley O.: Report on Nationality Including Stateless, International Law Commission 4th Session: **UN Doc.A/CN.4/50**, 21 February 1952

IGLESIAS, Gil Carlos Rodriguez: Global Citizenship (Adress to Seton Hall University), **Seton Hall J. Dipl.& Int'l Rel.** (2003), Vol. 4

İZGİ, Ömer/ GÖREN, Zafer: **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, Ankara 2002, c.1

KABOĞLU, İbrahim Ö.: **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, İstanbul 2015

KADIOĞLU, Ayşe: Vatandaşlık ve Siyasi Katılım (2008), **Ergun Özbudun'a Armağan**; <http://www.research.sabanciuniv.edu> (erişim tarihi: 19.12.2016)

KANT, Immanuel: Perpetual Peace and Idea for a Universal History from a Cosmo-political Point of View (1970) in M. FORSYTH, H.M.A. KEENS-SOPER and P. SAVIGEAR (eds.): **The Theory of**



International Relations: Selected Texts from Gentili to Treitschke, London, Allen& Unwin.

KARA, Cihan/TOPKAYA, Yavuz/ ŞİMŞEK, Ufuk: Aktif Vatandaşlık Eğitiminin Sosyal Bilgiler Programındaki Yeri, **Zeitschrift für die Welt der Türken** (2012), Vol.4, No.3

KAYA, Berna/ KAYA, Aytaç: Teknoloji Çağında Öğretmen Adaylarının Küresel Vatandaşlık Algıları, **Sakarya University Journal of Education**, 2/3 (Aralık/December 2012)

KEEPING, Janet/ SHAPIRO, Dan: Global Citizensip, Feature Report on Citizenship, **LawNow** (2007-2008), Vol.32, 9

KOCK, Christian/ VILLADSEN, Lisa S. : Rhetorical Citizenship: Studying the Discursive Crafting and Enactment of Citizenship, **Citizenship Studies** (2017), Vol.21, No.5, ss. 570-586

LENTZ, Valéry-Xavier: "Qu'est-ce qu'une nation?" de Ernest Renan, **Le Taurillon-magazine eurocitoyen** (jeudi 25 juillet 2013); <http://www.taurillon.org> (erişim tarihi: 9.12.2016)

LEYDET, Dominique: Citizenship (ed. Edward N. ZALTA), **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2014 edition), <http://www.plato.stanford.edu> (erişim tarihi: 15.12.2016)

NOMER, Ergin: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul 2016

PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, Ankara 2015

POLAT, Ezgi Güzel: Osmanlıdan Günümüze Vatandaşlık Anlayışı, **Ankara Barosu Dergisi**, 2011/3

ROBINSON, Nehemiah: **The Universal Declaration of Human Rights: Its Origin, Significance, Application, and Interpretation** 123 (1958)

ROUSSEAU, Jean Jacques: **Toplumsal Sözleşme, ya da Politik Hakkın İlkeleri** (çev. Aziz YARDIMLI), İDEA Cep Kitapları, İstanbul 2011

RUBENSTEIN, Kim: Citizenship in Australia: Unscrambling Its Meaning, **Melbourne University Law Review** (1995), Volume. 20, Issue. 2

SARIİPEK, Doğa Başar: Sosyal Vatandaşlık ve Günümüzde Yaşadığı Dönüşüm: Aktif Vatandaşlık (Sosyal Politika Açısından Bir Değerlendirme), **Çalışma ve Toplum**, 2006/2

SCHRAUWEN, Annette: European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change At All?, **Maastricht J. Eur.& Comp. L** (2008), Volume 15



SMISMANS, Stijn: New Governance- The Solution For Active European Citizenship, Or The End Of Citizenship?, **Colum. J. Eur. L.** (2006-2007), Vol.13

SPIRO, Peter J. : Dual Nationality and the Meaning of Citizenship, **Emory Law Journal** (1997), 46 (4)

SPIRO, Peter J.: A New International Law of Citizenship, **Am. J. Intl.L.** (2011), Vol. 105

ŞİT, Banu: Modern Vatandaşlık Kavramına Bir Bakış, **TBB Dergisi** (2008), Sayı. 76

TALAS, Mustafa: Sivil Toplum Kuruluşları ve Türkiye Perspektifi, **TÜBAR-XXIX** (2011/Bahar)

TAN, Simone: Dual Nationality in France and the United States, **Hastings Int'l&Comp. L.Rev.**, (1992).

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law, **Ankara Law Review**, Summer 2006, 3 (1)

TOPÇUOĞLU, Ali Aslan: Modern Hukuk ve İslam'da Vatandaşlık Kavramının Hukuki Temeli, **GÜHFD** (2012), C. XVI, S.3

TURHAN, Turgut/TANRIBİLİR, Feriha Bilge: **Vatandaşlık Hukuku**, Ankara, 2012

WALZER, Michael: **"Citizenship" In Political Innovation and Conceptual Change**, first edition, Cambridge, Cambridge University Press (1989)

YEN, Christian Nguyen Van: **Droit de l'Immigration**, Paris 1986

Gualco v. Acheson, 106 F. Supp. 760, 761 (N.D. Cal. 1952)

Kawakita v. United States 343 U.S. 717 (1952)

Nottebohm (Lieh v. Guat), 1955 ICJ REP.4 (Apr.6)

Perkins v. Elg, 307 U.S. 325, 329 (1939)

Tomasichio v. Acheson, 98 F. Supp. 166, 169 (D.D.C. 1951)

Slivenko v. Latvia (App. No.48321/99, Judgement 9 October 2003)

Riener v. Bulgaria (App. No. 46343/99, Judgement 23 May 2006).

<http://www.eycb.coe.int> (erişim tarihi: 28.11.2016)

<http://www.renclinot.com> (erişim tarihi: 17.12.2016)



<http://www.eesc.europa.eu> (erişim tarihi: 1.4.2017)

<http://s3.amazonaws.com> (erişim tarihi: 1.4.2017)

<http://www.europe.cidem.org> (erişim tarihi: 1.4.2017)

<http://www.bic.org> (erişim tarihi: 2.4.2017)

<http://www.insanbilimleri.com> (erişim tarihi: 14.6.2017)

<http://www.paris-sorbonne.fr> (erişim tarihi: 14.6.2017)

<http://www.ege-edebiyat.org> (erişim tarihi: 14.6.2017)



MÜDAFİNİN SORUŞTURMA DOSYASINI İNCELEME YETKİSİNE GETİRİLEN KISITLAMANIN SAVUNMA HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*(Evaluation of the Limitation Imposed on the Power of the Counsel to Examine
the Investigation File in respect of the Right to Defense)*

Dr. Hüseyin TURAN¹
Fatih ŞAHİN²

ÖZ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda soruşturma işlemlerinin gizli yürütülmesi ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke, bir yandan suçla ilgili delillerin karartılması tehlikesinin önüne geçilmesini sağlar, diğer yandan ise kişinin lekelenmeme hakkını güvence altına alır. Zira suçluluğu bir mahkeme kararına bağlanana kadar kişinin masumiyetinin esas olduğu evrensel hukuk tarafından kabul edilmiş bir ilkedir. Soruşturmanın gizliliği ilkesinin istisnası ise savunma hakkıdır. Özellikle soruşturma evresinde koruma tedbirlerinden birine başvurulduğunda savunma hakkı daha büyük bir öneme haizdir. İşte, soruşturmanın gizli yürütülmesinden beklenen kamu yararı ile savunma hakkının kutsallığı arasındaki denge, Ceza Muhakemesinde, savunma hakkına zarar vermeyecek şekilde soruşturmanın gizli yürütülmesine ilişkin kuralların benimsenmesiyle sağlanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Müdafî, savunma, kısıtlama kararı, soruşturma, gizlilik ilkesi

ABSTRACT

The principle concerning the conduct of the investigation procedures in secret has been adopted in the Code of Criminal Procedure. On one hand, this principle ensures prevention of the danger of destruction of the evidence in relation to the crime and on the other hand, it guarantees the person's right against self-incrimination, since it is a principle recognized by universal law that the person's innocence is essential till it is held by

1 Dr. Hâkim/Anayasa Mahkemesi Raportörü ♦ huseyin.turan@anayasa.gov.tr

2 Hâkim, Anayasa Mahkemesi Raportörü ♦ fatih.sahin@anayasa.gov.tr



the Court that he/ she is guilty. The exception to the principle of secrecy of the investigation is the right of defense. Especially when one resorts to one of the protective measures during the investigation phase, the right of defense is of greater importance. Here, in the criminal procedure, there has been an effort to strike the balance between the public interest expected from the conduct of the investigation in secret and the sacredness of the right of defense, through adoption of the rules related to the conduct of the investigation in secret in such a way as not to damage the right of defense.

Keywords: Counsel, defense, limitation decision, investigation, the principle of secrecy

GİRİŞ

13/12/2014 tarihinde kabul edilen 6572 sayılı Kanunu'nun 44'üncü maddesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun müdafinin soruşturma dosyasının içeriğini inceleme ve belgelerden örnek alma yetkisini düzenleyen 153'üncü maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğe göre, müdafî kural olarak soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilecek ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilecektir. Ancak müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma talebi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek nitelikte ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine Sulh Ceza Hâkimliğinin kararıyla kısıtlanabilecektir. Bu durumun varlığı hâlinde hangi suçlarda kısıtlama kararı verilebileceği de değişiklikte belirtilmiştir³.

3 "Müdafîin dosyayı inceleme yetkisi" başlığı altında 13/12/2014 tarihinde kabul edilen 6572 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'un 153'üncü maddesinin değişiklik sonrası hâli şu şekildedir:

"1) Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

(2) Müdafîin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir. Bu karar ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda verilebilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
2. Cinsel saldırı (birinci fıkraya hariç, madde 102),
3. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),
6. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),
7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),
8. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).



Buna göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; kasten öldürme, cinsel saldırı (birinci fıkra hariç), çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları ile 6136 sayılı Kanun'da düzenlenen silah kaçakçılığı, 5411 sayılı Kanun'da düzenlenen zimmet ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanun'da düzenlenen suçlar hakkındaki soruşturmalarda müdafinin dosya inceleme yetkisi kısıtlanabilecektir. Kanunda kısıtlama kararı verilebilecek suçlar sayma yoluyla belirtildiğinden dolayı, bu suçlar haricinde herhangi bir başka suç veya suçlar hakkında kısıtlama kararı verilmesi söz konusu olamayacaktır.

Bu çalışmada; müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisine getirilecek kısıtlamanın, silahların eşitliği ilkesi bağlamında soruşturma dosyasına erişim hakkı ve kişiye savunma yapabilmesi veya koruma (tutuklama, arama ve elkoyma gibi) tedbirlerine karşı, özellikle de tutuklama koruma tedbirine karşı etkili bir şekilde itirazda bulunabilmesi için gerekli güvenceleri sağlayıp sağlamadığı inceleme konusu yapılmıştır.

Bunun için; öncelikle Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan bu değişikliğin soruşturmanın gizliliği ve savunma hakkıyla doğrudan ilgili olması nedeniyle ceza muhakemesinin soruşturma evresinde geçerli olan soruşturmanın gizliliği ilkesine ait esaslara yönelik bilgi verildikten sonra, bir ceza yargılaması süjesi olan müdafinin, hazırlık soruşturmasındaki dosya inceleme yetkisinin savunma hakkı ve soruşturmanın gizliliği ilkeleri bakımından sınırları Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde değerlendirilecektir.

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160'ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçu.

d) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan suçlar.

(3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(4) Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.

(5) Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır."



I. SORUŞTURMA

Ceza Muhakemesi, suç haberinin alınmasıyla başlayıp kovuşturmaya yer olmadığı (takipsizlik) kararı veya iddianamenin mahkemeye verilmesi ile sona eren soruşturma evresi ile iddianamenin kabulüyle başlayıp bir hükümlerle sona eren kovuşturma evresinden oluşur⁴. Buna ilaveten iddianamenin mahkemece alınmasından başlayıp bunun kabulüne kadar süren evre ise ara muhakeme evresi olarak da ifade edilir⁵. Daha sonra ise denetim muhakemesi ve infaz söz konusu olur⁶. Dolayısıyla iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesinden sonra soruşturma evresi sona erip, kovuşturma bir başka ifadeyle yargılama evresi devreye girmekte ve bu aşamada soruşturma evresinde ortaya konulan deliller yargılama konusu olmaktadır⁷.

Kamu adına soruşturma yürüten Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle genellikle şikâyet yoluyla bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar (CMK. m.160/1). Suç haberinin alınmasıyla birlikte iş derhal mahkemenin önüne gelmez. Öncelikle suç haberinin ciddiyeti araştırılır, doğru olup olmadığı değerlendirilir ve buna ilişkin var olan bütün deliller toplanmaya çalışılır. Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda kamu davası açmaya yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler (CMK. m.170/2), aksi takdirde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir (CMK. m.172/1).

Keza, ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir⁸. Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez. Soruşturma

4 BIÇAK, Vahit; **Suç Muhakemesi Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s.327. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14.Baskı, Beta, 2017, s.87. KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe; **Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Kitap**, 17.Baskı, Beta Bası, İstanbul 2009, s.14.

5 ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara-2014, s.545.

6 ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR, F. Yasemin/ ALAN, Esra; (Editör: Bahri ÖZTÜRK), **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2010, s.485.

7 GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ ÇAKIR, Kerim; **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.56. ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan; **Ceza Muhakemesi -II-**, 6.Bası, Seçkin, Ankara 2017, s.98.

8 SOYASLAN, Doğan; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin, 5.Bası, Ankara 2014, s.363.



yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirilir ve bu karara karşı CMK'nun 173'üncü maddedeki usule göre itiraz edilebilir. İtirazın kabulü hâlinde Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini yeniden başlatır (CMK. m.158/6 Ek: 15/8/2017-KHK-694/145 md.).

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2'nci maddesinde soruşturma evresi, "kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre" olarak tanımlanmıştır. Kanundaki bu tanıma göre soruşturma evresi, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesiyle sona ermektedir. Zira iddianamede önemli sayılabilecek nitelikte eksiklikler bulunduğu mahkeme tarafından tespit edilmesi durumunda söz konusu iddianameyi iade etme yetkisi bulunmaktadır (CMK.m174). İade edilen iddianameye Cumhuriyet savcısı tarafından itiraz edilmediği veya itiraz edilip itiraz, mahkemece reddedildiği durumda soruşturma evresi kaldığı yerden devam etmektedir. Soruşturma sonucunda iddianame düzenlenmediği ve kovuşturmaya yer olmadığına dair (takipsizlik) kararı verildiği durumda da soruşturma evresi sona ermiş olur⁹.

Cumhuriyet Savcısı soruşturma evresinde maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan bütün delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür (CMK.m.160/2).

II. SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ

Soruşturma evresinin belli başlı özellikleri bulunmaktadır. Bunlar genel olarak yazılılık, dağınıklık, kamusalılık, mecburilik ve gizlilik (mahremlik)tir¹⁰. Soruşturma aşamasının sağlıklı bir şekilde işlemesi bütün bir muhakeme için önem taşımaktadır. Bu nedenle muhakemenin selameti bakımından, savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla ceza muhakemesinde soruşturmanın gizliliği esas kabul edilmiştir (CMK.m.157). Gizliliğinin kabul edilmesinde temel olarak iki hedef gözetilmiştir. Bunlardan ilki, şüphelinin masumiyet karinesi altında çeşitli ithamlar altında bırakılmaması ve soruşturma devam ederken kamunun eksik bilgilerle bir canıya ulaşmamasıdır¹¹. Diğer ise delillerin karartılma

9 SOYASLAN, s.363.

10 BIÇAK, s.339, CENTEL/ZAFER, s.103.

11 CEYHAN, Murat; "Soruşturmanın Gizliliği ve Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı. 2013/109, s.466. CENTEL/ZAFER; s.103.



tehlikesinin önüne geçilmek istenmesidir¹². Nitekim soruşturmanın gizliliği esasını savunan görüşe göre soruşturma safhası savcının yegâne silahı olduğundan savunma hakkı kapsamında zayıflatılmamalıdır. Soruşturma süresince somut olaydaki maddi gerçeğe ulaşmak isteyen Cumhuriyet Savcısı, teknik araçlarla izleme (CMK.m.140), gizli soruşturmacı atama (CMK m.139) ya da iletişimin dinlenmesi (CMK. m.135) gibi tedbirlere başvurabilecektir. Bu tedbirlerden haberdar olunması, delillerin karartılmasına ya da dosya kapsamındaki diğer şüphelilerin bilgilendirilmesi suretiyle farklı ifadeler vermelerine neden olabilir. Bu durum ise soruşturmanın sonuçsuz kalmasına yol açabilecektir¹³.

Soruşturmanın gizliliğinin iki anlamı vardır. Bunlardan birincisi dâhilî gizlilik ve soruşturma işlemlerinde ilgililerden başka kimsenin hazır bulunamamasında ve tarafların bazı soruşturma işlemlerini öğrenme yasağında somutlaşır. İkincisi ise, haricî gizlilik olarak adlandırılabilir ve soruşturma işlemlerinin kamuya açıklanması, özellikle de yayınlanması yasağını ifade eder¹⁴.

Soruşturmanın gizliliği ilkesinin istisnası ise savunma hakkıdır. Kanun'un 157'nci maddesinde "*savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla*" soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olduğu hüküm altına alınarak bu husus açıkça vurgulanmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157'nci maddesi uyarınca, soruşturmanın gizliliği, soruşturma aşamasının başlangıcından sona ermesine kadar devam eder. Dolayısıyla, soruşturmanın başlamasından kovuşturmanın (takipsizlik) kararına veya iddianamenin kabulü kararına kadar soruşturma işlemleri, kural olarak gizlidir. Çeşitli kanunlarda soruşturmanın gizliliği ile ilgili olarak yer alan düzenlemeler, söz konusu gizliliğin soruşturmanın sona ermesiyle birlikte ortadan kalkacağını öngörmektedir. Örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında, iddianamenin kabulü ile birlikte müdafinin dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebileceği, bütün tutanak ve belgelerin harçsız olarak örneğini alabileceği öngörülmüştür. Buradan anlaşılmaktadır ki, iddianamenin mahkeme tarafından kabulüyle birlikte soruşturma evresi de otomatikman sona ermiş olması nedeniyle gizlilik de kural olarak kendiliğinden kalkmış olmaktadır.

12 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.496.

13 KOCAOĞLU, Sinan; "**Müdafi**", Ankara, Seçkin, 2011, s. 172.

14 CENTEL/ZAFER, s.103.



Soruşturmanın gizliliğinin öneminden dolayı bu kuralın ihlali 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ayrı bir suç olarak tanımlanmış ve bir cezai müeyyide öngörülmüştür¹⁵. Kanun'un 285'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, soruşturmanın gizliliğini alenen ihlâl eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır¹⁶.

A. Savunma Hakkı Çerçevesinde Müdafinin Dosya İnceleme Yetkisi

Ceza yargılamasında savunma, suç işlediği iddia edilen bir şahsın, üzerine atılı suçu işlemediğini veya yaptığı eylemin hukuka uygun olduğunu ya da iddia edildiğinden daha az cezayı hak ettiğini yahut kanuni birtakım sebeplerden dolayı cezalandırılmaması gerektiğini yetkili makamlar önünde ileri sürmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Bir başka ifadeyle savunma, suçlamaya karşı sanığın yararına yürütülen; onu hukuki ve fiili açıdan korumayı amaçlayan bir faaliyettir¹⁸. Savunma, suç işlediği iddia edilen kişinin, suçu işlemediğinin veya fiilin hukuka aykırı aykırı olmadığını ya da kanuni nedenlerle cezalandırılmayacağını veya iddia edildiğinden daha az cezalandırılması gerektiğinin ileri sürülmesi şeklinde olabilir¹⁹.

Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturma makamları önünde savunma hakkını bizzat kullanabileceği gibi, uzman bir kişinin yardımından yararlanarak da savunma hakkını kullanabilir. Savunmanın bizzat şüpheli veya sanık tarafından yapıldığı durumlara bireysel (ferdi) müdafaa, bir müdafî yardımından yararlanmak suretiyle yapıldığı durumlara ise, toplumsal müdafaa denilmektedir²⁰.

Müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat olarak tanımlanmaktadır²¹. Müdafî, hukuk bilgisi nispeten az hatta bulunmayan şüpheli veya sanığın savunma hakkını tam olarak

15 ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner; **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler**, 5.Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.5555.

16 Türk Ceza Mevzuatı, Kanun-Tüzük- Yönetmelikler, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Temmuz-2015, CENTEL/ZAFER, s.105.

17 CENTEL/ZAFER, s.154.

18 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.146. KUNTER/YENİSEY/ NUHOĞLU; s.390.

19 BIÇAK, s.166.

20 BAŞTÜRK, İsa; "AİHS 6/3-c Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı", Nur CENTEL'e Armağan, s.1343, <http://dergipark.gov.tr/download/issue-file/521>. ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 3.Bası, Seçkin, Ankara, 2012, s.195.

21 ÜNVER/HAKERİ; s.232. ŞAHİN, Cumhur; **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-** 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2012, s.195. KARAKEHYA, Hakan; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s.141.



kullanabilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır²². Zira çelişmeli bir yargılamanın yapılması için savunma makamının en az iddia makamı kadar etkin olması gerekmektedir. Savunma makamının iddia makamı karşısında silahların eşitliğini sağlayacak kadar etkin olabilmesi için de müdafi ile savunulmanın önemi büyüktür²³.

Bir ceza yargılaması süjesi olan müdafi, sadece sanığın çıkarları doğrultusunda onun suçsuz olduğuna yönelik faaliyetlerde bulunmaz; maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da yardım eder. Buradaki yardım savunma yardımı olup, savunma hem şüpheli/sanık hem de toplum yararınadır²⁴. Bu yönüyle müdafi, ceza muhakemesi hukukuna hâkim olan ilkelerin hayata geçirilmesine katkıda bulunmak suretiyle kamu yararına da hizmet eden bir süjedir²⁵. Müdafiyeye yüklenen bu görev, onun adil bir ceza muhakemesindeki meşru varlığının en temel dayanağını oluşturmaktadır²⁶.

Müdafinin savunmasını hazırlayabilmesi veya müvekkili aleyhine verilen koruma tedbiri kararlarına karşı etkili şekilde itiraz edebilmesi için dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisine sahip olması gerekmektedir²⁷. Nitekim müdafi şüpheli veya sanığa yöneltile suçlamayı ve bu suçlamanın dayanağını bilirse, etkili biçimde savunma yapabilir; bu ise müdafinin dosya içeriğinden ve delillerden bilgi sahibi olmasını gerekli kılar²⁸. Hazırlık soruşturmasının sanık açısından ortaya çıkardığı yük ve yargılamanın bu aşamasının, daha sonraki aşamalar için büyük önem taşıması, etkin bir savunma yapılabilmesi bakımından dosya inceleme hakkının olabildiğince erken sağlanmasını vazgeçilmez kılmaktadır. Bu hak, silahların eşitliği ilkesinin ayrılmaz bir parçası olarak Anayasa'nın 19 ve 36'ncı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ise 5 ve 6'ncı maddeleriyle garanti altına alınmıştır²⁹.

22 ŞAHİN, *Ceza Muhakemesi Hukuku -1-*, s.205.

23 BOZDAĞ, Ahmet; *"Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi"*, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, Nisan 2014.s. 14. BIÇAK, s.171.

24 ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/ACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker; *"Ceza Muhakemesi Hukuku"*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara 2014, s. 217.

25 KARAKEHYA, s.142.

26 BAŞBÜYÜK, s.1342. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.413.

27 ŞAHİN, .s.199. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.418.

28 KARAKEHYA, s.153.

29 ERDEM, Mustafa Ruhan; *"AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı"* <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz6-1/PDF/erdem3.pdf> (Erişim Tarihi:19/01/2016), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 6, Sayı: 1, 2004, s.67-111.



Bu önemin gereği olarak ceza muhakemesinin soruşturma aşamasında kural olarak müdafiyeye dosyayı inceleme yetkisi tanınmıştır. 5271 sayılı Kanun'un 153'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Dolayısıyla soruşturma evresine egemen olan gizlilik kuralı soruşturmaya katılma yetkisi olanlara karşı geçerli değildir.

Bununla birlikte Kanun'un 153'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında sayılan suçlar yönünden müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisinin kısıtlanabilmesi öngörülmüştür³⁰. Bu kısıtlılık kararıyla müdafinin dosya içindeki bazı bilgi ve belgelere erişimi engellenmiş olmaktadır.

Soruşturma evresinde gizliliğin bütünüyle ortadan kalkması hâlinde, şüphelinin kaçması, delillerin yok olması gibi durumlarla karşılaşılacağından ve muhakemenin tümüyle yapılamaz hâle gelmesine sebebiyet verebileceğinden soruşturmanın gizliliği esası uyarınca bazı hâllerde dosyayı inceleme ve belgelerden örnek alınmasına kısıtlama getirilmesinin makul görülmesi gerekir. Özellikle, örgütlü suçlarla mücadele bakımından dosya inceleme yetkisine kısıtlama getirilmesi zorunlu olabilmektedir³¹. Buna karşılık müdafinin, iddia makamına karşı gerçek bir savunma yapabilmesi için soruşturma evresinde de koruma altındaki delilleri inceleme yetkisinin kısıtlanmaması gerektiği görüşü de dile getirilmiştir³².

5271 sayılı Kanun'un 153'ncü maddesinde 13/12/2014 tarihinde yapılan değişiklik gerekçesinde, ceza muhakemesinin soruşturma evresinde gizlilik ilkesinin esas olduğundan soruşturmanın gizli biçimde cereyan etmesi gerektiği, soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizliliğinin şüphelinin suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkı yanında, soruşturma işlemlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesine de hizmet ettiği, bu çerçevede madde metninde yapılan değişiklikle soruşturma evresinde müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasının, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla kısıtlanabilmesinin öngörüldüğü belirtilmiştir³³.

30 KARAKEHYA, s.153. GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.266.

31 MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/DURSUN, Selami; **Türk Hukuku'nda Müdafinin Yasaklılık Hâlleri**", Seçkin, 1.Baskı, Eylül 2004, Ankara, s.141.

32 CENTEL/ZAFER, s.205.

33 TBMM Tutanak Dergisi Sayısı 655, s.9,10. https://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/tutanak_sorgu.html.



Maddede, soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi durumunda kısıtlama kararı verilebileceği belirtilmesine rağmen soruşturmanın ne zaman ve hangi hâllerde tehlikeye düşeceğine ilişkin bir bilgiye yer verilmemiştir. Bu nedenle soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesinden ne anlaşılması gerektiği, hangi hâllerde ve ne zaman soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceği somut olayın özelliğine göre yargı organlarınca belirleneceği açıktır³⁴.

Cumhuriyet savcısının soruşturma dosyası hakkında gizlilik kararı verilmesi konusunda talepte bulunurken çok dikkatli davranarak soruşturmanın selametinin tehlikede olduğunu hiçbir şüpheye yer vermeyecek bilgi ve belgeler ile ortaya koyması, sulh ceza hâkiminin de gerçekten bu tehlikenin yani soruşturmanın selametinin tehlikede olduğunun varlığına kanaat getirdikten sonra kısıtlama kararı vermesi ve kararında kısıtlama gerekçesini açık bir şekilde belirtmesi doğru bir yaklaşım olur³⁵. Örneğin delillerin karartılması, tanıklara baskı yapılması, şüphelinin kaçması veya koruma tedbirlerinin sonuçsuz kalması gibi hukuka aykırı bir durumun ortaya çıkmasına açıkça sebep olunabileceği ihtimalinin bulunduğu durumlarda müdafinin soruşturma dosyasını inceleme ve bundan örnek almasının soruşturmanın amacını tehlikeye düşürdüğü kabul edilebilir³⁶. Zira müdafinin dosyaya baktığında şüpheli hakkında tutuklama kararı verilebileceği ya da şüphelinin evinde arama yapılabileceği (evde isnat oluşturabilecek suç ögesinin bulunması durumunda) konusunda kanaat edinebileceği durumlarda bunu şüpheliye bildirme ihtimali mevcuttur. Nitekim bunun sonucunda şüpheli tutuklanmamak için kaçabilir ya da delilleri karartabilir. İşte bu gibi durumlarda müdafinin dosyayı incelemek istemesinin soruşturmanın amacını tehlikeye düşürdüğünün kabul edilmesi gerekir³⁷.

B. Dosya İnceleme Yetkisine Getirilecek Kısıtlamanın Sınırları

Müdafinin soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisinin hâkim kararıyla kısıtlanması mutlak olmayıp, sadece soruşturma dosyasındaki bazı belgelerle sınırlıdır³⁸. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153'üncü maddesinde açıkça "...kısıtlanabilir" ifadesine yer verilmek suretiyle bu husus açıkça vurgulanmıştır. Ayrıca

34 BOZDAĞ, s.168.

35 KOCAOĞLU, s.176.

36 BOZDAĞ, s. 168, GÖKŞEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.267.

37 TAŞKIN, Ş. Cankat; "Müdafinin Dosya İnceleme Hakkının Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı.75, s.396.

38 CENTEL/ZAFER, s.209.



bazı belgelerin incelenmesi, Kanun'da savunma hakkı için çok önemli görülmüş ve bu belgelerle ilgili kısıtlama kararı verilemeyeceği kabul edilmiştir. Kanun'un 153'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında kısıtlama kararı verilemeyecek olan belge ve tutanaklar tek tek sayılmıştır. Buna göre; yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak, bilirkişi raporları ve yakalanan kişinin veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar (sorgu zabtı, Cumhuriyet savcılığında ve kollukta verdiği ifade tutanakları, keşif ya da yer göstermeye ilişkin tutanaklar gibi) hakkında hiçbir şekilde kısıtlama kararı verilemeyecektir. Bu belgeler müdafî tarafından her zaman incelenebilir³⁹.

Kısıtlama kararı verilebilmesi için suçlamanın niteliği de ayrı bir öneme sahiptir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi gerekçesiyle soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanmasını mahkemeden isteyebilmesi ancak bazı suç tipleri için kabul edilmiştir⁴⁰. Buna göre; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; kasten öldürme, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı suçları, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160'uncü maddesinde tanımlanan zimmet suçu ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan suçlardan birisinin söz konusu olduğu soruşturmalarda, müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği durumlarda Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilecektir.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Müdafinin Dosya İnceleme Yetkisi

Bir müdafî yardımından yararlanma hakkı, adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncü maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde düzenlenmiştir. Anılan bentte; şüpheli veya sanığın kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli ise resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir⁴¹.

39 GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s.267. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.239. ŞAHİN, s.200. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU; s.419.

40 GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s.266. CENTEL/ZAFER, s.208.

41 TURAN, Hüseyin; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.65, 329.



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*hakkaniyete uygun yargılama*” kavramından hareket ederek adil yargılamanın zımnî gereklerini saptamıştır. Bu gereklerden en önemlisi Anayasa’nın 36’ncı maddesinde de açıkça ifade edilmiş olan “*savunma hakkı*”dır⁴². Ceza yargılamasındaki savunma hakkının güvence altına alınması, demokratik toplumun temel bir ilkesidir. AİHM’ye göre, hakkaniyete uygun bir yargılamanın gerçekleştirilmesi için, yargılamanın yürütülmesi sırasında alınan önlemlerin, savunma hakkının yeterince ve tam olarak kullanılması ile uyumlu olması⁴³ ve bu hakların teorik ve soyut değil, etkili ve pratik olacak şekilde yorumlanması gerekmektedir⁴⁴.

Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin 3’üncü fıkrasının (b) bendine göre sanık, savunmasını uygun bir şekilde düzenleyebilmeli, yargılamayı yürüten mahkeme önünde ilgili tüm savunma beyanlarını dile getirebilmeli ve böylece yargılamanın sonucunu etkileyebilme imkânına sahip olmalıdır⁴⁵. Bu husus çelişmeli yargılama ilkesinin de bir gereğidir⁴⁶.

Sanığın kendisini aklayabilmesine veya cezasının düşürülmesine yardımcı olabilecek unsurları içeren delil niteliğindeki belgelere erişimine izin verilmemesi, sanığın savunmasını hazırlarken yararlanması gereken kolaylıkların göz ardı edilmesine yol açabilir ve dolayısıyla da Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin 3’üncü fıkrasının (b) bendinde güvence altına alınan hakkın ihlalini doğurabilir⁴⁷. Bu kapsamda sanığın savunmasını yürütmesine kolaylık sağlamak açısından, bu kişinin dava dosyasındaki ilgili belgelerin suretlerini almasına ve aldığı notları derleyip kullanmasına izin verilmelidir.⁴⁸ Bununla birlikte AİHM, dosyaya erişim hakkının mutlak bir hak olmadığını kabul etmektedir. Dosyadaki belgelere ulaşmak açısından yargılamanın her aşamasında taraflar arasında tam bir eşitlik olması gerekmektedir⁴⁹. Bazı davalarda, üçüncü şahısların temel

42 TURAN, s.65, 323.

43 *Ludil/İsviçre*, B. No: 12433/86, 15/6/1992 §§ 49-50. Bu karar ve aşağıda zikredilen AİHM kararları için bkz., DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 1.Cilt, 1.Baskı, Pozitif Matbaa, Ankara 2013.

44 Bkz. *Artico/İtalya*, B. No: 6694/74, 13/5/1980 § 33.

45 *Can/Avusturya*, B. No: 9300/81, 12/7/1984, § 53; *Gregacevic/Hırvatistan*, B. No: 58331/09, 10/7/2012, § 51.

46 TURAN, s.317.

47 *Natunen/Finlandiya*, B. No: 21022/04, 31/3/2009, § 43; *C.G.P./Hollanda (k.k.)*, B. No: 29835/96, 15/1/1997.

48 *Rasmussen/Polonya*, B. No: 38886/05, 28/4/2009, §§ 48-49; *Moiseyev/Rusya*, B. No: 62936/00, 9/9/2008, §§ 213-218.

49 İNCEOĞLU, Sibel; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı**, Beta Bası, İstanbul 2005, s.237.



haklarını korumak veya ulusal güvenlik gibi önemli bir kamu menfaatini gözetmek, tanıkları korumak veya adli makamların suçu incelerken başvurdukları yöntemleri güvence altına almak ve benzeri amaçlarla, bazı delillerin sanıktan saklanması gerekli görülebilir.⁵⁰ Ancak savunma haklarını sınırlayan bu önlemler kesinlikle gerekli olduğunda alınmalı⁵¹ ve sanığın adil yargılanmasını güvence altına almak için, savunmanın hakları üzerindeki sınırlama ile meydana getirilen zorluklar, yargısal makamların yürüteceği usuller ile yeterince dengelenmiş olmalıdır⁵².

AİHM, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine riayet edildiğinden ve sanığın menfaatlerinin korunması için yeterli güvencelerin kapsama dâhil edildiğinden emin olmak için bu husustaki karar alma mekanizmasını dikkatli bir şekilde incelemektedir. Diğer yandan, bir sanığa verilen sürenin ve sağlanan kolaylıkların yeterli olup olmadığını, her davanın kendine özgü koşullarında değerlendirmektedir⁵³. Örneğin, örgütlü suçlarla mücadelede, gizli bilgilerin suçun soruşturulmasında kullanılabilmesi kabul edilmekle birlikte, sanığın mahkûmiyeti "*belirleyici ölçüde*" gizli tanık ifadelerine dayanıyorsa bu durum ihlale sebebiyet verebilir⁵⁴. Burada önemli olan husus, kimliği gizli tutulan tanıkların ifadelerinin kullanıldığı davalarda, dengeleyici başka usullerin kullanılıp kullanılmadığıdır⁵⁵.

Sanığa sağlanması gereken kolaylıklar, savunmasını hazırlaması esnasında kendisine yardımcı olacak veya olabilecek türdekilerle sınırlıdır⁵⁶. Ancak sanığın dava dosyasına erişimine getirilen kısıtlama, duruşma öncesi delillerin sanığa ulaştırılmasını ve sözlü yargılama aşamasında sanığın, müdafî aracılığıyla deliller üzerine görüş sunmasını engellememelidir⁵⁷. Diğer taraftan AİHM, dosyaya erişim hakkının kısıtlanmasına tutuklu yargılamalarda özel bir önem atfetmektedir. Zira sanığın tutuklu olduğu durumlarda savunma için dosya içeriğinden olabildiğince erken ve kapsamlı bilgi sahibi olunması, diğer davalara

50 Bkz. Natunen/Finlandiya, §§ 40-41.

51 Van Mechelen/Hollanda § 59.

52 Rowe/İngiltere, § 62.

53 Iğlin/Ukrayna, B. No: 39908/05, 12/1/2012 § 65; Galstyan/Ermenistan, B. No: 26986/03, 15/11/2007, § 84.

54 Kostovski/Hollanda § 44-45.

55 AİHM Doorson/Hollanda kararında, kimliği belirsiz tanıkların, uyuşturucu suçları ile yargılanan başvurucunun müdafîinin huzurunda sorgu yargıcı tarafından sorgulanmasını bir dengeleyici usul olarak kabul etmiştir. İNCEOĞLU, s.300.

56 Mayzit/Rusya, B. No: 63378/00, 20/1/2005, § 79.

57 Öcalan/Türkiye [BD], B. No: 46221/99, 12/5/2005, § 140.



nazaran daha fazla öneme sahip olup bu hak, soruşturmanın tehlikeye düşmesini önleme amacına göre önceliğe sahiptir.

Gerçekten hazırlık soruşturması çerçevesinde (ceza muhakemesinin soruşturma evresinde) başvuru ve içlerinde kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucuna yol açan tutuklama gibi koruma tedbirleri, gerek Sözleşme ve gerekse Anayasa ile garanti altına alınan haklara ciddi bir müdahale oluşturmaktadır. Bu yüzden Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında; *"yakalanması ve tutuklanması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, özgürlüğün sınırlanmasının kanuna uygunluğu hakkında kısa bir surede karar verme ve durum kanuna aykırı görüldüğünde salıverilmesine karar verilmesi için bir yargı organına başvurma hakkına sahiptir"* düzenlemesine yer verilerek tutuklu sanığa, tutukluluk durumunun hukuka uygunluğunun yargısal yoldan denetlenmesini isteyebilme hakkı tanınmıştır⁵⁸.

Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında, yakalanan veya tutuklanan kimseye yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların hemen yazılı olarak bildirilmesini, yazılı bildirim mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda ise en geç hâkim huzuruna çıkarılincaya kadar bildirilmesini isteme hakkı tanınmış, 8'inci fıkrasında da hürriyeti kısıtlanan kişinin, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınarak, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir⁵⁹.

Kişinin, hakkında verilen tutuklama kararına karşı etkili bir şekilde itirazını yapabilmesi, iddia makamının ortaya koyduğu suçlamalar ve buna ilişkin deliller ile tutuklamaya esas olan bilgi ve belgelerin içeriğinin bilinmesine bağlıdır. Bu nedenle, soruşturma evresinde tutukluluğa esas olan belgelerin incelenmesi, tutuklamaya etkili bir şekilde itiraz edilebilmesinin de ön koşuludur. Ancak bu sayede, tutuklama kararında gösterilen gerekçelerin doğru olmadığı veya tutuklama tedbiri yerine başka koruma tedbiriyle amaca ulaşılacağı ileri sürülebilir.

AİHM de, tutuklu olan sanığın dosyayı inceleme hakkını, doğrudan Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının (a) ve (c) bentlerine

58 **Guide On Article 5**, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012, s.28.

59 KARAN, Ulaş; **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, in (Editör: Sibel İnceoğlu); **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Avrupa Konseyi, 2013, 1. Bası, s.199.



değil, 5'inci maddenin 4'üncü fıkrasına dayandırmıştır. AİHM, özellikle tutuklama kararı verilen ve tutuklama kararına itiraz edilen durumlarda, bir taraftan sanığın, tutukluluğu konusunda kendisi için önemli görünen soruşturma ile ilgili olabildiğince kapsamlı bilgi edinmeye yönelik haklı çıkarları; diğer taraftan ceza kovuşturma organlarının soruşturma tedbirlerinden sanığın önceden bilgi sahibi olmasına dayanarak olayın aydınlatılmasının engellenmesi girişimlerini önlemeye yönelik gereksinimleri arasındaki çatışma üzerinde yoğunlaşmış ve sonuçta etkili bir ceza kovuşturması ile sanığın savunma hakkı arasındaki çıkar çatışmasını sanık lehine çözüme kavuşturmuştur.

AİHM'ye göre tutuklamaya itirazı inceleyen bir mahkeme, muhakemenin tarafları olan savcı ve özgürlüğünden yoksun kılınan kişi arasında silahların eşitliği ilkesine özen göstermelidir. Sanığın, özgürlükten yoksun bırakılmasının hukuka aykırılığını etkili biçimde tartışma konusu yapmak için önem taşıyan hazırlık soruşturması dosyasındaki delillere müdafinin ulaşması engellenmiş ise, artık bu durumda silahların eşitliğinden söz edilemeyecektir⁶⁰.

AİHM, şüphelilerin delilleri manipüle etmesini ve yargının işleyişine hanel getirmelerini engellemek için, ceza kovuşturmasının etkin biçimde yürütülmesi gerektiğini ve bunun sonucunda soruşturma evresinde toplanan bilgilerin bir kısmının gizli tutulabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu haklı amaç, savunmanın haklarının önemli ölçüde sınırlandırılmasını göze almak suretiyle izlenemez. Özgürlükten yoksun kılmanın hukuka uygunluğunu değerlendirmek için önemli olan bilgilere, müdafinin uygun biçimde ulaşması sağlanmalıdır⁶¹. Şüphelinin veya sanığın, tutukluluk durumunun devamına ilişkin kararda belirleyici rol oynayan bilgileri uygun biçimde tartışma konusu yapmak ve bu bilgilerin geçerliliğini çürütme olanağından yoksun bırakılmaları Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına aykırılık oluşturacaktır⁶².

60 Lamy v. Belçika, 30 Mart 1989, paragraf. 29, seri A no 151, Nikolova v. Bulgaristan [BD], no 31195/96, paragraf. 58, Schöps v. Almanya, no 25116/94, paragraf. 44, Lietzow v. Almanya, no 24479/94, paragraf 44.

61 Garcia Alva/Almanya § 42.

62 ERDEM, s. 79. Mahkeme, Lietzow/Almanya kararında da benzer ilkeleri koyduktan sonra, başvuru devamına ilişkin kararında kilit rol oynayan tanık ifadelerinden müdafinin haberdar olmaması nedeniyle yeterince tartışılmadan tutuklama kararına yapılan itirazın reddedilmesinin Sözleşmenin 5/4. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararında (Başvuru No:24479/94) şöyle denilmiştir: "Mahkeme, ceza soruşturmalarının etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi ihtiyacının bilincindedir; bu ihtiyaç gereği soruşturma esnasında toplanan bilgilerin bir bölümünün şüphelilerin delilleri tahrip etmesinin ve adaletin gerçekleşmesine zarar vermesinin önlenmesi amacıyla gizli tutulması da söz konusu olabilir. Ancak, bu meşru amaç, savunma haklarıyla ilgili önemli kısıtlamalar pahasına güdülemez."



AIHM, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlandığı iddiasıyla ilgili Türkiye aleyhine yapılan bir başvuruda⁶³ Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 4'üncü paragrafı uyarınca tutukluluğa itirazı değerlendiren mahkemede tarafların, yani savcı ve sanığın eşitliğini teminen, tarafların davaya katılma hakkına itina gösterilmesi gerektiğini, eğer müdafi, tutukluluğun hukukiliğine etkili biçimde itiraz edebilmesi için önem arz eden dosya içeriğini inceleme hakkından mahrum bırakılmış ise tarafların eşitliğinin sağlanmamış kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. AIHM, başvuru konusu olayda hâkimin 29 Mayıs 2007 tarihinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca başvuranın ve avukatının dosyaya erişim hakkını, soruşturmanın amacına uygun yürütülmesini tehlikeye atmamak için kısıtlama kararı alarak engellediğini, başvuranın inceleme hakkından mahrum bırakıldığını ileri sürdüğü dosya içeriğinin ilgilinin tutukluluğunun hukukiliğine itirazında temel önem taşıdığını, ancak savcı ve sonradan hâkimin ifade almaları esnasında müdafi tarafından nezaret olunan başvurana kaydedilen telefon görüşmeleri, baş şüphelinin ifadeleri ve tutuklanmasıyla sonuçlanan teknik takip hakkında sorular sorulduğunu, benzer şekilde, müdafinin, müvekkilinin tutukluluğuna yönelik itirazında kaydedilen telefon görüşmelerinin dökümlerinin ve teknik takip tutanaklarının içeriklerine bilhassa atıfta bulunduğunu, dolayısıyla, buradan başvuranın ve müdafinin tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişimlerinin olduğunun anlaşıldığını, başvuran ve müdafinin bu belgelerin içeriğine atıfta bulunmuş olduklarını, bu nedenle, başvuranın ve müdafinin söz konusu dokümanların içeriği hakkında yeterli bilgiye sahip olduklarını ve tutukluluk hâlinin gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkânını elde ettiklerini tespit ederek, yapılan şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun bularak başvurunun reddine karar vermiştir.

Sözleşmenin 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında güvence altına alınmış bu hak neredeyse aynı ibarelerle benzer bir şekilde Anayasamızın 19'uncü maddesinin 8'inci fıkrasında düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu iki düzenleme arasında bir farklılık olmadığı ve Anayasanın, Sözleşme ve AIHM'nin içtihatları ile uyumlu olduğu gözükmektedir⁶⁴. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153'üncü maddesinin de genel olarak Sözleşmeye ve AIHM içtihatlarına aykırı olmadığını söyleyebiliriz. Şöyle ki AIHM içtihatlarında soruşturma dosyasına erişimin mutlak bir hak

Dolayısıyla, bir kişinin alıkonulmasının hukukiliğinin tespitinde esas teşkil eden bilgilerin şüphelinin avukatına da uygun şekilde açıklanması gerekir.” Aktaran PEHLİVAN, s.1508 .

63 Ceviz ve Türkiye, Başvuru No: 8140/08), 17/7/2012.

64 KARAN, s.205.



olmadığı belirtilmiştir. Mahkeme, somut olayın kendine özgü koşullarını göz önünde tutarak karar alma mekanizmasını dikkatli bir şekilde inceleyerek değerlendirme yapmaktadır. Bu belirleme karşısında madde metninin içeriğinde öncelikle belirtmek gerekirse savunma hakkını mutlak olarak engelleyen bir ibare bulunmamaktadır. Buna ek olarak, kısıtlılık kararı ile varılmak istenen amaç ile savunma hakkı eşdeğer bir şekilde korunmaya çalışılmıştır. Kısıtlılık kararının verildiği durumda bile bazı belgelerin mutlaka şüpheliye verilmesi öngörülmüştür. Son olarak şüpheliye işlediği iddia edilen söz ya da eylemlerle ilgili cumhuriyet savcısı tarafından ifade alma işlemi sırasında sorular sorulmaktadır. Şüpheli bu şekilde hakkında kısıtlılık kararı verilen soruşturma dosyasının içeriğinden bilgi sahibi olabilmektedir. Dolayısıyla soruşturma dosyasına getirilen kısıtlılık kararı otomatikman Sözleşmeye ve AIHM içtihatlarına aykırılık oluşturmamaktadır. Eğer kısıtlılık kararı, şüphelinin etkili bir şekilde tutukluluğa itirazını engeller nitelikte ise bir başka ifadeyle kişinin “tutukluluğuna temel teşkil” eden bilgi ve belgelerin öğrenilmesine hiçbir şekilde fırsat verilmemiş ise bu durumda bir aykırılık söz konusu olabilecektir. Bu ise soruşturma mercilerinin maddeyi eksik ya da yanlış uygulanmasından kaynaklanabilir.

D. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Dosya İnceleme Yetkisi

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu kararlarında sanığın savunmaya yönelik menfaatlerinin korunması için yeterli güvenceler sağlandıktan sonra dosyaya erişim hakkının kısıtlanabileceğini kabul etmektedir. Mahkemeye göre, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine riayet edilerek sanığa veya şüpheliye delillerini sunma, inceletme ve itiraz etme hususlarında uygun olanaklar sağlanması koşuluyla salt dosyaya erişim hakkının kısıtlanması kararının verilmiş olması, adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet vermemektedir.⁶⁵

Mahkeme, soruşturma dosyasında gizlilik kararı bulunması nedeniyle tutukluluk kararına etkili bir şekilde itiraz edilemediğine yönelik yapılan başvuruya ilişkin kararında bu içtihadını uygulayarak, kişinin tutukluluğa temel teşkil eden belgelerin içeriği hakkında yeterli bilgiye sahip olması durumunda salt gizlilik kararının varlığının Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 8'inci fıkrasının ihlaline sebebiyet vermeyeceğini kabul etmiştir⁶⁶.

65 AYM, *Ali Pala*, B. No:2013/3056, § 47. Anayasa Mahkemesinin bu kararı ve diğer kararları için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

66 AYM., *İzzetin Alpergin*, B.No:2013/385. “Başvurucunun sorgu sürecinde alınan savunması incelendiğinde, Emniyet ve Cumhuriyet savcılığında alınan ifade sırasında yaptıkları işlemlerin



Mahkeme *Yavuz Pehlivan ve Diğerleri* kararında da, Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 8'inci fıkrasında yer alan “*Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.*” hükmüne atıfta bulunarak, hürriyeti kısıtlanan kişinin, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğunu belirttiikten sonra, diğer kararlarında olduğu gibi tutukluluk hâlinin devamının veya serbest bırakılma taleplerinin incelenmesinde “*silahların eşitliği*” ve “*çelişmeli yargı*” ilkelerine riayet edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Sanığın veya müdafinin, tutukluluğun yasallığına itiraz edebilmek için temel öneme sahip belgelerin içeriği ile ilgili yeterli bilgiye sahip olmaması ve erişim kısıtlaması kararının gerekçelerinin yeterli olmaması hâlinde, erişimi kısıtlama kararı silahların eşitliği ilkesine aykırı olacaktır⁶⁷. Anayasa Mahkemesi söz konusu başvuruda, başvuruculara isnat edilen suçlamalara dayanak olarak gösterilen delilleri, tutuklu buldukları süre boyunca hem soruşturma evresinde hem de kovuşturma evresinde hüküm verilmezden evvel incelemelerine izin verilmemesinin silahların eşitliği ilkesinin ihlaline neden olduğuna karar vermiştir. Görüldüğü üzere savunma hakkını kullanılamaz hâle getiren bir kısıtlama kararı, sanık hakkında verilen tutuklama kararını da hukuka aykırı hâle getirmektedir.

SONUÇ

Soruşturma evresi, kendisinden sonra gelen kovuşturma evresini hazırlamak, diğer bir ifadeyle onun daha iyi, daha çabuk ve daha teminatlı yapılabilmesini sağlamak amacıyla yapılan işlemlerden oluşur. Bu nedenle soruşturma evresi ceza yargılamasından ayrı olarak düşünülemez. Adil bir ceza yargılamasının ön şartı adil, kaliteli ve etkin bir şekilde yürütülen

kendisine sorulduğu ve bu şekilde hakkındaki suç isnadına temel teşkil eden belge ve bilgilerden haberdar olarak müdafiiyle birlikte ayrıntılı şekilde savunma yaptıkları görülmektedir. Yine, başvurucunun tutukluluğuna yapılan itirazda suça konu konuşmaların kaydedildiği toplantıya bilhassa atıfta bulunulmuştur. Dolayısıyla, başvurucunun ve müdafinin tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme anılan kararında, suç işlendiği şüphesine bağlı olarak özgürlükten yoksun bırakılmanın ilk aşamasında yapılan yargısal denetimin kapsamı ile suçlamalara dayanak olan temel unsurların başvurucuya veya müdafine bildirilmiş ve başvurucuya bunlara itiraz etme imkânı verilmiş olması dikkate alındığında, salt kısıtlılık kararı nedeniyle, soruşturma dosyasına erişim imkânından yoksun bırakıldığı iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olduğu nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.” §§ 56-57.

67 AYM, *Yavuz Pehlivan ve Diğerleri*, B. No, 2013/2312, § 79. Mahkemenin içtihadıyla aynı doğrultuda bkz. Nedim Şener/Türkiye, B. No: 38270/11, 8/7/2014, §§ 83-86.



ceza soruşturmasıdır. Ceza soruşturmasının adil ve etkin bir şekilde yürütülmemesi, adil bir ceza kovuşturmasına da engeldir.

Ceza Muhakemesinin soruşturma evresinde kural olarak gizlilik esastır. Soruşturmanın başında olan Cumhuriyet savcısı, soruşturma süresince somut olaydaki maddi gerçeğe ulaşmak isterken Kanun'da öngörülen tedbirlere başvurabilecektir. Bu tedbirlere haberdar olunması, delillerin karartılmasına ya da dosya kapsamındaki diğer şüphelilerin bilgilendirilmesi suretiyle farklı ifadeler vermelerine neden olabilir. Bu durum ise soruşturmanın sonuçsuz kalmasına yol açabilecektir. Bu nedenle ceza muhakemesinin soruşturma evresinde gizlilik esası benimsenmiştir. Soruşturmanın gizliliği ilkesinin istisnası ise savunma hakkıdır.

Müdafinin savunmasını hazırlayabilmesi veya koruma tedbirlerine karşı itiraz yolunu etkin bir şekilde kullanabilmesi için, özellikle de tutuklu olduğu durumda dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisine sahip olması büyük önem taşımaktadır. Nitekim müdafî, şüpheli veya sanığa yöneltilen suçlamayı ve bu suçlamanın dayanağını bilirse, etkili biçimde savunma yapabilir; bu ise müdafinin dosya içeriğinden ve delillerden bilgi sahibi olmasını gerektirir. Hazırlık soruşturmasının şüpheli açısından ortaya çıkardığı yük ve yargılamanın bu aşamasının, daha sonraki aşamalar için büyük önem taşıması, etkin bir savunma yapılabilmesi bakımından dosya inceleme hakkının olabildiğince erken sağlanmasını vazgeçilmez kılmaktadır. Bu önemin gereği olarak 5271 sayılı Kanun'un 153'üncü maddesinin birinci fıkrasında müdafîye, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilme ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilme yetkisi tanınmıştır. Ancak maddede bu duruma istisna getirilerek, anılan maddenin 2'nci fıkrasında sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin kısıtlanabilmesi öngörülmüştür. Değişiklik gerekçesinde de bir suç işlediği şüphesi üzerine hakkında soruşturma başlatılan kişinin, soruşturma tamamlanmadan suçlu olarak kabul edilmesinin önlenmesi ve soruşturma işlemlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla Kanun'un kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Gerçekten de, hazırlık soruşturmasında dosya inceleme noktasında müdafîye sınırsız bir yetki verilmesi, bazı durumlarda şüphelinin kaçması, delillerin karartılması gibi soruşturmanın selametini tehlikeye düşürecek durumlara sebebiyet verebilir. Böyle bir durum ise ancak dosyada bulunan bazı bilgi ve belgeler hakkında verilecek erişim yasağı kararı ile önlenabilir.



Bununla birlikte, Anayasa'nın 19'uncu maddesinin sekizinci fıkrasında, her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişinin, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu hüküm altına alındığından, özellikle soruşturma evresinde verilen tutuklama gibi hürriyeti kısıtlayıcı koruma tedbirlerine karşı etkili bir itirazda bulunabilmesi için kişinin veya müdafinin bu kararlara esas olan bilgi ve belgelerin içeriği hakkında yeterince bilgi sahibi olması gerekir. Bu bilgi ve belgelere erişimin kısıtlanması ise kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline neden olabileceği gibi sonrasında adil yargılanma hakkının ihlaline de sebebiyet verebilir. Bu itibarla, müdafinin soruşturma evresinde dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması ile savunma hakkı arasında makul bir dengenin kurulması zorunlu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerek AİHM'nin gerekse Anayasa Mahkemesinin, konuyla ilgili olan kararlarına baktığımızda soruşturma evresinde dosya inceleme yetkisine getirilen kısıtlamaların kategorik olarak hak ihlaline neden olmadığı kabul edilmektedir. AİHM, şüphelilerin delilleri manipüle etmesini ve yargının işleyişine hâle getirmelerini engellemek için, ceza kovuşturmasının etkin biçimde yürütülmesi gerektiğini ve bunun sonucunda soruşturma evresinde toplanan bilgilerin bir kısmının gizli tutulabileceğini, ancak bu haklı amacın savunma hakkının önemli ölçüde sınırlandırılmasını göze almak suretiyle izlenemeyeceğini, özellikle tutuklama kararına yapılan itirazlarda, sanığın, soruşturma ile ilgili olabildiğince kapsamlı bilgi edinmeye yönelik haklı çıkarları olduğunu kabul etmektedir. AİHM'ye göre sanığın özgürlükten yoksun bırakılmasının hukuka aykırılığını etkili biçimde tartışma konusu yapmak için önem taşıyan hazırlık soruşturması dosyasındaki delillere müdafinin ulaşması engellenmiş ise, artık bu durumda silahların eşitliğinden söz edilemeyecektir.

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruya konu kararlarında, sanığın savunmaya yönelik menfaatlerinin korunması için yeterli güvenceler sağlandıktan sonra dosyaya erişim hakkının kısıtlanabileceğini kabul etmektedir. Mahkemeye göre, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine riayet edilerek sanığa veya şüpheliye delillerini sunma, inceletme ve itiraz etme hususlarında uygun olanaklar sağlanması koşuluyla salt dosyaya erişim hakkının kısıtlanmış olması bir hak ihlaline sebebiyet vermemektedir.

5271 sayılı Kanun'a baktığımızda, soruşturma aşamasında savunma hakkının önemi gözetilerek etkili bir şekilde kullanılabilmesi için gerekli önlemlerin alındığı görülecektir. Bu önlemleri sıralayacak olursak; öncelikle 5271 sayılı Kanun'un 157'nci maddesinde "*savunma haklarına*



zarar vermemek koşuluyla” soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olduğu açık bir şekilde vurgulanmıştır. Dolayısıyla hâkim, soruşturma için gizlilik kararı verirken savunma hakkının zedelenmemesine azami özen göstermek zorundadır. Yine, müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, sadece 153’üncü maddenin 2’nci fıkrasında sayılan suçlar yönünden ve ancak soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise kısıtlanabilecektir. Buna göre hâkim kısıtlama kararında, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek gerekçeleri açık ve net bir şekilde belirtmek zorundadır. 153’üncü maddenin 3’üncü fıkrasında, yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları ve yakalanan kişinin veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında ise Kanun gereği hiçbir surette kısıtlama kararı verilemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla fıkrada sayılan belgelere müdafinin her zaman ulaşması mümkündür. 153’üncü maddenin 4’üncü fıkrasında müdafinin, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebileceği; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabileceği öngörülmüştür. Buna göre kısıtlama kararı iddianamenin kabulüyle birlikte ise kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

5271 sayılı Kanun’un yukarıda anılan hükümleri bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, hâkime, soruşturma aşamasında müdafinin dosya inceleme hakkını mutlak bir şekilde kısıtlama yetkisi verilmediği, kısıtlama kararının ancak silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri gözetilerek sanığın savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla verilebileceği açıktır. Aksi takdirde verilen kısıtlama kararı hukuka aykırı hâle gelebileceği gibi kısıtlama kararına dayanılarak verilen kararlar da hukuka aykırı hâle gelebilecektir.

Bu nedenle, kovuşturma organları, sanığın tutuklu olduğu durumlarda dosya inceleme hakkına getirilen kısıtlamalar konusunda çok titiz davranmalı ve AİHM kararlarında ortaya koyulan ilkeleri de göz önünde bulundurarak kısıtlama kararı vermeleri gerekmektedir. Sonuç olarak gerek AİHM gerekse de Anayasa Mahkemesi, sanığın savunmaya yönelik menfaatlerinin korunması için yeterli güvenceler sağlanması ve tutukluluğa itiraz edebilmek için temel öneme sahip belgelerin içeriği ile ilgili yeterli bilgiye sahip olunması koşuluyla soruşturma evresinde dosyaya erişimin kısıtlanmasına karar verilmesinin Anayasa’nın 36’ncı maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkı ile 19’uncu maddesinin 8’inci fıkrasında düzenlenmiş olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına bir aykırılık oluşturmadığını belirtmişlerdir.



KAYNAKLAR

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner; **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler**, 5.Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

BAŞTÜRK, İsa; **“AİHS 6/3-c Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı”**,

Nur CENTEL'e Armağan, <http://dergipark.gov.tr/download/issue-file/521>

BIÇAK, Vahit; **Suç Muhakemesi Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011.

BOZDAĞ, Ahmet; **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî”**, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, Nisan 2014.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Beta, İstanbul 2017.

CEYHAN, Murat; **“Soruşturmanın Gizliliği ve Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi”**, Türkiye Barolara Birliği Dergisi, Sayı 2013/109.

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 1. Cilt, 1.Baskı, Pozitif Matbaa, Ankara 2013.

ERDEM, Mustafa Ruhan; **“AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı”** <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz6-1/PDF/erdem3.pdf> (Erişim Tarihi:19/01/2016), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 6, Sayı: 1, 2004.

GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim; **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-** Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Guide On Article 5, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012.

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

İNCEOĞLU, Sibel; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Bası, İstanbul 2005.

KARAN, Ulaş; **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, in (Editör: Sibel İnceoğlu); **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Avrupa Konseyi, 2013, 1. Bası.



KARAKEHYA, Hakan; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.

KOÇAOĞLU, Sinan; **“Müdafi”**, Ankara, Seçkin, 2011.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe; **Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Kitap**, 17.Baskı, Beta Bası, İstanbul 2009.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/DURŞUN, Selami; **Türk Hukuku’nda Müdafinin Yasaklılık Hâlleri”**, Seçkin, 1.Baskı, Eylül 2004, Ankara.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker; **“Ceza Muhakemesi Hukuku”**, 6. Baskı. Seçkin, Ankara 2014.

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR, F. Yasemin/ ALAN, Esra; (Editör: Bahri ÖZTÜRK), **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2010.

SOYASLAN, Doğan; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin, 5.Bası, Ankara 2014.

ŞAHİN, Cumhuriyet/ GÖKTÜRK, Neslihan; **Ceza Muhakemesi -II-**, 6.Bası, Seçkin, Ankara, 2017.

ŞAHİN, Cumhuriyet; **Ceza Muhakemesi Hukuku -1-** 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2012.

TAŞKIN, Ş. Cankat; **“Müdafinin Dosya İnceleme Hakkının Değerlendirilmesi”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 75.

TBMM Tutanak Dergisi Sayısı 655, s.9,10. https://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/tutanak_sorgu.html.

TURAN, Hüseyin; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Türk Ceza Mevzuatı, Kanun-Tüzük- Yönetmelikler, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Temmuz-2015.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara-2014.

