



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 75 Sayı: 2017/2 ISSN 1300-9885



ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ABEM-ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSLERİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

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



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Grafik – Tasarım | Graphic – Design

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2017

Baskı ve Cilt | Printing and Binding

YORUM MATBAACILIK

T: 0312 395 21 12 – 394 11 06 • F: 0312 394 11 09

info@yorummatbaa.com • www.yorummatbaa.com

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.



ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2017 | Presidency of Ankara Bar Association, 2017
Tüm Hakları Saklıdır. All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler Articles published in this review reflect the
yazarlarına aittir. views of the authors.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. Hakan CANDURAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Editör | Editor

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Eş Editörler | Peer Editors

Yrd. Doç. Dr. Kasım AKBAŞ

Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Yrd. Doç. Dr. Başak ŞİT

Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Genel Sekreter | General Secretary

Av. Seher KIRBAŞ CANIKOĞLU

Sayman | Accountant

Av. Zeynep TEPEGÖZ

Üyeler | Members

Av. Prof. Dr. Yahya ZABUNOĞLU

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Av. Behice Bengi GÜMGÜM

Av. Prof. Dr. Ali ERTEN

Av. Bahar KARAKAYA

Av. Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Av. Bilal KOLBÜKEN

Av. Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU

Av. Murat TEZCAN

Av. Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞKEROĞLU

Av. Emrah ALTUNOĞLU

Av. Nurten ÇAĞLAR YAKIŞ

Av. Seda KÖSE

Av. Mustafa Kürşad COŞKUN

Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU

Av. Gençer HAZIR

Av. Hüseyin Umut BÜLBÜL

Av. Hakan AKARKEN

Av. Aysel NARŞAP ANAR

Av. Selma ŞAHİN ÇAKIR

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

A		
ABDULHAKİMOĞULLARI,	Erdal	<i>Doç. Dr.</i>
ABDULLAHZADE,	Cavid	<i>Doç. Dr.</i>
ABİK,	Yıldız	<i>Doç. Dr.</i>
AÇAR,	Serkan	<i>Dr.</i>
AKBAŞ,	Kasım	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
AKBULUT,	Olgun	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
AKINCI,	Müslüm	<i>Doç. Dr.</i>
AKINCI,	Ziya	<i>Prof. Dr.</i>
AKKAYA,	Mustafa	<i>Prof. Dr.</i>
AKKAYA,	Tolga	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
AKSAR,	Yusuf	<i>Prof. Dr.</i>
ALTAŐ,	Hüseyin	<i>Prof. Dr.</i>
ARAT,	Tuğrul	<i>Prof. Dr.</i>
ARDIŐOĐLU,	M. Artuk	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ARSLAN,	Aziz Serkan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ARSLAN,	Çetin	<i>Prof. Dr.</i>
ARSLAN,	Ramazan	<i>Prof. Dr.</i>
ARTUK,	Mehmet Emin	<i>Prof. Dr.</i>
ASLAN,	Zehrettin	<i>Prof. Dr.</i>
ASLAN,	Zühtü	<i>Prof. Dr.</i>
AŞIK,	İbrahim	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ATALI,	Murat	<i>Doç. Dr.</i>
ATAY,	Ender Ethem	<i>Prof. Dr.</i>
ATILGAN,	Eylem Ümit	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
AVCI,	Mustafa	<i>Doç. Dr.</i>
AYDIN,	Ramazan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
AYDIN,	Ufuk	<i>Prof. Dr.</i>
AYDOS,	Oğuz Sadık	<i>Doç. Dr.</i>
B		

BAŐPINAR,	Veysel	<i>Prof. Dr.</i>
BAŐTERZİ,	Süleyman	<i>Doç. Dr.</i>
BAYAR,	İbrahim Nihat	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
BAYKAL,	Ferit Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
BAYKAL,	Sanem	<i>Doç. Dr.</i>
BELEN,	Herdem	<i>Doç. Dr.</i>
BIŐAK,	Vahit	<i>Prof. Dr.</i>
BÜYÜKTANIR,	Burcu	<i>Dr.</i>
C-Ç		
CAN,	Mertol	<i>Prof. Dr.</i>
CAŐIN,	Mesut Hakkı	<i>Prof. Dr.</i>
CENTEL,	Nur	<i>Prof. Dr.</i>
CENTEL,	Tankut	<i>Prof. Dr.</i>
CİN,	Halil	<i>Prof. Dr.</i>
ÇAĞAN,	Nami	<i>Prof. Dr.</i>
ÇAĞLAR,	Hayrettin	<i>Doç. Dr.</i>
ÇALIŐKAN,	Yusuf	<i>Doç. Dr.</i>
ÇEÇEN,	Anıl	<i>Prof. Dr.</i>
ÇETİNER,	Selma	<i>Prof. Dr.</i>
ÇOLAK,	N. İlker	<i>Doç. Dr.</i>
D		
DEĞİRMENCİ,	Olgun	<i>Doç. Dr.</i>
DEMİR,	İsmail	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
DEMİR,	Mehmet	<i>Prof. Dr.</i>
DEMİRAY,	Nezahat	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
DEMİRAYAK,	Ezgi Başak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
DEMİRBAŞ,	Timur	<i>Prof. Dr.</i>
DEMİRCİOĞLU,	H. Reyhan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
DOĞAN,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
DÖNER,	İsa	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

DÜLGER,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
DÜLGER,	Murat Volkan	<i>Doç. Dr.</i>

E

ERDAĞ,	Ali İhsan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mete	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mustafa Ruhan	<i>Prof. Dr.</i>
EREN,	Fikret	<i>Prof. Dr.</i>
ERGİL,	Doğu	<i>Prof. Dr.</i>
ERİŞ,	A. Uğur	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERKAL,	Atila	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
EROĞLU,	Muzaffer	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERTEN,	Rifat	<i>Doç. Dr.</i>
ERZURUMLUOĞLU,	Erzan	<i>Prof. Dr.</i>
ESKİYÖRÜK,	Serhat	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>

F

FENDOĞLU,	Hasan Tahsin	<i>Prof. Dr.</i>
FEYZİOĞLU,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>

G

GEMALMAZ,	Burak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖKER,	Çenker	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖKTÜRK,	Neslihan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖLE,	Celal	<i>Prof. Dr.</i>
GÖNENÇ,	Levent	<i>Doç. Dr.</i>
GÜLŞEN,	Recep	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNAL,	Nadi	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNDAY,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNEYSU,	Gökhan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÜNEYSU BORAN,	Nilüfer	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÜNEŞ,	Ahmet	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNGÖR,	Devrim	<i>Doç. Dr.</i>

GÜNGÖR,	Gülin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜVEN,	Kudret	<i>Prof. Dr.</i>

H-İ

HACIMAHMUTOĞLU,	Sibel	<i>Doç. Dr.</i>
HAFIZOĞULLARI,	Zeki	<i>Prof. Dr.</i>
HAKERİ,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
HASPOLAT,	Mehmet Emin	<i>Doç. Dr.</i>
İNAN,	Ali Naim	<i>Prof. Dr.</i>
İŞGÜZAR,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>

K

KABOĞLU,	İbrahim Özden	<i>Prof. Dr.</i>
KANADOĞLU,	Korkud	<i>Prof. Dr.</i>
KAPLAN,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
KARAKAŞ,	Fatma	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KARAKEHYA,	Hakan	<i>Doç. Dr.</i>
KARAN,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
KATOĞLU,	Tuğrul	<i>Doç. Dr.</i>
KAYA,	Emir	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KENT,	Bülent	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KESER,	Hayri	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KESKİN,	Fatih	<i>Doç. Dr.</i>
KILIÇOĞLU,	Ahmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCA,	Mahmut	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAMAN,	Arif B.	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	A. Mehmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	N. Kağan	<i>Dr. iur.</i>
KOCAOĞLU,	S. Sinan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KORKMAZ,	Fahrettin	<i>Prof. Dr.</i>
KORKUT,	Levent	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KUÇURADI,	İonna	<i>Prof. Dr.</i>

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KÜÇÜKGÜNGÖR,	Erkan	<i>Prof. Dr.</i>
M		
MOLLAMAHMUTOĞLU,	Hamdi	<i>Prof. Dr.</i>
MUMCUOĞLU,	Maksut	<i>Prof. Dr.</i>
O-Ö		
ODYAKMAZ,	Zehra	<i>Prof. Dr.</i>
OKUR,	Ali Rıza	<i>Prof. Dr.</i>
ONAR,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
OZANEMRE YAYLA,	Hatice Tolunay	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
OZANSOY,	Cüneyt	<i>Doç. Dr.</i>
ÖKÇESİZ,	Hayrettin	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBEK,	Mustafa S.	<i>Doç. Dr.</i>
ÖZBEK,	Veli Özer	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBUDUN,	Ergun	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZCAN,	Fatma	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ÖZDAMAR,	Demet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZDAMAR,	Mehmet	<i>Doç. Dr.</i>
ÖZEKES,	Muhammet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEL,	Çağlar	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEN,	Muharrem	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZGENÇ,	İzzet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAN,	İşıl	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAZANÇ,	Alev	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTAN,	Bilge	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Bahri	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Kaya Burak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
P		
PAZARCI,	Hüseyin	<i>Prof. Dr.</i>

R		
RUHİ,	Ahmet Cemal	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
S-Ő		
SARAN,	Bırol	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SAYGIN,	Engin	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SAYHAN,	İsmet	<i>Doç. Dr.</i>
SEVGİLİ,	Didem	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SEZGİNER,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
SIRMA,	Özge	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SOYASLAN,	Doğın	<i>Prof. Dr.</i>
SÜRAL,	Nurhan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞAHİN,	Cumhur	<i>Prof. Dr.</i>
ŐEN,	Ersan	<i>Prof. Dr.</i>
ŐEN,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
ŐEN DOĞRAMACI,	Hayriye	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ŞENOCAK,	Kemal	<i>Doç. Dr.</i>
T		
TAN,	Ayhan	<i>Prof. Dr.</i>
TANRIVER,	Süha	<i>Prof. Dr.</i>
TAŐKIN,	Ozan Ercan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
TEKİNSOY,	M. Ayhan	<i>Doç. Dr.</i>
TERCAN,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
TEZCAN,	Durmuş	<i>Prof. Dr.</i>
TİRYAKİ,	Betül	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
TİRYAKİOĞLU,	Bilgin	<i>Prof. Dr.</i>
TOROSLU,	Nevezat	<i>Prof. Dr.</i>
TUNÇ,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>
TURANBOY,	Asuman	<i>Prof. Dr.</i>

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

TÜZÜNER,	Özlem	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
U-Ü		
ULUŐAHİN,	Nur	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
UYGUR,	Gülriz	<i>Prof. Dr.</i>
ÜÇİŐİK,	Fehim	<i>Prof. Dr.</i>
ÜNVER,	Yener	<i>Prof. Dr.</i>
ÜYE,	Saim	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ÜZÜLMEZ,	İlhan	<i>Prof. Dr.</i>
Y		
YAVUZ,	Bülent	<i>Doç. Dr.</i>
YENGİN,	Halisan	<i>Dr. iur.</i>
YILDIRIM,	Turan	<i>Prof. Dr.</i>
YILDIZ,	Gaye Burcu	<i>Doç. Dr.</i>
YILMAZ,	Ejder	<i>Prof. Dr.</i>
YILMAZ,	Süleyman	<i>Doç. Dr.</i>
YİĞİTER,	Cenk	<i>Dr.</i>
YONGALIK,	Aynur	<i>Prof. Dr.</i>
YUSUFOĞLU,	Fülürya	<i>Dr. iur.</i>
YÜCEL,	Mustafa Tören	<i>Prof. Dr.</i>
YÜCEL,	Recep	<i>Doç. Dr.</i>
YÜRÜK,	Ayőe Tülin	<i>Doç. Dr.</i>
Z		
ZABUNOĞLU,	Yahya	<i>Prof. Dr.</i>

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

- 1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.**
- 2. Makale yazarına ait iletişim bilgileri (ünvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.**
- 3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) ankarabarosuyayin2016@gmail.com adresine gönderilmelidir.**
- 4. Makale Başlığı büyük harflerle, makale yazarının ünvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalıdır. (Örn: Av. Ali YILMAZ vb.)**
- 5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür.** Hakem tarafınca belirtilen değişiklikler; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
- 6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.** Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Ünvanı, Adı-Soyadı (Örn: Av. Ali YILMAZ vb.) > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.

7. **Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilecek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.**
8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Hakem raporunun olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem incelemesi yapılmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
12. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

BAŞKANIN MESAJI | PRESIDENT'S MESSAGES XIV
Av. Hakan CANDURAN

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

OLAĞANÜSTÜ HAL İŞLEMLERİ İNCELEME KOMİSYONU
İŞLEMLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ..... 25
Yrd. Doç. Dr. M. Artuk ARDIÇOĞLU

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE YÖNELİK TÜRK VE İNGİLİZ İDARE HUKUKU
YAKLAŞIMI ÜZERİNE KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ 57
Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN

DAMGA VERGİSİ “MAKUL BİR VERGİ” MİDİR?..... 89
Yrd. Doç. Dr. İdris Hakan FURTUN

ÖN VASİYET (MİRASÇI LEHİNE VASİYET) KAVRAMI,
ÖN VASİYETİN UNSURLARI VE ÖZELLİKLERİ..... 99
Yrd. Doç. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA

YAPMA BORÇLARININ İCRASI VE BAZI TEMEL SORUNLAR 145
Yrd. Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN

ULUSLARARASI SU YOLLARININ KULLANILMASINDAN DOĞAN
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ..... 177
Av. Selahaddin Eyyüp EKMEK
Av. Muhammed Sabır FIRAT

ADALETİ SAĞLAMAK DEĞİL, HAKİKATİ İNŞA ETMEK:
ENGİZİSYON YARGILAMA USULÜ 203
Dr. Dinçer DEMİRKENT

MAKALELER (ARTICLES)

GÖNÜLLÜ SORUMLULUKTAN, KORUYUCU YÜKÜMLÜLÜĞE İŞ DÜNYASI VE İNSAN HAKLARI REHBERİ	221
Hilmi ŞEKER	
BORÇLU, “HACZEDİLEN MALIN/MALLARIN KENDİSİNE DEĞİL, ÜÇÜNCÜ BİR KİŞİYE AİT OLDUĞUNU” BELİRTEREK “HACZEDİLMEZLİK İDDİASI” NDA BULUNABİLİR Mİ?	233
Av. Talih UYAR	
SEÇİLMİŞ YARGITAY KARARLARI	257
Hazırlayan: Av. Talih UYAR	

BAŞKANIN MESAJI | PRESIDENT'S MESSAGES

Değerli Meslektaşlarım,

Anayasal sistemimizde, yürütme gücü sadece yasama ve yargı ile dengelenip denetlenmez; Anayasamızda merkezi ve yerinden yönetim ilkesi birlikte benimsenerek bir kısım yürütme işleri yerinden yönetimlere bırakıldığı gibi meslek örgütleri için de benzer bir ilke benimsenmiştir. Bu ilkeye göre, sadece mesleki işlerin düzenlenmesi değil ‘hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak’ da baroların nitelikleri arasında sayılmıştır.

İnsan haklarını savunmak ve korumak, aynı zamanda anayasayı, anayasalı devleti değil anayasal devleti savunmak demektir. Bütün uyarılarımıza rağmen, sonucu YSK'nın kararı ile tartışmalı kılınan referandumla, güçler ayrılığına dayalı bir hükümet sisteminden güçlerin yürütmede toplandığı bir tür güçler birliği sistemine geçmiş bulunuyoruz. Kuvvetler ayrılığının olmadığı bir devlet, anayasalı devlet olabilir ancak anayasal devlet olamaz.

Değerli Meslektaşlarım,

1982 Anayasası ile uzun yıllar geçirdik ve demokratik bir yeni anayasa ihtiyacı, tüm toplum kesimlerinin ortak talebidir. Bu talep doğrultusunda, 6771 sayılı Kanun kabul edilene kadar toplam 18 değişiklik yapıldı ve özellikle 2001 değişiklikleri ile Türkiye Cumhuriyeti, Avrupalı bir demokrasi olma yolunda önemli adımlar attı.

Gazi Mustafa Kemal, soyadı Atatürk'ü, Cumhuriyet kuruculuğu onurundan almıştır. Atatürk, Osmanlı Devletinin son döneminde istibdat rejimine karşı gelişen hürriyet mücadeleleri ile emperyalizme karşı kurtuluş mücadelesinin değerleri olan özgürlük ve bağımsızlık çizgisinin liderliğine Türk Milletinin layık gördüğü addır. Atatürk, özgürlük ve bağımsızlık çizgisinin kadroları ile birlikte, temeli laiklik, insan hak ve hürriyetleri ile demokrasi olan Cumhuriyeti bize miras bırakarak, geleceğe, çağdaş uygarlık hedeflerine yürüyüşümüzün sarsılmaz temellerini kurdu.

Şu anda kanunlaşarak anayasamız haline dönüşen 6771 sayılı Kanun metni, özgürlük ve bağımsızlık yürüyüşünde aldığımız ve bizi Avrupalı bir demokrasi olmaya götüren “insan hakları ve hukukun üstünlüğü” değerlerinden uzaklaştırıyor.

Değerli Meslektaşlarım,

Bu gelişmenin bir diğer sonucu, artık adil olduğuna toplumun büyük bir çoğunluğunun ikna olmadığı bir yargı örgütü ile karşı karşıya kalmamız; adaletin toplumun temel sorunu haline dönüşmüş olmasıdır. Adaletin temel bir sorun olduğu toplumlarda, otoriterlik önu kesilemez bir şekilde, Cumhuriyet gazetesinde verdiğim mülakatta belirttiğim üzere, “adım adım faşizme, baskıcı bir rejime” doğru yürür. Siyasi iktidarın başkanlığa giderken Olağanüstü Hal (OHAL) ile muhalifleri hedef alarak yaptığı yol temizliğinin doğrultusu da budur.



Hepimiz görüyoruz, hakim ve savcıların parti üyesi haline geldiği bir ülkede kim, gönül rahatlığı ile “adalet vardır” diyebilir. Siyasi iktidar sahiplerince dahi denilemiyor ve sürekli olarak OHAL mazereti ileri sürülüyor. Halbuki, devam eden OHAL, adaletsizliğin temel kaynağıdır. OHAL nedeni ile tüm güçler tek bir kişide birleşmiş; Anayasa Mahkemesinin (AYM) OHAL Kararnamelerini denetlemeyeceğine ilişkin kararı ile kişisel yasama gücü kullanımı anlamına gelen OHAL Kararnameleri karşısında hiçbir denetim olanağı kalmamıştır.

Değerli Meslektaşlarım,

Temel hak ve özgürlüklerin askıya alındığı ve özellikle ifade özgürlüğünün neredeyse yok edildiği OHAL koşullarında konuşmak da zor... Ancak, uyarıda bulunmak, benim görevim ve tarihsel sorumluluğum. Cumhuriyet gazetesine verdiğim mülakatta söylediklerimi önemi nedeni ile tekrar etmek isterim:

- 15 Temmuz darbe girişimi hepimizin tehlikede kaldığı bir dönemdi. İlk anda sert önlemlerin olması çok doğaldı. Bu darbe girişiminin bir an önce ortadan kaldırılması ve ülkenin normalleşmesi gerekiyordu. Ancak bir süre sonra KHK'lerin getirdiği baskılar artmaya başladı. Ne yazık ki Bakanlar Kurulu, hayatı ve OHAL dışındaki sistemi kanun hükmünde kararnamelerle yönetmeye başladı. Bazı KHK'ler ile gözaltı süreleri uzatıldı, avukatların savunma hakları kısıtlandı, insan haklarına, mahkeme kararları olmadan ağır müeyyideler getirilmeye başlandı. Kamudan sebepsiz yere, haklarında hiçbir araştırma yapılmadan çalışanlar atılmaya başlandı. KHK'ler amacı dışına çıkıp muhalifleri kapsadı, gazeteciler tutuklandı, muhalif öğretim üyeleri meslekten atıldı.

- AYM, kanun hükmünde kararnamelere ilişkin 1990-1991 yılında verdiği içtihadından dönerek şekli bir yorum yaptı. KHK neyi düzenlerse düzenlesin anayasa yargısı dışındadır, diye akla mantığa aykırı bir karar verdi. Böylece Türkiye'de birtakım şeyler ülkede ters gitmeye başladı. İktidar daha rahat hareket etmeye başladı. Böylece bir adalet arayışı gerekliliği başladı.

- Ancak görünen o ki hükümet, OHAL ve KHK'ler ile ülke yönetmeyi pek bir sevdi. Parlamenter düzende ülke yönetmek çok kolay değil. Yasa çıkarmak istediğinizde Meclis'te tartışmak zorundasınız. Ancak KHK öyle değil ki, Bakanlar Kurulu bir araya geliyor ve içine ne yazarsanız kanun hükmünde oluyor. Böyle ülke yönetmek çok kolay. Bu yönetimin neresinde demokrasi var? Hiçbir yerinde. Ben 550 vekilin buna isyan

etmesi gerektiğini düşünüyorum. Ama sesleri çıkmıyor. Bu şekilde baskıcı rejim ile ülke yönetmek dünyanın en kolay işi. Ama bir süre sonra bunun mahsurları da ortaya çıkacak. Görüyorsunuz AB bazı tedbirler aldı. Türkiye adım adım faşizme yürüyor. Avrupa da bu olayın farkında. Bir an önce Türkiye'nin demokratik parlamenter sisteme girmesi için baskı aracı olarak kullanıyor.

- 2019'da yapılacak başkanlık seçimi. Bu baskıcı, hiçbir güçler ayrılığına dayanmayan, tamamı tek elde toplanmış bir baskıcı rejim olarak görüyorum. Evet bir yandan bakıyorsunuz. Seçimler bunun için önceye alınmıyor. Ön temizlik yapılsın, tertemiz bir bahçede başkanlık yarışı yapılsın isteniyor olabilir.

- HSK'nin son kararnameşi hoş değil. Bir kere kendine muhalif tüm hâkimleri, özellikle Yargıçlar Sendikası üyelerini farklı yere göndermesi, kendisinin düşünceleri, siyaseti çerçevesinde hareket etmeyen yargıçları başka illere göndermesi, bizim tezimizin ne kadar doğru olduğunu ortaya koydu. Biz en başında HSK'nin yapılanmasında siyasi ilinti kurulmamasını söyledik. Ama hükümet sağcılar solcular diye parça parça yaptı. İktidarınız süresinde siz kendi adamlarını merkezde tutup, size muhalif olanları sürüyorsunuz. Yarın hükümet değiştiğinde bu sefer diğer siyasi görüştekiler tersini yapacak mı? Bu bir nevi parti üyeliğine döndü. Parti sempatizanlığına döndü. Bu hükümet gelene kadar yargıda siyaset konuşulmazdı. Hiçbir avukat, hâkimlerin hangi siyasi görüşte olduğunu bilemezdi. Ancak bu hükümetle birlikte partili hâkim ve savcılar türedi. Adaletin, hak ve hukukun partisi, siyasi görüşü, mezhebi, tarafı olmaz. Adalet tek bir kavramdır. Bu kavramın içinde siyasi nitelenmeler olmaz.

- Güçler ayrılığından vazgeçip güçler birliğine gelerseniz siz kendinizi yargıç yerine koyarsanız. Bir cumhurbaşkanı gibi değil bir yargıç gibi davranırsınız. Çünkü o yargıçları siz atıyorsunuz ve ne karar vereceklerine siz bir anlamda yön verebiliyorsunuz. Böyle olunca istediğinizi terörist, istediğinizi vatandaş ilan edebiliyorsunuz. İçişleri Bakanı, Nuriye ve Semih için gazeteye ilan veren 111 aydını teröristlere yardım ve yataklıkla suçladı. 111 kişi içinde ben de vardım. Biz terörist değiliz. Hangi mahkeme kararı var? Hangi örgüte yardım yapmışız, İçişleri Bakanı çıkıp açıklasın. Nuriye ve Semih'in terörist olduğuna ilişkin mahkeme kararlarını gösterebilir. Oysa Türk Ceza Kanunu'nu bir kere okusalar, kesin hüküm verilene kadar her sanık masumdur, hiçbir şekilde suçlanamaz, lekelenemez.

- Bu aşamada hükümetten bir şey beklemek çok doğru değil. Halkı bilgilendirmek ve parlamenter düzene tekrar dönmek, OHAL'in kalkması, KHK'ler ile ülkenin yönetilmesinden vazgeçilmesi halinde beklenti Türkiye yaralarını sarabilecektir. Çünkü gündün güne hukukta bir yozlaşma söz konusu. Mahkemelerin verdiği kararların adil olmadığı yönünde bir çok insanın inancı artmakta. Bugün adil olmayan bir tavır ve hareketler yarın hükümetleri zor durumda bırakabilir. Şunu kimse unutmasın. Geçende çok güzel bir resim gördüm. Saddam kendisini yargılayan yargıca, aynen şöyle söylüyor: "Adalet istiyorum". Yargıç da şunu söylüyor: "Senin yazdığın kanunlarla seni yargılıyorum." Yani kimse şunu unutmasın. Bugün hukuk yönetenlere de bir gün lazım

olabilir. Aynı hukuk onlara uygulandığında sakın onlar çıkıp hak ve adalet istiyoruz diye bağırmasınlar. O yüzden daha hukuka uygun davranışlar istiyoruz.

Değerli Meslektaşlarım,

Her ne kadar kendi partisine mal etmese de, bir siyasi parti lideri tarafından gerçekleştirildiği için tüm siyasi eğilimlere eşit mesafede duran Baro Yönetim Kurulumuz, haklı olarak, Temmuz ayı boyunca gündemi işgal eden Adalet Yürüyüşüne kurumsal olarak katılmama kararı aldı. Ben kişisel görüşümü mülakatta ifade ettim: “Sayın Kılıçdaroğlu, Gandhi benzeri yürüyüşle adalet aramakta çok haklıydı. Bu ülkenin en büyük sorunu Adalet'tir. Bu ülkede adalet tecellisinde bazı sıkıntılar var. 16 Nisan referandumuyla HSK'nin hemen hemen tüm üyeleri Cumhurbaşkanı tarafından seçilmeye başlandı. Anayasa Mahkemesi keza öyle. Yani böyle bir durumda yargı tekledi. Bizim kuvvetler ayrılığı dediğimiz yargı, yasama, yürütme ayrı güçler olması gerekirken, artık tek elde birleşen bir güç haline gelmeye başladı. Güçlerin tek bir elde toplanması anayasa yargısını ve anayasayı ortadan kaldırdı. Bugün Türkiye'de artık Türkiye Cumhuriyeti Anayasası kullanılmamaktadır. YSK, 16 Nisan'da hükümetin yani 'evet'in lehine karar alarak seçimin şaibe ile bitirilmesine neden oldu. Böyle bir Türkiye'de Adalet Yürüyüşü çok normaldir. Keşke bu yürüyüş 16 Nisan'da başlasaydı. Umuyorum hükümet biraz daha basiretli bakarak tüm kesimleri bir araya getirmeye çalışsın, OHAL'i kaldırıp ülkenin Meclis tarafından yönetilmesini sağlasın.”

Değerli Meslektaşlarım,

Pierre-Joseph Proudhon, “Adalet toplumu yöneten merkezdeki yıldızdır, siyaset dünyasının etrafında döndüğü kutuptur, bütün işlemlerin ilkesi ve düzenleyicisidir. İnsanlar arasında olup biten her şey hak hukuk namınadır, içine adaletin karışmadığı hiçbir şey yoktur. Adalet hiç de yasanın hizmeti değildir: Tersine yasa, insanların çıkar ilişkileri içinde bulunduğu her durumda hak olanın ilanından ve tatbikinden öte bir şey olmamıştır asla. Dolayısı ile adil ve hakça olanla ilgili düşüncelerimiz eğer kötü tanımlanmışsa, eksik veya yanlış ise, bütün yasal uygulamalarımızın hatalı, kurumlarımızın çarpık, politikalarımızın yanlış olacağı aşikardır. Sonuç, toplumsal rahatsızlıklar ve kargaşa olacaktır” diyor.

Siyasi iktidar ve devlette mevki sahiplerinin, halkın, Türk Milletinin “hak, hukuk, adalet” çığlığını doğru değerlendirerek, toplumsal rahatsızlıklar ve kargaşaya sebebiyet verebilecek uygulamaları kısa zamanda gözden geçirerek düzeltmeleri, en büyük temennimizdir.

Avukat olarak en büyük sorunlarına ve en derin haykırışlarına birebir tanıklık ettiğimiz Türk Milleti, işçisiyle, kamu emekçisiyle, çiftçisiyle, sanayicisi ve işadamıyla, öğrencisi, gazetecisi, avukatı, doktoru, mali müşaviri, mühendisi ile, hatta siyasi iktidara bağımlı kılınmaktan rahatsız olan hakim ve savcısı ile, fabrikada, tarlada, işyerlerinde, medyada, okulda, ihalede ve elbette mahkemede adalet ve huzur istiyor.

Değerli Meslektaşlarım,

15 Temmuz Demokrasi ve Milli Birlik Günü vesilesi ile de şunları ifade etmek isterim. Ülkemiz ve demokrasimiz, 15 Temmuz 2016 günü menfur bir askeri darbe girişimi ile karşı karşıya kaldı. Tüm Türkiye, tek yürek bu darbe girişimine karşı çıktı ve darbe bastırıldı. Bu süreçte tüm demokratik kurumlar, Türkiye Cumhuriyeti'nin seçilmiş hükümetinin arkasında durdu.

Güvenli ve müreffeh bir Avrupa'nın da teminatı olan Türkiye demokrasisi, Avrupa demokrasisinin ayrılmaz bir parçasıdır; olmak zorundadır. Bu nedenle, darbe süreci sonrasında Avrupa'nın Türkiye demokrasisi yanında güçlü bir şekilde yer almamış olması işaret edilmesi gerekli bir sorundur. Ancak bu ülkemizi Avrupa doğrultusu dışına sürükleyen arayışlara meşruiyet kazandırmaz. Bu yoldan dönmek, Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık hedefinden dönmek demektir.

Ulusça başta 15 Temmuz menfur darbe girişimi olmak üzere, tüm bu saldırıları demokratik ilke ve değerler temelinde aşmayı becerebilirdik. TÜSİAD Başkanı Erol Bilecik Dünya Gazetesi'ne verdiği mülakatta bunu, "*TÜSİAD değişimi en iyi anlamaya çalışan kurumlardan biri. Biz diyoruz ki, bu değişime Türkiye'nin de ayak uydurabilmesi için üç temel alanda çok hızlı ilerlemesi gerekiyor. Birincisi demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti. Evet Türkiye çok ciddi bir badire atlattı, darbe girişimiyle karşı karşıya kaldı. Bunun getirdiği olağanüstülüğü geride bırakıp bir an önce dünyada tekrar özgüvenli, insan hakları ile özgürlüklerle yükselen bir ülke olmalıyız. Toplum, özgür, girişimci, yaratıcı değilse, ne ekonomi ne sosyal ilerleme olur. Özgürlük bizim en önemli kaynağımız; petrolümüz, enerji kaynağımız.*" diye ifade ediyor.

Ancak, bu darbe girişiminin yarattığı güvenlik riski, gerek hükümet, gerek yönetici parti olan Adalet ve Kalkınma Partisi ve iktidarın fiilen kendisinde birleştiği Sayın Cumhurbaşkanı tarafından, bölgesel riskler ile Türkiye'nin çözüm bekleyen sorunlarının yarattığı risklerle birlikte değerlendirildi. Böylece, Türkiye Cumhuriyeti'nin küresel ve bölgesel güçler tarafından çok yönlü bir saldırıyla karşı karşıya olduğu, bir beka sorunu bulunduğu kanısına ulaşıldı. Bu kanının şekillendirdiği siyasi irade tarafından, temel hak ve özgürlükler ile siyasal demokrasiyi güçlendirme amacına değil yönetimde istikrar ilkesine dayanan bir anayasa değişikliği gündeme getirildi. Bu değişikliğin sonuçları üzerinde çok durduk.

15 Temmuz, gerçekten Demokrasi ve Milli Birlik Günü olacak ise, Türkiye, derhal OHAL'i kaldırmalı, demokrasi yoluna girmeli, hakimler ve savcılar siyasal iktidarın eğilimleri doğrultusunda değil Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda ilk derece kararlarını vermelidirler.

Değerli Meslektaşlarım,

OHAL Kararnamesi ile ihraç edilen kamu emekçileri araştırma görevlisi Nuriye Gülmen ve öğretmen Semih Özakça'nın durumu bu söylediklerimize somut bir örnek değil midir? Yüksel Caddesi'nde barışçıl bir eylem gerçekleştiren ve

15 Temmuz menfur darbe girişimi ile ilişkisi olmayan bu mağdurların, apar topar gözaltına alınması, FETÖ ile ilişkilendirilemediği için başka bir terör örgütü ile ilişkilendirilmesi ve apar topar tutuklanması için ne söylenebilir?

Tractacus 7.0, böyle bir durumla ilgili değildir, Ludwig Wittgenstein felsefi-mantıksal temel sorun üzerine konuşmaktadır ve önermelerinin tükendiği yerde “Üzerine konuşulmayan hakkında susmalı” der, “tıpkı, merdivenin son basamağına tırmandığınızda altınızdaki çekilmesi gibi” olan bir konuşmayı sürdürmemek için... Bir hukukçu için, bu karşı karşıya olduğumuz durum, hukuk merdiveninin son basamağında altından çekilmesinden başka nedir? Bu durumda hangi “hukuki konuşma” sürdürülebilir? Sürdürülürse düşüp çarpacağı vicdan duvarında param-parça olmayacak bir hukuki açıklama bulunabilir mi?

Değerli Meslektaşlarım,

Hukukçu olmak, gerçekten zordur. O yüzden konuşmayı sürdürüyor ve “ölmeyin, lütfen” diyoruz. Çünkü, Ankara Barosu, yaşama hakkının kutsallığına inanır. Ölüm orucu türü eylemler, yaşam hakkının kutsallığı karşısında savunulamaz. Evet, ben de buradan yaşama hakkının önceliğini tanıyan bir hukukçu olarak, hiçbir ölümün olmaması için sesleniyorum, “ölmeyin, derhal ölüm orucunu bırakın”.

Elbette, yaşama hakkını savunma onuru, her şeyden önce, hukuk düzeninin dört duvar ardına koyduğu ve kamuoyunun her çağrısına duvar kesildiği Gülmen ve Özakça'nın ifade özgürlüğüne saygıyı, onların yaşama hakkının devlet karşısında savunulmasını içerir. Bu saygıyı gösteriyor, çağrılarını duyuyor, yaşama hakkının kutsallığını unutmadan, onların düşünceyi açıklama ve yayma hakkının fiilen gaspına da sessiz kalmıyoruz. Her platformda dile getirdiğimiz üzere, “OHAL derhal kaldırılmalı, OHAL mağdurlarına hakları iade edilsin” diyoruz.

Bu koşullarda, olmasın istediğimiz her ölümün siyasi, vicdani ve hukuki sorumlusu; yargıya emir, savcılara görev vererek açıklık grevcisinin nonkorformizm geliştirdiği bu adil ve demokratik olmayan OHAL sisteminde ısrar eden hükümet ve ne yazık ki, durumu bu ağır vicdan yükü altında “üzerinde hukuken konuşulamaz” hale sokan, hukukçular olur.

Değerli Meslektaşlarım,

Baromuzca, Adalet Bakanlığı tarafından Ağır Ceza Başsavcılıklarına gönderilen bir talimatta “örgüt suçları, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene karşı suçlar ve terör suçlarından şüpheli sanık ve hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevi üstlenen avukatların görevden yasaklanması” yönünde talimat verildiği bilgisine ulaşılmıştır.

Basın açıklaması ile duyurduk, ancak önemi nedeni ile tekrar etmek isterim:

Bu talimat, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 151. Maddesinde yer alan ve 676 sayılı KHK ile kapsamı genişletilen maddenin, savcılar tarafından uyulması zorunluluğu hissiyati yaratacak niteliktedir. Maddede sayılan suçlar ile terör suçlarından şüpheli,

sanık veya hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat hakkında bu fıkra da sayılan suçlar nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma bulunması halinde müdafilik veya vekillik görevini üstlenmekten yasaklanabileceği Başsavcılığa adeta “hatırlatılmakta” maddede tanınan takdir yetkisinin önüne geçilmektedir.

Anayasa'nın 140. Maddesinde, “hakimler ve savcıların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlı olduğu” hükmü yer almakta iken, bu talimatla Adalet Bakanlığı tarafından Ağır Ceza Başsavcılıklarına gönderilen bu talimatı, yürütülmekte olan soruşturmalarda savcılar için soruşturmanın seyrini etkileyecek şekilde savunma makamını temsil eden avukatlar hakkında yasaklama kararı verilmesini zorunluluk haline getirmeye yönelik bir girişim olarak görüyoruz. Bu nedenle, Ankara Barosu olarak Adalet Bakanlığı tarafından verilen talimatın hukuka aykırı olduğunu ve bu talimatın geri alınması gerektiğini ilgililere ve kamuoyuna saygıyla duyuruyoruz.

Değerli Meslektaşlarım,

Ankara'da yaşanan, her geçen gün daha da ağırlaşan ve en çok biz avukatları mağdur eden adliye sorunu, yeni adli yılda da sürüyor. Adalet hizmetleri, Ankara merkezde hali hazırda altı ayı binada sunuluyor.

Ankara Barosu olarak, bu duruma 14 bini aşkın avukatıyla bir bütün olarak karşıyız ve bu konudaki duyarlılığımızı sürdürüyoruz.

Diğer şehirlerde büyük ve çağdaş adliye binaları yapılıp tüm mahkemeler tek çatı altında toplanırken Ankara'da bunun tam tersi şekilde adliyenin parçalara ayrılmasını anlamakta zorluk çekiyoruz.

Ankara'da yaşanan adliye sorununun, Başkent'e yakışır, kentin ihtiyaçlarına uygun, tüm mahkemeleri tek çatı altında toplayacak, adalete erişimi kolaylaştıracak büyük ve modern bir yeni adliye binası yapılarak çözülebileceğine inanıyoruz.

Saygılarımla.

Avukat Hakan CANDURAN

Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

OLAĞANÜSTÜ HAL İŞLEMLERİ İNCELEME KOMİSYONU İŞLEMLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ*

Yrd. Doç. Dr. M. Artuk ARDIÇOĞLU**

Makalenin Geldiği Tarih: 07.07.2017 **Kabul Tarihi:** 13.07.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZ

Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri (OHAL KHK) ile doğrudan tesis edilen işlemlere karşı idari yargıda açılan davalarının usulden reddedilmesi üzerine, 685 sayılı OHAL KHK'si ile Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur. Anılan Komisyonun görevi, yargı yolu kapalı olduğu kabul edilen bu işlemlere karşı yapılan başvuruları incelemek ve kabul veya reddi yönünde karara bağlamaktır. Komisyon kararlarına karşı da Ankara İdare Mahkemesinde dava açılabilecektir. Merkezi idare içinde yer alan Komisyonun alacağı kararlar, idari işlem mahiyetinde olduğundan, idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden incelenerek, Komisyon işlemlerinin hukuki niteliği belirlenmelidir. Bu belirleme, Komisyon kararlarının hukuka uygunluğunun sağlanması ve Komisyona başvurunun etkinliğinin değerlendirilmesindeki verileri de oluşturacaktır.

Anahtar Kelimeler: Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, olağanüstü hal işlemlerinin yargısal denetimi, idari başvuru, idari işlemin unsurları.

THE LEGAL NATURE OF THE ACTS OF THE INQUIRY COMMISSION ON THE STATE OF EMERGENCY MEASURES

ABSTRACT

Upon the rejection of the administrative lawsuits on procedural grounds which were initiated against acts established directly through the state of emergency decree laws, an Inquiry Commission was set up by such a decree law No 685. The scope of duty of the Commission consists of the examination of an application filed against these acts which are considered to lack of legal remedy and to accept or to reject such an application. Administrative lawsuits may be initiated against the decisions of the Commission before the Ankara administrative courts.

Decisions to be adopted by the Commission, as part of the central government, are considered as administrative acts and their legal nature must be assessed by way of an examination of the its elements, such as competence, form, reason, subject and aim. This assessment shall provide information for an evaluation of the lawfulness of the Commission's decisions and efficiency of the applications.

Keywords: The Inquiry Commission on the State of Emergency Measures, state of emergency decree law, judicial control of the state of emergency acts, administrative appeal, elements of the administrative act.

I. Giriş

15.07.2016 da yaşanan darbe girişimi sonrasında Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu 20.07.2016 tarihinde “olağanüstü hal” (OHAL) ilan etmiş, olağanüstü hal ilanı da Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin 21.07.2016 tarihli kararı ile onaylanmıştır. OHAL ilanını takip eden dönemde ilki 22.07.2016 tarih ve 667 sayılı ve (bu çalışma tarihi itibarıyla) sonuncusu 05.06.2017 tarih ve 691 sayılı olmak üzere toplam 25 adet Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi (OHAL KHK) yayımlanmıştır. Bu nitelikteki KHK’lerle; ceza yargılaması, kamu personeli, sivil toplum kuruluşları ve üniversiteler, askeri ve idari yapı başta olmak üzere sosyal ve ekonomik hayata ilişkin doğrudan düzenlemeler ve mevcut kanunlarda kapsamlı değişiklikler yapılmıştır.

Bu dönemde çıkarılan OHAL KHK’lerinin anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davalarını, Anayasa Mahkemesi, iptali istenilen düzenlemelerin olağanüstü hal kapsamında çıkarılmış oldukları gerekçesiyle, içeriksel bir inceleme yapmaksızın Anayasa m. 148 hükmü uyarınca reddetmiştir.^[1]

OHAL KHK’lerinin ekli listelerinde isimleri yer alan kişiler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmemek üzere kamu görevinden çıkarılmış, vakıf üniversiteleri, sağlık kuruluşları, gazete ve televizyonlar, dernekler, sendikalar gibi farklı statülerdeki kurum ve kuruluşlar kapatılmıştır.^[2] Belirtilen hukuki sonuçlar da, başkaca bir idari işlem tesis edilmesine gerek olmaksızın, doğrudan KHK hükümleri ile doğmuştur. Bir dizi OHAL KHK’sinin ekli listelerinde, kişi veya kurum adlarına yer verilmek suretiyle tesis edilen bu işlemler, düzenleyici nitelikte olmamaları ve belirli bir kişi ve duruma ilişkin olmaları itibarıyla, yürütme organının idari fonksiyon içinde yapmış oldukları birel idari işlem

[1] 668 sayılı OHAL KHK’si ile ilgili karar: AYM, E. 2016/166 K. 2016/159 k.t. 12.10.2016, RG. 04.11.2016-29878. Aynı Resmi Gazete’de 669 sayılı OHAL KHK’si ile ilgili karar da yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK’lerini incelediği ve aksi yöndeki gerekçelerle iptal etmiş olduğu eski tarihli kararları ile anılan son kararlarının değerlendirilmesi ve farklı yöndeki görüşler için bkz.: Metin GÜNDAY, OHAL, İhraç KHK’leri ve Hukuki Durum, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2017, Sayı: 1, s.32 vd.; Kemal GÖZLER, 15 Temmuz Kararnameleri, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2017, Sayı: 1, s.59 vd.;

[2] Kamu görevinden çıkarılanlar ve kapatılan kurum ve kuruluşların genel dökümüne ilişkin Bilet’de yayımlanan 10 bölümlük yazı dizisi için bkz.: Feray SALMAN /Aysel ERGÜN, OHAL Düzenlemeler ve Uygulamalar. Ayrıca bkz.: Kerem ALTIPARMAK, Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2017, Sayı: 1, s.69’da yer alan dipnotlar.

olmalarına rağmen, idari yargı mercilerince idari işlem sayılmamış; açılan davalar ilk inceleme aşamasında reddedilmiştir.^[3]

İdari yargının bu yöndeki kararları ve Anayasa Mahkemesinin değişen yaklaşımı üzerine, artık iç hukukta başvurulabilecek bir yol bulunmaması nedeniyle, OHAL KHK'leri ile haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) bireysel başvuruda bulunabilme imkânı da doğmuştur. Avrupa organlarının da tavsiyeleri üzerine^[4], bu imkânın önüne bir set oluşturacak bir idari birim kuran ve başvuruyu düzenleyen 02.01.2017 tarih ve 685 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması

[3] İdari yargının bağımsızlığı ve etkinliği ile konjonktüre bağlılığı ve yargısal pasiflik açılarından özel olarak incelenmesi gereken bu yöndeki kararların ilk örneklerinde şu gerekçe ve hükümler yer almıştır: "...KHK'nın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ekli listelerde isimleri bulunan kişilerin kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılacağı düzenlenmiş olup; anılan düzenleme uyarınca, davacının kamu görevinden çıkarılması üzerine incelenmekte olan dava açılmıştır. // Olayımızda; öğretmen olarak kamu görevi ifa eden davacı, ... 672 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Kamu Personeline İlişkin Alınan Tedbirlere Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin "Kamu Personellerine İlişkin Tedbirlere" başlıklı 2.maddesinin 1.fıkrası uyarınca kamu görevinden hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu nedenle, anılan KHK ile kamu görevinden çıkarılan davacı hakkında, davalı idarece tesis edilmiş idari davaya konu olabilecek bir işlemin varlığından söz edilmesine olanak bulunmamaktadır.// Bu durumda, 672 sayılı KHK hükmü uyarınca kamu görevinden çıkarılan davacı hakkında KHK dışında başka bir idari işlem de olmadığından ve mahkememizin KHK'nın hukuki denetimini yapma yetkisi bulunmadığından, açılan bu davanın mahkememizce incelenme olanağı bulunmamaktadır.// Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Kanun'un 14/3-d ve 15/1-b maddeleri uyarınca davanın incelenmesinin reddine..." (Trabzon İdare Mahkemesi, E. 2016/1113, K. 2016/1046, k.t. 08.09.2016); "... İdari yargı mercilerince, ancak idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken idari işlemlerin hukuki denetimi yapılabilir.// Kanun hükmünde kararname ile yapılan bir tasarrufun iptali için açılmış bir davanın esasen incelenerek karara bağlanması hukuken olanaksızdır.// Uyuşmazlıkta davacı kamu görevinden, kanun niteliğini taşıyan hukuki bir düzenleme ile çıkarıldığından, ortada idari davaya konu olabilecek bir idari işlemin varlığından söz edilmesine olanak bulunmamaktadır. // Bu duruma göre, 672 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Kamu Personeline İlişkin Alınan Tedbirlere Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 2.inci maddesiyle kamu görevinden çıkarılan davacının, kamu görevinden çıkarılmasına dair tesis edilmiş idari davaya konu olabilecek bir idari işlem olmadığından, bu davanın ... reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır." (Kayseri 1. İdare Mahkemesi, E. 2016/793, K. 2016/756), kararlar için bkz.:

http://hhgm.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2016_09/29054157_olaganustu_hal_kapsaminda_alinan_tedbirlere_iliskin_kanun_hukmunde_kararname_ile_ihrac_eden_kamu_gorevli_leri_hk_.pdf
<https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2016/09/trabzon-im-e-2016-1113.pdf>

[4] Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli ve 865/2016 sayılı Görüşü, paragraf 220 vd.. Benzer yöndeki Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin ad hoc alt-komitesi önerisi hakkında bkz.: ALTIPARMAK, Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu, s.71.

Hakkında Kanun Hükmünde Kararname^[5] çıkarılmıştır. AİHM, *Köksal*^[6] başvurusu ile ilgili verdiği kararında, karar verdiği tarih itibarıyla prensipte, Komisyona başvurunun ve sonrasında kararlarına karşı idari yargıda dava açılabilmesinin, AİHM'ye başvuru öncesi tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu oluşturduğunu kabul etmiştir.

Bu çalışmada, anılan OHAL KHK'si ile kurulan Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu'nun (Komisyon) kararları idari işlemin yetki, şekil/usul, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden incelenerek, Komisyon hakkında değerlendirme ve sonuçlara varılacaktır.

II. Yetki Unsuru

İdari bir birimin idari işlem yapabilme güç ve yeteneğini gösteren yetki unsuru; **kişi, konu, yer ve zaman bakımında yetki** olmak üzere dört alt başlık altında incelenebilir.^[7] Bu alt ayrımlar çerçevesinde Komisyon için aşağıdaki belirlemeler yapılabilir.

Kişi bakımından yetki; iki alt sorunun çözümlenmesini gerektirir. İlki, idari birimin varlığının, ikincisi karar alma yetkisi ile donatıldığının tespiti. Bu bakımdan ilk belirleme Komisyonunun kuruluşu ve oluşumuna, ikincisi ise iradesine bir hukuki sonuç bağlanmasına ilişkin olacaktır.

Komisyon, 685 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kurulmuştur. Anılan OHAL KHK'si m. 1/2 uyarınca yedi üyeden oluşan Komisyon üyelerinin “...*üçü kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından, bir üye Adalet Bakanlığının merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanınca, bir üye mülki idare amirleri sınıfına mensup personel arasından İçişleri Bakanınca, birer üye Yargıtayda ve Danıştayda görev yapan tetkik hâkimleri arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir.*”

Komisyonun, idari teşkilat içinde, merkezi idarenin Başkent teşkilatında ve Başbakanlık bünyesinde faaliyet gösteren bir kamu kuruluşu olduğu söylenebilir. Bu belirlemeye düzenlemede yer alan, üyeler hakkında Başbakanlıkça idari soruşturma başlatılması veya soruşturma izni verilmesi (m. 4/1-e), üyelere ilgili kurumlarından aldıkları aylıklarına ek olarak Başbakanlıkça ilave ücret ödenmesi (m. 4/2), Komisyonun sekretarya hizmetlerinin Başbakanlık tarafından yerine

[5] RG. 23.01.2017-29957.

[6] B. No.: 70478/16 k.t. 12.06.2017.

[7] Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 2011, s. 135 vd..

getirilmesi (m. 12/1) ve sekreteryada görevlendirilenlere her ay Başbakanlıkça ilave ücret ödenmesi (m. 12/2) ve daha önemli göstergeler olarak, başvurulara ve Komisyonun çalışmasına ilişkin usul ve esasların, Komisyonun teklifi üzerine Başbakanlık tarafından belirlenmesi ve ilan edilmesi (m. 13) ile Komisyon tarafından başvuruların alınmaya başlanacağı tarihin Başbakanlık tarafından ilan edileceğine (Geçici m. 1/2) ilişkin hükümler dayanak oluşturmaktadır. Ayrıca Komisyon kararlarına karşı açılacak davalarda, davalı olarak gösterilecek kamu kurum ve kuruluşlarına ilişkin özel düzenlemeler getirilirken, ayrıca Başbakanlığa husumet yöneltilmeyeceği hükmüne yer verilmesi, aslında Başbakanlığın Komisyon işlemlerine karşı açılacak davaların olağan davalısı olduğunu göstermekle aralarındaki hukuki ilişkiyi doğrulamaktadır.

Komisyon üyelerinin “*süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilme(yeceği)*” (m. 4/1-birinci cümle) güvence olarak düzenlenmiş, göreve son verme işleminin sebep öğeleri belirlenmiş ve bu konuda yetki Komisyona verilmiş olmakla beraber, fıkranın izleyen d ve e bentlerinde yer verilen göreve son verilme halleri^[8] (özellikle Başbakanlığa verilen yetki) bu güvenceyi önemli ölçüde etkisizleştirmektedir.^[9] Merkezi idarenin siyasi ve idari müdahalelerinden uzak tutulması amacıyla kurulan ve kurumsal ve işlevsel bağımsızlık tanınan idari kurumlara ilişkin düzenlemelerde yer verilmesi mutad olan “*Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez.*”^[10] hükmüne benzer veya yaklaşan bir düzenlemeye de yer verilmemiştir.

Bu itibarla, kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan Komisyonu, merkezi idarenin Başkent teşkilatında Başbakanlık hiyerarşisi içinde yer alan yardımcı bir kurul olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır. Komisyonun görev ve yetki alanının tanımlı ve belirli olması ve geçici bir nitelik arz etmesi ise bu birimi, 685 sayılı OHAL KHK’sinin genel gerekçesinde yer aldığı gibi, *özel* bir idari birim olarak değerlendirmemizi gerektirebilecektir.^[11]

[8] “d) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302 nci, 309 uncu, 310 uncu, 311 inci, 312 nci, 313 üncü, 314 üncü ve 315 inci maddelerinde yazılı suçlar nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma başlatılması,

e) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle hakkında Başbakanlıkça idari soruşturma başlatılması veya soruşturma izni verilmesi.”

[9] Komisyonun her türlü etkiden bağımsız görev yapmasını engelleyebilecek düzenlemeler için bkz.: GÜNDAY, OHAL, İhraç KHK’leri ve Hukuki Durum, s. 37.

[10] Örnek, 07.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, m. 20/3.

[11] Yukarıda anılan Venedik Komisyonunun 865/2016 sayılı Görüşünde, başvuruları incelemek üzere kurulabilecek ve bağımsız ve tarafsız olması gereken bu *ad hoc* yapının, temel amaç

Kişi bakımından yetki değerlendirmesinde ikinci hususu oluşturan, iradesine hukuki sonuç bağlanma keyfiyeti, 685 sayılı OHAL KHK'sinde yer alan; “başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak” (m. 1/1), “aşağıdaki işlemler hakkındaki başvuruları değerlendirip karar verir” (m. 2/1), “inceleme sonucunda başvurunun reddine veya kabulüne karar verebilir” (m. 9/1), kararlarının uygulanmasına ilişkin 10 uncu madde ve “Komisyon kararlarına karşı ... iptal davası açılabilir” (m. 11/1) hükümlerinden çıkarılabilir. Alıntı yapılan maddelerde yer verilen **karar** ifadesinin idare hukukundaki karşılığı, idari karar, bireysel/birel idari işlemdir.^[12] Komisyonun tek taraflı iradesine bağlanan hukuki sonuçlar (icrai etki), bunların idari işlem olarak tanımlanmasını gerektirmektedir. Komisyonun başvurunun reddi veya kabulü yönünde tesis etmiş olduğu kararları, Devlet tüzelkişiliği adına açıklanmış irade beyanlarını içeren idari işlemlerdir. Özetle, Komisyon, karar alma yetkisi ile donatılmış bir idari makamdır.

685 sayılı OHAL KHK'sinde yer alan düzenlemelerden, Komisyon kararlarının idari anlamda **kesin** olduğu sonucunu çıkarabiliriz. Aslında Komisyonun idari teşkilat içindeki yeri bakımından, Başbakanlık makamının hiyerarşisine tâbi olduğu söylenebilecektir. Ancak, kararların yargısal denetimine ilişkin getirilen hükümler ve *özel* yetkilerle donatılmış bir idari makam oluşu; Komisyon kararlarına karşı idari dava açılmadan önce, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 11 kapsamında üst makama başvurabilme imkânının bulunmadığı sonucunu işaret etmektedir.

Konu bakımından yetki, idari makam olarak vasıflandırılan idari birimin hangi alanda idari işlem yapabileceği ile ilgilidir. Bir idari makamın kanunlarla

olarak her başvuru özelinde inceleme yapabilmesi, *due process* (hukuk devleti) temel ilkelerine riayet etmesi, somut olgu ve delilleri incelemesi, gerekçeli karar vermesi, eski halin iadesini sağlayıcı ve/veya gerektirmesi halinde uygun tazminat kararları verebilecek yetkilerle donatılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca olağanüstü hal sonrasında Meclis tarafından Anayasaya ve Türkiye'nin uluslararası insan hakları alanındaki yükümlülüklerine uygun olarak yapılacak bir düzenleme ile, öngörülecek tazminatın sınır ve biçimlerinin de belirlenebileceği ifade edilmiştir (paragraf 220 ila 222). Bu Görüşte yer verilen hususlar ile 685 sayılı OHAL KHK'si ile Komisyonun oluşumu, inceleme usulü ve kararlarının tür ve sonuçlarına ilişkin hükümler arasında herhangi bir benzerlik bulmak mümkün değildir. Bu bakımdan ileride Komisyon işlemlerine ilişkin açıklamalarda bir karşılaştırma ve gönderme yapılmayacaktır. Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirme ve tespitler için bkz.: ALTIPARMAK, *Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu*,

[12] İdari işlemlere ilişkin temel bilgiler için bkz.: Lutfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayını, 1982, s. 384 vd.; GÜNDAY, **İdare Hukuku**, s. 123 vd.; Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, Cilt I, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2009, s. 685 vd.; Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, **İdare Hukuku C I Genel Esaslar**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, 2013, s. 369 vd.; Yahya Kazım ZABUNOĞLU, **İdare Hukuku**, Cilt I, Yetkin Yayınları, 2012, s. 303 vd.; Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, 2016, s. 372 vd.;

tanımlanan görev alanı, onun yetkilerini kullanabileceği alanı da belirler. Bu itibarla Komisyonun görevleri, onun konu bakımından yetkisini belirleyecektir.

685 sayılı OHAL KHK'sinin "Komisyonun oluşumu" başlıklı 1 inci maddesi ve "Komisyonun görevleri" başlıklı 2 nci maddesiyle bu hukuki çerçeve çizilmiştir.

Birinci aşamada belirlenmesi gereken Komisyonun genel görev alanıdır. Bu da, m.1/1 uyarınca "Anayasanın 120 nci maddesi kapsamında ilan edilen ve 21/7/2016 tarihli ve 1116 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararıyla onaylanan olağanüstü hal kapsamında, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle başka bir idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan kanun hükmünde kararname hükümleri ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak"tır. Komisyonun görev alanı bakımından, iki durumun birlikte gerçekleşmesi şarttır:

1- 21.07.2016 tarihinde ilan edilen TBMM tarafından onaylanan olağanüstü hal kapsamında olma,

2- Maddede yer alan sebeplere bağlı olarak hukuki sonucun doğrudan bir OHAL KHK'sinde yer alan işlemle tesis edilmesi.

Olağanüstü halin kapsamını da esas olarak üç karar belirlemektedir. Bunlardan ilki Mili Güvenlik Kurulu tarafından alınan 20.07.2016 tarihli tavsiye kararı^[13], ikincisi Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 20.07.2016 tarihinde alınan olağanüstü hal ilan kararı^[14] ve nihayet bu kararın Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 21.07.2016 tarihinde onaylanmasına ilişkin karardır.^[15] Ayrıca, Türkiye Cumhuriyetinin, Avrupa Konseyine sunmuş olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 15 kapsamındaki derogasyon beyanları^[16] ile olağanüstü hal ilan nedenleri ve bunlara karşı alınabilecek tedbirlerin konu bakımından kapsamı belirlenebilecektir. MGK kararı ve Avrupa Konseyine sunulan beyanlardaki ortak nokta, olağanüstü hal

[13] Bu kararın sadece basın bildirisine ulaşılabilir.

[14] [RG. 21.07.2016-29777](https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2929966&SecMode=1&DocId=2380676&Usage=2)

[15] [RG. 22.07.2016-29778](https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2930083&SecMode=1&DocId=2380796&Usage=2)

[16] 21.07.2016 tarihli beyan:

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2929966&SecMode=1&DocId=2380676&Usage=2>

25.07.2016 tarihli ek beyan:

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2930083&SecMode=1&DocId=2380796&Usage=2>

ilan nedeninin 15 Temmuz darbe girişimi, arkasında yer alan Fethullahçı Terör Örgütü ve Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) olduğudur. Olağanüstü hal ilanını gerektiren ve “ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike” nedenlerinin ortadan kaldırılarak, tekrar olağan dönem hukukuna dönebilmek amacıyla, olağanüstü halin gerektirdiği zaruri tedbirler anayasal ve milletlerarası hukuktan kaynaklı sınırlar dâhilinde alınabilecektir.^[17] Bu bakımdan olağanüstü hal kapsamında değerlendirilemeyecek bir tedbir, doğrudan bir OHAL KHK’si ile bile yapılmış olsa, Komisyonun konu bakımından yetki alanına girmediği kabul edilmelidir. Birinci şartın gerçekleştiğinin tespiti durumunda, ikinci şartın varlığı aranacaktır.

İkinci şart bakımından, 685 sayılı OHAL KHK’sinin “Komisyonunun görevleri” başlıklı 2 inci maddesi ile görev alanı tayin edilmiştir:

“MADDE 2 – (1) Komisyon, olağanüstü hal kapsamında doğrudan kanun hükmünde kararname ile tesis edilen aşağıdaki işlemler hakkındaki başvuruları değerlendirip karar verir.

a) Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarma ya da ilişikinin kesilmesi.

b) Öğrencilikle ilişikinin kesilmesi.

[17] OHAL KHK’lerinin konu bakımından sınırları konusunda bkz.: Selin ESEN, **Olağanüstü Hal Rejimi**, Adalet Yayınevi, 2008, s. 245 vd.; GÜNDAY, **OHAL, İhraç KHK’leri ve Hukuki Durum**, s.31 vd.; GÖZLER, **15 Temmuz Kararnameleri**, s.50 vd.. Anayasa Mahkemesi *Aydın Yavuz ve diğerleri* başvurusu (B. No.: 2016/22169, RG. 30.06.2017–30110) ile ilgili verdiği kararında, olağanüstü hal ilan nedeni olarak 15 Temmuz darbe teşebbüsünü temel olay ve FETÖ/PDY’yi ana neden olarak kabul etmekle beraber, Türkiye’nin içinde bulunduğu terör ortamının da (paragraf 37 vd.) darbenin oluşumunu hazırladığı ve bu bakımdan derogasyon bildiriminde yer alan “diğer terör saldırılarına” ibaresinin, darbe teşebbüsü ve FETÖ/PDY’nin yarattığı tehdit ve tehlikenin bertaraf edilmesinin ötesinde alınan tedbirlerin de olağanüstü hal kapsamında olduğu değerlendirmesini yapmaktadır (paragraf 212 vd.). Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü hal ilan nedenlerini genişleten bu kabullerine katılmak mümkün değildir. Tek bir ara ifade, temel hak ve özgürlükler alanında bambaşka bir rejimin geçerli olacağı sonuçlar çıkarmak için yeterli olamayacaktır. İlan edilen olağanüstü hal kapsamında, darbe teşebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde alınan olağanüstü hal tedbirlerinin sebep unsuru olarak, FETÖ/PDY’ye aidiyet, irtibat ve iltisaklı oluş, 667, 667, 669 ve 670 sayılı OHAL KHK’lerinde yer alırken; 672 sayılı OHAL KHK’si ve sonrasında çıkarılanlarda sebep unsuru olarak “Terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan” hükmü yer almış, amaç ve kapsam maddelerinde ifade değişikliğine gidilmiştir. Bu düzenlemelerdeki alan genişlemesinin anayasaya ve uluslararası hukuka uygunluğunu denetleyecek ve kararını alacak bir yüksek mahkemenin, başvuru konusu ile doğrudan ilgisi olmayan değerlendirmeleri, esas olarak sonraki kararlarında sergileyeceği yaklaşımın işaretlerini vermesi bakımından son derece önemlidir.

c) Dernekler, vakıflar, sendika, federasyon ve konfederasyonlar, özel sağlık kuruluşları, özel öğretim kurumları, vakıf yükseköğretim kurumları, özel radyo ve televizyon kuruluşları, gazete ve dergiler, haber ajansları, yayınevleri ve dağıtım kanallarının kapatılması.

ç) Emekli personelin rütbelerinin alınması.

(2) Olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde karar-namelerle gerçek veya tüzel kişilerin hukuki statülerine ilişkin olarak doğrudan düzenlenen ve birinci fıkra kapsamına girmeyen işlemler de Komisyonun görev alanındadır.

(3) Bu maddede belirtilen işlemlere bağlı olarak olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerde yer alan ilave tedbirler ile kanun yollarının açık olduğu işlemler hakkında ayrıca başvuru yapılamaz.”

Maddenin 1 inci fıkrasında dört bent halinde sayılan haller açık olmakla beraber, 2 ve 3 üncü fıkra hükümlerinin anlam ve kapsamı belirlenmeye muhtaçtır. OHAL KHK'lerinde yer alan hükümlerin *hukuki statü* mü, *ilave tedbir* kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiğinin net çizgilerle ayrılabilir bir düzenlemeye kavuşturulmadığı söylenebilir. Bu nedenle *hukuki belirlilik* açısından sorunlu bir düzenleme olarak değerlendirilmesi mümkündür. Hâlbuki bu ayırım Komisyonun görev alanı bakımından son derece önemlidir; hukuki statü üzerinde sonuç doğuran bir düzenleme bağımsız bir başvuruya konu olabilmekteyken, ilave tedbir olarak değerlendirilenlerin varlığı, ana başvuru hakkında verilen karara bağlı olarak etkilenecektir.

Örneklendirmek gerekirse, kamu görevinden çıkarılanların; rütbe ve/veya memuriyetlerinin alınması, uhdelerinde bulunan her türlü müteveli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevlerinin sona ermiş sayılması, silah ruhsatları, gemi adamlığına ilişkin belgeleri ve pilot lisanslarının iptal edilmesi, oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından tahliye edilmeleri, pasaportlarının iptal edilmesi ve nihayet bir daha kamu hizmetinde istihdam edilememeleri hangi kapsamda değerlendirilecektir?

Doğrudan OHAL KHK'leri ile kamu görevinden çıkarılan kamu görevlilerinin “*varsa uhdelerinde taşımış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve müsteşar, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanama(yacakları) ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanama(yacakları)*” (672 sayılı OHAL KHK'si m. 2/3) hükmü **ilave tedbir** olarak görülürken; “667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamında” çalıştıkları idari makamlarca, idari işlemlerle “*kamu görevinden çıkarılanlar(ın)*,”

uhdelerinde taşınmış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve yüksek mahkeme başkan ve üyeliği, müsteşar, hâkim, savcı, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanama(yacakları) ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanama(yacakları)” (670 sayılı OHAL KHK’si m. 4) hükmü **hukuki statüye** ilişkin bir işlem mi sayılacaktır?

Bu konuda şu şekilde bir ayırım önerilebilir: 1 inci fıkra kapsamındaki işlemler yanında, aynı kapsamdaki kişi ve kuruluşlar hakkında da doğrudan OHAL KHK’leri ile getirilen düzenlemeler *ilave tedbir* iken, yalnızca bu sayılanlar dışındaki gerçek ve tüzel kişilerin hukuki menfaatlerini etkileyen düzenlemeler *hukuki statülerine* ilişkindir.

Bu ikinci hale “*muvaazaalı devir işlemleri*” başlıklı şu hüküm örnek verilebilir: “20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararname gereğince kapatılan özel öğretim kurum ve kuruluşları ile özel öğrenci yurtları ve pansiyonlarının faaliyetlerinin sürdürüldüğü dönemde üzerlerinde buldukları, mülkiyeti kapatılanların sahibi gerçek veya tüzel kişilere ait taşınmazlardan 1/1/2014 tarihi ile bahse konu yerlerin kapatılma tarihleri arasında üçüncü kişilere devri yapılmış olan ve üzerinde kapatılanlar tarafından aynı faaliyete kapatılma tarihi itibarıyla devam edilen taşınmazların devir işlemleri muvaazaalı kabul edilir ve tapuda ilgisine göre Hazine veya Vakıflar Genel Müdürlüğü adına her türlü kısıtlama ve taşınmaz yükünden ari olarak resen tescil edilir.” (675 sayılı OHAL KHK’si m. 12). Alıntı yapılan hüküm uyarınca mülkiyet hakları doğrudan kanun hükmünde kararname ile sona erdirilen gerçek veya tüzel kişiler *hukuki statülerine* ilişkin bu işlemlere karşı Komisyona başvurabileceklerdir.

Bu ayırım kapsamında, idari makamlarca kamu görevinden çıkarıldıkları için 1 inci fıkra kapsamında olmayan kişilerin hukuki menfaatlerini etkileyen ve doğrudan OHAL KHK’si ile yaratılan hukuki sonuçlar da *hukuki statülerini* etkileyen düzenlemeler olarak Komisyonun yetki alanına girecektir.

3 üncü fıkrada iki durum – *ilave tedbirler / kanun yollarının açık olduğu işlemler* – birlikte düzenlenmiş olmasına rağmen, farklı değerlendirilmeyi gerektirmektedir. *İlave tedbirler* hakkında ayrıca başvuru yapılmamasının nedeni, bunların hukuki sonuç doğurma kabiliyetinin, başvuru yapılan işlemin akıbetine bağlı olmasıdır. 685 sayılı OHAL KHK’sinin 2 nci madde gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “Ancak, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlemekle birlikte, doğrudan tesis edilen işlemlerin gerektirdiği ve varlığı söz konusunun işlemin varlığına bağlı olan *ilave tedbirler aleyhine ayrıca başvuru yapılamayacaktır.*”

İlave tedbirler konusunda da iki durum söz konusudur: ilki, bunlara karşı tek başına, bağımsız bir başvuru yapılamaz; ikincisi, ayrıca bir başvuru yapılmakla beraber, başvuru yapılan işlem hakkında verilecek karar bunlar üzerinde de etkili olur. Birinci durum bu itibarla bir kısıtlama getirmektedir. İkinci durum ise, ilave tedbirlerin sebep ögesini oluşturan işlem hakkında yapılan başvurunun kabul edilmesi halinde, ilave tedbirlerin de hukuki sonuçlarının ortadan kalkmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan bunlar ayrı bir başvuru olarak değerlendirilmemekte, Komisyonun konu bakımından yetkisine giren bir işlem hakkında verdiği karar, bu işlemin varlığına bağlı işlemler üzerinde de etkili olmaktadır.

3 üncü fıkrada yer verilen *kanun yollarının açık olduğu işlemler* ise, OHAL KHK'lerine dayanılarak ilgili idari makamlarca tesis edilen işlemler olup, Komisyonun konu bakımından yetki alanı dışındadır. Örneğin, 22.07.2016 tarih ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin^[18] 4 üncü maddesi uyarınca, ilgili bentlerde yer alan kurum ve kuruluşlarca kamu görevinden çıkarılanlar hakkında Komisyonun karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Bir başka örnek ise, doğrudan OHAL KHK'leri ile kapatılmayıp, ilgili bakanlıklarda bakan tarafından oluşturulacak komisyonun teklifi üzerine bakan onayı ile kapatılan özel ve vakıf sağlık kurum ve kuruluşları, özel öğretim kurum ve kuruluşları ile özel öğrenci yurtları ve pansiyonları, vakıflar, dernekler, vakıf yükseköğretim kurumları, sendikalar, federasyonlar ve konfederasyonların durumudur (667 sayılı OHAL KHK / 6749 sayılı Kanun m. 2/3). Bu idari işlemlere karşı ilgililer, idari yargıda dava açabildiklerinden ve davaları görülmekte olduğundan bu işlemlerin Komisyonun görev alanı dışında tutulduğu anlaşılmaktadır. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından hakimlik ve savcılık mesleğinden çıkarılanların ise, Danıştay'da iptal davası açabilecekleri düzenlemesi getirilmiştir (m. 11/2, geçici madde 1/4).

Yer bakımından yetki, bir idari makamın yetkilerini kullanabileceği coğrafyayı belirler. Komisyonun yer bakımından yetkisi, tüm ülke çapında olup, ilgili kişinin nerede ve hangi kurumda çalıştığından bağımsız olarak, doğrudan OHAL KHK'leri ile kamu görevinden çıkarılması veya kurum ve kuruluşların kapatılması işlemlerine karşı yapılacak bütün başvuruları kapsamaktadır.

[18] RG. 23.07.2016- 29779. Bu Kararname TBMM tarafından değiştirilerek kabul edilmiştir (18.10.2016 tarih ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, RG. 29.10.2016- 29872).

Zaman bakımından yetki, bir idari makamın yetkilerini kullanabileceği zaman dilimi ile ilgilidir. Komisyon, sürekli bir idari birim olmayıp, görev süresi iki yıl ile sınırlıdır. Bu süre 685 sayılı OHAL KHK'sinin Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih olan 23.01.2017 de işlemeye başlamıştır (m. 3/1). Komisyon üyelerinin seçilmesi için bir ay ve başvuruların alınmaya başladığının ilanı için altı ay olarak öngörülen süreler de riayet edilmemesi neticesinde, Komisyon iki yıllık toplam süresinin önemli bir bölümünü kullanamadan tüketmiştir (geçici madde 1 ve 2). İki yıllık sürenin dolması sonrasında, Bakanlar Kurulunun gerek görmesi halinde birer yıllık süreler ile Komisyonun görev süresi uzatılabilecektir (m. 3/1). Her halde Komisyonun ilk seçilen üyelerinin görevi 23.01.2019 tarihinde sona erecek, ancak aynı usullerle yapılacak üye belirlemede bunlar da seçilebilecektir. Maddede dikkat çeken düzenlemelerden biri, Komisyonun kendisine yapılan ve incelemekte olduğu başvuruları nihayetlendirmesinin bir zorunluluk olmayışı, iki veya bir yıllık görev süreleri biten Komisyonun faaliyetine devamının Bakanlar Kurulunun değerlendirmesinde olmasıdır. Bu değerlendirmeyi Bakanlar Kurulu, "gerek görme hali" gibi son derece geniş ve belirlenmeye muhtaç sebep unsuru kapsamında yapacaktır. Başvuruların tamamı hakkında Komisyonca henüz karar verilmeden, görev süresi uzatılmadığı takdirde, başvuruların akıbetinin ne olacağı belirsizdir. Konjonktüre ve Komisyon performansına bağlı olarak değişebilecek bu değerlendirmenin yargı denetimine açıklığı da bir güvence değildir. Bu düzenlemenin Komisyonun işlevsel ve kurumsal bağımsızlığını azalttığı açıktır.

Komisyonun zaman bakımından yetkisinin belirli bir süreyle sınırlandırılmasının yaratabileceği olumsuz bir diğer sonuç Komisyonun ret kararlarının, idari yargı mercilerince iptali halinde doğacaktır.

Özellikle 690 sayılı OHAL KHK'si ile yapılan değişiklikler ve eklenen hüküm ve maddeler bir dizi sorunu da beraberinde getirebilecektir. 685 sayılı OHAL KHK'si değişiklik öncesi halinde^[19] idari işlemi tesis eden Komisyona karşı dava açmak mümkün iken, şimdiki halinde^[20] Komisyon ret işleminin iptali davasının davalısı Komisyon değil, ek madde 1 de yer alan idari makamlar^[21]

[19] **Yargı denetimi**

MADDE 11 – (1) Komisyon kararlarına karşı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek Ankara idare mahkemelerinde iptal davası açılabilir.

[20] (1) Komisyon kararlarına karşı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek Ankara idare mahkemelerinde **ilgilinin en son görev yaptığı kurum veya kuruluş aleyhine** iptal davası açılabilir. (**Ek cümle: 17/4/2017-KHK-690/54 md.**) Bu davalarda ayrıca Başbakanlığa husumet yöneltilemez.

[21] **Açılacak davalarda husumet**

EK MADDE 1 – (**Ek: 17/4/2017-KHK-690/55 md.**)

olacaktır. OHAL KHK'si içinde yer alan, kamu görevinden çıkarılma veya kurum ve kuruluşların kapatılması hukuki sonucunu doğuran idari işlemi iptali için açılan davada, çoğu kez hazırlık işlemi (kamu görevinden çıkarılma için kurum teklifi) dahi yapmamış bir davalının sahibi olmadığı bir işlemi (Komisyon ret kararı) nasıl ve ne şekilde savunacağına anlaşılabilirliği bir yana tutulsa bile, olası bir iptal kararını kimin, nasıl uygulayabileceği de belirsizdir.

Komisyonun yapılan başvuruların ve bunlardan yargıya taşınacakların niceliksel yoğunluğu dikkate alındığında, önemli bir bölümünün Komisyonun kurumsal varlığının sona ermesi sonrasında karara bağlanabileceği söylenebilir. Böylesi bir durumda veya Komisyonun faaliyetine devam etmesi halinde de, davalı olarak belirlenen idarenin, iptal kararını 685 sayılı OHAL KHK'si m. 10 kapsamında işlem yapmak üzere gecikmeksizin (2577 sayılı Kanun m. 28/1) Devlet Personel Başkanlığına göndermesi, davacıların atamalarının ise iptal edilen Komisyon ret kararı tarihinden itibaren geçerli olmak üzere onbeş gün içinde yapılması uygun çözüm olacaktır.

Komisyonun ön incelemeden ret kararlarına karşı açılan davaların iptal ile neticelenmesi halinde ise ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. Komisyonun faaliyetine devam ettiği bir tarihte bu yönde bir kararın alınması durumunda, davalı idare kararı Komisyona gönderecek ve Komisyon da işin esası hakkında bir karar verecektir ki, bu kararın başvurunun reddi yönünde olması halinde

-
- (1) Komisyon kararlarına karşı açılacak iptal davaları;
- a) Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarılan ya da ilişkisi kesilenlerce en son görev yapılan kurum veya kuruluş,
 - b) Devlet memurları ve işçiler dahil Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarılanlarca Millî Savunma Bakanlığı,
 - c) Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatlarından çıkarılanlarca İçişleri Bakanlığı,
 - ç) Öğrencilikle ilişkisi kesilen öğrencilerce Millî Eğitim Bakanlığı,
 - d) Kapatılan derneklerce İçişleri Bakanlığı,
 - e) Kapatılan vakıflarca Vakıflar Genel Müdürlüğü,
 - f) Kapatılan sendika, federasyon ve konfederasyonlarca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı,
 - g) Kapatılan özel sağlık kuruluşlarınca Sağlık Bakanlığı,
 - ğ) Kapatılan özel öğretim kurumları, özel öğrenci yurt ve pansiyonlarınca Millî Eğitim Bakanlığı,
 - h) Kapatılan vakıf yükseköğretim kurumlarınca Millî Eğitim Bakanlığı,
 - ı) Kapatılan özel radyo ve televizyon kuruluşlarınca Radyo ve Televizyon Üst Kurulu,
 - i) Kapatılan gazete, dergi, yayınevi, dağıtım kanalı ve haber ajanslarınınca Basın-Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü,
 - j) Resen emekliye sevk edilmiş, kendi isteğiyle emekli olmuş, Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü hükümlerine göre meslekten veya Devlet memurluğundan çıkarılmış ya da müstafi sayılmış olup rütbeleri alınan Emniyet Teşkilatı personeline İçişleri Bakanlığı, aleyhine açılır.

ilgilinin buna karşı dava açma hakkı olacaktır. Komisyonun zaman bakımından yetkisinin sona ermesi, yani görev süresinin bitmesi ve uzatılmaması durumlarında ise başvurunun esası hakkındaki değerlendirmeyi artık davalı idari kurumun yapacağını, başvurunun kabulü gerektiği yönündeki kararını ise Devlet Personel Başkanlığına bildireceğini kabul etmek gerekir. Başvurunun davalı idare tarafından reddi halinde ise ilgili bu karara karşı da iptal davası açabilmelidir. 685 sayılı OHAL KHK'sinde açıkça yer almayan bu ihtimaller ve çözümler, hukuk devleti ilkesi ve ilgililerin hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı, kamu hizmetlerine girme hakkı gibi anayasal ilke ve kurallar gözetilerek idari yargı tarafından geliştirilmeye muhtaçtır. Kapatılan kurum ve kuruluşlar açısından ve 685 sayılı OHAL KHK'si kapsamında yapılacak diğer başvurular bakımından da, Komisyonun zaman bakımından yetkisinin sona ermesi sonrasında benzer çözümler geliştirilebilecektir.

Yetki unsuru konusundaki bu parçalı değerlendirmeleri bir araya getirdiğimizde; kolektif bir karar organı olan ve yedi kişiden oluşan, toplantı ve karar yeter sayısı dört olarak belirlenen Komisyonun, konu ve yer bakımından yetkilerinin genişliği ile zaman bakımından yetkisinin kısıtlılığının oluşturduğu ters orantı, başvuruları etkin ve süratli bir biçimde karara bağlama beklentisini karşılamaktan uzak olduğunu göstermektedir.

III. Şekil Unsuru

Komisyonun alacağı kararların biçimine ve izleyeceği usule ilişkin ayrıntılı düzenlemelere 685 sayılı OHAL KHK'sinde yer verilmemiştir. “*Usul ve esaslar*” başlıklı 13 üncü maddesinde başvurulara ve Komisyonun çalışmasına ilişkin usul ve esasların, Komisyonun teklifi üzerine Başbakanlık tarafından belirleneceği ve ilan edileceği düzenlemesi yer almaktadır. Bu hüküm doğrultusunda 12.06.2016 tarihli Resmi Gazetenin mükerrer nüshasında, “*Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar*” yayımlanmıştır.^[22] Düzenleyici işlem mahiyetindeki bu idari işlem, doğrudan veya uygulama işlemleri ile birlikte idari davaya konu olabilecektir.

685 sayılı OHAL KHK'sinde yer alan düzenlemeler sınırlı olmakla beraber önemlidir. Bunların en başında Komisyonun incelemelerini dosya üzerinden yapması gelmektedir (m. 9)^[23]. Başvuranlara dinlenilme hakkı tanınmadığı gibi,

[22] RG. 12.06.2017 – 30122 (Mükerrer). Bu çalışmada, “*Çalışma Usul ve Esasları*” olarak kısaltılarak kullanılmıştır.

[23] Çalışma Usul ve Esaslarında da başvuranların, sözlü ifade verme ve tanık dinletme taleplerinin dikkate alınmayacağı düzenlemesine yer verilmiştir (m. 14/3).

dosyaya erişim hakkı da tanınmamıştır. Komisyon, “bilgi ve belge talep etme yetkisi” başlıklı 5 inci maddesi uyarınca görev alanı ile ilgili her türlü bilgi ve belgeyi ilgililerden talep edebilecek (birinci fıkra), soruşturmanın gizliliğine ve Devlet sırlarına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla kamu kurum ve kuruluşları ile yargı mercileri, Komisyonun görevi kapsamında ihtiyaç duyduğu her türlü bilgi ve belgeyi gecikmeksizin Komisyona göndermek veya yerinde incelenmesine imkân sağlamak zorunda olacak (ikinci fıkra), ancak bunlar başvuranlarla paylaşılmayacaktır. Komisyonun bilgi ve belge talepleri, soruşturmanın gizliliği veya Devlet sırrı olduğu nedenleriyle karşılanamayabilecek, bu kapsamda sayılmayarak gönderilenler ise Komisyon incelemesinin gizliliği (m. 6) kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu durumda Komisyona başvurunun etkili olmasını sağlayacak en önemli araç olan, başvuranın hakkındaki isnatları ve somut vakaları öğrenme ve bunlara karşı kendisini savunabilme imkânı ve hakkı tanınmamış olmaktadır.^[24] Başvuranların, 09.10.2003 tarih ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu veya varsa avukatları marifetiyle 19.03.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 2/3 kapsamında dolaylı olarak dosya içeriğinin temin edebilecekleri söylenebilir. Ancak Bilgi Edinme Hakkı Kanununda gizliliğe ve devlet sırlarına ilişkin (m. 9, m. 16) hükümleri, uygulamada, bu başvuruların gerektiği gibi karşılanmasında ciddi engeller yaratabilecektir. Bu bakımdan yapılacak sarih bir düzenlemeyle başvuranlara dosyaya erişim hakkı tanınması, savunma haklarını etkin olarak kullanabilmeleri açısından elzemdir.

Komisyon kendisine yapılan başvuruları, aranan şartlara uygunluk bakımından ön incelemeden geçirecektir (m. 8). Aşağıdaki durumlarda, başvurular ön inceleme aşamasında reddedilecektir:

- i. Başvurunun süresi içinde yapılmaması.
- ii. Başvuru sahibinin konuyla ilgili hukuki menfaatinin bulunmaması.
- iii. Başvurunun Komisyonun konu bakımından yetki alanına girmemesi.
- iv. Başvurunun diğer şekil şartlarını taşımaması.

Birinci şart bakımından, Komisyonun başvuruları alma tarihinin ilan edildiği tarihten (m. 7/3, geçici madde 1/2) veya bu tarihten sonra çıkartılan kanun hükmünde kararname bakımından yayımlandıkları tarihten itibaren altmış günlük süre içinde yapılmayan başvurular reddedilecektir.

[24] Komisyon kararlarının esasını etkileyecek bu usule ilişkin sorunların, ceza hukuku ve insan hakları hukuku açısından ayrıntılı değerlendirmesi için bkz.: ALTIPARMAK, Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu, s.77 vd.

685 sayılı OHAL KHK'sinin geçici birinci maddesinin üçüncü fıkrası ile farklı bir durum düzenlenmiş olup, şu şekildedir: “(3) Komisyonun görev alanına giren konularda daha önce herhangi bir yargı merciine başvurmuş veya dava açmış olanlar için de 7 nci maddedeki usul ve süreler uygulanır. **(Ek cümleler: 17/4/2017-KHK-690/56 md.)** Bu dosyalar hakkında yargı mercilerince karar verilmesine yer olmadığına ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına dosya üzerinden kesin olarak karar verilir, vekâlet ücretine hükmedilmez. Bu dosyalar, yeni bir başvuru şartı aranmaksızın incelenmek üzere Komisyona gönderilir.” Fıkranın ilk cümlesi uyarınca, ilgililerin ayrıca bir başvuru yapmaları gerekliliği düzenlenmiş olmakla birlikte bu, açtıkları davalar reddedilmiş olanlar için geçerli olacaktır. Halen derdest olan davalar bakımından ise, ek cümle uyarınca, yargı yerleri tarafından “karar verilmesine yer olmadığına” karar verilecek ve dosyalar resen Komisyona gönderilecektir. Bu kararların kesin nitelikte olduğu düzenlendiğinden, istinaf kanun yoluna başvuru mümkün olmayacaktır. Aslında mahkemelerde görülmekte olan davalarda ne tür bir karar verileceğinin düzenlenmesi, yargı yetkisinin kullanımına açık bir müdahale oluşturmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'lerinin yargısal denetimini kategorik olarak kapatmış olduğundan, anayasaya aykırılığını tartışamayacaktır.

Ayrıca 685 sayılı OHAL KHK'sine daha sonra eklenen geçici madde 2 uyarınca^[25], farklı kurumlara 23.01.2017 tarihinden önce yapılan (ilgililerin çalıştıkları kurumlara, valiliklere, Başbakanlığa) başvuruların da Komisyona intikal ettirileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Mükerrer başvuruların dikkate alınmayacağı belirtilmekle beraber (m. 7/1-son cümle), ilgili yargı mercileri ve kurumlara doğrudan gönderme ödevi getirilmiş olmasına rağmen, gönderilmeme halinde başvuru yapılmamış olacağından; maddelere serpilmiş ve uygulama birlikteliği olmayan hükümler nedeniyle, 7 inci madde uyarınca başvuruların alınmaya başladığı tarihten itibaren altmış günlük süre içinde başvuru yapmayan ilgililerin hak kaybına uğramaları söz konusu olabilecektir.^[26]

[25] **Komisyona intikal ettirilecek başvurular**

GEÇİCİ MADDE 2 – (Ek: 17/4/2017-KHK-690/57 md.)

(1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren konularda bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan başvurular, süre şartı hariç 7 nci maddedeki şartlara uygun olması halinde ilgili kurumlarca işleme alınmak üzere Komisyona intikal ettirilir.

[26] Nitekim, bu tür bir hak kaybını engelleyecek ve yeni başvurulara zemin hazırlayacak tarzda, Çalışma Usul ve Esasları m. 7/4 ile geçici madde 1 düzenlemelerine yer verilmiş ve ekinde yer alan başvuru formlarında, “Hakkındaki Adli/İdari Başvuru Bilgileri” başlıklı bir bölüm açılmıştır.

İkinci şart, başvuru sahiplerinin işlemin doğrudan muhatapları dışındaki gerçek ve tüzel kişiler de olabileceğini göstermektedir. Örneğin, kamu görevinden çıkarılan kişinin doğal olarak Komisyona başvurma hakkı olduğu gibi, bu kişilerin eşleri ve çocuklarının da, hukuki menfaatleri etkilendiği ölçüde, Komisyona başvuru hakkı olacaktır. Kapatılan kurum ve kuruluşlar bakımından da hukuki menfaatleri bulunanlar tarafından başvuru yapılabilecektir.

Ancak, Çalışma Usul ve Esaslarının “*başvuru sahipleri*” başlıklı 4 üncü maddesinde^[27] başvuru yapabileceklere ilişkin belirlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelere göre, kamu görevinden çıkarılanların kendileri, ölümleri halinde kanuni mirasçıları; kapatılan kurum veya kuruluşların kapatılma tarihi itibarıyla kurum veya kuruluşu temsile kanunen yetkili olanlar başvuru yapma hakkına sahiptir. Başvurular ya bu sayılanlar tarafından bizzat ya da kanuni temsilci veya vekil aracılığıyla yapılacaktır. Kapatılan kurum veya kuruluşlar için, üyelik veya başka sebeplere dayanılarak başvuru yapılamaz. Ancak, 685 sayılı OHAL KHK’sinde başvuru için “*hukuki menfaati bulunma*” (m. 8) yeterli görülmüş olup, bu tür kısıtlamalar getirilmemiştir. Bu bakımdan, ilgililerin temel hak ve hürriyetlerini ihlal ettiğini iddia ettikleri OHAL KHK’si işlemlerine karşı yaptıkları ve hukuken korunmaya değer menfaat kapsamındaki başvurularını engelleyen, hak arama hürriyetlerini de kullanamamaları sonucunu doğuran bu madde idarenin düzenleme yetkisi kapsamında değildir.^[28] Başvurularının bu madde uyarınca, ön inceleme aşamasında Komisyonca reddi durumunda, bu red kararına karşı dava açılacağı gibi dayanağı olan bu düzenleyici işlemin de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 7/4 uyarınca iptali istenebilecektir.

[27] “**Başvuru sahipleri**

MADDE 4 – (1) Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarılanlar ya da ilişiği kesilenler ile öğrencilikle ilişiği kesilenler ve rütbesi alınan emekli personel şahsen, kanuni temsilcisi veya vekili aracılığıyla başvuru yapabilir.

(2) Kapatılan kurum veya kuruluşlar adına başvuru yapma yetkisi, kapatılma tarihi itibarıyla kurum veya kuruluşu temsile kanunen yetkili olanlara aittir. Yetkili olmayanlar, üyelik veya başka sebeplere dayanarak başvuru yapamaz.

(3) Kanuni temsilci veya vekil aracılığıyla yapılan başvurularda temsil belgesi veya vekâletnamenin inceleme sürecinde geçersiz hale gelmesi, başvurunun incelenerek karara bağlanmasını engellemez.

(4) Başvuru hakkındaki inceleme devam ederken başvuru sahibinin ölmesi halinde ilgilinin kanuni mirasçılarından yeni başvuru alınmasına gerek olmaksızın mevcut başvuru incelenerek karara bağlanır.

(5) Başvuru hakkı olan kişinin, başvuru süresi başlamadan veya başvuru süresi sona ermeden önce ölmesi halinde kanuni mirasçılardan biri mirasçılık belgesi ibraz etmek kaydıyla ölüm tarihinden itibaren altmış gün içinde başvuruda bulunabilir.”

[28] İdarenin düzenleme yetkisinin kapsam ve sınırları hakkında bkz.: K. Burak ÖZTÜRK, **İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, 2009, *passim*.

Üçüncü şart, Komisyonun konu bakımından yetkisine ilişkin olup, yukarıda tartışılmıştır.

Açıkça belirlenmeyen **dördüncü şart** ise, başvuruların yapılacağı yerler (valilik veya kamu görevlileri bakımından son görev yapılan yer, m. 7/1; ayrıca Çalışma Usul ve Esasları ile getirilen düzenleme uyarınca ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde tutuklu ve hükümlü bulunanlar bakımından kurum müdürlüğü), başvuranların kimlik ve adres bilgileri ile ilgili olabileceği gibi, maddenin son cümlesinde yer alan düzenleme uyarınca Komisyon tarafından belirlenecek uygulama usul ve esasları ile getirilebilecek şekil şartlarına uygunluğu da içerebilecektir. Maddenin uygulanmasına ilişkin bu usul ve esaslar da düzenleyici işlem mahiyetinde olacaklarından, ilgililerince önceden ulaşılabilir olmak zorundadır ve bu düzenlemeye karşı da idari yargıya başvurma imkânı mevcuttur.

Komisyonla yapılan başvuruların ön inceleme aşamasında reddedilmesi de bir Komisyon kararı ile olacağından, m. 11 kapsamında olan bu yöndeki idari işlemlere karşı idari yargıda dava açılabilir.

Ön incelemenin düzenlendiği 8 inci maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi, ilgili maddenin son cümlesi ile Komisyonla verilmiş olmasına rağmen, 13 üncü maddede düzenlenen yetki çerçevesinde Başbakanlık tarafından çıkarılan Çalışma Usul ve Esasları ile kapsamlı düzenlemeler getirilmiştir. Her ne kadar, başvurulara ilişkin diğer hususların Komisyonca belirlenip ilan edileceği hükmüne (m. 6/4) yer verilmiş olsa da, Başbakanlık tarafından çıkarılan bu düzenleme ile birçok başvurunun Komisyonun önüne dahi gelmeden, ön inceleme aşamasında reddedilmesi mümkün olabilecektir. Bu açık yetki sorunun yanı sıra, anılan düzenlemede; yukarıda açıklandığı üzere başvuru hakkına sahip olanları sınırlandıran (m. 4) ve bunu ön inceleme aşamasında gözetilecek ilave şart olarak yer veren (m. 10), başvuruların yapıldığı idari makamlara bu tür başvuruları Komisyonla göndermeme yetkisi tanıyan hükümler bulunmaktadır (geçici madde 1). Ayrıca idari makamlarca, başvuru formu ve gerekli belgelerde eksiklik olduğunun tespit edilmesi halinde de, başvuranlara bunları tamamlamak üzere onbeş günlük kesin süre verilecek, başvuru ancak bu eksiklik giderildikten sonra Komisyonla gönderilecektir (m. 8/4).

Çalışma Usul ve Esasları ile getirilen bu düzenlemelerin yaratabileceği hak kayıplarına karşı etkin bir iç hukuk yolu bulunup, bulunmadığı sorusu ise bir dizi yeni dava ve başvuru sarmalı yaratmaya namzet gözükmektedir. Özellikle Çalışma Usul ve Esasları ile somutlaşan ve başvurunun kabulü, ön inceleme ve esastan inceleme olmak üzere kurgulanan üç aşamalı işleyiş; idari yargı denetimine açık olan Komisyon kararının son aşamada verilen başvurunun esastan reddi veya kabulü kararları olduğu düşüncesini kuvvetle savunabilir

kılmakta, hatta az yukarıda yapılmış olan ön incelemeden red kararlarına karşı dava açılabileceği tespitini önemli ölçüde zayıflatmaktadır.

IV. Sebep Unsuru

İdari işlemlerde sebep unsuru, idareyi işlem yapmaya sevk eden hukuki veya maddi etkidir.^[29] Komisyonun ön incelemeden ret işleminin sebep unsurunu, başvuru koşullarından birinin eksikliği oluşturacaktır. Bu sebep unsurunun yokluğu yönündeki Komisyon değerlendirmesi de idari yargının denetimine açık olacaktır. Başvuru koşullarının varlığını tespit etmesi halinde idari yargı mercii, Komisyonun ret yönündeki işlemi iptal edecek, Komisyon da bu iptal kararının gereği olarak başvurunun esası hakkında ret veya kabul yönündeki kararını verecektir.

Komisyonun başvurunun esası hakkında vereceği kararın sebep unsurunun ise farklı görünümleri olacaktır. Bunlardan ilki başvuru konusu olan işlemin hukukiliği ve yerindeliliğine ilişkindir. Komisyon, idari bir organ olduğundan yerindelik değerlendirmesi de yapabilecektir.

Bu açıdan bakıldığında, kamu görevinden çıkarılanlar, kapatılan kurum ve kuruluşlar, öğrencilikle ilişkisi kesilenler, rütbeleri alınan emekli personel veya hukuki statülerine ilişkin işlem yapılan gerçek ve tüzel kişiler hakkında ilgili hukuki sonucu doğuran OHAL KHK'sinde yer alan sebep unsurunun incelenmesi gerekecektir.

Örneğin, 667 sayılı OHAL KHK'si m. 2 uyarınca ekli listelerde yer alan; özel sağlık kurum ve kuruluşlarının, özel öğretim kurum ve kuruluşları ile özel öğrenci yurtları ve pansiyonlarının, vakıf ve dernekler ile bunların iktisadi işletmelerinin, vakıf yükseköğretim kurumlarının, sendika, federasyon ve konfederasyonların kapatılmalarının hukuki sebebi, "*Milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/DPDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı(nın)*" belirlenmesidir.

Komisyon öncelikle bu hukuki sebep unsurunun içine dâhil edilebilecek maddi olguları, bilgi ve belgeleri ilgili mercilerden talep edecektir. Bu soyut sebebi karşılayan somut verilerin bulunmaması halinde, Komisyon işleminin sebep unsurunu bu maddi olgu yokluğu oluşturacaktır. Somut verilerin olması, ancak bunların *aidiyet, iltisak veya irtibat* hukuki sebebinin karşılamaya yeterli olmadığı değerlendirilmesi halinde ise maddi olgu yetersizliği, Komisyon kararının sebep unsurunu oluşturacaktır. Çalışma Usul ve Esasları m.12 de,

[29] GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 152 vd..

Komisyonun ilgilinin en son görev yaptığı Bakanlıktan veya kurumdan başvuru konusu işlemle ilgili “bilgi, belge, bulgu, olgu ve kanaatlerini” de talep edebileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Kanaat gibi subjektif bir kavramın yaratacağı belirsizliği gidermek için 4 üncü fıkraya^[30] yer verilmişse de, başvurularla paylaşılmayan bu “*istihbari nitelikte olanlar dâhil tüm bilgi ve belgelerin*” sıhhati soru işareti oluşturacaktır.

Kamu görevinden çıkarmalarda ilgili OHAL KHK’lerinde iki farklı sebep unsuru yer almıştır. 668, 669 ve 670 sayılı OHAL KHK’lerinin 2 nci maddelerinde kamu görevinden çıkarma işleminin sebep unsuru “*Milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı ol(ma)*”dır. 672 ve sonrasında çıkarılan OHAL KHK’lerinde ise kamu görevinden çıkarma işleminin sebep unsuru “*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı ol(ma)*”ya dönüşmüştür.

Komisyonca bu iki farklı sebep unsurunun, olağanüstü hal ilanını gerektiren nedenlerle ve bunların bertaraf edilmesi ile bağlantısını değerlendirmenin pek mümkün olmayacağı -bağımsızlığı sağlanmayan Komisyonun merkezi idare içinde Başbakanlık bünyesinde yer alan konumu nedeniyle–sonucuna varılabilir. Hatta Çalışma Usul ve Esaslarının “*Esastan inceleme ve karar*” başlıklı 14 üncü maddesi 2 nci fıkrasında yer verilen “*Komisyon, incelemelerini terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı yönünden yapar.*” hükmüyle bu sonucun Komisyon için baştan kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak bu sonuca, genel olarak işlemin hukuka uygunluğunu denetleyecek olan yargı mercileri için varılamaz. Bu yargı mercileri; Ankara idare mahkemeleri, istinaf başvurusu üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi, bireysel başvurular üzerine de Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olacaktır. Belirtilen yargı mercileri, birinin eksik bıraktığı, olağanüstü halin kapsamı ve buna bağlı olarak alınan tedbirlerin niteliği belirlemesini, durumun kesinlikte gerektirdiği ölçüde kalıp/kalmadıklarını ve

[30] “Bilgi ve belge talep etme yetkisi
Madde 12 – (4) Bu madde kapsamındaki kurum ve merciler, başvurucuların terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu **kanaatinin** oluşmasına dayanak oluşturan, istihbari nitelikte olanlar dahil tüm bilgi ve belgeleri talep üzerine resmi yazıyla birlikte verilen süre içinde Komisyona iletir.”

hukuki sebep olarak yer verilenlerin ulusal ve uluslararası hukuka uygunluğu değerlendirilmesini yapacak ve buna göre kararını verecektir.

Komisyon işleminin sebep unsurunu etkileyebilecek önemli bir ayırım da, olağanüstü halin devamı ile ilgilidir. Olağanüstü hal tedbirleri, olağanüstü hal süresince geçerli olduğundan, olağanüstü hal kalktığı tarihten sonra normal hukuk düzeni kuralları uyarınca karar verilmesi gerekecektir. Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararında^[31] da benimsendiği gibi, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nda haklarında "... bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" hükmü getirilen "sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine işlerine son verilen memurların, diğer kamu görevlilerinin ve kamu hizmetlerinde görevli işçilerin, ilk kez kamu görevine girdikleri tarihte bu görev için yasa ve yönetmeliklerde öngörülen nitelikleri kaybetmemiş olmaları koşuluyla, işlerine son verildiği bölgede sıkıyönetim kalktıktan sonra, kurumlarınca eski görevlerine iade edilmeleri" gerekecektir. Kamu hizmetine girme Anayasa m. 70 de düzenlenmiş bir temel hak olduğundan ve hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilemeyeceğinden, ilgili mevzuatları uyarınca kamu görevinde çalışmaya engel bir durumları olmadığı tespit edilenlerin başvurularının Komisyon tarafından kabulü gerekecektir. Ancak, kamu hizmetine hile ile girdiklerinin tespit edilmesi veya haklarında devlet memuru olmayı engelleyen bir ceza mahkûmiyeti bulunması gibi haller Komisyonun ret kararının sebep unsurunu oluşturacaktır.

Yukarıda yer verilen Danıştay kararındaki kabullerin aksine bir yaklaşım ve uygulama, 685 sayılı OHAL KHK'si ile getirilen düzenlemelerin, ilgililere bir başvuru yolu ve dolaylı bir dava imkânı tanımaktan çok, olağanüstü hal döneminde doğrudan OHAL KHK'leri ile yapılmış işlemlerin olağan dönemde de devamını sağlamaya yönelik olduğunu gösterir.

V. Konu Unsuru

İdari işlemin konu unsuru, idari işlemlerle ortaya çıkan hukuki sonuçtur. Komisyonun ret kararının hukuki sonucu, ilgili OHAL KHK'si ile yaratılmış hukuki sonucun devam etmesidir. Bu durumda da hukuki sonucu devam eden OHAL KHK'si işlemine karşı değil, Komisyonun ret kararına karşı, 685 sayılı OHAL KHK'sinde husumet yöneltilebileceği düzenlenen idareler hasım gösterilerek Ankara İdare Mahkemesinde iptal davası^[32] açılabilir (m. 11 ve

[31] DİBGKK. E.1988/6 K.1989/4 k.t. 07.12.1989.

[32] İlgili hükümdede yer alan "iptal davası açılabilir" ibaresinden, idari yargıda yer alan dava türlerinden sadece bu dava açılabilir şeklinde bir anlam çıkarılamaz. Diğer dava türü olan,

ek madde 1). Ancak doğrudan iptali istenilen idari işlem olmamakla beraber^[33], Komisyonun ret yönündeki kararının hukuka uygun olduğunun yargı mercince kabul edilebilmesi için, Komisyon kararının sebep unsurunda yer alan OHAL KHK'si işleminin hukuk düzeni tarafından kabul edilebilir olduğunun tespiti gerekecektir. Zira OHAL KHK'si ile tesis edilen işlem, Komisyon kararının sebep unsurunda yer aldığından, hukuka uygunluk denetiminde ondan ayırt edilebilecek bir idari işlem değildir. Bir başka anlatımla, idari işlemin sebep ve konu unsurlarının iç içe geçtiği ve eski tabirle işlemin *esasına* dair bu durumda, OHAL KHK'sinin hukuka aykırılığı, Komisyon işleminin sebep unsurunu oluşturacak ve başvuru kabul edilecektir. Keza Komisyon, OHAL KHK'si ile yaratılan, kamu görevinden çıkarılma veya kurumun kapatılması yönündeki hukuki sonuçta bir hukuka aykırılık bulmaz ise başvuruyu reddedecektir. Bu nedenle, idari yargı yeri Komisyon kararına karşı açılan davayı incelerken ve red yönündeki iradenin konu bakımından hukuka uygunluğunu değerlendirirken, sebep unsurunda yer alan OHAL KHK'si işleminin hukuka uygunluğunu incelemek zorunda kalacaktır. İdari yargı yeri, Komisyon ile aynı yönde, OHAL KHK'si işlemini hukuka uygun bulursa, Komisyonun başvurunun reddi kararı da konu bakımından hukuka uygun olacağından davayı reddedecektir. Fakat idari yargı yeri, Komisyon ile aksi yönde, OHAL KHK'si işlemini hukuka aykırı bulursa, Komisyonun başvurunun reddi kararı konu bakımından hukuka aykırı hal almış olacağından dava konusu Komisyon kararını iptal edecektir. Zira Komisyonun, OHAL KHK'sinin hukuka aykırı olarak yarattığı sonucun devam etmesini sağlayacak yönde bir hukuki sonuç yaratan işlemi, konu bakımından hukuka aykırıdır. Kısacası, bu iki işlem ya birlikte hukuka uygun ya

tam yargı davaları, Türk idari yargı uygulamasında, idarenin mali sorumluluğuna ilişkin anayasal esas doğrultusunda, kişisel hakları ihlal edilenler tarafından maddi ve manevi zararların tazmini istemiyle açılan davalardır. Hak arama hürriyeti çerçevesinde, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayan bu dava türünün kısıtlanması olağanüstü hal düzenlemeleri ile dahi mümkün değildir. Olağanüstü hallerde sadece yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayıcı hükümler getirilebileceğini düzenleyen Anayasa m. 125/6 hükmü de gözetildiğinde, topyekûn bir dava türünün kullanılmayacağını söylemek mümkün değildir. Nitekim iptal davası açılmasını engelleyen bir OHAL KHK'si hükmü temelde bu gerekçe ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (AYM, E. 2003/28 K. 2003/42 k.t. 22.05.2003, RG. 16.03.2004-25404). Bu konuda asıl ilginç tartışma tam yargı davasının mevcudiyetinden çok, kime karşı açılacağı noktasındadır. Zira düzenleme ile sadece iptal davalarına özgü husumete ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir. Tam yargı davasında ise, özel hüküm olmadığından, genel kurallar doğrultusunda Komisyona husumet yöneltebilecektir. Ancak tam yargı davası sonucunda mali bir ödeme söz konusu olacağından, bünyesinde örgütlendiği Başbakanlığa husumetin yöneltilmesi daha yerinde olacaktır. Ayrıca bu son kabul, Komisyonun görev süresinin bitmesi ve/veya uzatılmaması durumunda, devam eden davalarda idare mahkemesince resen hasım mevkiinde değişiklik yapılmasını gerektirmemesi bakımından da uygun olacaktır.

[33] GÜNDAY, OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum, s. 38.

da birlikte hukuka aykırıdır. Bu nedenle de, idari yargı yeri kaçınılmaz olarak Komisyon işleminin merkezinde yer alan OHAL KHK'si işlemini incelemek durumundadır.

Komisyonun kabul kararının hukuki sonuçları ise başvuru konusuna göre değişmektedir. Bu husus, Komisyona başvurunun mahiyeti ve başvuranın hukuki menfaatini etkileyen ve OHAL KHK'si ile tesis edilen işlem üzerindeki etkileri ile ilgilidir.

Öncelikle söylenmesi gereken, Komisyona yapılan başvuruların, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 11 kapsamında “*ihiyari başvuru*” olmadığı gibi, m. 14/3-b ve 15/1-e de düzenlenmiş olan “*zorunlu idari başvuru*” da olmadıklarıdır. Bu Komisyonun *özel* bir idari kurul olmasından kaynaklanmaktadır.

İhtiyari başvuru değildir, zira OHAL KHK'si ile tesis edilen işleme karşı dava açma imkânı tanınmamıştır^[34] ve Komisyon da ne idari işlemi yapan makam (ki somut durumda bu, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruludur) ne de o makamın üst makamıdır.

Zorunlu idari başvuru^[35] da değildir, çünkü Komisyona başvuru ilk işlemle, buna karşı dava açılması imkânı arasına yerleştirilmiş ve bu bakımdan tüketilmesi zorunlu bir idari aşama değildir. Yargısal denetimi mümkün olmadığı kabul edilen bir işlemin hukuki sonuçları üzerinde genelde sınırlı etkisi olabilecek, özel olarak getirilmiş yeni bir yoldur.

685 sayılı OHAL KHK'si bir bütün olarak değerlendirildiğinde, OHAL KHK'leri ile haklarında doğrudan işlem tesis edilen ilgililer tarafından Komisyona yapılacak bu başvurunun, 2577 sayılı Kanun m. 10/1 kapsamında, idari davaya konu olabilecek bir işlem tesis edilmesi için yapılacağı anlaşılmaktadır. Komisyonun karara bağlayacağı başvuru sayısı ile Komisyon yapısının oranlılığı, altmış gün içinde bir netice alınmasını imkânsız kıldığından anılan maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*zımni red*” müessesinin uygulanmayacağı düzenlemesine yer verilmiştir (685 sayılı OHAL KHK m. 7/2).^[36]

Komisyon kararlarının, “*yetki ve usulde paralellik*” ilkesinin bir istisnasını mı oluşturduğu, yoksa yetkiye ilişkin özel bir düzenleme mi olduğu da belirlenmeye muhtaçtır. Ancak idare hukuku açısından bu belirlemenin yapılabilmesi için, iki işlemin de eş düzeyde olduğunun kabulü zorunludur. Bir olağan

[34] Bkz. yukarıda dipnot 3'te yer alan idari yargı karar örnekleri.

[35] Bu tür başvurular hakkında bkz.: K. Burak ÖZTÜRK, **Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin Yayınları, 2015, *passim*.

[36] GÜNDAY, **OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum**, s. 38.

veya olağanüstü kanun hükmünde kararname hükmünün, bir idari işlemle varlığına son verilmesi veya hukuki sonucunun değiştirilmesi norm düzeyleri açısından mümkün değildir. Bu imkânsızlık, kararname hükmünün daha sonra Meclis tarafından kanun haline dönüştürülmesi durumunda da doğal olarak geçerlidir. Ancak bu kabuller, kanun hükmünde kararname veya kanunun düzenleyici hükümleri bakımından geçerlidir. Zira bu durumda yürütme ve yasama organı, yasama yetkisinin kullanımı çerçevesinde bir işlem yapmış olup, idari makamların bunları kaldıran veya değiştiren tasarrufları fonksiyon gaspı oluşturacaktır. Ancak yürütme ve yasama organının yasama fonksiyonu içinde olmayan, idari fonksiyona ilişkin bir işlemi, kanun hükmünde kararname veya kanun biçimi altında yapması durumunda bu türden bir düzey farkı kalmamış olacaktır. Komisyonun görev alanına giren ve doğrudan OHAL KHK'leri ile tesis edilen işlemlerin de hukuki mahiyeti idari işlem olduğundan, Komisyon bunlar üzerinde etkili kararlar alabilecektir. Zira bu OHAL KHK'leri ile yaratılan ancak düzenleyici olmayan hukuki sonuçlar, idari fonksiyon çerçevesinde somut bir kişi veya duruma ilişkindirler.

Bu bakımdan bir OHAL KHK'si ile daha önceki bir OHAL KHK'si ile doğan hukuki sonuçların geri alınması veya değiştirilmesi “*yetki ve usulde paralellik*” ilkesinin bir uygulaması^[37], Komisyonun bir OHAL KHK'si ile doğan hukuki sonuç üzerinde etkili bir işlem yapması ise *özel* bir yetki kuralı olarak değerlendirilebilecektir.

Komisyonun başvurunun kabulü yönündeki kararının, ilk işlem üzerindeki etkisinin bir geri alma mı, kaldırma mı, değiştirme mi, düzeltme mi^[38] yoksa başlı başına yeni bir işlem mi olduğu da, başvuru konularına göre farklı değerlendirmeyi gerektirmektedir.

Kamu görevinden çıkarma işlemine karşı yapılan başvurular hakkında Komisyonun vereceği kararın niteliği, bu kararın uygulanmasını düzenleyen

[37] Örnek; 15.08.2016 tarih ve 673 sayılı OHAL KHK'si,

“Kapsamdan çıkarılan özel öğretim kurum ve kuruluşları

MADDE 1- (1) Ekli (I) sayılı listede yer alan özel öğretim kurum ve kuruluşları ile özel öğrenci yurdu, 22/7/2016 tarihli ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (II) sayılı listeden çıkarılmıştır. 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile aynı maddenin ikinci fıkrası hükümleri, bu özel öğretim kurum ve kuruluşları ile özel öğrenci yurdu bakımından tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte 23/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere ortadan kalkmış sayılır. Buna ilişkin işlemler ilgisine göre Maliye Bakanlığı veya Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilir.

Kamu görevlileri bakımından ise, 03.10.2016 tarih ve 675 sayılı OHAL KHK'si m. 3 ve ekli listesi örnek verilebilir.

[38] GÜNDAY, **İdare Hukuku**, s. 170 vd..

685 sayılı OHAL KHK'sinin “Kararların uygulanması” başlıklı 10 uncu maddesi 1 inci fıkrasına bakılarak belirlenebilir. Hüküm şu şekildedir:

“MADDE 10– (1) Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarılan ya da ilişkisi kesilenlere ilişkin başvurunun kabulü halinde karar Devlet Personel Başkanlığına bildirilir. Bu şekilde bildirilen personelin atama teklifleri; statüleri, unvanları ve yürüttükleri görevler itibarıyla başka kurumlarda görevlendirilmeleri mümkün olmayanlar hariç olmak üzere daha önce istihdam edildikleri kurumlar dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarında eski statülerine ve unvanlarına uygun kadro ve pozisyonlara Devlet Personel Başkanlığı tarafından ikamet ettikleri il dikkate alınarak onbeş gün içinde yapılır. Bu fıkra kapsamında kamu görevine iade edilmesine karar verilenlerden, yöneticilik görevinde bulunmakta iken kamu görevinden çıkarılmış olanların atamalarında, yöneticilik görevinden önce buldukları kadro ve pozisyon unvanları dikkate alınır. Bu kapsamda yer alan personele ilişkin kadro ve pozisyonlar; atama teklifi gerçekleştirilen kamu kurum ve kuruluşları tarafından ilgililere ilişkin atama onaylarının alındığı tarih itibarıyla diğer kanunlardaki hükümlere bakılmaksızın ve başka bir işleme gerek kalmaksızın ihdas, tahsis ve vize edilmiş sayılır. İhdas, tahsis ve vize edilmiş sayılan kadro ve pozisyonlar 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye ekli cetvellerin ilgili bölümüne eklenmiş sayılır.”

Hükümün incelenmesinden anlaşılacağı üzere, kamu görevinden çıkarılma işlemi, bu işlemi tesis eden OHAL KHK'sinin yapıldığı tarihten itibaren tüm etki ve sonuçları (açıkta kaldıkları döneme ilişkin özlük ve parasal hak kayıpları gibi) ile geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmamaktadır. Bu anlamda Komisyon kararının, bir *geri alma* işlemi olmadığı açıktır. Eski görev yerlerine ve pozisyonlarına dönmeleri de öngörülmediğinden, tek başına bir *kaldırma* işlemi olarak da nitelendirilemez. Ancak ileriye yönelik sonuçlarını kaldıran ve yerine yeni bir işlem tesis eden *değiştirme* işlemi olarak değerlendirilebilir.^[39] Bu anlamda iki işlemin bir araya geldiği *kombine* bir işlemdir. Komisyonun bu yeni işlemi bir tür *açıktan yeniden atama* şeklinde olacaktır.^[40] Kararı uygulayacak olan Devlet Personel Başkanlığı tarafından atama teklifi, konu bakımından

[39] Geçmişe etkili sonuçları olmadığından *düzeltilme* işlemi olarak da nitelendirilemez.

[40] GÜNDAY, OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum, s. 38. Açıktan yeniden atama, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 92 de düzenlenmiştir ve esas olarak, iki defadan fazla olmamak üzere memurluktan kendi istekleriyle çekilenler veya çekilmiş sayılanların istekleri halinde, belirli koşulların mevcudiyetine ve idarenin takdirine bağlı olarak tekrar memurluğa dönmelerine imkân tanıyan bir atama biçimidir. Bu bakımdan, sebep unsurlarında farklılık, ancak konu unsurunda bir benzerlik olduğu için “bir tür” olarak nitelendirilmiştir.

getirilen sınırlamalara^[41] bağlı olarak yapılacak, atama teklifi gerçekleştirilen kamu kurum ve kuruluşlarının atama onayları ile de ilgililerin kamuda tekrar istihdamları sağlanabilecektir. Atama teklifi veya atama onayında oluşabilecek bir hukuka aykırılık da idari davaya konu olabilecektir. Bu işlemlere karşı açılacak idari davalarda ise görev ve yetki kuralları genel hükümlere göre belirlenecektir.

Kurum ve kuruluşların kapatılması işlemine karşı yapılan başvurular hakkında Komisyonun vereceği kabul kararının niteliği de yukarıda alıntı yapılan maddenin 2 nci fıkrasına bakılarak belirlenebilir. Hüküm şu şekildedir:

“MADDE 10 – (2) Kapatılan kurum ve kuruluşlara ilişkin başvurunun kabulü halinde ilgili kanun hükmünde kararname hükümleri, söz konusu kurum ve kuruluş bakımından tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte söz konusu kanun hükmünde kararnamenin yayımı tarihinden geçerli olmak üzere ortadan kalkmış sayılır. Buna ilişkin işlemler ilgisine göre İçişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı veya Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilir.”

Hükümdeki ifadelerden açıkça anlaşılacağı üzere, Komisyonun kapatılan kurum ve kuruluşların başvurularının kabulü kararı bir *geri alma* işlemidir. Kapatma işlemi, yapıldığı OHAL KHK'sinin yayımlandığı tarihten itibaren tüm hüküm ve sonuçlarıyla hukuk âleminden silinmektedir. Bu kararlar birlikte kapatılan kurum ve kuruluş tekrar tüzel kişiliğine kavuşacak ve varsa taşınır ve taşınmaz mallarının iadesi gibi işlemler ilgili idareler tarafından yapılacaktır.

Komisyonun görev alanına giren, öğrencilikle ilişkin kesilmesi, emekli personelin rütbelerinin alınması ve gerçek veya tüzel kişilerin hukuki statülerine ilişkin olarak doğrudan OHAL KHK'leri ile düzenlenen işlemler hakkında yapılan başvuruların kabulü halinde bu kararların ne şekilde uygulanacağına dair bir düzenlemeye 10'uncu veya diğer maddelerde yer verilmemiştir. Komisyon kararının konu bakımından etkisini sınırlandıran bir düzenleme bulunmadığından, kabul kararının, başvuranın hak kayıplarını en aza indirecek sonuçları doğurması makul bir çözüm olacaktır. Bu da esas olarak, kabul kararının sebep unsuru ile bağlantılı olacaktır. Komisyonun kabul kararı, olağanüstü hal döneminde dahi yapılması hukuka aykırı olan bir OHAL KHK'si işlemi için *geri alma*, varlığını sürdürmesi için artık hukuki sebep kalmayan bir işlem için ise *kaldırma* hukuki sonucunu doğuracak yönde tesis edilecektir.

Ayrıca başvuru konusu yapılamayan *ilave tedbirler* de, Komisyonun kabul kararı ile *varlığına bağlı oldukları işlem* ortadan kalktığından, uygulanma kabiliyetini kaybedeceklerdir.

[41] Esas olarak eski kurumlarına ve yöneticilik görevlerine dönememeleri gibi.

VI. Amaç Unsuru

İdari işlemlerde amaç unsuru, o idari işlem ile ulaşılmak istenilen gaye, hedeftir. Özel bir amacın öngörülmediği hallerde, idari işlemin genel amacının kamu yararını gerçekleştirmek olduğu kabul edilir. Amacın belirleneceği esas metin, anayasal sınırlar içinde kanun olup, bu amacı gerçekleştirmeyi yönelik düzenlemeler kademeli olarak idare tarafından da yapılabilecek ve en nihayetinde idare üst metinlerde beliren amacın somut olarak gerçekleşmesini mümkün kılacak idari işlemi yapacaktır. İdari işlemle hedeflenen ve somutlaşan amacın en üst metindeki amaç ile olan uyumu, işlemin hukuka uygunluğunu sağlayacaktır.

685 sayılı OHAL KHK'sinde, Komisyonun kurulması ve kararlarıyla ulaşılmak istenen amaca ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Ancak anılan OHAL KHK'sinin genel gerekçesinden, yardımcı bir kaynak olmak bakımından sınırlı etkisi kabul edilmekle birlikte, bu amacın belirlenmesi mümkündür. Genel gerekçede^[42], OHAL KHK'leri ile başta FETÖ/PDY olmak üzere terör örgütlerinin devlet ve toplum hayatından arındırılmasına dair tedbirler alındığı, muhtemel mağduriyetleri gidermek için özel bir idari komisyon oluşturularak, yargı yolu kapalı olan işlemlere karşı başvuru yolu getirildiği, Komisyon kararlarına karşı da yargı yolu açılarak, hukuk devleti, hak arama hürriyeti ve bu bağlamda yargıya erişim hakkının sağlandığı ifadelerine yer verilmiştir.

Genel gerekçenin bütününden ve bugüne kadar çıkmış olan OHAL KHK'leri uygulamalarından çıkarılacak sonuç, sadece kamuda çalışma ile sınırlı olmayan, toplumsal hayatın geneline sirayet eden bir *arındırma* politikasının varlığıdır. Arındırmanın muhatapları da başta FETÖ/PDY olmak üzere terör örgütlerinin mensupları ve bunların *legal görünümlü illegal* faaliyetleridir. Komisyon işlemlerinin amacı ise, *normalleşmenin sağlanmasıyla birlikte*, bu arındırma işlemleri sırasında oluşabilecek muhtemel mağduriyetleri gidermektir. Ancak bu arındırma politikasının hukuki zemini mevcut olmadığından, hukuki belirliliği de bulunmamaktadır. Komisyonun bu amaçla, hangi kriterlere bağlı olarak bu arındırmanın olağan dönemde de sürdürülmesi gerektiği, hangi hallerde sürdürmeye gerek kalmadığı ve bilakis sürdürülmesinin mağduriyet sonucunu doğurduğunu belirlemesi gerekecektir. Bu kriterlerin başvuru konusu işlem için kullanılan kriterlerle örtüşmesinin ve maddi olguların varlığı veya yeterliliğinin tespiti ile sınırlı tutulmasının, başvuranlar için hak arama hürriyetlerini kullanmalarında bir imkân yaratmayacağı açıktır. Daha da önemlisi bu kriterler, temel hak ve özgürlüklerin kullanımını olağan dönemde de doğrudan sınırlandırdığından, anayasal ilkeler uyarınca kanunla öngörülmek durumundadır.

[42] Bkz.: <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0811.pdf>

Kanun ile arındırma işleminin amacı, konusu, kapsamı, süresi, sebepleri, yetkiler, ilgililerin katılımı gibi esasa ve usule dair temel hususlar, Anayasa ve uluslararası hukukun kabul ve ilkelerine uygun olarak düzenlenebilecektir. Ancak bu sayede bir üst metin ile belirlenecek özel amacın, Komisyon kararının amacı ile uyumu sağlanabilecektir. Komisyonun teklif edeceği, Başbakanlık tarafından belirlenip ilan edilecek, başvurulara ve Komisyonun çalışmasına ilişkin usul ve esasların yer alacağı düzenleyici işlem (m. 13), bu içerikte konuları düzenleyebilecek düzeyde bir üst metin değildir. Nitekim Çalışma Usul ve Esaslarında yer verilen hükümler bu savı ispatlar niteliktedir.

VII. Sonuç

685 sayılı OHAL KHK'si ile kurulan Komisyonun, kendisine yapılan başvurular hakkında vereceği kabul veya ret kararları, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden bir dizi alt değerlendirme ve belirleme yapılmasını gerektiren idari işlemlerdir. Anılan düzenlemeyle, hukuk devleti ilkesi gereği aslında olağanüstü dönemlerde dahi kapatılması mümkün olmayan yargı yolu önündeki engeli kaldırmak için bir idari başvuru mekanizması getirilmiştir. Yargı yolu önündeki engel de, yargı kararlarıyla yaratılmıştır. İdari işlem niteliğinde olan ve doğrudan OHAL KHK'leri ile hukuki sonuç doğuran işlemlere karşı idari yargıda dava açılması mümkün görülmemiş ve bu idari işlemlerin geri alınması, kaldırılması veya değiştirilmesi konusunda yetkili kılınan Komisyona başvurulması öngörülmüştür.

Komisyonun yapacağı idari işlemin unsurlarına ilişkin yukarıda yapılan teorik değerlendirmelerin tartışılır olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak bu zafiyet esas olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ve toplumun karşılaştığı ve baş etmek zorunda olduğu ağır sosyal ve siyasal etkileri olan bu konunun kapsamlı ve bütünsel bir düzenlemeye kavuşturulmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Hukuki belirsizliği, idari pratiğin doldurmasının kişiler açısından öngörülebilir bir güvence yaratmayacağı açıktır. Özellikle bu idari pratiğin temel hak ve özgürlükleri koruma noktasından uzakta gelişmesi durumunda, olağanüstü hal kapsamı dışındaki uygulamaları ve kararları kalıcı kılmak veya yargı önünde tartışılabilirliğini uzunca bir süre geciktirmekten öte bir işlevi de olmayacaktır.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil; **Türk İdare Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, 2016.

ALTIPARMAK, Kerem; Ölü Doğan Çocuk: 685 Sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 1.

DURAN, Lûtfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayını, 1982.

ESEN, Selin; **Olağanüstü Hal Rejimi**, Adalet Yayınevi, 2008.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut; **İdare Hukuku C I Genel Esaslar**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, 2013.

GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, Cilt I, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2009.

GÖZLER, Kemal; 15 Temmuz Kararnameleri, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 1.

GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 2011.

GÜNDAY, Metin; OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 1.

SALMAN, Feray/ERGÜN, Aysel; OHAL Düzenlemeler ve Uygulamalar , **Bianet**.

ÖZTÜRK, K. Burak; **İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, 2009.

ÖZTÜRK, K. Burak; **Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin Yayınları, 2015.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım; **İdare Hukuku**, Cilt I, Yetkin Yayınları, 2012.

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE YÖNELİK
TÜRK VE İNGİLİZ
İDARE HUKUKU YAKLAŞIMI
ÜZERİNE KARŞILAŞTIRMALI
BİR ANALİZ*

Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN**

Makalenin Geldiği Tarih: 31.08.2016 **Kabul Tarihi:** 09.05.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZ

Kıta Avrupası idare hukuku ile Anglo-Sakson idare hukuku arasındaki belirgin fark yavaş yavaş ortadan kalktığı söylenebilmektedir. Bu iki sistem arasındaki farkı tedricen ortadan kaldıran ve bu iki sistemin birbirine yakınlaşmasını sağlayan ana sebeplerin başında Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının her iki hukuk sistemi üzerindeki etkisi ve bu iki hukuk sistemi arasındaki karşılıklı etkileşim gelmektedir. Bu yakınlaşmanın bir sonucu olarak, farklı özelliklere sahip Kıta Avrupası idare hukuku ile Anglo-Sakson idare hukuku sistemlerinin diğerinden aldığı bir ilkeyi kendi sistemine entegre ettiği görülebilmektedir. Örneğin haklı beklentilerin korunması ilkesi Anglo-Sakson idare hukukundan Kıta Avrupası idare hukukuna entegre edilirken ölçülülük ilkesi Kıta Avrupası sisteminden Anglo-Sakson hukuk sistemine entegre edilmiştir. Buna rağmen Türk idare hukuku literatüründe Anglo-Sakson idare hukukundaki gelişmeleri ele alan çalışma sınırlı sayıdadır. Bu çalışmaların en önemlilerinden biri 2000 yılında Yücel Oğurlu tarafından yazılmış olan “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme” başlıklı makaledir. İngiltere’nin 1998 tarihinde İnsan Hakları Kanununu (Human Rights Act 1998) kabul etmesinin ve Oğurlu’nun çalışmasının üzerinden yirmi yıla yakın bir zaman geçmesi sebebiyle, çalışmamızda Türk ve İngiliz idare hukukunda ölçülülük ilkesinin anlamı ve unsurlarını güncel Türk ve İngiliz mahkeme kararları ışığı altında karşılaştırmalı bir metot ile ele almayı amaçlamaktayız.

Anahtar Kelimeler: Ölçülülük İlkesi, Türk İdare Hukuku, İngiliz İdare Hukuku, Yargısal Denetim, İçtihat.

A COMPARATIVE ANALYSIS OF TURKISH AND
ENGLISH ADMINISTRATIVE LAW APPROACH
TOWARDS THE PRINCIPLE PROPORTIONALITY

ABSTRACT

It could be said that the apparent distinction between the administrative law of Continental Europe and that of Anglo-Saxon counties has seemed to become gradually less evident. The main reasons progressively eliminating the distinction and bringing them closer is the impact of the decisions of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights on these systems and the interaction with each other. As a consequence of this convergence, these divergent systems have integrated various principles from each other. For instance, the protection of legitimate expectation have been integrated into case law from civil law whereas the principle of proportionality have been integrated into civil law from case law. Nevertheless Turkish administrative law literature has not paid enough attention to the recent developments of English administrative law. One of the pioneer studies with the comparative approach is the article of Yücel Oğurlu published in 2000 with the title of “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme (An Assessment on the Role of the Principle of Proportionality in the Judicial Review of Administrative Activities in English and Turkish Administrative Law)”. It has been almost twenty years since the adoption of Human Rights Act 1998 and the publication of this article. Therefore we will assess the meaning and elements of the principles of proportionality in light of the recent decisions of Turkish and English administrative courts in a comparative method.

Keywords: The Principle of Proportionality, Turkish Administrative Law, English Administrative Law, Judicial Review, Case Law.

Giriş

İdarenin tabii olduğu hukuk kurallarına göre hukuk sistemleri, idari rejim (Kıta Avrupası Sistemi) ve adli idare sistemi (Anglo-Sakson Sistem ya da Anglo-Amerikan) olarak ikiye ayrılmaktadır. Ülkemiz idari rejim sistemini benimsemiş ve ağırlıklı olarak Fransız idare hukuku öğretisi ile Fransız idari yargısından etkilenmiştir. Bu nedenle Fransız idare hukuku ve idari yargısındaki güncel gelişmeler ülkemiz tarafından takip edilmektedir. İdare hukuku sistemlerinin bir diğer türü olan adli idare sistemindeki gelişmelerin ise ülkemizde çok fazla ilgi gördüğü söylenemez. Kanaatimizce bu durumun iki temel sebebi bulunmaktadır. İlk olarak, İngiltere gibi Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip ülkelerde idari teşkilata ve bu teşkilatın yürüttüğü idari faaliyetlere uygulanan bir hukuk bulunmasına rağmen bu hukukun, “idare hukuku” değil, “idarenin hukuku” olduğu düşüncesi^[1] kimilerini İngiltere’de idare hukuku yoktur şeklinde bir yanılgıya götürebilmektedir. Doğal olarak bu yanılgının ülkemizde Anglo-Sakson idare hukuku meselelerine karşı mesafeli duruşun en önemli sebebi olduğu kabul edilebilir. İkinci olarak Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip ülkelerde idarenin kuruluş, işleyiş, araç ve gereçlerini düzenleyen bir hukuk dalının varlığı (ki buna idare hukuku denilebilir) kabul edilse dahi bu hukuk dalının idari yargıyı içermediği düşüncesi^[2] bu ülkelerdeki idare hukuku meselelerine karşı mesafeli duruşun bir diğer sebebi sayılabilir.

İdari rejim-adli idare sistemi ayrımının kesin bir biçimde farklılaştığına ilişkin sözünü ettiğimiz tespitler her zaman gerçeği yansıtmayabilmektedir^[3]. Hem Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ulusal üstü yargı kurumlarının her iki hukuk sistemi üzerindeki etkisi hem de bu iki hukuk sistemi arasındaki etkileşim sonucu idari rejim-adli idare sistemi arasındaki belirgin farklılıklar yavaş yavaş ortadan kalkmaktadır. Bu yakınlaşmanın bir sonucu olarak, idari rejimi ve adli idare sistemini kabul etmiş ülkelerin bazı idare hukuku ilke ve prensiplerini diğerinden alarak kendi sistemine entegre ettiği görülmektedir. Örneğin İngiliz hukuk sisteminde çok daha köklü tartışmalara ve çok daha kapsamlı yargı kararlarına konu olan haklı beklentilerin korunması ilkesi, Kara Avrupası hukuk sistemine sahip ülkeler tarafından alınmış ve kendi

[1] Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Adalet, 2013, s.9.

[2] Yahya Kazım Zabunoğlu “*İngiltere’de İdare Hukuku*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1961, Cilt 18, Sayı 1-4, s. 373-411. Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku** Cilt 2, Ankara, Yetkin, 2012, s.102.

[3] Engin Saygın, “*Adli İdare Sistemi-İdari Rejim Ayrımı ve Uyuşmazlık Mahkemesinin İdari Rejimde Yeri*”, Ankara, Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu, Uyuşmazlık Mahkemesi, 2016, s.91.

sistemlerine entegre edilmiştir^[4]. Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ülkelerde çok daha köklü tartışmalara ve çok daha kapsamlı yargı kararlarına konu olan ölçülülük ilkesi de İngiliz hukuk sistemi tarafından alınmıştır.

Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ve idari rejimi benimsemiş ülkemiz ile Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip ve adli idare sistemini benimsenmiş İngiltere arasında bu çalışmamızın konusu olan ölçülülük ilkesinin karşılaştırmalı bir metot ile analizinin mümkün olup olmadığı haklı olarak sorgulanabilir. Kanaatimizce Türk ve İngiliz hukukunda ölçülülük ilkesini karşılaştırmalı metot ile ele alan bir çalışma zor olmakla birlikte mümkündür^[5]. Böyle bir analiz zordur çünkü her iki idare hukukunun birbirinden farklı ve kendine özgü kavram ve kurumları bulunmaktadır. Örneğin, ülkemizde idari işlemlerin yargısal denetiminde en etkili yöntem bu işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davalarıdır. İngiltere’de ise idarenin yargısal denetimi *pregrative orders* adı verilen iptal emri (*certiorari*), yasaklayıcı emir (*prohibition*) ve zorlayıcı emir (*mandamus*) yöntemleri ile yapılmaktadır^[6]. İngiliz mahkemeleri bu yöntemlerde yasa dışılık (*illegality*), makul olmama (*unreasonableness*) ve usule aykırılık (*procedural impropriety*) unsurları üzerinden denetim yapmaktadır^[7]. Bu kavramsal ve kurumsal farklılığa rağmen ölçülülük ilkesi bağlamında Türk ve İngiliz idare hukuku arasında karşılaştırmalı metot ile bir analizin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Öncelikle “bir karşılaştırmalı hukuk araştırmasında araştırmaya ulusal hukuka ilişkin bir hukuk normundan, bir konuya ilişkin normlar bütününden veya bir hukuk kurumundan ya da

[4] Engin Saygın, “*Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımları Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 126, Eylül-Ekim 2016, s.211.

[5] Bu çalışmamızda karşılaştırmalı hukukun bir metot mu, yoksa kendine özgü metotları olan bağımsız bir hukuk disiplini mi olduğu tartışmasına girmeksizin karşılaştırmalı metot kavramını, “*belli bir hukuk kurumunun tarihsel gelişimi, yapısı ve işlevini açıklamak veya belli bir hukuk kurumunun, çeşitli tarihi hukuk düzenleri içerisindeki karşılıklı ilişkilerini belirlemek için, tarihsel metot ile birlikte kullanım*” olarak kabul etmekteyiz. Bu konuda bkz. Arzu Oğuz, “*Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 451-508.

[6] Zehreddin Aslan, “*İngiliz Hukukunda İdarenin Yargısal Denetimi ve Bu Denetim Sonucunda Verilen Kararların Niteliği*”, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 10 (Ocak 1995); s. 21 vd. Bkz. Yücel Oğurlu, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Ankara, Seçkin, 2002, s.199-200.

[7] Peter Leyland & Gordon Anthony, **Administrative Law**, Oxford, Oxford University Press, 2005, s.262-403. Yargıç Diplock, bu üç dayanak yanında ölçülülük ilkesinin de dördüncü dayanak olarak önerilebileceğini ifade etmiştir (*CCSU v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 410).

sadece o ulusal hukuka özgü bir hukuk alanından yola çıkılarak, yabancı hukuk sisteminde o hukuk normlarına, normlar bütününe, hukuk kurumlarına veya hukuk alanına eş unsurlar aranarak başlanma” dîğini not etmeliyiz^[8]. Karşılaştırmalı hukuk araştırmasında bunun yerine, “hayata ilişkin somut bir vakıa veya somut bir hukukî problem ele alınır ve bu vakıa veya hukukî problem için çeşitli hukuk düzenlerinde nasıl bir çözüm getirildiği araştırma konusu yapılır. Bu şekilde başlanılan bir araştırmada, aynı hukuk çevresi içerisinde değişik hukuk sistemlerinde incelenen sorunun çözümü için, benzer ya da ortak hukukî kurumlar geliştirilmiş olduğu görülür. Ancak değişik hukuk çevreleri arasında yapılan bir inceleme, somut hukukî problemin farklı nitelikte hukukî kurumlar aracılığı ile çözüldüğünü, ancak maddî çözümün, bu farklılığa rağmen, teknik-hukukî yapı içerisinde ortak ya da çok benzer olduğunu gösterir”^[9]. Örneğın, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde (Fransa, Türkiye) idari işlemlerin yargısal denetiminde en çok kullanılan yöntem olan iptal davası ile Anglo-Sakson hukukunda ise, “ultra vires” ilkesi adı verilen kurum ile güvence altına alınmıştır^[10].

Çalışmamız açısından Türk ve İngiliz idare hukukunda ölçülülük ilkesinin karşılaştırmalı metot ile bir analiz mümkün olmasının diğer bir nedeni, Anglo-Sakson hukuk sisteminin en önemli özelliği içtihadî nitelikte olmasıdır, bir başka ifade ile, içtihadın hukukun asli kaynakları arasında yer almasıdır. Bu nedenle ölçülülük ilkesinin İngiltere’de mahkeme kararlarında ortaya çıkması ve gelişmesi son derece doğaldır. Kıta Avrupası hukuk sisteminin başlıca özelliği ise içtihadî nitelikte olmamasıdır, bir başka ifade ile, içtihadın hukukun ancak yardımcı kaynağı olmasıdır. Buna rağmen Kıta Avrupası hukuk sisteminde idare hukuku içtihadî nitelikte bir hukuk dalıdır. Bu sebeple idare hukukunda pek çok ilke mevzuat kaynaklı değil, içtihat kaynaklıdır. Ülkemizde Anayasa hukuku açısından ölçülülük ilkesinin dayanağı 2001 yılına kadar Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarıdır^[11].

[8] Arzu Oğuz, “*Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 486-487.

[9] Arzu Oğuz, “*Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu*”, s. 486-487.

[10] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2016, s. 94.

[11] 2001 yılı öncesi ölçülülük ilkesinin kanunların anayasa uygunluğunun denetiminde bir ölçü norm olarak kullanılıp kullanılamayacağı noktasında tartışma mevcut idi. Ölçülülük ilkesinin kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde bir ölçü norm olarak kullanılabileceği Celal Erkut tarafından savunulur iken (**Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunun Genel Prensipleri Teorisi**, İstanbul, Kavram, 1996, s.117) Metin

Son olarak, ölçölülük ilkesinin kapsamı diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde ve İngiltere’de Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ulus üstü yargı organlarının içtihatları ile gelişmiştir^[12]. Bu üç özellik, iki farklı idare hukuku sistemini benimsemiş ülkemiz ve İngiltere açısından güncel mahkeme kararları ışığında karşılaştırmalı bir analiz yapabilmeyi mümkün kılmaktadır.

İdari rejim ile adli idare sistemi arasındaki etkileşim ve yakınlaşmaya rağmen sınırlı sayıdaki çalışmanın Türk ve İngiliz idare hukuku meselelerini karşılaştırmalı olarak incelediği görülmektedir. Bu alandaki öncü eser, İngiltere’nin İnsan Hakları Kanunu’nu 1998 tarihinde (*Human Rights Act 1998*) kabul etmesinden iki yıl sonra, Yücel Oğurlu’nun yazmış olduğu “*İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçölülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme*” başlıklı makaledir^[13]. Bu çalışmamızda aradan geçen yirmi yıla yakın zaman içerisinde Türk ve İngiliz idare hukukunda ölçölülük ilkesinin rolünde bir değişiklik olup olmadığını güncel yargı kararları ile karşılaştırmalı olarak ele almayı amaçlamaktayız. Ölçölülük ilkesine yönelik Türk ve İngiliz idare hukuku yaklaşımını güncel mahkeme kararları ışığı altında karşılaştırmalı bir metot ile açıklamayı amaçlayan bu çalışmanın ilk bölümünde Kıta Avrupa ve Anglo-Sakson idare hukuku sistemleri üzerindeki etkisi nedeniyle kısaca Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi açısından ölçölülük ilkesinin tanımı ele alınacaktır. İkinci bölümde, Türk ve İngiliz idare hukuku açısından ölçü ve ölçölülük kavramlarının tanımı yapılacaktır. Bu bölümde hem Türk hem de İngiliz hukukunda ölçölülük ilkesinin unsurlarına ayrı ayrı değerlendirilecektir. Üçüncü bölümde İngiliz yargı kararlarında ölçölülük ilkesinin nasıl yorumlandığı açıklanacaktır. Bu bölümde 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu öncesinde ve sonrasında özellikle insan hakları bağlamında ölçölülük ilkesinin yargı kararlarında kullanımı ayrı ayrı incelenecektir. Dördüncü bölümde ise Türk idari yargısının ölçölülük kavramına yaklaşımı, güncel Danıştay kararına yer vermek suretiyle açıklanacaktır.

Yüksel bu ilkenin içtihat olacak kadar güçlü kullanılmadığını savunmuştur (**Ölçölülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002, s.288).

[12] Christian Rumpf, “*Ölçölülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği*”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg10/crumpf.pdf, erişim tarihi: 27.07.2016. Stephen H. Bailey, Brain L. Jones, Alastair R. Mowbray, **Cases and Materials on Administrative Law**, London, Sweet & Maxwell, 1992, s.437.

[13] Yücel Oğurlu, “*İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçölülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme*”, AÜEHFD, Cilt IV, Sayı 1-2, 2000, s. 147-180. Bu çalışmadan iki yıl sonra yazar, “**Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçölülük İlkesi**” isimli eserini yayınlamıştır.

1. Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Açısından Ölçülülük İlkesinin Tanımı

Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinin, ulusal üstü örgütlerin ve yargı organlarının kararlarından etkilenmek suretiyle aynı ilkeleri kullanmaya başladığı yukarıda ifade edilmişti. Bu anlamda ölçülülük ilkesinin bu kurumlar tarafından nasıl tanımlandığı da önem arz etmektedir.

Hukukun genel ilkeleri, tabiatları, konuları ve felsefi yönleriyle aralarında yakın ilişkiler bulunan kurallar topluluğunu açıklayıcı, düzenleyici ve sistematikleştirici ilkeleri olarak tanımlanmakta^[14] ve hem Kıta Avrupası hukuk sisteminde hem de Anglo-Sakson hukuk sisteminde hukukun kaynağı olarak kurallar kademesindeki yerini almaktadır^[15].

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından kabul edilen hukukun genel ilkeleri şunlardır^[16];

- a) Eşitlik
- b) Hukuki kesinlik ve hükümlerin geriye etkili olmaması
- c) Ölçülülük / Orantılılık
- d) Hukuki güvenlik
- e) Temel insan hakları

Hem ülkemizin hem de İngiltere'nin üyesi olduğu Avrupa Konseyi'nin, idarenin takdir yetkisinin kullanımı için hazırlanmış olduğu tavsiyede, kamu idaresinin işlemlerinin bireylerin hakları, özgürlükleri ve menfaatleri üzerindeki herhangi bir olumsuz etkisi ile bu işlemlerin ulaşmak istediği amaç arasında adil bir denge kurmak zorunda olduğu ifade edilmiştir^[17]. Ölçülülük ilkesinin Avrupa Konseyi bağlamındaki anlamı dava konusu işlemin varılmak istenen

[14] İbrahim Ö. Kaboğlu, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)" Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, Sayı 60, 1991, s.291-292.

[15] İbrahim Ö. Kaboğlu, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)", s.293.

[16] Enver Bozkurt, Mehmet Özcan ve Arif Köktaş, **Avrupa Birliği Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2012, s.191-193.

[17] Council of Europe Recommendation No R (80) 2. (Onur Karahanogulları, İdari Takdir Yetkisinin Kullanımına İlişkin R (80) 2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, AÜHFD, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996, ss.323-337.) Bkz. The Administration and You: Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons, Strasbourg, Council of Europe, 1996.

amaca uygun ve bu amaç için gerekli olup olmadığı testini ve bireye aşırı bir yük getirmemesini kapsamaktadır^[18].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve ek protokollerde ise ölçülülük kelimesi açık olarak kullanılmamış olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Sözleşme'de tanınan temel haklardan türetmek suretiyle tüm hak ve özgürlükler için bir denetim kriteri olarak kabul edilmiştir^[19].

2. Ölçü Kavramı ile Ölçülülük İlkesinin Türk ve İngiliz İdare Hukuklarındaki Unsurları

İngilizce “*proportion*” ve “*proportionality*” kavramları, dilimize ölçü ve ölçülülük olarak çevrilmektedir. Türk Dil Kurumu “ölçü” kavramını, “*Bir niceliği, o nicelik için kabul edilmiş birimlerden birine göre oranlayarak değerlendirmeye, mizan*” şeklinde tanımlamaktadır^[20]. İngilizce-Türkçe sözlüklerde oran olarak çevrilen “*proportion*” kavramı ise *Cambridge International Dictionary of English* tarafından “*Oran diğer bir şeyle kıyaslandığında sıklıkla bir şeyin rakamı, miktarı ya da seviyesidir*” olarak tanımlanmaktadır^[21]. Görüldüğü üzere, her iki dilde de ölçü diğer bir değerle orantılama veya kıyaslama sonucu elde edilmiş bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ülkemizde ölçülülük kavramı ilk olarak anayasa hukuku bağlamında ele alınmıştır ve bu alana ilişkin en eski tanım Sağlam'a aittir. Sağlam ölçülülüğü, “*Somut bir temel hak sınırlamasının amacı ile sınırlama önlemi arasında ilişkinin denetlenmesini, hukuk devletinin gerektirdiği rasyonel esaslara bağlayarak, keyfi sınırlamaları önleyici bir fonksiyon yerine getirmek*” şeklinde betimlemektedir^[22]. Sağlam'ın bu betiminde orantılanan veya kıyaslanan değerler, bir temel hakkın sınırlandırılmasındaki amaç ile sınırlama önlemidir. Ülkemizde ölçülülük ilkesi öncelikle anayasa hukukçuları tarafından ele alındığı için bu ilkenin öncelikli muhatabının yasama organı olduğu belirtilmişse de Tanör'e göre ölçülülük

[18] Paul Craig, Grainne de Burca, **EU Law: Text, Cases and Materials**, Oxford, Oxford University Press, 1998, s. 350.

[19] Metin Yüksel, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, s.80-81.

[20] <http://www.tdk.gov.tr>, erişim tarihi: 08.06.2016.

[21] “*A proportion is often the number, amount or level of one thing when compared to another*”, Cambridge International Dictionary of Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

[22] Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, Ankara, AÜSBF Yayını, 1982, s.128.

ilkesinin muhatabı sadece yasama organı değildir^[23]. Bu ilkeye bireyin günlük yaşamda sürekli karşısına çıkan idarenin de uyması ve idarenin tüm faaliyetlerinde bu ilkenin egemen olması gerekmektedir^[24].

Bu açıdan idare hukuku bağlamında ölçülülük ilkesi, “*idarenin davranış ve hareketlerinde kullandığı imkan, araç ve ölçülerin, bu davranışı elde etmek istediği sonuçlara uyarlanması*” nı^[25] ifade etmektedir. İdarenin özellikle kolluk hizmetini gerçekleştirirken temel hak ve özgürlüklere çok daha fazla müdahalede bulunması olasılığı karşısında özellikle kolluk, disiplin hukuku ile idarenin takdir yetkisini kullanarak hareket ettiği konularda ölçülülük ilkesinin idare hukukunda ön plana çıktığı not edilmelidir.

2.1. Türk Hukukunda Ölçülülük İlkesinin Unsurları

Ölçülülük ilkesinin üç unsurunun bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararlarında ve öğretide olduğu gibi 2001 Anayasa değişikliği sırasındaki görüşmelerde de ifade edilmiştir.^[26] Bu unsurlar şunlardır: Elverişlilik, Gereklilik ve Orantılılık.

2.1.1 Elverişlilik

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde 1963 tarihli ve 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 1970 yılında değiştirilmiş hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddiasına konu olan davada elverişlilik unsurunu açık bir biçimde kullanmıştır.^[27] Sözü edilen değişiklikte diğer düzenlemelerin yanı sıra, (a) bir işçi sendikasının Türkiye çapında çalışabilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü temsil etmesi; (b) işçi federasyonlarının kurulabilmesi için aynı işkolunda kurulmuş sendikalardan en az ikisinin bir araya gelmeleri ve o işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü temsil

[23] Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3.Baskı, İstanbul, BOS Yayınları, 1994, s. 168.

[24] Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s.168.

[25] Michel Guibal, “*De La Proportionalite*”, AJDA, 1978, s.479 (Aktaran: Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, s.108).

[26] Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 23.6.1989, Esas No: 1988/50, Karar No: 1989/ 27, Öğreti için bkz. Ahmet İyimaya “ölçülülük de mutlak şekilde araç-amaç dengesi, elverişlilik ve gereklilik koşullarını taşımali” şeklinde ölçülülük ilkesinin unsurlarını değişiklik üzerine yapılan görüşmelerde ifade etmiştir. TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ, 21. Dönem 70. Cilt 132. Birleşim–Sayfa 89.

[27] 1317 sayılı “274 sayılı Sendikalar Kanunu'nun Bazı maddelerinin Değiştirilmesi ve 31'inci Maddesine Bir Bent ile Bu Kanuna 3 Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun” un 1'inci maddesiyle değiştirilmiştir.

etmeleri gerektiği, (c) işçi konfederasyonlarının kurulabilmesi için (a) ve (b) fıkralarına göre sendika ye federasyonlardan en az 1/3 ünün ve Türkiye'deki sendikalı işçilerin en az 1/3 ünün üye olarak bir araya gelmelerinin zorunlu olduğu kurala bağlanmıştır.

Anılan bu düzenlemelerde belli işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü üye olarak kendisinde toplamış bulunmayan bir işkolu işçi sendikasının Türkiye çapında çalışmalar yapabilmesi yasaklandığı için bu düzenlemede öngörülen 1/3 sınırlandırmalarının, sendika ve sendika birlikleri kurma özgürlüğünün özüne dokunduğu, onun için de Anayasa'ya aykırı buldukları ve bu bakımdan iptalleri gerektiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi'ne göre “Türkiye çapında çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi, işyeri sendikalarının ya da belli kentlerde veya bölgelerde iş kolu sendikalarının kurulmasını ve böylelikle bu sınırlama ile önlenmek istenen sendika sayısındaki şişkinliğin ve birçok güçsüz sendikaların ortaya çıkmasının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Demek ki yasa kuralı ile varılmak istenen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir. Bu da kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığını göstermektedir.”^[28] Bu anlamda elverişlilik varılmak istenen amaca uygun, amaca ulaşmayı mümkün kılan aracın kullanılıyor olmasını ifade etmektedir.

2.1.2 Gereklilik

Anayasa hukuku bağlamında gereklilik, amaca ulaşmayı sağlayacak birden çok araç içinden bir hakkı en az sınırlayacak olanın, bireye ve kamuya en az yük getirecek olanın seçilmesini öngören hususa denilmektedir.^[29] Sağlam ise sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından “en yumuşak aracın seçilmesi” gereklik unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.^[30] İdare hukuku açısından gereklik daha ziyade temel hak ve özgürlüklere daha çok müdahale eden kolluk işlemlerinde alınacak tedbirler arasında temel hak ve özgürlüğe en az müdahale eden olarak tanımlanabilir.

2.1.3 Orantılılık

Danıştay kararlarında ölçülülük ilkesine yer verdiği gibi “adil denge”, “makul ölçü”, “nispet”, “fiil ile ceza arasında uyum”, “yapılan idari ihlal ile uygulanan ceza arasında bir denge ve orantı bulunması” gerektiği ifadeleriyle ölçülülük ilkesini

[28] Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 9.2.1972, Esas No: 1970/48, Karar No: 1972/3.

[29] Metin Yüksel, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, s.30;

[30] Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, s.115.

daha da ziyade ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuru kasıt edilmektedir. Bu anlamda orantılılık unsuru ile kast edilen amaç ile kullanılan araç arasındaki denge olarak ifade edilebilir.

2.2 İngiliz Hukukunda Ölçülülük İlkesinin Unsurları

İngiliz hukukunda ise ölçülülük ilkesi, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun kabul edilmesinin ardından Yargıç Clyde'in *Freitas* kararı ile kullanılmaya başlanmıştır^[31]. *Freitas* davasında İngiltere Yüksek Mahkemesi (*Privy Council*), dava konusu işlemin ulaşılmak istenen amaç için yeterli olup olmadığı, denetim konusu olan kural ya da kararın amaçla mantıksal bir bağının bulunup bulunmadığı ve kabul edilen yöntemlerin bu amaca ulaşmak için gereğinden fazla olup olmadığı gibi üç aşamalı bir test geliştirmiştir^[32]. *Halsbury's Law of England* adlı eser bu üç aşamalı testi kullanmak suretiyle ölçülülük ilkesini şu şekilde tanımlamıştır: “Ulaşılmak istenen amaç ile bu amaç için kullanılan yöntem arasında mantıksal bir bağın olmadığı durumlarda ya da idari makamlar veya alt mahkemeler tarafından verilen cezaların ilgili kusurlu davranış için tamamen orantısız olduğu hallerde mahkemelerin idarenin takdir yetkisinin kullanımını iptal etmesidir”^[33]. Wade ve Forsyth'e göre ise ölçülülük, “idari tedbirlerin, amaçlanan sonuca ulaşma gereğinden daha sert olmamasıdır”^[34]. Burca'ya göre ise ölçülülük testi açıkça “bir önlemin belli amaçlarının açık ifadesinin ve net ağırlığının başvuruçunun korumak istendiği bir hak ya da menfaat üzerindeki etkisi” olarak tanımlanmıştır^[35].

2014 tarihli *Kennedy v Charity Commission* kararında ise mahkeme, ölçülülük kavramının avantajının üç unsura dikkat çekmesi olarak değerlendirmiştir ve bu unsurları *suitability or appropriateness* (elverişlilik), *necessity* (gereklilik) ve *the*

[31] *De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Land and Housing* [1999] 1 A.C. 69.

[32] Julian Rivers, “*Proportionality and Variable Intensity of Review*”, Cambridge Law Journal, Volume 65, Issue 01, March 2006, s.177.

[33] Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 1(1), 1989 (Aktaran Stephen H. Bailey, **Cases, Materials Commentary on Administrative Law**, London, Sweet & Maxwell, 2005, s.629.

[34] William Wade ve Chistopher Forsyth, **Administrative Law**, 10th ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 305.

[35] Grainne de Burca, “Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: the Influence of European Legal Concepts on UK Law”, M Andenas (ed), **English Public Law and the Common Law of Europe** (London, Key Haven, 1998), s. 55 (aktaran Nicholas Bamforth ve Peter Leyland, **Public Law in a Multi-Layered Constitution**, Oxford, Hart Publishing, 2003, s.299.

balance or imbalance of benefits and disadvantages (fayda ve zararları arasındaki orantılılık)^[36]. İngiliz literatüründe de ölçülülük ilkesinin unsurları aynı şekilde (sırasıyla *suitability, necessity ve fair balance*) sınıflandırılmıştır.^[37]

2.2.1. Elverişlilik

Ölçülülük ilkesinin elverişlilik unsurun İngiliz yargı kararlarında “*suitability or appropriateness* (elverişlilik)” olarak adlandırıldığı görülmektedir. Örneğin *Secretary of State for the Home Department v Akaeke* kararında^[38], Temyiz Mahkemesi İngiltere’ye kaçak olarak giren ve bir İngiliz vatandaşı ile evlenen Nijeryalı bir kadının İngiltere’den sınır dışı edilmesine izin veren kararı iptal etmiştir. İçişleri Bakanlığınca Nijeryalı kadının kocası ile birlikte İngiltere’de yaşaması için önce Nijerya’ya dönmesi ve oradan vize başvurusunu yapması gerektiğini ileri sürmüştür. Bakanlığa göre bu uygulama benzer durumda olanların İngiltere’ye kaçak girmelerini engelleyecek tedbir niteliğindedir. Ancak kadının İçişleri Bakanlığına yapmış olduğu müracaat üzerinden uzun bir süre geçmiştir. Mahkeme vize süresinin çok zahmetli olduğuna ve bu nedenle kendi ülkelerinde vize alma ihtiyacına gerek duymaksızın bu yolu denemeyi göze almalarına vurgu yapmıştır. Bu nedenle Mahkeme gerçekten İçişleri Bakanlığının uyguladığı tedbirin amaca ulaşmaya elverişli olup olmadığına tereddütle yaklaşmıştır.

2.2.2. Gereklilik

Ölçülülük ilkesinin gereklik unsuru İngiltere’de genellikle “*minimal impairment* (asgari zarar)” olarak adlandırılmaktadır^[39]. Ölçülülük ilkesinin bu unsur, mahkemenin kamu yararı ilkesini gerçekleştiren fakat bu önlemden etkilenen hakkı daha az sınırlayan başka bir yol olup olmadığına bakması anlamına gelmektedir. Bu durumda kamu yararı için hangi yolun seçildiği önem taşımamaktadır çünkü her iki yol da kamu yararını gerçekleştirebilir. Burada önemli olan seçilen yoldur çünkü her iki yoldan biri hak üzerinde daha ağır sonuçlar

[36] *Kennedy v Charity Commission* [2014] UKSC 20, [2014] All ER (D) 240 (Mar), Aktaran Mark Elliott, Jason N. H. Varuhas, **Administrative Law**, Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 312.

[37] Julian Rivers, “*Proportionality and Variable Intensity of Review*”, s.181.

[38] [2005] EWCA Civ 947.

[39] Alan D. P. Bradley, **Proportionality and Deference under the UK Human Right Act: An Institutionally Sensitive Approach**, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 225.

doğururken diğeri böyle bir sonuç doğurmaz^[40]. Bu nedenle Alexy bu unsura “*factual optimisation* (fili/olgusal en iyileştirme)” demektedir^[41].

2.2.3. Orantılılık

Ölçülülük ilkesinin son unsuru olan orantılılık unsuru İngiltere’de “*fair balance* (adil denge)” olarak adlandırılmaktadır ve bu unsur bireyin bir hakkı ile toplumsal ihtiyaçlar arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir^[42]. Yukarıda açıkladığımız gereklilik unsuru karar alıcı için daha az sınırlayıcı bir yol olup olmadığını değerlendirir ve bu yönüyle maddi olaya yönelik iken orantılılık unsuru adil bir dengenin kurulup kurulmadığını değerlendirir ve bu yönüyle daha normatiftir^[43].

3. İngiliz Yargı Kararlarında Ölçülülük İlkesi

Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının etkisi ile ölçülülük ilkesinin İngiliz idare hukukunda daha fazla kullanıldığı genel kabul gören bir anlayıştır^[44]. Ancak İngiltere’de ölçülülük ilkesine benzeyen ve çok daha uzun süredir uygulanan başka bir ilke mevcut idi: *Wednesbury unreasonableness*^[45]. Bu nedenle önce İngiliz idare hukukunda *Wednesbury* testi ile ölçülülük ilkesi arasındaki farkların ortaya konulması gerekmektedir. Bu fark daha ziyade 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu’nun kabul edilmesinden sonra karşımıza çıktığı not etmeliyiz. Ölçülülük ilkesi insan haklarını ilgilendiren davalarda, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu bağlamında ve Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde kullanılmıştır^[46]. Bu nedenle bu bölümü 1998 tarihli

[40] Alan D. P. Bradley, **Proportionality and Deference under the UK Human Right Act: An Institutionally Sensitive Approach**, s. 226.

[41] Robert Alexy, “*Constitutional Rights, Balancing and Rationality*”, 16 Ratio Juris 131, 2003, s. 135.

[42] Bkz. *Samaroo v Secretary of State for the Home Department* [2001] EWCA Civ 1139; and *Huang v Secretary of State for the Home Department*[2007] UKHL 11; [2007] 2 WLR 581

[43] Robert Alexy, “*Constitutional Rights, Balancing and Rationality*”, s. 136.

[44] Martina Künnenecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, Berlin, Springer, , 2007, s. 76.

[45] Dilimize “*Wednesbury makuliyeti*” veya “*Wednesbury makul olmama doktrini*” olarak çevrilen bu kavram, çalışmamızda kısaca “*Wendesbury testi*” olarak kullanılacaktır.

[46] Martina Künnenecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, s. 101. *Hone v. Maze Prison Visitors* [1988] 1 All ER 321, 327–9; *Tesco Stores v. Secretary of State for the Environment* [1994] ; *R. v. Chief Constable North Wales Police ex parte AB* [1998].

İnsan Hakları Kanunu'ndan önce ve sonra ölçülülük ilkesi olmak üzere ikiye ayırmaktayız.

Yukarıda 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun kabul edilmesine kadar ölçülülük ilkesinin insan haklarını ilgilendiren konularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerel mahkemeler tarafından yorumlanması şeklinde kullanıldığını ifade etmiştik. Bu noktada İngiltere'nin milletlerarası sözleşmelerin iç hukuka etkisi bakımından düalist sistemi kabul ettiğini not edilmelidir. Bu sistemde milletlerarası hukuk ile iç hukuk iki ayrı hukuk sistemidir ve milletlerarası sözleşmeler imzalanmaları ile birlikte doğrudan iç hukukun bir parçası haline gelmezler. Milletlerarası sözleşmelerin iç hukuka doğrudan etki edebilmesi ancak onlara yapılacak bir gönderme (atıf) veya onları iç hukuka aktarma (iktibas) yapılması ile mümkündür^[47]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından bakılacak olursa, İngiltere'nin sözleşmeyi imzalayan ilk 10 ülke arasında olduğu görülmektedir bu sözleşme yürürlük tarihi olan 3 Eylül 1953 tarihinden itibaren İngiltere açısından bağlayıcıdır. Ancak bu bağlayıcılık uluslararası hukuk açısından değildir ve daha ziyade dış bir yükümlülük olarak görülmektedir. 1966 yılında ise İngiltere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini tanımış ve bireysel başvurusunu yolunu kabul etmiştir. Bu nedenle İngiltere'de ölçülülük ilkesi bu tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İngiltere aleyhine verilen kararların iç hukuk açısından yorumlanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

3.1. 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'ndan Önce Ölçülülük İlkesi

1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'na kadar İngiliz mahkemelerinin idareye takdir yetkisi verilen durumlarda bu yetkiyi kullanarak aldığı kararları siyasi mesele olarak gördüğü ve bu meselelere çok fazla müdahil olmama arzusu ile ölçülülük ilkesine karşı mesafeli durduğu ifade edilebilir^[48]. Bu nedenle ölçülülük ilkesi daha ziyade Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde İngiltere aleyhine yapılan şikayetlerde kullanılmıştır. Bu davalar vesilesi ile İngiliz hukukunda

[47] Enver Bozkurt, M. Akif, Kütükçü, Yasin Poyraz, **Devletler Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2012, s. 41.

[48] John Alder, **General Principles of Constitutional and Administrative Law**, London, Palgrave Macmillan, 2002, s.386. Bkz. Hone v. Maze Prison Visitors [1988] 1 All ER 321 at 327-9; Brind v. Secretary of State for the Home Department (1991); Tesco Stores v. Secretary of State for the Environment (1994); R. v. Chief Constable North Wales Police ex parte AB (1998)

ölçülülük ilkesi ilgi çekmeye başlamıştır. Bu kararlardan en önemlileri *Sunday Times*^[49] ve *Dudgeon*^[50] kararlarıdır.

1979 tarihli *Sunday Times* olayında 1958-1961 tarihleri arasında ruhsatlı olarak üretilmiş ve pazarlanmış bir ilaç, hamile kadınlar üzerinde olumsuz etkilerinin anlaşılması üzerine piyasadan çekilmiştir. 1962-1966 yılları arasında bu ilacı kullanan kişilerin üretici firmaya yapmış oldukları tazminat talepleri öncelikle reddedilmiş ve sonrasında 1973 yılına kadar sürecek ve değişik konuları kapsayacak bir yargı süreci başlamıştır. *Sunday Times* gazetesi bu olayı en başından itibaren haber yapmaya başlamış ve yargı sürecinin başlaması ile İngiliz hukuk sistemini eleştiren bir makale yayınlamıştır. Gazete ayrıca yakında yayınlayacağı bir başka makalede olayı daha da detaylı ele alacağını duyurmuştur. Başsavcılık da yayınlanacak bu yeni makalenin mahkemeye saygısızlık olacağı iddiasıyla bu makalenin yayınlanmasını yasaklayan bir tedbir kararı verilmesi için mahkemeye müracaat etmiş ve bu başvuru kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararda yargılama sürecinin tarafsızlığını sağlamak için getirilen yayın yasağını ölçsüz bulmuştur:

“Mahkeme, davanın bütün koşullarını göz önünde tutarak ve yukarıda 65. paragrafta tanımlanan yaklaşıma dayanarak^[51]; şikâyet edilen müdahalenin Sözleşme'deki ifade özgürlüğünün kamu yararına daha ağır basan yeterli bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği sonucuna varmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, başvurucular hakkında verilen yasak için gösterilen gerekçeleri, 10(2). fıkrasına göre yeterli bulmamaktadır. **Bu yasağın, aranan meşru amaçla orantılı olmadığı ortaya çıkmaktadır; bu yasak yargı erkinin otoritesini sürdürmek için demokratik bir toplumda gerekli değildir**”^[52].

[49] *Sunday Times v. The United Kingdom*, Application No. 6538/74, 29.4.1979, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584> Kararın Türkçe çevirisi için Osman Doğru- Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt:2, Ankara, Yüksek Yargı Kurumlarını Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirmesi Ortak Projesi, 2012, s.256-278.

[50] *Dudgeon v. The United Kingdom*, Application No. 7525/76 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57472> Kararın Türkçe çevirisi için Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=48>, erişim tarihi: 18.04.2016.

[51] 65. Paragrafta hükümet söz konusu somut olayda kamu yararının iki ayrı değerdeki ölçüsüne vurgu yapmaktadır. Şöyle ki, hükümete göre, esas mesele ifade özgürlüğündeki kamu yararı ile adaletin tam olarak dağıtımındaki kamu yararı arasındaki adil bir denge kurabilmektir.

[52] *Sunday Times v. The United Kingdom*, Application No. 6538/74, 29.4.1979, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584> Kararın Türkçe çevirisi için Osman Doğru- Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt:2, Ankara, Yüksek

1981 tarihli *Dudgeon* olayında polis; bir homoseksüel olan *Dudgeon*'un evinde 1976 yılında uyuşturucu ile mücadele kapsamında yaptığı bir araştırmada *Dudgeon*'un eşcinsel olduğunu gösteren günlük ve yazışmalar bulmuştur. Yetişkin erkeklerin kendi rızaları ile gerçekleştirdikleri bazı homoseksüel eylemlerin Kuzey İrlanda'da suç olması sebebiyle kendisi sorguya alınmış, soruşturma açılması için dosyasını savcılığa göndermiştir ancak savcılık soruşturma açılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararda daha eski tarihli kararlarına atıf yapmak suretiyle ölçülülük ilkesine vurgu yapmıştır:

“Mahkeme, daha 1976'da verdiği *Handyside* kararında, **ahlakın korunmasının, çeşitli tedbirler alınmasını gerektirip gerektirmediğini araştırırken, “bu bağlamda ‘gereklilik’ kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısı üzerinde gerçekçi bir değerlendirme” yapmak zorunda olduğunu belirtmiş ve “bu alanda getirilecek her ‘kısıtlama’nın, izlenen amaçla orantılı olması gerektiğini** söylemiştir. Mahkeme bu yaklaşımını *Dudgeon* kararında teyit etmiştir”^[53].

Aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İngiltere aleyhine vermiş olduğu benzer ihlal kararlarından önce de ölçülülük ilkesinin İngiliz hukuk sisteminde kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda en önemli karar *Barnsley MBC ex p Hook* kararıdır^[54]. Bu davada yerel otorite bir marketin lisansını, market sahibinin marketi kapattıktan sonra sokağa idrarını yaptığı ve bir belediye çalışanı ile kavga ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir. Her ne kadar temyiz aşamasında lisansın iptali kararı kaldırılmış olsa da Yargıç Denning mahkemenin eğer ceza aşırı ve somut olayla orantısız ise, konunun mahkeme tarafından ele alınması gerektiğine hükmeden eski tarihli kararlarına atıf yapmıştır. Yargıç Denning'e göre market sahibinin geçimini sağlamaktan alıkonulması sonucunu doğuracak bir ceza doğru olmazdı ve bu nedenle lisansın iptali cezası kaldırılmalıydı.^[55] 1983 tarihli *R v. Goldsmith* kararında Yargıç Diplock ise ölçülülük ilkesini,

Yargı Kurumlarını Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirmesi Ortak Projesi, 2012, s.277.

[53] Osman Doğru ve Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, s. 88.

[54] *Barnsley MBC ex p Hook* [1976] 1 WLR 1052, 1057.

[55] Bu kararda Yargıç Denning kendisinin *R v Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex p Shaw* [1951] 1 KB 338 kararındaki değerlendirmesine referans göstermeksizin atıf yapmıştır. Tom Hickman, **Public Law after the Human Rights Act**, Oxford, Hart Publishing, 2010, s.284.

“fındık kıracağıının yapabileceği bir işin buharlı şahmerdan^[56] ile yapılmasının yasaklanması” olarak ifade etmiştir^[57].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İngiltere aleyhine yapılan şikayetlerde kullanmış olduğu ölçülülük ilkesi, İngiltere’de önce farklı bir tartışmaya neden olmuştur. Bu tartışmada uzun süredir İngiltere’de uygulanan *Wednesbury* testi ile ölçülülük ilkesi arasında bir fark olup olmadığı; *Wednesbury* testi ile ölçülülük ilkesi arasındaki ilişkinin türü ve özellikle Avrupa hukukuna ait olan bu ilkenin İngiliz hukukuna başarı ile entegre edilip edilemeyeceği hususlarında odaklanmıştır^[58].

1948 tarihli *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* kararında^[59] bir sinema sahibi 1932 tarihli Pazar Eğlencesi Kanunu’na (*Sunday Entertainment Act 1932*) göre, pazar günleri gösterim yapabilmek için yerel otoriteye müracaat etmiş ancak yerel otorite tarafından lisans verilmesi için konulan şartın hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Bu şart, gösterimde yetişkin biri yanında olsun ya da olmasın 15 yaşının altındakilerin sinemaya kabul edilmeyecekleri şeklinde idi. Bu davada ortaya çıkan *Wednesbury* ilkesini, bir kamu idaresinin takdir yetkisinin kullanımı eğer çok mantıksız ise, bir diğer ifadeyle mantıklı hiç bir kamu idaresi bu yetkiyi böyle kullanmayacak ise, bu kullanımın hukuka aykırı olduğu şeklinde özetlemek mümkündür. Bu durumda takdir yetkisinin kullanımında ortaya çıkan mantıksızlık ile amaç ve araç arasındaki oran olarak tanımlanan ölçülülük arasındaki ilişki değerlendirilmelidir.

Bu tartışmalarda ölçülülük ilkesinin İngiliz hukuku açısından açıkça kabul edilmesinin üç temel avantaj sunduğu ileri sürülmüştür. İlk olarak Jowell, ölçülülük ilkesinin İngiliz hukukunun anlaşılabilirliğini artıracaklarını düşünmektedir çünkü ölçülülük, mantıklı olmayan bir kararın ya da yetkinin kötüye kullanımının sadece bir yönüdür. Jowell’e göre ölçülülük tek başına kusursuz ve ölçülebilir bir standart sunmasa da iyi bir kamu yönetimi için karar alıcılara ve halka rehberlik edecek bir kılavuz sağlama noktasında yeterlidir^[60]. İkinci olarak

[56] Türk Dil Kurumu Genel Türkçe Sözlüğüne göre şahmerdan, vurucu ağırlığın, mekanik olarak yükselmesi ve düşmesi sonucu dövme işi yapan makineye verilen isimdir.

[57] **“You must not use a steam hammer to crack a nut if a nutcracker would do.”** *R v. Goldsmith* [1983] 1 WLR 151, 155.

[58] Grainne de Burca, “*Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law*” *European Public Law*, Volume 3, Issue 4, 1997, s.56.

[59] *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1KB 223.

[60] Jeffrey Jowell, “*Is Proportionality an Alien Concept?*”, *European Public Law*, Volume 2, Issue 3, 1996, s.410.

Jowell, ölçülülük ilkesinin İngiliz yargısal denetimindeki tutarlılığı artıracığını iddia etmektedir. Son olarak Jowell ölçülülük ilkesinin karar verme sürecinin kalitesini artıracığını da savunmaktadır.

Sonuç olarak, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce pek çok davada ölçülülük ilkesinin bu isimle tanındığı ve yaygın olmamakla birlikte bu ilkenin uygulandığı görülmektedir^[61]. 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'ndan önce, bir başka ifadeyle temel bir insan hakları belgesi bulunmadığı zamanlarda bu kavramın gelişemediği görülmektedir^[62]. Bu dönemde ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasındaki oran daha ziyade, makul ve mantıklı herhangi bir idari makam ile orantılama yapmak suretiyle makul ve mantıklı herhangi bir idari makâmın bu sonuca ulaşip ulaşmayacağı kontrol edilmiştir.

3.2. 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'ndan Sonra Ölçülülük İlkesi

1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun kabul edilmesinden sonra ölçülülük ilkesi 2002 yılının Mayıs ayında *R (on the application of ProLife Alliance) v. BBC* davasında tartışılmıştır^[63]. *ProLife Alliance* kürtaj karşıtı bir gruptur ve kürtaj hakkında rahatsız edici görsellerin de olduğu bir video hazırlamıştır. 2001 Mayıs ayında bu videoyu aralarında BBC'nin de bulunduğu TV kuruluşlarına yayınlanması için göndermiş ancak BBC dahil tüm kuruluşlar bu videonun yayınlanmasını kabul etmemişlerdir. BBC'nin bu kararının hukuka aykırı olduğunu düşünen *ProLife Alliance*, bu karar aleyhine 22 Mayıs 2001 tarihinde dava açmıştır. 24 Mayıs tarihindeki ivedi yargılamada ilk derece mahkemesi tarafından dava kabul edilemez bulunmuştur. 2001 yılının Haziran ayında genel seçim olduğu için ve söz konusu videonun seçime yönelik bir propaganda çalışması olduğunu düşünen ve videonun yayınlanmasını isteyen *ProLife Alliance*, dava açmasına rağmen videoda toplam üç kez değişiklik yapmış ve en sonunda rahatsız edici olduğu düşünülen cenin görüntülerini flu hale

[61] Martina Künnecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, s. 98. Bkz. *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd* [1993] AC 534; *R v. Secretary of State for the Home Department, exp Simms* [1999] 3WLR 328. Bkz ayrıca Jeffrey Jowell–Anthony Lester, “*Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*” Public Law, 1987, s. 368; Jeffrey Jowell–Anthony Lester, “*Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous*”, **New Directions in Judicial Review** (Editör Jeffrey Jowell–Dawn Oliver), London Stevens, 1998.

[62] Grainne D. Burca, *Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law* (1997) European Public Law, Volume 3, Issue 4, 1997. Mark Elliott, “*The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review*”, Cambridge Law Journal, Cilt 60, 2001, s. 301.

[63] *R (on the application of ProLife Alliance) v. BBC* [2003] UKHL 23.

getirmiştir. Bu halde dahi video yayınlanmak üzere kabul edilmeyince dördüncü kez değişiklik yapılmış ve bu kez rahatsız edici olduğu düşünülen görüntüler çıkarılmış, siyah ekranda “sansürlenmiştir” yazısı bırakılmıştır. Bu arada yayıncı kuruluşların hiçbirisi videoda kullanılan müziğe dair bir itiraz öne sürmemiştir. Haziran 2002 tarihinde Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) davayı kabul etmiş, BBC'nin *ProLife Alliance* tarafından hazırlanan seçime yönelik videonun yayınlanmamasını hukuka aykırı bulmuştur. Temyiz Mahkemesi 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun kabul edilmesinin ardından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki anlamıyla ölçülülük ilkesinin kullanılması gerektiğini kabul etmiştir.

Yargıç Sedley *B v. Secretary for Home Department*^[64] kararında hem Lüksemburg'daki Avrupa Adalet Divanı hem de Strazburg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında kullanılan ölçülülük ilkesine atıf yaparak **“Topluluğu ya da insan haklarını ilgilendiren bir önlem yalnızca kanundan doğmalı; aynı zamanda baskın kamusal ihtiyaca uygun olmalı ve çoğulcu bir toplumda verilen izne ulaşmada gereğinden fazla olmamalı; ya da kısaca, haklı bir amaç için uygun ve gerekli olmalıdır”** şeklinde bir tespitte bulunmuştur. Aslında bu tespitte ölçülülük ilkesinin sadece Topluluk hukuku ya da insan haklarını ilgilendiren konularla sınırlı olarak uygulanmamasına, bir diğer ifadeyle, ölçülülük ilkesinin İngiliz hukukunun kendi sistemi içerisinde bağımsız bir ilke olarak uygulanması gerektiğine işaret etmiştir^[65].

Yargıç Slynn, *Alconbury* davası olarak adlandırılan *R v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex p Holding and Barnes and others*^[66] davasında ölçülülük ilkesinin insan haklarını ilgilendiren davalar dışında dahi iç hukukta kullanılabileceğini şu şekilde ifade etmiştir:

“1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'na atıf yapılmaksızın dahi ölçülülük ilkesinin sadece Topluluk işlemlerini ilgilendiren davalarda değil iç hukuku ilgilendiren

[64] *B v. Secretary for Home Department* [2000] UKHRR 498. Bu davanın konusu henüz bir çocuk iken İtalya'dan İngiltere'ye gelen bir davacı, kendi kızına karşı cinsel istismar suçundan mahkum olmuş ve 5 yıl cezaevinde kaldıktan sonra serbest bırakılmıştır. Davacı, İngiltere'de bulunduğu sürenin, eşi ve kızına karşı mevcut uzaklaştırma kararının ve yeniden suç işleme olasılığının olmaması gibi hususların dikkate alınmaması sebebiyle sınır dışı edilme kararına karşı dava açmıştır.

[65] Nicholas Green, “*Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK*”, **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe** (Editör Evelyn Ellis), Oxford, Hart Publishing, 1999, s. 155.

[66] Dava konusu, Çevre ile ilgili bakanlığının özellikle İmar Yasalarına uygun biçimde verilen izinleri iptal ettiği durumlarda karar alım sürecinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını iddia ettiğine ilişkindir.

davalarda da İngiliz idare hukukunun bir parçası haline geldiğinin artık tanınması kanaatindeyim. Wednesbury prensibi ile ölçülülük ilkesini ayrı parçalar olarak tutmaya çalışmak bana gereksiz ve kafa karıştırıcı görünmektedir^[67].

2014 tarihli güncel bir kararda Yargıç Mance ise “ölçülülük terminolojisinin avantajının; kullanılabilirlik, uygunluk, gereklilik ile fayda ve zararların dengesi ya da dengesizliği gibi faktörlere dikkate çekmek suretiyle (idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi) uygulamasına yeni bir unsur eklemesi”^[68] olduğuna işaret etmiştir.

Künnecke’ye göre, İngiliz mahkemelerinde idari işlemin denetimi için mevcut sisteme ölçülülük testinin sorunsuz bir şekilde entegrasyonu iki temel güçlük karşılıklıdır^[69]. İlk güçlük, böyle bir test gerektiren orijinal kararın yargısal denetiminin yapılacağı aşamadır. Bir başka ifadeyle ölçülülük ilkesinin idari işleme uygulanması yargılama işleminin hangi aşamasında yapılmalıdır: İlk derece veya temyiz yargılamasında, bir idari işlemde söz konusu olan kamusal ve özel menfaatin karşılaştırılması temyiz aşamasındaki yargılamaya daha yakındır. Bu nedenle ölçülülük ilkesinin ilk derecedeki yargılamada uygulanması yargısal denetim usulünün geleneksel denetleyici fonksiyonundan daha ileridir^[70]. Künnecke’ye göre ölçülülük ilkesinin İngiliz hukukuna entegrasyonu önündeki ikinci engel, İngiltere’nin bir yazılı anayasasının olmayışıdır^[71].

Brind v. Secretary of State for the Home Department^[72] kararında olası engeller ifade edilmişse de bu karar aynı zamanda yargısal denetimde insan haklarının

[67] *R v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex p Holding and Barnes and others* [2001] EWHL 23, 51.

[68] *Kennedy v. Charity Commission (Secretary of State for Justice intervening)* [2014] UKSC 20.

[69] Martina Künnecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, s. 95-96.

[70] Martina Künnecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, s. 96.

[71] Martina Künnecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, s. 96.

[72] *Brind v. Secretary of State for the Home Department* [1991] 1 All ER 720. Bu davada davacı Ulusal Gazeteciler Birliği üyesi bir gazetecidir. Davacı Bakanlığın BBC ve Ulusal Yayıncılık Kurulunun terör örgütlerinin temsilcilerinin veya destekçilerinin beyanlarını yayınlamaktan kaçınması yönündeki yönergesinin hukuka aykırı olduğunu iddia etmektedir. Davacının bu iddiasının temel dayanakları Bakanlığın yetki aşımında bulunduğu, yönergenin ölçülülük ilkesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınan ifade hürriyetine aykırı olduğu yönündedir.

tanındığı dönem olmuştur^[73]. Buna rağmen Murray Hunt gibi yazarlar gelenekler argümanlar ile insan hakları argümanlarını bir arada kullanmayı doğru bulmamaktadır. Nitekim Hunt'a göre, *Brind* kararı bir yandan iç hukuk haline getirilmemiş hukukun ilgisiz olduğunu diğer yandan da insan haklarını ilgilendiren davalardaki geleneksel yaklaşımın yenilenmesini desteklediğini ifade eden ve her iki uç yaklaşımı da içinde barındıran bir karardır. Bu nedenle iki ucu keskin kılıca (*double-edged sword*) benzetilmektedir^[74].

İngiltere 1998 İnsan Hakları Kanunu ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni iç hukuk haline getirdiği için bu tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını dikkate almak zorunda kalsa da İngiliz mahkemelerinin ölçülülük ilkesinde aynı testi uygulamak zorunda olduğu söylenemez^[75]. Feldman'a göre İngiliz mahkemelerinin ölçülülük ilkesini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi yorumlama zorunda olmamasının temel nedeni, bazı hakimlerin *Wednesbury* testine alternatif oluşturma konusunda isteksizliğidir^[76]. Kentridge'e göre "*İngiliz mahkemelerinin yüzleşeceği en zor ve önemli sorun, kapsamlı ve savunulabilir bir ölçülülük ilkesi geliştirmektir (ya da bulmaktır)*".^[77] Mevcut kamu hukuku ilkelerinin gelecekte uygulanacak ölçülülük ilkesinin uygulanmasını etkileyeceği de kuvvetle muhtemeldir^[78].

4. Türk İdare Yargı Kararlarında Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nda açıkça ifade edilmiş bir ilke değildir. Öte yandan 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi 1982 Anayasası döneminde de (2001 tarihli Anayasa değişikliğine kadar) Anayasa Mahkemesi kararlarında özellikle bu ilkenin unsurlarına yer verildiği görülmüştür. Aşağıda daha ayrıntılı olarak görüleceği üzere ölçülülük ilkesinin

[73] Martina Künnecke, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, s. 96.

[74] Murray Hunt, **Using Human Rights Law in English Courts**, Oxford, Hart Publishing, 1997, s. 208.

[75] David Feldman, "Proportionality and the Human Rights Act 1998" Evelyn Ellis (ed), **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, Oxford, Hart Publishing, 1999, 121.

[76] David Feldman, "Proportionality and the Human Rights Act 1998" Evelyn Ellis (ed), **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, s.212.

[77] Sydney Kentridge, "The Incorporation of the European Convention on Human Rights" Jack Beatson ve Christopher Forsyth (Dir.) **Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles**, Oxford, Hart Publishing, 1998, 70.

[78] David Feldman, "Proportionality and the Human Rights Act 1998", s.143.

bir unsuru olan orantılılık, Anayasa Mahkemesi için bir denetim aracı olarak içtihatla kendine yer bulmuştur^[79].

Öğreti ise Anayasa'da açıkça yer verilmemiş olsa da ölçülülük ilkesinin içeriğini belirleyen diğer kavramlara yer verildiğini savunmuştu. Örneğin, 1982 Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında "öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama", Anayasa'nın 15'inci maddesinde "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadelerinin ölçülülük ilkesine işaret ettiği ifade edilmiştir^[80]. 1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesi özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi temel alınmak suretiyle, 2001 tarih ve 479 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin değiştirilmesi Hakkındaki Kanun ile yeniden düzenlenmiştir: "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" Söz konusu Anayasa değişikliği ile ölçülülük ilkesi anayasal bir ilke haline gelmiştir.

Danıştay ölçülülük ile ilgili ilk ve prototip niteliğindeki kararını 1970 yılında vermiştir^[81]. Oğurlu'ya göre bugünkü anlamında kullanılmamış olsa bile Danıştay ölçülü olmayı uyuşmazlığın çözümünde bir kriter olarak kullanmıştır. Dava konusu, belediye encümenince elektrik abonelerinden alınması gereken depozito miktarının, bankalardan diğerlerinden farklı olarak beşyüzbin lira olarak alınmasına dair idari işlemin iptalidir. Danıştay, idari işlemin gerekçesiz olmasının hukuka aykırılık sonucunu doğurduğunu tespit etmesinin yanı sıra, depozito miktarının işletmenin teslim ettiği demirbaş bedelini karşılayacak nesnel ölçüler içinde tespit edilmesi gerektiğini ve bu ölçünün üstünde bir meblağ tespit edilmesinin gerekçelerinin işlemden açıklanmasının zorunlu olduğunu hükme bağlamıştır. Danıştay, tesis edilen işlem ile işlemin sonucu hakkında bir orantı olup olmadığına bakmak suretiyle, meblağın "*çok yüksek ve ölçüsüz*" olduğu yönünde karar vermiştir.

[79] Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 18.2.1971, Esas No.: 1970/22, Karar No: 1971/20.

[80] Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2011, s.114.

[81] Danıştay 11. Daire, Karar Tarihi:24.12.1970, Esas No.:1970/2401, Karar No.:1970/3088 (Aktaran: Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, s.124). Bkz. Yücel Oğurlu, İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay'ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 135. Yıl, 9 Mayıs 2003, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 68, Danıştay Matbaası 2004, s. 146.

Danıştay kararları incelendiğinde ölçülülük ilkesinin daha ziyade disiplin hukuku alanında kullanıldığı görülmektedir^[82]. Hatta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 57'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan “*Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkileri kesilir.*” hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesiyle ölçülülük ilkesi ve disiplin hukuku arasındaki ilişki çok net bir şekilde ortaya çıkmıştır^[83]. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi'nce iptal kararının daha sonraki bir tarihte yürürlüğe gireceğine ilişkin herhangi bir karar verilmediğinden, iptal kararı Resmi Gazete'de yayımlandığı 28.02.2014 günü yürürlüğe girmiştir. 11.09.2014 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun'un 67'nci maddesi ile bu konuyu bir kez daha düzenlemek suretiyle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 57'nci maddesinin 1'inci fıkrası “*Adaylık süresi içinde aylıktan kesme veya kademe ilerlemesinin durdurulması cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkileri kesilir. İlişkileri kesilenler ilgili kurumlarca derhâl Devlet Personel Başkanlığına bildirilir.*” hükmüne yer vermiştir. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemede adaylık süresi içinde herhangi bir disiplin cezası almak ilişki kesme için yeterli iken yeni düzenlemede adaylık süresi içinde aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezası almak ilişki kesme sebebi olarak kabul edilmiştir.

Söz konusu Kanun'un yürürlüğünden önceki dönem için uygulanamayacağı açık olmasına rağmen aday memur olarak görev yapan davacı, hakkında yapılan soruşturma sonucunda uyarma cezasıyla cezalandırılmış, davacının bu cezaya karşı itiraz etmemesi nedeniyle cezanın idari yönden kesinleşmesi üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 57'nci maddesi uyarınca memuriyetle ilişkisi kesilmiştir.

Bu kararda Danıştay, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kanun hükmünü iptal ederken kullanmış olduğu ölçülülük kriterine atıf yapmıştır: “*Disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır.*” Danıştay'a göre, ilgili kanun maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilerek iptal kararının yürürlüğe girmiş bulunması nedeniyle hukuk aleminden kaldırılmış olması, yeni yasal

[82] Yücel Oğurlu, “*İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay'ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı, Danıştay ve İdari Yargı Günü*”, 135. Yıl, 9 Mayıs 2003, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 68, Danıştay Matbaası 2004, s. 147.

[83] Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 14.11.2013 Esas No: 2013/15, Karar No: 2013/131.

düzenlemenin ise yürürlük tarihinden önceki döneme ilişkin olaylara uygulama imkanının da bulunmaması karşısında adaylık sürecinde verilen disiplin cezası sebebiyle göreve son verme işlemini hukuka aykırı bulmuştur^[84].

Benzer şekilde idari yaptırımlar alanında da ölçülülük ilkesi önemli bir yere sahiptir. İdari yaptırımlar, *“idarenin bir yargı kararına gerek olmadan yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukuku ile bazı ceza hukuku ilkelerini dikkate almak suretiyle idari işlemlerle uyguladığı yaptırımlar, verdiği cezalar olarak”*^[85] tanımlandığına göre, Danıştay, *“idari yaptırımların cezai nitelikleri ve bu anlamda ceza hukukunu ilgilendiren yönleri mevcut olduğundan bunların idare tarafından uygulanması ve yargısal denetimi açısından klasik idari işlemlerden ayrıldığı da açıktır. Bu çerçevede savunma hakkı, suç ve cezaların kanuniliği, lehe olan kanunun uygulanması, cezaların zorunluluğu, cezaların bireyselliği ve ölçülülük ilkelerine idari yaptırımlar alanında uyulması zorunlu görülmüştür.”* düşüncesine yer vermiştir^[86].

Sonuç

İdarenin tabi olduğu hukuk sistemleri adli idare sistemi ve idari rejim olarak ikiye ayrılmaktadır. Adli idare sisteminin en temel özelliği, idareye özgü hukuk kurallarının ve idareye özgü yargılama usulünün bulunmaması şeklinde ifade edilir iken idari rejim idareye özgü hukuk kuralları ile idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların ayrı bir yargı kolu ve usulüyle çözümlendiği sistem olarak tanımlanabilir. Adli idare sistemi ile idari rejim arasındaki bu farklılık, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarının Anglo-Sakson hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi üzerindeki etkisi ve her iki hukuk sistemi arasında etkileşim sonucu azalmaktadır. Örneğin Anglo-Sakson hukuk sisteminde ortaya çıkan ve gelişen haklı beklenti ilkesi Kıta Avrupası hukuk sisteminde entegre edilmiştir. Benzer şekilde ölçülülük ilkesi Kıta Avrupasında ortaya çıkmış ve Anglo-Sakson hukuk sisteminde uygulanmaya başlamıştır.

Türk hukukuna önce Anayasa Mahkemesi içtihatı ile giren ölçülülük ilkesi, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile anayasal bir ilke haline gelmiştir. Ölçülülük ilkesinin Anayasa Mahkemesi’nce içtihadı bir ilke olarak kullanıldığı dönemde Danıştay da bu ilkeyi kullanmaya başlamıştır çünkü ölçülülük

[84] Danıştay 12. Dairesi, Karar Tarihi: 9.9.2015, Esas No: 2015/2837, Karar No: 2015/4660.

[85] Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 23.10.1996, Esas No: 1996/48, Karar No: 1996/41

[86] Danıştay 3. Dairesi, Karar Tarihi: 21.6.2011, Esas No: 2010/367, Karar No: 2011/3019.

ilkesinin muhatabının yalnızca yasama organı olmadığı, idarenin işlemlerinde de bu ilkeyi dikkate alması gerektiği kabul edilmiştir.

İngiliz hukukunda ise 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'ndan önce *Wednesday* testi ile birlikte ancak çok daha nadir kullanılan ölçülülük ilkesi, Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ulusal üstü yargı organlarının etkisi sonucu daha etkin kullanılmaya başlanmıştır. İngiliz idare hukuku sisteminde ölçülülük ilkesi, belli şartlar altında bir kamu kurumunun elde edilebilir seçeneklerden en uygun olanını seçmesi düşüncesini içerir ki mahkeme bir dereceye kadar kendisi karar vericinin yerine koymaktadır^[87].

Bu son tespitimiz Türk ve İngiliz idare hukukundaki en temel ayrımı göstermektedir. Çünkü her ne kadar İngiltere açısından mahkmeden bu rolün üstlenilmesinin istenmesi, hakimlerin siyasi konuları ilgilendiren davalarda yarışan menfaatlerin göreceli önemini değerlendirmek konusunda donanımlı olup olmadıkları hususunda bazı soruları gündeme getirmekte ise de ülkemiz açısından “*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez*”. Dolayısıyla ölçülülük ilkesinin kullanımında mahkemenin elde edilebilir seçeneklerden en uygun olanını seçmesi her zaman yargı yetkisinin kullanımına dair tartışmayı beraberinde getirecektir.

[87] Alex Carroll, **Constitutional and Administrative Law**, London, Pearson, 2009, s.335.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar – Sezginer, Murat – Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2016.

Alder, John, **General Principles of Constitutional and Administrative Law**, London, Palgrave Macmillan, 2002.

Alexy, Robert, “*Constitutional Rights, Balancing and Rationality*”, 16 Ratio Juris 131, 2003.

Aslan, Zehreddin, “*İngiliz Hukukunda İdarenin Yargısal Denetimi ve Bu Denetim Sonucunda Verilen Kararların Niteliği*”, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 10 (Ocak 1995).

Bailey S. H.- Jones B. L.- Mowbray A. R., **Cases and Materials on Administrative Law**, London, Sweet & Maxwell, 1992.

Bamforth, Nicholas–Leyland, Peter, **Public Law in a Multi-Layered Constitution**, Oxford, Hart Publishing, 2003.

Bozkurt, Enver–Özcan, Mehmet–Köktaş Arif, **Avrupa Birliği Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2012.

Bozkurt, Enver–Kütükçü, M. Akif–Poyraz, Yasin, **Devletler Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2012.

Bradley, Alan D. P., **Proportionality and Deference under the UK Human Right Act: An Institutionally Sensitive Approach**, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Burca, Grainne de, “*Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law*” (1997) European Public Law, Volume 3, Issue 4, 1997.

Carroll, Alex, **Constitutional and Administrative Law**, London, Pearson, 2009.

Craig Paul–Burca Grainne de, **EU Law: Text, Cases and Materials**, Oxford, Oxford University Press, 1998.

Çağlayan, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Adalet, 2013.

Doğru, Osman–Nalbant, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt:2, Ankara, Yüksek Yargı Kurumlarını Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirmesi Ortak Projesi.

Elles, Evelyn, **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, Oxford, Hart Publishing, 1999.

Elliott, Mark, “*The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review*”, Cambridge Law Journal, Cilt 60, 2001.

Elliott, Mark–Varuhas, Jason N. H., **Administrative Law**, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Erkut Celal, **Hukuka Uygunluk Bloku: İdare Hukukunun Genel Prensipleri Teorisi**, İstanbul, Kavram, 1996.

Feldman, David, “*Proportionality and the Human Rights Act 1998*” Evelyn Ellis (ed), **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, Oxford, Hart Publishing, 1999.

Jowell, Jeffrey, “*Is Proportionality an Alien Concept?*”, European Public Law, Volume 2, Issue 3, 1996.

Hickman, Tom, **Public Law after the Human Rights Act**, Oxford, Hart Publishing, 2010.

Hunt, Murray, **Using Human Rights Law in English Courts**, Oxford, Hart Publishing, 1997.

Kaboğlu, İbrahim Ö., “*Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)*” Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, Sayı 60, 1991.

Karahanoğulları, Onur, İdari Takdir Yetkisinin Kullanımına İlişkin R (80) 2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, AÜHFED, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996, ss.323-337.

Kentridge, Sydney, “*The Incorporation of the European Convention on Human Rights*” Jack Beatson ve Christopher Forsyth (Dir.) **Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles**, Oxford, Hart Publishing, 1998.

Künneceke, Martina, **Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison**, Berlin, Springer, 2007.

Leyland, Peter–Gordon, Anthony, **Administrative Law**, Oxford, Oxford University Press, 2005.

İnceoğlu, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi.

Oğurlu, Yücel, “*İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme*”, AÜEHFD, Cilt IV, Sayı 1-2, 2000.

Oğurlu, Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Ankara, 2002.

Oğurlu, Yücel, “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı, *Danıştay ve İdari Yargı Günü*”, 135. Yıl, 9 Mayıs 2003, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 68, Danıştay Matbaası 2004.

Oğuz, Arzu, “*Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s.451-507

Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2011.

Rivers, Julian, “*Proportionality and Variable Intensity of Review*”, Cambridge Law Journal, Volume 65, Issue 01, March 2006.

Rumpf, Christian, “**Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği**”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg10/crumpf.pdf.

Sağlam, Fazıl, **Temel Hakları Sınırlandırılması ve Özü**, Ankara, AÜSBF Yayını, 1982.

Saygın, Engin, “**Adli İdare Sistemi-İdari Rejim Ayrımı ve Uyuşmazlık Mahkemesinin İdari Rejimde Yeri**”, Ulusal Uyuşmazlık Yargısı Sempozyumu, Uyuşmazlık Mahkemesi, Ankara, 2016.

Saygın, Engin, “**Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımları Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 126, EYLÜL-EKİM 2016.

Tanör, Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 3.Baskı, İstanbul, BOS Yayınları, 1994.

Yüksel, Metin, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002.

Wade, William–Forsyth, Christopher, **Administrative Law**, 10th ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.

Zabunoğlu, Yahya Kazım, “*İngiltere’de İdare Hukuku*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1961, Cilt 18, Sayı 1-4, s. 373-411.

Zabunoğlu, Yahya Kazım, **İdare Hukuku** Cilt 2, Ankara, Yetkin, 2012.

YARGI KARARLARI ve DİĞER

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Dudgeon v. The United Kingdom, Application No. 7525/76 .

Sunday Times v. The United Kingdom, Application No. 6538/74, 29.4.1979.

İngiltere

Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1948] 1KB 223.

Barnsley MBC ex p Hook, [1976] 1 WLR 1052.

Brind v. Secretary of State for the Home Department [1991] 1 All ER 720.

CCSU v Minister for the Civil Service [1985] AC 374, 410.

De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Land and Housing [1999] 1 A.C. 69.

Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd [1993] AC 534.

Hone v. Maze Prison Visitors [1988] 1 All ER 321, 327–9.

Kennedy v. Charity Commission (Secretary of State for Justice intervening) [2014] UKSC 20.

R. v. Chief Constable North Wales Police ex parte AB [1998].

R v. Goldsmith [1983] 1 WLR 151.

R v. Secretary of State for the Home Department, exp Simms [1999] 3WLR 328.

R (on the application of ProLife Alliance) v. BBC [2003] UKHL 23.

B v. Secretary for Home Department [2000] UKHRR 498.

R v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex p Holding and Barnes and others [2001] EWHL 23.

Tesco Stores v. Secretary of State for the Environment [1994].

Türkiye

Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 18.2.1971, Esas No.: 1970/22, Karar No: 1971/20.

Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 9.2.1972, Esas No: 1970/48, Karar No: 1972/3.

Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 23.6.1989, Esas No: 1988/50, Karar No: 1989/27.

Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 23.10.1996, Esas No: 1996/48, Karar No: 1996/41.

Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 14.11.2013 Esas No: 2013/15, Karar No: 2013/131.

Danıştay 3. Dairesi, Karar Tarihi: 21.6.2011, Esas No: 2010/367, Karar No: 2011/3019.

Danıştay 11. Dairesi, Karar Tarihi: 24.12.1970, Esas No: 1970/2401, Karar No: 1970/3088.

Danıştay 12. Dairesi, Karar Tarihi: 9.9.2015, Esas No: 2015/2837, Karar No: 2015/4660.

DİĞER

Cambridge International Dictionary of Law, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

Council of Europe Recommendation No R(80)

İdari Takdir Yetkisinin Kullanımına İlişkin R (80) 2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, AÜHFD, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996, ss.323-337.

<http://www.tdk.gov.tr>, erişim tarihi: 08.06.2016.

The Administration and You: Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons, Strasbourg, Council of Europe, 1996.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ, 21. Dönem 70. Cilt 132. Birleşim–Sayfa 89.



DAMGA VERGİSİ “MAKUL BİR VERGİ” MİDİR?*

Yrd. Doç. Dr. İdris Hakan FURTUN**

Makalenin Geldiği Tarih: 28.06.2017 **Kabul Tarihi:** 05.07.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

ÖZ

Damga vergisi Türk vergi sistemi içinde harcamalardan alınan vergiler kapsamında bir hukuki muamele vergisi olarak nitelendirilir. Bu vergi sağladığı yüksek hasılat nedeniyle hazine için adeta vazgeçilmez niteliktedir. Mali amaç ön planda olduğu için bazen bu vergi açısından makul olmayan uygulamalar ortaya çıkabilmektedir. Zaman içinde yapılan bazı yasa değişiklikleri ile bu makul olmayan uygulamaların bazıları giderilmiş olsa da damga vergisinin daha makul ve meşruiyet tartışmasından uzak bir vergi olmasını sağlamak yönünde hala yapılması gerekenler bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk vergi sistemi, damga vergisi, makul vergiler, muamele vergileri, dolaylı vergiler.

CAN STAMP TAX BE CONSIDERED AS A “RATIONAL TAX”?

ABSTRACT

In Turkish Tax System stamp tax is classified as a tax on legal transactions within the context of taxes on expenditure. As this tax provides a high amount of tax proceeds it is considered as indispensable for the state treasury. As fiscal purpose stands in the forefront sometimes with respect to this tax, irrational applications could occur. Although with some amendments in law within time passed, some of these irrational applications are overcome there still are many things to do to ensure the stamp tax as a more rational tax beyond any legitimacy disputes.

Keywords: Turkish tax system, stamp tax, rational taxes, transaction taxes, indirect taxes.

GİRİŞ

Damga vergisi Türk vergi sistemini oluşturan önemli vergilerden biridir. Bir vergi adı altında düzenlenmiş olmasına rağmen, bu mali yükümlülük kamu maliyesi açısından aslında resim niteliği taşır. Zira damga vergisi, hak ve yükümlülükleri tevsik ve ispat etmeye yarayan kâğıtların ilgililerine sağladığı ispat ayrıcalığı karşılığında alınan bir kamu geliridir. Bu özellik de damga vergisinin kamu idarelerinin ilgililere verdiği bir izin ya da sağladığı bir ayrıcalık karşılığında aldıkları resimler kapsamında nitelendirilmesini gerektirir.

Vergi sistemi bakımından ise damga vergisi, harcamalar üzerinden alınan vergiler kapsamındadır ve hukuki muamele vergisi özelliğini taşır. Diğer taraftan bu vergi genel, gayrişahsi-objektif vergi özelliklerini de taşır.

Vergiler, getirdiği mali yükün ölçülü ve kabul edilebilir olup olmadığına göre makul vergi-makul olmayan vergi ayrımına da tabi tutulmaktadır. Makul vergilerde mükelleflerin gönüllü uyum seviyesi yüksektir. Damga vergisinde yapılan son yasa değişiklikleri ile damga vergisinin makul olmama niteliğinin azaltılması hedeflenmiştir.

Bu çalışmada yapılan son yasa değişiklikleri damga vergisine makul bir vergi niteliği kazandırma açısından irdelenecek ve bu verginin hala makul olmayan bir vergi niteliği sayılmasına yol açan yasa hükümleri üzerinde durulacaktır.

1. DAMGA VERGİSİNİN TANIMI, NİTELİKLERİ VE TÜRKİYE'DE VERGİ SİSTEMATİĞİ AÇISINDAN KONUMLANDIRILMASI

1.1. Damga Vergisinin Tanımı

Damga vergisi, bireyler ve topluluklarının kendi aralarında veya devletle yaptıkları çeşitli hukuki işlemler dolayısıyla düzenlenen, bir hususu ispat ve belli etme niteliğini taşıyan kâğıt ya da belgeler üzerinden alınan bir hukuki muamele vergisi olarak tanımlanabilir^[1].

[1] İdris Hakan FURTUN/ Burak PINAR, Damga Vergisi ve Harçlar Bilgisi, 1. Baskı, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No. 2276, Açıköğretim Fakültesi Yayını No. 1273, Eskişehir 2011, s. 3.

1.2. Damga Vergisinin Nitelikleri ve Türkiye’de Vergi Sistematiği Açısından Konumlandırılması

Bir mali yükümlülük olarak damga vergisinin sahip olduğu nitelikler aşağıdaki gibi belirtilebilir^[2]. Damga vergisi, Türk vergi sistemini oluşturan vergi ve diğer cebri kamu gelirlerinden biridir. 488 sayılı yasada vergi adı altında düzenlenmiş olmasına rağmen bu mali yükümlülük maliye teorisi açısından aslında resim niteliği taşır. Zira damga vergisi hukuki işlemin kâğıda dökülmesi suretiyle kazandığı ispat ayrıcalığı karşılığında alınır^[3]. Vergilerin aksine bu mali yükümlülükte, aslında bir resim olduğu için, bir karşılıklılık söz konusudur^[4]. Resimler kamu idarelerinin verdikleri bir izin veya sağladıkları bir ayrıcalık karşılığında ilgililerinin ödemek zorunda kaldıkları mali yükümlülüklerdir^[5]. Vergilerin aksine resimler, dışarıdan getirilen malların ülkeye sokulmasına izin verilmesi veya hukuki işlemlerin kâğıda dökülmesinin taraflarına hak ve yükümlülüklerini ispat hususunda ayrıcalık sağlaması gibi karşılık esasına dayanır. Bu durumla birlikte damga vergisi de tıpkı gümrük vergisi gibi, vergi mevzuatımızda ismen bir vergi olarak sayılıp düzenleme konusu yapılmıştır.

Damga vergisi harcamalardan alınan vergilerden biri sayılır. Zira bu verginin ödenmesi genellikle yapılan harcamalar sırasında ve bu harcamaların içinde söz konusu olmaktadır. Yine bu vergide vergiyi doğuran olay, yapılan bir hukuki işleme dair bir kâğıdın düzenlenmesi olduğundan, damga vergisi harcamalardan alınan vergiler içinde hukuki muamele vergilerinin bir alt türünü oluşturur^[6]. Damga vergisi tek veya iki taraflı hukuki işlemleri konu edinen bir muamele vergisidir. İdari karar ve tasarruflar gibi bir kısım tek taraflı hukuki işlemler ile sözleşmeler gibi bazı iki taraflı hukuki işlemler üzerinden damga vergisi alınır.

Damga vergisi genel nitelikte bir vergidir zira hukuki işlemlere dair düzenlenen kâğıtların pek çoğu damga vergisine tabi tutulmuştur.

Damga vergisi dolaylı (vasıtalı) bir vergidir. Bu verginin ekonomik süreç içinde bir sonraki veya bir önceki aşamaya yansıtılması, böylece bu verginin

[2] FURTUN/PINAR, *age*, s. 3-4.

[3] Nurettin BİLİCİ/ Ümit Süleyman ÜSTÜN, *Damga Vergisi ve Harçlar (Teori ve Uygulama)*, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 8.

[4] BİLİCİ/ÜSTÜN, *age*, s.7.

[5] Abdurrahman AKDOĞAN, *Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 17. Baskı*, Gazi Kitabevi, Ankara 2016, s. 110

[6] Mualla ÖNCEL/Ahmet KUMRULU/Nami ÇAĞAN, *Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikleri İşlenmiş 25. Bası*, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 437.

Damga Vergisi "Makul Bir Vergi" Midir?

fiili yükümlüsü ile yasal yükümlüsünün farklı kişiler olabilmesi prensipte mümkündür.

Damga vergisi objektif (gayri şahsi) nitelikte bir vergidir, bir başka deyişle burada vergi yükümlüsünün kişisel durumu dikkate alınmaksızın yükümlendirme yapılır.

Damga vergisi Hazine tarafından her yıl mutat olarak toplandığı için olağan merkezi yönetim vergilerinden sayılır.

Vergi sistematığı bakımından yapılabilecek bir başka ayırım ise bir verginin getirdiği mali yükün ölçülü ve kabul edilebilir olup olmadığı ile bu vergiye gönüllü uyumun normatif bir zorlama olmaksızın kendiliğinden gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından yapılan makul vergi-makul olmayan vergi ayırımıdır. Bu ayırım kapsamında makul vergi kavramının hukuki temeli olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "vergi ödevi" başlıklı 73. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır*" hükmü gösterilebilir. Maliye teorisi açısından ise bu ayırım vergi politikası ile sistemin sosyal açıdan adil ve ekonomik açıdan da rasyonel temellere dayanması, diğer bir deyişle vergi politikasının temel hedefleri arasında devlete topluma karşı olan ödevlerini yerine getirmesini sağlayacak yeterli mali kaynakları sağlamanın yanında toplumda vergi ve diğer mali yükümlülüklerin adaletli biçimde dağıtılması ile büyüme-kalkınma ile istihdamın da mümkün olduğu kadar az ihmal edilmesi hususlarına dayandırılabilir^[7]. Damga vergisi hazine bakımından son derece önemli bir kamu geliri konumundadır. 2014 yılında gerçekleşen merkezi yönetim gelirleri içinde bütçe payı binde 8 olan damga vergisinin, 2016 mali yılı bütçesi vergi gelirleri içindeki payı ise % 2,76 olarak öngörülmüştür^[8]. 2016 yılı için öngörülen 13.706.329.000 Türk Lirası tutarındaki damga vergisi hasılatı, veraset ve intikal vergisi, özel iletişim vergisi, gümrük vergisi, banka ve sigorta muameleleri vergisi ve motorlu taşıtlar vergisi gibi birçok başka vergi hasılatının üzerindedir^[9]. Başta 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu olmak üzere vergi mevzuatımızı oluşturan çeşitli kanunlarda ekonomik ya da sosyal olsun çeşitli sebeplerle getirilmiş özellikle istisna biçimindeki çok

[7] Bu konuda detaylı bilgi için bakınız, Fritz NEUMARK, Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, Tübingen, 1970.

[8] Bakınız Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü verileri, <http://www.bumko.gov.tr/TR,4461/butce-gider-gelir-gerceklesmeleri-1924-2012.html>, son erişim 01.06.2017

[9] Bakınız Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü verileri, <http://www.bumko.gov.tr/TR,4461/butce-gider-gelir-gerceklesmeleri-1924-2012.html>, son erişim 01.06.2017

sayıda vergi kolaylığına rağmen damga vergisi temelde mali-fiskal amaçla alınan bir vergi sayılır. Diğer bir deyişle bu vergide esas hedef kamu finansmanının desteklenmesi, diğer bir deyişle hazineye gelir sağlanmasıdır^[10]. Bu amaç 488 sayılı yasanın birçok hükmünde açık biçimde görülür. Ancak mali amacın damga vergisinde baskın olması bu verginin makul olmayan bir vergi niteliği kazanmasına yol açmaktadır. Gerçekten vergi yükümlülere nazarında damga vergisi meşruluğu bulunmayan ölçüsüz-ağır bir mali yük olarak algılanmaktadır. Bu sebepten bu vergiden kaçınmanın yanı sıra, vergi kaçırma çabalarına da uygulamada yaygın biçimde rastlanmaktadır. Bu durumun farkına varan vergi idaresi damga vergisine daha makul bir vergi niteliği kazandıracak yasa değişikliklerine gidilmesi için gerekli kanun tasarılarını hazırlamış, Parlamento da yakın geçmişte bunları yasalaştırıp yürürlüğe koymuştur.

2. DAMGA VERGİSİ KANUNU'NDA SON YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Damga vergisi alanında temel birincil kaynak 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'dur. Damga Vergisi Kanunu 11.07.1964 tarih ve 11751 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş 55 yıla yakın bir süredir uygulanmakta olan görece eski bir yasadır. Bu durumla birlikte yasa koyucu zaman zaman değişiklikler yaparak bu yasa'yı güncel koşullara uyarlamayı başarmıştır. Gerçekten bu yasa'da diğer vergi kanunlarına göre daha sık değişiklikler yapılmakta olup en son yasa değişiklikleri ise 6770 ve 6824 sayılı yasalar ile 27.01.2017 ve 08.03.2017 tarihlerinde gerçekleştirilmiştir. Damga Vergisi Kanunu'nda yapılan değişikliklerin önemli bir kısmı bu verginin konusunun kapsamını genişletmeye yönelik iken bir kısmı da siyasi iktidarın gerekli gördüğü kimi bazı hususlara dair vergi kolaylıkları getirilmesine yönelmiştir. Özellikle 09.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23, 24, 25, 26, 27, 28 ve 29 uncu maddeleri ile 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nda yapılan değişiklikler bu vergiyi daha makul bir vergi kılmaya yönelmiştir.

3. DAMGA VERGİSİ KANUNU'NDA SON YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN BU VERGİNİN MAKUL OLMA NİTELİĞİNE KATKILARI

9 Ağustos 2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6728 sayılı kanun ile 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nda yapılan ve damga

[10] Bu konuda detaylı bilgi için bakınız Cenker GÖKER, Yönlendirici Vergilendirme, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 8-11.

Damga Vergisi "Makul Bir Vergi" Midir?

vergisini daha makul bir vergi haline getirmeye yönelik değişiklikler şu şekilde özetlenebilir:

6728 sayılı yasanın 23 üncü maddesi ile 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi "Bir nüshadan fazla olarak düzenlenen kâğıtlardan, maktu vergiye tabi olanların her bir nüshası ayrı ayrı aynı miktarda; nispi vergiye tabi olanların ise sadece bir nüshası damga vergisine tabidir" biçiminde değiştirilmiştir. Böylece birden fazla nüsha olarak düzenlenen özellikle mukavelenameler gibi nispi damga vergisine tabi kâğıtlar bakımından söz konusu olan ağır ve kimi zaman ölçüsüz olarak telakki edilebilen vergi yükü önlenerek adı geçen vergiye daha makul bir vergi niteliği kazandırılmıştır.

6728 sayılı yasanın 24 üncü maddesi ile 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun 6 ıncı maddesinde yapılan değişiklik ile bu maddenin üçüncü fıkrasına "Şu kadar ki; bir kâğıt üzerinde birden fazla adi kefalet ve garanti taahhüdü bulunması hâlinde, ayrı ayrı olmak üzere bunlardan yalnızca birinden damga vergisi alınır" cümlesi eklenmiş ayrıca bu maddenin sonuna da "Pey akçesi, cayma tazminatı, ücret tevkifi, cezaî şart gibi bir sözleşmenin müeyyidesi mahiyetinde olan taahhütlerden, başlı başına bir sözleşmeye konu olmadıkça damga vergisi alınmaz" fıkrası ilave edilmiştir. Böylece uygulamada sık karşılaşılan damga vergisine tabi kâğıtlara birden fazla adi kefalet ve garanti taahhüdü eklenmesi durumunda söz konusu olan ağır vergi yükü önlenmiş ayrıca sözleşmelere bir yaptırım niteliğinde eklenen taahhütler ayrı bir sözleşme konusu olmamak kaydı ile bu vergi kapsamı dışına çıkarılmıştır.

6728 sayılı yasanın 25 inci maddesi ile 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen "Birinci fıkraya göre azami tutardan vergi alınan mukavelenamelerin, diğer hükümlerinde değişiklik olmaksızın sadece bedelinin artması durumunda, artan bedele ilişkin bu hüküm uygulanmaz" cümlesi ile de aslında sözleşmede esaslı bir değişiklik oluşturmayan, sadece çeşitli nedenlerden ötürü sözleşme bedelinin artmasına yönelik değişikliklerin yeni bir sözleşme sayılarak artan bedel üzerinden yeniden damga vergisine tabi tutulması sorunu çözülmüştür.

6728 sayılı yasanın 27 inci maddesi ile 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun ek 2. maddesinde de önemli değişiklikler yapılarak uygulamada tartışma yaratan bir çok hukuki işleme ve bunlara dair düzenlenen kâğıtlar damga vergisinden istisna edilmiştir.

6728 sayılı yasa ile Damga Vergisi Kanunu'nda yapılan bu değişikliklerin ardından damga vergisi çok daha makul bir vergi niteliği kazanmış olsa da bu

yasada yer alan birçok hüküm hala damga vergisinin makul bir vergi olma niteliğine halel getirmektedir. Bunlardan bazıları şu şekilde belirtilebilir.

488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun 30 uncu maddesinde yer alan "Vergi Usul Kanununun Damga Resmine ilişkin hükümleri Damga Vergisi hakkında da uygulanır" hükmü nedeniyle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Tahakkuk Zamanaşımı Süreleri" başlıklı 114 üncü maddesi uygulama bulmakta ve bu maddede yer alan "Damga vergisine tabi olup vergi ve cezası zamanaşımına uğrayan evrakın hükmünden tarh zamanaşımı süresi dolduktan sonra faydalanıldığı takdirde mezkur evraka ait vergi alacağı yeniden doğar" hükmü uyarınca aslında damga vergisi açısından zamanaşımı hiç söz konusu olamamaktadır.

Yine 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'na ekli (1) sayılı tabloda "IV. Makbuzlar ve Diğer Kâğıtlar" başlığı altında vergiye tabi kâğıtlar arasında düzenlenmiş bulunan vergi beyannameleri sıfır matrah ile verilmiş olsa da bu beyannamelerden matrah içeren vergi beyannameleri ile aynı tutarda maktu damga vergisi alınması da bu verginin makul bir vergi olmasını engellemektedir. Zira özellikle muhtasar beyannameler ve katma değer vergisi beyannameleri gibi sık aralıklarla verilen (ve matrah içermeyen) beyannamelerin damga vergisine tabi tutulmaları bilhassa küçük işletmeler açısından ağır bir vergi yükü oluşturmaktadır.

SONUÇ

01.07.1964 tarihinde yürürlüğe giren Damga Vergisi Kanunu ile alınmaya başlayan damga vergisi hazine bakımından vazgeçilmez, yükümlüler açısından ise gönüllü uyum sağlanması güç olan bir vergi olmuştur. Bu durumun sebebi yasanın bazı hükümleri nedeniyle damga vergisinin makul vergi olma niteliğinin zayıflamasıdır.

Özellikle 2016 yılı 6728 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerle bu sorun kısmen giderilerek damga vergisi daha makul bir vergi niteliği kazanmıştır. Ancak Yasanın bazı hükümleri halen bu verginin makul bir vergi sayılmasını güçleştirmektedir. Çalışma içinde açıklanan bu hükümlerin de müstakbel yasa değişiklikleri ile düzeltilmesi neticesinde hazine için önemli bir gelir kaynağı oluşturan damga vergisinin çok daha adil, ölçülü ve gönüllü uyum sağlamaya yatkın bir vergi haline geleceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

AKDOĞAN Abdurrahman, Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 17. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2016

BİLİCİ Nurettin ve ÜSTÜN Ümit Süleyman, Damga Vergisi ve Harçlar (Teori ve Uygulama), Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

FURTUN İdris Hakan ve PINAR Burak, Damga Vergisi ve Harçlar Bilgisi, 1. Baskı, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No. 2276, Açıköğretim Fakültesi Yayını No. 1273, Eskişehir, 2011.

GÖKER Cenker, Yönlendirici Vergilendirme, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

NEUMARK Fritz, Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, Tübingen, 1970.

ÖNCEL Mualla, KUMRULU Ahmet ve ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikleri İşlenmiş 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

İnternet Kaynağı

Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, <http://www.bumko.gov.tr>

ÖN VASIYET
(MİRASÇI LEHİNE VASIYET)
KAVRAMI,
ÖN VASIYETİN UNSURLARI
VE ÖZELLİKLERİ*

Yrd. Doç. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA**

Makalenin Geldiği Tarih: 07.08.2017 **Kabul Tarihi:** 22.08.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

ÖZ

Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruf şekillerinden vasiyetname veya miras sözleşmesi aracılığıyla, bir üçüncü kişi veya yasal ya da atanmış mirasçı lehine, bir malvarlığı avantajının kendisine kazandırılmasına ilişkin olarak bir talep hakkı tesis etmiş olabilir. Bu çalışmada vasiyet olarak nitelendirilen bu kurum, eğer yasal veya atanmış bir mirasçı lehine yapılırsa, ön vasiyet veya mirasçı lehine vasiyet olarak adlandırılır. Mirasbırakanın yasal veya atanmış mirasçısı lehine, miras payı dışında yaptığı bu kazandırma aracılığıyla lehtar kılınan mirasçı, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişiye karşı ileri sürebileceği, mirasçılık sıfatından bağımsız bir talep hakkı elde etmiş olur.

Bu çerçevede, çalışmada, ön vasiyet kavramı, ön vasiyetin unsurları ve özellikleri, öğretideki tartışmalar da işlenmek suretiyle belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Ön vasiyet, mirasçı lehine vasiyet, belirli mal bırakma, ön vasiyetin unsurları, ön vasiyetin özellikleri.*

THE CONCEPT OF PREFERENTIAL LEGACY
(THE LEGACY THAT BENEFITS THE HEIRS), ELEMENTS AND
CHARACTERISTICS OF THE PREFERENTIAL LEGACY

ABSTRACT

The testate may establish a right to demand in relation with the acquirement of the benefit of an asset for the benefit of a third person or a legal or an assigned person through a legacy or an agreement of inheritance depending on the death. This institution that is called as the legacy in that paper, is called as a preferential legacy or the legacy that benefits the heirs if it is established in favour of a legal or assigned heir. The inheritor, who is made the beneficiary through the entitling that is besides from the heritage share for the benefit of the legal or assigned inheritor by the testate has the independent right to demand from the title of inheritor that can also be claimed against the individual who is obliged to perform the legacy.

In this framework, the preferential legacy concept, the elements of the preferential concept and the characteristics of the preferential legacy are tried to be defined.

Keywords: Preferential legacy, the legacy that benefits the heirs, Leaving a pecuniary benefit to the beneficiary as a legacy, the characteristics of preferential legacy, the elements of preferential legacy.

Giriş

Mirasbırakan, ölümünden sonra olmak üzere, bir kişiye, bir mal, hak veya başka bir malvarlığı avantajı bırakmak isteyebilir. Bu halde mirasbırakanın yapması gereken şey, Türk Medeni Kanunu'nda^[1] “belirli mal bırakma” adı altında düzenlenmiş kuruma başvurmaktır. Mirasbırakan, yakın dostu, arkadaşı, önem verdiği bir kişi, mirasçısı olmayan akrabası gibi üçüncü kişiler lehine “belirli mal bırakma” adı altında düzenlenmiş olan “vasiyet” kurumuna başvurabileceği gibi, hâlihazırda yasal veya atanmış mirasçısı olan kişi lehine de vasiyet yapabilir. Mirasbırakanın bu şekilde yasal veya atanmış mirasçısı lehine yaptığı ölüme bağlı tasarrufun paylaşma kuralı değil de vasiyet olduğunun açık bir şekilde anlaşıldığı durumlarda, artık bir “ön vasiyet”, diğer adıyla “mirasçı lehine vasiyet” söz konusu olur. Ön vasiyet, diğer adıyla mirasçı lehine vasiyet, mirasbırakanın şart olmamakla birlikte çoğunlukla, terekesinde bulunan bir malın, hakkın veya başka tür bir malvarlığı avantajının kendisine verilmesine, devrine veya tesisine ilişkin bir alacak hakkını mirasçısına kazandırmasını ifade eder.

Çalışmada, Türk Medeni Kanunu'nun birçok hükmünde geçen ve Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi^[2] hükmü gereği Türk Borçlar Kanunu^[3] hükümlerinin de kıyasen uygulanmasına açık bulunan olan bu kurum incelenirken, kavram, unsurlar ve özellikler üzerinde durulmuş, çok daha geniş kapsamlı bir çalışmanın konusu olabilecek vasiyetin ve bu bağlamda ön vasiyetin hükümleri, özellik kapsamında sınırlı olarak konuya dâhil edilmesi gerekmedikçe, çalışma dışı tutulmuştur.

[1] 22.11.2001 tarihinde kabul edilerek 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG, 8.12.2001 t., S. 24607).

[2] İlgili madde şu ifadeyi taşımaktadır: “Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.”

[3] 11.1.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG, 4.2.2011 t., S. 27836)

I. Ön Vasiyet Kavramı

A) Genel Olarak Vasiyet Kavramı

Mirasbırakanın, yaptığı bir ölüme bağlı tasarrufla, belli bir kişiye, ilgili kişiyi mirasçı atamaksızın, belli bir aktif değere ilişkin talep hakkı kazandırması “vasiyet” (Türk Medeni Kanunu’nda belirli mal vasiyeti terimiyle ifade edilmiştir) olarak adlandırılır.^[4]

Önemle belirtilmelidir ki mirasbırakan vasiyeti, ölüme bağlı tasarruf şekillerinden vasiyetnameyle^[5] veya kazandırmanın lehtarıyla akdettiği bir miras

[4] Bkz. **Studhalter**, Philipp, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Herausgeber: Kren Kostkiewicz, Jolanta/Schwender, Ivo/**Wolf**, Stephan, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2005, Art. 484, N. 1; **Hrubesh-Millaue**r, Stephanie, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, 2. Auflage, Herausgeber: **Breitschmid**, Peter/**Rumojungo**, Alexandra, Schulthess, Zürich Basel Genf 2012, Art. 484, N. 3; **Weimar**, Peter, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Berner Kommentar, Band/Nr. III//1/1/1, Herausgeber: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009, Art. 484, N. 2; **Escher**, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), III. Band: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 3. Auflage, Zürich 1959, Art. 484, N. 3; **Tuor**, Peter, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 2. Auflage, Bern 1952, Art. 484, N. 5; **Oğuzman**, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1995, s. 140; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1987, s. 259; **Özta**n, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 6. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014, s. 312; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay, Miras Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, § 4, N. 133; **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut, Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, 10. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2016, s. 142, N. 668, 671; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Miras Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015, s. 148; **İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamadaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncellenmiş 9. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 222; **Antalya**, Gökhan/**Sağlam**, İpek, Miras Hukuku, Legal Kitabevi Yayınları, İstanbul 2015, s. 186.

[5] Ölüme bağlı tasarruf şekillerinden biri olan vasiyetname, el yazılı vasiyetname, resmi vasiyetname veya sözlü vasiyetname olarak yapılabilir. Konuya ilişkin olarak bkz. Praxiskommentar Erbrecht–**Burkart**, Fabian, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, Herausgegeben von Daniel Abt und Thomas Weibel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007, Art. 484, N. 2; Praxiskommentar Erbrecht–**Lenz**, Martin, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, Herausgegeben von Daniel Abt und Thomas Weibel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007, Art. 498, N. 1; **Hatemi**, Hüseyin, Miras Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2014; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 75-96; **Dural/Öz**, s. 61 vd., N. 301 vd.; **Antalya/Sağlam**, s. 123 vd.; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 170 vd.; **Özta**n, s. 200 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 114 vd.;. Ölüme bağlı tasarruf şekillerinden olan vasiyetnamenin bu türleri arasında sözlü vasiyetnamenin istisnai bir tür olduğu hakkında bkz. PraxKomm

sözleşmesiyle^[6] yapabilir.^[7] Dolayısıyla, “vasiyet”, mirasçı atama, yükleme, koşul, mirasçılıktan çıkarma ve diğerleri gibi, ölüme bağlı tasarruf türlerinden birini oluşturmaktadır.^[8] Ölüme bağlı tasarrufun şekli denildiğinde ise, bilindiği üzere vasiyetname veya miras sözleşmesi akla gelir. Bu çerçevede, ölüme bağlı

Erbrecht–Lenz, Art. 506, N. 1; **Özta**n, s. 218; **Antalya/Sağlam**, s. 141; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 93; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 190; **Dural/Öz**, s. 91, N. 433.

- [6] Miras sözleşmesi, mirasbırakanın, ileride terekeye vücut verecek malvarlığı üzerinde ve ölümden sonra hüküm ifade etmek üzere karşı akitle yaptığı bağlayıcı sözleşmeyi ifade eder. Miras sözleşmesiyle ya mirasbırakan belli bir tereke değerine ilişkin maddi anlamda bir tasarrufta bulunur ya da karşı taraf, mirasbırakanın terekesi üzerinde ileride doğacak olan mirasçılık hakkından feragat eder. Vasiyetnameden farklı olarak ölüme bağlı tasarrufun bu şekilde, tek taraflı bir hukuki işlem değil, bir sözleşme söz konusudur. Benzer açıklamalar için bkz. **Dural/Öz**, s. 99, N. 472; **Özta**n, s. 257; **Antalya/Sağlam**, s. 149.
- [7] PraxKomm Erbrecht–**Burkart**, Art. 484, N. 1; **Hrubesch-Millauer**, Stephanie, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Herausgeber: Peter **Breitschmid**, Alexandra **Rumo-Jungo**, Erbrecht (Art. 457-640 ZGB), 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2012, Art. 484, N. 3; BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 15; **Gürsoy**, Kemal Tahir, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yıldız Matbaası, Ankara 1955, s. 2, ayrıca s. 22; **Hatemi**, § 9, N. 1; **Dural/Öz**, s. 140, N. 659; s. 143, N. 672. Yazarlar, miras sözleşmelerini, miras sözleşmesi ve mirastan feragat sözleşmesi olarak ikiye ayırmakta ve miras sözleşmesinin türleri altında “vasiyet sözleşmesi” başlığına yer vermektedirler. Bu çerçevede, ilgili sözleşme, yazarlar tarafından şu ifadeyle açıklanmıştır: “Bu sözleşmeyle mirasbırakan, karşı taraf lehine, terekesinde bulunan belirli bir mal ya da malvarlığı değeri için kazandırmada bulunmakta, yani onu vasiyet alacaklısı yapmaktadır.” Bkz. s. 100, N. 483. Keza öğretilde olumlu miras sözleşmesinin içeriği bağlamında türlerini sayarken “vasiyet sözleşmesi” ifadesini kullanan diğer yazarlar için bkz. **Gürsoy**, s. 22; **Antalya/Sağlam**, s. 151. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar olan vasiyetname ve miras sözleşmesinin konusunun, “vasiyet” olabileceği, yani vasiyet alacaklısı tayin etme olabileceği hakkında bkz. **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 126. Keza, miras sözleşmesinin içeriğinin mal vasiyeti sözleşmesi olabileceği hakkında bkz. **Özta**n, s. 258.
- [8] Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 142, 147, **Dural/Öz**, s. 137 vd., özellikle s. 137, N. 646; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 126 vd.; **Antalya/Sağlam**, s. 190 vd.; **Hatemi**, § 9, N. 1 vd.; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 207 vd. **İnan/Ertay/Albaş**, “belirli mal bırakma vasiyeti” başlığı altında ele aldıkları “vasiyet” kurumunu, mirasçı atama, koşul, yükleme gibi diğer maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf türleriyle birlikte ‘Hem vasiyet, hem miras sözleşmesi şeklinde yapılabilen ölüme bağlı tasarrufun türleri’ başlığı altında incelemiş bulunmaktadırlar. İsviçre Hukuku’nda da bir mal varlığı avantajına ilişkin bir üçüncü kişiye veya yasal veya atanmış mirasçıya talep hakkı tesis edilmesine ilişkin kurumu ifade eden ve Türkçe’ye “vasiyet” olarak çevrilebilecek “*Vermächtnis*” kurumu, tasarruf türleri olarak Türkçe’ye çevrilebilecek “*Verfügungsarten*” başlığı altında ele alınmaktadır. Bkz. **Breitschmid**, Peter/**Eitel**, Paul/**Fankhauser**, Roland/**Geiser**, Thomas/**Rumo-Jungo**, Alexandra, Erbrecht, Schulthess Verlag, Zürich Basel Genf 2010, s. 55 vd; PraxKomm Erbrecht – **Burkart**, Art. 484, N. 1.

tasarruf türlerinden biri olan “vasiyet”, ölüme bağlı tasarruf şekillerinden biri olan “vasiyetname” ile karıştırılmamalıdır.^[9]

Vasiyet, temel olarak Türk Medeni Kanunu’nun “*Belirli mal bırakma*” kenar başlığını taşıyan 517’nci ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak konuya ilişkin düzenleme bu hükümlerden ibaret olmayıp, diğer bazı hükümler, Türk Medeni Kanunu içerisinde yer alan çeşitli maddelerde yer almaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun ilgili 517’nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bir kimseye bu şekilde bir kazandırmada bulunulması, terekedeki belirli bir malın mülkiyetinin bırakılması şeklinde olabileceği gibi, terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde intifa hakkı tanınması şeklinde de olabilir. Madde metninde de ifade edildiği üzere, ilgili kişi lehine tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesi de ‘belirli mal bırakma’ kavramına dâhildir. Yine mirasbırakan, ilgili kişi lehine irat bağlanmasını öngörmüş veya ilgili kişinin bir borçtan kurtarılmasını mirasçılara veya belirli mal vasiyeti lehtarına bırakmış olabilir. Bu hallerde de ilgili tasarruf Türk Medeni Kanunu’nun 517 ve devamı maddeleri çerçevesinde “belirli mal bırakma” kurumu dâhilinde değerlendirilecektir.

Mirasbırakanın, bir üçüncü kişiye veya yasal ya da atanmış mirasçıya bu şekilde bir aktif değeri vasiyet etmesinde, genel olarak “kazandırma” ifadesine yer verilmiş olmakla birlikte, öğretilde^[10] de ifade edilmiş olduğu üzere, vasiyet, vasiyet lehtarının kendisine bırakılan malvarlığı avantajını doğrudan elde etmesi sonucunu doğurmayıp, ilgili kişiye, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi veya kişilere karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkı kazandırır.^[11]

Kanun’da “belirli mal bırakma” olarak adlandırılan bu kurum kapsamında, yine Kanun gereği, sadece terekede bulunan belli bir “mal” değil, terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde intifa hakkı, belli bir alacak hakkı veya yine

[9] PraxKomm Erbrecht – **Burkart**, Art. 484, N. 2; **Dural/Öz**, s. 142, N. 670. Önemle belirtilmelidir ki, sıklıkla, “belirli mal bırakma”nın sadece vasiyet yoluyla yapılabileceği gibi bir yanlış kanaatin bulunduğu gözlemlenmektedir. Bu kısımda açıklanmış olduğu üzere bu tasarru diğer ölüme bağlı tasarruf şekli olan miras sözleşmesiyle de yapılabilir.

[10] ZK-**Escher**, Art. 484 ZGB, N. 1; CHK-**Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 484, N. 2; PraxKomm Erbrecht – **Burkart**, Art. 484, N. 3; Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 1; BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 3; **Wolf**, Stephan, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB Schweizerische Zivilgesetzbuch, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Herausgeber: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter, Stämpfli Verlag AG, Bern 2014, Art. 608, N. 10; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 133; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 224; **Dural/Öz**, s. 144, N. 673; **Kılıçoğlu**, s. 148; **Öztaş**, s. 313; **Antalya/Sağlam**, s. 194.

[11] Vasiyet kavramına ilişkin bu özellik aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bkz. Aşağıda, III. Ön Vasiyetin Özellikleri.

belli bazı alacaklar, irat ve lehine kazandırmada bulunulan kişinin borçtan kurtarılması şeklinde bir kazandırma, ölüme bağlı tasarrufla mirasbırakan tarafından belli bir kişi lehine olarak yapılabilmektedir. Bu nedenle de, söz konusu “belirli mal bırakma” teriminin kullanılması öğretide^[12] eleştirilmekte ve bu çerçevede bu tür ölüme bağlı tasarruflar için “vasiyet alacaklısı tayin etme”,^[13] “vasiyet”^[14] gibi bir terim tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Gerçekten de, esas itibarıyla bu kurum dâhilinde mirasbırakan, terekede bulunan her türlü malvarlığı değerini, hatta aşağıda ele alınacak olan tedarik vasiyeti aracılığıyla esasen terekede bulunmayan bir aktif değeri, sonuç itibarıyla kural olarak her türlü malvarlığı avantajını,^[15] belli bir kişiye, ilgili kişiye gereken işlemlerin yapılmasını talep hakkı tesis edecek şekilde bırakabilmektedir. Bu bağlamda “belirli mal bırakma” kavramının, esas itibarıyla, vasiyetin konusunun ancak belirli bir mal olması durumunda vasiyet yerine kullanılacak bir ifade olduğu; başka bir ifadeyle belirli mal bırakmanın vasiyetin bir alt türü olduğu

[12] **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 261; **Oğuzman**, s. 140-141; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 133; **Şenocak**, Zariife, “*Mirasbırakanın Paylaşırma Kuralları*”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 611; **Dural/Öz**, s. 142-143, N. 668; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 232; **Antalya/Sağlam**, s. 186; **Gürsoy**, s. 8.

[13] **Öztan**, s. 312; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 126. Yazar, genellikle vasiyet terimini tercih etmekle birlikte, bazı açıklamalarında “vasiyet alacaklısı tayin etme” ifadesini de kullanmaktadır.

[14] **Oğuzman**, s. 140 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 261; **Dural/Öz**, s. 142-143, N. 668; **Antalya/Sağlam**, s. 186; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 133. **Serozan**, konuya ilişkin açıklamalarında, “vasiyet” terimini tercih etmelerinin nedeni olarak Hukukumuzda, sözleşme kavramının da birçok farklı sözleşme türünü ifade etmek üzere kullanılmakta olduğunu, bu müessesenin surf şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflardan ayırt edilmesi için galat-ı meşhur ile oynanmasının yerinde olmadığını, bu nedenle de şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar için (sözlü vasiyeti de kapsar şekilde) vasiyetname; kazandırma türü olarak da “vasiyet” terimine olan bağlılıklarını sürdüreceklerini ifade etmiştir. Yine **Dural/Öz** de, kanunkoyucunun bizzat kendisinin de Türk Medeni Kanunu’nun birçok hükmünde (552/b. 4, 581, 583, 598, 601, 647) “vasiyet” teriminin tercih edildiğini ifade etmektedir. **Dural/Öz**, s. 142-143, N. 668. Öte yandan **Hatemi**, kurumu ele alırken, “Belirli mal bırakma çeşitleri” başlığını tercih etmiş olsa da, açıklamalarında sıkça “vasiyet” terimini tercih etmektedir. Bkz. **Hatemi**, § 9, N. 3, 4, 5.

[15] İsviçre Hukuk öğretisinde de, “malvarlığı avantajı” olarak Türkçe’ye çevrilebilecek “*Vermögensvorteil*” ifadesi kanaatimizce yerinde olarak kullanılmaktadır. Bkz. **Piotet**, Paul, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/1, Basel Stuttgart 1978, s. 125; **CHK-Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 484, N. 3; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 2. Yine Türk Hukukunda da “malvarlığı manfaati” ifadesi için bkz. **İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016, s. 126; **Dural/Öz**, s. 143, N. 669; “Malvarlığı değeri” ifadesi için bkz **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 138; “mameleki bir menfaat” ifadesi için **Gürsoy**, s. 8.

söylenilebilir.^[16] Biz de çalışmamızda, bu açıklamalar çerçevesinde, belirli mal bırakma terimi yerine ‘vasiyet’ terimini tercih edeceğiz.

B) Ön Vasiyet Kavramı

Mirasbırakanın terekedeki bir değeri, bir kimseye, onu mirasçı atamaksızın bırakmasının vasiyet olarak nitelendirildiği yukarıda belirtilmişti. Bu çerçevede mirasbırakanın lehine vasiyette bulunduğu kişi bir üçüncü kişi olabileceği gibi, yasal veya atanmış bir mirasçı da olabilir. İşte mirasbırakanın, bu şekilde, yasal veya atanmış bir mirasçısına, miras payı dışında^[17] Türk Medeni Kanunu’nun 517’nci maddesi anlamında bir kazandırmada bulunması durumunda, bu kazandırma “ön vasiyet”^[18] yahut “mirasçı lehine vasiyet”^[19] olarak adlandırılmaktadır.

[16] **Dural/Öz**, s. 142-143, N. 668.

[17] Bu halde mirasbırakanın, terekesinde yer alan aktif bir değeri yasal veya atanmış mirasçısına miras payı dışında kazandırmakta olduğuna ilişkin olarak bkz. **Öztañ**, s. 317; **Dural/Öz**, s. 147, N. 684; **Şenocak**, s. 611; PraxKomm Erbrecht–**Burkart**, Art. 484, N. 9; **Stein-Wigger**, Mathias, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften, AJP 2001, s. 1135 vd.; **Pfammatter**, Armand Maurice, Erblasserische Teilungsvorschriften (Art. 608 ZGB), Diss., Schulthess, Zürich 1993, s. 53; **BK-Tuor**, Art. 484 ZGB, N. 12; **Escher**, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), III. Band: Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB), 3. Auflage, Zürich 1960, Art. 608, N. 9; **CHK-Hrubesch-Millaueer**, ZGB Art. 486, N. 13; **Piotet**, SPR IV/1, s. 128.

[18] Ön vasiyet kurumuna bu kavram altında yer veren yazarlar için bkz. **Öztañ**, s. 317; **Dural/Öz**, s. 147, N. 684, 685; **Antalya/Sağlam**, s. 189, 190; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 142. İsviçre Medeni Kanunu’nun, Türk Medeni Kanunu’nun 517. maddesini karşılayan 484’üncü maddesinde yer alan “belirli mal bırakma” (*Vermächtnis*) işleminin, yasal veya atanmış mirasçı lehine yapılması durumunda ilgili işlemin “Ön vasiyet” olarak Türkçe’ye çevrilebilecek “Vorausvermächtnis” olarak nitelendirilmesi bakımından bkz. **BK-Tuor**, Art. 484 ZGB, N. 12; **ZK-Escher**, Art. 486 ZGB, N. 8; **BK-Wolf**, Art. 608 ZGB, N. 12; PraxKomm Erbrecht–**Burkart**, Art. 484, N. 16; **CHK-Hrubesch-Millaueer**, ZGB Art. 486, N. 13; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 14; **Beusch**, Christine/**Vlcek** Michael, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz, Ivo Schwander, Stephan **Wolf**, Orell Füssli Verlag, Zürich 2006, Art. 608, N. 5; **Stein-Wigger**, s. 1136; **Pfammatter**, s. 53. “Vorausvermächtnis” ifadesiyle eş anlamlı olarak kullanılan bir diğer ifade de “*Prälegat*” ifadesidir.

[19] Öğretide **İmre/Erman** ve **Oğuzman**, mirasbırakanın yasal veya atanmış mirasçısına, miras payı dışında bir kazandırmada bulunduğu bu tür durumlar bakımından ön vasiyet terimi yerine “mirasçı lehine vasiyet” teriminin kullanılması gerektiğini ifade etmektedirler. Bu çerçevede **İmre/Erman**, ön vasiyet kavramının, üst vasiyet ve alt vasiyet kavramlarıyla karıştırılmasının mümkün olduğunu, bu nedenle de ön vasiyet yerine “mirasçıya miras payı dışında yapılan mal vasiyeti” veya “mirasçı lehine mal vasiyeti” terimlerinin kullanılmasının daha doğru olacağını ifade etmektedirler. **Oğuzman** da benzer gerekçelerle “mirasçı lehine vasiyet” teriminin tercih edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **İmre/Erman**, s. 129 **Oğuzman**, s. 144. Keza öğretilde **İnan/Ertaş/Albaş**, “Ön vasiyet” terimini

Ön vasiyette, mirasçılık sıfatı ile vasiyet lehtarları olma hali birbirinden bağımsızdır.^[20] Türk Medeni Kanunu'nun 519'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası gereği yasal veya atanmış mirasçı, mirası reddetmiş olsa bile lehine yapılmış bir tasarrufun yerine getirilmesini isteyebilir. Bu şekilde ön vasiyet lehtarları olan mirasçının mirası reddetmesi, ölüme bağlı tasarrufla lehine yapılan kazandırmayı talep etmesine engel değildir. Bu husus Türk Medeni Kanunu'nun 519'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenmiştir. Keza, mirasçı, mirası reddetmeyip sadece lehine yapılan vasiyetin yerine getirilmesini talep hakkından vazgeçebilir, vasiyetin yerine getirilmesini talep etmeyebilir.^[21] Bu halde mirasçı mirasın paylaşılmasına katılacak, ancak mirasbırakan tarafından lehine öngörülen kazandırmayı reddetmiş olacaktır. Keza mirasçı hem mirası hem de mirasbırakan tarafından lehine öngörülmüş olan vasiyeti reddedebilir. Önemle belirtmelidir ki, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili 519'uncu maddesi 3'üncü fıkrası hükmü bir tamamlayıcı hukuk kuralıdır. Şöyle ki, mirasbırakan yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufla aksini öngörebilir ve bu çerçevede örneğin mirasçı lehine olarak öngördüğü vasiyetin hüküm ifade etmesini, mirasın kabul edilmesi veya reddedilmesi şartına bağlayabilir.^[22]

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufla, terekede yer alan bir değeri yasal veya atanmış bir mirasçıya özgülediği hallerde, bu tasarrufun bir paylaşma kuralı mı yoksa ön vasiyet mi olduğu ölüme bağlı tasarruftan açık bir şekilde anlaşılamiyorsa, ilgili tasarruf Türk Medeni Kanunu'nun 560'ıncı maddesinin 2'nci ve 647'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında öngörülen ve özel yorum kuralı^[23] teşkil

eleştirmeksizin, kurumu doğrudan "mirasçı lehine muayyen mal vasiyeti" adı altında incelemiş bulunmaktadır. Bkz. **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 226.

- [20] ZK-**Escher**, Art. 486 ZGB, N. N. 8; PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 17; CHK-**Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 486, N. 14; BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 14; **Antalya/Sağlam**, s. 190; **Özcan**, s. 317; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 142; **Dural/Öz**, s. 147, N. 684.
- [21] BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 14; Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 486, N. 9; CHK-**Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 486, N. 14; PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 17, Art. 486, N. 16; **Özcan**, s. 317; **Dural/Öz**, s. 147, N. 685; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 142; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 226-227; **Antalya/Sağlam**, s. 190.
- [22] Örnek olarak mirasbırakanın ön vasiyeti mirasın kabul edilmesi şartına bağlaması için bkz. CHK-**Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 486, N. 14; **Dural/Öz**, s. 147, N. 685; mirasbırakanın ön vasiyeti mirasçının mirası reddetmesi şartına bağlaması için bkz. PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 17.
- [23] Türk Medeni Kanunu'nun anılan 647'nci maddesinin 3'üncü fıkrası şu düzenlemeyi içermektedir: "Aksini arzu ettiği tasarrufla anlaşılmadıkça, mirasbırakanın bir tereke malını mirasçıya özgülemesi, vasiyet olamıyıp sadece paylaşma kuralı sayılır." Bu kural, kanunkoyucunun, Kanun'un çeşitli hükümlerinde yer alan ve açıklık bulunmadığı takdirde ölüme bağlı tasarrufla yer alan bir düzenlemenin nasıl yorumlanması gerektiğinin

eden hükümler gereği paylaşma kuralı sayılır.^[24] Kanunkoyucunun bu karineyi öngörürken, mirasbırakanın mirasçılar arasındaki eşitliği bozmak istemeyeceği kabulünden hareket ettiği^[25] ve bu şekilde söz konusu karinenin mirasçılar arasında eşitlik prensibine dayandığı ifade edilmektedir.^[26]

II. Ön Vasiyetin Unsurları

A) Lehine Ön Vasiyet Yapılan Kişi

Genel olarak vasiyette lehine vasiyette bulunan kişi, bir üçüncü kişi veya yasal yahut atanmış mirasçı olabilir.^[27] Ön vasiyette ise lehine vasiyet yapılan kişi yasal veya atanmış mirasçıdır.^[28]

Vasiyette lehine vasiyet yapılan kişi gerçek veya tüzel kişi olabilir.^[29] Tüzel kişiliği olmayan kişi toplulukları lehine de vasiyette bulunulabileceği de kabul

düzenlendiği özel yorum kurallarından birini oluşturmaktadır. Bkz. **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 241; **Öztan**, s. 237-238; **Dural/Öz**, s. 223, N. 985.

- [24] Önemle belirtilmelidir ki, öğretilerde **Tuor**, İsviçre Medeni Kanunu'nun, Türk Medeni Kanunu'nun 647'nci maddesinin üçüncü fıkrasını karşılayan 608'inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan paylaşma kuralı bulunduğu tereke değerinin yasal mirasçıya özgünlendiği durumlarda söz konusu olacağını; belli bir tereke değerinin bir atanmış mirasçıya özgünlendiği hallerde bu karinenin işletilemeyeceğini savunmaktadır. Bkz. BK-**Tuor**, Art. 522 ZGB, N. 24. **Pfamatter** tarafından da belirtildiği üzere bu görüşe katılmak mümkün değildir. **Pfamatter**, İsviçre Medeni Kanunu'nun 607'nci maddesinde (TMK m. 646'yı karşılayan) yasal mirasçılardan mirası atanmış mirasçılarla aynı kurallara göre paylaşacaklarının belirtildiğini, bu nedenle de takip eden hükümde (İMK m. 608/III, TMK m. 647/III) geçen "mirasçı" ifadesinden hem yasal hem atanmış mirasçıların anlaşılması gerektiğini, **Tuor**'un şerh ettiği hükmü oluşturan İsviçre Medeni Kanunu'nun 522'nci maddesinin (TMK m. 560) tenkise ilişkin olması dolayısıyla hükümde geçen mirasçılardan sadece yasal mirasçıların anlaşılacağını ancak bunun Kanun'un bütün diğer hükümlerine teşmil edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Pfamatter**, s. 62-63.
- [25] **Druey**, Jean Nicholas, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2002, § 16, N. 66; BK-**Wolf**, Art. 608 ZGB, N. 36; **Druey**, § 16, N. 66; **Pfamatter**, s. 61-62; **Şenocak**, s. 613.
- [26] **Pfamatter**, s. 61-62; **Druey**, § 16, N. 66; **Şenocak**, s. 613.
- [27] **CHK-Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 484, N. 3; **Piotet**, SPR IV/1, s. 128; **Ayiter**, s. 67; **Öztan**, s. 313; **Dural/Öz**, s. 150-151, N. 699.
- [28] **Dural/Öz**, s. 150-151, N. 699; **Öztan**, s. 317; **Antalya/Sağlam**, s. 190; PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 16; Handkomm-**Beusch/Vlcek**, ZGB Art. 608, N. 5.
- [29] Handkomm-**Studhalter**, ZGB, Art. 484, N. 8; BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 19; **Piotet**, SPR IV/1, s. 127; **Öztan**, s. 313; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 230; **Antalya/Sağlam**, s. 191; **Dural/Öz**, s. 150-151, N. 699. Vasiyet bakımından, tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi topluluklarının lehine vasiyet öngörülebileceği hakkında bkz. **Dural/Öz**, s. 151, N. 701; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 230; **İmre/Erman**, s. 125; **Antalya/Sağlam**, s. 191; BK-**Weimar**,

edilmektedir.^[30] Ön vasiyette ise lehine ölüme bağlı kazandırma yapılan yasal mirasçı, gerçek kişidir;^[31] lehine ölüme bağlı tasarrufla miras payı dışında bir kazandırma yapılan atanmış mirasçı ise bir gerçek kişi olabileceği gibi bir tüzel kişi de olabilir.^[32] Bu bağlamda mirasbırakanın, mirasçı olarak atanmış olduğu tüzel kişi lehine bir malvarlığı avantajını ayrıca vasiyet etmesine bir engel yoktur.

Ceninin vasiyet lehtarını olarak belirlenmesi bakımından Türk Medeni Kanunu'nun 582'nci maddesi^[33] uygulama alanı bulur.^[34] Ancak mirasın geçişi anında henüz tam ve sağ doğma gerçekleşmiş değilse, henüz doğmamış olan kişi lehine vasiyet, ancak alt vasiyet şeklinde yapılabilir.^[35] Bu çerçevede tam

Art. 484 ZGB, N. 19. Ön vasiyet, mirasçı lehine yapıldığından, kişi topluluğu lehine ön vasiyet söz konusu olmayacaktır.

[30] **Antalya/Sağlam**, s. 191; **Dural/Öz**, s. 151, N. 701.

[31] Tüzel kişi niteliğinde tek yasal mirasçı devlettir. Ancak devletin mirasçılığı bakımından, birinci, ikinci veya üçüncü zümrede mirasçı bulunmuyor olmalı yahut bu zümrede bulunan mirasçıların tamamı mirası reddetmiş olmalıdır. Bu bağlamda devlet tüzel kişi yasal mirasçı olarak diğer mirasçılarla birlikte mirasçı olmadığından ve devlet lehine bir ön vasiyet gündeme gelmez.

[32] Bu durum, mirasbırakanın birinci, ikinci ve üçüncü zümre mirasçılarından bulunmaması veya bunların mirası reddetmiş olmaları ihtimalinde devletin mirasbırakanın yasal mirasçısı olması hali dışında, yasal mirasçıların daima gerçek kişi olmaları; buna karşılık mirasbırakanın devlet de dâhil olmak üzere her türlü tüzel kişiyi ve elbette gerçek kişiyi geçerli şekilde yapmış bir ölüme bağlı tasarrufla mirasçı olarak atayabilmesi ve bu şekilde atanmış mirasçı kılabilmesinin bir sonucudur. Tüzel kişilerin mirasçı olarak atanabilecekleri hakkında bkz. *Praxiskommentar Erbrecht – Schürmann*, Georg, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, Herausgegeben von Daniel Abt und Thomas Weibel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007, Art. 483, N. 4; *Handkomm-Studhalter*, ZGB Art. 483, N. 1, Art. 484, N. 8; **Ayiter**, s. 67; **Özcan**, s. 310; **Dural/Öz**, s. 142, N. 666.

[33] İlgili hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: “*Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur (f. 1). Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz (f. 2).*”

[34] *Handkomm-Studhalter*, ZGB Art. 484, N. 8. İsviçre Hukuk öğretisinde **Weimar**, henüz ana rahmine düşmemiş (örneğin yeğenimin ileride doğacak her çocuğuna) veya henüz teşekkül etmemiş tüzel kişi lehine de vasiyet yoluyla kazandırmada bulunulabileceğini; bu halde vasiyetin ilgili çocuğun tam ve sağ doğması yahut tüzel kişiliğin teşekkül etmesi geciktirici şartına bağlanmış olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 16. Ancak yazar da bu tür bir vasiyet yapılmasında da mirasın geçişi anında kişiliğin kazanılmış olmasının şart olduğunu belirtmektedir. Bkz. **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 19. Öte yandan **Piotet**, vasiyet lehtarının mirasın açılması anında hayatta olmasının ve bu bağlamda kişiliğini kazanmış olmasının şart olduğunu ve bu nedenle öğretildeki hâkim fikre katılmadığını belirtmektedir. Bkz. **Piotet**, SPR IV/1, s.

[35] *PraxKomm Erbrecht–Burkart*, Art. 484, N. 30.

ve sağ doğmak koşuluyla cenin lehine de vasiyet yapılabilir.^[36] Tüzel kişi lehine vasiyette tüzel kişinin, vasiyetin geçişi anında kişiliğini kazanmış olması şarttır.^[37]

Bu halde önem arz eden bir konuyu, lehine vasiyet yapılan kişinin kim olduğunun, ölümüne bağlı tasarruflara egemen olan şahsa sıkı sıkıya bağlılık ilkesinin^[38] bir gereği ve ölümüne bağlı tasarruflarda temsil ve vekâletin söz konusu olmamasının^[39] sonucu olarak mirasbırakan tarafından belirlenmesinin zorunlu olması ve bu bağlamda mirasbırakanın bu kişinin belirlenmesini bir başka kimseye, örneğin vasiyeti yerine getirme görevlisine bırakamaması oluşturur.^[40] Bu halde mirasbırakanın lehine vasiyet öngörülen kişinin kim olduğunu açıkça belirtmeyip, bu kimsenin nasıl belirleneceğine ilişkin açık kriterler koyması halinde, bu yolla yapılan belirlemenin de yeterli olduğu kabul edilmektedir.^[41]

[36] Mirasbırakanın lehine terekede yer alan aktif değerlerden birine ilişkin kendisi lehine kazandırma öngördüğü ana rahmine düşmüş olan ve tam ve sağ doğmak koşuluyla kişi olacak olan cenin mirasbırakanın mirasçısı olan kişilerden biri ise ön vasiyet; değilse vasiyet söz konusu olur. bkz. **Öztaş**, s. 313; **Dural/Öz**, s. 150-151, N. 699.

[37] **Huwiler**, Bruno, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas **Geiser**, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2006, Art. 484, N. 28; BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 19; Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 8. Mirasbırakanın vasiyetnameyle tesis ettiği vakıf lehine vasiyette bulunabilmesi için, mirasın geçişi anında ilgili vakfın tüzel kişilik kazanmış olması şarttır. Bkz. Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 8. Elbette henüz teşekkül etmiş olmayan bir tüzel kişinin de alt vasiyet yoluyla alt vasiyet lehtarları olarak belirlenmesi mümkündür. Bu halde ilgili tüzel kişinin mirasbırakanın ölümünde teşekkül etmiş bulunması şartı aranmayacaktır.

[38] PraxKomm Erbrecht – **Burkart**, Art. 484, N. 29; Handkomm – **Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 8; BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 15; **Antalya/Sağlam**, s. 191.

[39] **Oğuzman**, s. 144; **İmre/Erman**, s. 125.

[40] **Oğuzman**, s. 144; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 230; **Antalya/Sağlam**, s. 191; Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 8; PraxKomm Erbrecht – **Burkart**, Art. 484, N. 30; BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 15. Mirasbırakanın, ölümüne bağlı tasarruflarda lehine vasiyet yaptığı kişiyi kendisi belirlemeyip, bu kişinin belirlenmesini vasiyeti yerine getirme görevlisi, bir diğer mirasçı veya bir üçüncü kişiyi bıraktığı hallerde ölümüne bağlı tasarrufun akıbetinin ne olacağı sorusuna İsviçre Hukuk öğretisinde **Weimar**, “kesin hükümsüzlük” yaptırımının uygulanacağını savunurken (bkz. BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 15, ayrıca Art. 467, N. 30 vd.); **Huwiler**, bu tür durumlar bakımından iptal edilebilirlik yaptırımının söz konusu olacağını kabul etmektedir. Bkz. BaK-**Huwiler**, Art. 484, N. 29.)

[41] **Gürsoy**, vasiyet lehtarının bir başkasına bırakılmasının vekâlet teşkil edeceğini, oysa ölümüne bağlı tasarrufların vekâlet kabul etmeyeceğini ifade ettikten sonra, mirasbırakanın vasiyetin lehine öngörüldüğü kişiyi doğrudan belirlememekle birlikte nasıl belirleneceğine ilişkin objektif bir kriter belirleyerek, lehtarın belirlememesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Yazar bu duruma örnek olarak yeğenleri arasında üniversiteden ilk mezun olanın terekeden 1.000 TL alabileceğini düzenlemiş olmasını göstermektedir. Bkz. **Gürsoy**, s. 52-53.

Vasiyetin her türü için lehine vasiyet edilen kimse bakımından mirasçıda bulunması gereken özellikler aranır.^[42]

Öte yandan birden fazla kişi lehine vasiyet ve bu çerçevede birden fazla mirasçı lehine ön vasiyet yapılması mümkündür.^[43] Önemle belirtilmelidir ki, bu kimselerin kim olduğu mirasbırakan tarafından doğrudan belirlenmiş olmalı veya ölüme bağlı tasarrufta kullanılan ifadelerin yorumu üzerinden belirlenebilir olmalıdır.^[44] Bu halde, aksi ölüme bağlı tasarrufta belirtilmiş olmadıkça, lehine vasiyette bulunulan kişiler eşit paylarla hak sahibi olacaklardır.^[45] Eğer vasiyet konusu husus bölünemeyen nitelikte ise, lehine vasiyette bulunulan bu birden fazla kişi, bölünemeyen bir edimin birden fazla kişiye ifasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 85'inci maddesi hükmünün kıyasen uygulanmasıyla,^[46] ilgili tereke değerinin bölünmeksizin kendilerine kazandırılmasını birlikte talep edebilirler.^[47]

Mirasbırakan, birden fazla kişiyi vasiyet lehtarları ve bu çerçevede birden fazla mirasçığı ön vasiyet lehtarları olarak tayin ederken, bu vasiyeti alt vasiyet olarak

[42] Bu bağlamda lehine vasiyette bulunulan tüzel kişinin kişiliği devam ediyor olmalı; gerçek kişi halen yaşıyor olmalı ve mirasçılık ehliyetine sahip olup, mirastan yoksun bulunmuyor olmalıdır. Bkz. **CHK-Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 484, N. 3; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 19; **Öztañ**, s. 322; **Gürsoy**, s. 51.

[43] **İmre/Erman**, s. 125; **Öztañ**, s. 312; **Piotet**, SPR IV/1, s. 129; **Handkomm-Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 9; **PraxKomm Erbrecht-Burkart**, Art. 484, N. 32; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 22.

[44] Bkz. **PraxKomm Erbrecht - Burkart**, Art. 484, N. 29. Örneğin mirasbırakan yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufta torunlarına 100.000 TL vasiyet etmiş olsun. Bu halde torunların kim olduğu ölüme bağlı tasarrufta tek tek sayılmamış olmasına rağmen, bu kişilerin kimler olduğu bellidir. Ayrıca bkz. yukarıda dñn. 41

[45] **Handkomm-Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 9; **BaK-Huwiler**, ZGB Art. 484, N. 31; **CHK-Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 484, N. 3; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 22; **PraxKomm Erbrecht-Burkart**, Art. 484, N. 32; **Piotet**, SPR IV/1, s. 129; **Öztañ**, s. 312; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 230; **İmre/Erman**, s. 125; **Dural/Öz**, s. 151, N. 700.

[46] **Dural/Öz**, s. 151, N. 700. TBK m. 85'i karşılayan 818 s. BK m. 69'un uygulanacağı hakkında bkz. **Gürsoy**, s. 46. Bu halde, İsviçre Hukuku bakımından da birden fazla vasiyet alacaklısının bölünemeyen bir değerini kendilerine vasiyet yoluyla kazandırılması bakımından, borçlu veya borçlulara karşı İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Türk Borçlar Kanunu'nun 85'inci maddesini karşılayan 70'inci maddesi hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla hep birlikte talepte bulunmaları gereğine ilişkin olarak bkz. **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 22.

[47] **Dural/Öz**, s. 151, N. 700; **Handkomm-Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 9; **BaK-Huwiler**, ZGB Art. 484, N. 30; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 22; **Piotet**, SPR IV/1, s. 129. **Piotet**, mirasbırakanın bölünebilir edim bakımından vasiyet lehtarları olan birden fazla kişinin müteselsil alacaklı olduğunu düzenleyebileceğini ve bu halde müteselsil alacaklılığın söz konusu olduğunu belirtmektedir.

yapmış olabilir. Şöyle ki mirasbırakan belli bir veya birkaç kimseyi vasiyet lehtarı (belli bir veya birkaç yasal veya atanmış mirasçıyı ön vasiyet lehtarı) olarak belirleyip, lehtar kılınan kişiyi de bir başka vasiyeti (veya ön vasiyeti) yerine getirmekle yükümlü kişi olarak tayin edebilir.^[48]

Türk Medeni Kanunu'nun 581'inci maddesinin ikinci fıkrası gereği, vasiyet lehtarı mirasbırakandan önce ölmüşse^[49] ve 616'ncı maddesi gereği vasiyet lehtarı vasiyeti reddederse,^[50] tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, vasiyeti yerine getirme yükümlülüğü vasiyet yükümlüsünün yararına ortadan kalkar.

B) Ön Vasiyeti Yerine Getirmekle Yükümlü Kılınan Kişi

Mirasbırakan vasiyeti yerine getirme yükümlülüğünü yasal veya atanmış bir mirasçıya, bazı mirasçılara veya bütün mirasçılara yükleyebileceği gibi, belli bir vasiyet lehtarını da, bir vasiyeti yerine getirmekle yükümlü tutabilir.^[51]

Mirasbırakanın belli bir kişi lehine yapmış olduğu vasiyette yükümlü olan şahsı belirtmemiş olması da mümkündür. Bu halde kural olarak bütün mirasçılar

[48] Öğretilerde birçok yazar ve bu arada **Serozan** konuya ilişkin örnekler yer vermiştir. Bu çerçevede, **Serozan**, konuya ilişkin olarak iki ayrı örnek vermektedir: Bu örneklerden ilkinde mirasbırakan kitap koleksiyonunu A'ya vasiyet etmekte bu koleksiyonda yer alan belli bir kitabı da B'ye vasiyet etmektedir. Bir diğer örnekte ise mirasbırakan kendisine ait bir apartmanda bulunan daireleri A'ya vasiyet etmiş, B isimli bir kimseye de 6 numaralı dairede 'oturma hakkı' vasiyet etmiştir. (Alt vasiyette alt vasiyet alacaklısının, talep hakkını ilk vasiyet alacaklısına mı yoksa mirasçılara karşı mı ileri süreceği aşağıda "Vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişi" başlığı altında incelenecektir.) **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 141.

[49] Öğretilerde **Dural/Öz**, TMK m. 581/II hükmünün alt vasiyet halinde uygulanmayacağını belirtmektedir. Bkz. **Dural/Öz**, s. 151, N. 704. Benzer bir açıklama için bkz. **İmre/Erman**, s. 129.

[50] Bu halde kanaatimizce "vasiyetin reddi"nden vasiyet lehtarının, söz konusu vasiyetle lehine öngörülen nispi etkili talep hakkından vazgeçmesi anlaşılmalıdır. Zira bu halde vasiyet lehtarı bir mirasçı olsa bile aynı etkiden yoksun olan vasiyet işlemi dolayısıyla mirasçı olmuş değildir. Ortada aşağıda açıklanacağı üzere alacak hakkına benzer nispi etkili bir talep hakkı söz konusudur. Önemle belirtilmelidir ki, bu halde, vazgeçme tek tarafı bir hukuki işlemdir ve alacağın ibrasından farklıdır. Borçlar hukukunda alacağın ortadan kalkması için bir ibra sözleşmesinin yapılması gerekirken; bu halde tek tarafı "vazgeçme" beyanı vasiyetten doğan hakkın ortadan kalkması bakımından yeterlidir.

[51] Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 10; PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 35; CHK-**Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 484, N. 3; **Oğuzman**, s. 145; **Piotet**, SPR IV/1, s. 129; **Öztaş**, s. 313; **Dural/Öz**, s. 149, N. 692, 693; **Antalya/Sağlam**, s. 191; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 230; **Gürsoy**, s. 37-38. **Gürsoy**, çalışmasında vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kılınamayacak şahısları şu şekilde göstermiştir: "Bir yükümlülüğün lehtarı", "Bir şartın yerine getirilmesinde, kendisine edada bulunulacak kişi", "Mirasçının mirasçıları". Bkz. **Gürsoy**, s. 42 vd.

ilgili vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olurlar.^[52] İster mirasbırakan birden fazla mirasçısını vasiyeti yerine getirmekle yükümlü tutsun, ister mirasbırakan yükümlüyü belirlemediği için bütün mirasçılarının yükümlü olmaları gündeme gelsin, aksi mirasbırakan tarafından öngörülmüş olmadıkça^[53] kural olarak bu kimseler Türk Medeni Kanunu'nun 641'inci maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla müteselsil olarak borçlu olurlar.^[54] Bu halde Türk Medeni Kanunu'nun 641'inci maddesinin doğrudan değil, kıyasen uygulanmasının temelinde, Türk Medeni Kanunu'nun 641'inci maddesindeki hükümde mirasçılarının tereke borçlarından müteselsil olarak borçlu olduklarının düzenlenmiş olması, hâlbuki vasiyette, birden fazla mirasçının yerine getirmekle yükümlü oldukları edimin tereke borcu olmayıp, vasiyetten doğan bir yükümlülük olması bulunmaktadır.^[55] Öğretide **Piotet**,^[56] birden fazla vasiyet yükümlüsünün bölünebilir bir edimi konu olan başka bir vasiyet bakımından vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kılınmasında, bu kimselerin, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan birden fazla mirasçıdan farklı şekilde, müteselsil olarak değil, paylı sorumluluk esasınca sorumlu olduklarını ifade etmektedir.

- [52] Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 10; CHK-**Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 484, N. 3; BK- PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 35; **Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 26; **Öztan**, s. 313; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 266; **Oğuzman**, s. 145; **Antalya/Sağlam**, s. 191; **Dural/Öz**, s. 150, N. 696.
- [53] Elbette mirasbırakan yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufta vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kıldığı birden fazla kimsenin eşit veya farklı paylarla sorumlu olacaklarını öngörebilir. Bu halde müteselsil borçluluk gündeme gelmez. Bkz. BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 26.
- [54] Müteselsil olarak borçlu olunacağı hakkında bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. **Oğuzman**, s. 145; **Dural/Öz**, s. 149, N. 693; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 230. Bu konuda, tümüyle aksi görüşte olmamakla birlikte farklı bazı açıklamalar için bkz **Gürsoy**, s. 45, ayrıca bkz s. 46. Bu halde İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Türk Borçlar Kanunu'nun 641'inci hükmünü karşılayan 603'üncü hükmünün kıyasen uygulanacağı hakkında bkz. **Piotet**, SPR IV/1, s. 130; PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 36; BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 26; Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 10; CHK-**Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 484, N. 3. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararı için bkz. BGE 59 II 119 E. 3 (CHK-**Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 484, N. 3'ten naklen).
- [55] Aksi öngörülmedikçe birden fazla vasiyeti yerine getirmekle yükümlü şahsın borçluluğu bakımından mirasçılarının tereke borçlarından müteselsil olarak sorumlu olduklarının düzenlendiği Türk Medeni Kanunu'nun 641'inci maddesinin veya İsviçre Medeni Kanunu'nun bu hükmü karşılayan 603'üncü maddesinin uygulama alanı bulacağı ve bu şekilde ilgili hükmün vasiyet borçlularının da kapsar şekilde geniş yorumlanacağı İsviçre ve Türk Hukuku'nda kabul görmektedir. Bkz. BK-**Tuor**, Art 484 ZGB, N. 11; ZK-**Escher**, Art. 484 ZGB, N. 6; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 266; **Dural/Öz**, s. 150, N. 696.
- [56] **Piotet**, SPR IV/1, s. 130. Yazar, eğer bölünemeyen edim söz konusu ise, bu birden fazla mirasçı olmayan yükümlünün, TBK m. 85 hükmünü karşılayan İsv.BK m. 70'e uygun şekilde vasiyeti yerine getireceklerini belirtmektedir.

Mirasbırakan tarafından açık bir şekilde gösterilmiş değilse, bütün mirasçıların vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olmalarına ilişkin kuralın istisnası, alt vasiyette görülür. Şöyle ki, eğer mirasbırakan bir kimse lehine vasiyette bulunup, ardından bu vasiyetle bağlantılı bir alt vasiyette bulunmuşsa, mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olması aranmaksızın, alt vasiyet bakımından vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi, lehine vasiyette bulunulan ilk kişi olur.^[57]

Vasiyeti ve elbette ön vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişinin, mirasçı veya bir başka vasiyet lehtarı olmasına ilişkin kuralın da bir istisnası bulunmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 601'inci maddesinin 2'nci fıkrası gereği, sigorta vasiyeti alacaklısı, talep hakkını doğrudan doğruya sigortacıya yöneltme imkânına kavuşturulmuştur. Bu şekilde sigorta vasiyetinde vasiyet alacaklısına karşı, mirasçıların veya bir başka vasiyet borçlusunun değil, doğrudan sigortacının yerine getirmekle yükümlü olduğu bir borç vardır.

Konu bağlamında önemle belirtilmelidir ki, Türk Medeni Kanunu'nun 600'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında geçen "Vasiyet alacaklısı, vasiyeti yerine getirme görevlisi varsa ona; yoksa yasal veya atanmış mirasçılara karşı kişisel bir istem hakkına sahip olur." hükmünde geçen '*vasiyeti yerine getirme görevlisi*', ilgili hükmü karşılayan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 541'inci maddesinin 1'inci fıkrasına uygun olarak '*vasiyeti ifa ile mükellef olan*' biçiminde anlaşılmalıdır, mirasbırakan tarafından atanmış bir vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak değil.^[58] Elbette, eğer mirasbırakan tarafından atanmış bir vasiyeti yerine getirme görevlisi varsa, ilgili vasiyeti yerine getirme görevlisi, Türk Medeni Kanunu'nun 552'nci maddesinin 2'nci fıkrasının 4'üncü bendi gereği mirasbırakan tarafından yapılmış olan vasiyetleri de yerine getirmekle görevlidir. Ancak, bu halde vasiyeti yerine getirme görevlisi Türk Medeni Kanunu'nun 600'üncü maddesinin birinci fıkrası anlamında, söz konusu vasiyetin borçlusu, bu çerçevede vasiyeti yerine getirmekle "yükümlü" olan kişi değildir.^[59] Dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nun 600'üncü maddesi 1'inci fıkrasında geçen vasiyeti yerine getirme görevlisi, Kanun'un 550'nci maddesi ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan

[57] **Dural/Öz**, s. 149-150, N. 698; **Antalya/Sağlam**, s. 191. **Gürsoy**, TBK m. 290/II hükmünü karşılayan 818 s. BK m. 240/II hükmü çerçevesinde ölüme bağlı olarak yapılan bağışlamada da, bağışlama lehtarının başka bir vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kılınabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Gürsoy**, s. 42. Bu halde bir kimseye ölüme bağlı olarak yapılan bağışlamanın kendisi de, ilgili işlem taraflardan birinin ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğuracak olup, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulduğundan miras sözleşmesiyle yapılan bir vasiyet, başka bir ifadeyle vasiyet sözleşmesi söz konusudur. Bkz. **PraxKomm Erbrecht-Burkart**, Art. 484, N. 9.

[58] **Dural/Öz**, s. 149, N. 692; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N 144.

[59] **Öztan**, s. 319; **Dural/Öz**, s. 149, N. 692; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 27. Aksi görüş için bkz. **Antalya/Sağlam**, s. 191.

vasiyeti yerine getirme görevlisi ile aynı değildir.^[60] Öğretide de ifade edilmiş olduğu üzere, kavram karmaşasına yol açmamak üzere kanunkoyucunun Türk Medeni Kanunu'nun 600'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında "vasiyeti yerine getirme görevlisi" ifadesi yerine "vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi" ifadesini kullanması yerinde olurdu.^[61]

Türk Medeni Kanunu'nun 519'uncu maddesinin 2'nci fıkrası gereği, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi mirası veya vasiyet alacağını reddetmiş^[62] ya da mirasbırakandan önce ölmüş veya mirastan yoksun kalmış olsa bile yürürlükte kalır. İlgili hüküm gereği, bu halde vasiyeti yerine getirme yükümlülüğü, bu durumlardan yararlananlara geçer.

C) Ön Vasiyetin Konusu

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun 517'nci maddesinin 2'nci fıkrasında terekedeki belli bir malın mülkiyetinin veya terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasının yahut bir kimseye tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesinin, bir iradın bağlanmasının veya bir kimsenin bir borçtan kurtarılmasının vasiyetin konusunu oluşturabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Önemle belirtilmelidir ki, hükümde yer alan bu sayma sınırlayıcı^[63] değildir ve bu bağlamda her türlü malvarlığı avantajı vasiyete konu edilebilir.^[64] Örneğin bir kimseye terekedeki bir mala ilişkin alım hakkı, ön alım hakkı gibi bir yenilik doğuran hakkın tanınması^[65] mirasbırakana ait bir evin

[60] Öztan, s. 319; Dural/Öz, s. 149, N. 692.

[61] Gerçekten de İsviçre Medeni Kanunu'nun, Türk Medeni Kanunu'nun 600'üncü maddesinin 1'inci fıkrasını karşılayan 562'nci maddesinin 1'inci fıkrasının Almanca metninde "*Die Vermächtnisnehmer haben gegen die Beschwerten oder, wenn solche nicht besonders genannt sind, gegen die gesetzlichen oder eingesetzten Erben einen persönlichen Anspruch.*" İfadesine yer verilmiştir. Bu ifade Türkçe'ye "Vasiyet alacaklısı, yükümlü kılınan kişiye veya eğer böyle bir kişi özellikle belirlenmiş değilse, yasal veya atanmış mirasçılara karşı ileri sürebileceği kişisel bir talep hakkına sahip olur." şeklinde tercüme edilebilir.

[62] Söz konusu red beyanının esasen tek taraflı bir vazgeçme olduğuna ilişkin olarak bkz. yukarıda dpn. 50.

[63] PraxKomm Erbrecht–Burkart, Art. 484, N. 42.

[64] Esasen parasal bir değeri bulunmasa bile bir borçlar hukukuna konu olabilecek her türlü değer vasiyete de konu olabileceği belirtilmektedir. Bkz. İmre/Erman, s. 126; PraxKomm Erbrecht–Burkart, Art. 484, N. 45.

[65] Öztan, s. 316.

düşük bedel üzerinden bir kimseye kiraya verilmesi^[66] alacağa ilişkin üçüncü kişi tarafından tesis edilmiş olan teminattan vazgeçilmesi, mevcut bir alacak için teminat tesis edilmesi,^[67] bir kimsenin tedavi masraflarının üstlenilmesi, bir kimseye karşı rekabetin artık sürdürülmemesi^[68] gibi hususlar da vasiyetin konusunu oluşturabilir.^[69]

Vasiyete konu olan her husus, ön vasiyete de konu olabilir.^[70] Aşağıda çalışma bağlamında konularına göre başlıca vasiyet türleri kısaca ele alınmıştır. İlgili vasiyet türlerinin ön vasiyet şeklinde, başka bir ifadeyle yasal veya atanmış bir mirasçıya miras payı dışında yapılan bir kazandırma olarak gerçekleştirilmesine engel bir durum söz konusu değildir.

Burada önem arz eden bir diğer konu, vasiyetin ve bu çerçevede ön vasiyetin konusunun mirasbırakan tarafından belirlenmesi gereğidir. Ölüme bağlı tasarruflarda şahsa sıkı sıkıya bağlılık ilkesinin bir gereği olarak gerek üçüncü kişi gerek mirasçı lehine vasiyetin konusunun mirasbırakan tarafından belirlenmesi şarttır.^[71]

[66] **Oğuzman**, s. 143. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. JdT 1973 I 566 (**Oğuzman**, s. 143, dpn. 287'dan naklen.)

[67] İlgili iki örnek için bkz. **Gürsoy**, s. 17. **Gürsoy**, o ana kadar kendisi tarafından varlığı inkâr edilen borcun alacaklıya karşı tanınmasının da vasiyete konu olabileceğini belirtmektedir.

[68] İlgili iki örnek için bkz. **Piotet**, SPR IV/1, s. 130.

[69] Bir eser yapma ediminin, hizmet ediminin vasiyetin konusunu oluşturabileceği hakkında bkz. Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 7; mirasbırakanın terekede bulunan belli bir hususun belli bir kişiye satış değeri üzerinden satılmasının vasiyete konu edilebileceği hakkında bkz. **Gürsoy**, s. 11-12, 17.

[70] Bu çerçevede öğretilerde birçok yazar, ön vasiyet kurumu bakımından “yasal veya atanmış mirasçı lehine yapılan vasiyet” ifadesine yer vermek suretiyle genel olarak vasiyete konu olabilecek her hususun ön vasiyete de konu olabileceğini örtülü olarak ifade etmiş olmaktadır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 262; **Oğuzman**, s. 144; **Öztan**, s. 317; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 142. Buna karşılık öğretilerde bazı yazarlar ön vasiyeti, ‘mirasbırakanın terekedeki bir malı yasal veya atanmış mirasçıya vasiyet etmesi’ şeklinde nitelendirmek suretiyle ön vasiyetin konusunu terekede yer alan bir taşınır veya taşınmaz mal ve bu çerçevede en fazla terekede yer alan mallar da dâhil olmak üzere terekedeki bir malvarlığı değeri ile sınırlamış görünmektedirler. Bkz. (terekedeki malın ön vasiyetin konusunu oluşturacağı) **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 226-227; (terekedeki malvarlığı değerinin vasiyetin konusunu oluşturacağı) **Dural/Öz**, s. 147, N. 684.

[71] Mirasbırakanın vasiyetin konusunu belirleme yetkisini, ölüme bağlı tasarruflara egemen olan şahsa sıkı sıkıya bağlılık nedeniyle bir üçüncü kişiye bırakamayacağı hakkında bkz. **Gürsoy**, s. 51. Yazar, bu yönde İsviçre Federal Mahkemesinin de BGE 56 II 351 ve, 68 II 166 sayılı kararlarına yer vermiştir. Bkz. s. 52, dpn. 5. Ayrıca bu yönde bkz. **İmre/Erman**, s. 126.

Bu bağlamda, bu kuralın istisnasını teşkil etmeksizin^[72] özel bir durum *seçimlik vasiyet*^[73] bakımından söz konusudur. Seçimlik vasiyette mirasbırakan, birden fazla malvarlığı avantajı arasında seçim hakkının kullanılmasıyla belirlenen avantajı, vasiyet lehtarına kazandırmayı vasiyet borcu olarak düzenlemektedir.^[74] Seçimlik vasiyette mirasbırakan kendisi tarafından belirlenen birden fazla malvarlığı avantajı arasında seçim yapma hakkını vasiyetin lehtarına veya vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişiye bırakabilir.^[75] Seçim hakkının kime ait olduğunun mirasbırakan tarafından belirlenmediği durumlarda Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi gereği uygulama alanı bulan Türk Borçlar Kanunu'nun 87'nci maddesinin kıyasen uygulanmasıyla, seçim hakkı vasiyeti ve bu çalışma bağlamında ön vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişiye ait olacağı kabul edilmektedir.^[76]

[72] Seçimlik vasiyette, vasiyetin konusunu oluşturan hususun mirasbırakan tarafından vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişiye veya lehine vasiyet öngörülen kişiye bırakılmasının ölüme bağlı tasarruflarda şahsa sıkı sıkıya bağlılık ilkesiyle çatışmadığı hakkında bkz. BaK-Huwiler, ZGB Art. 484, N. 92; Handkomm-Studhalter, ZGB Art. 484, N. 17; PraxKomm Erbrecht-Burkart, Art. 484, N. 43.

[73] Bkz. Handkomm-Studhalter, ZGB Art. 484, N. 17; Öztan, s. 315; İnan/Ertas/Albaş, s. 225; Antalya/Sağlam, s. 189; Dural/Öz, s. 146, N. 679; İmre/Erman, s. 127; Kocayusufpaşaoğlu, s. 262; Oğuzman, s. 142.

[74] Oğuzman, seçimlik edimlerin konusunun mal olması durumunda *seçimlik mal vasiyetinin*, seçimlik edimlerin mal ve diğer hususlardan oluşması durumunda *seçimlik vasiyetin* söz konusu olacağını belirtmektedir. Bkz. Oğuzman, s. 142.

[75] Seçimlik vasiyette seçim hakkının, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişi ile vasiyetin lehine öngörüldüğü kişi dışında bir üçüncü kişiye bırakılıp bırakılmayacağı tartışmalıdır. Bkz. ZK-Escher, Art. 484 ZGB, N. 12'de adı geçen yazarlar. Türk Hukuk öğretisinde İmre/Erman, seçimlik vasiyette ölüme bağlı tasarruflara egemen olan şahsa sıkı sıkıya bağlılık ve temsil ve vekâlete kapalılık gerekçesiyle, seçim hakkının vasiyet lehtarı ile yükümlüsü dışında bir üçüncü kişiye bırakılmayacağına ilişkin görüşü kabul etmediklerini; zira halihazırda seçimlik vasiyette seçim hakkının mirasbırakan dışında bir kişi (vasiyet lehtarı veya yükümlüsü) tarafından kullanılmakta olduğunu; bu nedenle mirasbırakanın bu yetkiyi bir üçüncü kişiye tanınmasına engel bir durumun esasen bulunmadığını ifade etmektedirler. Bkz. İmre/Erman, s. 128.

[76] Bkz. Dural/Öz, s. 146, N. 679; Öztan, s. 315; İmre/Erman, s. 127; (TBK m. 87'yi karşılayan eBK m. 71'in seçimlik vasiyette uygulanması hakkında) Kocayusufpaşaoğlu, s. 263; Ayiter, s. 70; (TBK m. 87'yi karşılayan İsvBK m. 72'nin seçimlik vasiyette uygulanması hakkında) BK-Tuor, Art. 484 ZGB, N. 19; ZK-Escher, Art. 484 ZGB, N. 12; BaK-Huwiler, ZGB Art. 484, N. 89; Handkomm-Studhalter, ZGB Art. 484, N. 17; PraxKomm Erbrecht-Burkart, Art. 484, N. 43.

2. Ön Vasiyete de Konu Olabilecek Başlıca Vasiyet Türleri

a) Mal vasiyeti

Hükümden de anlaşıldığı üzere vasiyetin (ön vasiyetin) konusu taşınır veya taşınmaz bir mal ve hatta fikri veya sınaî bir hak^[77] olabilir. Bu hallerde *mal vasiyeti* söz konusu olur.^[78]

Mal vasiyetinin konusu çeşidiyle belirlenmiş olabilir.^[79] Bu halde ilgili vasiyet *çeşit vasiyeti*^[80] olarak adlandırılır. Çeşit vasiyetinde Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi gereği, Türk Borçlar Kanunu'nun 86'ıncı maddesi kıyasen uygulanır.^[81] Buna göre, vasiyet borcunun konusunu oluşturan çeşidin seçimi vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişiye aittir; ancak ilgili kişi orta kalitenin altında mal teslim edemez.

Bu halde önemli bir meseleyi, vasiyet edilen çeşit malının terekede mevcut olmaması halinde ne olacağı meselesi oluşturur. Günümüzde öğretilde baskın bulunan görüşe^[82] göre, Türk Medeni Kanunu'nun "*Bırakılan belirli mal terekede*

[77] Handkomm-Studhalter, ZGB Art. 484, N. 7; PraxKomm Erbrecht–Burkart, Art. 484, N. 60; Öztan, s. 315; Serozan/Engin içinde Serozan, § 4, N. 138; İnan/Ertaş/Albaş, s. 225; Ayiter, s. 69-70.

[78] Ayiter, s. 69-70; Oğuzman, s. 141; Öztan, s. 315; İnan/Ertaş/Albaş, s. 225.

[79] Çeşit vasiyetinin örneği bu çerçevede '800 kg buğday verilmesi', '40 ton kömür teslim edilmesi' gibi vasiyetlerdir. Eğer mirasbırakan vasiyeti örneğin 'terekemde bulunan 1000 kg buğdayın 800 kg'ının verilmesi' veya 'Zonguldak'daki depomdan 40 ton kömür teslim edilmesi' gibi düzenlemişse, bu halde ilgili vasiyet esasen çeşit vasiyeti olmayıp, sınırlı çeşit vasiyetidir. Bu konu yine bu kısım altında açıklanmış bulunmaktadır.

[80] Çeşit vasiyeti hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 263; Oğuzman, s. 141; Ayiter, s. 69-70; Öztan, s. 315; Antalya/Sağlam, s. 189; İnan/Ertaş/Albaş, s. 226; Dural/Öz, s. 146, N. 680. Para vasiyet edilmesi halinde bunun çeşit vasiyeti sayılacağı hakkında bkz. Dural/Öz, s. 146, N. 680; İmre/Erman, s. 127; Ayiter, s. 72.

[81] TBK m. 86'yı karşılayan eBK m. 70'in çeşit vasiyetinde kıyasen uygulanacağı hakkında bkz. Oğuzman, s. 141; Kocayusufpaşaoğlu, s. 263; Ayiter, s. 70; (madde numarası belirtmeksizin hükme yer vermek suretiyle) İmre/Erman, s. 126. Çeşit vasiyetinde TBK m. 86'yı karşılayan İsvBK m. 71'in kıyasen uygulanacağı hakkında bkz. Handkomm-Studhalter, ZGB Art. 484, N. 13.

[82] Dural/Öz, s. 146, N. 680; Öztan, s. 315; (TMK m. 517/III hükmünü karşılayan eMK m. 464/c. 3 hükmünün çeşit vasiyetinde uygulanmayacağı hakkında) Kocayusufpaşaoğlu, s. 265; (TMK m. 517/III hükmünü karşılayan İsvMK m. 484/III hükmünün çeşit vasiyeti bakımından uygulanmayacağı hakkında) bkz. BaK-Huwwiler, ZGB Art. 484, N. 78; PraxKomm Erbrecht–Burkart, Art. 484, N. 72; Handkomm-Studhalter, ZGB Art. 484, N. 13, N. 18. Buna karşılık öğretilde daha önceleri çeşit vasiyeti bakımından da Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükmünün uygulama alanı bulacağı ifade edilmekteydi. Bkz. Ayiter, s. 72; Oğuzman, s. 141. (Oğuzman tedarik vasiyetini sadece mirasbırakanın terekede ilgili malın olmadığını veya başkasına ait olduğunu bilerek vasiyet ettiği durumlara inhisar ettirmiş görmektedir.)

bulunmadığı takdirde, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, ölüme bağlı tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanlar borçtan kurtulurlar." ifadesini taşıyan 517'nci maddesinin 3'üncü fıkrası çeşit vasiyeti bakımından uygulama alanı bulmaz. Buna göre, eğer çeşit vasiyetinin konusunu oluşturan mal terekede mevcut değilse, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kılınan veya kanun gereği yükümlü olan kişi veya kişiler, çeşit vasiyetine konu hususu tedarik ederek, vasiyet lehtarına teslim etmekle yükümlü olur. Dolayısıyla, vasiyetin konusunu oluşturan çeşit terekede mevcut değilse, ortada bir *tedarik vasiyetinin*^[83] bulunduğu kabul edilmektedir.

Öte yandan mal vasiyetinin konusu mirasbırakan tarafından ferden tayin edilmiş de olabilir. Bu halde *belirli mal vasiyeti*^[84] başka bir ifadeyle *parça vasiyeti*^[85] söz konusu olur. Parça vasiyetinde, terekenin açıldığı anda mal terekede mevcut değilse Türk Medeni Kanunu'nun 517'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uygulama alanı bulur. Dolayısıyla eğer vasiyetin konusunu oluşturan ve ferden tayin edilmiş bulunan tereke malı, mirasın geçişi anında terekede mevcut değilse, vasiyet borcunun sona erdiği kabul edilir.^[86] Hükümde de ifade edildiği üzere

[83] Mirasbırakan tarafından öngörülen tedarik vasiyetinde, kural olarak mirasbırakan, çeşit veya parça niteliğinde bir malın, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kıldığı veya kanun gereği yükümlü olan kişi tarafından tedarik edilerek vasiyet alacaklısı olarak tayin ettiği kişilere teslim edilmesini öngörmektedir. Örneğin mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufta, yurtdışından ülkeye belli bir maldan getirme yetkisine sahip olan oğluna, yurtdışından ilgili malı alarak vasiyet alacaklısı tayin ettiği bir yeğenine teslim etme borcu yükleyerek, ilgili yeğenini de vasiyet alacaklısı olarak tayin etmiş olabilir. Bu halde ilgili vasiyet tedarik vasiyeti olarak nitelendirilecektir. Konuya ilişkin açıklamalarda da yer verildiği üzere, terekede mevcut olmayan çeşit niteliğindeki bir malın mirasbırakan tarafından bir kişiye vasiyet edilmesinde de, bu vasiyetin tedarik vasiyeti olduğu kabul edilmektedir.

[84] **Özcan**, s. 315; **Antalya/Sağlam**, s. 189; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 225; **Dural/Öz**, s. 146, N. 679; **Oğuzman**, s. 141.

[85] Parça vasiyeti ifadesi için, **Dural/Öz**, s. 146, N. 679.

[86] Bu halde, Miras Hukuku'nda, Türk Borçlar Kanunu'nun parça borcunda imkânsızlık meselesine ilişkin düzenleme tarzından ayrılınmış bulunmaktadır. Şöyle ki Türk Borçlar Kanunu'nun ifa imkânsızlığına ilişkin hükümleri çerçevesinde, ifa imkânsızlığı borçlunun imkânsızlıkta kusurlu olup olmamasına göre, kusurlu ifa imkânsızlığı ve kusursuz ifa imkânsızlığı olmak üzere ikiye ayrılır. Kusursuz ifa imkânsızlığında, Türk Borçlar Kanunu'nun 136'ncı maddesinin birinci fıkrası gereği asıl borç sona erer. Dikkat edilirse, Türk Medeni Kanunu'nun 517'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan düzenleme, bu açıdan Borçlar Kanunu'ndaki çözüme paraleldir. Ancak, ifa imkânsızlığında borçlu kusurlu da olabilir. Bu halde borç sona ermeyecek, imkânsızlaşan edimin yerini Türk Borçlar Kanunu'nun 112'nci maddesi gereği alacaklının müspet zararını tazmin etme borcu olacaktır. Bu çerçevede mirasbırakan tarafından vasiyetin ve bu çalışma bağlamında ön vasiyetin konusunu terekede mevcut olan belirli bir mal olarak belirlendiği ve fakat daha sonra, özellikle de vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi veya kişilerin kusurlu olarak vasiyetin konusu olan hususun imkânsız hale gelmesine neden olmaları durumunda acaba TMK m. 517/III gereği, vasiyetin konusunu oluşturan mal terekede mevcut olmadığından vasiyet borcunun sona mı erdiği, yoksa bu halde TMK m. 5 düzenlemesi çerçevesinde

mirasbırakanın bunun aksini öngörmesi, başka bir ifadeyle ferden tayin edilen ve terekede mevcut olmayan malın tedarik edilerek vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişi tarafından vasiyet lehtarına kazandırılacağını ölüme bağlı tasarrufta düzenlemiş olması mümkündür.^[87] Bu halde artık konusu belirli bir mal olan vasiyet de tedarik vasiyeti olarak nitelendirilecektir.^[88]

Önemle belirtilmelidir ki, parça vasiyetinin konusunu oluşturan husus, mirasbırakanın terekesinde hiç mevcut olmamış ve mirasbırakan bir tedarik vasiyeti öngörme iradesi bulunmaksızın, bu mala ilişkin bir vasiyet veya ön vasiyet yapmışsa, Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi gereği uygulama alanı bulan Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin 1'inci fıkrasının kıyasen uygulanmasıyla, vasiyete ilişkin tasarrufun, elbette miras hukuku anlamında geçersiz olduğunun kabulü gerekir. Çünkü bu halde, 'tedarik vasiyeti'nin bulunduğu kabul edilmesinin mümkün olduğu haller dışında, vasiyet borcunun geçerli şekilde doğmuş olduğundan ve dolayısıyla borcun imkânsızlaşması nedeniyle sona ermiş olduğundan söz edilemez.

uygulanması gündeme gelen TBK m. 112 gereği, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişilerin, parça vasiyetinin ifasına ilişkin borçlarının, vasiyet (bu çalışma bağlamında ön vasiyet) alacaklısının müspet zararını tazmin etme yükümlülüğüne dönüştüğü mü kabul edilecektir. Kanaatimizce konu tümüyle TMK m. 517/III hükmünün yorumuyla ilgilidir. Eğer ilgili fıkra, parça vasiyetinde vasiyetin konusunu oluşturan hususun terekede mevcut olmaması bakımından, mirasbırakan veya vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi veya kişilerin kusurlu olup olmadıkları önem arz etmeksizin, vasiyet borcunun sona ereceği şeklinde yorumlanacak olursa, vasiyeti yerine getirme yükümlüsünün parça borcunun ortadan kalkmasına neden olması halinde de borcun sona erdiği kabul edilecektir. Buna karşılık TMK m. 517/III hükmünün, vasiyetin konusunu oluşturan parça niteliğindeki malın vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişinin kusurunun bulunması hali dışındaki bir sebeple ortadan kalkmasına ilişkin olduğu kabul edilecek olursa, söz konusu malın terekede mevcut olmamasının, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişinin kusurlu davranışından kaynaklandığı durumlarda TBK m. 112 hükmünde düzenlenmiş olan parça borcunun konusunu teslim etme borcunun yerini müspet zararın tazmini borcunun alacağına ilişkin kuralın kıyasen uygulanması söz konusu olacaktır. Kanaatimizce, miras hukukunun, borçlar hukukuna nazaran arz ettiği özellik dolayısıyla borcun her durumda sona erdiğinin ve bu halde borca ilişkin hükümlerden ayrı bir durumun bulunduğu kabulü gerekir.

[87] **Dural/Öz**, s. 147, N. 682; **Öztan** s. 315; (TMK m. 517/III hükmünü karşılayan eMK m. 464/c. 3 için) **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 262; (TMK m. 517/III hükmünü karşılayan İsv.MK m. 484/III için) **BaK-Huwiler**, ZGB Art. 484, N. 76; **Druey**, § 4, N. 15; **PraxKomm Erbrecht-Burkart**, Art. 484, N. 70; **Handkomm-Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 18. **Studhalter**, belirli mal vasiyetinde malın terekede mevcut olmadığı ve bu şekilde vasiyet borcunun ortadan kalktığı kabul edilmesinin gereğinin doğduğu hallerde borcun konusunda objektif imkânsızlık nedeniyle vasiyetin hükümsüz olarak nitelendirileceğini ifade etmektedir.

[88] Bu durum esas itibarıyla vasiyetin konusunu oluşturan belirli malın terekede bulunmaması durumunda borcun sona ereceğine ilişkin hükmün kendisinde "tasarruftan aksi anlaşılmadıkça" hükmüne yer verilmesinden çıkan bir sonuçtur.

Öte yandan mirasbırakanın terekede bulunan çeşit niteliğindeki bir malı sayı veya miktarla sınırlı bir kısmının malın lehine vasiyet öngörülen kişiye bırakılmış olması söz konusu olabilir. Örneğin mirasbırakanın terekesinde bulunan beş ton durum buğdayından bir ton kadarını belirli kişiye bırakmasında durum böyledir. Bu halde ilgili vasiyet *sınırlı çeşit vasiyeti*^[89] olarak nitelendirilecektir. Önemle belirtilmelidir ki, mirasbırakan tarafından sınırlı çeşit vasiyetinin öngörülmüş olduğu hallerde, eğer mirasın geçişi anında sınırlı çeşit vasiyetinin konusunu oluşturan hususun terekede mevcut olmadığı anlaşılırsa, çeşit vasiyetinden farklı olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 517'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının uygulanmasıyla borcun sona erdiğinin kabulü gerekir.^[90] Bu çözüm tarzı, kanaatimizce, Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi gereği, Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanması bağlamında, Borçlar Hukuku kurallarına da uygundur. Nasıl ki, sınırlı çeşit borcunda, çeşit borcundan farklı olarak imkânsızlık nedeniyle borcun sona ermesi gündeme geliyorsa; sınırlı çeşit vasiyetinde de, çeşit vasiyetinden farklı olarak, malın terekede mevcut olmamasına istinaden borcun sona ermesi gündeme gelecektir.

Bu halde özellik arz eden durum, vasiyetin konusunu oluşturan tereke malının terekede bulunmamasının, malın başkasına bağışlanması, satılması gibi, mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu bir hukuki işleme dayanmasıdır. Bu halde eğer mirasbırakan vasiyetname yaparak terekede mevcut olan mala ilişkin vasiyette bulunmuş ve daha sonra ilgili mal üzerinde tasarruf işlemi yapmışsa, Türk Medeni Kanunu'nun 544'üncü maddesinin 2'nci fıkrası gereği, mirasbırakanın vasiyetnameden dönmüş olduğunun kabulü gerekir. Buna karşılık, mirasbırakanın miras sözleşmesiyle vasiyet yaptığı, başka bir ifadeyle vasiyet sözleşmesi akdetmiş olduğu hallerde, Türk Medeni Kanunu'nun 527'nci maddesinin 2'nci fıkrası gereği, mirasbırakanın sözleşmeye konu malı başkasına bağışlaması halinde bu bağışlamaya itiraz edilebilir.^[91]

[89] **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 139; **Dural/Öz**, s. 146, N. 681; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 263.

[90] **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 263; **Dural/Öz**, s. 146, N. 681. Gerek **Kocayusufpaşaoğlu**, gerek **Dural/Öz**, sınırlı çeşit vasiyetinin bulunduğu hallerde terekede söz konusu çeşit malının bulunmadığı hallerde Türk Medeni Kanunu'nun 517'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının uygulama alanı bulacağını ve vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişi bakımından vasiyet borcunun sona ereceğini belirtmektedirler.

[91] Elbette bu halde malın iadesi talep edilecektir. Bkz. **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 139.

b) Alacak Vasiyeti

Vasiyetin konusunu terekede yer alan bir alacak hakkının oluşturduğu durumlarda *alacak vasiyeti*^[92] söz konusu olur. Alacak vasiyetinde mirasbırakan, ilgili alacağı, lehine vasiyet öngörülen kişiye vasiyet ederken, alacağı ona kazandırmış olmaz. Vasiyet ve bu bağlamda ön vasiyet aracılığıyla, lehine vasiyet öngörülen kişi veya mirasçı, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişiye, alacağın kendisine devredilmesine ilişkin bir talep hakkı elde eder.^[93] Eğer vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan mirasçılar veya başka bir vasiyet bakımından lehtar olan kişi, alacak vasiyetinin gereğini yerine getirmekten kaçınırsa, alacak, vasiyetin gereğinin yerine getirilmesi için vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi veya kişilere açılacak davada, vasiyet lehtarı lehine verilen hükümlerle geçer.^[94]

c) İbra Vasiyeti

*İbra vasiyeti*nde mirasbırakan kendisine borcu olan bir kişinin, ki bu kişi mirasbırakanın mirasçıları arasında bulunan bir yasal veya atanmış mirasçı da olabilir, ibra edilmesini vasiyet etmektedir.^[95] Mirasbırakanın, bir kimsenin irtifaktan veya rehinden kurtarılmasını vasiyet ettiği hallerde de ibra vasiyeti söz konusudur.^[96]

Tıpkı alacak vasiyetinde olduğu gibi ibra vasiyetinde de mirasbırakan, yapmış olduğu vasiyet aracılığıyla, borçlu üçüncü kişiyi yahut yasal veya atanmış mirasçıyı ibra etmiş olmamakta, onun ibra edilmesini vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişilere vasiyet etmektedir.^[97] Dolayısıyla tıpkı alacağın devrinde olduğu gibi bu halde de mirasçılar tarafından yapılacak bir hukuki işleme,

[92] Handkomm-**Studhalter**, ZGB, Art. 484, N. 7; PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 61; **Öztan**, s. 315; **Dural/Öz**, s. 147, N. 686; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 226; **Ayiter**, s. 69-70; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 263; **Oğuzman**, s. 142. Bir kasadaki senetlerin vasiyeti alacak vasiyetidir. Bkz. JdT 1921, s. 303 (**Oğuzman**, s. 142, dpn. 279'dan naklen.)

[93] PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 61; **Dural/Öz**, s. 147-148, N. 686.

[94] Bu halde TBK m. 185 çerçevesinde bir yargısal devir (kazai temlik) söz konusudur. **Dural/Öz**, s. 147-148, N. 686.

[95] BaK-Huwiler, ZGB Art. 484, N. 19; Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 7, 16; PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 63; **Oğuzman**, s. 142; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 264; **Ayiter**, s. 73; **Antalya**, s. 189-190; **Öztan**, s. 315; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 226; **Dural/Öz**, s. 148, N. 687.

[96] **Oğuzman**, s. 142; **Dural/Öz**, s. 148, N. 688; Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 16.

[97] **Dural/Öz**, s. 148, N. 687; **Oğuzman**, s. 142; **Öztan**, s. 315; **İmre/Erman**, s. 132.

onlar işlemi yapmaya yanaşmazlarsa açılacak ifa davası neticesinde mahkeme tarafından verilecek karara ihtiyaç vardır.^[98]

d) İrat ve İnfak Vasiyetleri

Mirasbırakan, bir kimseye belli bir süre veya ilgili kişi yaşadığı müddetçe terekesinden irat verilmesini vasiyet olarak düzenlemiş olabilir. Bu halde ilgili vasiyet *irat vasiyeti*^[99] olarak adlandırılır. Mirasbırakanın irat vasiyetini ön vasiyet şeklinde düzenlemesine, başka bir ifadeyle hâlihazırda yasal veya atanmış mirasçısı olan kişiye miras payının dışında terekesinden irat verilmesini düzenlemesine bir engel yoktur. Bu vasiyete Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi ile 601'inci maddesi 1'inci fıkrası^[100] hükmü gereği, kıyasen Türk Borçlar Kanunu'nun ömür boyu gelir sözleşmesine ilişkin 607 ve devamı hükümleri uygulanacaktır.^[101]

Mirasbırakan, bir kimsenin geçimin (yemesinin, giyiminin, ihtiyaçlarının vb.) terekeden karşılanmasını vasiyet olarak düzenlemiş olabilir Vasiyetin bu türü de *infak vasiyeti*^[102] olarak adlandırılmaktadır. Kanaatimizce tıpkı irat vasiyetinde olduğu gibi infak vasiyetinin de ön vasiyet olarak düzenlenmesi mümkündür. Öğretide^[103] İnfak vasiyeti bakımından da Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci

[98] **Özta**n, s. 315; **Dural/Öz**, s. 148, N. 687; **Oğuzman**, s. 142.

[99] Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 15; **Özta**n, s. 315; **Antalya/Sağlam**, s. 189-190; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 225, 226; **Dural/Öz**, s. 148-149, N. 691; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 265; **İmre/Erman**, s. 130; **Ayiter**, s. 71.

[100] Anılan hükümde konuya ilişkin olarak "Kendisine ... bir irat hakkı ... vasiyet edilen kimsenin istem hakkı, tasarrufta başka bir esas öngörülmüş olmadıkça, ... borçlar hukuku kurallarına tabiidir." ifadesine yer verilmiştir.

[101] **İmre/Erman**, s. 130; **Dural/Öz**, s. 149, N. 691; **Özta**n, s. 315; (TBK m. 607 ve devamını karşılayan eBK m. 507 ve devamı hükümlerinin kıyasen uygulanacağı hakkında) **Ayiter**, s. 71; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 265; (TBK m. 607 ve devamı hükümlerini karşılayan İsvBK m. 516 ve devamı hükümlerinin kıyasen uygulanacağı hakkında) Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 15.

[102] Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 15; **Antalya/Sağlam**, s. 190; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 225; **Özta**n, s. 316; **Oğuzman**, s. 143; **Ayiter**, s. 71-72. Bu halde ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin düzenlendiği İsviçre Borçlar Kanunu'nun Türk Borçlar Kanunu'nun 611 ve devamı hükümlerini karşılayan 521 ve devamı hükümlerinin kıyasen uygulanacağı hakkında bkz. Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 15.

[103] TBK m. 611 vd hükümlerini karşılayan 818 s. BK m. 511 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanacağı hakkında bkz. **Oğuzman**, s. 143; **Ayiter**, s. 71-72. İnfak vasiyetine, TBK m. 611 vd hükümlerini karşılayan İsv.BK m. 521 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanacağı hakkında bkz. Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 15.

maddesi ile 601'inci maddesi 1'inci fıkrası^[104] gereği, Türk Borçlar Kanunu'nun ölünceye kadar bakma sözleşmesinin düzenlendiği 611 ve devamı hükümleri kıyas yoluyla^[105] uygulanacaktır.^[106]

İrat ve infak vasiyetinin Türk Medeni Kanunu'nun 517'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan "... bir kimse lehine tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesinin..." vasiyet edilmesine dâhil olduğu belirtilmektedir.^[107]

e) İntifa Vasiyeti ve Diğer Sınırlı Aynı Hak Vasiyetleri

Türk Medeni Kanunu'nun 517'nci maddesinin 2'nci fıkrasında da ifade edildiği üzere mirasbırakanın terekenin tamamı veya belli bir bölümü üzerinde, bir kimse lehine ve elbette bu bağlamda yasal veya atanmış mirasçısı lehine intifa hakkı kurulmasını vasiyet etmesi de mümkündür. Bu halde ilgili vasiyet, *intifa vasiyeti*^[108] olarak adlandırılır. Türk Medeni Kanunu'nun 601'inci maddesinin

[104] Anılan hükümde konuya ilişkin olarak "Kendisine ... belli aralıklarla tekrarlanan..edim vasiyet edilen kimsenin istem hakkı, tasarrufta başka bir esas öngörülmüş olmadıkça, ... borçlar hukuku kurallarına tabidir." ifadesine yer verilmiştir.

[105] **Ayiter**, bu halde kıyasen uygulamanın ayrıca sınırlı olduğunu; zira, ölünceye kadar bakma borcunun taraflar arasında yapılan bir sözleşmeden; infak vasiyetinin ise, tek taraflı bir irade beyanından doğmakta olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Ayiter**, s. 71-72. Öğretide **Ayiter**'in ifade ettiği bu fikir, infak vasiyetinin ve elbette 'vasiyet' kurumunun daima ölüme bağlı tasarrufların şekli anlamda türlerinden biri olan vasiyetnameyle yapılabileceği düşüncesini içermektedir. Oysa infak vasiyeti, diğer tüm vasiyet türlerinde olduğu gibi, bir diğer şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türü olan miras sözleşmesiyle de yapılabilir.

[106] Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin düzenlendiği TBK m. 611 vd hükümlerini karşılayan 818 s. BK m. 511 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanacağı hakkında bkz. **Oğuzman**, s. 143; **Ayiter**, s. 71-72. İnfak vasiyetine, TBK m. 611 vd hükümlerini karşılayan İsv.BK m. 521 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanacağı hakkında bkz. Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 15.

[107] **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 225-226; **Ayiter**, s. 71. Gerek **İnan/Ertaş/Albaş** gerek **Ayiter**, irat vasiyetiyle infak vasiyetinin terekeden sağlama vasiyeti olarak "tedarik vasiyeti" olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Önemle belirtilmelidir ki, görüşü savunan yazarlar, tedarik vasiyeti kavramını çeşit vasiyetlerinde vasiyet konusunun terekede bulunmadığı durumlarda vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişinin, ilgili çeşidi tedarik ederek lehine vasiyette bulunulan kişiye teslim etmesi anlamında kullanılan tedarik vasiyeti kavramından farklı şekilde, terekeden tedarik etme anlamında kullanmaktadırlar.

[108] Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 14; PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 64; **Dural/Öz**, s. 148, N. 689; **Öztan**, s. 316; **Antalya/Sağlam**, s. 189-190; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 225; **Ayiter**, s. 70; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 264; **Oğuzman**, s. 142. Bu halde intifa hakkının tesisinden sonra, mirasçılardan veya diğer mirasçıların üzerinde sadece çıplak mülkiyet kalacaktır. **Öztan**, s. 316; **Ayiter**, s. 70; **İmre/Erman**, s. 130-131.

1'inci fıkrası^[109] gereği intifa vasiyetinde, lehine intifa hakkı vasiyet edilen kişinin talep hakkı, mirasbırakan yapmış olduğu tasarrufta başka bir esas öngörmüş olmadıkça, Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku kuralarına tabidir.

İntifa vasiyetinde, mirasbırakan, ölümünden evvel kendisine ait olan bir intifa hakkını vasiyet etmemekte, mülkiyet hakkına sahip olduğu mallar bakımından bir kimseye intifa hakkı tanınmasını vasiyet etmektedir. Hâlihazırda mirasbırakanın yaşarken sahip olduğu bir intifa hakkını, bu hak kendisinin ölümüyle sona ereceğinden vasiyet etmesi mümkün değildir.^[110]

Her ne kadar Kanun'da sadece intifa hakkından bahsedilmekteyse de vasiyet yoluyla oturma hakkı,^[111] üst hakkı,^[112] kaynak hakkı^[113] gibi bağımsız bir sınırlı aynı hakkın bir üçüncü kişiye veya mirasçıya vasiyet edilmesine bir engel yoktur. Ancak önemle belirtilmelidir ki hukukumuz açısından rehin hakları asıl alacaktan ayrı olarak vasiyet edilemeyeceğinden, rehin hakkı vasiyetin konusunu oluşturamaz.^[114] Ancak mirasbırakanın belli bir malı üzerinde bir kimsenin borcu için rehin tesis edilmesini vasiyet etmesi mümkündür.^[115]

f) Sigorta Vasiyeti

Mirasbırakan yapmış olduğu bir ölüme bağlı tasarrufta bir sigorta alacağını vasiyet edebilir. Bu halde ilgili vasiyet *sigorta vasiyeti*^[116] olarak nitelendirilir.

[109] Anılan hükümde konuya ilişkin olarak “Kendisine bir intifa hakkı ... vasiyet edilen kimsenin istem hakkı, tasarrufta başka bir esas öngörülmesi olmadıkça, eşya hukuku ve borçlar hukuku kurallarına tabidir.” ifadesine yer verilmiştir.

[110] **Oğuzman**, s. 142; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 264; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 225; **Dural/Öz**, s. 148, N. 689. Konuya ilişkin olarak öğretilde **Serozan**, mirasbırakanın, ölümünden evvel ve kendisinin ölümüyle sona erecek olan intifa hakkının, en başından itibaren kendisi için kurulması yönünde bir alacak hakkı tesis edecek şekilde bir kimseye vasiyet edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 27b.

[111] PraxKomm Erbrecht–**Burkart**, Art. 484, N. 64; **Antalya/Sağlam**, s. 190; **Dural/Öz**, s. 148, N. 690; **Ayiter**, s. 71; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 264; **Oğuzman**, s. 143. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için bkz. BGE 91 II 94 (**Oğuzman**, s. 143, dpn. 285'ten naklen.)

[112] **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 264; **Ayiter**, s. 71; (diğer aynı hakların da vasiyet edilebileceğini ifade etmek suretiyle) **Dural/Öz**, s. 148, N. 690.

[113] Bkz. bir önceki dipnotta yer verilen eserler.

[114] PraxKomm Erbrecht–**Burkart**, Art. 484, N. 64; **Dural/Öz**, s. 148, N. 690; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 264; **Ayiter**, s. 71. **Ayiter** vasiyet konusu olamayacak bir diğer sınırlı aynı hak olarak bağımsızlık vasfı bulunmayan taşınmaz irtifakını göstermektedir.

[115] Bkz. **Oğuzman**, s. 143, dpn. 285.

[116] **Öztan**, s. 316.

Elbette mirasbırakanın yasal veya atanmış bir mirasçısı lehine de bu şekilde bir sigorta alacağı vasiyet etmesi mümkündür. Dolayısıyla ön vasiyetin konusu sigorta vasiyeti de olabilir.

Sigorta vasiyetinde, Türk Medeni Kanunu'nun 601'inci maddesinin 2'nci fıkrası^[117] gereği, lehine sigorta vasiyetinde bulunulan kişi, bu alacağını mirasbırakanın ölümünden sonra, diğer vasiyetlerden farklı olarak mirasbırakan tarafından vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kılınan mirasçıya veya bir başka vasiyet lehtarına veya mirasbırakan herhangi bir açıklama yapmadığından kanun gereği borçlu olan yasal ve atanmış mirasçılara karşı değil, doğrudan sigorta şirketine karşı ileri sürer. Dolayısıyla bu halde, diğer vasiyetlerde borçlu olan kişilerden farklı bir borçlu söz konusudur. Bu çerçevede sigorta vasiyetinin bir diğer özelliği, ayrıca bir alacak devri yapılmasını gerektirmemesi; lehine sigorta vasiyetinde bulunulan kişinin, bu sigortaya ilişkin alacak hakkını, ayrı bir işlem yapılması gerekmeksizin kazanmasıdır.^[118] Öğretide **Serozan**,^[119] sigorta vasiyetinin, hayat sigortalarında üçüncü kişi yararına bir sağlararası sözleşmeyle bir üçüncü kişinin lehdar olarak atanmasıyla karıştırılmaması gerektiğini; ilgili hayat sigortalarında, "lehdar tayininin" sigorta vasiyetinden farklı olarak tereke dışı iktisaba yol açtığını ve söz konusu hayat sigortalarının ölümüne bağlı tasarrufların tâbi olduğu sıkı rejime de tabi olmadığını belirtmektedir.

III. Ön Vasiyetin Özellikleri

Bu halde öncelikle vasiyetin iki önemli özelliğinden bahsetmek gerekmektedir. Vasiyette öncelikle malvarlığı avantajının bir kimseye ölümüne bağlı tasarruf aracılığıyla kazandırılması söz konusudur.^[120] Önemle belirtilmelidir ki, çoğunlukla bu aktif değer vasiyeti düzenleyen mirasbırakanın terekesinde bulunan bir aktif değerdir. Ancak yukarıda tedarik vasiyetinde de belirtilmiş olduğu üzere, mirasbırakanın üzerinde hak sahibi olmadığı bir hususu da vasiyet etmesine engel yoktur.

[117] Anılan hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: "Kendisine mirasbırakanın ölümünde ödenecek bir sigorta alacağı vasiyet edilen kişi, sigorta sözleşmesinden doğan istem hakkını sigortacıya karşı doğrudan doğruya kullanabilir."

[118] PraxKomm Erbrecht–**Burkart**, Art. 484, N. 57; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 6, N. 27a. **Serozan**, konuya ilişkin yapmış olduğu açıklamalarda, sigorta vasiyetinde bu şekilde bir "temliksiz alacak iktisabı" hali bulunmasının, alacağın külli halefiyet yoluyla kazanıldığı anlamına gelmeyeceğini; çünkü bu halde toplu halde bir alacak iktisabının bulunmadığını, aksine tek bir alacağın iktisap edilmekte olduğunu ifade etmektedir.

[119] **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 6, N. 27a.

[120] **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 259; **Oğuzman**, s. 140; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 223; **BK-Tuor**, Art. 484 ZGB, N. 5; **ZK-Escher**, Art. 484 ZGB, N. 3.

Vasiyetin ikinci özelliği de, ilgili ölüme bağlı tasarrufla lehine kazandırmada bulunan kişinin bu işlem aracılığıyla mirasçı olarak atanmamasıdır.^[121] Başka bir ifadeyle vasiyette mirasbırakan, hâlihazırda yasal veya atanmış mirasçısı olan bir kişiye veya bir üçüncü kişiye, mirasçı atama işlemi söz konusu olmaksızın, bir malvarlığı avantajına ilişkin kazandırmada bulunulmasını ölüme bağlı tasarrufla düzenlemekte, lehtar lehine bir talep hakkı tesis etmektedir.^[122]

Ön vasiyet açısından, mirasbırakan, yasal veya atanmış mirasçısına miras payı dışında bir kazandırmada bulunmak iradesiyle yaptığı ölüme bağlı tasarruf aracılığıyla, ilgili yasal veya atanmış mirasçıya, bir malvarlığı avantajına ilişkin olarak vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi veya kişilere karşı ileri sürebileceği bir talep hakkı kazandırmaktadır. Bu çerçevede ön vasiyette de ölüme bağlı tasarrufla aktif bir değer kazandırılması söz konusudur. Ön vasiyet halinde de, tıpkı vasiyette olduğu gibi bir mirasçı ataması söz konusu değildir. Hâlihazırda yasal mirasçı olan veya atanmış mirasçı olarak belirlenmiş olan kişiye, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kılınan veya kanun gereği yükümlü olmaları söz konusu olan kişi veya kişilere karşı ileri sürecekleri, miras payı dışında bir malvarlığı avantajına ilişkin bir talep hakkı tesis edilmektedir.^[123] Öğretide^[124] de ifade edilmiş olduğu üzere bu halde çoğu zaman yasal veya atanmış mirasçı, miras payından daha fazlasına kavuşturulmuş olmaktadır.

Bu şekilde ön vasiyette, lehine vasiyet yapılmış olan mirasçının talep hakkı, mirasçılık sıfatından bağımsızdır.^[125] Yukarıda daha evvel açıklanmış olduğu

[121] **Öztan**, s. 313; **Gürsoy**, s. 15; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 136; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 259; **Oğuzman**, s. 140; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 223; Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 1; **CHK-Hrubesh-Millauer**, ZGB Art. 484, N. 2; PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 6; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 12. Türk Medeni Kanunu'nun 516'ncı maddesi şu ifadeyi taşımaktadır: "Mirasbırakan, mirasının tamamı veya belli bir oranı için bir veya birden çok kişiyi mirasçı atayabilir." Bu çerçevede terekede bulunan belli bir malın bir kimseye bırakılması da, özellikle ilgili malın terekenin toplam değeri bağlamında çok yüksek bir değeri ihtiva ettiği hallerde yerine göre mirasçı atama olarak nitelendirilebilir. Ölüme bağlı tasarrufla üçüncü kişi lehine yapılan kazandırmanın, bir mirasçı atama işlemi mi yoksa bir vasiyet lehtarını belirleme işlemi mi olduğunun tespiti, ölüme bağlı tasarrufun yorumuyla yapılır. Bkz. **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 130 vd.

[122] Bkz. **ZK-Escher**, Art. 484 ZGB, N. 3; **BK-Tuor**, Art. 484 ZGB, N. 5; **CHK-Hrubesh-Millauer**, ZGB, Art. 484, N. 3; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 15; **Druey**, § 11, N. 16; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 223; **Oğuzman**, s. 140.

[123] **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 12.

[124] PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 16.

[125] **ZK-Escher**, Art. 486 ZGB, N. N. 8; PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 484, N. 17; **CHK-Hrubesh-Millauer**, ZGB Art. 486, N. 14; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 14;

üzere, Türk Medeni Kanunu'nun 519'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası gereği, vasiyet lehtarını mirasçı, mirası reddedip vasiyet alacağını kabul edebilir.^[126]

Vasiyette ve bu bağlamda ön vasiyette, lehine vasiyet yapılan kişi nispi etkili bir hakka sahip olmaktadır.^[127] Lehine ölüme bağlı tasarruf yoluyla kazandırmada bulunulan kişi lehine söz konusu olan bu nispi etkili talep hakkı “*alacak hakkı*”na benzer bir haktır.^[128] Türk Medeni Kanunu'nun 600'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında bu husus “*Vasiyet alacaklısı, ... kişisel bir istem hakkına sahip olur.*” tümcesiyle ifade edilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, lehine vasiyette bulunulan kişi için vasiyet aracılığıyla doğan bu talep hakkı bakımından, Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi çerçevesinde Türk Borçlar Kanunu'nun alacak hakkına ilişkin hükümleri, konuya ilişkin özel nitelikte bir miras hukuku kuralı bulunmadıkça, kıyasen uygulama alanı bulacaktır.^[129] Ancak önemle

Serozan/Engin içinde **Serozan**, § 4, N. 142; **Antalya/Sağlam**, s. 190; **Öztan**, s. 317; **Dural/Öz**, s. 147, N. 684.

[126] Daha evvel yukarıda da (bkz dpn. 21 ve bu nota bağlı metin) ifade edilmiş olduğu üzere, her ne kadar anılan hükümden bahsedilmiş olmasa bile, vasiyet lehtarını mirasçının, miras kabul edip, vasiyet alacağından vazgeçmesi veya alacağının ifası için herhangi bir girişimde bulunmaması da mümkündür. Bkz. BK-Weimar, Art. 484 ZGB, N. 14; Handkomm-Studhalter, ZGB Art. 486, N. 9; CHK-Hrubesch-Millauer, ZGB Art. 486, N. 14; PraxKomm Erbrecht-Burkart, Art. 484, N. 17, Art. 486, N. 16; **Öztan**, s. 317; **Dural/Öz**, s. 147, N. 685; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 142; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 226-227; **Antalya/Sağlam**, s. 190. Bu durum, ön vasiyette, mirasçılık sıfatından bağımsız bir kazandırmada bulunulmasının bir sonucudur.

[127] **Öztan**, s. 313; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 133; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 224; **Antalya/Sağlam**, s. 187; **Şenocak**, s. 617; **Pfammatter**, s. 54; **Stein-Wigger**, s. 1136; PraxKomm Erbrecht-Burkart, Art. 484, N. 6.

[128] Esas itibarıyla burada konuya ilişkin açıklamalarda alacak hakkından bahsedilmekle birlikte, İsviçre Hukuk öğretisinde bazı yazarlar, bu halde esasen gerçek anlamda alacak hakkının bulunmadığını, alacak hakkına benzer bir durumun bulunduğunu ifade etmektedirler. **Weimar**, konuya ilişkin açıklamalarında İsviçre Hukukunda kanunkoyucunun, Alman Hukukunda kanunkoyucunun tercihine benzer şekilde “alacak hakkı” terimini kullanmaktan imtina ettiğini, bilinçli bir şekilde “alacaklı” (*Gläubiger*) ve “borçlu” (*Schuldner*) kavramlarının yerine “lehine vasiyet edilen” (*Bedachte*) ve vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişi (*Beschwerte*) terimlerinin tercih edildiğini ifade etmektedir. Bkz. BK-Weimar, Art. 484 ZGB, N. 2, 6. Ancak önemle belirtilmelidir ki, İsviçre Hukuk öğretisinde de birçok yazar vasiyet konusuna ilişkin açıklamalarında “alacak hakkı” (*Forderung*) terimini kullanmaktadırlar. Bkz. Handkomm-Studhalter, ZGB Art. 484, N. 1; CHK-Hrubesch-Millauer, ZGB Art. 484, N. 2; BaK-Huwiler, ZGB Art. 484, N. 1. Türk Hukuk öğretisinde vasiyette, lehine vasiyette bulunulan kişinin bir alacak hakkına sahip olduğu ifadesi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 260; **Oğuzman**, s. 140, 143; **Antalya/Sağlam**, s. 187, 188; **Dural/Öz**, s. 143, N. 671, s. 144, N. 673; **İmre/Erman**, s. 123; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 133.

[129] İsviçre Hukuku bakımından benzer ifade için bkz. BK-Weimar, Art. 484 ZGB, N. 5; Handkomm-Studhalter, ZGB Art. 484, N. 2. Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda 86 numaralı dipnot ile aşağıda 130 numaralı dipnot.

belirtilmelidir ki, Borçlar Hukuku kurallarının kıyasen uygulanması, tek başına gerek lehine vasiyet öngörülen üçüncü kişi gerek lehine ön vasiyet öngörülen yasal ya da atanmış mirasçının, bu işlem üzerinden bir borçlar hukuku anlamında bir alacak hakkına kavuştuğu anlamına gelmez. Ancak bu halde lehtarın talep hakkı saf miras hukukuna dayanan ve ancak onun kurallarının uygulandığı bir hak da değildir.^[130]

Vasiyette ve bu çerçevede ön vasiyette, lehine vasiyet yapılan kişinin, alacak hakkına benzeyen bu nispi etkili talep hakkı dolayısıyla, cüz'i halef olacağı ifade edilmektedir.^[131] Bu halde lehine vasiyette bulunan kişi, talep hakkını, sigorta vasiyeti hali dışında,^[132] doğrudan mirasbırakana değil, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan şahsa karşı ileri süreceğinden^[133] mirasbırakanın

[130] **Serozan**, “Vasiyet alacaklısının haklarının özellikleri” başlığı altında yaptığı açıklamalarda, vasiyetten doğan talep hakkının, miras hukukçusundan çok borçlar hukukçusunu ilgilendirdiğini, bu çerçevede vasiyet alacağının tipik bir borçlar hukuku alacağı teşkil ettiğini belirtmiş (bkz. **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 6, N. 27c) olmakla birlikte; “Vasiyet alacağının talep edilebilirliği” başlığı altında yaptığı açıklamalarda, lehine vasiyet yapılan kişinin, ‘basit bir alacaklı’ olarak nitelendirildiğini; hâlbuki vasiyet lehtarının durumunun belli açılardan mirasçıya benzediğini ifade etmiş ve vasiyet lehtarının durumu bakımından borçlar hukukundan ayrılan miras hukukuna ilişkin şu özelliklere yer vermiştir: “Vasiyet alacaklısı, hakkını, mirasbırakanın miras hukukuna özgü ölümüne bağlı tasarrufuna, son aşamada da mirasbırakanın iradesine borçludur.” “Vasiyet alacaklısı hakkını, kabul beyanında değil, kendiliğinden (eo ipso) kazanmaktadır.” “Vasiyet alacaklısı hak sahibi olabilmek için, mirasbırakanın ölümünde ‘artık’ ve ‘daha’ yaşamalıdır.” “Vasiyet alacaklısı vasiyet kazandırmasını red hakkına sahiptir.” “Vasiyet alacaklısı mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk yaptırımlarına tabidir.” “Vasiyet, aynen mirasçı atama gibi, ikamali ölümüne bağlı tasarruflara konu olabilmektedir.” “Vasiyet alacaklısının kimliği de aynen atanmış mirasçının kimliği gibi, maddi anlamda kişiye sıkı biçimde bağlılık kuralı bağlamında mirasbırakan tarafından bizzat saptanmalı; bu konudaki karar başkasına bırakılmamalıdır.” Bu şekilde yazar, vasiyet lehtarının talep hakkını borçlar hukuku alanına; buna karşılık vasiyet lehtarının kendisini miras hukuku alanına yaklaştırmış bulunmaktadır (bkz. **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 6, N. 16).

[131] **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 133; § 6, N. 27. Kocayusufpaşaoğlu, s. 260; **Ayiter**, s. 67; **Antalya/Sağlam**, s. 188; **Dural/Öz**, s. 144, N. 673; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 224; Handkomm-**Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 2; BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 11; CHK-**Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 484, N. 2; BaK-Huwiler, ZGB Art. 484, N. 2; **Piotet**, SPR IV/1, s. 125.

[132] Bkz. Yukarıda, II, C, 2, f.

[133] Gerçekten de lehine vasiyette bulunan kişinin doğrudan mirasbırakana karşı ileri sürebileceği bir hakkı söz konusu değildir. İlgili kişi talep hakkını vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kılınan yasal veya atanmış mirasçıya veya bir diğer vasiyet bakımından alacaklı olan ve bir diğer alt vasiyetle yükümlü kılınan kişiye karşı ileri sürecektir. Bu çerçevede talep hakkının ileri sürülebilmesi için yükümlü kılınan yasal veya atanmış mirasçının mirası kabul etmesi veya mirası red süresinin dolması; yine vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kılınan bir diğer vasiyet alacaklısının alacak hakkını talep ederek lehine öngörülen vasiyeti kazanmış olması gerekir. BK-**Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 3, 11.

değil, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişinin cüz'i halefi olduğu ifade edilmektedir.^[134] Ön vasiyette de mirasbırakanın kendisine miras payı dışında kazandırmada bulunmuş olduğu halihazırda mirasbırakanın külli halefi olan yasal veya atanmış mirasçı, lehine yapılan vasiyet dolayısıyla, ayrıca bir de cüz'i halef olacaktır. Bu durum, ön vasiyette, ön vasiyet dolayısıyla söz konusu olan hakkın mirasçılık sıfatından bağımsız olmasının^[135] sonucudur. Bu bağlamda ön vasiyet, mirasçılık sıfatından bağımsız, nispi etkili bir talep hakkının ortaya çıkmasına neden olduğundan, ilgili ön vasiyet dolayısıyla, külli halefiyetten bağımsız bir cüz'i haleflik durumu ortaya çıkacaktır.

Vasiyette ve bu çerçevede ön vasiyette, bu bağlamda cüz'i halefiyetten doğan cüz'i intikal etkisi (*legatum per damnationem*) söz konusudur ve bu çerçevede vasiyet (elbette ön vasiyet) aynı etkiden yoksundur.^[136] Öğretide **Serozan** tarafından ifade edilmiş olduğu üzere, mirasbırakan da yapmış olduğu vasiyete aynı etki atfedemez; başka bir ifadeyle “aynı etkili vasiyet” (*legatum per vindicationem*) öngöremez.^[137] Aynı etkiden yoksunluk, kanaatimizce, ön vasiyet bakımından da aynı şekilde geçerlidir. Yasal veya atanmış mirasçının, mirasbırakanın külli halefi olması dolayısıyla terekeye dâhil değerler üzerinde diğer mirasçılarla birlikte elbirliğiyle hak sahibi olması, ön vasiyete konu malvarlığı avantajı hâlihazırda terekede yer alıyor olsa bile, ön vasiyetin aynı etkili olması sonucunu doğurmaz. Mirasçı, ön vasiyetten lehine doğan talep hakkını, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kılınan kişi veya mirasçılara ileri sürme hakkını elde eder; doğrudan ilgili malvarlığı avantajına ilişkin aynı bir hak elde etmez.

Bu açıklamalar çerçevesinde, lehine vasiyet yapılan kişi, vasiyetin konusunu oluşturan hususa ilişkin hak sahipliğini, söz konusu vasiyetin mirasbırakan tarafından yapılmasıyla veya mirasın açılmasıyla değil, mirasbırakanın ölümünden sonra gerekli işlemin vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi tarafından

[134] Bkz. BK-Weimar, Art. 484 ZGB, N. 11; Handkomm-Studhalter, ZGB Art. 484, N. 2; Piotet, SPR IV/1, s. 125; Serozan/Engin içinde Serozan, § 6, N. 16.

[135] ZK-Escher, Art. 486 ZGB, N. N. 8; PraxKomm Erbrecht-Burkart, Art. 484, N. 17; CHK-Hrubesch-Millauer, ZGB Art. 486, N. 14; BK-Weimar, Art. 484 ZGB, N. 14; Serozan/Engin içinde Serozan, § 4, N. 142; Antalya/Sağlam, s. 190; Öztan, s. 317; Dural/Öz, s. 147, N. 684.

[136] Piotet, SPR IV/1, s. 125; PraxKomm Erbrecht-Burkart, Art. 484, N. 6; İmre/Erman, s. 122; Serozan/Engin içinde Serozan, § 4, N. 135; Dural/Öz, s. 673. Bu halde sigorta vasiyetinden doğan talep hakkında mirasın geçişiyle birlikte, ilgili talep hakkı vasiyet lehtarına geçmektedir. Sigorta vasiyeti hakkında bkz. Bu kısım ve yukarıda II, C, 2, f.

[137] Serozan/Engin içinde Serozan, § 4, N. 135.

gerçekleştirilmesiyle kazanır.^[138] Yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere^[139] bu kuralın tek istisnasını sigorta vasiyeti oluşturur. Dolayısıyla, sigorta vasiyeti dışında, mal vasiyetinde taşınır malın teslim, taşınmaz malın tescil edilmesi, fikri hak vasiyetinde gerekli devir işleminin yapılması, alacak vasiyetinde alacağın devredilmesi, ibra vasiyetinde borcun ibrasına ilişkin sözleşmenin yapılması, kısaca vasiyete konu malvarlığı avantajının vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişi tarafından vasiyetçiye sağlanması gerekir.^[140] Bu bağlamda, eğer vasiyetin gereği yerine getirilmezse, lehine vasiyet öngörülen üçüncü kişi veya mirasçı, Türk Medeni Kanunu'nun 600'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası gereği, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişiye karşı vasiyet edilen malın teslimini veya hakkın devrini; vasiyet konusu bir davranış ise, bunun yerine getirilmemesinden doğan zararın tazmin edilmesini dava edebilir.^[141] Dikkat edilirse, ilgili hüküm, vasiyetteki yükümlülüğün bir yapma borcuna ilişkin olması halinde, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin dava edilemeyeceği, sadece ilgili yükümlülüğün yerine getirilmemesinden doğan zararın tazmininin talep edilebileceği yönündedir. Hükümde yer alan bu ifadeye rağmen, vasiyette, kendisi lehine yapma borcuna ilişkin bir yükümlülüğün öngörüldüğü vasiyet lehtarının da bu yükümlülüğün ifası için Borçlar Kanunu'nda öngörülen yapma borçlarının

[138] PraxKomm Erbrecht–Burkart, Art. 484, N. 57; Dural/Öz, s. 144, N. 673; Serozan/Engin içinde Serozan, § 6, N. 127; İmre/Erman, s. 124.

[139] Bkz. II, C, 2, f.

[140] Serozan/Engin içinde Serozan, § 6, N. 27b; Dural/Öz, s. 144, N. 674.

[141] Serozan, uygulamada “vasiyetnamenin tenfizi davası” olarak adlandırılan bu davanın “vasiyet borcunun yerine getirilmesi davası” olarak adlandırılması gerektiğini belirtmektedir. Gerçekten de vasiyet, bir vasiyetnamenin veya miras sözleşmesinin içinde yer alabilir. Bkz. Serozan/Engin içinde Serozan, § 6, N. 39. Bu halde, konuya ilişkin olarak, mirasbırakan tarafından yapılmış olan bir ölüme bağlı tasarrufla öngörülen vasiyeti veya ön vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi veya kişilerin, vasiyetin gereğini yerine getirme bakımından, borca aykırı davranışa benzer şekilde, bu yükümlülüğe aykırı davranışta bulunmaları durumunda, Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi çerçevesinde Türk Borçlar Kanunu'nun borca aykırı davranışa ilişkin 112 ve devamı hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi üzerinde de durulması gerekir. Kanaatimizce bu halde, özellikle kusur karinesi, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi bakımından uygulanmamalıdır. Bu bağlamda bu gerek, iki ayrı dayanağa sahip bulunmaktadır. Öncelikle, borçlar hukukundan farklı olarak bu halde, bir kimsenin kendisi tarafından yapılan bir taahhüde aykırı davranması, yani hukuk âleminde ortaya çıkmasına ilişkin irade beyanında bulunduğu bir sözleşmeye aykırı davranışı yoktur. Diğer dayanak noktası ise, vasiyetin düzenlendiği ölüme bağlı tasarrufla miras sözleşmesi şeklinde yapılarak, vasiyet için bir ivaz alınmış olsa bile, bu ivazdan mirasçıların yararlanmamış olması; eğer vasiyet ivazsız bir ölüme bağlı tasarrufla yapılmışsa zaten kusur karinesinin hiç gündeme gelmeyecek olmasıdır.

ifasına ilişkin davayı açabileceği öğretide^[142] kabul edilmektedir. Eğer vasiyetin konusu örneğin, arka arazinin sahibi olan vasiyet lehtarının manzarasının kapanmaması için, belli bir yükseklikten daha fazla duvar örülmemesi gibi bir yapmama edimine ilişkinse, vasiyette öngörülen bu yükümlülüğe aykırılık halinde yine kanun gereği tazminat talebinde bulunulabileceğinin ve borcun yapısına uygun şekilde yükümlülüğün yerine getirilmesi uğruna ifa davasının açılabilmesinin kabulü gerekir. Elbette somut durumda, vasiyetin ve bu bağlamda ön vasiyetin konusunu oluşturan edim, bu durumun aksinin kabulünü gerektirebilir. Keza, bu halde, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi veya kişilerin kendileri tarafından yapılmış olan bir taahhüt işlemi dolayısıyla değil, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu aracılığıyla, kendi iradeleri dışında yükümlü kılındıkları da göz önünde tutulmalı ve sonuç olarak somut olayın özelliklerine göre açılan ifa davasında sadece tazminat ödenmesine de hükmedilebileceğinin kabul edilmesi gerekir.

Bu halde ön vasiyete ilişkin olarak önem arz eden bir meseleyi, lehine ön vasiyet öngörülen mirasçının, paylaşma kuralının gereğinin yerine getirilmesi bakımından tereke borçlarının ödenmesini beklemesi gerekirken; ön vasiyetten doğan yükümlülüğün yerine getirilmesini miras açılır açılmaz talep edebilmesi oluşturur.^[143]

Vasiyette, kendisi lehine vasiyet bulunan kişi bu şekilde, mirasbırakanın mirasçısı olmadığından ve vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişiye karşı ileri sürülebilecek nispi bir hak elde ettiğinden, lehine vasiyette bulunan kişi, mirasbırakanın borçlarından sorumlu tutulamaz.^[144] Ön vasiyette ise, lehine miras payı dışında bir malvarlığı avantajına ilişkin kazandırmada bulunan yasal veya atanmış mirasçı, mirasçı olması dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nun 641'inci maddesi çerçevesinde tereke borçlarından dolayı diğer mirasçılarla birlikte müteselsil olarak zaten borçludur. Ancak dikkat edilirse bu halde müteselsil borçluluk durumu, ilgili mirasçı lehine yapılan vasiyetten kaynaklanmaz.

[142] **Piotet**, SPR IV/1, s. 127; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 6, N. 41. **Serozan**, konuya ilişkin açıklamalarında örneğin vasiyet yoluyla belli bir müteahhide (yükleniciye) yüklenen eser yapmaya ilişkin yükümlülükte, ilgili müteahhit bu yükümlülüğü yerine getirmezse, eserin başka bir müteahhide yaptırılabilmesinin mümkün olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

[143] **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 137.

[144] **Öztaş**, s. 313; **İmre/Erman**, s. 122; **Ayiter**, s. 67; **Antalya/Sağlam**, s. 188; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 133; **CHK-Hrubesch-Millauer**, ZGB Art. 484, N. 2; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 2; **Piotet**, SPR IV/1, s. 125; **Handkomm-Studhalter**, ZGB Art. 484, N. 1. **Studhalter**, bu bağlamda lehine vasiyetle kazandırmada bulunan kişilerin konununun, terekeden alacaklı olan üçüncü kişilerin durumuna benzediğini ifade etmektedir.

Bu çerçevede, yasal veya atanmış mirasçının, vasiyet aracılığıyla, lehine olarak yapılan kazandırma nedeniyle, terekenin borçlarından diğer mirasçılarla birlikte müteselsil olarak sorumlu olması bakımından bir ağırlaşma da söz konusu değildir. Bu halde duruma özgü bir özellik, ancak ön vasiyet aracılığıyla lehine miras payı dışında bir malvarlığı avantajına ilişkin talep hakkı tesis edilen mirasçının mirası reddetmesi halinde söz konusu olur. Bu durumda artık mirasçı, mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmayacak ve fakat ön vasiyetle kendisi lehine yapılan kazandırmanın yerine getirilmesini, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişi veya kişilere karşı ileri sürebilecektir.

Ön vasiyet dışında kalan diğer vasiyetlerde, lehine vasiyette bulunan kişinin, sadece vasiyetin yerine getirilmesine ilişkin bir talep hakkı elde edip, mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmamasının bir sonucu olarak, bu tür vasiyetlerde lehine ipotekli bir taşınmaz vasiyet edilen üçüncü kişi, taşınmazın kendisi adına tescil edilmesini talep edip, tescili sağlayabilir ve fakat ilgili üçüncü kişi ipotekle temin edilmiş borçtan sorumlu olmaz.^[145] Buna karşılık mirasbırakanın borcu için üzerinde ipotek tesis edilmiş olan bir taşınmaz, yasal veya atanmış mirasçılardan birine miras payı dışında ön vasiyet yoluyla kazandırıldığı takdirde, ipotekli taşınmazın kendisi adına tescil edilmesini talep edip, bu sonucu sağlayan ilgili mirasçı, hâlihazırda zaten diğer mirasçılarla birlikte tereke borçlarından müteselsil olarak sorumludur. Bu halde özellik arz eden durumu, ön vasiyetle lehine ipotekli taşınmaz vasiyet edilen mirasçının, taşınmaza kendisinin sahip olması ve fakat ipotekle temin edilmiş mirasbırakanın borcu dolayısıyla ilgili mirasçıyla birlikte bütün mirasçıların müteselsil olarak sorumlu olmasıdır.

Öğretide **Serozan**,^[146] ön vasiyete ilişkin önemli bir özelliğe işaret etmekte ve lehine vasiyet öngörülen mirasçının mirasçılığının, koşulla veya art mirasçı atama gibi bir hususla sınırlı olduğu hallerde, bu sınırlamanın, aksi mirasbırakan tarafından düzenlenmiş olmadıkça vasiyet için geçerli olmayacağını ifade etmektedir. Yazar tarafından ifade edilen bu husus, vasiyetin ve bu çerçevede ön vasiyetin bağımsız olmasına ilişkin özelliğin önem arz eden bir uzantısı niteliğindedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 519'uncu maddesinin 1'inci fıkrası gereği tereke mevcudunu veya tasarrufu yerine getirme yükümlüsüne yapılan kazandırmayı ya da saklı payı zedeleyen tasarrufların orantılı olarak tenkisi talep edilebilir. İlgili hükümde yer alan tenkis, Türk Medeni Kanunu'nun 560 ve devamı

[145] **Piotet**, SPR IV/1, s. 133; PraxKomm Erbrecht–**Burkart**, Art. 484, N. 48; **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 135.

[146] **Serozan/Engin** içinde **Serozan**, § 4, N. 142.

hükümlerinde düzenlenen tenkis kurumuyla özdeş değildir. Şöyle ki, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişinin, bir başka vasiyet lehtarını veya saklı pay sahibi olmayan bir mirasçı olması durumunda, ilgili kimsenin 560 ve devamı hükümlerine başvurması mümkün değildir.^[147] Oysa bu kimse, Türk Medeni Kanunu'nun 519'uncu maddesinin uygulanarak vasiyetin tenkis edilmesini talep edebilir. Buna karşılık, ön vasiyet nedeniyle, saklı payları ihlal edilen mirasçılar varsa, bu mirasçılar doğrudan Türk Medeni Kanunu'nun 560 ve devamı hükümlerine başvurabilirler. Elbette saklı paylı olmayan mirasçılar da Türk Medeni Kanunu'nun 519'uncu maddesindeki koşulların oluşmuş olması şartıyla ön vasiyet aracılığıyla mirasçıya miras payı dışında yapılan kazandırmanın tenkisini talep edebilirler. Bu şekilde ön vasiyette, lehine ön vasiyet aracılığıyla miras payı dışında bir kazandırmada bulunan mirasçı, ilgili ölüme bağlı tasarruflarda yer alan düzenlemenin vasiyet teşkil ettiğine ilişkin açıklık nedeniyle, söz konusu kuralın paylaşma kuralı olarak nitelendirilmesinden farklı olarak herhangi bir denkleştirme bedeli ödemekle yükümlü tutulamazken^[148] yerine göre vasiyetin tenkisine katlanmak durumunda kalır.^[149]

Bu halde ön vasiyetin konusunun terekenin tamamı üzerinde eş lehine intifa vasiyeti olması meselesi üzerinde de durmak gerekmektedir. İsviçre Hukuku bakımından konuya ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunu'nun 473'üncü maddesinde yer alan düzenleme gereği, sağ kalan eş, intifa hakkı yerine miras payı oranında mülkiyet hakkının tesis edilmesini talep etmedikçe, saklı paylı mirasçılar da dâhil olmak üzere diğer mirasçılar eş lehine öngörülen intifa

[147] Bu bağlamda TMK m. 519 hükmü, 560 ve devamı maddelerinde düzenlenen tenkis kurumuna benzeyen ve fakat birebir ilgili kurumla örtüşmeyen özel nitelikli bir hükümdür. TMK m. 519 hükmünü karşılayan İsv.MK m. 486 hükmünün bu niteliği hakkında bkz. BK-**Tuor**, Art. 486 ZGB, N. 4; ZK-**Escher**, Art. 486 ZGB, N. 1; BaK-Huwiler, ZGB Art. 486, N. 4; PraxKomm Erbrecht-**Burkart**, Art. 486, N. 2.

[148] Bu durum Türk Medeni Kanunu'nun 647'nci maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiş bulunmaktadır. Mirasbırakanın mirasçı lehine vasiyette bulunmayıp, sadece bir paylaşma kuralı öngörmüş olması halinde, mirasbırakanın, mirasçıya payının dışında bir kazandırma yapma iradesi mevcut olmadığından, yasal miras payının değerinden daha fazla değere sahip bir tereke malının kendisine özgülenmesi paylaşma kuralı aracılığıyla mirasbırakan tarafından öngörülen mirasçı, diğer mirasçıların yasal miras paylarına kavuşmaları için bir denkleştirme bedeli ödemekle yükümlü olur. Bu halde söz edilen denkleştirme bedeli ödenmesine ilişkin yükümlülük de TMK m. 669'da düzenlenmiş olan denkleştirme kurumuyla karıştırılmamalıdır.

[149] Elbette bu halde tenkis kendiliğinden gerçekleşmez. Tenkis için vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişinin tenkis davası açması veya vasiyetten doğan yükümlülüğün yerine getirilmesi için açılan davada, tenkis def'ini ileri sürmesi gerekir. Bkz. **Piotet**, SPR IV/1, s. 146; **Dural/Öz**, s. 155, N. 721. Yazar, saklı paylı mirasçıların tenkis davası açmasının düzenlenmiş olduğu hükümlerin kıyas yoluyla saklı pay sahibi olmayan vasiyet borçluları hakkında da uygulanacağını belirtmektedir.

hakkına katlanmak zorundadırlar. Hukukumuz bakımından eş lehine intifa vasiyetinde, intifa hakkına katlanma gerekliliğine ilişkin bir hüküm yürürlükte bulunan Türk Medeni Kanunu'nda bulunmadığından,^[150] diğer mirasçılar Türk Medeni Kanunu'nun 519'uncu maddesinin 1'inci fıkrası çerçevesinde tenkis davası açabilirler. Yine ön vasiyetin içerisinde bir alt vasiyet öngörülmesi durumunda, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili 519'uncu maddesi 1'inci fıkrası gereği, mirasçı, kendisine ön vasiyet aracılığıyla yapılan malvarlığı avantajının değerini aşan ve bu ön vasiyetle bağlantılı bulunan alt vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olmayacaktır. Çünkü bu halde mirasçının, alt vasiyeti yerine getirmeye ilişkin yükümlülüğü külli halefiyete değil, cüz'i halefiyete dayanmaktadır.

Vasiyette ve bu çerçevede ön vasiyette kazandırmanın ivazsız olması^[151] esas olmakla birlikte günümüzde öğretilde bazı yazarlar^[152] lehine kazandırma yapılan şahsın belli bir ivazla yükümlü tutulabileceğini savunmaktadırlar. Buna göre, vasiyetin bir miras sözleşmesiyle yapıldığı durumlarda, ivaz karşılığı kazandırmada bulunulabilir.^[153] Örneğin mirasbırakanın sağlığında vasiyet lehtarıyla

[150] Esasen daha önce yürürlükte bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde bulunan ve kişinin ölümünde, ilgili kişinin birinci zümre mirasçılarıyla birlikte mirasçı olan eşine tereke üzerinde 1/4 mülkiyet veya 1/2 intifa hakkını seçebilme yetkisinin tanındığı 444'üncü madde, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun'un (23.11.1990 t., S. 20704) 10'uncu maddesiyle değiştirilmiş ve söz konusu hükme maddenin değişik halinde yer verilmemiştir.

[151] BK-Tuor, Art. 484 ZGB, N. 6; ZK-Escher, Art. 484 ZGB, N. 4; Handkomm-Studhalter, ZGB Art. 484, N. 7. Gürsoy, çalışmanın girişinde, vasiyetin miras sözleşmesi veya vasiyetnameyle yapılabileceğini, ancak ilgili çalışmayı vasiyetnameyle yapılan vasiyetlere hasretmiş olduğunu belirtmiş; konuya ilişkin olarak da vasiyette mirasbırakanın causa donandi (bağışlama amacı) ile hareket etmiş olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede yazar, vasiyetname aracılığıyla yapılan vasiyetlerin ivazsız olması gerektiğini ifade etmektedir ki, bu öğretilde ileri sürülen iki ayrı görüşün ikisiyle de çalışmamaktadır. Bkz. Gürsoy, s. 18. Konuya ilişkin bir diğer mesele, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf şekillerinden vasiyetnameyle yaptığı vasiyette, kendisi doğrudan bir ivaz almayıp, vasiyet lehtarına örneğin mirasçılara belli bir ivaz ödeme borcu yükleyip yükleyemeyeceğidir. Örneğin acaba mirasbırakan bir üçüncü kişi veya mirasçı lehine oturma hakkı düzenleyip, vasiyet lehtarının mirasçılara veya diğer mirasçılara bunun karşılığı olarak belli bir ivaz ödeyeceğini düzenleyebilir mi? Bu konu oldukça tartışmalı bulunmaktadır. Tartışmalara ilişkin olarak bkz. BaK-Huwiler, ZGB Art. 484, N. 23 vd.; PraxKomm Erbrecht-Burkart, Art. 484, N. 66, 67. Ancak kanaatimizce mirasbırakanın özellikle de vasiyet konusunun değerinin altında bir ivazın ödenmesi gereğini düzenlemesine engel yoktur. Bu durum ilgili ölüme bağlı tasarrufun vasiyet niteliğini etkilemez.

[152] Bkz. BaK-Huwiler, ZGB Art. 484, N. 15 vd.; BK-Weimar, Art. 484 ZGB, N. 7; Pietot, SPR IV/1, s. 126; Antalya/Sağlam, s. 186; İnan/Ertaş/Albaş, s. 223; Dural/Öz, s. 143-144, N. 672; Oğuzman, s. 140, dpn. 269a yollamasıyla, s. 95, dpn. 98a.

[153] Dural/Öz, s. 143-144, N. 672; Antalya/Sağlam, s. 186; BK-Weimar, Art. 484 ZGB, N. 7.

yaptığı miras sözleşmesiyle aldığı bir meblağ karşılığında, ölümünden sonra teslim edilecek şekilde otomobilini bırakması ivazlı bir vasiyet teşkil eder.^[154]

Sonuç

Mirasbırakanın, vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde yaptığı bir ölüme bağlı tasarrufla, belli bir kişiye, ilgili kişiyi mirasçı atamaksızın, belli bir aktif değere ilişkin talep hakkı kazandırması “vasiyet” olarak adlandırılır. Bu kurum Türk Medeni Kanunu’nda “belirli mal bırakma” terimiyle ifade edilmiş bulunmaktadır. Mirasbırakanın bir aktif değeri vasiyet etmesinde, genel olarak “kazandırma” ifadesine yer verilmekle birlikte, vasiyet, vasiyetin lehtarının kendisine bırakılan malvarlığı avantajını doğrudan elde etmesi sonucunu doğurmaz; ona vasiyet konusu hususun kendisine kazandırılması için vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan bir diğer vasiyet lehtarına veya ilgili mirasçı veya mirasçılara ileri sürebileceği bir talep hakkı bahşeder.

Mirasbırakan bu tür bir ölüme bağlı tasarrufu, mirasçısı olmayan bir üçüncü kişi lehine yapabileceği gibi, yasal veya atanmış mirasçısı lehine de yapabilir. Bu halde ilgili kurum ön vasiyet olarak adlandırılır. Önemle belirtilmelidir ki, mirasbırakanın özellikle de terekede bulunan bir malvarlığı avantajını mirasçıya bıraktığı durumlarda, eğer tasarruftan aksi anlaşılıyorsa, mirasbırakanın vasiyet yapma amacıyla değil, miras paylarındaki eşitliği bozmadan bir paylaşma kuralı öngördüğü kanun gereği kabul edilir. Ancak ölüme bağlı tasarruftan mirasbırakanın, mirasçı lehşne öngördüğü bu kazandırma aracılığıyla ona miras payı dışında bir kazandırmada bulunmak istediği anlaşılıyorsa, bu takdirde artık ön vasiyet söz konusu olacaktır. Önemle belirtilmelidir ki, aksi mirasbırakan tarafından öngörülmüş olmadıkça, mirasçının yasal veya atanmış mirasçılıktan doğan mirasçılık sıfatı ile ön vasiyet nedeniyle söz konusu olan talep hakkı birbirinden bağımsızdır. Mirasçı örneğin mirası reddettiği halde, ön vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi veya kişilerden vasiyetin gereğinin yerine getirilmesini talep edebilir.

Vasiyetin ve bu bağlamda ön vasiyetin üç unsuru vardır: Lehine vasiyet öngörülen kişi, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kılınan kişi ve vasiyetin konusu.

Lehine ön vasiyet öngörülen kişi, bir yasal veya atanmış mirasçısıdır. Bir tüzel kişi mirasçı olarak atanmışsa, onun lehine de ön vasiyet yapılabilir. Alt vasiyet hali istisna olmak üzere, gerek gerçek kişi gerek tüzel kişi mirasçının, mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olması şarttır. Ancak ön vasiyet, bir

[154] Dural/Öz, s. 143-144, N. 672'den naklen.

alt vasiyet şeklinde öngörülmüşse, yani bir diğer mirasçı veya lehine vasiyet öngörülen şahıs lehine öngörülen vasiyette ayrıca bu kimse bir başka vasiyeti de yerine getirmekle yükümlü kılınmışsa, bu şekilde söz konusu olan alt vasiyetin lehine öngörüldüğü kişinin mirasın geçişi anında mirasa ehil olması şart değildir. Mirasbırakan birden fazla kişiyi de vasiyet lehtarı olarak tayin edebilir. Bu halde mirasbırakan tarafından aksi belirtilmiş olmadıkça bu kimseler eşit paylarla hak sahibi olurlar. Eğer vasiyetin konusunu oluşturan husus bölünemeyen nitelikte ise, ilgili hususun bütün vasiyet lehtarlarına birlikte kazandırılması gerekir. İster tek bir ister birden fazla vasiyet lehtarı tayin edilmiş olsun, bu kimselerin kim olduklarının mirasbırakan tarafından belirtilmesi ya da nasıl belirleneceğine ilişkin kriterlerin net bir şekilde ölüme bağlı tasarrufta belirtilmesi gerekir. Bu durum, ölüme bağlı tasarrufların temsil ve vekâlete kapalı olmasının ve ayrıca ölüme bağlı tasarruflara egemen olan şahsa sıkı sıkıya bağlılık ilkesinin bir sonucudur. Vasiyet lehtarı, mirasbırakandan önce ölür veya vasiyeti reddederse, vasiyetten doğan yükümlülük ortadan kalkar.

Ön vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişi, alelade ön vasiyette bir diğer mirasçı, bazı mirasçılar veya diğer tüm mirasçılar olarak; alt vasiyet şeklinde öngörülen ön vasiyette ise, üst vasiyet lehtarı üçüncü kişi veya kişiler veya yine üst vasiyet lehtarı mirasçı veya mirasçılar olarak belirlenmiş olabilir. Ön vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişinin kim olduğu belirlenmiş değilse, bütün mirasçılar vasiyeti yerine getirmekle yükümlü sayılırlar. Birden fazla kişinin ön vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olduğu hallerde, bu kimseler mirasçılarının tereke borçlarından müteselsil olarak sorumlu olacaklarına ilişkin madde hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla müteselsil olarak yükümlü olurlar. Mirasbırakan tarafından atanmış bir vasiyeti yerine getirme görevlisinin bulunduğu hâllerde, vasiyet lehtarı görevi olması dolayısıyla vasiyeti yerine getirme görevlisine başvurabilir. Bu halde önemli olan husus, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, yükümlülüğün “borçlusu” olmamasıdır. Vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi mirası veya vasiyet alacağını reddetmiş ya da mirasbırakandan önce ölmüş yahut mirastan yoksun kalmış olsa bile, vasiyet yürürlükte kalır. Bu halde yükümlülük, ilgili hâllerden yararlananlara geçer.

Vasiyete konu oluşturabilecek her husus, ön vasiyetin de konusu olabilir. Bu bağlamda ön vasiyetin konusu, mal vasiyeti, alacak vasiyeti, ibra vasiyeti, irat vasiyeti, infak vasiyeti, intifa ve rehin dışında diğer bir sınırlı aynı hak vasiyeti, sigorta vasiyeti olabilir. Ön vasiyetin konusu, ön vasiyetin özelliğine de etkilidir. Ön vasiyetin konusu olabilecek hususlara ilişkin bu sayma hiçbir şekilde sınırlayıcı değildir. Her türlü malvarlığı avantajı vasiyete konu kılınabileceğinden bir kimseye terekedeki bir mala ilişkin olarak alım hakkı gibi bir yenilik doğuran hakkın tanınması, mirasbırakana ait bir evin düşük bedel üzerinden

bir kimseye kiraya verilmesi, bir kimsenin tedavi masraflarının üstlenilmesi vb. vasiyetin konusunu oluşturabilir. Vasiyetin konusunun da seçimlik vasiyet dışında bizzat mirasbırakan tarafından belirlenmesi gerekir. Bu durum ölüme bağlı tasarruflara egemen olan şahsa sıkı sıkıya bağlılık ilkesinin gereği ve ölüme bağlı tasarrufların temsile ve vekâlete kapalı olmasının bir sonucudur.

Ön vasiyetin, vasiyet lehtarını mirasçı bakımından en temel özelliklerinden biri, miras payının üstünde bir kazandırmanın ön vasiyet aracılığıyla mirasçıya kazandırılmakta olmasıdır. Bu halde mirasçı, paylaşma kurallarından geçerli olan denkleştirme bedelini ödemeyecek ve fakat eğer bu kazandırma TMK m. 519 anlamında tenkisi gerektiriyorsa, lehine ön vasiyetle yapılan kazandırmanın tenkisine katlanacaktır. Önemle belirtilmelidir ki, burada tenkis, saklı pay sahibi mirasçıların sahip olduğu tenkisi talep etme hakkının düzenlendiği 560 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş olan tenkis kurumuyla birebir örtüşen bir kurum değildir. Keza, lehine ön vasiyet öngörülen mirasçı, paylaşma kuralının gereğinin yerine getirilmesi bakımından tereke borçlarının ödenmesini beklemekle yükümlüdür; ön vasiyetten doğan yükümlülüğün yerine getirilmesini miras açılır açılmaz talep edebilir.

Ön vasiyetten doğan hakkın özelliklerine bakıldığında, aynı zamanda vasiyetten doğan hakkın da özelliği olarak, burada nispi etkili bir hakkın bulunduğu görülmektedir. Birçok açıdan alacak hakkıyla örtüşen bu hak çalışmada talep hakkı olarak adlandırılmıştır. Bu talep hakkı dolayısıyla lehine vasiyet öngörülen mirasçı (veya üçüncü kişi), külli halef değil, cüz'i halef olur. Hatta bu halde ilgili cüz'i halefiyet, sigorta vasiyeti dışında, mirasbırakana değil, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi veya kişilere cüz'i halefiyettir. Önemle belirtilmelidir ki, mirasbırakanın bizzat kendisi bile nispi etkili hakta bulunan cüz'i halefiyet etkisini bertaraf edip, talep hakkına aynı etki bağlayamaz. Bu kuralın tek istisnası, sigorta vasiyetinde, vesaiyet lehtarının alacak hakkını, doğrudan mirasbırakanın ölümüne bağlı olarak kazanmasında görülür. İlgili istisna dışında, vasiyet yoluyla cüz'i halefiyet kurulmasına ilişkin bu özellik, ön vasiyet için de aynen geçerlidir. Yasal veya atanmış mirasçı olması dolayısıyla hâlihazırda mirasbırakanın külli halefi olan yasal ya da atanmış mirasçı, ön vasiyet aracılığıyla, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi veya kişilerin cüz'i halefi kılınmış olur.

Sigorta vasiyeti dışında, vasiyet konusu husus üzerinde vasiyet lehtarının hak sahibi kılınabilmesi, hakkın lehtara geçirilmesi için, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü kişi veya kişilerin, gereken olumlu davranış ve/veya işlemleri (teslim, tescil, alacağın devri, ibra sözleşmesinin yapılması vb.) gerçekleştirmeleri; kaçınma tipi edimlerde gerekli şekilde “kaçınmaları”, “yapmamaları” gerekir.

Kanunda sadece verme tipi yükümlülüklerin yerine getirilmesi için ifa davası açılabileceği ve diğer edimlerde sadece tazminat talep edilebileceği düzenlenmiş olmakla birlikte, vasiyet borcunun konusu oluşturan her tür edim bakımından, somut durumda vasiyete konu olan edimin niteliği aksini gerektirmedikçe, ifa davasının açılmasının mümkün olduğunun kabulü gerekir. Ancak bu halde, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi, kendi iradesi dışında, mirasbırakan tarafından öngörülen bir ölüme bağlı tasarrufla yükümlü kılınmış olduğundan, somut olayda vasiyetin konusunu oluşturan husus dikkate alınarak sadece tazminat davası açılabileceği sonucuna da ulaşılması mümkündür.

Vasiyetten doğan talep hakkının anılan bu özellikleriyle bağlantılı olarak ortaya çıkan bir diğer özelliği, lehine vasiyet öngörülmüş olan kişinin, mirasbırakanın borçlarından diğer mirasçılarla birlikte müteselsil sorumluluğunun gündeme gelmemesidir. Ön vasiyette ise, lehine vasiyet aracılığıyla miras payı dışında bir kazandırmaya ilişkin talep hakkı öngörülen yasal veya atanmış mirasçı zaten mirasbırakanın borçlarından diğer mirasçılarla birlikte müteselsil olarak sorumlu durumdadır. Ön vasiyetten doğan talep hakkı bu müteselsil sorumluluğa etki etmez. Ancak eğer mirasçı, mirası reddederse, müteselsil sorumluluğu ortadan kalkar. Bu halde ilgili mirasçının lehine öngörülen vasiyetin yerine getirilmesine engel bir durum söz konusu değildir. Ön vasiyette, vasiyetten doğan talep hakkının, mirasçılık sıfatından bağımsız olmasının bir sonucu olarak, ilgili mirasçının mirasçılığının, koşulla veya art mirasçı atama gibi bir hususla sınırlı olduğu hallerde, bu sınırlama, aksi mirasbırakan tarafından düzenlenmiş olmadıkça vasiyet için geçerli olmayacaktır.

Vasiyetin ve bu çerçevede ön vasiyetin ivazsız olması esas olmakla birlikte, vasiyetin bir miras sözleşmesi içinde yer aldığı durumlarda, mirasbırakanın ölümünden sonra yerine getirilmesi talep edilebilecek bu malvarlığı avantajına karşılık bir ivaz almasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Keza, mirasbırakan ister vasiyetname ister miras sözleşmesi içinde yer alsın, belli bir ivaz karşılığında bir malvarlığı avantajının kendisine sağlanmasını talep etme hakkını bir kimseye kazandırmış olabilir. Örneğin, mirasbırakanın, yakın arkadaşının ne zamandır kiralamak istediği bir yazlık evin, yılın belli dönemlerinde ödenecek belli bir kira bedeli karşılığında, mirasçılar tarafından arkadaşına kiralanmasını vasiyet etmesinde durum böyledir.

KAYNAKÇA

Antalya, Gökhan/**Sağlam**, İpek, Miras Hukuku, Legal Kitabevi Yayınları, İstanbul 2015.

Beusch, Christine/**Vlcek** Michael, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz, Ivo Schwander, Stephan **Wolf**, Orell Füssli Verlag, Zürich 2006.

Breitschmid, Peter/**Eitel**, Paul/**Fankhauser**, Roland/**Geiser**, Thomas/**Rumo-Jungo**, Alexandra, Erbrecht, Schulthess Verlag, Zürich Basel Genf 2010.

Dural, Mustafa/**Öz**, Turgut, Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, 10. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2016.

Druey, Jean Nicholas, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2002.

Escher, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), III. Band: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 3. Auflage, Zürich 1959.

Escher, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), III. Band: Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB), 3. Auflage, Zürich 1960.

Gürsoy, Kemal Tahir, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yıldız Matbaası, Ankara 1955.

Hatemi, Hüseyin, Miras Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2014.

Hrubesch-Millauer, Stephanie, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Herausgeber: Peter **Breitschmid**, Alexandra **Rumo-Jungo**, Erbrecht (Art. 457-640 ZGB), 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2012.

Huwiler, Bruno, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas **Geiser**, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2006

İmre, Zahit/**Erman**, Hasan, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016.

İnan, Ali Naim/**Ertay**, Şeref/**Albaş**, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamadaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncellenmiş 9. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Miras Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1987.

Oğuzman, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1995.

Öztan, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 6. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014.

Pfamatter, Armand Maurice, Erblasserische Teilungsvorschriften (Art. 608 ZGB), Diss., Schulthess, Zürich 1993.

Piotet, Paul, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/1, Basel Stuttgart 1978.

Praxiskommentar Erbrecht–**Burkart**, Fabian, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, Herausgegeben von Daniel Abt und Thomas Weibel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007.

Praxiskommentar Erbrecht–**Lenz**, Martin, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, Herausgegeben von Daniel Abt und Thomas Weibel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007.

Praxiskommentar Erbrecht – **Schürmann**, Georg, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, Herausgegeben von Daniel Abt und Thomas Weibel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007.

Serozan, Rona/**Engin**, Baki İlkay, Miras Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.

Stein-Wigger, Mathias, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften, AJP 2001, s. 1135 vd.

Studhalter, Philipp, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Herausgeber: Kren Kostkiewicz, Jolanta/Schwender, Ivo/**Wolf**, Stephan, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2005.

Şenocak, Zarife, “*Mirasbırakanın Paylaştırma Kuralları*”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 611.

Tuor, Peter, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 2. Auflage, Bern 1952.

Weimar, Peter, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Berner Kommentar, Band/Nr. III//1/1/1, Herausgeber: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009.

*Ön Vasiyet (Mirasçı Lehine Vasiyet) Kavramı,
Ön Vasiyetin Unsurları ve Özellikleri*

Wolf, Stephan, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB Schweizerische Zivilgesetzbuch, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Herausgeber: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter, Stämpfli Verlag AG, Bern 2014.

YAPMA BORÇLARININ İCRASI VE BAZI TEMEL SORUNLAR*

Yrd. Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN**

Makalenin Geldiği Tarih: 24.04.2016 **Kabul Tarihi:** 05.04.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

ÖZ

Bu çalışmada, borçlunun bedenî veya fikrî emeğini ortaya koymak suretiyle gerçekleştirdiği hareket tarzını ifade eden yapma borçlarının cebri icrası, Türk ve Alman hukukları karşılaştırılarak incelenmiştir. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinde düzenlenen ve uygulama ve öğretilerde de nama ifa olarak adlandırılan hüküm ile yapma borçlarının icrasını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesinin birlikte nasıl uygulanabileceği tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yapma borcu, yapma borçlarının cebri icrası, nama ifa, TBK m. 113, Türk Borçlar Kanunu.

COMPULSORY EXECUTION OF OBLIGATION TO ACT
AND SOME PROBLEMS ABOUT ITS EXECUTION

ABSTRACT

In this paper, compulsory execution of obligation to act has been analyzed in respect to Turkish and German legal systems. Some actual and possible practical issues have been also assessed. In addition to these, context and applicability of Turkish Obligation Code Art. 113 and Turkish Enforcement and Bankruptcy Code Art. 30 has been discussed.

Keywords: Obligation to act, execution by substitution, compulsory execution of obligation to act, Turkish Obligation Code.

Giriş

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun ikinci babında, 24 ila 41'inci maddeleri arasında ilâmların icrasına dair takipler düzenlenmektedir. İcra ve İflâs Kanunu, para ve teminattan doğan borçlar ile diğer borçları ayrı ayrı ele almakta, ayrıca her iki grup borç için de müşterek hükümler sevk etmektedir. Para ve teminat-tan başka borçlar içerisinde de bir ilâm veya ilâm niteliğinde belgenin gereği olarak; taşınırın teslimine, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına, taşınmazların tahliye ve teslimine, bir işin yapılması veya yapılmamasına, irtifak hakları ile gemiler ve bunlarla ilgili aynı hakların icrasına yer verilmektedir.

Bu çalışmada, İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesinde düzenlenen, bir işin yapılmasına dair ilâmlar hakkındaki düzenleme ve (mevcut/olası) uygulama sorunları incelenmiştir. Söz konusu madde esas itibarıyla ilâma konu olabilecek üç tür edimin icrasını içermektedir: Başkası tarafından yapılabilecek türden bir işin yapılmasına dair ilâmların icrası, yalnızca borçlu tarafından yapılabilecek türden bir işin yapılmasına dair ilâmların icrası ve bir işin yapılmamasına dair ilâmların icrası. Bu çerçevede öncelikle yapma ve yapmama edimleri hakkında kavramsal açıklamaları yapıldıktan sonra (I ve II) İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesindeki düzenlemenin kapsamı (III) belirlenecektir. Daha sonra ise söz konusu hüküm çerçevesinde yapma borçlarının cebri icrasına ilişkin ortaya çıkabilecek sorunlar ve çözüm önerileri Alman hukuku ile karşılaştırarak (IV) incelenecektir.

I. Yapma – Yapmama Edimleri

Borcun konusunu oluşturan edim, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu ve alacaklının ondan yerine getirmesini isteyebileceği hareket tarzını ifade etmektedir^[1]. Söz konusu hareket tarzını çok çeşitli şekillerde ifade etmek ve sınıflandırmak mümkündür. Eda davasını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105'inci maddesi, dava konusu hareket tarzını verme, yapma ve

[1] **Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, Murat H., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 40; **Serozan**, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm III İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014, s. 9; **Antalya**, Gökhan O., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s. 32; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 96; **Kocayusufoğlu**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2014, s. 33; **Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s. 6; **Aydıncık**, Şirin, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, İstanbul 2013, s. 5; **v.Tuhr**, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Ankara 1983, s. 45.

yapmama olarak ifade etmiştir^[2]. Esasen İcra ve İflâs Kanunu'nun da benzer ayrımı benimsediğini ifade etmek hatalı olmaz^[3]. Keza Türk Borçlar Kanunu da sözleşmeye aykırılık hallerini düzenlerken yapma ve yapmama borçlarını ayrıca ele almıştır^[4].

Verme borçları, borcun konusunu oluşturan hareket tarzının, borçlunun mal varlığından veya zilyetliğinden gerçekleştirilmesi durumunda söz konusu olur^[5]. Örneğin bir taşınır malın teslimi gibi. Yapma borçları ise borçlunun bedenî ve fikrî gücü ile yerine getirilen hareket tarzını ifade eder^[6]. Bu tip edimlere bir müteahhidin eser inşa borcu, baz istasyonunun kaldırılması borcu^[7], kooperatif ortaklığına kaydın yapılması borcu^[8], eseri projeye uygun hale getirme borcu^[9], belli bir yönde irade beyanında bulunma borcu^[10] veya işçinin iş görme borcu örnek olarak verilebilir. Yapmama borçları ise borçlunun, genel kurallara göre yapmaya yetkili olduğu bir fiilden kaçınmak veya genel kurallara göre karşı koyma hakkına sahip olduğu bir fiile katlanmak şeklinde gerçekleştirilmesi gereken hareket tarzını ifade eder^[11]. Yukarıda da belirtildiği üzere bu çalışmada yalnızca yapma borçlarının icrası incelenmektedir.

II. Bir Başkası Tarafından İfa Edilebilecek/Edilemeyecek Yapma Borçları

Türk Borçlar Kanunu'nun 83'üncü maddesine göre, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde *alacaklının menfaati* bulunmadıkça, borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri kısmında yer alan söz konusu kuralın yapma borçları açısından da geçerli

-
- [2] Öğretide verme ve yapma borçları için "olumlu edim", yapmama borçları için ise "olumsuz edim" üst başlıklarıyla da tasnif yapılmaktadır. Bkz. **Serozan**, s. 9; **Antalya**, s. 35; **Eren**, s. 101; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 33; **Oğuzman/Öz**, s. 6.
- [3] Zira yapma-yapmama borçları ile teslimde dair ilâmların icrasını ayrı ayrı düzenlemektedir.
- [4] Örneğin, TBK m. 110, m. 113.
- [5] **Antalya**, s. 35; **Eren**, s. 102; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 35; **Oğuzman/Öz**, s. 6; **Aydıncık**, s. 9.
- [6] **Antalya**, s. 35; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 35; **Oğuzman/Öz**, s. 6.
- [7] 12. HD, 22.3.2011, 23432/4247, **Uyar**, Talih/ **Uyar**, Alper/ **Uyar**, Cüneyt, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt. 1, Ankara 2014, s. 576.
- [8] 12. HD, 14.11.1989, 2531/13906, **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 577.
- [9] 18. HD, 23.6.2008, 3396/7545, **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 576.
- [10] Aşağıda irade beyanında bulunma borcunun icrası özel olarak incelenecektir.
- [11] **Antalya**, s. 35; **Eren**, s. 102; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 37; **Oğuzman/Öz**, s. 7. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dural**, Mustafa, Akitten Doğan Yapmama Borçları, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1970/6, s. 7-22.

olduğu hususu şüpheden uzaktır^[12]. Şu halde, kural olarak yapma borçları, borçlu dışında bir başkası tarafından da ifa edilebilir niteliktedir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun Özel Hükümler kısmında yer alan düzenlemelerde bu kurala getirilen istisnalar, çoğunlukla yapma borçları açısındandır. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesi açısından 395'inci maddesi, eser sözleşmesi açısından 477'nci maddenin üçüncü fıkrası, vekâlet sözleşmesi açısından 506'ncı maddenin birinci fıkrası, aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinde anlaşılmadıkça borcun bizzat borçlu tarafından ifa edileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla, yapma borcunun yaygın olarak ortaya çıktığı sözleşme türlerinde borç kural olarak ancak borçlu tarafından ifa edilebilir. Bu noktada, işin ne zaman niteliği gereği bir başkası tarafından ifa edilebilir şeklinde değerlendirilebileceği sorusu yanıtlanmalıdır.

Bir işin bir başkası tarafından yapılabilecek türden olması, şu şekilde anlaşılmalıdır: Alacaklının bakış açısı ile ekonomik bakımdan, işin borçlu veya üçüncü bir kişi tarafından yapılması eşit olmalıdır^[13]. Başka bir ifadeyle, ilâma konu edim, borçludan bağımsız, onun katılımı olmaksızın üçüncü kişi tarafından aynı kalite, kullanılabilirlik ve dayanıklılıkta yapılabilir olmalıdır^[14]. Örneğin, bahçe işleri, tadilat-tamirat işleri, elektrik sisteminin kurulması, her türlü taşıma işleri kural olarak bu niteliktedir. Bir portrenin yapılması işi için bir ressamla anlaşılması durumunda ise kural olarak amaç salt portrenin yapılması değil, borçlu ressamın fırçasından çıkmasıdır.

İşin borçlu dışında bir kimseye yaptırılması durumunda daha maliyetli olması da söz konusu belirlemenin yapılması noktasında önemli değildir^[15]. Diğer bir ifadeyle, işin borçlu tarafından daha uygun bir maliyet ile yapılabilir olması, işin başkası tarafından yapılabilir olma niteliğinde bir değişiklik yaratmaz^[16]. Keza işin yapılabilmesi için pek çok alternatif yolun olması ve borçlunun normal şartlardan bunlardan birini seçebilme özgürlüğünün olması da işin bir başkası tarafından yapılamaz olduğu manasına gelmez^[17]. Düsseldorf Bölge Mahkemesi de bir kararında, davalının terasından komşu taşınmaza sızan suyun engellen-

[12] **Aydıncık**, s. 14; **Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 5.

[13] **MüKoZPO/Gruber**, § 887, Rn. 8; **Stein/Jonas/Brehm**, § 887, Rn. 6; **Schuschke**, Winfried/**Walker**, Wolf-Dietrich, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Band I, Köln 2004, § 887, Rn. 2. Ayrıca bkz. BGH, NJW 1995, s. 463

[14] **Gottwald**, Uwe/**Mock**, Peter, Zwangsvollstreckung, Freiburg 2015, § 887, Rn. 2.

[15] **MüKoZPO/Gruber**, § 887, Rn. 9; **Schuschke/Walker**, § 887, Rn. 2.

[16] **Schuschke/Walker**, § 887, Rn. 2.

[17] **Schuschke/Walker**, § 887, Rn. 2.

mesine ilişkin ilâmın bir başkası tarafından yapılabilir olduğunu tespit ederken, üçüncü kişinin kural olarak yetkisinin olmamasına rağmen, icra mahkemesinin alacaklıya işi üçüncü bir kişiye yaptırma yetkisi verebileceğini ve borçlunun da bu müdahaleye katlanmak zorunda olduğunu belirtmiştir^[18].

Ancak borçlunun bakış açısıyla da işin bir başkası tarafından yapılması hukuken caiz olmalıdır. Borçlu da işin yapılmasını, alacaklının menfaatleri açısından bir fark yaratmayacak şekilde üçüncü kişiye yaptırabilmelidir^[19].

Keza normal şartlarda bir başkası tarafından yapılabilecek türden bir iş, alacaklının o işin borçlunun şahsı tarafından yapılmasına önem vermesi durumunda da, bir başkası tarafından yapılamaz olarak kabul edilir^[20].

Tartışması gereken meselelerden birisi de, alacaklının, borçlunun şahsına bağlı olduğu için başkası tarafından yapılamayacak bir işi, tek taraflı iradesiyle başkası tarafından yapılabilir kılıp kılamayacağı konusudur. Öğretide bir görüş, alacaklının işi şahsa bağlı olmaktan çıkarma hakkının saklı olduğu yönündedir^[21]. Buna karşılık Aydıncık ise^[22], işin başkası tarafından yapılıp yapılamamasına göre alacaklının sahip olacağı haklar değişeceğinden, alacaklıya bu derece bir menfaat sağlanmasının isabetli olmadığını savunmaktadır. Kanaatimizce, ilâma bağlanmış olmasına rağmen, borçlu tarafından iradi olarak bir işin yapılması durumunda, ifade menfaati olan alacaklı lehine yorum yapılması hatalı olarak değerlendirilmemelidir. Bu nedenle, icra aşamasında alacaklı işin bir başkası tarafından yapılabilir olduğu iddiası ve talebindeyse, edim bu şekilde değerlendirilmelidir.

[18] OLG Düsseldorf, Beschluß vom 9. 2. 1998 - 9 W 7-98, NJW-RR 1998, s. 1768-1769. İlâmın gereğinin yerine getirilmesinin çok fazla alternatifi olmasının ilâmın niteliğini değiştirmeyeceği hakkında Köln Bölge Mahkemesinin kararı için bkz. OLG Köln, Beschluß vom 13. 4. 1994 - 2 W 50/94, <http://openjur.de/u/417664.html> (son erişim tarihi: 4.4.2016).

[19] **Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter**, Zivilprozessordnung, Band I, München 2014, § 883, Rn. 2; **Gottwald/Mock**, § 887, Rn. 2; **Stein/Jonas/Brehm**, § 887, Rn. 6. Ayrıca bkz. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, s. 1768

[20] **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 883, Rn. 6.

[21] **Weber**, OR Art. 98, Rn. 54; **Becker**, OR Art. 98, Rn. 1

[22] **Aydıncık**, s. 15.

İşin bir başkası tarafından yapılması hukuken de, örneğin kamu hukuku yönünden de mümkün olmalıdır^[23]. Keza haksız fiil teşkil eden veya ahlaka aykırı bir işin yapılması istenemez^[24].

İcra hukuku boyutuyla, işin bir başkası tarafından yapılıp yapılamayacağı meselesini, yukarıda yapılan değerlendirmeler çerçevesinde icra dairesi serbestçe değerlendirir^[25]. İşin bir başkası tarafından yapılabilir olup olmadığı konusunda şüphe olması durumunda, eğer alacaklı işin bir üçüncü kişi tarafından yapılması durumunda da tatmin olacaksa, bir başkası tarafından yapılabilir olduğuna karar verilmelidir^[26].

III. İİK m. 30'un Kapsamı ve Uygulama Sorunları

Bir işin yapılması veya yapılmamasına dair ilâmların icrasına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu 30'uncu madde hükmü incelenirken, öncelikle maddenin kapsamına giren borçların neler olduğu belirlenmelidir.

İlk olarak özellikle Kanun'un 24 ilâ 29'uncu ve 31'inci maddeleri ile 32 ve devamı maddelerinde özel olarak düzenlenmiş bulunan edimlere ilişkin ilamlı icra hükümlerinin madde kapsamı dışında olduğu tespit edilmelidir. Şu halde, uygulanacak kuralın –hukuki sebep– belirlenmesi için, mahkeme tarafından verilen hükmün, cebri icraya elverişli kısmı (bir eda hükmü içeren) ele alınır. Şayet söz konusu eda emri, İcra ve İflâs Kanunu'nun 24 ilâ 29'uncu maddeleri ile 31 ve 32'inci maddeleri kapsamına girmemekteyse, Kanun'un 30'uncu maddesi uygulama alanı bulur. Alman hukukunda da salt bir para borcunun icrasına ilişkin ilamlar (ZPO § 803 vd.) ile bir şeyi teslim ilişkili ilamlar (ZPO § 883 – 886) ve irade açıklamaları (ZPO § 894 vd.), bir işin yapılması (ZPO § 887, § 888) ve yapılmamasına (ZPO § 889) ilişkin ilamların icrasından ayrı olarak düzenlenmiştir^[27].

[23] **Stein/Jonas/Brehm**, § 887, Rn. 8; **MüKoZPO/Gruber**, § 887, Rn. 12

[24] **Eren**, s. 106. Karş. **Stein/Jonas/Brehm**, § 887, Rn. 8.

[25] **Stein/Jonas/Brehm**, § 887, Rn. 6. Alman hukukunda, elbette Goethe ile Schiller'in birbirinin ikamesi olamayacağı, ancak işin bir başkası tarafından yapılamayacak türden değerlendirilmesinin, mümkün olduğunca dar kalması gerektiği savunulmaktadır. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 883, Rn. 2.

[26] **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 883, Rn. 6; **Stein/Jonas/Brehm**, § 887, Rn. 7.

[27] **Gottwald/Mock**, § 887, Rn. 6; **Thomas/Putzo/Seiler**, § vor 883, Rn. 1; **Musielak**, Hans-Joachim/**Voit**, Wolfgang/**Lackmann**, Rolf, Zivilprozessordnung, München 2015, § 887, Rn. 1; **Zöller**, Richard/**Stöber**, Kurt, Zivilprozessordnung, Köln 2014, § 887, Rn. 2; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 887, Rn. 1; **MüKoZPO/Gruber**, § 887, Rn. 2; **Schuschke/Walker**, § 887, Rn. 1; **Stein/Jonas/Brehm**, § 887, Rn. 2. Türk

Bu noktada eda emrinin niteliği tespit edilirken yalnızca hüküm sonucuna mı bakılır, yoksa hükmün gerekçesi ile birlikte mi incelenmesi gerekir sorusu yanıtlanmalıdır.

Kanaatimizce, ilâmın konusu olan edim ve uygulanacak kural belirlenirken, hüküm sonucu kısmının yeteri kadar açık olmadığı durumlarda, yalnızca hüküm sonucundaki formülasyonun değil, tüm hükmün içeriğinin de dikkate alınması gerekir^[28]. Zira kimi hallerde ancak bu şekilde borçlanılan edimin ne olduğu ve hangi hükümlere göre icrası gerektiği sorusu cevaplanabilir^[29]. Örneğin, hüküm sonucu sadece bir taşınmazın “tahliyesi” emrini içerirken, gerekçesi ile değerlendirildiğinde, salt bir zilyetliğin iadesi değil, ayrıca borçlu tarafından taşınmaza yapılmış binanın sökülmesi olduğu da anlaşılabilir. Yargıtay kimi kararlarında gerekçesi ile birlikte hüküm sonucunun değerlendirilmesini, hükmün genişletilmesi sonucunu doğuracağı iddiasıyla kabul etmemektedir. Nitekim 1994 tarihli bir kararında, “... ’nın aydınlığa elatmasının (vaki müdahalesinin) önlenmesine” şeklindeki hüküm sonucuna dayanılarak hazırlanacak icra emrinde “kapının kapatılması ve eski hale getirilmesi” şeklinde bir ifadeye

hukukundan farklı olarak Alman hukukunda teminat verilmesine ilişkin ilâmın icrası da § 887’e göre (bir başkası tarafından yapılabilecek işlere ilişkin kural) gerçekleştirilir. **Musielak/Voit/Lackmann**, § 887, Rn. 3.

- [28] Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 1982 tarihli bir kararı da, salt hüküm fıkrasına bakılmadığını, hükmün içeriğinin dikkate alındığını göstermektedir. Nitekim yüksek mahkeme, hüküm sonucunda yalnızca “haksız rekabet ve tecavüzün sonucu olarak, maddi durumun ortadan kaldırılmasına” karar verilmiş olmasına rağmen, bu hususun ayrıca “rekabet konusu malların toplatılmasını” da içerdiğini belirtmiştir. 12. HD, 24.6.1982, 5600/5747, **Uyar**, Talih, İcra Hukukunda İlamlı Takipler, Manisa 1991, s. 274. 14. Hukuk Dairesi de yakın tarihli bir kararında, menî müdahale ve meydana gelen zararın giderilmesi için tazminata hükmeden mahkeme kararını bozarken, kal’e ilişkin hususların ilâmın icrasıyla ilgili olduğunu ifade ederek dolaylı olarak menî müdahale talebinin kal’i de kapsayacağını belirtmiştir. 14. HD, 17.1.2011, E. 2010/14057, K. 2011/115, www.kazanci.com.tr, (s.e.t. 17.11.2015). Alman hukukunda hakim görüş de, bir işin yapılması veya yapılmamasına ilişkin ilâmın icrasında, hüküm sonucunda yer alan formülasyona bakılmasının yeterli olmadığı, hükmün bütünüünün yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Musielak/Voit/Lackmann**, § 887, Rn. 2; **Gottwald/Mock**, § 887, Rn. 4; **Schuschke/Walker**, § 887, Rn. 3. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de yapılmış olan eser sözleşmesi çerçevesinde eksikliklerin giderilmesine dair verilen hüküm çerçevesinde genel bir yenileme borcu olmadığı iddiasını incelerken; bu şekilde eserin iyileştirilmesine ilişkin hükümlerin pek çoğunda eksikliğin nasıl giderileceğinin açıkça düzenlenmediğini, bu tür hükümlerin nasıl icra edileceği konusu işlenirken hükmün içeriği ve kapsamına bakılarak bir yorum yapılması gerektiğine karar vermiştir. BGH, 8.10.1992, - VII ZR 272/90, NJW 1993, s. 1395. Saarbrücken Eyalet Mahkemesi de bir cebri icra başvurusunun kabul edilmesi noktasında, hüküm sonucundaki formülasyonun olumlu veya olumsuz olarak ifade edilmesine bakılmaksızın, hükmün bütünüünün akıllıca yorumlanması sonucu uygulanacak hükmün belirleneceğine karar vermiştir. OLG Saarbrücken, 6.4.2000–5 W 22/00–8, NJW-RR 2001, s. 164.

- [29] **Schuschke/Walker**, § 887, Rn. 1.

yer verilemeyeceğini belirtmiştir^[30]. Kanaatimizce, hüküm sonucu kısmının anlamlandırılması için ihtiyaç duyulduğu durumlarda, özellikle gerekçenin hüküm sonucuna dâhil olduğu şekilde yorum yapılabileceği ve kesin hükmün kapsamında değerlendirileceği hallerde^[31], hüküm sonucunda ifade edilen edimin nasıl icra edileceği sorunu, hükmün gerekçesine bakılarak tespit edilebilmelidir.

Diğer taraftan, hüküm sonucu basitçe bir şeyin teslimini içerse de karar gerekçesine bakıldığında, başkası tarafından yapılamayan ve bizzat borçlu tarafından üretilecek (borç: üretim ve teslim) bir şey olduğu sonucuna varılabilir^[32]. Alman hukukunda hâkim görüşe göre, böyle bir durumda söz konusu ilamın icrası iki kısma ayrılır: ZPO § 888'e göre (başkası tarafından yapılamayacak işlere dair ilamların icrasını düzenlemektedir) üretim işi icra edilecekken, şeyin teslimi ZPO § 883'e göre gerçekleştirilir^[33]. **Musielak/Voit/Lackmann**, böyle bir durumda öncelikle hükmün yorumlanması ve hükmün gerçekten iki adet edimin ifasını içerip içermediğinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir^[34]. Ancak yazarlara göre, esas edim bir taşınır malın teslimi olduğu müddetçe, onunla bağlantılı işler^[35] açısından da tek bir hüküm, § 883 (taşınırın teslimine dair ilamların icrası) uygulanmalıdır^[36]. Zira ZPO § 887 Abs. 3 hükmü ile diğer hükümler saklı tutulmuştur^[37]. Ancak malın tesliminden bağımsız olan edimler açısından §887'in uygulanmaya devam etmesi gerektiği savunulmaktadır^[38].

[30] 12. HD, 14.6.1994, 7363/7931, **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 577. Benzer şekilde "yerin kullanma şeklinin tapu kaydında olduğu gibi meskene dönüştürülmesine" şeklindeki hüküm sonucundan hareketle, açıkça ifade edilmediği için "ara duvarların örülmesi ve binanın ön tarafında yapılan cemekeanın kaldırılması" sonucuna varılamayacağına karar vermiştir. 12. HD, 24.1.1994, 453/756, (**Uyar/Uyar/Uyar**, s. 577). Benzer şekilde meni müdahalenin kal' i kapsamadığı yönünde bkz. 12. HD, 2.5.2005, 6252/9369, (**Oskey, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan, İİK Şerhi**, Cilt. 1, Ankara 2007, s. 469).

[31] Hüküm sonucuna zorunlu bir şekilde bağlı olan ve bu nedenle kesin hüküm kapsamında olan gerekçe hakkında bir Yargıtay kararı için bkz. HGK, 22.2.2012, 2-733/87, www.kazanci.com.tr (s.e.t. 17.11.2015). Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Meriç**, Nedim, "Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükmün Objektif Sınırları", Legal MİHDER 2007/2, s. 420 vd.

[32] **Schuschke/Walker**, § 887, Rn. 1.

[33] **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 883, Rn. 2.

[34] **Musielak/Voit/Lackmann**, § 883, Rn. 4.

[35] Örneğin, üretilen lastiklerin teslimi borcu.

[36] **Musielak/Voit/Lackmann**, § 883, Rn. 4.

[37] **Musielak/Voit/Lackmann**, § 883, Rn. 4; **Schuschke/Walker**, § 887, Rn. 1.

[38] **Musielak/Voit/Lackmann**, § 883, Rn. 4; **MüKoZPO/Gruber**, § 883, Rn. 16. İçerisinde belge, program veya resim kaydedilmiş bir bilgi taşıyıcısının (disket, CD-Rom, flash bellek gibi) teslimi § 883'e göre gerçekleştirilirken, borçlunun sadece bir yazılımı (*software*) kopyalamak ve bugüne kadarki kopyayı fiziksel olarak silmek zorunda olduğu hallerde

Benzer sorun Türk hukuku açısından da İcra ve İflâs Kanunu'nun 24'üncü ve 30'uncu maddelerinin birlikte uygulanıp uygulanamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce bu noktada Alman hukukunda benimsenen çözüm tarzını kabul etmek uygun olur. Asli edim yükümlülüğü olan taşınırın teslimi ve onunla bağlantılı yan edimler açısından İcra ve İflâs Kanunu'nun 24'üncü maddesi uygulanmalıdır. Ancak taşınırın tesliminden bağımsız edimler açısından, bir işin yapılması veya bir işin yapılmamasına ilişkin ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi uygulanmalıdır. Örneğin, hukukumuz açısından zilyetliğin iadesine İcra ve İflâs Kanunu'nun 26'ncı maddesi uygulanırken, taşınmazda yer alan bir yapının sökülmesi açısından İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi uygulama alanı bulur. Alman hukuku açısından karşılaştırıldığında, burada zilyetliğin iadesi ZPO § 885'e göre gerçekleştirilirken binanın sökülmesi başkası tarafından da yapılabilecek bir işin yapılmasına dair ilamları düzenleyen ZPO § 887'e göre icra edilir^[39]. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, hükmün gerekçesinin yorumlanması suretiyle ilama konu edimin anlaşılabilir olmasıdır. Yoksa mahkeme kararındaki eksikliğin, bu şekilde bir yorum yoluyla tamamlanabilmesi söz konusu olamaz^[40]. Bu çerçevede, hükmün yeteri kadar açık olduğundan söz edebilmek için, hükmü okuyan herkes, alacaklının borçludan yerine getirmesini isteyebileceği edimi anlayabilmelidir^[41]. Mahkeme kararında yer almayan üçüncü bir belgeye atıfla hüküm sonucunun yazılması halinde, söz konusu eksikliğin icra aşamasında yorum yoluyla giderilebilmesi mümkün olmamalıdır. Hükümde yer alan hususların yorumlanması konusunda ise tereddüt etmemek gerekir^[42].

Burada işin yapılması için, borçlu yanında üçüncü bir kişinin katılması veya katlanması gereken hallerde ilamın icrasının nasıl gerçekleştirileceği sorunu

§ 887 uygulama alanı bulur. **Zöller/Stöber**, § 883, Rn. 2; **Stein/Jonas/Brehm**, § 883, Rn. 11.

[39] **Schuschke/Walker**, § 887, Rn. 1.

[40] "İlâm hükmünün aynen uygulanması gerektiği, infaz sırasında icra mahkemesince yorumlanarak ilâm hükmünün genişletilemeyeceği", 12. HD, 26.3.1997, 15410/3754, **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 577. Ayrıca bkz. 12. HD, 8.3.2002, 2902/4783, **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, s. 472. Karş. **Stein/Jonas/Brehm**, § 887, Rn. 4.

[41] Nitekim Alman Hamm Eyalet Mahkemesi de bir kararında, açıkça bu hususa vurgu yaparak icra edilmesi gereken işin açıkça hükümden (hüküm sonucu değil) anlaşılması gerektiğini, aksi takdirde kararın icra kabiliyeti olmadığını belirtmiştir. OLG Hamm, 30.8.1973–14 W 66/73, NJW 1974, s. 652.

[42] Münih Eyalet Mahkemesi de bir kararında, hükmün açık olmasından söz ederken, eksikliğin giderilmesi için yapılması gereken iş noktasında borçlu tarafından şüphe edilmemesinin yeterli olduğunu, vakıalar ve karar gerekçesinin de yorum yapılırken dikkate alınacağını belirtmiştir. OLG München, 2.7.1987 - 28 W 1163/87, NJW-RR 1988, s. 22.

ortaya çıkar. Örneğin borçlu ile beraber bir sözleşmenin yapılması için üçüncü bir kimsenin kabul beyanı gerekebilir veya borçlunun hesaplamaları yapabilmesi için üçüncü kişinin elindeki belgelere ihtiyaç duyması söz konusu olabilir. Hakim anlayışa göre, bu durumda hükmün icrasının söz konusu olabilmesi, ancak üçüncü kişinin bunu kabul etmesi veya üçüncü kişiye karşı katlanmaya dair bir hüküm verilmesi halinde mümkündür^[43]. Alacaklı, mahkemece işin kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından yaptırılabilmesine dair karar verilmeye kadar üçüncü kişinin gerekli olan onayını almalıdır^[44]. Şayet ne alacaklı ne de borçlu üçüncü kişinin onay vermesini sağlayabilirse, bu durumda alacaklı yalnızca ifanın hiç gerçekleştirilememesi sebebiyle (esasen artık sübjektif imkânsızlıktan söz edilmesi hatalı olmaz^[45]) Türk Borçlar Kanunu'nun 112'nci maddesi çerçevesinde tazminat talep edebilmelidir. Alman hukukunda ise alacaklının, zararı sebebiyle kendisine dava açma imkânı tanıyan ZPO § 893 hükmünden yararlanabileceği kabul edilmektedir^[46]. Stein/Jonas/Brehm ise böyle bir durumda işin bir başkası tarafından yapılamayacak türden değerlendirilmesi ve ZPO § 888'in uygulanması gerektiğini savunmaktadır^[47]. Yazara göre borçlu, üçüncü kişinin işleme dâhil olmasını sağlamayı denemelidir^[48].

IV. Yapma Borcunun Cebri İcrası

A. Genel olarak

Ahde vefa ilkesi gereği kendi iradesi ile belli bir hareket tarzını yerine getirmeyi üstlenmiş kimsenin, iradesine uygun olarak davranması beklenir. Buna aykırı davranış ise borca aykırılık olarak nitelendirilir^[49]. Borçlunun borcunu iradesine uygun olarak ifa etmemesi durumunda, alacaklının öncelikle mahkemeye başvurarak bir ilâm elde etmesi gerekir. Bir eda emri (yap emri) içeren söz konusu ilâmın gereği, borçlu tarafından rızaen yerine getirilmezse, borçlunun bedenî ve/veya fikrî emeğine dayanan ilgili hareket tarzı, icra organları vasıtasıyla, cebri icra yolu ile gerçekleştirilmeye çalışılır.

[43] **Gottwald/Mock**, § 887, Rn. 5; **Thomas/Putzo/Seiler**, § 887, Rn. 1a.

[44] **Gottwald/Mock**, § 887, Rn. 5.

[45] **Serozan**, s. 183 vd.

[46] **Gottwald/Mock**, § 887, Rn. 5. Şayet üçüncü kişiye karşı borçlu bir katlanma veya katılma hükmü elde etmiş ise, bu durumda, bir başkası tarafından yapılamayacak işlere ilişkin ZPO § 888'in uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Musielak/Voit/Lackmann**, § 887, Rn. 2; **Thomas/Putzo/Seiler**, § 887, Rn. 1a.

[47] **Stein/Jonas/Brehm**, § 888, Rn. 13-14.

[48] **Stein/Jonas/Brehm**, § 888, Rn. 15.

[49] **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 354; **Serozan**, s. 130; **Oğuzman/Öz**, s. 366.

Borçlar hukuku açısından temel kural, Anglo-Sakson hukuklarından farklı olarak Kıta Avrupası hukuklarında aynen ifa ve borçlunun buna zorlanmasıdır^[50]. Ancak yapma borçları açısından söz konusu kişilik haklarının korunmasına ilişkin temel özgürlükler ile çelişmektedir^[51]. Bir kimsenin iradesi hilâfına bedenî veya fikrî bir emek ortaya koymaya zorlanması, onun kişilik haklarının ihlali sonucu doğuracağından modern hukuk sistemlerinde kabul edilmemektedir^[52]. Hiç şüphesiz cebri icra organı vasıtasıyla, ilâmın gereğini yerine getirmeyen kimseye, bu emredilebilir. Fakat kişi iradesi ile emre uymazsa aynen ifadan vazgeçilmesi gerekir.

Türk hukukunda yapma borcuna aykırılık, Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Yukarıda zikredilen hakikati dikkate alan kanun koyucu, yapma borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklının, masrafı borçluya ait olmak üzere işin kendisi veya bir başkası tarafından yapılmasına izin verilmesinin istenmesine imkân tanımaktadır. Çalışmamızın konusunu da oluşturan İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi de, yapma borcunu konu alan bir ilâmın gereğinin nasıl yerine getirileceğini düzenlemektedir. Buna göre, yapma borcunun niteliği ne olursa olsun^[53], öncelikle borçluya bir icra emri gönderilerek ilâmda gösterilen işi, ilâmda gösterilen sürede (veya ilâmda süre yoksa uygun bir sürede^[54]) gerçekleştirmesini emreder.

[50] **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 357; **Serozan**, s. 221; **SchZPO/Staehelin**, Daniel, § 343, Rn. 9; **BK-ZPO/Kellerhals**, Franz, § 343, Rn. 1.

[51] Kişinin buna zorlanmasının anlamsızlığı hakkında bkz. **Serozan**, s. 222. Bir kimsenin, kendi lehine dahi olsa bir işi yapmaya zorlanamayacağı eski bir İngiliz atasözünde şu şekilde ifade edilmektedir: *You can lead a horse to water, but you can't make it drink.* (Atı suya yönlendirebilirsiniz ama o istemeden içemezsiniz.). Söz konusu atasözü ve tarihçesi için bkz. www.phrases.org.uk (son erişim tarihi: 17.8.2016).

[52] **Aydıncık**, s. 1. Karş. **Peyer**, Patrik R., *Vollstreckung unvertretbarer Handlungen und Unterlassungen*, Zurich 2005, s. 151; **Fellmann**, Walter, "Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR—«Vollstreckungstheorie» oder «Erfüllungstheorie»", *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis* 1993, s. 114.

[53] Bir başkası tarafından ifa edilebilir olup olmama noktasında kullanılmaktadır.

[54] "İİK. 30. maddesine göre eski hale getirme ilâmda müddet gösterilmediği için icra memuru tarafından işin başlama ve bitirme zamanlarının tayin edilerek işin yapılmasının emredilmesi gerekir. Yasanın bu hükmüne uygun borçluya bir tebligat yapılmamış ise de çıkarılan icra emrinde eski hale getirme hususunda belirtilmiştir. Borçlu bu şekilde çıkarılan icra emrini tebellüğ ettiklerini uzunca bir süre geçmiş olmasına rağmen ilâmda belirtilen eski hale getirme hususu yerine getirmemiştir. Bunun üzerine alacaklı tarafından ilâm hükmü yerine getirilmiştir. Ortada alacaklı tarafından yapılan bir masraf söz konusudur. Artık geriye giderek yasa hükmüne uygun prosedürün işletilmesi mümkün değildir. Mercie yapılacak iş dava sırasında hükme esas rapor veren bilirkişilerin ilâma uygun hazır edilerek yapılacak keşifte alacaklıca yapılan eski hale getirme işleminin ilâma uygun olup olmadığı saptanarak hasıl olacak sonuca göre bir karar vermek olmalıdır. Eksik inceleme

İcra emrine uyulmazsa nasıl hareket edileceği ise, yapma borcunun niteliğine göre ikili bir ayrıma tabi kılınmıştır. Şayet iş, bir başkası tarafından da yapılabilir nitelikte ve alacaklı da talep ederse, icra müdürü öncelikle işin yapılması için gereken masrafı bir bilirkişiye tayin ettirir^[55]. Alacaklı razı olursa ondan, razı olmazsa yeter miktar malını haczedilip paraya çevrilerek borçludan gerekli masraf alınır ve iş üçüncü kişiye yaptırılır. Bilirkişi tarafından yapılan belirlemeye karşı ilgililer yedi gün içerisinde icra mahkemesine şikâyet yolu ile başvurabilir^[56]. Şayet icra dairesince, masraf bilirkişiye tayin ettirilmeksizin alacaklının bizzat işi yapmasına karar verilirse, –ki bu İcra ve İflâs Kanunu’nun 30’uncu maddesine aykırı olacaktır– alacaklı yapmış olduğu giderleri ancak dava açmak suretiyle talep edebilir^[57]. Ancak, mahkeme kararını verirken yapma borcunun gereğinin yerine getirilmemesi haline ilişkin, hükmün infazını da dikkate alacak şekilde hüküm kuramaz^[58]. Örneğin Yargıtay 18. Hukuk Dairesi^[59],

İcra ve İflas Kanunu’nun 30. maddesinde bir işin yapılmasına ilişkin mahkeme kararlarının ne şekilde yerine getirileceği açıkça belirtilmiş olup, mahkemece buna göre projeye aykırılıkların giderilmesine, davalı tarafça eski hale getirilmesine ve bunun için davalıya uygun bir süre verilmesine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, infazda tereddüt yaratacak şekilde belirlenen süre zarfında eski hale getirilmediği takdirde masraflar davalıdan alınmak koşulu ile balkonun eski hale getirilmesi için davacı tarafın yetkilendirilmesine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

ile şikâyetin çözümlenmesi doğru görülmemiştir.” 12. HD, 11.7.1996, 9393/9839, **Süphandağ**, Yavuz, İcra ve İflas Hukukunda Uygulamalar, Ankara 2012, s. 121.

- [55] “Mahkemece verilen kaçak (projeye aykırı) yapım, yıkım ve müdahalenin men’ine dair ilâmın infazı için yerinde keşif yapılarak, ilâmda belirtilen yıkım işinin ne kadara yaptırılacağından bilirkişilerden sorularak belirlenmesi gerekeceği...”, 12. HD, 3.4.2008, 3377/6744, **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 576.
- [56] **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, s. 461. “İlama konu işin sürede yapılmaması üzerine alacaklı vekilinin talebi doğrultusunda icra müdürlüğüne işin ne miktar ücretle ve kaç günde yapılabileceği konusunda bilirkişiden alınan rapora karşı borçlunun şikâyet süresi tebliğinden itibaren yedi gündür.” 12. HD, 23.1.2007, E. 2006/23333, K. 2007/763, **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, s. 465.
- [57] **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 572.
- [58] **Muşul**, Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II, Ankara 2013, s. 1124.
- [59] 18. HD, 11.2.2013, 672/1495, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 29.8.2016). Aynı yönde bkz. 18. HD, 11.4.2006, 474/2984, 14. HD, 14.11.2002, 7861/7701, **Süphandağ**, s. 123-124. 18. HD, 1.12.2008, 9231/12779, **Muşul**, s. 1124, dn. 29. Gerçek masrafın ne olacağından önceden öngörülmesi mümkün olmadığı gerekçesiyle verilen bir düzelterek onama kararı için bkz. 18. HD, 27.11.1992, 10545/11957, **Pehlivanoglu**, Gündüz M., Açıklamalı İcra ve İflâs Kanunu Gerekçeler- Kararlar, Ankara 1998, s. 137.

şeklinde karar vermiştir. Mahkemenin vermiş olduğu hükmün gereğinin yerine getirilmemesi durumunu dikkate alarak vermiş olduğu karar, şarta bağlı hüküm verilemeyeceği prensibine de aykırılık teşkil eder^[60].

Bir işin yapılmasına ilişkin dava açıldıktan sonra, dava konusu davalı tarafından devredilirse veya yapma ilâmı alındıktan sonra dava konusu şey üçüncü kişiye devredilirse, bunun devam eden davaya ve takibe etkisi de incelenmelidir. Örneğin manzara kapatmama borcuna aykırı olarak yapılan duvarın yıkılması amacıyla dava açıldıktan veya hüküm alındıktan sonra, davalı taşınmazı üçüncü bir kişiye devrederse, söz konusu devrin dava veya takibe etkisi belirlenmelidir. Dava sırasında taşınmazın mülkiyetinin devredilmesi durumunda, davacının dava konusu kılımış olduğu talebini etkisiz kılan bir tasarruf işlemi söz konusu olduğundan, dava konusunun devrine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125'inci maddesi uygulanır. Davacı dilerse üçüncü kişiyi bu davanın tarafı haline getirir veya davasını tazminat davasına çevirir. İncelediğimiz örnek açısından isabetli olan davanın tarafını değiştirmektir ki artık üçüncü kişi davanın tarafı haline geleceğinden, hükmün icrası noktasında bir sorun çıkmaz. Hükmün verilmesinden sonra taşınmazın mülkiyeti devredilecek olursa, bu defa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303'üncü maddesi uygulama alanı bulur^[61]. Buna göre kesin hüküm davanın tarafları ile birlikte külli ve cüzi haleflerini de bağlar. Duvarın yıkılmasına ilişkin ilâm pekala üçüncü kişiye karşı da icra edilebilir. Burada üçüncü kişinin iyiniyet ile hak kazanması da söz konusu olmaz^[62]. Bu durumda devreden malik aleyhine de icra takibi yapılamaz^[63]. Haksız rekabete ilişkin olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesi çerçevesinde açılan davada verilen hükmün, haksız rekabete konu malları elinde bulunduran üçüncü kişilere karşı da icra olunabileceği, Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir^[64].

Şayet yapma borcu şahsi edim niteliğinde ise, yani bir başkası tarafından yapılamayacak türden bir borçsa, borçlu yalnızca İcra ve İflâs Kanunu'nun 343'üncü maddesinde yer alan üç aya kadar hapis cezası ile ifaya zorlanabilir.

[60] Buna rağmen farklı yönde Yargıtay kararlarına da rastlamak mümkündür. Bkz. **Uyar/Uyar**, s. 572, dn. 26.

[61] **Muşul**, s. 1125; **Kürtül**, Mehmet, Açıklamalı-Örnekli-İçtihatlı İcra ve İflâs Suçları, Ankara 2012, s. 392.

[62] **Muşul**, s. 1126.

[63] "Proje dışı tadilatın yıktırılmasına karar verilen daireyi üçüncü bir kişiye satmış olan malik aleyhine yapılan takibin iptali gerekeceği...", 12. HD, 2.11.1993, 12684/16844, **Uyar/Uyar**, s. 577.

[64] 12. HD, 25.10.2000, 14755/15931, **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 577.

Kanun koyucu burada aynen ifayı bir ceza tehdidi ile sağlamaya çalışmaktadır^[65]. Söz konusu hapis cezasını göze alan bir borçlu açısından, işin yapılması noktasında icra hukukunun başkaca bir cebri yönü yoktur^[66]. Keza borçlu şahsi edim niteliğindeki işi yapmaya başlar ve fakat kendisinden beklenen emeği/çabayı sarf etmezse, İcra ve İflâs Kanunu'nun 343'üncü maddesine göre dahi cezalandırılması mümkün değildir. Zira bu durumda suçun maddi unsuru oluşmaz^[67]. Ancak her iki durumda da –hiç yapmama veya bîhakkın yapmama– şartları varsa borçlar hukuku çerçevesinde tazminat talep edilebilmesi mümkündür^[68].

B. Bir Başkası Tarafından İfa Edilemez Nitelikteki Yapma Borçları Açısından Öngörülen Hapis Cezasının Anayasaya Aykırılığı Sorunu

Yukarıda belirtildiği üzere borçlu dışında bir başkası tarafından ifa edilemeyen yapma borçlarına ilişkin ilâmın gereği borçlu tarafından icra emrine rağmen yerine getirilmezse, alacaklının talebiyle borçlunun üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilebilir. Anayasa'nın 38'inci maddesi ise, *hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz* hükmünü içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 4 numaralı protokolün birinci maddesi ile anayasa hükmü örtüşmektedir. Şu halde sözleşmeden kaynaklanan yapma borcunu ifa etmeyen borçlunun üç aya kadar hapsedileceğine ilişkin hüküm ile Anayasa arasındaki bu çelişki nasıl telif edileceği tartışılmalıdır.

Öğretide hakim anlayış hem Anayasa'nın hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 numaralı protokoldeki ifadenin şu şekilde anlaşılması gerektiği

[65] **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar-Ayvaz**, Sema, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2016, s. 399; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin-Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015 s. 337; **Kuru**, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 975; **Özbek**, Mustafa S., Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, Ankara 2013, s. 608; **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 572; **Postacıoğlu**, İlhan E./**Altay**, Sümer, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010, s. 821. Bir başkası tarafından ifa edilemez yapma borçları açısından ancak dolaylı bir zorlama olabileceği yönünde bkz. **Peyer**, s. 150.

[66] **Eren**, s. 1034.

[67] Suçun maddi unsuru için bkz. **Kürtül**, s. 390-392.

[68] **Kuru**, s. 975; **Eren**, s. 1034; **Yıldırım**, Kamil M./**Deren-Yıldırım**, Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2015, s. 318; **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 572; **Pehlivanoglu**, s. 132; **Olgaç**, Senai, İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflâs Kanunu, Cilt I, İstanbul 1974, s. 140.

yönündedir^[69]; İlk olarak ortada bir sözleşme^[70] ve bu sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük^[71] bulunmalıdır. Çalışma konumuz olan ve borçlu dışında bir başkası tarafından ifa edilemeyecek yapma borçlarının bir sözleşmeden kaynaklanan yükümlülük olduğu konusu şüpheden uzaktır. İkincisi, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğü *yerine getirememesi* sebebiyle özgürlüğünden alıkonulamayacağıdır. Burada *getirememe* kavramına vurgu yapılmalıdır. Borçlu, edimi ifa etmek istediği halde, elinde olmayan sebeplerle yerine getirememekte olmalıdır^[72]. Yapma borcu, borçlunun elinde olmayan sebeplerle yerine getirilemeyecek durumda ise, verme borçlarından farklı olarak artık bir imkansızlık söz konusu olur^[73]. Şayet henüz mahkemece hüküm verilmeden önce söz konusu imkansızlık durumu gerçekleşmişse, artık mahkemenin yapma emri verebilmesi (aynen ifa) mümkün değildir. İmkânsızlığın gerçekleştiği aşamaya göre^[74] tazminat talepleri gündeme gelebilir. Ancak artık İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesinin ve dolayısıyla hapis cezasına ilişkin hükmün uygulama alanı kalmaz. İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi ancak yapma borcunun ifasının mümkün olmasına rağmen borçlu tarafından yerine getirilmediği hallerde uygulanır. Başka bir anlatımla, borçlunun sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine *getiremediği* değil *getirmediği* hallerde söz konusu olur. Dolayısıyla, borçlu dışında bir başkası tarafından ifa edilemeyen yapma borçları açısından İcra ve İflâs Kanunu'nun 343'üncü maddesinde öngörülen hapis cezası Anayasa'nın 38'inci maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 4 numaralı protokolüne aykırı değildir^[75]. Borçlu dışında bir başkası tarafından ifa edilebilen

[69] **Yılmaz**, Ejder, "Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesine İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra İflâs Suçları", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 493 vd.; **Feyzioğlu**, Metin, "Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması", AİHS ve Anayasa m. 38 f .8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2002, <http://www.feyzioğlu.av.tr/yayın/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumluluk-ve-hapis-cezasi.html> (son erişim tarihi: 29.8.2016).

[70] Her türlü sözleşmenin bu kapsamda değerlendirileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Yılmaz**, s. 494.

[71] Borçlunun alacaklı karşısında yerine getirme ödevi altında bulunduğu hareket tarzını ifade eder. Bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 40.

[72] Anayasa değişikliğine ilişkin komisyon çalışmaları sırasında da bu husus tartışılmış ve borcunu hıyileyle yahut kasten ifa etmeyen borçlunun bu hükümden yararlanamayacağı belirtilmiştir. Bkz. 21. Dönem, 3. Yasama Yılı, 26.09.2001 tarihli 133. Birleşim Tutanakları, s. 28. Tutanak metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr> (son erişim tarihi: 29.8.2016).

[73] **Oğuzman/Öz**, s. 427.

[74] Örneğin temerrüt gerçekleşikten sonra imkansızlık ortaya çıkmışsa, borçlu imkansızlıkta kusuru olmasa da temerrütün sonuçları saklıdır.

[75] Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde bkz. **Serozan**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 262.

yapma borçları açısından ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 343'üncü maddesinin uygulanması söz konusu değildir^[76]. Yapma borçlarının niteliğine ilişkin bu değerlendirmelerin yanında İcra ve İflâs Kanunu'nun 343'üncü maddesi cezai yaptırım uygulanmasını açıkça kabul edilebilir bir mazeretin bulunmaması^[77] koşuluna bağlayarak Anayasa'ya aykırılık iddiasını temelsiz bırakmıştır.

C. İrade Beyanında Bulunma Borcunun İcrası

İrade beyanında bulunma borcu niteliği gereği yalnızca borçlu tarafından ifa edilebilir bir yapma borcudur^[78]. Dolayısıyla aksine bir kural bulunmadığı müddetçe, irade beyanında bulunma borcuna aykırı hareket edilmesi durumunda, mahkemeye müracaatla borçlunun bu yönde bir beyanda bulunması emri (yap emri) verilmesi talep edilir^[79]. Talebin haklılığına kanaat getiren hâkim ise davalının irade beyanında bulunması yönünde bir hüküm kurar. Davalı borçlu hükmün gereğini yerine getirmese cebri icra organlarına başvurulur ve bu yönde beyanda bulunması emredilir. Yapma borçları açısından meselenin bu kadar uzatılması esasen anlamlı görünmemektedir. Nitekim Alman Medenî Usûl Kanunu'nun § 894'te, daha basit ve etkin bir yol olarak, borçlunun bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmesi durumunda, hükmün kesinleşmesi ile birlikte irade beyanında bulunmuş sayılacağı açıkça düzenlenmiştir^[80]. Başka

[76] **Kuru**, s. 976; **Postacıoğlu/Altay**, s. 821. "İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. Maddesinde yazılı olduğu üzere, bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmlara aykırılık halinde yaptırım öngörülen aynı yasanın 343. Maddesi, bir işin yapılmasına dair ilâmlara bir ayrıcalık getirerek, yalnız kendisi tarafından yapılacak bir işin yapılması hakkındaki ilâma makbul bir mazereti olmaksızın muhalefet eden borçlular hakkında bu madde gereğince uygulama yapılacağını öngörmüştür.", 16. HD, 28.12.2006, 5575/8394, **Kürtül**, s. 398.

[77] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kürtül**, s. 390 vd.

[78] **Oğuzman/Öz**, s. 375. Karş. **MüKo-ZPO/Gruber**, § 894, Rn. 1; **Musielak/Voit/Lackmann**, § 894, Rn. 1. İsviçre hukukunda, bir başkası tarafından ifa edilemeyen yapma borçları nisbi ve mutlak olmak üzere iki grup altında toplanmaktadır. Bu ayrıma göre bir hukuki işlemin kurulması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi için bir irade açıklaması borcunun söz konusu olduğu durumlar, nisbi şahsi edim (*relativ unvertretbare Handlungen*) şeklinde nitelenmektedir. Bu ayırım için bkz. **Peyer**, s. 150

[79] Örneğin bir ön sözleşme bulunmasına rağmen karşı tarafın asıl sözleşmeyi yapmaya yanaşmaması durumunda böyle bir durumla karşılaşılr. Bu yönde bir talep, mahkemeden istenen hukuki himayenin niteliği dikkate alındığında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105'inci maddesi çerçevesinde bir eda davası olarak ortaya çıkar. **Oğuzman/Öz**, s. 376; **Yazıcı-Tıktık**, Çiğdem, Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Cilt III, s. 2741. Hiç kimse irade beyanında bulunmaya zorlanamayacağından ön sözleşmede alacaklı durumunda bulunan kimsenin borcun aynen ifasını dava edemeyeceği yönündeki görüş için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 105.

[80] **MüKo-ZPO/Gruber**, § 894, Rn. 1; **Musielak/Voit/Lackmann**, § 894, Rn. 1.

bir anlatımla, mahkeme hükmünün kesinleşmesi ile birlikte davalının irade beyanı yerine geçeceğine dair yasal bir fiksiyon düzenlenmiştir^[81]. Söz konusu fiksiyonun, yalnızca irade beyanında bulunma açısından öngörüldüğü, amaçlanan hukuki sonucun gerçekleşmesi için başkaca beyan veya tedbirlerin gerekli olduğu durumlarda, söz konusu beyan veya tedbirlerin ilâmların icrasına ilişkin diğer hükümlere (§ 883 ila § 888) göre yerine getirileceği savunulmaktadır^[82]. Hukukumuzda bu yönde bir hüküm ne Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ne de İcra ve İflâs Kanunu'nda yer almaktadır. Buna rağmen, mülkiyetin hükmen kazanılacağına ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 716'ncı maddesinden hareketle, Türk öğretisinde de mahkeme hükmünün bütün irade beyanında bulunma borçları açısından borçlunun beyanı yerine geçeceği savunulmaktadır^[83]. Yargıtay da 1971 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararında;

“Satış vaadine dayanan dava dahi mülkiyet hakkının bu sözleşmeden yararlanan kişiye yöneltilmesini amaç güden bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle kişisel de olsa ortada bir hak vardır. Tapulama Kanununun, 41. maddesinde yer alan “bu bölümde aksine hüküm bulunmayan hallerde. Türk Kanunu Medenisiyle diğer kanunların iktisap ve tescile ilişkin hükmü uygulanır” hükmü, satış vaadi sözleşmesine dayanan ve Medeni Kanunun 642; maddesi hükmü, gereğince açılan, tescile zorlama davasını da kapsamına almaktadır. Bu nedenlerle karşı görüşe katılmak mümkün olmadığından, satış vaadi sözleşmesine dayanan: Medeni Kanunun 642. maddesi hükmünce mülkiyetin, satış vaadi sözleşmesinden yararlanan akite aidiyetine karar verilmesi isteğini kapsayan davaların”

[81] **MüKo-ZPO/Gruber**, § 894, Rn. 1; **Musielak/Voit/Lackmann**, § 894, Rn. 1.

[82] **MüKo-ZPO/Gruber**, § 894, Rn. 17-18; **Musielak/Voit/Lackmann**, § 894, Rn. 12.

[83] **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 369; **Oğuzman/Öz**, s. 376; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 106. **Oğuzman/Öz**, irade beyanında bulunulmasına dair talebi konu alan davayı bir eda davası olarak nitelendirmekte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105'inci maddesinde düzenlenen eda davasına ilişkin hükümle bu davaların açılmasının yasal dayanağının da oluştuğunu, sadece açık bir hükme yer verilmesinin daha uygun olacağını savunmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 376. Keza hakim görüşün de bu davanın bir eda davası yönünde olduğu, mahkemenin karşı tarafın beyanı yerini tutan kararıyla sözleşmenin kurulacağı savunulmaktadır. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 107. Oysa mahkemenin hükmünün borçlunun irade beyanı yerine geçmesi sonucunu doğuracak bir talebi konu alan dava, niteliği itibarıyla hükümle birlikte yeni bir durum yarattığı için inşai dava olarak değerlendirilmelidir. **Kocayusufpaşaoğlu**'nun hakim anlayışın eda davası olduğu belirtmesinden sonra mahkeme kararıyla sözleşmenin kurulacağını ifade etmesi, verilen hükmün inşai nitelik taşıdığını açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, neticede mahkemece verilen kararın inşai nitelikte olacağını belirtmektedir. Bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 369.

şeklinde değerlendirmede bulunmuştur^[84]. Hatta hukukumuzda hakim görüş, karşı tarafın irade beyanı yerine geçen hükümlerle birlikte yalnızca hukuki işlemin kurulmadığı, ayrıca söz konusu hukuki işlemde kaynaklanan borcun ifası için gereken hukuki işlemlerin yerine de mahkeme kararının geçeceği yönündedir^[85]. Yargıtay da bu görüştedir^[86]. Görüşün dayanağı ise, gereksiz formaliteden kaçınılmak istenmesi ve pratiklik^[87]. Bu manada Alman hukukundaki hükümden dahi bir adım öteye geçildiği belirtilmelidir.

Olması gereken hukuk açısından hukukumuzda savunulan görüşün yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak, olan hukuk dikkate alındığında söz konusu görüşe katılma imkanı bulamamaktayız. İcra hukukuna hâkim olan en temel ilke kanunilik^[88]. Buna göre hem cebri icra yaptırımlarının gerektiği durumların hem de yaptırımların kanuna dayanması ve baştan belirli olması gerekir^[89]. Kişilerin malvarlıksal alanlarına devlet organları eli ile müdahalede bulunulması söz konusu olduğundan bu sonuç tabiidir. Şu halde cebri icraya konu meseleler ve uygulanacak yöntem/yaptırımlar açısından, pratiklik gerekçesiyle dahi kıyas düşünülemez. İrade beyanında bulunma borcunun, bizzat borçlu tarafından ifası gereken bir yapma borcu olduğu konusu şüpheden uzaktır. Bu nitelikteki bir borcun, borçlu tarafından ifa edilmemesi üzerine uygulanacak cebri icra prosedürü de İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Şu halde, irade beyanında bulunma emri içeren mahkeme hükmü, zikredilen maddeye göre icra edilir. Borçluya bir icra emri gönderilerek irade beyanında bulunması emredilir. Şayet beyanda bulunmaktan kaçınırsa alacaklı ancak borçlunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 343'üncü maddesi çerçevesinde üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını isteyebilir. Kanun koyucunun, müstakbel İcra ve İflâs Kanunu içerisinde Alman hukukundakine benzer bir kurala yer vermesi ise yerinde olur.

[84] YİBGK, 25.10.1971, E. 1970/1, K. 1971/2, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 30.8.2016).

[85] **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 107 ve dn. 40'ta zikredilen yazarlar. Aksi yönde bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 376, dn. 41.

[86] HGK, 8.1.2004, 14-610/656, **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 369.

[87] **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 107.

[88] **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 70. Ayrıntı açıklamalar için bkz. **Özekes**, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 89 vd.

[89] **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 70; **Özekes**, s. 89.

D. TBK m. 113 ile İİK m. 30 Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

1. Genel olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinin birinci fıkrasında yapma borçlarına aykırılığın sonuçlarını düzenlemektedir. Ancak söz konusu hükmün ifadesi dikkate alındığında, yalnızca bir başkası tarafından ifa edilebilir yapma borçlarını kapsadığı anlaşılmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi ise bütün yapma borçlarının icrasını düzenlemektedir. Bu noktada ilgili iki hükmün, bir başkası tarafından ifa edilebilir yapma borçları açısından birlikte nasıl uygulanacağı, borçluya seçimlik bir imkân getirip getirmediği belirlenmelidir.

Yapma borçlarına aykırılık hali, bir görüşe göre aynen ifanın sonradan mümkün olmaması nedeniyle ifa imkânsızlığına yol açar^[90]. Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesi de söz konusu duruma ilişkin düzenlenmiş özel bir cebri icra hükmüdür ve İsviçre'de kantonlar arasında yeknesak bir uygulama sağlanması amacıyla borçlar kanunu içerisinde yer almıştır^[91].

Oğuzman/Öz'e göre ise yapma borçları için cebri icra söz konusu olamaz^[92]. Yazarlar, Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinin, yapma borcunun ifa edilmemesi sebebiyle ortaya çıkan zararın giderilmesine yönelik özel bir tazmin hükmü olduğunu savunmaktadır^[93]. Tazmin şekli olarak kabul edilmesinin önemi ise, söz konusu hükmün uygulanabilmesi için tazminatın koşullarının – özellikle kusurun – aranması noktasında kendisini gösterir. Aynen ifayı sağlamaya yönelik bir hüküm olarak değerlendirildiğinde, borçlunun kusurlu olup olmamasından bağımsız olarak ilgili hüküm uygulanabileceken^[94], tazminat olarak ele alındığında, ayrıca borçlunun kusurlu olması da gerekecektir. Yazarlar, borçlunun yapabileme imkânı olmasına rağmen açıkça yapmaması durumunu

[90] **Serozan**, s. 222. Ancak yazar söz konusu hüküm borçlu temerrüdünün hukuki sonuçları arasında incelemektedir.

[91] **Serozan**, s. 222. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun 343'üncü maddesi ile yapma borçlarının ifası kapsamlı olarak kantonal seviyede düzenlendikten sonra borçlar kanunundaki hükmün önemini yitirdiği hakkında bkz. **Furrer, Andreas/Wey, Rainer**, "**Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen**", Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 98, Rn. 154.

[92] **Oğuzman/Öz**, s. 422.

[93] **Oğuzman/Öz**, s. 422. Buna karşılık **Eren**, Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesi hükmünün, bir tazminat değil, aynen ifa düzenlemesi olduğunu savunmaktadır. **Eren**, s. 1033.

[94] **Eren**, s. 1033.

da imkânsızlık olarak değerlendirmekte ve sorumluluk şartlarını Türk Borçlar Kanunu'nun 112'nci maddesindeki genel hükümlere tabi kılmaktadır^[95].

Öğretide savunulan bir diğer görüş ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinin yapma borçlarına ilişkin borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenlediği yönündedir^[96]. Buna göre alacaklının Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesine başvurabilmesi için öncelikle borçluyu temerrüde düşürmesi ve kural olarak süre verip, aynen ifadan vazgeçerek nama ifa talep ettiğini belirtmesi gerekir^[97]. Yazar, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından müspet tazminat veya sözleşmeden dönerek menfi tazminat istenmesi yanında nama ifa olarak ilave bir imkân getirildiğini ileri sürmektedir^[98].

Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinin bir maddi hukuk hükmü olduğunu savunan yazarlara göre, söz konusu hüküm ile yapma borçları açısından borca aykırılık durumunda alacaklıya kendine özgü bir ifa imkânı sağlanmaktadır^[99] ve 112'nci maddenin yapma borçlarına özgü bir halidir^[100]. Zira alacaklı, söz konusu hükümle, sözleşme çerçevesinde talep hakkı olan edimin gerçekleştirilmesini sağlamaktadır^[101]. Yargıtay da bir kararında açıkça nama ifanın aynen ifa kapsamında olduğunu belirtmiştir^[102]. Dolayısıyla, bu görüş kabul edilirse, borçlu aleyhine bir ilâm ve ilâmın gereğinin yerine getirilmesi imkânı gibi şartlar aranmaz^[103]. Zira bu da aynen ifanın yapma borçlarına özgü bir türüdür ve alacaklı doğrudan Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinin uygulanmasını sağlayabilir. **Tandoğan** da söz konusu hüküm aynen ifa başlığı altında incelemiş, hukuki niteliğine ilişkin görüşleri belirttikten sonra yalnızca vekâletsiz iş görme olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir^[104]. Yazar ayrıca alacaklının bu hükme başvurabilmesi açısından borçlunun kusurunun aranmayacağını savunmaktadır^[105].

[95] **Oğuzman/Öz**, s. 422.

[96] **Aydıncık**, s. 106.

[97] **Aydıncık**, s. 106.

[98] **Aydıncık**, s. 107.

[99] **Aydıncık**, s. 102. Karş. **Becker**, OR Art. 98, Rn. 5.

[100] Karş. **Becker**, OR Art. 98, Rn. 5; **Fellmann**, s. 110.

[101] Karş. **Becker**, OR Art. 98, Rn. 5; **Fellmann**, s. 110.

[102] 15. HD, 11.12.2002, 5721/5764, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 17.8.2016).

[103] Karş. **Fellmann**, s. 111. İsviçre Hukukunda bu görüşü savunan yazarlara göre yetkili makamın bu konudaki izni yeterlidir. **Becker**, OR Art. 98, Rn. 6; **Fellmann**, s. 111.

[104] **Tandoğan**, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 409-411.

[105] **Tandoğan**, s. 411.

Öğretide savunulan bir diğer görüşe göre ise Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesi hem imkânsızlık hallerinde hem de temerrüt durumunda uygulama imkânı bulunan bir cebri icra hükmüdür^[106]. Yazar, söz konusu hükmün uygulanabilmesi noktasında kusur şartının da aranmayacağını belirtmektedir^[107]. Ancak kuralın aynen ifa olmasından hareketle, hükmün uygulanmasının bir koşulunun da borçluyu aynen ifaya zorlayan bir hüküm elde edilmesi olduğunu belirtilmektedir^[108].

2. TBK m. 113 çerçevesinde iznin isteneceği makam

Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinin niteliğine ilişkin tartışmalardan hareketle işin bir başkasına gördürülmesi için izin vermeye yetkili makamın neresi olduğu hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Söz konusu hükmü bir maddi hukuk kuralı olarak değerlendiren yazarlara göre, izin genel mahkemelerden istenir^[109]. Yargıtay da bu görüştedir^[110]. Hükmün cebri icraya ilişkin olduğunu savunanlara göre ise icra makamları izin vermeye yetkilidir^[111]. Bu yazarların bir kısmı icra mahkemesinden izin alınması gerektiğini^[112], bir kısmı ise icra dairesinin de bu izni verebileceğini ifade etmektedir^[113].

3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesi, bir başkası tarafından da ifa edilebilir yapma borçlarını, borçların ifa edilmemesinin sonuçları üst başlığı altında düzenlemektedir. Buna göre, muaccel yapma borcu, borçlusu tarafından

[106] **Tunçomağ**, Kenan, Borçlar Hukuku, Cilt I, İstanbul 1972, s. 479-480. İsviçre'de de hakim görüş, söz konusu hükmün bir cebri icra düzenlemesi olduğu yönündedir. **Furrer/Way**, Art. 98, Rn. 160 ve orada zikredilen yazarlar; **Kostkiewicz**, Jolanta K., "OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht", Orell Füssli Kommentar, Art. 98, Rn. 4; **Gauch**, Peter, Werkvertrag, Zürich 2011, Rn. 1272; **Fellmann**, s. 109. Buna göre İsviçre Borçlar Kanunu'nun 98'inci maddesi doğrudan icra hâkimine yöneliktir ve nama ifa borçluya karşı alınmış ifa yönündeki bir kesin hükme ihtiyaç gösterir. **Furrer/Way**, Art. 98, Rn. 160; **Fellmann**, s. 109.

[107] **Tunçomağ**, s. 480.

[108] **Tunçomağ**, s. 480.

[109] **Uygur**, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I, Ankara 2013, s. 721; **Aydıncık**, s. 216. Karş. **Fellmann**, s. 110.

[110] 15. HD, 9.5.1980, 1204/1218, **Uygur**, s. 721.

[111] **v. Tuhr**, s. 556; **Üstündağ**, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1975, s. 411. **Olgaç**, s. 140.

[112] **Üstündağ**, s. 411.

[113] **Olgaç**, s. 140.

ifa edilmezse alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere işin kendisi veya bir başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir, her türlü tazminat talep hakkı da saklıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi de bir başkası tarafından ifa edilebilir yapma borçlarının icrasını düzenlemektedir. Buna göre, alacaklı öncelikle yapma borcunun ifası yönünde bir ilâm elde eder ve söz konusu ilâma dayalı olarak bir ilâmlı icra takibi başlatır. Gönderilen icra emrinde borçluya, ilâmda gösterilen süre (yoksa mahiyetine uygun bir süre) içerisinde işe başlamasını ve bitirmesini emreder. Buna rağmen borçlu işe başlamaz veya bitirmezse, alacaklı işin bir başkası tarafından yapılması için gereken masrafın bilirkişiye tayin ettirilmesini ister. Alacaklının seçimine göre, ya borçlunun belirlenen miktar değerinde malı haczedilip satıldıktan sonra elde edilen para ile üçüncü bir kişiye iş yaptırılır veya alacaklı ileride hükme hacet kalmaksızın borçludan alınmak üzere masrafı kendisi karşılar ve iş üçüncü bir kişiye yaptırılır.

İki maddenin lafzı dikkate alındığında dikkati çeken ilk fark, 113'üncü madde çerçevesinde işin alacaklı tarafından da görülebileceği açıkça düzenlenmişken 30'uncu madde yalnızca bir başkasından söz etmektedir. Kanaatimizce İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesini de işin alacaklı tarafından da görülebileceği şeklinde yorumlamak mümkün olmalıdır. Masrafını karşılayarak işi bir başkasının görmesini isteyebilecek alacaklı, evleviyetle işi kendisi de görebilmelidir. Şu halde *ratio legis*'i ile birlikte değerlendirildiğinde, bu noktada iki hüküm arasında fark olduğundan söz edebilmek mümkün değildir.

Bu noktada, Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinin bir maddi hukuk kuralı mı yoksa bir cebri icra kuralı mı olduğu belirlenmelidir^[114]. Sistematik olarak Türk Borçlar Kanunu'nun içerisinde yer alması, bir hükmün doğrudan maddi hukuk kuralı olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmaz. Zira maddi hukuku düzenleyen kanunlarda usûl/icra hukuku kuralı yer alabileceği gibi usûl/icra kanunlarında da maddi hukuk kuralına yer verilebilir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 268'inci maddesi taksitle satışa ilişkin yetkili mahkeme ve tahkim kaydını düzenlerken İcra ve İflâs Kanunu'nun 68/b maddesi ilk fıkrasında kredi sözleşmelerinde hesap özeti gönderilmesini düzenlemektedir. Bu noktada, normun tarihsel olarak ortaya çıkış süreci ve içeriğinin hâlihazırdaki duruma göre yorumlanması suretiyle bir değerlendirme yapılması icap eder.

Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinin tarihsel olarak düzenlenme nedeni, yalnızca mehaız İsviçre Borçlar Kanunu'na bu yönde bir hükmün bulunmasıdır. Şu halde değerlendirme yapabilmek için İsviçre Borçlar Kanunu'nda

[114] Belirlemenin pratik açıdan önemi aşağıda incelenecektir.

(OR Art. 98) neden bu hüküm yer aldı sorusu yanıtlanmalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi **Serozan**, söz konusu hükme yer verilmesini, o gün için kantonal seviyede düzenlenen yapma borçlarının ifası açısından federal bir yeknesaklık getirmek gerekçesine dayandırmaktadır^[115]. Hükümün tarihsel süreç açısından ortaya çıkışını kapsamlı olarak ele alan **Fellmann** ise şu şekilde değerlendirmektedir^[116]: Yapma borçlarına ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 98'inci maddesi, Kanunun genel sistemiğinin dışarısında değildir. İlk tasarı halinde de yer aldığı üzere hüküm borçların ifası (*Erfüllung der Obligationen*) ile ilgilidir. Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu'nun 97'nci maddesinin ikinci fıkrasında, hakkın yerine getirilmesinin açıkça kantonal usûl hukuklarına ait olduğu belirtildiğinden, müteakip 98'nci madde de cebri icra hükmü olamaz. Kanaatimizce **Fellmann** tarafından açıklanan tarihsel süreçten hareketle hükmün bir maddi hukuk kuralı düzenlediğini ifade etmek mümkün görünmemektedir. Hiç şüphesiz Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesi yapma borçlarının ifa edilmemesinin sonuçlarını (**Fellmann**'ın belirttiği gibi ifasını değil) düzenlemektedir. Ancak bu, söz konusu hükmün maddi hukuka ait olması sonucunu doğurmaz. Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu'nun 97'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bir hükme de, haklı olarak^[117], Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmemiştir.

Hükümün içeriği ele alındığında ise şu değerlendirmeler yapılmalıdır: Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesi, yapma borcunun muaccel olmasına rağmen, borçlu tarafından ifa edilmemesi üzerine alacaklıya yetkili makamdan izin almak suretiyle iki imkân tanımaktadır: İşin bizzat kendisi tarafından veya bir başkası tarafından yapılması izni alınması.

Şayet söz konusu hüküm bir maddi hukuk hükmü ise, bu izin kimden alınmalıdır? Maddi hukuk normu olduğunu savunan yazarlara göre alacaklı öncelikle aynen ifayı –mahkemeye başvurmaya gerek kalmaksızın– talep eder. Eğer borçlu talebe rağmen ifa etmezse, 113'üncü madde uygulanır ve izin aranır. İzin verilebilmesi, öncelikle hukuki ilişkinin ve o hukuki ilişkiden kaynaklanan yapma borcunun mevcut olduğunun ortaya konulmasını gerektirir. Zira borç yoksa izin verilmesi de söz konusu olamaz. Şu halde hakkın mevcudiyetini inceleme yetkisi olmayan icra dairesine veya sınırlı bir inceleme kabiliyetine sahip icra mahkemesine bu yetki verilemez. Ancak genel hükümlere göre genel mahkemelerde yapılan bir yargılama neticesinde hukuki ilişkinin ve yapma borcunun mevcut olduğu tespit edilebilir. Bu tespitın yapılması üzerine mahkemece alacaklıya işin kendisi veya bir başkası tarafından yapılması izni verilir. Kuralın,

[115] **Serozan**, s. 222.

[116] **Fellmann**, s. 113-114.

[117] **Oğuzman/Öz**, s. 370.

bir cebri icra hükmü olarak değerlendirilmesi durumunda da süreç şu şekilde olur: Alacaklı öncelikle hukuki ilişkiyi ve yapma borcunu mahkemede tespit ettirir ve yapma yönünde bir eda hükmü elde eder. Söz konusu eda hükmüne rağmen borç ifa edilmezse, izin için bu defa genel mahkemelere gidilmesine ihtiyaç kalmaz. Hukuki ilişki ve borç tespit edildiğinden, icra dairesi de pekala bu manada yetkili makam olarak değerlendirilebilir. Kuralın, maddi hukuk hükmü olması ile cebri icra hükmü olması arasında pratik açıdan fark, başta borçluya başvuru ve yargılamanın hemen sonunda iznin alınması ile hükümden sonra tekrar icra dairesine başvuru zorunluluğu şeklinde ortaya çıkmaktadır. Maddi hukuk görüşünü savunan ve böylelikle izin alınması için öncelikle bir ilâma gerek olmayacağını savunan görüş bu sebeple yerinde değildir. Zira bu defa izin süreci içerisinde hukuki ilişkinin ve borcun tespiti için hüküm elde edilmeye çalışılır. Burada **Oğuzman/Öz** tarafından ileri sürülen tazminat görüşü^[118], yalnızca maddi hukuk boyutuyla kusurun aranıp aranmayacağı noktasında haklılığın tespiti açısından farklılık yaratır. Maddi hukuk yönüyle kusurun aranıp aranmaması ise her iki hükmün uygulanması yönünden farklılık yaratmaz. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesi bir tazminat hükmü olarak değerlendirilir ve uygulanması için kusur aranırsa, borçlunun kusurunu ortaya koyamayan alacaklı bu hükümden yararlanamaz. Ancak ifaya yönelik bir hüküm elde ederek (zira aynen ifanın talep edilebilmesi için kusurun aranması düşünülemez^[119]) İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi aracılığıyla işi kendisi yapabilir veya bir başkasına yaptırabilir. Dolayısıyla aynı sonuca ulaşabilir. Şu halde borçluyu korumak için kuralı tazminat hükmü olarak değerlendiren görüşün pratik açıdan hiçbir faydası yoktur.

Netice itibariyle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi, içerik itibariyle Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesini kapsamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesine ilişkin yapılan tartışmaların ise yapma borcunun icrası açısından bir farklılık yarattığını ifade etmek mümkün görünmemektedir.

[118] Ki yazarlar İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesinin de bir tazminat hükmü olduğunu, zira yapma borçlarının cebri icrasının olamayacağını savunmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 375.

[119] **Oğuzman/Öz**, s. 370.

Sonuç

Yapma borçlarının cebri icrası ve buna ilişkin sorunların incelendiği bu çalışmada, bu tip borçların, borçlunun bedenî ve fikrî çalışması suretiyle gerçekleştirilmesi gereken hareket tarzı olduğu tespit edilmiş ve şu sonuçlara varılmıştır:

1. Bir başkası tarafından ifa edilebilir edilememesi konusunda, alacaklının bakış açısı ile ekonomik bakımdan, işin borçlu veya üçüncü bir kişi tarafından yapılması eşit olduğu durumlarda borç şahsi edim niteliğinde değildir.
2. Edimin niteliğinin tespitinde, işin bir başkası tarafından yapılması durumunda ortaya çıkacak maliyet önemli değildir.
3. Alacaklının icra aşamasında tek taraflı irade beyanı ile işin bir başkası tarafından yapılamaz nitelikte olduğu iradesinin icra dairesince dikkate alınması gerekir.
4. İcra ve İflâs Kanunu çerçevesinde ilâma konu edimin türü tespit edilirken sadece hüküm fıkrası ile yetinilmemeli, gerekçesi ile birlikte hüküm bir bütün olarak değerlendirilmelidir.
5. Hüküm sonucu basitçe bir teslim borcunu içerse bile, gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde, bir yapma borcunun da mevcut bulunduğu tespit edilirse, asli edim yükümlülüğü ve onunla bağlantılı yan edimler açısından İcra ve İflâs Kanunu'nun basit teslim ilişkili hükümleri uygulanmalıdır. Ancak bağımsız edimler, bir işin yapılması veya bir işin yapılmamasına ilişkin ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi uygulanmalıdır.
6. İşin yapılması için, borçlu yanında üçüncü bir kişinin katılması veya katlanması gereken hallerde, hükmün icrasının söz konusu olabilmesi, ancak üçüncü kişinin bunu kabul etmesi veya üçüncü kişiye karşı katlanmaya dair bir hüküm verilmesi halinde mümkündür. Alacaklı, mahkemece işin kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından yaptırılabilirliğine dair karar verinceye kadar üçüncü kişinin gerekli olan onayını almalıdır. Şayet ne alacaklı ne de borçlu üçüncü kişinin onay vermesini sağlayabilirse, bu durumda alacaklı yalnızca ifanın hiç gerçekleştirilememesi sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nun 112'nci maddesi çerçevesinde tazminat talep edebilmelidir.

7. İşin bir başkasına yaptırılması noktasında, icra dairesince, masraf bilirkişiye tayin ettirilmeksizin alacaklının bizzat işi yapmasına karar verilirse, alacaklı yapmış olduğu giderleri ancak dava açmak suretiyle talep edebilir.
8. Mahkeme kararını verirken yapma borcunun gereğinin yerine getirilmemesi haline ilişkin, hükmün infazını da dikkate alacak şekilde hüküm kuramaz.
9. Hükmün verilmesinden sonra dava konusunun üçüncü kişiye devredilmiş olduğu hallerde, söz konusu hüküm üçüncü kişilere karşı da icra edilebilir.
10. Borçlu dışında bir başkası tarafından ifa edilemeyen yapma borçları açısından İcra ve İflâs Kanunu'nun 343'üncü maddesinde öngörülen hapis cezası Anayasa'nın 38'inci maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 4 numaralı protokolüne aykırı değildir.
11. İrade beyanında bulunma borcu, borçlunun şahsen ifa etmek zorunda olduğu bir yapma borcudur ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesine göre gereği yerine getirilir.
12. İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi, içerik itibarıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesini kapsamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesine ilişkin yapılan tartışmaların ise yapma borcunun icrası açısından bir farklılık yarattığını ifade etmek mümkün görünmemektedir.

Kaynakça

Antalya, Gökhan O., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015.

Arslan, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar-Ayvaz**, Sema, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2016.

Aydıncık, Şirin, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, İstanbul 2013.

Baumbach, Adolf/**Lauterbach**, Wolfgang/**Albers**, Jan/**Hartmann**, Peter, Zivilprozessordnung Kurz Kommentar, München 2014.

Berner Kommentar zur ZPO, Band II, Bern 2012 (BK-ZPO/Yazar, § Art. X).

Dural, Mustafa, Akitten Doğan Yapmama Borçları, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1970/6, s. 7-22.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.

Fellmann, Walter, “Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR—«Vollstreckungstheorie» oder «Erfüllungstheorie»”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 1993.

Feyzioğlu, Metin, “Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması”, AİHS ve Anayasa m. 38 f.8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2002, <http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/sozlesmeden-kaynaklanan-yukumluluk-ve-hapis-cezasi.html>

Furrer, Andreas/**Wey**, Rainer, “Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen”, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012.

Gauch, Peter, Werkvertrag, Zürich 2011.

Gottwald, Uwe/**Mock**, Peter, Zwangsvollstreckung, Freiburg 2015.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2014.

Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013 (**SchZPO**/Yazar, § Art. X).

Kostkiewicz, Jolanta K., “OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht”, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2016.

Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013.

Kürtül, Mehmet, Açıklamalı-Örnekli-İçtihatlı İcra ve İflâs Suçları, Ankara 2012.

Meriç, Nedim, “Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları”, Legal MİHDER 2007/2, s. 377-434.

Musiak, Hans-Joachim/**Voit**, Wolfgang/**Lackmann**, Rolf, Zivilprozessordnung, München 2015.

Muşul, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Cilt II, Ankara 2013.

Münchener Kommentar zum ZPO, Band II, München 2012 (**MüKoZPO**/Yazar, § Art. X).

Oğuzman Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014.

Olgaç, Senai, İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflas Kanunu, Cilt I, İstanbul 1974.

Oskay, Mustafa/**Koçak**, Coşkun/**Deyneki**, Adnan/**Doğan**, Ayhan, İİK Şerhi, Cilt. 1, Ankara 2007.

Özbek, Mustafa S., Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, Ankara 2013.

Özkes, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.

Pehlivanoğlu, Gündüz M., Açıklamalı İcra ve İflas Kanunu Gerekçeler- Kararlar, Ankara 1998.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin-Özkan**, Meral/**Özkes**, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015.

Peyer, Patrik R., Vollstreckung unvertretbarer Handlungen und Unterlassungen, Zurich 2005.

Postacıoğlu, İlhan E./**Altay**, Sümer, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010.

Schuschke Winfried/**Walker**, Wolf-Dietrich, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Band I, Köln 2004.

Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm III İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014.

Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007 (Dönme).

Stein, Friedrich/**Jonas**, Martin ve diğer yazarlar, Kommentar zur ZPO, Band 8, Tübingen 2004. (Stein/Jonas/Yazar, § Art. X).

Süphandağ, Yavuz, İcra ve İflas Hukukunda Uygulamalar, Ankara 2012.

Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010.

Tercier, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, Murat H., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

Thomas, Heinz/Putzo, Hans ve diğer yazarlar, Zivilprozessordnung, München 2014 (Thomas/Putzo/Yazar, Art. X).

Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, Cilt I, İstanbul 1972.

Uyar, Talih, İcra Hukukunda İlamlı Takipler, Manisa 1991.

Uyar, Talih/ Uyar, Alper/ Uyar, Cüneyt, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt. 1, Ankara 2014.

Uygur, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I, Ankara 2013.

Üstündağ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1975.

v. Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Ankara 1983.

Yazıcı-Tıktık, Çiğdem, Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlämlerin İcrası, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Cilt III, s. 2735-2776.

Yıldırım, Kamil M./Deren-Yıldırım, Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2015.

Yılmaz, Ejder, "Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlüğünü Yerine Getirmemesine İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra İflâs Suçları", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 493-502.

Zöller, Richard/Stöber, Kurt, Zivilprozessordnung, Köln 2014.

ULUSLARARASI SU YOLLARININ KULLANILMASINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ*

Av. Selahaddin Eyyüp EKME**

Av. Muhammed Sabır FIRAT***

Makalenin Geldiği Tarih: 18.02.2016 **Kabul Tarihi:** 24.07.2017

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Ankara Barosu, Hukukçu, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

*** Ankara Barosu, Hukukçu, Maliye-İktisatçı, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

ÖZ

Uluslararası su yollarının kullanımından doğan uyuşmazlıklarda uluslararası alanda kapsayıcı, kabul görmüş, uygulanan hukuk henüz oluşturulmamıştır. Genellikle tarafların ikili ya da çok taraflı antlaşmalarıyla çözüm yoluna gidilmektedir. Bu minvalde uygulana gelen çok taraflı antlaşmalardan birkaçı 1992 Helsinki, 1997 BM Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Maksatlarla Kullanımına İlişkin Sözleşme ve Avrupa Birliği Su Çerçeve Direktifidir. Gerek bahsedilen çok taraflı sözleşmelerde olsun gerekse de devletlerin kendi aralarındaki uyuşmazlığa ilişkin sözleşmelerde olsun çözüm noktasında kabul görmüş belli doktrinler mevcuttur. Uyuşmazlıkların antlaşmalar dâhilinde çözüme ulaştırılmaması halinde ise usulün elverdiği ölçüde uluslararası hukuk normları çözüm noktasında etkili olmaktadır. Bu çalışmada Uluslararası Su Yollarının Kullanılmasından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü noktasında inceleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Su Yolları, Sınıraşan Sular, Uluslararası Hukuk, Uyuşmazlıklar, Sözleşmeler.

THE SOLUTION FOR CONFLICTS ARISING FROM
THE USES OF INTERNATIONAL WATERCOURSES

ABSTRACT

Currently there is not a law which is internationally comprehensive, approved and applied for incompatibilities caused by uses of International Watercourses. Generally solution is acquired by the agreement of two or multiple sides. In this manner, the followings multi-sided agreements have been applied, 1992 Helsinki, 1997 Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses and EU Water Directive. There are doctrines which are accepted as solutions for either multi-sided agreements or deals about incompatibilities of nations among each other. When incompatibilities cannot be solved under the agreements, international legal norms, as far as procedure allows it, try to find solution. This research had been conducted for making an examination to solve incompatibilities caused by uses of International Watercourses.

Keywords: International Watercourses, Transboundary Waters, International Law, Conflicts, Conventions.

I. GİRİŞ

Medeniyetler kurup medeniyetler yıkan su, canlıların yaşamının devamı için vazgeçilemez kaynakların başında gelmektedir. Örneğin; ulaşım, endüstriyel tarım, beslenme, içme suyu gibi insanoglu için hayati önem arz eden alanlarda suyun ve kalitesinin direkt etkisi mevcuttur.

Suyun, nüfus artışına bağlı olarak kişi başına kullanılabilir niceliğinin azalması, teknoloji ve kentleşme sonucu gereksinimlerinin çeşitlenmesi, su kaynaklarının çevresel kirlenmeden korunamaması ve küresel iklim değışikliği gibi nedenlerle, tüm dünyada hızla nitelik ve nicelik yitirmekte ve gerekli istemi karşılamaktan uzlaşmaktadır. Yeryüzünde kullanılabilir su kaynaklarının giderek tükenmesi ve kirlenmesi, buna karşılık dünya nüfusunun hızla artmasından ötürü ihtiyaç sebebiyle, su günümüzün en önemli ve stratejik maddelerinden biri haline gelmiştir. Yaklaşık bir milyarı aşkın insan temiz içme suyu bulamamaktadır. Bu sayının önümüzdeki yıllarda nüfus artışıyla orantılı olarak daha da artması beklenmektedir^[1].

Öte yandan, yanlış yaklaşımlar sonucu azalan kullanılabilir tatlı su miktarına ve artan su kirliliğine karşın dünya nüfusunun her geçen gün daha çok temiz suya ihtiyaç duyması, ülkeler üzerindeki su stresini arttırarak, dünyada çeşitli bölgelerde ve farklı boyutlarda anlaşmazlıklara yol açmakta ve kıyıdaş ülkeler arasındaki ekonomik, politik ve sosyal ilişkileri de olumsuz etkilemektedir. Bu durum, su kaynaklarının yönetimi konusundaki ulusal ve küresel duyarlılığı arttırmış ve bu sıkıntının önümüzdeki çeyrek asır içerisinde su krizlerine yol açacağı ihtimali bugün ülkeleri, su yönetimi politikalarını geliştirerek uygulamaya ve gerekli tedbirleri almaya sevk ederek bu konuyu ülkelerin önde gelen kalkınma hedefleri arasına sokmuş ve suyu 21. yüzyılın en stratejik kaynaklarından biri haline getirmiştir^[2].

Çalışmamızın temelini oluşturan sınıraşan sular da bu sebeplerle ülkelerin öncelikli sorunları olmuştur. Büyük devletlerin parçalanarak yerine daha küçük ölçekli devletlerin çıkması, suyun 19. yüzyıldan sonra ulaşım dışında da endüstriyel tarım, sanayi gibi alanlarda kullanım gerekliliğinin oluşması sınıraşan suları daha bir ehemmiyetli hale getirmekle çok taraflı anlaşmazlıklar doğurmuştur.

Sınıraşan suların bilinçsizce kullanılmasına karşın, su kaynaklarının yönetiminde uluslararası manada sürdürülebilir ve akılcı yaklaşımların benimsenmesi

[1] AKÇA Çağatay, Sınıraşan Sularla İlgili Uluslararası Hukuki Metinlerin Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, T.C. Orman ve Su işleri Bakanlığı, Ankara, 2014, s. 1.

[2] ORHON Kemal Berk, Sınıraşan Yerüstü Suların Yönetiminde Dünya ve Türkiye Uygulamaları, Uzmanlık Tezi, T.C. Orman ve Su işleri Bakanlığı, Ankara, 2015, s. 2.

ihtiyacına, ancak 1970'lerde gerçekleştirilen çeşitli uluslararası konferans ve girişimler sonucunda farkına varılmış ve kabul görmeye başlanmıştır. Su hukukunun uluslararası boyutu Birleşmiş Milletler çatısı altında oluşturulan 1972 BM İnsan Çevresi Konferansı (Stockholm Konferansı) ve 1977 BM Su Konferansı gibi uluslararası çalışmalarla şekil kazanmaya başlamıştır. Bu bağlamda, uluslararası kurumlar, uluslararası hukuk kurumları ve sivil toplum kuruluşları tarafından sınıraşan sular konusunda uluslararası manada, kesin bağlayıcı hükümler olmakla beraber, çeşitli dönemlerde, çeşitli hedefler doğrultusunda çalışmalar yapılmış ve halen yapılmaya devam edilmektedir. Söz konusu kurumların başında Uluslararası Hukuk Derneği (UHD)^[3], Uluslararası Hukuk Enstitüsü^[4], BM Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK)^[5] ve BM Avrupa Ekonomik Komisyonu (AEK)^[6] gelmekte olup, bu kurumların çalışmaları özellikle uluslararası su hukuku oluşturma çalışmalarında önem arz etmektedir^[7].

Bu kapsamda, sınıraşan sular konusunda uluslararası anlamda ilk somut adım UHD tarafından düzenlenen 1966 Helsinki Konferansı'yla atılmış olup konferans sonunda "Sınıraşan Suların Kullanımına İlişkin Helsinki Kuralları (Helsinki Kuralları)"^[8] yayınlanmıştır. Bu kurallar daha sonra 1992 ve 1997'de imzalanan BM anlaşmalarının çekirdeğini oluşturacaktır. Helsinki Kuralları kıyıdaş ülkeler arasında sudan ortak yararlanma konusunda hakça ve makul kullanım kavramını ortaya koymuştur. Yapılan çalışmalar neticesinde tavsiye niteliğinde kabul edilen bu kurallar uluslararası alanda hukuki bir metin olamamıştır. Bu durum Helsinki Kuralları'nın üzerinde yeni normların geliştirilmesini mecbur kılan etkenlerden biri olmuştur. Kurallar, bağlayıcı olmamasının yanında, daha sonraki yıllarda bu konudaki çalışmalara ışık tutar mahiyette olmuş ve yaşanan anlaşmazlıkların çözümünde ikili anlaşma yapmak isteyen devletlere yönelik bir rehber görevi görmüştür. Öte yandan söz konusu kuralların tavsiye niteliğinde

[3] International Law Association, Resmi Web Sitesi; (<http://www.ila-hq.org/> erişim: 15.07.2017).

[4] International Law Institute, Resmi Web Sitesi; (<http://www.ili.org/> erişim: 15.07.2017).

[5] United Nations International Law Commission, Resmi Web Sitesi; (<http://legal.un.org/ilc/> erişim: 15.07.2017).

[6] United Nations Economic Commission for Europe, Resmi Web Sitesi; (<http://www.unece.org/> erişim: 15.07.2017).

[7] ORHON Kemal Berk, a.g.e., s. 16.

[8] The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers (The Helsinki Rules), (http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/Helsinki_Rules_with_comments.pdf, erişim: 15.07.2017).

olmasından dolayı çoğu devlet kendi çıkarlarına ters düşecek kararları benimsememiş ve kendi belirledikleri yaklaşımları uygulamaya devam etmiştir^[9].

“Helsinki Kuralları’ndan sonra yaklaşık 30 yıl boyunca sınıraşan sulara yönelik uluslararası hukuk kuralları oluşturma çabaları kapsamında önemli bir ilerleme kaydedilememiştir. Konu, ancak 90’lı yılların başında tekrar uluslararası gündemin üst sıralarında yerini almıştır. 1966 Helsinki Kuralları, 1992 yılında ilk defa Avrupa Ekonomik Komisyonu (AEK) tarafından yeniden yorumlanmış ve bu minvalde “Sınıraşan Suların ve Uluslararası Göllerin Kullanımı ve Korunması Sözleşmesi (Helsinki Sözleşmesi)”^[10] kabul edilmiştir. İçeriği ilerleyen bölümlerde anlatılacak mezkûr sözleşme 1996 yılında yürürlüğe girmiştir. Söz konusu sözleşme sınıraşan sular konusunda gelişen uluslararası hukukun bir parçası olarak kabul edilse de, yalnızca AEK bölgesi ülkelerine yönelik hazırlandığı ve üzerinde küresel bir mutabakat olmadığından dolayı sınıraşan sular konusunda oluşturulması gereken bütüncül hukuki çerçeveyi oluşturmaktan uzak kalmıştır.”^[11]

Diğer taraftan, 1970 yılında gerçekleştirilen BM Genel Kurulu’nda, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK), Helsinki Kuralları kapsamında, suyun uluslararası düzeyde kullanımı konusunda bir rehber niteliğinde ve hukuki normlar bütünü oluşturmak amacıyla görevlendirilmiştir. Devletler ile yapılan ve yıllar süren müzakereler sonucunda 1997 yılında yapılan Genel Kurul’da “Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanılmasına İlişkin Sözleşme” kabul edilerek imzaya açılmıştır. BM Genel Kurulu’nda temsil edilen 192 ülkeden 35’inin onaylaması ile yürürlüğe girmesi şart koşulan sözleşme, imzaya açılmasından ancak 17 yıl sonra 35. ülke olan Vietnam’ın sözleşmeyi onaylamasının ardından 17 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Geçen süre içerisinde söz konusu sözleşme, sınıraşan sular konusunda uluslararası hukukun en önemli parçalarından biri haline gelmiş ve ikili veya çoklu müzakerelerin büyük kısmında referans gösterilen hukuki bir metin olmuştur. Fakat kabulünün ardından ancak 17 yıl sonra yürürlüğe girmiş olması, sözleşmenin meşruiyetine ve günümüz su sorunlarına yanıt verebilme kapasitesine olan inanca gölge düşürmüş ve uluslararası manada kabul görmediğini bir anlamda kanıtlamıştır. Uzun yıllar yürürlüğe giremeyen sözleşmenin meşruiyetinin sorgulanır olması, dünyanın güncel su sorunlarına kısmen cevap verebilmesi ve çözüme yönelik bütüncül bir yapısının olmaması,

[9] ORHON Kemal Berk, a.g.e., s. 17.

[10] The Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/pdf/watercon.pdf>, erişim: 15.07.2017).

[11] ORHON Kemal Berk, a.g.e., s. 17.

sınıraşan sular üzerine oluşturulmaya çalışılan uluslararası hukuk normlarının geliştirilmesi için arayışların devam etmesine sebep olmuştur^[12].

Bu sebeple 1966 yılında Helsinki Kurallarını oluşturan UHD, 2004 yılında, “Su Kaynakları Hakkında Berlin Kuralları” isimli bir metin ortaya çıkarmıştır. Berlin Kuralları su kaynaklarının korunması, düzenlenmesi ve kontrolünün de düşünülmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Berlin Kuralları bir uluslararası hukuk normu olarak bağlayıcı bir nitelik taşımasa da, sınıraşan sular ile ilgili normlar konusunda önümüzdeki yıllarda ortaya çıkabilecek olası gelişim alanlarını göstermesi açısından önem arz etmektedir. Görüldüğü üzere, hâlihazırda devletlerin üzerinde mutabık kaldığı uluslararası anlamda kapsayıcı bir anlaşma mevcut değildir. Su konusunda bugüne kadar kabul edilen uluslararası sözleşmeler, daha ziyade sınıraşan su kaynaklarının yönetimi ve korunmasına odaklanmıştır. Suyu tüm boyutlarıyla ele alan küresel ölçekte kabul gören uluslararası bir sözleşme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sınıraşan sular konusunda, ulaşım konusu kapsam dışı bırakılacak olursa, kıyıdaş devletlerin haklarını ve yükümlülüklerini belirleyen kapsamlı ve tüm uyumsuzluklara uygulanabilir nitelikte uluslararası kurallar bulunmamaktadır^[13].

Yukarıda da anlatıldığı üzere tarihsel süreç içerisinde sınıraşan sulara ilişkin genel bir mutabakat sağlanamamıştır. Bölgesel temelde birtakım metinler önümüze çıksa da uluslararası alanda genel bir mutabakattan söz edebilmemiz mümkün değildir. Bu alanda uluslararası hukukun kaynakları bakımından yaşanan sıkıntılar da önemli bir yere sahiptir. Ülkelerin, çıkarlarını ön planda tutması uluslararası alanda bir düzenlemenin önündeki en büyük engel konumundadır^[14].

Çalışmamız kapsamında uluslararası su yollarının kullanımından doğan uyumsuzlukların çözümüne ilişkin uluslararası hukukun genel kaideleri kapsamında, sınıraşan sulara ilişkin öne sürülmüş doktrin ve kaideler ışığında oluşturulmuş çok taraflı antlaşmalar ile diğer ülkeler arası çözüm yolları dikkate alınarak genel bir tablo çizilmeye çalışılacaktır.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Uluslararası hukukta uyumsuzluklar; hukuki uyumsuzluklar ve siyasi uyumsuzluklar olarak sınıflandırılmaktadır. Hukuki uyumsuzluklarda taraflar arasındaki

[12] ORHON Kemal Berk, a.g.e., s. 18.

[13] ORHON Kemal Berk, a.g.e., s. 18-19.

[14] AKÇA Çağatay, a.g.e., s. 4.

uyuşmazlık uluslararası hukukun hangi kuralının uygulanacağı veya ne şekilde yorumlanacağı noktasında birleşmektedir. Siyasi uyuşmazlıkta ise uluslararası hukuk tarafından düzenlenmeyen yahut düzenlenip de tarafların kabul etmediği durumlarda ortaya çıkan uyuşmazlıktır^[15].

Uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü kapsamında amaç edinilmiş ilke “Kuvvet Kullanma Yasağı”dır. Bu ilkenin doğal uzantısı olarak da “Barışçıl Çözüm Yollarına Başvurma” ilkesi esas kabul edilmektedir. Bu ilkeler La Haye Sözleşmesi ile BM Antlaşması'nın 2. ve 33. maddelerinde geçmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki barışçıl çözüm yolları bu maddelerde sayılmış olmakla birlikte bağlayıcı olmamaktadır^[16].

A) BARIŞÇIL ÇÖZÜM YOLLARI

“Uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözüm yöntemleri öğretide genelde; “yargı dışı (diplomatik) yöntemler”, “yargısal (hukuksal) yöntemler” ve “uluslararası örgütlerin üyesi devletlerarasındaki çözüm yöntemleri” olarak üç ana başlık altında sınıflandırılıp incelenmektedir. Yargı dışı yöntemler, uyuşmazlığın taraflarının, ya kendi aralarında veya diğer üçüncü taraf ya da tarafların yardımıyla, “görüşmeler”, “araştırma ve soruşturma” yöntemlerinin kullanılması suretiyle uyuşmazlığın çözümüne ilişkin iken, yargısal yöntemler, sorunla ilgisi olmayan üçüncü bir tarafın, yani ya bir mahkeme ya da bir hakemlik yargısıyla soruna çözüm getirmesini içermektedir.”^[17]

a) Yargı Dışı (Diplomatik) Yöntemler

Uluslararası hukuk alanında barışçıl çözüm yolları; “görüşmeler”, “dostça girişim”, “arabuluculuk”, “uluslararası soruşturma” ve “uzlaştırma” uygulamalarıdır.

Devletlerarası uyuşmazlıklarda genel olarak en basiti ve ilk olanı görüşme yoluna başvurulmasıdır. Bu uygulamanın şekil ve ayrıntısı bazı antlaşmalarla somutlaştırılmıştır. Bununla birlikte, görüşme yollarının tüketilmesini beklemek gibi yerleşik bir örf ve adet kuralı bulunmamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı, henüz görüşmeler devam ederken kendisine yapılan başvuruları kabul etmektedir^[18]. Uyuşmazlık konusu olan sorunun çözümüne yardımcı olacak tarafsız

[15] SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, İstanbul, 2010, s. 286.

[16] SUR Melda, a.g.e., s. 287.

[17] ERDOĞAN Feyiz, Uluslararası Hukuk ve Hakemlik, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, s. 20.

[18] SUR Melda, a.g.e., s. 288.

bir mekanizmanın bulunmaması nedeniyle, özellikle pazarlık gücü yüksek olan taraf, aşırı iddialar ileri sürebilmektedir. Bu nedenle eğer görüşmelerden belirli bir süre içinde sonuç alınamazsa, diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine gidilebilmektedir^[19].

Taraflar görüşmelerden sonuç alamadıkları hallerde, üçüncü bir devlet, uyuşmazlığa taraf devletlere yardım ve arabuluculuk yoluyla, bir çözüm üretebilir. Çözüm girişimi genelde iki biçimde gerçekleşir. Bunlar; “dostça girişim” ve “arabuluculuk”tur. Üçüncü bir devlet, anlaşmazlığa taraf devletleri, görüşmeler yapmaları için ikna etmeye çalıştığı ya da bu amaçla taraflar arasında mesaj ve öneri alışverişine aracılık yaptığı zaman, bu yapılan faaliyet “dostça girişim” olarak adlandırılmaktadır. Arabuluculukta ise, “Arabulucu” rolünü oynayan devlet ya da kişi, aralarında uyuşmazlık bulunan devletleri yalnızca buluşturup görüştürmekle yetinmez, ayrıca kendisi de görüşmelere katılabilir. Bu kapsamda, taraf devletlere uyuşmazlığın çözülmesi için uygun gördüğü çözümleri de önerebilir^[20].

Bir diğer üçüncü devlet nezdindeki barışçıl yol “uzlaştırma”dır. Uzlaştırma var olan uyuşmazlığın incelenip çözümü yolunda bir kurulun önerilerde bulunması şeklinde gerçekleşmektedir. Uzlaştırma sonucu ortaya çıkan sonuçlar bağlayıcı olmamaktadır. Arabuluculuğa nazaran çözüm önerisi sunulmak için bir soruşturma yürütülür. Çözüm önerileri kabul görmediği takdirde komisyonun görevi son bulur^[21].

b) Yargısal (Hukuki) Yöntemler

Hukuki çözüm yollarında iki tür yöntem bulunmaktadır. Bunlar uluslararası yargı ile hakemlik müesseseleridir.

1) Uluslararası Yargı (Mahkeme Yargılaması)

Hukuki çözüm yollarında uyuşmazlıklar hukuk kuralları kapsamında ele alınarak hukuk normlarıyla karara bağlanır. Karar, taraflar için bağlayıcı olmakla beraber karar mercileri bağımsızdır. Uluslararası hukukta yargı ile hakemlik eşit düzeyde olmakla birlikte hakemli müessesinin uygulaması daha esnek olduğundan taraflar genellikle hakemliğe başvurmaktadır.^[22]

[19] ERDOĞAN Feyiz, a.g.e., s. 21.

[20] ERDOĞAN Feyiz, a.g.e., s. 22.

[21] SUR Melda, a.g.e., s. 291.

[22] SUR Melda, a.g.e., s. 293.

Mahkeme yargılamasının oluşumu, uluslararası arenada “karar istikrarı” saikiyle ortaya atılmıştır. Bu nedenle, bir kereliğine atanacak yargıçlardan oluşacak, sürekli ve önlere getirilecek, tüm davalara bakacak, gerçek bir uluslararası mahkeme kurulması fikri, zaman içinde kabul görmeye başlamıştır. Bu tür bir mahkeme uluslararası alanda adaletin, düzenli ve istikrarlı biçimde devamı için güvence oluşturacaktır. Bu bağlamda Uluslararası Adalet Divanı 1946 yılında göreve başlamıştır^[23].

Uluslararası Adalet Divanı'nın temelde iki önemli işlevi bulunmaktadır. Bunlardan biri devletler tarafından önüne getirilen hukuki nitelikteki uyuşmazlıkları çözmek iken bir diğeri uluslararası organlar ve uzmanlık kuruluşları tarafından gönderilen hukuki sorular hakkında görüş bildirmektir. Uluslararası Adalet Divanı, uluslararası uyuşmazlıkları çözmeye konusunda genel yetkisi olan yegâne evrensel mahkeme olmakla uyuşmazlıkların çözümü bakımından da sadece devletlere açıktır. Devletler dışında uluslararası örgütler yalnızca istişari görüş için Uluslararası Adalet Divanı'na başvurabilmektedir. Uluslararası Adalet Divanı'na isteyen her üye devlet, uyuşmazlığını götürmemektedir. Bunun için ilgili devletlerin rızası gereklidir. Çünkü Divan'ın yargılama yetkisi devletlerin rızasına bağlıdır^[24].

2) Hakemlik

Çalışmamız kapsamında uluslararası hukuka tabi olarak devletlerarasında uyuşmazlıkların çözümü üzerine faaliyet gösteren hakemlik ele alınacaktır, özel kişilerin taraf olabildiği ticari tahkim müessesesine değinilmeyecektir.

Tarihi, antik çağlara dayanan ve geçmişte önemli bir yer tutan hakemlik müessesesi günümüzde eski önemini yitirmiştir. Hakemliğin görev alanına siyasi ve hukuki her türlü uyuşmazlık girmektedir. Başvuru şartı tamamen tarafların rızasına bağlı olmakla tarafların rızası açık ve net olmalıdır. Tarafların uyuşmazlıkları hakeme götürme noktasındaki irade birlikteliği; antlaşmayla, hakemlik sözleşmesi veya tahkimname ile gerçekleşmektedir. Tahkimname de uyuşmazlığın konusu, hakemlerin tayin şekli, yetkileri, usuli kurallar ve bazen de uygulanacak olan hukuk kuralları belirlenmektedir^[25].

Hakemlik müessesesinin yapısı ve yetkilerine kısaca değinecek olursak, en eski yöntem tek hakem seçilmesidir. Toplu hakemlik organları da mevcuttur.

[23] ERDOĞAN Feyiz, a.g.e., s. 24.

[24] ERDOĞAN Feyiz, a.g.e., s. 25.

[25] SUR Melda, a.g.e., s. 294.

Bu noktada genellikle tarafların belirlediği birer hakem ve bunların seçtikleri bir üçüncü hakem yer almaktadır. Hakemlik organının yetkileri, uyuşmazlığın tarafları arasındaki antlaşmada belirtilir. Uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralı tahkimname de belirlenmemişse, taraflar arasındaki yürürlükte olan antlaşmalar ile uluslararası hukuk kaynaklarına başvurulmaktadır. Hakem kararları kesin ve bağlayıcıdır^[26].

Devletler uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözüm yöntemlerinden diplomatik ve hukuki yollardan birini kullanarak çözümlenmeye gidebilmektedirler.

“Hukuksal uyuşmazlıklarda, taraflar, iddialarını uluslararası hukukun kabul edilmiş ve yürürlükte olan prensiplerine dayandırmak zorundadırlar. Ancak, taraflar arasındaki görüş ayrılığı, uyuşmazlığa uluslararası hukukun hangi kuralının uygulanacağı veya bu kuralın ne şekilde yorumlanacağı konusundadır. Siyasal uyuşmazlıkta ise, taraflar arasında, olayın kendi maddi menfaatlerini ilgilendiren konularında bir uyuşmazlık mevcuttur.”^[27]

Her uluslararası uyuşmazlık, hukuksal uyuşmazlık olarak görülmemektedir. Bir uyuşmazlığa taraf olan devletler, eğer uyuşmazlığın hukuksal bir uyuşmazlık olduğunu kabul ederlerse, uyuşmazlığı yargısal yöntemlerle yani mahkeme veya hakemlik gibi hukuki yollardan çözebilecekleri gibi, diplomatik (yargı dışı) yollarla çözümlenme yoluna da gidebilmektedirler.

“Uluslararası hukukta, uyuşmazlıkların çözüm süreci ile bunun şekli ve hukuki yöntemleri tarafların rızalarına bağlı olmaktadır. Böylece, uluslararası uyuşmazlıkların çözümlenmeleri, ulusal yargılamalardan oldukça farklı, devletlerarası ilişkilere has, istisnai bir çözüm yöntemini teşkil etmektedir.”^[28]

III. SINIRAŞAN SU SORUNLARININ ÇÖZÜMÜNDE TEMEL ALINAN DOKTRİNLER

Uluslararası alanda sınıraşan sulara ilişkin olarak genel mutabakata varılamamıştır. Ortak noktada buluşulmamasının en önemli etkenleri tarafların kendi menfaatlerini ön plana koymasının yanında coğrafi konumun, uluslararası su havzalarının ve kullanım alanlarının farklılığı da etkili olmuştur.

[26] SUR Melda, a.g.e.

[27] İNAN Yüksel, “Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutları (Fırat ve Dicle)”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ocak-Haziran 1994, C. 49, s. 245.

[28] ERDOĞAN Feyiz, a.g.e., s. 20.

Uluslararası hukuk alanında var olan bu boşluk devletlerin uluslararası alanda kendi çıkarları doğrultusunda sınıraşan suların kullanımına ilişkin aralarında düzenlenen antlaşmaları doktrinlere dayandırmasıyla belli bir çözüme ulaşılmıştır. Bu doktrinler şu şekildedir;

A) MUTLAK ÜLKE EGEMENLİĞİ DOKTRİNİ (HARMON DOKTRİNİ)

ABD Başsavcısı Judson Harmon'dan esinlenerek Harmon doktrini olarak adlandırılan bu doktrine göre; yukarı kıyıdaş bir devlet, sınıraşan bir nehrin kendi ülkesi içerisinde akan kısmında bulunacağı faydalanma eyleminden dolayı aşağı kıyıdaş devlete karşı hiçbir sorumluluk taşımamaktadır. Doktrin ilk olarak 1894–1895 yılları arasında ABD ile Meksika arasında yaşanan Rio Grande nehrinin kullanımına ilişkin çıkan uyuşmazlık sırasında ileri sürülmüştür^[29]. Bu doktrinde, tek ülke egemenliği esastır. Aksi takdirde, suyun üzerinde yapılabilecek herhangi bir müzakere ülke egemenliğini zedeleyecektir.

Amerika'nın memba ülkesi yani yukarı kıyıdaş olduğu bir uyuşmazlıkta ortaya atılan bu doktrinin Amerika tarafından kesin olarak reddedilmesi Amerika'nın aşağı kıyıdaş olduğu yani mansap ülke konumunda olduğu Kolumbiya nehrinin kullanılmasına ilişkin Kanada ile çıkan uyuşmazlıkta olmuştur^[30].

Bu doktrin, “temelde, sadece tek devletin mutlak egemenliğini benimsediği için oldukça eleştirilmiştir. Zira diğer komşu devletin eşit egemenliği bu doktrinde bir kenara itilmektedir. Bir devletin ülkesi üzerindeki egemenliğinin iki yönü vardır. Egemenlik, devlete sadece haklar bahşetmeyip hakların yanında bazı vecibelerde yüklemektedir. Uluslararası Adalet Divanı bir kararında “her devletin ülkesini diğer devletlerin haklarına aykırı eylemler için kullanmaya müsaade etmeme vecibesi olduğunu” belirterek mutlak egemenliği reddetmektedir^[31]”.

Su yolları uyuşmazlığı gibi karşılıklı menfaatlerin mevcut olduğu bir konuda menfaatleri dengelemekten uzak tam bir taraf ehliyetine sahip bu doktrin uygulanabilir olmaktan uzak kalmaktadır.

[29] SAR Cem, Uluslararası Nehirlerden Endüstriyel ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, Ankara, 1970, s. 108.

[30] SAR Cem, a.g.e., s. 124-125.

[31] AKÇA Çağatay, a.g.e., s. 32.

B) DOĞAL DURUMUN BÜTÜNLÜĞÜ DOKTRİNİ

Mutlak egemenlik doktrininin memba ülkelerine tanıdığı üstünlüğü, mansap ülkelerine tanıyan bu görüş, sınıraşan nehirlerin aktıkları devletin ülkesinden geçerken doğal durumlarının bozulmamasını öngörmektedir. Bu nedenle aşağı kıyıdaş devletler tarafından en azından bir dönem için savunulmuştur^[32].

“Bu doktrinin uygulanması durumunda;

- Uluslararası akarsuyun, aşağı mecrada devletin topraklarında yer alan kesimindeki suların fiziki niteliğinde yukarı mecrada devlet, herhangi bir değişiklik yapamaz.

- Aşağı mecrada devletin uluslararası akarsuyun yukarı mecrada kullanılmasını veto etme hakkı vardır.

- Aşağı kıyıdaş devletin, gelecekteki muhtemel kullanımlarını korumaktadır.”^[33]

Bu doktrinin ileri sürüldüğü ilk uyuşmazlık İngiltere yönetimi altındaki Sudan’ın 1924–1929 yılları arasında Nil nehri üzerinde yapmak istediği büyük ölçekli sulama projesine Mısır’ın kendi kullanımlarının zarar göreceği düşüncesi ile itiraz etmesi üzerine ortaya çıkmıştır. Mısır, uyuşmazlıkta gerek mevcut gerek gelecekteki kullanımlarına zarar verilmemesi gerektiğini ileri sürerek, doğal durumun bütünlüğü doktrinine değinmese de bu doktrine oldukça yakın bir tutum takınmıştır. Ancak uyuşmazlığın çözümü için kurulan Nil Komisyonu, Mısır’ın bu iddiasını kabul etmemiştir. Komisyon, iki ülke arasında yaşanan uyuşmazlık karşısında, nehir sularının Mısır’a yılın belli dönemlerinde verilmesine hükmetmiştir. Karar, Mısır tarafından kabul edilmiş ve yapılan antlaşma ile uyuşmazlık sona ermiştir^[34].

Sınıraşan sularla ilgi yapılmış olan genel ve özel nitelikli antlaşmalarda, bu doktrini destekleyen hükümler bulunmamaktadır. Genellikle bu antlaşmalarda, kıyıdaşların akarsularda “önemli değişiklik” yapamayacakları ya da “önemli zarar” veremeyeceklerini belirten benzer hükümler vardır. Doğal durumun bütünlüğü doktrininin uluslararası hukuk açısından değerlendirilmesi sonucunda sınıraşan

[32] KILIÇ Seyfi, “Sınıraşan Sulardan Faydalanmalara İlişkin Temel Yaklaşımlar”, Ortadoğu Analiz, Mayıs 2013, C. 5, S. 53, s. 18.

[33] SAR Cem, age., s. 7-8. Aktaran; ILGAR Rüşti/KHALEF Salem, “Türkiye’nin Sınıraşan Akarsu Anlaşmalarına Coğrafi Açından Bir Bakış”, Marmara Coğrafya Dergisi, İstanbul, Temmuz 2004, s. 59.

[34] Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, “Dünyada Sınır Aşan Sulara Hukuki Bakış”, (<http://www.orsam.org.tr/index.php/Content/Page/25?c=su%7Cturkish>, erişim: 01.02.2017).

sulardan faydalanma da, kıyıdaş devletlerin ön antlaşmasını zorunlu kılan bir kuralın varlığından söz edilemeyeceği, kıyıdaş devletlerin ilerideki muhtemel kullanımlarını koruyan bir kuralın bulunmadığı, söz konusu doktrinin bir hukuk kuralı olmadığı ve reddedildiği ortaya çıkmıştır. Ayrıca teori sınıraşan suların anlaşmazlıklarını çözümlenecek yeterlilikte değildir^[35].

Bahsi geçen iki doktrininde kabul edilebilirliği ve geçerliliği olmamasına rağmen halen mevcudiyetini koruması ülkelerin pazarlık aşamasında ellerini kuvvetli tutmak adına bu doktrinleri ortaya attığı belirtilmektedir.

C) ÖN KULLANIMIN ÜSTÜNLÜĞÜ DOKTRİNİ

Bu görüşü uluslararası hukuka yansıtan E. Vattel olmuştur^[36]. Bir ülke kendi toprakları üzerinde sınıraşan suları, diğer nehre kıyıdaş ülkelere daha önce kullanmaya başlamışsa, bu ülkenin suyu kullanımı devam ettiği sürece ilgili sular üzerinde ön kullanım üstünlüğü vardır^[37].

Ancak bu hak kapsamına, ülke topraklarına akan bütün sular girmez. Yalnız fayda sağlayan, fiilen ön kullanıma konu olan sular girer^[38].

Bu kazanılmış hak, mutlak bir üstünlüğünün var olduğu anlamına gelmemekle birlikte, öncelik tanımaktadır. Böylece, sonradan kullanmaya başlayan mecra ülkelerinin, suyu kirletme, suyun akış yönünü değiştirme ve suyun akışını azaltma gibi durumları da söz konusu olamamaktadır^[39].

Ön Kullanım Üstünlüğü Doktrini, uluslararası alanda birkaç defa kullanılmıştır. 1919 yılında imzalanan Saint Germain Antlaşması, Avusturya ve Çekoslovakya arasında imzalanan 1928 tarihli antlaşma, 1929 Nil Sularının Kullanımına İlişkin Antlaşma, Suriye ve Ürdün arasında anlaşmazlığa neden olan Yarmuk Akarsuyu ile ilgili 1953 tarihli antlaşmanın bazı bölümleri ile Fırat ve Dicle arasında yaşanan anlaşmazlıkta mansap konumunda bulunan Irak tarafından da bu doktrin öne sürülmüştür^[40].

[35] AKÇA Çağatay, a.g.e., s. 37.

[36] TOKLU Vefa, Su Sorunu Uluslararası Hukuk ve Türkiye, 1999, Ankara, s. 26.

[37] ORHON Kemal Berk, a.g.e., s. 23.

[38] ÖZSOY Seda, Su ve Yaşam: Suyun Toplumsal Önemi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 76.

[39] EROĞLU Yunus, Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutu, (www.academia.edu/12840164/SINIR_AŞAN_SULARIN_HUKUKSAL_BOYUTU, erişim: 02.02.2017).

[40] AKÇA Çağatay, a.g.e., s. 40.

Son olarak bu doktrine yönelik eleştirileri şu şekilde sıralamak mümkündür^[41];

- Kıyıdaş devletlerden en çok yukarı kıyıdaş devlet/devletler olumsuz yönde etkilenecektir. Yukarı kıyıdaşın sularından makul ve adil kullanımı ortadan kaldırılarak, ekonomik gelişimin engellenmesi ihtimali ortaya çıkmaktadır.

- Mansap ülkeye böyle bir ön kullanım üstünlüğü tanınması, sularından faydalanan devletler açısından eşit olmayan bir durum oluşturacaktır.

- Sınıraşan sularından sağlanacak fayda, kıyıdaşların karşılıklı ihtiyaçlarına göre dikkate alınmadığı için devletlerarası işbirliği ve çözüm imkanlarını da engelleyebilecektir.

D) HAKÇA VE MAKUL KULLANIM DOKTRİNİ

1997 tarihli Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Amaçlı Kullanımı Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenen ve günümüzde devletlerarasında uygulamada en yaygın tercih edilen hakça ve makul kullanım ilkesi, geçmişte ileri sürülen ya da geliştirilen ilkelerin eksiklikleri ve yanlışlıklarının bir bakıma giderilmiş hali diyebiliriz^[42]. Hakça ve Makul Kullanım doktrini uluslararası alanda ilk olarak ABD tarafından Kanada ile ortaya çıkan Kolumbiya nehri uyuşmazlığında ortaya atılmıştır^[43].

Bu görüşün temeli, hem memba ülkenin, hem de mansap ülkenin akarsu imkânlarından eşit yararlanma esasına dayanır. Bu doktrini geliştiren Amerikalı bilim adamı C. Eagleton'dur. Yine ABD'li Lipper tarafından geliştirip tanımlanmıştır. Adil kullanım görüşünü ABD'li hukukçu Lipper şöyle tanımlamaktadır; "Sınır aşan suların adil kullanımı, akarsuya kıyıdaş ülkeler arasında her birinin farklı ekonomik ve sosyal ihtiyaçları bulunmakta ve bu sebeple her ülkeye azami fayda ve her ülkeye asgari zarar verecek şekilde bölüştürülmesi" biçiminde ifade edilmiştir^[44].

Hakça ve Makul Kullanım Doktrini, iki ya da daha fazla devletin sınırlarını oluşturan ya da bu sınırları aşan bir nehrin sularını, makul ve yararlı bir

[41] TOKLU Vefa, age., s. 27.

[42] DÜLGER Kenan, Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılan Uluslararası Suyollarının Hakça ve Makul Kullanımı ve Türkiye'nin Sınır Aşan Suları, TAAD, Ekim 2015, Y. 6, S. 23, s. 32.

[43] Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, "Dünyada Sınır Aşan Sulara Hukuki Bakış", (<http://www.orsam.org.tr/index.php/Content/Page/25?c=su%7Cturkish>, erişim: 01.02.2017).

[44] RÜŞTÜ Ilgar, a.g.e., s. 60.

biçimde kullanma hususunda, tüm kıyıdaşların eşit haklara sahip olmasını öngörmektedir^[45].

Bu doktrin beş unsuru içermektedir. Şöyle ki^[46];

- Su yolunun kullanımında hakların eşitliği mevcuttur.
- Hakların eşitliği, suyun eşit taksimi manasına gelmez.
- Hakça ve makul faydalanma faydacı bir kavramı ifade etmektedir.
- Kavram, suyun faydalanma amacıyla kullanımına ilişkindir.
- Kullanıcıların günlük ihtiyacı karşılanmamışken, gelecek için su tutmak hakça faydalanmaya aykırıdır.

Uluslararası Hukuk Derneği, 1966 yılında aldığı Helsinki kararlarında, hakkaniyete uygun kullanımın kıstaslarını tahdidi olmamakla birlikte şu şekilde belirlemiştir^[47];

- a. Her havza devletinın ülkesine düşen drenaj alanının oranı da dahil olmak üzere, havzanın coğrafi durumu,
- b. Her havza devletinın su katkısı da dahil olmak üzere havzanın hidrolojik durumu,
- c. Havzayı etkileyen iklim,
- d. Mevcut kullanımlar da dahil olmak üzere, havza sularının geçmiş kullanımı,
- e. Her havza devletinın ekonomik ve sosyal ihtiyaçları,
- f. Her havza devletinde, havza sularına bağımlı nüfus,
- g. Her havza devletinın ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılayacak alternatif imkanların maliyetlerinin karşılaştırılması,
- h. Diğer kaynakların mevcudiyeti,
- i. Havza sularının kullanılmasında yersiz israftan kaçınma,

[45] TOKLU Vefa, age., s. 29-30.

[46] TOKLU Vefa, age., s. 29-30.

[47] The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers (The Helsinki Rules), International Law Association, (http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/Helsinki_Rules_with_comments.pdf erişim: 15.07.2017). Aktaran; KILIÇ Seyfi, a.g.e., s. 20.

j. Kullanımlar arasındaki çatışmaları uzlaştırma çaresi olarak bir veya daha çok havza devletine tazminat verme imkanları,

k. Havza devletinin ihtiyaçlarının, diğer bir havza devletine ciddi bir zarar verilmeden karşılanabilme derecesi.

Dernek, bu kuralların hiçbirinin diğerine göre bir üstünlük taşımadığını ve her özel durumda ilgili tüm faktörlerin, bir bütün olarak ele alınıp değerlendirileceğini de belirtmiştir^[48].

Hakça ve Makul Kullanım Doktrini; Helsinki Kararlarının yanı sıra Amerikan Barolar Birliği'nin 1957 Buenos Aires Deklarasyonu, Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1961 Salzburg Kararı, BM Genel Kurulu'nda 1997 yılında kabul edilen Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Hakkında Sözleşme, 1986 Seul Kurallarında da yer almaktadır^[49].

Hakça ve makul kullanım doktrini, memba ülkelerinin haklarını savunmuş gibi gözükse de, mansap ülkelere önemli zarar vermeme ilkesi ile ters düşmemesi gerektiği düşünüldüğünde mansap ülkelerin yararına olduğu müşahede edilmektedir. Önce belirtilen doktrinlerin değerlendirilmesi sonucunda oluşturulan hakça ve makul kullanım doktrini, zaman içerisinde ülkeler tarafından en fazla kabul edilen doktrin halini almış olup, uluslararası komisyonlar tarafından da benimsenen bir doktrin olma özelliğini taşımaktadır^[50].

IV. ANTLAŞMALAR VE ÖNGÖRÜLEN ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

A) Sınıraşan Suların ve Uluslararası Göllerin Kullanımı ve Korunması Sözleşmesi (1992 Helsinki Sözleşmesi)

Helsinki Sözleşmesi; sınıraşan su kaynaklarının korunması, ekolojik açıdan duyarlı yönetimi ve sınıraşan etkilerin azaltılması konularında ulusal ve uluslararası eylemlerin güçlendirilmesini amaçlamaktadır^[51].

[48] The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers (The Helsinki Rules), International Law Association, (http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/Helsinki_Rules_with_comments.pdf erişim: 15.07.2017). Aktaran; KILIÇ Seyfi, a.g.e., s. 20.

[49] AKÇA Çağatay, a.g.e., s. 46; KILIÇ Seyfi, a.g.e., s. 20.

[50] ORHON Kemal Berk, a.g.e., s. 24.

[51] ORHON Kemal Berk, a.g.e., s. 25.

Sınıraşan su konusunda yürürlükte olan uluslararası çerçeve sözleşmesi niteliği taşıyan Helsinki Sözleşmesi birçok karşılıklı tarafın antlaşma yapmasını teşvik etmiştir^[52].

Tuna Nehri Koruma Sözleşmesi, Peipli Gölü ve Sava, Meuse, Ren ve Scheldt Nehirleri üzerindeki anlaşmalar ya da Doğu Avrupa ülkelerindeki ikili anlaşmalar örnek olarak gösterilebilir^[53].

1992 Helsinki Sözleşmesi taraflara ilişkin düzenlemeler içererek üçüncü taraflara karşı bir mecburiyet getirmemektedir. Yani sözleşmeye taraf olmayan devletler açısından bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

Sözleşme kapsamında suların kirletilmesi sorunu üzerinde durulmuş olup 2. madde dâhilinde bu sorun ele alınmıştır. Sözleşme taraflara bu minvalde yükümlülükler getirirken icrası bakımından da “kirleten öder ilkesi^[54]” esas alınmıştır. Bu ilkenin yanı sıra tehlikeli maddelerin sulara salınımı ile ilgili olarak da “ihtiyat ilkesi^[55]” benimsenmiştir. Bu ilke gelecek nesillerin suları kullanabilirliğine hanel getirilmemesi gerektiğine vurgu yapmaktadır.

Bu kapsamda taraflara yüklenen bir diğer görev, kıyıdaş devletlerin sınıraşan suların etkilerinin önlenmesi için etkili yöntemler geliştirerek, araştırma ve geliştirme noktasında işbirliğini önermektedir. Ayrıca üzerinde durulan bir hususta bilgi paylaşımıdır. Tarafların sınıraşan sulara ilişkin verileri zamanında düzgün paylaşımını öngören bir düzenlemedir^[56].

Sözleşme, sınıraşan suları, hakça ve makul bir biçimde kullanma ilkesini benimsemiştir. Bu kapsamda sınıraşan suların sınıraşan etkilere yol açma potansiyeli de göz önünde bulundurularak kullanılma ve temin etme noktasında

[52] The United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), “About the UNECE Water Convention”, (<http://www.unece.org/env/water/text/text.html>, erişim: 28.04.2017).

[53] The International Commission for the Protection of the Danube River (ICPDR), “20 Years UNECE Water Convention”, (<http://www.icpdr.org/main/20-years-unece-water-convention>, erişim: 28.04.2017).

[54] Kirleten öder ilkesi, çevre hukukunun temel ilkelerindedir. Bu ilke; “yarattığı kirliliğin bedelinin kirletene ödettirilmesi” veya “kirletenin, çevre maliyetine katlanması” şeklinde tanımlanabilir.; TURGUT Nühket, Çevre Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2001, s. 223.

[55] İhtiyat İlkesi ilk defa Almanya’da ortaya çıkmış ve gelişmiştir. İhtiyat ilkesi, bir faaliyetin çevre açısından olumsuz neticeler doğuracağı konusunda ciddi bir şüphenin var olması halinde bilimsel bir kanıtın ortaya çıkışı beklenmeden önleyici tedbirlerin alınmasını öngörmektedir. İhtiyat ilkesinin ortaya çıkmasındaki en önemli etken bilimsel belirsizliktir.; TURGUT Nühket, “İhtiyat İlkesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, 1996, s. 67-102, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2735.pdf>, erişim: 15.07.2017).

[56] AKÇA Çağatay, a.g.e. s. 68–69.

tarafra hak ve yükümlülük getirmiştir. Hakça ve makul bir kullanım taraflar için öngörülürken bunun kullanımını sınıraşan etki durumu ile sınırlandırılmıştır^[57].

Diğer bir ifadeyle 1992 Helsinki Sözleşmesi, devletlerin sınıraşan etkilerini engellemek, kontrol altına almak ve önlemek konusunda tüm önlemleri alması gerektiğini öne çıkararak hükme bağlamaktadır^[58].

Bir uyuşmazlık durumunda, uyuşmazlık sırasında belirtilmemişse veya taraflar arasında mevcut olan bir antlaşmadan kaynaklanmadıkça kendi iradeleri dışında yargısal veya siyasal yollardan çözümlenmeye mecbur bırakılamamaktadır. Ancak uyuşmazlık uluslararası barışı ve güvenliğini tehdit edecek olursa BM Antlaşması 33. maddesi gereğince taraflar uyuşmazlığı barışçıl çözüm yöntemleriyle halletmek zorundadırlar^[59].

Helsinki Sözleşmesi gereğince, iki taraf arasındaki anlaşmazlıkların çözümü hususunda ilk olarak taraf devletlerin kendi aralarında görüşmeleri beklenmektedir. Görüşmelerde netice alınmadığı takdirde, taraf devletler, tahkim yoluna ya da Uluslararası Adalet Divanı'na başvurabilmektedir.

Uyuşmazlıkların çözümü noktasında sözleşme öncelikle, tarafların uyuşmazlıkları ortak kabul göreceği herhangi bir tahkim aracılığıyla çözmeyi öngörmektedir. Bu yolla çözüme kavuşturulamayan uyuşmazlığı herhangi bir taraf depo mercine yazılı olarak beyan ettikten sonra, uyuşmazlığın Adalet Divanı'na sevk edilmesi ve sözleşme hükümleri uyarınca tahkim sürecine gidilmesi seçeneklerinin birini yahut ikisinin birden uygulanmasını kabul etmek zorundadır. Ayrıca taraflar her iki uyuşmazlık yolunu birden kabul ederse aksi kararlaştırılmadıkça uyuşmazlık Uluslararası Adalet Divanı'nın önüne gitmektedir^[60].

1992 Sözleşmesi, taraf devletlere mevcut düzenlemelerin Helsinki Sözleşmesi ile çatışması durumunda, gerekli düzenlemeleri yapması yükümlülüğünü getirmektedir^[61]. Sözleşme kapsamında son yıllarda yapılan çalışmalar neticesinde sınır aşan işbirliğine özgü ihtiyaçlara ve zorluklara yanıt vermek için sürekli geliştirilmektedir. Dünyanın tüm bölgelerinde çerçeve sözleşmesi olarak kullanılabilmesi için 2003 yılında değişikliğe gidilmiş olup küresel düzeyde sınıraşan

[57] ORHON Kemal Berk, a.g.e., s. 26.

[58] KILIÇ Seyfi, "Sınıraşan Akiferler Hukuku Taslağı ve Diğer Sözleşmelerle İlişkisi", Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2015, C. 4, s. 109-110.

[59] İNAN Yüksel, a.g.e., s. 244-245.

[60] AKÇA Çağatay, a.g.e., s. 71.

[61] KILIÇ Seyfi, a.g.e.

su işbirliğinin sağlanması ve karşılaşılan sorunlara yönelik çözüm yöntemlerinde uluslararası usul oluşturma amacı güdülmektedir.

İşbu sözleşme her ne kadar bölgesel girişimli olsa da, ortaya koymuş olduğu kriterler ve oluşturulan çerçeve ile sınıraşan sularla ilgili uluslararası hukuk oluşturma yolunda önemli bir kaynak teşkil etmektedir.

B) Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanılması Sözleşmesi (1997 BM Sözleşmesi)

1997 tarihli Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanılması Sözleşmesi'nin^[62] detaylı kurallar içeren bir sözleşmeden çok devletlere sınıraşan sular sorununun çözümü noktasında rehber olacak sözleşme niteliğinde olduğu noktasında görüş birliği mevcuttur. Sözleşme içeriği olarak uluslararası suların geliştirilmesi, korunması ve yönetimi noktasında uluslararası işbirliği ve kıyıdaş ülkelerin arasındaki olumlu ilişkinin önemi vurgulanmıştır. Bu minvalde çerçeve sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Sözleşme kapsamında, daha önceki sözleşmeler harmanlanarak bir metin oluşturulmuş ve işbirliği anlamında ortak mekanizma ve komisyonların kurulması şartı getirilmiştir^[63].

Sözleşme, hakça ve makul kullanım ve önemli ölçüde zarar vermeme doktrinlerini temel ilke olarak kabul görmüştür. Bu iki temel prensibe göre, tüm kıyıdaş devletler, sınıraşan suları hakça ve makul bir şekilde ve diğer kıyıdaş devletlere belirgin zarar vermeden kullanma hakkına sahip durumdadır^[64].

İşbu sözleşme kapsamında uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak öncelikli olarak barışçıl çözüm yolu öngörülmüştür. Sonrasında tarafların uyuşmazlığı hakem veya Uluslararası Adalet Divanı'na götürmeye karar alabilecekleri yer almaktadır. Sözleşme kapsamında uyuşmazlıkların çözümü başlığı altındaki 33. maddesinde^[65] bahsedilmiştir.

[62] United Nations Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, 1997, (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf, erişim: 15.07.2017).

[63] AKÇA Çağatay, a.g.e., s. 84; ORHON Kemal Berk , a.g.e, s. 27.

[64] ORHON Kemal Berk, a.g.e., s. 27.

[65] “1. İki veya daha çok Taraf arasında bu Sözleşmenin yorumlanması veya uygulanması konusunda uyuşmazlık çıkarsa, aralarında uygulanabilecek bir anlaşmanın olmaması durumunda, ilgili Taraflar, uyuşmazlığın aşağıdaki hükümlere uygun olarak barışçı yollardan çözümünü arayacaklardır.

2. Eğer Taraflardan birinin talep ettiği görüşmeler vasıtasıyla bir anlaşmaya varamazlarsa, beraberce üçüncü bir tarafın dostça olduğunda kendileri tarafından veya uzlaştırmasını talep edebilirler veya uygun olduğunda kendileri tarafından kurulmuş olabilen herhangi bir ortak

1997 BM Sözleşmesi'nde taraf olan devletler açısından uyumsuzlukların çözümü hususunda tarafları farklı seçenekli uyumsuzluk çözüm yöntemlerine veya yargısal yola başvurmaya yönlendirmektedir.

Taraflar arasında, Sözleşmenin yorumuna ve uygulanmasına yönelik olarak herhangi bir uyumsuzluğun doğması halinde, başvurabilecekleri bir antlaşmanın

su yolu kurumlarından faydalanabilirler veya uyumsuzluğu tahkime veya Uluslararası Adalet Divanı'na sunmayı kararlaştırabilirler.

3. Paragraf 10'un işleyişine tabi olarak, paragraf 2'de belirtilen görüşme talebinin yapılmasından itibaren 6 ay sonra Taraflar uyumsuzluklarını görüşmeler veya paragraf 2'de belirtilen diğer şekillerde çözememişlerse uyumsuzluk, aksi kararlaştırılmamışsa, uyumsuzluk taraflarından herhangi birinin talebi üzerine, 4'ten 9'a kadar paragraflara uygun olarak tarafsız bir vakia tespitine sunulacaktır.

4. İlgili her Taraf tarafından atanacak birer üye, bu üyelerin seçeceği ve ilgili Tarafların vatandaşı olmayan bir başkandan oluşan bir Vakia-Tespit Komisyonu oluşturulacaktır.

5. Tarafların atadığı üyeler, Komisyonun kurulması talebinden itibaren üç ay içinde bir Başkan üzerinde anlaşamazlarsa, ilgili herhangi bir Taraf, uyumsuzluk taraflarından hiçbirinin veya söz konusu su yoluna kıyıdaş hiçbir devletin vatandaşı olmayan bir Başkanı atamasını Birleşmiş Milletler Genel Sekreterinden talep edebilir. Paragraf 3 uyarınca yapılan ilk talepten itibaren üç ay içinde, ilgili Taraflardan herhangi biri üye atamazsa ilgili herhangi bir başka Taraf, uyumsuzluk taraflarından hiçbirini veya söz konusu su yoluna kıyıdaş hiçbir devletin vatandaşı olmayan bir kişiyi atamasını Birleşmiş Milletler Genel Sekreterinden talep edebilir. Böylece atanan kişi Komisyon'un tek üyesini oluşturacaktır.

6. Komisyon usulünü kendi belirleyecektir.

7. İlgili Taraflar, Komisyonun ihtiyaç duyacağı bilgileri sağlamak ve talep edildiği takdirde, ülkelerine girişlerine ve araştırmalarının amaçlarıyla ilgili her tür kolaylık, santral, araç, yapı veya doğal oluşumu incelemelerine ün vermekle yükümlüdürler.

8. Tek üyeden oluşmadığı takdirde Komisyon, raporunu çoğunluk oyuyla kabul edecek ve bu raporu, bulgularını ve sebeplerini göstererek ve uyumsuzluğun hakkaniyet ve nısfete uygun çözümünü için uygun gördüğü tavsiyeler ile beraber, iyi niyetle göz önünde bulundurmaları için ilgili Taraflara sunacaktır.

9. Komisyonun masrafları ilgili devletlerce eşit olarak karşılanacaktır.

10. Bu Sözleşmeyi onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken veya Sözleşme'ye katılırken veya daha sonra herhangi bir zaman, bölgesel bir ekonomik bütünleşme örgütü olmayan bir Taraf Depoziter'e sunacağı yazılı bir belgeyle, paragraf 2'ye uygun olarak çözümlenemeyen bir uyumsuzluk bakımından, aynı yükümlülüğü kabul eden herhangi başka bir Taraf karşısında, ipso facto ve özel bir anlaşma olmaksızın aşağıdakileri zorunlu olarak kabul ettiğini beyan edebilir.

(a) Uyumsuzluğun Uluslararası Adalet Divanı'na sunulması veya

(b) Taraflar aksini kararlaştırmamışsa, bu Sözleşmenin Ek'inde belirlenen usule uygun olarak kurulmuş ve işlemekte olan bir haken mahkemesinde tahkim. Bölgesel bir ekonomik bütünleşme örgütü olan bir Taraf benzer etkide bir beam, alt paragraf (b)'ye yönelik olarak yapılabilir.”.

Çeviren; DALYAN Dolunay Özbek, “Birleşmiş Milletler Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul, 1997, C. 55, S. 4, s.375–376.

da bulunmaması durumunda, 1997 BM Antlaşması Uyuşmazlıkların Çözümü (m. 33) hükmüne uygun olarak çözüm yollarına başvuracaklardır.^[66]

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak; üçüncü bir tarafın dostça girişimiyle arabuluculuk ve uzlaştırma yapılabileceği, tahkime veya Uluslararası Adalet Divanı'na gidilebileceği belirtilmiştir.

Taraflar 6 ay içinde anlaşmazlıklarını görüşme veya alternatif yöntemlerle çözemese, uyuşmazlık, taraflardan herhangi birinin isteği üzerine aksi kararlaştırılmadıkça soruşturma komisyonuna sunulacaktır. Bu usulde de asıl olan uyuşmazlığın Uluslararası Adalet Divanı'na veya sözleşme gereğince getirilen tahkim tahkim yöntemi ile çözümlenmesidir^[67]. BM Sözleşmesi, uluslararası sular bakımından, uluslararası su hukuku çerçevesinde en önemli belge olarak görülmekte ve sınıraşan sulara ilişkin olarak oluşturulması yönündeki faaliyetlere ve belgelere katkı sağlaması bakımından önem arz etmektedir^[68].

V. SONUÇ

Sınıraşan su sorunu 20. yüzyıl ile birlikte geniş ölçekte hidroelektrik enerjisi üretme imkânlarının artması ve mühendislik tekniklerinin ilerlemesi ile birlikte sulama amacı ile nehirlerden faydalanma, büyük devletlerin parçalanıp küçük ölçekli devletlerin meydana gelmesi ile ülkeler arasında düzenlenmesi gereken yeni bir sorun alanı olarak ortaya çıkmıştır.

Çalışmamızda da belirtildiği gibi tüm faydalanmaların ele alındığı ve tüm ülkeleri kapsayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Tüm bunlara rağmen sınıraşan sulardan faydalanmaya ilişkin birtakım teamül kuralları da oluşmamış değildir. Bu teamüllerin oluşumunda Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmaları kadar Uluslararası Hukuk Derneği'nin ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün çalışmaları da yol gösterici olmuştur^[69].

Belirttiğimiz üzere sınıraşan sulardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü noktasında uluslararası alanda kapsayıcı, kabul görmüş ve uygulanabilecek bir hukuk oluşturulmamıştır. Ancak, bu konuya uygulanabilecek bazı uluslararası

[66] ERDAL Selcen, "Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Hukukuna İlişkin Sözleşme" Uygulamasında "Danışma Yöntemi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 20, S. 3, s. 199.

[67] TOKLU Vefa, Su Sorunu Uluslararası Hukuk ve Türkiye, Ankara, 1999, s. 50.

[68] ORHON Kemal Berk, a.g.e, s. 29.

[69] MADEN Tuğba Evrim/KILIÇ Seyfi, "Uluslararası Hukuk Derneği'nin Sınıraşan Sular Konusuna İlişkin Yaptığı Çalışmalar", Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, (<http://www.orsam.org.tr/index.php/Content/Analiz/4773?c=orsam|turkish>, erişim: 13.02.2017).

hukuki ilkeler mevcuttur. Bunlar mutlak egemenlik doktrini, doğal durumun bütünlüğü, ön kullanımın üstünlüğü ve hakça, makul kullanım doktrinleridir. Bu ilkeler uluslararası hukukta devletlere sınıraşan su sorunlarının çözümü noktasında yol gösterici olmuştur. Çalışmamız kapsamında da söz konusu doktrinleri ayrıntılı incelediğimiz üzere hakça ve makul kullanım doktrini tarafsız ve hakkaniyete uygun tespitleri nedeniyle uluslararası arenada kabul görmüştür.

Su yollarının kullanılmasından doğan uyuşmazlıkların çözümü noktasında genellikle kıyıdaş devletlerin kendi aralarında ikili veya çok taraflı şekilde antlaşmalarıyla çözülmektedir. Bu antlaşmaların içeriği genel olarak çalışmamız kapsamında bahsettiğimiz doktrinler çerçevesinde oluşmaktadır. İşbu konu için belirlenmiş bir hukuk alanı oluşmadığından genel uluslararası hukuk kuralları uygulanmaktadır. Ayrıca kabul görmüş Helsinki, BM Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Sözleşmesi gibi çok taraflı sözleşmeler mevcuttur. Bu noktada da belirttiğimiz üzere sözleşme kapsamında uyuşmazlığın çözümü noktasında taraflara yol gösterilmiştir.

KAYNAKÇA

AKÇA Çağatay, Sınıraşan Sularla İlgili Uluslararası Hukuki Metinlerin Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, T.C. Orman ve Su İşleri Bakanlığı, Ankara, 2014.

Çeviren; DALYAN Dolunay Özbek, “Birleşmiş Milletler Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul, 1997, C. 55, S. 4, s. 363–377.

DÜLGER Kenan, Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılan Uluslararası Suyollarının Hakça ve Makul Kullanımı ve Türkiye’nin Sınır Aşan Suları, TAAD, Ekim 2015, Y. 6, S. 23, s. 23–44.

ERDAL Selcen, “Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Hukukuna İlişkin Sözleşme” Uygulamasında “Danışma Yöntemi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 20, S. 3, s. 187–209.

ERDOĞAN Feyiz, Uluslararası Hukuk ve Hakemlik, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004.

EROĞLU Yunus, Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutu, (www.academia.edu/12840164/SINIR_AŞAN_SULARIN_HUKUKSAL_BOYUTU, erişim: 02.02.2017).

ILGAR Rüşti/KHALEF Salem, “Türkiye’nin Sınıraşan Akarsu Anlaşmalarına Coğrafi Açından Bir Bakış”, Marmara Coğrafya Dergisi, İstanbul, Temmuz 2004, s. 53–72.

International Law Association, Resmi Web Sitesi; (<http://www.ila-hq.org/> erişim: 15.07.2017).

International Law Institute, Resmi Web Sitesi; (<http://www.ili.org/> erişim: 15.07.2017).

İNAN Yüksel, “Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutları (Fırat ve Dicle)”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ocak-Haziran 1994, C. 49, s. 243–253.

KILIÇ Seyfi, “Sınıraşan Sulardan Faydalanmalara İlişkin Temel Yaklaşımlar”, Ortadoğu Analiz, Mayıs 2013, C. 5, S. 53, s. 14–22.

KILIÇ Seyfi, “Sınıraşan Akiferler Hukuku Taslağı ve Diğer Sözleşmelerle İlişkisi”, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2015, C. 4, s. 97–119.

MADEN Tuğba Evrim/KILIÇ Seyfi, “Uluslararası Hukuk Derneği’nin Sınıraşan Sular Konusuna İlişkin Yaptığı Çalışmalar”, Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, (<http://www.orsam.org.tr/index.php/Content/Analiz/4773?c=orsam|turkish>, erişim: 13.02.2017).

ORHON Kemal Berk, Sınırtaşın Yerüstü Suların Yönetiminde Dünya ve Türkiye Uygulamaları, Uzmanlık Tezi, T.C. Orman ve Su İşleri Bakanlığı, Ankara, 2015.

Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, “Dünyada Sınır Aşan Sulara Hukuki Bakış”, (<http://www.orsam.org.tr/index.php/Content/Page/25?c=su%7Cturkish>, erişim: 01.02.2017).

ÖZSOY Seda, Su ve Yaşam: Suyun Toplumsal Önemi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.

SAR Cem, Uluslararası Nehirlerden Endüstriyel ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, Ankara, 1970.

SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, İstanbul, 2010.

The Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, United Nations Economic Commission for Europe, (<https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/pdf/watercon.pdf>, erişim: 15.07.2017).

The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers (The Helsinki Rules), International Law Association, (http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/Helsinki_Rules_with_comments.pdf, erişim: 15.07.2017).

The International Commission for the Protection of the Danube River (ICPDR), “20 Years UNECE Water Convention”, (<http://www.icpdr.org/main/20-years-unece-water-convention>, erişim: 28.04.2017).

The United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), “About the UNECE Water Convention”, (<http://www.unece.org/env/water/text/text.html>, erişim: 28.04.2017). TOKLU Vefa, Su Sorunu Uluslararası Hukuk ve Türkiye, Ankara, 1999.

TURGUT Nükhet, Çevre Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2001, s. 223.

TURGUT Nükhet, “İhtiyat İlkesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, 1996, s. 67–102, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2735.pdf>, erişim: 15.07.2017).

United Nations Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, 1997, (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf, erişim: 15.07.2017).

United Nations Economic Commission for Europe, Resmi Web Sitesi; (<http://www.unece.org/> erişim: 15.07.2017).

United Nations International Law Commission, Resmi Web Sitesi; (<http://legal.un.org/ilc/> erişim: 15.07.2017).

ADALETİ SAĞLAMAK DEĞİL, HAKİKATİ İNŞA ETMEK: ENGİZİSYON YARGILAMA USULÜ*

Dr. Dinçer DEMİRKENT**

Makalenin Geldiği Tarih: 19.08.2016 **Kabul Tarihi:** 07.04.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü.

ÖZ

Engizisyon usulü, yargılama tekniklerinde önemli bir tarihsel dönüşümü imle-
mekte, adaleti sağlamayı değil, önceden inşa edilmiş bir hakikati suçluya itiraf
ettirmeye odaklanmaktadır. Bu tekniklerin kullanımı, Kilise doktrinine göre
sapkın (*heretic*) ilan edilmiş inanç gruplarına karşı uygulanmaya başlamış ve
asıl olarak politik bir hakikati onlar aracılığı ile inşa etmeye yönelmiştir. Bu
yargılama usulü Avrupa tarihinde cadı avı olarak bilinen büyük oranda kadın-
lara karşı girilen suçlarda da etkin olarak kullanılmıştır. Türkiye'nin son on
yılında görülen büyük siyasi davaların eleştirmenlerinin çok sık atfı yaptığı bu
usulün günümüze kalmış izleri bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Engizisyon, Yargı, İtiraf, Sapkınlık, Cadı Avı.

NOT TO SECURE THE JUSTICE,
TO CONSTRUCT THE TRUTH:
INQUISITION TRIAL PROCEDURE

ABSTRACT

Inquisition procedure refers to a crucial historical transformation in the context
of trial procedures. It focuses not to secure justice but to have confession from
the suspect for constructing the truth. The use of these techniques had been
initiated against people or movements that were stigmatized as heretics by the
Church and the real aim of the Church was to construct a political truth through
these heresy claims. The Inquisition procedures was used in the course of the
witch hunt period of European History as well. The traces of these procedures
have been indicated by the critics of the last serious political trials in Turkey.

Keywords: Inquisition, Judgement, Confession, Heresy, Witch Hunt.

Türkiye’de Ergenekon davaları ile başlayan büyük davalar süreci, 15 Temmuz darbe girişiminin ardından başka boyutlar da kazanarak devam edeceğe benzetilmektedir. Yaklaşık on yıldır, söz konusu davalardaki yargılama süreçlerine ilişkin izlenen usuller ülke gündemini belirleyen yoğun tartışmaların konusu olmuştur. Savcılık iddianamesi haline getirilen polis fezlekeleri, gizli tanık kullanımının biçimi, kararın önceden verilip yargılamanın sonradan yapılması, masumiyet karinesinin yok sayılması, yürütme organının kendisini davaların savcısı olarak açıklaması, cezalandırma aracına dönen tutukluluk süreleri iddiaları davalar boyunca ülke gündemini meşgul etmiştir.

Yargı organının büyük siyasi davalar aracılığıyla temel siyasi kararlarda belirleyici bir rol oynar hale gelmesi^[1] yargılama usullerinin özellikleri ile birleşince mesele, usulsüzlük savının ötesine geçebilecek yeni bir siyasal teknolojinin varlığı sorusuna odaklanmıştır. Derinlemesine üzerine gidilmeyen bu sava ilişkin göndermeler ortaçağ engizisyon kurumu ile kurulan paralellikte kendini göstermiştir.

Bu çalışma Türkiye, darbe girişimi sonrası yine bir büyük siyasi yargılamanın eşliğindeyken engizisyon soruşturma usulüne ilişkin temel olguları aktarma amacını taşımaktadır. Bu usulün anayasal devletlerin modern yargılama usullerinde olmayan kimi temel özelliklerinin günümüz Türkiye’sindeki varlıklarını saptamak, bu varlığa dayanarak devlet ve yargının yeni biçimi üzerine yapılacak incelemeler başka çalışmaların konusu olmalıdır.

Engizisyon, Latince *inquisitionem*, soruşturma anlamına gelmektedir ve Avrupa’da uzun süre egemen olmuş bir yargılama tekniğinin adı olarak karşımıza çıkar. Tarihsel Engizisyon kurumu Foucault’nun “Hakikat ve Hukuksal Biçimler” makalesinde soruşturma momentini olarak adlandırdığı momente denk düşer. Foucault, bu momentte ortaya çıkan soruşturma tekniğinin karakteristik özelliklerini i) Yukarıdan dayatılan bir adalet [hakikat] ii) Savcının yeni bir kişilik olarak ortaya çıkması [soruşturmacı, inquisitor] iii) Yasaya aykırı davranışın bir kişiye karşı yapılan haksızlığın yerini alması [günah, hata, sapkınlık] ve iv) Devletin icadı [kurumsal yapısıyla bir hakikata karar veren kutsal engizisyon

[1] Carl Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet adlı eserinde siyaset felsefesinin devlet biçimine ilişkin temel sınıflandırması olan monarşi, aristokrasi, demokrasi sınıflandırmasının yerine, kitabını yazdığı Weimar Almanyası dönemine ilişkin temel karşıtlıkları ortaya koyacak yasama, hükümet ve yağı devleti sınıflandırmasını önerir. Bu sınıflandırma sırasıyla kanun, emir ve yargı kararının saf halleri belirleyicidir. Schmitt elbette bu tiplerin saf halleriyle bulunamayacağını ekler. **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki, İstanbul, 2016, s. 3-18.

makamı]^[2] olarak saymaktadır. Bu karakteristik özellikler, Engizisyon yargılama usulünü bütünsel bir teknik olarak konumlandırabilmeyi sağlar.

Adalet ve hakikat arasındaki ilişkinin statüsü, engizisyon yargılama usulünün temel mantığını açığa vuracaktır. Adalet kavramı gerek siyaset felsefesinin gerekse de hukuk düşüncesinin temelinde yer almaktadır. Arapçadan Türkçeye geçmiş kavram, denklik, ölçülülük, hak gözetme anlamlarını taşımaktadır. Adalet (Yunancada *dike*, Latince *iustitia*) herkese hakkının verilmesi bağlamında Platon ve Aristoteles tarafından siyaset felsefesinin merkezine taşınmıştır. Yirminci yüzyılın ikinci yarısında yeniden canlanan hukuk ve siyaset felsefesinin kesişim noktalarındaki “adalet” üzerine tartışmalar, antik düşüncenin adalet tartışmasını büyük ölçüde yeniden ele almaktadır.^[3]

Yirminci yüzyılın ikinci yarısının bir diğer büyük tartışması hakikat üzerinedir. Tek bir hakikate dayalı büyük anlatıların çöktüğü iddiası, modern sonrası düşünce içinde uç noktasına, bütün hakikatlerin inşa edilen metinsel yapılar olduğu varsayımına kadar ulaşmıştır. Hakikat kavramının (Latince *veritas*) hukuk ve siyaset felsefesi geleneklerinde adaletle ilişkisini kuran kavramın ikili anlamıdır. Kavramın birinci anlamı epistemolojik bir düzeye işaret eder, gerçekliğin doğru bilgisine ilişkindir. İkincisi işe ontolojik bağlamda gerçekliğin bizatihi kendisi ile ilgilidir. Adil olanın doğru olduğunu söylemek, doğrudan doğruya gerçeklikle ontolojik düzeyde bir bağı da işaret eder.^[4] İşte tam bu anlamda her siyasal kuruluşun dayandığı hukuk düzeni kendi gerçekliğine ilişkin bir “doğru” inşa etmek durumundadır. Adalet de bu doğruya dayanacaktır.

Engizisyonun, adalet ve hakikat ilişkisinin statüsünü nasıl belirlediği de dönemin siyasal topluluğunun kuruluşunun gerçekliği içinde aranmalıdır. Engizisyoncu, sanığa neden burada olduğunu sorarak başlar kovuşturmaya. Çünkü ihtiyacı kendi hakikatini, Kilisenin “doğrusunu” sorgulanan kişide yeniden kurmak, itiraf mekanizmasıyla onu toplumsal olarak inşa etmektir. Engizisyonun ceza adaleti, suçun ortaya çıkarılması ve “adil” cezanın verilmesine

[2] Michel Foucault, “Hakikat ve Hukuksal Biçimler”, **Büyük Kapatılma**, Ayrıntı, İstanbul, 2005. Foucault *Toplumu Savunmak Gerekir*'de soruşturmanın ilk biçiminin İngiltere'nin fethinden sonra idari bir teknik olarak ortaya çıktığını belirtmektedir. Bu teknik de birçok açıdan kıtadaki papa engizisyonu ile benzeşmektedir ama yine de son tahlilde bir kilise kurumu ve bir yargılama tekniği olarak Engizisyon ile bir idari teknik olarak Engizisyon birbirinden ayrılmalıdır.

[3] Özellikle John Rawls'un 1971'de basılan eseri *A Theory of Justice*, tartışmaların fitilini ateşlemiştir.

[4] Bu konuda verimli bir tartışma için bkz. Ahmet Murat Aytaç, “Hakikat ve Siyaset ya da Hakikati Savunma Üzerine Düşünmek”, **Hakikat ve İnsan Hakları**, (ed.) Özkan Ağa ve Bişeng Özdiç, Dipnot, Ankara, 2012.

değil, “hakikate” dair itiraf alınmasına dayanır. Adaletin sağlanması, hakikate ilişkin bu itirafın alınmasıdır.

I.

Tarihçi Carlo Ginzburg’un, 16. yüzyılda yaşayan bir İtalyan değirmencinin engizyon kayıtları sayesinde sunulan fikir dünyasını anlatırken yer verdiği, değirmencinin daha sonra kendisine karşı tanıklık edecek olan bir arkadaşına söylediği sözü alıntılararak konuya girmek istiyorum: “Anlamıyor musun engizyoncular, bizim onların bildiklerini bilmemizi istemiyorlar.”^[5] İlk yargılanmasından sonra da “uslanmayan” İtalyan değirmenci Domenico Scandella’nın sarf ettiği bu sözler aslında kutsal engizisyonun eksik bir özetini verir. Eksikliği ise değirmencinin düşündüğünün aksine, onların bilgisini ve hakikatini kuran şeyin tam da kendisinin onlar tarafından sapkın olarak itham edilen düşünceleri olmasından kaynaklanmaktadır. Daha sonra anlatacağım prosedürde değineceğim gibi Engizisyoncu suçlu hakkındaki bütün verileri topladıktan ve suçlu hakkında kanaatini oluşturduktan sonra onu karşısına almakta ve ilk sorusu: “Neden burada olduğunu biliyor musun?” olmaktadır. Dolayısıyla sapkınlık kilisenin hakikatine karşı gelişmemekte; aksine kilise hakikatini kurarken sapkınlıkla başetmenin araçlarını geliştirmektedir. Dolayısıyla soruşturmacı, suçu üzerine suç isnat edilen kişiye tanımlattırır. Dale Hample’in uyuşmazlık alanının (*disagreement space*) daraltılması bağlamında ele aldığı engizisyon teknikleri suçlunun argümanlarını kendi istediği biçimde geliştirmesini önlemek için kurulmuştur^[6]. Çelişkileri tam da buradan gelmektedir çünkü sapkınlığı (*heresy*) inşa etmek için onun bilgisel malzemesine ihtiyaçları vardır. Dolayısıyla geliştirilen teknikler bir yandan sapkınlığı ve bir yandan da bu sapkınlıkla mücadeleye dayalı bir ortodoksiyi inşa etmek gibi ikili bir işleve sahip olmuştur.

Malcolm Lambert *Medieval Heresy* adlı kitabının ilk bölümünde sapkınlık ve kilise ilişkisini ele alırken kilisenin ilk kuruluş yıllarında var olan sapkınlığın bilgisinin kilise babalarının metinlerine yansıdığını ve kilisenin kendi doktrinini oluştururken bu bilgilerden oluşan kitapçıkların, listelerin din adamlarının eğitimlerinde çok önemli bir yer tuttuğunu belirtir^[7]. Sapkınlıkla mücadele eden ve ona karşı kendi hakikatini kuran Roma Kilisesi özgün biçimiyle Kutsal Engizisyon kurumunu (*Holy Office*) ve soruşturma usulünü geliştirmiştir. Bu kurumu anlatmaya geçmeden önce sınırları çizmede fayda var. Öncelikle

[5] Carlo Ginzburg, **Peynir ve Kurtlar**, Metis, İstanbul, 1999, s. 87.

[6] Dale Hample, “A Pragma-Dialectical Anaysis of the Inquisition”, **Argumentation**, 2001, 15, s.135-149.

[7] Malcolm Lambert, **Mediavel Heresy**, Blackwell, Cornwall, 1994, s. 3-35.

kurumun Fransa'da ve İspanya'da ortaya çıkış biçimleriyle ilgili tarihsel ve sosyolojik tarihsel verileri aktarmaya çalışacağım. Ardından soruşturma yöntemi üzerine bir değerlendirme yaparak Foucault'nun disiplin/inceleme olarak adlandırdığı momentte engizisyonun bize kalanın ne olduğuna değineceğim.

II. Engizisyonun Kuruluşu

On ikinci yüzyılda Avrupa, Hıristiyanlık içinde sapkının yeniden canlanışına tanık olmuştur. Bunun en önemli nedenlerinden biri de bu dönemde ortaçağ Avrupasındaki dini düşüncenin kendisinin özellikle de laikler arasındaki okur yazarlık oranlarındaki artışla birlikte popüler hale gelmesi ve dolayısıyla kilisenin bilmesine karşı başka bilmelerin dini referanslarla desteklenebilir olması olarak belirtilebilir. İkincisi, kilisenin kendi içinde hiyerarşik kurumsallaşmasını güçlendirme ve kendi içinde doktrinini sağlamlaştırmaya, ritüel ve inanışları sabitleme çabasıdır^[8]. Bu ikisi elbette birbirinden bağımsız olarak ele alınamaz.

Sapkının gelişiminin en güçlü olduğu bölge ise Given'in analizini sınırladığı ve Engizisyon tekniklerinin kurumsallaştığı Güney Fransa'nın Languedoc bölgesidir. Bu bölgenin yüksek oranda şehirleşmiş ve zengin olduğu söylenebilir. Bölge ayrıca Kuzey Fransa'yla karşılaştırıldığında güç dengelerinin hemen hemen hiçbir merkezi otorite lehine işlememesinden kaynaklı bir otonomiye sahiptir. Bölgedeki en güçlü heretik akımlar ise "*Catharism*" ve "*Waldensianism*" dir. Bu iki sapkın tarikatın öğretilerinde "*vita apostolica*" olarak sözü edilen ilk Hıristiyanların yoksul ve çileci yaşam tarzlarının önemli bir yeri vardır.

Bölgede bu tarikatların ciddiye alınabilecek bir popülerite kazanması Papalığı alarma geçirmiştir ve Papa Innocent III'ün önlemlerinin ardından Albigenian haçlı seferleri olarak bilinen ve yirmi yıl süren savaşların ardından Kuzey Fransa'nın bölge üzerinde hakimiyeti büyük oranda gerçekleşmiştir. Dolayısıyla da Krallık ve Kilise'nin bölgede hakimiyet kurma olanakları hazırlanmıştır^[9]. Bundan sonra da bu olanakları değerlendirilecek bir yöntem olarak engizisyon kurumsallaşmaya başlamıştır.

Engizisyonun sapkınığa karşı mücadelede; bu mücadele içinde Kilise'nin monarşinin ve yerel otoritelerin iç çekişmelerinde etkili bir araç olarak kullanılmasının en önemli nedenlerinden biri bu dönemde eldeki yargılama usullerinin yetersizliğidir. Sapkınığı tanımlayacak, yargılayacak ve cezalandıracak teknikler bütünü kanonik hukukta yer almamaktadır. Roma hukuku ve Germen hukuku

[8] James Given, *Inquisition and Medieval Society*, Cornell University Press, London, 1997, s.6-7.

[9] Given, s. 12.

da politikleştirilmiş bir cezalandırma tekniğini içermemektedir. İşte bu yöntemlerin süreç içinde özellikle dominiken rahipler tarafından kurumsal olmayan bir biçimde gelişmesi, 1233 yılında Languedoc'a ilk papalık engizitatörlerinin atanmasıyla kurumsallaşmaya başlamıştır. Engizisyonun kurumsallaşması ve engizitörlerin uyguladığı prosedürler Roma ve Germen hukuku karışımı ortaçağ yargılama usulünde paradigmatik bir kopuş yaratmıştır. 12. yüzyılın sonunda dominiken rahiplerinin katkılarıyla kilise mahkemelerinde uygulanmaya başlayan engizisyon usulü daha sonra laik mahkemelerde de işlemeye başlamıştır. Dolayısıyla bu, Foucault'nun bir ortaçağ icadı olarak gördüğü "yasanın ihlali" kavramının, kilisenin hakikatinin, Tanrı'nın emrinin ihlaliyle eşzamanlı olarak ortaya çıktığını göstermektedir.

Engizisyon usulü klasik hukuk okulunun özellikle Beccaria'nın en önemli eleştirilerine hedef olan soruşturmanın gizliliğine dayanır^[10]. Seviğ'in Fransa'da uygulamaya konan üç emirnameye (1498, 1539, 1670 tarihli emirnamelere) dayanarak yaptığı analizlerin de gösterdiği gibi^[11] sanık soruşturma aşamasından hiçbir şekilde haberdar edilmez. Üzerine tanıklık yapanların kimler olduğunu bilmeye hakkı yoktur. Tutuklama aşamasında sanığın neden tutulduğunu bilmeye hakkı yoktur. Suçun kesin olduğuna karar verilmeden yargılama başlamaz. Kendisinden üç kez suçunu itiraf etmesi istenir, bu aşamaların hepsinde işkence bir sorgulama yöntemi olarak uygulanır. Eğer itiraf etmezse suçun kanıtları kendisine söylenir ve savunması istenir. Avukat tutulmasına Fransa'da 16. yüzyıl sonuna kadar izin verilmemiştir. (İspanya'da ise başlangıçtan beri bu hak vardır). İlerde değerlendireceğim gibi engizisyonun temelinde itiraf alma, hakikati bir de onun ağzından dinleme vardır. İtiraf, eğer yalan bir itiraf olduğundan kuşku duyulmuyorsa hangi aşamada olursa olsun soruşturmayı sonlandırır.

Bu yöntem sapkınlığı kontrol altına almak için Given'in bize gösterdiği üç teknolojiyle birlikte işler^[12]. Bunlardan ilki dökümantasyon teknolojisidir ki egemenlik momentinin önemli özelliklerinden biridir. Disipline geçişte de önemli bir işlevi olacaktır. İkinci teknoloji zorlayıcı hapistir. Üçüncüsü ise ceza teknolojisidir.

Günümüze ulaşan kayıtlardan en önemlileri Bernard Gui'nin ve Eymirch'in (14. yüzyıl) kayıtlarıdır. Gui'nin soruşturmalarda yazdırdığı (kayıt altına almak heretikliğin tanımlanması için zorunluymuş) seremoniler, isimler, cezalar, sapkınlık

[10] Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, İmge, Ankara, 2004.

[11] Vasfi Raşit Seviğ, "Engizisyon Muhakeme Usulü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1961.

[12] Bu teknolojiler konusunda söylenecek olanlar büyük oranda Given, s. 23-91'den aktarılacaktır.

tarifleri ortaçağ boyunca sıkça kullanılmıştır. Engizisyon arşivleri çoğu zaman iktidarı uygulama aracı olarak kullanılmıştır. Örneğin Ginzburg'un *Peynir ve Kurtlar*'da anlattığı değirmenci, ikinci defa yargılanırken başkalarına ait kayıtlarda bulunan ya da inşa edilen ilişkiler etkili olmuştur. Dolayısıyla engizisyonda kullanılan dökümantasyon sistemi yalnızca bir bilgi toplama ve bu bilgiye sahip olma aracı değil aynı zamanda bir iktidar, zorlama ve korku aracı olarak da işlev görmüştür. Hample'in yukarıda anılan çalışmasında belirttiği gibi bu kayıtlar her zaman için engizisyoncunun tek amacı olan itirafı almak için kullanılmıştır.

Given'in gösterdiği ikinci teknoloji hapis ya da hücredir. Bununla kastedilen ise bir hapisane rejimi değildir ki ortaçağ boyunca hapisane rejimi kavramından bahsedemeyiz. İstisnalar dışında hapis bir ceza yöntemi olarak kullanılmaz. Bununla birlikte hücrenin ve hapisin sapkınlığı kontrol teknolojisinde önemli bir yeri vardır. Bernard Gui, "*Practica Inquisitiones*"ında "Mahpus önce ağır koşullarda kalmalı, eğer itiraf etmezse koşullar taktiksel olarak yumuşatılmalı, karısı ve çocukları ile görüşürülmeli, eğer hiçbiri işe yaramazsa cezalandırılmalı" demektedir. Başka bir engizisyoncu ise şu dokunaklı cümleleri yazıyor: "Ölüm korkusu ve yaşam umudu bir kalbi hemen yumuşatabilir" ifadelerini kullanmaktadır. Hapishanenin başka bir özelliği mahkumla görüşenlerin yalnızca engizisyoncunun ajanları olmalarıdır ve bunlar da genellikle eski hereetikler arasından seçilmektedir. Altı yıl sürebilen yargılamaların var olduğunu düşünürsek hapishanenin de işkence gibi hem itirafı almayı kolaylaştırıcı bir yargılama yöntemi hem de bir cezalandırma tekniği olduğunu söyleyebiliriz.

Given'in belirttiği üçüncü teknoloji ise cezanın bir kontrol mekanizması olarak kullanılmasıdır. Given tersini belirtmesine rağmen (ona göre asıl olarak sapkınlığın kiliseye entegre edilmesi hedeflenir) ceza, her şeyden önce İspanyol engizisyonunu anlatırken daha iyi göreceğimiz gibi bir dışlama mekanizması olarak işlemektedir. Given'in incelediği bölgede Gui'nin çalışmalarından aktardığı kadarıyla engizisyonun ceza ekonomisi çok esnektir. En çok verilen ceza sürekli hapis cezasıdır bu cezaya uğrayan kişiye aynı zamanda müsadere uygulanır. Daha sonra haç takma cezası vardır ki bu da dışlayıcı bir rol oynar. Haç görünür bir yere takılacaktır ve ağır bir metalden yapılmıştır. Sapkın damgası yemiş biriyle birlikte görünmenin bile tehlikeli olacağı düşünülürse bunun dışlayıcılığı kavranabilir. Bu esnek ceza sistemi, dışlanmış bir toplumsal grubu ortaya çıkarmıştır. Bunlar fişlenmiş sapkınlardır ve toplumda yer bulmakta güçlük çekerler.

III. İspanya Örneği

Güney Fransa'da bu şekilde kurumsallaşan engizisyon, İspanya'ya çok daha geç gelmiştir. Gerçi Fransa'nın "sorunlu" bölgesine yakın olan Aragon'da aynı dönemde bir engizisyon kurumu oluşturulmuştur ama bu 15. yüzyıl sonlarına kadar çok fazla işlememiştir. Bunun nedenlerinden biri İspanya'nın Müslüman, Hıristiyan ve Yahudileri birarada barındıran bir coğrafyada bulunmasıdır ama daha önemli bir neden olarak Katolikliğin çok güçlü olduğu yarımada sapkınlığın bir tehdit olarak belirmemesidir. Engizisyonun İspanya'ya gelmesi de İspanya'da başlayan Yahudi karşıtı popüler düşüncenin 14. yüzyılın sonunda Yahudilerin oturdukları "aljama" adı verilen mahallelerde katliamların yaşanması ve ardından da Hıristiyanlığa zorlanmasının yarattığı sonuçlarla birlikte düşünülmelidir. Finansal sermayeyi ellerinde bulunduran Yahudiler üzerine girilen 1391'deki büyük katliamlardan 1492'de Yahudiliğin yasaklanmasına kadar geçen sürede birçok Yahudinin "converso" (Yeni Hıristiyanlar) olarak Hıristiyanlığa dönmesi İspanya'ya Yeni Hıristiyanlar tehlikesi "converso danger" söylemiyle engizisyonu davet etmiştir. Temel sorun ise "converso"ların heretik olup olmadığıdır^[13].

Papa Sixtus IV. 1478'de 40 yıllığına üç engizisyon yargıcını İspanya'ya atamış ve bunların 1480'de göreve başlamasıyla İspanyol engizisyonu da kurulmuştur. İspanyol engizisyonunun çok yoğun bir ırkçı uygulamayla ve merkezi hükümetin çok daha fazla denetiminde olmakla birlikte temel olarak Güney Fransa'da ortaya çıkan yöntemleri kullandığı söylenebilir. İspanyol engizisyonunun (Güney Fransa'dakiyle paralel bir zamanda kurulan ve paralel bir işleyişe sahip olan Aragon değil Castilia engizisyonu için İspanyol engizisyonu ifadesini kullanıyorum) ayırıcı niteliği krallığın ihtiyaçlarına göre şekillenmesi ve Fransa'daki kuruluşuna karşıt olarak maaşını aldığı monarşiye daha bağımlı olmasıdır.^[14] İspanya'da engizisyon çok ciddi bir otorite sağlama aracı olarak kullanılmıştır.

Engizitörlerin genel ve en etkili uygulamalarından biri, geldikleri yerde bir Pazar ayını sırasında bütün halkı toplamak onlara muhbirlik yapmaları için yemin ettirmek ve görkemli törenlerle güçlerini göstermek olmuştur. Engizitörlerin bir yöreye gelmesi de dolayısıyla bölgede yaşayanlar arasında korkuyu, onların istediğini yaparak ikbal kazanma arzusunu körüklemiştir. Böyle güçlü bir aygıtın denetlenmesi ise krallık açısından her zaman büyük önem taşımıştır. Bu denetim sayesinde İspanya'da temel olarak "converso"larla

[13] Henry Kamen, **The Spanish Inquisition**, Weidenfeld & Nicolson, London, 1997, s. 8-27

[14] Stephen Haliczer, **Inquisition and the Society in the Kingdom of Valencia**, Univerity of Columbia Press, Berkeley, 1990, s. 10-12

uğraşan engizisyon kurumu, krallık açısından iki şeyi birden becerebilmiştir. Bunlardan ilki, zengin “converso”ları yakıp müsadere cezası vererek bunu tacın hazinesine aktarılmasıdır. İkincisi ise, yarımadanın Yahudi ve Müslümanlardan “temizlenmesinin” sağlanması olmuştur. Yahudiliği düşman olarak kurarak halkın monarşinin istekleri doğrultusunda politizasyonu^[15] sağlanmış ve bu da tacın ekmeğine yağ sürmüştür.

Protestanlık İspanya için hiçbir zaman ciddi bir tehdit olmasa da Protestanlığın ve de özellikle Erasmusçuluğun önlenmesi bağlamında, İspanya’da kitaplara lisans uygulanmaya başlanmış, İspanya aynı dönemde yabancı kitapların sızmasını engellemeye çalışmıştır^[16].

Engizisyon, bundan başka iki tür sapmayla daha uğraşmıştır. Bunlardan biri elbette Protestan reformudur ama asıl önemli ve ünlü uğraşı Pohl’un *Images of Social Control* kitabında “*demonic perspektif*” olarak imlediği^[17] ve çalışmanın devamında incelenecek olan yargı ve cezalandırma teknolojisidir.

IV. Cadı Avı

Nachman Ben-Yahuda 14. ve 17. yüzyıllar arasında Avrupa’da, muhafazakar yorumlara göre 200.000 kişinin liberallere göre ise 500.000 kişinin öldürüldüğünü ve bunların da %85’inin kadın olduğunu belirtiyor. Bu olayı açıklarken de üç soru soruyor: i) neden 14. yüzyılda da başlayıp 17. yüzyılda da bitiyor. ii) Neden gerçek Hıristiyanlığın tam karşısı olarak kuruyor? iii) Neden kurbanlarının çok büyük bir kısmı kadın?^[18]

14. yüzyıldan önce sorun çözücü olarak kurulan büyü, cadılık gibi kavramlar, 14. yüzyıldan sonra demonik bir perspektiften ve Hıristiyanlığa tam olarak karşıt bir biçimde inşa edilmiştir. Cadılar, şeytanın ruhunu ele geçirdiği ya da şeytandan buyruk alanlar olarak kurulmuştur. Dolayısıyla da Tanrı’nın düzeninin, iyinin koruyucusu olan Kilise şeytanın yönlendirdiği, kötünün güçlerine karşı savaş açmıştır. Dikkat çekilmesi gereken noktalardan biri de sapkınlık meselesinde olduğu gibi cadılık konusunda da İspanya, Polonya gibi kilisenin güçlü olduğu

[15] Engizisyon kurulduğu hemen her yerde bölge halkının desteğini de almıştır. İspanyol engizisyonu konusunda da Braudel Akdeniz’de benzer bir hikayeyi anlatır.

[16] Kamen, s. 108. Yine Kamen’in belirttiği gibi Kitapların lisansa bağlanması sistematik olarak 1540’larda Fransa’da ardından İtalya ve İspanya’da uygulanmaya başlanmıştır.

[17] Stephen J. Pfohl, **Images of Deviance and Social Control**, McGraw – Hill Humanities, 1994, s.19-55.

[18] Nachman Ben-Yahuda, “The European Witch Craze of the 14th to 17th Centuries: A Sociologist’s Perspective, **The American Journal of Sociology**, 86, no.1, 1980, 1-31.

bölgelerde çok fazla davaya rastlanmamasıdır. Daha çok kilisenin zayıf olduğu bölgelerde cadı avı olarak tabir edilen süreçler yaşanmıştır.

Cadılığın inşa edilmesini, bu çalışma boyunca savunulan tarih perspektifinin bağlamında “gerçek” Hıristiyanlığın yeniden inşası olarak okuyabiliriz. Her gerçeğin inşasında da bu gerçeğe “düşman” olarak kurulan kesimlerin ortadan kaldırılması süreçlerini işaret edebiliriz. Şeytani (*demonic*) biçiminde tarif edilerek bunun üzerinden, iyi olanın Tanrı’ya ait olan davranışın, düzenin resminin çizilmesi, cadılığın Hıristiyanlığın düşmanı olarak inşası da daha önce *Catharların, Waldensianların, Conversoların* başına geleni benzer araçlarla tekrarlamıştır.

Cadılığın tarifine baktığımızda iki sorunu birden açıklayacak bir tanım karşımıza çıkmaktadır: “Cadı avı”nda neden kurbanların %85’inin kadın olduğu ve bunun neden 14. ve 17. yüzyıllar arasında yaygın olduğu. Patriarşik, heteroseksüel ve imana dayalı bir düzenin savunucusu olarak kilise cadılığı şöyle kuruyor: Cadılık esas olarak kadına aittir. Çünkü onlar her şeye inanırlar saf-tırlar ve hafızaları zayıftır.” “Cadılık cinsel şehvetle geldiği için doymak bilmez şehveti olan kadınlar şeytanca daha çabuk kandırılırlar.”^[19]

Cadılığın Avrupa’da kovuşturulduğu dönem büyük sosyolojik değişimlerin yaşandığı bir zamana den düşmektedir. Her alanda yenilikler yaşanmakta ve hemen hemen her yenilik de kilisenin otoritesine darbe vurmaktadır. Kilisenin çizdiği ahlaki sınırlar aşınmakta ve bu kiliseyi ahlaki konsolide etmeye itmektedir. Ben-Yahuda’nın Krapp’tan alıntıladığı gibi cadı avı Hıristiyanlar için bir kollektif kimlik kurma aracı olarak tasarlanmıştır. Kilise kadını insanlığın cennetten düşmesinin nedeni olarak gören Hıristiyan genesisi feodal toplumun çözüldüğü ve sınırların yeniden çizilmeye (bu sınırlar her alanda çiziliyordu. Gerek aile yapısında gerek çalışma ilişkilerinde gerekse de demografi alanında büyük değişimler yaşanmaktaydı ve bu değişimler içinde kadın toplumun en saldırılabilir ögesi haline getirmişti. Evdeki konumu önemini yitirdi. Evlenme koşulları zorlaştığı için fahişelik artmaya başladı. Kürtaj ve çocuk öldürmeler ki en büyük cadı suçlarıdır arttı vs.) başladığı bir çağda her şeyi Tanrı’ya ve şeytana ait olarak iyi ve kötü olarak kurarak büyük bir popüler desteği de arkasına almıştır. İyi ve kötünün tanımlanması, kötünün cezalandırılması, iyinin korunması için ise engizisyon usulü en yetkin teknikleriyle kullanılmıştır^[20].

[19] *Idem*, s. 11.

[20] Türkçe’ye *Cadı Kazanı* olarak çevrilen Arthur Miller’in *Crucible* adlı oyunu Amerika’da yaşanan bir cadı avını, bu süreçte kurulan engizisyonu konu almakta ve meseleyi anlamak ve bugünü düşünmek için bir perspektif sağlamaktadır.

Sonuç Yerine: Soruşturma tekniği ve bugünü düşünmek

Engizisyoncular adil olanı değil hakikati soruşturdular. Bu hakikatin kendisi ise yargıladıkları sapkınlık üzerinden şekillenmişti. Engizisyonun usulü de buna uygundu. Önce kanıtlar toplanır, karar verilir ve yargılama ancak bundan sonra başlardı. Yargılama da itiraf ettirmeye ve suçlunun ruhunu kurtarmaya yönelmişti. Ama burada asıl önemli olan sapkınlığın politikleştirilmesidir. En başta Michel Foucault'ya yaptığımız atıfa dönersek, Avrupa'da egemen devletlerin ortaya çıktığı tarihsel bağlam ile suçun bu politikleştirilmesi arasındaki bağlantı daha iyi görülebilir. Germen hukukunda haklılık ve haksızlık üzerinden yürüyen hukuksal prosedür bu momentle birlikte bir hakikate yönelmiştir. Hıristiyanlığın özünü sürekli ve sürekli kurduğu bu hakikatin dışında tanımlananlar ise cezalandırılmıştır. Cezanın politikleşme süreci tam da burada aranmalıdır. Carl Schmitt'in *Siyasal Kavramı*'da sunduğu siyasal birlik olarak Avrupa'da devletlerin oluşma süreçleri ile engizisyonun yoğun olarak uygulandığı süreçlerin çakışması bu bağlamda anlamlıdır^[21]. Topraksal egemenliğin ilk ortaya çıktığı ve engizisyonun ilk kurulduğu coğrafya Fransa'dır. Bu egemenliğin 18. yüzyıldan başlayarak dönüşmesi de suçlar, cezalar ve yargılama usukkerindeki dönüşümleri etkilemiştir.

İnceleme/disiplin ve soruşturma arasında ayrımı koyarken Micheal Foucault, soruşturmanın hukuksal pratikte olup bitenin öğrenilmesinin usulü olduğunu söyler. Disiplinde/incelemede ise bir olayı yeniden oluşturmak değil, bir kimseyi sürekli denetlemenin, gözetlemenin söz konusu olduğunu belirtir^[22]. Dolayısıyla 18. yüzyılda hukuksal alanda başlayan dönüşümün temelinde de cezanın idari ve politik niteliğindeki farklılaşma aranmalıdır.

Bununla birlikte Foucault'nun *Toplumunu Savunmak Gerekir* adlı eserinde gösterdiği gibi dönüşüm geçiren iktidarların kesişmelerini yakalamak mümkündür.^[23] Dolayısıyla soruşturma ve incelemenin kesiştiği alanlar tespit etmek, "*demonic perspektif*"i bugünde aramak ve bulmak da mümkündür. Bunun için egemenliğin kendini en belirgin olarak gösterdiği olağanüstü mahkemelerde soruşturma mantığının ve disiplinin kesişme noktalarına yönelmek gerekir. Türkiye'deki en iyi örneği eski DGM'ler vermektedir. Bu mahkemeleri izleyenler tam da devletin kendi doktrinini tanımladığı kendini kurduğu ve "olup bitenin" öğrenilmesi için aynen engizisyon usulündeki gibi çapraz tanıklar, işkence yöntemleri, henüz yargılama bitirilmeden verilen kararlar ve itirafın

[21] Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, Metis, İstanbul, 2006.

[22] "Hakikat ve Hukuksal Biçimler" s. 167-168.

[23] *Toplumunu Savunmak Gerekir*, s. 245-271.

ruhu kurtardığına şahit olabilir. Yine aynen engizisyon usulünde olduğu gibi itiraf edenin cezasının hafiflediği hatta ruhunun kurtulduğuna kanaat getirildiğinden olsa gerek ceza almadığı da bir vakıa. Köklerini egemenlik momentinde bulduğumuz soruşturma mantığının icat edildiği zamanda ve mekanda kaldığını söyleyemeyiz. DGM'lerin kaldırılmasının ardından, çalışmanın başında anılan davalara bakan Özel Yetkili Mahkemeler'de kullanılan usuller incelendiğinde egemenlik momentinin adalete değil, daha önceden belirlenmiş hakikate ulaşma amacına yöneldiklerine ilişkin işaretler bulmak mümkündür.

Türkiye, darbe girişiminin ardından yeni bir büyük siyasi dava sürecine girmiştir. Devletin biçimine ilişkin önemli saptamalara gebe olan son on yılın siyasi yargılama süreçleriyle önümüzdeki sürecin yargılama pratikleri birlikte değerlendirilmelidir. Darbe girişiminin hemen ardından ortaya atılan 'ıdam cezası geri getirilmesi', 'hainler mezarlığı kurulması' gibi sadece hukuk dışı değil, çağ dışı tedbirler Engizisyon soruşturma tekniklerinin başında gelen suçluluğun kesinleşmesinin ardından yargılamanın başlamasına ve damgalamaya işaret etmekte, modern ceza hukukunun en önemli ilkesi olan suçsuzluk karinesini askıya almaktadır.

KAYNAKÇA

- Beccaria, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, İmge, Ankara, 2004.
- Ben-Yahuda, Nachman, “The European Witch Craze of the 14th to 17th Centuries: A Sociologist’s Perspective”, **The American Journal of Sociology**, 86, no.1, 1980.
- Ginzburg, Carlo, **Peynir ve Kurtlar**, Metis, İstanbul, 1999.
- Foucault, Michel, “Hakikat ve Hukuksal Biçimler”, **Büyük Kapatılma**, Ayrıntı, İstanbul, 2005.
- Foucault, Michel, **Toplumunu Savunmak Gerekir**, Çev. Şehsuvar Aktaş, YKY, İstanbul, 2001.
- Given, James, **Inquisition and Mediaval Society**, Cornel University Press, London, 1997.
- Haliczer, Stephen, **Inquisition and the Society in the Kingdom of Valencia**, Univerity of Columbia Press, Berkeley, 1990.
- Humple, Dale, “A Pragma-Dialectical Anaysis of the Inquisition”, **Argumentation**, 2001, 15.
- Kamen, Henry, **The Spanish Inquisition**, Weidenfeld & Nicolson, London, 1997
- Lambert, Malcolm, **Mediaval Heresy**, Blackwell, Cornwall, 1994.
- Pfohl, Stephen, **Images of Deviance and Social Control**, McGraw – Hill Humanities, 1994.
- Schmitt, Carl, **Siyasal Kavramı**, Çev. Ece Göztepe, Metis, İstanbul, 2006.
- Schmitt, Carl, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki, İstanbul, 2016.
- Seviğ, Vasfi Raşit, “Engizisyon Muhakeme Usulü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1961.

Makaleler

Articles

GÖNÜLLÜ SORUMLULUKTAN, KORUYUCU YÜKÜMLÜLÜĞE İŞ DÜNYASI VE İNSAN HAKLARI REHBERİ

Hilmi ŞEKER*

Modernitenin krizi, acil çıkışlarını zorlamaktadır:

İş dünyası ile insan hakları arasındaki çelişkinin düelloya dönüşme riski, Birleşmiş Milletleri harekete geçirdi. Değişim ihtiyacı, kapitalist modernitenin nükseden krizini aşmak için Westfalya Rejimi'ni zorlamasından neşet eder. Neoliberal konseptin son buhranı aşmak için önerdiği küreselleşme, devlet dışında kendisini ayakta tutan çok uluslu şirket (ÇUŞ) ve benzerlerinin devletimsi varlıklar olarak benimsenmesini dayatmaktadır. Mobilize bu kütlenin, görece eskiyen uluslararası ve yerel hukukla disipline edilmesi güçleşmektedir.

İnsan haklarıyla uzlaşma arayışı-bağlayıcı olmayan kurallarla temas:

Zorluğu yaratan, düzenin krizin ürettiği öznelerin ibralaşmaktan kaçınması ve devletler hukukunun devlet odaklı çözümlerdeki yetersizliğidir. Devleti baz alan uluslararası ve lokal hukuka direnen ekonomik oluşumları disipline etmek, sistemi, şirketlerin alınganlığını gözetecek alması bir çözüm bulmaya zorlar. Birleşmiş Milletler'in (BM) şirket faaliyetlerini yükümlülükle dengeleme isteğiyle, şirketlerin özgün çalışma prensipleri, direnci ve

* Yargıç/İstanbul.

görece sabıkalı geçmişleri (köle ticareti, askeri rejimlerin desteklenmesi, ırkçı rejimlerle dirsek teması vs) arasındaki dinmeyen gerilim, insan hakları eksenini optimum çözüm aramaya sevk eder. BM'nin 1973 yılında kurduğu Komisyon, ÇUŞ'un uyması gereken davranış kurallarını belirlediysede, ülkelerin direnci beklentiyi rafa kaldırdı. Akabinde Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü'nün (OECD) yayınladığı rehber, emek haklarıyla sınırlı bir perspektifle yetindi. Söz konusu bu rehber 2000 yılında revize edildi. İkinci bir yenileme ise 2011 de gerçekleşti^[1]. Söz konusu bu kontrol ve sorumluluğa davet setinin temel özelliği, şirketleri yükümlülük altına almaktan kaçınmasıdır. Öteki deyişle bu metinler, zorlama, emredici veya icbar eden bir dil yerine gereğe davet ederek, yaptırım ve bağlayıcılık sisteminden kurtulmaktadırlar. 2011 yılında OECD rehberleri yenilerken tekrara düşmek yerine, giderek oluşan baskıların izale için akıl haritası ile gramerinde görece değişiklik yaptı.

Şirketlerin faaliyetlerine nezaret edecek davranış kurallarının ortak paydası hukuki bağlayıcılığının olmaması, sorumluluğun muğlak kavramlara sığınması, pozitif bir ödev vermekten kaçınması ve davranış kurallarına aykırılığı denetleyecek etkin bir mekanizmadan yoksun oluşlarıdır. Her krizde küresel dinamiklerin karşısına çıkan insan hak ve özgürlükleri, şirketleri insan haklarına mutlak şekilde uymaya zorlar. Şirketlerin iş hukuku alanında iyileştirmeler dışında özgün çözümler üzerinden bir kültür inşa sürecine girmesi bağlılığının uç verdiğine, iklimin görece değişeceğine delalet eder. Kimberley'in başını çektiği ekol^[2], yükümlülük artırma, kirli faaliyetlerin sertifika ile kontrole alınması insan hakları alanındaki direncin nisbi başarısı olarak yorumlanabilir.

İş dünyasının Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi'nden destek talebi ve taslak norm arayışı:

Rehber ilkeler'in öncülü *Taslak Normlar* (TN), insan haklarından devleti sorumlu bellemele birlikte, şirketlerin ulusal ve uluslararası düzeyde kabul görmüş insan haklarına saygı gösterme, koruma ve tazmin yükümlülükleri olduğunu kabul ederek öncül olmayı denedi. Epey geniş bir portföyde şirketleri bağlayıcı kurallarla çevrelemeye çalışan bu teşebbüsün kritik özelliği, şirket faaliyetlerinin izlenmesi, denetlenmesi ve olası bir insan hakkı ihlalinin etkili, hızlı giderimle karşılayacak bir mekanizma ihtiva etmesiydi. Dahası sorumluluk

[1] [\[2\] <http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/sayi27/makalekimberley.pdf> \(ayrıntı için bkz. erişim 09.06.2016\)](http://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/path/Contribution%20Folders/web/Yatirim/Yurtdisina%20Yatirim/ekler/oeed_CUSR_TR_tercume_PDF.pdf?Ive Bilgi için bkz. OECD Çok Uluslu Şirket rehberi(9.6.2016)</p></div><div data-bbox=)

halesini, öznelere faaliyetlerinin etki alanı üzerinden makul ölçüde genişletmekteydi. Bu BM'nin umarlarına yanıt veren niteliklere tekabül ediyordu^[3]. Gelişme kendinden öncekilerle karşılaştırıldığında yerine ve zamanına göre, devlet ile şirket arasında yükümlülükten neşet eden makası kapayan anlamlı bir adım olarak tanımlanabilir. Şirketlerle devleti aynı koruyucu, saygı ve giderici mekanizma ve akıl altında toplama girişiminden bulunan TN, anılan özelliğinden ötürü yaşama ve işlerlik fırsatı bulamadı. Onun yaşamda kalma mücadelesini kaybetmesinin ardında, Dünyayı egemenlik alanı addeden ve burada dilediği gibi faaliyet süren küresel dinamiklerin sorumluluğunu saygıyla sınırlamanın ötesine geçmeyi ve ibralaşmayı yoksayan münhasır felsefesi yatar. BM'nin iş dünyasına atfedecek sorumluluğu gönüllülükten, yükümlülüğe dönüştürme, sorumluluğu yükümlülükle değiştirme umarı karşılık bulamaktadır. Ruggie'nin ÇUŞ'ları geniş haklar üzerinden devlet üstü denetleme ve devlet dışı zorlama mekanizmasına tabi tutması eleştirilerek dışlanmıştı^[4]. Taslak normların kullandığı dil, gelecekteki sorumluluğun şeklini belirlemesi bakımından önemli bir mesaj veya jargon olarak nitelenebilir. TN ne gönüllü ne de emredici bir içeriğe sahipti. ^[5] İçeriğin emir kipinden kaçınması, şirketleri ürkütmeden veya anestezi bir geçişi mümkün kılmayı deneyen aklın izlerini taşır. Bu argüman öteden beri küresel ekonomik güçlerin aşkın faaliyetlerini bir pundunu bulup, dize getirme çabasının bilinen son buluşudur. Kavramlarla oynayarak veya onlardan medet umarak, devasa bir ekonomik sistem ve uygulamalarını hukukla sınırlama girişimi her defasında ciddi, sürekli ve uyanık bir savunmayla karşılaştı.

Ruggie ve Global Compact'ın, şirketleri insan haklarına koruma, saygı ve telafi etmeye özendirme deneyimi:

BM'nin, Ruggie üzerinden *Global Compact* girişimi ve şirketleri sorumlu iş ve ticaret davranışı geliştirme ve insan haklarını bu girişimin tehlikeli eylemlerinden koruma merakı asla sönümlenmedi. Ruggie'in, BM temsilcisi sıfatıyla kaleme aldığı *BM Koruma, Saygı Gösterme ve Telafi Etme Çerçevesi*, bir müddet sonra Rehber İlkelerle kaynaklık etti^[6]. Bu çalışma kendisinden öncekileri fazlaca doktriner bularak, iş dünyasının doğasından neşet eden işlevsel ve örgütsel

[3] Yıldırım, Engin, "Birleşmiş milletler iş hayatı ve insan hakları rehber ilkelerinin eleştirel bir değerlendirmesi" s. 4, <http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/yildirim.pdf>

[4] Miretski ve Bachmann 2012;39, Yıldırım, s.5

[5] Yıldırım, s.5

[6] İş Dünyasının İnsan Haklarına Saygı Gösterme Sorumluluğu, Şirketler İçin El Kitabı, s.4 http://www.3psustainability.com.tr/documents/Sirketler_ve_Insan_Haklari_El_kitabi.pdf (erişim: 08.06.2016)

onların devlet gibi mutlak sorumlu tutulmalarının olanaksızlığını benimsedi. Sorumluluğun seyreltilme ve sığlaştırılmasında inişin sinyalleri verildi. Bu bakış açısı, TN'nin sorumluluğu genişleten ve derinleştiren paradigmasının sonu oldu. Rehber İlkeler, Taslak Normlar'ın oldukça özendirici dil ve söylemini, gerçekçi ihtiyatlı bir dil ve arzuyla değiştirdi^[7].

İnsan Hakları Beyannamesi'nin referans alınması; Saygıyla sınırlanan sorumluluk, caydırıcılıktan uzak telafi:

Bu bakış açısı sorumluluğu koruma ve giderme yükümlülüğünden, saygı duyma temennisine indirgedi. Sorumluluğun kaynağını İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB) dibacesine yaslayan Ruggie, olumsuz etkilerle mücadelenin üç ayağından olan koruma devletin yükümlülüğü olarak tayin ederken, şirketlerin edimini insan haklarına saygı ve telafiyle tahdit etti. Sorumluluk şirketin etkinlik alanı içinde hakların riske edilmesindeki payını belirlemekle birlikte, tek başına caydırıcı ve onarıcı olmaktan uzaktır. Bu hak ihlalinin yarattığı etki ve sonuçların sözde sorumlulukla peçelenmesinden başka, ihlalin klasik yöntem ve araçlarla takibini olanaksız kılmaktadır. İhlali, hakkı örseleyen öznelerin insafına terk etmek, üçüncü gözün yokluğundan kaynaklı tüm risk ve tehlikelerin temellük edilmesi manasına gelir. Rehber ilkelerin hukuki metinlere yaslanması, eylem ile fail sıfatının birleşmesinden kaynaklı krizin aşılmasını önlemez. Aksine derinleşmesini özendirir.

Örtülü bağlayıcılığın inşası, İlkeler'le çelişen zayıfların seleksiyonu:

Rehber ilkelerin testlerle pratize çabaları veya özeni (due diligence) somutlaştıracak alt standartlara yaslanarak ya da şirketlerarası rekabet kalemleriyle hiyerarşi oluşturularak gerçekleştirilen özdenetim, yükümlülük düzeneğinin dayattığı denetimi ikamede akim kalır. Ölümcül rekabet, çevreden gelen güçlü insan hakkı direnç ve baskısından ziyade, içsel bir denetim ve ayıklamayı tetikler. Bu iş dünyasının görece insan haklarını korumayı hedefleyen Rehber İlkeler metni ve uzantılarının yarattığı kendine özgü bir *doğal seleksiyon yahut ilkelerle çelişen zayıfların ayıklanması* olarak nitelenebilir. Böyle betimlendiğinde, halenin berisinde kalanların insan haklarına saygı performansları zamanla gerisinde etik bir tortu yahut kültür inşa edebilir. Bu gönüllülüğten, bağlayıcılığa geçişi sağlayan onlarca seçenekten biri olmakla birlikte, bağlayıcılığın getirilerini karşılamaktan uzaktır. Açıklık şeffaflık, hesap verilebilirliği, izlemeyi

[7] Yıldırım, 4-5

değerlendirmeyi sağlayan güçlü politika oluşturma becerisinin gideceği nihai nokta, bağlayıcılığı sağlayacağı güvence ile boy ölçüşemez.

İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehberi, 8 temel ve 24 operasyonel ilkesiyle ne sözleşme ne de onaya da tabidir. İyi bir vizyon ve misyona sahip olması, kendisini İkiz Sözleşme ve uzantılarına yaslamasının^[8] rağmen küresel ekonominin hak ihlal potansiyelini frenleme ve caydırmaktan mahrumdur.

Bağlayıcılığı olmayan ilkelerin, hepten güçsüz etkisiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Özellikle BM'nin uygulamayı raporlamak ve izlemek için çalışma grubu kurması, aynı modelin AB tarafından üyelere empoze edilmesi ve üyelerin bu ilkelere uygun eylem planı oluşturmaya teşvik^[9] ve davet etmeleri OECD ve İngiltere'nin referans almadaki öncü duruşları *soft law* mahiyetindeki ilkelerin *law*'la özdeşleşen kısmının bir nebze ağırlık kazanacağına delalet eder. Giderek yayılan Rehber, yükümlülük getirmese de gönüllülüğün takibi pekiştirme potansiyelinden yararlanma ihtimali güçlüdür.

Bağlayıcı Olmayan metinler ve İlkelerin Soft Law'dan beklentisi:

Bağlayıcı olmayan metinler, 1972 Stockholm Konferansı ile 2012 Rio 20 Zirvesi'nin vücuda getirdiği, uluslararası yumuşak hukuk siyaseti yapım süreçlerinin ortaya çıkardığı enstrümanlar olarak betimlenir^[10]. Uluslararası ilişkilerle, hukukun gelişiminde ivme kazanan bir rol ve işlev üstlenir^[11]. Soft Law, örf ve adet ile anlaşma hukukunun oluşumuna kaynaklık, öncülük ve yardım edebilir, hukuki diğer belgelerdeki boşlukların alınmasına katkı sunabilir, mevcut örf ve adete dönüşebilir, devlet uygulamasının geleceğini inşa ederek yasal yükümlülükleri ikame edebilme^[12] yeti ve yeteneğine sahiptir.

Anılan belgeler, politik açıdan önemli olmakla birlikte, andlaşmalar Hukukuna tabi değildirler. Ancak metnin yorum ve geçerliliği Andlaşma Hukukundan alınan kurallar referans alınarak belirlenir. Ahde vefa ilkesinin dışında kalan bu metinler bağlayıcı olmadığı gibi hak ve yükümlülük doğurmaz^[13]. Yargısal başvuruya konu edilemez, hukukun kaynağı olarak kabul olunmaz, sorumluluğa

[8] Yıldırım, s.7-8

[9] Yıldırım, s.10

[10] Cordonier Segger, Marie Claiet "The Role Of International...", Sarıbeyoğlu Skalar, Meltem, Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir kalkınma, Beta, İstanbul 2015, s.65-66

[11] Shelton, Dinah, "International...", Sarıbeyoğlu, s.66

[12] Sur, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta, 9. Baskı, İstanbul 2015, s.66

[13] Sur, s.94

neden olmaz. Sözleşmenin içeriğine belirlilik kazandırarak^[14] zamanla *de lege lata* prensip haline gelebilirler^[15].

Kabulü halinde sağladığı avantajlar ile zorlayıcılıktan uzaklığı bağlayıcılığını kolaylaştırmaktadır^[16]. Yumuşak hukuk ile sert hukuk arasında normları ve sonuçları açısından büyük bir farklılık bulunsa da tarafların bunlara uyması beklentisinin gücü açısından aralarında derin bir fark yoktur^[17]. Bu tür belgelerin benimsenmesi, devletlerin teamüli yükümler yaratacak gerekli normatif kanaate sahip olmadıkları yönünde bir karşı konulamaz delil oluşturmaktadır^[18]. Şirketlerin bağlayıcı normlarla bağlanmaktan şiddetle kaçınmaları ve nedenleri konusu izahtan varestedir artık. BM'nin, iş dünyasını ürkütmeden misyonunu gerçekleştirmek için kullandığı seçici dilden hareketle bir sorumluluk alanı inşa etmek, onları insan haklarına uymaya, ihlallerin yarattığı etki ve sonuçları hukukten sağaltmaya icbar etmek muhatapların mutlak rızasını almaktan uzaktır.

Vestfalya Sözleşme Rejimi'nin revizyonu:

Çalışmamızın üzerine düşeni yapabilmesi, rehberin özgeçmişi ve niteliklerinin ihtiyaç ölçüsünde anlatılmasını gerektirdi. Anlatılanlar tersinden okunduğunda; olası bir paradigma değişikliği, dış dünyada iki temel değişiklik yaratacaktır. Bunlardan ilki, *varsayımsal sözleşmenin*, andlaşmaların etki ve sonuçlarını hükme bağlayan *Viyana Sözleşme Rejimine* tabi olması, ikincisi ise devletler arası hukuk öznelerinin *Vestfalya'nın* vücuda getirdiği statü tarafından belirlenmesidir.

Rehber ilkelerin, sözleşme kapsamına alınmasının ilk etkisi, onu imzalayanlar için yarattığı yükümlülüğe sadakat ve özen borcunun doğmasıdır. Sözleşme istisnalar hariç sözleşmeye imza atanları bağlayıcı hale gelecektir. Bağlayıcılık kendisini ihlali önleme, etki ve sonuçlarını ortadan kaldırma, pozitif yükümlülükler üstlenme ve tazmin etme şeklinde gösterir. Bu soft hukukun yukarıda izah edilen özellik ve niteliklerinden neşet eden sorumsuzluğunun, gönüllü sorumluluğun yarattığı etki ve sonuçların sonlanması veya revizyon yaşaması demektir. Sözleşmenin temel aldığı üç referanstan, devletin insan haklarını

[14] Sur, s.95

[15] Erdem, Mete, http://uluslararası-hukuk.blogspot.com.tr/2014_01_01_archive.html (erişim: 30.05.2016)

[16] Yumuşak hukuk belgelerinin özellikleri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Sarıbeyoğlu, s. 66

[17] Sarıbeyoğlu, 67

[18] Kelly, J. Patrick, *The Twilight of Customary International Law*; Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku*, Beta İstanbul, 2013,s.176

koruma, insan haklarına saygı gösterme ve telafi etme çerçevesi ile karakterize olan edimler, sözleşme ile tevdi edilen ödev ve yükümlülüğe dönüşecektir. Yükümlülük sözleşme ile tevdi edilen ve yapılması zorunlu olan negatif ve pozitif ödevlere tekabül eder. Buradan bakıldığında Rehber'in, kapsayıcılığı temine matuf olarak herhangi bir standart koymaktan kaçındığı, herkesin kendi hedefini belirleme ve sorumluluğunu tayine özgülenen sistemin^[19] *asimetrik almaşığıyla* yer değiştirmesi manasına gelir.

İlkelerin, devletlerle çelişkinin geleceği:

Revizyon rehberden kaynaklanan sorumluluğuna istinaden, şirketlerin ihtiyarına bırakılan insan haklarına saygı ve telafi yükümlülüğünün doğrudan muhatabı olacaktır. Buradan bakıldığında, sözleşmeden kaynaklanan ve sözleşmenin emrettiği bu yükümlülüklerin azaltılması mümkün olmayacaktır. Aksine yükümlülük öznel ve nesnel sınırlarını genişleterek saltıklaşacaktır. Yükümlülüğün azaltılmasından kaçınmanın konumuz açısından en önemli sonucu hiç kuşkusuz, şirketlerin devletle insan haklarının ihlali üzerinden yaşayacakları paradoksun, nasıl ve ne şekilde aşılması gerektiği meselesidir. Bu kendisini sınır ötesinde ve berisinde olmak üzere iki şekilde gerçekleştirir. Düne kadar kurumlara ait olan saygı ve telafi sorumluluğu, bu kez devlet üzerinden mutlak bir yükümlülüğe dönüşecektir. Dönüşüm eş zamanlı olarak, Rehber'le şirketlere tevdi edilen, kurucu ve operasyonel ilkelerle özdeşleşen^[20] sorumluluğunu, devletin sözleşmeden kaynaklanan ödevi haline getirir. Andlaşma, mevzuat gereği insan hakları ihlalleriyle etkin mücadele yükümlülüğü olan devleti, sözleşmenin tevdi ettiği yükümlülüklerle ittifak eden bir koruma portföyü ve yükümlülük setiyle buluşmaya zorlar.

Sözleşme/ rehber hukukun kaynağı haline gelir. Uyma beklentisini güçlendirir. Tahkim aynı zamanda devletin insan hakları için risk oluşturan tüm öznelerle ilgili geniş ve derin bir kontrol mekanizmasının inşası manasına gelir. Devlet yükümlülüğünü aralarında her türlü şirketin de yer aldığı oldukça geniş bir alana dağıtarak, haklara saygı duyulması, korunması ve ihlalin optimum şekilde giderilmesi için bir önleyici, denetleyici politika inşasını zorunlu kılar.

Böyle bir politik tercih; şirketlerin, ulusal ve sözleşme sınırları içinde izlenmesi ve denetlenmesini kolaylaştıracak, onları, sözleşme hukukunun içinde

[19] Yılmaz, Argüden, sürdürülebilirlik çalışmaları açısından en önemli ve yaygın yapılardan biri UN Global Compact (BM Küresel İlkeler Sözleşmesi – UNGC). <http://www.arguden.net/tr/haberler/global-compact-tu%CC%88rkiye-du%CC%88nyaya-ufuk-aciyor/> (erişim: 08.06.2016)

[20] Tarhanlı, Turgut, 10.03.2016 Tarihli İş Dünyası ve İnsan Hakları Ders Notları, s.1.

tutarak dışarıya taşmalarını önleyecektir. Dahası aşkınlığın yaratacağı menfi etki ve sonuçların ortadan kaldırmasını temin eden etkin ve verimli hak arama yolu inşa edecektir^[21].

Bu perspektif, şirketlerin şu veya bu şekilde yerel hukukların kırılabilirlik, zayıf veya hukukun yer bakımından yaşadığı sendroma sığınarak, takipten kurtulma olasılığını minimize eder. Yükümlülük, oldukça eleştirilen şirket sorumluluğunu, normatif çerçeveye alarak, hakları koruma ödevinden kaçınmalarını yasaklayacaktır. Dolayısıyla insan haklarına saygı sorumluluğunun, yarattığı *özgün sorumsuzluk*, yükümlülükle kontrol edilerek, ibralaşma potansiyeli güçlü bir nesneye dönüşür. Olası bir ihlal halinde mağdur veya müştekinin, hem yerel hem uluslararası hak arama mekanizmalarını harekete geçirme hak ve özgürlüğüne kavuşacaktır. Rehber'in ideallerini gerçekleştirilmede *bel bağladığı özen borcu*, cezai ve hukuki sorumluluğun itkisi ve caydırıcılığıyla zirveyi zorlayacaktır. Rehber'in insan haklarına saygı ve telafiyi sorumlulukla sınırlandırıp, ihlalleri önlemeyi iç rekabete ve self denetime ciro etmesinden kaynaklı denetim zaafı, mahkeme veya türevleri gibi bağımsız kurumlarla aşılarak saygı, koruma ve telafinin beklentileri maksimize edilecektir.

Sınır ötesi veya devlet üstü şirketlerin yayılmaları ölçüsünde takipleri ve denetimleri imkânsızlaşıp, sorumsuzluğa ve denetimsizliğe dönüşmektedir. Bu bir bakıma *hiç kimsenin hukukuna tabi olma* durumuna tekabül eder. Hiç kimsenin hukukuna tabi olmamak, mutlak hukuksuzluk anlamına gelmemekle birlikte, çok hukukluluğun yarattığı cezasızlık halinden istifade ederek, hak ihlallerinin yarattığı etki ve sonuçlardan kaçışa neden olur.

Rehber'in denetimi, denetlenenlere bırakan ve üçüncü gözü devre dışı bırakan paradigmasının yarattığı endişe bu yöntemle aşılabilecektir. Küreselleşmenin yarattığı dikey koruma yetersizliği^[22], sözleşme ile takviye edilerek, devlet dışı aktörlerden kaynaklanan tehdit ve ihlaller sözleşme ile güçlendirilen koruma dizgesi ve düzeneğinin ajandasına/güvencesine alınacaktır. Bu sözleşme ile güçlendirilmiş ve insan haklarına yönelik tehdidi belli bir eşik^[23] üzerinden korumaya alan standardın inşası manasına gelir. BM'nin insan hakları hukuku ve koruma rejiminin temel hedefinin hak ve özgürlükleri, devletin saldırılarına

[21] ihlale son verme, ve tekrara etmeme yükümlülüğü, ihlal edilen yükümlülüğü yerine getirme görevinin devam etmesi, onarım yükümlülüğüne ilişkin etki ve sonuçlar için bkz.; 2. Dülger, Kenan, *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukuku İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Beta, İstanbul 2015, s. 220-239;

[22] Tarhanlı, 18.02.2016 İş Dünyası ve İnsan Hakları Dersi, Hazırlık Notu, s.1

[23] Pogge, Thomas W., *Küresel Yoksulluk ve İnsan Hakları, Kozmopolit Sorumluluklar ve Reformlar*, Çev.Güneş Kömürcüler, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s.76

karşı savunma hedefi üzerine inşa^[24] etme yaklaşımı, yatay banttaki ihlal ve öznelerin kapsama alınmasıyla serap olmaktan çıkacak, teminatsızlığın yarattığı sendrom aşılmış olacaktır. Özellikle küreselleşmenin kendi yararına, yerel sınırları büzmesi ve burayı nüfuz alanına katmasından kaynaklı cezasızlık riski, aktör sayısı ve ihlalden bağımsız olarak bertaraf edilecektir. Küreselleşmenin genişlettiği sorumsuzluk halesi, sözleşmenin yer bakımından yetkisi ölçüsünde daraltarak, dışarıda kalan ihlallerle özneler azaltılacaktır.

Bu durumda şirketlerin vücuda getirdiği hak ihlallerine karşı içeride ve dışarıda doğrudan başvurulacak bir adli veya alternatif koruma yöntemi olanak ve kolaylıklarıyla herkesi bekleyecektir. Bu devletin egemenlik sınırlarının sözleşmenin sınırlarıyla hak ihlalleri üzerinden geliştirilmiş bir etkin ve verimli ittifak manasına gelir. Sözleşme'nin ulusal hukukla ittifakı, eş zamanlı olarak, ulusal mevzuat ve uygulamasının şirketler tarafından gerçekleştirilen insan hakkı ihlalinin izlenme debisini artıracaktır.

Dahası iç hukukun ihlallerle mücadelesindeki olası bir acizlik veya ihmal sözleşmenin koruma yöntem ve araçlarını devreye alarak, sistemin diri ve uyanık kalması sağlanacaktır. Bu konudaki en önemli gelişme, uluslararası hukukun devlet eksenli sorumluluk anlayışından neşet eden kaçışların, yerel hukuka takılma potansiyelidir. Yenilenen ve özellik geliştiren ağlar, şirketleri özne saymayan uluslararası hukukun cezayı önleyen kırılğanlığı, avantaj veya sığınılacak liman olmaktan çıkaracaktır. Varlığını risk üzerine yani fayda-maliyet üzerine inşa eden düzenin, ihlali düşük maliyet olarak algılayarak etkinliğin risklerini düşürmesi gizil gücü, yasa ve sözleşme ile ortadan kaldırılabilecektir. Önemlisi uzantılar ve türevleriyle yetki ve görevsizlik doktrini^[25] pozitif yükümlülüklerin sorumluluk dışında kalmasını sömüren anlayışın^[26] yarattığı avantajları kullanan şirketlerin hukuktan kaçma olasılığı seraba dönüşecektir.

[24] Tarhanlı, 25.02.2016 T. İş Dünyası ve İnsan Hakları Dersi, Hazırlık Notu, s.1

[25] Yıldırım, s.12

[26] Yıldırım, s.13

SONUÇ

İş dünyasının, BM öncülüğünde, sınır ötesi ve devletimsi şirketlerin ekonomik ve ticari faaliyetlerinden ötürü, dünyaya yayılma ve yerel sınırları lehlerine daraltmalarından kaynaklanan risk ve tehditlerin halk üzerindeki uzun vadeli sonucunu, özgün akıl ve grameriyle disipline etmeye çalıştığını görüyoruz. Öteki deyişle öyle veya böyle küreyi yurt edinen ekonomik ve ticari kuruluşların insan haklarıyla sınırlı bir ilişki kurarak, yerel ve doğa çelişkilerini minimize etme ihtiyacı duymaktadır.

Yerel halklarla inatlaşarak yaşamanın risklerini göğüslemenin güçlüğünü bilen iş dünyası, halklarla çelişkisini oluşturduğu yeni rehber ve standartlarla revize etmeye çalışmaktadır. Olup bitenler şirketlerin faaliyetlerini rehberlerle karakterize olan nevi şahsına münhasır bir iş ahlakıyla sınırlamalarını önermektedir. Etik bu çerçeve, iş ağı içinde yer alan hemen herkesi görece sorumluluk almaya zorlayarak, standartlarla zıtlaşanları sistem dışına itmeyi ve burada tutmayı hedeflemektedir. Yeni kible, rehber ve standartları fayda-zarar ikilisinin yönettiği rekabetin bir başka belirleyene evirmektedir.

KAYNAKÇA

1. Argüden, Yılmaz, Sürdürülebilirlik Çalışmaları Açısından En Önemli ve Yaygın Yapılardan Biri UN Global Compact (BM Küresel İlkeler Sözleşmesi – UNGC). <http://www.arguden.net/tr/haberler/global-compact-tu%CC%88rkiye-du%CC%88nyaya-ufuk-aciyor/>
2. Dülger, Kenan, Devletin Uluslararası İnsancıl Hukuku İhlalinden Doğan Sorumluluğu, Beta, İstanbul 2015
3. Erdem, Mete http://uluslararasi-hukuk.blogspot.com.tr/2014_01_01_archive.html
4. İş Dünyasının İnsan Haklarına Saygı Gösterme Sorumluluğu, Şirketler İçin El Kitabı http://www.3psustainability.com.tr/documents/Sirketler_ve_Insan_Haklari_El_kitabi.pdf
5. Öktem, Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta, İstanbul 2013, s.176
6. Pogge, Thomas W., Küresel Yoksulluk ve İnsan Hakları, Kozmopolit Sorumluluklar ve Reformlar, Çev.Güneş Kömürçüler, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006
7. Sarıbeyoğlu Skalar, Meltem, Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma, Beta, İstanbul 2015
8. Sur, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta, İstanbul, 9. Baskı, 2015
9. Tarhanlı, Turgut, İş Dünyası ve İnsan Hakları Yayınlanmamış Ders Notları, 2016

10. Yıldırım, Engin, “Birleşmiş milletler iş hayati ve insan haklari rehber ilkelerinin eleştirel bir değerlendirmesi” <http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/yildirim.pdf>

11. http://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/path/Contribution%20Folders/web/Yatirim/Yurtdisina%20Yatirim/ekler/oecd_CUSR_TR_tercume_PDF.pdf?lve

12. <http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/sayi27/makalekimberley.pdf>

BORÇLU, “HACZEDİLEN MALIN/ MALLARIN KENDİSİNE DEĞİL, ÜÇÜNCÜ BİR KİŞİYE AİT OLDUĞUNU” BELİRTEREK “HACZEDİLMEZLİK İDDİASI”NDA BULUNABİLİR Mİ?*

Av. Talih UYAR**

Borçlunun, parasal bir değer taşıyan ve gerek İcra ve İflâs Kanununda (mad. 82) ve gerekse diğer özel kanunlarda «haczedilemeyeceği» öngörülmemiş olan mal ve hakları, borcundan dolayı kısmen (İİK. mad. 83) veya tamamen haczedilebilir.

I- Kural olarak «*borçlunun her türlü mal ve hakları*» haczedilebilir. Bu nedenle; bir mal veya hakkın haczedilememesi için İcra ve İflâs Kanununda ya da özel bir kanunda bu konuda *açık (özel) bir hüküm* bulunması gerekir.^[1] Başka bir deyişle; «*hangi malların haczedilemeyeceği*», kanunda teker teker

* Bu yazı, bir dava dosyasına “hukuki mütalâa” (uzman görüşü) ‘HMK. m. 293’ olarak sunulmuştur.

** İzmir Barosu Avukatlarından (9 Eylül Üniv. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

[1] Bknz: 12 .HD. 20.12.2011 T. 12273/29963; 01.06.2009 T. 4176/11655; 25.10.2005 T. 16739/20743; HGK. 26.02.2003 T. 12-116/111 (www.e-uyar.com)

sayılarak belirtilmiş olduğundan, bunların dışında yorum yoluyla, icra mahkemesince 'haczedilmezlik kararı' verilemez.^[2]

Yüksek mahkeme, İcra ve İflas Kanununda veya özel bir kanunda «haczedilmezlik» konusunda özel bir hüküm (düzenleme) bulunmadığı için;

√ «*Küçük ve Orta Ölçekli İşletme, Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB) tarafından yapılan ödemelerin haczedilebileceğini*»^[3]

√ «*Çiftçilere yapılan doğrudan gelir desteği ödemelerin -'bu ödemelerin haczedilmeyeceği' 2001 yılına ilişkin Bakanlar Kurulu kararlarında ve Tarım Kanununda herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle- haczedilebileceğini*»^[4]

√ «*Oyak Ordu Yardımlaşma Kurumu Genel Müdürlüğüne ödenen aylıkların tamamının haczedilebileceğini; Emekli Sandığından emekli maaşı alan borçlunun ikinci maaş olarak Oyak Kurumundan aldığı bu maaşın tamamının haczedilebileceğini*»^[5]

√ «*5488 sayılı Tarım Kanununda aksine bir hüküm bulunmadığından 'suni tohumlama destek ödemeleri'nin haczedilebileceğini*»^[6]

√ «*Muhtarlara verilen ödeneğin haczedilmez olduğunu belirleyen bir yasal düzenleme bulunmadığından bu ödeneklerin haczedilebileceğini*»^[7]

√ «*'Şahısların mülkiyetinde bulunan silahların haczedilmeyeceğine' ilişkin özel kanunlarda açık bir hüküm bulunmadığından, bu tür silahların -daha sonra yapılacak ihaleye yasaca silah bulundurmasına engeli olmayan kişilerin katılmaları koşuluyla- haczedilmelerine bir engel bulunmadığını*»^[8]

b e l i r t m i Ő t i r .

Bir şeyin haciz edilebilmesi için, *parasal bir değer taşıması* yani satılabilme olanağının bulunmaması gerekir.^[9] Bu nedenle, -çoğu kişisel eşya olan- sıradan

[2] Bknz: 12. HD. 25.10.2005 T. 16739/20743 (www.e-uyar.com)

[3] Bknz: 12. HD. 20.12.2011 T. 12273/29963 (www.e-uyar.com)

[4] Bknz: 12. HD. 17.11.2011 T. 5865/22522 (www.e-uyar.com)

[5] Bknz: 12. HD. 03.06.2010 T. 11373/13853 (www.e-uyar.com)

[6] Bknz: 12. HD. 01.06.2009 T. 4176/11655 (www.e-uyar.com)

[7] Bknz: 12. HD. 25.11.2008 T. 17477/20782 (www.e-uyar.com)

[8] Bknz: 12. HD. 10.02.2005 T. 26334/22331; 03.03.2003 T. 1785/4001 (www.e-uyar.com)

[9] **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** İcra Hukukunda Haciz, 3. Baskı, 2016, s:476 – **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** İİK. Şerhi, 2014, C:2, 1532 – **KURU,B.** İcra ve İflas Hukuku El

bir borçlunun fotoğrafları, hatıra defteri (günlüğü) haciz edilemez... Çünkü, daha sonra satılmak istendiği zaman parasal bir getirisi olmaz...

Yüksek mahkeme;

√ «Ticari minibüs hattının ekonomik (parasal) bir değer taşıtmaması nedeniyle haciz edilemeyeceğini»^[10] (Ancak, **yüksek mahkeme** daha sonra ticari hayatta sürekli olarak alım ve satıma konu alan minibüs hatlarının ekonomik bir değerinin bulunmadığının ileri sürülemeyeceğini, hattın plakadan ayrı olarak hacze konu olamayacağını, plaka satıldığında, hattın da satışının gerçekleşmiş olacağını)^[11]

√ «Belediye halinde borçluya tahsis edilmiş işyerinin tahsis hakkının, parasal değer taşıtmaması nedeniyle haciz edilemeyeceğini»^[12]

√ «Özürlü borçluya ait sakat aracının, sakatların yer değiştirebilmesi için zorunlu olan hareketli sandalye niteliğinde bulunmaması nedeniyle, sermaye unsurunun ağır bastığı lüks sayılan kara nakil vasıtası konumunda bulunduğundan, borçlu tarafından ileri sürülen haczedilmezlik şikayetinin dinlenemeyeceğini»^[13]

√ «Haczedilen araç 'sakatlara mahsus özel araç' olmayıp üzerinde bazı değişiklikler yapılmış 'lüks sayılan kara nakil aracı' niteliğinde bulunduğundan ve bu niteliği bakımından sermaye unsuru ağırlık kazandığından bu araç hakkında ileri sürülen haczedilmezlik iddiasının dinlenmeyeceğini»^[14]

√ «Sahibi dışında kimsenin kullanamayacağı belirtilen ... plaka sayılı 'sakat aracı'nın -taşıdığı ekonomik değer nedeniyle- haczedilebileceğini»^[15]

√ «Maddi değer taşıyan spor kulübüne ait kupaların haciz edilebileceğini»^[16]

√ «Kitabevinde çalışan birisi (borçlu) için, 'tabanca'nın, 'şahsi ve mesleği için lüzumlu eşya' sayılmayacağını»^[17]

Kitabı, 2013, 2. Baskı, s:501

[10] Bknz: 12. HD. 27.4.2004 T. 6198/10380 (www.e-uyar.com)

[11] Bknz: 12. HD. 04.06.2013 T. 12577/20683 (www.e-uyar.com)

[12] Bknz: 12. HD. 26.4.2004 T. 6033/10262 (www.e-uyar.com)

[13] Bknz: 12. HD. 19.01.2007 T. 22276/487 (www.e-uyar.com)

[14] Bknz: 12. HD. 16.02.2006 T. 25927/2717; 28.10.2005 T. 16981/21143; 08.04.2005 T. 4001/7633 (www.e-uyar.com)

[15] Bknz: 12. HD. 08.05.2003 T. 7400/10469 (www.e-uyar.com)

[16] Bknz: 12. HD. 27.09.1995 T. 11931/12356 (www.e-uyar.com)

[17] Bknz: 12. HD. 29.06.1995 T. 9710/9774 (www.e-uyar.com)

√ «Bayrak, flama, kupa gibi eşyaların -taşıdığı ekonomik değer nedeniyle haciz edilebileceği, 'kişisel ve hatıra niteliğinde olduğu' gerekçesiyle haciz dışı bırakılmayacağını»^[18]

√ «Borçlunun üçüncü kişiden kiraladığı taşınmazın kalan iki yıllık kira süresinin, paraya çevrilme olanağı bulunmadığı için haciz edilemeyeceğini»^[19]

√ «Hastane işletme ruhsatının, bir ticari işletme alan özel hastaneden ayrı ve müstakil bir ekonomik değere sahip olup olmadığının Sağlık Bakanlığından sorularak, alınacak cevaba göre haczedilip haczedilemeyeceğinin saptanması gerekeceğini»^[20]

belirtmiştir...

II- Maddi hukuka göre devredilemeyen mal ve hakların haczi de mümkün değildir.^[21] Ancak buradaki «devredilememe» niteliğinin *yasadan* doğması gerekir.^{[22] [23]} Bu nedenle tarafların aralarında yapacakları bir *anlaşma* ile bir mal veya alacağın devrini yasaklamış olmaları, o şeyin haczine engel olmaz.

Bir şeyin «haczedilebilip haczedilemeyeceğini» -yasadaki özel hükümler dışında- o şeyin «devir edilebilip edilememe» niteliği belirlendiğinden, başka bir deyişle «ancak devri mümkün (serbest) olan şeyler haczedilebileceği»nden, örneğin; yabancı plakalı aracın ithalat rejimimiz gereğince, yurt dışından Türkiye'ye ithalinin -gerekli gümrük vergisi ödenmek koşulu ile- serbest olup olmadığının -T.C. Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı'ndan sorularak- araştırılması ve «ithalinin serbest olduğunun» belirlenmesi halinde haciz ve satışının -satış bedelinden, öncelikle gümrük vergisinin ödenmesi koşulu ile- yapılması, aksi takdirde hemen üzerindeki haczin kaldırılması ve satışının yapılamaması gerekir.^[24]

Yukarıda belirtilen «*yasadan dolayı devredilemedikleri için hacizleri mümkün olmayan hak, alacak ve mallar*» ile ilgili haczedilememe durumu kanunun emredici hükümlerine dayandığından, burada belirtilen hak mal ve alacakların

[18] Bknz: 12. HD. 01.02.1983 T. 10439/592 (www.e-uyar.com)

[19] Bknz: 12. HD. 12.11.1997 T. 12379/12630 (www.e-uyar.com)

[20] Bknz: 12. HD. 16.01.2012 T. 19251/302; 29.12.2011 T. 12488/31416; 28.12.2011 T. 10283/31084; 08.12.2011 T. 9881/29820; 08.12.2011 T. 9876/29819; 06.06.2012 T. 3805/19556 (www.e-uyar.com)

[21] **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** Haciz, s:484 – **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** İİK Şerhi, s:1537–**KURU, B.** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 2016, s:245

[22] Bknz: 12. HD. 26.5.2011 T. 29550/10767 (www.e-uyar.com)

[23] **MUŞUL, T.** İcra ve İflas Hukuku, 6.Baskı, 2013, C: 1, s: 633

[24] Bknz: 12. HD. 6.6.1991 T. 366/7377; 8.6.1981 T. 4056/5574; 6.10.1980 T. 5216/7878 vb. (www.e-uyar.com)

haczedilmeleri halinde, «haczedilmezlik şikayeti» herhangi bir süreye tabi olmayıp süresiz olarak yapılır...

Özel hukuk sahasında haczi mümkün olmayan şeyler, bu maddede 12. bent halinde sayılmıştır.^[25] Madde, haczi mümkün olmayan şeyleri «sınırlayıcı biçimde» saymış olmakla beraber, maddeyi meydana getiren fıkraların içerikleri oldukça geniş bir taktire yer vermektedir. Türk hukukunda olduğu kadar kaynak İsviçre hukukunda da sözü geçen maddenin çeşitli fıkraları farklı görüş ve yorumlara neden olmuştur. İsviçre hukukçularının da kabul ettikleri gibi 82 nci maddenin uygulama alanını kesin ve genel şekilde tesbit etmek imkânı bulunmadığından daha ziyade somut olaylar üzerinde, gerçeğin gereklerine göre karar vermek zorunluğu doğmaktadır.^[26]

Haczedilemeyen malların neler (hangi mallar) olduğu İİK. mad. 82'de (ve özel kanunlarda) sayılarak belirtilmiş olduğundan^[27] haczedilemeyeceği açıkça öngörülmemiş olan malların haczi mümkündür.^[28]

- [25] **BALKAN, Y.** Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, 2009 – **AYDIN, M.** Haczedilemeyen Mal ve Haklar, 2012, s:6 vd. – **UYAR, T.** Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar (Dr. Recai Seçkin'e Armağan, 1974, s: 551 vd.)
- [26] **BERKİN, N.** Haczi Cazi Olmayan Eşya ve Alacaklar (İBD. 1957/5, s: 116 vd.) – **BERKİN, N.** İcra Hukuku Rehberi, 1979, s: 212
- [27] Bknz: 12. HD. 23.1.1986 T. 4257/670: «İİK.'nun 82. maddesi, borçlunun 'haczi caiz olmayan mallarını' saymıştır. Bunlar tadadı olup genişletilemez...» – 12. HD. 10.2.1983 T. 10625/872: «İİK.'nun 82. maddesi haczi kabil olmayan şeyleri saymıştır. Bu madde kapsamı, yorum yoluyla ve bilirkişi mütalâasına dayanılarak genişletilemez.» – 12. HD. 20.12.2011 T. 12273/29963
- [28] Bknz: 12. HD. 4.12.1987 T. 14480/12519 «Alacaklı Cavit Piral vekili tarafından, borçlu S.S. Dar Gelirliler Yeni Doğan Yapı Koop. hakkında 25.10.1985 tarihli bonoya dayanılarak takip yapılmış itiraz edilmemekle takip kesinleşmiştir. Alacaklı C.P. vekili tarafından, borçlu S.S. Dar Gelirliler Yeni Doğan Yapı Koop. hakkında 25.10.1985 tarihli bonoya dayanılarak takip yapılmış, itiraz edilmemekle takip kesinleşmiştir. Alacaklı vekili; icra zaptında, 21.7.1986 tarihinde, «borçlu kooperatifin, Başbakanlık Kamu Ortaklığı Toplu Konut İdaresi Başkanlığı–Ankara adresindeki hak ve alacakları ile Samsun Anadolu Bankasındaki hak ve alacaklarının haczini» istemiş, icra memurluğunca 22.7.1986 tarihli karar ile «borçlunun adı geçen banka mevduatları ile alacağı kredinin haczine» karar verilmiştir. Alacaklı vekili tarafından 7.8.1986 tarihinde icra zaptında «borçlu kooperatifin Başbakanlık Kamu Ortaklığı Toplu Konut İdaresi Başkanlığından gelecek olan ve ortaklar tarafından yatırılacak olan paralardan borç miktarı kadarının haczi» talep edilmiş ve icra memurluğunca aynı tarihte «talep gibi işlem yapılmasına» karar verilmiştir. Şu işlemlerden anlaşılacağı üzere, icra memurluğunca borçlu kooperatifin Başbakanlık Kamu Ortaklığı Toplu Konut İdaresi Başkanlığından gelen, alacağı kredinin haczine karar verilmiştir. Borçlu kooperatifin, Toplu Konut İdaresi Başkanlığından aldığı veya namına tahakkuk edip de henüz olmadığı veya ilerde tahakkuk edecek kredilerinin haczini engelleyen 2985 sayılı K.nunda bir hüküm bulunmadığı gibi, İİK.'nun 82. maddesinde dahi bu

Bu maddede söz konusu olan haciz ayrıcalığından her borçlu yararlanır. Bu nedenle burada, *borçlunun uyruğu, kötünüyeti, borcun miktarı* rol oynamaz. Haczi mümkün olmayan mallar (ve haklar) maddede 13 bent halinde sayılmıştır.

III- İİK. mad. 82/1'de «Devlet malları» ile «Özel kanunlarında haczi mümkün olmadığı öngörülen mal ve haklar»ın haczedilemeyeceği açıkça öngörülmüştür.

«Devlet mallarının^[29] haczedilememesi» şu gerekçelere dayalı olarak açıklanmaya çalışılmıştır.^[30]

a) «Devlet borçları, bütçe konusundaki usullere uyularak ödendiğinden, devlet mallarının bu usullere uyulmadan haczi Bütçe Kanununa aykırı olur.

b) Devlet mallarının haczi, bu malların tahsis şeklini değiştirdiğinden, devlet malvarlığında ve mâli hukukta devamlılığı bozarak kamu yararına zarar verir.

c) Bir alacaklının kişisel çıkarı için, devlet mallarının haczi, özel kararın kamu yararına tercih edilmesi demek olacağından, uygun görülmez.^[31]

d) Amme kudreti tektir ve devlet tarafından kullanılır. Devlet kendi kudretini kendisine karşı kullanamaz.

e) Devletin borçlarını rızası ile ödeyeceği farz olunur. Ödemezse ve bütçede de ödenek varsa, şikâyet yoluna gidilir.

kredilerin haczini önleyen bir hüküm mevcut bulunmadığı düşünülmeden, «şikâyetin kabulü» isabetsiz, temyiz isteği bu nedenle yerinde bulunduğundan, merci kararının İİK. 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 4.12.1987 gününde oybirliğiyle karar verildi.»

[29] AYDIN, M. Haczedilemeyen Mal ve Haklar, 2012, s:6 vd. – BALKAN, Y. Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, 2009, s:37 vd. – AŞIK, İ. 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Devlet Mallarının Haczedilmezliği (MİHDER, C: 7, S: 18, 2011 – AKİL, C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler (ABD. 2012/2, s: 105 vd.) – HASIRCI, H. 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Devlet Mallarının Haczedilmezliği (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, 2014, C: 1, s: 1037 vd.)

[30] KURU, B. Haczi Caiz Olmayan Şeyler (AÜHFD. 1962/1-2, s: 283 vd.) – POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku Esasları, 1982, s: 366 vd. – YILMAZ, E. Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın Armağanı, s: 601 vd.) – BERKİN, N. Haczi Caiz Olmayan eşya ve Alacaklar (İBD. 1957/5, s: 116 vd.) – UYAR, T. Haczi Caiz olmayan Mallar ve Haklar (Dr. Recai Seçkin'e Armağan, s: 551 vd.) – AŞIK, İ. agm. s: 64 vd. – ULUKAPI, Ö. Haczedilmezlik ve Haczedilmezliğin «4046 sayılı Özelleştirme Kanunu» Kapsamındaki Uygulaması (BATİDER, 1995, C: XVIII, S: 1-2, s: 138 vd.) – HASIRCI, H. agm. s: 1055 vd. – AKİL, C. agm. s: 107 vd.

[31] DÜREN, A. İdare Hukuku, s: 67

23-25 Nisan 1972 tarihleri arasında yapılan Birinci Hukuk Kongresinde, «Devlet mallarının haczedilemeyeceği hakkındaki yasa hükmünün değiştirilmesi» önerilmişse de, bu hükmün konuluş nedeninin «Devletin borçlarını kendiliğinden ödeyeceği ilkesine dayandığı» belirtilerek, bu konudaki öneri kabul edilmemiştir.^[32]

«Devlet mallarının haczedilemeyeceğine» ilişkin olan hüküm kamu düzenindedir. Bu nedenle, bu konuda yapılacak şikayet süreye bağlı değildir...^[33]

Burada, uygulamada zaman zaman duraksama konusu olan şu hususa da değinelim ki, İİK. mad. 82/1'deki «devlet mallarının haczedilemeyeceğine» ilişkin hüküm devlete sadece «haciz» konusunda ayrıcalık tanıyan bir hükümdür. Bu hüküm kira borcunu ödemeyen kamu kuruluşlarının, kiralananı tahliye etmelerini önlemez.^[34]

Yine «haciz» yasağını öngören bu hüküm, «devlet aleyhine takip yapılmasına» engel teşkil etmez.^[35]

«Devlet malları» denildiği zaman, «gerek kamu hizmetlerine doğrudan doğruya tahsis edilmiş bulunan ve gerek temin ettiği mâli menfaatler vesaire ile dolayısı ile istifade edilen tekmil mallar» anlaşılır.^[36]

Daha ayrıntılı bir belirtişle, «kamunun doğrudan doğruya ortak yararlanmasına ve kullanmasına doğal nitelikleri gereği açık olan mallar (sahipsiz mallar) veya Devlet ya da bir kamu tüzel kişisi tarafından kanunun doğrudan doğruya yararlanmasına ve kullanmasına tahsis edilen (orta malları) veyahut bir kamu hizmetinin vasıta olmak üzere tahsis edilen (hizmet malları) mallara» 'kamu malları' denilir.^[37]

[32] Bknz: Birinci Hukuk Kongresi «Hukuk Usulü, İcra ve İflas Hukuku Komisyonu Raporu» (İzmir Bar. D. 1972/5, s: 25)

[33] Bknz: 12. HD. 06.05.2005 T. 9570/13461 (www.e-uyar.com)

[34] Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İcra Hukukunda Tahliye, 1987, 2. Bası, s: 157; 260 vd.

[35] Bknz: 12. HD. 09.04.2012 T. 4237/11607; 15.02.2012 T. 15600/3742; 28.11.2011 T. 8764/24645; 25.11.2011 T. 13110/24581; 06.05.2010 T. 29380/11568 vd. (www.e-uyar.com)

[36] ONAR, S. S. İdare Hukuku Umumi Esasları, 3. Baskısı, C: 2, s: 1287

[37] DÜREN, A. age. s: 37

Mukayeseli hukukta benzeri bulunmayan,^[38] İİK.'nin 82/1. maddesinde ifade edilmiş olan «devlet mallarının haczedilmezliği» kuralı **doktrinde**^[39] ciddi eleştirilere hedef olmuş «bu hükmün utanç verici bir hüküm olduğunu» belirtmiştir...^[40]

Anayasa Mahkemesi 21.10.1992 T. ve E. 1992/23, K: 1992/50 sayılı kararında «İİK.'nin 82/1 hükmünün, Anayasanın 10. maddesi kapsamında eşitlik ilkesine aykırı olmadığını...» -oy çokluğu ile- belirtmişse de, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi** 18.10.2005 tarihli, 18.12.2007 tarihli ve 06.10.2009 tarihli kararlarında «devlet mallarının haczedilmezliği kuralının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (1) Nolu Ek Protokolünün (1). maddesine aykırı olduğunu»^[41] karar vermiş olduğundan, bu konuda İcra ve İflâs Kanununda yeniden bir düzenleme yapılması kaçınılmaz hale gelmiştir...

Yüksek mahkeme -bu açıklamalar doğrultusunda- çeşitli kararlarında;

√ «Borçlu kurumun malları İİK.'nin 82/1-1. maddesine göre devlet malı niteliğinde olduğundan haczedilemeyeceğini»^[42]

√ «İİK.'nin 82/1. maddesi gereğince devlet mallarının haczi nedeniyle yapılan haczedilmezlik şikayetine süreyle tabi olmadığını»^[43]

belirtmiştir.

[38] **ÖZEKES, M.** İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, 2009, s: 199 – **AŞIK, İ.** agm. s: 57

[39] **AŞIK, İ.** agm. s: 73 vd. – **DOMANIÇ, H.** Devlet Mallarının Haczolunmazlığını Düzenleyen İİK. 82/1 Kuralının Anayasa'ya Aykırı Olmadığını Saptayan 21.10.1992 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı ile Direnceye Uğrayan Kamulaştırma Bedellerine BK. 105 Tazminatını Uygulamayan Yargıtay 5. ve 18. Hukuk Dairelerinin İdare Yanlısı Kararlarından Doğan Çeşitli Sorumluluklar ve Başka Yasal Yollar (Manisa Bar. D. 1995, S. 53-54, s: 9 vd.) – **HASIRCI, H.** agm. s: 1068 vd.

[40] **KARAYALÇIN, Y.** Alacakların Tahsili Hususunda Cebri İcra ve Yargılama Aşamasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Yolları Paneli «5-7 Temmuz, 1991», s: 84

[41] **AŞIK, İ.** agm. s: 85 vd. – **AKİL, C.** agm. s: 100 vd.

[42] Bknz: 12. HD. 07.05.2015 T. 1435/12684 (www.e-uyar.com)

[43] Bknz: 12. HD. 21.06.2005 T. 9570/13461 (www.e-uyar.com)

Haczedilmezlik -ya da hacizden ayrık tutulma- durumunun yasadâ açıkça «... haciz edilemez»^[44] ya da «...Devlet mallarının sahip olduğu (bütün) imtiyazlardan (ayrıcılıklardan) yararlanır»^[45] ^[46] şeklinde belirtilmiş olması gerekir.

Kanun koyucu bazı kamu tüzel kişilerinin kuruluş yasalarında o kamu tüzel kişisine ait malların «Devlet malı sayılacağını» (Devlet malı hükmünde olacağını)^[47] veya, «Devlet malı hükmünde olan bu mallar aleyhine suç işleyenlerin, Devlet malları aleyhine suç işleyenler gibi cezalandırılacağını»^[48] öngörmüştür.

[44] Örneğin; Bknz: 4502 s. K. Ek. mad. 25: «Telekomünikasyon hizmetleri ile ilgili olarak abone veya kullanıcılara tahsis edilen numara ve hat kullanımı gibi intifa ve kullanım hakları hiçbir şekilde haczedilemez» – Diğer örnekler için bknz: 3385 s. K. mad. 2/I; 6772 s. K. mad. 4/II; 3186 s. K. mad. 20; 3226 s. K. mad. 20/II; 3228 s. K. mad. 19; 1618 s. K. mad. 12/II; 2886 s. K. mad. 26/son; 4933 s. K. mad. 13/I; 1005 s. K. mad. 1/III; 7397 s. K. mad. 14/IV; 2821 s. K. mad. 64/II; 3053 s. K. mad. 1/III, 6831 s. K. mad. 41/IV; 1581 s. K. mad. 13; 2834 s. K. mad. 8; 4081 s. K. mad. 22; 506 s. K. mad. 121; 1470 s. K. mad. 67.

[45] Örneğin, Bknz: 205 s. K. mad. 37; 2828 s. K. mad. 51, 5434 s. K. mad. 20

[46] Aynı gerekçe ile, doktrinde 205 sayılı Ordu Yardımlaşma Kurumu Kanununun «kurumun her çeşit malları ile gelir ve alacakları Devlet malları hak ve rüçhanlığına haizdir...» şeklindeki hüküm nedeniyle, adı geçen kurumun «her çeşit malları ile gelir ve alacaklarının haciz edilemeyeceği» ifade edilmiştir. (YILMAZ, E. agm. s: 605 vd.)

[47] Örneğin bknz:

- 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu, mad. 53/son: «Kurumun malları 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu.... bakımından devlet malı hükmünde olup, alacakları da devlet alacağı derecesinde imtiyazlıdır.»

- 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu mad. 59/I: «Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun malları ve her çeşit mevcutları devlet malı sayılır.»

- 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu mad. 5: «Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları devlet malı niteliğindedir. Özel nitelikleri dolayısıyla ayrı statüye tâbi tutulan mazbut ve mülhâk vakıf malları bu hükmün dışındadır.»

- 351 s. Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu, mad. 41: «Kurumun mal ve paraları Devlet mal ve parası sayılır.»

[48] Örneğin bknz:

- 580 s. Millî Produktivite Merkezi Kuruluşu Kanunu mad. 15: «MPM'nin malları Devlet malı sayılır. Bu mallarla para ve para hükmündeki evrak ve senetleri aleyhine cürüm işleyen personel bu cürümlerinden ötürü Devlet memurları gibi ceza görür.»

- 320 s. Millî Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG. 6.6.1988 T. 19834 s.) mad. 51: «İdareye ait mallar Devlet malı hükmündedir. Bunları çalanlar, ihtilâs edenler, zimmete geçirenler veya her ne suretle olursa olsun suistimâl edenler ve piyango sayısal loto ve hemen-kazan bileti ve kuponlarını taklit ve tahrif edenler Devlet malları ve paraları hakkında ika olunan bu gibi suçlara mürettep cezalara tabidir.»

Borçlu, "Haczedilen Malın/Malların Kendisine Değil, Üçüncü Bir Kişiyeye Ait Olduğunu" Belirterek "Haczedilmezlik İddiası"nda Bulunabilir Mi?

Yüksek mahkeme^[49] -yerinde olarak- «haczedilmezlik olgusunun istisnaî bir durum olduğunu ve ancak yasada özel olarak bu durumun öngörülmüş olması halinde o malın haciz dışı bırakılabileceğini» belirtmiştir.

IV- Haczedilmezlik iddiasının borçlu tarafından -süresi içinde-^[50] şikâyet şeklinde icra mahkemesine bildirilmesi gerekir.^[51]

Borçlu şikâyet dilekçesinde "*haczedilen kendisine ait malın hukuken (maddi hukuk bakımından) haczedilmemesi gerektiğini*" ileri sürerek, "*malı üzerine konulan haczin kaldırılmasına karar verilmesini*" icra mahkemesinden talep eder. Buna karşın borçlu "*haczedilen malın kendisine değil üçüncü bir kişiye ait olduğunu ve konulan haczin İİK. mad. 82'ye aykırı olduğu için kaldırılmasını*" talep edemez. Çünkü bunda "*hukuki yararı*" yoktur. Haczedilen malın sahibi üçüncü kişi de bu durumda "*haczedilmezlik iddiasında*" bulunarak "*haciz konulan kendisine ait mal üzerindeki haczin kaldırılmasını*" icra mahkemesinden isteyemez. Üçüncü kişi bu iddiasını "*haczedilmezlik iddiası*"nda (İİK.mad.82) bulunarak değil "*istihkak iddiasında*" (İİK. mad.96 vd.) bulunarak ileri sürebilir.

Yüksek mahkeme bu konuya ilişkin olarak çeşitli içtihatlarında;

√ «*Takibin tarafı olmayan üçüncü kişinin haczedilmezlik şikâyetinde bulunamayacağını*»^[52]

√ «*Hacizlerin konulduğu takip dosyasında taraf olmayan üçüncü. kişinin, hacizlerin kaldırılmasını şikâyet yoluyla isteyemeyeceğini*»^[53]

√ «*Takipte taraf olmayan 3.kişinin yapılan haciz işlemine karşı haczedilmezlik şikâyetinde bulunamayacağını*»^[54]

√ «*Hacizlerin konulduğu takip dosyasında taraf olmayan üçüncü kişinin, hacizlerin kaldırılmasını şikâyet yoluyla isteyemeyeceğini*»^[55]

[49] Bknz: 12. HD. 28.5.1984 T. 4590/6805 (www.e-uyar.com)

[50] Ayrıntılı bilgi için bknz: **UAYR,T./UYAR,A./UYAR,C.** Haciz, s:721 vd.

[51] **UYAR, T.** İİK.'nın 360. maddesi Üzerine Bir İnceleme (Legal D. 2010/9, s:3157-3164)

[52] Bknz: 12. HD. 26.02.2015 T. 28960/4183 (www.e-uyar.com)

[53] Bknz: 12. HD. 30.06.2011 T. 31540/13711; 08.11.2007 T. 17647/20862; 24.04.2007 T. 5975/8056 (www.e-uyar.com)

[54] Bknz: 12. HD. 05.10.2010 T. 9170/22187; 17.06.2010 T. 3132/15410; 12.05.2009 T. 9252/10499; 09.03.2009 T. 24860/4767; 08.11.2007 T. 17647/20862 (www.e-uyar.com)

[55] Bknz: 12. HD. 24.04.2007 T. 5975/8056 (www.e-uyar.com)

√ «*Takibin tarafı olmayan üçüncü kişi konumundaki eşin, haczedilmiş taşınmaz üzerinde lehine aile konutu şerhi verilmiş olduğundan dolayı İİK. 82/12 maddesindeki haczedilmezlik şikayetinde bulunma imkanının olmadığı, üçüncü kişi eşin bu şikayetinin 'aktif dava ehliyetsizliği nedeniyle' reddedilmesi gerekeceğini*»^[56]

√ «*Takipte taraf olmayan üçüncü kişinin yapılan haciz işlemine karşı haczedilmezlik şikayetinde bulunamayacağını*»^[57]

√ «*Haczedilmezlik şikayetini, ancak maaşına haciz konan borçlunun yapabileceğini, üçüncü kişilerin (ve borçlunun eşinin) bu konuda şikayette bulunamayacağını*»^[58]

√ «*Takipte taraf olmayan üçüncü kişinin 'haciz işleminin usulsüz olduğunu' ileri süremeyeceğini*»^[59]

√ «*Üçüncü kişinin, taraf olmadığı takip dosyasında 'haczin kaldırılmasını' isteyemeyeceğini*»^[60]

√ «*Takipte taraf olmayan üçüncü kişinin 'satışın durdurulması ve haczin kaldırılması' yönünde şikayette bulunamayacağını*»^[61]

ifade etmiştir.

V- «*Haczin kaldırılmasını*», malına haciz konulan borçlu değil de, «haciz konulan şeyin kendisine ait olduğunu» ileri süren üçüncü kişi -«şikayet» yoluyla istemişse, bu başvuru gerçekte «*istihkak davası*» (İİK. mad. 97 vd.) niteliğinde olduğundan, icra mahkemesinin -HMK. 33 uyarınca- hukuki nitelendirmeyi kendiliğinden yapıp, ileri sürülen iddiayı «*istihkak davası*» prosedürüne göre -gerekli harcı tamamlatıp- incelemesi gerekir.^[62]

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

[56] Bknz: 12. HD. 17.04.2007 T. 5053/7641 (www.e-uyar.com)

[57] Bknz: 12. HD. 16.01.2007 T. 22384/268 (www.e-uyar.com)

[58] Bknz: 12. HD. 15.3.2005 T. 2097/5365; 20.6.2002 T. 12081/13226 (www.e-uyar.com)

[59] Bknz: 12. HD. 14.9.2004 T. 16877/21649 (www.e-uyar.com)

[60] Bknz: 12. HD. 27.5.2003 T. 9723/12098 (www.e-uyar.com)

[61] Bknz: 12. HD. 26.2.2001 T. 2791/3557 (www.e-uyar.com)

[62] Bknz: 12. HD. 14.4.2005 T. 4785/8002; 29.3.2005 T. 2268/6594; 11.3.2005 T. 1717/5169 vb. (www.e-uyar.com)

√ «*Takipte taraf olmayan üçüncü kişinin, taraf olmadığı icra dosyasından kendisine ait mal ve haklara konulan haczin iptalini 'şikayet' yoluyla isteyemeyeceğini, üçüncü kişinin bu iddiasını 'istihkak' prosedürüne göre ileri sürmesi gerekeceğini*»^[63]

ifade etmiştir.

Bilindiği gibi haciz ancak borçlunun malları üzerine konabilir (İİK. mad. 85/I).^[64] Alacaklı bunun için «*borçlunun elinde bulunan*» mallarla birlikte, borçluya ait olup da «*üçüncü kişinin elinde bulunan*» malları da haczettirebilir. Çünkü, borçlu haciz yolu ile takipte, bütün malvarlığı ile sorumludur. Alacaklı, haciz uygulaması sırasında şu durumlarla karşılaşabilir.^[65]

a) Alacaklı, borçlunun malvarlığını haczettirirken; «*mülkiyeti üçüncü kişiye ait bulunan ve borçluya rehin olarak verilen*» ya da «*mülkiyeti borçluya ait olup da üçüncü kişiye rehin verilmiş fakat halâ borçlunun zilyetliğinde bulunan*» taşınır malları da haczettirmiş olabilir.

b) Alacaklı, *borçlunun üçüncü kişiye rehin verdiği eşyayı da bulmak*, o kişinin elinde iken haczettirmiş olabilir.

Borçlunun elinde görülen herhangi bir «**taşınır**» mal, alacaklı tarafından haczettirilmek istenir ve borçlu^[66] bu malın «*üçüncü kişiye ait olduğunu*» veya «*üçüncü kişiye rehini bulduğunu*» söylerse (ya da üçüncü kişi tarafından^[67] o mal üzerinde «*mülkiyet veya rehin hakkı*» ileri sürülürse), haczi uygulayan memur, malı haczetmekle beraber, aynı zamanda bu «istihkak iddiası»nı da tutanağa geçirir (mad. 96/I)

Başka bir deyişle, İİK. mad. 96/I'e göre;

[63] Bknz: 12. HD. 2.3.2010 T. 22692/4690; 20.11.2008 T. 16986/20542; 20.11.2008 T. 16996/20518; 22.01.2008 T. 2953/892; 15.01.2008 T. 21882/177; 16.12.2007 T. 20190/23043; 23.10.2007 T. 16344/19259; 02.10.2007 T. 18051/18005; 20.09.2007 T. 12787/16584 vb. (www.e-uyar.com)

[64] Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T.** İcra Hukukunda Haciz, 1990, s: 202 vd; 229 vd. - **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** Haciz, s:121 vd. - **UYAR, T.** İİK. Şerhi, 2006, C:5, s: 7477 vd.

[65] CANSEL, E. Türk Menkul Rehni Hukuku, C: 1, Teslim Şartlı Menkul Rehni, 1967, s: 232

[66] Bknz: 8. HD. 02.12.2013 T. 12002/18218; 17. HD. 07.12.2010 T. 11243/10710; 21. HD. 4.10.2004 T. 6585/7919; 18.3.2004 T. 102/2587; 24.2.2004 T. 11404/1457 (www.e-uyar.com)

[67] Bknz: 8. HD. 02.12.2013 T. 12002/18218; 17. HD. 20.03.2012 T. 1416/3363; 21. HD. 6.4.2004 T. 2705/3393; 12. HD. 17.12.2002 T. 25384/26826; 21. HD. 5.11.2002 T. 6811/9225 (www.e-uyar.com)

a) Borçlunun «haczedilen taşınırın kendisine ait olmayıp üçüncü kişiye ait (üçüncü kişinin mülkü) olduğunu» ya da «haczedilen taşınır üzerinde üçüncü kişinin rehin hakkı bulunduğunu» ileri sürmesi veya;

b) Üçüncü kişinin «borçluya ait sanılarak haczedilen taşınırın kendisine ait olduğunu» ya da «haczedilen borçluya ait taşınır üzerinde kendisinin rehin hakkı bulunduğunu» ileri sürmesi «istihkak iddiası» sayılır.

Keza; borçlu yahut borçlu ile malı elinde bulunduran şahıslar «*taşınır mal üzerinde üçüncü bir şahsın mülkiyet veya rehin hakkı gibi sınırlı bir aynı hakkının bulunması*» (veya taşınır malın üçüncü bir şahıs tarafından haczedilmiş olması) halinde, bu hususu haczi yapan memura beyan etmek ve beyanın haciz tutanağına geçirilmesini talep etmek, (haczi yapan memur da, borçluyu yahut borçlu ile birlikte malı elinde bulunduran şahısları bu beyana davet etmek) zorundadır. (İİK. mad. 85/II)^[68]

Bu durumda; «borçlu»^[69] yada «üçüncü kişi»^[70] tarafından, üçüncü kişi lehine yapılmış «istihkak iddiası» söz konusudur.

Yüksek mahkeme «*İİK.'nun 96. maddesine göre i s t i h k a k i d d i a s ı n ı n borçlu tarafından üçüncü kişi lehine veya üçüncü kişi tarafından bizzat kendi lehine ya da İİK.'nun 85/II. maddesi uyarınca borçlu ile malı birlikte elinde bulunduran kişilerin, diğer bir üçüncü kişi lehine ileri sürülebileceğini*»^[71] ifade etmiştir.

«İstihkak iddiası»nın, icra dairesine bildirilmesi gerekir. İcra mahkemesine «şikâyet» şeklinde bildirilemez.^[72]

Yetkisiz icra dairesine yapılan bildirim **kanımızca** geçerli olmaz.^[73]

Ayrıca belirtelim ki, üçüncü kişi, «istihkak iddiası»nda bulunmadan (ya da «istihkak davası» açmadan) şikâyet yolu ile 'haczedilen malın kendisine satılmış olduğunu ileri sürerek' «haczin kaldırılması»nı istemeyeceği^[74] gibi,

[68] Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Haciz, s:122 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:5, s: 7478

[69] Bknz: 21. HD. 4.10.2004 T. 6585/7919; 18.3.2004 T. 102/2587; 24.2.2004 T. 11404/1457 (www.e-uyar.com)

[70] Bknz: HGK. 15.12.2004 T. 21-710/727; 21. HD. 24.5.2004 T. 4356/4871; 29.4.2004 T. 3680/4307 (www.e-uyar.com)

[71] Bknz. 17. HD. 24.02.2011 T. 983/1584; 25.01.2011 T. 7969/363 (www.e-uyar.com)

[72] Bknz: 12. HD. 30.6.1993 T. 7954/11848; 16.6.1993 T. 6464/10892; 21.4.1986 T. 10661/4641 (www.e-uyar.com)

[73] Karş: ASLAN, K. Hacizde İstihkak Davası, 2005, s: 289

[74] Bknz: 12. HD. 13.2.1984 T. 11778/1385 (www.e-uyar.com)

«haczedilen malın kendisine ait olduğunu» ileri sürerek «istihkak iddiası»nda bulunan («istihkak davası» açan) üçüncü kişi, ayrıca şikâyet yolu ile «haczin kaldırılmasını» isteyemez.^[75]

İstihkak iddiasının, haciz uygulanan her takip dosyası için ayrı ayrı yapılması gerekir.^[76]

VI- İcra müdürü, borçlu ya da üçüncü kişi tarafından bildirilen «istihkak iddiası»nı, bu iddia haciz sırasında bildirilmişse «haciz tutanağı»na, hacizden sonra, dairede bildirilmişse, «icra tutanağı»na yazar.

a) İstihkak iddiası, **üçüncü kişi tarafından ileri sürülmüşse**, durum hem alacaklıya, hem de borçluya bildirilir^[77] -İİK. mad. 85/II uyarınca -«**borçlu ile birlikte bulunan üçüncü kişi tarafından**—başka bir üçüncü kişi lehine- ileri sürülmüşse, bu iddianın da hem alacaklıya ve hem de borçluya bildirilmesi gerekir...

b) Eğer **borçlu tarafından** -üçüncü kişi lehine- **istihkak iddiasında bulunmuşsa** -yani borçlu haczedilen malın kendisine ait olmayıp üçüncü kişi X'e ait olduğunu bildirmişse- durum sadece alacaklıya bildirilir, üçüncü kişiyeye ayrıca bildirim yapılması gerekmez.^{[78] [79] [80]}

İstihkak iddiasının -yukarıda belirtilen ilgililere- bildirilmesi «tefhim» ya da «tebliğ» şeklinde olur. İstihkak iddiasında bulunulduğu sırada, borçlu ve alacaklı -ya da vekili- hazır ise, durum kendilerine hemen «tefhim olunur. Aksi takdirde, ileri sürülen istihkak iddiası ilgililere yazılı olarak bildirilir (tebliğ edilir). Uygulamada, «istihkak iddiasında bulunulduğu sırada» -çok kez haciz esnasında- «borçlu» veya «alacaklı» hazır ise, haciz (veya icra) tutanağına geçirilen istihkak iddiası hemen kendilerine bildirilmekte (tefhim edilmekte) ve istihkak

[75] Bknz: 12. HD. 15.12.1980 T. 7422/8768 (www.e-uyar.com)

[76] Bknz: 12. HD. 3.5.1984 T. 2044/5588 (www.e-uyar.com)

[77] Bknz: 12. HD. 2.2.1981 T. 8836/825; 13. HD. 7.7.1980 T. 3428/3531 (www.e-uyar.com)

[78] Aynı görüşte: **AKYAZAN, S.** İnceleme ve Açıklamalar, 1965, s: 75 - **KURU, B.** El Kitabı, s: 548 - **OLGAÇ, S./KÖYMEN, H.** İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu, 1965, s: 803 vd. - **ULUKAPI, Ö.** İcra ve İflas Hukuku, 2007, s: 124 - **KAYGANACIOĞLU, M.** İcra Hukukunda İstihkak Davası (Yarg. D. 1983/1-2, s: 116) - **GÜNEREN, A.** İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları, 2008, s: 72

[79] Bknz: 13. HD. 7.7.1980 T. 3428/3531; 12. HD. 28.6.2004 T. 13145/16858 (www.e-uyar.com)

[80] Aksi görüş: **BELGESAY, M. R.** Değişen Maddeler Şerhi, 1966, s: 71 - **TEKİNAY, S. S.** a.g.e. s: 22 - **ASLAN, K.** Hacizde İstihkak Davası, 2005, s: 298 vd.

iddiasına itirazları olup olmadığını bildirmeleri için de üç günlük süre -İİK. mad. 96/II uyarınca- verilmektedir.

İstihkak iddiasının ileri sürülmesi, alacaklının satış istemesini de önlemez.^[81] İcra mahkemesince, «*takibin ertelenmesine*» dair bir karar verilmedikçe sadece istihkak iddiasında bulunulmuş olması, hacizli malın satılmasını önlemez...

VII- İstihkak iddiasında bulunan bu iddiasından her zaman vazgeçebilir. Ancak, istihkak iddiasından vazgeçildiği hususu «tanık» ile isbat edilemez. Bu husus ancak, istihkak iddiasında bulunmuş olan kimsenin «vazgeçme isteğinin yazılıp kendisine imzalatıldığı» icra (veya haciz) tutanağı ile kanıtlanabilir.^{[82][83]}

*

Bir uyuşmazlıkta;

Davacı vekili,/..../... tarihli “*dava dilekçesi*”nde özetle; “*müvekkili şirket aleyhine davalı alacaklı tarafından alınan ihtiyati haciz kararı uyarınca ... İcra Müdürlüğünün .../... ve ... sayılı dosyalarından ... İcra Müdürlüğüne ihtiyati haciz talimatı gönderildiğini, ... İcra Müdürlüğünün .../.. ve .../.. talimat sayılı dosyalarında/..../... tarihinde müvekkili şirketin kiracı/işletmecisi olduğu, yap-işlet-devret modeli ile devlete ait hazine malı üzerinde ... BAKANLIĞI ile ... yılında yapılan sözleşme gereğince, DEVLETİN İZİNİ İLE İNŞA EDİLEN ‘...../...../..... adresindeki menkul malların aslında müvekkiline değil devlete ait olmasına ve bu nedenle de haczinin mümkün olmamasına rağmen alacaklı vekilince haciz uygulandığını, yapılan bu haczin kanuna aykırı olduğunu, özellikle müvekkili ile ilgili bakanlık arasında yapılan yap-işlet-devret sözleşmesinin 32/b bendinde açıkça ‘sözleşme süresi sonunda marinadaki tesislerin Hazineye devredileceği’ nin öngörüldüğünü” belirterek “*haciz uygulanan müvekkili tarafından kullanılmakta/işletilmekte olan marinadaki taşınır mallar üzerine konulan hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesine*” istemiştir.*

Davalı vekili,/..../... tarihli “*cevap dilekçesi*”nde özetle; “*davacı tarafından dayanılan yap-işlet-devret sözleşmesinde iki ayrı sürenin öngörüldüğünü, bunlardan birincisinin ‘yatırım süresi’ diğerinin ‘işletme süresi’ olduğunu, halen ‘işletme süresi’ nin devam ettiğini yani bu sürenin dolmadığını, işletme süresi sonunda idareye devredilecek olan taşınır malların mülkiyetinin gerçekte davacıya ait olduğunu,*

[81] Bknz: 12. HD. 27.3.1990 T. 10777/3410; 14.11.1983 T. 7570/8852 (www.e-uyar.com)

[82] Bknz: 15. HD. 12.12.1988 T. 3011/4278; HGK. 9.4.1969 T. E. 1968/İc. İf. 780, K: 220 (www.e-uyar.com)

[83] Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. İİK Şerhi, C:2, s:1826 vd.;1862 vd.

yani bunların halen ‘devlet malı’ niteliğini kazanmadığını, bu nedenle bunların mülkiyetinin tamamının davacı-borçluya ait olduğunu, bu nedenle haciz tarihi itibarıyla bu mallar borçluya ait olduğundan haczin hukuka uygun olduğunu, kaldı ki haczedilen malların devlete ait olduğu kabul edilse bile haczedilmezlik iddiasında bulunacak olanın davacı değil malların sahibi olan devlet (idare) olduğunu vb. ...” ileri sürerek “davacı-borçlunun şikayetinin reddine karar verilmesi gerektiğini” belirtmiştir.

Davalı vekili, ..!..!..... tarihli “tedbir kararına itiraz dilekçesi”nde özetle; “davacı- borçlu tarafından haciz uygulanan her icra dosyası için ayrı ayrı dava açılması gerekirken tek bir dosya ile dava açılmasının ve mahkemece iki dosya için ayrı ayrı tedbir kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğunu, mahkemelerin kararlarının gerekçeli olmasının Anayasal bir zorunluluk olmasına rağmen mahkemece herhangi bir gerekçe gösterilmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararının hatalı olduğunu, çünkü bu kararlar adil yargılama hakkının ihlal edilmiş olduğunu, mahkemenin tedbir kararı verirken davacıdan herhangi bir teminat istememesinin de yasaya (HMK. 392/1) aykırı olduğunu, mahkemenin davanın esasını halleder şekilde ihtiyati tedbir kararını vermesinin de HMK. ’nun 394/5 maddesine aykırı olduğunu, davacının dayandığı yap-işlet-devret sözleşmesinde öngörülen ‘işletme süresi’ nin yeni işlemeye başladığını ve henüz dolmadığını, haciz tarihi itibarıyla davacı-borçluya ait olan malların haczini engelleyen bir düzenleme bulunmadığını, haczedilen menkul malların hepsinin davacı adına satın alınmış olduğunu ve davacının muhasebe kayıtlarında bu faturaların da işlenmiş olduğunu, bu nedenle haczedilen tüm menkul malların mülkiyetinin davacı-borçluya ait olduğunu, davacı-borçlunun ‘haczedilen malların kendisine ait olmayıp devlete ait olduğu’ iddiasında bulunduğunu, bir an için bu malların devlete ait olduğu kabul edilse bile, bu durumda haczedilmezlik iddiasında bulunacak olanın davalı-borçlu değil mal sahibi idare olduğunu, bu nedenle davacının böyle bir iddiada bulunmakta hukuki yararı ve sıfatı bulunmadığını sonuç olarak husumet yokluğundan bu davanın reddedilmesi gerektiğini, haczedilen mallar henüz devletin elinde bulunmadığından, davacı-borçlu tarafından işletme süresi dolmadığı için henüz bu mallar devlete (idareye) teslim edilmediğinden bu malların ‘devlet malı’ niteliğini taşımadığını vb.” bildirmiştir.

..... **Bakanlık Hukuk Müşavirliğince** düzenlenmiş ve davacı-borçlu vekili tarafından dosyaya sunulmuş bulunan ..!..!.... tarihli “hukuki mütalâa” da özetle; “ ‘3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkındaki Kanun’un 2, 3/a-b, 9, 4/e, 17/1, 29/1 maddeleri ve adı geçen Kanuna dayalı olarak yürürlüğe konulan ‘3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkındaki Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar’ın 29. maddesi uyarınca

“bu Kanuna göre sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç taahhütlerinden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda, bedelsiz olarak kendiliğinden Bakanlığa geçeceği” nin öngörülmüş olduğunu, bu nedenle yap-ışlet-devret modeli kapsamında işletilen ve sözleşme süresi sonunda Bakanlığa devredilecek olan Yat Limanına ait tesis ve müstemilatlarının kamu niteliğinde olduğu ve bu nedenle de haczedilemeyeceğinin değerlendirildiği” bildirilmiştir.

Davalı vekili,/... tarihli “davacı tarafından sunulan belgelere karşı beyanlarını içeren dilekçe” de özetle; “davacı vekili tarafından mahkemeye sunulan/... tarihli Bakanlığa Hukuk Müşavirliğinin/... tarihli mütalâasının hukuki dayanakta yoksun olduğunu, çünkü haczedilen malların mülkiyetinin henüz idareye geçmemiş olduğunu, 3996 sayılı Kanununun 9. maddesinde öngörülen marinaya yapılan yatırım ve hizmetlerin, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte kendiliğinden -her türlü borç ve taahhütlerinden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda- bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçeceğine dair hüküm uyarınca tüm yatırımların ancak sözleşmenin sona ermesiyle birlikte kendiliğinden idareye geçeceğini, henüz sözleşmenin sona ermediğini, işletme devam ettiği sürece bunların mülkiyetinin idareye geçtiğinden bahsedilemeyeceğini, dolayısıyla ‘marinadaki tesis ve müstemilatın kamu malı niteliğinde olduğu’ düşüncesinin kabul edilemeyeceğini, haciz tarihi itibarıyla henüz idareye yapılmış bir devir bulunmadığını, dolayısıyla bu malların haczini engelleyen yasal bir düzenleme bulunmadığını, tüm malzemelerin davacı adına satın alınıp, davacının muhasebe kayıtlarına bu faturaların işlendiğini, eğer bu mallar kamu malı ise bunların -18 Ocak 2007 tarihli ve 24407 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış olan- ‘Taşınır Mal Yönetmeliği’ hükümleri uyarınca, devlet malı olarak demirbaş kaydının tutulmuş olmasının zorunlu olduğunu, eğer böyle bir belge varsa bunu ibraza davacıyı davet ettiklerini vs...” belirtmiştir.

Davalı vekili,/... tarihli “müzekkere cevabına karşı sundukları beyan dilekçe”sinde özetle; yukarıdaki/... tarihli dilekçedeki beyanlarına benzer açıklamalarda bulunarak, davacı tarafın dosyaya sunduğu ilgili Bakanlık Hukuk Müşavirliğinin/... tarihli mütalâasına katılmadıklarını bildirmiştir.

Dosya içinde bulunan Bakanlığa 5. Bölge Müdürlüğünün/... tarihli yazılarından; “... Yat Limanı ile ilgili olarak İdare tarafından 5018 sayılı Kanununun 44. maddesi ve Taşınır Mal Yönetmeliği gereğince herhangi bir demirbaş kayıt işlemi yapılmamış olduğu” belirtilmiştir.

Davalı vekili,/... tarihli dilekçesinde özetle; “... Bakanlığa 5. Bölge Müdürlüğünün/... tarihli yazısında, Yat Limanı ile ilgili olarak herhangi bir demirbaş kayıt işlemi yapılmamış olduğunun belirtilmesi nedeniyle, haciz

konusu menkullerin henüz devlet malı niteliğini kazanmadığının anlaşıldığını" ifade etmiştir.

../..../..... tarihli mahkeme dosyasına sunulmuş olan bilirkişi raporunda özetle; "Sayın mahkemenin ../..../. E. sayılı dava dosyası ile ekindeki İcra Müdürlüğünün ../..../. ve ../..../. talimat sayılı dosyalarındaki tüm belge ve kayıtlar ile tarafların iddia ve savunmalarının irdelendiği" belirtildikten sonra, uyumsuzluğun esasına ilişkin olarak "..... Taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 'Tesislerin Devri' başlıklı 32. maddesinin (B) bendinde de 'sözleşme ve eklerinde belirlenen tesis, tesisat ve sistemleri ile bunlara ait avadanlık, alet ve ekipmanlar işletme süresi sonunda bedelsiz olarak bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda her türlü borç ve taahhütlerinden ari olarak idareye devredileceği, işletme dönemi sonunda ticari üniteler ve diğer üniteler mevcut dekor, tefriş ve demirbaşları aynen muhafaza edilerek idareye teslim edileceği"nin hüküm altına alındığı dikkate alınarak "yap-işlet-devret modeli kapsamında işletim aşamasında geçilen ve sözleşme süresi sonunda Bakanlığına devredilecek olan Yat Limanına ait menkul malların kamu malı niteliğinde olup haczedilemeyeceğinin sonuç ve kanaatine varılmış olduğu....." bildirilmiştir.

Davalı vekili, ../..../..... tarihli "bilirkişi raporuna karşı itiraz dilekçesi"nde özetle; "öncelikle çözümü gereken konunun 'özel ve teknik' bir bilgi gerektiren bir konu olmadığını, ortada hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi gereken bir konunun bulunmadığını, bu nedenle bilirkişi incelemesi yaptırılmasının hukuka aykırı bulunduğunu, ayrıca mahkemenin ara kararına uygun bir bilirkişi tespiti yaptırılmamış olduğunu, çünkü talimat mahkemesince görevlendirilen bilirkişinin niteliklerinin 'banka müdürü, avukat, bankacılık işlemleri, tüketici hukuku, hesap uzmanı' olmadığını, bu nedenle raporlarına itibar edilemeyeceğini, düzenlenen mütalâada hiçbir yasal mevzuat, Yargıtay ya da Danıştay kararı dayanak olarak gösterilmemiş olduğunu, mütalâaya konu menkul malların kamu malı olduğuna dair açık bir yasal düzenleme bulunmadığını, haczedilen malların devlet malı sayılabilmesi için 5018 sayılı Kamu Malı Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve buna bağlı olarak 'Taşınır Mal Yönetmeliği' hükümleri gereğince işlem yapılmasının gerektiğini halbuki ilgili Bakanlıktan gelene cevabi yazıda söz konusu mallar için 'demirbaş kayıt işlemi yapılmadığı' nın belirtildiğini ilgili İdare tarafından herhangi bir bedel ödenmemiş olan menkul malların idareye ait sayılmasının hukuken mümkün olmadığını, haczedilen menkul malların ancak sözleşmenin sona ermesiyle birlikte kendiliğinden idareye geçeceğinin davalı ile idare arasında yapılmış olan sözleşmede öngörüldüğünü fakat henüz sözleşmenin sona ermediğini dolayısıyla haczedilen malların mülkiyetinin idareye geçmesinin söz konusu olamayacağını....., ayrıca haczedilmezlik şikayetinin ancak malın sahibi tarafından yapılabileceğini, bu hususun

Yargıtayın muhtelif kararlarında açıkça belirtildiğini, haczedilen malların iddia edildiği gibi üçüncü kişi durumundaki devlete aitse, belirttiği Yargıtay kararları gereğince davacının haczedilmezlik şikayetinde bulunma hakkının bulunmadığını, bu nedenle aktif husumet yokluğundan davanın reddine karar verilmesi gerektiğini vs. ileri sürmüştür.

*

Bu uyuşmazlıkta;

- Davalı-alacaklı (vekili) tarafından, davacı-borçlu hakkında mahkemeden ihtiyati haciz kararı alındıktan sonra İcra Müdürlüğünün / ve / sayılı takip dosyalarından İcra Müdürlüğüne (ihtiyati haciz talimatı) gönderilmiştir.

- Gönderilen ihtiyati haciz talimatları, İcra Müdürlüğünde / ... ve / talimat dosya numaralarını almış ve bu talimat dosyalarından borçlu TUR. İNŞ. SAN. ve TİC. AŞ.'nin, Yat Limanı/'deki halen işlettiği marinaya gidilmiş ve borçlu şirket yetkilisi T. B.'in huzurunda ihtiyati haciz işlemine başlanmıştır. Borçlu şirket yetkilisi önce “*takip konusu borcu Cuma gününe kadar ödeyeceklerini, şu anda ödeme imkanları bulunmadığını*” belirtmiş oradaki bazı menkul malların ihtiyaten haczedilmesinden sonra “*haczedilen malların devlete (T.C. Bakanlığına) ait olduğunu, bu nedenle haczedilmelerinin mümkün olmadığını...*” bildirmiş ve icra memuru onun bu beyanını “*haciz tutanağı*” na geçirip, haczedilen malları bir yediemine teslim edip başkaca bir işlem yapmadan oradan ayrılmıştır.

Somut olayda; haciz sırasında hazır bulunan borçlu şirket yetkilisinin “*adreste haczedilen menkul malların kendilerine ait olmayıp devlete (T.C. Bakanlığına) ait olduğunu, burasının kendilerince ‘YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ’ ile teslim edilmiş olduğunu...*” ileri sürmesi, üçüncü kişi (devlet) lehine yapılmış bir istihkak iddiası (İİK. mad. 96/I) niteliğindedir. Gerçekten; bu maddede “*borçlunun, elinde bulunan bir malı başkasının mülkü olarak göstermesi*” nin ‘*istihkak iddiası*’ olduğu çok açık olarak ifade edilmiştir...

Bu nedenle; somut olayda bu durumda, borçlunun üçüncü kişi (devlet) lehine ileri sürdüğü istihkak iddiasını “*haciz tutanağı*” na geçirdikten sonra, icra memurunun İİK. mad. 96/II uyarınca “*istihkak iddiasına karşı itiraz olup olmadığını bildirmek üzere hazır bulunan alacaklı vekiline 3 günlük mühlet vermesi*” ve İİK. mad. 97/I,c:1 uyarınca “*bu istihkak iddiasına karşı alacaklı vekili tarafından itiraz edilmesi halinde, icra dosyasını hemen icra mahkemesine sunması*” icra mahkemesinin de İİK. mad.97/I,c:2 uyarınca “*dosya üzerinde -veya*

lüzum görürse ilgilileri davet ederek, duruşma açıp- yapacağı inceleme sonucunda varacağı kanaate göre takibin devamına veya talikine karar vermesi" gerekecekti.

Davacı-borçlunun, bu prosedürün uygulanmasını sağlamadan, doğrudan doğruya "haczedilen malların devlet malı olduğunu, bu nedenle haczedilemeyeceğini" icra mahkemesine şikayet yoluyla ileri sürmesi mümkün değildir.

Nitekim **yüksek mahkeme** -aşağıda sunduğumuz- çeşitli içtihatlarında "**borçlunun ancak kendisine ait mallarının haczedilmesi halinde haczedilmezlik şikayetinde bulunabileceğini, buna karşın 'haczedilen malların kendisinin değil üçüncü kişiye ait olduğunu' belirtip bunların ise haczinin mümkün olmadığını**" ileri süremeyeceğini, bu konuda yapılan haczedilmezlik şikayetinin "aktif husumet yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerekeceğini" açık seçik belirtmiştir:

"Şikayetçinin icra mahkemesine başvurusunun haczedilen menkullerin kendisine ait olması nedeniyle haczin kaldırılmasına yönelik olup, şikayetçinin takip dosyasında borçlu sıfatının bulunmadığı, üçüncü kişi durumunda olduğu ve mahcuzlar hakkında istihkak iddiasında bulunduğuunun anlaşıldığı, şikayetçinin başvurusunun istihkak davası niteliğinde olduğu"

"Borçlunun icra mahkemesine yaptığı başvuruda 'haczedilen kendisine ait menkullerin bir kısmının İİK.'nun 82. maddesi uyarınca haczedilemeyeceğini, bir kısmının ise üçüncü kişilere ait olması nedeniyle haczedilemeyeceğini' ileri sürmüş olması halinde mahkemece 'İİK.'nun 82. maddesi gereğince kendisine ait olup haczedilemeyeceğini ileri sürdüğü taşınırılar yönünden' yöntemince inceleme yapılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceği-Borca itiraz niteliğindeki itirazların ödeme emrinin tebliğinden itibaren 5 günlük sürede ileri sürülmesinin gerekeceği"

"Şikayetçinin, mirası reddetmesinden dolayı taşınmazda aynı bir hakkı olmayıp meskeniyet şikayetinde bulunmaya hakkı olmadığından, mahkemece istemin aktif husumet ehliyeti yokluğu nedeniyle reddinin gerekeceği"

"Haczedilmezlik şikayetinde bulunma hakkının borçluya ait olduğu tasarrufun iptali davasının davalısının "borçlu sıfatı" bulunmadığından haczedilmezlik şikayetinde bulunamayacağı"

"Tasarrufun iptaline karar verilen taşınmazın mülkiyeti borçluya dönmeyeceğinden borçlu haczedilmezlik şikayetinde bulunamayacağı"

"Tasarrufun iptali davasını kazanan alacaklının, bu ilamı icra dosyasına koyarak, üçüncü kişi adına kayıtlı bulunan taşınmaza -borçlusunun borcundan

dolayı- haciz koydurması üzerine, taşınmaz maliki «üçüncü kişi» tarafından -icra takibine taraf olmadığı, takipte «borçlu» sıfatını taşımadığı için- «haczedilmezlik şikayeti»nde bulunulamayacağı”

“Mercie başvuran şikayetçiler borçlu olmayıp üçüncü kişi olduklarından dolayı İİK. 82. maddesi gereğince haczedilmezlik şikayetinde bulunmalarının mümkün olmadığı”

“Belediyeden özel ihale suretiyle satın aldığı taşınmazın, belediyenin borcundan dolayı haciz edilmesi üzerine, satın almış olan alıcının -adına tapuda tescil işlemi yapılmadan mülkiyet kendisine geçmeyeceğinden- «taşınmazın kamu hizmetine tahsisli olduğunu» ileri sürerek haczin kaldırılmasını isteyemeyeceği”

“Borçlu kocanın haciz edilen malı hakkında, koca adına karısının haciz edilmezlik şikâyetinde bulunamayacağı”

Yukarıda özetlenen uyuşmazlıkta; takip borçlusu ancak “*haczedilen kendisine ait malların haczedilemeyeceği*” konusunda icra mahkemesine şikayette bulana-bileceğinden, borçlunun “*haczedilen malların kendisine ait olmayıp üçüncü kişiye ait olduğunu*” ileri sürmesi “istihkak iddiası” (İİK. mad.96/I,II; 97/I) niteliğinde olduğundan ve borçlu malesef ‘istihkak prosedürü’nün (İİK. mad. 96, 97) icra dairesince uygulanmasını sağlamadan, doğrudan doğruya ‘haczedilmezlik şikayeti’nde bulunmuş olduğundan, yapılmış olan ‘haczedilmezlik şikayeti’ nin ‘aktif husumet yokluğu’ nedeniyle reddedilmesi gerekecektir.

Seçilmiş Yargıtay Kararları

--

Hazırlayan: Av. Talih UYAR

-1-

✓ I- Taşınmazın usulüne uygun olarak haczedildiğinin kabullü için icra müdürlüğünce “haciz kararı” verilmesi yeterli olup, haczin geçerliliği ve tamamlanmış sayılması için ayrıca tapu siciline şerh verilmesinin zorunlu olmadığı, tapuya haciz hususunun işlenmesinin “haczin kurucu unsuru” olmayıp, “bildirici” nitelik taşıdığı; bu nedenle süresinde satış istenip istenmediği, dolayısıyla satış tarihinde geçerli bir haciz bulunup bulunmadığı hususunun”haczin tapuya şerh verildiği tarih”e göre değil “haciz kararının verildiği tarih”e göre saptanması gerekeceği-

Mahkeme kararının onanmasını mutazammın 02/04/2015 tarih, 2014/33581 Esas - 2015/8169 Karar sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihen tetkiki borçlular tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Sair karar düzeltme nedenleri yerinde değil ise de;

Borçlunun diğer fesih nedenleri ile birlikte yasal süresi içinde satış istenmediğinden Konya 3. İcra Müdürlüğü'nün 2009/6791 Esas ve 2009/6789 Esas sayılı icra takip dosyalarında 02.10.2014 günü yapılan taşınmaz ihalelerinin feshi istemiyle icra mahkemesine başvurduğu; mahkemece davanın ispat edilmediği gerekçesiyle istemin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

* İzmir Barosu (9 Eylül Ün. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

Takip tarihi itibarıyla uygulanması gereken İİK'nun 106. maddesi hükmü uyarınca; "Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden nihayet bir sene ve taşınmaz ise nihayet iki sene içinde satılmasını isteyebilir." Aynı Kanun'un 110. maddesine göre ise; "Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar."

Hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda değinilen maddelerde yer alan satış isteme süreleri hak düşürücü nitelikte olup; icra müdürü satış talebinin öngörülen süreler içinde yapılıp yapılmadığını re'sen gözetmelidir. Satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesi, İİK'nun emredici nitelikteki anılan maddelerine aykırı bir durum yaratır.

Öte yandan, taşınmazın usulüne uygun olarak haczedildiğinin kabulü için icra müdürlüğüne haciz kararı verilmesi yeterli olup, haczin geçerliliği ve tamamlanmış sayılması için ayrıca tapu siciline şerh verilmesi zorunlu değildir. Konuya ilişkin tasarruf yetkisi kısıtlamalarının tapu kütüğüne şerh verilebileceğini hükme bağlayan TMK'nun 1010. maddesi emredici nitelikte olmayıp, aynı maddenin son fıkrası uyarınca haciz şerhi ile, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Tapuya işlenmesi, haczin kurucu unsuru olmayıp bildirici nitelik taşır. Ne var ki 3. kişilere karşı ileri sürülebilmesi için haczin tapu siciline işlenmesi gerekmektedir.

Somut olayda, ihale konusu taşınmazların her iki icra takip dosyasından 09.07.2009 tarihinde haczine karar verildiği ve aynı tarihte haciz müzekkeresi yazıldığı, Tapu Sicil Müdürlüğü tarafından 12297 ve 12298 yevmiye ile 20.07.2009 tarihinde haciz şerhinin verildiği 11.07.2011 tarihinde satış talebinde bulunduğu ve satış masrafinin 15.07.2011 tarihli makbuzla yatırıldığı görülmektedir. Bu durumda, 09.07.2009 olan haciz tarihinden itibaren 2 yıl olan satış isteme süresi geçmiş olduğundan ihale konusu taşınmazlar üzerindeki haciz düşmüş bulunmaktadır.

O halde, mahkemece, İİK'nun 110. maddesi gereğince, 2009/ 6791 ve 2009/6789 Esas sayılı takip dosyalarında 02.10.2014 günü ihaleleri yapılan mahcuz taşınmazlar üzerindeki haczin yasal sürede satış istenmediğinden kalktığı hususu dikkate alınarak, geçerli bir haciz olmaksızın satış kararı verilmek sureti ile yapılan ihalelerin feshine karar verilmesi gerekirken haciz kararının verildiği tarih yerine haczin tapuya şerh verildiği tarihin haciz tarihi olarak kabulü ile satış isteminin yasal süresinde yapıldığından bahisle ihalenin feshi isteminin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup mahkeme kararının bu nedenlerle bozulması gerekirken Dairemizce onandığı anlaşılacakla borçluların karar düzeltme isteminin kabulüne karar verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ: Borçluların karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 02.04.2015 tarih ve 2014/33581 E. ve 2015/8169 K. sayılı onama ilâminin kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366. ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 10/12/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12.HD.10.12.2015 T. E: 28857, K: 31140 (www.e-uyar.com)

*

✓ **II- Taşınmaz haczinin geçerliliği ve tamamlanması için, tapuya tescilini öngören bir zorunluluk bulunmadığı-**

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki taraflarca istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklının kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla başlattığı takipte borçlu vekili, müvekkiline ait taşınmazın haline münasip meskeni olduğunu ve İİK'nun 82/1-12. maddesi gereğince haczedilemeyeceğini ileri sürerek haczin kaldırılması istemi ile icra mahkemesine başvurduğu; mahkemece, şikayetin kabulü ile borçlunun haline münasip meskeni alabilmesi için gereken 90.000,00 TL'den az olmamak üzere satılmasına, bu bedelin haline münasip mesken alması için borçluya verilmesine, artanın ise alacaklıya ödenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Hüküm alacaklı ve borçlu tarafından temyiz edilmiştir.

1- Borçlunun temyiz itirazlarının incelenmesinde:

Tarafların iddia ve savunmalarına, dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere ve kararın gerekçesine göre borçlu vekilinin temyiz itirazlarının REDDİNE;

2- Alacaklının temyiz itirazlarının incelenmesine gelince:

İİK'nun 82/1-12. maddesinde yer alan haczedilemezlik şikayeti, İİK'nun 16/1. maddesi kapsamında yedi günlük süreye tabidir. Bu süre öğrenme tarihinden başlar.

Somut olayda, borçluya taşınmazının (meskeninin) haczine ilişkin 103 davetiyesi tebliğ edilmemiştir. Ancak, borçluya ait B... 375 Ada ve 1 parsel no'lu taşınmazın icra müdürlüğünce alacaklı vekilinin talebi ile 13.10.2014 tarihinde ihtiyaten haczine karar verilip aynı tarihte bu hususta Nilüfer Tapu Sicil Müdürlüğü'ne haciz müzekkeresi gönderildiği, temyiz dilekçesi içeriğine

göre borçlu vekilinin müvekkilinin icra takip dosya fotokopisini aldığını beyan ettiği, 16.10.2014 tarihinde icra müdürlüğünün haciz kararına ait icra tutanağı ile haciz müzekkeresinin icra dosyasında bulunduğu görülmektedir.

Taşınmazın ada ve parsel numarası da belirtilmek sureti ile icra müdürlüğünce taşınmazın haczine karar verilmekle haciz tamamlanmış olur. Bundan başka, haczin Tapu Siciline tescil edilip edilmemesi haczin tamamlanmış sayılması için zorunlu bulunmamaktadır.

Konuya ilişkin tasarruf yetkisi kısıtlamalarının tapu kütüğüne şerh verilebileceğini hükme bağlayan TMK'nun 1010. maddesi emredici nitelikte olmayıp, aynı maddenin son fıkrasına uyarınca haciz şerhi verilmekle, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Ancak bu düzenleme, haczin geçerliliği ve tamamlanmış sayılması için tapuya şerh verilmesinin bir zorunluluk olduğunu göstermemektedir.

İİK'nun 79. maddesinde; "Resmi Sicile kayıtlı malların haczinin, takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işlenmek sureti ile doğrudan da yapılabileceğine" yönelik hüküm ise bu konuda taşınmazın bulunduğu yerin icra dairesine haciz talimatı yazılması konusundaki zorunluluğu ortadan kaldıran bir seçenek olarak düşünülmelidir. Hal böyle olunca, İİK'nun bu maddesinden kaynaklanan ve taşınmaz haczinin geçerliliği ve tamamlanması için tapuya tescilini öngören bir zorunluluk da söz konusu değildir. Ne var ki üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için haczin tapu siciline işlenmesi gerekmektedir.

O halde, mahkemece; borçlunun içinde haciz kararı ve haciz müzekkeresi bulunan takip dosya fotokopisini alarak 16.10.2014 tarihinde taşınmazına haciz konduğunu öğrendiği halde İİK'nun 16.maddesi uyarınca yedi günlük şikayet süresini geçirdikten sonra 05.11.2014 tarihinde meskeniyet şikayetinde bulunduğu anlaşılma, şikayetin süreden reddi yerine işin esasına girilerek haczin kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda (2) no'lu bentte yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 28.05.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 28.05.2015 T. E:2789, K:14586 (www.e-uyar.com)

Not: Yüksek mahkemenin yukarıdaki kararı düşündürücüdür... Gerçekten Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bu kararında; İİK'nun 106. ve 110. maddeleri uyarınca satış isteme süresinin başlangıcının -"taşınmaz haczinin tapuya işlendiği

tarikh" değil- icra müdürünün, alacaklnn talebi üzerine icra dosyasına yazdığı "taşınmazın tapu kaydının haczedilmesine" ilişkin verdiği karar tarihi olduğunu kabul etmiştir. Böylece alacaklnn, taşınmazın haczedildiği hususunun tapuya işlendiği tarihten itibaren değil, icra müdürünün taşınmazın haczedilmesi konusunda verdiği karar tarihinden itibaren bir yıl içinde satış avansını yatırıarak satış talebinde bulunması gerekecektir. Eğer alacaklılar (vekilleri); "tapuya haciz konulduğu tarih"ten itibaren bir yıl içinde satış avansını da yatırıarak satış talebinde bulunurlarsa, çok defa icra memurunun verdiği satış kararından -bir veya iki gün- sonra haczin tapuya işlenmiş olması halinde bir yıllık satış isteme süresi geçmiş olacağından, yaptıkları satış talebi geçerli olmayacaktır. Alacaklıların (vekillerinin) bu çok önemli olan hususa dikkat etmeleri ve icra müdürünün verdiği "haciz kararı"ndan itibaren bir yılı geçirmeden satış avansını yatırıp satış istemeleri gerekecektir.

"Sıra cetveline yönelik itiraz ve şikayetleri" bugün temyizen inceleyen Yargıtay 23. HD. ise alacaklılara, tapuya haciz konulduğu tarih itibariyle sıra cetvelinde pay ayrılmasını istediğinden, bu Daire bakımından "taşınmazların haciz tarihi", icra memurunun verdiği 'haciz kararı tarihi' olmayıp, 'haczin taşınmazın tapu kaydına işlendiği tarih' olmaktadır.

Trafik siciline kayıtlı araçlar bakımından ise, "aracın fiilen haciz tarihi" ile "aracın trafik kaydına haciz konulması" arasında bir fark bulunmamakta ve hangi tarih daha önce ise, sıra cetveli bakımından bu tarih "ilk haciz tarihi" sayılmaktadır (Bknz: 23. HD. 24.05.2013 T. 1986/3483; 23.02.2012 T. 4455/1190; HGK. 03.12.2008 T. 19-731/735; 19. HD. 26.01.2006 T. 9425/467; 08.12.2005 T. 8171/12286; 24.11.2005 T. 6311/11552) (www.e-uyar.com).

-2-

✓ **I - Satışı talep edilen menkullerin yapılan ihalede alıcı çıkmaması üzerine satışın düştüğü, ancak İİK.'nun 106. maddesine göre altı aylık yasal süresi içerisinde yeniden satış talebinde bulunulması ve satış avansının yatırılması halinde, ayrıca İİK.'nun 129/son maddesi gereğince, ikinci ihalede alıcı çıkmaması nedeniyle satış talebinin düşmesinden itibaren 6 aylık satış isteme süresinin yeniden başlayacağı, alacaklının yasal altı aylık süre içerisinde yeniden satış talebinde bulunduğu anlaşıldığından, taşınır lar üzerindeki haczin düşmediği, dolayısıyla 'şikayetin kabulüne' karar verilmesi gerektiği-**

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki şikayetçi tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Şikayetçi alacaklı tarafından genel haciz yolu ile başlatılan ilamsız takipte, alacaklının, katılım olmadığından ihalenin düşürülmesi kararı sonrasında, taşınır malların yeniden satışa çıkarılması talebinin, icra müdürlüğüne taşınır lar üzerindeki haczin düştüğü gerekçesiyle 25.03.2015 tarihinde reddedilmesi üzerine, anılan kararın kaldırılması istemiyle icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

17.01.2014 haciz tarihi itibarı ile uygulanması gereken İİK.'nun 106. maddesinde; "Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir" hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanun'un 110. maddesinde ise; "Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da, bu müddet içinde yenilenmezse, o mal üzerindeki haciz kalkar" düzenlenmesi yer almaktadır.

Satış talebinin, yukarıdaki maddede öngörülen süreler içinde olup olmadığı hususu icra müdürü tarafından re'sen gözetilmeli; satış talebi, bu sürelerden sonra ise, reddedilmelidir. Bu nedenle, satış isteme süresinin geçmesi nedeniyle haczin kalkmış olmasına rağmen ihale yapılmış ise, yapılan bu ihalenin feshine karar verilmesi gerekir (Baki Kuru, İcra El Kitabı,s.520).

Somut olayda, satışa konu taşınır ların fiilen 17.07.2014 tarihinde haczedildiği ve aynı tarihte satışının talep edilerek satış avansının yatırıldığı, menkullerin 05.01.2015 ve 23.01.2015 tarihlerinde yapılan ihalelerinde alıcı çıkmaması sebebiyle satışın düştüğü, alacaklı vekilinin tarihsiz dilekçesi ile mahcuz

taşınırların yeniden satışa çıkarılması için satış talimatı yazılması talebi üzerine, icra müdürlüğünün 25.03.2015 tarihli kararıyla, taşınırlar üzerindeki haczin düştüğü gerekçesiyle satış talebinin reddine karar verildiği görülmüştür.

Alacaklının, İİK'nun 106. maddesine göre altı aylık yasal süresi içerisinde satış talebinde bulunduğu ve satış avansını yatırdığı, ayrıca İİK'nun 129/son maddesi gereğince, ikinci ihalede alıcı çıkmaması nedeniyle satış talebinin düşmesinden itibaren 6 aylık satış isteme süresinin yeniden başlayacağı gözetildiğinde, ikinci ihale tarihi olan 23.01.2015 tarihinden itibaren yasal altı aylık süre içerisinde yeniden satış talebinde bulunulduğundan taşınırlar üzerindeki haciz düşmemiştir.

O halde mahkemece alacaklının şikayetinin kabulü gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Şikayetçinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 11.05.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 11.05.2016 T. E: 11294, K: 13958 (www.e-uyar.com)

*

✓ **II- İhalenin feshi yargılamasında; 2. artırmada alıcı çıkmaması nedeniyle taşınmaz satışının düşmesi üzerine yeniden başlayan 2 yıllık satış isteme süresi içinde yeniden satış talebinde bulunulduğundan bu durumda haczin düşmediği, kıymet takdir raporu da yenilenmiş olup, rapordan itibaren 2 yıllık süre içerisinde ihale yapıldığından, 'ihalenin feshi isteminin reddine' karar verilmesi gerekeceği-**

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Borçlunun usulüne uygun yapılmadığını belirterek ihalenin feshi istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece; taşınmazın tapu kaydı üzerine 09/02/2005 tarihinde icrai haciz konulduğu, alacaklı vekilinin satış avansını 26/02/2007 tarihinde icra veznesine depo ettiği, İİK'nun 106. maddesinde öngörülen iki yıllık süre geçmiş olduğundan, satış tarihinden önce gayrimenkul

üzerindeki haczin İİK'nun 110.maddesi uyarınca kalkmış olduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle ihalenin feshine karar verildiği görülmektedir. Somut olayın incelenmesinde;

Alacaklının, haciz tarihinden itibaren 2 yıllık süre dolmadan 06/02/2007 tarihinde satış avansını da yatırarak satış talebinde bulunduğu, bu tarihten sonra, yine süresi içerisinde 28.02.2008'de talebin yenilendiği mahkemenin 26/02/2007 tarihinde satış avansının yatırıldığına ilişkin tespitinin doğru olmadığı görülmektedir. Bu talep doğrultusunda yapılan, 05.08.2008 tarihli 2. artırmada satışın alıcı çıkmaması nedeniyle düşmesi üzerine yeniden başlayan 2 yıllık satış isteme süresi içinde 18/01/2010 tarihinde yeniden alacaklının satış talebinde bulunduğundan haczin düşmediği yeniden satış talebinde bulunulduğundan haciz de düşmemiştir. Kıymet takdir raporu da yenilenmiş olup rapordan itibaren 2 yıllık süre içerisinde ihale yapılmıştır.

O halde mahkemece, başka bir fesih sebebi bulunmadığından, istemin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366. ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 09/04/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 09.04.2015 T. E:5836, K:9272 (www.e-uyar.com)

Not: Yüksek mahkemenin “*satış günü alıcı çıkmaması nedeniyle satışın düşmesi*” üzerine, ‘alacaklının hangi sürede tekrar satış istemesi gerekeceği’ konusundaki yukarıdaki görüşü, eski görüşünden farklıdır. Gerçekten; yüksek mahkeme bu konuda daha önce (Bknz: 12. HD. 09.07.2012 T. E: 16781, K: 24213) “**alacaklının haciz tarihine göre başlamış ve satış talebinde bulunduğu tarihte kesilmiş olan satış isteme süresinden kalan süre içinde satış istemesi gerekeceğini**” -aşağıda sunulduğu gibi- belirtmekte iken (ve Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de bu doğrultuda içtihatla bulunmuşken “Bknz: 19. HD. 22.11.2010 T. 9650/13083” ‘www.e-uyar.com’) yüksek mahkeme son içtihatlarında “*alıcı çıkmaması nedeniyle satışın düşmesi halinde alacaklının satış isteme süresinin yeniden işlemeye başlayacağını*” belirtmeye başlamıştır.

✓ **I - Haczedilen taşınmazın iki yıl (şimdi; bir yıl) içinde satışının istenmemesi halinde haczin düşeceği- İİK mad. 106 gereğince satış isteme süresinin duracağı durumların tahdidi olarak sayıldığı, sürenin durması durumunda, satış talebinin reddi ya da ihalenin alıcı çıkmaması**

nedeniyle düşmesi ya da feshedilmesi halinde düşme veya fesih kararının kesinleştiği tarihten sonra, ‘satış isteme süresinin kaldığı yerden işlemeye devam edeceği’, zamaşımının kesilmesinde olduğu gibi yeni bir sürenin işlemeye başlamayacağı-İcra müdürünün, alacaklının satış talebini -henüz kıymet takdiri yapılmadığı, aracın yakalanmamış olduğu vb. gerekçeleriyle- reddetmesi halinde, bu ret kararının şikayet yoluyla boz durulmamış olması halinde reddine karar verilmiş olan bir talep, yasaya uygun bir talep olarak (satış talebi olarak) kabul edilemeyeceğinden alacaklının süresinde satış talep etmemiş sayılacağı ve konulmuş olan haczin düşeceği-

Borçlu M. Y. G. aleyhinde kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibi yapıldığı 24.07.2003 tarihinde adına kayıtlı taşınmazın tapu kaydına icrai haciz konulduğu, şikayetçinin ise 08.08.2011 tarihinde yapılan ihalenin feshi istemiyle icra mahkemesine başvurduğu anlaşılmıştır.

İİK. nun 106 ve 110. maddeleri uyarınca haczedilen taşınmazın iki yıl içinde satışının istenmemesi halinde haciz düşer.

Somut olayda, taşınmazın tapu kaydı üzerine 24.07.2003 tarihinde icrai haciz konulduğu, alacaklı vekilinin 18.07.2005 tarihinde iki yıllık yasal süre dolmadan satış istediği, bu talebin icra müdürlüğünce kıymet taktiri yapılmadığı nedeniyle reddedildiği, alacaklı vekilinin 03.01.2008 tarihinde yeniden satış istediği, icra müdürlüğünce aynı gün satışa karar verildiği, icra mahkemesince satışın durdurulmasına karar verilmesi üzerine, alacaklı vekilinin 16.07.2008 tarihli satış talebinin yeniden kıymet taktiri yapılması gerektiği gerekçesiyle icra müdürlüğünce reddedildiği, 18.08.2009 tarihli satış talebinin de aynı gerekçelerle reddedildiği, 12.07.2010 tarihinde satış istendiği ve en son 08.06.2011 tarihli satış talebi doğrultusunda ihalenin yapıldığı görülmektedir.

İİK.’nun 106. maddesinde sürenin duracağı durumlar tahdidi olarak sayılmıştır. Sürenin durması durumunda, satış talebinin reddi ya da ihalenin alıcı çıkmaması nedeniyle düşmesi ya da feshedilmesi halinde düşme veya fesih kararının kesinleştiği tarihten sonra kalan süre kaldığı yerden işlemeye devam eder. Zamaşımının kesilmesinde olduğu gibi yeni bir süre işlemeye başlamaz. Taşınmaz kıymet takdirine dair istem ve muameleler satıştan önceki satışa hazırlık mahiyetinde birer muamele olup açıkça satış talebi olmadıkça İİK. nun 106. maddesindeki süreyi durdurmaz (HGK. nun 17.5.1989 tarih 1989/12-266 E-1989/368 K sayılı kararı).

Buna göre alacaklı tarafından icra müdürünün satış taleplerini reddine dair kararları da icra mahkemesine şikayet yoluyla iptal ettirilmediğine göre haciz

tarihinden sonra İİK.nun 106. maddesinde öngörülen iki yıllık süre geçmiş olduğunda, satış tarihinden önce gayrimenkul üzerindeki haciz, İİK.’nun 110. maddesi uyarınca kalkmıştır.

O halde mahkemece açıklanan nedenle ihalenin feshine karar verilmesi yerine yazılı gerekçeyle istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Şikayetçinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK.’nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA)...

12. HD. 09.07.2012 T. E: 16781, K: 24213

*

✓ **II- Taşınmazların haczinden itibaren iki yıl içinde satışının istenmesi gerekeceği- Taşınmaz için gerçekleştirilen ikinci ihalede satışında alıcı çıkmazsa, satış talebinin düşeceği ve alacaklının satış düştükten sonra kalan sürede tekrar satış istemesi gerekeceği-**

Mahkemece, davalının iki yıllık süre içinde satış istediği fakat bir kez satış istemekle haczin belirsiz bir zaman için uzayacağı kabul edilemeyeceği, satışın yapılamaması halinde alacaklının tekrar satış istemesi gerekeceği, kıymet takdirinin ise yeni bir haciz ya da satış talebi sayılmayacağı gerekçesiyle davanın kabulüne dair verilen karar, davalı vekili tarafından temyizi üzerine Dairemizin bozma kararına karşı davacı vekilinin karar düzeltme istemiyle yeniden yapılan inceleme sonucu;

İcra ve İflas Kanunu’nun 106 ncı maddesine göre taşınmazların haczinden itibaren iki yıl içinde satış istenmesi gerekir; aksi takdirde haciz düşer (İİK. m.110). Somut olayda davalı yanın alacaklı olduğu takip dosyasından bedeli paylaşımına konu taşınmaz üzerine 29.06.2001 günü ihtiyati haciz konulmuş, bu haciz ödeme süresinin geçmesi ile 14.07.2001 günü kesin hacze dönüşmüş ve yasal iki yıllık süre dolmadan satış talep edilerek, masraf avansı da 24.06.2003 tarihinde yatırılmıştır (İİK. m. 59). Bu bakımdan mahkemenin yasal süre içinde satış istendiğine dair tespitinde bir hata bulunmadığından, davalının haczinin ayakta olduğunun kabulü gerekir.

İcra ve İflas Kanunu’nun 129 uncu maddesinin son cümlesine göre “ikinci satışta alacaklı çıkmazsa, satış talebi düşer”. Bu hükümden anlaşılması gereken satışın düşmesinden itibaren alacaklı, satış talebinde bulunduğu tarih itibariyle satış istemek için öngörülen süreden geriye kalan sürede satış isteyebileceğidir. Alacaklı satış düştükten sonra kalan sürede tekrar satış istemesi gerekir.

Dairemizin 06.10.2009 gün ve 2009/6640–8892 E. K. sayılı geri çevirme kararı ile ihale hakkında bilgi alınabilmesi amacıyla dosya mahalline geri çevrilmiş ise de, satışın yapıldığı Foça İcra Dairesi'nin 2001/191 Tal. sayılı dosyanın bulunamadığı bildirilmiştir.

Eksik inceleme ile hüküm kurulamaz. Mahkemece yapılacak iş, taşınmazın daha evvel ihaleye çıkartılıp çıkartılmadığı ve İcra ve İflas Kanunu'nun 129 uncu maddesi hükmü de gözetilerek delillerin toplanması ve davalının haczinin düşüp düşmediğinin belirlenmesinden ibaret olup, bu hususun gözden kaçırılması suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. Hükümün bu gerekçeyle bozulması gerekirken ilamda yazılı gerekçeyle bozulduğu anlaşıldığından karar düzeltme isteminin kabulü ile hükümün açıklanan gerekçeyle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle davacının karar düzeltme isteminin kabulüne, Dairemizin 14.04.2010 günlü 2010/532 Esas-2010/4363 Karar sayılı bozma kararının değiştirilerek yerel mahkeme kararının açıklanan gerekçeyle **BOZULMASINA**, 22.11.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

19. HD. 22.11.2010 T. E: 9650, K: 13083 (www.e-uyar.com)

-3-

✓ **Yasal süresi içinde istenen satış talebinin, bu süre içinde geri alınması halinde, yeniden satış isteyebilme süresinin, geri alınan (yani satışın düşürüldüğü) tarihten itibaren 6 ay/1 yıl olduğu-**

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tekiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Borçlu icra mahkemesine yaptığı başvuruda; 15/09/2015 tarihli satış isteminin yasal iki yıllık süreden sonra olduğunu, bu durumda düşen hacze dayalı olarak yapılan ihalenin usulsüzlüğü nedeniyle feshi gerektiğini bildirmiş, mahkemece, şikayetin reddine yönelik karar borçlunun temyizi üzerine, Dairemizin 2015/9567 E. - 2015/14519 K. sayılı ilamı ile "İİK'nun 106. ve 110. maddeleri kapsamında inceleme ve değerlendirme yapılmak suretiyle oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi" gerektiğinden bahisle bozulmuş, bozmaya uyan mahkemece, satış isteme süresinin dolduğu, bu nedenle haczin kalktığı gerekçesiyle ihalenin feshine istemin kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır.

Somut olayın incelenmesinde; ihaleye konu taşınmaz üzerine, 25.04.2012 günü konulan hacizden itibaren yasal 2 yıllık süre içerisinde 21.04.2014 günü satış talebinde bulunulduğu, bu satış isteminin 12.09.2014 tarihinde geri alınması üzerine satışın düşürüldüğü, bu tarihten itibaren yeniden işleme başlayan 2 yıllık satış isteme süresi içerisinde 15.09.2014 tarihinde yeniden satış talebinde bulunulduğu görülmekle süresinde satış istenildiği ve haczin kalkmadığı anlaşılmaktadır.

Başka bir fesih sebebi de bulunmadığına göre mahkemece ihalenin feshi isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366. ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 24/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 24.03.2016 T. E: 3382, K: 8833 (www.e-uyar.com)

Not: Yüksek mahkeme, yukarıdaki kararında “...alacaklının süresi içinde satış talebinde bulduktan sonra bu talebini geri alması (yani satışı durdurması) halinde, satışın düşürüldüğü (durdurulduğu) tarihten itibaren yeniden taşınırlarda; altı ay, taşınmazlarda ise bir yıl içinde satış isteyebileceğini” belirtmiştir. Halbuki, daha önce yüksek mahkeme kimi kararlarında bu durumda “alacaklının -altı aylık ve bir yıllık satış isteme süresinin yeniden işlemeye başlayacağını, haciz tarihinden itibaren işlemeye başlamış ve satış talebi ile kesilmiş olan satış isteme süresinin, satış talebinin daha sonra geri alınması halinde, alacaklının altı aylık ya da bir yıllık satış isteme süresinin **kalan süresi içinde** satış isteyebileceğini” -doktrine^[1] de uygun biçimde- aşağıdaki şekilde belirtmişti:

✓ **I- Haciz tarihinden itibaren 1 ve 2 yıllık (şimdi, 6 ay ve 1 yıllık) süre içinde satış istemiş olan alacaklının, daha sonra satış talebini geri alması (satışı durdurması) halinde, haciz tarihinden itibaren 1 ve 2 yıllık (şimdi, 6 ay ve 1 yıllık) süre dolmadan (yani kalan süre içinde) yeniden satış istememesi halinde, haczin düşeceği-**

“... Şikayet eden tarafından satışa konu gayrimenkul 09.11.2004 tarihinde haczedilmiş, şikayet edenin satış talebi 17.07.2006 tarihinde alıcı çıkmaması nedeniyle düşmüş, 02/02/2007 tarihinde ise gayrimenkul başka bir dosyadan satılmıştır. İcra ve İflas Kanunu'nun 110. maddesine göre bir malın satılması kanuni süre içerisinde İstenmez veya talep geri alınıp da bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar. Dolayısıyla satış talep edildiğinde İİK'nın 106. maddesindeki sürenin durduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle haciz tarihinden itibaren 2 yıl içerisinde gayrimenkulun satılması gerektiği şeklindeki mahkemenin gerekçesi kanuna uygun değildir. Somut olayda, şikayet edenin haciz tarihinden, usulüne uygun satış talep ettiği tarihe kadar geçen süre ile satışın düştüğü tarihten gayrimenkulun başka bir dosyadan satışına kadar geçen sürenin toplamının 2 yılı geçmesi halinde haczin düştüğünün kabulü gerekir.

Mahkemece yukarıda açıklanan hukuki esaslar çerçevesinde gerekli incelemelerin yapılarak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, kanuna uygun olmayan gerekçe ile şikayetin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aylandır.

[1] **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku, C:2, 1990, s: 1184 - **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2013, s: 608 - **UYAR, T. /UYAR, C./UYAR, C.** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:2, 2014, s: 2115 - **ASLAN, E. K.** İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi, 2004, s: 54 - **DEYNEKLİ, A. /KISA, S.** Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 2005, s:141 - **ERTURGUT, M.** İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, 2000, s: 76

19. HD. 13.11.2008 T. E:2008/7413, K:2008/10955 (www.e-uyar.com)

✓ **II- Borçlunun taşınmazı üzerine haciz koydurmuş olan alacaklının -satış talep edip, bu talebini daha sonra geri almış olsa dahi- iki yıldan kalan süre içinde satış istememesi halinde, haczin düşeceği ve bu alacaklının sıra cetvelinde yer alamayacağı-**

Davacı vekili, borçluya ait taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde davalıya pay ayrıldığını, haczi düşmüş olan davalıya pay ayrılmasının hatalı olduğunu ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin alacaklı olduğu takip dosyasından 12.2.2001 tarihinde satış istendiğini, alıcı çıkmaması nedeniyle 27.4.2001 tarihinde satışın düştüğünü, 30.1.2003 tarihinde tekrar satış istendiğini, satış talebinin icra müdürlüğüne kabul edilmediğini, satış tarihinde de haczin geçerliliğini koruduğunu belirterek şikayetin reddini istemiştir.

Davalı banka satışa konu taşınmaza 14.12.1999 tarihinde kesin haciz uygulamıştır. 1.2.2001 tarihinde satış talebinde bulunmuş, ancak bu talep 27.4.2001 tarihinde düşmüştür. Davalı banka 30.1.2003 tarihinde tekrar satış talebinde bulunmuşsa da, satış masrafı vermemiştir. İİK'nun 110. maddesine göre bir malın satılması kanuni süre içinde istenmez veya talep geri alınıp da bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar. Davalı bankanın satış talebinde bulunduğu tarihe kadar geçen süre ile satışın düştüğü tarihten usulüne uygun satış talep edildiği tarihe kadar geçen toplam süre iki yılı geçtiğinden haczi düşmüştür. Merci Hakimliğince bu yön gözetilerek şikayetin kabulü gerekirken, yazılı gerekçeyle reddinde isabet görülmemiştir.

19. HD. 16.9.2004 T. E: 2003/11832, K: 8799 (www.e-uyar.com)

✓ **III- Haciz tarihinden itibaren 1 ve 2 yıllık (şimdi, 6 ay ve 1 yıllık) süre içinde satış istemiş olan alacaklının, daha sonra satış talebini geri alması (satışı durdurması) halinde, haciz tarihinden itibaren 1 ve 2 yıllık (şimdi, 6 ay ve 1 yıllık) süre dolmadan (yani kalan süre içinde) yeniden satış istememesi halinde, haczin düşeceği-**

Davacı vekili, «borçluya ait taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde müvekkiline pay ayrılmadığını, bu işlemin hatalı olduğunu» ileri sürerek «sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Erhan Bingöl vekili, «süresinde satış istemeyerek haczi düşen davacıya pay ayrılmamasında bir usulsüzlük bulunmadığını» belirterek «şikayetin reddini» istemiştir.

Merci Hakimliğince «iddia, savunma ve toplanan delillere göre davacının süresinde satış istediği, haczi düşmeyen davacıya öncelikle pay ayrılacağı» gerekçesiyle «şikayetin kabulüne» karar verilmiş, karar davalı Erhan Bingöl vekilince temyiz edilmiştir.

Bedeli paylaşımına konu taşınmaz davacı tarafından 16.3.1998 tarihinde haciz uygulanmıştır. Davacı alacaklı 13.3.2000 tarihinde süresinde satış talebinde bulunduktan sonra borçlunun 31.5.2000 tarihli 31.7.2000 de ödeme yapacağına ilişkin ödeme taahhüdünü alacaklının kabul etmesiyle satış isteme süresi kesilmiştir. 31.7.2000 tarihinde ödeme yapılmamış ve 20.1.2001 tarihli ödeme taahhüdünde bulunulmuştur. Davacı alacaklının 31.7.2000 tarihli taahhüdü ihalelerin sonra ilk satış isterken kalan süre içinde satış talebinde bulunması gerekirdi. Oysa davacı alacaklı tarafından İİK'nun 106 ve 110. maddelerde taşınmazlar için öngörülen iki yıllık satış isteme süresi dolduğundan davacının haczi düşmüştür. Merci Hakimliğince bu yönler gözetilerek «şikayetin reddi» gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulünde isabet görülmemiştir.

19. HD. 17.4.2003 T. E: 671, K: 4070 (www.e-uyar.com)

✓ **IV- Haciz tarihinden itibaren 1 ve 2 yıllık (şimdi, 6 ay ve 1 yıllık) süre içinde satış istemiş olan alacaklının, daha sonra satış talebini geri alması (satışı durdurması) halinde, haciz tarihinden itibaren 1 ve 2 yıllık (şimdi, 6 ay ve 1 yıllık) süre dolmadan (yani kalan süre içinde) yeniden satış istememesi halinde, haczin düşeceği-**

İİK'nun 106. maddesi hükmüne göre, alacaklı haczolunan mal menkul ise, hacizden nihayet bir sene içinde, gayrimenkul ise hacizden nihayet iki sene içinde, gayrimenkul ise hacizden nihayet iki sene içinde satılmasını isteyebilir. İİK'nun 110. maddesi de «bir malın satılması yasal süre içinde istenmez veya talep geri alınıp da bu müddet içinde yenilenmez ise o mal üzerindeki haciz kalkar» hükmünü içermektedir. 110. maddede ifade edilen «müddet» tabiri, satış talebinin hacizle başlayan menkul veya gayrimenkul mallar için bir ve iki yıllık süre içerisinde yapılması gerektiği anlamındadır. Yoksa, talebin geri alınıp sonradan yenilenmesi halinde ikinci bir tam süre başlamaz. Somut olayda haciz 10.3.1999 tarihinde yapılmış, satış 15.2.2000 tarihinde istenip, 20.3.2000 tarihinde satış talebi geri alınmıştır. Ardından 19.4.2001 tarihinde yeniden taşınmazın satışı istenmiştir. Diğer bir ifade ile ilk satış talebinden vazgeçilmesi

nedeniyle en geç ikinci yılın bitim tarihi olan 10.3.2001 tarihine kadar talep yenilenmemiş olup iki yıldan sonraki bir tarihte satış talebi taşınmaz üzerindeki haciz düştükten sonradır. Bu hususlar gözetilmeden şikayetin reddine karar verilmesi isabetli değildir.

19. HD. 30.4.2002 T. E: 2001/1601, K: 3254 (www.e-uyar.com)

-4-

✓ **I- Haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, bankalardaki hak ve alacaklar üzerine konulmuş olup, İİK'nun 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre borçlunun üçüncü kişi bankadaki alacağı menkul hükmünde ise de, mahcuz para alacağı için satış söz konusu olmadığından, 'paranın icra dosyasına -altı ay içinde- getirtilmesi talebi'nin, satış talebi gibi değerlendirilip buna göre inceleme yapılarak hüküm kurulması gerekeceği-**

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi E.Ö. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından borçlu hakkında kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlatılan icra takibinde, borçlunun, takibin kesinleşmesinden sonra banka hesaplarına konulan haczin düşmüş olması nedeni ile haczin kaldırılması için icra müdürlüğüne talepte bulunduğu, müdürlükçe, para üzerine uygulanan hacizlerde İİK.nun 106–110 maddelerinin uygulanamayacağı gerekçesi ile talebin reddedildiği, borçlu vekilinin bu karara karşı şikayet yoluyla icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

İİK'nun “paraya çevirme” başlığını taşıyan 106. ve devamı maddelerinde taşınır ve taşınmaz malların satış usulü düzenlenmiştir. Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı, taşınır hükmündedir. Aynı Kanun'un 110. maddesinde ise; “Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da, bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar” hükmü yer almaktadır.

Somut olayda; haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, bankalardaki hak ve alacaklar üzerine konulmuş olup, İİK'nun 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre borçlunun üçüncü kişi bankadaki alacağı menkul hükmünde ise de, mahcuz para alacağı için satış söz konusu olmadığından, paranın icra dosyasına celbi talebinin, satış talebi gibi değerlendirilip buna göre inceleme yapılarak hüküm kurulmalıdır.

O halde mahkemece, yukarıdaki ilkeler de nazara alınıp inceleme yapılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 19.04.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 19.04.2016 T. E: 9010, K: 11603 (www.e-uyar.com)

*

✓ **II- Haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, borçlunun üçüncü kişi bankada bulunan hesabındaki paraya konulduğunda, bu paranın satılarak paraya çevrilmesinin söz konusu olmadığı, ancak İİK'nun 106. maddesinin son fıkrasına göre borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağına taşınır hükmünde olduğu, para alacağına haczinde 'satış talebi' söz konusu olmadığından, haczedilen paranın -altı ay içinde- icra dosyasına gönderilmesi talebinin 'satış talebi' yerine geçeceği-**

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Yeliz Aziz Peker tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Alacaklı tarafından borçlu hakkında başlatılan kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibinde, borçlu icra mahkemesine başvurusunda, takibin kesinleşmesinden sonra borçluya ait banka hesabına konulan haczin düşmüş olması nedeni ile hesaba konulan haczin kaldırılması için icra müdürlüğüne yapılan talebin, müdürlüğün 12.12.2014 tarihli kararıyla İİK.'nun 106 ve 110. maddeleri gereğince reddedildiğini ileri sürerek haczin kaldırılmasını istemiş, mahkemece para alacaklarının haczinde satış isteme sürelerinin söz konusu olmadığı gerekçesi ile şikayetin reddine karar verilmiştir.

İİK.'nun "paraya çevirme" başlığını taşıyan 106 ve devamı maddelerinde taşınır ve taşınmaz malların satış usulü düzenlenmiştir. Haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, borçlunun üçüncü kişi bankada bulunan hesabındaki paraya konulduğunda, bu paranın satılarak paraya çevrilmesi söz konusu değildir. Ancak İİK.'nun 106. maddesinin son fıkrasına göre borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı taşınır hükmündedir. Para alacağı haczinde satış talebi söz konusu olmadığından haczedilen paranın icra dosyasına gönderilmesi talebi satış talebi yerine geçer.

Somut olayda, icra takibinin kesinleşmesi üzerine, borçlu Teta ... Ltd. Şti.'nin Yapı Kredi Bankası'ndaki hesabına haciz konulmasına ilişkin haciz müzekkeresine adı geçen bankaca verilen 18.06.2010 tarihli cevabi yazı ile borçlunun bankada herhangi bir hak ve alacağının bulunmadığı yönünde cevap verilmiştir. Bu durumda, mahkemenin para alacaklarının haczinde satış isteme süresinin söz konusu olmadığına ilişkin gerekçesi yerinde değil ise de; haciz müzekkeresinin bankaya ulaştığı tarih itibarıyla uygulanmış bir haciz söz konusu olmadığından, mahkemenin şikayetin reddine ilişkin kararı sonucu itibarıyla doğrudur.

SONUÇ: Borçlunun temyiz itirazlarının reddi ile sonucu doğru mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.'nin 366. ve HUMK.'nin 438. maddeleri uyarınca (ONANMASINA), alınması gereken 27,70 TL temyiz harcından, evvelce alınan harç varsa mahsubu ile eksik harcın temyiz edenden tahsiline, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 17/11/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 17.11.2015 T. E: 16638, K: 28523 (www.e-uyar.com)

*

✓ **III- Haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, bankalardaki hak ve alacaklar üzerine konulmuş olup, İİK'nun 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre 'borçlunun üçüncü kişi bankadaki alacağı menkul hükmünde' ise de, mahcuz para alacağı için 'satış' söz konusu olmadığından, paranın -altı aylık süre içinde- icra dosyasına getirilmesi talebi, satış talebi gibi değerlendirilip, buna göre inceleme yapılarak hüküm kurulması gerektiği-**

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlular tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Ebru Özdemir tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından başlatılan genel haciz yoluyla takibin kesinleşmesi üzerine, 3. kişilere 89/1 haciz ihbarnamesi gönderildiği, borçlular vekilinin 24/06/2014 tarihinde İİK'nun 106. ve 110. maddeleri gereğince haczin kaldırılması talebinin icra müdürlüğünce reddedildiği, borçlular vekilinin para alacaklarında da İİK'nun 106. ve 110. maddesindeki sürelerin uygulanması gerektiği iddiasıyla yeniden bankalarda bulunan hak ve alacaklar üzerindeki hacizlerin kaldırılmasını talep ettiği, icra müdürlüğünce talep hakkında daha önce karar

verildiğinden yeniden karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği, borçluların bu kararlara karşı mahkemeye şikayet yoluna başvurduğu, mahkemece ilk müdürlük kararına karşı şikayet süresinin geçirildiği, sonraki talebe ilişkin olarak, müdürlükçe talep hakkında inceleme yapılarak karar verilmesi gerektiği belirtilerek 15/07/2014 tarihli müdürlük kararının kaldırılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

İİK'nun 16. maddesine göre; “Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere, icra ve iflâs dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikayet olunabilir. Şikayet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır. Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikayet olunabilir.”

Somut olayda icra müdürlüğünün haczin kaldırılması talebinin reddine ilişkin ilk kararına karşı borçluların şikayeti, öğrenme tarihinden itibaren 7 günlük sürede olduğu gibi, bu talep İİK'nun 16/2 maddesi uyarınca süreye tabi de değildir.

Bununla birlikte borçluların icra mahkemesine başvurusu, para alacaklarında da İİK'nun 106. ve 110. maddelerinde öngörülen sürelerin uygulanması gerektiğine yönelik şikayet niteliğinde olup, yasal dayanağı İİK'nun 16. maddesidir. Aynı kanunun 17. maddesine göre; icra mahkemesince şikayetin kabulü halinde, şikayet olunan işlem ya bozular veya düzeltilir ya da memurun sebepsiz yapmadığı veya geciktirdiği işlerin icrası emrolunur.

İİK'nun “paraya çevirme” başlığını taşıyan 106. ve devamı maddelerinde taşınır ve taşınmaz malların satış usulü düzenlenmiştir. Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı taşınır hükmündedir. Aynı Kanun'un 110. maddesinde ise; “Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da, bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar” hükmü yer almaktadır.

Somut olayda; haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil bankalardaki hak ve alacaklar üzerine konulmuş olup İİK'nun 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre borçlunun üçüncü kişi bankadaki alacağı menkul hükmünde ise de mahcuz para alacağı için satış söz konusu olmadığından, paranın icra dosyasına celbi talebi satış talebi gibi değerlendirilip buna göre inceleme yapılarak hüküm kurulmalıdır.

O halde mahkemece İİK'nun 17. maddesi gereğince yukarıdaki ilkeler de nazara alınarak şikayet konusu incelenerek sonucuna göre karar verilmesi

gerekirken, uyuşmazlığa çözüm getirmeyecek biçimde yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçluların temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 10.11.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 10.11.2015 T. E: 26749, K: 27420 (www.e-uyar.com)

*

✓ **IV- Üçüncü şahıstaki mevcut para alacağının da İİK'nın 110. madde hükmüne kıyasen hacizden itibaren bir yıllık (şimdi: altı aylık) süre içerisinde icra dosyasına celbinin istenmesi gerekeceği, aksi halde haczin düşeceği- Üçüncü kişi nezdinde bulunan alacak için haciz talebi halinde, haciz tarihi belirlenirken gözetilecek tarihin, haciz yazısının yazıldığı tarih değil, üçüncü kişiye ulaşım, 'kayda işlendiği tarih' olduğu-**

Taraflar arasındaki sıra cetveline şikayetin yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı şikayetin reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde şikayetçi vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Şikayetçi vekili, müvekkilinin şikayet dışı borçlu hakkında başlatılan İzmir 18. İcra Müdürlüğü'nün 2008/17784 E. ve 2008/17936 E. sayılı takip dosyalarında, borçlunun üçüncü kişi A. G. A.Ş. nezdinde doğan hak ve alacaklarına haciz konulduğunu, İzmir 20. İcra Müdürlüğü'nün 2008/6162 E. sayılı dosyasında, borçlunun A. G. A.Ş. nezdindeki 400.000,00 TL ile 866.080,82 TL için düzenlenen sıra cetvellerinde, şikayet olunan idareye pay ayrıldığını, oysa 6183 sayılı Yasa'nın 21. maddesi gereğince paraya çevrilmesi gerekli olmayan alacak haczine idarenin iştirakinin mümkün olmadığını, idarenin hacze iştirakinin aynı Yasa'nın 21. maddesinde yer alan özel hüküm uyarınca paraya çevrilmeden evvelki dönem ile sınırlandırıldığını ileri sürerek, sıra cetvellerinin iptaline, sıra cetvellerine konu alacağın müvekkili şirketin alacaklı olduğu İzmir 18. İcra Müdürlüğü'nün 2008/17784 E ve 2008/17936 E. sayılı dosyaları ile L... Varlık Yönetimi A.Ş.'nin alacaklı olduğu İzmir 20. İcra Müdürlüğü'nün 2008/6162 E. sayılı dosyaları arasında garameten paylaşılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Şikayet olunan vekili, paylaşımına konu para dağıtılincaya kadar kati haczi bulunan müvekkili idarenin hacze iştirakinin mümkün bulunduğunu savunarak, şikayetin reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; nakit alacağın paraya çevrilmesi söz konusu olmadığından dağıtılincaya kadar iştirak haczinin mümkün olduğu gerekçesiyle, şikayetin reddine karar verilmiştir.

Kararı, şikayetçi vekili temyiz etmiştir.

1) Şikayet, sıra cetvelindeki sıraya ilişkindir.

6183 sayılı Kanun'un 21/1 maddesi "Üçüncü şahıslar tarafından haczedilen mallar paraya çevrilmeden evvel o mal üzerine amme alacağı için de haciz konulursa bu alacak da hacze iştirak eder ve aralarında satış bedeli garameten taksim olunur..." hükmünü içermektedir. 6183 sayılı Kanun'un 21/1. maddesinde satıştan söz edildiği ve paranın satışının mümkün olmadığı düşünülebilirse de, para hacizlerinde satış tarihi, paranın dosyaya girdiği tarihtir. Para ve alacak hacizlerine ilişkin işlemler, kural olarak İİK'nın 88. maddesi hükmü uyarınca menkul mal hükümlerine göre yapılır. Borçluya ait nakit parayla karşılaşan icra memuru, İİK'nın 88. maddesi hükmü çerçevesinde bu parayı haczedebilir. Üçüncü kişinin elindeki bir paranın İİK'nın 89. maddesine göre değil de, taşınır hacizlerine ilişkin 88. maddesine göre haczedilmesinde, tıpkı taşınırlarda olduğu gibi, paranın somut olarak üçüncü kişi elinde mevcut olması gerekir. Henüz mevcut olmayan bir paranın taşınır hükümlerine göre haczine yasal olanak bulunmamaktadır. Üçüncü şahıstaki mevcut para alacağının da İİK'nın 110. madde hükmüne kıyasen hacizden itibaren bir yıllık süre içerisinde icra dosyasına celbinin istenmesi gerekir. Aksi halde haciz düşer (Satış talebi, para hacizlerinde dosyaya celbinin istenmesi suretiyle yapılır.) Diğer yandan, üçüncü kişi nezdinde bulunan alacak için haciz talebi halinde, haciz tarihi belirlenirken gözetilecek tarih, haciz yazısının yazıldığı tarih değil, üçüncü kişiye ulaşım, kayda işlendiği tarihtir.

Buna göre mahkemenin, nakit alacağın paraya çevrilmesinin sözkonusu olmadığı yolundaki gerekçesinde isabet bulunmamakta ise de, 866.080,82 TL'nin icra dosyasına girdiği 09.02.2009 tarihinden önce şikayet olunanın haciz yazısının 14.11.2008 tarihinde 3. kişiye ulaştığı anlaşıldığından, bu paylaşım ile ilgili sıra cetveli yönünden karar, sonucu itibariyle doğru olduğundan, şikayetçi vekilinin bu sıra cetveli ile ilgili temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2) Şikayetçi vekilinin 400.000,00 TL'lik sıra cetveline yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Somut olayda, borçlunun 3.kişide haczedilen 400.000,00 TL'lik alacağı 07.11.2008, 866.080,82 TL'lik alacağı 09.02.2009 tarihinde icra dosyasına girmiş olup, Vergi Dairesi'nin 11.11.2008 tarihinde 3. kişiye ulaşan haciz yazısı, 400.000,00 TL'nin icra dosyasına girdiği tarihten sonra olduğundan, Vergi Dairesi'nin 400.000,00 TL'nin paylaşımı ile ilgili sıra cetveline iştiraki doğru olmamıştır. Bu durumda mahkemece, 12.03.2012 tarihli 400.00,00 TL'nin paylaşımı ile ilgili sıra cetveli yönünden şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yanılıgılı gerekçe ile şikayetin reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, şikayetçi vekili-nin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulü ile kararın şikayetçi yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 19.06.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

23. HD. 19.06.2014 T. E: 2415, K: 4726 (www.e-uyar.com)

Not: Yüksek mahkeme (Yargıtay 12. Hukuk ve 23. Hukuk Dairesi) yukarıdaki içtihatlarında “*İİK.’nun 106/II uyarınca; borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının menkul hükmünde olduğunu, haczedilen ‘para alacakları’nın satışının (paraya çevrilmesinin) söz konusu olmayacağını, ancak ‘üçüncü kişilerdeki (örneğin; bankalardaki) borçluya ait paraların icra dosyasına gönderilmesinin istenmesinin ‘satış talebi’ gibi değerlendirilmesi gerekeceğini, aksi takdirde para üzerinde konulan haczin düşeceğini*” belirtmiştir. Daha önce bu tür uyuşmazlıkları (özellikle ‘sıra cetveline itiraz /şikayet üzerine verilen kararları temyizen incelemiş olduğu dönemde verdiği kimi kararlarında Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise bu durumda;

“Şikayet eden vekili, ‘Ankara 30. İcra Müdürlüğünün 2003/3736 sayılı dosyası üzerinden yürütülen Bankası’nın icra takibi sonucu, 10.05.2003 tarihinde borçlu şirketin Enerji Bakanlığındaki alacaklarına haciz koydurduğunu, bir yıllık satış isteme süresi içinde satış talebinde bulunmadığı için haczin düştüğünü, yapılan haczin İİK.’nun 103. maddesi uyarınca borçluya tebliğ edilmemesi nedeniyle Bankasına ödeme yapılamayacağını’ belirterek ‘sıra cetvelinin iptalini’ istemiştir.

Mahkemece ‘para alacaklarının hacinde satış isteme süresinin söz konusu olmadığı, haciz tutanağının İİK.’nun 103. maddesi uyarınca borçluya tebliğ edilmemesinin haczi geçersiz kılmadığı, 09.05.2005 tarihinde haczin Bankasına ait ilk haciz olduğu’ belirtilerek ‘şikayetin reddine’ karar verilmiştir.

Şikayet eden vekili kararı temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülme- yen bütün temyiz itirazlarını reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan icra mahkemesi kararının İİK.'nin 366. maddesi uyarınca ONANMA-SINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 21.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi (19. HD. 21.03.2008 T. E:516, K:2804) (www.e-uyar.com)” diyerek ‘borçlunun üçüncü kişilerdeki para alacağı üzerine haciz konulmuş olması halinde paranın paraya çevrilmesi söz konusu olmayacağından para üzerindeki haczin -altı ay içinde icra dosyasına getirtilmesi istenmese dahi- düşmeyeceğini’ belirtmekteydi.

-5-

✓ **I- İİK'nun 128/a maddesine göre 2 yıl geçmedikçe yeniden kıymet taktiri istenemez ise de , hacizli taşınmaz üzerine sonradan konulan haczin “yeni bir haciz” olup, bu yeni haciz nedeniyle, İİK'nun 128/ II maddesi uyarınca satışa esas olmak üzere yeniden kıymet taktiri yapılması gerekeceği-**

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Alacaklı tarafından başlatılan takibe karşı borçlunun, yapılan ihalenin usulsüz olduğunu ileri sürerek feshi istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

İcra dosyasının incelenmesinde; ihale konusu taşınmaza 17/08/2011 tarihinde haciz konulduğu, ihaleye esas olan kıymet takdirinin 23/09/2013 tarihinde yapıldığı, alacaklının 13/12/2013 tarihli talebi üzerine talebi üzerine taşınmaza 20/12/2013 tarihinde yeniden haciz konulduğu, ancak yeniden kıymet takdiri yapılmadan 22/05/2015 tarihinde ihalenin gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar İİK'nun 128. maddesine göre 2 yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez ise de hacizli taşınmaz üzerine sonradan konulan haciz yeni bir haciz olup bu haciz nedeniyle İİK'nun 128/2. maddesi uyarınca satışa esas olmak üzere yeniden kıymet takdiri yapılması ve belirlenen bu değer satışa esas alınması gerekir. Düşmüş hacze dayalı olarak belirlenen kıymet takdiri herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu hususun mahkemece re'sen gözeteilmesi gerekir.

O halde mahkemece kalkmış (düşmüş) hacze dayalı kıymet takdiri esas alınarak yapılan ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ila-
mın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 04.04.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 04.04.2016 T. E: 3158, K: 9736 (www.e-uyar.com)

*

✓ **II- Düşen hacze dayalı olarak belirlenen kıymet takdiri herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacağından, satışa esas alınmasının da mümkün olmadığı, bu hususun mahkemece re'sen gözetilmesi gerektiği ve "ihalenin feshine" karar verilmesi gerektiği-**

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Borçlunun, diğer fesih nedenlerinin yanı sıra haczin yenilenmesinden sonra yeniden kıymet takdiri yapılmadan satışın gerçekleştirildiğini ileri sürerek ihalenin feshini talep ettiği, mahkemece, davanın reddine karar verildiği görülmüştür.

İİK.nun 106 ve 110. maddeleri uyarınca iki yıllık sürede satış istenmemiş ise haciz kalkar. Öte yandan iki yıllık sürede satış istenmekle beraber alacaklı satış talebini geri alırsa süre kaldığı yerden devam eder.

Somut olayda taşınmaz üzerine 03.04.2012 tarihinde haciz konulduğu, 25.12.2013 tarihinde kıymet takdiri ve satış talebinde bulunularak 26.12.2013 tarihinde satış avansının yatırıldığı, 23.01.2014 tarihinde kıymet takdir işleminin yapıldığı, 22.04.2014 tarihinde satış talebinde bulunularak 29.04.2014 tarihinde ilave satış avansı yatırıldığı, borçlunun 23.06.2014 tarihinde borcun ödenmesi taahhüdünde bulunması üzerine, alacaklı tarafından 23.06.2014 tarihinde satışın düşürülmesinin talep edildiği, daha sonra iki yıllık sürede satış istenmediğinden ve İİK.nun 110. maddesi uyarınca haciz düştüğünden, 15.09.2014 tarihinde alacaklı vekili tarafından taşınmaz üzerine yeniden haciz konulmasının ve satışına karar verilmesinin talep edildiği, aynı gün satış avansının yatırıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda satış yeni konulan hacze dayanılarak yapıldığından, bu hacze göre yeniden kıymet takdiri yapılması ve satışın da bu yeni kıymet takdiri üzerinden gerçekleştirilmesi gerekirken, düşen hacze dayalı olarak belirlenen kıymet takdiri herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacağından, satışa esas alınması mümkün değildir. Bu hususun mahkemece re'sen gözetilmesi gerekir.

O halde 15.09.2014 tarihli haciz sonrası yeniden kıymet takdiri yapılması gerekirken, kalkmış hacze dayalı kıymet takdiri esas alınarak ihalenin yapılması usulsüz olup, mahkemece ihalenin feshine karar verilmesi yerine şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 03/11/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 03.11.2015 T. E: 20201, K: 26503 (www.e-uyar.com)

*

✓ **III- Mahkemece kalkmış (düşmüş) hacze dayalı kıymet takdiri esas alınarak yapılan ihalenin usulsüz olduğu-**

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının onanmasını mutazammın 03.11.2014 tarih, 28384/25760 sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Meltem Duyan tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Sair karar düzeltme nedenleri yerinde değil ise de;

Alacaklı tarafından başlatılan takibe karşı borçlunun, yapılan ihalenin usulsüz olduğunu ileri sürerek feshi istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, şikayetin reddine ve para cezasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Borçlunun taşınmazı üzerine 04/09/2009 tarihinde haciz konulduğu, alacaklının talebi üzerine 29/05/2013 tarihinde haczin yenilendiği, ihaleye esas olan kıymet takdirinin 03/07/2012 tarihinde yapıldığı, ihalenin ise 16/01/2014 tarihinde gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.

Alacaklının haczin yenilenmesi talebi ilk hacizden vazgeçme anlamına geldiğinden 29/05/2013 tarihli haciz sonrası yeniden kıymet takdiri yapılması gerekirken, düşmüş hacze dayalı olarak belirlenen kıymet takdiri herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu hususun mahkemece resen gözetilmesi gerekir.

O halde mahkemece kalkmış (düşmüş) hacze dayalı kıymet takdiri esas alınarak yapılan ihalenin usulsüz olduğu gözetilerek ihalenin feshi yerine şikayetin reddine karar verilmesi isabetsiz olup, kararın bu nedenle bozulması gerekirken

Dairemizce onandığı anlaşılmağa borçlunun karar düzeltme isteminin kısmen kabulüne karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ :Borçlunun karar düzeltme isteminin kısmen kabulü ile Dairemizin 03.11.2014 tarih ve 2014/28384 E. - 2014/25760 K. sayılı onama ilâmının kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 02.04.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 02.04.2015 T. E:5245, K:8281 (www.e-uyar.com)

*

✓ **IV- Alacaklının 14.03.2014 tarihinde satış talebinde bulunduğuy, bu durumda alacaklının satış talebinin 1 yıl geçtikten sonra olduğuy, 16/01/2013 tarihinde konulan haciz İİK'nun 106 ve 110. maddesine göre kalkmış olduğundan, bu hacze dayalı olarak belirlenen kıymet takdirinin herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacağı, bu hususun mahkemece re'sen gözetileceğiy-**

Borçluy, düşmüş olan hacze dayalı olarak yapılan kıymet takdirinin geçersiz olduğunuy, yeniden kıymet takdiri yapılmadan gerçekleştirilen ihalenin usulsüz olduğunuy ileri sürerek ihalenin feshi istemiyle icra mahkemesine başvurduğuy, mahkemece istemin reddine karar verildiğiy anlaşılmiştir.

Borçlunun taşınmazı üzerine 21/06/2012 tarihinde haciz konulduğuy, alacaklının talebi üzerine 16/01/2013 tarihinde haczin yenilendiğiy, ihaleye esas olan kıymet takdirinin 22/03/2013 tarihinde yapıldığı ve 10/07/2014 tarihinde ihalenin gerçekleştirildiğiy anlaşılmaktadır.

16/01/2013 günlü haciz tarihi itibari ile yürürlükte bulunan 6352 Sayılı yasa ile değişik İİK'nun 106. maddesinde; " Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir. Aynı Kanunun 110.maddesinde ise; "Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da, bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar" hükmü yer almaktadır.

Alacaklının 14.03.2014 tarihinde satış talebinde bulunduğuy, bu durumda alacaklının satış talebinin 1 yıl geçtikten sonra olduğuy anlaşılmaktadır. 16/01/2013 tarihinde konulan haciz İİK.'nun 106 ve 110. maddesine göre kalkmış olduğunda, bu hacze dayalı olarak belirlenen kıymet takdiri herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu husus mahkemece resen gözetilir.

O halde mahkemece kalkmış hacze dayalı kıymet takdiri esas alınarak ihalenin yapılması usulsüz olup ihalenin feshi yerine şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

12. HD. 05.03.2015 T. E:1870,K:4754 (www.e-uyar.com)

*

✓ **V- İİK'nun 128a/III. maddesi uyarınca her ne kadar "icra müdürlüğünce takdir edilen kıymet- hem taşınırlarda ve hem de taşınmazlarda- 'kural olarak' iki yıl süre ile geçerli" ise de; taşınmazların haciz tarihinden itibaren 'bir yıl', taşınırların ise 'altı ay' içinde 'satışının istenmemesi' veya 'müşteri (alıcı) çıkmaması nedeniyle satılamaması' ve satış isteme süresinin geçmiş olması halinde, konulmuş olan haczin düşmesinden sonra, aynı alacaklı tarafından yeniden haciz talep edilmesi üzerine, yeniden kıymet takdir edilerek satış talebinde bulunulması gerekeceği (yani; düşmüş olan haciz nedeniyle daha önce takdir edilmiş olan kıymetin esas alınarak satışın yapılamayacağı)-**

Borçlunun ihalenin feshi istemiyle icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece şikayetin reddine karar verildiği görülmektedir.

İcra dosyasının incelenmesinde; ihale konusu taşınmaza 13.07.2010 tarihinde haciz konulduğu, ihaleye esas olan kıymet takdirinin 05.03.2013 tarihinde yapıldığı, alacaklının talebi üzerine taşınmaza 18.11.2013 tarihinde yeniden haciz konulduğu, ancak yeniden kıymet takdiri yapılmadan 15.05.2014 tarihinde ihalenin gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar İİK'nun 128. maddesine göre 2 yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez ise de; 18.11.2013 tarihli haciz esas alınarak ihale yapıldığına göre, konulan son hacze dayanarak yeniden kıymet takdiri yapılması gerekirken, 13.07.2010 tarihli hacze dayalı kıymet takdiri esas alınarak ihalenin yapılması usulsüz olup, bu hususun mahkemece re'sen gözetilmesi gerekmektedir.

O halde mahkemece ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366. ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 26/02/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 26.02.2015 T. E:1755, K: 4011 (www.e-uyar.com)

*

✓ **VI- İİK'nun 128a/III. maddesi uyarınca her ne kadar "icra müdürlüğünce takdir edilen kıymet- hem taşınırlarda ve hem de taşınmazlarda- 'kural olarak' iki yıl süre ile geçerli" ise de; taşınmazların haciz tarihinden itibaren 'bir yıl', taşınırların ise 'altı ay' içinde 'satışının istenmemesi' veya 'müşteri (alıcı) çıkmaması nedeniyle satılamaması' ve satış isteme süresinin geçmiş olması halinde, konulmuş olan haczin düşmesinden sonra, aynı alacaklı tarafından yeniden haciz talep edilmesi üzerine, yeniden kıymet takdir edilerek satış talebinde bulunulması gerekeceği (yani; düşmüş olan haciz nedeniyle daha önce takdir edilmiş olan kıymet esas alınarak satışın yapılamayacağı)-**

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Borçlunun düşen hacze dayalı olarak yapılan kıymet takdiriyle satışın yapıldığını da ileri sürerek ihalenin feshi istemiyle icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece şikayetin reddine karar verildiği görülmektedir.

İcra dosyasının incelenmesinde; ihale konusu taşınmazlara 23.10.2009 tarihinde haciz konulduğu, icra müdürlüğünce yaptırılan kıymet takdirine itiraz edildiği, Kocaeli 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2011/747 E. 2013/145 K. sayılı dosyasında 14.05.2012 tarihinde yapılan keşfe istinaden düzenlenen bilirkişi raporuna göre taşınmazların değerinin yeniden belirlendiği, 27.05.2013 tarihinde ihale konusu taşınmazlara yeniden haciz konulduğu ve 20.03.2014 tarihinde de ihalenin yapıldığı anlaşılmaktadır.

İİK'nun 128. maddesine göre 2 yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenmez ise de; 27.05.2013 tarihli haciz esas alınarak ihale yapıldığına göre, konulan son haciz nedeniyle yeniden kıymet takdiri yapılması gerekirken, 23.10.2009 tarihli hacze dayalı kıymet takdiri esas alınarak ihalenin yapılması usulsüzdür.

O halde mahkemece ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilanın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 20.01.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 20.01.2015 T. E: 2014/34097, K: 1195 (www.e-uyar.com)

Not: Yüksek mahkeme yukarıdaki yeni görüşünün, İİK.'nun “*kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez.*” şeklindeki 128a/III hükmü karşısında isabetli olup olmadığı tartışılabilir... Yeni benimsenen görüşe göre; *eğer taşınmaz/taşınır üzerindeki haciz ‘satış istenmemesi veya satışta müşteri çıkmaması’ nedeniyle düşerse aynı alacaklı tarafından bu taşınmazın/taşınırın tekrar haczedilmesi halinde, taşınmazla/taşınıra yeniden kıymet takdiri yapılacak ve taşınmazın/ taşınırın daha önce takdir edilen kıymet esas alınarak satışa çıkarılamayacaktır.*

-6-

✓ I- Yeni 6102 s. TTK.'nun 133. maddesindeki düzenleme uyarınca, bir 'sermaye şirketi' olan limited şirketlerde ortaklardan birinin kişisel alacaklısına -6762 s. eski TTK.'nun 145. maddesindeki düzenlemenin aksine-, ortağın ortaklık payının haczini ve paraya çevrilmesini isteme hakkının tanınmış olduğu- İcra müdürlüğü, alacaklı tarafından borçlunun üçüncü kişi limited şirketteki hissesinin haczi istendiğinde, borçlunun hisse haklarının, şirkete haciz yazısı tebliğ olunarak haczedilebileceği gibi icra memurunun mahalline (şirket merkezine) bizzat giderek, haczi şirkete tebliğ etmek ve pay defterine işlenmesini sağlamak suretiyle bu hususu tutanakla tespit ederek çıplak pay haczini yapabileceği-

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla yapılan icra takibinde borçlu Sebahattin Hundur'un 3. kişi Huntek İnşaat Or. Ür. Tic. Ltd. Şti. ve Hundurlar İnşaat San. Tic. Ltd. Şti'deki payının haczi için ticaret sicil memurluğuna müzekkere yazılmasına karar verilmesi üzerine, borçlu vekilinin icra müdürlüğü işleminin iptali istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, istemin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

6762 sayılı TTK.nun 145. maddesine göre, limited şirketlerde ortaklardan birinin kişisel alacaklısı, şirket devam ettiği sürece haklarını borçlu şirket ortağının şahsi mallarından, şirket bilançosu gereği o ortağa düşen kar payından ve şirket fesholunmuş ise tasfiye payından alabilir. 6762 sayılı TTK'nun 522 ve 523.maddelerinde limited şirketlerde cebri icraya ilişkin koşullar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler karşısında limited şirketlerde ortağın şahsi borcundan dolayı, ortaklık payının doğrudan haczi mümkün olmayıp, sadece ortağın kar payı, masraf ve avans alacağı veya tasfiye halinde, tasfiye bakiyesine katılma hakkı haczedilebilir. 6762 sayılı TTK'nun 522. maddesinde alacaklıya tanınan borçlu ortağın limited şirketteki hissesini haciz hakkı, satış isteme hakkından yoksundur. Zira, limited şirketlerde pay kural olarak bölünmez. Ancak, bunun istisnası devir veya miras yolu ile intikalde mümkün olup, pay önce bölünür, sonra devir veya intikal edilir. Ayrıca pay kavramı ortaklık hak ve yükümlülüklerinin tamamını ifade eder.

01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 133. maddesi 6762 sayılı TTK.nun 145. maddesinden farklı bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu düzenlemeye göre, sermaye şirketlerinde alacaklılar, alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından almak yanında, borçlularına ait olan, senede bağlanmış veya bağlanmamış payların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı

İcra ve İflas Kanunu'nun taşınırlara ilişkin hükümleri uyarınca haczedilmesini ve paraya çevrilmesini isteyebilirler. Haciz, istek üzerine, pay defterine işlenir.

Bunun dışında, alacaklılar, tüm ticaret şirketlerinde alacaklarını, ortağın şirketten olan diğer alacaklarından da alabilme ve bunun için haciz yaptırabilme yetkisini de haizdir.

Yapılan bu değişiklik sonucu, sermaye şirketi olan limited şirketlerde ortaklardan birinin kişisel alacaklısına, 6762 sayılı TTK.nun 145. maddesinin aksine, ortağın ortaklık payının haczini ve paraya çevrilmesini isteme hakkı tanınmıştır.

Söz konusu değişiklik madde gerekçesinde; "6762 sayılı kanundaki sermayesi paylara bölünmüş şirketlerle anonim şirketlere ve hisse senetlerine özgülenmiş bulunan ikinci fıkra "sermaye şirketleri" ibaresi kullanılarak limited şirketleri ve senede bağlanmamış payları da kapsayacak tarzda genişletilmiştir. Haczedilecek ve paraya çevrilecek payın anonim, limited ve paylı komandit şirkete ait bulunması veya senede bağlanmış olup olmaması, herhangi bir hüküm farkı yaratmaz." şeklinde açıklanmıştır.

Madde gerekçesinin devamında da belirtildiği üzere, hükmün diğer bir yeniliği, haczin ve paraya çevrilmenin hangi hükümlere göre yapılabileceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. 6102 sayılı TTK.nun 133/2. maddesi gereğince, limited şirketlerde borçlu ortağın payı İcra İflas Kanununun taşınırlara ilişkin hükümlerine göre haczedilecektir. Bu durumda, icra müdürlüğü, alacaklı tarafından borçlunun üçüncü kişi limited şirketteki hissesinin haczi istendiğinde, borçlunun hisse haklarının, şirkete haciz yazısı tebliğ olunarak haczedilebileceği gibi icra memuru mahalline (şirket merkezine) bizzat giderek, haczi şirkete tebliğ etmek ve pay defterine işlenmesini sağlamak suretiyle bu hususu tutanakla tespit ederek çıplak pay haczini yapabilir.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus da şudur:

6102 sayılı TTK.nun 593/2. maddesinde getirilen bir diğer yenilikle limited şirketlerde, esas sermaye payının, ispat aracı olan bir senede veya nama yazılı senede bağlanabilmesine imkan tanınmıştır. Madde gerekçesinde, esas sermaye payını içeren nama yazılı senet çıkarılmasının, paya devir ve dolayısıyla dolaşım kolaylığı sağlamayacağı, 595 ve devamı hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiş ve bu olanağın, limited şirket esas sermaye payını, anonim şirket payına dönüştürmeyeceği ve yaklaştırmayacağı, sadece ispatı ile gereğinde limited şirkete ilişkin hükümler çerçevesinde- payın devrinde bazı kolaylıklar sağlayabileceği belirtilmiştir.

O halde, limited şirketlerde pay senetleri birer ispat vasıtası niteliğinde olup, pay senedinin teslimi ile ortaklık hakkı devir ve temlik edilemez ve yine aynı nedenle bu haklar üzerine rehin ve haciz konulamaz. Pay senetlerinin kazanılması ile sermaye payı devralınmış olmaz. Esas sermaye payının devredilebilmesi 6102 sayılı TTK.nun 595 ve 596. maddesi hükümleri şartlarında mümkündür.

Buna göre pay senedinin teslimi ortaklık hakkının devrini sağlamadığından, pay senedinin haczedilmesi borçlunun, limited şirketteki ortaklık payının haczedildiği sonucunu doğurmaz. Yukarıda da belirtildiği üzere, ortaklık payı, limited şirkete haciz yazısının tebliği ile haczedilebileceği gibi icra memurunun mahalline (şirket merkezine) bizzat giderek, haczi şirkete tebliğ etmek ve pay defterine işlenmesini sağlamak suretiyle bu hususu tutanakla tespit ederek pay haczini yapması mümkündür.

Yapılan bu açıklamalar ve yasal düzenlemeler ışığında somut olaya gelince;

Alacaklı tarafından 14.08.2012 tarihinde borçlunun 3. kişi Hunttek İnşaat Or. Ür. Tic. Ltd. Şti. ve Hundurlar İnşaat San. Tic. Ltd. Şti'deki hisselerinin haczi için Ticaret Sicil memurluğuna haciz müzekkeresi yazılması talep edilmiş, ticaret sicil memurluğu haczin sicil kayıtlarına tescil edildiğini bildirmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere haciz tarihi itibarıyla yürürlükte olan 6102 sayılı TTK.nun 133/2. maddesi gereğince, borçlunun limited şirketteki ortaklık payının haczi mümkün olup, icra müdürlüğü, alacaklı tarafından borçlunun üçüncü kişi limited şirketteki hissesinin haczi istendiğinde, borçlunun hisse haklarının, şirkete haciz yazısı tebliğ olunarak haczedilebileceği gibi icra memuru mahalline (şirket merkezine) bizzat giderek, haczi şirkete tebliğ etmek ve pay defterine işlenmesini sağlamak suretiyle bu hususu tutanakla tespit ederek çıplak pay haczini yapabilir. Şirket hisselerinin bu şekilde haczedilmesinden sonra ancak bildirimde bulunmak için ticaret sicil memurluğuna müzekkere yazılabilir.

Bu durumda mahkemece, yukarıda açıklanan nedenlerle şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 01.04.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 01.04.2014 T. E: 7213, K: 9331 (www.e-uyar.com)

*

✓ **II- Yeni 6102 s. TTK.’nun 133. maddesindeki düzenleme uyarınca, bir ‘sermaye şirketi’ olan limited şirketlerde ortaklardan birinin kişisel alacaklısına -6762 s. eski TTK.’nun 145. maddesindeki düzenlemenin aksine-, ortağın ortaklık payının haczini ve paraya çevrilmesini isteme hakkının tanınmış olduğu- Limited şirketlerde borçlu ortağın payının İİK.’nun taşınırlara ilişkin hükümlerine göre haczedileceği, bu durumda, icra müdürlüğünün, alacaklı tarafından borçlunun üçüncü kişi limited şirketteki hissesinin haczi istendiğinde, borçlunun şirketteki payının, şirkete haciz yazısı tebliğ olunarak haczedilebileceği gibi, icra memurunun şirket merkezine bizzat giderek, haczi şirkete tebliğ etmek ve pay defterine işlenmesini sağlamak suretiyle bu hususu tutanakla tespit ederek çıplak pay haczini yapabileceği, limited şirketlerde ispat vasıtası olan pay senedinin teslimi ile ortaklık hakkının devir ve temlik edilemeyeceği ve nedenle bu hakların üzerine rehin ve haciz konulamayacağı, pay senedinin haczedilmesinin borçlunun, limited şirketteki ortaklık payının haczedildiği sonucunu doğurmayacağı-**

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak başlatılan kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe karşı, borçlu S. A.’ın, ortağı olduğu limited şirketteki payının haczine dair icra müdürlüğü işleminin iptali istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, istemin kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır.

6762 sayılı TTK.nun 145. maddesine göre, limited şirketlerde ortaklardan birinin kişisel alacaklısı, şirket devam ettiği sürece haklarını borçlu şirket ortağının şahsi mallarından, şirket bilançosu gereği o ortağa düşen kar payından ve şirket fesholunmuş ise tasfiye payından alabilir. 6762 sayılı TTK’nun 522 ve 523. maddelerinde limited şirketlerde cebri icraya ilişkin koşullar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler karşısında limited şirketlerde ortağın şahsi borcundan dolayı, ortaklık payının doğrudan haczi mümkün olmayıp, sadece ortağın kar payı, masraf ve avans alacağı veya tasfiye halinde, tasfiye bakiyesine katılma hakkı haczedilebilir. 6762 sayılı TTK’nun 522. maddesinde alacaklıya tanınan borçlu ortağın limited şirketteki hissesini haciz hakkı, satış isteme hakkından yoksundur. Zira, limited şirketlerde pay kural olarak bölünmez. Ancak, bunun istisnası devir veya miras yolu ile intikalde mümkün olup, pay önce bölünür, sonra devir veya intikal edilir. Ayrıca pay kavramı ortaklık hak ve yükümlülüklerinin tamamını ifade eder.

01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı sayılı Türk Ticaret Kanununun 133. maddesi 6762 sayılı TTK.nun 145. maddesinden farklı bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu düzenlemeye göre, sermaye şirketlerinde alacaklılar, alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından almak yanında, borçlularına

ait olan, senede bağlanmış veya bağlanmamış payların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun taşınırlara ilişkin hükümleri uyarınca haczedilmesini ve paraya çevrilmesini isteyebilirler. Haciz, istek üzerine, pay defterine işlenir.

Bunun dışında, alacaklılar, tüm ticaret şirketlerinde alacaklarını, ortağın şirketten olan diğer alacaklarından da alabilme ve bunun için haciz yaptırabilme yetkisini de haizdir.

Yapılan bu değişiklik sonucu, sermaye şirketi olan limited şirketlerde ortaklardan birinin kişisel alacaklısına, 6762 sayılı TTK.nun 145. maddesinin aksine, ortağın ortaklık payının haczini ve paraya çevrilmesini isteme hakkı tanınmıştır.

Söz konusu değişiklik madde gerekçesinde; “6762 sayılı kanundaki sermayesi paylara bölünmüş şirketlerle anonim şirketlere ve hisse senetlerine özgülenmiş bulunan ikinci fıkra “sermaye şirketleri”ibaresi kullanılarak limited şirketleri ve senede bağlanmamış payları da kapsayacak tarzda genişletilmiştir. Haczedilecek ve paraya çevrilecek payın anonim, limited ve paylı komandit şirkete ait bulunması veya senede bağlanmış olup olmaması, herhangi bir hüküm farkı yaratmaz.” şeklinde açıklanmıştır.

Madde gerekçesinin devamında da belirtildiği üzere, hükmün diğer bir yeniliği, haczin ve paraya çevrilmenin hangi hükümlere göre yapılabileceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. 6102 sayılı TTK.nun 133/2. maddesi gereğince, limited şirketlerde borçlu ortağın payı İcra İflas Kanununun taşınırlara ilişkin hükümlerine göre haczedilecektir. Bu durumda, icra müdürlüğü, alacaklı tarafından borçlunun üçüncü kişi limited şirketteki hissesinin haczi istendiğinde, borçlunun hisse hakları şirkete haciz yazısı tebliğ olunarak haczedilebileceği gibi icra memuru mahalline (şirket merkezine) bizzat giderek, haczi şirkete tebliğ etmek ve pay defterine işlenmesini sağlamak suretiyle bu hususu tutanakla tespit ederek çıplak pay haczini yapabilir.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus da şudur:

6102 sayılı TTK.nun 593/2. maddesinde getirilen bir diğer yenilikle limited şirketlerde, esas sermaye payının, ispat aracı olan bir senede veya nama yazılı senede bağlanabilmesine imkan tanınmıştır. Madde gerekçesinde, esas sermaye payını içeren nama yazılı senet çıkarılmasının, paya devir ve dolayısıyla dolaşım kolaylığı sağlamayacağı, 595 ve devamı hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiş ve bu olanağın, limited şirket esas sermaye payını, anonim şirket payına dönüştürmeyeceği ve yaklaştırmayacağı, sadece ispatı ile gereğinde -limited şirkete ilişkin hükümler çerçevesinde- payın devrinde bazı kolaylıklar sağlayabileceği belirtilmiştir.

O halde, limited şirketlerde pay senetleri birer ispat vasıtası niteliğinde olup, pay senedinin teslimi ile ortaklık hakkı devir ve temlik edilemez ve yine aynı nedenle bu haklar üzerine rehin ve haciz konulamaz. Pay senetlerinin kazanılması ile sermaye payı devralınmış olmaz. Esas sermaye payının devredilebilmesi 6102 sayılı TTK.nun 595 ve 596. maddesi hükümleri şartlarında mümkündür.

Buna göre pay senedinin haczi, pay senedinin teslimi ortaklık hakkının devrini sağlamadığından, borçlunun, limited şirketteki ortaklık payının haczedildiği sonucunu doğurmaz. Yukarıda da belirtildiği üzere, ortaklık payı, limited şirkete haciz yazısının tebliği ile haczedilebileceği gibi icra memuru mahalline (şirket merkezine) bizzat giderek, haczi şirkete tebliğ etmek ve pay defterine işlenmesini sağlamak suretiyle bu hususu tutanakla tespit ederek çıplak pay haczini yapabilir.

Yapılan bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında;

Alacaklı tarafından ihtiyati haciz kararına dayanılarak icra müdürlüğünden haciz talebinde bulunduğu ve buna binaen 08.01.2013 tarihinde borçlunun ortağı olduğu limited şirketteki hissesinin hazine dair haciz yazısı gönderildiği, daha sonra kambiyo takibine geçildiği ve 11.03.2013 tarihinde yeniden haciz talebinde bulunduğu, icra müdürlüğünce haciz istemi kabul edilerek şirkete haciz yazısı gönderildiği görülmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere haciz tarihi itibarıyla yürürlükte olan 6102 sayılı TTK.nun 133/2. maddesi gereğince, borçlunun limited şirketteki ortaklık payının haczi mümkün olup, mahkemece, şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK.'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 28.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 28.11.2013 T. E: 30403, K: 37960 (www.e-uyar.com)

Aynı doğrultuda:

12. HD. 22.02.2014 T. E: 9590, K: 11864 (www.e-uyar.com)

07.05.2013 T. E: 7955, K: 17423 (www.e-uyar.com)

Not: Eski 6762 s. TTK.'nun 145. maddesine göre, limited şirketlerde ortaklardan birinin kişisel alacaklısı, şirket devam ettiği sürece haklarını borçlu

şirket ortağının şahsi mallarından, şirket bilançosu gereği o ortağa düşen kar payından ve şirket fesholunmuş ise tasfiye payından alabiliyordu. 6762 sayılı TTK'nun 522 ve 523. maddelerinde limited şirketlerde cebri icraya ilişkin koşullar düzenlenmişti. Bu düzenlemeler karşısında limited şirketlerde ortağın şahsi borcundan dolayı, ortaklık payının doğrudan haczi mümkün olmayıp, sadece ortağın kar payı, masraf ve avans alacağı veya tasfiye halinde, tasfiye bakiyesine katılma hakkı haczedilebiliyordu. 6762 sayılı TTK'nun 522. maddesinde alacaklıya tanınan borçlu ortağın limited şirketteki hissesini haciz hakkı, satış isteme hakkından yoksundu.

01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı sayılı Türk Ticaret Kanununun 133. maddesi 6762 sayılı TTK.nun 145. maddesinden farklı bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu düzenlemeye göre, sermaye şirketlerinde alacaklılar, alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından almak yanında, borçlularına ait olan, senede bağlanmış veya bağlanmamış payların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun taşınırlara ilişkin hükümleri uyarınca haczedilmesini ve paraya çevrilmesini isteyebilirler. Haciz, istek üzerine, pay defterine işlenir.

Bunun dışında, alacaklılar, tüm ticaret şirketlerinde alacaklarını, ortağın şirketten olan diğer alacaklarından da alabilme ve bunun için haciz yaptırabilme yetkisini de haizdir.

Yapılan bu değişiklik sonucu, sermaye şirketi olan limited şirketlerde ortaklardan birinin kişisel alacaklısına, 6762 sayılı TTK.nun 145. maddesinin aksine, ortağın ortaklık payının haczini ve paraya çevrilmesini isteme hakkı tanınmıştır.

