

**Cilt: 24, Sayı: 41, Yıl: 2019**  
**Vol: 24, No: 41, Year: 2019**  
**ISSN: 1300-2929**

**DİCLE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**Dicle University Journal of Law Faculty**

**DİCLE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ YAYINI**

Diyarbakır 2019

**DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**(DÜHFD)**

**Dicle University Journal of Law Faculty**

<b>Derginin Sahibi</b>	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dekan)
<b>Sorumlu Müdür</b>	: Nazime YÜCESOY (Fakülte Sekreteri)
<b>Yönetim Yeri</b>	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Diyarbakır
<b>Yayının Türü</b>	: Süreli Yayın / Hakemli Hukuk Dergisi
<b>ISSN</b>	: 1300-2929
<b>e-ISSN</b>	: 2458-7907

**Yayın Kurulu**


Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK	Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN	Prof. Dr. Ezeli AZARKAN
Prof. Dr. Ali AYLİ	Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU
Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN	Dr. Öğr. Üyesi Neşe BARAN ÇELİK

**Editörler**

Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN	Dr. Öğr. Üyesi Neşe BARAN ÇELİK
------------------------------	---------------------------------

**Kurumsal İletişim Bilgileri**

<b>Adres</b>	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21280 / Diyarbakır
<b>Tel / Fax</b>	: +90 412 2488357 / +90 412 2488358
<b>Url</b>	: <a href="http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi">http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi</a>
<b>E-Mail</b>	: <a href="mailto:hukukdergisi@dicle.edu.tr">hukukdergisi@dicle.edu.tr</a> / <a href="mailto:diclehukukdergisi@gmail.com">diclehukukdergisi@gmail.com</a>
<b>Dizgi</b>	: Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN
<b>Basım Yeri</b>	: Dicle Üniversitesi Basımevi - Diyarbakır
<b>Basım Yılı</b>	: Aralık 2019

- DÜHFD yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanan hakemli bir dergidir.
- Derginin amacı hukuk ve hukuk ile yakından bağlantılı konularda bilime katkı sunabilecek akademik çalışmalara yer vermektir.
- Derginin kapsamına hukuk alanında yazılmış bilimsel çalışmalar dahildir.
- Derginin yayın dili Türkçedir. Ancak Türkçe özetine yer verilme koşuluyla başka dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir.
- Makalelerden kaynaklanan sorumluluk yazarlara aittir.
- DÜHFD 2015 yılından itibaren TÜBİTAK ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
- DÜHFD  Hukuk Dergileri Veri Tabanında endekslenmektedir.

## DANIŞMA KURULU\*

- Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Bingöl Üniversitesi İİBF)  
Prof. Dr. Ali AYLÍ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Ezeli AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Hakan HAKERÍ (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fak.)  
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDÍ (Dicle Üniversite Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMÍ (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)  
Prof. Dr. Janbernd OEBBECKE (em.) (WWU Münster / Germany)  
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak.)  
Prof. Dr. Mehmet AYAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fak.)  
Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Murat KANDEMİR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Müslüm AKINCI (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Recep GÜLŐEN (İğdır Üniversitesi İİBF)  
Prof. Dr. Selim ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi İİBF)  
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Erzincan Binali Yıldırım Üniv. Hukuk Fak.)  
Prof. Dr. Yasemin IŐIKTAÇ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Zehra Şeker ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Cevat Gökhan ERBAŞ (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fak.)

---

\* Unvanlara ve alfabetik olarak isimlere göre sıralanmıştır.

Doç. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)  
Doç. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

# DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## YAYIN İLKELERİ

1. Yayınlanmak üzere dergiye gönderilecek yazıların yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekir.
2. Yazıların ulusal ve uluslararası alanda geçerli araştırma ve yayım etiğine ilişkin kurullarla uyumlu olması gerekir.
3. Yazıların bilimsel standartlara uygun ve özgün olması gerekir. İntihal programları kullanılmak suretiyle veya başka bir şekilde intihale yer verdiği tespit edilen yazılar kabul edilmez.
4. Yazılar elektronik ortamda teslim edilmelidir.
5. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
6. Yazıların teslimi sırasında ayrıca yazının türü (makale, derleme, özet, editöre mektup, çeviri, karar incelemesi, kitap veya muhtelif eser kritiği, vaka takdimi, mevzuat incelemesi, araştırma notu, tez özeti vb.) hakkında da bilgi verilmelidir.
7. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir. Bununla birlikte derginin dizgisinin yapıldığı tarihe kadar editörün uygun görüşü alınmak suretiyle yazılarda yeni bir hakem incelemesi gerektirmeyecek ve mevcut hakem raporlarıyla çelişmeyecek ufak çaplı değişiklikler yapılabilir.
8. Yayın Kurulunca ilk incelemesi yapılan yazılar değerlendirilmek üzere hakemlere gönderilir. Yazılar farklı kurumlardan olmak üzere en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Hakemlerden en az biri fakülte dışından seçilir. Hakemler yazıların yayımlanması, yayımlanmasının uygun olmadığı veya düzeltilerek yayımlanması yönünde görüş bildirebilirler. Her iki hakemin de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde, ilgili yazı talep üzerine veya re'sen üçüncü bir hakeme gönderilebilir ve üçüncü hakem raporuna göre işlem yapılabilir. Hakemlerden birinin olumsuz görüş bildirmesi halinde editör görüşüne göre de hareket edilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

9. Yazım yanlışlarının olanağın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerinin uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir yazının yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu bir şekilde sonuçlanmış olması yazara yayım hakkı vermez.
10. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu konuda herhangi bir mesuliyet kabul etmez.
11. Yayına kabul edilen eserlerin telif hakkı Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlara telif ücreti veya başka bir isim altında herhangi bir ödeme yapılmaz.

# DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## MAKALE YAZIM KURALLARI

1. Yazıların “Times New Roman” karakterinde, ana metnin tek satır aralığında ve 11 punto olarak, dipnot metninin 10 punto olarak hazırlanması gerekir.
2. Yazılar hem yazı dilinde hem de İngilizce, Almanca veya Fransızca gibi dillerde hazırlanmış bir “Öz” kısmına yer vermelidir. Ayrıca “Öz” kısmından hemen sonra gelmek üzere hem yazı dilinde hem de ilgili yabancı dilde en az beş anahtar kelimeye ve yazının ilgili yabancı dildeki başlığına da yer verilmelidir. “Öz”ün ve “Öz”ün yabancı dildeki tercümesinin her biri 400 kelimeyi geçmemelidir. Türkçeden başka bir dilde yazılan yazıların Türkçe “Öz”üne yer verilmesi zorunludur.
3. Yazının sistematığı aşağıdaki şekilde olmalıdır.

### BAŞLIK

(Bu başlık altında öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

### YABANCI DİLDEKİ BAŞLIK

(Burada yabancı dilde öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

I. GİRİŞ (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

II. ...

A. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

B. ...

1. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

2. ...

a. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

b. ...

III. ... (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

IV. SONUÇ (Sonuç başlığına da **numara verilmelidir.**)

KAYNAKÇA (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacak ve başlığa **numara verilmeyecektir.**)

4. Kaynakça kısmında önce büyük harflerle yazarın soyadına, sonra adına yer verilmeli, iki nokta üst üste işaretinden sonra da esere ilişkin bilgiler yazılmalıdır. Kaynakçada yer verilen her eser veya kaynak sonra nokta işareti (.) ile sonlandırılmalıdır. Kaynakçanın ilk satırı soldan başlatılmalı, devam eden satırlar 1,25 cm içerden (sağdan) başlatılmalıdır.

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukuku, 25. Baskı, Anayasa Yayınevi, Ankara 2015. **(Kitap örneği)**

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukukunda Normlar Hiyerarşisi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 32, Yıl: 2015, s. 1 - 33. **(Makale örneği)**

5. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi ve tüm dipnotların mutlaka nokta işareti (.) ile sonlandırılması gerekir.
6. Editörden onay alınan haller hariç olmak üzere yayımlanmak üzere gönderilen yazıların kural olarak 30 sayfayı geçmemesi gerekir.



## DERGİNİN GEÇMİŐİ

### (ARŐIV)

Cilt: 1	Sayı: 1	Yıl: 1983
Cilt: 2	Sayı: 2	Yıl: 1984
Cilt: 3	Sayı: 3	Yıl: 1985
Cilt: 4	Sayı: 4	Yıl: 1988
Cilt: 5	Sayı: 5	Yıl: 1992
Cilt: 6	Sayı: 6	Yıl: 1993
Cilt: 7	Sayı: 7	Yıl: 2003
Cilt: 8-9	Sayı: 8-9-10-11	Yıl: 2003-2004
Cilt: 10-11	Sayı: 12-13-14-15	Yıl: 2005-2006
Cilt: 12-13	Sayı: 16-17-18-19	Yıl: 2007-2008
Cilt: 14	Sayı: 20-21	Yıl: 2009
Cilt: 15-16	Sayı: 22-23-24-25	Yıl: 2010-2011
Cilt: 17-18	Sayı: 26-27-28-29	Yıl: 2012-2013
Cilt: 19	Sayı: 30-31	Yıl: 2014
Cilt: 20	Sayı: 32	Yıl: 2015
Cilt: 20	Sayı: 33	Yıl: 2015
Cilt: 21	Sayı: 34	Yıl: 2016
Cilt: 21	Sayı: 35	Yıl: 2016
Cilt: 22	Sayı: 36	Yıl: 2017
Cilt: 22	Sayı: 37	Yıl: 2017
Cilt: 23	Sayı: 38	Yıl: 2018
Cilt: 23	Sayı: 39	Yıl: 2018
Cilt: 24	Sayı: 40	Yıl: 2019
Cilt: 24	Sayı: 41	Yıl: 2019

**NOT:** DÜHFD 32. sayıya kadar 1303-9105 ISSN numarasıyla, 33. ve sonraki sayılarda ise 1300-2929 ISSN numarasıyla yayımlanmıştır.



# İÇİNDEKİLER

## MAKALELER

### KAMU HUKUKU

**Prof. Dr. Gürsel KAPLAN**

İDDİA VE SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ YASAĞI İLKESİNİN İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ.....183

**Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK**

ÖZEL BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU (TCK m. 207).....229

**Doç. Dr. Sibel SAFİ**

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜ'NÜN 31. ve 33. MADDELERİNİN İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA ANALİZİ.....257

**Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Murat IŞIK**

SENED-İ İTTİFAK'TAN MÜTAREKE DÖNEMİNE KADAR TÜRKİYE'DE ANAYASAL VE SİYASAL DEĞİŞİM SÜRECİ.....293

**Arş. Gör. Dr. Mehmet Nuri GÜZEL**

1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE UYGULANAN ADI KONMAMIŞ KENDİNE ÖZGÜ BİR PARLAMENTER DENETİM YOLU: İZAHAT TALEBİ.....319

**Dr. Öğr. Üyesi Vahap COŞKUN**

“İSAIAH BERLİN’LE KONUŞMALAR” (KİTAP TANITIMI).....345

### ÖZEL HUKUK

**Prof. Dr. M. Kâmil YILDIRIM /**

**Arş. Gör. Yakup ORUÇ**

İCRA VE İFLÂS KANUNU İLE ALMAN ACİZ KANUNU BAKIMINDAN İFLÂS KURALLARININ AMACININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....361

<b>Doç. Dr. Mehmet ÜÇER /</b> <b>Doç. Dr. Nedim MERİÇ</b> KİRACININ TACİR OLMASI DURUMUNDA KİRAYA VERENİN AYIPTAN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI.....	405
<b>Dr. Öğr. Üyesi Neşe BARAN ÇELİK</b> TÜRKİYE'DE YABANCILIK UNSURU İÇEREN MİRASÇILIK BELGELERİNİN DÜZENLENMESİ .....	439

## CONTENTS

### ARTICLES

#### COMMON LAW

**Prof. Dr. Gürsel KAPLAN**

DE L'ÉVENTUELLE APPLICABILITÉ DU PRINCIPE  
D'INTERDICTION DE LA CONCENTRATION OU  
MODIFICATION DES MOYENS ET DES DEMANDES EN  
PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE .....184

**Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK**

A COUNTERFEITING PRIVATE DOCUMENTS (TCC arT. 207) ...230

**Assoc. Prof. Sibel SAFİ**

AN ANALYSIS OF ARTICLES 31 AND 33 OF THE STATUTE  
OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN THE  
CONTEXT OF HUMAN RIGHTS .....258

**Asst. Prof. Hüseyin Murat IŞIK**

CONSTITUTIONAL AND POLITICAL CHANGE PROCESS IN  
TURKEY FROM THE CHARTER OF ALLIANCE TO  
ARMISTICE .....294

**Res. Asst. Dr. Mehmet Nuri GÜZEL**

A NAMELESS PECULIAR PARLIAMENTARY OVERSIGHT  
WAY IN PERIOD OF 1924 CONSTITUTION: REQUEST OF  
ILLUMINATION .....320

**Asst. Prof. Vahap COŞKUN**

“CONVERSATIONS WITH ISAIAH BERLIN” (BOOK  
REVIEW) .....346

#### PRIVATE LAW

**Prof. Dr. M. Kâmil YILDIRIM /**

**Res. Asst. Yakup ORUÇ**

EVALUATION OF THE AIM OF BANKRUPTCY RULES IN  
VIEW OF ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY CODE AND  
GERMAN INSOLVENCY CODE .....362

<b>Assoc. Prof. Mehmet ÜÇER /</b> <b>Assoc. Prof. Nedim MERİÇ</b> DER UMFANG DER HAFTUNG DES VERMIETERS FÜR MÄNGEL IN FÄLLEN, IN DENEN DER MIETER KAUFMANN IST .....	406
<b>Asst. Prof. Neşe BARAN ÇELİK</b> ISSUING OF CERTIFICATE OF SUCCESSION INVOLVING FOREIGN ELEMENTS IN TURKEY.....	440

**KAMU HUKUKU**





## İDDİA VE SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ YASAĞI İLKESİNİN İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ

Gürsel KAPLAN\*

### ÖZ

Medeni yargılama hukukunda uygulanan iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı uyarınca taraflar belli bir aşamadan sonra hâkimden hüküm altına almasını istedikleri talep sonucunu genişletip değiştiremeyecekleri gibi, bu taleplerini dayandırdıkları maddi vakıaları da değiştiremezler ve bunlara yenilerini ekleyemezler. Birtakım istisnaları bulunan bu kural, medeni yargılama hukukuna hâkim olan teksif ve taraflarca hazırlama ilkeleriyle tamamıyla uyumludur. Aynı kuralın idari yargılama hukukunda da uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır. Tartışmanın nedeni ise İdari Yargılama Usulü Kanunu (m. 20) ile hem resen inceleme ilkesinin benimsenmiş olması hem de “Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler” (m. 16/4) şeklinde bir kurala yer verilmiş olmasıdır. Kanaatimizce bu hüküm medeni yargılama hukukunda olduğu gibi yargılamanın belli bir aşamasından sonra hem talep sonucunun hem de bu talep sonucunun dayandırıldığı vakıaların genişletilmesi

---

\* Prof. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [gkaplan@dicle.edu.tr](mailto:gkaplan@dicle.edu.tr), ORCID ID: 0000-0002-2253-1318.

Makalenin Gönderim Tarihi : 29.08.2019.

Makalenin Kabul Tarihi : 13.09.2019.

veya değiştirilmesini yasaklamamakta, yalnızca talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesini yasaklamaktadır. Çünkü resen inceleme yetkisi, uyuşmazlığa yol açan vakıaların tespiti ve incelenmesini de içermektedir. Hâkimin resen yaptığı bir işlemin taraflarca yapılmasının talep edilemeyeceğini iddia etmek ise anlamsızdır. Dolayısıyla idari yargılama hukukunda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, yalnızca talep sonucuyla sınırlı olup, yeni vakıaların ileri sürülmesine engel değildir. Fakat eklemek gerekir ki, aslında bu hüküm bulunmasaydı dahi aynı sonuca yine ulaşılabilirdi. Çünkü idari yargıda dava açma süreleri hak düşürücü nitelikte sayıldığından hâkim tarafından resen nazara alınmakta ve dolayısıyla sürenin geçmesinden sonra ileri sürülen maddî hukuka ilişkin her yeni talep bu sebeple zaten incelenmeksizin reddedilecektir. Söz konusu taleplerin, davanın duruşmalı olarak görülmesi, delil tespiti yapılması, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması vb. yargılama usulüne ilişkin hususlara dair olması da sonucu değiştirmez. Çünkü söz konusu talepler de dâhil olmak üzere genel olarak yargılama usulüne ilişkin taleplerin hangi süre zarfında ve ne şekilde ileri sürülebileceğine ilişkin özel hükümler Kanunda zaten mevcuttur. Dolayısıyla böyle bir kuralın Kanunda yer almasından ise almaması daha doğru ve yerinde olurdu.

**Anahtar Kelimeler:** İdari yargılama usulü, medeni yargılama usulü, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, taraflarca hazırlama ilkesi, resen araştırma ilkesi.

## DE L'ÉVENTUELLE APPLICABILITÉ DU PRINCIPE D'INTERDICTION DE LA CONCENTRATION OU MODIFACITION DES MOYENS ET DES DEMANDES EN PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE

### RÉSUMÉ

La “concentration ou la modification des demandes ou des moyens” est la règle procédurale civile selon laquelle les parties en raison de la “règle de l'unicité de l'instance” ne peuvent modifier ou émettre de nouveaux moyens ou prétentions au juge lors de la première instance. Eu égard un certain nombre d'exception à ce principe, cette règle de droit découle intrinsèquement du processus de la mise en état de l'action dont les parties ont la parfaite maîtrise en matière de procédure civile. Si tel est le cas en matière de procédure civile, l'applicabilité du même principe est source de débat dans le domaine du droit administratif et de la procédure administrative. La cause du litige est véritablement liée à l'article 20 du Code de procédure administrative incluant le principe de l'examen d'office des prétentions des parties et conformément à

l'article 16/4 dudit code ces dernières ne sont pas autorisées à faire valoir leurs droits sur la base de la concentration des demandes ou des moyens" après les délais fixés par la loi. Selon notre avis comme en matière de procédure civile, cette disposition n'interdit nullement la concentration des demandes ou des moyens qu'il s'agisse de la modification de l'issue de la demande ou de la concentration de ses fondements, mais interdit la concentration des prétentions ou la modification de la destinée finale quant à la demande. Toutefois, même sans cette disposition, on peut fort croire qu'on serait parvenu au même. Il est à noter qu'en matière de procédure administrative les délais d'intenter une action sont d'office examinés par les juges et en cas de non respect de ces mêmes délais, le demandeur est forclo et par conséquent toute concentration de moyens ou de demandes sera automatiquement considérée comme irrecevable sans qu'il y ait lieu à un quelconque examen du fond de la requête. Même si les demandes en question sont soumises lors des audiences et que certains sujets comme l'examen des preuves, les expertises et les analyses des experts, etc. soient liés à la procédure, cela ne changera en rien le résultat final. Cela est dû au fait que la loi contient déjà des dispositions spécifiques sur la durée et la manière dont les actions en justice sont engagées, y compris les actions en justice. Il serait donc plus précis et approprié de ne pas inclure une telle règle dans la loi. Corrélativement la loi régit les dispositions afférentes aux délais et à la procédure à suivre en vue de traiter les demandes en question. Par voie de conséquence, l'inscription d'une telle disposition de manière claire et explicite dans le texte de loi aurait été plus judicieux plutôt que sans inscription.

**Mots clefs:** Procédure administrative contentieuse, procédure en droit civil, principe d'interdiction de la concentration ou modification des moyens et des demandes, mise en état par les parties, principe d'examen d'office.

## I. GİRİŞ

Bir davanın adil yargılanma ilkesi ve usul ekonomisinin gereklerine uygun şekilde incelenip karara bağlanabilmesi için onu oluşturan ana unsurlar olan taraflar, sebep ve konusunun belli bir aşamadan sonra artık netleşmesi ve değişmemesi gerekir. Zira bunların değişmesi nispetinde hâkim tarafından yeni baştan incelenmesi gereken farklı bir dava ortaya çıkacak ve buna bağlı olarak karşı taraf için de karşı konulması gereken yeni sebep ve talepler söz konusu olacaktır<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Chapus, René, Droit du contentieux administratif, 13. Baskı, Montchrestien, Paris, 2008, s. 775; Gohin, Olivier, Contentieux administratif, 8. Baskı, LexisNexis, Paris, 2014, s. 279; Broyle, Camille, Contentieux administratif, 4. Baskı, LGDJ, Paris, 2016, s. 127.

Davaların uzayıp gitmesi başta gelmek üzere, yargılama giderlerinin artması ve hatta ihtimale göre derdestlik gibi istenmeyen durumların ortaya çıkmaması için belli bir aşamadan sonra davanın değiştirilmesine artık izin vermemek gerekir. Fransız idare hukukunda daha ziyade “davanın değişmezliği”<sup>2</sup> prensibi olarak ifade edilen bu durum yahut kural, hukukumuzda medeni yargılama hukukundan transfer edilen bir kavram olan iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı olarak ifade edilmekte ve kökeninin Roma hukukuna kadar gerilere gittiği belirtilmektedir.<sup>3</sup> Fakat özel hukuktan idare hukukuna geçmiş olan diğer birçok hukuki müessese gibi bu uygulama yahut ilke de medeni yargılama hukukunda olduğundan farklı bir anlam kazanmıştır. Çünkü her şeyden önce söz konusu yasağın kapsamına giren taraf meselesi yani davalı konusu, kanun koyucu tarafından idari davaların niteliği göz önünde bulundurularak medeni yargılama hukukundakinden farklı esaslara tabi tutulmuştur. Başka bir ifadeyle taraf değişikliği yasağı idari yargıda uygulanmaz. Nitekim İdari Yargılama Usulü Kanununun 15/1-c maddesine göre, davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması hâlinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine mahkemece resen karar verilir. Buna karşılık davanın konusu talep sonucu anlamına gelmekte olup, belli bir aşamadan sonra genişletilmesi veya değiştirilmesi, kural olarak yasaktır. Bu noktada medeni yargılama hukukuna tabi davalar ile idari yargıda görülen davalar arasında bir fark yoktur. Fakat bir davanın kanaatimizce en önemli unsuru olan sebep unsuruna gelince çok farklı bir durum söz konusudur. Hemen belirtelim ki davanın sebebi kavramıyla uyumsuzluğa (dava açılmasına) yol açan maddi vakıa ve hukuki olguları kast etmekteyiz. İnceleme konumuzu da zaten esas olarak bu mesele teşkil etmektedir.

Bir davadaki maddi ve hukuki gerçeğin ortaya konabilmesi, taraflar arasında uyumsuzluk konusu olan maddi vakıaların ileri sürülebilmesi ve ispatına ilişkin kuralların mahiyetine göre değişmektedir. Şayet bu hususta taraflar için zaman ve konu itibarıyla bir tahdit söz konusu değilse veya hâkime resen araştırma ve inceleme yetkisi tanınmış ise maddi ve hukuki gerçekliğe ulaşmanın önünde hiçbir engel kalmamış demektir. Tersî durumda ise söz konusu tahdidin mahiyet

<sup>2</sup> Chapus, a.g.e., s. 775; Gohin, a.g.e., s. 279.

<sup>3</sup> Yılmaz, Ejder, “İdari Yargıda İddianın ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1983, Sayı: 3-4, s. 13.

ve muhtevasıyla orantılı olarak hâkim ile maddi ve hukuki hakikat arasında bir duvar yükselmiş olacaktır.

Çeşitli hukuk düzenlerinde ve benimsemiş oldukları yargılama usullerinde bu sorunun çözümü farklı şekillerde düzenlenmiştir. Örneğin adli ve idari yargının ayrılığı esasına dayanan hukuk sistemlerinde adli yargıda amaç esas olarak bir hakkın meydana çıkarılması ve teslimidir. Buna adaletin tevzii de denilmekte ve buna göre adli mahkemelerin esas görevleri bu olmaktadır. Başka bir ifadeyle adli yargı hâkiminin görevi, sübjektif bir hakkın ihlâl veya inkârı üzerine gerçek veya tüzel kişilerin birbirleri aleyhine açtıkları davalarda belli usullere riayetle bu ciheti araştırmak ve kararını ona göre vermekten ibarettir<sup>4</sup>. Bu nedendir ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu kendiliğinden araştırma ilkesine tabi olan davalar hariç olmak üzere, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini benimsemiştir. Buna göre “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz*” (m. 25).

İdari yargı hâkiminin görevi ise objektif hukuk düzenini korumak ve idarenin hukuka bağlılığını sağlamak veya idare kudretiyle fert arasında bir denge kurmak suretiyle fertler arasında eşitlik kurulması ve bunun için de bir sübjektif hakkın toplum menfaatine ihlâlini önlemek veya ihlâl edilen hakkın tamir ve tazminine karar vermektir<sup>5</sup>. Dolayısıyla idarî yargı hâkimine düşen görev, her şeyden evvel bir denetim görevi olup buna, adaletin tevzii demek pek doğru olmaz<sup>6</sup>. Bu sebepledir ki resen inceleme yetkisi ile iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ilkeleri idari yargılama hukukunda medeni yargılama hukukunda olduğundan değişik ve farklı şekilde uygulanabilirse yöneldikleri amacın gerçekleşmesini sağlayabilirler. Bu amaçla idari yargılama hukukunda hâkime resen inceleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre, Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi

<sup>4</sup> Tuncay, Aydın H. / Özdeş, Orhan / Başpınar, Recep, “İdari Yargılama Usulü”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, İkinci Baskı, Danıştay Yayını, 1986, s. 600.

<sup>5</sup> Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: III, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1944.

<sup>6</sup> Tuncay / Özdeş / Başpınar, a.g.m., s. 600.

kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler (İYUK m. 20/1). Danıştay içtihatlarına göre de bu ilke uyarınca davanın açılmasından nihai karar verilmesine kadar, davanın sevk ve idaresi, maddi olayın varlığının araştırılması ve delillerin elde edilmesi, maddi olayın hukuki tavsifi, olaya uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi, iddia ve savunmada ortaya konan maddi bulguların gerçeğe uygun olup olmadığının araştırılması, delillerin takdiri ile tarafların hiç değinmediği olayların tespiti görevi hâkime aittir<sup>7</sup>.

İdari yargı hâkimine tanınan bu yetki acaba iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağıyla nasıl bağdaştırılabilecektir? Başka bir ifadeyle, bir yargılama usulünde yahut daha somut olarak bir davada acaba hem resen inceleme ilkesi hem de iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ilkeleri birlikte uygulanabilir mi? Soruyu daha somut olarak, hâkimin resen inceleme yetkisi çerçevesinde yapabildiği bir işlemin taraflarca da yapılmasının kendisinden talep edilip edilmeyeceği şeklinde de sorabiliriz. Sorunun merkezinde ise doğal olarak, özellikle taraflar arasındaki uyuşmazlığın temelini yahut sebebini teşkil maddi vakıalar bulunmaktadır. Çünkü bunların hukuki tavsifi ve ispatına ilişkin taleplerin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın dermeyan edilebileceği konusunda bir tereddüt ve tartışma bulunmamaktadır. Gerçi İYUK “*dava dilekçelerinde davanın konusu ve sebepleri ile dayandığı delillerin gösterilmesinin zorunlu olduğu*” (m. 3/2- b) ve “*dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez*”<sup>8</sup> (m. 21) şeklinde kurallara yer vermekle, vakıaların ispatı

<sup>7</sup> Danıştay 12. Dairesinin 26.11.2015 tarih ve E. 2011/2498, K. 2015/6238 sayılı kararı.

<sup>8</sup> 23.11.1925 tarih ve 669 sayılı Şurayı Devlet Kanununda yer almayan bu hüküm ilk defa 30.7.1938 tarih ve 3546 sayılı Şurayı Devlet Kanununun 43/4 maddesiyle getirilmiştir Buna göre, “*Duruşmada tarafların lâyhalarında dermeyan eyledikleri sebep ve delâil izah ve münakaşa olunur; yeni delil serdedilemez*”. Söz konusu kural 24.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanununun 83’üncü maddesinde de yer almaktaydı. Söz konusu düzenleme aynen şöyledir: “*Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen müsbit evrak ve belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine*

konusunda da bazı kısıtlamalar getirmiş gibi bir kanaat uyanmasına sebebiyet vermekte ise de Yorgancıoğlu'nun isabetle belirttiği gibi bunları, tarafları ellerindeki evrak ve belgeleri daha başlangıçta mahkemeye ibraza sevk etmek suretiyle tahkikatın uzamasını önlemeye matuf ve ancak bu çerçeve içerisinde değerlendirilmesi gereken hükümler olarak görmek gerekir<sup>9</sup>. Dolayısıyla tartışmalı olan ve üzerinde durulması gereken mesele, esas olarak resen inceleme yetkisi gereğince hâkim tarafından toplanıp incelenebilen maddi vakıaların zaman bakımından belli bir kısıtlamaya tabi olmadan taraflarca da ileri sürülüp sürülemeyeceğidir. Konunun daha iyi şekilde ortaya konabilmesi için önce medeni yargılama hukukundaki duruma kısaca değinmek yararlı olabilir.

## II. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA İDDİA VE SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ YASAĞI

Medeni yargılama hukukunda taraflarca getirilme ilkesine tabi olan davalardaki yargılama sürecini kısaca özetleyecek olursak, hâkim ilk önce taraflarca ileri sürülen maddi vakıaların doğruluğunu tespit eder. Bunu, yine taraflarca gösterilen delilleri toplayıp değerlendirmek suretiyle yapar. Bu aşamada inisiyatif kural olarak taraflardadır. Bu aşamada yapılan işlemler tamamen bir tespit işlemi olup hukuki bir değerlendirme ve inceleme içermez. Başka bir ifadeyle bu aşamada yapılan işlemler hukuki olmaktan ziyade maddi mahiyeti haizdir. Daha sonra ise bu vakıaların hukuki tavsifi yapılır yani bunların hukuki açıdan incelemesi aşamasına geçilir. Bu aşamada ise inisiyatif artık taraflardan mahkemeye geçmektedir. Çünkü vakıaların hukuki tavsifi, söz konusu vakıaların hukuki açıdan incelenmesini ve değerlendirilmesini gerektirir. Bu nedenle bu aşama, hukuk kurallarının uygulanması faaliyeti kapsamındadır. Uyuşmazlığa yol açan vakıaların hukuki açıdan yorumu yani tavsifi yetkisi ve görevi ise hâkime aittir. Nihayet son aşama olarak

---

*imkân bulunmadığına daire veya kurulca kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu evrak ve belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf, cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ yapılmaz”.*

<sup>9</sup> Yorgancıoğlu, Erçetin, “Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 1976, s. 238.

ise bu hukuki tavsife uygun hukuk kuralları uygulanarak uyuşmazlık karara bağlanır.

Medeni yargılama hukukunda iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı genel olarak, davacı tarafından ileri sürülen maddi vakıaların belli bir aşamadan sonra artık değiştirilmemesini, bunlara yenilerinin eklenmemesini, davanın konusunun değiştirilmemesini ve ayrıca talep sonucunun arttırılmamasını ve mevcut taleplere yenilerinin eklenmemesini ifade etmektedir. Savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ise davalı tarafından ileri sürülen vakıa ve savunma vasıtalarının belli bir aşamadan sonra artık değiştirilmemesini ve genişletilmemesini ifade etmektedir<sup>10</sup>.

Medeni yargılama hukukunda kökeni Roma hukukuna kadar giden bu ilkeyle amaçlanan esas olarak, dava malzemesinin taraflarca davanın başında hazırlanarak hâkime sunulmasını ve böylece davanın en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması sağlamaktır<sup>11</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağını çeşitli maddelerinde birbirinden biraz farklı ifadelerle olsa da açıkça düzenlemiş bulunmaktadır. Örneğin Kanunun yazılı yargılama usulünün düzenlendiği hükümleri arasında yer alan 139'uncu maddede "*iddia ve savunmasını genişletebileceği yahut değiştirebileceği*" ifade edilmiş iken konuyu doğrudan düzenleyen 141'inci maddenin kenar başlığı ise "*iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi*" şeklindedir. Maddenin kenar başlığı "*yasak*" ifadesini açıkça taşımamakla birlikte, metin içinde iddia veya savunmaların serbestçe genişletilebileceği veya değiştirilebileceği hâller açıkça sayılıp hüküm altına alınmış olduğundan bunların dışında kalan hâllerde iddia ve savunmayı genişletmenin yahut değiştirmenin yasak olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık, Kanunun basit yargılama usulüne ilişkin hükümleri arasında yer alan 319'uncu

---

<sup>10</sup> Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 186; Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 341; Pekcanitez, Hakan / Özokes, Muhammet / Akkan, Mine / Taş Korkmaz, Hülya (editörler): Medeni Usul Hukuku, Cilt: II, 15. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2017 (Pekcanitez, Usûl), s. 1249-1250; Budak, Ali Cem / Karaarslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 181.

<sup>11</sup> Yılmaz, a.g.m., s. 13..



maddesinin kenar başlığı daha açık olup, “*iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı*” şeklindedir. Keza aynı maddenin metin içi düzenlemesinde de açıkça “*iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı*” ve “*savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı*” ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Tahkim yargılamasına ilişkin hükümlerin düzenlendiği 428’inci maddenin kenar başlığında değil ve fakat metninde ise “ *taraflar iddia veya savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler*” şeklinde bir ifadeye yer verildiği görülmektedir.

İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının başlama zamanı (anı), yazılı yargılama usulü (m. 118 vd.) ile basit yargılama usulüne (m. 316) göre değişmekle birlikte, kapsamı yani neleri yahut hangi hususları kapsadığı ve bunun istisnaları genellikle hep aynı kalmaktadır. Tahkim yargılamasında (m. 428 vd.) ise söz konusu yasağın uygulanması ihtiyaridir. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında iddia veya savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler. Ancak, hakem veya hakem kurulu, bu işlemin gecikerek yapılmış olduğunu veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığını ve diğer durum ve koşulları dikkate alarak, böyle bir değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebilir. İddia veya savunma tahkim sözleşmesinin kapsamı dışına çıkacak şekilde değiştirilemez veya genişletilemez (m. 428/3).

Konu bir hayli geniş olduğundan ve istisnalardan oluşan birçok detay içerdiğinden burada çok fazla ayrıntılarına girmeden sadece idari yargılama hukukuna ilişkin açıklamalarımız hakkında bir fikir verebilmesi için gerekli ölçüde açıklamalarda bulunmakla yetineceğiz.

## **A. İddianın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı**

### **1. Yasağın Kapsamı**

İddiyayı genişletme veya değiştirme yasağının kapsamına nelerin girdiği Hukuk Muhakemeleri Kanununda açıkça belirtilmemekle birlikte, doktrin ve uygulamaya göre talep sonucunun ve dava sebebinin (vakıaların) değiştirilmesi girmektedir. Buna göre davacının dava konusu alacağı arttırması veya faiz talebinde bulunması, talep sonucunu genişletme sayılır ve yasaktır. Fakat talep sonucunun azaltılması yasak kapsamında sayılmaz. Talep sonucunu değiştirmek de yasaktır. Örneğin daha önce dava konusu edilen taşınmaz yerine başka bir taşınmazın dava

konusu yapılması, talep sonucunun değiştirilmesi sayılacağından yasaktır. Keza tahliye davasının kira tespit davası olarak değiştirilmek istenmesi de talep sonucunu değiştirilmesi demektir ve yasaktır. Aynı şekilde dava sebebinin genişletilmesi ve değiştirilmesi de yasaktır. Dava sebebinden maksat davanın dayandırıldığı vakılardır. Bu vakılardan çıkarılacak hukuki sonuçlar ise hukuki davanın hukuki sebebinin teşkil eder ve yasak kapsamında sayılmaz. Çünkü hâkim Türk hukukunu resen uygular (HMK m. 33)<sup>12</sup>. Bu esasları daha somut şekilde ifade etmek gerekirse, bir davada uyuşmazlık ya bizatihi maddi olayın mevcudiyetine ve cereyan tarzına, ya maddi olayın hukuki tavsifine ya da uygulanacak hukuk kuralına ilişkin olabilir. Uyuşmazlık bu üç noktadan birisine inhisar edebileceği gibi her üçüne de şamil bulunabilir<sup>13</sup>. Dolayısıyla bir uyuşmazlığın mahkemece çözümü, kural olarak bu üç hususun incelenmesini ve karara bağlanmasını gerektirir. Mahkeme bu amaçla ilk önce taraflarca ileri sürülen maddi vakıaların doğruluğunu tespit eder. Bunu, yine taraflarca gösterilen delilleri toplayıp değerlendirmek suretiyle yapar. Bu aşamada inisiyatif kural olarak taraflardadır. Taraflarca yapılan işlemler tamamen bir tespit işlemi mahiyetinde olup hukuki bir değerlendirme ve inceleme içermez. Başka bir ifadeyle bu aşamada yapılan işlemler hukuki olmaktan ziyade maddi mahiyeti haizdir. Daha sonra ise bu vakıaların hukuki tavsifi yapılır yani bunların hukuki açıdan incelenmesi aşamasına geçilir. Bu aşamada ise inisiyatif artık taraflardan mahkemeye geçmektedir. Çünkü vakıaların hukuki tavsifi, söz konusu vakıaların hukuki açıdan incelenmesini ve değerlendirilmesini gerektirir. Bu nedenle bu aşama, hukuk kurallarının uygulanması faaliyeti kapsamındadır. Uyuşmazlığa yol açan vakıaların hukuki açıdan yorumu yani tavsifi yetkisi ve görevi ise hâkime aittir. Nihayet son aşama olarak ise bu hukuki tavsife uygun hukuk kuralları uygulanarak uyuşmazlık karara bağlanır<sup>14</sup>.

Medeni yargılama hukukunda taraflarca getirilme ilkesine tabi olan davalarda hâkimin mümkün olan süratle ve en az masrafla uyuşmazlığı çözen bir karar verebilmesi için uyuşmazlık konusu bu hususların belli bir aşamadan sonra artık değişmemesi/değiştirilememesi

<sup>12</sup> Kuru, a.g.e., s. 186 vd.; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 340 vd.; Pekcanitez, Usûl, s. 1250 vd.; Budak / Karaarslan, a.g.e., s. 181 vd.

<sup>13</sup> Yorgancıoğlu, a.g.m., s. 231.

<sup>14</sup> Sezginer, Murat, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları İle İstinaf İncelemesinde İçtihat Aykırılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı Yayını, 2018, s. 116.

gerekir. Fakat maddi vakıaların hukuki tavsifi yahut bunlardan çıkarılacak hukuki sonuç vakıalarla ilgili ve onlara bağlı olarak ortaya çıkan tali nitelikte bir mesele olduğundan, davanın değişmezliği prensibine aykırılık teşkil edecek olan esas olarak maddi vakıalar konusundaki değişikliklerdir. Başka bir ifadeyle iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, davacı tarafından ileri sürülen maddi vakıaların belli bir aşamadan sonra artık değiştirilmemesini, bunlara yenilerinin eklenmemesini, davanın konusunun değiştirilmemesini ve ayrıca talep sonucunun artırılmamasını ve mevcut taleplere yenilerinin eklenmemesini ifade etmektedir<sup>15</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu kendiliğinden araştırma ilkesine tabi olan davalar hariç olmak üzere, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini benimsemiş olduğundan aynı zamanda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına da yer vermiş olması kendi içinde tutarlıdır. Nitekim Kanunun 25'inci maddesine göre *“Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz”*.

## 2. Yasağın Kapsamı Dışında Kalan Hususlar

Yasağın kapsamına girmeyen durumlar da bulunmaktadır. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür: 1) Talep edilenden başka bir şeye de hüküm verilebilen hâller, 2) Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalar, 3) Davalının ikinci cevap (savunma) dilekçesi vermesinden sonra ortaya çıkan vakıaların ileri sürülmesi, 4) Mevcut vakıaların delili özelliğindeki vakıaların gösterilmesi, 5) Hukuki sebeplerin değiştirilmesidir<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Kuru, a.g.e., s. 186; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 341; Pekcanitez, Usûl, s. 1249-1250; Budak, / Karaarslan, a.g.e., s. 181.

<sup>16</sup> Kuru, a.g.e., s. 189-190; Pekcanitez, Usûl, s. 1249-1254; Budak / Karaarslan, a.g.e., s. 184 vd.; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 345-346.

### 3. Yasağın İstisnaları

İddiayı genişletme veya değiştirme yasağının istisnaları Kanunun 141'inci maddesinde gösterilmiş olup üç tanedir. Birincisi davacının haklı bir mazereti olmaksızın ön inceleme duruşmasına gelmemiş olmasıdır. Bu takdirde davalı savunmasını serbestçe genişletebilir ve değiştirebilir (m. 141/1). İkincisi davacının açık muvafakatidir (m. 141/2). Üçüncüsü ise ıslahıdır (m. 141/2)<sup>17</sup>.

### B. Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı

#### 1. Yasağın Kapsamı

İddiayı genişletme veya değiştirme yasağı gibi savunmayı genişletme veya değiştirme yasağının kapsamına da nelerin girdiği Kanunda açıkça belirtilmemekle birlikte, doktrin ve uygulamaya göre talep sonucunun ve dava sebebinin (vakıaların) değiştirilmesi girmektedir<sup>18</sup>.

#### 2. Yasağın Kapsamı Dışında Kalan Hususlar

Yasağın kapsamına girmeyen durumlar da bulunmaktadır. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür: 1) Talep edilenden başka bir şeye de hüküm verilebilen hâller, 2) Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalar, 3) Davacının cevaba cevap dilekçesi vermesinden sonra ortaya çıkan vakıaların ileri sürülmesi, 4) Mevcut vakıaların kapsamında sayılan yahut onların delili niteliğindeki vakıaların gösterilmesi<sup>19</sup>, 5) Hukuki sebeplerin değiştirilmesi, 6) Tarafta iradi değişiklikler<sup>20</sup>. Bunlara talebin daraltılması da eklenebilir. Yani talep

<sup>17</sup> Pekcanitez, Usûl, s. 1257-1260.

<sup>18</sup> Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 341; Pekcanitez, Usûl, s. 1260-1261.

<sup>19</sup> “Örneğin davacı, davalının trafik kurallarına aykırı olarak, yolun sağında durduğunu ileri sürdükten sonra, keşif sırasında otomobili park ettikten sonra alınması gereken tedbirleri almadığını ileri sürmesi yasak kapsamında değildir. Çünkü park ettikten sonra gerekli tedbirlerin alınmaması, trafik kurallarına aykırılık vakıasına dâhildir”, Pekcanitez, Usûl, s. 1254-1255.

<sup>20</sup> Kuru, a.g.e., s. 189-190; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 345-346; Pekcanitez, Usûl, s. 1264-1267.

sonucunu daraltmak da yasak kapsamında sayılmaz. Ayrıca karşı tarafın dürüstlük kuralına aykırılık yahut kötüniyet teşkil eden fiil ve işlemleri ile emredici bir hukuk kuralının ihlâli sonucunu doğuran vakıalar gibi hâkimin kendiliğinden nazara alabileceği iddia ve savunma vasıtalarının sonradan ileri sürülmesinin de yasak kapsamında olmadığı ifade edilmektedir<sup>21</sup>.

### 3. Yasağın İstisnaları

İddiyayı genişletme veya değiştirme yasağının istisnaları Kanununun 141'inci maddesinde gösterilmiş olup üç tanedir. Birincisi davalının haklı bir mazereti olmaksızın ön inceleme duruşmasına gelmemiş olmasıdır. Bu takdirde davacı serbestçe iddiasını genişletebilir ve değiştirebilir (m. 141/1). İkincisi davalının açık muvafakatidir (m. 141/2). Üçüncüsü ise islahtır (m. 141/2).

## III. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA İDDİA VE SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ YASAĞI

İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının idari yargılama hukukunda uygulanabilip uygulanamayacağı ve eğer uygulanabilecek ise hangi hususları kapsayacağı ve hangi andan (aşamadan) itibaren uygulanacağı meselesine gelince, her şeyden önce hukukumuzda böyle bir yasağın yasal dayanağının bulunup bulunmadığı hususu üzerinde durmak gerekir.

### A. İdari Yargılama Hukukunda İddia ve Savunmayı Genişletme veya Değiştirme Yasağının Yasal Dayanağı Var mıdır?

İdari yargılama hukukunda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının bulunup bulunmadığı konusunda İdari Yargılama Usulü Kanununda açık bir düzenleme ve hüküm yer almamaktadır. Bu konudaki tek hüküm, Kanununun 16'ncı maddesinin dördüncü fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere

---

<sup>21</sup> Pekcanitez, Usûl, s. 1250.

dayanarak hak iddia edemezler” şeklindeki kuraldır<sup>22</sup>. Buna, Kanunun “*Sonradan ibraz edilecek belgeler*” kenar başlıklı 21’inci maddesinde yer alan, “*Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez*” yolundaki kuralın da eklenebileceği düşünülebilir ise de bunun daha çok ispat ilgili bir hüküm olduğu söylenebilir. Görüleceği üzere bu hükümde iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağından açıkça söz edilmemekle birlikte doktrinde kimi müelliflerce kendisine böyle bir anlam yüklenmektedir<sup>23</sup>. Örneğin Kenan Aral ile A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan’a göre bu kurallar açık olmasa bile, idari yargı yerleri önünde iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının sınırlı bir

<sup>22</sup> Böyle bir hüküm Cumhuriyet döneminin ilk Danıştay Kanunu olan 23.11.1925 tarih ve 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu ve bu Kanunun yerini almak üzere daha sonra çıkarılan 30.7.1938 tarih ve 3546 sayılı Şurayı Devlet Kanununda yer almamaktaydı. Eski Danıştay Kanunlarında yer almayan bu kural ilk defa mülga 24.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu ile getirilmiştir. Buna göre, “*Taraflar sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler*” (m. 76/4). Gerçi 3546 sayılı Kanunun 38’inci maddesinde de “*Tarafların lâyihaları alındıktan veya lâyiha vermek için muayyen müddet geçtikten sonra, dava evrakı, mütaleasını bildirmek üzere müddeiumumiliğe tevdi olunur*” şeklinde bir kural yer almaktaydı ancak buna aynı anlamı yüklemek bizce pek mümkün gözükmemektedir.

<sup>23</sup> Örneğin bkz. Aral, Kenan, Danıştay Muhakeme Usûlü, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 240; Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, İdare Hukuku Cilt: II, İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 968. Gözübüyük, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 448. Aynı yönde bkz. Eroğlu, Yaşar, “Danıştay Kanunuyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştayda Uygulanışı”, Danıştay Dergisi, Sayı: 8, Yıl: 1973, s. 31; Müderrisoğlu, Hakkı, Danıştay Kanunu ve Danıştay Yargılama Usulü, Ankara, 1978, s. 721; Yılmaz, Ejder, “İdari Yargıda İddianın ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1983, Sayı: 3-4, s. 14; Kaya, Cemil / Akcan, Recep, “Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXVII, Sayı: 1-2, Yıl: 2009, s. 136; Sancakdar, Oğuz, İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s. 14-15.

şekilde uygulandığını göstermektedir<sup>24</sup>. Bu müellifler görüşlerine destek olarak Kanunun 21'inci maddesinde yer alan, “*Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez*” yolundaki kuralı ileri sürmektedir<sup>25</sup>. Nitekim Aral aynen şöyle demektedir: “*Bu hükümle açıkça olmasa da yani zımnen olarak bu yasağın kabul edildiği anlaşılmaktadır. Delillerin sunulmasına ilişkin kısıtlayıcı hükümle birlikte değerlendirildiğinde böyle anlaşılmaktadır*”<sup>26</sup>. Aral, mülga 521 sayılı Danıştay Kanunu döneminde Danıştayın da başta bu görüşte olduğunu fakat çok geçmeden içtihadını değiştirdiğini ifade etmektedir<sup>27</sup>.

Onar<sup>28</sup> bu hükmün anlamı konusunda herhangi bir yorum yapmazken, Danıştay meslek mensubu sıfatına sahip müelliflerden Kâzım Yenice ve Yüksel Esin ise bu hükmün anlamının somut ve açık olmadığını ifade etmekte ve eleştirmektedirler<sup>29</sup>. Adı geçen müelliflere göre “*bu kural en başta, davalı tarafın birinci savunma dilekçesinde yer alması gereken avukatlık ücreti ve yargılama giderlerine ilişkin istekler*

<sup>24</sup> Aral, a.g.e., s. 240; Gözübüyük / Tan, a.g.e., s. 968. Gözübüyük, a.g.e., s. 448. Aynı yönde bkz. Eroğlu, a.g.m., s. 31; Müderrisoğlu, a.g.e., s. 721; Yılmaz, a.g.m., s. 14; Kaya / Akcan, a.g.m., s. 136.

<sup>25</sup> Bu kural mülga 521 sayılı Danıştay Kanununun 83'üncü maddesinde de tamamen aynı içerik ve ifadelerle yer almaktaydı. Söz konusu düzenleme aynen şöyledir: “*Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen müsbit evrak ve belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına daire veya kurulca kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu evrak ve belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf, cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ yapılmaz*”.

<sup>26</sup> Aral, a.g.e., s. 240.

<sup>27</sup> Aral, a.g.e., s. 241-242.

<sup>28</sup> Nitekim müellif anılan eserinin ilgili kısmında (s. 1977-1978) 521 sayılı Danıştay Kanununun ilgili hükümlerini aktarmakla yetinerek bunlara hiçbir yorum ve açıklama eklememiştir. Oysa müellif, yargılama hukukuna ilişkin diğer konuları (a.g.e., s. 1934-2001) genellikle hem medeni yargılama ve ceza yargılaması kuralları ve hem de Fransız idari yargılama hukukuyla karşılaştırmalı olarak incelemiştir.

<sup>29</sup> Yenice, Kâzım / Esin, Yüksel, İdari Yargılama Usulü, (2 cilt), Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 525.

yönünden önem taşır. Süresinde savunma vermeyen davalı taraf, sonradan böyle bir istekte bulunmuş olsa dahi bu isteğin hüküm altına alınması mümkün olamaz. Öte yandan yargılama yöntemine ilişkin olup da idari yargı yerince mutlaka yerine getirilmesi veya olumsuz karşılanması gereken istekler yönünden de bu kuralın geçerliği vardır. Örneğin, süresi geçtikten sonra verilen dilekçede duruşma istenmiş ve bu istek yerine getirilmemiş ise yahut böyle bir dilekçe ile delil tespiti istendiği halde bu istek karşılanmamış ise, ilgili buna dayanarak kanun yollarına başvuramaz. Başvursa dahi haklı çıkamaz”<sup>30</sup>. Adı geçen müellifler devamla şu açıklamalarda bulunmaktadır: “Bunun gibi, süresi dışında verilen dilekçede ortaya konan maddi olayların veya maddi sebeplerin idari yargı yerince ele alınmamış, araştırılmamış olması ve kararda bu olaylardan ve maddi durumdan hiç söz edilmemesi ilgiliye kanun yollarına başvurma hakkı bahsetmez. Yeter ki bu husus, idari yargı yerinin kendiliğinden (re’sen) ele alması, inceleyip araştırması gereken konulardan olmasın. Hukuki duruma ilişkin iddia ve savunmalar yönünden bu kuralın zaten bir önem taşımayacağı kanısındayız. Bunlar ister süresinde, ister süresi geçtikten sonra ortaya konmuş olsun ulaşacak olan idari yargı yeridir. Bununla birlikte söz konusu iddia ve savunmalar kamu düzenine ilişkin hususları içeriyorsa, süresinde öne sürülmemiş olsalar dahi yine dikkate alınabilir. Çünkü bunlar, idari yargı yerinin re’sen araştırması gereken hususlardandır”<sup>31</sup>.

Nihayet bizim de görüşlerine iştirak ettiğimiz bir kısım müelliflere göre ise Kanunda yer alan bu düzenlemeler, idari yargıda özel hukuk yargılamasında uygulanan iddia ve savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağının var olduğuna yeteri bir kanıt teşkil etmemektedir<sup>32</sup>. Çünkü Kanun sadece belli bir aşamadan (andan) sonra

<sup>30</sup> Yenice / Esin, a.g.e., s. 525.

<sup>31</sup> Yenice / Esin, a.g.e., s. 525.

<sup>32</sup> Uler, Yıldırım: “Yönetmelik Yargıda Dava Süreleri”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 256 (s. 209-262). Aynı yönde bkz. Zabunoğlu, Yahya K., İdare Hukuku (2 cilt), 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 591-592; Karavelioğlu, Celal, İdari Yargılama Usûlü Kanunu (2 Cilt), Yayınevi ve Yayın Yeri Yok, Beşinci Baskı, 2001, s. 1122; Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018. Gözübüyük ve Dinçer’e göre de “Bu kural, kamu düzenini ilgilendirmeyen hususlar için geçerlidir. Buna karşın, görev, yetki, süre gibi kamu düzenini ilgilendiren durumlar her zaman mahkeme



ileri sürülen hak iddialarının yani taleplerinin dinlenmeyeceğini hüküm altına almıştır. Bu taleplerden maksat ise bir iptal veya tam yargı davasının konusunu teşkil edebilecek maddi hukuka ilişkin hak talepleridir. Yeni olay ve olguların (maddi vakıaların), bunların ispatına yarayacak delillerin ve bu maddi vakılardan çıkarılacak hukuki sonuçların ileri sürülmesini yeni hak iddiası kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Çünkü bunlar yeni hak iddiaları veya talepler değil, daha önce ileri sürülmüş bulunan taleplerin yani hak iddialarının mahkemece kabul edilebilmesini sağlayacak olan iddia ve taleplerdir. Bunları yeni hak talebi olarak değerlendirmek Kanun hükmünün lafzına uygun düşmediği gibi amacıyla da kolayca bağdaştırılamaz. Kanun, bu tür taleplerde bulunulmayacağına ilişkin kısıtlayıcı herhangi bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla her ne kadar Kanunda, “*dava dilekçelerinde davanın konusu ve sebepleri ile dayandığı delillerin gösterilmesinin zorunlu olduğu*” (m. 3/2- b) ve “*dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez*”<sup>33</sup> (m. 21) şeklinde kurallara yer verilmiş ise de Yorgancıoğlu’nun isabetle belirttiği gibi bunları, tarafları ellerindeki evrak ve belgeleri daha başlangıçta mahkemeye ibraza sevk etmek suretiyle tahkikatın uzamasını önlemeye matuf ve ancak bu çerçevede

---

*önünde ileri sürülebilir*”. Gözübüyük, A. Şeref / Dinçer, Güven, İdari Yargılama Usulü, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 1996, s. 389. 521 sayılı Danıştay Kanunu dönemindeki uygulama itibarıyla de aynı yönde görüşler mevcuttur. Örneğin bkz. Yorgancıoğlu, a.g.m., s. 238 vd.

<sup>33</sup> 23.11.1925 tarih ve 669 sayılı Şurayı Devlet Kanununda yer almayan bu hüküm ilk defa 30.7.1938 tarih ve 3546 sayılı Şurayı Devlet Kanununun 43/4 maddesiyle getirilmiştir Buna göre, “*Duruşmada tarafların lâyhalarında dermeyan eyledikleri sebep ve delâil izah ve münakaşa olunur; yeni delil serdedilemez*”. Söz konusu kural 24.12.1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanununun 83’üncü maddesinde de yer almaktaydı. Söz konusu düzenleme aynen şöyledir: “*Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen müsbit evrak ve belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına daire veya kurulca kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu evrak ve belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf, cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ yapılmaz*”.

içerisinde değerlendirilmesi gereken hükümler olarak görmek gerekir<sup>34</sup>. Başka bir ifadeyle, her davanın bir konusu (talep sonucu) ve dayandığı bir sebebi olması gerektiği için dava dilekçesinde bunların yer alması zorunludur. Keza davacıyı talep sonucunda haklı gösterecek vakıaların ispatına elverişli delillerin de dilekçede gösterilmesi ve davacının elinde mevcut olanların dilekçeye eklenmesi gerekir. Dolayısıyla davacının, uyuşmazlık konusu olayı, bu olaydan çıkarılabilecek hukuki sonuçları, dayandığı hukuki verileri ve bunlara ait maddi ve hukuki delilleri dilekçesinde açıkça göstermesi ve özellikle isteğinin (talep sonucunun) ne olduğunu herhangi bir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde açık ve anlaşılır biçimde belli etmesi şarttır. Fakat Yenice ve Esin'in ifade ettiği gibi, idari yargılama usulünde resen inceleme usulü geçerli olduğundan, maddi ve hukuki nedenlerin noksan veya yanlış gösterilmesi her zaman dilekçe ret nedeni teşkil etmez. İdari yargı yeri kendiliğinden yapacağı inceleme ve araştırmayla dava konusu maddi vakıaları tam olarak aydınlığa kavuşturma olanağına sahip olduğu gibi, olayın hukuki nitelendirmesi ve uygulanacak hukuk kuralının saptanması yönünden de dava dilekçesinde gösterilen hukuki sebeplerle bağlı değildir. Yeter ki, dilekçedeki bilgiler, yargısal incelemenin yapılmasına yeter ölçüde ve açıklıkta olsun. Keza delillerin gösterilmesi zorunluluğunu da mutlak anlamda almamak gerekir. Buna göre, delillerin gösterilmesi zorunluluğunu, yargısal incelemenin yürütülebilmesi için en azından gerekli olan ve elde edilmesi davacı için güçlük taşımayan bilgi ve belgelere dilekçede yer verilmesi şeklinde anlamak gerekir<sup>35</sup>.

Diğer yandan Kanun hükmünde geçen “*hak iddia edemezler*” ibaresinin yargılama usulüne ilişkin talepler bakımından da bağlayıcı ve sınırlayıcı olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü bize göre bu hüküm esas olarak maddi hukuka ilişkin olan ve ayrı bir davaya konu teşkil edebilecek taleplerin belli bir aşamadan (andan) itibaren artırılabileceği sürülmemesi amacıyla konmuştur. Başka bir ifadeyle söz konusu hükmün bu amaçla konulmuş olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır. Çünkü duruşma yapılması yahut delillerin tespit edilmesi gibi yargılama usulüne ilişkin taleplerin ne şekilde ve hangi süre zarfında artırılabileceği ilgili hükümlerle zaten ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Bu bakımdan Yenice ve Esin tarafından bu hükme ilişkin olarak yapılan, “*bu kural en başta, davalı tarafın birinci savunma dilekçesinde yer alması gereken*

<sup>34</sup> Yorgancıoğlu, a.g.m., s. 238.

<sup>35</sup> Yenice / Esin, a.g.e., s. 142-143.

*avukatlık ücreti ve yargılama giderlerine ilişkin istekler yönünden önem taşır. Süresinde savunma vermeyen davalı taraf, sonradan böyle bir istekte bulunmuş olsa dahi bu isteğin hüküm altına alınması mümkün olamaz. Öte yandan “yargılama yöntemine ilişkin olup da idari yargı yerince mutlaka yerine getirilmesi veya olumlu – olumsuz karşılanması gereken istekler yönünden de bu kuralın geçerliği vardır”<sup>36</sup> şeklindeki tespit ve değerlendirmelere katılmanın güç olduğu düşüncesindeyiz. Çünkü her şeyden önce değişen yasal düzenlemeler nedeniyle bu açıklamalar bazı yönleriyle artık geçerliğini kaybetmiştir. Örneğin dava ve cevap süresinin geçmesinden sonra vekâlet ücretine ilişkin taleplerin artık dinlenmeyeceğine ilişkin tespit ve değerlendirmeler böyledir. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca vekâlet ücreti yargılama giderleri arasındadır (m. 323/ğ) ve yargılama giderlerinin kime yükletileceğine (kural olarak davada haksız çıkan tarafa) mahkemece resen karar verilir (m. 326/1). Dolayısıyla müelliflerin bu konuda yazdıkları ve örnek gösterdikleri Danıştay kararlarının da günümüzde artık bir geçerliği kalmamıştır<sup>37</sup>. Söz konusu müelliflerin hükmün uygulama alanına ilişkin yaptıkları diğer açıklamaların da isabeti tartışmalıdır. Şöyle ki, adı geçen müelliflere göre, “öte yandan yargılama yöntemine ilişkin olup da idari yargı yerince mutlaka yerine getirilmesi veya olumlu –olumsuz karşılanması gereken istekler yönünden de bu kuralın geçerliği vardır. Örneğin, süresi geçtikten sonra verilen dilekçede duruşma istenmiş ve bu istek yerine getirilmemiş ise yahut böyle bir dilekçe ile delil tespiti istendiği halde bu istek karşılanmamış ise, ilgili buna dayanarak kanun yollarına başvuramaz. Başvursa dahi haklı çıkamaz”<sup>38</sup>. Bu tür taleplerin hangi süre zarfında ve ne şekilde ileri sürülebileceği ve sonuçları Kanunda ayrıca ve açıkça düzenlendiği için bu hükme müracaat etmeye gerek bulunmamaktadır. Yargısal kararlarda da söz konusu talepler*

<sup>36</sup> Yenice / Esin, a.g.e., s. 525.

<sup>37</sup> Mesela bu konuda örnek verdikleri şu Danıştay kararındaki esasların uygulanma kabiliyeti imkânı artık yoktur. “*Taraflar, yapılacak tebliğlere karşı tebliğ tarihinden başlamak üzere otuz gün içinde cevap vermek zorundadırlar. Bu süre geçirildikten sonra verilecek savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanılarak hak iddia edilemez. 21.8.1970 gününde tebliğ olunan dava dilekçesine 3.10.1970 gününde verilen savunmayla istenilen avukatlık ücretinin verilmemesi yolundaki kararın düzeltilmesi isteminin reddine*” (12. D. 26.9.1973 t., E. 73/1201. K. 73/2254 s.k.), Yenice / Esin, a.g.e., s. 525, dipnot: 662.

<sup>38</sup> Yenice/ Esin, a.g.e., s. 525.

hakkında bu hükmün uygulandığını gösteren örneklere pek rastlanmamaktadır.

## B. İdari Yargılama Hukukunda Geçerli Olan Resen İnceleme İlkesine Rağmen İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı Uygulanabilir mi?

Medeni yargılama hukukuna hâkim olan “*taraf larca getirilme ilkesi*” uyarınca, “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dâhi bulunamaz.*” (HMK m. 25/1). Aynı şey ispat konusunda da geçerlidir. Buna göre, “*Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.*” (HMK m. 25/2).

İdari yargılama hukukunda ise resen inceleme ilkesi geçerli olup bu ilke uyarınca Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Yani mahkemeler baktıkları davalarla ilgili gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü belgenin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden bir ara karar ile isteyebilirler. Taraflardan biri bu kararın icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi de mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında ayrıca belirtilir. Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine ilişkin ise Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan gerekçesini bildirmek suretiyle söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Fakat *verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.* (İYUK m. 20). Bu maddenin 4’üncü fıkrasında yer alan, “*getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf ve vekillerine incelettirilemez*” tümcesi ise 10.6.1994 tarih ve 4001 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Fransız hukukunda İdari Yargı Kodunda<sup>39</sup> henüz açıkça düzenlenmeden önce Conseil d’État kararlarıyla kabul edilmiş olan<sup>40</sup> bu

<sup>39</sup> Bugün için İdari Yargı Kodunun (*Code de Justice Administrative*) R. 621-1 ilâ 621-4 maddeleri arasında düzenlenmiş olan bu ilke uyarınca hâkim maddi vakıaların aydınlanması ve ispatı için bilirkişi incelemesi ve keşif yapılmasına resen karar verebileceği gibi ibraz edilen belgelerin sahih olup

ilkenin kabulünde idari yargının tarihsel kökenine ilişkin sebepler yanında asıl olarak davanın tarafları arasındaki eşitsizlik nedeniyle ispat konusundaki güçlüklerin etkili olduğu ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Elbette bunlara idari davalarda verilen kararların kamuyu ve hukuk düzenini (hukuk devletinin sağlanması ve korunması) koruma amacını da eklemek gerekir. Hukukumuzda ise ilk defa 521 sayılı Kanunun 82’nci maddesiyle getirilen ve uygulamada “*görülmede olan davalarda dosya dışı inceleme*”<sup>42</sup> diye de tabir edilen bu ilke uyarınca davanın açılmasından nihai karar verilmesine kadar, davanın sevk ve idaresi, maddi olayın varlığının araştırılması ve delillerin elde edilmesi, maddi olayın hukuki tavsifi, olaya uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi, iddia ve savunmada ortaya konan maddi bulguların gerçeğe uygun olup olmadığının araştırılması, delillerin takdiri ile tarafların hiç değinmediği olayların tespiti görevi hâkime aittir. Başka bir ifadeyle idari davalarda davacı, dava dilekçesini vermekle hemen hemen kendisine düşen bütün işleri yapmış olmaktadır. Gerek dosyanın tekemmülü ve gerek gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla yapılacak bütün inceleme ve araştırmalar, mahkeme eliyle ve onun kararına göre yürütülür<sup>43</sup>. Bu çerçevede, adli yargı yerleri gibi idari yargı yerleri de, tarafların ortaya koydukları hukuki durum ve ileriye sürdükleri hukuki nedenlerle bağlı değildir. Uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak ve olaya uygulanması gereken hukuk kuralını bulmak ve uygulamak konusunda hâkim tam bir serbestiye sahiptir. Başka bir ifadeyle hâkimin tarafların iddia ve savunmalarına bağlı kalma zorunluluğu yoktur<sup>44</sup>. Bu yetkiler yönünden adli ve idari yargı hâkimi arasında bir farklılık yoktur. Farklılık idari yargı hâkiminin bunlara ek olarak ayrıca olayın maddi yönünü yani

---

olmadığını ve gerekli olan diğer inceleme ve araştırmaları kendiliğinden yapar.

<sup>40</sup> CE, 1 mai 1936, “*Couspet du Mesni*”, Deguerge, Maryse: “Les principes directeurs du procès administratif”, *Traité de droit administratif*, Cilt II, s. 570, Dalloz, Paris, 2011 (Eds. Gonod, Pascale / Melleray, Fabrice / Yolka, Philippe).

<sup>41</sup> Deguerge, a.g.e., s. 570-571; Le Bot, Olivier, *Contentieux administratif*, 1. Baskı, Larcier, Bruxelles, 2014, s. 213-2014. Le Bot, resen inceleme ilkesinin idari yargının henüz tam olarak oluşmadığı yani yarı yargısal bir karaktere sahip olduğu “bakan-yargıç” veya “tutuk adalet” döneminin izlerini taşıdığını ifade etmektedir.

<sup>42</sup> Tuncay / Özdeş / Başpınar, a.g.m., s. 602; Yorgancıoğlu, a.g.m., 231 vd.

<sup>43</sup> Tuncay / Özdeş / Başpınar, a.g.m., s. 602.

<sup>44</sup> Yenice / Esin, a.g.e., s. 538-539.

vakıaları araştırma ve inceleme konusunda sahip olduğu yetki konusunda ortaya çıkmaktadır. Resen inceleme yetkisi sayesinde idari yargı hâkimi bu konuda her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliğinden yapabilmektedir ve hatta yapması gerekir. İdari yargı hâkimi tarafların bildirdiği maddi olay ve sebeplerle ve kendisine sunulan delillerle bağlı değildir. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabileceği gibi, tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya da yönelebilir. Bu bakımdan idari yargı hâkiminin yetkileri ceza hâkiminkine benzetilebilir.<sup>45</sup>

Hâkimin resen yapabileceği bir işlemin taraflarca yapılmasına izin verilmemesi ise anlamsız ve çelişkili olur. Kaldı ki medeni yargılama hukukunda dahi kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda bu yasak uygulanmamaktadır<sup>46</sup>. Örneğin bu kuralların anlamı ve kapsamı konusunda en kapsamlı değerlendirmelerin yapıldığı bir Danıştay kararında aynen şöyle denmektedir:

“2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun anılan 20. maddesi hükmü uyarınca hakim uyuşmazlığın çözülmesinde gerekli her türlü araştırma ve incelemeyi talep olsun olmasın kendiliğinden yapar. Maddi olayın nitelendirilmesi ve uygulanacak hukuk ilkesinin tespiti hakim in yetkisine bırakılmıştır. Tarafların maddi olayın hukuki nitelendirmesine dair iddia, savunma ve mütalaaları hakimi bağlamadığı gibi, hakim in tarafların hiç değinmedikleri unsurları da re’sen araştırması gerekir.

Re’sen araştırma ilkesine göre, davanın açılmasından nihai karar verilmesine kadar, davanın sevk ve idaresi, maddi olayın varlığının araştırılması ve delillerin elde edilmesi, maddi olayın hukuki tavsifi, olaya uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi, iddia ve savunmada ortaya konan maddi bulguların gerçeğe uygun olup olmadığının araştırılması, delillerin takdiri ile tarafların hiç değinmediği olayların tespiti görevi hakime aittir. Hakim uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptir. Gerçeğe ulaşmak için yapılan bu tür araştırma ve

<sup>45</sup> Yenice / Esin, a.g.e., s. 539.

<sup>46</sup> Örneğin bkz. Kuru, a.g.e., s. 189; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 345.

incelemelerin sonucuna göre hüküm tesisinin mahkemelerin idarenin yerine geçmesi gibi bir sonuç doğurması da söz konusu değildir”<sup>47</sup>.

Kanaatimizce resen inceleme yetkisinin bulunması prensip olarak iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının uygulanmasını tamamen bertaraf etmez ise de hukukumuz bakımından bunun talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağıyla sınırlı olarak uygulanmasını gerektirmektedir. Başka bir ifadeyle kanaatimizce idari yargıda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı esas olarak dava konusunun değiştirilmemesiyle yani talep sonucunun değiştirilmesi veya genişletilmesiyle sınırlı olup, dava konusu maddi vakıaları ve bunların ispatı için ileri sürülen delilleri kapsamamaktadır. Bu nedenle söz konusu yasağı ya da kuralı “talep sonucunun genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı” olarak adlandırmak belki daha doğru olur<sup>48</sup>. Danıştay kararlarına bakıldığında da yasağın genellikle bu hususla sınırlı olarak uygulandığı görülmektedir<sup>49</sup>. Örneğin açtığı iptal davası devam ederken ve fakat dava açma süresi geçtikten sonra verdiği ikinci bir dilekçe ile maddi kayıplarının tazminine de karar verilmesini isteyen davacının bu talebi, davanın genişletilmesi olarak

---

<sup>47</sup> Danıştay 12. Dairesinin 26.11.2015 tarih ve E. 2011/2498, K. 2015/6238 sayılı kararı.

<sup>48</sup> Doktrinde kimi müellifler, idareden getirilen bilgi ve belgelerin incelenmesi veya bilirkişi incelemesi neticesinde zararın dava dilekçesinde talep edilenden daha fazla olduğunun anlaşılmasına rağmen, “*ultra petita*” kuralı uyarınca hâkimin taleple bağlı kalmasının tam yargı davalarının amaç ve işleviyle bağdaşmadığı ve özel hukuka mahsus olan bu kuralın mutlaka terk edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Güran, Sait, “Türk İdare Hukuku’nda Tazminat Miktarının Saptanması”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu (III), İÜHFY, 1980, s. 168; Armağan, Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin, Ankara, 1997, s. 287.

<sup>49</sup> Yılmaz’ın anılan makalesinde (s. 16-18) bu konuda örnek olarak gösterdiği kararlar da esasen talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesine ilişkin olduğu hâlde bu husus göz ardı edilerek genel bir değerlendirmeye tabi tutularak iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına örnek gösterilmesi bize pek doğru gelmemektedir. Kaya ve Akcan’ın ortak makalesinde yapılan açıklamalar ve örnek olarak Danıştay kararları (s. 136-140) da kanaatimizce yine aynı sebeplerle yanıltıcıdır. Aynı tespit ve değerlendirmemiz Sancakdar (a.g.e., s. 14-15, dipnot: 46-49) tarafından gösterilen örnekler için de geçerlidir.

değerlendirilmiş ve bu nedenle reddedilmiştir<sup>50</sup>. Keza dava dilekçesindeki eksikliklerin giderilmesi amacıyla verilen yenileme dilekçesinde ileri sürülen yeni talepler de aynı sebeple reddedilmiştir<sup>51</sup>.

“Dilekçe ret kararı üzerine yenilenen dava dilekçesinde davacı tarafından adına kesilen cezaların kaldırılması isteminin yanı sıra adına tesis edilen mükellefiyet kaydının iptali istenilmiş ise de, ilk dava dilekçesinde bu hususta bir talebi bulunmayan davacının, yenilenen dilekçesinde yer verdiği bu isteminin davanın genişletilmesi mahiyetinde olacağından incelenmeksizin reddi gerekir”<sup>52</sup>.

Diğer yandan idari sözleşmelerden kaynaklanan davalar bir yana bırakılırsa, özel hukuk kişilerine karşı idari yargıda dava açılmayacağından ve idari davalarda davalı daima idare olduğundan idarenin cevap (savunma) dilekçesinde davacıya karşı bir hak talebinde bulunması (örneğin takas veya karşı dava gibi) mümkün olmadığından bunun sonradan genişletilmesi veya değiştirilmesi şeklinde bir durum ile karşılaşılmaz. Başka bir ifadeyle, idari yargılama usulünde savunma, karşı dava yoluyla yapılamayacağı gibi, medenî yargılama usulündeki gibi itiraz ve inkâr yollarına da başvurulamaz. Örneğin iptal davalarındaki savunma ancak dava konusu işlemin hukuka aykırı olmadığı veya yasal düzenlemelerin tanıdığı takdir yetkisi çerçevesinde yapılmış olduğu öne sürülerek yapılabilir. İdare, dava konusunun takdir yetkisine dayandığını ileri sürdüğü hâllerde, bu takdirini kamu yararına ve maksada uygun bir şekilde kullandığını ispat etmekle yükümlüdür. Diğer yandan davanın süresinde açılmadığı veya husumet konusunda yanlışlık yapıldığı şeklinde savunmalarda da bulunulabilir ise de bu hususlar mahkemece zaten resen gözetileceği için fazla bir önem arz etmezler. Aynı durum tam yargı davaları için de geçerlidir. Bu davalar bazı bakımlardan hukuk davalarıyla benzerlik gösterse de idare bu davalar bakımında da medeni yargılama usulündeki bütün defileri ileri süremez. Örneğin idare bu davalarda takas isteminde bulunamayacağı gibi karşı dava da açamaz<sup>53</sup>. Çünkü idare alacağını resen tahsil yetkisine

<sup>50</sup> Danıştay 5. Dairesinin 24.3.1986 tarih ve E. 1982/3012, K. 1986/363 sayılı kararı.

<sup>51</sup> Danıştay 5. Dairesinin 24.9.2010 tarih ve E. 2008/576, K. 2010/5441 sayılı kararı; Danıştay 13. Dairesinin 10.10.2013 tarih ve E. 2009/6783, K. 2013/2550 sayılı kararı.

<sup>52</sup> Danıştay 4. Dairesinin 9.2.2017 tarih ve E. 2013/8934, K. 2017/1118 sayılı kararı.

<sup>53</sup> Onar, a.g.e., s. 1978-1979; Tunca / Özdeş / Başpınar, a.g.m., s. 622-623.



sahiptir. İdarenin idari yetkisine dayanarak yapabileceği bir işlemin yapılmasını mahkemeden talep etmesi mümkün değildir<sup>54</sup>. Bu nedenle, “tarafklar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler” şeklindeki kuralın davalı taraf bakımından pek bir uygulanma kabiliyeti yoktur.

İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağıyla sınırlı şekilde uygulanması idari davaların amaç ve işlevleriyle de uyumludur. Çünkü idarî yargıda asıl olan idarenin denetimidir<sup>55</sup>. Başka bir ifadeyle adli yargıda amaç, bir hakkın meydana çıkarılması ve teslimidir. Buna, adaletin tevzii denmektedir<sup>56</sup>. Oysa idari yargılama usulünde davanın konusu ya objektif hukuk düzeninin korunması ve idarenin hukuka bağıllığının sağlanması veya idare kudretiyle fert arasında bir denge kurmak suretiyle fertler arasında eşitlik kurulması ve bunun için de bir sübjektif hakkın toplum menfaatine ihlâlinin önlenmesi veya ihlâl edilen hakkın sağlanmasıdır<sup>57</sup>. Dolayısıyla idari davalar vasıtasıyla sağlanan her şeyden evvel bir denetim görevi olup buna, adaletin tevzii, demek pek doğru olmaz<sup>58</sup>.

### **C. İdari Yargılama Usulü Kanununun 16’ncı Maddesinin Dördüncü Fıkrasının İlk Cümlesinde Yer Alan “Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler” Şeklindeki Kural Olmasaydı Hiçbir Engelle Karşılaşmadan Yargılama Boyunca Yeni Talep Yahut Hak İddialarında Bulunmak Mümkün Olur muydu?**

Kanaatimizce idari yargıda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı meselesi esas olarak dava açma süresiyle birlikte düşünülmesi gereken bir konudur. Başka bir ifadeyle, İYUK m. 16/4 hükmü olmasaydı dahi dava açma süresine ilişkin kurallar nedeniyle yine aynı durum ve sonuçla karşılaşılacaktı. Çünkü idari yargıda dava

<sup>54</sup> CE, 30 mai 1913, “Préfet de l’Eure”; CE, 3 févr. 2016, “Hôpital de Prades” (Broyelle, a.g.e., s. 128).

<sup>55</sup> Tuncay / Özdeş / Başpınar, a.g.m., s. 600.

<sup>56</sup> Onar, a.g.e., s. 1944.

<sup>57</sup> Onar, a.g.e., s. 1944.

<sup>58</sup> Tuncay / Özdeş / Başpınar, a.g.m., s. 600.

açma süreleri hak düşürücü nitelikte ve kamu düzeninden sayıldığı için mahkemece resen göz önünde bulundurulmaktadır. Dolayısıyla süresinden sonra dava konusu yapılan talepler bu nedenle reddedilecektir. Fransız hukukundaki uygulama da bu şekildedir<sup>59</sup>. Danıştay kararlarına bakıldığında da sonradan ileri sürülen taleplerin (Kanunun deyişiyle hak iddialarının) genellikle bu sebeple reddedildiği görülmektedir. Örneğin dava açma süresinin sona ermesinden sonra verilen dilekçeyle ıslaha başvurarak davanın konusunun değiştirilmek istenmesi bu sebeple reddedilmiştir<sup>60</sup>. Keza dava dilekçesinde talep edilmemiş olmakla birlikte henüz dava açma süresi dolmadan verilen ek bir dilekçe ile talep edilen faiz istemi, idare mahkemesince davanın genişletilmesi olarak değerlendirilip reddedilmiş ise de Danıştay aksi yönde karar vermiştir<sup>61</sup>. Buna karşılık, tam yargı davalarında talep edilen tazminat miktarının dava dilekçesinde veya en geç dava açma süresi içinde verilecek ek dilekçe ile belirtilmesi zorunlu olup<sup>62</sup>, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğunun dava dilekçesinde belirtilmiş olması, sonradan bunlar için dava açma hakkı bahsetmediği gibi<sup>63</sup>, dava açma süresi geçtikten sonra ve fakat yargılama henüz devam ederken verilecek dilekçelerle yeni taleplerde bulunma imkânı da bulunmamaktadır. Bu hususa ilişkin Danıştay<sup>64</sup> ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin<sup>65</sup> çok sayıda kararı bulunmakla birlikte, örnek kabilinden olmak üzere bunlardan yalnızca birine yer vermekle yetiniyoruz:

---

<sup>59</sup> Örneğin bkz. Broyelle, a.g.e., s. 136.

<sup>60</sup> Danıştay 13. Dairesinin 8.4.2008 tarih ve E. 2005/10077, K. 2008/3631 sayılı kararı.

<sup>61</sup> Danıştay 12. Dairesinin 2.2.2005 tarih ve E. 2002/2239, K. 2005/169 sayılı kararı.

<sup>62</sup> “Kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda, idari işlemin neden olduğu zararın miktar olarak tespitinin mümkün olmadığı hallerde, dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktar gösterilmeden tam yargı davası açılabilir” (Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 29.12.1983 tarih ve E. 1983/1, K. 1983/10 sayılı kararı).

<sup>63</sup> Danıştay 11. Dairesinin 13.4.2007 tarih ve E. 2007/2473, K. 2007/3869 sayılı kararı.

<sup>64</sup> Örneğin bkz. Danıştay 10. Dairesinin 13.6.2001 tarih ve E. 1999/3948, K. 2001/2244 sayılı kararı.

<sup>65</sup> Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararları için bkz. Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 1394-1396.

“Davacının fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak açmış olduğu ilk tazminat davasında yaptırılan bilirkişi incelemesiyle saptanan zararın istemini aşan bölümünün tazmini istemiyle açtığı dava; idari yargıda, idari eylem veya işlemlerden doğan zararın tazmininin ancak süresi içinde açılacak davalar yoluyla istenebileceği, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak süresi geçirildikten sonra yeniden tam yargı davası açılmasına olanak bulunmamaktadır”<sup>66</sup>.

**D. İdari Yargılama Usulü Kanununun 16’ncı Maddesinin Dördüncü Fıkrasının İlk Cümlesinde Yer Alan “*Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler*” Kuralının İstisnası**

Medeni yargılama hukukunda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kuralını yumuşatmak amacıyla çeşitli istisnalara yer verilmiştir. Bu çerçevede talep sonucu da genişletilip değiştirilebilmektedir. Buna imkân tanıyan istisnaların başında karşı tarafın açık rızası (m. 141) ve ıslah (m. 141, 176), gelmektedir<sup>67</sup>. İdari yargıda ise karşı tarafın açık rızası ile de olsa talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi (yani yeni hak iddiasında bulunmak) mümkün değildir. Buna karşılık, tam yargı davalarında ıslah yoluyla talep sonucunun arttırılması mümkündür. Bu imkân 11.3.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanunla İdari Yargılama Usulü Kanununun 16’ncı maddesine eklenen hükümlerle sağlanmıştır. Buna göre, “*tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın arttırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir*”. Kanuna eklenen bu hükmün gerekçesinde, “AİHM, devletin sorumluluğuna ilişkin tazminat davalarında, davacıların yargılamanın yavaş işlemesinden doğan zararlarını ortadan kaldıracak yeterli bir çözüm bulunmadığı yönünde ülkemiz aleyhinde ihlal kararları vermektedir. Düzenlemeyle, idarî yargıda açılan tam yargı davalarında talep edilen tazminatın daha yüksek olduğunun dava devam ederken anlaşılması durumunda, davacıya talep edilen miktarı arttırma hakkı verilmemesinin

<sup>66</sup> Danıştay 10. Dairesinin 15.5.1992 tarih ve E. 1991/2716, K. 1992/2050 sayılı kararı.

<sup>67</sup> Diğerleri ise tarafta iradi değişiklik (m. 124), dava konusunun devri (m. 125), davadan feragat (m. 307) ve davanın kabulüdür (m. 308) .

adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edilmesi sebebiyle, nihai karar verilmeye kadar ıslah suretiyle talep edilen tazminat miktarını arttırma hakkı tanınmaktadır” ifadesine yer verilmiştir.

Kanun *nihai karar verilmeye kadar* bu imkândan yararlanılabileceğini öngördüğü için kanun yolu aşamasında (örneğin istinaf) veya kanun yolu incelemesi üzerine verilen karardan sonra davanın kendi mahkemesinde yeniden incelenmesi aşamasında da tazminat talebini arttırmanın mümkün olması gerekir. Çünkü söz konusu yasal değişikliğe ilişkin kanun tasarısının gerekçesinde yer alan, “Tasarının çerçeve 1 ve 3’üncü maddelerinde yer alan ‘nihai karar verilmeye kadar’ kaydının bozmalardan sonraki olası hüküm aşamasını da kapsadığı kuşkusuzdur” şeklindeki ifade böyle bir sonuca götürmektedir. Nitekim Danıştay 10. Dairesi de 25.2.2014 tarih ve E. 2009/9938, K. 2014/1117 sayılı kararında aynı yönde karar vermiştir. Fakat bu imkândan yararlanılabilmesi için dava dilekçesinde belli bir miktar tazminat talebinde bulunmuş olması gerekir. Çünkü Kanun, dava devam ederken tazminat istenebilmesine değil, dava dilekçesinde belirtilen tazminat miktarının arttırılabilmesine imkân tanımaktadır. Dolayısıyla, iptal ve tam yargı davası birlikte açılmamışsa, yani iptal davası açıldığında dava dilekçesinde tazminat talep edilmemiş ise ve dava açma süresi de geçmiş ise artık tazminat talep etme imkânı kalmayacaktır. Bu durumda ancak iptal davası sonuçlandıktan sonra İYUK’un 12’nci maddesi hükümlerine göre tam yargı davası açma olanağı olacaktır.

Diğer yandan Kanun, maddi ve tazminat arasında herhangi bir ayırım yapmadığından ve tazminat talebinin arttırılabilmesini bilirkişi incelemesi vb. bir koşula bağlamadığından, maddi tazminat talepleri gibi manevi tazminat taleplerinin de arttırılabileceği kanaatindeyiz. Danıştay 10. Dairesi de 25.2.2014 tarih ve E. 2009/9938, K. 2014/1117 sayılı kararında aynı yönde karar vermiştir<sup>68</sup>. Fakat asıl dava sonuçlandıktan sonra faiz için yeni bir dava açma imkânı yoktur. Danıştay bu tür talepleri dava açma süresinin geçmiş olması nedeniyle reddetmektedir. Fazlaya

<sup>68</sup> Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Çınar, İbrahim, “Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Islah”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 7, Yıl: 2016 (s. 479-506); Karakuş, Mehmet, “İdari Yargıda Islah”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 17, Yıl: 5, Ankara, 2014.

ilişkin hakların saklı tutularak bunlar için ayrı bir dava açılması da aynı sebeple kabul edilmemektedir<sup>69</sup>.

Acaba mahkemece resen araştırma ve inceleme çerçevesinde elde edilen ve dava dosyasına giren belgeler kapsamında yer alan bilgilerden davacının gerçek zararının dava dilekçesinde talep edilenden fazla olduğunun anlaşılması üzerine “ıslah” hakkını kullanabilmesi için bu hususun kendisine bildirilmesi gerekir mi? Danıştay 5. Dairesi oyçokluğuyla verdiği 20.10.2015 tarih ve E. 2015/4089, K. 2015/8104 sayılı kararında bu soruya olumlu cevap vermiştir. Karara konu olan olayda, davacı, naklen atanmasına dair işlemin yargı kararı ile iptal edildiğinden bahisle, anılan işlem nedeniyle yoksun kaldığı maaş farkı, döner sermaye ek ödemesi ve tazminat gibi maddi kayıpların karşılığı olarak 10.000 TL maddi, işlem nedeniyle çektiği üzüntü nedeniyle 30.000 TL manevi tazminata hükmedilmesi istemiyle dava açmıştır. Çorum İdare Mahkemesince davanın reddi yolunda verilen 10/08/2011 günlü, E. 2011/274, K. 2011/546 sayılı kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Danıştay Beşinci Dairesinin 10/06/2014 günlü, E. 2011/8727, K. 2014/5021 sayılı kararıyla; hukuka aykırılığı yargı kararı ile saptanan atama işlemi nedeniyle döner sermaye kaybına uğrayan davacının, zararının tazmin edilmesi gerektiği gerekçesiyle kararın döner sermaye farkı yönünden reddine ilişkin kısmının bozulmasına, manevi tazminat ve yoksun kaldığı maddi tazminata ilişkin diğer talepleri yönünden onanmasına karar verilmiştir. Çorum İdare Mahkemesince, davalı İdareden davacının Çorum İl Sağlık Müdürlüğü emrinde fiilen çalışmadığı dönemde yoksun kaldığı döner sermaye tutarı ile Çorum İl Tarım Müdürlüğü emrinde çalıştığı dönemde aldığı döner sermaye tutarı arasındaki fark ara kararı ile sorulmuş, davalı İdarece ara kararına verilen cevapta iki tutar arasındaki farkın 27.707,61 TL olduğu bildirilmiştir. Bunun üzerine Mahkeme, Danıştay Beşinci Dairesinin 10/06/2014 günlü, E. 2011/274, K. 2014/5021 sayılı kararının bozulan kısmına uyarak, davacının talebinin 10.000 TL olması nedeniyle ve talepten fazlasına hükmedilemeyeceği gerekçesiyle davacının Çorum İl Sağlık Müdürlüğü emrinde fiilen çalışmadığı dönemde yoksun kaldığı 10.000 TL maddi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmiştir. Davacı, ara kararının kendisine tebliğ edilmemesi nedeniyle döner sermaye farkının 27.707,61 TL

<sup>69</sup> “Daha önce süresinde açılan davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasının yeni dava açma süresi ihya etmeyeceği”, Danıştay 10. Dairesinin 10.6.1998 tarih ve E. 1996/1026, K. 1998/2451 sayılı kararı.

olduğunu öğrenemediğini ve dava konusu müddeabihi ıslah yoluyla artırma hakkını kullanmadığını belirterek, verilen kararın hukuka aykırı olduğunu öne sürerek İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemiştir. Danıştay 5. Dairesi oyçokluğuyla verdiği kararında şöyle demiştir:

“2577 sayılı Kanun’un 16. maddesinin 2. fıkrasında ara kararların taraflara tebliğ edilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmama ile birlikte, davanın görülmesi sırasında davacının durumunda değişiklik yaratabilecek yeni hususların ortaya çıkması durumunda davacıya cevap vermesi için süre verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Mahkemece verilen ara karar sonucunda davacının yoksun kaldığı döner sermaye miktarının daha fazla olduğunun anlaşılması üzerine, davacının ıslah müessesesini işletebilmesi için ara kararının davacıya tebliğ edilerek davacının cevabı alındıktan sonra veya cevap süresi geçtikten sonra karar verilmesi gerekirken, bu usul uygulanmadan davacının dava dilekçesindeki talebi göz önünde bulundurularak karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır”<sup>70</sup>.

Karara katılmayan üyeler ise, “2577 sayılı Kanun’da ara kararlarının taraflara tebliğini zorunlu kılan bir hüküm yoktur. Kararın bu haliyle incelenmesi gerekir. Bu nedenle, var olmayan bir usul hükmüne dayandırılan bozma kararına katılmıyoruz” şeklinde bir gerekçeye dayanmıştır.

## E. Fransız Hukukundaki Durum

Fransız hukukunda “taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler” şeklinde bir kural İdari Yargı Kodunda (*Code de Justice Administrative*) yer almamaktadır. Buna karşılık, dava açma süresi bizde olduğu gibi hak düşürücü nitelikte ve dolayısıyla kamu düzeninden sayıldığı için hâkim tarafından resen nazara alınmakta ve söz konusu kural ile amaçlanan sonuç böylece yine gerçekleşmiş olmaktadır. Başka

<sup>70</sup> Conseil d’État içtihatlarına göre de “çelişme” yahut “silahların eşitliği” ilkesi uyarınca gerek taraflarca mahkemeye sunulan gerekse mahkemenin resen araştırma ve inceleme yetkisi kapsamında temin ettiği bilgi ve belgeleri, savunma (cevap) hakkını kullanabilmeleri için ilgili taraf veya taraflara tebliğ edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Örnek kararlar ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. Deguerge, a.g.e., s. 573-574.

bir ifadeyle Fransız hukukunda da dava açma süresi geçtikten sonra dava konusunun değiştirilmesi veya talep sonucunun genişletilmesi ve değiştirilmesi artık mümkün değildir. Yani söz konusu yasağın işlemeye başlayacağı anın tespiti bizdeki gibi dava açma süresine göre belirlenmektedir<sup>71</sup>. Fakat Fransız hukukundaki durum hukukumuzda nazaran kimi farklılıklar gösterdiği için biraz yakından bakmakta yarar bulunmaktadır.

Fransız hukukuna göre davacı dava dilekçesinde<sup>72</sup> uyuşmazlığa yol açan vakıaları, hukuki sebepleri ve hüküm altına alınmasını istediği talepleri açık şekilde belirtmelidir<sup>73</sup>. Yani dava dilekçesi vakıaları, hukuki sebepleri ve talep sonucunu ihtiva etmelidir. Fakat bu noktadaki eksiklikler dava açma süresi henüz geçmeden verilecek yeni bir dilekçeyle tamamlanabilir<sup>74</sup>. Hâkim de davacıyı eksikliği tamamlamaya davet edebilir fakat buna mecbur değildir; isterse bu sebeple davanın (başvurunun) reddine de karar verebilir<sup>75</sup>. Davacı kendiliğinden veya hâkimin daveti üzerine ilk dilekçesindeki eksikleri tamamlayan ikinci bir dilekçe verdiği takdirde bu ikinci dilekçe esas alınarak dava yürütülür. Dolayısıyla dava açma süresi geçtikten sonra davanın dayandırıldığı maddi vakıalar, hukuki sebepler ve talep sonucu artık değiştirilemez. Bunlara davanın türünün değiştirilmesi de dâhildir. Bundan maksat, örneğin iptal davasının tam yargı davasına dönüştürülememesi veya bunun tersinin yapılamamasıdır. Keza iptal davasına tam yargı davasını eklemek yahut tersini yapmak da mümkün değildir<sup>76</sup>. Gerçi

<sup>71</sup> Heurté, André, “Conclusions nouvelles et moyens nouveaux présentés à l’audince du tribunal administratif”, AJDA, 1957-1, s. 39.

<sup>72</sup> Dava dilekçesinin şekli konusunda Kanunda bağlayıcı bir plan olmadığından davacı dilediği şekilde hazırlamakta serbesttir. Böyle olmakla birlikte, dilekçeler genellikle maddi vakıaların açıklanmasıyla başlar, “tartışma” yani hukuki sebeplerin serdedilmesiyle devam eder ve nihayet ileri sürülen vakıalara uygun düşen talep sonuçlarıyla son bulur (Le Bot, a.g.e., s. 180).

<sup>73</sup> “Elle contient l’exposé des faits et moyens, ainsi que l’énoncé des conclusions soumises au juge” (CJA art. R. 411-1).

<sup>74</sup> “L’auteur d’une requête ne contenant l’exposé d’aucun moyen ne peut la régulariser par le dépôt d’un mémoire exposant un ou plusieurs moyens que jusqu’à l’expiration du délai de recours” (CJA art. R. 411-1).

<sup>75</sup> CE, 15 avril 1988, “Michelix” (Le Bot, a.g.e., s. 210).

<sup>76</sup> Rouault, Marie-Christine, Contentieux administratif, 1. Baskı, Larcier, Bruxelles, 2015, s. 272; Peiser, Gustave, Contentieux administratif, 16. Baskı, Dalloz, Paris, 2014, s. 175.

hukukumuzda da (İYUK m. 3/2-b) dava dilekçesinde davanın konu ve sebepleri ile dayandığı delillerin belirtilmesi gerekmele birlikte, “davanın sebepleri” ibaresiyle maddi vakıaların mı, hukuki sebeplerin mi yoksa her ikisinin mi kast edildiği pek açık değildir. Fransız hukukunda ise yukarıda da ifade edildiği gibi maddi ve hukuki sebepler ayrı ayrı zikredilmiş olup, her ikisinin de dava dilekçesinde belirtilmesinin zorunlu olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır (CJA art. R. 411-1).

Kamu düzeninden sayılan hususlar hariç olmak üzere dava dilekçesinde ileri sürülen bu maddi ve hukuki sebepleri sonradan değiştirmek artık mümkün değildir. Buna, “davanın değişmezliği” prensibi denmektedir<sup>77</sup>. Buna göre dava dilekçesinin ihtiva etmesi gereken bu zorunlu unsurlarla birlikte davacı ile davalı arasındaki hukuki uyumsuzluğun çerçevesi de belirlenmiş olur. O hâlde dava görülmeye başlandıktan sonra bu hukuki çerçevenin artık değişmemesi gerekir<sup>78</sup>. Davacı ile hâkim arasındaki ilişkiyi hasta ile hekim arasındaki ilişkiye benzeten Chapus, normalde hukuki sebeplerin dava dilekçesinde belirtilmesinin zorunlu olmaması gerektiğini, bunların sonradan değiştirilmesinin ve genişletilmesinin mümkün olması gerektiğini ve hâkimin de bunları resen uygulaması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü hasta hekime hastalığının semptomlarını söyler, hekim de hastalığına teşhis koyar ve gerekli tedaviyi uygular. O hâlde davacının görevi de uyumsuzluk konusu vakıaları hâkime bildirmekten ibaret olmalıdır. Bu vakılardan çıkarılacak hukuk sonuç ve bunların çözümüne uygulanacak hukuk kurallarını bulup uygulamak hâkimin görevi olmalıdır<sup>79</sup>. Fakat böyle bir zorunluluğun olumlu yanları olduğu da kaydedilmektedir. Böylece davacı daha baştan iyi düşünmeye sevk edilerek kazanma şansı olmayan davayı açmaktan cayabilecektir. Ayrıca davayı açmaya karar vermesi hâlinde ise şansını artırmak için daha ciddi bir araştırma yapacak ve böylece hâkimin işini epeyce kolaylaştıracak bir dilekçe hazırlayacaktır<sup>80</sup>.

Hukuki sebep meselesini iptal ve tam yargı davaları bakımından ayrı ayrı ele almakta yarar vardır. Fransız hukukunda idari işlemin unsurları yani iptal sebepleri iki kategori altında toplanmaktadır. İşlemin yetki ve şekil (ve usul) unsurları bir kategori, işlemin sebep, konu ve

<sup>77</sup> Chapus, s. 775.

<sup>78</sup> Chapus, s. 775.

<sup>79</sup> Chapus, s. 775-776.

<sup>80</sup> Broyelle, a.g.e., s. 140-141.



amaç unsurları ise başka bir kategori altında toplanmaktadır<sup>81</sup>. İlk kategori için “işlemin dış unsurları” (*légalité externe*), ikinci kategori içinse işlemin “iç unsurları” (*légalité interne*) deyiimi kullanılmaktadır. Buna göre örneğin dava dilekçesinde dava konusu işlemin yalnızca yetki ve/veya şekil nedeniyle yani “dış unsurları” (*légalité externe*) itibariyle hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüş iken dava açma süresi geçtikten sonra bunlara ilâveten veya bunların yerine bu defa da sebep, konu veya maksat yönlerinden yani işlemin “iç unsurları” (*légalité interne*) itibariyle hukuka aykırı olduğu kural olarak artık ileri süremez ve mahkeme de aynı şekilde söz konusu iptal nedenlerini kural olarak resen göz önünde bulunduramaz<sup>82</sup>. Fakat bu iki kategoride yer alan nedenlerden sadece birine dayanılmış olsa bile aynı kategoride yer alan başka bir neden sonradan da ileri sürülebilir. Örneğin dava açma süresi içinde sadece amaç unsuru yönünden hukuka aykırılık iddiası ileri sürülmüş olsa bile sonradan buna sebep ve konu unsurları da ilâve edilebilir. Çünkü her üç iptal sebebi aynı kategori (blok) içinde yer aldığından aynı hukuki sebebe bağlı bir hukuka aykırılık iddiası ileri sürülmüş olur. Aynı durum işlemin yetki ve şekil (dış unsurları) unsurları için de geçerlidir<sup>83</sup>. Davaların uzamasına sebep olduğu için buna da bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu duruma özellikle şehircilik yahut imar konularında rastlanmaktadır. Örneğin inşaat ruhsatlarına veya yıkım kararlarına (maili inhidam) yahut arazi ve arsa düzenlemelerine ilişkin işlemlere karşı açılan iptal davalarında dava konusu işlemin iç yahut dış unsurlarından biri yönünden hukuka aykırılığı ileri sürülmüş olursa hâkimin belirleyeceği belli bir aşamadan sonra artık yeni bir hukuki sebebe dayanılmaz<sup>84</sup>. Örneğin başta yalnızca sebep yönünden hukuka aykırılık iddiasında bulunulmuş ise hâkimin tayin edeceği belli bir süreden sonra artık konu veya amaç yönünden hukuka aykırılık iddiası ileri sürülemez. Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi diğer konulara ilişkin iptal davalarında aynı kategorideki iptal sebeplerinden yalnızca birine dayanılmış olması, diğerlerini de sonradan ileri sürme hakkı

---

<sup>81</sup> Bu kategorideki iptal sebepleri daha somut olarak maddi hata, hukuki hata, olay ve olguların (vakıaların) hukuki tavsifinde hata ve nihayet takdir yetkisinde hata şeklinde de ifade edilmektedir (Guyomar / Seiller, a.g.e., s. 272).

<sup>82</sup> Peiser, a.g.e., s. 175.

<sup>83</sup> Rouault, a.g.e., s. 273.

<sup>84</sup> İmar (Şehircilik) Kanununun 1 Ekim 2013 tarihli décret ile değişik R. 400/4 maddesi (Broyelle, a.g.e., s. 141).

sağlamaktadır<sup>85</sup>. Keza dava öncesinde idareye yapılmış bir başvuru yapılmış ise bu başvuruda ileri sürülen iptal sebeplerine yapılan referans da yeterli sayılmaktadır. Bu takdirde mahkeme bu sebepler çerçevesinde dava konusu işlemin hukuka uygun olup olmadığını inceleyecektir<sup>86</sup>.

Dava açmadan önce idareye zorunlu bir başvuru yapılmış ise bu takdirde davanın konusunu başvuru üzerine alınmış olan bu işlem teşkil edeceğinden idari başvuruda ileri sürülen hukuka aykırılık sebepleri de açılacak davada bağlayıcı olmayacaktır. Örneğin söz konusu başvuruda işlemin sebep yönünden hukuka aykırı olduğu ileri sürülmesine karşın açılacak iptal davasında buna ilâveten veya bunun yerine şekil (ve usul) yönünden hukuka aykırı olduğu ileri sürülebilir. Keza idari başvuruda işlemin sebep yönünden hukuka aykırı olduğu ileri sürülmesine karşın açılacak iptal davasında buna ilâveten veya bunun yerine konu ve/veya amaç yönünden hukuka aykırı olduğu ileri sürülebilir<sup>87</sup>.

Kamu düzeninden sayılan iptal sebepleri de her zaman ileri sürülebileceği gibi (dava dosyasından anlaşılacak kaydıyla) mahkemece de resen nazara alınmaktadır. Örneğin yetki unsuru her halükârda kamu düzeninden sayılıp yargılamanın her aşamasında resen nazara alınmaktadır. Şekil (ve usul) unsuru ise istisnai olarak bu nitelikte sayılmaktadır. Örneğin “zorunlu danışma” veya “uygun görüş” alınması koşullarına uyulmadan karar alınması kamu düzeninden sayılan bir şekil ve usul bozukluğu olarak görülmesine rağmen, işlemin gerekçeli olması koşuluna uyulmamış olması bu nitelikte görülmemektedir. Dolayısıyla, bu sonuncu hukuka aykırılık halinin hâkim tarafından resen göz önünde bulundurulması kabul edilmediği gibi, davacı tarafından da dava açma süresi geçtikten sonra ileri sürülmesi davayı değiştirme sayılmakta ve dikkate alınmamaktadır<sup>88</sup>. Aynı durum kısmen konu unsuru için de geçerlidir. Kanunun açıkça yasakladığı konularda alınan kararlar da genellikle yoklukla malûl sayılmakta ve bu husus mahkemece resen nazara alınmaktadır. Fakat “bir hukuk kuralının yanlış uygulanmış olması” veya “işlemin yasal temelini bulunmayışı” gibi hâller dava

<sup>85</sup> Broyelle, a.g.e., s. 140-141.

<sup>86</sup> Le Bot, a.g.e., s. 180.

<sup>87</sup> Rouault, a.g.e., s. 273.

<sup>88</sup> Bu konuda daha fazla bilgi ve Conseil d'État'nın bu konudaki uygulamasına ilişkin çok sayıda örnek karar için bkz. Hugues Le Berre, Droit du contentieux administratif, 1. Baskı, Ellipses, Paris, 2002, s. 146-147, 187-188.

konusu işlemin esasına ilişkin olmalarına rağmen, yani işlemin “neden” ve “konu” unsuruna (*légalité interne*) ilişkin oldukları hâlde, bunların da belli koşullarla kamu düzeninden sayılıp resen nazara alındıkları görülmektedir<sup>89</sup>. Ancak “amaç” yönünden hukuka aykırılık ise, hiçbir şekilde kamu düzeninden sayılmamakta; dava konusu işlemin bu unsur itibarıyla hukuka aykırı olduğunu iddia ve ispat külfeti (elbette ki, davayı değiştirme yasağı sınırlar çerçevesinde olmak kaydıyla) bütünüyle davacıya düşmektedir<sup>90</sup>. Keza dava dilekçesinde dayanılan hukuki sebebin dayanağı ve ispatı cümlesinden olmak üzere yeni savunma vasıtaları ile maddi ve hukuki sebeplerin ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi, daha önce (dava açma süresi zarfında) ileri sürülmüş bulunan hukuki nedenin geliştirilmesi ve ondan bazı çıkarsamalarda bulunulması da yasak kapsamında sayılmamaktadır<sup>91</sup>. Diğer yandan resen inceleme ilkesi uyarınca hâkim her türlü delili kendiliğinden araştırır. Bu, hâkime hem tanınmış bir yetki hem de verilmiş bir görevdir. Hâkim tarafların sunduğu veya resen inceleme yetkisini kullanarak kendisinin topladığı ve kararını dayandırabileceği yani hükme esas alabileceği bütün delilleri (bilgi ve belgeleri) kararından önce taraflara tebliğ etmek zorundadır (CJA, art. R. 611-7). Hâkim taraflardan ve ilgili kişilerden dava ile ilgili her türlü bilgi ve belge isteyebilir. Tarafların talebi bulunmasa bile bilirkişiye resen başvurabilir (CJA, art. R. 621-1). Aynı şekilde keşif yapabilir (CJA, art. R. 622-1). Keşif tarafların huzurunda yapılır ve sonucu tutanağa bağlanır<sup>92</sup>. Ayrıca 22 Şubat 2010 tarihli bir kararname<sup>93</sup> ile İdari Yargı Koduna eklenen bir hükümle (art. R. 625-3) gerek Danıştay gerekse ilk derece mahkemeleri önünde görülen dava ve işlerde davayla ilgili olarak bilgisine başvurulmasında yarar görülen üçüncü kişilerden yazılı görüşlerinin (*avis*) alınması ve hatta gerekirse çağrılarak mahkemede dinlenmesi yetkisi verilmiştir. Üçüncü kişilerce yazılı olarak verilen bu görüş taraflara tebliğ edilmekte ve cevap haklarını kullanabilmeleri sağlanmaktadır. Sözlü açıklamaları sırasında da taraflar çağrılmaktadır. *L’amicus curiae* şeklinde tabir edilen bu müessesenin idari yargılama

<sup>89</sup> Le Berre, a.g.e., s. 146-147.

<sup>90</sup> Le Berre, a.g.e., s. 192-193.

<sup>91</sup> Gohin, a.g.e., s. 280.

<sup>92</sup> Guyomar, Mattias / Seiller, Bertrand, Contentieux administratif, 3. Baskı, Dalloz, Paris, 2014, s. 399.

<sup>93</sup> Décret no: 2010-164.

hukukunda kabulüyle birlikte hâkimin resen araştırma yetkisi daha genişlemiştir<sup>94</sup>.

Tam yargı davaları bakımından ise açıklanması biraz zor durum olduğu söylenebilir. Nedeni ise Fransız hukukunda tam yargı davalarının birçok alt türünün bulunmasıdır. Yani tam yargı davaları bizdeki gibi homojen değildir. Ancak bu heterojen yapısına rağmen, klasik olarak tam yargı davaları konuları itibariyle iki ana gruba ayrılmaktadır. İlki, *sübjektif* nitelikli tam yargı davalarıdır. Bu gruba giren tam yargı davalarının konusunu genel olarak, davacının sübjektif bir hakkı teşkil etmektedir. Başka bir ifadeyle, bu gruba giren davayla, davacının uğradığı bir haksızlığın tamir ve telafisi sağlanır. Bunlar, iki alanda ortaya çıkmaktadır. İlki idari sözleşmelere ilişkindir. İdari sözleşmelerden dolayı tarafların birbirlerine karşı açacakları davalar, tam yargı davalarının bu grubu içinde değerlendirilmektedir. İkincisi ise, genel olarak idarenin işlem ve eylemlerinden dolayı uğranılan zararın tazmini amacıyla açılan davalarlardır. Bunlara, *objektif* nitelikli tam yargı davaları da denmektedir. Bu grup altında toplanan davalar homojenlikten oldukça uzaktır. Bu nedenle, buna “*torba*” grup da denmektedir<sup>95</sup>. Bu gruba giren davaların başında seçim uyuşmazlıkları ile ilgili davalar gelmektedir<sup>96</sup>. Vaktiyle çok tartışmalı olmakla birlikte, vergi uyuşmazlıkları ile ilgili davalar da artık tam bir ittifakla tam yargı davasının objektif türü olarak kabul edilmektedir. Ancak bazı vergi uyuşmazlıklarının iptal davasına konu teşkil edebilmesi de mümkündür. Bunlar son derece istisnai olup özel birtakım yasal düzenlemelerle getirilmiş bulunan mali yükümlülüklerle ilişkindir. Çevrenin korunması amacıyla yapı ve tesislerin tehlikelilikleri göz önünde bulundurularak yapılan sınıflandırma veya tasnif (*installations classées*) işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların

<sup>94</sup> Guyomar / Seiller, a.g.e., s. 400.

<sup>95</sup> Guyomar / Seiller, a.g.e., s. 119, 125; Broyelle, a.g.e., s. 51-52.

<sup>96</sup> Seçim uyuşmazlıklarından maksat, siyasi seçimler (cumhurbaşkanlığı, senato ve millet meclisi) dışında kalan seçimlerle ilgili her türlü uyuşmazlıktır. Bunlara, Avrupa Birliği kurumları için yapılan seçimler, meslek odaları ve çeşitli komisyonlar için yapılan seçimler ve mahalli idarelerce yapılan referandumlar da dâhildir. Siyasi seçimlerle ilgili uyuşmazlıkları çözme görevi ise Anayasa Konseyine (Mahkemesine) aittir. Ancak bu seçimlerle ilgili uyuşmazlıklarda da asıl uyuşmazlık konusundan ayrılabilir nitelikteki işlemlere karşı açılacak davalar birer iptal davasıdır ve idare mahkemelerinin görevine girmektedir. Bkz. Guyomar / Seiller, s. 125-126.

(davaların) da bu kategoriye girdiği kabul edilmektedir. Bu kapsama giren davalardan bir diğeri de, yıkılmaya yüz tutmuş yapılarla ilgili olanıdır. Bunların dışında başka birtakım davalar da objektif tam yargı davanın kapsamına girmektedir. Örneğin sığınma talepleri ile ilgili uyuşmazlıklar da bu kapsamda sayılmaktadır. Keza askeri ve sivil personele yapılan bazı ödenek ve maaşlarla ilgili davalar da bu kapsamda sayılmaktadır. Bunlara nazaran daha az öneme sahip başka bazı davalar daha bu kapsamda değerlendirilmektedir. Örneğin, belediye malları ile ilgili davalar ve sosyal yardım ile ilgili davalar bu kapsamda sayılmaktadır. Keza sağlık ve sosyal işlerle ilgili tarifelerden doğan uyuşmazlıklar, çalışanların engellilik durumlarının tespitinden doğan uyuşmazlıklar, ilgili kişilere mahalli idarelerle ilgili bazı konularda dava açma hakkının tanınması ile ilgili uyuşmazlıklar bu kapsamda sayılmaktadır<sup>97</sup>.

Her tam yargı davası türünün kendi niteliğine uygun düşen hukuki bir sebebe dayanması mecburiyetinin bulunması ve bu sebeplerin bazen birden fazla olması davacılar için işi bir hayli zorlaştırmaktadır. Çünkü dayanılan sebebin sonradan değiştirilmesi mümkün olmadığı gibi daha önce ileri sürülmemiş olan bir sebebin de sonradan ileri sürülmesi kural olarak mümkün değildir<sup>98</sup>. Tam yargı davalarının diğer türlerini bir yana bırakıp hukukumuzda da karşılığı olan tazminat davalarıyla sınırlı olarak ifade edecek olursak, tam yargı davalarında da davanın dayandırıldığı hukuki sebebin (buna vakıalar da denebilir) sonradan değiştirilmesi kural olarak yasaktır. Örneğin kusursuz sorumluluk nedenine dayanılarak açılan bir tam yargı davasının, yargılama sırasında hizmet kusuru esasına dayandırılması kabul edilmemektedir<sup>99</sup>. Yine idari sözleşme esasına dayanan bir sorumluluk sebebinden, sözleşme dışı sorumluluk sebeplerine atlanması da kabul edilmemektedir<sup>100</sup>. Bunun gibi, dava dilekçesinde sözleşmenin geçersizliği (hükümsüzlüğü) nedenine dayanılmış olduğu halde, dava sırasında ve fakat dava açma süresi geçtikten sonra bu defa da sözleşmenin karşı tarafının edimini ifa etmediği sebebine dayanılmaz<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> Guyomar / Seiller, a.g.e., s. 119, 125; Broyelle, a.g.e., s. 51-52.

<sup>98</sup> Guyomar / Seiller, a.g.e., s. 272-273; Rouault, a.g.e., s. 274.

<sup>99</sup> Peiser, a.g.e., s. 175.

<sup>100</sup> Peiser, a.g.e., s. 175.

<sup>101</sup> Le Berre, a.g.e., s. 143-144; Guyomar / Seiller, a.g.e., s. 272. Fakat yine Conseil d'État'ya göre, başta ileri sürülmediği halde, sonradan sözleşmenin

Ancak kamu düzeni ile ilgili savunma sebepleri bu yasağın kapsamı dışında olup, bunların yargılamanın her safhasında ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi, hâkim tarafından da yargılamanın her aşamasında resen nazara alınmaları mümkün ve zorunludur. Bu bağlamda, idarenin kusursuz sorumluluğu da kamu düzeninden sayılmaktadır. Yani idarenin kusura dayanan sorumluluğu kamu düzeninden sayılmadığından, kusursuz sorumluluk esasına binaen açılan bir tam yargı davasının dava açma süresi geçtikten sonra hizmet kusuru esasına dayandırılmak istenmesi davanın değiştirilmesi sayıldığı için kabul edilmediği halde tersi mümkündür ve davanın değiştirilmesi sayılmamaktadır. Ayrıca, kamu düzeninden sayıldığı için, hâkim de kusursuz sorumluluğu resen göz önünde bulundurmamak zorundadır<sup>102</sup>.

Buna karşılık dava dilekçesinde idarenin kusura dayanan sorumluluğuna dayanıldığı hâlde, dava açma süresi geçtikten sonra yeni bir hukuki sebebe yani, kusura dayanan sorumluluk ile kusursuz sorumluluk dışında yeni ve başka bir hukuki sebebe dayanmak mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışma, Devletin uluslararası yükümlülükleri doğrultusunda gerekli yasal düzenlemeleri yapmaması nedeniyle maruz kalındığı iddia olunan zararın tazmini gayesiyle açılan bir dava üzerine gündeme gelmiştir. Davasını başta hizmet kusuruna dayandıran davacı sonradan bunu değiştirerek, Devletin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar nedeniyle üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirmemesi şeklinde bir nedene dayandırmak istemişse de Conseil d'État bunu davanın dayandığı hukuki sebebin değiştirilmesi olarak görmüş ve kabul etmemiştir<sup>103</sup>. Chapus, Devletin uluslararası yükümlülüklerine uymaması nedeniyle uğranılan zarardan dolayı idarenin hangi esaslara (hizmet kusuru-kusursuz sorumluluk) göre sorumlu olacağı sorusuna açık ve kesin bir cevap vermek kolay olmadığından, Conseil d'État'ın ulaşılmış bulunduğu sonucu doğru görmenin zor olduğunu ifade etmektedir<sup>104</sup>.

Talep sonucunun genişletilmesi ve değiştirilmesine gelince hukukumuzda olduğu gibi dava konusu talebi genişletmek ve değiştirmek yasaktır. Fakat bundan maksat asıl taleplerdir. Çünkü Fransız hukukunda

---

geçersizliğini (hükümsüzlüğünü) ileri sürmek, davayı değiştirme sayılmamaktadır. Örneğin bkz. CE, 29 sept. 2000, “*Sté Dezellus Métal Industrie*”, (Le Berre, a.g.e., s. 145).

<sup>102</sup> Le Berre, a.g.e., s. 144.

<sup>103</sup> Chapus, a.g.e., s. 591.

<sup>104</sup> Chapus, a.g.e., s. 677.

terditli<sup>105</sup> dava açma imkânı bulunduğundan asıl yahut asli talepler yanında yardımcı taleplerin ileri sürülebilmesi de mümkündür.<sup>106</sup> Davanın konusunu belirleyen asli (asıl) talepler olduğu için bunlar değiştirilemez. Fakat yardımcı talepler değiştirilebilir. Buna göre dava açma süresinin geçmesiyle birlikte mevcut (asıl) taleplere yenilerinin eklenmesi ve bunların arttırılması artık mümkün değildir. Yani davacı dava dilekçesinde istemiş olduğundan başka ve ondan fazla bir şey isteyemez<sup>107</sup>. Fakat bu taleplerden bir kısmından vazgeçmek mümkündür. Örneğin dava dilekçesinde bir yönetmeliğin birden fazla maddesi talep edilmişken bunlardan bazılarının iptali talebinden vazgeçilebilir. Keza dava dilekçesinde talep edilen tazminat tutarının bir kısmından da vazgeçilebilir<sup>108</sup>. Fakat mevcut taleplere yenilerinin eklenmesi veya değiştirilmesi ise yasaktır. Buna davanın kristalize olması denmektedir. Buna göre ancak ve yalnızca süresinde hâkimin önüne gelen talepler inceleme konusu yapılabilir; bu sürenin geçmesiyle birlikte dava konusu talepler yahut dava konusu artık donmuş veya sabitlenmiş olur. Dolayısıyla süre henüz dolmamış ise yeni talepler ileri sürülebilir<sup>109</sup>. Örneğin altmış günlük dava açma süresine tabi olan bir uyuşmazlıkta davacı dava açma süresinin otuzuncu gününde mahkemeye verdiği dilekçesinde bir yönetmeliğin belli maddelerinin iptalini istemekle yetindiği hâlde sonraki otuz gün içinde vereceği yeni bir dilekçeyle başka bazı maddelerin iptalini de isteyebilir. Dava açma süresi henüz geçmediği için davacı bunu yapmakta tamamen serbesttir. Bu süre geçtikten sonra artık başka maddelerin iptalini isteyemez. Fakat süresinde dava konusu yaptığı bazı maddelerin iptali talebinden vazgeçebilir<sup>110</sup>. Ancak bu kuralın özellikle tam yargı davaları bakımından bazı istisnaları

---

<sup>105</sup> Örneğin bir düzenleyici işlemin tamamen iptaline bu mümkün olmadığı takdirde ise belli madde yahut maddelerinin iptaline karar verilmesi talep edilebilmektedir (Broyelle, a.g.e., s. 128).

<sup>106</sup> Örneğin dava konusu işlemin iptali talebine (asıl talep), iptal kararının uygulanmasının ertelenmesi, iptal kararının geciktirilmeksizin yerine getirilmesini sağlamak için idareye para cezası ile desteklenmiş yargısal emir verilmesi, karşı tarafın dilekçesinde yer alan ve hakaret mahiyeti taşıyan ifadelerin çıkarılmasına karar verilmesi (yardımcı talepler) gibi talepler eşlik edebilir (Broyelle, a.g.e., s. 129).

<sup>107</sup> Peiser, a.g.e., s. 175; Rouault, a.g.e., s. 272.

<sup>108</sup> Rouault, a.g.e., s. 272.

<sup>109</sup> Chapus, a.g.e., s. 672

<sup>110</sup> Guyomar / Seiller, a.g.e., s. 308; Broyelle, a.g.e., s. 136; Rouault, a.g.e., s. 272.

bulunmaktadır. Şöyle ki, dava devam ederken zararın artması hâlinde bunun da tazminini talep etmek mümkün olduğu gibi, dava dilekçesinde yahut dava açma süresi içinde talep edilmemiş olan yasal faizi ve gecikme faizini talep etmek de mümkün görülmektedir<sup>111</sup>. Yani *ultra petita* yasağı nedeniyle hâkim resen faize hükmedemez ise de, davacı dava dilekçesinde talep etmemiş olmasına rağmen nihai karar verilmeye kadar böyle bir talepte bulunabilir ve bu durumda davanın açıldığı tarihten itibaren faiz yürütülür<sup>112</sup>. Dahası, asıl dava sonuçlandıktan sonra faiz talebi için ayrı bir dava açmak da mümkündür<sup>113</sup>. Ayrıca, davacının tazminat tutarını dilekçesinde belirtmesinin güç olduğu hâllerde, belli bir meblağ belirtmeden de dava açması mümkündür ve bu durumda talep edeceği tazminat tutarını mahkemenin bu konuda yaptıracağı bilirkişi incelemesinin sonucuna bırakabilir. Ayrıca Conseil d'État'ın 1998 yılından itibaren yerleşik bir hâl almış gibi görünen içtihadına göre, ilk derece mahkemesinin kararını vermesinden sonra ortaya çıkan zararın da gerek istinaf ve gerekse temyiz başvurusu ile birlikte veya istinaf ve temyiz incelemesi henüz sonuçlanmadan verilecek ayrı bir dilekçe ile talep edilmesi mümkündür<sup>114</sup>.

#### IV. SONUÇ

Bir davada uyuşmazlık ya bizatihi maddi olayın mevcudiyetine ve cereyan tarzına, ya bu (maddi) olayın hukuki tavsifine ya da bu tavsife (kabule) göre uygulanacak hukuk kuralına ilişkin olabilir. Uyuşmazlık bu üç noktadan birisine inhisar edebileceği gibi her üçüne de şamil bulunabilir. Dolayısıyla bir uyuşmazlığın mahkemece çözümü, kural olarak bu üç hususun incelenmesini ve karara bağlanmasını gerektirir. Söz konusu hususların mahkemece karara bağlanması, uyuşmazlıkların niteliğine daha doğrusu yargı düzenlerine ve bunların uyguladığı yargılama hukuku kurallarına göre değişebilmektedir. Örneğin Hukuk

<sup>111</sup> Chapus, a.g.e., s. 677; Rouault, a.g.e., s. 272.

<sup>112</sup> Gabolde, a.g.e., s. 140.

<sup>113</sup> Gabolde, Christian, Procédure Des Tribunaux Administratifs Et Des Cours Administratives D'Appel, 6. Baskı, Dalloz, Paris, 1997, s. 140. Buna karşılık, hükmedilen faizin otomatik olarak sermayeleştirilmesi kabul edilmemiş, bunun için dava sırasında yahut her yıl yeniden açılacak bir dava ile talepte bulunma şartı aranmaktadır. Örnek kararlar için bkz. Gabolde, a.g.e., s. 140.

<sup>114</sup> Rouault, a.g.e., s. 272; Le Berre, a.g.e., s. 142.



Muhakemeleri Kanunu kendiliğinden araştırma ilkesine tabi olan davalar hariç olmak üzere, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini benimsemiş olduğundan “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz*”. Oysa idari davalar yoluyla davacının yararı ve çıkarı yanında ve hatta ondan önce idarenin hukuka uygun hareket etmesi denetlenip sağlandığından davanın sevk ve idaresi hâkime aittir. Resen inceleme (tahkik) ilkesi olarak ifade edilen bu durum idari yargılama usulünü, itham esasına dayanan hukuk yargılama usulünden esaslı şekilde ayırmaktadır<sup>115</sup>. Chapus’un ifadesiyle söyleyecek olursak, idari davalarda dava dilekçesi medeni yargıda görülen davalardan farklı olarak davalıya değil, ceza yargılamasında olduğu gibi esas olarak mahkemeye hitap etmektedir. Bu nedenledir ki, davanın açılmasıyla birlikte, tarafların da hâkimden dava konusu maddi vakıaları araştırma ve incelemesini talep etme ve diğer usul işlemlerinin yerine getirilmesini isteme hakları devam etmekle birlikte, davanın yönetimi asıl olarak ve hatta yalnızca hâkime aittir<sup>116</sup>. Hâkim doğru bir karar verebilmek için uyumsuzluğa yol açan vakıaların mahiyetini ve gerçekliğini her zaman inceleme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla kanaatimizce idari yargıda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı resen inceleme ilkesiyle mutlak anlamda çelişmemekle birlikte medeni yargılama hukukunda olduğu şekliyle de uygulanamaz<sup>117</sup>.

Diğer yandan pozitif hukukumuzdaki düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda bizce dava açma süresinin geçmesinden sonra genişletilemeyecek ve değiştirilemeyecek olan esas olarak talep sonucudur. Başka bir ifadeyle mevcut yasal düzenlemelere göre bizce bu yasak dava konusunun değiştirilmesiyle yani talep sonucunun değiştirilmesi veya genişletilmesiyle sınırlı olup, dava konusu maddi

---

<sup>115</sup> Peiser, a.g.e., s. 256.

<sup>116</sup> Chapus, a.g.e., s. 817.

<sup>117</sup> Karşı görüş için bkz Kaya / Akcan, a.g.m., s. 141. Yazarlar aynen şöyle demektedir: “*İdari yargıda Danıştay’ın genel eğilimi dava açma süresi sona ermeden davacı tarafından verilen ikinci bir dilekçe ile iddia ve savunmanın genişletilebileceği veya değiştirilebileceğidir. Konunun, idari yargıda yeni HMK hükümleri çerçevesinde ele alınması, her iki yargı kolundaki uygulamaların bir bütünlük oluşturması açısından faydalı olacaktır*”.

vakıaları ve bunların ispatı için ileri sürülen delilleri kapsamamaktadır. Çünkü hâkimin resen araştırma ve inceleme yetkisine konulmamış bir tahdidin aynı amaca hizmet edecek taraf işlemlerine ve taleplerine getirilebileceğini kabul etmek anlamsız ve çelişkili olacaktır. Kaldı ki medeni yargılama hukukunda dahi kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda bu yasak uygulanmamaktadır<sup>118</sup>. Bu nedenle, İdari Yargılama Usulü Kanununun 16'ncı maddesinin dördüncü fıkrasının ilk cümlesinde yer alan, “Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler” şeklindeki kuralın Kanun metninden çıkarılması belki daha uygun olacaktır. Çünkü dava konusu olabilecek her yeni hak talebi zaten dava açma süresiyle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla bu hususun anılan hükümle ayrıca belirtilmesine ihtiyaç yoktur. Varlığına ihtiyaç duyulmayan bu hükmün Kanun metninden çıkarılması, kendisine yüklenebilecek muhtemel yanlış anlaşılmaların ortadan kaldırılmasını da sağlayacaktır.

Açıklamalarımızı Türk idare hukukunun kendisine çok şey borçlu olduğu Lûtfi Duran'ın sözleriyle noktalayacak olursak: “*Amme hukuku mefhumlarının hususi hukukta bunlara tekabül eden mefhumlarla mukayese edilerek tetkiki, hemen daima şaşırtıcı, aldatıcı ve tehlikeli neticelere götürür. Çünkü amme hukuku ve bunun içinde en genç olan İdare Hukuku tamamen kendine has ve hususi hukuktakilere ancak zahiren benzerlikler arz eden mefhum ve müesseselere sahiptir*”<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> Örneğin bkz. Kuru, a.g.e., s. 189; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 345.

<sup>119</sup> Duran, Lûtfi, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, İÜHF, Cilt: XI, Sayı: 1-2, Yıl: 1945, s. 249.

## KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ARAL, Kenan: Danıştay Muhakeme Usûlü, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.
- ARMAĞAN, Tuncay: İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin, Ankara, 1997.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- BROYELLE, Camille: Contentieux administratif, 4. Baskı, LGDJ, Paris, 2016.
- BUDAK, Ali Cem / KARAARSLAN, Varol: Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- CANDAN, Turgut: İdari Yargılama Usulü, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- CHAPUS, René: Droit du contentieux administratif, 13. Baskı, Montchrestien, Paris, 2008.
- ÇINAR, İbrahim: “Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda İslah”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 7, Yıl: 2016 (s. 479-506).
- DEGUERGUE, Maryse: “Les principes directeurs du procès administratif”, Traité de droit administratif, Cilt II, (Eds. GONOD, Pascale / MELLERAY, Fabrice / YOLKA, Philippe), Dalloz, Paris, 2011.
- DURAN, Lûtfi: “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, İÜHFMD, Cilt: XI, Sayı: 1-2, Yıl: 1945.
- GABOLDE, Christian: Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d’appel, 6. Baskı, Dalloz, Paris, 1997.
- GOHIN, Olivier, Contentieux administratif, 8. Baskı, LexisNexis, Paris, 2014.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

- İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı İlkesinin İdari Yargılama Hukukunda Uygulanabilirliği
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt: II, İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / DİNÇER, Güven: İdari Yargılama Usulü, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996.
- GUYOMAR, Mattias / SEILLER, Bertrand: Contentieux administratif, 3. Baskı, Dalloz, Paris, 2014.
- GÜRAN, Sait: “Türk İdare Hukuku’nda Tazminat Miktarının Saptanması”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu (III), İÜHFY, 1980.
- HEURTE, André: “Les Conclusions Et Les Moyens Nouveaux Présentés à l’Audience Du Tribunal Administratif”, AJDA, 1957-1.
- KARAKUŞ, Mehmet: “İdari Yargıda İslah”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 17, Yıl: 5, Ankara, 2014.
- KARAVELİOĞLU, Celal: İdarî Yargılama Usûlü Kanunu (2 Cilt), Yayınevi ve Yayın yeri Yok, Beşinci Baskı, 2001.
- KAYA, Cemil / AKCAN, Recep: “Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXVII, Sayı: 1-2, Yıl: 2009 (s. 123-142).
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- LE BERRE, Hugues: Droit du contentieux administratif, 1. Baskı, Ellipses, Paris, 2002.
- LE BOT, Olivier: Contentieux administratif, 1. Baskı, Larcier, Bruxelles, 2014.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: III, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- PEISER, Gustave: Contentieux administratif, 16. Baskı, Dalloz, Paris, 2014.
- PEKCANİTEZ, Hakan / ÖZEKES Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (editörler): Medeni Usul Hukuku, Cilt: II, 15. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2017.

- ROUAULT, Marie-Christine: Contentieux administratif, 1. Baskı, Larcier, Bruxelles, 2015.
- SANCAKDAR, Oğuz: İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.
- SEZGİNİNER, Murat: “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları İle İstinaf İncelemesinin-de İçtihat Aykırılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı Yayını, 2018 (s. 111-134).
- TUNCAY, Aydın H. / ÖZDEŞ, Orhan / BAŞPINAR, Recep: “İdari Yargılama Usulü”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, 2. Baskı, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 1986 (s. 598-729).
- ULER, Yıldırım: “Yönetmelik Yargıda Dava Süreleri”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 1-4 Mayıs 1990.
- YENİCE, Kâzım / ESİN, Yüksel: İdari Yargılama Usulü, (2 cilt), Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.
- YILMAZ, Ejder: “İdari Yargıda İddianın ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1983, Sayı: 3-4 (s. 11-34).
- YORGANCIOĞLU, Erçetin: “Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi”, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 1976 (s. 218-251).
- ZABUNOĞLU, Yahya K.: İdare Hukuku (2 cilt), 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.



## ÖZEL BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU (TCK m. 207)

Handan YOKUŞ SEVÜK\*

### ÖZ

Özel belgede sahtecilik suçu, Türk Ceza Kanunu'nda kamu güvenine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 207. maddesinin birinci fıkrasında, bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen ve kullanan kişi ile gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi cezalandırılmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Özel belgede sahteciliğin aldatıcılık niteliği, suçun temel unsuru olup, özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı belirlenemeyen belge, sahte belge olarak kabul edilir.

Bu makalede özel belgede sahtecilik suçu, Yargıtay kararları dikkate alınarak incelenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Özel belge, aldatıcılık, sahtecilik, düzenlemek, değiştirme, kullanma.

---

\* Prof. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [hyokus@gmail.com](mailto:hyokus@gmail.com), ORCID ID: 0000-0003-0517-9540.  
Makalenin Gönderim Tarihi : 23.10.2019.  
Makalenin Kabul Tarihi : 08.12.2019.

## COUNTERFEITING PRIVATE DOCUMENTS (TCC art. 207)

### ABSTRACT

The crime of counterfeiting private documents is regulated under the title of offences against public confidence of the Turkish Criminal Code. In the first paragraph of article 207 of Turkish Criminal Code, any person who issues, and uses a counterfeit private document, or who uses and alters a genuine private document in order to deceive others is punished. According to second paragraph of the article, any person who knowingly uses a counterfeit private document shall be sentenced any person who uses a counterfeit personal certificate being aware of this fact shall be sentenced. The characteristic of deceptiveness in the private document is the basic element of the crime and the document that can not be determined the original unless it is subjected to come up for review is considered as a forged document.

In this article, the crime of counterfeiting private documents is examined taking into consideration the decisions of the Supreme Court.

**Keywords:** Private documents, deceptiveness, counterfeiting, to forge a document, change, use.

### I. GİRİŞ

Özel belgede sahtecilik suçu, belgelerin gerçekliğine dair toplumda var olan güveni sarstığı kabul edilerek, TCK'nın ikinci kitabının “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı üçüncü kısmının, “*Kamu Güvenine Karşı Suçlar*” başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiştir.

Özel belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği TCK m. 207'e göre; “(1) Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.”.

Türk Ceza Kanunu'nun 207. maddesinin birinci fıkrasında bir özel belgeyi düzenleyip kullanma ile gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirip kullanma suç olarak düzenlenmiştir.



Maddenin ikinci fıkrasında ise sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanma fiili yaptırma bağlanmıştır.

Özel belgede sahtecilik suçunun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla işlenmesi, suçun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır (TCK m. 211).

## II. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Özel belgede sahtecilik suçunda korunan hukuksal değer, kamu güvenidir. Hukuk düzeninin herhangi bir hukuki olayı kanıtlama gücü tanıdığı, doğruluk ve gerçekliğine herkesçe güvenilmesini öngördüğü belgelerin, sahtecilikten korunmasında toplumsal bir hak ve yarar söz konusudur<sup>1</sup>. Bu nedenle kamu güveni, korunması gereken bir hukuksal değer olarak kabul edilir<sup>2</sup>.

Özel belgeler, daha çok bireyler arasındaki ilişkilerle ilgili olup, etkileri sınırlı olmakla birlikte, kanıt gücü ve hukuki sonuç doğurmaları nedeniyle hukuki işlemlerde güven duyulması gereken ve bu nedenle korunmaya değer belgelerdir<sup>3</sup>. Özel belgelerin kanıt gücü, belgenin içindeki bilginin doğru olduğunu kesin olarak göstermesinden değil, o belgenin gerçek ve orijinal olduğuna ilişkindir<sup>4</sup>. Toplumda yaşayan bireylerin aralarındaki yazılı belgelere dayalı ilişkilere duydukları güven<sup>5</sup> dikkate alındığında, özel belgenin sahtecilikten korunmasında toplumsal yarar söz konusudur. Özel belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi, gerçek bir belgeye eklemeler yapılması, tamamen veya kısmen değiştirilmesi ve kullanılması ile özel belgenin sahte olduğunu bilerek

<sup>1</sup> Erman, 9; Bayraktar, 613; Gökçen, 95; Soyaslan, 479, 498.

<sup>2</sup> Erman / Özek, 223-224; Bayraktar, 601; Soyaslan, 478; Tezcan / Erdem / Önok, 932; Gökçen; 97; Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, 844; Koca / Üzülmöz, 714; Öğretide, korunan hukuksal değerler arasında belgenin doğruluğuna veya gerçekliğine bağlı kişisel yararların da olduğu görüşü için bkz. Toroslu, 220; Erem / Toroslu, 247.

<sup>3</sup> Gökcan, Özel Belgede Sahtecilik Suçu, 209; Yaşar / Gökcan / Artuç, 6332-6333.

<sup>4</sup> Erman / Özek, 524.

<sup>5</sup> Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, 864.

kullanma eylemleri, kamu güvenini sarstığı için TCK m. 207’de suç olarak düzenlenmektedir.

### III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

#### A. Fail ve Mağdur

Özel belgede sahtecilik suçu, özgü suç niteliği taşımayıp, herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Kamu görevlisi de belgede sahteciliği, göreviyle bağlantılı olarak gerçekleştirmedeğinde, bu suçun faili olabilir.

Suçun mağduru, toplumu oluşturan herkeştir. Bir başka ifadeyle suçun mağduru toplumu oluşturan bireylerin tamamıdır. Özel belgede sahteciliğin maddi unsuru olan fiilin, belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi halinde bu kişi mağdur değil, suçtan zarar gören kişidir. Nitekim YCGK, belgede sahtecilik suçlarında mağdurun kamu olduğunu, eylemin belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi halinde bu kişinin mağdur değil, suçtan zarar gören olduğunu, kanımca haklı gerekçeyle kabul etmektedir. YCGK’a göre; “5237 sayılı TCK’nın belgede sahtecilik suçlarının düzenlendiği madde metinlerinde suçun mağdurunun kim olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi, belgede sahtecilik suçlarının hukuki konusunun kamunun güveni olması ve bu suçların kamu güvenine karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş bulunması hususları birlikte değerlendirildiğinde, bu suçların mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamının, diğer bir ifadeyle kamunun olduğunun, eylemin belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi hâlinde bu kişinin mağdur değil, suçtan zarar gören olacağına kabulü gerekmektedir. Aksinin kabulü hâlinde, birden fazla kişiye karşı işlenmiş olan sahtecilik suçlarında hükmolunacak sonuç ceza miktarları göz önünde bulundurulduğunda, 5237 sayılı TCK’nın “Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” başlıklı 3. maddesinin gerekçesinde, “Suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerekir. Çünkü ancak haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir”

*şeklinde açıklanmış olan ölçülülük ilkesine aykırı davranılmış olunacaktır.”<sup>6</sup>.*

## **B. Suçun Konusu**

Suçun konusunu, özel belgeler oluşturmaktadır. TCK’da belge ve resmi/özel belge kavramı tanımlanmamıştır. Bir belgenin, belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturabilmesi için, düzenleyen kişinin belli olduğu, hukuki değer taşıyan bir içeriğe sahip, yazılı bir belge olması gerekir. TCK’da belgede sahtecilik suçları, resmi belge ve özel belge ayırımına dayanılarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda, özel belge, resmi belge niteliği taşımayan ve resmi belge hükmündeki belgeler kapsamında olmayan (TCK m. 210/1), düzenleyen kişinin belli olduğu, hukuki değer taşıyan bir içeriğe sahip yazılı belgelerdir.

Sadece kamu görevlisi sıfatı taşımayan kişilerin düzenlemiş oldukları yazılı belgeler özel belge olmayıp, kamu görevlilerinin göreviyle bağlantılı olmaksızın düzenledikleri belgeler de özel belge niteliğindedir<sup>7</sup>. Kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubunun düzenlediği belgeler, özel belge niteliğinde olup, bu kişiler tarafından düzenlenen sahte belgeler, özel belgede sahtecilik suçunun -sahte özel belge olduğunu bilerek kullanma (TCK m. 207/2)- konusunu oluşturabilir. Kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubunun, görevi ile bağlantılı olarak sahte belge düzenlemesi, TCK m. 210/2’de ayrı bir suç olarak öngörülmüş olup<sup>8</sup>, bu suçun oluşması için kullanma hareketi aranmamıştır<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> YCGK, 17.01.2019, E. 2016/319, K. 2019/22.

<sup>7</sup> Soyaslan, 492; Doğan, 62; Tezcan / Erdem / Önok, 942.

<sup>8</sup> TCK m. 210/2’e göre;”Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur.”. Bu suç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, 922-930; Erbaş, 331-352.

<sup>9</sup> “Özel Sağlık Hastanesinde doktor olarak görev yapan sanığın iddianamedeki anlatıma göre sahte hasta tanıtım kartı ve “ ayaktan muayene formu” düzenlendiği iddia edilmekle, sanığın 5237 Sayılı TCK’nın 210/2. maddesi yollamasıyla TCK’nın 204/1. maddesine göre

Suçun konusunu oluşturacak özel belge, herhangi bir dilde, elle veya bilgisayar gibi araçlarla oluşturulabilir. Önemli olan belgenin anlaşılabilir ve hukuki değer taşıyan bir içeriğinin olması, bir iradeyi veya olayı yazılı olarak aktarmasıdır<sup>10</sup>. Belgenin yazılı olmasından kastedilen, irade beyanı veya açıklamasının, bunu tespite elverişli araç ve harflerle ifade olunmasıdır<sup>11</sup>. Bu bakımdan sözlü açıklamalar, ses kayıtları, görsel materyaller belge olarak kabul edilmez.

Bir yazının belge niteliğini kazanabilmesi için, belgeyi düzenleyen kişinin belli veya en azından belirlenebilir olması gerekir. Bu nedenle, gerçek veya hayali belli bir kişiye izafe edilemeyen yazılar ile anonim nitelikteki yazılar belge niteliği taşımaz<sup>12</sup>. Belgeyi düzenleyen kişi, genellikle belgenin altındaki imzadan<sup>13</sup> anlaşılma ile birlikte, el yazısı gibi imza dışındaki hususlardan da düzenleyen kişinin belirlenmesi mümkündür<sup>14</sup>. Belgeyi düzenleyen belirlenebilir olması için, bu kişinin ad ve soyadının belgeye eksiksiz bir şekilde yazılması ve belgenin bu kişi tarafından imzalanmış olması şart değildir. Ancak imza, belgenin zorunlu şekil şartı ise - örneğin polişe gibi kambiyo senetleri açısından, belge

---

resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanığı ile özel belgede sahtecilik suçundan cezalandırılması”, Y11.CD, 13.11.2018, E. 2017/13383, K. 2018/9025.

<sup>10</sup> Erman, 307; Soyaslan, 485; Tezcan / Erdem / Önok; 934.

<sup>11</sup> Gökçen, 49.

<sup>12</sup> TCK m. 204’ün gerekçesi.

<sup>13</sup> 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nun güvenli elektronik imzanın hukukî sonucu ve uygulama alanını düzenleyen madde 5’e göre; “Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur. Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez, bazı durumlarda elektronik imza el yazılı imzaya eş sayılmaktadır.”; 5070 sayılı Kanunda imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı (m. 16) ve elektronik sertifikalarda sahtekârlık (m. 17) suç olarak düzenlenmiştir. 5070 sayılı Kanun m. 17’e göre; “Tamamen veya kısmen sahte elektronik sertifika oluşturanlar veya geçerli olarak oluşturulan elektronik sertifikaları taklit veya tahrif edenler ile bu elektronik sertifikaları bilerek kullananlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır. Yukarıdaki fıkırdaki belirtilen suçlar elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanları tarafından işlenirse bu cezalar yarısına kadar artırılır.”

<sup>14</sup> Doğan, 56; Soyaslan; 486.

üzerinde kişinin kendi el yazısı ile imzasının atılmış olması - imzanın varlığı halinde belgeden söz edilebilir<sup>15</sup>.

Özel belgenin sahteciliğe konu olabilmesi için, hukuki değer taşıyan bir içeriğe sahip olması, bir başka deyişle hukuki bir sonuç doğurmaya elverişli olması gerekir. Belgenin hukuki sonuç doğurmaya elverişli olması, objektif olarak bir hakkın doğumuna, değişmesine veya sona ermesine yol açması halinde söz konusu olur<sup>16</sup>. Özel belgenin kendiliğinden hukuki bir sonuç doğurma niteliği yok ise, hukuki bir işleme esas alınması veya bir hak doğurması için başka bir belgenin varlığı ya da doğruluğunun araştırılması gerekiyorsa, özel belge unsurunun yokluğu nedeniyle suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir<sup>17</sup>.

Özel bir belgenin aslı gibi olduğunu gösteren onaylanmış örnekleri, belgenin aslı yerine geçiyorsa, hukuki sonuç doğurmaya elverişli olması nedeniyle belge niteliğindeki, bir belgenin fotokopisi<sup>18</sup>, onaylanmamış örneği<sup>19</sup> hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmadığı için belge niteliğine haiz olmayıp, sahtecilik suçuna konu olmaz<sup>20</sup>.

Yargıtay kararlarında, dilekçeler<sup>21</sup>, sözleşmeler<sup>22</sup>, satış temsilcisinin düzenlediği kayıt formu<sup>23</sup>, müstahsil makbuzu<sup>24</sup>, ödeme

---

<sup>15</sup> Bkz. TCK m. 204'ün gerekçesi; Tezcan / Erdem / Önok; 934.

<sup>16</sup> Doğan,56; Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, 834; Tezcan / Erdem / Önok; 936.

<sup>17</sup> Yaşar / Gökcan / Artuç, 6334.

<sup>18</sup> “Fotokopi, bir makine yardımı ile orijinal bir belgenin bire bir taklidinin oluşturulmasıdır. Fotokopi belgenin, orijinal bir belge gibi kanıtlanma gücünün olmadığı kabul edilmektedir. Fotokopi üzerinde sahtecilik fiilinin işlenmesi hem kolaydır hem de baskı izi, el hareketleri, yazım şekli, el kaldırma hareketleri vb. yönlerden inceleme yapılmasına imkan veren tanı unsurlarının tespiti çoğu kez mümkün değildir.”, YCGK, 23.5.2017, E. 2017/11-22, K. 2017/287.

<sup>19</sup> Y15.CD, 22.10.2018, E. 2018/4192, K. 2018/6942.

<sup>20</sup> Aynı yönde bkz. Yaşar / Gökcan / Artuç, 6336-6337.

<sup>21</sup> Y11.CD, 1.2.2018, E. 2017/4748, K. 2018/780.

<sup>22</sup> Y11.CD, 28.9.2017, E. 2016/11167, K. 2017/6066.

<sup>23</sup> Y15.CD, 2.4.2019, E. 2017/17626, K. 2019/3302.

<sup>24</sup> Y15.CD, 1.4.2019, E. 2017/31563, K. 2019/3149; müstahsil makbuzu, defter tutan çiftçilerin veya toptancıların, defter tutmayan çiftçilerden satın aldıkları ürünler karşılığında düzenledikleri ticari belgedir.

belgesi ve fazla mesai belgesi<sup>25</sup>, banka dekontu<sup>26</sup>, fatura ve ödeme makbuzları<sup>27</sup> gibi belgeler suçun konusunu oluşturan özel belge olarak kabul edilmiştir<sup>28</sup>. Bir hakkı ispata yarayan ve yazılı delil başlangıcı sayılan yazılar veya belirli bir olayı kanıtlayan özel mektuplar, özel ilaç reçeteleri, sahte ilaç kupürleri, suç ihbar yazısı, sigorta poliçesi, banka teminat mektubu, beyanname gibi belgeler de özel belge sayılmaktadır<sup>29</sup>.

Fatura ve defterler, özel kişiler tarafından düzenlendiğinde, özel belgede sahtecilik suçuna değil, VUK m. 359'da düzenlenen kaçakçılık suçuna konu olur<sup>30</sup>.

Aslında özel belge niteliğinde olan, ancak TCK m. 210/1 gereğince resmi belge hükmünde olduğu kabul edilen kambiyo senetleri, zorunlu yasal unsurları içermediğinde, özel belge olarak kabul edilir<sup>31</sup>. Bu

---

<sup>25</sup> Y15.CD, 25.3.2019, E. 2018/5204, K. 2019/2741.

<sup>26</sup> Y15.CD, 28.2.2019, E. 2017/9074, K. 2019/1539.

<sup>27</sup> Y15.CD, 30.3.2017, E. 2014/18189, K. 2017/8449.

<sup>28</sup> Ayrıca diğer özel belge örnekleri için bkz. Gökcan, Özel Belgede Sahtecilik Suçu, 220-221; Yaşar / Gökcan / Artuç, 6335.

<sup>29</sup> Gökcan, Özel Belgede Sahtecilik Suçu, 221.

<sup>30</sup> Doğan, 62; Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, 841.

<sup>31</sup> “Sahte olarak düzenlediği ve üzerinde tahrifatlar yaptığının iddia edildiği fatura ve ödeme makbuzlarının tamamının getirilmesi, sonrasında imza ve yazı örnekleri ile sahteliği iddia edilen belgeler üzerindeki imza ve yazıların sanığa ait olup olmadığının tespiti amacıyla evrakların bilirkişiye gönderilerek rapor tanzimi, yine ...Ticaret adına düzenlenmiş 30/04/2007 ödeme tarihli ve 22.000 TL bedelli bono ile ilgili olarak katılan firma adına bono borçlusu gözüken firma arasında alışveriş olup olmadığı ve katılan firmaya borcunun bulunup bulunmadığı ve bono aslının dosyaya getirilerek, yapılan sahtecilikte aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdir ve tayininin hakime ait olduğu da dikkate alınarak, söz konusu bononun mahkeme tarafından incelenip özelliklerinin zapta geçirilmesi, bu şekilde, sahtecilikte aldatma kabiliyeti bulunup bulunmadığının tespiti, senet metninde bulunması gerekli zorunlu unsurlardan olan “tanzim tarihinin” yer almaması halinde senedin özel belge niteliğinde olacağı, dosyada mevcut suça konu senet fotokopisi üzerinde yapılan incelemede, düzenleme tarihinin bulunmadığının da göz önüne alınarak aldatma kabiliyetinin varlığı halinde TCK'nın 207. maddesi uyarınca özel belgede sahtecilik suçunun oluşacağı”, Y15.CD, 30.3.2017, E. 2014/18189, K. 2017/8449.

bakımdan örneğin, düzenleme tarihi bulunmayan bir bonoda yapılan sahtecilik, özel belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturur.

## C. Fii

### 1. Genel Olarak

Özel belgede sahtecilik suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. TCK m. 207/1’de seçimlik hareketler, “*özel belgeyi sahte olarak düzenlemek*” veya “*gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek*” şeklinde belirtildikten sonra “*ve kullanmak*” denildiği için, birden fazla hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Özel belgeyi sahte olarak düzenleme veya gerçek bir özel belgeyi değiştirme şeklindeki seçimlik hareketler bakımından ortak zorunlu unsur, belgenin kullanılmasıdır<sup>32</sup>. Belgenin kullanılması, bir hukuki ilişki veya hukuki işlemin tesisinde sahte belgeden yararlanma olup, TCK 207. madde anlamında kullanma, belge sahte olmasaydı, hangi amaca hizmet edecek ise, o amacın elde edilmesine yönelik bir faaliyette bulunulmasıdır<sup>33</sup>.

Özel belgede sahtecilik suçunun oluştuğundan söz edebilmek için, düzenlenen sahte belgenin kullanılması veya değiştirilen gerçek özel belgenin kullanılması gerekir. Oysa resmi belgede sahtecilik suçunda (TCK m. 204), “resmi bir belgeyi sahte olarak düzenlemek” ve “gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek”, suçu oluşturan seçimlik hareketler olarak öngörülmüş olup, suçun oluşması için failin ayrıca sahteciliğe konu olan bu resmi belgeyi kullanması aranmamıştır<sup>34</sup>. Sahte resmi belgeyi kullanma, resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden biri olarak düzenlenmiştir (TCK m. 204/1-2).

Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanmak fiili, TCK m. 207/2’de ayrıca yaptırıma bağlanmıştır. Burada başkaları tarafından

---

<sup>32</sup> Gökcan, Özel Belgede Sahtecilik Suçu, 221.

<sup>33</sup> Tezcan / Erdem / Önok, 954.

<sup>34</sup> Resmi belgede sahtecilik suçunda, öğretide fikir/içerik sahteciliği olarak adlandırılan “gerçeğe aykırı belge düzenlemek” hareketine (TCK m. 204/2) özel belgede sahtecilik suçunda yer verilmemiştir.

sahte olarak düzenlenmiş olan bir özel belgenin kullanılması, suç olarak tanımlanmıştır.

## 2. Özel Belgede Sahteciliğin Aldatıcılık Niteliği

Belgede sahteciliğin söz konusu olabilmesi için, suç tipinde belirtilen hareketlerin aldatıcı niteliğe/aldatma gücüne sahip olması gerekir<sup>35</sup>. Özel belgenin sahte olarak düzenlenmesi ya da gerçek bir özel belgenin değiştirilmesi hareketlerinin sahtecilik suçunu oluşturabilmesi için, düzenlenen ya da değiştirilen belgenin gerçek bir belge olduğu konusunda kişiyi yanıltıcı nitelikte olması gerekir. Özel belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği TCK'nın 207/1. maddesinde sayılan seçimlik hareketlerden, sadece gerçek bir özel belgeyi değiştirmek bakımından "*başkalarını aldatacak şekilde*" denilmek suretiyle, belgede yapılan sahteciliğin aldatıcı olma niteliğinden söz edilmiştir. Ancak aldatıcılık sahteciliğin özünde olup<sup>36</sup>, sahteciliğin aldatmaya uygun ve elverişli olması suçun oluşması bakımından zorunludur. Bu bakımdan özel belgede sahteciliğin aldatıcılık niteliği, suçun temel unsuru olup, özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılabilen belge, sahte belge olarak kabul edilmelidir<sup>37</sup>.

Belgenin aldatıcı niteliğe sahip olmasından kastedilen, sahteciliğin ilk bakışta anlaşılamayacak şekilde olması, özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılabilenidir.

---

<sup>35</sup> Avukatın dava açılmamış olmasına rağmen sahte tevzii formu ve duruşma zaptı düzenlemek suretiyle resmi belgede sahtecilik suçunu işlediği iddia ve kabul edilen olayda, "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.10.2003 gün ve 232/250 sayılı kararında açıklandığı üzere, onaysız fotokopi niteliğinde olup suret belge özelliği taşımayan belgelerin hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmadığı ve aldatıcılık niteliği bulunmadığı, somut olayda dava konusunu oluşturan belgelerin faks yoluyla gönderilen belgeden ibaret olup asıllarının veya onaylı bir suretlerinin ele geçirilemediği cihetle, yüklenen sahtecilik suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi", Y21.CD, 24.02.2016, E. 2015/6131, K. 2016/1633.

<sup>36</sup> Gökçen, 114; Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, 848.

<sup>37</sup> Bkz.YCGK, 22.5.2018, E. 2016/38, K. 2018/241; YCGK, 23.5.2017, E. 2017/11-22, K. 2017/287.



Belgenin aldatıcılık niteliğinin varlığını veya yokluğunu mahkeme tespit edecektir<sup>38</sup>.

Nitekim YCGK, 2018 tarihli bir kararında önceki içtihatlarına uygun olarak bu konudaki görüşünü belirtmiş ve suça konu olan belgenin aldatıcı niteliğinin hakim tarafından tespit edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. YCGK'na göre; *“Ceza Genel Kurulunun 14.10.2003 gün ve 232-250 Sayılı kararında da, aldatma keyfiyetinin belgeden objektif olarak anlaşılması gerektiği, muhatabın hatasından, dikkatsizlik veya özensizliğinden kaynaklanan fiili işgalin, aldatma yeteneğinin varlığını göstermeyeceği belirtilmiştir. Bu noktada sahteciliğe konu olan belgenin aldatma yeteneği olup olmadığının tartışılması ve belirlenmesi öncelikle yargılamayı yürüten mahkemeye ait olup hâkim, olayın çıkış, oluş ve akışını, düzenlenen belgelerle yapılan işlemleri göz önüne alarak,*

<sup>38</sup> “Mustafa K.’in kendisine verilmeyen söz konusu krediyi temin etmek amacıyla, sanık Şükrü P.’in talebi üzerine sigortası bulunan Mehmet Emin B.’nin Tayfun Tuna O.’nun iş yerinde çalışıp 2.150TL maaş aldığı şeklinde içeriği itibarıyla sahte olarak düzenlenmiş belgeyle ING Bank Moda Şubesi’nden Mehmet Emin B. adına 15.000TL kredi alması şeklinde gerçekleşen somut olayda; sahtecilik suçlarında aldatıcılık özelliğinin tespitinin yargıca ait olduğu cihetle, suça konu maaşa ilişkin düzenlenmiş sahte belgenin duruşmada incelenip özellikleri denetime imkan verecek şekilde duruşma tutanağına yazılarak “aldatma kabiliyetinin bulunup bulunmadığı”nın ve sunulan belgede gösterilen işyerinde sanığın çalışıp çalışmadığının, işin gereği olarak katılan bankanın kredi tahsis birimlerinde görev yapan yetkili kişiler aracılığıyla ilgili yerlerden sorulup araştırılmak suretiyle “anlaşıp anlaşamayacağının”, bankanın denetim görevini yapmaması nedeniyle kendisine kredi verilmesini sağlamak şeklindeki sanık eyleminde “aldatma unsurunun” ne şekilde gerçekleştiğinin, kredi elde eden sanıkların banka görevlilerine karşı fiilinin ortaya çıkmamasını sağlamaya yönelik, sergileniş açısından katılan bankanın inceleme olanağını ortadan kaldıracak, belli oranda ağır, yoğun ve ustaca gerçekleştirip hataya düşürmeye yönelik “hileli davranışlarının” neler olduğunun ve sahteciliğe konu belgelerin basit bir araştırma ile anlaşılacak şekilde aldatma özelliğine sahip olup olmadığının dosya kapsamına uygun, mantıksal ve hukuksal bağı kurularak karar yerinde denetime imkan verecek şekilde irdelenip tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi zorunluluğuna uyulmadan yeterli gerekçeden yoksun şekilde yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle Anayasa’nın 141, 5271 sayılı CMK’nın 34/1. ve 230. maddelerine aykırı davranılması”, İstanbul BAM, 21.CD, 8.2.2017, E. 2017/277, K. 2017/355.

*sahteciliğin kolaylıkla anlaşılıp anlaşılamayacağını bizzat saptamalı ve sonucuna göre belgelerde aldatma yeteneği olup olmadığını tespit etmelidir”<sup>39</sup>.*

Belgede sahteciliğin kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirlenmesi bakımından, gerektiğinde bilirkişinin görüşüne başvurulmalı daha sonra failin hukuki durumu belirlenmelidir. Örneğin, belgedeki yazı, rakam ve imzaların fail tarafından yazılıp yazılmadığı özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiği için bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır. Aksi hal, eksik araştırma ve inceleme sayılır<sup>40</sup>.

### 3. Sahte Bir Özel Belge Düzenleyerek Kullanma (TCK m. 207/1)

Özel belgede sahtecilik suçunun bu işleniş şekli bakımından, failin hem sahte bir belge düzenlemesi hem de düzenlediği bu sahte belgeden, bir hukuki ilişki veya hukuki işlemin oluşturulmasında yararlanması gerekir. Başka bir ifadeyle suçun oluşması için, sahte olarak bir özel belge düzenlenmesi ve düzenlenen bu sahte özel belgenin kullanılması gerekir. Kullanma hareketi, burada unsur olarak

---

<sup>39</sup> YCGK, 22.5.2018, E. 2016/21-38, K. 2018/241.

<sup>40</sup> “Suça konu banka dekontu ve bankalara verilen talimatların sahteliği konusunda herhangi bir inceleme yapılmamış olması karşısında, gerçeğin hiçbir kuşkuya yer vermeksizin tespiti bakımından, katılan şirket yetkilisinin ve sanığın karşılaştırmaya esas olabilecek imza ve el yazısı örneklerinin temin edilip, belge asıllarıyla birlikte gönderilmek suretiyle, uzman bilirkişi veya kurulundan alınacak raporla, suça konu belgelerin üzerindeki el yazılarının ve imzaların kime ait olduklarının ve söz konusu belgelerin ne şekilde sahte olduklarının kesin olarak belirlenmesi, suça konu banka dekontu ve bankalara verilen talimatlarda yapılan sahteciliğin iğfal kabiliyetini haiz olup olmadıklarının tespit edilmemiş olması ve sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdir ve tayininin hakime ait olduğu da dikkate alınarak, suçun unsurlarının oluşup oluşmadığının tespiti amacıyla, söz konusu belgelerin duruşmaya getirilerek mahkeme heyeti tarafından incelenip, özellikleri zapta geçirilerek, iğfal kabiliyeti bulunup bulunmadığının tespit edilmesi, gerekirse bu hususta bilirkişi incelemesi yaptırılması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hükümler kurulması”, Y15.CD, 28.2.2019, E. 2017/9074, K. 2019/1539.

düzenlenmiş olup, suçun oluşması için öngörülen iki seçimlik hareket; özel belgeyi sahte olarak düzenleme ve kullanmadır.

Özel belgeyi sahte olarak düzenlenme, özel belge esasında mevcut olmadığı halde, mevcutmuş gibi sahte olarak üretmek, taklit etmek suretiyle mevcutmuş gibi oluşturmaktır<sup>41</sup>. Birden fazla kimsenin imzası ile düzenlenecek bir özel belgede, düzenleyenlerden birinin diğerinin imzasını taklit etmek suretiyle sahtecilik yapması durumunda, özel belgenin sahte olarak düzenlendiği kabul edilir. Örneğin, vergi iadesinde kullanmak üzere sahte kira sözleşmesini düzenleyip vergi dairesine veren kiracı, sahte belgeyi kendi adına imzalamış ve ev sahibinin imzasını da taklit etmişse, kiracının eylemi sahte belge düzenlemek ve kullanmak olup, ceza sorumluluğu TCK m. 207/1 gereğince<sup>42</sup>.

Sahte olarak düzenlenen belgenin, belgeyi sahte olarak düzenleyen dışında bir başkası tarafından kullanılması halinde, düzenleyen ve kullanan kişi arasında iştirak iradesi söz konusu ise, failler TCK m. 207/1 gereğince sorumlu olur.

---

<sup>41</sup> “Sanığın savunmalarında atılı suçlamayı kabul etmemesi, hükme esas teşkil eden adli tıp ve grafoloji uzmanı bilirkişi tarafından düzenlenen 22/02/2013 tarihli raporda, inceleme konusu avon satış temsilcisi kayıt formundaki belgede bulunan sanık adına atılan imzanın sanığın eli ürünü olduğunun belirtilmiş olması, sanığın da bu imzanın kendisine ait olduğunu kabul etmesi, dosya arasında onaylı bir sureti yer alan suça konu belgenin incelenmesinde, bilirkişi tarafından sanığa ait olduğu hususunda tespit yapılan imzanın “TÖ/BSS İMZASI” (Takım Öncüsü ) olarak sanık tarafından atıldığıının, formun arka sayfasında katılana atfen atılan imzanın ise bilirkişi tarafından incelenmediğinin anlaşılması karşısında; maddi gerçeğin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde tespiti bakımından, suça konu satış temsilcisi kayıt formunun arka sayfasında katılana atfen atılan imza ile 05/08/2010 tarihli fatura karşılığında yapılan 638,30 TL’lik ürün alışverişine ilişkin 09/08/2010 tarihli kargo teslim tutanağındaki imzanın sanığın veya katılanın eli ürünü olup olmadığı hususunda bilirkişi incelemesi yaptırılması”, Y15.CD, 2.4.2019, E. 2017/17626, K. 2019/3302.

<sup>42</sup> Yaşar / Gökcan / Artuç, 6341.

#### 4. Gerçek Bir Özel Belgeyi Başkalarını Aldatacak Şekilde Değiştirerek Kullanma (TCK m. 207/1)

Özel belgede sahtecilik suçu, gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirerek kullanma şeklinde de işlenebilir. Suçun oluşması için failin, mevcut özel belgede hem değişiklik yapması hem de değişiklik yaptığı bu belgeyi kullanması gerekmektedir.

Gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirme, gerçek bir özel belgenin bir kısmında veya tamamında silmek veya ekleme yapmak suretiyle olabilir. Örneğin, daha önce yatırılmış olan okul taksitine ilişkin banka dekontu üzerinde çıplak gözle fark edilebilecek şekilde daktilo ile tahrifat yaparak, dekontun yeni tarihli hale getirilmesi durumunda, belgenin bir kısmında değişiklik yapma söz konusudur<sup>43</sup>. Mevcut özel belgede yapılacak değişikliğin aldatici niteliğe haiz olması gerekir, aksi halde özel belgeyi bozmak suçu (TCK m. 208)<sup>44</sup> oluşur<sup>45</sup>.

Gerçek bir belgede tashih anlamında yapılacak değişiklikler, örneğin, özel belgedeki bir ifadenin veya rakamın yanlış anlaşılmasını önlemek üzere, tekrar üzerinden geçilmesi veya anlamını teyit eden bir kelime eklenmesi halinde, belgenin kanıt değerinde bir gerçeğe aykırı bir değişiklik yapılmadığından suç oluşmaz<sup>46</sup>.

#### 5. Sahte Özel Belge Olduğunu Bilerek Kullanma (TCK m. 207/2)

Özel belgede sahtecilik suçunu düzenleyen TCK m. 207/2'de, özel belgenin sahte olduğunu bilerek kullanma hareketini gerçekleştiren kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Burada, başkası tarafından düzenlenmek veya değiştirilmek suretiyle oluşturulan özel sahte belgenin kullanılması söz konusudur. TCK m. 207/2 hükmünün uygulanabilmesi için, sahte özel belgeyi bilerek kullanan kişinin, özel belgenin sahte olarak düzenlenmesine ve değiştirilmesine iştirak etmemiş olması

<sup>43</sup> Bkz. Y15.CD, 28.2.2019, E. 2017/9074, K. 2019/1539.

<sup>44</sup> Özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek suçunun düzenlendiği TCK m. 208'e göre; "(1) Gerçek bir özel belgeyi bozan, yok eden veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

<sup>45</sup> Bkz. madde gerekçesi.

<sup>46</sup> Yaşar / Gökcan / Artuç, 6342.

gerekir. Fail, burada sadece özel belgenin sahte olduğunu bilmesine rağmen kullandığı için cezalandırılmaktadır.

Kamu görevlisi olmayan hekim tarafından düzenlenen içeriği sahte raporu bilerek kullanan kişinin eylemi, TCK'nın 207/2. maddesinde düzenlenen sahte özel belgeyi bilerek kullanmak suçunu oluşturur<sup>47</sup>. Kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun düzenlediği belgeyi kullanan kişi ise resmi belgede sahtecilik suçundan sorumludur (TCK m. 204).

#### IV. MANEVİ UNSUR

Özel belgede sahtecilik suçu, kasten işlenebilen bir suç olup, taksirle işlenemez. Failin saiki önemli değildir<sup>48</sup>. Failin, belgeyi sahte olarak düzenlediğini veya değiştirdiğini ve kullandığını bilerek ve isteyerek hareket etmesi halinde suçun manevi unsuru oluşur (TCK m. 207/1). Failin kastının, sahte belgeyi düzenlemek veya gerçek belgeyi değiştirmeyi ve kullanmayı içermesi gerekir. TCK m. 207/1'de öngörülen suçun, olası kast ile işlenmesi mümkündür.

Sahte özel belgeyi bilerek kullanma hareketiyle işlenen özel belgede sahtecilik suçu bakımından ise (TCK m. 207/2), failin belgenin sahte olduğunu bilmesi gerektiği için, suçun ancak doğrudan kast ile işlenmesi söz konusudur.

---

<sup>47</sup> Y21.CD, 16.2.2017, E. 2015/9054, K. 2017/772.

<sup>48</sup> “Sanıklara atılı özel belgede sahtecilik suçuna konu teşkil eden belge asıllarının dosyaya getirilerek, yapılan sahtecilikte aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdir ve tayininin hakime ait olduğu da dikkate alınarak, söz konusu belgelerin mahkeme heyeti tarafından incelenip özelliklerinin zapta geçirilmesi, bu şekilde, sahtecilikte aldatma kabiliyeti bulunup bulunmadığının tespiti ile, sahtecilikte aldatma kabiliyetinin bulunduğu belirlenmesi halinde, sanıkların, sendikaya ait paraları uhdelarında tutmak amacıyla gerçeğe aykırı olarak ödeme, avans ve fazla mesai belgeleri hazırladıklarının tüm dosya kapsamına göre sabit olduğu dikkate alınarak, sanıkların, 5237 Sayılı TCK'nın 37. maddesi kapsamında, aynı Kanun'un 207/1, 43/1. maddeleri gereğince mahkumiyetleri yerine, adı geçen sanıkların, suç işleme saikiyle hareket etmedikleri şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi”, Y15.CD, 25.3.2019, E. 2018/5204, K. 2019/2741.

Yargıtay, suçun genel kast ile işlenebileceğini kabul ile birlikte, kastın varlığını tespitte failin “zarar verme bilinç ve iradesi” ile hareket etmesini aramaktadır. İlgilinin bilgisi ve onayıyla belgede değişiklik yapılması -örneğin tarihin değiştirilmesi veya imzanın atılması durumunda-, Yargıtay, “belgede sahtecilik suçlarında verilen rıza üzerine borçlu yerine onun imzasının atılmasında zarar verme bilinç ve iradesi ile hareket edilmediğinden suç kastından söz edilemeyeceği”, dolayısıyla kastın yokluğu nedeniyle suçun oluşmadığını belirtmektedir<sup>49</sup>. Örneğin, karısının evini bilgisi dahilinde kiraya verirken, karısı adına kira sözleşmesini kocanın imzalaması halinde, sahtecilik kastının bulunmadığını kabul etmektedir<sup>50</sup>.

## V. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Özel belgede sahtecilik suçü bakımından, ilgilinin rızası, hakkın kullanılması ve meşru savunma hukuka uygunluk nedeni teşkil etmez.

Bu suç ile korunan hukuki değerin kamu güveni olması sebebiyle, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere Yargıtay, rızanın varlığını kast kapsamı içinde değerlendirmekte, kastın varlığını tespitte failin zarar verme bilinç ve iradesiyle hareket edip etmediğini dikkate almaktadır. Bunun sonucu olarak, ilginin bilgi ve onayıyla hareket edilerek belge düzenlenmesi veya değişiklik yapılması ve kullanılması durumunda, bir başka deyişle ilgilinin açık veya zımni rızasının varlığı halinde, failde zarar verme bilincinin bulunmaması sebebiyle sahtecilik kastıyla hareket etmediğine karar vermektedir.

Sahteciliğin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumu belgelemek amacıyla yapılması, bir hukuka uygunluk

---

<sup>49</sup> Y15.CD, 2.4.2019, E. 2017/37894, K. 2019/3180; bu gibi durumlarda, failin aldatma maksadıyla hareket etmediği gerekçesiyle kastının bulunmadığı görüşü için bkz. Koca / Üzülmöz, 764.

<sup>50</sup> Bkz. Yaşar / Gökcan / Artuç, 6446.

nedeni -hakkın kullanılması (TCK m. 26/1)<sup>51</sup>- oluşturmayıp, TCK m. 211 ile daha az cezayı gerektiren bir hal olarak kabul edilmiştir.

## VI. SUÇUN NİTELİKLİ HALİ

Türk Ceza Kanunu'nun 211. maddesinde belgede sahtecilik suçları bakımından daha az cezayı gerektiren “*Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.*” hükmü, özel belgede sahtecilik suçu bakımından da uygulanır. Kanun koyucu, bu durumda işlenen belgede sahteciliğin haksızlık içeriğinin diğer sahteciliklere nazaran daha az olduğu<sup>52</sup>, failin cezasında indirim yapılmasının hakkaniyet ve adalet duygusuna uygun olduğu<sup>53</sup> düşüncesinden hareket ederek bu nitelikli hali kabul etmiştir.

Özel belgede sahtecilik suçunun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla işlenmesi halinde, özel belgede sahtecilik suçunun cezası indirilerek verilir. Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı amacıyla, özel belgede sahtecilik yapılması halinde -örneğin, işveren ile arasında yazılı bir sözleşme olmaksızın evde hizmetli olarak çalışan kişinin, hizmet sözleşmesine dayanan alacağın ispatı amacıyla işverenin imzasını ve alacak miktarını içeren sahte belge düzenlemesi ve bu belgeyi kullanarak alacağını tahsil etmeye çalışması hali- TCK m. 207 uyarınca verilen ceza yarı oranında indirilir.

Gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla özel belgede sahtecilik yapılması hali de, daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli bir haldir. Bu halde, bir alacak söz konusu olmamakla birlikte, gerçek bir durumun belgelendirilmesi amaçlanmaktadır<sup>54</sup>. Örneğin, rahatsızlığı nedeniyle özel bir hastanede yatan kişinin, aynı hastaneden aldığı önceki tarihli raporun tarihini değiştirerek iş sözleşmesinin feshini önlemek için işverene vermesi halinde, gerçek olan hastalığın

<sup>51</sup> Hakkın kullanılması kapsamında düşünülebilecek olan, hakkını ispat etme ve almaya yönelik eylemlerin hukuka uygunluk nedeni teşkil etmediğine ilişkin bkz. Yaşar / Gökcan / Artuç, 6214.

<sup>52</sup> Koca / Üzülmüş, 739.

<sup>53</sup> Yaşar / Gökcan / Artuç, 6445.

<sup>54</sup> Yaşar / Gökcan / Artuç, 6446.

belgelenmesi amacıyla sahtecilik suçunun işlenmesi söz konusu olduğu için TCK m. 211 hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır.

## VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### A. Teşebbüs

Özel belgede sahtecilik suçu (TCK m. 207/1), birden fazla hareketli bir suç olup, suçun tamamlanması için belgenin kullanılması gerekir. Suç, sahte belgeyi düzenlemek ve gerçek özel belge üzerinde başkalarını aldatacak şekilde değişiklik yapılması ve daha sonra kullanılması ile tamamlanmaktadır. Sahte özel belgenin kullanılması suçun oluşması ve tamamlanması için zorunlu kurucu unsurdur<sup>55</sup>.

Düzenleme ve değiştirme şeklindeki hareketler, öğretide baskın görüşe göre hazırlık hareketi niteliğindedir<sup>56</sup>. Birden fazla hareketli suçlarda suç tipinde öngörülen son hareket gerçekleştirilmedikçe, fail teşebbüs aşamasına girmiş sayılamayacağı için, sadece sahte belgenin düzenlenmesi veya gerçek belgenin değiştirilmesi, failin teşebbüsten cezalandırılması için yeterli değildir<sup>57</sup>. Kullanma hareketinin icrasına başlanılmış olması, ancak engel bir sebeple karşılaşılmaması nedeniyle bu belgenin kullanılmaması halinde teşebbüs hükümleri uygulanabilir<sup>58</sup>.

Özel belgenin sahte olduğunu bilerek kullanma (TCK m. 207/2) bakımından suçun tamamlanması, belgenin kullanılmasıyla gerçekleşir. Örneğin, sahte özel belgenin postaya verilmesi, ancak muhatabına ulaşmadan bu belgeye el konulması durumunda TCK m. 207/2'deki suçta teşebbüs söz konusu olur.

---

<sup>55</sup> Toroslu, 241.

<sup>56</sup> Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, 867; Yaşar / Gökcan / Artuç, 6346; Artuk/Gökçen, 508; aksi görüş Koca / Üzülmüş, 765.

<sup>57</sup> Tezcan / Erdem / Önok, 955.

<sup>58</sup> Aynı yönde bkz. Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, 867; aksi görüş, Gökçen, 229.



## B. İştirak

Özel belgede sahtecilik suçu, iştirak bakımından özellik arz etmez. Özel belgede sahtecilik suçunu birlikte işleme konusundaki ortak kararın icrası kapsamında, birlikte hareket ederek sahte belge düzenleyip kullananlar veya gerçek özel belgeyi değiştirip kullananlar müşterek fail olarak sorumludur<sup>59</sup>. Nitekim Yargıtay, bir sendikanın yönetim kurulu başkanı, mali genel sekreteri, muhasebe müdürü, muhasebe memuru ve diğer sanıkların sendikaya ait paraları uhdelerinde tutmak amacıyla birlikte gerçeğe aykırı olarak ödeme, avans ve fazla mesai belgeleri hazırladıkları ve bu belgeleri kullandıkları olayda, sanıkların, 5237 Sayılı TCK'nın 37. maddesi kapsamında, aynı Kanun'un 207/1, 43/1. maddeleri gereğince cezalandırılmaları gerektiğine karar vermiştir<sup>60</sup>. Bir kişinin işlediği özel belgede sahtecilik suçuna azmettirme ve yardım etme şeklinde iştirak söz konusu olabilir.

Tekrar belirtmek gerekir ki, kullanma, sahte belgenin bilerek kullanılması bakımından, özel belgeyi sahte olarak düzenleyen kişinin bilgisi dışında gerçekleşmiş ise sadece belgeyi kullanan kişi TCK m. 207/2'den sorumlu olur, düzenleyen kişi ise cezalandırılmaz<sup>61</sup>.

## C. İçtima

Özel belgede sahtecilik suçunda, zincirleme suç kurallarının uygulanması mümkündür. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, özel belgede sahtecilik suçunun birden fazla işlenmesi halinde ceza artırılarak verilir. (TCK m. 43/1)<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Yaşar / Gökcan / Artuç, maddenin ilk fıkrası bakımından failin belgeyi mutlaka düzenleyen kişi olması gerektiğini, Birinci fıkradaki suça iştirak edenin belgeyi kullanmaması halinde suça iştiraktan, kullanması halinde ise ikinci fıkradaki suçun faili olarak sorumlu tutulacağını belirtmektedir., Yaşar / Gökcan / Artuç, 6347.

<sup>60</sup> Y15.CD, 25.3.2019, E. 2018/5204, K. 2019/2741.

<sup>61</sup> Tezcan / Erdem / Önok, 956.

<sup>62</sup> “Birden fazla sahte fiş ve tahsilat makbuzu düzenlemesi sebebiyle zincirleme suç hükümlerinin de uygulanması gerektiği değerlendirip, tüm delillerin birlikte göz önüne alınarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir edilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet yönünde

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018 tarihli bir kararında zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için “*aynı suç*” kavramını sahtecilik suçları - resmi ve özel belgede sahtecilik - bakımından değerlendirmiştir. YCGK, kanun koyucunun resmi belgede sahtecilik ve özel belgede sahtecilik suçlarının benzer şekilde düzenlenmesi, her iki suçta korunan hukuki yararın kamu güveni olması, suçların mağdurunun geniş anlamda toplumu oluşturan tüm bireyler olması ve suç isimlerinin aynı olması hususlarını dikkate alarak, resmi belgede sahtecilik suçu ile özel belgede sahtecilik suçunun “*aynı suç*” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, TCK m. 43 hükmünün uygulanabileceğine karar vermiştir<sup>63</sup>. Ancak kanımca, TCK m. 43’de zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin aynı suç sayılacağı öngörülmüş olup, resmi belgede sahtecilik ile özel belgede sahtecilik farklı suçlardır, biri diğerinin nitelikli hali değildir. Aynı suç olmaması nedeniyle, sahteciliğe konu olan belgelerden biri resmi belge, bir diğerinin özel belge olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz<sup>64</sup>.

Belgede sahtecilik suçları bakımından, özel bir içtima hükmünün öngörüldüğü TCK m. 212 uyarınca, sahte özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem özel belgede sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur<sup>65</sup>. Sahte özel belgenin kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde, fail özel

---

hükümler tesis edilmesi”, Y15.CD, 30.3.2017, E. 2014/18189, K. 2017/8449.

<sup>63</sup> “Kimlik bilgilerini kullandığı mağdur adına ikametgah belgesi düzenlettirmek suretiyle resmi belgede sahtecilik suçunu, sonrasında söz konusu sahte ikametgah belgesiyle katılan bankaya başvuruda bulunup içeriği itibarıyla sahte olarak düzenlenmesini sağladığı bireysel kredi başvuru formunu mağdura atfen imzalamak suretiyle de özel belgede sahtecilik suçunu işleyen sanığın, bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçu değişik zamanlarda işlediğinin ve bu itibarla zincirleme şekilde resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılması gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.”, YCGK, 23.1.2018, E. 2015/15-651, K. 2018/22.

<sup>64</sup> Aynı yönde bkz. Koca / Üzülmez, 747.

<sup>65</sup> TCK m. 212/1’e göre; “Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.”.

belgede sahtecilik suçu ve dolandırıcılık suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>66</sup>. Örneğin, özel bir bankadan kredi almak için, bir işyerinde asgari ücretle çalıştığına ve maaş aldığına ilişkin, içeriği itibariyle sahte olarak bir belge düzenlemek suretiyle bankadan kredi alınması halinde, fail nitelikli dolandırıcılık suçu ile özel belgede sahtecilik suçundan dolayı sorumludur<sup>67</sup>. Yine sendika çalışanlarının ödeme, avans ve fazla mesai belgeleri gibi özel belgelerde sahtecilik yapıp, sendikanın parasını uhdesinde tutma eylemi, TCK m. 212 hükmü gereğince failin, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma ve özel belgede sahtecilik suçlarından ayrı ayrı cezalandırmasını gerektirir<sup>68</sup>.

Abone ve cihaz kimlik bilgilerinde sahtecilik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında değerlendirilir<sup>69</sup>. YCGK,

<sup>66</sup> “Sanık ... hakkında;5237 Sayılı TCK’nın 212. maddesinde açıklandığı üzere “sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur” ifadesi de gözetilerek sanık ...’nin eylemleri sebebiyle resmi kurum olan ... Devlet Hastanesi tarafından suça konu sahte belgelere istinaden resmi belge düzenlenip düzenlenmediği araştırılıp, hastane tarafından resmi belge düzenlenmiş ise sanığın eyleminin resmi belgede sahtecilik, düzenlenmemiş ise özel belgede sahtecilik suçunun oluşacağı gözetilmeden sanığın düzenlediği evrakların dolandırıcılık suçunun hile unsurunu oluşturduğundan bahisle sanık hakkında resmi belgede sahtecilik suçundan açılan kamu davası hakkında hüküm kurulmadığı gibi, dolandırıcılık suçundan yapılan uygulamada suçun yasal unsuru olan hileli davranışın alt sınırdan ayrılmaya gerekçe olarak kabul edilmek suretiyle hatalı gerekçe ile mahkumiyet cihetine gidilmesi, ayrıca sanığın katılan kurumun zararını karşılamak isteyip istemediği, hususunda açıkça beyanı alınmadan çalıştığı şirket tarafından zararın sanık adına giderilip giderilmediği araştırılmadan sanığın 5237 Sayılı Yasanın 168. maddesindeki koşulları oluşturup oluşturmadığı gerekçeli kararda tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması”, Y15.CD, 21.9.2017, E. 2015/12379, K. 2017/18773.

<sup>67</sup> İstanbul BAM, 21.CD, 8.2.2017, E. 2017/277, K. 2017/355.

<sup>68</sup> Y15.CD, 25.3.2019, E. 2018/5204, K. 2019/2741.

<sup>69</sup> “Sanık ...’nın eşi olan katılan ...’ye ait kimlik fotokopisini kullanıp imzasını taklit ederek ... AŞ den abonelik sözleşmesi düzenletip telefon hattı aldığı olayda; özel belgede sahtecilik suçu açısından; hükümden önce 10.11.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 63. maddesinin 10. fıkrası ile yaptırma bağlanan,56.maddesinin 2.fıkrasındaki “İşletmeci veya adına iş yapan temsilcisine abonelik kaydı

abonelik kaydı sırasında abone bilgileri konusunda gerçek dışı belge ve bilgi verilmesi suretiyle gerçeğe aykırı evrak düzenlenmesinin sağlanması, kişinin bilgi ve rızası dışında abonelik tesis edilmesi durumunda özel belgede sahtecilik ve 5809 Sayılı Kanun'a muhalefet suçları arasında içtima sorununu ele almıştır<sup>70</sup>. Yargıtay, sanığın, mağdur adına düzenlenmesini sağladığı abonelik sözleşmesini imzalayarak, Digitürk abonelik kaydı tesis ettirdiği somut olayda, sanığın sorumluluğunun TCK'nın 207. maddesinde yer alan özel belgede sahtecilik suçuna göre, özel hüküm niteliğinde bulunan 5809 Sayılı Kanun'un 56/2 maddesi uyarınca tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>71</sup>.

---

sırasında abonelik bilgileri konusunda gerçek dışı belge ve bilgi verilemez” ve 5. fıkrasındaki “Gerçeğe aykırı evrak düzenlemek veya değiştirmek suretiyle kişinin bilgi ve rızası dışında tesis edilmiş olan abonelikler kullanılamaz” hükmü karşısında; özel hüküm niteliğinde bulunan ve lehe olan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 56. maddesindeki suç oluşturduğu ve sanığa önödeme önerisinde bulunularak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden sanık hakkında özel belgede sahtecilik suçundan mahkumiyet hükmü kurulması”, Y15.CD, 23.5.2018, E. 2015/5924, K. 2018/3772.

<sup>70</sup> Ayrıca aynı konuda bkz. YCGK, 11.12.2018, E.2017/21-240, K.2018/626.

<sup>71</sup> YCGK, 17.1.2019, E.2017/11-212, K.2019/20; “Yerel Mahkemece sanığın eyleminin, TCK'nın 207. maddesinde yer alan özel belgede sahtecilik suçunu oluşturduğu kabul edilmiş ise de suç tarihinden önce 10.11.2008 tarihli ve 27050 Sayılı (mükerrer) Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun... “Kapsam” başlıklı ikinci maddesinin birinci fıkrasında “Elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi ve elektronik haberleşme alt yapı ve şebekesinin tesisi ve işletilmesi ile her türlü elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerinin imali, ithali, satışı, kurulması, işletilmesi, frekans dahil kıt kaynakların planlaması ve tahsisi ile bu konulara ilişkin düzenleme, yetkilendirme, denetleme ve uzlaştırma faaliyetlerinin yürütülmesi bu Kanuna tabidir.” biçiminde yer alan düzenleme ve aynı Kanun'un üçüncü maddesinin birinci fıkrasının, (a) bendinde “Abone; Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişiyi”, (b) bendinde; “Abonelik sözleşmesi; İşletmeci ile abone arasında akdedilen ve işletmecinin bir bedel karşılığında dönemsel ya da sürekli olarak bir hizmeti yerine getirmeyi veya mal teminini üstlendiği ya da her ikisini birden kapsayan sözleşmeyi”, (h) bendinde; “Elektronik haberleşme; Elektriksel işaretlere dönüştürülebilene her türlü işaret, sembol,

## VIII. MUHAKEME VE YAPTIRIM

Özel belgede sahtecilik suçu, resen soruşturulur ve kovuşturulur. Görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir (5235 sayılı Kanun m. 11).

Özel belgede sahtecilik suçunun karşılığında, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Özel belgede sahtecilik suçunun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir (TCK m. 211).

İki yıl veya daha az hapis cezasına hükmolunursa, koşulları oluştuğunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilip verilmeyeceği mahkemece tartışılmalıdır (CMK m. 231/5-6). Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmez ise, hükmolunan iki yıl veya daha az hapis cezası hapis cezası ertelenebilir (TCK m. 51/1). Bir

---

ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını”, (ii) bendinde ise “Radyo televizyon yayını; Karasal, kablo, uydu ve diğer ortamlar üzerinden, şifreli veya şifresiz olarak kitle haberleşmesi amacıyla yapılan ve bireysel iletişim hizmetlerini kapsamayan görüntü ve/veya ses iletimini” ifade ettiği şeklindeki hükümler ile aynı Kanun’un 63. maddesinin onuncu fıkrasındaki “Bu Kanunun 56. maddesinin birinci fıkrası hükümlerine aykırı hareket edenler bin günden beş güne kadar; ikinci fıkrası hükümlerine aykırı hareket edenler yirmi günden yüz güne kadar; üçüncü fıkrası hükümlerine aykırı hareket edenler yüz günden beş yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” düzenlemesiyle yaptırıma bağlanan 56. maddesinin ikinci fıkrasındaki “İşletmeci veya adına iş yapan temsilcisine abonelik kaydı sırasında abonelik bilgileri konusunda gerçek dışı belge ve bilgi verilemez” hükmü birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eyleminin TCK’nın 207. maddesinde yer alan özel belgede sahtecilik suçuna göre özel norm niteliğinde bulunan 5809 Sayılı Kanun’un 56. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kaldığı, anılan fıkradaki eylemin yaptırımının aynı Kanun’un 63. maddesinin onuncu fıkrasına göre yalnız adli para cezası olduğu ve bu nedenle sanığa ön ödeme önerisinde bulunularak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden özel belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulmasının usul ve kanuna aykırı olduğu kabul edilmelidir.” YCGK, 17.1.2019, E.2017/11-212, K.2019/20.

yıl veya daha az hapis cezasına hükmolunması halinde ise, bu ceza TCK m. 50’de öngörülen seçenек yaptırımlara çevrilebilir.

## IX. SONUÇ

Özel belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği TCK m. 207/1, seçimlik hareketli bir suç olup, seçimlik hareketler, “*özel belgeyi sahte olarak düzenlemek*” veya “*gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek*” şeklinde belirtildikten sonra “*ve kullanmak*” denildiği için, birden fazla hareketli suç şeklinde düzenlenmiştir. TCK m. 207/1’de öngörülen suçun oluşması için, failin hem sahte bir belge düzenlemesi veya gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmesi hem de düzenlenen veya değiştirilen bu sahte belgeyi kullanması gerekir. Suç, belgenin kullanılması ile tamamlanır.

Özel belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği TCK m. 207/2’de, özel belgenin sahte olduğunu bilerek kullanma hareketini gerçekleştiren kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. TCK m. 207/2 hükmünün uygulanabilmesi için, sahte özel belgeyi bilerek kullanan kişinin, özel belgenin sahte olarak düzenlenmesine ve değiştirilmesine iştirak etmemiş olması gerekir. Sahte özel belgenin kullanılması suçun oluşması ve tamamlanması için zorunlu kurucu unsurdur.

Özel belgede sahteciliğin söz konusu olabilmesi için, yapılan sahteciliğin aldatma gücü olması, bir başka deyişle suça konu olan özel belgenin aldatıcı/yanıltıcı niteliğe sahip olması gerekir. Sahteciliğin, aldatmaya uygun ve elverişli olması suçun oluşması bakımından zorunludur. Bu bakımdan özel belgede sahteciliğin aldatıcılık niteliği, suçun temel unsuru olup, özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılmalı, sahte belge olarak kabul edilmelidir. Belgenin aldatıcılık niteliğinin varlığı veya yokluğu mahkeme tarafından kuşkuyla yer vermeyecek şekilde tespit edilerek, failin hukuki durumu buna göre belirlenmelidir.

Özel belgede sahtecilik suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Yargıtay, kastın varlığını tespitinde failin “*zarar verme bilinç ve iradesi*” ile hareket etmesini aramaktadır. İlgilinin bilgisi ve onayıyla belgede değişiklik yapılması halinde, zarar verme bilinç ve iradesi ile hareket edilmediğinden kastın yokluğu nedeniyle suçun oluşmadığını kabul etmektedir.

Uygulamada, resmi belgede sahtecilik suçu ile özel belgede sahtecilik suçunun “*aynı suç*” kapsamında değerlendirmekte, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda resmi belgede sahtecilik ile özel belgede sahtecilik suçlarının işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin (TCK m. 43) uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ancak her ne kadar her iki suçta da korunan hukuksal değer kamu güveni ise de, TCK m. 43’de zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin aynı suç sayılacağı belirtilmiştir. Resmi belgede sahtecilik ile özel belgede sahtecilik farklı suçlar olup, biri diğerinin nitelikli hali olmadığı için, aynı suç olarak kabul edilemez. Bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz.

## KAYNAKÇA

- ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- BAYRAKTAR, Köksal: “Türk Ceza Kanunu’nda Kamu Düzeni; Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine İşlenen Cürümler” Türk Ceza Kanunu’nun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul 1977, s. 591-617.
- DOĞAN, Koray: Ceza Hukukunda Belge Kavramı, CHD Aralık 2010, S.14, s. 51-66.
- ERBAŞ, Rahime: Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu (TCK m. 210/2), İÜHFMD, C.LXXI, S.1, (2003), s. 331-351.
- ERMAN, Sahir: Sahtekarlık Suçları: Ticari Ceza Hukuku, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1987.
- EREM, Faruk / TOROSLU, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2000.
- ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 316-368), Dünya Yayıncılık, İstanbul 1996.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin: Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 207), Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, S. 2010/1, s. 209-236.
- GÖKCEN, Ahmet: Belgede Sahtecilik Suçları (5237s.lı TCK m. 204-212), 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- SOYASLAN, Doğan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2010.



Handan YOKUŞ SEVÜK

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.

YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

YARGITAY ve BAM KARARLARI için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr); [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) (03.08.2019).

YCGK, 11.12.2018, E. 2017/21-240, K. 2018/626.

Y15.CD, 2.4.2019, E. 2017/17626, K. 2019/3302.

Y15.CD, 25.3.2019, E. 2018/5204, K. 2019/2741.

Y15.CD, 28.2.2019, E. 2017/9074, K. 2019/1539.

Y11.CD, 13.11.2018, E. 2017/13383, K. 2018/9025.

Y11.CD, 28.9.2017, E. 2016/11167, K. 2017/6066.

Y21.CD, 16.2.2017, E. 2015/9054, K. 2017/772.

Y15.CD, 30.3.2017, E. 2014/18189, K. 2017/8449.

Y15.CD, 30.3.2017, E. 2014/18189, K. 2017/8449.

Y15.CD, 21.9.2017, E. 2015/12379, K. 2017/18773.

İstanbul BAM, 21.CD, 8.2.2017, E. 2017/277, K. 2017/355.

YCGK, 17.01.2019, E. 2016/319, K. 2019/22.

YCGK, 17.1.2019, E. 2017/11-212, K. 2019/20.

YCGK, 22.5.2018, E. 2016/38, K. 2018/241.

YCGK, 23.5.2017, E. 2017/11-22, K. 2017/287.

Y15.CD, 2.4.2019, E. 2017/37894, K. 2019/3180.

Y15.CD, 1.4.2019, E. 2017/31563, K. 2019/3149.

Y11.CD, 1.2.2018, E. 2017/4748, K. 2018/780.

Y15.CD, 22.10.2018, E. 2018/4192, K. 2018/6942.

Y15.CD, 23.5.2018, E. 2015/5924, K. 2018/3772.



## ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜ'NÜN 31. VE 33. MADDELERİNİN İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA ANALİZİ

Sibel SAFİ\*

### ÖZ

İnsan haklarının korunması ideali ve dolayısıyla insanlığa karşı işlenmiş en korkunç suçların cezalandırılması ve bu suçların ulusal yargı sistemlerinde cezalandırılmaması/cezalandırılmaması kaygısı Uluslararası Ceza Hukukunun gelişmesine vesile olmuştur. İnsan hakları hukuku, adil yargılanma ve sanığın ve mağdurun korunması fikrine dayanarak gelişmiştir, ancak uluslararası ceza hukukunun gelişiminde insan hakları bağlamında daha çok kovuşturma kavramına odaklanılmıştır. Hatta Uluslararası Ceza Mahkemesinin Roma Statüsü hazırlanırken, Statü'nün sanığın sorumluluğunu dışlayan savunmalara referans içermesi gerekip gerekmediği konusunda büyük tartışmalar yaşanmıştır. Bu makalede, UCM Statüsü'nün "Cezai Sorumluluktan Kurtulma Gereçekleri" başlığı altında düzenlenen 31.maddesi ve 'Üst Makamın Emrini' içeren 33.maddesi hükümlerinin insan hakları bağlamında analizi yapılacaktır. Bu bağlamda, modern ceza hukuku sistemlerinde kusur yeteneğini ortadan kaldıran nedenler ve hukuka uygunluk nedenlerinin düzenlenme şekline ve UCM öncesi uluslararası ceza mahkemelerinin yargılamalarına da atıf yapılarak, uluslararası

---

\* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [sibelsafi@yahoo.com](mailto:sibelsafi@yahoo.com), ORCID ID: 0000-0002-6689-4639.  
Makalenin Gönderim Tarihi : 27.10.2019.  
Makalenin Kabul Tarihi : 02.12.2019.

ceza hukuku sisteminin en korkunç suçların cezalandırılması zorunluluğu ile insanların temel haklarına saygı gösterilmesi arasında bir denge kurup kuramadığı hususları ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası ceza mahkemesi, UCM Statüsü 31. ve 33. maddeleri, hukuka uygunluk nedenleri, kusuru etkileyen nedenler, insan hakları.

## AN ANALYSIS OF ARTICLES 31 AND 33 OF THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS

### ABSTRACT

The ideal of the protection of human rights and therefore the punishment of the most horrific crimes against humanity and the failure to punish these crimes in national judicial systems have been reason in the development of International Criminal Law. Human rights law is based on the idea of fair trial and protection of the accused and the victim, but the development of international criminal law focuses on the concept of prosecution mostly. This article will provide an analysis of the provision of Article 31 of the ICC Statute under the heading of the 'Reasons for defences for the Criminal Liability' and Article 33 of the ICC under the heading of 'order of superior' in the context of human rights. It will also analyze whether the international criminal law system strikes a balance between the obligation to punish the most horrific crimes and the respect for the fundamental rights of humanity, referring to the reasons for excluding the responsibility of accused in modern criminal law systems and the way in which the justifications is regulated at the proceedings of the international criminal courts before the ICC and ICC.

**Keywords:** International Criminal Court, Article 31 and 33 of the ICC Statute, justifications, defences, human rights.

### I. GİRİŞ

Son yıllarda, özellikle insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukuku, Uluslararası Hukukun gelişen iki alanıdır. Geleneksel olarak insan hakları hukuku, adil yargılanma ve sanığın hakları gibi kavramlara dayanarak gelişmiş, uluslararası ceza hukuku ise soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi ağır ihlallerden sorumlu kişileri kovuşturma

ihtiyacına yönelmiştir. İnsan hakları hukuku ile uluslararası ceza hukuku arasındaki bu yakınlık da, uluslararası adaletin intikam değil, uzlaşma idealine dayanmasını sağlamak için kovuşturma ve savunma arasında doğru dengeyi bulmakla ilgili temel yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Uluslararası düzeyde, sanığın cezai sorumluluktan kurtulması ile ilgili gerekçeli tartışmalar, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün kabul edilmesine ilişkin Roma Konferansı sırasında yoğun olarak görülmüştür. Konferansta Roma Statüsü'nü oluşturmak için, Anglo-Sakson Hukuku ve Kıta Avrupası Hukuku sistemlerine ait olan pek çok farklı ulusal ceza hukuku perspektifini bir araya getirme konusunun zorluğu görülmüş, ortak paydanın oluşturulabilmesi için tartışmalar yaşanmıştır.

Öte yandan devletlerin eşit ve egemen olması ilkesi gereğinin bir sonucu olarak, her devletin kendi yargı inhisarına giren suçlarda kendi yargılama yetkisine sahip olması karşısında, uluslararası ceza yargısının gerekliliği de tartışılabilir.<sup>1</sup> Uluslararası ceza mahkemelerinin adli kolluk gücüne sahip olmayışı, başka bir ülkede delilleri elde edebilmesi, tutuklama, arama, el koyma gibi koruma tedbirlerini gerçekleştirebilmesi oldukça zordur ve yine bu konularda ilgili devletin yetkililerine ihtiyaç duyacaktır. Tüm bu tartışmalara rağmen dünya üzerinde gerçekleşen insan hakları ihlallerinin önlenememesi, uluslararası suç düzeyindeki insan hakları ihlallerinin cezalandırılması gerekliliği, ulusal yargılamaların bu konuda kimi zaman yetersiz ya da isteksiz olması uluslararası ceza yargılamalarını doğurmuştur. İnsan hakları hukukunun temel amacı temel insan haklarının korunmasıdır, uluslararası ceza hukuku ise korunmak istenen temel insan haklarının ihlali halinde cezalandırmaya dayalı bir sistemdir. Dolayısıyla iki alan birbiriyle yakın ilişki halindedir. Bu yakınlıkta asıl ulaşılmaması gereken ideal; uluslararası adaletin bir intikam değil, uzlaşma idealine dayanması gerekliliği olup bunu sağlamak için kovuşturma ve savunma arasında doğru dengeyi bulmakla ilgili olmalıdır.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Bkz. Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R.M., Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin, 2009, 2. Baskı, s. 246.

<sup>2</sup> Gilbert Jérémie, Justice not revenge: The International Criminal Court and the 'grounds to exclude criminal responsibility' – defences or negation of criminality?, The International Journal of Human Rights, 2006, 10: 02, 143-160, DOI: 10.1080/13642980600608541, s. 143.

UCM Statüsünün hazırlık aşamasında, sanığın cezai sorumluluğun dışında tutulmasına ilişkin gerekçelerin kabul edilmesine ilişkin yoğun tartışmaların yaşanmasının bir nedeni<sup>3</sup> de, mahkemenin yargı yetkisine giren suçların, doğası gereği en korkunç suçlardan olması ve sanığın savunulmasında cezai sorumluluktan kurtarmaya ilişkin gerekçelerin hüküm altına alınmasının zorluğu olmuştur. Bir taraftan insan haklarını korumak adına cezalandırma müessesesini getirme çabaları, diğer yandan bu ağır suçları işleyen kişilerin cezai sorumluluktan kurtulmasına yol açacak hükümleri getirmenin zorluğunun getirdiği tartışmalar anlaşılabilir bir durumdur. Ulusal yargı alanlarındaki farklı savunma sistemlerini ve farklı ceza hukuku perspektiflerini biraraya getirmek, aralarında uyumu sağlayarak ilerlemek zorluğunu yaşayan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü evrenselliği olan sürekli bir mahkemenin yasal mevzuatı olarak gerçekleştirilmiştir. Sonuç olarak UCM Roma Statüsü, Kıta Avrupası Hukuku ve Anglo-Sakson Hukuku sistemlerini biraraya getirebilmiş, aralarında uyumu sağlayabilmiş uluslararası, özgün ve kendisinden önceki diğer uluslararası ceza mahkemelerinden farklı olarak ad hoc olmayan, sürekli yapıda olan bir mahkemeyi kurmuştur. UCM Statüsü'nün 33. maddesi üst makamın emrini ve kanun hükmünü ve bu hükme ilişkin bireysel cezai sorumluluktan kurtulma halini düzenler. 31.maddesi ise, farklı yasal gelenekleri barındıracak kadar geniş bir terim olan “cezai sorumluluğun dışında tutulmaya ilişkin esaslar/cezai sorumluluktan kurtulma gerekçeleri” terimini kullanır. Statü'nün 31. ve 33.maddelerinde belirtilen cezai sorumluluğu ortadan kaldıran/ceza indirimine sebep olan nedenleri analiz ederken bu makalenin iki ana amacı vardır. Birincisi, UCM Statüsü cezai sorumluluğu dışlamak için mevcut yasaların kodifikasyonundan mı yararlanmıştı yoksa uluslararası hukuk zemininde kendisi mi bir çıkarım yapmıştır. Bu amaçla, çalışmada uluslararası hukukun ilgili kaynakları incelenecek ve içerikleri analiz edilecek, bu nedenle de 31.madde hükmünde yeralan akıl sağlığı, madde etkisi, zorunluluk hali, cebir, tehdit ve gereklilik ve 33.maddede yeralan amirin emri ‘savunmaları’ değerlendirilecektir. Burada ‘savunma’ derken kastedilen, Anglo-Sakson hukukundan kaynaklanan ‘defence’ kavramıdır. Anglo-Sakson Hukukunda gerek hukuka uygunluk nedenleri (*justifications*) gerekse kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler (*excuses*) teknik bir ayırımı gidilmeksizin, (*defence*) savunma üst başlığı altında toplanmaktadır. Her ikisinin de bir suçun kovuşturulmasını ya da

---

<sup>3</sup> ibid, s. 143.

cezalandırılabilirliğini önledikleri için *defence* ve *cezai sorumluluğu ortadan kaldıran sebepler* kavramlarının eşanlamlı olduğu savunulmakta olup cezai bir isnada yöneltilen her türlü savunmayı ifade eder.<sup>4</sup> Biz burada *defence* anlamında, hepsini ifade ettiğinden, *savunma* üst başlığını kullanacağız.

İkincisi, bu çalışma soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarında bu tür cezai sorumluluktan kurtulma gerekçeleriyle ilgili kafa karışıklığını incelemeyi amaçlamaktadır. Roma Konferansı'nda en çok zorlanılan konulardan birisi de, Statüde “en korkunç suçlardan” sorumlu olan kişilerin cezai sorumluluğunu dışlamak için ne tür bir savunmanın kabul edilebileceğini tanımlamak olmuştur. Bu makalede, cezai sorumluluğu dışlamak için uygun gerekçelerin tanınmasının ve suçların cezalandırılmasının inkar edilmesinin iki farklı kavram olduğu vurgulanmaya çalışılacaktır. Bu çalışmada, insan hakları hukuku ve uluslararası ceza hukuku yakınlığını destekleyecek bir yaklaşım sergilenecektir.

## II. UCM STATÜSÜ ÖNCESİ YARGILAMALARDA CEZAI SORUMLULUKTAN KURTULMA

Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesi Şartı, bu Şart ile kurulan ilk uluslararası savaş suçları mahkemesinde, sanığın ‘aleyhine yapılan suçlamalarla ilgili açıklama/savunma yapma hakkına sahip olmasına’ ilişkin hüküm içerir.<sup>5</sup> Bununla birlikte, Nürnberg Mahkemesi Şartı, izin verilen savunmaların, yani cezai sorumluluktan kurtulmaya yardımcı olacak gerekçelerin tanımını veya listesini vermemiştir. Bunun tek istisnası, 30 Ekim 1943 tarihli Moskova Deklarasyonu ve 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşması uyarınca deklare edilen ‘*Savaş Suçlarının Barişe ve İnsanlığa Karşı Suçlardan Cezalandırılmasına İlişkin Kontrol Konseyi*’ 10 Numaralı Kanunun II(4)(b) maddesinde belirlediği *Amirin*

---

<sup>4</sup> Kittichaisaree, Kriangsak, International Criminal law, Oxford University Press, 2001, s. 258.

<sup>5</sup> Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War criminals of European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT), (1951) 82 UNTS 279, madde 16 (b), (d) ve (e).

*emri* <sup>6</sup> hükmüdür. Madde hükmü; bir kimsenin konusu hükümetin veya daha üst, amir durumunda birisinin emrine göre hareket etmesinin onu bir suçun sorumluluğundan kurtaramayacağını, ancak cezada indirim sebebi olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.<sup>7</sup>

10 Nolu Kontrol Konseyi Kanunu, yalnızca üst düzey emirlerin savunmasıyla ilgili bir düzenlemeye sahip olmuştur. İçtihat açısından, BM için hazırlanan Savaş Suçları Yargılamalarının Hukuk Raporlarında, üç argüman kategorisi mevcuttur:

(a)Sanığın üst düzey emirler altında hareket ettiği argümanı (üst düzey emirler/Amirin emri);

(b)Sanığın kendisi için bir tehdit altında olduğu iddiası (baskı/zorlama savunması); ve (c)Suçun bir askeri misyonun, görevin gerçekleştirilmesi için olduğu iddiası (askeri gereklilik iddiası).<sup>8</sup>

BM 1949 tarihli Cenevre Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeleri, savaş suçları konusunda belirlenmiş ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran savunma gerekçelerine atıfta bulunmaz, bu konuda bir düzenlemeye sahip değildir.<sup>9</sup> BM 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşmenin, 4.maddesinde devlet başkanının dokunulmazlığından söz eder ancak dokunulmazlık savunmasının ceza sorumluluğundan kurtulmak konusunda kabul edilemezliğine vurgu yapar ve bundan başkaca bir maddede cezai sorumluluktan kurtulma savunmasına yer vermez.<sup>10</sup> BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun İnsanlığın Barış ve

---

<sup>6</sup> Control Council Law No.10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 December 1945, Official Gazette of the Control Council of Germany, No.3, Berlin, 31 January 1946, ss. 50-5 <https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/> (Son ziyaret tarihi: 01/10/2019).

<sup>7</sup> İbid.

<sup>8</sup> Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. XIV, XV, London, Published for the United Nations War Crimes Commissions by His Majesty's Stationery Office, 1949, s. 156.

<sup>9</sup> 1949 Geneva Conventions, 12 August 1949, Diplomatic Conference for the Establishment of International Conventions for the Protection of Victims of War.

<sup>10</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article 4, (1951) 78 UNTS 277.



Güvenliğine Karşı Suçlar Kanunu Tasarısı'nın 43.bölümünde, mahkemenin savunmaların kabul edilebilirliğini genel ilkelerine uygun olarak belirleyeceği öngörülmüştür.<sup>11</sup> Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) Statüsü ise haklı gerekçeler zemininde sadece *askeri zorunluluk* 'tan hukuka uygunluk nedeni<sup>12</sup> ve *Amirin Emri* 'nden ise cezada indirim nedeni olarak bahsetmiştir.<sup>13</sup> 1995 tarihli EYUCM Ad Hoc Komitesi cezai sorumluluktan kurtulma savunmalarını şu kategorilerde değerlendirmiştir: kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler (excuses), hukuka uygunluk nedenleri (justifications), sorumluluğun reddi/inkarı (negation of liability) ve uluslararası kamu hukuku kapsamında savunma (defence).

Sonuç olarak aslında uzunca bir süre boyunca ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran hallerin uluslararası ceza hukuku uygulamasında bir önemi olmamıştır.

### III. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNDE CEZAI SORUMLULUKTAN KURTULMA

Uluslararası ceza mahkemesi (UCM) uluslararası ilgiye mazhar en ciddi suçlar olan soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları ile saldırı suçunun faillerini yargılamak ve cezalandırılmasını sağlamak amacıyla kurulan ilk sürekli mahkemedir.

Saldırı suçu, UCM Statüsünün 8. Maddesi ile getirilen değişiklikle üç ayrı savaş suçu olan mikrobik, biyolojik ve zehirli silahların kullanımı, x-ray cihazlarında tespit edilemeyen silahların kullanımı ve lazer silahlarının kullanımı mahkemenin yargı yetkisine dahil edilmiştir.<sup>14</sup> UCM Statüsünün 31. maddesinde cezai sorumluluktan kurtulma halleri hüküm altına alınmış ve bu durumların eylemin

<sup>11</sup> Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its 43th Session, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1.

<sup>12</sup> International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, UN Doc. S/RES/827, Adopted 25 May 1993 article 2(d) and 3(b).

<sup>13</sup> Ibid, article 7.

<sup>14</sup> <http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ceza-divani-ve-turkiye.tr.mfa> (Son ziyaret tarihi: 05-10-2019).

gerçekleştiği sırada vuku bulması halinde kişinin cezai sorumluluk taşımayacağı belirtilmiştir.<sup>15</sup>

#### A. UCM Statüsü 31. Madde (1) (a) Bendinin Değerlendirilmesi

Kanunda yazılmış suç tipine uygun ve hukuka aykırı bir hareketin yapılmış olması failin sorumluluğunun doğması için yeterli değildir. Sorumluluk için, sözkonusu hareketin faile atfedilebilecek bir kusuru da içermesi gerekir. Modern ceza hukukunu uygulayan bütün ülkelerde ve UCM Statüsünde de kusura dayalı sorumluluk benimsenmiştir.<sup>16</sup> Kusur yeteneği irade özgürlüğü ya da iradi olarak davranabilme yeteneği ile birlikte değerlendirilir ve bu yönüyle kusur yeteneği irade özgürlüğünün bir sonucu olup, fiil yeteneği, rızaya ehil olmak gibi iradi davranabilme yeteneğinin görünüş şekillerinden birini oluşturur.<sup>17</sup> Özgür irade, kişinin gerçekleştireceği eylemi herhangi bir dış etken veya zorlama olmaksızın gerçekleştirebilmesi yetisidir. TCK'da kusur yeteneği, '*işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılamak veya davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş olmak*' şeklinde ifade edilmiştir. (TCK 31,32, 33, 34. madde hükümleri) O halde fail haksızlığın anlam ve sonuçlarına akıl erdirebilecek ya da davranışlarını buna göre yönlendirebilecek yeteneğe sahipse kusur yeteneği vardır.<sup>18</sup>

UCM Statüsü, Cezai sorumluluktan kurtulma başlıklı, Akıl sağlığına ilişkin savunma gerekçesini 31. madde (1) (a) bendinde şu şekilde hüküm altına almıştır.<sup>19</sup>

*(a) Gerçekleştirdiği eylemin yapısını ve kanunsuzluğunu takdir yeteneğini veya eyleminin kanunun gereklerine uygun olup olmadığını kontrol yeteneğini ortadan kaldıracak bir zihni hastalığı ya da kusuru olması halinde;*

<sup>15</sup> <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf> (Son ziyaret tarihi: 05-10-2019).

<sup>16</sup> Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R.M., a.g.e. s. 392.

<sup>17</sup> Özbek, V.Ö., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 2017, ,8. baskısı. 340.

<sup>18</sup> ibid, s. 340.

<sup>19</sup> [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat\\_CDRS.htm](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm) (Son ziyaret tarihi: 2-10-2019).

Akıl sağlığına ve madde etkisine dayalı savunmalar, suçluların, isnad edilen suçu işleme anındaki *Mens Rea* durumları ile açıkça bağlantılıdır. Suç işlemeye ilişkin niyetle ilişkilendirmek yerine, bu tür savunmalar suçu işleme bilinci ile daha çok ilintilidir. Bu takdirde suçu işleyen kişi, davranışının bilincinde değildir. UCM Statüsü, zihinsel hastalıkların veya zehirlenmelerin, kişinin davranışlarının hukuka aykırılığını veya niteliğini takdir etme kapasitesini veya yasaların gereklerine uygun davranma şeklini kontrol etme kapasitesini tahrir ettiğine işaret etmiştir.

İngiliz<sup>20</sup> ve Amerikan hukuk sistemi sanığın akıl sağlığından yoksunluğunu ispatı halinde, bu durumu ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran sebep olarak kabul etmişlerdir. Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından tanımlanan akıl sağlığından yoksunluğun kanıtlanması durumunda cezai sorumluluğun doğmayacağına ilişkin tanım çok sayıda ABD eyaleti tarafından Ceza Kanunlarında model olarak şu şekilde kabul edilmiştir;

*‘Akıl hastalığı veya zihinsel kusur nedeniyle işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya isnad edilen olay sırasında bu fiile ilişkin davranışlarını hukuka uygun şekilde yönlendirme kapasitesini önemli derecede yitiren kişinin cezai sorumluluğu olmaz.’<sup>21</sup>*

2001 yılında EYUCM (Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi) temyiz mahkemesi, *Çelebici* davasında akıl sağlığı savunmasına binaen, UCM Statüsüne atıf yapmıştır. Dört sanıktan biri olan *Esad Landzo*, olay esnasında “azalan zihinsel kapasitesine” dayanan bir savunma yapmış ve hakim savunmayı redderek 15 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.<sup>22</sup> Mahkeme *Landzo* ’yu 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlallerinden suçlu bulmuştur. Uluslararası Teamül Hukukuna atıf yapan Temyiz Mahkemesi, özellikle eylem esnasında *azalan zihinsel kapasiteye* dayanan savunmanın, UCM Statüsü’nde yer alan akıl hastalığı

<sup>20</sup> Bkz. M’Naghten’ davası, (1843) 10 Cl.& Fin 200, 8 E.R. 718.

<sup>21</sup> Black’s Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, Henry Campbell black(ed), Fifth edition, St. Paul Minn, West Publishing Co., 1979, s. 714.

<sup>22</sup> ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo, Judgment, 20 February 2001, para. 446 <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgment/index.htm> (Son ziyaret tarihi: 01-11-2019).

savunmasından açıkça farklı olduğunu vurgulamıştır. Buradan çıkan sonuç; UCM Statüsü'ne göre, akıl hastalığı davalının zihinsel kapasitesinin imhası, tamamen yok olması anlamına gelir ve bu tür bir imha bir ceza almama sebebi olarak değerlendirilirken, azalmış zihinsel kapasite ise, zihinsel kapasitenin yok olmasına değil bozulmasına işaret eder ve böyle bir savunma sadece bir cezadan indirim sebebi olabilir. Bu noktada temyiz mahkemesi sanığın “eylemini kontrol etmekte oldukça başarılı” olduğu gerekçesiyle temyiz başvurusunu reddetmiştir. Bu mahkemeye göre, akıl hastalığı savunmasında suç isnad edilen kişi hukuka aykırı eylem sırasında hareketini kontrol edemediğini ispat etmek zorundadır.

Uluslararası ceza hukukunda tipe uygun ve hukuka aykırı bir hareketin varlığı failin ceza sorumluluğunun doğması için yeterli olmayıp, sorumluluğun olması için faile isnad edilebilecek bir kusurun varlığı aranmaktadır. İşlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamak veya davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş olmak, eylemini kontrol edebilmek kişinin *kusur yeteneği* olarak tanımlanır.<sup>23</sup> Ancak burada ayırıcı nokta kusur yeteneğini etkileyen durumların ortaya çıkmasında ulusal ceza hukuku sistemlerinin aksine UCM Statüsü'nde kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldıran nedenlerin kapsama alınması, ancak azaltan nedenlerin savunmada esas alınmamasıdır. *Landzo* davası savunmasında kusur yeteneğini azaltan sebeplerin varlığı ile suçun hukuki sonuçlarını yönlendirme olgusundan uzaklık iddiası kabul edilmemiştir. Ulusal hukuk sistemlerinde olan *yaş küçüklüğü* de kusuru etkileyen nedenlerden sayılmış, ancak UCM Statüsü'nde buna ilişkin bir hüküm konulmamıştır. Zira UCM Statüsü 26.madde uyarınca, fiilin işlendiği tarihte 18 yaşını doldurmamış olan kimseler üzerinde zaten mahkemenin yargı yetkisi yoktur. Bir diğer durum da sağır ve dilsizlik olup, kişinin kusur yeteneğini etkileyen patolojik bir durum olarak kimi ulusal hukuk sistemlerinde yer almasına rağmen UCM Statüsü'nde bu konuya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Başka bir deyişle ulusal hukuk sistemlerinin aksine algılama yeteneğinin tümüyle ortadan kalkmaması ancak işlenen suçla ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalması durumları UCM Statüsü'nde düzenlenmemiş, Statü sadece mental kapasitesinin tamamen ortadan

---

<sup>23</sup> TCK 31, 32, 33.madde tanımlarında da olduğu gibi.

kalkması, tümüyle tahrip edilmiş olması koşulunu bir savunma olarak kabul etmiştir.

Uluslararası Af Örgütü, bu konuda, “UCM Statüsü’nün, zihinsel hastalık veya özürden dolayı zarar görmeye devam eden kişilerin durumunu ele almak için uluslararası hukuk ve standartlarla tutarlı prosedürler oluşturmak zorunda kalacağını” vurgulamıştır.<sup>24</sup> Ulusal hukuk sistemlerinin çoğunda akıl hastalıkları ve kusur yeteneğinin azalma hali nedeniyle kişilerin durumunu ele almak için çeşitli kriterler belirlenirken, UCM Statüsü bu konuda sessiz kalmaktadır.

## **B. UCM Statüsü 31. Madde (1) (b) Bendinin Değerlendirilmesi**

UCM Statüsü’nün “cezai sorumluluktan kurtulma” başlıklı, *madde etkisine* ilişkin savunma gerekçesini 31. madde (1)(b) bendinde şu şekilde hüküm altına almıştır:<sup>25</sup>

*“Sonucunda Mahkeme’nin yargı yetkisine giren bir suçu oluşturan eylemi gerçekleştirmesine yol açacağını bilerek ya da riskini göz ardı ederek, sarhoşluk ya da uyuşturucu madde etkisi altına kendi isteğiyle girme halleri dışında; yaptığı eylemin yapısını ve kanunsuzluğunu takdir yeteneğini veya eyleminin kanunun gereklerine uygun olup olmadığını fark etme yeteneğini ortadan kaldıracak şekilde sarhoş olması ya da bir başka maddenin etkisinde olması halinde;”*

Akıl hastalığı ya da madde etkisi altındaki kişinin eylemi hukuka uygun değil, hukuka aykırı bir eylemdir, ancak işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarının algılanamaması söz konusudur. Zehirlenme hali, alkol veya uyuşturucu/madde tüketme sebebi ile ifade, fiziksel veya zihinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğini normal şekilde kullanamadığı, dolayısıyla normal ve ihtiyatlı bir insan gibi hareket edemediği, algılama yeteneği olsaydı aynı şartlarda daha özenle hareket ederdi şeklindeki durumları ifade eder. 1946 tarihli *Yamamoto Chusaburo* davasında İngiliz uluslararası askeri ceza mahkemesi, zehirlenmenin savaş suçları durumunda kabul edilebilir bir savunma olduğunu ifade

<sup>24</sup> Amnesty International, 16 Fundamental Principles for a just, fair and effective international criminal court, AI-Index IOR 40/010/1998.

<sup>25</sup> [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat\\_CDRS.htm](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm) (Son ziyaret tarihi: 2-10-2019).

etmiştir.<sup>26</sup> Ancak davada failin sarhoşluk sebebiyle eyleminin sonuçlarını algılayamaması savunmasını madde kullanımı sebebinin iradi olması cihetiyle reddetmiştir. Burada irade dışı alınan madde ile iradi alınan madde arasındaki fark; birinde kendi isteğiyle kendi iradesini ortadan kaldırmış olmasıdır.

İradi alınan madde ile etkisinde olma durumunda failin önceden var olan bir amacı olduğu veya suça yol açan koşulların ortaya çıkabileceğini kestirebileceği fikrini desteklemek mümkündür. UCM Statüsü'nün hazırlık çalışmalarında, bazı delegasyonlar iradi alınan madde etkisinde olmayı cezai sorumluluk haricinde tutmak konusunda şüpheleri olduğunu, cezai sorumluluğu dışlamak konusunda bu durumun soykırım veya insanlığa karşı işlenen suçlar için geçerli olamayacağını, ancak savaş suçlarını teşkil eden izole edilmiş eylemler için geçerli olabileceğini belirtmişlerdir. Hazırlık çalışmalarında başka bir heyet ise suç türleri arasında ayırım yapılmaması gerektiği görüşünde olmuştur.<sup>27</sup>

UCM Statüsü 31.madde (1)(b)'ye göre yargı yetkisine giren bir suçu oluşturan eylemi gerçekleştirmesine yol açacağını bilmeyerek ya da riskini öngöremeyecek durumda, sarhoşluk ve uyuşturucu etki yapacak madde etkisine kendi iradesi dışında girdiği, yaptığı eylemin yapısını ve kanunsuzluğunu takdir yeteneğini veya eyleminin kanunun gereklerine uygun olup olmadığını fark etme yeteneğini ortadan kaldıracak şekilde sarhoş olması ya da bir başka maddenin etkisinde olması halinde cezai sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmiştir. Eylemin gerçekleşmesine yol açacağını bilerek ve riski gözardı ederek madde etkisine kendi isteği ile girmişse bu bir savunma olarak kabul edilmeyecektir.

Diğer bir deyişle, fiilin işlendiği zamanda, failin, davranışlarının hukuka aykırılığını ya da niteliğini idrak edebilme yeteneğini yok edecek surette madde etkisinde olması halinde ve iradesi dışında bu etkiye girmesi halinde cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Fail madde kullanımı etkisinin bir sonucu olarak, Mahkemenin yargı yetkisine giren bir suç teşkil eden bir davranışının suç oluşturan bir fiil olmasını bilerek

---

<sup>26</sup> British Military Court, United Kingdom v. Yamamoto Chusaburo, Law Report of of the trials of War Criminals, Vol.3, 1946, 1946 (UN War Crimes Commission 1948). [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-15.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-15.pdf) (Son ziyaret tarihi: 04-10-2019).

<sup>27</sup> UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.1/Rev.1, s. 4, n. 8.

veya bu tehlikeye itibar etmeyerek, kendi iradesi ile madde etkisi altına girmişse sorumluluktan kurtulamayacaktır. Burada *actio libera in causa* kuramına yer verilmiştir, fiilin işlendiği sırada kusur yeteneği bulunmayan kimse, bu durumu kendi kusuru ile yaratmışsa, sorumluluktan kurtulamayacaktır.<sup>28</sup> Yalnızca kusursuz olarak zehirleyici madde etkisi altına girmesi sonucu kusur yeteneğini kaybetmiş olan fail sorumluluktan kurtulabilecektir. Fakat, kronik zehirlenme durumunda akıl hastalığına dair hükme başvurmak mümkün olabilecektir.<sup>29</sup> Bu durum modern ceza hukuku sistemleri ile uyumludur.

Özbek'e göre; "Alkol ve/veya uyuşturucu madde bağımlılarının da alkol ya da uyuşturucuyu iradi olarak aldıkları söylenebilir. Ancak bu kişilerin alkol ya da uyuşturucu kullanmalarının bağımlılık etkisi ile alındığı gözden uzak tutulamaz. Dolayısıyla bağımlılık nedeniyle bu kişilerin de kusur yeteneklerinin ortadan kalktığı söylenmelidir. O halde bu kişilerin ceza sorumluluğu bulunmaz ise tümüyle yaptırımsız bırakmak doğru olmayacağından haklarında güvenlik tedbirlerine hükmedilmelidir."<sup>30</sup> TCK'nın 57. maddesinin son fıkrasına göre; "Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir." Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere; madde etkisinde olan kişilerin tedavisinin alkol ve uyuşturucu bağımlılığından kurtulmaya kadar devam eden bir rehabilite süreci öngörülmüştür. Keza, bu kişiler yerleştirildikleri kurumun sağlık kurulunca düzenlenecek bir rapora binaen mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilecektir.

---

<sup>28</sup> Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R.M., a.g.e. s. 394.

<sup>29</sup> Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., Wilmschurst, E., An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2. Bası. 2010, s. 335.

<sup>30</sup> Özbek, V.Ö., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe. İ., a.g.e. s. 359.

### C. UCM Statüsü 31. Madde 1 (c) Bendinin Değerlendirilmesi

UCM Statüsünün 31. madde 1 (c) bendi meşru savunma sebebiyle cezai sorumluluktan kurtulma hallerini şu şekilde gerekçelendirmiştir:

*'Kendisine ve başka bir şahsa veya eşyaya karşı yönelmiş bir tehlike ile orantılı bir şekilde; yakın ve kanunsuz bir kuvvet kullanımına karşı kendini veya başkasını ya da savaş suçlarında hayati öneme haiz eşyayı veya askeri bir görevin yerine getirilmesinde önemli olan bir eşyayı savunmak için makul hareket etmesi halinde. Askeri kuvvetler tarafından gerçekleştirilen savunma amaçlı bir harekate katılım, bu alt paragrafta göre cezai sorumluluğu kaldırmak için başlı başına bir neden oluşturmaz.'*

UCM Statüsü devletin meşru müdafaa hakkı ve bireysel meşru müdafaa hakkı arasındaki farkı 31(c) maddesinde açıkça ortaya koymaktadır. Kişinin devletin yürüttüğü bir savunma operasyonunda yer alması cezai sorumluluğu dışlamak alt zeminini oluşturmaz, devlet bir savunma eyleminde bulunursa operasyona katılan kişi kendini savunmak noktasında hareket ettiğini iddia edemez. Ceza hukukunda meşru müdafaa hakkı çok sıklıkla karşılaşılan bir savunmadır ve hem Kıta Avrupası hem de Anglo-Sakson hukukunda tanınmaktadır. Buradaki hak, tehdit edilen başka bir hakkın korunmasına ilişkindir. Örneğin yaşam hakkı tehdit altında olan kişinin, bu hakkını tehdit eden kişinin aynı hakkını sonlandırmasında olduğu gibi tehdit edilen bir hak ve korunan bir hak mevcuttur.

1947 yılında Hamburg'da İngiliz Askeri Mahkemesi *Willi Tessmann ve diğerleri* davasında yargılama esnasında şunu ifade etmiştir:

*"Kanun, bir insanın hayatını kurtarabilmesi için başka birinin bu hakkını yok etmesine ancak son çare olarak izin veriyor. Saldıran kişinin elindeki silahın doğası, başka bir silaha sahip olup olmadığı, kaçabilme imkanının varlığı ve bunu değerlendirip değerlendirmedeği gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Başka bir deyişle bu son çare miydi? Başka bir insanın hayatına son vermeden önce en sonuna kadar direndi mi? Bütün bu sorular sorularak değerlendirilmelidir."*<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Weiss Erich and Wilhelm Mundo before United States Military government court, Law Report of trials of War Criminals, Vol. XIV; XV; s. 177.



Tokyo uluslararası askeri ceza mahkemesi, *Hirota ve diğeri* yargılamalarında “uluslararası ya da ulusal olsun, kuvvet kullanmayı yasaklayan her sistem aynı zamanda meşru müdafaa hakkının<sup>32</sup> kullanılmasının sınırlarını da belirlemelidir.” demiştir.

Ancak İkinci Dünya savaşı sonrasında yapılan yargılamalarda yaşam hakkının korunması yükümlülüğüne ilişkin bir savunma olarak çok az sayıda meşru müdafaa savunmasının başarılı olduğu görülmüştür.<sup>33</sup> EYUCM ilk derece mahkemesi *Kordic & Mario Cerkez* davasında kendini savunmanın uluslararası hukukun bir Teamül Hukuku kuralını oluşturabileceğini ifade etmiştir.<sup>34</sup>

UCM Statüsü'nün 31.maddesi 1(c) hükmünden anlaşılan meşru müdafaa savunması için gerekli şu üç koşulun varlığı aranır:

(1) kişi “makul bir şekilde” hareket etmiş olmalı,

(2) “yakın ve hukuka aykırı bir güç kullanımına” yanıt olarak bu eylem gerçekleştirilmeli ve

(3) bu hareket “tehlike derecesi ile orantılı” olmalıdır.

Meşru müdafaa eyleminde bulunduğunu iddia eden kişi bunu *makul* olarak yapmalıdır. Kişinin saldırıdan başka türlü kurtulma olanağı olmamalıdır. Bundan kasıt meşru savunmaya başvurmaksızın bu saldırıdan kurtulmanın başka bir yolunun olmadığıdır. Aslında UCM Statüsü'nde, bu koşula ilişkin açık bir tanıma yer verilmemiştir, ancak madde hükmünde kendini veya başkasını ya da bir malı korumak için makul şekilde davranması gerektiğinden söz edilir. Burada savunma amacına yönelik davranışlar, hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Fail, kuvvet kullanımının ve dolayısıyla suç eyleminin kendisini veya başkasını korumak için yaptığını inanıyor olmalıdır, bu niyeti taşımalıdır. Mahkeme, kişinin tehlikeyi algıladığı ve eylemin ne ölçüde gerçekleştiğini kendisi takdir edecektir. Amerikan model ceza kanununun da neredeyse benzer hükümler içerdiğini vurgulayan Bassiouni, bunun Anglo-Sakson sisteminin, *hukuka aykırılık* ve *yakın tehlikeye* (imminent

<sup>32</sup> Hirota and Others, International Military Tribunal for the Far East, Tokyo, 1948, A.D. 356,364.

<sup>33</sup> ICTY, Trial Chamber, Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Judgment, 26 Şubat 2001, para. 367.

<sup>34</sup> ibid.

threat) karşı savunma şartlarından kaynaklanan artı bir iddia şartının olduğunu ileri sürmüştür.<sup>35</sup> Bu anlamda UCM Statüsü Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemleri arasında bir denge kurmuştur. Saldırının *yakın* olmasından kastedilen saldırının, halen mevcut ve başlaması muhtemel olduğudur.<sup>36</sup>

Burada ikinci koşulun gerçekleşmesi için yakın tehlike ve hukuka aykırı bir kuvvet kullanımı sözkonusu olmalıdır ve tehlikeye verilen karşılık eylemini yapan kişiye karşı gerçekleştirilmelidir. Başka bir deyişle savunma hareketi saldırgana karşı yöneltilmelidir. Eğer fail böyle bir güç kullanımına verdiği karşılık ile başka bir kimseye zarar vermişse bu meşru müdafaa olmayacak, failin eylemi hukuka aykırı bir saldırı olacaktır.<sup>37</sup>

UCM Statüsü'nde konuya ilişkin yeterli açıklık olmadığından, meşru müdafanın koşulları daha geniş yorumlanmalıdır. Erdem'e göre; "özellikle savaş sırasında yaşanan fiillerin, bir grup olarak hareket eden taraflar arasında meydana geldiğini düşünürsek, savunma hareketinin, saldırıyı yapan kimsenin içinde bulunduğu topluluğa karşı yöneltilmiş olmasını yeterli saymak gerekecektir."<sup>38</sup>

Üçüncü koşul çoğu ulusal ceza sisteminde olan klasik durum olup, saldırıya cevap vermek için kullanılan kuvvetin saldırı ile *orantılı* olmasıdır.

Saldırıya verilen karşılık, tehlikenin derecesinden üstün ise, bu durumda karşılık artık haklı değildir ve eylem hukuka aykırılık karakterini kazanır. Burada dikkate alınacak durum, failin savunma eyleminin sonucu değil, eylemi gerçekleştirme niyetinin sonucu bunu gerçekleştirmiş olduğudur. UCM Statüsü farklı durumlar için ayırıcı bir düzenleme yaparak, yetkisi alanına giren suçlarda başka birinin hayatını korumak için harekete geçen kişiyi de korumaktadır. Yine

<sup>35</sup> Bassionui C.and Paust, International Criminal Law, Durham, Carolina Academic Press, 1996, s. 1390.

<sup>36</sup> Werle, G. Principles of International Criminal Law, 2nd edition, The Hague, TMC Asser Press, 2009, s. 201.

<sup>37</sup> Gilbert Jérémie, Justice not revenge: The International Criminal Court and the 'grounds to exclude criminal responsibility' – defences or negation of criminality?, The International Journal of Human Rights,2006, 10:02, 143-160, DOI: 10.1080/13642980600608541, s. 148.

<sup>38</sup> Tezcan, D.,Erdem, M.R., Önok, R.M., a.g.e. s. 400.

sadece savaş suçlarında “askeri görev için gerekli malı” korumak konusunda yapılan eylem de korunmuştur. UCM Statüsü’nün bu paragraf hükümleri oldukça tartışmaya açıktır<sup>39</sup> ve uluslararası hukukta bu konuda bir konsensus oluşmamıştır. Savaş suçları bakımından askeri bir hedefe ulaşmak için elzem olan eşyayı korumak için öngörülen meşru müdafaa hakkı Cassese tarafından da eleştirilmiş, bunun Uluslararası insancıl hukukunun prensiplerini yansıtmadığı ifade edilmiştir.<sup>40</sup> Zaten soykırım suçunun ya da insanlığa karşı suç işlenmesinin meşru müdafaa amaçlı olması mümkün değildir. Bununla birlikte, ne tür bir mülkün savaş suçunun işlenmesini “orantılı” bir şekilde haklı çıkardığını hayal etmek oldukça zordur. Bu tür bir savunma “sadece” savaş suçları durumunda mevcut olsa da, savaş suçları, örneğin işkence, zehirli silahların kullanımı veya kasabalara, köylere vb. saldırmak veya bombalamayı içeren suçlardır.

*Askeri görev için zorunluluk* kavramının kökeni, 1863 Lieber Kanunu’ndan gelmektedir,<sup>41</sup> ancak bu kanunda askeri gereklilik için mülkiyetin korunması savaş suçlarında bir meşru müdafaa gerekçesi değil yalnızca askeri operasyonları sınırlamak için kullanılan bir kuraldır, bu savunma değil saldırıyı düzenler.<sup>42</sup> Askeri gereklilik kapsamında mülkün korunması gerekçesiyle sivillerin kasıtlı olarak öldürülmesinin hukuk güvencesi altına alınması insan hakları bağlamında tartışılması gereken bir konudur.

Cenevre Sözleşmesi<sup>43</sup> 1 Numaralı Protokolün 48.maddesinin savaş alanındaki mallar için sadece sivil ve askeri nesne ayırımının yapılmasına ilişkin hükmü şu şekildedir: ‘*Çatışmaya taraf olanlar, her zaman sivil nüfusu ve savaşılanları ve sivil nesnelere ile askeri hedefler*

---

<sup>39</sup> Synthèse des débats, Revue Belge de Droit International, 2000/2, ss. 355-488.

<sup>40</sup> Cassese, A. , International Criminal Law, Oxford University Press, 2003,s. 230.

<sup>41</sup> Amnesty International, 16 Fundamental Principles for a just, fair and effective International criminal Court, AI-index IOR 40/010/1998 part V.

<sup>42</sup> Shane, Darcy, The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals’ 184 Military Law Review 175, 2003.

<sup>43</sup> Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International armed Conflicts, (Protocol I), 1125 U.N.T.S. 3.

*arasında ayırım yapmalı ve bu nedenle onların operasyonlarını yalnızca askeri amaçlara karşı yönlendirmelidir.'*

Nürnberg Mahkemesi Şartı, askeri gerekliliğe dayalı savunmayı kabul etmiştir.<sup>44</sup> EYUCM Statüsü'nün 2 (d).maddesi “askeri gereklilikle haklı bulunmayan, hukuka aykırı ve haksız yere yürütülen savaş suçlarıdır” ibaresi ile askeri gerekliliğe (military necessity) vurgu yapmıştır.<sup>45</sup> Dolayısıyla, *a contario* bir yorum yaparak, askeri gerekliliğin bu tür eylemleri haklı çıkarabileceği, hukuka uygun hale getirebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak bugüne kadar böyle bir hüküm gereği herhangi bir savaş suçlusunun savaş suçu işlemesi durumunda savunma olarak kabul edilmesine ilişkin bir dava olmamıştır. *Hostage* davasında, Birleşik Devletler Askeri Mahkemesi, savaş suçlarında askeri gereklilik savunması gerekçesiyle savunmayı reddetmiş ve red gerekçesini şu şekilde belirtmiştir: ‘Bir savaşın kaybedilmesine veya bir savaşa yol açsa bile, uluslararası hukuk kurallarına uyulmalıdır. Askeri gereklilik ve askeri gerekliliğe uygunluk uluslararası ceza hukuku ilkelerini ihlal etmeyi garantilemez’<sup>46</sup>.

Aynı Mahkeme *High Command* Davasında askeri gereklilik sebebiyle yapılan savunmayı reddetmiş ve bu savunmanın kabul edilmesinin ‘tüm insanlığı etkileyecek, savaşın yürütülmesinde gerekli tüm yasaları ortadan kaldıracak ve hile yapmanın yolunu açacak bir sonuca götüreceğini belirtmiştir.’ Mahkeme, böyle bir askeri zorunluluğun savaşı kazanmaya katkıda bulunan her şeyi yapma hakkını içerdiğini açıkça belirtmiştir<sup>47</sup>. EYUCM’de görülen *Kordic ve Çerkez* davasında mahkeme çoğunlukla UCM Statüsü'nün yorumuna dayanarak, savaş suçları durumunda askeri gereklilik ilkesinin olması gerektiğini vurgulamıştır. Söz konusu kararın 449. paragrafına göre; ‘kendisini veyahut mülkiyetini bir saldırıya karşı savunmak ya da korumak üzere

<sup>44</sup> Article 5(b) of the Nuremberg-IMT-Charter.

<sup>45</sup> United Nations War Crimes Commission, Law Reports of the Trials of the War Criminals, Hostages case, Vol.XI, s. 1272.

<sup>46</sup> [http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19\\_United\\_States\\_v\\_ListI.pdf](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_ListI.pdf) (Son ziyaret tarihi: 12-09-2019).

<sup>47</sup> Law Records of the trials of the War Criminals, Vol. XII, s. 93.

*davranan kimse, davranışının saldırıya göre makul, gerekli ve orantılı bir tepki teşkil etmesi kaydıyla, meşru savunma hakkından yararlanır.’*<sup>48</sup>

Öte yandan EYUCM Temyiz mahkemesi 368. paragrafta; askeri operasyonların ciddi insan hakları ihlallerine gerekçe teşkil etmediğini ifade etmiştir.<sup>49</sup>

Uluslararası ceza mahkemeleri genelde silahlı çatışmaların sonrasında yargılamalar yaptığından, Glaser’in de ifade ettiği gibi, uluslararası ceza hukuku inşası askeri kovuşturmalar ve adalet arzusu arasındaki bir uzlaşmaya dayanarak gelişmiştir.<sup>50</sup> Maddeden çıkarılan iki kısıtlama mevcuttur; birincisi, UCM Statüsü meşru müdafaa savunmasının ancak hukuka uygun bir operasyon esnasında gerçekleşmiş bir eylem halinde haklı olacağı konusunda ısrar etmiştir.<sup>51</sup> Örneğin Statü’nün 8. maddesinin ihlali anlamına gelen, bir savaş suçu olan insan kalkanı olarak kullanılmanın mülkiyeti korumak maksatlı kullanılması haklı gösterilemez. Burada mülkün korunması için insanların kalkan olarak kullanılmasından endişe duyulmuştur. Ayrıca Statü, “kişinin devletlerin yürüttüğü bir savunma operasyonuna dahil olduğu gerekçesini tek başına ileri sürmesinin cezai sorumluluktan kurtulmak için bir zemin oluşturmayacağını” ifade etmiştir. İkinci bir kısıtlama da, devletin kuvvet kullanması durumunda böyle bir savunmanın geçerli olamayacağıdır.<sup>52</sup> Burada çatışmanın içerisinde bulunan kişinin bireysel olarak savunmaya ihtiyaç duyması ile devletin zafer kazanmasını isteyen bireyin askeri ihtiyaçlar sebebiyle savunmaya ihtiyaç duyması ayırımının yapılması gerekmektedir.

---

<sup>48</sup> ICTY, Trial Chamber, Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, para. 449.

<sup>49</sup> İbid, para. 368.

<sup>50</sup> Glaser, S. Introduction to International Criminal Law, Etablissement Emile Bruylant, 1954, s. 106.

<sup>51</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, Article 8 para. 2(xxiii): utilizing the presence of civilian or other protected person tor ender certain points, areas or military forces immune from military operations.

<sup>52</sup> UN Doc.A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.3, s. 2, fn.2.

## D. UCM Statüsü 31. Madde 1 (d) Bendinin Değerlendirilmesi

### 1. Genel Olarak

UCM Statüsü'nün 31.madde 1(d) bendi cezai sorumluluktan kurtulma hallerinden, 'zorunluluk halini' şu şekilde hüküm altına almıştır:

*'Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçu oluşturduğu iddia edilen eylemin, kendisine veya başka bir şahsa karşı yakın ölüm veya sürekli veya yakın fiziksel zarar tehdidi kaynaklı bir baskı sonucu meydana gelmesi ve önlenmesi gereken zarardan daha fazlasına yol açmayı kastetmemiş olmak koşuluyla, bu tehdidi önlemek için, şahsın gereği kadar ve makul ölçüde davranması halinde. Böyle bir tehdit:*

- (i) başka şahıslar tarafından yapılmış; veya*
- ii) o şahsın kontrolü dışındaki şart tarafından gerçekleşmiş olabilir.'*

Birçok ulusal ceza sistemlerinde, bir kişi kendisine veya bir akrabasına yönelik bir tehdidin etkisiyle serbest iradesini kullanma olasılığını etkin bir şekilde kaybetmiş ise, cezai sorumluluğunun ortadan kalktığı kabul edilir. Bu savunmada genellikle *gerekliklik*, *zorunluluk* veya *cebir* terimleri kullanılmaktadır.

Uluslararası Ceza Statüsü'nün 31 (1) (d) maddesinde öngörülen zorunluluk hali açısından, cezai sorumluluktan kurtulmak için şu koşullar aranır:

(1) Failin davranışı, yaşam veya vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleşecek ağır ve telafisi olmayan bir tehlike olmalıdır.

(2) Karşılaşılan tehlikeden kurtulmanın başka bir yolu olmamalıdır.

(3) İşlenen suç ile, sakınılmak istenen tehlike arasında orantı bulunmalıdır.

(4) Fail karşı konulan tehlikeye kendi iradesi ile yol açmış olmamalıdır.

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından yapılan yargılamalarda zorlama/baskı savunması birkaç kez kullanılmıştır ve bu tür bir savunma için kullanılan terim “zorunluluk” olmuştur.<sup>53</sup> *Krupp* davasında mahkeme, zorunluluğun bir savunma olduğunu kabul etmiş, suç isnad edilen eylemin şiddetli ve telafi edilemez bir kötülükten kaçınmak için yapıldığını; yeterli başka kaçış yolu bulunmadığını ifade etmiştir.<sup>54</sup> ABD askeri ceza mahkemesi, *Einsatzgruppen* davasında, kötülüğün orantısız olmadığına karar vermiştir ve “hiçbir mahkeme, başında dolu bir tabancayla öldürücü bir kolu çekmeye zorlanan bir adamı cezalandırmaz” diyerek zorunluluk savunmasını kabul etmiştir.<sup>55</sup> 1949 tarihli Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu raporuna göre<sup>56</sup>; ‘madde 31. (1) (d) zorunluluk halini, cezai sorumluluktan kurtulma sebebi olarak sınıflandırır ve dolayısıyla baskı/cebir tam bir savunma olarak kabul edilebilmektedir.’ UCM Statüsü’ne göre baskı ve cebir halinin “Mahkemenin yargı yetkisi dahilinde olan” tüm suçlar için kabul edilebilir olduğunu belirtmek gerekir; bu nedenle, bu savunma, “suçların suçu” (crimes of crimes) olarak görülse de soykırım durumunda dahi kabul edilebilir.<sup>57</sup> Bu görüşten hareketle; bir kimsenin ailesinin bireyleri ya da kendisinin üzerinde yaşamını kaybetme konusunda tehlike oluşturan bir baskı kurulması durumunda grup halinde işlenen suçlara katılması mümkün olabilir.

Öte yandan kendi iradesi ile, soykırım yapmayı amaçlayan bir örgüte üye olan ya da etnik temizleme amacı güden bir para-militer gruba kendi arzusuyla katılan fail, bu örgüt çerçevesinde işlenen uluslararası

---

<sup>53</sup> Dörmann Knut, LRTWC, Volume X, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Law, Cambridge University press, 2003, ss. 147-149.

<sup>54</sup> İbid.

<sup>55</sup> Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Under Control Council Law No. 10, Volume IV; (Washington D.C.:U.S.Government Printing Office).

<sup>56</sup> Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission, Volume X, The I.G. Farben and Krupp Trials, London: Published for the United Nations War Crimes Commission by His Majesty's Stationary Office, 1949.

<sup>57</sup> LRTWC, Vol.X, Law Reports of Trials of War Crimes, s. 148. [https://www.loc.gov/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-10.pdf](https://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf) (Son ziyaret tarihi: 04-10-2019).

suçlara katılması durumunda, bu suçları işlemek zorunda olduğu yönündeki bir savunmaya dayanamaz.<sup>58</sup>

## 2. Zorunluluk Hali Sadece Bir Ceza İndirim Sebebi Midir?

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki uluslararası ceza yargılamalarına dayalı uluslararası ceza hukuku ve UCM Statüsü'nde hükme bağlanan uluslararası ceza hukuku arasındaki temel fark, zorunluluk savunmasının sonuçları ile ilgilidir. UCM Statüsü, cezai sorumluluktan kurtulmada bir faktör olarak zorunluluk savunmasını içerirken, savaş sonrası mahkemeler bu savunmayı cezadan indirim faktörü olarak kullanmışlardır. Bu konuda en net kararlardan biri, 1946'daki Kanada Askeri Ceza Mahkemesi'nde görülen *Hölzer* davasıdır. Mahkemenin yorumu şu şekilde olmuştur; 'zorunluluğun, suçun ağır bir nitelikte olmadığı durumlarda savunma olduğu konusunda hiçbir şüphe yoktur. Ancak hiçbir zorunluluk masum bir insanın öldürülmesini asla hukuka uygun hale getirmez.'<sup>59</sup> *Valentin Feursten and Others, Gustav Alfred Jepsen, Alfred Ohlendorf* davalarında da sonuç olarak, mahkeme, zorunluluğun ancak cezadan indirimde bir etken olabileceğine karar vermiştir.<sup>60</sup> İkinci Dünya Savaşı sonrası yargılamaları sırasında zorunluluk halinin tam bir savunma olarak kabul edildiği *Flick, IG ve Farben ve Krupp* davalarında, sanıklar zorunlu işçi çalıştırma ile suçlanan bazı Alman sanayicilerdi. Bu sanıklar toplama kamplarında Yahudileri zorla ve baskıyla çalıştırmaları sebebiyle yargılandıkları davada, savunmalarına temel olarak, hükümetin gerektirdiği kotaya ulaşamadıkları takdirde, hükümetin "zararlı ve karşı konulamaz sonuçlarına" maruz kalacaklarını savunmuşlardır. Mahkeme bu savunmayı yalnızca zorunlu çalışma istihdamı suçu bağlamında tam savunma<sup>61</sup> olarak kabul etmiştir.<sup>62</sup> EYUCM, *Erdemoviç* davasında ateş

<sup>58</sup> Cassese, A. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, s. 245-246.

<sup>59</sup> Benzer davalar için bkz: *Trial of Valentin Feursten and Others*, LRTWC, Vol. XV, s. 173, *Trial of Gustav Alfred Jepsen*, LRTWC, Vol. XV, s. 172, *Trial of Alfred Ohlendorf*, LRTWC, Vol. IV, s. 3.

<sup>60</sup> *ibid.*

<sup>61</sup> Çok ağır ve korkunç suçların yargılanmasının sözkonusu olduğu davalarda, zorla çalıştırma suçunun diğer suçlar yanında daha masum görünmesinin kararda etkisi olmuştur.



eden bir ekibin üyesi olan Drazen Erdemoviç, Serebrenika’da BM’nin güvenli olarak adlandırılan bölgesinde silahsız sivillerin öldürülmesi olaylarına karışmıştır.<sup>63</sup> Sanık insanlığa karşı suçlardan dolayı suçlu bulunduğu savunmasında şunları söylemiştir:

“Sayın Hakim, bunu yapmak zorundaydım. Reddetmiş olsaydım, kurbanlarla birlikte öldürülecektim. Reddettiğimde bana şöyle dediler: ‘Onlar için üzgünsen, ayağa kalk, onlarla sıraya gir ve seni de öldürürüz.’ Kendim için üzülmedim, ailem için, eşim için ve oğlum o zaman dokuz aylıktı, reddedemedim çünkü o zaman beni öldürürlerdi.”

EYUCM Statüsü, zorunluluk halinden bahsetmediğinden dolayı mahkeme bu savunma karşısında uluslararası hukuk ve ulusal hukuk sistemlerini gözden geçirmek zorunda kalmıştır. İlk derece mahkemesi; insanlığa karşı bir suçla ilgili değerlendirmede sanık ve mağdurun hayatının tamamen eşdeğerde olduğunu belirtmiş, buradaki durumda sanığın fiziksel refahının değil insan olarak varlığının tehdit altında olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme; baskı ve tehdit sebebiyle zorunluluk halinin insanlığa karşı suç ve masum insanların öldürülmesini içeren bir savaş suçu isnad edilen suçluya, tam bir savunma sağlayamayacağı değerlendirmesi ile sanığın cezasında indirim yapmıştır.

Statü, zorunluluk halinin kişinin kontrolü dışında, diğer şartlar/dışarıdan gelen koşullar tarafından meydana geldiğini kabul eder.

31. Maddedeki alt paragraf, *zorunluluk* (başka kişi tarafından oluşturulan tehdit) ve *gereklilik* (kanunun genel şartları ile gerekçelendirilmiş) arasında savunmaya ilişkin geleneksel bir bağlantı kurar. *Statton* davasında; eğer bir kişi bir eyleme zorlandığında, bir fiili işlemesi için baskı gördüğünde kişinin iradesi hareketine uymaz denilmiştir.<sup>64</sup>UCM Statüsü’nde özellikle belirtilmese de, dışarıda oluşan koşulların varlığına bağlı zorunluluk savunmasının kabul edilebileceğine ilişkin bir sınırlama vardır. Uluslararası ceza hukukunda sanığın iradesinin olduğu durumlarda, kendisini veya akrabalarının yaşamının tehdit edildiği durumlarda zorunluluk savunması kabul edilmemiştir. Örneğin, Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesinin 9. maddesinde,

---

<sup>62</sup> [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-10.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf) (Son ziyaret tarihi: 02-10-2019).

<sup>63</sup> ICTY; Trial Chamber, prosecutor v. Erdemovic, para.19.

<sup>64</sup> LRTWC, Statton, Lord Mansfield, Vol. XV.

Mahkeme'nin sanığın bir örgütün suçlu niteliğini tanınması durumunda, bu tür suç örgütüne katılmış olan bir kişinin, o örgüt içindeki davranışlarından sorumlu olarak kabul edileceği ifade edilmiştir.<sup>65</sup>

1993 tarihli *Touvier* davasında, Fransız teyiz mahkemesi bu kuralı onaylamış ve şu şekilde ifade etmiştir; 'davada hükümeti tarafından baskıya uğradığından gereklilik ya da üçüncü kişi etkisiyle zorunluluk gerekçeleri bulunamamıştır, çünkü sanık kendi özgür iradesiyle Nazi milis memuru olarak çalışmayı, SD ve Gestapo operasyonlarında işbirliğini seçmiştir'.<sup>66</sup> *Erdemovic* davasında da bir gruba özgür iradesi ile üye olan bir kimsenin, bunun hukuki sonuçlarına katlanması gerektiği ve burada zorunluluk sebebiyle bir savunmanın kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Knoops'un da vurguladığı gibi; zorunluluk halinin bir savunma olarak kabul edilmesi iradenin kendi bilinci dışında sakatlanmasından geçmektedir.<sup>67</sup>

UCM Statüsü, eylemin koşullarının değerlendirilmesine dayanarak, zorunluluk halinin savunma gerekçesi olarak kabulüne ilişkin uluslararası hukuka, insan hakları perspektifinde bir katkı sağlamıştır. Alman Ceza Kanunu'nun 52.maddesinde; zorunluluk sebebiyle işlenen eylemin dayanılmaz bir kuvvetle ve bununla bağlantılı kendisine veya akrabasına bir tehditle, yaşam ve vücut uzuvları için tehlike arzemesi durumunda suçun işlenmemiş kabul edileceğini hükme bağlamıştır.

Statü'deki bu madde hükmünün uygulanabilmesi için tehlikenin halen mevcut olması, tehlikenin hukukça korunan bir hakka zarar verecek olması ve kişiyi ağır bir zarara uğratacak olması gerekir. UCM Statüsü'nde sözkonusu zarar 'ölüm ya da ciddi bedensel zarar' olarak belirtilmiştir. Kişinin bu zarara kendi iradesi ile yol açmamış olması ve bu tehlikeden sakınmak için başka çaresinin olmaması da öngörülen

---

<sup>65</sup> German Supreme Court in the British Zone, *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, Vol.1, 1949, s. 201, Quoted in Dissenting Opinion of Judge Cassese, footnote 12, translation of judge Cassese.

<sup>66</sup> Paul Touvier and the crimes Against Humanity. [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5857&context=faculty\\_scholarship\\_ip&](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5857&context=faculty_scholarship_ip&) (Son ziyaret tarihi: 21-09-2019).

<sup>67</sup> Geert-Jan G.J. Knoops, *Defenses in Contemporary International Criminal Law* (New York: Transnational Publishers 2001), s. 63.

koşullardandır. Ayrıca Statü korunmaya ilişkin eylemi ile tehlike arasında bir orantının olması gerektiğine de vurgu yapar.

### **E. UCM Statüsü 33. Maddenin Değerlendirilmesi**

Uluslararası düzeyde, UCM Statüsü'nden önce, *zorunluluk* savunması genellikle üst düzey emirler/amirin emri ile bağlantılı olmuştur ve böyle bir savunma, tam bir savunmadan ziyade cezadan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir.

Öte yandan, UCM Statüsü'nün 33.maddesinde, “üstün emri ve kanun hükmü” başlığı altında, yetkili mercinin emrinin ifasının cezai sorumluluktan kurtarmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Madde şu şekilde hükme bağlanmıştır:

*“1. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun, bir hükümet veya askeri veya sivil bir üst makam emrine uyan bir şahıs tarafından işlenmiş olması, aşağıdaki haller dışında, şahsı cezai sorumluluktan kurtaramaz:*

*(a) şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni bir zorunluluk ise;*

*(b) şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi halinde; ve*

*(c) emrin açıkça kanunsuz olmaması halinde.*

*2. Bu maddenin amaçları bakımından, soykırım veya insanlığa karşı suç emirlerinin kanunsuzluğunun açıkça bilindiği kabul edilir.”*

Bu şartlar kümülatiftir, yani biri olmazsa koşullar yerine getirilmiş olmaz. Burada 2. fıkra ile getirilen mutlak karineye göre, *a contrario* yorumdan sadece 8. maddedeki savaş suçları bakımından savunmaya dayanılabilecektir.

Amirin emrini ifa bakımından ilk önemli uygulama, Birinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan Leipzig yargılamalarında görülmüştür. *Llandovery Castle* davasında, Leipzig Yüksek Mahkemesi, Alman Askeri Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye dayanarak, “emre itaat eden bir ast, üstünün verdiği emrin medeni veya askeri hukukun ihlalini gerektirdiğini bilmesi halinde ceza sorumluluğu altında olacaktır” hükmüne varmıştır.

Fakat böyle bir emrin sanık da dahil olmak üzere, evrensel olarak herkes tarafından, hukuka aykırı olduğunun bilinmesi durumunda buna riayet etmek gerekemeyecektir.<sup>68</sup>

Amirin emrinin hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağı anlayışı özellikle Nürnberg mahkemelerindeki yargılamalardan sonra yerleşmiştir. Nürnberg mahkemesi Statüsünün 8.maddesine göre; 'sanığın, hükümetin veya hiyerarşik amirlerinin emirlerine uygun olarak hareket etmesi onu sorumluluktan kurtaramaz'.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yapılan Nürnberg yargılamalarından sonra, amirin emrini yerine getirmenin hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağı anlayışı uluslararası ceza hukuku alanına hakim olmuştur. Amirin emrini ifanın sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı EYUCM Statüsü md 7/4'de, RUCM (Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi) Statüsü md. 6/4'de ve 1996 tarihli 'İnsanlığın Barışına ve Güvenliğine karşı İşlenen Suçlar Kanunu'Tasarısının 5.maddesinde de yer bulmuştur. Fakat Nürnberg, EYUCM, RUCM, Sierra Leone Özel Mahkemesi Statülerinde ve 1996 tarihli Kanun tasarısında, amirin emrini ifanın, adaletin gerektirmesi halinde cezadan indirim sebebi olarak uygulanabileceği de vurgulanmıştır.

EYUCM *Erdemovic* davasında da sanığın amirin emrini uygulaması savunması cezadan kurtulma sebebi olarak kabul edilmemiştir.<sup>69</sup> Mahkeme; 'bir kimse kendi iradesi ve niyeti olmadan bir eyleme zorlanırsa bu işlenen fiilde hukuka uygunluk sebebi yaratır ve o konuda irade ve niyeti olmayan kimsenin doğal zorunluluğundan değil zorlanan, baskıyla elde edilen zorunluluğundan bahsederiz' diyerek zorunluluk/cebiri savunmasının hukuka uygunluk nedeni oluşturacağını vurgulamıştır.<sup>70</sup>

Bir ast-üst ilişkisinin varlığı, üstün kendi yetkisi dahilinde bulunan astların, bir suç işlediklerini veya işlemek üzere olduklarını

<sup>68</sup> Werle ve diğerleri, 2. Bası, s. 214 .

<sup>69</sup> ICTY, A ppeals Chamber, Prosecutor v. Drazen Erdemovic, 7 October 1997, (Case no.IT-96-22-A)

<sup>70</sup> LRTWC, Vol.X, Law Reports of Trials of War Crimes, s. 149. [https://www.loc.gov/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-10.pdf](https://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf) (Son ziyaret tarihi: 02-10-2019).

bilmesi yahut bilebilecek durumda olması gerekliliği ve suçun işlenmesini önlemek veya suç işleyen astları cezalandırmak için gerekli önlemleri alması gerekliliği üstün sorumluluğu bakımından olması gereken koşullardır.<sup>71</sup> Diğer bir koşul da üstün, suçun işlenmesini önlemek veya işleyen astları cezalandırmak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğüdür. Dolayısıyla üstün astların eylemlerinden dolayı bilgi sahibi olmaması savunma gerekçesi olamayacaktır.<sup>72</sup> Tokyo yargılamalarında daha çok yer alan *üstün sorumluluğu* kavramı İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Teamül Hukuku niteliği kazanmıştır.<sup>73</sup> Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Akayesu* kararında fail, belediye başkanı olarak soykırım fiillerinin işlenmesine yardım etmek, göz yummak ve bu amaçla yerel vasıtaları temin etmekten mahkum olmuştur. *Akayesu*, bireysel sorumluluğunun dışında sivil bir üst olarak da sorumlu bulunmuştur.<sup>74</sup> Üstün sorumluluğu UCM Statüsü'nün 28.(b) maddesinde düzenlenmiş olup askeri ve sivil komuta arasında bir ayırıma gidilmiştir.

EYUCM Statüsü'nün 7/3. maddesi ve RUCM Statüsü'nün 6/3.maddesi uyarınca, bir ast tarafından işlenen suçta, bu suçun işlendiği veya işlenmek üzere olduğunun üst tarafından bilinmesi, bilmesi için haklı sebebi varsa ve üst bu fiilleri önlemek için veya cezalandırmak için gereken makul tedbirleri almamışsa, cezai sorumluluktan kurtulamayacaktır.<sup>75</sup> EYUCM, *Celebici* kararında 'bilmesi gerekiyor ise' şeklindeki Teamül Hukuku kuralını 'bilmesi için haklı sebebi var ise' olarak yorumlamış, *Blaskic* kararında Teamül hukukuna sadık kalmıştır.<sup>76</sup>

UCM Statüsü'nün 33.maddesi hükmünün kapsamı geniş yorumlanmalıdır. Bu bağlamda, her türlü yazılı, sözlü olabileceği gibi

<sup>71</sup> Kirsten M.F. Keith, "The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence", LJIL, Vol.14, 2001, s. 619, n.7. <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=208011> (Son ziyaret tarihi: 04-10-2019).

<sup>72</sup> İbid., s. 622.

<sup>73</sup> Töner, Şen., Semin, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, XII Levha, 2010, s. 205.

<sup>74</sup> The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgment, op.cit., para.698-734.

<sup>75</sup> Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü op.cit.,md.7/3, Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, op.cit., md.6/3.

<sup>76</sup> Töner, Şen., Semin, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, XII Levha, 2010, s. 207.

belli bir davranış biçimini emreden zımnî eylemler de emir kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>77</sup> Örneğin; Alman Askeri Ceza Kanunu'na göre emrin amir tarafından sadece yazılı olarak verilmesi şart değildir.<sup>78</sup>

Emir, askeri bir makam tarafından veya güvenlik bürokrasisi içerisinde değerlendirilmesi gereken ama sivil mahiyetteki kurumlarda görevli şahıslar tarafından da verilmiş olabilir.<sup>79</sup> Ayrıca hükümette görevli olan veya devlette politika belirleyici makamların emri *Akayesu* davasında olduğu gibi bu kapsamda değerlendirilmektedir. Burada belirleyici olan, asker ve sivil olsun, başka bir kişinin emrine itaat etme yükümlülüğünün olması şartıyla, askeri personele olduğu kadar sivil görevlilere de uygulanabilecek bir hukuka uygunluk ve mazeret sebebi olmasıdır.<sup>80</sup>

Amirin emri sebebiyle ihlalde Savaş Hukuku bakımından, failin emrin hukuka aykırı olduğunu bilmiyor olması ve emrin açık bir şekilde hukuka aykırılık taşımadığı hallerde, cezadan indirim sebebi olacağı belirtilmiştir.<sup>81</sup> Nürnberg Mahkemesi Prensipleri'ne göre; failin amirin emrine uygun olarak hareket etmiş olması, davalıyı sorumluluktan kurtarmaz ancak mahkeme adaletin gerektirdiği hallerde cezadan indirim sebebi olarak değerlendirebilecektir.<sup>82</sup>

Yanılmanın kusurluluğu kaldırabileceği uluslararası ceza hukukunda yargısal içtihatlarla desteklenmiş bir anlayıştır.<sup>83</sup> Bununla birlikte, esas olarak, kusurluluğu kaldıran bir durum olarak fiili yanılmaya itibar edildiği, bunun için de, failin yanılığının kendi kusuruna dayanmamasının arandığı söylenebilir.<sup>84</sup> Kendisine herhangi bir

<sup>77</sup> Değirmenci, Olgun, Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt no.10, sayı 120,2012,s. 81.

<sup>78</sup> *Deutsches Wehrrs-trafgesetzbuch*.

<sup>79</sup> Güneysu, G. *Uluslararası Hukukta Amirin Emri*, XII Levha, 2015, s. 150.

<sup>80</sup> *ibid.*, s. 150.

<sup>81</sup> Schabas, William, A. *United Nations Hostility to the International Criminal Court: It's All About the Security Council*, *EJIL*, Vol.14, No.4, 2004,s. 325.

<sup>82</sup> *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal,1950.* [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/7\\_1\\_1950.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf) (Son ziyaret tarihi: 05-10-2019).

<sup>83</sup> Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R.M., a.g.e. s. 404.

<sup>84</sup> Cassese, *ICL*, a.g.e. s. 251.

emir verilmeyen ve fakat bir emir aldığını zanneden personelin böyle bir yanılma konusunda savunma ileri sürmesi sözkonusu olamaz. Bu gibi durumlarda eğer şartları varsa, Statü'nün 'yanılma'ya ilişkin hükümlerine başvurulur. Buna benzer bir olay *Latza* davasında yaşanmıştır. İşgal halindeki Norveç'te, Norveçlilerin yeraltı direniş faaliyetlerini kontrol maksadıyla Almanlar tarafından *Standgericht* isimli bir teşkilat kurulmuştur. O dönemde Norveçli direnişçiler tutuklanmış, yargılamalarda idam cezası verilmiş ve ertesi gün cezaları infaz edilmiştir. İşgalden kurtulduktan sonra, Norveç vatandaşlarının idamına karar veren Helmuth Latza, diğer iki yargıç ve Alman subaylarının yargılandığı davada işgal altındaki Norveç'te yargıçlık yapan Latza görevin ifası sırasında ulusal hukuk düzenlemesinin bu yargılamada uygulanacağı konusunda hataya düşerek idam cezasını verdiğini savunmasında ileri sürmüştür.<sup>85</sup> Her ne kadar bu karar bugün tartışmalı olsa da, Norveç yüksek mahkemesi, Alman yasalarının hukuka aykırı olduğunu ancak hukuk kurallarına (Rule of Law) uymayan bir kanunun uygulanması konusunda uluslararası hukukun net olmadığını belirterek beraat kararı vermiştir.<sup>86</sup>

33. maddenin hükmü gereği kendisine verilmiş bir emrin hukuka aykırı olduğunu bilen kişi, amirin emrini bir hukuka uygunluk ya da savunma nedeni olarak ileri süremez. Sonuç olarak kural, savunmanın kabul edilmemesidir. Kabul edilmesi için 33.maddede sayılan üç koşulun kümülatif halde bulunması gerekir. Bunlar; hükümet veya üst makamın emirlerine uymanın kanuni zorunluluk olması, şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi ve emrin açıkça kanunsuz olması şartları birlikte olmalıdır. Aksi takdirde amirin emri savunması kabul görmeyecektir.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> Trial of Hans Paul Helmuth Latza and two others, case no:86.

<sup>86</sup> Van Verseveld, A. (2011). Mistake of law: excusing perpetrators of international crimes, UvA-DARE (Digital Academic Repository), University of Amsterdam, s. 118.

<sup>87</sup> Gaeta, Paola, "The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law", European Journal International Law, Volume 10, 1999, s. 173.

#### IV. SONUÇ

UCM Statüsü'nde cezalandırma yönünden arada bir fark olmadığından, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran nedenler biçiminde bir ayırıma gidilmemiştir. Bunun yerine her iki kategori de “cezaî sorumluluğu ortadan kaldıran nedenler” başlığı altında düzenlenmiştir. Statünün 31. maddesinin farklı fıkralarında, kusur yeteneğini etkileyen hallere, bazı hukuka uygunluk nedenlerine ve kusurluluğu kaldıran hallere bir arada yer verilmiştir. Statü'de kusurluluğu kaldıran hallerden sadece *yanılma* düzenlenmiştir.<sup>88</sup> Buna karşılık, kaza, tesadüf, mücbir sebep gibi ulusal hukuk sistemlerinde kusurluluğu kaldırdığı kabul edilen durumlar düzenlenmemiştir. Kıta Avrupası hukukunda, her ne kadar failin sonuçta cezalandırılmaması bakımından bir fark yaratmasa da, arada önemli farkların bulunması nedeniyle, hukuka uygunluk ve kusurluluğu kaldıran hal ayrımı hala katı bir şekilde uygulanmaktadır.<sup>89</sup> UCM Statüsü'nün 33. maddesi üst makamın emrini ve kanun hükmünü ve bu hükme ilişkin bireysel cezaî sorumluluktan kurtulma halini düzenler. 31.maddesi ise, farklı yasal gelenekleri barındıracak kadar geniş bir terim olan “cezaî sorumluluğun dışında tutulmaya ilişkin esaslar/cezaî sorumluluktan kurtulma gerekçeleri” terimini kullanır. Buradan hareketle, UCM Statüsü'nün hazırlanmasında Anglo-Sakson hukukunun daha ağırlıklı etkisinin olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak, UCM Statüsü, mümkün olan en adil insan hakları adaletinin çok başarılı bir kodifikasyonudur. Bu Statü, cezalandırma gerektiren suçlar için kabul edilebilir savunmalara çok eski yargılamaların ve Teamül Hukuku'nun yansımaları gerçekleştirilmiş, aynı zamanda Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin bir sentezini yapmayı başarmıştır. İnsan haklarına saygı açısından ilk devrimlerden birinin, bireyi devletin ve hakimlerin tek gücüne karşı yasalarla korumak için ceza gerektiren suçların ve savunmaların yasalarla hüküm altına alınması olduğunu hatırlamak önemlidir. Yasalar, toplumun üyelerinden makul olarak ne bekleyebileceğini temel alır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 11.(1) maddesine göre:

<sup>88</sup> Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R.M., a.g.e. s. 391.

<sup>89</sup> Tezcan, D., Erdem, M.R., Önok, R.M., a.g.e. s. 390.



*'Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır'.<sup>90</sup>*

UCM Statüsü hem caydırıcı ceza normlarını hem de ceza yargılaması ilkelerini ve ceza infaz ilkelerini birlikte ele alan, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku esaslarına (adil yargılama, ne bis in idem, tamamlayıcılık, kanunilik, masumiyet karinesi olmak üzere) yer veren Ad hoc mahkemelerdeki palyatif çözümler yerine yerleşik çareler üreten en ağır insanlık suçları için evrensel bir çare olmuştur. Böylesine hükümler içeren sürekli bir mahkemenin varlığının caydırıcı olacağı muhakkaktır.

Bu Statü, İnsan Hakları Hukuku'nun korumasına alınmış en temel insan haklarını ihlal eden, mahkemenin yargı yetkisine giren en ağır suçları işlemeyi planlayan kişiler üzerinde engelleyici bir rol oynayacaktır. Ayrıca, mahkemenin yargılama yapabilme yetkisi diğer uluslararası mahkemelere kıyasla daha geniş tutulmuştur. Yargı yetkisini tanımayan devletler olsa da, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin ve mahkeme savcısının re'sen bir davayı mahkemenin önüne getirebilmesi en ağır suçların önüne geçebilmek için uluslararası hukukun kararlılığını gösterir. Bu caydırıcı etki aynı zamanda ulusal savcılar da yargılama konusunda harekete geçirebilecek, mağdurların temel insan hakları konusunda adalete ulaşmalarına, cezalandırma ile manevi tatminin sağlanmasına vesile olacaktır.

Yasaların caydırıcılık gücü ve en kötü suçların önlenmesi konusundaki kovuşturmaya yönelik evrim, kesinlikle son yılların en olumlu gelişmelerinden biri olsa da, ceza hukuku açısından insan haklarının unutulmaması gerekir. Bu anlamda UCM Statüsü en korkunç suçların cezalandırılması zorunluluğu ile insanların temel haklarına saygı gösterilmesi arasında bir denge bulmayı başarmıştır.

---

<sup>90</sup> [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/h\\_rigths\\_turkce.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf) (Son ziyaret tarihi: 04-10-2019).

## KAYNAKÇA

- BASSIONUI C.: International Criminal Law, Durham, Carolina Academic Press, 1996, s.1390.
- BLACK'S LAW DICTIONARY: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, Henry Campbell black(ed), Fifth edition, St. Paul Minn, West Publishing Co., 1979.
- CASSESE, A.: International Criminal Law, Oxford University Press, 2003.
- CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D., WILMSHURST, E.: An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2. Bası. 2010.
- DEĞİRMENCİ, Olgun: Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu, Legal Hukuk Dergisi, Cilt no.10, sayı 120, 1-27, 2012.
- GAETA, Paola: "The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law", European Journal International Law, Volume 10, s. 172-191, 1999.
- GERMAN SUPREME COURT IN THE BRITISH ZONE: Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen, Vol.1, 1949, s.201, Quoted in Dissenting Opinion of Judge Cassese, footnote 12, translation of judge Cassese
- GEERT-JAN G.J. Knoops: Defenses in Contemporary International Criminal Law (New York: Transnational Publishers 2001).
- GILBERT Jérémie: Justice not revenge: The International Criminal Court and the 'grounds to exclude criminal responsibility' – defences or negation of criminality?, The International Journal of Human Rights, 2006, 10:02, s. 143-160, DOI: 10.1080/13642980600608541.GLASER, S. Introduction to International Criminal Law, Etablissement Emile Bruylant, 1954.
- GÜNEYSU, G.: Uluslararası Hukukta Amirin Emri, XII Levha, 2015.

- KITTICHAISAREE, Kriangsak: International Criminal law, Oxford University Press, 2001.-Knut Dörmann, LRTWC, Volume X, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Law, Cambridge University press, 2003, ss.147-149.
- KIRSTEN M.F. Keith: “The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence”, LJIL, Vol.14, 2001, 602-621, s. 619, n. 7  
<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=208011> --Schabas, William, A. United Nations Hostility to the International Criminal Court: It’s All About the Security Council, EJIL, Vol.14, No.4, 2004.
- SHANE, Darcy: The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals’ 184 Military Law Review 175, 2003.
- SYNTHESE DES DEBATS: Revue Belge de Droit International, 2000/2.
- ÖZBEK, V.Ö. / DOĞAN, K. / BACAĞIZ, P. / TEPE. İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 2017.
- TEZCAN, D. / ERDEM, M.R. / ÖNOK, R.M.: Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin, 2009, 2. Baskı.
- TÖNER, Şen Semir: Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, XII Levha, 2010.
- VAN VERSEVELD, A.: Mistake of law: excusing perpetrators of international crimes, UvA-DARE (Digital Academic Repository), University of Amsterdam, 2011.
- WEISS Erich and Wilhelm Mundo: before United States Military government court, Law Report of trials of War Criminals, Vol. XIV; XV.
- WERLE, G.: Principles of International Criminal Law, 2nd edition, The Hague, TMC Asser Press, 2009.

## Belgeler

Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War criminals of European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT),(1951)82 UNTS 279, madde 16(b),(d) ve (e).

Amnesty International, 16 Fundamental Principles for a just, fair and effective international criminal court, AI-Index IOR 40/010/1998.

Article 5(b) of the Nuremberg-IMT-Charter.

[https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat\\_CDRS.htm](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm)  
(son ziyaret tarihi 2-10-2019).

British Military Court, United Kingdom v. Yamamoto Chusaburo, Law Report of the trials of War Criminals, Vol.3, 1946, 1946 (UN War Crimes Commission 1948).  
[https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-15.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-15.pdf) (Son Ziyaret tarihi: 04-10-2019).

Control Council Law No.10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 December 1945, Official Gazette of the Control Council of Germany, No.3, berlin, 31 January 1946, ss. 50-5 <https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/> (Son Ziyaret tarihi 01/10/2019).

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Article 4, (1951) 78 UNTS 277.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of -----International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, UN Doc. S/RES/827, Adopted 25 May 1993 article 2(d) and 3(b).

Law Records of the trials of the War Criminals, Vol. XII.

Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission, Volume X, The I.G. Farben and Krupp Trials, London: Published for the United Nations War Crimes Commission by His Majesty's Stationary Office, 1949

LRTWC, Vol.X, Law Reports of Trials of War Crimes.

Sibel SAFİ

Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. XIV, XV, London, Published for the United Nations War Crimes Commissions by His Majesty's Stationery Office, 1949.

LRTWC, Vol.X, Law Reports of Trials of War Crimes. [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-10.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf) (son ziyaret tarihi 02-10-2019).

1949 Geneva Conventions, 12 August 1949, Diplomatic Conference for the Establishment of International Conventions for the Protection of Victims of War.

Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, (Protocol I), 1125 U.N.T.S. 3.

Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its 43th Session, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1.

[https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat\\_CDRS.htm](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm) (son ziyaret tarihi 2-10-2019).

[https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Law-Reports\\_Vol-10.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf) (son ziyaret tarihi 02-10-2019).

[http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/h\\_rigths\\_turkce.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf) (Son ziyaret tarihi 04-10-2019).

<http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ceza-divani-ve-turkiye.tr.mfa> (Son ziyaret tarihi 04-10-2019).

<https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf> (Son ziyaret tarihi 04-10-2019).

Rome Statute of the International Criminal Court, Article 8 para. 2 (xxiii): Utilizing the presence of civilian or other protected person for or under certain points, areas or military forces immune from military operations.

Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Control Council Law No. 10, Volume IV, Washington D.C.: U.S. Government Printing Office.

UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.1/Rev.1, s.4,n.8.

UN Doc.A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.3,s.2,fn.2.

## Davalar

ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo, Judgment, 20 February 2001, para. 446. <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgment/index.htm> (Son ziyaret tarihi 01-11-2019).

[http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19\\_United\\_States\\_v\\_List1.pdf](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List1.pdf) (Son ziyaret tarihi 12-09-2019).

Hirota and Others, International Military Tribunal for the Far East, Tokyo, 1948, A.D. 356,364.

ICTY, Trial Chamber, Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, Judgment, 26 Şubat 2001.

ICTY, Trial Chamber, Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez, para.449.

ICTY; Trial Chamber, prosecutor v. Erdemovic, para.19.

M'Naghten' davası, (1843) 10 Cl.& Fin 200, 8 E.R. 718.

Paul Touvier and the Crimes Against Humanity. [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5857&context=faculty\\_scholarship&](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5857&context=faculty_scholarship&) (Son ziyaret tarihi 21-09-2019).

The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgment, op. cit., para. 698-734.

Trial of Valentin Feursten and Others, LRTWC, Vol. XV, s.173; Trial of Gustav Alfred Jepsen, LRTWC, Vol. XV, s. 172; Trial of Alfred Ohlendorf, LRTWC, Vol. IV.

Trial of Hans Paul Helmuth Latza and two others, case no:86.

United Nations War Crimes Commission, Law Reports of the Trials of the War Criminals, Hostages case, Vol. XI.

## SENED-İ İTTİFAK'TAN MÜTAREKE DÖNEMİNE KADAR TÜRKİYE'DE ANAYASAL VE SİYASAL DEĞİŞİM SÜRECİ

Hüseyin Murat IŞIK\*

### ÖZ

19. yüzyılın başından itibaren Osmanlı İmparatorluğu'nda büyük bir değişim süreci başladı. Bu değişimi tetikleyen iç ve dış faktörler vardı. Bir süreklilik taşıyan değişim sürecinin amacı, imparatorluğun birliğini korumak ve diğer ülkeler karşısında güç kaybını durdurmaktı. Süreç içinde hukuki, siyasi, ekonomik ve toplumsal alanda birçok düzenleme yapıldı, devleti modernleştirmenin fikri ve kurumsal temelleri atıldı. Osmanlı modernleşmesi, bürokratik bir karakter taşıyordu. Sürece yön veren düşünce, devleti kurtarmak düşüncesiydi. Sürecin en etkili aktörleri ise Jön Türkler ve onların içinden çıkan İttihat ve Terakki Cemiyeti'ydi. İTC, önce II. Abdülhamid'e karşı çok sert bir muhalefet sergiledi, sonra iktidarı eline geçirdi. İktidarı döneminde İTC, bir taraftan modernizasyona hız verdi, bir taraftan kendi hegemonyasını kurdu. İTC'nin mutlak iktidarı, içte ve dışta bir yıkımla sonuçlandı.

**Anahtar Kelimeler:** Jön Türkler, İttihat ve Terakki Cemiyeti, Osmanlı Modernleşmesi, Anayasal Monarşi.

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [isikhm@dicle.edu.tr](mailto:isikhm@dicle.edu.tr), ORCID ID: 0000-0001-7317-3031.

Makalenin Gönderim Tarihi : 11.10.2019.

Makalenin Kabul Tarihi : 25.11.2019.

## CONSTITUTIONAL AND POLITICAL CHANGE PROCESS IN TURKEY FROM THE CHARTER OF ALLIANCE TO ARMISTICE

### ABSTRACT

Since the beginning of the 19th century, a great transformation has started in the Ottoman Empire. There were internal and external factors that triggered this change. The aim of this continuous change was to protect the unity of the empire and stop the loss of power against other countries. During the process, many legal, political, economic and social arrangements were made. The intellectual and institutional foundations of modernizing the state were laid. Ottoman modernization had a bureaucratic character. The thought that guided the process was to save the state. The most influential actors of the process were the Young Turks and the Committee of Union and Progress (ITC) that emerged from them. ITC, firstly showed a very hard opposition against II. Abdulhamit and then took power in his hands. During his reign, ITC accelerated modernization on one hand and established his own hegemony on the other. The absolute power of the ITC has resulted in destruction both inside and outside.

**Keywords:** Young Turks, Committee of Union and Progress, Ottoman modernization, constitutional monarchy.

### I. GİRİŞ: MEŞRUTİYET ÖNCESİ DÖNEM

#### A. Nizam-ı Cedit

1789 yılında gerçekleşen Fransız İhtilali, siyasal rejimlerin monarşilerden parlamentolu ulus devletlere dönüşmesi sürecini başlattı ve önce Avrupa'yı daha sonra da tüm dünyayı etkileyerek tarihin akışını değiştirdi. Aynı dönemde Osmanlı İmparatorluğunda da; Batılı devletlerin üstünlüğünü kabul etmiş ve bu devletlere karşı varlığını sürdürebilmek adına devlet aygıtını reforme etmek isteyen Islahatçı Padişah III. Selim tahta çıktı. Batı karşısındaki başarısızlık öncelikle askeri sahada olduğu için yapılacak reformlara ordunun yenilenmesiyle başlandı ve e önce bu yeni ordu, daha sonra da III. Selim dönemi içinde



yapılan tüm ıslahatlar için ortak isim olarak Nizam-ı Cedit<sup>1</sup> kavramı kullanıldı.

Yeni Düzen anlamına gelen Nizam-ı Cedit ile öncelikle yeniçeri ve sipahilerden oluşan klasik Osmanlı Ordusuna, batılı subaylar (önce Fransızlar) tarafından batılı tarzda eğitilen askeri birlikler eklendi. Tecrübeli devlet adamlarından hatta yabancılardan ıslahatların yol haritasını oluşturacak “layiha”lar istendi. Meclis-i Meşveret adıyla belki de daha sonra seçimle göreve gelecek ilk Osmanlı parlamentosunun nüvesini oluşturacak bir danışma kurulu ortaya çıkarıldı. Yeni bir düzen kurmak için atılan adımların eski düzenin aktörleri rahatsız etmemesi mümkün değildi. Nitekim ulema, yeniçeri ve yenilikleri “gâvurluk” olarak nitelendiren ahalinin de ittifakı ile Kabakçı Mustafa’nın öncülük ettiği isyan sonrasında III. Selim öldürüldü.<sup>2</sup>

## B. Sened-i İttifak

Ancak Islahat/reformasyon süreci III. Selim’in yerine tahta geçen II. Mahmut tarafından kaldığı yerden sürdürüldü. Bu dönemin başlıca reformlarını şöyle özetleyebiliriz<sup>3</sup>:

- Eski düzenin en önemli dayanakları olan timar sistemi ile Yeniçeri Ocağının kaldırılması
- Ulemânın idari ve mali özerkliğine son verilmesi
- Divan-ı Hümayun’un yerine kabine sistemine (bakanlar kurulu) geçilmesi
- 1808’de Osmanlı hükümdarının iktidarının “Âyanlar” lehine (yerel otoritelerinin tanınması ve ayrıcalıklarının çocuklarına

<sup>1</sup> Mustafa Erdoğan; Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, Ankara, Hukuk Yayınları, 2016, s. 13.

<sup>2</sup> Bülent Tanör; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları (16. Baskı), 2007, s. 33-40.; Sina Akşin; Kısa Türkiye Tarihi, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, 2017 (22. Baskı), s. 23-25.; Karpat: Kısa Türkiye Tarihi, s. 19-31.

<sup>3</sup> Karpat: Kısa Türkiye Tarihi, s. 41-45.; Tanör; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 64-74.; Bülent Tanör; “Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış”, Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi, İstanbul, İletişim Yayınları, 1985, Cilt 1, s. 11-12.

devredebilme vb.) cüz'i de olsa kısıtlanmasını içeren Sened-i İttifak'ın<sup>4</sup> kabul edilmesi (Kimi tarihçi ve hukukçularca Meşrutiyet'e hatta hukuk devletine geçişin ilk adımı sayıldığından Sened-i İttifak ilk anayasal belge olarak kabul edilir.)

### C. Tanzimat Fermanı

II. Mahmut'un vefatı üzerine yerine geçen oğlu Abdülmecit, Osmanlı devlet ve toplum düzenine neredeyse tüm 19. yüzyıl boyunca damgasını vuracak Tanzimat Fermanı'nı<sup>5</sup> (Gülhane Hatt-ı Hümayunu) yayımladı. Düzenlemeler anlamına gelen Tanzimat, yalnızca devlet idaresini değil sosyal hayatı, sanat ve edebiyatı da yeni bir akım yaratacak (Tanzimat Edebiyatı)<sup>6</sup> kadar etkiledi ve kendi aydın tipini

---

<sup>4</sup> Sened-i İttifak'ın tam metni için bkz: Şeref Gözübüyük, Suna Kili; Türk Anayasa Metinleri (Tanzimat'tan Günümüze), İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, 2000 (2. Baskı), s. 11-17. Sened-i İttifak tahlili için bkz: Halil İnalçık; "Sened-i İttifak ve Gülhane Hattı Hümayunu", Ed. Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu; Tanzimat (Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu), İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, 2012 (2. Baskı), s. 89-99.; Sened-i İttifak'ın Türk Anayasa Hukuku bakımından değerlendirilmesi için bkz: Kemal Gözler; Türk Anayasa Hukuku (3. Baskı), Bursa, Ekin Yayınevi, Ocak 2019, s. 19-29.

<sup>5</sup> Tanzimat Fermanı'nın tam metni için bkz: Gözübüyük, Kili; s. 21-23. Tanzimat Fermanı'nın Türk Anayasa Hukuku bakımından değerlendirilmesi için bkz: Gözler; Türk Anayasa Hukuku, s. 32-37.

<sup>6</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Ahmet Hamdi Tanpınar; On Dokuzuncu Asır Türk Edebiyat Tarihi, İstanbul, Dergâh Yayınları, 2012.; Murat Belge (Editör); Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, içinde: Edebiyat, İstanbul, İletişim Yayınları, 1985, Cilt 2, s. 386-454.

(Tanzimat Aydını)<sup>7</sup> yarattı. Fermanın hükümlerini de dikkate alarak bu dönemde yapılan reformları şöylece özetleyebiliriz:<sup>8</sup>

- Kişi haklarına yönelik güvenceler (can, mal ve namus emniyeti, suç ve cezanın kanuniliği vb.),
- Mülkiyet hakkının korunması, adil vergilendirilme ilkesi (vergi tahsilinde iltizam Usulünün kaldırılması) ve harcamaların denetimi
- Eşitlik İlkesi (Din ve mezhep ayrımı yapılmaksızın herkesin kanun önünde eşitliğinin ilanı)
- Müsadere Yasağı (özellikle devlet memurları bakımından güvence getirilmesi)
- Günümüz Danıştay ve Yargıtay'ının kökenini oluşturacak yüksek istişârî kurulların kurulması (Şûrây-ı Devlet ve Divan-ı Ahkam-ı Adliye vb.)
- İdari taksimatın, adem-i merkezîyetçi Eyalet- Sancak yerine Fransız usulü merkezîyetçi Vilayet- Liva (İlçe/Kaza) şeklinde yapılandırılması
- İlk defa kısmi sayılabilecek seçimlerle özellikle mahalli idarelerin yönetiminde halkın kısmen söz sahibi olabilmesi (Önce Meclis-i Muhassilin'ler, daha sonra Vilayet Umumi Meclisleri ile Vilayet İdare Meclisleri)<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Murat Belge (Editör); Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, içinde: Aydınlar, İstanbul, İletişim Yayınları, 1985, Cilt 1, s. 45- 66.; Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu (Ed.); Tanzimat (Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu) içinde: Tanzimatçılar ve Tanzimat, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, 2012 (2. Baskı), s. 421-490

<sup>8</sup> Tanzimat Fermanı'nın tahlili için bkz: Halil İnalçık; "Sened-i İttifak ve Gülhane Hattı Hümayunu", s. 99-110.; Karpaz: Kısa Türkiye Tarihi, s. 46-55.; Tanör; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 97-113.; Tanör; "Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış", s. 13-17.; Akşin: Kısa Türkiye Tarihi, s. 30-31.

<sup>9</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: İlber Ortaylı, Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri (1840-1880), Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayını, 2000, s. 32-46 ve 70-92.; Halil İnalçık; "Tanzimat'ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri",

- Kanunlaştırma hareketinin başlatılması ( Bir kısmı yerli -arazi, ceza kanunnameleri ve Mecelle gibi- bir kısmı da yabancı -deniz ve kara ticareti, ticari ve cezai yargılama kanunları gibi- kanunlardan alınma bu kodifikasyon hareketinin şer'i hukuk yanında laik hukuk düzenini de kısmen ortaya çıkarması ve meşruiyetin ancak hukukilik ile mümkün olabilmesi ilkesini hayata geçirmesi)

#### D. İslahat Fermanı

Tanzimat Fermanının ortaya çıkışının ağırlıklı olarak iç sâiklerle izahı mümkündür. Ancak daha sonra özellikle Batılı devletler, Tanzimat ile verilen sözlerin özellikle gayrimüslim Osmanlı vatandaşları bakımından tutulmadığı gerekçesiyle itirazlarını yükselttiler. Osmanlı yönetimi, hem bu itirazlara cevap olmak ve hem de devam eden Osmanlı-Rus çatışmasını sonlandırmaya matuf Paris Konferansında diplomatik misyonunun elini güçlendirmek adına İslahat Fermanı<sup>10</sup> (1856) yayınladı. Fermanın temel niteliği, Tanzimat Fermanı ile vaat edilen hakların gayrimüslim Osmanlı vatandaşları bakımından teyit edilmesi ve özellikle de eşitlik ilkesinin tam manasıyla hayata geçirileceğinin teminatının verilmesidir. Bu nedenle İslahat Fermanının esas itibariyle dış saiklerin etkisiyle çıkarıldığını söylemek mübalağa olmaz.<sup>11</sup>

## II. BİRİNCİ MEŞRUTİYET DÖNEMİ

Yukarıda da zikredildiği gibi Osmanlı imparatorluğunu reform yapmaya zorlayan esas olgu Avrupa ve Rusya destekli Balkan halklarının bağımsızlık taleplerinin ortaya çıkmasıydı. Tanzimat ve İslahat

---

Ed. Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu; Tanzimat (Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu), İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, 2012 (2. Baskı), s. 174-175.

<sup>10</sup> İslahat Fermanı'nın tam metni için bkz: Gözübüyük, Kili; s. 25-29. İslahat Fermanı'nın Türk Anayasa Hukuku bakımından değerlendirilmesi için bkz: Gözler; s. 38-42.

<sup>11</sup> Karpat: Kısa Türkiye Tarihi, s. 52-53.; Tanör; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 95-97.; Tanör; "Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış", s. 16.; Akşin: Kısa Türkiye Tarihi, s. 33-34.

Fermanları sorunları çözemedi. 1870'lere gelindiğinde ekonomik ve siyasi istikrarsızlık içindeki devletin dış borçları alabildiğince büyüdü. Avrupa devletleri Balkanlarda çıkan ayaklanmalar için İstanbul'da bir konferans düzenlemek istedi, Rusya, Osmanlı devletine ultiatom verdi. Sultan Abdülaziz'in yerine tahta çıkan V. Murad'ın akli melekelerinin bozuk olması karmaşayı artırdı. Nihayetinde Mithat Paşa ve arkadaşlarına yeni Anayasayı ilan etme taahhüdünde bulunan II. Abdülhamit Taht'a çıkarıldı ve hemen aynı yıl (1876) Kânûn-î Esâsî ilan edildi.

Böylece Tanzimat'tan beri Osmanlı aydınlarının mücadele ettiği meşrutî bir anayasal sisteme geçilmiş oldu. Ancak bir noktanın altı özellikle çizilmelidir: İmparatorluktaki mücadelenin niteliğine bakıldığında bir yanda anayasal rejim taraftarı olan Yeni/Genç Osmanlılar ile diğer yanda otoriter reform taraftarı olan daha tecrübeli devlet bürokrasisi vardı. İki taraf da Batılılaşmış bürokratik elite mensup olduklarından aralarındaki çatışma, özünde, merkez içi bir çatışma niteliğindedir.<sup>12</sup> Hülâsa I. Meşrutiyet ve Kânûn-î Esâsî esas itibariyle Osmanlı aydınlarının özelde de "Yeni/Genç Osmanlılar"ın başarısıydı.<sup>13</sup>

#### **A. Birinci Meşrutiyet Dönemi Kanun-i Esasisi**

Birinci meşrutiyet dönemi Kanun-î Esâsî'si, egemenliğin kullanılması noktasında padişahı merkezi bir konuma yerleştirdi. Kanun teklif edebilme padişahın onayına bağlıydı. Meclis tarafından kabul edilen kanunlar üzerine padişahın mutlak bir veto yetkisi vardı. (m. 53-54). Heyet-i Vükelâ ve sadrazam bizzat padişah tarafından atanır ve azledilirdi. (m. 7, 27) "Eşhası muzır"ı (kamu güvenliği bakımından tehdit oluşturacak kimseleri) sürgün etme (m. 113) ve basına sansürleme (m. 12) yetkilerine sahipti. Yani hem yasamaya hem de temel haklara ilişkin düzenlemeler, yürütmenin kudretini yansıtıyordu.

Kânûn-î Esâsî'de Meclisin Heyet-i Mebusân kanadı için sınırlı bir seçimle temsil yöntemi benimsemesine rağmen siyasi partilerin

<sup>12</sup> Ergun Özbudun, Türkiye'de Parti ve Seçim Sistemi, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011 (1. Baskı), s. 15.

<sup>13</sup> Erdoğan: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s. 30-33.; Karpat: Kısa Türkiye Tarihi, s. 63-67.; Akşin: Kısa Türkiye Tarihi, s. 34-37.; Tanör; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 122-124.; Tanör; Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış, s. 17-18.

örgütlenmesine olanak yoktu. Diğer temel haklar ise klasik/doğal hak anlayışı ışığında ve “Tebaaa-i Devlet-i Osmaniye'nin Hukuk-u Umumiyesi” başlığı altında düzenlenmişti. Bu meyanda 9 ila 26. maddeler arasında; bireylerin can ve mal güvenliği, din ve ibadet özgürlüğü, basın özgürlüğü, dilekçe hakkı, konut dokunulmazlığı, eğitim özgürlüğü, yasa önünde eşitlik, devlette hizmet almada eşitlik, mülkiyet hakkı, işkence yasağı, doğal hâkim ilkesi, kanunsuz vergi olmaz ilkesi gibi haklara yer verilmişti.<sup>14</sup>

Dönemin şartları bağlamında değerlendirildiğinde de 1876 Anayasası, kişi hak ve özgürlükleri açısından yeterli değildi. Keza bu metin, dernek (cemiyet) kurma hakkını içermiyordu. Sadece ticari, sınai ve zirai şirketlere değinilen bir düzenleme vardı.<sup>15</sup> Ancak Kânûn-î Esâsî'de kullanılan “şirket” kavramıyla kastedilen cemiyetlerin teşkilini düzenleyen, bir cemiyetler kanunu hazırlanmamıştı. Daha sonra 1889'da bu alan daha da daraltıldı; devlet tarafından önceden izin verilmedikçe hiçbir şirketin kurulmasına müsaade edilmemesi hükmü getirildi. Cemiyetlerin siyasi faaliyette bulunmalarına şüpheyle yaklaşıldığından - çok istisnai durumlar dışında- Saray veyahut hükümet tarafından izin verilenlerin dışında cemiyet kurulmasına da müsaade edilmiyordu.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Kânûn-î Esâsî'nin tam metni için bkz: Gözübüyük, Kili; s. 43-61. Kânûn-î Esâsî'nin Türk Anayasa Hukuku bakımından değerlendirilmesi için bkz: Gözler; s. 42-57. I. Meşrutiyet Dönemi ve Kânûn-î Esâsî değerlendirmesi için bkz: Karpat: Kısa Türkiye Tarihi, s. 79-82.; Akşin: Kısa Türkiye Tarihi, s. 39-53.; Tanör; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 132-164.; Tanör; “Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış”, s. 17-22.

<sup>15</sup> Tunaya, Türkiye'de Siyasi Partiler, C.1, s. 395.

<sup>16</sup> M. Şükrü Hanioglu; “Cemiyet”, İslam Ansiklopedisi, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1993, Cilt: 7, s. 329. Konuya ilişkin olarak yine aynı kaynakta Hanioglu şu bilgileri de vermektedir: “...Sadece istisnai olarak uzun bir yazışma sonrası Müseviler'in XV. yüzyıl İspanyolca'sını terk ile Türkçe kullanmalarına çalışan Ta'mim-i Lisân-ı Osmânî Cemiyeti'nin kurulmasına müsaade edildi (Safer 1318/Haziran 1900). Bu dönemde taşrada kurulan ve Cem'iyet-i İlmiyye genel adını taşıyan, çoğunluğu halka dinî bilgiler vermeyi amaçlayan cemiyetlerin faaliyetleri de kontrol altına alındı ve Adliye ve Mezâhib Nezâreti'nin 25 Zilhicce 1317 (26 Nisan 1900) tarih ve 102 numaralı tezkiresiyle bunlar hakkında soruşturma yapılarak şüphe uyandıranların hemen hepsinin faaliyetine son verildi. Bu arada bilhassa 1877-1878 Osmanlı-Rus Savaşı ve sonrasında Berlin Kongresi ile Osmanlı Devleti'nin kaybettiği ve büyük çapta

Dolayısıyla bu dönemde kurulan siyasi amaçlı örgütler, gizlilik esasına dayalı yeraltı hareketleri olarak örgütlenip faaliyette bulundular. 23 Temmuz 1908'de II. Meşrutiyet ilan edilinceye kadar bu dönemde faaliyetlerini gizli olarak yürüten birçok cemiyet kuruldu.<sup>17</sup> Gerçi Kânûn-î Esâsî öncesinde de teşekkül eden cemiyetler vardı. Misal 1859'da kurulan ve Kuleli Vak'ası'na sebep olan Fedâiler Cemiyeti ile 1865'te faaliyete geçen ünlü Yeni/Genç Osmanlılar Cemiyeti bu alandaki ilk örneklerdi.<sup>18</sup> Özellikle Mustafa Fâzıl Paşa'nın malî desteğiyle gelişen Yeni/Genç Osmanlılar Cemiyeti, Osmanlı yönetimine karşı yurt dışında önemli bir siyasî muhalefeti organize etmiş ve çok sayıda muhalif gazete yayımlamıştı. Bunların en önemlisi merkez yayın organı niteliğini taşıyan Hürriyet (Londra 1868) gazetesiydi. Ancak II. Abdülhamid döneminin esas özelliği, siyasî cemiyetlerin gizli bir şekilde oluşması ve faaliyette bulunmasıydı.<sup>19</sup>

Kânûn-î Esâsî'nin 43. maddesi gereği, Meclis-i Umumi Sultan Abdülhamit tarafından 14 Şubat 1878 tarihinde tatil edildi ve II. Meşrutiyet'e kadar da toplantıya çağrılmayarak bir nevi süresiz fesih

---

*müslüman nüfusun yaşadığı bölgelerdeki müslüman halk Cem'iyet-i İlmîyye-i İslâmiyye, Cem'iyet-i Tadrîsiyye-i İslâmiyye, Cem'iyet-i Hayriyye-i İslâmiyye adlarıyla dinî eğitim ve dayanışma faaliyetleri için teşkilâtlar kurdu...*

<sup>17</sup> Hanioglu; "Cemiyet", s. 330.

<sup>18</sup> Karpat; Kısa Türkiye Tarihi, s. 55, 63, 65.

<sup>19</sup> Hanioglu; "Cemiyet", s. 329. Konuya ilişkin olarak yine aynı kaynaktan (s. 330) Hanioglu şu bilgileri de vermektedir: "...1896'dan sonra yurt içinde muhalif siyasi cemiyet kurmanın mümkün olmaması nedeniyle Jön Türkler tarafından yurt dışında çeşitli cemiyetler kurulmuştur. Bunlar arasında en önemlileri Osmanlı İcraat Komitesi (1898), Cemiyet-i Cedide-i Osmaniye (İngiltere 1894), İstikbâl-i Vatan ve Millet Cemiyet-i Osmaniyesi (Cenevre 1900), Şafak Osmanlı İttihat Cemiyeti (Mısır 1901), İntikamcı Yeni Osmanlılar Cemiyeti (Cenevre 1901), Osmanlı İstirdat Cemiyeti (Cenevre 1901), Osmanlı Terakki ve İttihat Cemiyeti (Paris 1902), Osmanlı İttihat ve İnkılâp Cemiyeti (Cenevre 1904), Teşebbüs-i Şahsî ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti'dir (Paris 1906). Bu arada II. Abdülhamid döneminde bilhassa Bulgar, Makedon ve Ermeni grupları tarafından kurulan ve yurt içinde de faaliyet gösteren gizli siyasi cemiyetlerin de kuruluşunda büyük artış olmuştur. Başlıcaları ise Ermeni Taşnaksutyun, Hınçak ve Reforme Hınçak cemiyetleri, Bulgar Santralist ve Virhoven komiteleriyle Makedon "VMRO" teşkilâtıdır..."

uygulanması gerçekleştirildi. Meclis-i Umumi, iki dönem çalışabildi. I. Dönemi 19 Mart 1877'den 28 Haziran 1877'ye kadar, II. Dönemi ise 13 Aralık 1877'den 16 Şubat 1878'e kadar sürdü. Böylece ilk Osmanlı Meclis tecrübesi, toplamda beş buçuk aylık bir süreyi kapsadı.

### III. JÖN TÜRK HAREKETİ VE İTTİHAT VE TERAKKİ

#### A. Jön Türk Hareketi

Jön Türk (Young Turks/ Jeune Turquie) kavramı ilk kez Batı'da (1828) dönemin yeni Osmanlı neslini anlatmak adına kullanıldı. Çatı/çerçeve bir kavram olarak Jön Türklük; Tanzimat'tan itibaren özellikle batılı tarzda eğitim alıp yetişmiş asker- sivil bürokrat ve aydınların muhalefet hareketini anlatır. Özellikle 1870'ler sonrasında Jön Türk kavramı, Yeni/Genç Osmanlılar ve Midhat Paşa liderliğindeki asker-sivil bürokrat kadro için kullanıldı. Osmanlı Meclis-i Mebûsanı'nın ta'til edilmesi (1878) sonrasında anlamı biraz daha genişledi ve Kânûn-ı Esâsî'nin yeniden yürürlüğe konmasını ve meşrutî idareyi savunan kimseler/örgütleri ve onların yayınlarını (dergi, gazete vb.) ifade etmeye başladı.

Hatta kavramın belirli bir zümre için kullanılır hale gelmesi II. Abdülhamid'i fazlasıyla rahatsız etti ve Temmuz 1901'de yayınlanan genelge ile "Jön Türk" tabirinin yerine "müfsid" kelimesinin kullanılması emredildi. Bu tarihten sonra resmî evrakta bu tabir yerine "erbâb-ı fesad" ibaresi ikame edilirken devletin Fransızca yazışmalarında ise "agitateur" (tahrikçi) kelimesi kullanıldı.<sup>20</sup>

Jön Türklük bir çatı kavramdır çünkü hepsini kapsayan genel bir ideolojiden bahsetmek zordur. Bu akım içinde, birbirine zıt islâmcı-laik düşünceler, Batıcı eğilimlerle antiemperyalist arayışlar yan yana yaşıyordu.<sup>21</sup> Ancak Jön Türklüğün ve Jön Türklerin ortak noktası, II.

<sup>20</sup> Şükrü Hanioglu; "Jön Türkler", İslam Ansiklopedisi, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2001, Cilt 23, s. 584-587.

<sup>21</sup> Nitekim Hanioglu yukarıda adı geçen makalesinde yüzü aşkın neşriyatın ayrıntılı tasnifini yaparak bu tespiti şöyle somutlaştırmaktadır: "...*merkezî örgütlerin yayınları (Hak, Meşveret, Mechveret Supplément Français, Mizan, Osmanlı, Şûra-yı Ümmet, Terakki gibi); küçük icraatçı*



Abdülhamid rejiminden duyulan hoşnutsuzluk ve bu rejimi devirerek yerine meşrutî bir rejim tesis etme idealiydi. Ortaklaşılana bir diğer payda ise, II. Abdülhamid rejiminin “sadakat” kavramına atfettiği önem ve bu sıfatı taşıdığını düşündüğü kişileri daha iyi eğitim görmüş bürokrat ve subayların önüne geçirmesi nedeniyle, iyi eğitim almış toplum üyelerinin önemli bir kısmının Jön Türk hareketine katılması ya da sempati duymasıdır.

Çekirdek kadrolar itibariyle Jön Türklüğün dünya görüşü pozitivism ve biyolojik materyalizmden kuvvetli bir biçimde etkilenmiştir. Jöntürklüğün bazı önde gelen isimleri, bilhassa 1905 öncesinde toplumsal gelişmenin önünü tıkadığını düşündükleri dinin yerine bilimi hâkim kılmaya gibi felsefi ideallerin de peşinde koşmuşlardır. Bu itibarla; dönemi anlatan tarihî romanlardan Jön Türkler’in kendilerini “Jönler” olarak adlandırdıkları ve halk arasında da onlara atıfta bulunmak için olumsuz anlamda “Jönler” ya da “Cönler” ifadelerinin yaygınlık kazandığı anlaşılıyor.<sup>22</sup>

Yukarıda da ifade edildiği gibi Jön Türklerin ortak bir ideolojileri yoktu. Bununla birlikte, Jön Türk siyasal düşüncesinin temelde mutlakiyete karşı çıkmak, anayasanın yeniden yürürlüğe konmasını istemek, imparatorluğun bütün halkları için Osmanlılık çerçevesi içinde özgürlük talep etmek olduğu söylenebilir.

---

*cemiyetlerin yayınları (Darbe, İnkılâb, İntikam, İstikbâl [Cenevre], İstirdat, Vatan gibi); icraatçı fertlerin yayınları (Osmanlı [2][Pire], Yıldırım gibi); entelektüel yayınlar (İctihad, Şark ve Garb, Türk gibi); kişiler ve örgütlerce çıkarılan mizah mecmuaları (Beberuhi, Dolab, Davul, İncili Çavuş, Lâklâk, Kokonoz, Tokmak gibi); belirli bir Osmanlı unsurunun sorunlarını dile getiren dergiler (Arnavudluk [Albania], Hürriyet [Londra], İttihad Gazetesi, Kashf al Niqâb, Kürdistan, Türkiya'l-Fetât gibi); bazıları merkezî örgütlere bağlı olmakla beraber Balkan Jön Türkleri'nce yayımlanan ve mahallî Jön Türklüğün fikirlerini işleyenler (Ahali, Balkan, Efkâr-ı Umumiye, Islah, Muvazene, Rumeli, Tuna, Sadâ-yı Millet, Uhuvvet gibi) ve dinî zeminde muhalefet yapan yayın organları (Ezan, Kânûn-ı Esâsî gibi) şeklinde bir düzenleme yapmak mümkündür. Bu yayın organlarında örgütsel düzenlemelerden dinî makalelere, ihtilâlcî temalardan entelektüel tartışmalara kadar her türlü konu işlenmiştir.”*

<sup>22</sup> Hanioğlu; “Jön Türkler”, s. 584-587.

Ancak asıl amaç esas olarak özgürlük değil, “devletin kurtarılması” idi. Nitekim devletin nasıl kurtarılabilceği sorusuna getirilen cevaplar, Jön Türk muhalefetinin başlıca iki kanada ayrılmasına yol açmıştır. Başını pozitivist Ahmed Rıza Bey'in<sup>23</sup> çektiği İttihat ve Terakki'ci kanat; seçkinlerin rolüne inanıyor, devletçi ve merkezci bir politika öngörüyor, Türkleri de yönetici ve egemen durumuna getirmeyi amaçlıyordu. Prens Sabahaddin'in<sup>24</sup> öncülük ettiği öbür kol ise, bölgesel özerklikler, yerinden yönetim (adem-i merkeziyet), özel teşebbüs ve yaratıcılık, bireycilik gibi temalara ağırlık veriyordu. Birincilerin; Türkçü, devletçi, merkezci, otoriter ve seçkin tavrına karşılık İkinciler; Osmanlıcı, yerinden yönetimi ve bireyciydiler.

1902'de Paris'te yapılan 1. Jön Türk Kongresi bu iki akım arasındaki farkları daha da netleştirdi. Daha sonraki yıllarda, Ahmed Rıza kanadı Osmanlı Terakki ve İttihat Cemiyeti, Prens Sabahaddin kanadı ise “Teşebbüs-i Şahsî ve Adem-i Merkeziyet Cemiyeti” adlı örgütler içinde iki koldan ayrı ayrı faaliyette bulundular. Bunlara üçüncü bir alternatif ekol olarak Mizâncı Murat'ın<sup>25</sup> başını çektiği ve muhafazakâr bir söylem kullanan grup da eklenebilir.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Ziyad Ebuzaia; “Ahmed Rıza”, İslam Ansiklopedisi, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1989, Cilt 2, s. 124-127.; Sina Akşin, Jön Türkler ve İttihat ve Terakki, Remzi Yayınevi, İstanbul 1987, s. 31-33.; Ahmet Bedevi Kuran; Osmanlı İmparatorluğunda İnkılap Hareketleri ve Milli Mücadele, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları (1959 Çeltüt Matbaası baskısının tıpkıbasımıdır), 2012, s. 151-154.; Akşin: Kısa Türkiye Tarihi, s. 48-49.

<sup>24</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Abdullah Uçman; “Prens Sabahaddin”, İslam Ansiklopedisi, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2007, Cilt 34, s. 341-342.; Kuran; Osmanlı İmparatorluğunda İnkılap Hareketleri ve Milli Mücadele, s. 172-179.; Akşin, Jön Türkler ve İttihat ve Terakki, s. 41-48.

<sup>25</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Abdullah Uçman; “Mizancı Murat”, İslam Ansiklopedisi, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2005, Cilt 30, s. 214-216.; Kuran; Osmanlı İmparatorluğunda İnkılap Hareketleri ve Milli Mücadele, s. 172-179.; Akşin, Jön Türkler ve İttihat ve Terakki, s. 34-35.; Akşin: Kısa Türkiye Tarihi, s. 49-50.

<sup>26</sup> Şenol Kaluç; “Osmanlı Ahrar Fırkasının Kuruluşu, Faaliyetleri ve Sonu”, Liberal Düşünce Dergisi, Kış-Bahar 2009, Sayı: 53-54, s. 224.; Tanör; Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış, s. 23.

## B. İttihat ve Terakki

Devleti kurtarma arayışında, sonradan, İttihat ve Terakki Cemiyeti (İTC) adını alacak olan gizli örgütlenme, İmparatorluğun kaderini değiştiren bir siyasi oluşum olmasından ötürü çok büyük önem taşır. Gerçek bir Osmanlı bürokrat hareketi olan ve bir tabana dayanmayan İTC <sup>27</sup> 21 Mayıs 1889'da İstanbul'da Askeri Tıbbiye Mektebinde Diyarbakırlı İshak Sukuti, Ohrili İbrahim Temo, Arapkirli Abdullah Cevdet, Kafkasyalı Mehmet Reşit ve Bakülü Hikmet Emin adlı beş öğrenci tarafından "İttihad-ı Osmani Cemiyeti" adıyla kuruldu.<sup>28</sup> Aynı yıl Paris'teki Ahmet Rıza Bey'le ilişki tesis eden cemiyet, Osmanlı İttihat ve Terakki Cemiyeti adını aldı.<sup>29</sup>

Başlangıç aşamasında Cemiyet, üyelerinin kendi arasında felsefi tartışmalar yaptığı bir öğrenci kuruluşu niteliğindedir.<sup>30</sup> Yukarıda adı geçen bu Tıp Fakültesi öğrencilerinin ortak düşüncesi, Osmanlı yönetiminin istibdat olan şeklini değiştirerek devletin çöküşünü önlemektir. Dönemin koşulları gereği İtalyan Karbonari teşkilatını (İtalya'da komünist gizli örgütlenmesi, aynı zamanda masonluktan ilham almış bir örgütlenme biçimi) örnek alarak kurulan bu gizli cemiyet, tıpkı adı geçen örgüt gibi hücreler halinde örgütlendi.<sup>31</sup>

1905 sonrasında askerî çevreleri de etkisi altına alan Jön Türk akımı, özellikle Makedonya'daki gizli ve yarı-askerî ihtilalci örgütlenmelerle etkinlik kazandı. 1906'da Selanik'te asker ve sivil aydınların tarafından kurulan ve bütün Rumeli'de sözü geçer hale gelen Osmanlı Hürriyet Cemiyeti, 1906'da Osmanlı Terakki ve İttihat Cemiyeti

<sup>27</sup> Şerif Mardin, Jön Türklerin Siyasi Fikirleri 1895-1908, İletişim Yayınları, İstanbul 2008, s. 8.

<sup>28</sup> Kuran; Osmanlı İmparatorluğunda İnkılap Hareketleri ve Milli Mücadele, s. 155.

<sup>29</sup> Tunaya, Türkiye'de Siyasi Partiler, Cilt 1, s. 51.

<sup>30</sup> Tunaya, Türkiye'de Siyasi Partiler, Cilt 1, s. 52.

<sup>31</sup> Yusuf Akçura; Tarihi Siyasi (1926-1927-1928 Ders Notları), İstanbul, Ötüken Neşriyat, 2017 (2. Baskı), s. 61-62.; Akşin, Jön Türkler ve İttihat ve Terakki, s. 28-29.; Hanioglu: "İttihat ve Terakki Cemiyeti", s. 476.; Akşin: Kısa Türkiye Tarihi, s. 48.

<sup>32</sup> ile birleşti. Aynı yılın sonlarına doğru Jön Türkler, eylemleriyle bütün ülkeyi etkileyebilecek bir güce dönüşmüştü.<sup>33</sup>

29 Aralık 1907'de Paris'te toplanan II. Jön Türk Kongresi, bütün siyasal eğilimleri ve çeşitli milliyetlerin temsilcilerini bir araya getirerek ciddi bir birlik havası yarattı. Kongrede, II. Abdülhamid'in tahttan indirilmesi ve parlamentolu düzene geçilmesi yolunda kararlar alındı. Eylem yöntemleri olarak da, ordu içindeki propagandaya ağırlık verilmesi, halkın vergi ödememek suretiyle pasif direnişe çağırılması, silahlı-silahsız direnişler düzenlenmesi, greve gidilmesi, genel ayaklanma koşullarının hazırlanması gibi esaslar karara bağlandı. Bu tarihe kadar halk arasında bir hoşnutsuzluk ve kaynaşma olduğu açıktı. Esas kargaşa ve kaynaşma ise Rumeli'deydi. Öyle ki Rumeli Genel Müfettişi Hilmi Paşa, Meşrutiyet'in yeniden ilânından 10 gün önce II. Abdülhamid'e çektiği telgrafta "*Bu taraflarda benden başka herkes ittihatçıdır*" demek durumunda kalacaktı.<sup>34</sup>

Bu süreçte Cemiyet, gücünü ve ana unsurunu asker ve özellikle genç subaylardan alan bir organizasyon haline gelmiş merkezi Selanik'te bulunan 3. Ordu içinde örgütlendi. Cemiyet, 13 Mayıs 1908 tarihinde padişaha, Heyeti Vükelâ üyelerine ve Harbiye Nazırı Mehmed Rıza Paşa'ya ayrı ayrı ihtarnameler göndererek Makedonya'da yeni reformlar yapılmasını amaçlayan İngiliz-Rus tasarısına karşı konulmaması halinde ihtilali başlatacağı tehdidinde bulundu. Makedonya'daki konsoloslara hitaben yazılan bir "layiha" ise 31 Mayıs günü bazı konsolosluklara bırakılarak Makedonya'ya yönelik Rus- İngiliz girişimleri kınandı.

İngiliz Kralı VII. Edward ile Rus Çarı II. Nikola'nın 9-12 Haziran tarihleri arasında gerçekleştirdikleri "Reval Mülakatı"nın yarattığı heyecan, cemiyetin daha ileride gerçekleştirmeyi planladığı eylemlerini sahneye koymasına vesile oldu. Cemiyete bağlı fedailer, 11 Haziran

---

<sup>32</sup> İlk İttihat ve Terakki örgütünün baskı ve iç çekişmeler sonrasında fiilen sona ermesi sonrasında 1907 yılında Dr Bahaddin Şakir'in öncülüğünde yeniden yapılandırılması sonrasında almış olduğu isimdir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Şükrü Hanioglu: "İttihat ve Terakki Cemiyeti", İslam Ansiklopedisi, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2001, Cilt 23, s. 479-480.; Akşin; Jön Türkler ve İttihat ve Terakki, s. 54-59.

<sup>33</sup> Hanioglu: "İttihat ve Terakki Cemiyeti", s. 480-481.

<sup>34</sup> Akşin, Jön Türkler ve İttihat ve Terakki, s. 65-69.; Tanör; Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış, s. 23.

1908'de Selanik merkez kumandanı Ömer Nazım Paşanın yaralanmasıyla başlayan bir dizi suikast girişimini icra ederken propaganda görevlileri de çok sayıda beyannameyi halka dağıtmışlardı. Rumeli'nde yaşanan kargaşanın sonlandırılmaması, düveli muazzamanın her daim müdahil olması ve en nihayetinde İngiltere'nin buraya bir genel vali atanmasına ilişkin genelgesi bardağı taşıran son damla oldu.

II. Jön Türk Kongresinde alınan kararlar mucibince İttihat ve Terakki devreye girdi, Rumeli'deki konsolosluklara genelge gönderdi ve istibdat yönetiminin sonlandırılması için destek istedi. Cemiyetin bu organizasyonu sonrasında Manastır Vilayetinde Kolağası rütbesinde Resneli Niyazi Bey adlı bir subay, emrindeki askerler ve bir kısım sivil memur ve halkla beraber dağa çıkarak isyan başlattı. Olayları bastırmak üzere İstanbul'dan gönderilen Şemsi Paşa yolda öldürüldü. 23 Temmuz 1908'de yine Cemiyetin organizasyonu ile Rumeli'deki şehir merkezlerinde Hürriyet ilan edilerek Sarayın yoğun telgraf akışına tabi tutulması sağlandı. Bunun üzerine 24 Temmuz 1908'de (Rumî Takvime göre: 10 Temmuz 1908) gazetelerde seçimlerin yapılmasını emreden Padişah İradesinin yayınlanmasıyla dolaylı olarak II. Abdülhamit'e meşrutiyet ilan ettirildi.<sup>35</sup>

#### IV. İKİNCİ MEŞRUTİYET DÖNEMİ

1908 II. Meşrutiyet'in ilanı veya Jön Türk İhtilâli, 1907'de Osmanlı Hürriyet Cemiyeti'ni de bünyesine alan Osmanlı Terakkî ve İttihat Cemiyeti tarafından gerçekleştirilmiş olup diğer Jön Türkler'in bu harekete doğrudan herhangi bir katkısı olmamıştır. İhtilâl sonrasında İttihat ve Terakkî Cemiyeti'nin bu sebeple diğer Jön Türklere karşı dışlayıcı tavır almasının ardından bu örgüt üyeleri dışındaki eski Jön Türklerin önemli bir kısmı önce Sabahaddin Bey çevresine, daha sonra

<sup>35</sup> Tarık Zafer Tunaya, Türkiye'de Siyasi Partiler (İttihat ve Terakki, Bir Çağın, Bir Kuşağın, Bir Partinin Tarihi), Cilt 3, s. 35-42.; Akşin, Jön Türkler ve İttihat ve Terakki, s. 69-78.; Hanioglu; "İttihat ve Terakki Cemiyeti", s. 480-481.; Tanör; Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış, s. 24.; Erdoğan: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s. 44-48.; Karpata: Kısa Türkiye Tarihi, s. 83-84.; Akşin: Kısa Türkiye Tarihi, s. 53.

Ahrar, Hürriyet ve İtilâf fırkalarına katılmış, bazıları ise Fedâkârân-ı Millet Cemiyeti bünyesinde faaliyet göstermişlerdi.<sup>36</sup>

II. Meşrutiyet denemesi 8 ay kadar sonra “31 Mart Vakası” adıyla bilinen olayla bir süre için kesintiye uğradı. 31 Mart ayaklanmasının (Miladi Takvime göre: 13 Nisan 1909) görünen yakın sebebi, sert muhalefeti ile tanınan Serbestî Gazetesi başyazarı Hasan Fehmi Beyin suikast sonucu öldürülmesi üzerine düzenlenen cenaze töreninin İttihat ve Terakki'ye karşı birikmiş öfkenin bir patlamasına dönmüş olmasıydı. Daha sonra bir kısım asker, subaylarını tutukladıktan sonra “Şeriat isteriz” nidalarıyla Meclisi Mebusan binası önüne gelerek; kendilerine bu kalkışmalarından ötürü ceza verilmemesine, hükümetin, meclis başkanının ve bazı İTC'li görevlilerin görevlerinden istifa etmelerine ve bazı komutanlarının değiştirilmesine ilişkin taleplerini dile getirmişler ve kışallarına geri dönmekte ısrar etmişlerdi. Yaklaşık 9 gün süren olaylarda aralarında; Mebusan Meclisi Başkanı Ahmet Rıza Bey'e benzetilen Adliye Nazırı Nazım Paşa, İTC'li gazeteci ve mebus Hüseyin Cahit (Yalçın) Beye benzetilen Lazkiyye mebusu Emir Şekip Arslan Bey ile onlarca sivil ve asker öldü.

31 Mart Vakası, bir yandan Meşrutiyet'e karşı bir ayaklanma olduğu kadar, öte yandan Meşrutiyet'e karşı olmayan ama İTC'nin siyasetinden ciddi rahatsızlık duyan aralarında liberal bir siyasi parti (Ahrar Fırkası), İslamcı bir cemiyet (İttihad-ı Muhammedî) ve bir kısım Arnavut milliyetçilerinden oluşan muhalif bir koalisyonun ürünüydü. Bu ayaklanma günlerinde, parlamento ve hükümet neredeyse işlemez hale gelirken, II. Abdülhamit'in nüfuzu yeniden artmıştı. Ayaklanma, Selanik'ten gelen Mahmut Şevket Paşa kumandasındaki Hareket Ordusu'nun 24 Nisan'da İstanbul'a girmesinden sonra bastırılabilirdi. İttihad-ı Muhammedî lideri Derviş Vahdeti ve birçok isyancı Örfi İdare (sıkıyönetim) mahkemesince idama mahkûm edildi, Ahrar Fırkası ileri gelenleri başta Prens Sabahaddin olmak üzere tevkif edildiler. İTC, 31 Mart Vakasından güçlenerek çıktı ve ilan edilen örfi idareyle birlikte neredeyse yarı askeri bir rejim tesis etti.

Ancak 27 Nisan'da yeniden toplanabilen Meclis II. Abdülhamid'in tahttan indirilmesine, yerine V. Mehmet Reşat'ın getirilmesine karar verdikten sonra yoğun bir yasama faaliyetine

<sup>36</sup> Hanioglu: “Jön Türkler”, s. 586.

girişmişti. II. Meşrutiyet'in siyasal ve hukukî yapısı önemli ölçüde bu dönemdeki faaliyetlerle şekillendi. Bunun başlıca noktası, 1876 Kanûn-î Esasîsi'nde yapılan değişikliklerdi. Bu değişikliklerin derinliği, doktrinde, yeni bir anayasadan söz edercesine “1909 Anayasası” deyiminin kullanılmasına yol açtı.<sup>37</sup>

### A. İkinci Meşrutiyet Dönemi Kanun-i Esasisi

1909 Kanun-ı Esasî değişiklikleri<sup>38</sup> gerçek anlamda meşrutî (anayasalı), sınırlandırılmış bir monarşi düzenine geçişi ifade ediyordu. Padişaha yasama ve yürütme üzerinde tam kontrol sağlayan yetkiler (fesih, mutlak veto ve azil) değiştiriliyordu. Yürütme organı olarak hükümet (kabine), devlet sistemi içindeki yerini alıyordu. Hükümetin sadece parlamento önünde sorumluluğu esası benimsenerek demokratik bir denetim sistemi kuruluyordu. Ayrıca, meclisin fesih şartları da ağırlaştırılmak suretiyle parlamentonun konumu güçlendiriliyordu. Böylece 1909 değişiklikleri sonrasında, klasik parlamenter hükümet sisteminin tipik unsurlarını taşıyan bir anayasal düzen tesis ediliyordu.

Kişî hak ve özgürlükleri alanında da önemli gelişmeler söz konusuydu. Tutuklama ve cezalandırmalarda kanunilik şartı getiriliyordu. Ünlü 113. madde ile padişaha tanınan “sürgün yetkisi” kaldırılıyordu. Basının sansür edilemeyeceği esası korunuyor, toplanma ve dernek

<sup>37</sup> Tanör; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 187-191.; Tanör; “Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış”, s. 24.; Erdoğan: Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, s. 48-50.; Karpat: Kısa Türkiye Tarihi, s. 84-88.; Akşin: Kısa Türkiye Tarihi, s. 58-65.; Hanioglu: “İttihat ve Terakki Cemiyeti”, s. 482.; Özbudun: Türkiyede Parti ve Seçim Sistemi, s. 17.

<sup>38</sup> 1909 Kanun-î Esasî değişikliklerinin tam metni için bkz: Gözübüyük, Kili; Türk Anayasa Metinleri, s. 84-88. 1909 Kanun-ı Esasî değişikliklerinin Türk Anayasa Hukuku bakımından değerlendirilmesi için bkz: Gözler; Türk Anayasa Hukuku, s. 59-62. Kanun-î Esasî’de 1909 değişikliklerinden sonra, ikisi 1914, üçü 1916 ve biri de 1918 yılında olmak üzere toplam altı değişiklik daha yapılmıştır. Hatta 1914 değişikliği ile paşahın fesih yetkisi tekrar geri getirilmiştir. Ayrıntılar için bkz: Gözübüyük, Kili; Türk Anayasa Metinleri, s. 88- 91.; Tunçer Karamustafaoğlu; Yasama Meclislerini Fesih Hakkı, Ankara, AÜHF Yayını, 1982, s. 189-192.

kurma hakları ilân ediliyordu. Ne var ki siyasal gelişmeler ve İTC'nin otoritarizmi nedeniyle bu demokratik ilkeler hayata geçirilemedi.<sup>39</sup>

Bu dönemde hukuki, idari ve adli alanlarda önemli reformlar da yapıldı. Mesela; büyük gelir getiren bir kısım padişah emlakı devlete devredildi. Saray personeli ve ulema dâhil bürokraside kısıntı, orduda tasfiyeler (alaylı subaylar) yapıldı. Saray ve hanedan ödenekleri azaltıldı. Şahsî hukuk davalarına şeriye mahkemeleri yerine nizamiye (adliye) mahkemelerinde bakılmasına başlandı. Yeni mülkî sistemin temelini atan ve valilerin yetkilerini genişleten bir Vilayetler Kanunu çıkarıldı.

II. Meşrutiyet hukuk reformlarıyla laiklik ve kadın hakları konusunda da önemli adımlar atıldı. Yargı organlarını birleştirmek ve şerî kurumların etkisinden çıkarmak isteyen İttihat ve Terakki, mahkemelerin adalet bakanlığına bağlanmasını sağladı. Bütün mahkemelerin Adliye Nezareti'ne bağlanması aile ve şahıs hukuku alanında dinî hukuktan ayrılma yolunda atılmış önemli bir adım oluyordu. Aynı yönde, evlenme ve boşanmada kadının durumunu iyileştiren düzenlemeler yapıldı, hatta “çok karınlık” olgusuna karşı da birtakım önlemler alındı. Yine kadınların öğrenim ve kamu hizmetlerine girme hakları konusunda da olumlu kazançlar sağlandı.<sup>40</sup>

## B. İkinci Meşrutiyet Dönemi Siyasal Gelişmeleri

İttihat ve Terakki, 1908-1912 arasında “iktidar partisi” diye tanınmakla birlikte, aslında iktidarda değildi, “hükümet” de olmamıştı ya da olamamıştı. Ama Meclis (Ahrar Fırkasının yalnızca 1 mebusuna karşılık geriye kalan mebusların tamamı yani 287 kişi İTC'li idi) ve hükümet üzerinde etkili bir denetim gücü vardı. Bunun başlıca üç sebebi vardı. Birincisi, Padişah V. Mehmed Reşad'ın mûnis kişiliği idi. İkincisi, İstanbul'daki sürekli sıkıyönetim düzeninin sağladığı imkânlar idi. Üçüncüsü de de İttihat ve Terakki'nin ülkedeki en etkili siyasal-askerî güç

<sup>39</sup> Tanör; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 192-197.; Tanör; “Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış”, s. 24.; Erdoğan: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s. 50-51,

<sup>40</sup> Tanör; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 212-214.; Tanör; “Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış”, s. 24.; Erdoğan: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s. 56-57.



olmasıydı. 1909 sonu itibariyle İTC'nin bütün İmparatorlukta kayıtlı üye sayısı 850 bin, şube sayısı da 360'a ulaşmıştı.<sup>41</sup>

Hürriyet, anayasa, meşruti rejim vb. sloganlarıyla II. Abdülhamit'i devirerek iktidara gelen İTC, modern bir devlet cihazı oluşturmak yolundaki bu olumlu adımlarına karşılık demokratikleşme alanında tersine bir çizgi izledi. Komplocu yöntemlerle muhaliflerini sindirirken, demokratik hak ve özgürlükleri de kısma yoluna gitti. İşçi ve esnaf örgütlenmelerini, eylemleri ve grevleri yasakladı. (1908 itibariyle sayısı 250 bine varan sanayi işçisinden söz edilmekteydi.)<sup>42</sup> Bu yasakların getirilişinde, Alman işverenleri ile Adliye Nezareti'nde danışmanlık görevi yapan Kont Ostrorog önemli roller oynadılar.

1910 itibariyle 353 gazete ve dergi yayın hayatındaydı.<sup>43</sup> Gazeteci Ahmet Samim'in öldürülmesi (9 Haziran 1910) ve İTC'nin "sopalı seçim" diye anılan 1912 seçimlerinde muhalifleri seçtirmemek için kullandığı yöntemlere gösterilen tepkiler, İTC'nin desteklediği Said Paşa hükümetinin istifasının getirdi. İTC, Gazi Ahmed Muhtar ve Kamil Paşa hükümetleri döneminde muhalefete geçti. Balkan Savaşı'nın yarattığı çöküntü ve Edirne'nin Bulgarlar'a teslim edileceği şayiaları üzerine İTC liderleri Babıali'yi bastılar; Kamil Paşa'yı istifaya zorlayarak Mahmud Şevket Paşa sadaretinde yeni bir hükümet kurulmasını sağladılar. (Bâb-ı Âli Baskını/ 23 Ocak 1913) Daha sonra gerçekleşen Sadrazam Mahmud Şevket Paşa suikastı (11 Haziran 1913) İTC'nin ülkede muhalefeti sindirerek bir tek parti yönetimi kurmasına yol açtı.

İTC, 1912 seçimleri ile 1913 "Bâbîali baskınından" sonradır ki, gerçek ve hatta giderek rakip tanımayan bir iktidar haline geldi. 1913'te Cemiyet/Fırka ikiliğine son verip kendini siyasal parti ilan ederek, Birinci Dünya Savaşı'nın bitimine kadar ülkeyi adeta bir "tek parti" gibi yönetti. 1914 yılında seçimlerin yapılmasına rağmen ülkeyi, meclisi devre dışı bırakarak kavanin-i muvakkate (geçici kanunlar) ile yönetti ve Osmanlı Devleti'nin I. Dünya Savaşı'na girişi gibi hayati kararları aldı. Bu dönemde, ülkenin geleceğini ilgilendiren en hayati kararlar bile (savaşa katılma kararı başta olmak üzere) katılıma kapalı ve komplocu

<sup>41</sup> Tanör; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 198.; Tanör; "Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış", s. 25.; Hanioglu; "İttihat ve Terakki Cemiyeti", s. 481.

<sup>42</sup> Erdoğan: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s. 52.

<sup>43</sup> Erdoğan: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s. 52.

yöntemlerle çalışan iktidar kliği, özellikle Enver, Talat ve Cemal Paşalardan oluşan “triumvira” tarafından alındı ve oldu-bittiler şeklinde yürürlüğe kondu.<sup>44</sup>

İttihat Terakki bu süre içerisinde, tek parti olmanın avantajlarını kullanarak Teşkilat-ı Mahsusa adında paramiliter bir örgüt ve Türk Gücü Cemiyeti, Osmanlı Gücü (daha sonra Genç) dernekleri gibi yine paramiliter gençlik örgütleri kurdu. Aynı zamanda Kara Kemal Bey'in organizatörlüğü ile çok sayıda esnaf kuruluşunu kendine bağladı. Kendisini desteklemeyen basını susturdu. Gerçekte dolaylı kontrolü altında olan Türk Ocaklarını ise fırka ideolojisini yayan bir kurum haline soktu. İttihat ve Terakki reislerinin Türkçü ve daha sonra Türk milliyetçisi fikirlerden derin bir biçimde etkilenmişlerdi. Buna rağmen İTC, Osmanlıcılık, Türkçülük ve ittihad-ı islam gibi siyasetlerin hepsini devleti kurtarabilmek adına gerektiğinde eş-zamanlı uyguladı ve bu çerçevede tam bir pragmatizm örneği sergiledi.

İktisadi sahada ise İttihat ve Terakki, bilhassa Balkan savaşları sonrasında uygulamasına hız verilen “milli iktisat” siyasetiyle Müslüman ve özellikle Türklerden teşekkül eden yeni bir burjuvazi tesisine gayret gösterdi. Bu minvalde öncelikle kapitülasyonları (yabancı devletlere verilen iktisadi ayrıcalıklar) kaldırdı, birçok banka ve şirketin kuruluşuna önyak oldu. Birinci Dünya Savaşı'nın Osmanlı imparatorluğu için yenilgiyle kapanması ve ittihatçı önderlerin yurt dışına kaçıp partinin fiilen dağılmasından sonra ise, yeniden güçlenen kurum saltanat/saray oldu.<sup>45</sup>

## V. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Sened- i İttifak'tan Birinci Dünya savaşının sonuna kadar geçen yüzyılı aşkın sürede, Osmanlı İmparatorluğunda yaşanan hukuki ve siyasi

---

<sup>44</sup> Tanör; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 197-204.; Tanör; “Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış”, s. 25.; Hanioğlu; “İttihat ve Terakki Cemiyeti”, s. 481-483.; Karpaz: Kısa Türkiye Tarihi: s. 93-94. Akşin: Kısa Türkiye Tarihi: s. 69-81.; Erdoğan: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s. 54-55.

<sup>45</sup> Akşin; Jön Türkler ve İttihat ve Terakki, s. 276-282.; Tanör; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 215-216.; Hanioğlu; “İttihat ve Terakki Cemiyeti”, s. 482.; Karpaz: Kısa Türkiye Tarihi: s. 93-94. Akşin: Kısa Türkiye Tarihi: s. 81.; Erdoğan: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s. 57-58.

gelişmelerin üç temel özelliğinin altı çizilebilir: İlki, devletin rakip güçler karşısında güç kaybını durdurmak amacıyla matuf değişim çabalarında bazen iç, bazen de dış saiklerin ağır bastığını söylemek mümkündür. Misal, Tanzimat Fermanına giden süreçte iç faktörler belirleyici iken Islahat Fermanında ise dış faktörlerin tesiri daha fazla oldu.

Ancak ister iç ister dış nedenler tarafından biçimlendirilsin, bu değişim bir devamlılığa sahipti. Osmanlı modernleşmesinin zihni ve kurumsal temellerinin atılması, hızı ve derinliği iç ve dış koşullara bağlı olarak farklılaşan bu sürecin bir eseri idi. Bu dönemde nüveleri atılan birçok kavram ve mekanizma, hem Osmanlı'nın daha sonraki kaderine yön verdi hem de Cumhuriyet'e intikal etti. Kadın haklarından devlet gücünün sınırlandırılmasına, hukuk önünde eşitlikten çağdaş eğitim kurumlarının kurulmasına kadar birçok alanda bütün topluma sirayet eden radikal hamleler hem o döneme hem de sonrasına etkide bulundu. Bu itibarla Osmanlı ile Cumhuriyet'in modernleşme serüvenleri arasında bir kesintiden ziyade bir süreklilik vardı.

İkincisi, bu değişim sürecinin ağırlıklı olarak bürokratik bir karakter taşımasıydı. Batı'dan farklı olarak burjuvazinin gelişmediği ve devletten bağımsız bir aydın sınıfının olmadığı bir vasatta, değişime rengini veren düşünce “devleti kurtarmak” oldu. Görünüşte devlete en keskin muhalefeti yapan kişi ve gruplar bile devleti kurtarmak gayesiyle yola koyulmuşlardı. Devleti kurtarmak ülküsü onların bütün fikriyatlarına ve hareketlerine damga vurmuştu.

Lakin devleti kurtarmak ana hedefinde mutabık olsalar da, bu hedefe hangi metotla varılacağı konusunda Osmanlı münevverleri arasında keskin ayrılıklar vardı. Kimi otoriteye öncelik veriyor ve memleketin geleceğini devletçi, katı merkezîyetçi, seçkinci ve Türkçü bir yapıda buluyordu. Kimi ise odağa bireyi koyuyor ve kurtuluş için özel teşebbüse, adem-i merkezîyete ve Osmanlıcılığa dayanan bir sistemi savunuyordu. İki grup arasındaki çok sert mücadeleden otorite taraftarları galip çıktılar.

Üçüncüsü ise, Jön Türklerin ve onlardan neşet eden İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin bu dönemin en mühim aktörü olmasıydı. II. Abdulhamit'in istibdat yönetimine karşı özgürlük ve anayasal monarşi gibi fikirlerin taşıyıcısı olarak çok güçlü bir muhalefet sergileyen İTC iki yönlü bir siyaset izledi. Bir yandan devleti modernize etmeyi amaçlayan düzenlemeler yaptı. Hukuki, idari, iktisadi ve içtima alanda yapılan

reformlarla hem sosyal hayatı hem de hem de devlet teşkilatını çağın gerektirdiği bir içeriğe kavuşturmayı hedefledi.

Diğer yandan da ise, muhalefette iken savunduğunun tersine bir hat izleyerek totaliter bir yapı kurmaya girişti. Bu bağlamda, zaten pamuk ipliğine bağlı olan demokratik hak ve özgürlükleri kısıtı. Muhaliflerini bastırdı. Paramiliter istihbarat örgütleri ile paramiliter gençlik örgütleri kurdu. Basını susturdu. Karşı çıkan ya da çıkması muhtemel her sesi kesti. İktidarda gücünü tahkim ettikçe, rakip tanımaz bir hale geldi. Meclisi devre dışı bıraktı; savaşa girmek gibi bir ülkenin hayat-memat meselesini ifade eden savaşa bile tek başına karar verdi. Ancak İTC'nin kurduğu bu “tek parti” düzeni hem içte hem de dışta felaketle sonuçlandı; devleti kurtarmak adına çıktıkları yolda vardıkları yer devletin yıkımı oldu.

## KAYNAKÇA

- AKÇURA Yusuf; Tarihi Siyasi (1926-1927-1928 Ders Notları), İstanbul, Ötüken Neşriyat, (2. Baskı) 2017.
- AKŞİN Sina; Kısa Türkiye Tarihi, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, (22. Baskı) 2017.
- AKŞİN Sina; Jön Türkler ve İttihat ve Terakki, Remzi Yayınevi, İstanbul 1987.
- BELGE Murat (Editör); Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, içinde: Edebiyat, İstanbul, İletişim Yayınları, 1985, Cilt 2.
- BELGE Murat (Editör); Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, içinde: Aydınlar, İstanbul, İletişim Yayınları, 1985, Cilt 1.
- EBUZZİYA Ziyad; "Ahmed Rıza", İslam Ansiklopedisi, Cilt 2, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1989.
- ERDOĞAN Mustafa; Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, Ankara, Hukuk Yayınları, 2016.
- GÖZLER Kemal; Türk Anayasa Hukuku (3. Baskı), Bursa, Ekin Yayınevi, Ocak 2019.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, KİLİ Suna; Türk Anayasa Metinleri (Tanzimat'tan Günümüze), İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, (2. Baskı) 2000.
- HANİOĞLU M. Şükrü; "Cemiyet", İslam Ansiklopedisi, Cilt 7, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1993.
- HANİOĞLU M. Şükrü; "Jön Türkler", İslam Ansiklopedisi, Cilt 23, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2001.
- HANİOĞLU M. Şükrü; "İttihat ve Terakki Cemiyeti", İslam Ansiklopedisi, Cilt 23, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2001.
- İNALCIK Halil; "Sened-i İttifak ve Gülhane Hattı Hümayunu", Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu (Ed.); Tanzimat (Değişim

- Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu), İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, (2. Baskı) 2012.
- İNALCIK Halil; “Tanzimat’ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri”, Ed. Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu; Tanzimat (Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu), İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, ( 2. Baskı) 2012.
- İNALCIK Halil, SEYİTDANLIOĞLU Mehmet (Ed.); Tanzimat (Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu) içinde: Tanzimatçılar ve Tanzimat, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, ( 2. Baskı) 2012.
- KARAMUSTAFAOĞLU Tunçer; Yasama Meclislerini Fesih Hakkı, Ankara, AÜHF Yayını, 1982.
- KARPAT Kemal; Kısa Türkiye Tarihi, İstanbul, Timaş Yayınları, 2012.
- KALUÇ Şenol; “Osmanlı Ahrar Fırkasının Kuruluşu, Faaliyetleri ve Sonu”, Liberal Düşünce Dergisi, Kış-Bahar 2009, Sayı: 53-54.
- KURAN Ahmet Bedevi KURAN; Osmanlı İmparatorluğunda İnkılap Hareketleri ve Milli Mücadele, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları (1959 Çeltüt Matbaası baskısının tıpkıbasımıdır), 2012.
- MARDİN Şerif; Jön Türklerin Siyasi Fikirleri 1895-1908, İletişim Yayınları, İstanbul 2008.
- ORTAYLI İlber; Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri (1840-1880), Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayını, 2000.
- ÖZBUDUN Ergun; Türkiye’de Parti ve Seçim Sistemi, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- TANPINAR Ahmet Hamdi; On Dokuzuncu Asır Türk Edebiyat Tarihi, İstanbul, Dergâh Yayınları, 2012.
- TANÖR Bülent; Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları (16. Baskı), 2007.
- TANÖR Bülent; “Anayasal Gelişmelere Toplu Bakış”, Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi, Cilt 1, İletişim Yayınları, 1984.
- TUNAYA Tarık Zafer; Türkiye’de Siyasi Partiler, (II. Meşrutiyet Dönemi) Cilt 1, İletişim Yayınları, İstanbul, 1998.

Hüseyin Murat IŞIK

TUNAYA Tarık Zafer; Türkiye’de Siyasi Partiler (İttihat ve Terakki, Bir Çağın, Bir Kuşağın, Bir Partinin Tarihi), Cilt 3, İletişim Yayınları, İstanbul, 1998.

UÇMAN Abdullah; “Mizancı Murad”, İslam Ansiklopedisi, Cilt 30, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2005.

UÇMAN Abdullah; “Prens Sabahaddin”, İslam Ansiklopedisi, Cilt 34, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2007.





## 1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE UYGULANAN ADI KONMAMIŞ KENDİNE ÖZGÜ BİR PARLAMENTER DENETİM YOLU: İZAHAT TALEBİ

Mehmet Nuri GÜZEL\*

### ÖZ

Tarihsel olarak parlamento, siyasi iktidarın kontrol altına alınmasının bir aracı olarak ortaya çıkan siyasal bir mekanizmadır. Parlamentoların görevlerinden biri yürütmeyi denetlemektir.

Parlamenter denetim yolları çoğunlukla anayasalarda ve içtüzüklerde yer alırlar. Ancak teamülen uygulanmış denetim yolları da bulunmaktadır.

1924 Anayasasında parlamenter denetim yolları arasında sual, istizah ve meclis tahkikatına yer verildiği görülmektedir. “İzahat talebi”, ne anayasada ne içtüzükte bulunmaktadır. Bu denetim yolu teamülen ortaya çıkan kendine özgü bir parlamenter denetim yoludur.

**Anahtar Kelimeler:** Parlamento, parlamenter denetim, 1924 anayasası dönemi, izahat talebi.

---

\* Arş. Gör. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: [m.nuriguzel@hotmail.com](mailto:m.nuriguzel@hotmail.com), ORCID ID: 0000-0003-1467-8587.

Makalenin Gönderim Tarihi : 21.05.2019.

Makalenin Kabul Tarihi : 30.10.2019.

## A NAMELESS PECULIAR PARLIAMENTARY OVERSIGHT WAY IN PERIOD OF 1924 CONSTITUTION: REQUEST OF ILLUMINATION

### ABSTRACT

Historically, parliament is a political mechanism which appeared for the purpose of the control of the political power. One of the duties of Parliaments is to oversee the government.

The parliamentary oversight ways are often included in the constitutions and the rules of procedures. However, there are already applied oversight ways as precedent.

In 1924 Constitution, it was seen that the parliamentary oversight ways included question, censure and parliamentary investigation. “Request of illumination” is neither in the constitution nor in the rules of procedure. This oversight way is a peculiar parliamentary oversight way that has appeared as precedent.

**Keywords:** Parliament, parliamentary oversight, period of 1924 constitution, request of illumination.

### I. GİRİŞ

1982 Anayasası’nda birçok kere değişiklik yapılmıştır. Son ve en kapsamlı değişiklik 16 Nisan 2017 tarihinde halkoyuna sunularak kabul edilen “6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”<sup>1</sup> ile yapılan değişikliktir.<sup>2</sup> Bu değişiklikle birlikte yasama-yürütme ilişkileri köklü bir şekilde değişmiştir. Değişiklik sonrası özellikle parlamenter denetim yollarının etkisinin azaltıldığı ve parlamentonun işlevsizleştirildiği yönünde iddialar

---

<sup>1</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211-1.htm> (Erişim Tarihi 24.07.2018).

<sup>2</sup> Değişikliklerin kapsamlı bir değerlendirmesi için bkz. Vahap Coşkun, “16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 36, içinde (s. 3-30), Diyarbakır 2017.

gündeme gelmiştir. Bunda parlamento üyelerinin sadece anayasa ve içtüzük metni çerçevesinde hareket edebilecekleri görüşü etkili olmuştur.

Parlamentolar modern demokrasilerin vazgeçilmez unsurlarından biri olup, tarihsel ve siyasal deneyimin ürünüdür. Parlamenter denetim yolları da bu deneyimin bir sonucudur. Parlamenter denetim yolları çoğunlukla anayasalarda ve içtüzüklerde yer alırlar. Kimi zaman bu metinlerde de söz konusu düzenlemeler yer almayabilir. Bu durumlarda ise teamüller ortaya çıkar.

Bu çalışmada, parlamentonun demokratik bir hayatın gereği olarak, anayasa ve içtüzük metninde yer almasa dahi teamülen bir parlamenter denetim yolunu uygulayabileceği, parlamento tarihimiz çerçevesinde örneklendirilerek ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda yasama-yürütme ilişkilerinin şekillendirildiği dönemlerden biri olan 1924 Anayasası dönemi ele alınmıştır.

1924 Anayasasında yer alan denetim yolları sual, istizah ve meclis tahkikatıdır. Ancak “*izahat talebi*” olarak adlandırabileceğimiz teamülen ortaya çıkan kendine özgü parlamenter denetim yolu ne anayasada ne de içtüzükte bulunmaktadır.

Çalışmada söz konusu denetim yolunun ortaya çıkışı, içeriği ve diğer denetim yollarından farkı anayasa, içtüzük metni ve meclis tutanakları dikkate alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

## II. PARLAMENTO VE PARLAMENTER DENETİM

Kökeni Anglo-Saksonların “Witanagemot”<sup>3</sup> meclislerine dayanan parlamento, 13’üncü yüzyılın başlarında İngiltere’de kralın danıştığı, ayrıcalıklı kesimlerin (din adamları, soylular, şövalyeler) temsilcilerinden oluşan bir kuruldur.<sup>4</sup> Savaş harcamalarının yükünün artması üzerine, art

<sup>3</sup> “Witanagemot” başpiskopos, piskopos, başrahip, kont, baron ve şövalyelerden oluşan, kralın danıştığı bir meclistir. Bkz. Moyra Grant, UK Parliament, Edinburg GB: Edinburg University Press 2009, p.2. (ProQuest ebrary. Web. 8 April 2016.).

<sup>4</sup> Ann E. Faulkner, Ronald H. Fritze, William b. Robinson, “Parliament”, in Historical Dictionary of Late Medieval England 1272-1485 (pp 403-410), Westport US: Greenwood Press 2002, p.403. (ProQuest ebrary. Web. 8 April 2016.).

arda gelen krallar, vergilendirmeyi soylulardan sıradan insanlara kadar genişletmiştir.<sup>5</sup> Krallar parlamento, vergiler ve kanunlar için uyruklarının desteğini sağlamak amacıyla toplantıya çağırılmış, bu da onlara meşruluk kazandırmıştır.<sup>6</sup> Zamanla parlamento vergilendirme ve savaş konularının dışındaki konuların da görüşüldüğü bir yer olmuş,<sup>7</sup> diğer kesimlerin sıkıntı ve şikâyetlerini dile getirebildikleri, krallık politikaları ve niyetleri hakkında gerekli bilgiyi edindikleri bir platform haline gelmiş, bunun sonucu olarak da kralın gücünü sınırlayan bir konuma yükselmiştir.<sup>8</sup> Parlamantonun kralın karşısındaki gücü zamanla artmış ve parlamento ülke kaynaklarının kullanılmasının denetimi konusunda da kendini yetkili görmüştür. Bu doğrultuda 14'üncü yüzyılda, bilinen ilk "impeachment" uygulaması gerçekleşmiştir.<sup>9</sup> Kraliyet paralarını kendi çıkarları için kullandıkları iddiasıyla kimi hazine yetkililerinin parlamento önünde yeminli ifade vermeleri istenmiş ve parlamantonun isteğiyle bu kişiler kral tarafından görevden alınmıştır.<sup>10</sup> 15'inci yüzyılda ise parlamento, vergi toplama kurallarını ihlal eden krallık yetkililerini cezalandırma hakkını elde etmiştir.<sup>11</sup> Sonraki yüzyıllarda başka denetim yolları da ortaya çıkmıştır. 17'nci yüzyılda

<sup>5</sup> Grant, UK Parliament, s. 3.

<sup>6</sup> Faulkner, Fritze, Robinson, "Parliament", s. 404. Aşırı vergi toplanmasından kaynaklı sorunlar Magna Chartanın temeli oluşturmuştur. Bu belge ile kralın, parlamantonun izni olmaksızın vergi koyamayacağı ve yeni vergi koymak için meclisi toplantıya çağıracağı hüküm altına alınmıştır. Miceli, Modern Parlamentolar, Atıf Akgüç (Çev.), Ulus Basım Evi, Ankara 1946, s. 22.

<sup>7</sup> "Simon de Montfort Parlamantosunu" olarak bilinen, vergilendirme ve savaş konuları dışındaki konuların görüşüldüğü ilk parlamento için bkz. <https://www.parliament.uk/about/livingheritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/simondemontfort/> (Erişim Tarihi 12.12.2018).

<sup>8</sup> Faulkner, Fritze, Robinson, "Parliament", s. 404.

<sup>9</sup> Jack Simson Caird, Impeachment, House of Library, Briefing Paper Number CBP7612, 6 June, 2016, s. 3. bkz. <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7612/CBP-7612.pdf> (Erişim Tarihi 13.12.2018).

<sup>10</sup> Matthew R. Romney, "The Origins and Scope of Presidential Impeachment", in Hinckley Journal of Politics (s. 67-72), Vol 2, Spring 2000, s. 67.

<sup>11</sup> Grant, UK Parliament, s. 1-3.

bilinen ilk “soru” uygulaması gerçekleşmiştir.<sup>12</sup> Yine bu yüzyılda çeşitli konularda araştırma yapmak üzere özel komisyonların kurulduğu görülmüş ve denetim alanına meclis araştırması da girmiştir.<sup>13</sup>

Günümüzde parlamentolar, demokrasilerin başlıca anayasal kurumlarından biri haline gelmiştir. Parlamentoların günümüzdeki temel fonksiyonlarından biri yürütmenin denetlenmesidir.<sup>14</sup> Dünyada ve ülkemizde sıklıkla uygulanmış ve uygulanan parlamenter denetim yolları soru, genel görüşme, gensoru, meclis araştırması ve meclis soruşturmasıdır. Parlamenter denetim yollarına ilişkin öncelikle bakılması gereken metinler anayasalardır. Ancak anayasa metinlerinde düzenleme konusuna ilişkin genel kaideler yer alır, bu konuların detayları ise kanunlar veya içtüzüklerle gösterilir. Kimi zaman içtüzüklerde de herhangi bir düzenleme mevcut olmayabilir. Bu durumda ise anayasal teamüllere bakılır.

### III. 1924 ANAYASASININ GENEL NİTELİKLERİ

491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1924 Anayasası), 20 Nisan 1924 tarihinde kabul edilerek, aynı gün resmi gazetede yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir.<sup>15</sup> 1924 Anayasası, “milli egemenlik” ve “tek meclis” gibi 1921 Anayasasının dayandığı esasları paylaşmaktadır. 1921

---

<sup>12</sup> Hannah White, Parliamentary Scrutiny of Government, Institute For Government, s. 19.

<sup>13</sup> Ahmet Ağaoğlu, Ahmet Ağaoğlu ve Hukuk-ı Esasiye Ders Notları (1926-1927), Boğaç Erozan (Haz.) , 1. Baskı, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 314.

<sup>14</sup> Parlamentoların temel fonksiyonları halkın temsili, yasama faaliyetleri, siyasi sistemin meşrulaştırılması, yürütmenin denetlenmesi olarak sayılmaktadır. Bkz. Kenneth Newton, Jan V. Van Deth, Foundations of Comparative Politics, Second Edition, Cambridge University Press, New York 2010, s. 141.

<sup>15</sup> Ergun Özbudun, 1924 Anayasası, Birinci Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 5. 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu; 1945 yılında anlamında değişiklik yapılmadan öz Türkçeleştirilmiş, 1952 yılında tekrar orijinal metniyle yürürlüğe konmuştur. Bkz. Ergun Özbudun, 1924 Anayasası, s. 5.

Anayasası döneminde zorunluluk nedeniyle eksik bırakılan hususlar, 1924 Anayasasıyla tamamlanmıştır.<sup>16</sup>

1924 Anayasası, anayasa sistematığına göre düzenlenmiştir.<sup>17</sup> Anayasanın birinci bölümü olan “Ahkamı Umumiye”de devletin temel özelliklerinden bazıları açıklanmış; ikinci, üçüncü ve dördüncü bölümlerinde yasama, yürütme ve yargı organları düzenlemiş; beşinci bölümünde ise temel hak ve özgürlüklere yer verilmiştir. Anayasanın birinci bölümünde Meclisin her zaman Hükümeti denetleyebileceği ve düşürebileceği ifade edilmiştir (1924 TEK, m. 7/2). Parlamenter denetim yolları ise, Anayasanın ikinci bölümünde (yasamanın görevleri) 22’nci maddede sual, istizah ve meclis tahkikatı olarak belirtilmiştir.

1924 Anayasasında hem kuvvetler birliğine hem kuvvetler ayrılığına yakın özellikler bulunmaktadır. Meclis hükümeti ile parlamenter sisteme yönelik nitelikler bir arada görülebilmektedir. 1924 Anayasası döneminde hükümet kanun teklifinde bulunabilmekte, yürütme organı meclis çalışmalarına katılabilmekte, hükümet meclis tarafından denetlenebilmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında hükümet sistemi parlamenter sisteme yaklaşmaktadır. Ancak parlamenter sistemin özelliklerinden biri olan fesih mekanizmasının anayasada olmaması ve yasama ile yürütme gücünün Mecliste toplanacağına anayasada yer alması, hükümet sistemini meclis hükümeti sistemine yaklaştırmaktadır. Bu yönleriyle, 1924 Anayasası döneminde karma hükümet sistemi olduğu ifade edilmiştir.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> İlhan Arsel, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Kitap Cumhuriyetin Temel Kuruluşu, Mars Matbaası, Ankara 1965, s. 86.

<sup>17</sup> Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), 26. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2016, s. 294.

<sup>18</sup> Ali Fuat Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, (Birinci Cilt, Fasikül II), Baha Matbaası, İstanbul 1960, s. 444-447. Ergun Özbudun; 1924 Anayasası’nda, parlamenter sistemin ayırıcı özellikleri olan hükümetin siyasal sorumluluğu ve meclisin hükümeti denetimi unsurlarının açıkça kabul edilmiş olması nedeniyle bu dönemde ortaya çıkan hükümet sisteminin “karma” olarak nitelendirilmesinin yerinde olmadığını ifade etmektedir. Ergun Özbudun’a göre 1924 Anayasası dönemindeki hükümet sistemi parlamenter sistemdir. Bkz. Özbudun, 1924 Anayasası, s. 18.

1924 Anayasası katı bir anayasadır. Anayasada değişiklik yapılmasının şartları anayasada açıkça belirtilmiştir. 1924 Anayasası 102'nci maddesinde belirtildiği üzere anayasa değişikliği teklifi Meclis üye tam sayısının en az üçte biri tarafından imzalanmalı ve değişiklik teklifi ancak Meclis üye tam sayısının en az üçte ikisi tarafından kabul edilmelidir. Ayrıca cumhuriyet olan devlet şeklinin değiştirilemeyeceği de anayasada yer almıştır (1924 TEK, m. 102/4).

1924 Anayasasında, anayasa maddelerine uyulma zorunluluğu açıkça belirtilmiştir (1924 TEK, m. 103/1). Ayrıca aynı maddenin son cümlesinde kanunların anayasaya aykırı olamayacağı da yer almıştır. 1924 Anayasa döneminde ülkemizde bir anayasa yargısı bulunmamaktadır. Anayasa yargısının bulunmaması nedeniyle, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı hükmü pratikte bir anlam ifade etmemektedir.<sup>19</sup>

1924 Anayasası hem tek partili hem çok partili siyasi dönemlerde uygulanmıştır. Çok partili siyasi hayata geçilmesi için bir anayasa değişikliği yapılmamış, sadece milletvekili seçim kanunu değiştirilmiştir.<sup>20</sup> 17 Kasım 1924'te kurulan ve 3 Haziran 1925'te kapatılan Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası ile 12 Ağustos 1930'da kurdurulan ve 17 Kasım 1930'da kendini feshetmek zorunda bırakılan Serbest Cumhuriyet Fırkası gibi kısa süreli uygulamaların dışında, II. Dünya Savaşı'nın sonuna değin, 1924 Anayasası Döneminde tek partili bir siyasi hayat olmuştur.<sup>21</sup> II. Dünya Savaşı sonrasındaki konjonktürel yapı ve Türkiye'nin güvenlik kaygıları nedeniyle Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere Batıyla yakınlaşması, otoriter tek-parti yönetiminin gözden geçirilmesini gerektirmiştir.<sup>22</sup> 21 Temmuz 1946 tarihinde yapılan

---

<sup>19</sup> Özbudun, 1924 Anayasası, s. 75. Karşıt görüş için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s. 80-81.

<sup>20</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 94.

<sup>21</sup> Mustafa Erdoğan, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, 8. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2012, s. 80-84.

<sup>22</sup> Erdoğan, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, s. 96-97.

seçimlere altı parti katılmış ve Cumhuriyet Halk Partisi ile Demokrat Parti Meclise girmiştir.<sup>23</sup>

## A. 1924 Anayasası Döneminde Parlamenter Denetim Yolları

1924 Anayasası döneminde uygulanan parlamenter denetim yolları için öncelikle incelenmesi gereken metinler, 20 Nisan 1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu ve 2 Mayıs 1927 tarihli TBMM Dahili Nizamnamesidir.<sup>24</sup> İlgili metinlerde hüküm bulunmayan durumlarda ise meclis pratiği bizlere yol gösterici olacaktır.

1924 Anayasasının 22'nci maddesinde sayılan parlamenter denetim yolları şunlardır: Sual (soru), istizah (gensoru) ve meclis tahkikatı (meclis soruşturması-meclis araştırması). Anayasada bu denetim yollarının nasıl uygulanacağı içtüzükte düzenlenmiştir.

### 1. Sual (Soru)

Sözlü veya yazılı olarak iki grupta ele alınan soruda, Hükümetin veya herhangi bir Bakanın siyasi veya cezai sorumluluğu ortaya çıkmamaktadır. Buna rağmen soru, parlamentolar tarafından en çok sık kullanılan denetim yoludur.<sup>25</sup> Soru, parlamento tarihimize anayasa kuralı olarak ilk defa 1924 Anayasasında (sual ifadesiyle) yer almıştır.<sup>26</sup> Soru, 2 Mayıs 1927 tarihli TBMM Dahili Nizamnamesi'nin 149-156'ncı maddelerinde düzenlenmiştir. İchtüzükte sorunun tanımı kısa bir şekilde verilmiştir. Buna göre soru, açık ve belirli konularda bilgi istemekten ibarettir. Bu denetim yolunun muhatapları ise Başbakan ve Bakanlardır. Örneğin Konya milletvekili Refik Bey, dönemin Adalet Bakanı olan

<sup>23</sup> Mustafa Çufalı, Türk Parlamento Tarihi TBMM – VIII. Dönem (1946-1950), I. Cilt, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:146, Ankara 2012, s. 1.

<sup>24</sup> 2 Mayıs 1927 tarihli TBMM Dahili Nizamnamesi için bkz. Servet Armağan, Memleketimizde İchtüzükler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s. 139-287.

<sup>25</sup> Şeref İba, Parlamenter Denetim Yolları, Etkinliği ve Susurluk Örneği, Bilgi Yayınevi, Ankara 1997, s. 33.

<sup>26</sup> Ahmet Ali Gazel, Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nda Parlamenter Denetim (1908-1920), Çizgi Kitapevi, Konya 2007, s. 19.



Zekai Beyin sözlü olarak cevaplaması için İstanbul Adliyesinde çıkan yangın hususunda soru önergesi vermiştir. Önerge Genel Kurul'da okunduktan sonra ilgili Bakan soru önergesini cevaplamıştır. Cevaplandırma esnasında diğer milletvekilleri de ilave sorular yönetmişlerdir. Bakanın cevabı sonrası önerge sahibi söz almış ve cevabı yeterli görmediğini ifade etmiş, bir an evvel olayın sorumlularının ortaya çıkarılması gerektiğini belirtmiştir. Ardından gündemdeki diğer işlere geçilmiştir.<sup>27</sup>

## 2. İstizah (Gensoru)

Gensoru; neticesi siyasi sorumluluk (istifa veya düşürülme) olabilen, Bakanlar Kurulundan veya bir Bakandan sözlü açıklama isteğidir.<sup>28</sup> 1924 Anayasasının 46'ncı maddesinde açıkça belirtildiği üzere Bakanlar Kurulu *müştereken* ve Bakanların da *münferiden* sorumluluğu bulunmaktadır. Gensoru, 1924 Anayasasının 22'nci maddesinde, 2 Mayıs 1927 tarihli TBMM Dahili Nizamnamesi'nin 157-168'inci maddelerinde (istizah şeklinde) yer almıştır. Gensorunun muhatabı Başbakan veya Bakanlardır.

1924 Anayasası döneminde gensoru, tek-partili ve çok-partili dönem dikkate alınarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Tek-parti döneminde (1924-1946 arası) altı adet gensoru önergesi tespit edilmiştir. Çok-partili siyasi hayata geçildikten sonra, 1960 askeri müdahalesine değin yirmiüç adet gensoru önergesi verilmiştir.<sup>29</sup> Zaten yasama ve yürütme organı üyelerinin, devlet / parti başkanının onay ve talimatlarıyla belirlendiği tek-parti yönetimlerinde gensoru mekanizmasının etkili olmasını düşünmek pek doğru olmayacaktır.<sup>30</sup> Çok partili hayata geçilmesiyle gensoru önergelerinin artmış olması da bu denetim yolunun etkinleştiği anlamına gelmemektedir. Meclisteki sandalyelerin büyük

<sup>27</sup> T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, 2 kanunuevvel 1933 tarihli sekizinci inikattan-28 kanunuevvel 1933 tarihli yirminci inikada kadar, Devre 4, İçtima 3, Cilt 19, T.B.M.M. Matbaası, Ankara 1934, s. 127-133.

<sup>28</sup> Bahri Savcı, "Parlimentar Rejimli Hükümetin Unsurları", Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi içinde (s. 24-67), C.IV, S. 1, 1949, s. 56.

<sup>29</sup> Verilen gensoru önergelerinin detayları için bkz. Mesut Aydın, Gensoru, Orient Yayınları, Ankara 2010, s. 188-196.

<sup>30</sup> Nadir Latif İslam, Türkiyede Gensoru ve Meclis Tahkikatı, Kardeş Matbaası, Ankara 1966, s. 29-30.

çoğunluğunu kazanarak hükümet kuran parti liderleri, parti disiplini sayesinde partileri üstündeki güçlerini korumuş ve meclisin denetim yetkisini de etkisiz hale getirmişlerdir.<sup>31</sup>

### 3. Meclis Tahkikatı (Meclis Soruşturması-Meclis Araştırması)

Meclis tahkikatı (inceleme / soruşturma), parlamentonun belli konular hakkında ve bu iş için yetkilendirdiği üyeler aracılığıyla yaptığı soruşturmadır.<sup>32</sup> Meclis tahkikatı, 1924 Anayasasının 22'nci maddesinde, 2 Mayıs 1927 tarihli TBMM Dahili Nizamnamesi'nin 169-177'nci maddelerinde yer almıştır.

169'uncu maddeden başlayıp, 177'nci maddeyle biten "*Meclis tahkikatı*", bugünkü anlamda bünyesinde hem "meclis soruşturması" hem de "meclis araştırması" olan üst bir kavram olarak kullanılmıştır. 169'uncu maddeden 177'nci maddeye kadar olan 8 madde, bugün "meclis soruşturması" olarak adlandırılan denetim yolu hakkındadır. 177'nci maddede yer alan hükümler ise günümüzde kullanılan şekliyle "Meclis Araştırması"na yöneliktir.

#### a. Meclis Soruşturması

Meclis soruşturmasında parlamento yargısal özellikte yetkilerle donatıldığından bu denetim yolu "yargısal araştırma / kazai tahkikat"<sup>33</sup> olarak da ifade edilmiştir. "Yargısal araştırma / kazai tahkikat"; parlamentonun, yargısal nitelikte bazı yetkilerini usulüne elverişli bir şekilde yerine getirebilmesi için yaptığı, bilgi edinme ve edinilen bilgiler doğrultusunda karar verme faaliyetidir.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Arsel, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, s. 106-107.

<sup>32</sup> Turan Güneş, Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:661, Nezir Akbasan Matbaası, İstanbul 1956, s. 68.

<sup>33</sup> Erdal Onar, Meclis Araştırması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:419, Ankara 1977, s. 9; Ergun Özbudun, Parlamenter Rejimde Parlamentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:171, Ankara 1962, s. 100.

<sup>34</sup> Onar, Meclis Araştırması, s. 9.

Anayasanın 46. maddesinde belirtildiği üzere Bakanlar Kurulu hükümetin genel politikalarından dolayı Meclise karşı birlikte sorumludur. Ayrıca her bakan kendi yetkisi içindeki işlerden ve emrindeki eylem ve işlemlerden dolayı tek başına sorumludur. Bu kapsamda bakanlar kurulunun veya bakanlardan biri hakkında, cezai veya mali sorumluluk gerektiren fiillerin meydana geldiği iddiasıyla meclis soruşturmasının açılması talep edilmesi halinde önerge verilmesi gerekir (TBMMDN, m. 169).

Meclis soruşturması neticesinde, Bakanın Yüce Divana gönderilmesine Meclisin karar vermesiyle, ilgilinin Bakanlığı da düşmüş olur (1924 TEK, m. 50). Bakanlar Kurulu hakkında, cezai veya mali sorumluluk gerektiren fiillerin meydana geldiği iddiasıyla açılan meclis soruşturmasının Yüce Divana gönderilme kararı halinde anayasada ve içtüzükte ne olacağı belirtilmemiştir, uygulamada da böyle bir durum yaşanmamıştır.

#### **b. Meclis Araştırması**

Meclis araştırması; parlamentonun hükümeti denetleme yetkisinden kaynaklanan, hükümetin faaliyetleri hakkında bilgi edinmek amacıyla bizzat meclis tarafından yapılan denetim yoludur.<sup>35</sup> 2 Mayıs 1927 tarihli TBMM Dahili Nizamnamesinin 177'nci maddesine göre “meclis araştırması”; “*Meclisin, görevlendireceği veya yeni kuracağı bir komisyon aracılığıyla, bir iş hakkında doğrudan doğruya bilgilenmek isteğidir*”. Meclis araştırması teklifi, milletvekillerinden veya komisyonlardan gelebilir.

### **IV. ADI KONMAMIŞ KENDİNE ÖZGÜ BİR DENETİM YOLU: İZAHAT TALEBİ**

Çok partili siyasi hayata geçildikten sonra, anayasada ve içtüzükte bulunmayan ancak demokratik hayatın gereği olarak teamülen ortaya çıkan bu denetim yolu yaklaşık on yıllık bir zaman dilimi boyunca uygulanmıştır. Bu mekanizma milletvekillerinin çoğunlukla yazılı önergeleri doğrultusunda harekete geçirilmiştir. Soru ve gensoru

---

<sup>35</sup> Özbudun, Parlamento Rejiminde, s. 99-100.

niteliğinde olmayan bu önergelerle toplumu ve devleti ilgilendiren dış politikaya ilişkin hususlarda hükümetin açıklama yapması sağlanmıştır. İlgili bakan açıklama yaptıktan sonra görüşme açılmamış ve önerge sahipleri de dahil milletvekillerine söz verilmemiştir.

Teamül haline gelen ve adı konmamış kendine özgü bu denetim yolunu, verilen önergelerden hareketle “*İzahat Talebi*” olarak isimlendirmek mümkündür.

### A. “*İzahat Talebi*”nin Ortaya Çıkması

Çok partili siyasi hayata geçildikten sonra muhalefetteki Demokrat Parti milletvekillerinden Yusuf Kemal Tengirşenk, yurtdışı seyahatinden dönen Dışişleri Bakanının meclise “*izahat vermesi*” hususunda 12 Nisan 1948 tarihinde soru önergesi vermiştir. Her ne kadar içtüzükte sorunun açık ve belirli konularda bilgi istemekten ibaret olduğu belirtilmişse de, ilgili bakan söz konusu soru önergesini 16 Nisan 1948 tarihinde sözlü olarak cevaplamıştır. Dışişleri Bakanının açıklamalarından sonra ilgili milletvekili İçtüzükte belirtilen görüş beyan etme hakkını kullanmıştır. Yusuf Kemal Bey, bu tür açıklamaların bir usule bağlanmasının yararlı olacağını belirtmiş ve meclis üyeleri tarafından destek görmüştür.<sup>36</sup> Bu uygulamayla birlikte ilgili denetim yolu ortaya çıkmıştır.<sup>37</sup>

Yaklaşık sekiz ay sonra 20 Aralık 1948 tarihinde ele alınan önergede<sup>38</sup> bu denetim yoluna ilişkin esaslar belirginleşmeye başlamıştır.

<sup>36</sup> “*Sinop Milletvekili Yusuf Kemal Tengirşenk’in, Dışişleri Bakanının son Londra, Paris ve Atina seyahati hakkında Meclise izahat vermesi dair sorusuna Dışişleri Bakanı Necmettin Sadak’ın sözlü cevabı (6/113)*” bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 12 Nisan 1948 tarihli kırk altıncı Birleşimden 31 Mayıs 1948 tarihli altmış beşinci Birleşime kadar, Dönem 8, Toplantı Senesi 2, Cilt 11, T.B.M.M. Basımevi, Ankara 1948, s. 43-46.

<sup>37</sup> Bu denetim yolunun ortaya çıkmasıyla ilgili tartışmalar için bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 2 Mayıs 1952 tarihli altmış yedinci Birleşimden 30 Mayıs 1952 tarihli yetmiş sekizinci Birleşime kadar, Dönem 9, Toplantı Senesi 2, Cilt 15, T.B.M.M. Basımevi, Ankara 1952, s. 351-361.

<sup>38</sup> Bu önerge hakkında bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 1 Aralık 1948 tarihli on üçüncü Birleşimden 29 Aralık 1948 tarihli yirmi beşinci Birleşime kadar, Dönem 8, Toplantı Senesi 3, Cilt 14, T.B.M.M. Basımevi, Ankara 1949, s. 153-155.

İçtüzükte düzenlenmeyen ancak uygulanan bu denetim yolu için içtüzüğün 222'nci maddesine<sup>39</sup> not / dipnot yazılmıştır.<sup>40</sup> Bu not / dipnot şöyledir: “Milletvekilleri, Hükümeti iç ve dış durum hakkında demeç vermeye davet eden önergeler verebilirler. Hükümetin bu yolda verdiği demeçten sonra gerek önerge sahiplerine ve gerek başkalarına söz hakkı verilmez.”<sup>41</sup>

19 Aralık 1951 tarihinde yapılan oturumda Dışişleri Bakanının yaptığı açıklamalardan sonra bir milletvekili muhalefet sözcülerine söz verilmesini istemiş ve böyle bir uygulamanın boşluğu dolduracağını ifade etmiştir. Meclis Başkanı bu talebi Meclise sunmuş ve Meclisin kabulüyle başka bir teamül daha oluşmuştur.<sup>42</sup> “Dış politikaya taalluk eden hususlarda Hükümet tarafından re'sen malumat verildikten sonra muhalefet sözcülerine söz verilir.”<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Servet Armağan 222'nci maddenin notu / dipnotu olarak vermiştir bkz. Armağan, Memleketimizde İçtüzükler, s. 274. Ancak İçtüzüğün hangi maddesinin notu / dipnotu olduğu kesin değildir. 6 Ocak 1954 tarihli oturumda meclis başkanı bunun 126'ncı maddenin notu olduğunu zikretmiştir bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 4 Ocak 1954 tarihli Yirmi dördüncü Birleşimden 29 Ocak 1954 tarihli Otuz beşinci Birleşime kadar, Dönem 9, Toplantı Senesi 4, Cilt 27, T.B.M.M. Matbaası, Ankara 1954, s. 40-41, s. 64.

<sup>40</sup> Maddelerin nasıl uygulanacağına ilişkin bilgiler içeren notlar / dipnotlar, 1927 İçtüzüğünde bulunmaktadır. 1927 Dahili Nizamnamesi “notlu içtüzük” örneğidir bkz. Şeref İba, Osmanlıdan Günümüze Meclis İçtüzük Metinleri, TBMM Basımevi, Ankara 2007, s. 243. 1973 içtüzüğünden önceki içtüzüklerde, “notlar” halinde içtüzüğe eklenen ve içtüzük kuralları gibi uygulanan ve teamül haline gelmiş olan başkanlık divanı kararları bulunmaktadır bkz. Fahri Bakırcı, TBMM'nin Çalışma Yöntemi, İmge Kitapevi, Ankara 2000, s. 27, 12. dipnot.

<sup>41</sup> 26 Mayıs 1952 tarihinde yapılan oturumda Meclis Başkanı bu yönde 1950 yılında karar alındığını belirtmiştir ancak söz konusu kararı tutanaklarda tespit edemedik bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem 9, Toplantı Senesi 2, Cilt 15, s. 360.

<sup>42</sup> T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 3 Aralık 1951 tarihli onikinci Birleşimden-26 Aralık 1951 tarihli yirmikinci Birleşime kadar, Dönem 9, Toplantı Senesi 2, Cilt 11, TBMM Basımevi, Ankara 1952, s. 226-237.

<sup>43</sup> Bu karar 19 Aralık 1951 tarihli oturumda sarıh değildir. Ancak 26 Mayıs 1952 tarihli oturumda tam olarak yukarıda belirtildiği şekilde bir karar

İlk mekanizma milletvekillerinin verecekleri önerge ile harekete geçerken, ikincisi Hükümetin re'sen bilgi vermesiyle olmaktadır. İlk uygulamada önerge sahibi milletvekilleri dahil olmak üzere kimseye söz hakkı verilmez iken, ikinci uygulamada muhalefet sözcülerine söz hakkı verilmektedir. Bu çalışmada ele alınan, ilk olarak 1948 yılında ortaya çıkan, çalışmamızda izahat talebi şeklinde adlandırılan mekanizmadır. Çünkü ilk uygulama milletvekilleri tarafından harekete geçirilen ve hükümeti açıklama yapmaya yönelen bir uygulama olması sebebiyle denetim yolu olarak kabul edilebilir.<sup>44</sup>

## B. Verilen Önergeler

Milletvekilleri tarafından harekete geçirilen ve hükümeti açıklama yapmaya yönelen bu uygulamaya yönelik yedi adet önerge tespit edilmiştir.

i) *“Sinob Milletvekili Yusuf Kemal Tengirşenk ve iki arkadaşının Dışişleri Bakanının son Avrupa seyahatinden dönmesi dolayısıyla dünya işleri ve bilhassa memleketimizi ilgilendiren Milletlerarası meseleler hakkında Mecliste açıklamada bulunmasına dair önergesi (4/125)”*<sup>45</sup>

Önerge 20 Aralık 1948 tarihinde ele alınmıştır. Önerge üç milletvekili tarafından yazılı olarak verilmiştir. Önergenin amacı, açıklama yapılmasını sağlamaktır. Önergenin konusu, toplumu ve devleti ilgilendiren dış politikaya ilişkin hususlardır. Önergenin muhatabı hükümettir. Önergenin soru ve gensoru niteliğinde olmadığı Meclis Başkanı tarafından belirtilmiştir. Dışişleri Bakanı açıklama yaptıktan sonra görüşme açılmamış ve önerge sahipleri de dahil milletvekillerine söz verilmemiştir.

ii) *“İzmir Milletvekili Cihad Baban'ın Kore Yarımadasındaki duruma ilişkin Türkiye Cumhuriyetinin tutumu ve takip etmekte olduğu hareket hattının neden ibaret olduğunu açıklaması için Dışişleri*

---

alınmıştır bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem 9, Toplantı Senesi 2, Cilt 15, s. 360.

<sup>44</sup> Her iki uygulama, 1961 Anayasası döneminde “genel görüşme”nin temelini oluşturmuştur.

<sup>45</sup> T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem 8, Toplantı Senesi 3, Cilt 14, s. 153-155.

*Bakanından ricası ve Dışişleri Bakanı Fuad Köprülü'nün Güney - Kore meselesi hakkında demeci*"<sup>46</sup>

30 Haziran 1950 tarihinde yapılan oturumda bir milletvekilinin sözlü olarak talepte bulunmasıyla gerçekleşmiştir. Önergenin amacı açıklama yapılmasını sağlamaktır. Önergenin konusu toplumu ve devleti ilgilendiren dış politikaya ilişkin hususlardır. Önergenin muhatabı hükümettir. Dışişleri Bakanı açıklama yaptıktan sonra görüşme açılmamış ve önerge sahibi de dahil milletvekillerine söz verilmemiştir. Dışişleri Bakanının açıklamaları sonrasında birden fazla milletvekili açıklamanın yeterli olduğuna ve gündeme geçilmesi gerektiğine dair önerge vermiş ve önerge oylanarak gündeme geçilmesine karar verilmiştir.

iii) *"Bursa Milletvekili Selim Ragıp Emeç'in, Amerika Büyük Elçiliğinin, Amerika tebaasının Türk topraklarını terke daveti hakkında Dışişleri Bakanının açıklamada bulunmasına dair önergesi (4/69)"*<sup>47</sup>

Önerge 14 Temmuz 1950 tarihinde yapılan oturumda ele alınmıştır. Önerge bir milletvekili tarafından yazılı olarak verilmiştir. Önergenin amacı açıklama yapılmasını sağlamaktır. Önergenin konusu toplumu ve devleti ilgilendiren dış politikaya ilişkin hususlardır. Önergenin muhatabı hükümettir. Dışişleri Bakanı açıklama yaptıktan sonra görüşme açılmamış ve önerge sahibi de dahil milletvekillerine söz verilmemiştir.

iv) *"Eskişehir Milletvekili Abidin Poluoğlu'nun, Atlantik Paktına üye olmakla beraber Türkiye'nin Ortadoğu Komutanlığı tertibine bağlanmasına dair yabancı ajans neşriyatı hakkında Dışişleri Bakanının izahat vermesine dair önergesi (4/207)"*<sup>48</sup>

Önerge 7 Ocak 1952 tarihinde yapılan oturumda ele alınmıştır. Önerge bir milletvekili tarafından yazılı olarak verilmiştir. Önergenin amacı açıklama yapılmasını sağlamaktır. Önergenin konusu toplumu ve

<sup>46</sup> T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 22 Mayıs 1950 tarihli Birinci Birleşimden 14 Temmuz 1950 tarihli Yirmi üçüncü Birleşime kadar, Dönem 9, Toplantı Senesi 1, Cilt 1, T.B.M.M. Basımevi, Ankara 1950, s. 310-313.

<sup>47</sup> T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem 9, Toplantı Senesi 1, Cilt 1, s. 722-723.

<sup>48</sup> T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 7 Ocak 1952 tarihli Yirmi üçüncü Birleşimden 30 Ocak 1952 tarihli Otuz üçüncü Birleşime kadar, Dönem 9, Toplantı Senesi 2, Cilt 12, T.B.M.M. Basımevi, Ankara 1952, s. 7-8.

devleti ilgilendiren dış politikaya ilişkin hususlardır. Önergenin muhatabı hükümettir. Önerge okunduktan sonra açıklama yapılması oya sunulmuş, oylama yapılmış ve kabul edildikten sonra ilgili Bakan açıklama yapmıştır. Dışişleri Bakanı açıklama yaptıktan sonra görüşme açılmamış ve önerge sahibi de dahil milletvekillerine söz verilmemiştir.

v) “*Afyon Karahisar Mebusu Ali İhsan Sâbis’in, Mısır Hükümeti tarafından Türkiye Elçisi hakkında alınan karar münasebetiyle tavrı ve; Dışişleri Vekili Fuad Köprülü’nün beyanatı (4/394)*”<sup>49</sup>

Önerge 6 Ocak 1954 tarihinde yapılan oturumda ele alınmıştır. Önerge bir milletvekili tarafından yazılı olarak verilmiştir. Önergenin amacı açıklama yapılmasını sağlamaktır. Önergenin konusu toplumu ve devleti ilgilendiren dış politikaya ilişkin hususlardır. Önergenin muhatabı hükümettir. Dışişleri Bakanı açıklama yaptıktan sonra görüşme açılmamış ve önerge sahibi de dahil milletvekillerine söz verilmemiştir.

vi) “*Denizli Mebusu Baha Akşit’in Yunan Parlamentosunun kararı veçhile Kıbrıs Türkleri aleyhinde Yunan Parlamento Reisinin dünya parlamentolarına gönderdiği mesnetsiz telgraflar hakkında Hükümetin Büyük Millet Meclisini tenvir etmesine ve mukabele olarak Riyaset tarafından birer telgrafla hakiki durumun dünya parlamentolarına bildirilmesi hususunun karara bağlanmasına dair tavrı*”<sup>50</sup>

Önerge 13 Haziran 1956 tarihinde yapılan oturumda ele alınmıştır. Önerge bir milletvekili tarafından yazılı olarak verilmiştir. Önergenin amacı açıklama yapılmasını sağlamaktır. Önergenin konusu toplumu ve devleti ilgilendiren dış politikaya ilişkin hususlardır. Önergenin muhatabı hükümettir. Dışişleri Bakanı açıklama yaptıktan sonra görüşme açılmamış ve önerge sahibi de dahil milletvekillerine söz verilmemiştir.

---

<sup>49</sup> T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem 9, Toplantı Senesi 4, Cilt 27, s. 40-41, s. 62-64.

<sup>50</sup> T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 1 Haziran 1956 tarihli Yetmiş birinci İnikattan 29 Haziran 1956 tarihli Seksen üçüncü İnikada kadar, Devre 10, İçtima Senesi 2, Cilt 12, T.B.M.M. Matbaası, Ankara 1956, s. 299-303.



vii) “*Son günlerde Orta - Doğuda hadis olan ve memleketimizi yakından alâkadar eden durum hakkında Büyük Millet Meclisine mümkünse, Hükümet tarafından izahat verilmesine dair (4/57)*”<sup>51</sup>

Önerge 26 Temmuz 1958 tarihinde yapılan oturumda ele alınmıştır. Önerge bir milletvekili tarafından yazılı olarak verilmiştir. Önergenin amacı açıklama yapılmasını sağlamaktır. Önergenin konusu toplumu ve devleti ilgilendiren dış politikaya ilişkin hususlardır. Önergenin muhatabı hükümettir. Dışişleri Bakanı açıklama yaptıktan sonra görüşme açılmamış ve önerge sahibi de dahil milletvekillerine söz verilmemiştir.

### C. “*İzahat Talebi*”nin Diğer Denetim Yollarından Farkı

“*İzahat Talebi*” ile 1924 Anayasası dönemindeki diğer denetim yolları arasındaki ilk fark, bu denetim yolunun teamülen gelişmiş olması diğerlerinin ise anayasada belirtilmiş olmasıdır. Diğer farklar ise aşağıda her denetim yolu için ayrı olarak ele alınacaktır.

#### 1. **Sual (Soru) ile Farkı**

Sual / soru denetim yolu ile “*izahat talebi*” arasında birçok farklı husus bulunmaktadır. Başlıca farklılıklar:

- Soru, bilgi (*malumat*) istemekten ibarettir (TBMMMDN, m. 150). Ancak “*izahat talebi*” açıklama istemek yani meclisin aydınlatılmasını talep etmektir.
- Sorunun konusu açık ve belirli konulardır (TBMMMDN, m. 150). “*İzahat talebi*”nin konusu “iç ve dış durum” olarak zikredilmiştir. Uygulamada toplumu ve devleti ilgilendiren dış politikaya ilişkin hususlara yönelik önergeler verilmiştir.
- Soru önergesinin cevabı sözlü veya yazılı olabilir (TBMMMDN, m. 149). “*İzahat talebi*” doğrultusunda yapılan açıklamalar sadece sözlüdür.

---

<sup>51</sup> T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 2 Mayıs 1958 tarihli Altmış Üçüncü İnikattan 21 Ağustos 1958 tarihli Seksen Yedinci İnikada kadar, Devre 11, İçtima Senesi 1, Cilt 4, T.B.M.M. Matbaası, Ankara 1958, s. 819-824.

- Kamu yararından dolayı sorunun cevabı kapalı oturumda verilebilir (TBMMDN, m. 153). “İzahat talebi” doğrultusunda yapılan açıklamalar açık oturumda gerçekleşmiştir.
- Soru önergesini veren milletvekili Bakanın cevabı üzerine görüş beyan etme hakkına sahiptir (TBMMDN, m. 155). “İzahat talebi”nde kimseye söz hakkı verilmemektedir.

## 2. İstizah (Gensoru) ile Farkı

İstizah / gensoru ile “izahat talebi” arasındaki temel farklılıklar şunlardır:

- Gensoru neticesi siyasi sorumluluk (istifa veya düşürülme) olan bir denetim yoludur. “İzahat talebi”nde herhangi bir siyasi sorumluluk söz konusu değildir.
- Gensoruda ilgili bakan veya emrindeki daire başkanlarından biri konuşabilir (TBMMDN, m. 160). “İzahat talebi”nde sadece ilgili bakan açıklama yapmaktadır.
- Gensoru önergesini veren milletvekilleri leh veya aleyhte konuşabilme hakkına sahiptir (TBMMDN, m. 160). “İzahat talebi”nde kimseye söz hakkı verilmemektedir.

## 3. Meclis Tahkikatı (Meclis Soruşturması-Meclis Araştırması) ile Farkı

“Meclis tahkikatı”, bugünkü anlamda bünyesinde hem “meclis soruşturması” hem de “meclis araştırması” olan üst bir kavram olarak kullanıldığı için her iki denetim yolu ayrı olarak ele alınmıştır.

### a. Meclis Soruşturması ile Farkı

Meclis soruşturması ile “izahat talebi” arasındaki temel farklılıklar şunlardır:

- Meclis soruşturması, bakanlar kurulunun veya bakanlardan biri hakkında, cezai veya mali sorumluluk gerektiren fiillerin meydana geldiği iddiasıyla soruşturması açılması talebidir (TBMMDN, m. 169). “İzahat talebi”nde herhangi bir sorumluluk

söz konusu olmamakta ve sonrasında herhangi bir soruşturma açılmamaktadır.

- Milletvekili olmayan bakanlar hakkında da meclis soruşturulması yapılabilir (TBMMDN, m. 171). “*İzahat talebi*”nde görevdeki bakan açıklama yapmaktadır.
- Meclis soruşturmasında hem meclis soruşturmasına gerek olup olmadığını belirlemek için hem soruşturma açılmasına karar verildiğinde komisyon oluşturulur (TBMMDN, m. 170-172). “*İzahat talebi*”nde komisyon kurulmasını gerektiren bir durum bulunmamaktadır.
- Meclis soruşturma komisyonu, dışarıdan herkesi şahit veya bilirkişi sıfatıyla dinleme yetkisine sahiptir (TBMMDN, m. 174/2). “*İzahat talebi*”nde şahit veya bilirkişi dinleme söz konusu değildir.
- Meclis soruşturması neticesinde Yüce Divana gönderilme olabilir (TBMMDN, m. 176). “*İzahat talebi*” ilgili bakanın açıklama yapmasıyla sona erer.
- Meclis soruşturması sonucu Yüce Divana gönderilen Bakanın bakanlığı düşmüş olur (1924 Tek, m. 50). “*İzahat talebi*” sonrasında ilgili bakan görevine devam eder.

## b. Meclis Araştırması ile Farkı

Meclis araştırması ile “*izahat talebi*” arasındaki temel farklılıklar şunlardır:

- Meclis araştırması teklifi, milletvekillerinden veya komisyonlardan gelebilir (TBMMDN, m. 177/2). “*İzahat talebi*”ne yönelik öneriler sadece milletvekilleri tarafından verilebilmektedir.
- Meclis araştırması bir iş hakkında doğrudan doğruya bilgilenmek isteğidir (TBMMDN, m177/1). “*İzahat talebi*”nin konusu “iç ve dış durum” şeklindedir.
- Meclis araştırmasında muhatap farklılaşabilmekteyken, “*izahat talebi*”nin muhatabı hükümettir.

- Meclis araştırmasının komisyon ve rapor aşamaları bulunmaktayken, “*izahat talebi*”nde sadece açıklama vardır.

## V. SONUÇ

Milli Mücadelenin başarıyla neticelenmesiyle, kurtuluş evresinden kuruluş evresine geçilmiştir. Devletin yeniden şekillendirilmeye başlandığı bu evrede atılan ilk adımlardan biri cumhuriyetin ilan edilmesi olmuştur. 29 Ekim 1923'te cumhuriyet ilan edilmiş, yeni rejimin “yetki haritası” için yeni bir anayasa yapımına ihtiyaç duyulmuştur. 20 Nisan 1924 tarihinde ise yeni anayasa kabul edilmiştir. 1924 Anayasasında yasama-yürütme organlarının yetki ve görevleri ayrı ayrı düzenlenmiş, bu organlarının birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen kurallar belirlenmiştir. Meclisin yürütmeyi her zaman denetleyebileceği kuralı bunlardan biridir.

1924 Anayasası hem tek-partili hem çok partili siyasi hayat dönemlerinde uygulanmıştır. Çok partili siyasi hayata geçilmesiyle birlikte, parlamentoda başta muhalefet partisi milletvekilleri olmak üzere parlamenterler, demokratik bir siyasi ortamın yürütmenin denetlenmesiyle sağlanacağını dile getirmişlerdir. Bu doğrultuda Anayasada belirtilen denetim yolları daha sık uygulanmıştır. Ancak mevcut anayasa ve içtüzük metninde yer alan denetim yolları, kontrol hususunda yeterli olmamıştır. Bu eksiklik, milletvekilleri tarafından teamül oluşturulması yoluyla aşılmaya çalışılmıştır. “*İzahat talebi*”, oluşturulan bu teamüllerden biridir.

“*İzahat talebi*”, çok partili hayata geçildikten sonra teamülen ortaya çıkan kendine özgü bir parlamenter denetim yoludur. Bu denetim yolu demokratik hayatın bir gereği olarak gelişmiştir. Parlamentosunun özellikle dış politikaya yönelik bilgi edinme gereksiniminden doğan, dış politika hususunda “ne oldu, ne yapıldı” sorularına yanıt arayan ve meclisin aydınlatılması (*tenvir*) gayesini taşıyan bu denetim yolu, demokratik adımların atılması için sadece anayasa ve içtüzüğe gerek olmadığını bize gösteren önemli bir uygulamadır. Bu denetim türünün oluşması ve uygulanması, aynı zamanda parlamentosunun siyasal anlamda bir denge ve kontrol mekanizması olarak işlev görmesinin bir örneğidir.

Söz konusu uygulama, günümüzde meclisin işlevsizleştiği şeklindeki iddialara maruz kalan parlamentomuzun geçmişinde, anayasa

Mehmet Nuri GÜZEL

ve içtüzükte yer almasa bile yürütmeyi demokratik bir şekilde denetleyebilecek olduğunun bir emsalini oluşturmaktadır.

## KAYNAKÇA

- AĞAOĞLU, Ahmet: Ahmet Ağaoğlu ve Hukuk-ı Esasiye Ders Notları (1926-1927), Boğaç Erozan (Haz.) , 1. Baskı, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.
- ARMAĞAN, Servet: Memleketimizde İçtüzükler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972.
- ARSEL, İlhan: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Kitap Cumhuriyetin Temel Kuruluşu, Mars Matbaası, Ankara 1965.
- AYDIN, Mesut: Gensoru, Orient Yayınları, Ankara 2010.
- BAKIRCI, Fahri: TBMM'nin Çalışma Yöntemi, İmge Kitapevi, Ankara 2000.
- BAŞGİL, Ali Fuat: Esas Teşkilat Hukuku, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, (Birinci Cilt, Fasikül II), Baha Matbaası, İstanbul 1960.
- CAIRD, Jack Simson: Impeachment, House of Library, Briefing Paper Number CBP7612, 6 June, 2016.
- COŞKUN, Vahap: “16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 36, Diyarbakır 2017, s.3-30.
- ÇUFALLI, Mustafa: Türk Parlamento Tarihi TBMM – VIII. Dönem (1946-1950), I. Cilt, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:146, Ankara 2012.
- ERDOĞAN, Mustafa: Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, 8. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2012.
- FAULKNER Ann E. / FRITZE Ronald H. / ROBINSON William b.: “Parliament”, in Historical Dictionary of Late Medieval England 1272-1485, Westport US: Greenwood Press 2002, s.403-410. (ProQuest ebrary. Web. 8 April 2016).
- GAZEL, Ahmet Ali: Osmanlı Meclis-i Mebusanı’nda Parlamenter Denetim (1908-1920), Çizgi Kitapevi, Konya 2007.

- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- GRANT, Moyra: UK Parliament, Edinburg GB: Edinburg University Press 2009. (ProQuest ebrary. Web. 8 April 2016.).
- GÜNEŞ, Turan: Parleментар Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:661, Nezir Akbasan Matbaası, İstanbul 1956.
- İBA, Şeref: Osmanlıdan Günümüze Meclis İçtüzük Metinleri, TBMM Basımevi, Ankara 2007.
- İBA, Şeref: Parleментар Denetim Yolları, Etkinliği ve Susurluk Örneği, Bilgi Yayinevi, Ankara 1997.
- İSLAM, Nadir Latif: Türkiyede Gensoru ve Meclis Tahkikatı, Kardeş Matbaası, Ankara 1966.
- MICELI, Vincenzo: Modern Parleментарlar, Atıf Akgüç (Çev.), Ulus Basım Evi, Ankara 1946.
- NEWTON, Kenneth, Jan V. Van DETH: Foundations of Comparative Politics, Second Edition, Cambridge University Press, New York 2010.
- ONAR, Erdal: Meclis Araştırması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:419, Ankara 1977.
- ÖZBUDUN, Ergun: 1924 Anayasası, Birinci Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.
- ÖZBUDUN, Ergun: Parleментар Rejimde Parleментарonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:171, Ankara 1962 (Parleментар Rejimde).
- ROMNEY, Matthew R.: “The Origins and Scope of Presidential Impeachment”, in Hinckley Journal of Politics, Vol 2, Spring 2000, s. 67-72.
- SAVCI, Bahri: “Parleментар Rejimli Hükümetin Unsurları”, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C.IV, S.1, 1949, s. 24-67.
- TANÖR, Bülent: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), 26. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2016.

WHITE, Hannah: Parliamentary Scrutiny of Government, Institute For Government.

T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 12 Nisan 1948 tarihli kırk altıncı Birleşimden 31 Mayıs 1948 tarihli altmış beşinci Birleşime kadar, Dönem 8, Toplantı Senesi 2, Cilt 11, T.B.M.M. Basımevi, Ankara 1948.

T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 1 Aralık 1948 tarihli on üçüncü Birleşimden 29 Aralık 1948 tarihli yirmi beşinci Birleşime kadar, Dönem 8, Toplantı Senesi 3, Cilt 14, T.B.M.M. Basımevi, Ankara 1949.

T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 22 Mayıs 1950 tarihli Birinci Birleşimden 14 Temmuz 1950 tarihli Yirmi üçüncü Birleşime kadar, Dönem 9, Toplantı Senesi 1, Cilt 1, T.B.M.M. Basımevi, Ankara 1950.

T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 3 Aralık 1951 tarihli onikinci Birleşimden-26 Aralık 1951 tarihli yirmikinci Birleşime kadar, Dönem 9, Toplantı Senesi 2, Cilt 11, TBMM Basımevi, Ankara 1952.

T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 7 Ocak 1952 tarihli Yirmi üçüncü Birleşimden 30 Ocak 1952 tarihli Otuz üçüncü Birleşime kadar, Dönem 9, Toplantı Senesi 2, Cilt 12, T.B.M.M. Basımevi, Ankara 1952.

T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 2 Mayıs 1952 tarihli altmış yedinci Birleşimden 30 Mayıs 1952 tarihli yetmiş sekizinci Birleşime kadar, Dönem 9, Toplantı Senesi 2, Cilt 15, T.B.M.M. Basımevi, Ankara 1952.

T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 4 Ocak 1954 tarihli Yirmi dördüncü Birleşimden 29 Ocak 1954 tarihli Otuz beşinci Birleşime kadar, Dönem 9, Toplantı Senesi 4, Cilt 27, T.B.M.M. Matbaası, Ankara 1954.

T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 1 Haziran 1956 tarihli Yetmiş birinci İnikattan 29 Haziran 1956 tarihli Seksen üçüncü İnikada kadar, Devre 10, İçtima Senesi 2, Cilt 12, T.B.M.M. Matbaası, Ankara 1956.

T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 2 Mayıs 1958 tarihli Altmış Üçüncü İnikattan 21 Ağustos 1958 tarihli Seksen Yedinci İnikada kadar, Devre 11, İçtima Senesi 1, Cilt 4, T.B.M.M. Matbaası, Ankara 1958.



Mehmet Nuri GÜZEL

T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, 2 kanunuevvel 1933 tarihli sekizinci inikattan-  
28 kanunuevvel 1933 tarihli yirminci inikada kadar, Devre 4,  
İçtima 3, Cilt 19, T.B.M.M. Matbaası, Ankara 1934.

<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/simondemontfort/> (Erişim Tarihi 12.12.2018).

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211-1.htm> (Erişim Tarihi 24.07.2018).



## “İSAIAH BERLIN’LE KONUŞMALAR”

Vahap COŞKUN\*

### ÖZ

Sir Isaiah Berlin, yirminci yüzyılın en büyük siyasi düşünürlerinden biriydi. Onun felsefesinin merkezinde iki kavram vardı: Değer çoğulculuğu ve negatif özgürlük. Bu iki kavram, totalitarizm karşılığında buluşuyordu. Bu itibarla çoğulculuğa ve negatif özgürlüğe dayanan Berlin perspektifinin, kendi döneminde yükselen totalitarizme karşı Batı liberalizminin savunusu olduğu söylenebilir. İranlı felsefeci Ramin Jahanbegloo, ölümünden kısa bir süre önce Berlin ile bir dizi söyleşi yaptı. Bu söyleşiler sonradan kitaplaştırıldı. Kitapta Berlin, düşünce dünyasında iz bırakmış birçok düşünür ve siyasetçi hakkındaki görüşlerini paylaşıyor. Tarihin yönüne tesir eden önemli olayları analiz ediyor. Her soruya, farklı aktör ve boyutları gözeterek sakin ve ağırbaşlı bir tavırla cevap veriyor. Ezcümle bu kitap, bir bütün olarak Berlin’in hem hayatının hem de düşüncelerin daha yakından tanınmasını sağlıyor. Bu yazıda, bu mühim kitabı tanıtmaya çalışacağız.

**Anahtar Kelimeler:** Çoğulculuk, Negatif Özgürlük, Pozitif Özgürlük, Liberalizm, Totalitarizm.

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [vahapcoskun@gmail.com](mailto:vahapcoskun@gmail.com), ORCID ID: 0000-0003-3478-2146.  
Makalenin Gönderim Tarihi : 05.09.2019.  
Makalenin Kabul Tarihi : 20.11.2019.

## “CONVERSATIONS WITH ISAIAH BERLIN”

### ABSTRACT

Sir Isaiah Berlin was one of the greatest political thinkers of the twentieth century. There were two concepts at the heart of his philosophy: Value pluralism and negative freedom. These two concepts were meeting in opposition to totalitarianism. Therefore, it can be said that the Berlin perspective based on pluralism and negative freedom was the defense of Western liberalism against rising totalitarianism in his own period. Iranian philosopher Ramin Jahanbegloo had a series of interviews with Berlin shortly before his death. These interviews were subsequently published in a book. In this book, Berlin shares his views on many thinkers and politicians who left their mark on the world of thought. He analyzes the important events which affected the course of history. And he answers every question in a calmly and dignifiedly, consider different actors and dimensions. In short, this book provides a better understanding of both Berlin’s life and ideas as a whole. In this article, we will try to introduce this important book.

**Keywords:** Pluralism, Negative Freedom, Positive Freedom, Liberalism, Totalitarianism.

### I. GİRİŞ

Sir Isaiah Berlin, yirminci yüzyılın en büyük siyasi düşünürlerinden biriydi. Fikirlerinin merkezinde “ahlaki çoğulculuk” düşüncesi yatmaktaydı. Galston, Berlin’in iki sütuna dayalı bir liberalizm anlayışının önde gelen bir temsilcisi olduğunun altını çizer: Değer çoğulculuğu ve negatif özgürlük. Berlin felsefesinde değer çoğulculuğu “*harici bir zorlama veya sınırlama ile engellenmeksizin birbiri ile rekabet halinde olan veya değerli hayat tarzları arasından insanların kendileri için bir tercihte bulunmasını*” ifade ediyordu.<sup>1</sup>

Negatif özgürlük ise, özünde, bireyin bir dış baskıya maruz kalmamasını anlatıyordu. Özgürlük çok güçlü ve cezbedici bir kavramdı, tarihin her dönemine nüfuz etmiş ve çok çeşitli anlamlara bürünmüştü.

---

<sup>1</sup> William A. Galston; Liberal Çoğulculuk, Çeviren: Zeynel Abidin Kılınç, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2012, Sakarya, s. 62.

Özgürlüğün bütün anlamlarını incelemenin olanağı yoktu; bu yüzden Berlin bu anlamlardan sadece ikisinin -"negatif" ve "pozitif" özgürlüklerin- üzerinde durdu. Ona göre negatif özgürlük, bir özne, eylemlerine hiçbir kimse veya grup tarafından müdahale edilmediği oranda özgür olabilirdi.

*"Bu anlamda siyasi özgürlük, bir kimsenin, başkaları tarafından engellenmeden içinde hareket edebildiği alandan ibarettir. Aksi halde yapabilecek olduğum şeyi yapmaktan başkaları tarafından alıkonursam, o ölçüde özgür değilimdir; ve eğer bu alan başkaları tarafından belli bir asgari düzeyin altına indirilirse, cebre maruz kalmış veya köleleştirilmiş olarak tanımlanabilirim."*<sup>2</sup>

Özgürlüğün pozitif anlamına gelince, bu, "bireyin kendisinin efendisi olma isteğinden" kaynaklanıyordu. İlk bakışta kişinin kendisinin efendisi olmasından kaynaklanan pozitif özgürlük ile kişinin dilediği gibi tercihte bulunmaktan başkalarınca alıkonulmamasından oluşan özgürlük arasında ciddi bir fark olmadığı düşünülebilirdi. Ancak Berlin'e göre, bu iki özgürlük anlayışı tarihsel olarak çatışmaya girecek kadar farklı istikametlerde gelişmişlerdi.<sup>3</sup> Zira müdahaleye kapı açan, bir kurtuluş ideolojisi olarak kullanılmaya müsait olan ve kendilerinin iyilikleri için insanları zorlamayı meşrulaştıran yapısıyla pozitif özgürlük, toplumu tekçiliğe mahkum edebilir ve otoriter ya da totaliter bir düzenin payandası olarak kullanılabilirdi.

Dolayısıyla Berlin'in liberal tasavvurunda, çoğulculuk ile negatif özgürlük kavramları arasında sıkı bir bağ vardı. İki kavramı birbirine bağlayan, totalitarizm karşıtlığıydı. "Totalitarizm çoğulculuğun anti-tezidir. Negatif özgürlükten uzaklaştığımızda yüzleşmek zorunda olduğumuz toplumsal ve düşünsel vasat da çoğulculuğun anti-tezi, dolayısıyla totalitarizmdir."<sup>4</sup> Denilebilir ki çoğulculuk ve negatif

---

<sup>2</sup> Isaiah Berlin, İki Özgürlük Kavramı, Liberal Düşünce, Çeviren: Mustafa Erdoğan, Cilt 12, No 45, Kış-Bahar 2007, s. 62.

<sup>3</sup> Berlin, s. 69-70.

<sup>4</sup> Armağan Öztürk; Isaiah Berlin Düşünüşünde Özgürlüğün Sınırları, Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, Cilt 10, Sayı 2, Yaz 2017, s. 162.

özgürlük üzerine oturan Berlin düşüncesi, kendi döneminde yükselen totalitarizme karşı Batı liberalizminin savunusu niteliğindedir.<sup>5</sup>

İranlı felsefeci Ramin Jahanbegloo, düşünce tarihinde derin bir iz bırakan Berlin ile ölümünden on yıl kadar önce bir söyleşi yaptı. Söyleşi ilgi çekince yayınevi Jahanbegloo’dan söyleşilere devam etmesini istedi. Jahanbegloo da Berlin ile birkaç kez daha buluştu, uzun uzadıya sohbetler etti ve bunlar nihayetinde bir kitap olarak yayımlandı.

“Isaiah Berlin ile Konuşmalar” adını taşıyan kitap, okurların hem Berlin’in hayatına daha yakından nüfuz etmesini hem de düşünce, siyaset ve edebiyat dünyası içinde keyifli bir yolculuğa çıkmasını sağlıyor. Berlin, derin bir vukufiyetle kendi yaşadıkları dönemlere ve daha sonrasına damga vurmuş düşünürleri, yazarları ve siyasetçileri süzgeçten geçiriyor. Temel felsefesine uygun olarak bir kesinlik iddiası taşımadan onlara ilişkin görüşlerini paylaşıyor ve kışkırtıcı sorulara ilham verici cevaplar veriyor. Bu yazıda söz konusu kitaba biraz yakından bakmaya çalışacağız.<sup>6</sup>

## II. RUSYA’DAN İNGİLTERE’YE: YABANCI AMA YERLİ

Berlin, 1909’da Letonya’nın Riga kentinde doğdu. Babası bir kereste tüccarıydı. Ailesi 1916’da Petrograd’a yerleşti. 1917 Ekim Devrimi’nden sonra akrabalarından hiçbiri idam edilmedi, hatta tutuklanmadı. Kendi ifadesiyle “*terör, her tarafta*” idi ama onun ailesine ulaşmamıştı. Birçok kişinin terör eylemlerinin ve yargısız infazların kurbanı olduğu, sosyal ve ekonomik yoksunlukların insanların belini büktüğü karışık bir dönemdi. Fakat onun ailesine özel bir baskı uygulanmamıştı.

Babası, iki yıl boyunca, devrimcilerle çalıştı. Fakat artık tahammülünün tükendiği bir noktada, fanatik bir hayranı olduğu İngiltere’ye göçmeye karar verdi. Aile, Rusya’dan ayrılırken de herhangi

---

<sup>5</sup> Andrew Heywood, *Siyaset, Liberte Yayınları, Çevirenler: Bekir Berat Özipek ve diğerleri, Editör: Buğra Kalkan, 2006, Ankara, s. 174.*

<sup>6</sup> Isaiah Berlin; *Isaiah Berlin’le Konuşmalar, Söyleşi: Ramin Jahanbegloo, Çeviren: Zeynel Kılınç, Yapı Kredi Yayınları, 2009, İstanbul. (Metinde parantez içinde verilen sayfa numaraları bu kitaba aittir.)*

bir problem yaşamadı. Londra'ya geldiğinde küçük bir çocuk olan İsaiah'ın çok az bir İngilizcesi, iyi bir Rusçası vardı. Rus klasikleri okuyarak Rusçasını hep diri tuttu. Öyle ki daha sonraları Rusya'yı ziyaret ettiğinde Rusçayı çok rahatlıkla konuştuğundan insanlar onun oranın yerlisi olduğunu sanırlardı.

“Yabancı olmak ama yerli sayılmak” Berlin'in mühim özelliklerinden biriydi. Rusya'da içeriden biri olarak görülürdü, İngiltere'de. Judt, bu meyanda Berlin'in benzersiz olduğunu söyler. *“Elbette Yahudi ve yabancıydı ama tam içeriden biriydi. İngiliz kültür camiasında egzotik olarak görülmekteydi, ama sistemin bütünleştirme işlevinin ve yetisinin örnek kanıtı sayılması da tam bu yüzdendi... Berlin kuşkusuz başarılı bir bütünleşmenin seçkin bir örneğiydi.”*<sup>7</sup>

Berlin, bursla Oxford'da okudu. Talebeliğinin Oxford'u siyasi faaliyetlerin yoğunlaştığı bir mekân değildi. Oxford'da *“takipçileri ve muhalifleri olan siyasi, toplumsal ve estetik fikirlerin ateşli savunucusu entelektüellere”* rastlamadı ama onlarla üniversiteden ayrıldıktan sonra tanıştı. Oxford'daki öğreniminin, kendisinin siyasi ve felsefi yöneliminin şekillenmesinde ağırlıklı bir rolü olduğu kanısını taşııyordu. Ancak Oxford'daki bir olayın hayatını etkilediğini kabul ediyordu. Oxford'un dekanlarından H.A.L. Fisher, sıradan okurlar için popüler kitaplar çıkaran bir yayınevinin editörüydü. Karl Marx üzerine bir kitap yazması için çok sayıda kişiye teklifte bulunmuştu. Hepsi reddetmişti. O da son olarak Berlin'in kapısını çalmıştı.

Marx'a özel bir ilgisi yoktu Berlin'in. Fakat ona göre Marksizm önemini kaybetmeyecekti. Ayrıca eğer Marx üzerine bir kitap yazmazsa bir daha Marx'ı okumayacağını da düşünüp teklifi kabul etti. Marx'ı okumak için kendini zorladı, Marx ve Marksizm üstüne hummalı bir şekilde çalışmaya başladı. *“Zeitgeist bana da ulaştı”* der Berlin, *“Karl Marx üzerine bir kitap yazdım ki hala bulunabilmesi benim için sürprizdir.”*(s. 28)

---

<sup>7</sup> Tony Judt; Yirminci Yüzyıl Üzerine Düşünceler, Çeviren: Nurettin Elhüseyni, Yayıncı Kredi Yayınları, 2013, İstanbul, s. 72.

### III. BİR DİPLOMAT OLARAK BERLİN

Berlin, İkinci Dünya Savaşı sırasında Washington ve Moskova’da İngiltere Dışişleri Bakanlığı için çalıştı. Dünya savaşın ateşle kavrulurken Washington “*utanç verecek ölçüde konforlu*” bir şehirdi. Moskova ise ilginç bir yerdi. “*Hiçbir şey hakkında hiçbir şey açıklamayan memurların*” olduğu bu başkentte, Anna Ahmatova ve Boris Pasternak gibi muhalif yazarlarla tanıştı. Pasternak ile dostluk kurdu, haftada bir onu ziyaret etti. Ahmatova ile ise sadece iki kez görüşebildi. Bunu yaşamının “*en büyük imtiyazlarından ve en çok heyecan veren tecrübelerinden biri*” saydı.

Ne var ki Berlin ile olan muhabbet her iki yazarın da hayatını daha zorlaştırdı. 1917’den sonra Ahmatova’nın yabancı bir tek kişi ile görüşmesine izin verilmemişti. Ahmatova, dış dünya hakkında çok az bilgiye sahip olduğundan Berlin onun sorularına elden geldiğince ayrıntılı cevaplar verdi. Ahmatova’nın, İkinci Dünya Savaşı’nın bitmesinden sonra kısa süren “*yabancı cennet*”te Berlin ile görüşmesi, Stalin’i küplere bindirdi. 1948’de Komünist Parti’nin resmi ideoloğu Jdanaov, Ahmatova için “*yarı rahibe, yarı fahişe*” gibi çok ağır bir tabir kullandı. Stalin dönemi boyunca üzerinde büyük bir baskı kurulan Ahmatova’nın pek bir şey yayımlaması mümkün olmadı.

1956’da Berlin, Pasternak’ı bir kez daha ziyaret etti. Doktor Jivago’nun yazarı, onun nezdinde büyük bir şairdi. “*Size şunu söyleyeyim: İki tür şair vardı: Şiir yazdığına şiir ve nesir yazdığına nesir yazarı olan şairler, Puşkin gibi örneğin. Şiir yazdığına şiir yazan ve nesir yazdığına da şiir yazan şairler vardır. Pasternak bu ikinci kategoriye girer. Onun nesri her zaman şiirseldir, bana göre o fitraten bir nesir yazarı değildir. O büyük bir şairdir, son büyük Rus şairlerinden birisidir; üstelik romanı da büyük bir şiirsel eserdir.*” (s.35)

### IV. HOLOKOST VE BERLİN

Berlin, iktidara geldiği ilk andan itibaren Hitler’in Yahudilere büyük acılar çeiktireceğini tahmin etmişti. “*O acımasız bir iblisti, orası malum*” diyen Berlin Nazi rejiminin Yahudileri hapsedtiğini, öldürdüğünü, zulüm ettiğini biliyordu. Ancak, Yahudilere dönük dehşetli şeyler olduğunu düşünmesine rağmen 1944’ten önce sistematik bir yok etme hakkında hiçbir şey bilmiyordu. “*İngiltere’de veya Amerika’da*



*kimse bana bir şey söylemedi; okuduğum herhangi bir şeyde bunun hakkında hiçbir şey yoktu, belki de bu benim hatamdı. Bundan utanç duyuyorum... Her halükarda, ben her şeyden bihaber kalmaya devam ettim.” (s. 37).*

Doğru bilgiler edinmemesinde elçilikteki aşırı güvenli hayatın rolü olabileceğini belirtti sonradan. Ama her ne kadar kendi suçu olarak görmese de bu bihaberlikten kaynaklanan suçluluk duygusu bir ömür boyu peşini bırakmadı. Naziler onun iki dedesini, amcasını halasını ve üç kuzenini Riga’da katletmişlerdi. Yahudi katliamı hakkında yazmadı. Bu faciaya dair ne düşündüğü ona sorulduğunda verdiği yanıt düşündürücüdür:

*“Böylesine büyük bir felaket hakkında ne denilebilir? Bunun, tarihen yanlış olduğunu ispatlayan bir şey varsa o da Marx ve Engels’in sahte peygamber olduğuydu; bir de asimilasyonun umutsuz bir vaka olduğu. Hiç kimse Alman Yahudilerinden daha derin asimile edilmemişti. Alman Yahudileri, Almanlardan da Almandı; muhtemelen bazıları hâlâ öyledir. Fransız Yahudileri ciddi biçimde Fransızdı ve öyle de kaldı, fakat gerçek şudur: Bu insanlar bile böyle bir şeyin olabileceğinden hiç kuşku duymadılar... Eminim Alman Yahudilerinin böyle bir ihtimali havsalaları almazdı. Alman vatanperverlikleri çok derindi.”*

1946’da Londra’da karşılaştığı bir Alman Yahudisi, ona 1933’te Almanya’dan ayrıldığını ve İsviçre’ye yerleştiğini söyler. Berlin de kendisine *“kesinlikle daha ilginç olan Paris’e neden gitmediğini”* sorar. Adam neşeli biridir, edebiyat ve tiyatroyla çok ilgilidir. Verdiği cevap ne kadar Alman olduğunun kanıtıdır: *“Düşmanlarımızın ülkesine gitmeyi asla hayal edemem.”* Eğer bir kimse kendisinin ve halkının başına gelen onca felaketten sonra bunları söyleyebiliyorsa, Berlin, böyle birinin bundan daha fazla Alman olabilmesinin inkâr edilemeyeceğini belirtir.

## V. DOSTOVEYSKI VE BERLIN

Berlin, savaşın ertesinde tekrar akademiye döndü. 1997’de, Oxford’da hayata gözlerini yumduğu ana kadar düşünmeye, konuşmaya, yazmaya ve üretmeye devam etti. Milliyetçilik, iki özgürlük anlayışı, değerlerin/normların çeşitliliği ve kültürel çoğulculuk gibi konularda müstesna eserlere imza attı. Onu tek bir sıfatla tanımlamak zor; “siyaset bilimci”yi reddeder, “filozof”a –nasıl tanımlandığına bağlı olarak-

şüphıyla yaklaşır, “düşünce tarihçisi”ne muhtemelen daha az itiraz eder. Aslında o, bütün bunların hepsidir.

Sayfalar arasında gezinirken beni en çok çarpan mevzulardan biri, Berlin’in Dostoyevski hakkındaki muazzam analizi oldu. Dostoyevski ile başı çok hoş değildir Berlin’in, onun Rus edebiyatındaki gözdesi Turgenyev’dir. Ondan çeviriler yaptı, ona dair makaleler kaleme aldı. Ama Dostoyevski’yi çalışmadı. Bunun iki sebebi vardı: Sebeplerden biri, Dostoyevski’nin hayat felsefesini kendine yakın bulmamasıydı. Seküler biri olarak Dostoyevski’yi “aşırı dini ve aşırı ruhani” buluyordu. Diğer sebep ise, Dostoyevski’yi okuduğunda cesaretinin kırıldığını hissetmesiydi.

*“Çünkü o insana bütünüyle hükmeder. Aniden bir kâbus içinde bulur kişi kendisini, dünyası takıntılı hale gelir, tekin olmayan bir şeye döner, insan bundan kaçmak ister. Bunun hakkında yazmak istemem. Benim için aşırı güçlü, aşırı karanlık, aşırı korkutucudur. Ben iflah olmaz biçimde sekülerim. Onunkisi azizliğin cinnet sınırında olduğu bir Hristiyanlık türü.”* (s. 171).

Berlin’e göre Kafka bile Dostoyevski’den daha sempatikti. Çünkü Kafka’da her şey belli bir ironiyle tasvir edilirdi. Oysa *“Dostoyevski bir büyüteç gibidir. Eğer bir büyüteci güneşte bir parça kâğıdın üzerine tutarsanız, onu kavurur. Kâğıdın şekli bozulur. Dostoyevski’nin gerçekliğe yaptığı şey budur. Işık öylesine güçlüdür ki kâğıdı yakar. Bu, eleştirmen Mihailovski tarafından söylenmiştir ve doğrudur. Mihailovski, Dostoyevski’yi ‘zalim bir yetenek’ olarak adlandırır. Bazen de vahşidir.”* (s. 171).

## VI. BERLIN’İN SİYASET FELSEFESİ

Berlin, “bütün zamanların en kanlı dönemlerinden biri” olarak tanımladığı 20. yüzyılda yaşadı. “Mutlak doğru” iddiasındaki siyasi yönetimlerin nasıl bir cehenneme yol açtığını gördü. “Mutlaklık” karşıtı bir siyaset felsefesinin en parlak savunucularından biri olmasında bu tecrübenin önemli bir yeri olsa gerektir.

Berlin’in siyaset felsefesi, insanların birçok amaçlarının bulunduğu, bu amaçlarının çatışabileceği ve insanların bu amaçlar arasında tercih yapma hakkına sahip olduğu düşüncesine dayanıyordu. Ona göre, tek ve biricik bir doğru cevap yoktur. Toplum daimi bir

değişim içindedir (s. 13). Bir başka ifadeyle insanda ve toplumda sürekli bir hareket ve kendini gerçekleştirme hali vardır. Siyasi bir hareket/amaç ya da bilimsel bir doğru adına insanı/toplumunu durdurmak onu öldürmek anlamına gelir.

İnsanlar sürekli olarak tercihlerde bulunur ve kendilerini yeniden inşa ederler. *“Yüce iyilerin bazıları beraber yaşayamaz. Bu kavramsal bir gerçektir. Seçim yapmak zorundayız ve her seçim onanmaz bir kaybı sonuç verebilir.”* der Berlin.<sup>8</sup> Judt’a göre, *“günlük siyasi analiz ve tartışmayla en ilgili Berlinci ders, budur; yani “bütün siyasal tercihlerin somut ve kaçınılmaz bedelleri zorunlu kıldığını hatırlatmasıdır.”* Verilecek en doğru karar bile, özneyi belli seçeneklerden vazgeçmeye, belli şeyleri yapmaktan kendini mahrum bırakmaya mecbur eder. *“Hayatın diğer alanların çoğunda olduğu gibi siyasetin gerçek dünyasında bütün kayda değer kararlar sahici kazanımları ve kayıpları zorunlu kılar.”*<sup>9</sup>

Tarihte en iyi hayatın ne olduğunu ve herkes için doğru olanı bildiğini iddia eden insanlar olabilirdi. Lakin Berlin, kendisinin böyle bir imtiyaza sahip olmadığını belirtiyordu. *“Belki de hakiki bir düşünürün sihirlî gözünün idrak edeceği bir ezeli doğrular, değerler dünyası vardır; muhakkak ki bu sadece, maalesef, asla mensubu kabul edilmeyeceğim bir elite aittir.”* (s. 48).

Kendini o elitlerden biri olarak görmediğinden ebedi, değişmez, mutlak, her yerde ve herkes için doğru olan değerlerin olmadığını savunmaya devam etti. Tanrı’nın bahşettiği doğal hukuk gibi değerleri de, bilimsel ve siyasal değerler temelinde bir ütopya kurulmasını da kabul etmedi. Tarih, mutlak doğrular ve değerlere yaslanarak tek bir hat üzerinde ilerlemezdi. Kesinlikler tarihe işlemezdi. Tarih, kişisel özelliklerle, tesadüflerle, kırılmalarla, gel-gitlerle şekillenirdi. Dolayısıyla, tarihi *“ciddi sapmaların olamayacağı bir otoban olarak görmek için hiçbir neden”* yoktur (s. 49).

Ona göre, toplumların akli yoluyla tek bir doğruya yönlendirilmesi ya da mecbur edilmesi facialara davetiye çıkarmak anlamına gelir. Çünkü her toplum, kendi tecrübesinden süzülen farklı

<sup>8</sup> Aktaran: John Rawls; Siyasal Liberalizm, Çeviren: Mehmet Fevzi Bilgin, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007, İstanbul, s. 232.

<sup>9</sup> Judt, s. 214.

değerler ve normlar geliştirebilirdi. Değerlerin ve normların çelişmesi ise, normal olduğu kadar yararlıdır.

## VII. BERLİN’İN İNSAN HAKLARI YAKLAŞIMI

İnsan haklarını bu çerçevede nereye koymak gerekirdi? Zira insan hakları, evrensel bir inanç üzerine bina edilir. Berlin, evrensel değerlerin olduğunu ve insan haklarının da evrensellik inancına dayandığını kabul ediyordu. *“Evrensel değerler vardır. Bu insanoğluna dair ampirik bir olgudur. Birçok yerde ve durumda, neredeyse her dönemde, insanların çok büyük çoğunluğunun, gerek bilinçli ve açıktan olsun, gerek davranışlarında, tavırlarında ve eylemlerinde ortaya konulmuş olsun bilfiil ortak olduğu değerler vardır.”* (s. 52).

Berlin, insan haklarına inanıyordu; onun inanmadığı bunun değiştirilemez bir listesinin ya da çerçevesinin olduğuydu. Çünkü ortak değerler olduğu kadar *“diğer taraftan büyük farklılıklar da vardır.”* Berlin’in insan haklarına inancının temelinde, insanların birbiriyle yaşayabilmesinin *“uygun”*, hatta katlanılabilir tek yolunun bu olduğu düşüncesi yatıyordu.

*“Eğer bana uygun nedir diye sorarsanız, şunu söyleyebilirim: Şayet insanlar birbirlerini yok etmek istemiyorlarsa, demokrasi, onların benimsemeleri gerektiğini düşündüğümüz tek hayat biçimidir. Bunlar genel doğrulardır, fakat bazı değiştirilemez şeyler var, demek değildir. Değişime karşı hiçbir garanti veremem.”* (s. 121).

Daha açık belirtmek gerekirse; Berlin, insan haklarına itiraz etmiyordu; onun itiraz ettiği, a priori doğal haklara dayanan bir insan hakları anlayışıydı.

*“A priori doğal haklar listesini reddediyorum. İnsan haklarına hararetle inanıyorum; bu, bizim hepimizin kabul ettiği daha başka birçok şeyin sonucudur, fakat a priori ispat edilebilir değildir. Elbette, davranış ve insan faaliyetinin genel ilkelerinin var olduğunu, onlar olmaksızın asgari düzeyde düzgün bir toplumun olamayacağını inkâr etmiyorum. Bana düzgünden neyi kast ettiğimi sorma. Düzgünden, düzgünü kastediyorum. Hepimiz bunun ne olduğunu biliyoruz. Fakat eğer bana bir gün farklı bir kültüre sahip olacağımızı söylerseniz, aksini ispatlayamam.”* (s. 121).

Bir söyleşisinde Berlin, her düşüncenin mutlak sınanması gerektiğinin altını çizer. Zira düşüncelerin testten geçmediği toplumların giderek katılaştığını ve inançların doğmaya dönüşeceğini söyler. Böyle toplumlarda “*hayal gücü yoldan sapar, zekâ kısırlaşır ve bunun sonucunda toplumlar çürür.*”<sup>10</sup>

Berlin’i değerli kılan en önemli özelliği, zannımca, hakikatin anahtarını elinde tuttuğunu düşünen, herkes için en iyinin bilgisinin kendinde olduğuna inanan birilerinin içinde yaşadığı topluma ve tüm insanlığa ne kadar büyük bir zarar vereceğini çok güzel resmetmesidir. Özetle şunu der Berlin:

Eğer bir kişi, parti ya da hareket, tek doğru yolun, tek doğru siyasetin ve tek doğru çözümün kendi yolu, kendi siyaseti ve kendi çözümü olduğuna eminse, o zaman bunu gerçekleştirmek için ödenecek hiçbir bedel ona yüksek gelmez. Nihai çözümü bildiğinden zerre kadar şüphesi yoksa her şeyi yapma hakkını kendinde bulur.

Berlin’e göre nihai çözüm fikri, hem tatbik edilebilme kabiliyetinden yoksundur hem de –dahası- saçmadır:

*“Nihai bir çözüm fikrinin bizzat kendisi, sadece uygulanamaz değil, aynı zamanda, şayet benim bazı değerlerin kaçınılmaz olarak çatıştığı şeklindeki fikrim doğruysa, saçmadır da. Nihai çözüm ihtimalinin –bu kelimenin Hitler döneminde kazandığı ürkütücü anlamı unutsak bile- bir yanılısama, hem de çok tehlikeli bir yanılısama olduğu ortaya çıkar. Zira böyle bir çözümün gerçekten mümkün olduğuna inanılırsa, o zaman elbette onu gerçekleştirmek için hiçbir maliyetin çok yüksek olamayacağına da inanılacaktır. İnsanlığı sonsuza dek adil, mutlu ve yaratıcı ve ahenkli kılmak, bunun için ödenecek hangi bedel çok yüksek olabilir ki? Böyle bir omlet yapmak için, şüphesiz ki kırılması gereken yumurtaların sayısının sınırı yoktur. Lenin’in, Troçki’nin, Mao’nun, bildiğim kadarıyla Pol Pot’un inancı buydu.”* (s. 17-18).

Kesin çözümün peşinde koşanların kötü niyetli ya da deli olmaları gerekmez. İnsanları bütün dertlerinden kurtarmak, sömürü ve eşitsizliği bitirmek, kardeşliği hâkim kılmak gibi halisane gayelerle yola çıkmış olabilirler. Lakin zaten sorun da budur; bu kişilerin yeryüzü

<sup>10</sup> Magee Bryan; Isaiah Berlin İle Söyleşi, <http://www.fenomen.org/felsefe-yazilari/39-felsefe-sohbetleri/114-isaiah-berlin-ile-soylesi.html> (01.09.2019).

cennetinin anahtarını cebinde taşıdıklarına duydukları sarsılmaz inançtır. Saf, temiz, pürüzsüz ve her türlü arızadan temizlenmiş doğrularının, yanlış olabileceğine ihtimal vermemeleridir. Her türlü kuşkudan azade kılınmış doğruların, “*en düşünilemeyecek sonuçlara yol açabilecek*” derecede korkunç yanlış inançlar ihtiva edebileceğini akla getirmemeleridir. Cehenneme giden yol, bu kesin inançlarla döşenir.

*“Toplumun problemlerinin nihai çözümünün tek doğru yolunu bildiğim için, beşeri kervanı nereye sürmem gerektiğini de biliyorum ve siz benim bildiğim şeyi bilmediğiniz için, şayet amaç gerçekleştirilecekse, sizin en dar sınırlar içinde de seçme özgürlüğüne sahip olmanıza izin verilemez. Siz belli bir politikanın sizi daha mutlu veya özgür yapacağını veya nefes almanız için daha fazla alan sağlayacağını düşünüyor olabilirsiniz; fakat ben biliyorum ki siz yanılıyorsunuz. Ben sizin ihtiyacınız olan şeyi, tüm insanların ihtiyacı olan şeyi biliyorum ve eğer cehalet veya kötü niyetten kaynaklanan direnme varsa, o zaman bu yok edilmeli, üstelik milyonları ebediyen mutlu kılmak için yüzbinler telef olmak zorunda kalabilir. Bilgi sahibi olan bizler, hepsini feda etmeye gönüllü olma dışında hangi tercihe sahibiz?” (s. 18).*

## VIII. SONUÇ YERİNE: “SON LİBERAL”

Berlin düşüncesinde eleştiri merkezi bir önem taşır. İnsan haklarının, liberalizmin ve demokrasinin yaşaması ve gelişmesi için eleştiri bir olmazsa olmaz niteliğindedir. Çok istisnai durumlar hariç eleştirinin yasaklanması veya eleştiri alanının daraltılması fanatizmin ve totalitarizmin yükselmesine uygun bir zemin oluşturur.

*“Benim gibi, demokrasiye veya insan haklarına veya liberal devlete inanan hiç kimse eleştiriye olan vazgeçilmez ihtiyacı inkâr edemez. Topyekûn kaos veya felaketi önlemek için fikir birliğine gerek duyulan umutsuz durumlar hariç, eleştiriye yasaklayan veya kısıtlayan herhangi bir rejim, totalitarizme veya başka bir tür fanatizme doğru yol alıyor demektir. Bu, apaçık bir durumdur, malumun ilamıdır.”*

Jahanbegloo “Son Liberal” başlıklı sunuş yazısında, Berlin’e müracaat etmenin “*modern dünyada kamusal alanda siyasi karar alma kapasitemizi anlama arayışımızda, güvenilir bir rehberle sahip olmak*” manasına geldiğini söyler. Bu güvenilir rehber, 1997’de dünyadan ayrıldı. Ancak onun kesin çözümlerden, büyük davalardan ve devrim çağrılarından uzak durulması gerektiğini söyleyen sesine, bilhassa liberal

Vahap COŞKUN

değerlerin ıskartaya çıkarılmaya çalıŐıldıęı buğünün dünyasında, çok daha fazla kulak kabartmak gerekiyor.

## KAYNAKÇA

- Berlin Isaiah; Isaiah Berlin’le Konuşmalar, Söyleşi: Ramin Jahanbegloo, Çeviren: Zeynel Kılınç, Yapı Kredi Yayınları, 2009, İstanbul.
- Berlin Isaiah; İki Özgürlük Kavramı, Liberal Düşünce, Çeviren: Mustafa Erdoğan, Cilt 12, No 45, Kış-Bahar 2007.
- Galston William A.; Liberal Çoğulculuk, Çeviren: Zeynel Abidin Kılınç, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2012, Sakarya.
- Heywood Andrew; Siyaset, Liberte Yayınları, Çevirenler: Bekir Berat Özipek ve diğerleri, Editör: Buğra Kalkan, 2006, Ankara.
- Judt Tony; Yirminci Yüzyıl Üzerine Düşünceler, Çeviren: Nurettin Elhüseyni, Yapı Kredi Yayınları, 2013, İstanbul.
- Magee Bryan; Isaiah Berlin İle Söyleşi  
<http://www.fenomen.org/felsefe-yazilari/39-felsefe-sohbetleri/114-isaiah-berlin-ile-soylesi.html> (01.09.2019)
- Öztürk Armağan; Isaiah Berlin Düşünüşünde Özgürlüğün Sınırları, Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, Cilt 10, Sayı 2, Yaz 2017.
- Rawls John; Siyasal Liberalizm, Çeviren: Mehmet Fevzi Bilgin, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007, İstanbul.



**ÖZEL HUKUK**



## İCRA VE İFLÂS KANUNU İLE ALMAN ACİZ KANUNU BAKIMINDAN İFLÂS KURALLARININ AMACININ DEĞERLENDİRİLMESİ

M. Kâmil YILDIRIM\*

Yakup ORUÇ\*\*

### ÖZ

İflâs kurallarının amacı, borçlunun ekonomik durumunun düzeltilmesi imkânının olması, borçlunun içine düştüğü ekonomik sıkıntıların zamanında fark edilip buna karşı lüzumlu tedbirlerin vakitlice alınması ya da alacaklıların borçlunun malvarlığı ile bu alacaklarına kavuşmasının halen mümkün olması halinde iflâsın meydana gelmesinin önüne geçilmesidir. Bu hallerin aksinin gerçekleşmesi ve iflâsın meydana gelmesi halinde ise borçlunun ve alacaklıların menfaatleri arasındaki denge muhafaza edilerek, müflisin haczedilebilir

---

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [kamilyildirim@marmara.edu.tr](mailto:kamilyildirim@marmara.edu.tr), ORCID ID: 0000-0002-1427-5529.

\*\* Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: [yakup.oruc@marmara.edu.tr](mailto:yakup.oruc@marmara.edu.tr), ORCID ID: 0000-0002-1314-1684.

Makalenin Gönderim Tarihi : 08.04.2019.

Makalenin Kabul Tarihi : 06.05.2019.

Bu çalışma, Arş. Gör. Yakup ORUÇ'un, Prof. Dr. M. Kâmil YILDIRIM danışmanlığında tamamlamış olduğu doktora tezinden üretilmiştir.

mallarının belirli bir tasfiye çerçevesinde satılması ve iflâs alacaklılarının mümkün mertebe en fazla ve eşit şekilde tatmin edilmesine imkân verilmesidir. Çalışmamızda iflâs kurallarının amacı klasik (geleneksel) anlayış ve yenilikçi anlayış şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutulup ilgili yaklaşımların İcra ve İflâs Kanunu ve Alman Aciz Kanunu bakımından değerlendirilmesine çalışılacaktır. Bu bağlamda Türk hukuku bakımından mehzaz niteliğinde olan İsviçre hukukunun ilgili hükümleri de kısmen değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** İflâs, İflâsın amacı, Geleneksel anlayış, Yenilikçi anlayış, Aciz, Devrederek iyileştirme, Aciz planı, İflâs tasfiyesi, Yapılandırma.

## EVALUATION OF THE AIM OF BANKRUPTCY RULES IN VIEW OF ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY CODE AND GERMAN INSOLVENCY CODE

### ABSTRACT

The primary aim of the bankruptcy rules is to prevent the occurrence of the bankruptcy of the debtor if there is an option to ensure the economic recovery of the debtor, the economic distress of the debtor to be noticed in time and the necessary measures are taken in a timely manner or if it is still possible to pay the debts without following the bankruptcy procedure. In case of the occurrence of the contrary and bankruptcy, the balance between the interests of the debtor and the creditors shall be maintained, the assets of the bankrupt shall be sold within a certain liquidation and the creditors shall be satisfied as much as possible and equally. In this study, the aim of bankruptcy rules will be classified as classical (traditional) and innovative doctrine, and the related approaches will be evaluated in terms of Enforcement and Bankruptcy Code and German Insolvency Code. As approaching Turkish law, Swiss law which is the referring law will be partially considered.

**Keywords:** Bankruptcy, The Aim of Bankruptcy, Classical (Traditional) Doctrine, Innovative Doctrine, Insolvency, Economic Recovery via Making Over, Insolvency Plan, Bankruptcy Liquidation, Debt Restructuring.

### I. GİRİŞ

İflâs müessesesini ve bu müessesenin önemli bir parçasını teşkil eden ve alacaklıların alacaklarına kavuşması merhalelerini tazammun

eden iflâs tasfiyesini anlayabilmek için bunun amacı üzerinde durmak gerekir.

İflâs hukuku kurallarının uygulanması ve yorumlanmasında iflâs kurallarının amacı daima göz önünde bulundurulmalıdır. İflâs tasfiyesinin merkezi organ olan<sup>1</sup> ve temel görevi tasfiyeyi yürütmek olan iflâs idaresi de ancak iflâs kurallarının amacına uygun hareket etmesi noktasında kendisine düşen görevi bihakkın yerine getirmiş olacaktır. İflâs idaresinin görev ve yetkilerine ilişkin hükümler esasında bu amacın gerçekleştirilmesi gayesine yöneliktir. Bununla birlikte iflâs idaresinin hukukî niteliğinin<sup>2</sup> belirlenmesinde de iflâs kurallarının amacı yardımcı bir niteliği haizdir<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Bork, Reinhard, Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Auflage, Mohr Siebeck, 2014, s. 28, Kn. 60; Mohrbutter, Harro / Ringstmeier, Andreas, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2015, s. 218; Hänzi, Brigit, Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht Beitrag zur Bestimmung ihrer Rechtsstellung und kurze Darstellung ihres Aufgabenbereiches, Schulthess Polygraphischer Verlag Ag, Zürich 1979, s. 15; Höfliger, Martin, Die ausseramtliche Konkursverwaltung nach SchKG, Diss., Freiburg 1987, s. 10.

<sup>2</sup> İflâs idaresinin hukukî niteliğine ilişkin muhtelif görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar; iflâs idaresinin, alacaklıları (alacaklılar birliğini) temsil ettiğini savunan görüş, müflisi temsil ettiğini savunan görüş, bazen alacaklıları bazen de müflisi temsil ettiğini savunan görüş, iflâs masasının kanunî temsilcisi (organi) olduğunu ileri süren görüş, tarafsız (nötr) davrandığını savunan görüş ve resmi organ olduğunu (resmi organ teorisi) ileri süren görüş şeklinde tasnif edilebilir. İflâs idaresinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. MünchKomm-InsO / Ott / Vuia, § 80, Kn. 20 vd.; Windel, in Jaeger, InsO, 1. Auflage 2007, § 80, Kn. 11 vd.; Braun-InsO/Kroth, § 80, Kn. 18 vd.; Baur, Fritz/ Stürner, Rolf, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs und Vergleichsrecht, Bd. II Insolvenzrecht, 12. Auflage, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 1990, s. 140 vd.; Kübler / Prütting / Bork, InsO / Lüke, § 80, Kn. 32 vd.; Schoch, Hans, Die juristische Natur der Pfändung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs, Diss., Zürich, 1940, s. 79 vd.; Hänzi, s. 31 vd.; Yılmaz, Ejder, İflâs İdaresi, Ankara 1976, s. 27 vd.; Deren-Yıldırım, Nevhis, Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 106 vd.

<sup>3</sup> Zira birazdan detaylı olarak değinileceği üzere, iflâs kurallarının klasik (geleneksel) amacı, borçlunun ve alacaklının menfaatleri arasındaki

İflâs hukuku, ekonomik hayatın bir parçasını teşkil eder. Ekonomik hayatın düzen içinde işlemesi, ülkelerin istikrarı ve toplumların refah içerisinde yaşaması için oldukça önemlidir. Nitekim ekonomik bağımsızlığın olmadığı ve gelir düzeyinin düşük olduğu ülkelerde insanlar maddî ve manevî olarak kişiliklerini geliştiremeyecek ve bunun sonucunda adaletsiz düzen tasavvuruyla sosyal barış sağlanamayacaktır. Sosyal barış ve toplumsal düzenin<sup>4</sup> olmadığı yerde ise fikirlerin gelişim göstermesi ve neticesinde sağlıklı bir toplumun teşekkül etmesi oldukça güçtür. Buna binaen ekonomik düzenin sağlam bir şekilde işleyişi ve istikrar her devlet için önem arz eder. İflâs, vücuda getirdiği ağır neticeleri ile toplumun sosyal yapısına ve özellikle ekonomik düzenine olumsuz yönde tesir eden ve çoğu durumda genel inanç ve güveni zedeleyen sosyal bir hastalık olup; iflâsın hukukî sonuçları nazara alındığında, bu kurumun iyi veya kötü şekilde işletilmesi neticesinde ortaya çıkacak olan fayda veya zarar sadece alacaklıların ve borçlunun menfaatlerini değil aynı zamanda genel menfaatleri (kamu menfaatlerini) de ilgilendirecektir<sup>5</sup>. Devlet, genel menfaatleri temin etmek bakımından hukukî barışı gerçekleştirmekle yükümlüdür. Hukukî barış da her bireyin, (kendi) taleplerinin yerine getirilmesine ve ayrıca ekonomik olarak çöküş yaşayan borçlunun hukukî ilişkilerinin düzenli bir şekilde tasfiye edilmesinin gerçekleştirilmesine kanuni olarak düzenlenen bir usûl içinde inanabilmesiyle mümkün olacaktır<sup>6</sup>.

Kanun koyucu bunun önemine binaen özellikle ekonomik yaşam için önemli olan hususlarda hükümler koyarken dikkatli davranmaktadır. Devlet, tasfiyenin şekil ve yöntemini belirleyen iflâs kurallarını

---

dengeyi muhafaza edilerek, müflisin haczedilebilir mallarının belli bir tasfiye çerçevesinde satılması ve iflâs alacaklılarının mümkün mertebe en fazla ve eşit bir şekilde tatmin edilmesine imkân vermesi cihetiyle, iflâs idaresinin ne tek başına müflisin ne de tek başına alacaklıların temsilcisi olduğu görüşünü haklı çıkarır.

<sup>4</sup> Toplumsal düzen İcra ve İflâs Hukuku'nun da felsefesini ve amaçlarını belirler (Umar, Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 36).

<sup>5</sup> Erman, Eyüp Sabri, İflâs İdaresi, Nitelikleri, Seçim ve Çalışma Tarzı, Adalet Dergisi, C. 65, 1974, s. 864.

<sup>6</sup> Reischl, Klaus, Insolvenzrecht, 3. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2014, s. 1, Kn. 5.

oluştururken de ekonomik düzeni göz ardı etmez zira bu kurallarla ekonomik yapı da bir cihette Devlet tarafından şekillendirilmiş olacaktır. İflâs ile ilgili getirilen düzenlemeler bu yönüyle ticari hayatın ve dolayısıyla ekonomik yaşamın muntazaman işlemesi ile doğrudan ilgili düzenlemelerdir. Bu açıklamalar ışığında iflâs kurallarının amacı genel hatlarıyla şu şekilde izah edilebilir:

İflâsın kurallarının amacı; borçlunun ekonomik durumunun düzeltilmesi imkânının olması, borçlunun içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılarının zamanında fark edilip buna karşı lüzumlu tedbirlerin vakitlice alınması ya da alacaklıların borçlunun malvarlığı ile bu alacaklarına kavuşmasının halen mümkün olması halinde<sup>7</sup>, iflâsın meydana gelmesinin önüne geçilmesi diğer bir ifade ile iflâsın önlenmesidir<sup>8</sup>. Bu hallerin aksinin gerçekleşmesi ve iflâsın meydana gelmesi halinde ise, borçlunun ve alacaklının menfaatleri arasındaki dengenin muhafaza edilerek, müflisin haczedilebilir mallarının belli bir tasfiye çerçevesinde satılması ve iflâs alacaklılarının mümkün mertebe en fazla ve eşit bir şekilde tatmin edilmesine imkân verilmesidir<sup>9</sup>.

İlgili amaçlar dikkate alındığında iflâs kurallarının, alacaklıların mümkün mertebe en fazla ve eşit şekilde tatmini ile alacaklıların menfaatlerine hizmet etmesi söz konusu iken, bu kurallar içerisinde yer alan bazı araçlarla iflâsın meydana gelmesinin önüne geçilmesi dolayısıyla borçlunun/müflisin menfaatlerine hizmet etmesi (diğer bir ifade ile borçlunun mevcudiyetinin korunması) söz konusu olacaktır<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Başözen, Ahmet, İflâsın Ekonomik Analizi, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C. 2, S. 4, Y. 2006, s. 935.

<sup>8</sup> Yıldırım, M. Kâmil / Deren-Yıldırım, Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 345.

<sup>9</sup> Berkin, Necmeddin M., İflâs Hukuku, İstanbul 1972, s. 16; Postacıoğlu, İlhan E., İflâs Hukuku İlkeleri, C: I. İflâs, İstanbul 1978, s. 5; Deren-Yıldırım, Nevhis, İflâsın Hukukî Mahiyeti, İHFM, C. 54, S: 1-4, 1994, s. 331; Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 345; Deliduman, Seyithan, İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Ankara 2002, s. 19; Başözen, Ahmet, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005, s. 7; Başözen, Ekonomik Analiz, s. 934.

<sup>10</sup> Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden, İflâs Hukukunda Takas, 2013, s. 30 vd.

Bu açıklamalar ışığında iflâs kurallarının klasik (geleneksel) anlayış ve yenilikçi anlayış olarak kategorize edilebilecek iki farklı amacından bahsetmek mümkündür.

## II. İFLÂS KURALLARININ AMACININ KLASİK (GELENEKSEL) ANLAYIŞ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

İflâs hükümlerinin klasik (geleneksel) amacı, müflisin haczedilebilir mallarının satılarak, bu satıştan elde edilen para ile belirli bir plan çerçevesinde ve kuralların icap ettirdiği şekilde iflâs alacaklılarının mümkün mertebe en fazla ve eşit şekilde tatmin edilmesidir<sup>11</sup>. İsviçre hukukunda da iflâsın amacının, müflise (Gemeinschuldner) ait satılabilir bütün malvarlığı değerlerinden müflisin alacaklılarının tatmin edilmesi olduğu doktrinde ifade edilmektedir<sup>12</sup>. Külli bir icra yolu olan iflâs, iflâs açıldığı zaman mevcut olan tüm alacaklıların aynı zamanda ve maddî ve takip hukukuna ilişkin istisnalar saklı kalmak kaydıyla eşit (aynı) oranda tatmin edilmelerini gerektirir<sup>13</sup>.

İflâs kurallarının klasik amacı ekonomik yaşamın mevcudiyeti bakımından önemli olup alacaklıların eşit ve âdil bir şekilde tatmin edilmesi, ekonomik yaşamın düzgün bir şekilde işleyişinde büyük bir işlev görür. İflâs hukuku özellikle ekonomik hayata tesir etmesi cihetiyle cüzi takip hukukundan farklılıklar arz eder.

Bu açıklamalar ışığında iflâs kurallarının klasik (geleneksel) amacı Türk ve Alman hukuklarında benzer niteliği haiz olup aşağıdaki başlıklar altında değerlendirmeye tabi tutulabilir.

### A. Klasik (Geleneksel) Anlayışın Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Türk-İsviçre hukuk sistemi bakımından iki farklı takip sistemi mevcut olup bunlar; cüzi (ferdi) icra (Spezialexécution) ve külli icra

<sup>11</sup> Başözen, Ekonomik Analiz, s. 934; Krş. dn. 9.

<sup>12</sup> KUKO SchKG-Jolanta Kren Kostkiewicz / IN, Art. 197, Kn.3.

<sup>13</sup> KUKO SchKG-Kurt Stöckli/ Philipp Possa/ IN, Art. 206, Kn.1; Aynı şekilde bkz. BBI 2010 s. 6474-6475.



(Generalexekution) şeklinde kategorize edilebilir<sup>14</sup>. İflas içerisinde borçlunun sadece münferit malvarlığı değerleri tasfiyeye esas teşkil etmez; aksine iflâs, borçlunun değerlendirilebilir (satılabilir) bütün malvarlığını kapsar<sup>15</sup>. İflâs bu açıdan nihayetinde borçlu malvarlığının (bütün aktif ve pasifiyle birlikte) bütünüyle tasfiyesi anlamına gelir<sup>16</sup>. İflas açıldığı anda borçluya ait olup da borçlunun sınırsız olarak haczedilebilir bütün malvarlığı, bütün alacaklıların ortak şekilde tatminine hizmet eden bir masa teşkil eder<sup>17</sup>. Bu açıdan iflâs bir külli icra yoludur. İflas açıldığı anda, bütün alacaklılar birleşirler ve bu kolektif tasfiye usulüne iştirak ederler<sup>18</sup>.

İflas borçlunun tüm malvarlığına karşı, alacaklı taleplerinin icrasını gerçekleştirir. Alacaklıların tatmin edilmesi bununla ilkesel olarak eşit davranma ilkesine (pars conditio creditorum) göre gerçekleşir; sadece belirli alacak kategorileri lehine bazı imtiyazlar tanınmıştır<sup>19</sup>.

İflas alacaklısı borçlunun malvarlığı üzerinde herhangi bir hakka sahip değildir. İlgili alacaklı, sadece devlete ait cebri icra prosedürünün istimal edilmesine ilişkin bir talep hakkına sahip olup bu talep hakkı, tamamen veya (en azından) kısmen bir iflâs payı şeklinde borçlunun malvarlığı değerlerinden tatmin edilmesine dayanır (Versilberungsprinzip)<sup>20</sup>.

İcra ve İflâs Kanunu nazara alındığında haciz yolu ile takipte alacaklılar arasında iflâs tasfiyesinde olduğu gibi bir eşitliğin söz konusu olmadığı görülecektir. Haciz yolu ile takip, takibin muhatabı bakımından, iflâs yolu ile takipte olduğu gibi sadece tacir sıfatına sahip borçlulara karşı girişilebilen bir yol değildir. Tacir sıfatına sahip olmayan borçlular

<sup>14</sup> Spühler, Karl / Dolge, Annette, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II*, 5. Überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess 2011, § 1, Kn.1.

<sup>15</sup> Spühler / Dolge, § 22, Kn. 32.

<sup>16</sup> Amonn, Kurt / Walther, Fridolin, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, achte, vollständig überarbeitete Auflage unter Zugrundelegung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Stämpfli Verlag AG Bern. 2008, § 35, Kn. 2.

<sup>17</sup> Spühler / Dolge, § 22, Kn. 32.

<sup>18</sup> Amonn / Walder, § 35, Kn. 1.

<sup>19</sup> Amonn / Walder, § 35, Kn. 3.

<sup>20</sup> Spühler / Dolge, § 1, Kn. 3.

da haciz yolu ile takibin muhatabı olabileceklerdir. Haciz, haczi koyduran alacaklıya, bir rüçhan hakkı bahşetmez. Yani haciz koyduran alacaklının alacağını diğer alacaklardan önce alacağı hususunda bir ilke mevcut değildir<sup>21</sup>.

Haciz koyduran ilk alacaklının haczin konusunu teşkil eden malvarlığı üzerinde rehin hakkı<sup>22</sup> veya bu hakka benzer bir hakkı<sup>23</sup> da söz konusu değildir. Nitekim cüzi icrada borçlu karşısında birden fazla alacaklı olması halinde, bunların alacaklarının adaletle ve uygun şekilde teminleri için<sup>24</sup> İİK.'nin 100. ve 101. maddelerinde hacze iştirake ilişkin hükümler tanzim edilmiş ve ilgili maddelerde ilk haciz koyduran alacaklıdan sonra gelen diğer alacaklıların da bu hacze belirli şartlar dairesinde aynı derecede iştirak edebilecekleri hususuna yer verilmiştir. Kanunumuzda hacze iştirake ilişkin bu şartların getiriliş sebebi ise, haciz koyduran alacaklının haklarına daha sonra muvazaalı borç ikrarları yoluyla halel getirilmesinin önüne geçmek ve bu hakların temin edilmesinin imkânsız hale gelmesi tehlikesini bertaraf etmektir<sup>25</sup>.

Bu doğrultuda İİK.'nin hacze takipli (imtiyazsız/âdi) iştirake ilişkin 100. maddesinde, bir alacaklının önce koydurduğu hacze sonraki alacaklının iştirak edebilmesi için, iştirak edecek alacaklının elinde alacağının önceki alacaklının takibinden önce doğmuş olduğuna ilişkin

---

<sup>21</sup> Yalnızca İİK. md. 83/2'de ifade edildiği üzere, "kısmen haczi caiz olan şeyler" içerisinde yer alan maaş veya ücret hacizlerinde, birden fazla haczin söz konusu olması halinde bunların sıraya konması ve sırada önde olan haczin kesintisi bitmedikçe sonraki haciz için kesintiye geçilememesi durumu söz konusudur.

<sup>22</sup> Postacıoğlu, s. 2.

<sup>23</sup> Deren-Yıldırım, Nevhis, Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Hacze (Âdi) İştirak, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 1989, s. 8; Doktrinde Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, alacaklıların haczedilen mallar üzerinde rehin hakkına benzeyen bir hak elde ettiklerini ancak hacizli mallar üzerindeki hakkın kesinlikle rehin hakkı olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmişlerdir; zira her iki hak arasında mühim nitelik farkları mevcuttur (Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 243).

<sup>24</sup> Karşlı, Addurrahim, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 322.

<sup>25</sup> Postacıoğlu, s. 4.

resmi belgelerin mevcut bulunması gerekmektedir. Yani hacze iştirak edecek alacaklının alacağına hem öncelik şartına (takaddüm şartı)<sup>26</sup> sahip olması hem de bu önceliğe sahip olduğunun belirli belgelerden<sup>27</sup> anlaşılması gerekmektedir<sup>28</sup>.

Hacze iştirak edecek alacaklının alacağı öncelik şartına sahip değilse veya öncelik şartına sahip olmasına rağmen, sahip olduğu bu öncelik belirli belgelere dayanmıyor ise hacze iştirak şartları gerçekleşmiş sayılmayacaktır.

Hacze iştirak bazı durumlarda da, iştirak edecek alacaklının hacizden haberdar olmaması, haberdar olmasına rağmen fiilen iştirak edememesi, alacaklının alacağı vadeye veya şarta bağlı olup da iştirak hakkına hukuken sahip olmaması sebepleri ile gerçekleşmeyebilir<sup>29</sup>. Gerek kanuni şartlara haiz olunmaması gerekse hukukî veya birbirinden farklı fiilî sebeplerle hacze iştirak edilememesi gibi böyle hallerin varlığı halinde haciz, haciz koyduran ilk alacaklıya ve kanuni şartları sağlayıp hacze iştirak eden diğer alacaklılara fiilî bir öncelik hakkı sağlar<sup>30</sup>. Bu sebeplerden dolayı, daha önce de ifade edildiği gibi, haciz yolu ile takipte alacaklılar arasında eşitlik sağlanamayacaktır<sup>31</sup>. Eşitliğin ve adaletin

<sup>26</sup> Öncelik şartı İİK.'nin 100. maddesi gereğince; hacze iştirak edecek alacaklının alacağı, ilk haciz sahibi alacaklının alacağı ilamsız takibe müstenit ise, takip talebinden önce; ilk haciz sahibi alacaklının alacağı ilamlı takibe müstenit ise (md. 32), ilgili ilamın elde edildiği davanın açıldığı tarihten önce ortaya çıkmış olması halinde gerçekleşmiş sayılır.

<sup>27</sup> Bu belgeler, İİK.'nin 100. maddesinde ifade edildiği üzere şunlardır: Bir önceki dipnotta belirtilen tarihlerden önce yapılmış bir takip üzerine alınan aciz vesikası, belirtilen tarihlerden önce açılmış bir dava üzerine alınan ilam, aynı tarihlerden önceki tarihli resmi veya tarih ve imzası onaylı bir senet ve ilgili tarihlerden önceki tarihli resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dâhilinde ve usûlüne göre verdikleri makbuz veya belge.

<sup>28</sup> Hacze âdi iştirakin geçerlilik şartları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Deren-Yıldırım, *Hacze (Âdi) İştirak*, s. 10 vd.

<sup>29</sup> Postacıoğlu, s. 4.

<sup>30</sup> Postacıoğlu, s. 4; Başözen, *Ekonomik Analiz*, s. 931; Umar, s. 37.

<sup>31</sup> Cüzi icrada alacaklıların alacaklarını güvence altına alma hususunda kendilerine en iyi durumu sağlamaya ilişkin bir yarış olarak nitelendirilebilen öncelik prensibi cari olup, bu durum kendisini (Alman) İflâs Kanunu ve Aciz Haline İlişkin Kanun'da tasfiyeye katılanların eşit bir oranda tatmin edilmesi ilkesine bırakmıştır (Stallman, Christian,

sağlanamaması, tacir olmayan borçlulara karşı da gidilebilecek olan haciz yolu ile takipten farklı olarak, iflâs yolu ile takipte ciddi sıkıntılar doğurabilecek ve ülkenin ekonomik işleyişine tesir edecek bir potansiyele sahiptir. İcra ve iflâs hukukunun öncelikli amacı kapitalin (sermayenin) korunmasıdır<sup>32</sup>. Sermayenin korunması amacını güden bu hukuk dalının sermayeyle iştigal eden ve ekonomik büyüme, toplumsal birleşme, istihdam ve ulusal kalkınmaya katkısı olan ticari işletmeleri ve bunları kısmen dahi olsa kendi adına işleten tacirleri koruyucu önlemler almaması düşünülemez.

İflâsın amacı çerçevesinde ekonomik hayata tesir etmesi kendisini ticari yaşam için oldukça önemli olan kredide gösterir. Tacirler, ekonomik varlıklarını devam ettirmek ve üretimlerinin sürdürülebilirliklerini temin etmek bakımından krediye muhtaçtırlar. Emek-sermaye bileşiminde yeterli sermayenin kişisel imkânlarla ortaya konması çoğu zaman güç olabilmekte ve işletmenin devamlılığı için tacir olan (gerçek veya tüzel) diğer kişilerden krediler temin edilmesi yoluna gidilmektedir. Kredilerin temin edilmesindeki kolaylık, ancak geri ödenmeleri hususunda güven duygusunun ve bazı güvencelerin mevcudiyeti şartlarına bağlıdır. Haciz yolu ile takipteki gibi fiilî de olsa bir öncelik hakkına sahip olunması, alacaklıları kendi alacaklarını öncelikle alma hususunda bir gayret içerisine sokacak ve alacaklarını alamayanlar için adalet dengesi bozulacaktır. İflâs yolunda kanun koyucu bunun önüne geçmek ve kredi verecekler bakımından güven duygusunu temin etmek bakımından klasik (geleneksel) anlayış çerçevesinde alacaklıların mümkün mertebe en fazla, eşit ve dolayısıyla âdil şekilde tatminleri için çaba sarf etmektedir. Bu şekilde sermayenin işletilmesi ve üretimin devamlılığı bakımından kredi verecek olan tacirler yatırımında bulunurken fazla düşünmeyecek, kapitalin işletilmesini bu cihette engellemeyecek ve emek koyan tacir de ödenen kredi sayesinde kendi sermayesini rahatça işletecek, böylece ülke ekonomisinin işleyiş bakımından, zarara uğraması domino etkisi yaratabilecek olan, ticari

---

Einführung in das neue Insolvenzrecht (Yeni (Alman) Aciz Hukukuna Giriş (Çev. Yard. Doç. Dr. Erdal Tercan), AÜHFD, Y. 1996, C. 45, s. 414).

<sup>32</sup> Umar, s. 37.

işletmelerin devamlılıkları ve ülke ekonomisinin rahat bir şekilde nefes alıp vermeye devam etmesi söz konusu olabilecektir<sup>33</sup>.

## **B. Klasik (Geleneksel) Anlayışın Alman Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**

Alman hukuk sisteminde de alacaklıların tatmini itibariyle, cüzi icra ile külli icra arasında farklar söz konusudur. Bu sistemde cüzi icrada orantılı paylaşırma ilkesi geçerli olmayıp, “değirmene önce gelen, buğdayı önce öğütür” özdeyişi ile ifade edilen öncelik prensibi<sup>34</sup> caridir<sup>35</sup>.

Cüzi icrada her bir alacaklı, kendisi için borçlunun her bir malvarlığı değerine el uzatır. Birden fazla alacaklının aynı malı haczettirmesi halinde, bu alacaklıların ilgili malın satışından elde edilen para ile öncelik prensibi (Prioritätsprinzip) çerçevesinde, diğer bir ifade

---

<sup>33</sup> Umar, s. 37; Postacıoğlu, s. 4; Başözen, Ekonomik Analiz, s. 931; İflâsların bir ülkenin ekonomik gidişatına tesiri ve ekonomiye verebileceği toplam zararın büyüklüğü bakımından şu istatistiki veri dikkate değerdir: Almanya’da vuku bulan iflâslardan ötürü 1996 yılında özel alacaklıların alacak kaybı kırk milyar DM’ye (Alman Markı) ulaşmışken kamu bütçesinin alacak kaybı da yirmi iki milyar DM’ye ulaşmıştır (Stallman / Tercan, Alman Aciz Hukuku, s. 416).

<sup>34</sup> Öncelik prensibi kavramı için bkz. Deren-Yıldırım, Hacze (Âdi) İştirak, s. 67 vd.

<sup>35</sup> Deren-Yıldırım, Nevhis, İcra Hukuku’nda Paylaşımaya İlişkin İlkeler Hakkında Düşünceler İcra Hukuku Analizleri, 3. Baskı, İstanbul 2011, s. 1; Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 201; Foerste, Ulrich, Insolvenzrecht, 6. Auflage, C.H. Beck, 2014, s. 4, Kn. 6; Türk hukukunda cüzi icra (tacir olsun olmasın) herkes için geçerli iken, iflâs yolu ile takip sadece tacirlere karşı gidilebilecek bir yoldur. Cüzi icrada borçlu karşısında birden fazla alacaklı olması halinde, bunların alacaklarının adaletle ve uygun şekilde teminleri için, hacze iştirak kurumu ortaya atılmıştır. Nitekim adaletli ve uygun bir şekilde paylaşımın daha uygulanabilir olduğu iflâsın yukarıda da ifade edildiği gibi uygulanması sınırlıdır (Karşlı, s. 322); Türk hukukunda daha önce ifade edildiği gibi İİK. md. 100 ve 101’deki şartların gerçekleşmesi halinde hacze iştirak söz konusu olup, bu şartların yerine getirilmemesi halinde, Alman hukukunda olduğu gibi öncelik hakkı geçerli olacaktır (Deren-Yıldırım, Analizler, s. 12).

ile harekete geçme (el koyma) sırasına (md. 804 Abs. 3 ZPO) göre tatmin edilmeleri söz konusu olur<sup>36</sup>.

Aciz (iflâs) prosedürü, borçlunun alacaklılarının müşterek (ortak, eşit) tatmini amacı yönüyle külli bir icra takibi olarak cüzi (hususî) icradan ayrılır<sup>37</sup>.

Bütün (aciz) alacaklılarının müşterek tatmini, bir aciz sebebi söz konusu olup da borçlunun malvarlığı alacaklıların tatminine yetmezse, sadece bir bütün olarak tatmin değil, aynı zamanda daima eşit ve bununla birlikte pay (hisse) oranında tatmin anlamına gelir. Alacaklıların talepleri burada tamamen değil, aksine belirli bir yüzdeler oran dâhilinde yerine getirilir. Bu oranın yüksekliği ise, değerlendirilebilir (satılabilir) malvarlığının miktarına bağlıdır. İlgili oran bütün iflâs alacaklıları için eşit yükseklikte olmalıdır (Eşit Davranma İlkesi<sup>38</sup>-"par conditio creditorum")<sup>39</sup>.

Bunları nazara alan kanun koyucu acize (iflâsa) ilişkin durumları cüzi icradaki sistemden ayrı bir şekilde düzenlemeseydi, icrayı zamanında başlatan tatmin edilebilecekti, geç kalan alacaklılar ise şansız bir konuma düşeceklerdi<sup>40</sup>. Yani her bir alacaklının başarılı olmasını öncelik belirleyecek, ilk önce icra yoluna başvuran tamamen tatmin edilebilirken, daha sonra gelen alacaklılar tamamen eli boş dönme tehlikesi ile karşılaşabilecekler ve bu şekildeki erken veya geç müdahale etme durumu ise, alacaklıların tatmininde büyük bir eşitsizliğe yol

<sup>36</sup> Bork, s. 1, Kn. ; Keller, Ulrich, Insolvenzrecht, Verlag Franz Vahlen, München 2006, s. 3, Kn. 4.

<sup>37</sup> Brei, Kathrin/ Bultmann, Britta, Insolvenzrecht, Nomos, 1. Auflage, Baden-Baden 2008, s. 21, Kn. 1; MünchKomm-InsO/ Ganter / Lohmann, § 1, Kn. 51.

<sup>38</sup> Grundsatz der Gleichbehandlung (InsO. md. 1, 38).

<sup>39</sup> Bork, s. 2, Kn. 2; MünchKomm-InsO / Ganter / Lohmann, § 1, Kn. 52; Alacaklıların eşit oranda tatmin edilmelerine ilişkin doktrinde şu örnek verilmiştir: Örneğin alacaklıların alacaklarının 100.000 Euro olması durumunda ve borçlu malvarlığının net olarak 7000 Euro olması halinde, alacaklılar kişi başına yüzde 7 oranında alacaklarını alırlar. Bu durumda bir alacaklı borçludan 2000 Euro alacaklı ise, aciz (iflâs) idaresi ona bu durumda sadece 140 Euro ödemelidir (Foerste, s. 5, Kn. 8).

<sup>40</sup> Foerste, s. 3, Kn. 4.

açacaktır<sup>41</sup>. Alman hukukunda alacaklıların eşit bir şekilde tatmini müteaddit şekilde güvence altına alınmıştır. Örneğin aciz usûlünün açılmasından sonra, her bir alacaklı için cüzi icranın yasaklanması, kanun koyucunun borçlu tarafından belirli alacaklılara keyfi (başına buyruk) imtiyazlar tanınmasını bu çerçevede esasen malvarlığının yer değiştirmesini engellemesi ve bu yüzden borçlunun malvarlığı üzerindeki idare ve tasarruf yetkisini de kaybetmesi gibi<sup>42</sup>. Alacaklılar, aciz olayında borçlunun ekonomik kaybına eşit oranda katılması gereken kader ortaklığı ve zarar ortaklığı yapan kişilerden müteşekkildirler<sup>43</sup>. Aciz hukuku, ilgili sebeplere binaen, cüzi icradaki duruma karşılık, eskiden beri iflâs kurallarının geleneksel anlayışı çerçevesinde alacaklıların eşit bir şekilde tatminini, aciz usûlünün en yüksek hedefi olarak görmektedir<sup>44</sup>.

### III. İFLÂS KURALLARININ AMACININ YENİLİKÇİ ANLAYIŞ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

İflâs kurallarının yenilikçi anlayış kapsamında ele alınabilecek olan amacı, az önce ifade edildiği üzere borçlunun ekonomik durumunun düzeltilmesi imkânının olması, borçluyu etkisi altında alan ekonomik sıkıntıların zamanında fark edilip buna karşı lüzumlu tedbirlerin vakitlice alınması ya da alacaklıların borçlunun malvarlığı ile bu alacaklarına kavuşmasının halen mümkün olması halinde iflâsın meydana gelmesinin önüne geçilmesi yani iflâsın önlenmesidir. Bu anlayış çerçevesinde borçlunun mevcudiyetine, yani ekonomik olarak hayatta kalmasına, imkân sağlamak aşağıda değinileceği üzere muhtelif sebeplerden dolayı önemli ve gereklidir.

İflâs hükümlerinin ekonomik yaşamın güven ilişkisi içerisinde devamı bakımından önemli olan klasik (geleneksel) anlayış olarak nitelendirilebilecek amacının yanında son zamanlardaki gelişmeler, iflâs kurallarının amacının sadece geleneksel anlayış çerçevesindeki amaca

---

<sup>41</sup> Kilger, Joachim, Der Konkurs des Konkurses, in: KTS 1975, Carl Heymanns Verlag, KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 36. Jahrgang 1975, s. 156.

<sup>42</sup> Foerste, s. 5, Kn. 8.

<sup>43</sup> Keller, s. 3, Kn. 4.

<sup>44</sup> Keller, s. 3, Kn. 4.

hasredilemeyeceği fikrini ön plana çıkarmış ve gelişen dünya ekonomisinin seyri ve şirketlerin hayatına devam etmesi lüzumu, yenilikçi anlayışa doğru bir dönüşümü zaruri kılmıştır. Dönüşüme temel teşkil eden sebep, azımsanamayacak büyüklüklere ulaşmış ve alacaklılar tarafından cebri icraya girilerek tahrip edilmeleri halinde ülkeyi ekonomik ve sosyal problemlere gebe bırakabilecek işletmelerin tahrip edilmelerinin engellenebileceği ve ekonomik hayatlarına devam etmelerine imkân verebilecek araçların bulunması ihtiyacıdır<sup>45</sup>. Nitekim iflâs tasfiyesinin uzun bir süreç içerisinde, kriz dönemleri ve gittikçe genişleyen ekonomik buhranların da etkisiyle başta borçlu olmak üzere, alacaklı, kamu ve üçüncü şahıslar bakımından ciddi zararlar doğurduğu ortaya çıkmış ve bu menfi durumlar, ekonomik sektörün tüm ilgililerini ve hukukçuları işletmeleri iflâstan kurtarmaya yönelik şekil ve yöntemleri araştırmaya ve geliştirmeye itmiştir<sup>46</sup>.

İflâs hukuku kuralları içerisinde iflâsı önlemeye diğer bir ifade ile borçlunun mevcudiyetinin devam etmesine olanak sağlayan bazı kurumlar gerek Türk hukukunda gerekse de yeni reform kanununun yürürlüğe girdiği Alman hukukunda ihdas edilmiştir.

## A. Yenilikçi Anlayışın Türk Hukukundaki Görünüm Şekilleri

İflâs kurallarının yenilikçi anlayış çerçevesindeki amacı olan iflâsın önlenmesine ve dolayısıyla işletmelerin iflâstan kurtarılmasına yönelik yapılan çalışmalar ile ilgili Türk hukuku bağlamında 2004 sayılı

<sup>45</sup> Üstündağ, Saim, İflâs Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2009, s. 1.

<sup>46</sup> Karşlı, s. 457; İflâstan kaçış yollarını açan bu şekil ve yöntemler, Kıta Avrupası hukukundan farklı olarak daha çok Anglo-Sakson hukukundan etkilenen usûllerle son zamanlarda daha fazla görülmeye başlanmıştır (Karşlı, s. 457); Üstündağ, münferit alacaklıların cebri icra vasıtasıyla tahrip edebilecekleri işletmelerin, iflâstan kaçış yollarını açabilecek enstrümanın, ilk önce Amerika Birleşik Devletleri'nde baş gösterdiğini ve bu ihtiyacın zaman içerisinde diğer ülkelerce anlaşıldığını ve neticesinde yeni düzenlemelere geçildiğini ifade etmiştir (Üstündağ, s. 1); Amerikan iflâs sistemi işletmelerin (şirketlerin) kurtarılması temeli üzerine bina edilmiştir (Yılmaz, Ejder, Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Cumhuriyetimize 80. Yıl Armağanı), C. 11, S. 3-4, Y. 2003, s. 16).



İcra ve İflâs Kanunu<sup>47</sup> bakımından bir dizi düzenlemeden bahsetmek mümkündür.

İcra ve İflâs Kanunu'na kaynaklık teşkil eden İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda<sup>48</sup> 16.11.1994 tarihli değişiklikler<sup>49</sup> ile konkordatoyu<sup>50</sup> düzenleyen hükümlerde, önceki düzenlemelerin hasta olan işletmeleri iyileştireceği yerde tasfiyesi neticesini doğurduğundan bahisle, esaslı değişiklikler yapılmış ve Türk kanun koyucusu da büyük bölümünü İsviçre Kanunu'ndan aldığı bu düzenlemeleri 17.07.2003 tarihli ve 4949 sayılı "İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"<sup>51</sup> ile bazı hükümleri değiştirmek bazı hükümleri de eklemek suretiyle yasalastırmıştır<sup>52</sup>. 4949 sayılı Kanun'un hangi amaçla hazırlandığına ilişkin TBMM'ye sunulan hükümet gerekçesinin genel gerekçe<sup>53</sup> bölümü

<sup>47</sup> RG. 19.6.1932, S. 2128.

<sup>48</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (1 Januar 1982, AS. 11 529).

<sup>49</sup> Bu değişiklikler 1 Ocak 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>50</sup> "Konkordato, belli bir alacak çoğunluğunun muvafakat etmesi halinde borçlunun ekonomik faaliyetine devam etmesine imkân vererek mallarının cüzi veya külü icra yoluyla paraya çevrilmesine engel olan özel bir cebri icra alternatifini teşkil etmektedir" (Öztek, Selçuk/ Budak, Ali Cem/ Tunç Yücel, Müjgan/ Kale, Serdar/ Yeşilova, Bilgehan, Yeni Konkordato Hukuku, 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, md. 285, Kn. 9).

<sup>51</sup> RG. 30.07.2003, S. 25184.

<sup>52</sup> Üstündağ, s. 2; Bu kanun ile getirilen değişiklikler için bkz. Uyar, Talih, 4949 Sayılı ve 17.07.2003 Tarihli "İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un Getirdiği Yenilikler, TBB Dergisi, S. 49, 2003, s. 159-221.

<sup>53</sup> Genel gerekçede ifadesini bulan şu hususlar dikkat çekicidir: "Sosyal ve ekonomik koşullardaki değişiklikler nedeniyle, aslında ekonomik hayatlarını devam ettirmesi mümkün olan bazı ticari işletmeler, borçlarını ödeyemedikleri veya malvarlıkları borçlarını karşılayamadığı için, ekonomik varlıklarını yitirmek tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu tehlike, borçluları olduğu kadar, alacağını tahsil edememek durumuyla karşı karşıya kalan alacaklıları ve işini kaybetme riskine maruz kalan işçileri de tehdit etmekte; bu tehdit sonuçta bölgesel veya milli ekonomiyi de etkilemektedir. Bu gibi durumlarda ekonomik varlığını devam ettirebilme ihtimali olan işletmelerin malvarlığını koruyucu önlemler almak veya yeniden yapılanmalarını sağlamak, alacaklıların ve borçluların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenlemek herkesin yararına. İşte, bu

dikkate alındığında, iflâs kurallarının yenilikçi anlayış çerçevesinde ele alınabilecek amacı olan iflâsın önlenmesi ve işletmelerin ayakta tutulması gerekliliğine ilişkin mülahazaların hareket noktasını oluşturduğu görülecektir. Ancak 4949 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce bir değişiklik yapılarak konkordatonun tasdiki için öngörülen süre toplamda beş aya indirilmiş ve bunun neticesinde konkordatonun tasdik edilmesi imkânı kalmadığı için konkordatoya (ihtiyari ya da gayri ihtiyari) başvurulamamıştır<sup>54</sup>. Bu değişiklikteki maksat, uygulamada borçluların konkordatodan istifade ederek onların kötü niyet barındırabilecek başvurularının engellenmesi<sup>55</sup>.

4949 sayılı Kanun nazarı itibara alındığında getirdiği en büyük yeniliğin malvarlığının terki suretiyle konkordato kurumu olduğu ifade edilmiştir<sup>56</sup>. Bu kapsamda İcra ve İflâs Kanunu'na 309. maddesinden sonra gelmek üzere "Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato" üst başlığı altında 309/a ilâ 309/l maddeleri eklenmiştir.

---

amaca ulaşmak, İcra ve İflâs Kanunu'nun bu amaca ulaşılmasını zorlaştıran bazı yönlerini düzeltmek ve boşluklarını doldurmak, kötü niyetli kişilerin İcra ve İflâs Kanunu'ndaki bu boşluklardan yararlanma girişimlerini önlemek, uygulamadaki duraksamaları gidermek için bu tasarı hazırlanmıştır." (İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/550), T.B.M.M S. Sayısı: 225, D. 22, YY. 1, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss225m.htm>, E.T. 23.12.2018).

<sup>54</sup> Pekcanitez, Hakan / Erdönmez, Güray, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. V, 3.

<sup>55</sup> Pekcanitez/ Erdönmez, s. V.

<sup>56</sup> Yılmaz, Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz, s. 35; Malvarlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin kanunun hükümet gerekçesinde şu hususlar dile getirilmiştir, "(...) İflâsın ağır işleyen prosedüründen alacaklıları kurtardığı için, malvarlığının terki suretiyle konkordato, alacaklıların lehinedir. Bu tasfiye yöntemi, borçluyu iflâs etmekten ve dolayısıyla müflis olmaktan kurtardığı için, borçlunun da lehinedir. Ancak, gerek tetkik merciinin ve gerekse ticaret mahkemesinin, borçlunun gerçekten himayeye layık olup olmadığını esaslı bir şekilde inceleyerek, bu tasfiye yönteminin her borçlu için iflâsı önleyici bir araç haline gelmemesine dikkat etmeleri gerekmektedir." (İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/550), T.B.M.M S. Sayısı: 225, D. 22, YY. 1, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss225m.htm>, E.T. 23.12.2018).

4949 sayılı Kanun ile yapılmış olan önemli değişikliklerden birisi de İcra ve İflâs Kanunu'nun sermaye ortaklıkları ve kooperatiflerin borca batıklık nedeniyle iflâsı ve iflâsın ertelenmesine ilişkin 179. maddesinin değiştirilmesi ve bu hususta 179a ve 179b maddelerinin eklenmesiydi. İflâsın ertelenmesinin amacına bakıldığında iflâsın önlenmesi amacının ön plana çıktığı müşahede edilebilmekteydi.

İflâsın ertelenmesine temel teşkil eden düşünce, alacaklıları veya şirketi de aşacak şekilde kümülatif bir faydanın varlığıydı; sermaye şirketlerinin faaliyetlerine devam etmeleri şirket ve alacaklılarının menfaatleri yanında, bu şirketle ilgili olan diğer işletmelerin ve ülkenin yararına olacak, işletmeler piyasa ekonomisi içinde varlıklarını devam ettirerek ülke ekonomisini ayakta tutacak, bu durum şirketlerin dışa açılmasına imkân verecek, sağlıklı bir rekabet ortamı ile birlikte katma değer oluşturulmasını sağlayacak ve bu şekilde istihdam da arttırılacaktı; sürdürülebilir gelişmeye temel teşkil eden ekonomik istikrarın devamlılığı açısından da şirketlerin faaliyetlerine devam etmesi bu açıdan önemli bir hedef olarak görülüyordu<sup>57</sup>. İflâsın ertelenmesi prosedürü çerçevesinde borçlunun malvarlığının muhafaza edilerek, mali yapısının iyileştirilmesine imkân verilmesi, kamu menfaatlerinin temin edilmesi bakımından bir güvence olarak telakki edilmiştir<sup>58</sup>. 4949 sayılı Kanunla birlikte düzenlenmiş olan iflâsın ertelenmesi ve malvarlığının terki suretiyle konkordato kurumlarında ortak bir temel düşünce ortaya çıkmaktaydı ki, bu da hayatını devam ettirme imkânına sahip olan borçluların iflâslarının olabildiğince ertelenmesi, iflâstan kurtarılması ve konkordato veya erteleme süreci sonucunda alacaklıların, iflâs tasfiyesi açılmış olsaydı bu tasfiye sonucu elde edebilecekleri alacaklara nazaran, daha fazla bir alacak tahsil edebilmeleri düşüncesiydi<sup>59</sup>. Ancak birazdan değinileceği üzere iflâsın ertelenmesi kurumu beklentileri

<sup>57</sup> Özkes, Muhammet, İflâsın Ertelenmesi (İİK. m. 179-179b; TTK m. 324), Türkiye Barolar Birliği, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III (İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Bilirkişilik, İflâsın Ertelenmesi), Eskişehir 3-5 Ekim 2003 ve 1-2 Ekim 2004, Birinci Baskı, Mayıs 2007 Ankara, s. 455, 456.

<sup>58</sup> Ermenek, İbrahim, İflâsın Ertelenmesi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2010, s. 105.

<sup>59</sup> Atalay, Oğuz, İflâsın Ertelenmesi, Türkiye Bankalar Birliği İcra ve İflâs Kanununda Yeni Düzenlemeler Abant Toplantısı, Bankacılar Dergisi, Y. 14, S. 47, Aralık 2003, s. 93.

karşılamadığı için Türk hukukunda yürürlükten kaldırılmıştır. İsviçre hukukunda ise durum farklıdır. 4949 sayılı Kanunla yapılan değişikliklere kaynak teşkil eden iflâsın ertelenmesine ilişkin hükümler İsviçre hukukunda maddi hukuk içerisinde yer almakta<sup>60</sup> olup 1991 yılından sonra, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 725. Maddesi değiştirilmiş ve kanuna 725a maddesi eklenerek bazı düzenlemeler yapılmıştır<sup>61</sup>. İsviçre hukukunda hâlihazırda konkordato hükümlerinin yanı sıra iflâsın ertelenmesi hükümleri de yürürlüktedir<sup>62</sup>.

İcra ve İflâs Kanunu'nda yenilikçi anlayış çerçevesinde ele alınabilecek olan iflâsın önlenmesine ve işletmelerin iflâstan kurtarılmasına yönelik amaç kapsamında yapılan diğer bir düzenleme 12.2.2004 kabul tarihli 5092 sayılı "İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"dur<sup>63</sup>. Bu kanun ile birlikte İcra ve İflâs

<sup>60</sup> Ermenek, s. 89.

<sup>61</sup> Ermenek, s. 88.

<sup>62</sup> Pekcantez / Erdönmez, s. VI.

<sup>63</sup> 5092 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde işletmelerin ekonomik varlıklarını devam ettirmelerine yönelik şu ifadeler yer verilmiştir: "17.7.2003 tarihli ve 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 30.7.2003 tarihli ve 25184 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanunla özellikle konkordatoya ilişkin pek çok maddede değişiklik yapılarak ve Türk hukukuna yeni kurum ve kavramlar getirilerek, ödeme güçlüğü içinde bulunmakla birlikte durumunu düzeltebilecek olan şirketlerin faaliyetlerine devam etmelerine imkân sağlanmak istenmiş; ancak bu yapılırken, alacaklı ile borçlunun menfaatleri arasındaki hassas dengenin korunmasına dikkat edilmiştir. Ekonominin etkin ve verimli olarak işleyebilmesi için, her şeyden önce, işletmelerin çalışmaları, borçlarını ödeyebilecek ve alacaklarını tahsil edebilecek durumda olmaları lazımdır. 4949 sayılı Kanun, ekonomideki dalgalanmalar nedeniyle zor duruma düşen borçluları korumak amacıyla yeni bazı imkânlar sağlamış ve mevcut imkânları işler hale getirmişse de, dünyada son yıllarda bu konuda gerçekleşen gelişmeleri karşılayacak bir kurumsal düzenleme gerçekleştirilememiştir. Alacaklı ile borçlu arasındaki hassas dengeyi gözeten, öngörülebilir ve şeffaf bir icra ve iflâs hukuku, zor durumda bulunan şirketler için etkili bir çıkış yolu sağlayarak veya onların yeniden yapılandırılmalarına olanak vererek ticari yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki aksamalardan kaynaklanan sakıncaları en aza indirger ve böylece ticari ilişkilerin ve finansal sistemin istikrar içinde devam edip gelişmesinde yaşamsal bir rol oynar. Ekonomik koşullardaki beklenmedik değişiklikler nedeniyle, aslında ekonomik varlıklarını devam ettirmesi

Kanunu'na 309/l maddesinden sonra gelmek üzere “*Sermaye Şirketleri Ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması*” üst başlığı altında 309/m ilâ 309/ü maddeleri eklenmiştir<sup>64</sup>. Ancak bu kurum uygulamada fiilen neredeyse hiç uygulanmamıştır<sup>65</sup>.

İcra ve İflâs Kanunu'nda iflâs kurallarının yenilikçi anlayışı kapsamında ele alınabilecek olan amacı doğrultusunda yapılan düzenlemelerden birisi de ciddi değişiklikler öngören 7101 numaralı “İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”dur<sup>66</sup>. Bu kanun ile yapılan en önemli değişiklik, bünyesinde pek çok sorunu ihtiva eden iflâs erteleme kurumunun yürürlükten kaldırılması ve konkordato kurumunun etkin ve işlevsel bir yapıya kavuşturulması olmuştur<sup>67</sup>. İlgili kanun ile getirilen yeni hükümler

---

mümkün olan sermaye şirketleri, muaccel para borçlarını ödeyemedikleri için faaliyetlerini durdurmak tehlikesiyle karşı karşıya kalabilirler. Bu tehlike borçluları olduğu kadar alacağını tahsil edememe durumuyla karşı karşıya kalan alacaklıları ve işini kaybetme tehlikesine maruz kalan işçileri de tehdit etmekte, bu tehdit sonuçta bölgesel veya milli ekonomiyi etkilemektedir. Bu gibi durumlarda, ekonomik varlığını devam ettirebilme imkânı olan sermaye şirketlerinin yeniden yapılandırılarak ekonomik hayatlarına devam etmelerini sağlamak herkesin yararına. Bu çerçevede sermaye şirketleri ile kooperatiflerin alacaklılarla uzlaşarak borçlarını ve gerekiyorsa buna bağlı olarak, yapısal organizasyonlarını koşullara adapte etmek suretiyle faaliyetlerine devam etmelerini sağlamak amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır.” (İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/718), T.B.M.M S. Sayısı: 372, D. 22, YY. 2, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem/22/yil01/ss372m.htm>, E.T. 23.12.2018).

<sup>64</sup> Uyar, Talih, 5092 Sayılı ve 12.2.2004 Tarihli “İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un Getirdiği Yenilikler, TBB Dergisi, S. 53, 2004, s. 255-265.

<sup>65</sup> Pekcanitez / Erdönmez, s. 1, 2.

<sup>66</sup> RG. 15.03.2018, S. 30361.

<sup>67</sup> Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı (1/913) ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM. YD. 26, YY. 3, S. Sayısı 524, s. 4; Kanun tasarısı ile ilgili genel gerekçede iflâsın ertelenmesi kurumunun kaldırılmasına yönelik olarak şu hususlar ifade edilmiştir: “Ülkemizde 2003 yılından bu yana uygulanan iflâsın ertelenmesi kurumu, ihdas amacının gerçekleştirilmesi konusunda isteneni verememiştir. Bu sebeplerle 15 Temmuz 2016 tarihinde kabul edilen 6728 sayılı Kanun ile iflâsın

nazara alındığında 2013 yılında İsviçre hukukunda konkordatoya ilişkin yapılan değişikliklerin kısmen Türk hukukuna alındığı müşahede edilebilecektir<sup>68</sup>. Bu çerçevede İsviçre yapılandırma hukukundan kısaca bahsetmekte fayda vardır.

İsviçre yapılandırma hukuku esasen İcra ve İflâs Kanunu'nda 1 Ocak 1997 yılında yapılan son büyük revizyona kadar uzanır. Bu dönemde yapılandırma hukukuna ilişkin yapılan düzenlemeler, doksanlı yılların başlangıcındaki ağır ekonomik krize dayanmaktaydı; bu çerçevede kanun koyucunun amacı, ilk kez sadece şirketlerin düzenli bir şekilde tasfiyesine imkân verilmesi ile sınır kalmamış aynı zamanda şirketlerin sağlığına kavuşması anlayışı içerisinde bir iyileştirmeyi teşvik etmeye de yönelmiştir<sup>69</sup>.

İsviçre Hukuku bakımından yenilikçi anlayış çerçevesinde değerlendirilebilecek önemli değişiklikler (2013 yılında yapılan ve) 1 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe giren konkordato ile ilgili değişikliklerde kendisini göstermektedir. 2003 yazında mevcut iyileştirme hukuku (Sanierungsrecht) alanında reform ihtiyacı olup olmadığı konusunda bir uzmanlar komisyonu görevlendirilmiştir bu bağlamda somut olarak Amerikan hukukundaki Chapter 11 prosedürü de incelenmiştir. Hazırlanan raporda Amerikan hukukundaki Chapter 11 prosedürünün münferit kurumlarına yer verilmemiş ancak Amerikan hukukundaki yeni eğilimden ilham alınmıştır. Buna göre konkordato mühletinin zorunlu olarak bir konkordato akdine yahut iflâsla sonuçlanmasına varmasının

---

ertelenmesi kurumu revize edilmiştir. İflâsın ertelenmesi kurumunda alacaklıların herhangi bir şekilde söz sahibi olmaması, sürecin borçlu ve mahkeme arasında yürütülmesi ve yaşanan yargılama sorunları birlikte değerlendirildiğinde bu kurumun tamamıyla yürürlükten kaldırılması ve bunun yerine alacaklılar ile borçlunun bir müzakere sonrasında anlaşmaları ve bu anlaşmanın mahkemece tasdiki esasına dayanan konkordato kurumunun daha etkin ve aktif bir şekilde kullanılması ticari ve sosyal hayat bakımından bir ihtiyaç olarak görülmüştür.” (Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı (1/913) ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 4).

<sup>68</sup> Pekcanitez / Erdönmez, s. VI-VII.

<sup>69</sup> İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu Değişikliğine ilişkin Bildiri, BBI 2010 s. 6459.

öngörülmesinden daha ziyade, salt mühlet amaçlarına göre hareket edilmesi kabul edilmiştir<sup>70</sup>.

İsviçre’de resmi gazetede konkordatoya ilişkin kanun değişikliğinin gerekçesine ilişkin muhtelif yerlerde bu değişikliklerin amacının şirketlerin iyileştirilmesini etkili bir biçimde kolaylaştırmak<sup>71</sup>; borçlunun iyileşme şartlarını düzeltmek<sup>72</sup>; yatırım ortamlarının çekiciliğini güçlendirmek, şirketlerin dayanıklı hale getirilmesini, iyileştirilmesini önemli ölçüde düzeltmek ve böylece işyerlerini korumak<sup>73</sup> olduğu hususları ifade edilmiştir. Görüleceği üzere, İsviçre hukukunda 2013 yılında yapılan düzenlemelere bakıldığında, borçlunun mali durumunun düzelmesi oldukça önemlidir<sup>74</sup>. Nitekim doktrinde de<sup>75</sup>; İsviçre kanun koyucusunun iflâsın ertelenmesi ve konkordato yoluyla borçlu şirketlere, devletin eşlik ettiği bir iyileştirmeyi (yapılandırmayı) yürütmek konusunda iki alternatif veya iki enstrüman tanıdığı ifade edilmiştir. Bu çerçevede iflâsın ertelenmesi ve konkordato, iflâs tasfiyesinden farklı olarak, borçlu şirketin kati surette tasfiyesi gerçekleşmez; aksine borçlu şirket varlığını muhafaza etmeye ve yaşamını sürdürmeye devam eder. Bilhassa konkordato sağladığı büyük esneklikten ötürü, iflas tasfiyesi karşısında muhtelif avantajlar sunar şöyle ki; tarafların (borçlu ve alacaklıların) iflâs tasfiyesinden farklı olarak konkordato sözleşmesi çerçevesinde temel olarak satışın şeklini ve niteliğini ve elde edilecek miktarın dağıtılmasını belirleme imkânları mevcuttur<sup>76</sup>.

Türk hukukunda ise az önce ifade edildiği üzere 7101 sayılı Kanun hazırlanırken yapılan değişikliklerin önemli bir kısmı İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’ndan alınarak hazırlanmış bunu yanı sıra iflâsın ertelenmesi kurumundan edinilen tecrübelerden de istifade edilmiştir<sup>77</sup>.

---

<sup>70</sup> Oehri, Daniel, Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2018, Kn. 47 ve orada anılan Expertenbericht SchKG (2005), s. 30 vd; İsv. İİK. Md. 293a f. 3, 294 f. 1, 296a.

<sup>71</sup> BBI 2010 s. 6476.

<sup>72</sup> BBI 2010 s. 6479.

<sup>73</sup> BBI 2010 s. 6503.

<sup>74</sup> Pekcanitez / Erdönmez, s. 5.

<sup>75</sup> Oehri, Kn. 1.

<sup>76</sup> Oehri, Kn. 17.

<sup>77</sup> Pekcanitez / Erdönmez, s. 1-2.

Kanun'un hazırlık çalışmalarına ilişkin adalet komisyonu raporunda<sup>78</sup> kurumun işlevsizliğine ilişkin olarak şu tespitler dile getirilmiştir: "2003 yılından beri uygulanan iflâs erteleme, konkordatoya giden yolda alacaklıları ikna etme yöntemi olarak benimsenmişti. Ancak uygulamada iflâs erteleme kurumunun tercih edilmesi nedeniyle konkordato işlemez hâle gelmiştir. Diğer yandan borca batık durumda olma ön şartı, iflâs erteleme yoluyla borçlu şirketlerin iyileşebilmelerini engellemiş; zaten borca batık olan şirketlerin bu yolla kurtulmaları mümkün olmamıştır. İflâs erteleme kurumundan beklenen fayda elde edilemediği gibi, birçok durumda alacaklılar da alacaklarını tahsil edememiş, mali durumları kötüleşmiş ve bu nedenle bir nevi iflâs erteleme diğer bir iflâs erteleme talebine sebebiyet verir duruma gelmiştir. Öte yandan uzun yargılama süreleriyle birlikte uzayan tedbir süreleri, kötü niyetli borçlu ve alacaklıların sürece müdahil olmaları gibi nedenler, iflâs erteleme yargılamalarını olumsuz etkilemiştir. İflâs ertelemede alacaklıların herhangi bir söz hakkı bulunmamakta, süreç borçlu ve mahkeme arasında yürümektedir. Bu nedenle mevcut iflâs erteleme kurumu, dünya bankasının yatırım ortamına ilişkin notlandırmasında aradığı, alacaklıların söz sahibi olması kriterini de sağlamamaktadır. Tasarı ile iflâs erteleme kurumu kaldırılarak, alacaklılar ile borçlunun müzakere etmesi ve müzakere sonucundaki anlaşmalarının mahkemece tasdiki temeline dayanan konkordato kurumu, daha işlevsel bir hâle getirilmektedir". 7101 sayılı Kanun ile yapılan önemli diğer bir değişiklik yine İİK. md. 210/1'deki değişikliktir. Buna göre, iflâs kararı kendisine bildirilen iflâs dairesi, müflisin mağazalarını, eşya depolarını, fabrikalarını, imalathanelerini ve üretime yönelik sair yerlerini, perakende satış dükkânlarını ve buna mümasil yerlerini, masa hakkında faydalı olacağı anlaşılırsa ilk alacaklılar toplanmasına kadar kontrolü altında idare eder; aksi takdirde bu yerleri kapatıp mühürler. İlgili maddeye ilişkin gerekçede<sup>79</sup> şu hususlar dile getirilmiştir: "Bu düzenleme ile iflâs tasfiyesinde alacaklıların daha fazla söz sahibi olması sağlanmakta ve bu yerlerin açık kalması temin edilerek eldeki (muhtemel) stokların ticari

<sup>78</sup> Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı (1/913) ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 55.

<sup>79</sup> Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı (1/913) ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 5.



hayatın işleyişi içinde paraya çevrilmesi ve diğer yandan borçlunun işletmesinin faaliyetlerine devam edip tasfiyeden çıkarak ekonomi içerisindeki üretken konumuna tekrar kavuşmasına imkân sağlanmaktadır.” İlgili düzenlemede doğrudan iflâsın önlenmesi kapsamında bir değişiklik mevcut olmasa da, borçlunun işletmesinin faaliyetlerine devam edip tasfiyeden çıkarak ekonomi içerisinde tekrar üretken bir konuma kavuşması hedeflendiği için kanaatimizce iflâs kurallarının yenilikçi anlayış kapsamında ele alınabilecek amacına hizmet ettiği ifade edilebilir.

## **B. Yenilikçi Anlayışın Alman Reform Kanunundaki Görünüm Şekilleri**

Almanya’da reform kanunu olarak nitelendirilen ve köklü bir değişiklik getiren Alman Aciz Kanunu (Insolvenzordnung), 5. 10. 1994’te kabul edilerek<sup>80</sup>, 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Alman külli takip sisteminde önemli değişiklikler vücuda getiren reform kanununa isim olarak verilen “Insolvenzordnung (InsO)” kavramını hukukumuzda tam olarak karşılayan teknik bir kavram mevcut olmayıp<sup>81</sup> ilgili kavramın Türkçeye çevirilerinde farklı ifadeler kullanılmıştır. Bu kavramın tercümelelerinde “İflâs Kanunu”<sup>82</sup>, “Külli Takip Kanunu”<sup>83</sup>, “Aciz Haline İlişkin Kanun”<sup>84</sup>, “Alman Aciz Kanunu”<sup>85</sup> ve “Aciz

---

<sup>80</sup> BGB1. I S. 2866.

<sup>81</sup> Deliduman, Seyithan, Yeni Alman Aciz Kanunu Genel Hükümleri, EÜHFD, 2000/1-2, s. 617; Akil, Cenk, Alman Aciz Kanunu’nun Bakiye Borçtan Kurtulma Prosedürü ve Tüketici Acizine İlişkin Hükümleri, AÜHFD, C. 61, S. 3, Y. 2012, s. 1207.

<sup>82</sup> Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden, Alman Hukukunda Ödeme Güçlüğü İçindeki Şirketlerin Yapılandırılmasına İlişkin Düzenlemeler, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2006, s. 652 vd.; Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden, Alman Hukukunda Tüketici İflâsı ve Bakiye Borçtan Kurtulma İmkânı, MÜHF-HAD, C. 14, S: 1-2, s. 58 vd.

<sup>83</sup> Gaul, Hans Friedhelm / Deren-Yıldırım, Nevhis (Çeviren), Federal Alman Cumhuriyetinde Yeni Külli Takip Hukuku, İÜHFM, Y. 1995-1996, S. 1-2, s. 465 vd.; Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 353 vd.

<sup>84</sup> Stallman / Tercan, Alman Aciz Hukuku, s. 413 vd. Yazar Insolvenzordnung olarak isimlendirilen reform kanununun, ödeme güçlüğü içine düşen borçlunun bu durumdan kurtarılıp iyileştirilmesi (Sanierung), bunun imkân

Kanunu”<sup>86</sup> gibi çeviriler kullanılmıştır. Biz de yapılan diğer çevirilere karşılık bundan sonraki kısımlarda Alman hukukuna ilişkin bilgiler verirken Aciz Kanunu kavramını kullanmayı daha uygun<sup>87</sup> görmekteyiz.

Aciz hukuku, resmi olarak düzenlenen bir usûl içerisinde bütün alacaklılarını tamamen tatmin edebilecek durumda olmayan borçlunun malvarlığı sorumluluğunun kolektif (müşterek) şekilde gerçekleştirilmesine hizmet eden maddî hukuka ve usûl hukukuna ilişkin normların tamamıdır<sup>88</sup>. Bu durumda aciz hukuku, kendisine karşı yöneltilen vadesi gelmiş alacaklıları tatmin edecek durumda olmayan borçlunun ekonomik durumunu belirtmekte olup bu durum Aciz Kanunu’nun 17. maddesinde, (genel aciz sebebi olan) borçlunun ödeme güçlüğü veya ödemedi aciz hali (Zahlungsunfähigkeit) olarak tanımlanır<sup>89</sup>. Tüzel kişilerde bu aciz sebebinin yanında 19. maddeye göre aşırı borçlanma durumu da (Überschuldung) aciz sebebi olarak ortaya çıkmaktadır<sup>90</sup>.

---

dâhilinde olmaması halinde, malvarlığının tasfiyesini (Liquidation) öngördüğünü ifade ettikten sonra, Alman hukukunda her iki durumu da ifade edecek şekilde Insolvenz kavramınının kullanıldığını ve Türk hukukunda da buna benzeyen teknik bir kavramın olmamasından bahisle her iki durumu da ifade etmek adına iflâs kanunu ile de karıştırılmaması adına bu kavramı tercih ettiğini ifade etmiştir.

<sup>85</sup> Rüzgaresen, Cumhur, İflâs Sebepleri, Ankara 2011, s. 9 vd.

<sup>86</sup> Üstündağ, s. 1 vd.; Karşlı, s. 464; Başözen, Tasarruf Yetkisi, s. 1, dn. 1; Taş Korkmaz, Hülya, İflâs Masası, Ankara 2010, s. 23, dn. 3; Deliduman, Alman Aciz Kanunu, s. 617 vd.

<sup>87</sup> Deliduman, Aciz Kanunu kavramının kullanılmasında hukukumuzda teknik bir karşılığı olmadığı için, “Insolvenz” kavramından hareket edilebileceğini ve reform niteliğindeki bir düzenlemenin önceki kanunları ifade etmek için kullanılan kavramlardan farklı şekilde kullanılmış olmasının da böyle bir ihtiyacı doğurduğunu kanaatimizce de haklı olarak ifade etmiştir. Yazar ayrıca “Insolvenz” kelimesinin, “Solvenz” (ödeme kabiliyeti) kelimesinin olumsuz şekli olarak ödeyememe, ödeme güçlüğü anlamlarına geldiğini belirttikten sonra hukukumuzda bunu en iyi şekilde ifade eden kavramın “aciz” kavramı olduğunu ifade etmiştir (Deliduman, Alman Aciz Kanunu, s. 617-618, dn. 4).

<sup>88</sup> Keller, s. 2, Kn. 1.

<sup>89</sup> Keller, s. 2, Kn. 2.

<sup>90</sup> Keller, s. 2, Kn. 2; Foerste, s. 66, Kn. 114; Rüzgaresen, s. 45.

Alman aciz hukuku esas itibariyle, 1999'da yürürlüğe giren Alman Aciz Kanunu içerisinde düzenleme alanı bulmuştur. Bu kanun, yürürlüğe girmesi ile birlikte İflâs Kanunu'nu (Konkursordnung)<sup>91</sup>, Konkordato Kanunu'nu (Vergleichsordnung)<sup>92</sup> ve iki Almanya'nın birleşmesinden önceki dönemde kurulu olan Demokratik Almanya'ya bağlı bulunan, birleşmeden sonra yeni Almanya Federal Eyaletleri haline gelen ve ilgili eyaletlerde uygulanan Külli Takip Kanunu'nu (Gesamtvollstreckungsordnung)<sup>93</sup> yürürlükten kaldırmış<sup>94</sup> ve Almanya içinde yeknesak bir düzenleme getirerek hukuk birliğini temin etmiştir<sup>95</sup>.

Almanya'da iflâs hukuku alanında yeni düzenlemeler getiren Aciz Kanunu'na ilişkin çalışmalar, Federal Adalet Bakanlığı'nın; bilim adamları, iflâs hukuku uygulayıcıları ile sendika ve sivil toplum örgütleri bünyesinde çalışan uzmanlardan oluşturduğu bir komisyonla 1978 yılında başlamış ve bu çalışmalar 20 yıldan fazla bir süre devam ederek, kanun 1999 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>96</sup>.

Bu şekilde uzun ve titiz bir çalışmanın ürünü olan Alman Aciz Kanunu'nun, getirdiği enstrümanlarla ve kanunun oluşmasına esas teşkil eden düşüncelerle hali hazırda reform ihtiyacı içerisinde olan Türk İcra ve İflâs Kanunu bakımından da yol gösterici olacağı muhakkaktır. Bu sebeplerle yeni kanun ile ulaşılacak istenen amacı ve bunu gerçekleştirmeyi sağlayacak enstrümanları izah etmekte fayda görüyoruz.

Alman Aciz Kanunu, yürürlüğe girmesiyle birlikte birçok yeniliği beraberinde getirmiştir. Bu kanun ile iflâs kurallarının yenilikçi anlayış çerçevesindeki amacı da belirli kurumlar vasıtasıyla ön plana çıkmıştır. Bu husus esasında Alman kanun koyucusunun ilgili amacı Aciz Kanunu'nun temel yapı taşlarından biri olarak gördüğünün açık bir belirtisidir.

---

<sup>91</sup> 10.02.1877, RGB1. 351.

<sup>92</sup> 26.02.1935, RGB1, 321.

<sup>93</sup> 23.05.1991, BGB1. I, 1185.

<sup>94</sup> Becker, Christoph, Insolvenzrecht, 3 Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2010, s. 21, Kn. 51; Bork, s. 5, Kn. 8.

<sup>95</sup> Gaul/ Deren-Yıldırım, Külli Takip, s. 465; Deliduman, Alman Aciz Kanunu, s. 618; Üstündağ, s. 1.

<sup>96</sup> Bork, s. 5, Kn. 8; Stallman / Tercan, Alman Aciz Hukuku, s. 414; Karşı, s. 458.

Alman iflâs hukukunda yeni bir düzenlemeye duyulan ihtiyaç 1973 yılında patlak veren “petrol krizi” içerisinde kendisini iyice hissettirmiştir. Bu çerçevede yürürlükteki hukukun kriz sonucu ortaya çıkan ekonomik sonuçları ortadan kaldırmaya yönelik yetersiz kaldığı anlayışı ortaya çıkmıştır<sup>97</sup>. Nitekim, 1973 yılındaki petrol fiyatlarındaki artıştan kaynaklanan kriz, 1972 ile 1975 yılları arasındaki iflâs ve konkordato taleplerinin iki misli artmasına neden olan ekonomik bir gerilemeyi beraberinde getirmiş ve bu durum daha geniş bir kamuoyu tarafından o dönemki reform taleplerinin dikkatli bir şekilde takip edilmesi neticesini doğurmuştur. İflâs ve konkordato hukukunun ekonomik problemler karşısında çözüm üretebilmesine ilişkin fonksiyon işlevsizliği, o dönemki reform tartışmalarının durumuna uygun olarak “iflâsın iflâsı”<sup>98</sup> sloganıyla ortaya konulmuştur<sup>99</sup>. Eski Alman İflâs Kanunu değişen ve sürekli gelişim gösteren sosyal ve ekonomik ihtiyaçlara cevap vermekten uzak kalmış, önceki düzenlemeleri itibariyle sadece imtiyazlı alacaklıların haklarını korumayı gerçekleştirmeye yönelik bir uygulama şeklini almıştır<sup>100</sup>.

Alman İflâs Kanunu’nun yetersiz kalmasındaki temel etkenler, ilgili kanunun üçüncü maddesinde de ifadesini bulan, “şahsi alacaklıların tümünün garameten tatmini” işlevini kaybettiren bazı durumların varlığıdır ki bunlar; iflâs taleplerinin çoğunluğunun masada yeterli mal

<sup>97</sup> Üstündağ, s. 1; Bork, s. 5, Kn. 8.

<sup>98</sup> Detaylı bilgi için bkz. Kilger, s. 142-166; “İflâsın iflâsı” düşüncesini doğuran önemli sebeplerden birisi masa malvarlığının yeterli olmamasından (Massearmut) dolayı iflâsların açılmamasıydı. Bu durumda devlet tarafından mümkün mertebe hızlı ve eşit bir tatmin imkânı ortaya çıkararak düzenli bir tasfiye yerine (bir kısım) alacaklıların alacaklarını öncelikle alması neticesini doğuran düzensiz cüzi icra sistemi devreye girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schilken, Eberhard, Probleme des Insolvenzeröffnungsverfahrens bei Massearmut, Eberhard Schilken, Nevhis Deren-Yıldırım, Kâmil Yıldırım (Hrsg.), Zivilverfahrensrechtliche Probleme des 21. Jahrhunderts-aus der Vortragsreihe “Vortraege auf zwei Kontinenten”, Rechtswissenschaft im Gardez!, Band 23, Gardez! Verlag, Remscheid 2006, s. 124 vd.

<sup>99</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO), Drucksache 12/2443, s. 103.

<sup>100</sup> Özkaya-Ferendeci, Ödeme Güçlüğü, s. 652.

bulunmaması nedeniyle reddedilmesi<sup>101</sup>, gerçekleştirilen takiplerin nihayetinde teminatlı alacaklıların paraya çevirme haklarına haiz olup masa malvarlığını azaltmaları bunu müteakip imtiyazsız alacaklıların alacaklarının çok az bir kısmına kavuşmaları, kriz tehdidi ile baş başa olan borçlunun alacaklılar aleyhine malvarlığı değerlerini elinden çıkarması ve buna mani olmayı sağlayacak bir araç olan iptal davasının ispat güçlüğü sebebiyle etkisiz bir silah olması ve son olarak iflâs talebinin çok geç ileri sürülmesinden bahisle borçlunun alacaklıları tatmin edecek malvarlığının neredeyse kalmamasıdır<sup>102</sup>. Eski Alman İflâs Kanunu, yetersiz kalmasındaki bu etkenlerin yanında esasında daha çok alacaklıyı korumak ve onun menfaatlerini gözetmek esastan hareket etmekte<sup>103</sup> ve bünyesinde yer verdiği enstrümanlarla borçlunun iyileştirilmesine (yapılandırılmasına) yeterince hizmet edememekteydi.

İlgili sebepler Alman hukukunda iflâsla ilgili düzenlemelerin revize edilmesi ihtiyacını doğurmuş ve bunun sonucunda uzun bir çalışmanın semeresi olarak Alman Aciz Kanunu kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

Aciz Kanunu ile ulaşılmak istenen amaç, Türk İcra ve İflâs Kanunu'ndan farklı olarak, kanunun 1. maddesinde bizzat yer edinmiş ve ilgili maddede aciz usûlünün amaçları şu şekilde izah edilmiştir:

*“1. Aciz prosedürü, borçlunun mallarının paraya çevrilmesi ve elde edilen paranın paylaşılması veya bir aciz planı doğrultusunda özellikle işletmenin ayakta kalmasını sağlamaya yönelik farklı bir düzenleme ile borçlunun alacaklılarının müştereken tatminine hizmet eder. 2. Dürüst borçluya, kalan borçlarından (yükümlülüklerinden) kurtulma imkânı verilir.”*

<sup>101</sup> Alman doktrininde iflâs ve konkordato hukuklarının, iflâslarda büyük niteliklere ulaşan masada malvarlığı kalmaması sebebine binaen, artık kendilerine tevdi edilen görevleri yerine getirmekten uzak oldukları ve bütün usûllerin  $\frac{3}{4}$ 'ünün masa (malvarlığının) eksikliği sebebiyle hiç açılmadığı, diğer % 10'unun da vaktinden önce tekrar durdurulduğu ifade edilmiş ve iflâs alacaklıları için paylaşımın söz konusu olduğu hallerde ise, ortalama iflâs paylarının %3-5 civarında olduğu, tasfiye usûlü içerisinde tasdik edilen konkordatonun da % 1 civarında olduğu belirtilmiştir (Bork, s. 5, Kn. 8).

<sup>102</sup> Gaul / Deren-Yıldırım, Külli Takip, s. 465-467.

<sup>103</sup> Özkaya-Ferendeci, Ödeme Güçlüğü, s. 652.

Aciz prosedürünün temel amaçlarının yer edindiği kanunun ilgili 1. maddesi, kanunun diğer normları için bir program ve bu normları yorumlamaya yardımcı bir hüküm niteliğindedir<sup>104</sup>. İlgili madde, borçlunun malvarlığının değerlendirilmesine yönelik alacaklıların menfaatlerinin güçlendirilmesi (daha etkin bir hale getirilmesi), aciz planı çerçevesinde kanuni düzenlemeden ayrılan bir düzenleme ile alacaklıların tatminine imkân sağlaması ve ayrıca “dürüst” borçluya kalan borçlarından kurtulması imkânı verilmesi gibi aciz hukukuna esas teşkil eden hedeflere ulaştıracak hususları<sup>105</sup> içermektedir<sup>106</sup>.

Aciz Kanunu'nun birinci maddesinden anlaşıldığı üzere, aciz hukukunun öncelikli amacı, alacaklıların müşterek (birlikte, kolektif) tatmini olup bu tatminin oransal olarak-eşit ve mümkün mertebe en iyi bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir<sup>107</sup>. Diğer bir ifade ile borçlunun malvarlığının bütün alacaklıları tatmine yetmediği durumda aciz sebebinin varlığı söz konusu olur ve bu durumda müşterek tatmin, eşit bir şekilde ve hisse oranında tatmin anlamına gelir<sup>108</sup>. Bu durumda alacaklıların talepleri tamamen yerine getirilmeyip aksine belirli bir yüzdelik olarak yerine getirilir<sup>109</sup>. Bu oranın yüksekliği ise, değerlendirilebilecek malvarlığının miktarına bağlı olup ilgili oran bütün aciz alacaklıları için eşit yükseklikte olmalıdır (“par conditio creditorum”<sup>110</sup>-eşit tatmin ilkesi)<sup>111</sup>.

Borçlunun ekonomik kriz içerisinde bulunduğu durumlarda, alacaklıların mümkün mertebe en iyi şekilde tatminini gerçekleştirecek hukukî çerçeve şartlarını barındıran kanunun 1. maddesi, bunun için, ilk etapta borçlunun malvarlığının aciz prosedürü yoluyla değerlendirilmesini yani borçlunun mallarının paraya çevrilmesi ve elde

<sup>104</sup> Andres, Dirk / Leithaus, Rolf / Dahl, Michael, Insolvenzordnung Kommentar, 3. Auflage, München 2014, § 1, Kn. 1; Braun-InsO / Kießner, § 1, Kn. 1; Nerlich, Jörg / Römermann, Volker, Insolvenzordnung (InsO) Kommentar, 28. Ergänzungslieferung, Stand: Januar 2015, § 1, Kn. 1.

<sup>105</sup> Paulus, Christoph G., Insolvenzrecht, Verlag C.H Beck, München 2009, s. 4, Kn. 10.

<sup>106</sup> Andres / Leithaus / Dahl, § 1, Kn. 1.

<sup>107</sup> Paulus, s. 3, Kn. 8.

<sup>108</sup> MünchKomm-InsO / Ganter / Lohmann, § 1, Kn. 52.

<sup>109</sup> MünchKomm-InsO / Ganter / Lohmann, § 1, Kn. 52.

<sup>110</sup> Bkz. I, B.

<sup>111</sup> MünchKomm-InsO / Ganter / Lohmann, § 1, Kn. 52.

edilen paranın alacaklılar arasında paylaştırılmasını öngörmüştür<sup>112</sup>. Alacaklıların tatmin edilmesine yönelik borçlunun malvarlığının paraya çevrilmesi ile ilgili önem derecesi aynı olan 3 yol mevcut olup bunlar tasfiye (*Liquidation*), yapılandırma-iyileştirme (*Sanierung*) ve devrederek iyileştirme (*übertragende Sanierung*) 'dir'<sup>113</sup>.

Aciz Kanunu, bünyesinde yer verdiği tasfiye yolu ile müflisin mallarının satılarak, iflâs alacaklılarının mümkün mertebe en fazla ve eşit şekilde tatmin edilmesine ulaşmaya çalıştığı klasik amaç yanında, yapılandırma (iyileştirme) ve devrederek iyileştirme gibi araçlara da yer vererek yenilikçi anlayış çerçevesinde ele alınabilecek olan iflâs önleme ve borçlunun ayakta kalmasını sağlamaya yönelik amaçları da gerçekleştirmeye çalışmaktadır.

Bu araçlar içerisinde yer alan yapılandırmanın veya yeniden düzenlemenin (reorganizasyon) Aciz Kanunu içerisinde düzenlenen kanuni bir tanımı mevcut olmayıp, doktrinde bundan kastedilenin, genel olarak bir şirketi onun ilerlemesini tehlikeye koyacak bir durumdan çıkarmaya uygun ve gerekli görülen tedbirlerin tamamı olarak ifade edilmiştir<sup>114</sup>.

Yapılandırma (iyileştirme) bu yönüyle tehdit altında olan işyerlerinin bütünüyle veya en azından bir bölümünün kurtarılmasına ve rekabete yönelik sağlıklı bir piyasa katılımcısı olarak varlık gösterebilmesine imkân sağlar. Bunun dışında, alacaklılar hayatta kalmayı başaran bir şirketin ekonomik yaşamına devam etmesiyle birlikte, düzenli olarak şirketin bir bütün olarak ortadan kalkması ile elde edecekleri değere karşılık, daha yüksek bir hisse alabilirler<sup>115</sup>. Alacaklılar

---

<sup>112</sup> Reischl, s. 1, Kn. 1.

<sup>113</sup> Wellensiek, Jobst, Übertragende Sanierung, NZI, H. 5, 2002, s. 233; Bork, s. 3, Kn. 4.

<sup>114</sup> Wellensiek, s. 233; Hagebusch, Alfred / Oberle, Thomas, Gläubigerbefriedigung durch Unternehmenssanierung: die übertragende Sanierung - Eine Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund jüngster InsO-Reformen, NZI, H. 11, 2006, s. 619; Buth, Andrea K. / Hermanns, Michael (von herausgegeben), Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, Handbuch, 4. Vollständig neu bearbeitete Auflage, C.H.BECK München, 2014, § 24, Kn. 73.

<sup>115</sup> Bork, s. 226, Kn. 413.

bu durumda yapılandırılan şirketin ekonomiye kazandırılarak elde edilen gelirinden tatmin edilirler<sup>116</sup>.

Kanunda yenilikçi anlayış çerçevesinde ifade edilecek amacı gerçekleştirmeye yönelik araçlardan bir diğeri de devrederek iyileştirmedir. *Wellensiek*, devrederek iyileştirmede, şirketin iyileştirilmesinin özel bir görünüm şeklinin söz konusu olduğunu bununla şirketin kendi sahibinden (şirket hamili), tüzel kişi veyahut da gerçek kişiden ayrıldığını ifade etmiştir. Yazar bunu müteakip bu ayrılmanın, şirketin “*asset-deals*”<sup>117</sup> adı verilen bir yolla satışıyla yani şirketin münferit malvarlığı değerlerinin bir paket (bütünlük) içerisinde fonksiyon birliğini temin edecek şekilde bir alıcıya satılmasıyla gerçekleştiğini de belirtmektedir<sup>118</sup>. Şirketi almaya talipli olan kişi, bu hedef doğrultusunda kurulan bir ortaklık grubu (şahıs ve sermaye şirketleri ile her türlü âdi ortaklıklar) olabileceği gibi, şirketin bir rakibi veya iş sahasını genişletmek isteyen diğerk bir şirket de olabilir<sup>119</sup>.

“*Asset-Deals*” satışıyla şirketin pasifleri önceki şirket sahibinde kalacak, aktifleri ise şirketi satın alan yeni sahibine geçecektir<sup>120</sup>. Bu şekilde şirketin satılması sonucu alıcı tarafından ödenen para ile alacaklılar tatmin edileceklerdir<sup>121</sup>. Devrederek iyileştirme ile amaçlanan husus esasında, şirketin, şirket sahibinden bağımsızlaşarak ve dolayısıyla şirket borçlarından kurtulmayı sağlayan bir avantajla kendi mevcudiyetini sürdürmesinin teminat altına alınmasıdır<sup>122</sup>.

Şirketin devrederek iyileştirme yoluyla satışının sağlanması birçok açıdan avantajlara sahiptir. Bu şekilde bir satışın gerçekleşmesiyle,

---

<sup>116</sup> Bork, s. 226, Kn. 414.

<sup>117</sup> Bir şirketin satışı temel olarak iki şekilde gerçekleştirilir. Bunlar “*Asset Deal*” ve “*Share Deal*”dir. *Share Deal* satışta, şirketin devri, şirket hamilinin (sahibinin) devretmesi yoluyla gerçekleşir. Örneğin bir limited şirket tarafından işletilen bir şirketin satışının bütün hisselerinin bir limited şirkete devri yoluyla yapılması (Reul, Adolf / Heckschen, Heribert/ Wienberg, Rüdiger, *Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Immobilien-, Erb- und Familienrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2012, Kn. 2).

<sup>118</sup> *Wellensiek*, s. 233.

<sup>119</sup> Bork, s. 235, Kn. 434.

<sup>120</sup> Buth / Hermanns, § 24, Kn. 74.

<sup>121</sup> Stallman / Tercan, Alman Aciz Hukuku, s. 423; Bork, s. 226, Kn. 414.

<sup>122</sup> Hagebusch/ Oberle, s. 619; Buth / Hermanns, § 24, Kn. 74.



şirkette mündemiç bulunan katma değer muhafaza edilmeye devam edecek ve alıcıya devredilebilecektir. Bu, alacaklının kendi lehine olarak satış sonucu elde edilen paradan daha yüksek bir miktar ve oranla tatminine imkân sağlayacaktır. Bunun dışında, şirketin devam ettirilerek mevcudiyetinin korunmasına engel olan hususlar izale edilecek, iş yerleri muhafaza edilecek<sup>123</sup> ve bölgesel ekonomik yapı da bunlara binaen himaye edilecektir<sup>124</sup>.

Yukarıdaki izahlardan da görüleceği üzere, şirketin bu şekilde satışı ve şirket sahibinden bağımsızlaşarak da olsa hayatına devam etmesi borçlu malvarlığının değerlendirilmesinin görünüm şekillerinden birisi olup, bu satışla birlikte aciz tasfiyesinin 1. maddesinde ifadesini bulan amaç karşılanmış olur. Devrederek iyileştirme ile birlikte, boçlunun mevcudiyetinin devam etmesi olarak ifade edilebilecek iflâs kurallarının yenilikçi anlayışı çerçevesinde amacı böylece gerçekleştirmiş olacaktır.

Aciz Kanunu'nda yer verilen ve özellikle işletmenin ayakta kalmasını temin ederek alacaklıların müşterek tatminine hizmet eden araçlardan bir diğeri “aciz planı”dır (InsO. md. 217-269). Plan, kanuna ilişkin gerekçede aciz hukukuna ilişkin reformun temel parçası (esaslı noktası) olarak nitelendirilmiştir<sup>125</sup>. Aciz planına ilişkin düzenlemeler, köklerini kısmi olarak 31.12.1998 tarihine kadar geçerli olan Konkordato Kanunu içerisinde ve kısmi olarak da Amerikan hukukunda geçerli olan Chapter XI' (11. Bölüm) de bulur<sup>126</sup>. Bu plan önceki kanunda düzenleme alanı bulan konkordatoya etki ve nitelikleri itibarıyla benzese de amaçları bakımından farklılıklar göstermekte olup, konkordato iyi niyet sahibi borçlular için getirilen bir sistem iken, aciz planı borçlunun ekonomik olarak varlığını devam ettirmesine fırsat veren ve dolayısıyla alacaklılar ile borçlunun menfaatlerini dengeli bir şekilde telif ettiren bir sistemdir<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> Alman Federal Mahkemesi de verdiği bir kararda, işletmenin planlanan bir satışının, sıklıkla şirketin ortadan kalkmasına nazaran daha uygun bir değerlendirme aracı olduğunu ve bunun dışında iş yerlerinin muhafaza edilmesini gerçekleştirmeyi vadettiğini ifade etmiştir (BGH NJW, 1987, 844).

<sup>124</sup> Buth / Hermanns, § 24, Kn. 73.

<sup>125</sup> BT-Drucks. 12/7302, S. 181.

<sup>126</sup> Andres / Leithaus / Dahl, § 1, Kn. 3.

<sup>127</sup> Özkaya-Ferendeci, Ödeme Güçlüğü, s. 656.

Aciz planı ile borçlu şirketin iyileştirilmesi hedefi çerçevesinde planın en yüksek gayesi olan alacaklıların müştereken tatminine ulaşılmaya çalışılır<sup>128</sup>. Aciz planının hazırlanması, borçlu malvarlığının değerlendirilmesinde (satılması) esnekliği artırır ve aynı zamanda alacaklıların haklarının güçlendirilmesini temin eder<sup>129</sup>. Diğer bir ifade ile bu plan; (aciz tasfiyesine) katılanlara, başlanan acizleri alacaklı hâkimiyeti (Glaeubigerautonomie) temelinde esnek ve ekonomik olarak etkili bir şekilde tasfiye etme imkânını bahşeder<sup>130</sup>.

Aciz planı ile aciz tasfiyesi içerisinde aciz durumuna düşmüş şirketlerin iyileştirilmesi kolaylaştırılır ve bu iyileştirme birleştirilmiş bir usûl içerisinde düzenlenir<sup>131</sup>. Daha önce de ifade edildiği üzere alacaklıların tatmin edilmesine yönelik borçlunun malvarlığının paraya çevrilmesi ile ilgili üç yol (tasfiye, yapılandırma-iyileştirme, devrederek iyileştirme) mevcuttur. Borçlu malvarlığını değerlendirmeyi öngören bu niteliklerden her birisi, kanuni direktifler doğrultusunda veya sözleşme özgürlüğü (serbestçe hareket etme) çerçevesinde bir aciz planı temelinde yürütülebilir<sup>132</sup>.

Aciz planı, borçlunun mevcudiyetinin devam ettirilmesi ve alacaklıların tatmini doğrultusunda, borçlu ile alacaklı topluluğu arasında özel hukuka dayanan bir sözleşme niteliğinde olup<sup>133</sup> alacaklılar topluluğunun bununla taleplerinin bir kısmından feragat etmeleri ve kalan kısmını da ertelemeleri ilgili planın tipik içeriğini oluşturur<sup>134</sup>.

Alman Aciz Kanunu'nda 217. madde ve devamında düzenlenen aciz planı usûlü, borçlu şirketin iyileştirilmesine hizmet etmesi<sup>135</sup> cihetiyle iflâs kurallarının yenilikçi anlayış çerçevesindeki amacını gerçekleştiren enstrümanlardan birisi olarak kanundaki yerini almıştır. Ancak doktrinde, aciz planının iyileştirmeyi kolaylaştırması gerektiği ifade edildikten sonra aciz planının, kanunun yürürlüğe girmesinden

<sup>128</sup> Keller, s. 613, Kn. 1623.

<sup>129</sup> Andres / Leithaus / Dahl, § 1, Kn. 3.

<sup>130</sup> BT-Drucks. 12/7302, S. 181.

<sup>131</sup> Gogger, Martin, Insolvenzrecht, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006, s. 5.

<sup>132</sup> Bork, s. 4, Kn. 6.

<sup>133</sup> Özkaya-Ferendeci, Ödeme Güçlüğü, s. 656.

<sup>134</sup> Özkaya-Ferendeci, Ödeme Güçlüğü, s. 658. vd.

<sup>135</sup> Keller, s. 3, Kn. 5; Reischl, s. 1, Kn.1.

itibaren 10 yıllık süreç içerisinde düzeltilmeye muhtaç olduğunun ve son ekonomik ve finansal krizlerin gösterdiği gibi yeni Aciz Kanunu'nun bütün talepleri karşılamadığının<sup>136</sup> ortaya çıkması üzerine kanun koyucunun “Şirketlerin İyileştirilmesini Kolaylaştıran Ek Kanun”<sup>137</sup> ile birlikte, iyileştirmeyi (yapılandırmayı) destekleyen ve özellikle bunu doğrudan güçlendiren ek kuralları (özellikle InsO. md. 270b) aciz kanununa eklediği ifade edilmiştir<sup>138</sup>.

İlgili düzenlemeler göz önüne alındığında yeni kanun ve dolayısıyla aciz hukukunun gelişimi ile ilgili şu tespitler önem kazanacaktır: Alacaklıların tatmin edilmesinin yanı sıra borçlunun ayakta kalmasını da temin eden<sup>139</sup> aciz usûlünün tatbiki, ekonomik yaşamın dayanıklı hale getirilmesini destekler. Nitekim sağlam bir ekonomi, tüketiciye varıncaya kadar birbiri ile sıkı ilişkiler içerisinde bulunan bütün piyasa katılımcılarının ödeme gücünün olması ve katılımcıların kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi sonucu iyi bir şekilde işleyecek bir ekonomik yaşam ile olur ki aksi hâlde her birinin ayrı ödeme güçlüğü, geniş kapsamlı zincirleme reaksiyonlara sebep oluşturup ekonomik çöküşü hızlandırır. Ekonomik piyasada bu durumda ödeme güçlüğü çeken her bir kişi diğer bir piyasa katılımcısına zarar verir. Bu yüzden aciz prosedürünün bu aşamadaki görevi, potansiyel suçluyu şimdilik (geçici olarak) tedbiren piyasadan uzaklaştırmak ve iyileştirmeyi denemektir<sup>140</sup>.

Aciz hukuku borçlunun malvarlığının tasfiyesi veya şirketin kapatılması sonucuyla piyasa ekonomik düzeninin zorunlu bir parçasını oluşturur. Bu yönüyle aciz hukuku hafife alınmaması ve olumsuz olarak değerlendirilmemesi gereken bir piyasa temizleme (Marktbereinigung)

---

<sup>136</sup> Rumpf, Christian, Die Insolvenz des Verbrauchers in Deutschland, DÜHFD, Özel Sayı, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. III, 2014, s. 2367.

<sup>137</sup> Gesetz zur weitere Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), vom 7. 12. 2011, BGBI, 2582.

<sup>138</sup> Bork, s. 9, Kn. 17; Reischl, s. 1, Kn.1.

<sup>139</sup> Aciz hukukunun amacı geçerli oldukları ülkeler itibariyle farklılıklar gösterebilmektedir. Bu amaç örneğin Fransa'da olduğu gibi şirketlerin ve işyerlerinin kurtarılması olabileceği gibi İngiltere'de olduğu gibi girişimcilik ruhunun desteklenmesi olabilmektedir (Paulus, s. 4, Kn. 9).

<sup>140</sup> Reischl, s 1, Kn. 6.

fonksiyonuna sahiptir<sup>141</sup>. Ancak Aciz hukuku, hiçbir şekilde daha çok sadece bir piyasa temizlemeye hizmet etmez, aksine alternatif olarak, piyasa devamlılığını yeniden tesis eder. Kanun yapılandırma (iyileştirme) alternatifini ile bütün ihtimallerden en kötüsünün vücuda gelmesi senaryosuna karşı şirketin hayatına devam etmesine imkân veren bir gelecek şansı sunar. Nihai olarak aciz hukukunda öngörülen, mutlak surette bir bitiş yerine şimdi artık iyileştirmeye yönelik bir şansın varlığıdır<sup>142</sup>.

Aciz Kanunu'na ilişkin düzenlemelerin tamamına bakıldığında yenilikçi anlayışın kanunun şekillendirilmesinde önemli bir rol oynadığı görülecektir?

#### IV. SONUÇ

Çalışmamızda iflâs kurallarının amacı klasik (geleneksel) anlayış ve yenilikçi anlayış şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutularak Türk hukuku ve Alman hukuku bakımından değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda Türk hukuku bakımından mehaz niteliğinde olan İsviçre hukukunun ilgili hükümleri de kısmen değerlendirilmiştir.

İflâs kurumunun iyi anlaşılabilmesi için iflâs kurallarının amacı üzerinde durmak gerekir. Zira iflâs hukuku kurallarının uygulanması ve yorumlanmasında bu kuralların amacı daima göz önünde bulundurulmalıdır.

İflâs hukuku ekonomik hayatın bir parçasını teşkil eder. İflâs vücuda getirdiği ağır neticeleri ile toplumun sosyal yapısına ve özellikle ekonomik düzenine olumsuz yönde tesir eden ve çoğu durumda genel inanç ve güveni zedeleyen sosyal bir hastalık olup; iflâsın hukukî sonuçları nazara alındığında, bu kurumun iyi veya kötü şekilde işletilmesi neticesinde ortaya çıkacak olan fayda veya zarar sadece alacaklıların ve borçlunun menfaatlerini değil aynı zamanda genel menfaatleri (kamu menfaatlerini) de ilgilendirecektir. İflâs ile ilgili getirilen düzenlemeler bu yönüyle ticari hayatın ve dolayısıyla ekonomik yaşamın muntazaman işlemesi ile doğrudan ilgili düzenlemelerdir.

---

<sup>141</sup> Keller, s. 3, Kn. 6.

<sup>142</sup> Paulus, s. 1, Kn. 2.

İflâsın, alacaklıların mümkün mertebe en fazla ve eşit şekilde tatmini ile alacaklıların menfaatlerine hizmet etmesi söz konusu iken, iflâs kuralları içerisinde yer alan bazı araçlarla iflâsın meydana gelmesinin önüne geçilmesi dolayısıyla borçlunun/müflisin menfaatlerine hizmet etmesi söz konusu olacaktır.

İflâsın klasik (geleneksel) amacı, müflisin haczedilebilir mallarının satılarak, bu satıştan elde edilen para ile belirli bir plan çerçevesinde ve kuralların icap ettirdiği şekilde iflâs alacaklılarının mümkün mertebe en fazla ve eşit şekilde tatmin edilmesidir. İflâsın klasik amacı ekonomik yaşamın mevcudiyeti bakımından önemli olup alacaklıların eşit ve âdil bir şekilde tatmin edilmesi, ekonomik yaşamın düzgün bir şekilde işleyişinde büyük bir işlev görür.

İflâsın yenilikçi anlayış çerçevesinde ele alınabilecek amacı ise; borçlunun ekonomik durumunun düzeltilmesi imkânının olması, borçlunun içine düştüğü ekonomik sıkıntıların zamanında fark edilip buna karşı uygun tedbirlerin alınması ya da alacaklıların borçlunun malvarlığı ile bu alacaklarını halen elde edebilmesi imkânının olması halinde iflâsın meydana gelmesinin engellenmesi yani iflâsın önlenmesidir.

İflâs hukuku kuralları içerisinde iflâsı önlemeye diğer bir ifade ile borçlunun mevcudiyetinin devam etmesine olanak sağlayan bazı kurumlar gerek Türk-İsviçre hukukunda gerekse de yeni reform kanununun yürürlüğe girdiği Alman hukukunda ihdas edilmiştir.

İsviçre hukuku bakımından yenilikçi anlayış çerçevesinde değerlendirilebilecek önemli değişiklikler (2013 yılında yapılan ve) 1 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe giren konkordato ile ilgili değişikliklerde kendisini göstermektedir. 2003 yazında mevcut iyileştirme hukuku (Sanierungsrecht) alanında reform ihtiyacı olup olmadığı konusunda bir uzmanlar komisyonu görevlendirilmiştir bu bağlamda somut olarak Amerikan hukukundaki Chapter 11 prosedürü de incelenmiştir. Hazırlanan raporda Amerikan hukukundaki Chapter 11 prosedürünün münferit kurumlarına yer verilmemiş ancak Amerikan hukukundaki yeni eğilimden ilham alınmıştır. Resmi gazetede konkordatoya ilişkin kanun değişikliğinin gerekçesine ilişkin muhtelif yerlerde bu değişikliklerin amacının şirketlerin iyileştirilmesini etkili bir biçimde kolaylaştırmak; borçlunun iyileşme şartlarını düzeltmek; yatırım ortamlarının çekiciliğini güçlendirmek, şirketlerin dayanıklı hale getirilmesini, iyileştirilmesini

önemli ölçüde düzeltmek ve böylece işyerlerini korumak olduğu hususları ifade edilmiştir.

Türk hukukunda bu amaca hizmet eden kurumlar, malvarlığının terki suretiyle konkordato, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması ve özellikle 7101 sayılı Kanun ile (iflâs erteleme kurumunun yürürlükten kaldırılması üzerine) etkin ve işlevsel bir yapıya kavuşan konkordato kurumlarıdır.

Almanya’da da reform kanunu olarak nitelendirilen ve köklü bir değişiklik getiren Alman Aciz Kanunu ile iflâs kurallarının yenilikçi anlayış çerçevesindeki amacı belirli kurumlar vasıtasıyla ön plana çıkmıştır. Aciz Kanunu ile ulaşılmak istenen amaç, Türk İcra ve İflâs Kanunu’ndan farklı olarak, kanunun 1. maddesinde bizzat yer edinmiş ve ilgili maddede aciz usûlünün amaçları şu şekilde izah edilmiştir: “1. Aciz prosedürü, borçlunun mallarının paraya çevrilmesi ve elde edilen paranın paylaşılması veya bir aciz planı doğrultusunda özellikle işletmenin ayakta kalmasını sağlamaya yönelik farklı bir düzenleme ile borçlunun alacaklılarının müştereken tatminine hizmet eder. 2. Dürüst borçluya, kalan borçlarından (yükümlülüklerinden) kurtulma imkânı verilir.”

Borçlunun ekonomik kriz içerisinde bulunduğu durumlarda, alacaklıların mümkün mertebe en iyi şekilde tatminini gerçekleştirecek hukukî çerçeve şartlarını barındıran kanunun 1. maddesi, bunun için, ilk etapta borçlunun malvarlığının aciz prosedürü yoluyla değerlendirilmesini yani borçlunun mallarının paraya çevrilmesi ve elde edilen paranın alacaklılar arasında paylaşılmasını öngörmüştür. Alacaklıların tatmin edilmesine yönelik borçlunun malvarlığının paraya çevrilmesi ile ilgili önem derecesi aynı olan 3 yol mevcut olup bunlar tasfiye (Liquidation), yapılandırma-iyileştirme (Sanierung) ve devrederek iyileştirme (übertragende Sanierung) ‘dir.

Aciz Kanunu, bünyesinde yer verdiği tasfiye yolu ile müflisin mallarının satılarak, iflâs alacaklılarının mümkün mertebe en fazla ve eşit şekilde tatmin edilmesine ulaşmaya çalıştığı klasik amaç yanında, yapılandırma (iyileştirme) ve devrederek iyileştirme gibi araçlara da yer vererek yenilikçi anlayış çerçevesinde ele alınabilecek olan iflâsı önleme ve borçlunun ayakta kalmasını sağlamaya yönelik amaçları da gerçekleştirmeye çalışmaktadır. Aciz Kanunu’nda yer verilen ve özellikle işletmenin ayakta kalmasını temin ederek alacaklıların müşterek tatminine hizmet eden araçlardan bir diğeri “aciz planı”dır (InsO. md. 217-269). Alman Aciz Kanunu içerisinde düzenlenmiş olan bu kurumlara

M. Kâmil YILDIRIM / Yakup ORUÇ

bakıldığında yenilikçi anlayışın kanunun şekillendirilmesinde önemli bir rol oynadığı müşahede edilebilecektir.

## KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk: Alman Aciz Kanunu'nun Bakiye Borçtan Kurtulma Prosedürü ve Tüketici Aczine İlişkin Hükümleri, AÜHFD, C. 61, S. 3, Y. 2012, s. 1207-1221.
- AMONN, Kurt / WALTHER, Fridolin: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, achte, vollständig überarbeitete Auflage unter Zugrundelegung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Stämpfli Verlag AG Bern. 2008.
- ANDRES, Dirk / LEİTHAUS, Rolf / DAHL, Michael: Insolvenzordnung Kommentar, 3. Auflage, München 2014 (kısaltma: Andres/Leithaus/Dahl).
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2018.
- ATALAY, Oğuz: İflâsın Ertelenmesi, Türkiye Bankalar Birliği İcra ve İflâs Kanununda Yeni Düzenlemeler Abant Toplantısı, Bankacılar Dergisi, Y. 14, S. 47, Aralık 2003, s. 93-98.
- BAŞÖZEN, Ahmet: İflâsın Ekonomik Analizi, Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C. 2, S. 4, Y. 2006, s. 929-942 (kısaltma: Ekonomik Analiz).
- BAŞÖZEN, Ahmet: Müflisin Tasarruf Yetkisi, Turhan Kitapevi, Ankara 2005 (kısaltma: Tasarruf Yetkisi).
- BAUR, Fritz / STÜRNER, Rolf: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrech, 12. Auflage, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 1990.
- BECKER, Christoph,: Insolvenzrecht, 3 Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2010.
- BERKİN, Necmeddin M.: İflâs Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972.
- BORK, Reinhard: Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Auflage, Mohr Siebeck, 2014.



- BRAUN, Eberhard: Insolvenzordnung, Kommentar, 6. neu bearbeitete Auflage, München 2014 (kısaltma: Braun-InsO/Bearbeiter, §..., Kn...).
- BREİ, Kathrin / BULTMANN, Britta: Insolvenzrecht, Nomos, 1. Auflage, Baden-Baden 2008.
- BUTH, Andrea K. / HERMANN, Michael (von herausgegeben): Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, Handbuch, 4. Vollständig neu bearbeitete Auflage, C.H.Beck München, 2014.
- DELİDUMAN, Seyithan: İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Seçkin, Ankara 2002 (kısaltma: Alacaklılar Toplanması).
- DELİDUMAN, Seyithan: Yeni Alman Aciz Kanunu Genel Hükümleri, EÜHFD, 2000/1-2, s. 617-622 (kısaltma: Alman Aciz Kanunu).
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, Alfa, İstanbul 1996 (kısaltma: Sübjektif Sınırlar).
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İflâsın Hukukî Mahiyeti, İHFM, C. 54, S: 1-4, 1994, s. 331-346 (kısaltma: Hukukî Mahiyet).
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Hacze (Âdi) İştirak, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 1989 (kısaltma: Hacze (Âdi) İştirak).
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra Hukuku'nda Paylaştırmaya İlişkin İlkeler Hakkında Düşünceler İcra Hukuku Analizleri, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2011 (kısaltma: Analizler).
- ERMAN, Eyüp Sabri: İflâs İdaresi, Nitelikleri, Seçim ve Çalışma Tarzı, Adalet Dergisi, C. 65, 1974, s. 859-868.
- ERMENEK, İbrahim: İflâsın Ertelenmesi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2010.
- FOERSTE, Ulrich: Insolvenzrecht, 6. Auflage, C.H. Beck, 2014.
- GAUL, Hans Friedhelm / DEREN-YILDIRIM, Nevhis (Çeviren): Federal Alman Cumhuriyetinde Yeni Külli Takip Hukuku, İÜHFM, Y. 1995-1996, S. 1-2, s. 465-488. (kısaltma: Gaul/Deren-Yıldırım, Külli Takip).

GOGGER, Martin: Insolvenzrecht, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006.

HAGEBUSCH, Alfred / OBERLE, Thomas: Gläubigerbefriedigung durch Unternehmenssanierung: die übertragende Sanierung - Eine Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund jüngster InsO-Reformen, Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI), Heft 11, 2006, s. 618-622.

HÄNZLI, Brigit: Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht Beitrag zur Bestimmung ihrer Rechtsstellung und kurze Darstellung ihres Aufgabenbereiches, Schulthess Polygraphischer Verlag Ag, Zürich 1979.

HÖFLIGER, Martin: Die ausseramtliche Konkursverwaltung nach SchKG, Diss., Freiburg 1987.

JAEGER, Ernst: Insolvenzordnung, Band 2 (§§ 56-102 InsO); 1. Auflage, Henckel, Wolfram/ Gerhard, Walter (Hrsg.), Walter de Gruyter Verlag Berlin-New York 2007 (kısaltma: Bearbeiter, in Jaeger, InsO, 1. Auflage 2007, §...Kn...).

KARSLI, Addurrahim: İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Alternatif, İstanbul 2014.

KELLER, Ulrich: Insolvenzrecht, Verlag Franz Vahlen, München 2006.

KILGER, Joachim: Der Konkurs des Konkurses, in: KTS 1975, Carl Heymanns Verlag, KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 36. Jahrgang 1975, s. 142-166.

KURZKOMMENTAR SCHKG: Daniel Hunkeler (Herausgeber), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014 (kısaltma: KUKO SchKG-Bearbeiter / IN, Art...Kn...).

KÜBLER, Bruno M. / PRÜTTING, Hans / BORK, Reinhard: Kommentar zur Insolvenzordnung, B. II, Köln, November 2015 (kısaltma: Kübler / Prütting / Bork, InsO / Bearbeiter, §...Kn...).

MOHRBUTTER, Harro / RINGSTMEIER, Andreas: Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2015.

MÜNCHNER KOMMENTAR zur Insolvenzordnung: Band 1 §§ 1-79, Herausgegeben von Hans-Peter Kirchof, Horst Eidenmüller und

- Rolf Stürner, 3. Auflage, München 2013 (kısaltma: MünchKomm-InsO / Bearbeiter, §..., Kn...).
- NERLICH, Jörg / RÖMERMANN, Insolvenzordnung (InsO): Kommentar, 28. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck, München, Januar 2015.
- OEHRİ, Daniel: Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2018.
- ÖZEKES, Muhammet: İflâsın Ertenmesi (İİK m. 179-179b; TTK m. 324), Türkiye Barolar Birliği, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III (İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Bilirkişilik, İflâsın Ertenmesi), Eskişehir 3-5 Ekim 2003 ve 1-2 Ekim 2004, Birinci Baskı, Mayıs 2007 Ankara, s. 453-504.
- ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden: Alman Hukukunda Tüketici İflâsı ve Bakiye Borçtan Kurtulma İmkânı, MÜHF-HAD, C. 14, S: 1-2, s. 57-83 (kısaltma: Tüketici İflâsı ve Bakiye Borçtan Kurtulma).
- ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden: Alman Hukukunda Ödeme Güçlüğü İçindeki Şirketlerin Yapılandırılmasına İlişkin Düzenlemeler, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2006, s. 649-660 (kısaltma: Ödeme Güçlüğü).
- ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden: İflâs Hukukunda Takas, Beta, 2013 (kısaltma: Takas).
- ÖZTEK, Selçuk / BUDAK, Ali Cem / TUNÇ YÜCEL, Müjgân / KALE, Serdar / YEŞİLOVA, Bilgehan: Yeni Konkordato Hukuku, 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi, Ankara 2018.
- PAULUS, Christoph G.: Insolvenzrecht, Verlag C.H Beck, München 2009 (kısaltma: Insolvenzrecht).
- PEKCANITEZ, Hakan / ERDÖNMEZ, Güray: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.: İflâs Hukuku İlkeleri, C: I. İflâs, İstanbul 1978.

- REİSCHL, Klaus: Insolvenzrecht, 3. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2014.
- REUL, Adolf / HECKSCHEN, Heribert / WIENBERG, Rüdiger: Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Immobilien-, Erb- und Familienrecht, Verlag C. H. Beck, München 2012.
- RUMPF, Christian: Die Insolvenz des Verbrauchers in Deutschland, DÜHFD, Özel Sayı, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. III, 2014, s. 2363-2387.
- RÜZGARESEN, Cumhur: İflâs Sebepleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- SCHILKEN, Eberhard: Probleme des Insolvenzeröffnungsverfahrens bei Massearmut, Eberhard Schilken, Nevhis Deren-Yıldırım, Kâmil Yıldırım (Hrsg.), Zivilverfahrensrechtliche Probleme des 21. Jahrhunderts-aus der Vortragsreihe "Vorträge auf zwei Kontinenten"-, Rechtswissenschaft im Gardez!, Band 23, Gardez! Verlag, Remscheid 2006, s. 124-138.
- SCHOCH, Hans: Die juristische Natur der Pfändung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs, Diss., Zürich, 1940.
- SPÜHLER, Karl / DOLGE, Annette: Schuldbetreibungs-und Konkursrecht II, 5. überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess 2011.
- STALLMAN, Christian: Einführung in das neue Insolvenzrecht (Yeni (Alman) Aciz Hukukuna Giriş (Çev. Yard. Doç. Dr. Erdal Tercan), AÜHD, Y. 1996, C. 45, s. 413-426 (kısaltma: Stallman / Tercan, Alman Aciz Hukuku).
- TAŞ KORKMAZ, Hülya: İflâs Masası, Yetkin, Ankara 2010.
- UMAR, Bilge: İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İstiklal Matbaası, İzmir 1973.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: İflâs Hukuku, Yaylacık Matbaacılık, 8. Bası, İstanbul 2009.
- WELLENSIEK, Jobst: Übertragende Sanierung, Neue Zeitschrift für Insolvenz-und Sanierung (NZI), Heft 5, 2002, s. 233-239.

M. Kâmil YILDIRIM / Yakup ORUÇ

YILDIRIM, M. Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflâs Hukuku, Beta, 7. Baskı, İstanbul 2016.

YILMAZ, Ejder: İflâs İdaresi, Sevinç Matbaası, Ankara 1976 (kısaltma: İflâs İdaresi).

YILMAZ, Ejder: Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Cumhuriyetimize 80. Yıl Armağanı), C. 11, S. 3-4, Y. 2003, s. 9-45 (kısaltma: Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz).



## KİRACININ TACİR OLMASI DURUMUNDA KİRAYA VERENİN AYIPTAN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

Mehmet ÜÇER\*

Nedim MERİÇ\*\*

### ÖZ

Kira sözleşmesiyle kiraya veren kira süresi boyunca kiralananı elverişli durumda bulundurmakla yükümlüdür. Buna karşılık ise kiracı kira bedelini ödemekle yükümlüdür. TBK m. 303'te önemli fesih sebebi düzenlenmiştir. Kiralanan eşya sözleşmeyle taahhüt edilen veya tarafların güven ilişkisi içinde şart kılınan şartları taşımamaktaysa, TBK m. 301'e göre bir kira ayıbı söz konusu olur. Bu kapsamda Kanun Koyucu 'Ayıptan Dolayı Sorumluluk' başlığı altında kiracıya hukukî çare sunmuştur. Kanun hükmüne göre kiracı önemli bir ayıbın varlığı durumunda kira ilişkisini feshedebilir veya vereceği süre içinde ayıbın giderilmesini isteyebilir.

---

\* Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [mehmetucer1@gmail.com](mailto:mehmetucer1@gmail.com), ORCID ID: 0000-0002-1860-4668.

\*\* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [nedimmeric@gmail.com](mailto:nedimmeric@gmail.com), ORCID ID: 0000-0002-5366-0008.

Makalenin Gönderim Tarihi : 25.10.2019.

Makalenin Kabul Tarihi : 10.12.2019.

Yargıtay'a göre kiracının tacir olduğu ve basiretli iş adamı gibi davranmak durumunda olduğu durumlarda, kiracıyı neredeyse kusursuz sorumlu tutma yaklaşımı sergilediği görülmektedir. Zaman zaman dürüstlük kuralı ile bu uygulama yumuşatılmış ise de, yeterli değildir. Kiracının, tacir olsa bile zayıf durumda olduğu ve basiretli davranma yükümlülüğünün kusursuz sorumluluk derecesinde uygulanmasının haksızlığı göz ardı edilmemelidir. Bu çalışmada Yargıtay'ın bu bakış açısı ele alınmıştır. Öncelikle kiracının tacir olarak özenle davranma yükümlülüğü incelendi. Sonrasında ise Yargıtay kararlarını yakından değerlendirdik. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü kira sözleşmesinin sonlandırılması bakımından önemli bir unsur olup, biz bu çalışmada sözleşme taraflarının dürüstlük kuralı açısından bir perspektif ortaya koymaya çalıştık.

**Anahtar Kelimeler:** Basiretli davranma yükümlülüğü, tacir, kira sözleşmesi, ayıp, dürüstlük kuralı.

## **DER UMFANG DER HAFTUNG DES VERMIETERS FÜR MÄNGEL IN FÄLLEN, IN DENEN DER MIETER KAUFMANN IST**

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Nach dem Mietvertrag ist der Vermieter verpflichtet, die Mietsache für die Dauer des Mietverhältnisses in einem günstigen Zustand zu halten. Dagegen ist der Mieter zur Zahlung der Miete verpflichtet. Im § 304 Abs.1 des türkischen Schuldgesetzes ist der sogenannte „wichtige Kündigungsgrund“ geregelt. Entspricht die gemietete Ware nicht den vertraglich zugesicherten oder im Vertrauensverhältnis der Parteien festgelegten Bedingungen, so liegt ein Mietmangel im Sinne vom Art. 301 ff. des türkischen OR vor. In diesem Zusammenhang bietet der Gesetzgeber dem Mieter einen Rechtsbehelf unter der Überschrift „Mängelhaftung“ an. Nach den gesetzlichen Bestimmungen kann der Mieter das Mietverhältnis beim Vorliegen eines wesentlichen Mangels kündigen oder die Beseitigung des Mangels innerhalb der gesetzten Frist verlangen.

Angesichts des türkischen Kassationshofs (Yargıtay), ist der Mieter ein Kaufmann und handelt als umsichtiger Geschäftsmann, was den Mieter nahezu makellos macht. Obwohl diese Praxis von Zeit zu Zeit mit der Regel der Ehrlichkeit gelockert wird, reicht sie nicht aus. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass sich der Mieter in einem schwachen Zustand befindet, auch wenn er ein Kaufmann ist, und dass die Verpflichtung zum umsichtigen Handeln auf den Grad der einwandfreien Verantwortung angewendet wird. In dieser Studie



wird diese Perspektive des Yargıtay diskutiert. Zunächst wurde die Sorgfaltspflicht der Mieter als Kaufmann geprüft. Danach haben wir die Entscheidungen des Yargıtay eingehend geprüft. Die Verpflichtung, umsichtiger Kaufmann zu sein, ist ein wichtiges Element bei der Kündigung des Mietvertrags. In dieser Studie haben wir versucht, diese Perspektive unter dem Gesichtspunkt der Ehrlichkeit der Vertragsparteien darzulegen.

**Stichwörter:** Ordentliche kaufmännische Sorgfaltspflicht, Kaufmann, Mietvertrag, Mängel, Redlichkeit.

## I. GİRİŞ

Kiraya verenin temel borçlarından biri, kira konusu malın, sözleşmede amaçlanan kullanıma uygun bir biçimde teslim edilmesi ve sözleşme süresince o halde bulundurulması borcudur (TBK m. 301). Kiraya verenin bu borcu, kiracı için bir hak teşkil eder. Kiraya veren bu borcunu yerine getirmezse, kiracı ayıba karşı sorumluluk hükümlerine başvurabilir (TBK m. 304-308).

Kiraya veren, sözleşmedeki amacı karşılamayan her türlü ayıptan sorumludur. Bununla birlikte, kiracı tacir ise, ticaretine ilişkin bütün faaliyetlerinde basiretli davranmak zorundadır (TTK m. 18/2). Kiracı tacirse, onun basiretli davranma yükümlülüğünün, kiraya verenin sorumluluğuna etkisinin, tacir olanlara nazaran farklı değerlendirilmesi gerekecektir. TTK m. 18/2 hükmünün göz ardı edilmesi mümkün değildir.

Basiretli davranmakla yükümlü olan tacir kiracı, kira konusu yerin ayıplı olması durumunda, bu hususu bilmediğini veya bilseydi sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürebilir mi? Aşağıda izah edileceği üzere, basiretli davranma yükümlülüğü (TTK m. 18/2), dürüstlük kuralının (TMK m. 2) objektif ölçü getirilmiş özel bir biçimidir. Tacir kiracının sübjektif özen ölçüsü dikkate alınsaydı, çoğu ihtimal ve durumda, bu savunmasının, dürüstlük kuralına uymadığını söylemek mümkün olabilirdi. Fakat bu kez güçlük yaratan sorun, kiracının sübjektif olarak dürüst olmadığının ispatlanması olacaktır. Oysa basiretli davranma yükümlülüğünün, objektif bir ölçü getirdiği kabul edildiğinden, tacir kiracının ayıbı ileri sürmesi güçleşmektedir.

Kiracının objektif özen ölçüsü ile sorumlu tutulması, kiraya verenin her durumda sorumluluğunu ortadan kaldıracak mıdır?. Uygulamada çoğu zaman kiraya verenin, kiracının basiretli davranma

yükümlülüğünü, kendi sorumluluğundan kurtulmanın bir savunma aracı haline getirdiği görülmektedir. Başka bir anlatımla, kiracı tacir için getirilen objektif nitelikli basiretli davranma yükümlülüğü, kiraya verenin uymakla yükümlü olduğu dürüst davranma yükümlülüğünden kurtuluş çaresi rolünü oynamaktadır.

Kiracı tacirin basiretli davranma yükümlülüğünden kaynaklanan objektif özen ölçüsünün kapsam ve sınırları doğru bir şekilde belirlenmelidir. Yüzeysel bir yaklaşım, basiretli davranmakla yükümlü kiracı karşısında, kiraya verenin ayıptan sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği sonucuna varılmayı gerektirir. Oysa kiraya verenin ayıplı olduğunu bilerek malını kiraya verdiği durumlarda, davranışının hile teşkil edip etmediğinden bağımsız olarak, daima kiracıya sorumluluk yüklemek ve kiraya vereni korumak, hakkaniyet ve insaf ilkelerine uygun düşmeyecektir.

Tacir olsa bile, kiracının kiraya verene karşı zayıf durumda olduğu gerçeği göz ardı edilemez. Kiracının kiraya verene karşı, sözleşme müzakerelerinde, sözleşme şartları üzerinde tam bir özgürlüğe sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanun koyucunun kiracıları koruyan hassasiyetini dikkate almak gerekir. Tacir bile olsa, kiracıyı koruyan temel yaklaşımı, tacir kiracıdan esirgemeyi haklı kılan bir sebep yoktur. Çatılı işyeri kiralalarında, tacir kiracının, basiretli davranma yükümlülüğünü gerekçe gösterip, kiracıyı koruyan hükümleri göz ardı etmek, kanunun amaçsal yorumuna aykırı düşecektir. Tacir, iş yaşamında ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli olmak zorundadır. Sözleşmelerini akdederken bu gücünü dikkate almak zorunludur. Fakat bir tacir, kira sözleşmesini yaparken, çoğunlukla güçsüzdür. Tacir olması, çoğunlukla kiracılık sıfatından kaynaklanan zayıflığını bertaraf edecek kuvvette değildir.

Yüksek Mahkeme içtihatlarına bakıldığında, kiracının tacir olduğu durumlarda, basiretli davranma yükümlülüğü gerekçesiyle, kiraya verenin ayıptan sorumluluğu yoluna gidilemeyeceğine hükmedildiği, fakat karar düzeltme yoluna başvurulduğunda, kiraya verenin kusurunun dikkate alınması gerektiği yönünde kararlar verildiği görülmektedir<sup>1</sup>.

Tacir, normal kişilerin ileri sürebileceği savunmalardan yararlanamayacak ve gelişi güzel bir şekilde, haklarını kullanırken ve

---

<sup>1</sup> Bkz. 88 nolu dipnottaki Yargıtay kararı.

borçlarını ifa ederken, bazı hususları bilmediğini iddia edemeyecek ya da gerekli tüm özeni gösterseydi bile, farkına varamayacağını ileri süremeyecektir. Tacirin bu yükümlülüğü, şüphesiz sözleşmenin karşı tarafı için dürüstlük kuralını bertaraf etmemelidir. Başka bir ifadeyle, tacirin bu yükümlülüğü, karşı sözleşenin, kendi sorumluluklarından kurtulma fırsatı yaratan bir hüküm olarak değerlendirilmemelidir.

Basiretli davranma yükümlülüğü, tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerine inhisar eder. Tacirin kiracı sıfatıyla yaptığı bütün kira sözleşmelerini, ticaretine ait faaliyet olarak nitelendirmek mümkün değildir. Tacirin uzmanlığı, faaliyet alanına ilişkin olmak zorundadır. Bir fabrika işletmek üzere kira sözleşmesi yapan kiracı tacirin, kiraladığı yer ile ilgili basiretli tacir gibi davranması zorunludur. Fakat ticaretini yürütmek için, ofis veya işyeri kiralayan her tacirin işyeri kiralaması uzmanlık alanına girmez.

İşte bu çalışmanın amacı, kiralananın ayıplı olduğu durumlarda, basiretli davranma yükümlülüğü altındaki tacirin, hangi hallerde kiraya verenin sorumluluğu yoluna başvurup başvuramayacağını kapsaminin, Yasanın amacına uygun bir şekilde ortaya konmasına bir katkı sağlama çabasıdır.

Bu çerçevede şunu da belirtmemiz gerekir: Merhum Karayalçın'ın ifade ettiği üzere, "Uzmanlık alanı dışında çalışmaların, riski ve maliyeti yüksek çalışmalar olduğu açıktır. Ancak doğru çözüm arayışları içinde olumlu bir katkıda bulunmanın, konuya açıklık getirmenin mesleki hazzı, risk ve maliyet unsurlarını ikinci plana atmaktadır."<sup>2</sup> Bu tarz çalışmalarda farklı bir bakış açısı getirebilme ihtimalinin de bir katkı sağlayacağı düşüncesi olarak değerlendirilmesi temenni edilmektedir.

---

<sup>2</sup> Karayalçın, Yaşar: Mirasbırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı? Bir Tartışma, Ankara, 2000, s. 2.

## II. KİRA SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI VE AYIBIN TÜRLERİ

### A. Genel Olarak Ayıp Kavramı

Kira sözleşmesinde, kira konusu malın, kiracıya sözleşmede amaçlanan kullanıma uygun bir biçimde teslim edilmesi ve sözleşme süresince öylece bulundurulması kanundan kaynaklanan bir borçtur (TBK m. 301)<sup>3</sup>. Kanundan kaynaklanan bu borç sebebiyle, kiraya veren bu yükümlülüğünü yerine getirmese, kiracıya karşı, ayıba karşı sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olur (TBK m. 304-308). Kiraya verenin bu yükümlülüğü, sürekli bir yükümlülük olup, kusurunu da gerektirmez<sup>4</sup>. Kiraya verenin sözleşme süresince, sözleşmede öngörülen amaçlara uygun kullanmaya elverişli bulundurma borcu sebebiyle, kira sözleşmesi sürekli edimler içeren bir sözleşme olmaktadır<sup>5</sup>.

Kiraya verenin kira konusu malı sadece teslim etmesi de yeterli olmayıp, sözleşmedeki amaçlara uygun bir şekilde teslim etmelidir<sup>6</sup>. Bu hususta sözleşmelerin iradeleri ve kira sözleşmesinin niteliği dikkate alınmalıdır. Örneğin konut ya da işyeri olarak kiralanan yerin, bu amaçları yerine getirmeye elverişli nitelikte olması gerekir. Konut olarak kiralanan yerin niteliklerinin de, bulunduğu çevrenin ekonomik ve sosyal şartlarına uygun olması gerekir<sup>7</sup>. Sözleşme uyarınca kullanmaya elverişliliğin kapsamına, sadece kira konusu yerin kendisi değil,

---

<sup>3</sup> Tunçomağ, Kenan: Özel Borç İlişkileri, C: II, İstanbul, 1977, s. 493; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, s. 256; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 2015, s. 329; Grunewald, Barbara, Bürgerliches Recht, 8. Bası, 2009, s. 99; Herberger, Klaus, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmangelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1974, s. 62, 75; Greiner, Stefan, Schuldrecht Besonderer Teil, Berlin 2011, s. 113.

<sup>4</sup> Becker, Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, çev. Suat Dura, Ankara, 1993, m. 254-255, N. I, 1.

<sup>5</sup> Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk/Özen, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul, 2012, s. 193.

<sup>6</sup> Looschelders, Dirk, Schuldrecht Besonderer Teil, 11. Bası, 2016, s. 157, 158

<sup>7</sup> Becker: m. 254-255, N. I, 5, 9; Tunçomağ: s. 494.

bütünleyici parçaları ve eklentileri de dâhildir<sup>8</sup>. Bunun yanı sıra, kira konusu malın bulunduğu yer de önem arz edebilir ve bu gibi durumlar da dikkate alınmalıdır. Örneğin sözleşme gereğince özel bir okul ya da hastane için kiralanan yerin, sosyal çevre olarak bu amaca hizmet edecek özellikte olması gerekir<sup>9</sup>.

Kira sözleşmesinde ayıp, kiralanan maldaki, dürüstlük kuralı gereğince o maldan sözleşme gereğince amaçlanan faydalanmayı önemli ölçüde engelleyen ya da kiraya veren tarafından özel olarak bildirilen niteliklerin eksikliğidir<sup>10</sup>.

## B. Ayıp Türleri

### 1. Niteliği Bakımından Ayıbın Türleri: Maddi, Hukuki, Ekonomik ve Manevi Ayıp

Satış sözleşmesinin aksine, Kanunda açıkça ayıbın türleri düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, gerek doktrinde gerekse yargısal içtihatlarda ayıbın niteliğine göre, maddi, hukukî, ekonomik ve manevi ayıp şeklinde bir tasnif yapılmaktadır<sup>11</sup>. Satış sözleşmesinde ayıp türleri olarak maddi, hukukî ve ekonomik ayıplar sayıldığı halde, bundan farklı olarak, kira sözleşmesinde, ayıbın manevi nitelikte de olabileceği kabul edilmektedir<sup>12</sup>.

Maddi ayıp, kiralanan şeyin maddi niteliklerinin, malın sözleşmede belirlenen kullanıma uygun olmaması ya da söz verilen nitelikleri taşımaması halidir<sup>13</sup>. Örneğin kira konusu taşınmazın, camlarının kırık, kapılarının bozuk, ısı ve su yalıtımının elverişsiz olması<sup>14</sup>, başa çıkılamayacak şekilde zararlı hayvanlar tarafından işgal

<sup>8</sup> Becker: m. 254-255, N. I, 9, 10; Tunçomağ: s. 495-496.

<sup>9</sup> Becker: m. 254-255, N. I, 6; Tunçomağ: s. 495.

<sup>10</sup> Eren: s. 329; Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2012, s. 226-227.

<sup>11</sup> Zevkliler / Gökyayla: s. 257; İnceoğlu, M. Murat: Kira Hukuku, C: 1, İstanbul, 2014, s. 127.

<sup>12</sup> Zevkliler / Gökyayla: s. 257.

<sup>13</sup> Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts (Besonderer Teil), Münih, Berlin 1956, s. 112

<sup>14</sup> Eren: s. 329.

edilmesi<sup>15</sup>, aracın fren sisteminin bozuk olması<sup>16</sup> gibi eksiklik ya da bozukluklardır. Kiraya verenin maddi ayıplara ilişkin borcu, kullanıma hazır teslim ve sözleşme süresince o şekilde bulundurma borcu altındadır. Kiraya verenin, örneğin kiracının mallarını hırsızlığa karşı koruma yükümlülüğü söz konusu değildir<sup>17</sup>.

Hukukî ayıp ise, kiralanan şeyin hukukî sebeplerle, malın sözleşmede belirlenen kullanıma uygun olmaması ya da söz verilen nitelikleri taşımaması halidir<sup>18</sup>. Genellikle kiralanan yer için ruhsat alınmaması ya da yapı kullanım izni (iskan ruhsatı) verilmemiş olması<sup>19</sup> gibi sebepler, hukukî ayıp kapsamına girer. Örneğin katı yakıt pazarlama işi için kiralanan yerde, valiliğin yasaklama kararı nedeniyle ruhsat alınmaması<sup>20</sup>, kiralanan yere belediyece tadilat ruhsatı verilmemesi<sup>21</sup> gibi ayıplar hukukî ayıptır.

Ekonomik ayıp ise, kiraya veren tarafından söz verilen ekonomik verimliliğin ve gelirin sağlanamaması halidir<sup>22</sup>. Örneğin kiralanan işyerinin, kiraya veren tarafından söz verilen iş hacmine sahip olmaması, söz verilen kârı sağlayacak nitelikleri taşımaması<sup>23</sup>, bir otobüs terminalinde, terminal içinde denetimsiz yiyecek, içecek satılmasına izin verilmesi sebebiyle, ruhsatlı işleten kiracıların beklenen kârı elde edememesi, kiralanan aracın vaat edilenden fazla yakıt tüketmesi<sup>24</sup>, fabrika için kiralanan makinenin vaat edilenden daha az üretim yapması veya fazla elektrik tüketmesi, fotokopi makinesinin katalogta belirtilen sayıda çekim yapamaması<sup>25</sup> ya da MR veya tomografi cihazının

---

<sup>15</sup> Zevkliler / Gökyayla: s. 257.

<sup>16</sup> İnceoğlu: s. 127.

<sup>17</sup> İnceoğlu: s. 127.

<sup>18</sup> Herberger, s. 172,

<sup>19</sup> Yavuz / Acar / Özen: s. 197; İnceoğlu: s. 128; yapı kullanım izin belgesinin verilmemesinin, Ülkemizdeki yaygın uygulama sebebiyle, kiralananan yararlanmaya bir engel teşkil etmediği ve bu sebeple ayıp olarak nitelendirilmemesi görüşü hakkında bkz. İnceoğlu: s. 128.

<sup>20</sup> Zevkliler / Gökyayla: s. 257.

<sup>21</sup> İnceoğlu: s. 128.

<sup>22</sup> Zevkliler / Gökyayla: s. 257-258; İnceoğlu: s. 129.

<sup>23</sup> Eren: s. 330.

<sup>24</sup> İnceoğlu: s. 129-130.

<sup>25</sup> Yavuz / Acar / Özen: s. 197.

sözleşmede belirtilen miktarda çekim yapamadan bakım ve onarım gerektirmesi ekonomik ayıptır.

Manevi ayıp ise, kiracının kiralanan şeyi kullanımını olumsuz etkileyen, rahatsızlık verici nitelikteki hususlardır<sup>26</sup>. Bu rahatsızlık verici eylem ve davranışların, kiraya veren tarafından yapılması da şart değildir. Üçüncü kişiler tarafından da yapılabilir. Kiracıya yönelik sataşma, tehdit, hakaret<sup>27</sup>, kiraya verenin kiracının rızası olmaksızın eve girmek istemesi, acil tamirat dışında, kiralanan yerde inşaat yapması<sup>28</sup>, taşınmazda giderilemeyen sürekli bir kokunun olması, kiracı veya ailesi üyelerine sarkıntılık yapılması<sup>29</sup>, kiralanan vitrinli dükkânın önüne sürekli olarak otomobil koyup, vitrini engellemek<sup>30</sup>, mesken nitelikli evin o muhitte daha önce randevu evi olarak kullanılmış ve öyle bilinmekte olması manevi nitelikteki ayıplara örnek gösterilebilir<sup>31</sup>.

## 2. Kapsamı Bakımından Ayıbın Türleri: Önemli Ayıp-Önemli Olmayan Ayıp

Kiralanan maldaki maddi, ekonomik, hukukî veya manevi nitelikteki eksiklik ve bozuklukların, sözleşmede belirlenen kullanım amacını tümüyle engellemesi ya da sözleşmede amaçlanan yararları önemli derecede azaltması halinde söz konusu olan ayıplar önemli ayıptır<sup>32</sup>.

Bu ayırmda kullanılacak ölçüt, Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 259b hükmünde, taşınmaz mallar için kullanımı “ortadan kaldırma” veya “ağır biçimde zarar verme”; taşınırlarda ise, kullanımı “engelleme” ölçütü esas alınmıştır. TBK m. 306/2’de ise, kiralananın öngörülen kullanıma “elverişliliğini ortadan kaldırması” ya da “önemli ölçüde engellemesi” ölçütlerine yer verilmiştir<sup>33</sup>.

---

<sup>26</sup> İnceoğlu: s. 130.

<sup>27</sup> Zevkliler / Gökyayla: s. 257; Eren: s. 330.

<sup>28</sup> Zevkliler / Gökyayla: s. 257.

<sup>29</sup> İnceoğlu: s. 130.

<sup>30</sup> Yavuz / Acar / Özen: s. 196; Aral / Ayrancı: s. 227.

<sup>31</sup> Bu husustaki bir Yargıtay kararı için bkz. Aral / Ayrancı: s. 227 dipnot 13.

<sup>32</sup> Eren: s. 331; İnceoğlu: s. 121.

<sup>33</sup> Yavuz / Acar / Özen: s. 194.

Önemli ayıp halinde, kiracıdan malı mevcut ayıplı haliyle kullanması objektif olarak beklenemez<sup>34</sup>. Bu çerçevede, kiralanan malın, ısıtma sisteminin çalışmaması, sağlığı etkileyecek derecede rutubetli olması, bir arabanın fren sisteminin olmaması gibi hallerde, önemli ayıptan bahsedilir<sup>35</sup>.

Önemli olmayan ayıp ise, tabii olarak önemli ayıp niteliğinde sayılmayan yani kiralanan maldaki eksiklik ve bozuklukların sözleşmede belirlenen kullanım amacını tümüyle ortadan kaldırmayan ya da sözleşmede amaçlanan yararları önemli olmayacak biçimde azaltan her türlü maddi, ekonomik, hukukî ya da manevi nitelikteki ayıplardır<sup>36</sup>. Önemli olmayan ayıplarda kullanım olanağı kısıtlanmakla birlikte, önemli ölçüde azaltılmamaktadır<sup>37</sup>. Bu ayıplar, hafif ve orta düzeyde ayıplar olarak da tasnif edilmektedir. Önemli olmayan hafif ayıp, basit bir tamir veya temizlik ile giderilebilecek ayıplardır. Örneğin evin duvar kağıdının bir kısmının yırtılmış veya aşınmış, musluğun contalarının bozuk veya ampulün patlamış olması bu türdendir. Önemli olmayan orta derecedeki ayıp, kiracının objektif olarak kullanmasına imkân vermekle birlikte, kullanımını etkileyen basit bir onarım ve temizlikle giderilemeyecek türdeki ayıplardır. Hafif ve önemli ayıplar arasında kalan kategorilerdir. Örneğin ısıtma sisteminde bir arızanın olması, mutfak aspiratörünün bozuk olması gibi ayıplar bu türdendir<sup>38</sup>.

Bu ayırım, kiracının borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilmesi imkânı vermesi bakımından önem arz etmektedir. Nitekim TBK m. 304 hükmüne göre, kiralananın önemli ayıplarla teslimi halinde, kiracı dilerse borçlunun temerrüdü hükümlerine, dilerse kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesinden doğan hükümlerine başvurabilir.

---

<sup>34</sup> İnceoğlu: s. 121.

<sup>35</sup> Yavuz / Acar / Özen: s. 195.

<sup>36</sup> İnceoğlu: s. 123.

<sup>37</sup> Eren: s. 331.

<sup>38</sup> Yavuz / Acar / Özen: s. 195-196.



### 3. Ortaya Çıkış Zamanı Bakımından Ayıbın Türleri: Başlangıçtaki Ayıp-Sonraki Ayıp

Kiralanan maldaki ayıpların teslimden önce mevcut olduğu hallerde başlangıçtaki ayıp, teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar ise, sonraki ayıptır. Teslim anında oluşanlar ve teslimden sonra oluşmakla birlikte teslimden önceki sebeplere dayanan ayıplar da başlangıçtaki ayıp olarak kabul edilmelidir<sup>39</sup>. Sonraki ayıplar, kira sözleşmesinin sürekli borç doğuran sözleşme özelliğinden kaynaklanır<sup>40</sup>. TBK m. 304 başlangıçtaki ayıpları düzenlerken, TBK m. 305, sonraki ayıpları düzenlemektedir<sup>41</sup>. Başlangıçtaki ayıplar, kiracıya borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurma hakkı verirken, sonraki ayıplar, sadece kira sözleşmesine ilişkin ayıp hükümlerine başvurma hakkı verir. Her iki düzenlemeye bakıldığında görüleceği üzere, Borçlar Kanunumuz bu ayırmada sözleşmenin kurulma anını değil, kiralanan şeyin teslim anını ölçüt olarak almıştır<sup>42</sup>.

### 4. Ortaya Çıkış Şekli Bakımından Ayıbın Türleri: Açık Ayıp-Gizli Ayıp

Kiralanan şeyin ayıbının sözleşmenin yapıldığı ya da teslim esnasında açıkça görülebilir veya anlaşılabilir olduğu hallerde, açık ayıptan bahsedilir.

Gizli ayıp ise, kiralanan şeyde teslimden önce mevcut olduğu halde, açıkça görülemeyen veya anlaşılamayan ya da zamanla ortaya çıkan ayıplardır<sup>43</sup>.

818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 249/3.maddesine göre, sözleşmenin yapıldığı sırada kiracının bildiği ya da bilmesi gereken ayıplardan ötürü kiraya verenin sorumlu olmayacağı kabul ediliyordu. Fakat 6098 sayılı Borçlar Kanunumuzda açıkça böyle bir düzenlemeye

---

<sup>39</sup> Wältermann, Frank, Die Mängelhaftung im neuen Schuldrecht, Frankfurt 2004, s. 77

<sup>40</sup> Yavuz / Acar / Özen: s. 196.

<sup>41</sup> Eren: s. 330; Aral / Ayrancı: s. 227; İnceoğlu: s. 330.

<sup>42</sup> İnceoğlu: s. 126.

<sup>43</sup> Wältermann, s. 78

yer verilmemiştir<sup>44</sup>. Bu sebeple, ayıp hükümlerine dayanarak kiraya verenin sorumluluğu yoluna başvurulabilmesi için, kiralanan şeydeki ayıbın gizli ayıp olması gerekeceği kabul edilmektedir<sup>45</sup>. Açık ayıp hallerinde kiracı, ayıbın kapsamı ve önemini bildiği ölçüde kiraya verenin sorumluluğu yoluna başvuramaz<sup>46</sup>. Kiraya verenin başlangıçta bu ayıpları gidereceğini kiracıya bildirdiği halde, sonradan gidermemiş ve böylece hileli davranmış olduğu hallerde, elbette kiracının bu hakları devam edecektir<sup>47</sup>. Bununla birlikte, kiralanan şeydeki ayıbın sağlığa aykırılık teşkil ettiği hallerde, her ne kadar eski Borçlar Kanunumuzdaki 249/3 hükmü artık mevcut değilse de, TBK m. 23 gereğince, kiracının sözleşme ile bağlı kalması düşünülemez<sup>48</sup>.

Kiraya verenin kiralanan şeyi sözleşmeyle kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli biçimde teslim etme ve sözleşme süresince öyle bulundurma yükümlülüğünün konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemeyeceğine ilişkin TBK m. 301 hükmünün de, açık ayıplar bakımından bir istisna teşkil ettiği kabul edilmektedir. Buna karşılık, bu ayıpların kira parasının sözleşmede düşük belirlenmesinde etken olduğu hallerde bir istisnadan söz edilemeyeceği, haklı olarak ileri sürülmüştür<sup>49</sup>. Konut ve çatılı işyeri kiralaları dışındaki diğer kira sözleşmelerinde ise, TBK m. 301 hükmü gereğince, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz.

Kiralanan şeydeki açık ayıpların sözleşme sırasında bilinmediği ve fakat teslim esnasında açıkça görüldüğü durumlarda, kiracının çekince koymaksızın kiralanan şeyi teslim alması hallerinde, malı ayıplı olarak kabul ettiği hususunda fiili bir karine söz konusu olur. Başka bir ifadeyle, ayıp hükümlerine başvurmadan feragat ettiği sonucuna varılır<sup>50</sup>. Yukarıda sözü edilen istisnalar dışında, teslim esnasında basit bir gözden geçirmeyle fark edilebilecek ayıplar bakımından, çekince koymadan

<sup>44</sup> Aral / Ayrancı: s. 228; İnceoğlu: s. 133.

<sup>45</sup> Becker: m. 254-255, N. IV, 16; Zevkliler / Gökyayla: s. 260; Eren: s. 331.

<sup>46</sup> Yavuz / Acar / Özen: s. 197.

<sup>47</sup> Zevkliler / Gökyayla: s. 260-261.

<sup>48</sup> Becker: m. 254-255, N. 29; Aral/Ayrancı: s. 228; İnceoğlu: s. 135.

<sup>49</sup> İnceoğlu: s. 136-137.

<sup>50</sup> Becker: m. 254-255, N. IV, 16; Yavuz / Acar / Özen: s. 198; Aral/Ayrancı: s. 228; Her zaman bu sonuca varılmasının doğru olmadığı yönünde bkz. İnceoğlu: s. 137.

teslim alan kiracının ayıp hükümlerine başvurması dürüstlük kuralına uygun düşmediği gibi, ayıp hükümlerine başvurmadan feragat ettiğine ilişkin fiili karineye de zıtlık teşkil eder<sup>51</sup>.

Borçlar Kanunumuz her ne kadar kiracıya gözden geçirme ve bildirim külfeti öngörmemişse de, kiracının kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı ayıpları gecikmeksizin kiraya verene bildirme borcu yüklemiştir. Aksi halde meydana gelen zararlardan kiracıyı sorumlu kabul etmiştir (TBK m. 318). Görüldüğü üzere, kiracıya gözden geçirme ve bildirme külfeti değil, bildirme borcu yüklenmiştir. Her ne kadar hükümde açıkça belirtilmemiş ise de, maddenin ifade biçiminden, sonraki ayıplar için bu borcu düzenlediği sonucu çıkmaktadır. TBK m. 318 hükmünde öngörülen düzenleme, daha ziyade, sonradan ortaya çıkan ayıpları gecikmeksizin bildirmeyen kiracı için, bir borç, sorumluluk kabul etmektedir.

Başlangıçtaki açık ayıplar için, kanun koyucu bu yönde bir hüküm sevk etmeye gerek duymamıştır denilebilir. Zira kiracının bildiği başlangıçtaki açık ayıplar için herhangi bir anlaşma veya müzakere yapmamış olması, kiralananı mevcut haliyle kabul ettiği sonucunu ortaya koyar. Bu fiili karineyi çürütebildiği ölçüde sorumluluktan kurtulacaktır. Bir başka yönüyle de, başlangıçtaki açık ayıplara rağmen, çekince koymayan veya sorunu müzakere etmeyen kiracı bakımından, ortada maddi hukuk sorunundan ziyade, bir ispat hukuku sorunu vardır. Şayet kiraya veren bu ayıpları inkâr ediyorsa, kiracı bakımından ciddi bir ispat sorunu vardır. Kiracı, kiraya verene rağmen, başlangıçtaki açık ayıpların varlığını ya da ayıp hükümlerine başvurma hakkından feragat etmediğini ispatlayamayacaktır.

### III. TACİRİN BASİRETİ DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TTK m. 18/2 hükmü uyarınca, her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiret, “ilim, tecrübe ve feraset ışığıyla görüp sezmeye, bilip değerlendirmeye esas teşkil hususları, ihatalı tam tekml bir kavramdır”<sup>52</sup>. Basiretli olmak,

<sup>51</sup> İncoğlu: s. 139 vd; Aral / Ayrancı: s. 229.

<sup>52</sup> Karahan, Sami: Ticarî İşletme Hukuku, Genişletilmiş 9. Bası, Konya, s. 85.

tedbirli, öngörülü, sağduyulu ve ileriye görebilme olarak anlaşılabilir<sup>53</sup>. Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre basiret, gerçekleri yanılmadan görebilme yeteneği, uzağı görüş, seziş, anlayış, kavrayış, sağgörü, vizyon anlamına gelmektedir<sup>54</sup>.

Tacir, ticari işleri dışında sübjektif özen göstermekle yetinebilir; fakat ticari işletmesi ile ilgili işlerde objektif özen gösterme borcu altındadır<sup>55</sup>. Basiretli davranma yükümlülüğü, kendi yetenek ve imkânlarına göre tacirden beklenen özen olan sübjektif özen değil, aynı ticarî alanda faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen objektif bir özen ölçüsü getirmektedir<sup>5657</sup>. Basiretli davranma

<sup>53</sup> Bahtiyar, Mehmet: Ticarî İşletme Hukuku, Ders Notları, Soru Örnekleri, İstanbul, s. 70.

<sup>54</sup> <https://sozluk.gov.tr/> E.T.: 07/12.2019.

<sup>55</sup> Domaniç, Hayri / Ulusoy, Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları (TTK Tasarısı ve Gerekçeleriyle Birlikte), İstanbul, 2007, : s. 210

<sup>56</sup> Arkan, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 24. Basıdan tıpkı basım, Ankara, 2018, s. 151; Domaniç / Ulusoy: s. 120; Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul, 2004, s. 141; Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsün: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, s. 285; Tekil, Fahiman: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul, 1997, s. 135; Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin: Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara, 2018, s. 226; Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan: Ticarî İşletme Hukuku, Bursa, 2013, s. 94; Bülow, Peter, Handelsrecht, 5. Bası, 2005, s. 119; Bahtiyar: s. 70; Karahan: s. 85; Kara, Etem: Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanununda Reasonable Man İle Türk Ticaret Kanununda Basiretli Tacir, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2127-2163, s. 2150.

<sup>57</sup> Buna karşılık, günümüzde uzmanlaşmanın zorunlu kılması sebebiyle, objektif özen ölçüsünün tacirler bakımından yeterli olmayacağı, zaten alanında veya mesleğinde faaliyet gösteren kişi için, aranan kusur ölçüsünün ortalama insan yerine, mesleğinde veya alanındaki uzman kişinin davranışı üzerinden değerlendirileceği ve bu sebeple esasen TTK m. 18/2 anlamında, basiretli davranma yükümlülüğüne ilişkin hüküm olmasa bile, tacirlerin bu yüküm altında oldukları ve bu yönüyle TTK m. 18/2 hükmüne ihtiyaç olmadığı görüşü savunulmuştur. Bu görüş ve geniş açıklamalar için bkz. Gümüş, Alper: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/II'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, II. Cilt, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı 3, s. 1224-1228.

yükümlülüğü, tacire sadece hukuki koşulları değil, fiili koşulları da dikkate alarak, en iyi değerlendirmeyi yapıp karar alma yükümlülüğü getirir. Kişisel yaşamında dikkatsiz ve derbeder olsa bile, ticari işletmesiyle ilgili hususlarda iyi bir aile babası özenine sahip (*diligentia bonus pater familias*), tedbirli bir tacir ve dikkatli bir iş insanı olmak zorundadır<sup>58</sup>. Basiretli davranma gereğine işaret eden TTK m. 18/2 hükmü, bir külfet değil<sup>59</sup>, bir yükümlülüktür<sup>60</sup>.

Objektif özen ölçüsü getirilmesi, somut olayda tacirin yaptığı sözleşmenin veya işin özelliğinin göz ardı edilmesini gerektirmez. Şüphesiz yine basiretli davranma yükümlülüğü, somut olayı ve taraflar arasındaki sözleşmenin özelliğini dikkate alınarak bir değerlendirme yapmayı ve hüküm kurmayı gerektirir<sup>61</sup>.

Tacir, bu yükümlülüğe aykırı davranması sebebiyle, meydana gelen zararlardan sorumludur. Fakat tacirden beklenen bu objektif özen ölçüsü, faaliyet alanı ile sınırlıdır<sup>62</sup>. Tacir, ticarî işletmesini ilgilendiren hususlarda sözleşme yaparken ve bu sözleşmeler gereğince meydana gelen borçlarını ifa ederken, bu yükümlülüğe uygun davranmak zorundadır<sup>63</sup>. Örneğin, taşıma sözleşmesi gereğince, taşımayı üstlenen tacirin, hava koşullarını göz önünde bulundurması, çeki ödeyen tacir bankanın, çekte tahrifat kuşkusu uyandıran hallerde uzman kişilere inceleme yaptırması ve gerektiğinde keşideci ile irtibata geçmesi<sup>64</sup>, ticari faaliyet alanında satışa sunduğu malların taklit marka ile üretilmiş bir ürün olup olmadığını bilmesi<sup>65</sup>, yüklenicinin yapıda kullanılacak

<sup>58</sup> Domaniç / Ulusoy: s. 210.

<sup>59</sup> Yazarlar bunun bir külfet olduğu görüşündedirler; bkz. Poroy / Yasaman: s. 141.

<sup>60</sup> Gümüş: s. 1223'te yazar bunun en azından bir yük olduğu görüşünü dile getirmektedir.

<sup>61</sup> Ayhan / Çağlar: 226.

<sup>62</sup> Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan: s. 285; Ayhan / Çağlar: 226; Canaris, Wilhelm, Handelsrecht, 24. Bası, 2006, s. 292; Jung, Peter, Handelsrecht, 5. Bası 2005, s. 211.

<sup>63</sup> Arkan: s. 151; Brox, Hans / Henssler, Martin, handelsrecht Mit Grundzügen des Wertpapierrechts, 19. Bası 2007, s. 201; İmregün, Oğuz: Ticarî İşletme Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul, 1995, s. 46.

<sup>64</sup> Arkan: s. 151-152 ve dipnotlarda sözü edilen Yargıtay kararları; benzer yönde örnekler için bkz. Karahan: s. 86.

<sup>65</sup> Ayhan/Çağlar: 226.

malzemeyi zamanında tedarik etmesi ve elverişli koşullarda depolaması, örnek üzerine yapılan satışlarda, örnek nitelikli kumaşın piyasada yeterli miktarda bulunup bulunmadığının araştırılması, tüzel kişiliği temsile yetkili olmayan kişiye ödeme yapmaktan kaçınması basiretli davranmak yükümlülüğünün bir gereğidir<sup>66</sup>. Nakliyatçılıkla uğraşan bir tacirin, eşyaların taşınmasında gerekli tedbirleri almaması, hava durumunu dikkate almadan yükleme yapıp, çadır, branda vb ile eşyaların üzerini örtmemesi<sup>67</sup> ya da bir otelin bekçisinin kendisine oteldeki resepsiyon görevlisi süsü vermesine ses çıkarmayan otel sahibinin, sonradan bu bekçinin müşterilerin eşyalarını kasaya koyacağı bahanesiyle teslim alıp kaçmasında, otelin sahibi basiretli davranmamış olur<sup>68</sup>.

Tacirin basiretli davranma yükümlülüğünün, sadece yasa ve sözleşmeden kaynaklanan bir özen borcu altında değil, sözleşme ilişkisi olmadan da basiretli davranma yükümlülüğü sebebiyle borç altına girebileceği belirtilmiştir. Örneğin yanlışlıkla kendisine getirilen bir postayı alan tacirin, bunu gerçek sahibine ulaştırması gerektiği, aksi halde karşı tarafın zararını tazmin etmesi gerekeceği ileri sürülmüştür<sup>69</sup>. Aynı şekilde tacirin basiretli davranma yükümlülüğünü düzenleyen hükümde yer alan “bütün faaliyetleri”, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) sorumluluğunu da kapsar<sup>70</sup>.

Tacirin basiretli davranma yükümlülüğünün bir sonucu olarak, sözleşmede deneyimsizlik ve düşüncesizliğe dayalı edimler arasındaki açık oransızlığı gerekçe göstererek, aşırı yararlanma hükmünden (TBK m. 28) yararlanması mümkün değildir. Buna karşılık, tacirin zor durumda kalmasından (müzayaka) ötürü aşırı yararlanma hükmünden yararlanması mümkündür<sup>71</sup>.

Tacirin basiretli davranma yükümlülüğü, sadece asıl edimi değil, yan yükümlülükleri de kapsar. Örneğin TTK m. 914/1 uyarınca taşıyıcı, yolcuları rahat bir yolculukla ve sağlıklı olarak gidecekleri yere

<sup>66</sup> Arkan: 151-153; Bilgili / Demirkapı: s. 94.

<sup>67</sup> Bahtiyar: s. 70.

<sup>68</sup> Poroy / Yasaman: s. 141; Bahtiyar: s. 70.

<sup>69</sup> İmregün: s. 46.

<sup>70</sup> Tekil: s. 135.

<sup>71</sup> Arkan: s. 152-153; Ülgen/Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan: s. 285-286; Bilgili / Demirkapı: s. 95.

ulaştırmakla yükümlüdür. Bu onun asli borcudur. Bununla birlikte, yolculuğa ara verilen dinlenme yerlerinde herhangi bir zarara uğramaları için gerekli önlemleri almak ve bu dinlenme yerlerini özenle seçmek, onun yan yükümlülüğüdür. Bu bakımdan da tacir basiretli davranmak yükümlülüğü altındadır<sup>72</sup>.

Tacirin basiretli davranma yükümlülüğü, sadece somut uyuşmazlıklarda tacirden beklenen davranış ölçüsü değil, aynı zamanda TTK hükümlerinin tacire uygulanırken nasıl yorumlanacağını da belirleyen bir ilkedir<sup>73</sup>. Tacir, ticarî işletmesiyle ilgili sözleşmelerini yaparken veya borçlarını ifa ederken basiretli davranma yükümlülüğünde olduğu gibi, bazı kuralların ona katı bir şekilde uygulanmasını gerektirir<sup>74</sup>.

Katı kuralların tacire uygulanmasında, onun basiretli davranma yükümlülüğü ölçü alınmaktadır. Tacirler arası işlerde ücret ve cezai şarttan indirim talep edememe (TTK m. 22), birleşik faiz yürütülebilme (TTK m.8), kefalette teselsül karinesi (TTK m.8), bir ispat şartı olarak ihbar veya ihtarların kanunda belirlenen şekillerde yapılma zorunluluğu (TTK m. 18), ayıby ihbar süresinin 2 ve 8 günle sınırlanması (TTK m. 23) bunlara örnek sayılabilir<sup>75</sup>.

Basiretli davranmakla yükümlü tacirin, genel işlem koşulları karşısında korunması söz konusu olacak mıdır? Genel yaklaşım, tacirin basiretli davranma mecburiyeti karşısında, TBK m. 20-25 hükümlerinin himayesine, daha nadir ve sınırlı bir şekilde mazhar olmasıdır. Fakat dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerle, tacirin daha güçlü bir tacir karşısında (banka vb.) korunması gerekeceği yönündedir<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Arkan: s. 152.

<sup>73</sup> Şener, Oruç Hami: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara, 2016, s. 196; Kara: s. 2149-2150.

<sup>74</sup> Şener: s. 198; Kara: s. 2150.

<sup>75</sup> Tekil: s. 135 vd; Gümüş: s. 1222; Kara: 2150.

<sup>76</sup> Bu konudaki geniş tartışmalar için bkz. Atamer, Yeşim M.: Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 2001-08, İstanbul, 2001; Ersöz, Oğuz: Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 3 Sayı: 1 - Haziran 2017, ss. 69-105, s. 95 vd.

Bununla birlikte, basiretli davranma yükümlülüğünün sınırlarını tayin ederken, güçlük yaşanacağı da tartışmasızdır. Nitekim Yargıtay 2. HD.'nin şu kararına katılmaya olanak yoktur:

*“Her tacir ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli hareket etmekle yükümlüdür (e. TTK m. 20/2, 6102 s. TTK m. 18/2). Bu yükümlülüğü alacağına teminat olarak gösterilen taşınmazın hukukî ve fiili durumunu bilmeyi de gerektirir. Başka bir ifade ile, taşınmazın tapu kütüğünde aile konutu olduğuna dair şerh bulunmasa bile taşınmazın “aile konutu” ve kendisiyle akdi ilişkiye giren şahsın evli olduğunu davalı şirket bilebilecek durumdadır. Bu özeni göstermemiş ise iyiniyet iddiasında bulunamaz (TMK.m. 3/2). Vakıa ve karinelerden iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olanın kötüniyetli olduğunun diğer tarafça ispat edilmesine de lüzum yoktur. Gerçekleşen bu hukukî duruma göre davacının açık rızası alınmadan tesis edilen ipotek sebebiyle davalı şirketin kazanımı korunamaz.”<sup>77</sup>*

Özellikle TMK m. 194 gereğince, taşınmazın aile konutu olduğu şerhi vermeyen eşin kötüniyetini veya ihmali tartışmayıp, şerhin anlam ve hükmünü ve hukuksal kurum olarak işlevini (TMK m. 1009 vd) bertaraf edecek tarzda, basiretli davranma yükümlülüğüne böylesi bir anlam yüklemek, hukukî sınırları zorlamaktır. Aile konutu şerhi vermek, eşler için bir haktır. Bu haktan feragat etmek, kişilik haklarından ve özgürlüklerden feragat (TMK m. 23) anlamı taşımaz. Bu hakkını kullanmayan eşin, sonradan söz konusu yerin aile konutu olduğunu ileri sürmesi ve hukuksal koruma talep etmesi, TMK m. 2, m. 194 ve m. 1009 karşısında olanaklı olmamalıdır. Basiretli davranma yükümlülüğünün sınırlarını bu kadar genişletmek, doğru bir yaklaşım olmasa gerektir.

Hukuk Genel Kurulunun şu kararını dikkatle ele almak gerekir:

*“Yukarıdan beri açıklandığı gibi Türkiye’de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının güvenilir olmadığı bir gerçektir. Nitekim kira sözleşmesinin yapıldığı tarihten 1 ay sonra Kasım 2000 tarihli ve bundan kısa bir süre sonra da Şubat 2001 tarihli ekonomik kriz meydana gelmiştir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir*

<sup>77</sup> Yargıtay 2. HD., E. 2014/26975, K. 2015/10209, T. 14.05.2015 <http://www.ticaretkanunu.net/ttk-madde-18/> E.T: 02.102019.



*anda oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bir gerçektir. Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, Kasım 2000 krizinden 20 gün önce yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması basiretli bir tacir olarak davranmadığı sonucuna varılmalıdır...Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılmanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır.”<sup>78</sup>*

Karar dikkatle ele alınmadığı takdirde, HGK'nun, sanki tacirin basiretli davranma yükümlülüğü sebebiyle devalüasyon ve ekonomik krizi bilmesi gerektiği ve bu durumun hâkimin sözleşmeye müdahale etmesinin ön şartı olan olağanüstülük şartını ortadan kaldırdığı hususunda bir genelleme yapıldığı yanılığına yol açar. Oysa somut olayda HGK, krizin tüm belirtileri ile ortaya çıktığı bir zamanda, yani krizin çıktığı Kasım 2000 yılından 20 gün önce dövizle kira sözleşmesi yapan tacirin, hâkimden sözleşmeye müdahale etmesini isteyemeyeceğini vurgulamaktadır. Bu yaklaşım, genel olarak savunduğumuz görüşe uygundur. Gerçekten de, basiretli davranma yükümlülüğü, tacire gelişigüzel sorumluluklarından kaçınma fırsatı vermemek içindir. HGK'nun bu kararı, somut olay yaklaşımıdır. Bir genelleme niteliği taşımaz ve her durumda tacirin devalüasyon ve ekonomik krizleri bilmesi lüzumunu ortaya koyan bir karar olarak anlaşılmamalıdır. Kararda olayın oluş şekilleri ve tarihler önem arz etmektedir. Aksinin kabulü, tacire objektif ölçülerin de ötesinde beklenmedik hallerden sorumluluk yüklemek olurdu. Bir tacirden, üç veya dört yıl sonra ortaya çıkması muhtemel bir ekonomik krizi öngörmesini beklemek, haksız bir yaklaşım olur. O takdirde, “zaten bu ülke anormal ve krizler ülkesidir ve siz her daim anormallik üzerine sözleşme yapmalısınız” yaklaşımı çıkar. Bu halde kanun koyucunun TBK m. 138 hükmünü niçin koyduğu

---

<sup>78</sup> Hukuk Genel Kurulu 2003/13-332 E. 2003/340 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, E.T: 02.10.2019.

tartışılmalıdır. Zira bu kabul, sadece tacirler için değil, tüm sözleşme tarafları için değerlendirilmelidir. Ekonomik krizleri normalleştirmek ve bunun öngörülmezlik unsurunu ortadan kaldırdığını kabul etmek, sadece tacirler için değil, herkes için sonuç doğurmayı gerektirir. Fakat üç veya beş ay sonraki ekonomik krizi öngörmek tacirler için kabul edilebilir. Kısaca, genelleme yapmak normalleştirmektir ve normalleşme kabul edilince, bu kez basirete de gerek kalmaz. Herkesin bilmesi gereken bir durum olur. O takdirde sorumluluk sadece tacirler için değil, herkes için söz konusu olur.

Yargıtay 11. HD'sinin şu kararı gerçekten dikkate alınması gereken bir karardır. Tarafların tacir olduğu bir sözleşmede, davalı bankanın dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde sözleşme şartlarını davacıya kabul ettirip, keyfi olarak sözleşmeyi feshettiği bir olayda, Daire haklı olarak, TMK m. 2'de yer alan dürüstlük ilkesinin dikkate alınması gerektiğine ve davacının basiretli davranma yükümlülüğünün, davalının dürüst davranma yükümlülüğünü bertaraf etmeyeceğine hükmetmiştir<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> “Taraflar arasında imzalanan personel taşıma sözleşmesinin 4. maddesinde; sözleşmenin, imzalandığı tarihten itibaren bir yıl süreyle geçerli olduğu, bir yıllık sürenin bitiminden bir ay önce taraflardan herhangi biri, fesih için diğerine ihbarda bulunmadığı takdirde sözleşmenin kendiliğinden birer yıllık sürelerle uzayacağı, yüklenicinin sözleşmeyi süresinin sona ermesinden evvel feshetme hakkının olmadığı, davalı bankanın ise dilediği zaman, bildirimde bulunmaksızın, bildirim önelsiz, tazminatsız ve tek taraflı olarak sözleşmeyi feshedebileceği, yüklenicinin, fesih halinde davalıdan her ne nam altında olursa olsun hiçbir bedel, tazminat v.s. talep edemeyeceği, bu halde, davalı Finansbank'ın her türlü ödeme yükümlülüğünün son bulacağı kararlaştırılmıştır...mahkemece, sözleşmenin davacı aleyhine hükümler içermesine rağmen bu durumu kabul eden tacir davacının sözleşme serbestisi ilkesiyle sözleşme hükmü nazara alındığında tazminat, bedel vb herhangi bir talepte bulunamayacağı belirtilmiştir. Bu gerekçe ilke olarak doğru ise de, imzalanmış sözleşmenin yürütümü sırasında da hukukun genel ilkelerinden olan 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi gereğince de, hak ve borçların kullanımı ve ifasında da iyiniyet kurallarına uyulması gerekmektedir. Bir hakkın sırf başkasını zarara sokacak şekilde kötüye kullanılmasını kanun himaye etmez. Uyuşmazlık konusu sözleşme hükmü bu açıdan değerlendirildiğinde bu sözleşme maddesinin davalıya keyfi olarak nitelendirilebilecek mutlak bir hak bahşetmediğinin kabulü gerekir. O halde, mahkemece, davalının sözleşmeyi fesihte haklı olup olmadığı yönünde değerlendirilme yapılarak

Basiretli davranma yükümlülüğünü, neredeyse mücbir sebep ve beklenmedik hallerden sorumluluğun uygulamasını istisnai hale getirecek bir yaklaşımla uygulamak, kusur teorisi bakımından da doğru değildir. Öyle ki Yargıtay'ın temel yaklaşımı, tacirler bakımından neredeyse bir objektif/kusursuz sorumluluk durumu yaratmaktadır<sup>80</sup>. Bu katı uygulamanın sonuç itibariyle yarattığı haksızlık, Yargıtay'ı da rahatsız etmiş ve bu katı uygulama dürüstlük kuralı ile yumuşatılmaya çalışılmıştır<sup>81</sup>.

Yasal düzenlemeler, doktrindeki ve yargısal içtihatlardaki yaklaşımlar genel olarak ele alındığında, konumuz açısından şu tespitlerde bulunmamız mümkündür. Her şeyden önce, tacirlerin ticarî işletmeleri ve faaliyetleri kapsamında olmayan kira sözleşmelerinde, basiretli davranma yükümlülüğü söz konusu değildir. Tacirlerin yaptığı kira sözleşmeleri, genel işlem koşulları kapsamında değerlendirilebilecek haksız şartlar içeriyorsa, taciri basiretli davranma yükümlülüğü sebebiyle, bu korumadan yararlandırmamak mümkün olmamalıdır. Bunun yanı sıra, dürüstlük kuralının ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması gereken hallerde, tereddütsüz bir şekilde, basiretli davranma yükümlülüğü ya hiç dikkate alınmamalı ya da kısmen dikkate alınmalıdır. Tacirin yapacağı her kira sözleşmesi, mutlaka basiretli davranma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemez. Somut olayın özelliği dikkate alınmalı ve tacirden yaptığı kira sözleşmesinde, ticarî işletmesini ilgilendirdiği ölçüde, basiretli davranma ve objektif özen yükümlülüğü arama noktasında değerlendirme yapılmalıdır. Zira işletmesi için kira sözleşmesi yapan tacirin, mutlaka kira konusunda da uzman olması beklenemez. O faaliyet alanı ile ilgili uzman olmak zorundadır. Örneğin üretim için fabrika kiralayan bir tacirin, kira sözleşmesinde fabrika olarak kiraya verilen yerin ayıplı olup olmadığını bilmesini ve bu hususta her türlü araştırmayı ondan yapmasını beklemek gerekir. Buna karşılık ticari sözleşmelere aracılık faaliyetinde bulunan bir tacirin, bu amaçla bir

---

sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 11. HD, 04/02/2015 tarih ve E. 2014/16555, K. 2015/1207, Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.

<sup>80</sup> Gümüş: s. 1230. Bu yaklaşımı doğrulayan yazarlar için bkz. Gümüş, s. 1230 ve ayrıca Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan: s. 285-286 .

<sup>81</sup> Gümüş: s. 1231.

işyeri/ofis kiralaması durumunda, ondan aracılık edeceği sözleşmeler konusunda basiretli davranmasını beklemek gerekirken, kira sözleşmesi ve kiralanan yerin ayıpları hususunda bir uzman gibi davranmasını beklemek doğru olamayacaktır.

#### **IV. KİRACININ TACİR OLDUĞU DURUMLARDA KİRAYA VERENİN AYIPTAN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI VE SINIRLARI**

Kiracının tacir olduğu ve dolayısıyla basiretli davranma yükümlülüğü altında olduğu durumlarda, tereddütsüz bir şekilde kiracıyı sorumlu tutmak ve bunun aksine kiraya vereni TBK m. 301'den kaynaklanan ayıptan sorumluluktan kurtarmak doğru değildir.

Özellikle kiracının tacir olsa bile, kiraya verene karşı zayıf durumda olduğu gerçeğini dikkate almak gerekir. Basiretli davranma yükümlülüğü, tacirin faaliyet alanı ile ilgilidir. İşyeri kiralayan bir tacirin, her zaman ve koşulsuz bir şekilde, kira sözleşmeleri bakımından da basiretli davranma zorunluluğu kabul edilmemelidir.

İlk önce, tacirin faaliyet alanının işyeri kiralınmasını da içerdiği mutlak olarak kabul edilecek bir olgu değildir. Örneğin yayıncılık alanında faaliyet gösteren bir tacirin, yayıncılığın gerektirdiği tüm incelikleri bilmesini ondan bekleyebiliriz. Bu hususta yaptığı sözleşmeler hususunda basiretli davranmak zorundadır. Aynı şekilde turizm acenteliği yapan bir tacirin, turizm acenteliğinin gerektirdiği bütün incelikleri objektif bir özen ölçüsü çerçevesinde bilmesini ondan beklemek doğaldır. Fakat ne yayıncının ne de turizm acentesinin bu faaliyetleri yürütmek amacıyla işyeri kiraladığı durumlarda, bir kira sözleşmesine ilişkin bütün ayrıntılara dikkat etmesi ve bu hususta basiretli olmasını beklemek doğru olmayabilecektir. Kira sözleşmesini de tacirin faaliyet alanı içinde değerlendirmek her zaman doğru olmayacaktır.

İkinci olarak, kanun koyucu kira sözleşmelerinde kiracıyı zayıf taraf olarak görmektedir. Nitekim bu gerçekten yola çıkarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükteyken, bu kanunu yeterli görmeyip, kiracıyı daha çok koruyan 6570 sayılı Kanunu kabul etmişti. Aynı yaklaşım, 6098 sayılı Kanunla devam ettirilmiş ve konut ve çatılı işyeri kiralarnı düzenleyen TBK m. 339 vd. hükümlerinde özellikle koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun bu koruyucu düzenlemelere yer verirken, kiracılık sıfatından yola çıkmıştır. Bazı hallerde kiracının kiraya

verenden ekonomik olarak çok daha güçlü olduğu durumlarla karşılaşmak mümkündür. Örneğin kiracının kendisine bir ev veya işyeri kiraladığı bir durumda, kiraya verenden yüz misli daha zengin olması ve tacir olmaması da olasıdır. Fakat böyle bir durum, bize kiracıyı koruyan hükümleri uygulamaktan vazgeçmeyi haklı kılmaz. Genel olarak güçlü olmak, kiracı olarak zayıf durumda olma gerçeğini bertaraf etmez. O halde, kiracının tacir olduğu durumlarda, ondan mutlak bir şekilde basiretli olması şartını aramanın doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Bu durumda kanaatimizce üçlü bir ayrıma gidilmelidir. İlk olarak kiracının sözleşme şartları değiştiği durumlarda, yükümlülüklerinden kurtulmak için, kiraya verenin ayıptan sorumluluğu yoluna başvurduğu hallerde, basiretli davranma yükümlülüğü sebebiyle, talebinin tümünden reddi yoluna gidilmelidir.

İkinci bir ihtimalde kiraya verenin ayıbı bildiği ve dürüst davranmadığı ve fakat hilesinin ispatlanamadığı durumlarda, salt kiracının basiretli davranma yükümlülüğünden söz ederek, kiraya verenin yükümlülüğünü bertaraf etmesi de kabul edilemez. Bu durumda, kiracının ayıp hükümlerinden yararlandırılması gerekir.

Üçüncü ihtimalde kiraya verenin ayıbı bildiği ve dürüst davranmadığı ve fakat hilesinin ispatlanamadığı, buna karşılık kiracının da kabul edilemeyecek derecede basiretsiz davrandığı durumlarda, Yargıtay'ın isabetle uyguladığı şekilde, TBK m. 52 hükmü gereğince davranmalı ve tarafların kusur oranı çerçevesinde tazminat ve sorumluluğa hükmedilmelidir.

#### **A. Kiracı Tacirin Tamamen Sorumlu Tutulması Gereken Durumlar: Sözleşmesel Yükümlülüklerinden Kaçınmayı Amaçladığı ve Ayıbın Tacirin Faaliyet Alanı İle Doğrudan İlgili Olduğu Haller**

Kiracının tacir olduğu durumlar, şüphesiz kiraya verenin kiralanan yeri sözleşmedeki amaçlara uygun bir biçimde teslim etme ve sözleşme süresince öyle bulundurma sorumluluğunu ve yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bununla birlikte, kiraya verenin sorumluluğu, kiracı tacirin gelişigüzel kendi sorumluluklarından kaçınmasının bir yolu ve aracı değildir. Başka bir ifadeyle, tacir basiretli davranmalı ve kiraya verenin Kanundan kaynaklanan ayıptan sorumluluğunu, kendi sorumluluklarından kurtuluş çaresi haline dönüştürmemelidir. Ayrıca bu

ihtimalde, kiralanan yerdeki özellikle hukukî ayıbın, tacirin faaliyet alanı ile ilgili olduğu durumlarda, tacir yine sorumlu tutulmalıdır. Özellikle kiralananadaki hukukî ayıbın tacirin faaliyet alanı içinde kaldığı durumlarda, basiretli davranma yükümlülüğü katı bir şekilde uygulanmalıdır.

Örneğin, tekstil işleriyle uğraşan bir tacir, kiraladığı bir fabrika için, belediyenin tekstil boyama işi için, çevre sağlığı gerekçesiyle, o muhitte ruhsat verip vermeyeceğini araştırmak ve hatta yerleşim yerine yakınlığı itibarıyla bilmek zorundadır. Bu durum, doğrudan onun faaliyet alanıyla ilgilidir. Kiraladığı böyle bir yer için müracaat edip, gerekli izin ve ruhsatı alamayan tacir kiracının, bu durumda hukukî ayıp olduğunu ileri sürmesi ve sözleşmeyi sonlandırmak istemesi, genelde dürüstlük kuralına, özeldede ise basiretli davranma yükümlülüğüne uymayacaktır. Bu gibi durumlarda, ayıp, tacirin faaliyet alanı ile ilgilidir.

Benzer şekilde, halkın sağlığı ve güvenliği için tehdit oluşturan kimyasal maddeler ya da patlayıcı maddeler imal etmek üzere işyeri kiralayan bir tacir, bu sözleşmeden önce, kiralanan yerin, izin ve ruhsat verilemeye elverişli yerlerden olup olmadığını araştırmak ya da bilmek zorundadır. Bu zorunluluk, onun mesleki faaliyetinin kapsamı içindedir. Bu durumda da kiracı tacir, hukukî ayıbın varlığını ileri sürerek, sözleşmesel yükümlülüklerinden kaçamaz.

Nitekim çoğu zaman kiracının sözleşmeyle yükümlendiği edim borçlarından kurtulmak amacıyla, kiralanan yerin ayıplarını ileri sürerek, sözleşmeyi feshetme yolunu seçtiği görülmektedir. Bu gibi durumlarda, kiracının ayıp hükümlerini ve kiraya verenin yasal yükümlülüklerini kullanarak sözleşmeyi feshetmesine olanak verilmemelidir.

Yargıtay 6. HD'si vermiş olduğu bir kararında, kira sözleşmesini yaparken, tacir olan ve basiretli davranmakla yükümlü olan ve elektrik borcu olduğunu bilerek kira sözleşmesi yapan kiracının, kiraya verenin ayıptan sorumluluğu yoluna başvuramayacağına hükmetmiştir<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> “Bununla birlikte davacı kiracı tacir olup basiretli davranarak, kullanma amacı için zorunlu olan kiralananın elektrik durumunu kontrol etmek suretiyle kira sözleşmesi yapması gerektiği gibi, bu konuda dinlenen davalı tanıklarının beyanına göre, taşınmazı elektrik borcunun bulunduğu ve elektriğin bu sebeple kesik olduğunu bilerek kiralamıştır. Öte yandan kiralananın geçmişten gelen elektrik borcunun bulunması, yeni kiracı

Yargıtay tacir kiracının aslında başlangıçta bildiği işyeri ve yapı kullanım izin belgesi verilmemesi olgularını bilerek sözleşme yaptıktan sonra, yani ayıbı bilmesine rağmen sözleşmeyi yapıp, sonra ayıbı bir haklı gerekçe yapmak istemesi kabul görmemiştir<sup>83</sup>.

Kaçak yapı olduğunu bilerek sözleşme yapan tacir kiracı, bu yerin yıkılabileceğini bilmesine rağmen, daha sonra kira konusu yerin ayıplı olduğunu gerekçe gösterip kiralanan yere yaptığı masrafları talep etmesi haklı görülmemiştir<sup>84</sup>.

---

durumundaki davacının kira sözleşmesiyle müracaat ederek kendi adına elektrik aboneliği tesis ettirmesine ve elektriği açtırmasına engel değildir. ... Mevcut durum itibariyle davacının uğramış olduğu bir zarar varsa, buna kendisinin eksik ve hatalı uygulamaları yol açmıştır. Bu itibarla mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 6. HD, E. 2014/13744, K. 2015/1749, T. 24.2.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>83</sup> “Uyuşmazlık davacı kiracının akdin feshinde haklı olup olmadığı hususunda toplanmaktadır. ...Kiracı kiralananadaki ayıbı öğrendikten sonra kiralananı mevcut hali ile kabul ederek, tadilatlar yapmış Yasadan kaynaklanan hakkını kullanarak sözleşmeyi feshetmemiş ve 01.04.2012 tarihine kadar kiralananı tasarrufunda bulundurmıştır. Hukukî ayıbın davacının bildirdiği 13.03.2012 tarihinde öğrenildiği kabul edilse dahi davacı kiracı tacir olup, basiretli bir tacir gibi davranması, ileriye yönelik yatırım ve projelerinde gerekli hassasiyet ve özeni göstermesi gerekir. Davacı kiracının sözleşmeyi feshetmekte haklı olduğundan söz edilemeyeceğinden kiralananı tahliye ettiği tarihe kadar kira bedellerinden sorumlu olup, peşin ödediği kira bedelinin iadesini isteyemez.” Yargıtay 6. HD, E. 2015/8104, K. 2015/9006, T. 26.10.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>84</sup> “Davacı kiracı kiralananı yaptığı faydalı ve zorunlu giderlerden alıp götürülmesi mümkün olmayan ve davalı kiraya veren tarafından benimsenenlerin yapıldıkları tarihler itibariyle bedellerini vekaletsiz iş görme hükümlerine göre isteyebilir ise de; kiralananın kaçak yapı olduğunu bile bile kiralayan veya basiretli bir tacir gibi davranarak gerekli araştırma yapsaydı kiralananların kaçak olduğu için yıkım kararı bulunduğunu bilebilecek durumda olan davacının yaptığı imalat bedelleri ile nakliye giderlerinin ve taşınabilir nitelikte eşyaların bedelini kiraya verenden talep edilebilmesi mümkün değildir.” Yargıtay 6. HD, 2016/6383 E. ,

Taşınmazı görerek ihaleye katılan tacir kiracının, üstelik daha önce aynı amaçla kullanılan taşınmazın gizli ayıpları olduğu gerekçesiyle sözleşmeyi feshetme talebi haklı değildir.<sup>85</sup>

## **B. Kiracı Tacirin Kısmen Sorumlu Tutulması Gereken Haller: Kiraya Verenin Dürüst Olmadığı, Birlikte Kusurunun Olduğu Durumlar**

Kiracının tacir olduğu durumlarda, basiretli davranma yükümlülüğü tartışmasızdır. Bu sebeple kiracı tacir, kiralanan yerin hukukî ve fizikî durumunu araştırmalıdır. Şüphesiz kiracı tacirin bu yükümlülüğü, kiraya verenin TBK m. 301'den kaynaklanan yükümlülüğünü ve TMK m. 2'den kaynaklanan dürüst davranma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu gibi durumlarda, yani basiretli davranmayan kiracının kusuru ile dürüst davranmayan kiraya verenin kusuru birlikte söz konusu olduğunda, TBK m. 52 gereğince, kiraya verenin yükümlü olduğu tazminatta indirim yoluna gidilmelidir.

Kiraya verenin hilesinin söz konusu olduğu durumlarda, yani kiralanan yerin, örneğin ruhsatı varmış görüntüsü vermesi veya bu ruhsatın verilmesine engel durumun kiracıdan gizlenmesi gibi durumlarda, kiracının irade sakatlığı sebeplerine, yani TBK m. 36

---

2016/6706 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır. E.T. 23.09.2019.

<sup>85</sup> “Tacir olan davacı kiracının, kiralama öncesinde basiretli davranarak sözleşme konusu kiralananın durumunu, niteliğini, kullanma amacına uygunluğunu, bu bağlamda işyerinin faaliyete geçirilmesi için gerekli koşulları, taşıyıp taşımadığı, kiralanan taşınmazda bahsedilen işin yapılıp yapılamayacağını araştırması gerekir. Kiralanan sözleşmede kullanıma hazır bina olduğu belirtilerek kiraya verilmiştir. Davacı taşınmazı görerek ihaleye katılmış ve kira sözleşmesini imzalamıştır. Tacir olan davacı kiracının, daha öncede aynı amaçla kullanılan deri atölyesi, satış mağazası ve idare binası olarak kullanmak amacıyla kiraladığı taşınmazın, nitelik ve özellikleri konusunda, işyerinin faaliyete geçirilmesi için gerekli koşulları, gerek hukukî, gerek fizikî özellikleri yönünden gerekli araştırmayı yaptıktan sonra kira sözleşmesini imzalaması gerekirken bu yönde çalışma yapmadan, gizli ayıptan söz ederek bu durumu sözleşmenin feshi için gerekçe olarak göstermesi düşünülemez.” Yargıtay 6. HD, E. 2016/2727, K. 2016/5294, T. 20.9.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.



hükmüne başvurma hakkı mevcuttur. Buna karşılık, kiraya verenin hile teşkil etmeyen ve fakat bilgisi dahilinde olan hususlarda, sessiz kaldığı ve kiracının sözleşme yaptığı durumlarda, kiraya verenin dürüstlüğe aykırı davranışı, kiracının basiretli davranma yükümlülüğünün korumasına mazhar olmamalıdır. Başka bir anlatımla, kiraya veren tarafından aldatma teşkil etmeyen veya aldatmanın ispatlanamadığı durumlarda, kiraya veren, kiracının basiretli davranma yükümlülüğüne sığınarak, bir kurtuluş elde edememelidir.

Nitekim Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, hakkında yıkım kararı bulunan bir taşınmazı kiraya veren ve kira süresi içinde yıkımın gerekçesini ortadan kaldırmayan kiraya veren gibi, kiraladığı yerin hukukî ve fizikî durumunu araştırmayan kiracının birlikte kusurlu olduğuna hükmetmiştir<sup>86</sup>.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, bir başka olayda, tam da belirtildiği üzere, kiracının tacir olmasını ve basiretli davranma yükümlülüğünü gerekçe göstererek, davacı kiracının davasını reddetmiş; bu hususta davalı kiraya verenin kusurunu dikkate almamıştır<sup>87</sup>. Fakat davacı

---

<sup>86</sup> “Dava konusu taşınmaz hakkında 04.01.2007 tarihli yıkım kararı bulunduğu, kararın infaz edilmesi nedeniyle davacı kiracının taşınmazı tahliye ettiği anlaşılmaktadır. Davalı kiraya veren, başlangıçta hakkında yıkım kararı bulunan kiralananı davacıya kiralayıp, kiracılık süreci içinde de bu hukukî ayıbı gidermemekle kusurlu davranmıştır. Davacı kiracının da basiretli davranarak kiraladığı taşınmazın nitelik ve özellikleri konusunda gerek hukukî, gerek fizikî özellikleri yönünden gerekli araştırmayı yapmaması nedeniyle kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. ... TBK’nun 114/2 maddesi uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacaktır. Bu nedenle davalının kira sözleşmesine aykırı davranmasıyla oluşan sorumlulukta tazminattan indirim yapılmasını düzenleyen TBK’nun 52.maddesi uygulama alanı bulacaktır.” Yargıtay 6. HD, E. 2013/13019 K. 2014/6483 T. 20.5.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>87</sup> “Dava konusu kiralanan kira başlangıcından önce kaba halde kiralanmış, altı ay sonra kiralananın içinde bulunduğu AVM nin açılması ile faaliyete geçmiştir. Faaliyete geçtikten bir buçuk yıl sonra ise kiralanan inşaattaki bir eksiklikten dolayı mühürlenmiştir. Davacı kiracı tarafından sözleşmenin feshedilmesi için davalıya bir ihbar gönderilmemiştir. Davacı Türk Ticaret Kanunu kapsamında ticarî bir şirket olup, aynı yasa gereği basiretli davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda anılan Alışveriş Merkezi’nde yer kiralarken kiralananın fizikî ve hukukî

tarafından yapılan karar düzeltme isteminde, bu kez haklı olarak, kiracının basiretli davranma yükümlülüğü karşısında, kiraya verenin dürüst davranma yükümlülüğünün ve diğer sözleşmesel yükümlülüklerinin devam ettiğine hükmetmiştir<sup>88</sup>.

---

durumunu inceleyip ona göre davranması gerekir. Mahkemece bu hususlar nazara alınarak davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.” Yargıtay 6. HD, 2014/13352 E., 2015/1446 K.; <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır. E.T. 23.09.2019.

<sup>88</sup> “Dava konusu işyerinin içinde yer aldığı alışveriş merkezinin, “yazılı ve görsel basındaki tüm reklamlarda, kataloglarda, internet sitelerinde vd. platformlarda, Türkiye’de bir ilk çocuk alışveriş merkezi, dünyada var olan 3. Konsept, üstün özelliklere sahip, teknolojik altyapısıyla kusursuz, çocuklar için her türlü eğitim ve eğlence olanakları, sınırsız sosyal, sportif alternatifler sunan, çocuk atölyelerinden hastanelere, kısacası bir çocuğun ve ailesinin arayacağı her şeyin bulunacağı 21. Yüzyılın alışveriş merkezi olarak tanıtıldığını, bu nedenle mevcut bulunan işyerini kapatarak taşınmazı ... kiraladığını, kiralananın Ocak 2009 tarihinde teslim alındığını, ruhsat için belediyeye başvurmasını takiben, ... iş ruhsatının verilemeyeceğinin kendisine bildirildiğini, ve sonrasında da aynı belediyenin zabıta memurları tarafından işyerinin 11.06.2010 tarihinde mühürlendiğini, davalının bu durumu bilip müvekkilini hataya düşürdüğünü, davalının dava konusu taşınmazı kullanmaya salih bir halde teslim ile yükümlü olduğunu bu yükümlülüğü yerine getirmediğini, müvekkilinin zarara uğradığını belirterek kira sözleşmesinin iptaline uğranılan zararlara karşılık fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 20.000 TL maddi ve 75.000 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep etmiştir...Dairemizin 17/02/2015 gün ve 2014/13352 E- 2015/1446 K sayılı bozma ilamında, ...hükümün bozulmasına karar verilmiş ise de, dava konusu yerin +122.80 kotunda bulunan apart dairelere ait otoparkın bir bölümü olduğundan belediye tarafından işletme ruhsatı verilmediğinden, kiralananın ayıplı olarak teslim edildiğinin kabulü gerekir. Davacı kiracı Kadıköy 17. Noterliği’nin 02/06/2010 tarih ve 8241 yevmiye numaralı ihtarnamesi ile kira sözleşmesinin ifasının imkânsızlığı sebebiyle kira akdini feshetmiştir. Bu durumda davacı kiracının, feshinin haklı olup önceki mahkeme kararının onanması gerekirken yazılı gerekçeyle bozulduğu bu defaki incelemeden anlaşılacakla, davacının karar düzeltme isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekmiştir.” Yargıtay 6. HD, 2015/12005 E., 2016/1020 K.; <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır. E.T. 23.09.2019.

Konuyla ilgili Yargıtay 3. HD'si, bir taraftan kiraya verenin ayıplı ifa sebebiyle sözleşmenin haklı nedenle feshine ilişkin kiracı tacirin başvurusunu haklı görmekteyken (TBK m. 306), diğer taraftan kiracı davacının basiretli davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığını kabul ederek tahliyenin gerçekleştiği tarihten önceki sözleşmesel ilişkiden doğan sorumluluğunu kabul etmektedir. Bu kararda, kira parasını yatırmayan kiracının, sözleşmeden dönemeyeceği ve bu sebeple sözleşmeyi ancak feshedebileceği, feshe kadar olan dönemdeki kira borçlarından sorumlu olacağı, zira basiretli davranma yükümlülüğü altındaki kiracı tacirin, taşınmazın fizikî ve hukukî durumunu incelemekle görevli olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık kiraya verenin, taşınmazı deprem yönetmeliğine aykırı inşa etmekle, sorumlu tutulması gerekeceğine hükmetmiştir<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> “Davacı, ...kira sözleşmesinin imzalanmasında sonra kiralananı işletmeye hazır hale getirebilmek için tadilata başladıklarını, tadilat sırasında binanın iskan ruhsatı olmadığı gerekçesiyle belediyece mühürlendiğini, belediyeye başvuru yapıldığında binanın ruhsatsız olduğu ve bu nedenle işletme ruhsatı alınamayacağını anlaşılması üzerine kiralananın deprem yönetmeliğine uygun olup olmadığının tespiti için yapı denetim şirketince yapılan denetimde, yapının taşıyıcı kolon kesitlerinin büyük oranlarda yetersiz olduğu, can ve mal güvenliğini sağlamadığı, yapının güçlendirilmesi gerektiğinin belirlendiğini, kiralananın, kira sözleşmesinin imzalandığı tarihte maddi ve hukukî ayıplı olduğunun böylelikle anlaşıldığını belirterek davalı tarafından yapılan icra takibi nedeniyle borçlu olmadıklarının tespitine, % 20 kötüniyet tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.... Somut olayda, kiralananın, tacir olan davacı kiracıya teslim edildiği, kiracı tarafından kiralanda tadilata başlandığı yani sözleşmenin ifa sürecine geçildiği anlaşılmaktadır. Davacı kiracının basiretli bir tacir gibi davranıp kiralananla ilgili gerekli araştırmaları yaptıktan sonra kira sözleşmesini imzaladığının kabulü gerekir. Kira sözleşmesinin imzalanmasından kiralananın anahtarlarının Notere bırakılmasına kadar aradan uzun bir süre geçmiştir. Bu durumda, davacı kiracının fesih bildiriminin geçmişe etkili olmayıp ancak ileriye doğru etkili olması gerekir. Başka bir anlatımla kiracı kiralananı tahliye ettiği tarihe kadar kira sözleşmesi ile bağlıdır ve kira sözleşmesi gereğince tahliye tarihine kadar olan kira bedellerini ödemekle sorumludur. Kiralananın anahtarının 14/03/2013 tarihinde notere tevdi edildiği ve davalı kiraya verene tebliğ edildiği takibe konu kira bedellerinin ise anahtar tesliminin tebliğ edildiği tarihten önceki döneme ait olduğu anlaşıldığından davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı

### C. Tacir Kiracının Hiç Sorumlu Tutulmaması Gereken Haller: Kiraya Verenin Dürüst Davranmamasının Ağır Olduğu Durumlar

Kiraya verenin ayıptan sorumlu olduğu halde, kiracının basiretli davranma yükümlülüğünü gerekçe göstererek, kendisini tamamen sorumluluktan kurtarmaya çalıştığı durumlarda, onun eylem ve davranışı ağır bir biçimde haksız ve dürüstlüğe aykırı ise, kiracının basiretli davranma yükümlülüğünün ihmal edilerek, tüm sorumluluğun kiraya verene yükletilmesini haklı kılabilir<sup>90</sup>.

Şüphesiz bu durum, nisbeten nadirdir. Zira basiretli davranma yükümlülüğü, sonuç itibariyle kiracıyı her şekilde bir sorumluluk altına itecektir. Fakat bazı durumlarda, hakkaniyet ve ahlak ilkeleri, kiraya verenin ağır bir biçimde kusurlu olduğu durumlarda, tüm sorumluluğun da ona yükletilmesini haklı kılabilir.

Nitekim kiracının tacir olduğu durumda, taşınmazın mülkiyetinin ihtilafı olması ve taşınmazda kamulaştırma şerhi olması sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı ve buna rağmen bu hususu araştırmayan vakıf üniversitesinin sözleşmeyi haklı olarak feshedebileceğine hükmedilmiştir<sup>91</sup>.

---

gerekirmiştir.” Yargıtay 3.HD., 02.10.2018, E. 2017/3699, K. 2018/9391. <https://karararama.yargitay.gov.tr> adresinden alınmıştır. E.T. 23.09.2019.

<sup>90</sup> Grünwald, Barbara, s. 100, 102; Harke, Jan Dirk, *Besonderes Schuldrecht*, 2011, s. 251.

<sup>91</sup> “Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama neticesinde;... kiralananın ayıplı olduğu daha sonra anlaşıldığından kira sözleşmesini haklı nedenle feshettiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm süresi içerisinde davacı tarafından temyiz edilmiştir. Sözleşmeye bağlılık ilkesi uyarınca taraflar akdettikleri sözleşmedeki hüküm ve koşullar ile bağlıdır. Kural olarak, dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 Sayılı TBK’nun 301.md. hükmü gereğince, kiraya veren, taşınmazı sözleşme ile amaçlanan kullanıma uygun bir halde teslim ve sözleşme süresince bu halde bulundurmakla yükümlüdür. Kira, sürekli bir akit olduğundan hem akdin kurulmasından önce mevcut hem de akdin devamı süresince kiracının bir kusuru olmaksızın ortaya çıkan ayıplar kiralayanın tekeffülü altındadır. ... Kira sözleşmesinin tarafı olan kiraya verenin mutlaka malik olması gerekmez. Kira sözleşmesi feshedilmediği veya sözleşmenin iptali davası açılmadığı sürece geçerlidir. Taraflar Türk Ticaret Kanunu hükümlerine

## V. SONUÇ

Kiraya verenin, kira konusu malı sözleşme gereğince kullanmaya elverişli bir biçimde kiracıya teslim etme ve sözleşme süresince öyle bulundurma borcu ile kiracının basiretli davranma yükümlülüğü karşı karşıya geldiğinde, duraksama yaşamaksızın, kiracıyı sorumlu tutmak doğru olmadığı gibi, kiraya vereni her durumda sorumluluktan kurtarmak da doğru değildir.

Hukuk kurallarının nihai amacı adaleti tesis etmektir. O halde, sözleşenlerden bir tarafın sorumluluğunun, diğer taraf için bir kurtuluş çaresi olarak görülmemesi lüzumu ortadadır. Kanun hükümlerinin mantığı (*ratio legis*) ve amacı göz ardı edildiğinde, varılacak sonuç, haksızlık ve hakkaniyete aykırılıktan başka bir şey olmayacaktır.

Kiracının tacir olduğu durumlarda, basiretli davranma yükümlülüğü (TTK m. 18/2), ona objektif bir özen yükümlülüğü getirmek suretiyle, kolaylıkla sorumluluklarından kaçınabilmesinin önüne set çekmektedir. O halde, somut olayda kiracının sözleşmeyi feshetmedeki amacının, kiralanan maldaki ayıpları gerekçe yapmak veya sözleşmesel edimlerinden kurtulmanın bir vesilesi haline getirmek olduğunun anlaşıldığı durumlarda, basiretli davranma yükümlülüğü sebebiyle, kiracının istemlerinin reddi gerekecektir.

Buna karşılık, tacir de olsa, kiracı sonuç itibariyle, çoğunlukla kiraya verene karşı zayıf durumdadır. Sözleşme müzakerelerinde, çoğunlukla eli güçlü değildir. Kanunun kiracıyı koruyan genel yaklaşımını, tacirden esirgemek doğru değildir. Basiretli davranma yükümlülüğü gerekçesiyle, özellikle kira sözleşmelerinden kaynaklanan

---

göre tacir olup basiretli tacir gibi davranmak zorundadırlar. Davalı kiracı bir üniversitedir (vakıftır). Bu durumda taşınmazın mülkiyetinin ihtilafli olması ve taşınmazda kamulaştırma şerhi olması sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı gibi, davalı kiracının 05.03.2012 tarihli fesih bildirimini geçmişe etkili olmaz ancak ileriye doğru etkilidir. Bu nedenle Mahkemece, davalı kiracının kiralanan taşınmazları tahliye ettiği tarihe kadarki kira paralarından sorumlu olduğu dikkate alınarak davacının talepleri konusunda araştırma yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken hatalı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.” Yargıtay 3. HD, E. 2018/1520, K. 2018/8632, T. 18.9.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

uyuşmazlıklarda, kiracıyı mutlak sorumlu tutma yaklaşımı, kanunun amacına ve ruhuna aykırıdır.

Tacirin basiretli davranma yükümlülüğü, ticarî işletmesi ve faaliyetleriyle ilgilidir. Ticarî işletmesi için yer kiralayan her tacirin, kira sözleşmeleri bakımından da mutlak bir şekilde basiretli davranma yükümlülüğü altında olduğunu söylemeye imkân yoktur. Sermaye piyasasında uzman olan bir aracı şirketin, bir ofis kiralarken, onu bu kira sözleşmesi bakımından uzman kabul etmeyi ve basiretli davranma yükümlülüğü altında görmeyi haklı kılan bir sebep yoktur.

Bazı durumlarda ise, kiraya verenin kiraya verdiği maldaki ayıpları bilerek sözleşme yaptığı durumlarda, kiracının tacir olmasını fırsat bilerek, onun basiretli davranma yükümlülüğünü kendisine bir savunma fırsatına dönüştürdüğü görülmektedir. Oysa objektif veya sübjektif özen yükümlülüğü ve dürüstlük ilkesinin, sözleşenlerin her iki tarafı için dikkate alınması gerekir. Kiracının tacir olması sebebiyle basiretli davranma yükümlülüğü, kiraya verenin dürüst davranma yükümlülüğünü ortadan kaldırması düşünülemez. Bu gibi durumlarda, somut olay adaleti çerçevesinde, kiraya verenin durumu dikkatle incelenmelidir. Kiraya verenin ağır bir şekilde hakkını kötüye kullandığı ve dürüstlük ilkesini ağır bir biçimde zedelediği durumlarda, tüm sorumluluk kiraya verene yükletilmelidir. Buna karşılık her iki tarafın kusurunun söz konusu olduğu ve her iki tarafın da mazur görülemediği hallerde, TBK m. 52 hükmü çerçevesinde, kusur oranında tarafların sorumluluğuna hükmedilmelidir.

Şu durumda sonuç olarak, kiracının tacir olması sebebiyle basiretli iş adamı gibi davranması ilkesinin objektif bir ölçüt olarak kabul edilmesi ve buna ilişkin gelişen uygulamanın zamanla kusursuz sorumluluk haline dönüşmesi; buna karşılık sözleşmenin yapılışı sırasında diğer etmenlerin dikkate alınmasının ihmal edilmesi, somut olay adaleti bakımından hukuka ve adalete aykırı durumların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

## KAYNAKÇA

- ARAL, Fahrettin / Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2012.
- ARKAN, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 24. Basıdan tıpkı basım, Ankara, 2018.
- ATAMER, Yeşim M.: Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 2001-08, İstanbul, 2001.
- AYHAN, Rıza/Çağlar, Hayrettin: Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara, 2018.
- BECKER, Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, çev. Suat Dura, Ankara, 1993.
- BİLGİLİ, Fatih / Demirkapı, Ertan: Ticarî İşletme Hukuku, Bursa, 2013.
- BROX, Hans / Henssler, Martin: Handelsrecht mit Grundzügen des Wertpapierrechts, 19.Bası, 2007.
- BÜLOW, Peter : Handelsrecht, 5. Bası, 2005.
- CANARİS, Wilhelm: Handelsrecht, 24. Bası, 2006.
- DOMANIÇ, Hayri / Ulusoy, Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları (TTK Tasarısı ve Gereçleriyle Birlikte), İstanbul, 2007.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 2015.
- ERSÖZ, Oğuz: Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 3 Sayı: 1 - Haziran 2017, s. 69-105.
- GREİNER, Stefan: Schuldrecht Besonderer Teil, Berlin 2011.
- GRUNEWALD, Barbara: Bürgerliches Recht, 8. Bası, 2009.
- GÜMÜŞ, Alper: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/II'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, II. Cilt, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı 3.
- HARKE, Jan Dirk: Besonderes Schuldrecht, 2011.

- HERBERGER, Klaus: Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmaengelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1974.
- İMREGÜN, Oğuz: Ticari İşletme Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul, 1995.
- İNCEOĞLU, M. Murat: Kira Hukuku, C: 1, İstanbul, 2014.
- JUNG, Peter: Handelsrecht, 5. Bası, 2005.
- KARA, Etem: Ticaret Kanunlarının Varsayımsal İnsanı: Amerikan Ticaret Kanununda Reasonable Man İle Türk Ticaret Kanununda Basiretli Tacir, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2127-2163.
- KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş 9. Bası, Konya.
- LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts (Besonderer Teil), Münih, Berlin 1956.
- LOOSCHELDERS, Dirk: Schuldrecht Besonderer Teil, 11. Bası, 2016.
- POROY, Reha / Yasaman, Hamdi: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul, 2004.
- ŞENER, Oruç Hami: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara, 2016.
- TEKİL, Fahiman: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul, 1997.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Özel Borç İlişkileri, C: II, İstanbul, 1977.
- ÜLGEN, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsun: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul, 2015.
- WÄLTERMANN, Frank: Die Mängelhaftung im neuen Schuldrecht, Frankfurt 2004.
- YAVUZ, Cevdet / Acar, Faruk/Özen, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul, 2012.
- ZEVKLİLER, Aydın / Gökyayla, Emre : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018.



## TÜRKİYE’DE YABANCILIK UNSURU İÇEREN MİRASÇILIK BELGELERİNİN DÜZENLENMESİ

Neşe BARAN ÇELİK\*

### ÖZ

Türk hukukunda mirasçılık belgesi düzenleme yetkisi mahkemelere ve noterlere verilmişse de yabancılik unsuru içeren mirasçılık belgelerinin sadece mahkemeler tarafından düzenlenebileceği kabul edilmiştir. Yabancılik unsuru içeren mirasçılık belgelerinin düzenlenmesi söz konusu olduğunda, bu belgelerin düzenlenmesi bakımından milletlerarası yetkili mahkemenin tayini, mahkemelerin belgeyi düzenlerken yürütecekleri yargılama faaliyeti bakımından ortaya çıkacak çeşitli usul hukuku meselelerine uygulanacak hukukun tespiti, belgenin düzenlenmesinde uygulanacak hukuk ile birlikte yabancıların Türkiye’de taşınmaz mal edinimine ilişkin kanuni sınırlamaların bu belgelerin düzenlenmesine etkisi incelenmelidir.

**Anahtar Kelimeler:** Mirasçılık belgesi, yabancılik unsuru, milletlerarası yetki, uygulanacak hukuk, miras, taşınmaz mal, yabancı.

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: [nesebarancelik@gmail.com](mailto:nesebarancelik@gmail.com), ORCID ID: 0000-0002-9519-3145.

Makalenin Gönderim Tarihi : 07.10.2019.

Makalenin Kabul Tarihi : 27.11.2019.

## ISSUING OF CERTIFICATE OF SUCCESSION INVOLVING FOREIGN ELEMENTS IN TURKEY

### ABSTRACT

In Turkish law, although both the notaries and courts have the authority to issue certificate of succession; in case of certificates involving foreign elements, only the courts have that authority. When it comes to issue a certificate of succession containing foreign elements, determination of the international jurisdiction of Turkish courts and the applicable law to various procedural law issues by this courts, applicable law to the issuance of this certificate and also the effect of legal restrictions which are related to the acquisition of immoveable property by foreigners in Turkey, should be examined.

**Keywords:** Certificate of succession, foreign elements, international jurisdiction, applicable law, succession, immoveable property, foreigners.

### I. GİRİŞ

Mirasçılık belgesi, belirli bir mirasbırakanın yasal mirasçılarının hangi kişi ya da kişilerden oluştuğunu ve bu kişilerin yasal miras paylarını gösteren belgelerdir<sup>1</sup>. Türk hukuku bakımından bu belgeler, lehine düzenlenen kişiye tereke üzerinde yapılacak işlem ve tasarruflar bakımından mirasçı sıfatıyla tasarruf yetkisine sahip olduğunu üçüncü kişilere ispat etme imkânını verir<sup>2</sup>.

Belirli bir olay ya da ilişkinin, aynı anda bir veya birden fazla devlet ile temas halinde bulunması, bu hukukî olay ya da ilişkinin ‘yabancılık (milletlerarası) unsuru<sup>3</sup>’ taşıdığı anlamına gelir ve olay ya da

---

<sup>1</sup> ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, Legal Hukuk Kitapları Serisi:334, İstanbul 2015, s. 346.

<sup>2</sup> KOCAAĞA, Köksal: Mirasçılık Belgesi, GÜHFD, S. 1–2, Haziran-Aralık 2005, s. 85.

<sup>3</sup> Farklı ‘milletlerarası (veya yabancı) unsur’ tanımları için bkz.: BERKİ, Osman Fazıl: Devletler Hususi Hukuku, C. 2, B. 4, Ankara 1961, s. 185-186; NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 5; ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, Beta Yayınevi İstanbul 2018, s. 10;

ilişki, milletlerarası özel hukukun kapsamına girer. Türkiye’de mirasçılık belgesi düzenlenmesi talebiyle başvuru yapıldığında da mirasbırakanın ya da mirasçıların vatandaşlığı, yerleşim yeri, terekeye dahil malların bulunduğu yer, ölüme bağlı tasarrufun düzenlenme yeri gibi hususlar bakımından ortaya çıkacak yabancılik unsuru söz konusu belge düzenlenirken Türk milletlerarası özel hukuk mevzuatının dikkate alınmasını gerektirir.

Mirasçılık belgesi verilmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanununda<sup>4</sup> çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmıştır. HMK uyarınca mirasçılık belgesinin düzenlenmesi de asıl olarak çekişmesiz yargılama faaliyeti olduğu için (m. 382/c-6) bu belgeyi talep eden kimsenin bir hasım göstermesi gerekmediği gibi mahkemenin de karşı taraf oluşturması gerekmez<sup>5</sup>. Ancak hukuki yarar varsa bu belgeler hasımlı olarak da talep edilebileceği gibi mirasçılık belgesinin değiştirilmesi veya iptali ile yeni bir mirasçılık belgesi verilmesi talebi söz konusu olduğunda da belge çekişmeli yargı yoluyla düzenlenmiş olacaktır<sup>6</sup>. Çalışmamızda öncelikle söz konusu ayırım dikkate alınarak yabancılik unsuru içeren mirasçılık belgesi verilmesi talepleri bakımından görevli ve milletlerarası yetkili

---

ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası , Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 5; DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 6-10.

<sup>4</sup> RG 04.02.2011, S. 27836.

<sup>5</sup> ‘Hasımsız açılması gereken, çekişmesiz yargıya tabi bir davanın hasımlı açılması veya sonradan dâhili dava yoluyla tarafı hâle getirilmesi ıslah yoluyla dahi mümkün değildir. Ne var ki Hazine hasım gösterilerek açılan mirasçılık belgesi verilmesi davası hasımlı olarak görülerek sonuçlandırılmıştır. Bu durumda mahkemece Hazine aleyhine açılan davanın reddine, hasımsız dava konusunda ise toplanan delillere göre bir hüküm kurulması gerekirken Hazine aleyhine kesin hüküm oluşturacak şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir. (Yargıtay 14. HD 07.09.2015, 2293/7895). Karar için bkz.: İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: Mirasçılık (Veraset) Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 5, Sayı 9, Haziran 2017, s. 287, dp. 21.

<sup>6</sup> RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal: Mirasçılık Belgesi (En Son Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları ile), Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 78; ANTALYA / SAĞLAM, s. 350.

mahkemenin tayini; daha sonra bu taleplerin değerlendirilmesi sırasında uygulanması gereken hukukun nasıl belirleneceği incelenerek yabancıların miras yoluyla Türkiye’de bulunan taşınmazların mülkiyetini edinmesi/taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak tesisi bakımından Türk Yabancılar Hukukunda kabul edilmiş olan kanuni sınırlamaların bu belgelerin düzenlenmesine etkisi yargı kararlarına da yer verilerek incelenecektir. Çalışmamız, yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgeleri düzenlenirken belgenin içeriği ile ilgili hususların ispatı ile kullanılabilir deliller bakımından yapılacak değerlendirme ile sona erecektir.

## II. MİRASÇILIK BELGELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk hukuku bakımından mirasçılık belgesi, mirasçıya talebi üzerine verilen ve onun mirasçı sıfatını kanıtlamak suretiyle tereke değerleri üzerinde taşınır bakımından fiili hakimiyeti ele geçirmek; taşınmazlarda ise sicil zilyetliğini elde ederek tasarruf etmesine ve alacakları tahsil etmesine yarayan kesin nitelikte olmayan bir yetki belgesidir<sup>7</sup>. Mirasçılardan miras yoluyla kazandıkları değerler üzerinde tasarruf edebilmek için mirasçılık sıfatlarını ispatlamaları gerekmektedir<sup>8</sup>.

Mirasçılık belgeleri, Türk hukukunda, mirasçının mirasçılık sıfatını ispat etmesini sağlayan, miras hakkının varlığına karine teşkil eden ancak aksi her zaman iddia ve ispat edilebilen bir belge niteliği taşımaktadır.<sup>9</sup> Mirasçılık belgesinin verilmesine ilişkin kararlar kesin hüküm teşkil etmediğinden<sup>10</sup> bu belgelerin eksikliği, yanlışlığı veya

---

<sup>7</sup> SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkey: Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 489.

<sup>8</sup> AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 264.

<sup>9</sup> ANTALYA / SAĞLAM, s. 350; EREN, Fikret / AKTÜRK YÜCER, İpek: Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 443

<sup>10</sup> Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı hukuki yararı bulunan ilgililer, özel kanuni düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde, bu Kanun hükümleri dairesinde istinaf yoluna başvurabilirler (HMK m. 387). Bölge adliye mahkemelerinin çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararları hakkında temyiz yoluna başvurulamaz (m. 362/1-ç).

geçersizliği her zaman ileri sürülebilir<sup>11</sup>. Bu sebeplerle de mirasçılık belgeleri resmi senet (yasal delil) olarak aksi ispat edilinceye kadar sahibinin mirasçılığına karine sayılır; ancak bu usulî ispat ayrıcalığı haricinde maddî hukuk yönünden mirasçılık sıfatını kesin bir şekilde tespit etmez<sup>12</sup>. Bununla birlikte çekişmeli yargı yoluyla verilen mirasçılık belgeleri maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder ve ilâm niteliği taşır<sup>13</sup>.

### III. YABANCILIK UNSURU İÇEREN MİRASÇILIK BELGELERİNİN VERİLMESİNDE GÖREVLİ VE MİLLETLERARASI YETKİLİ MAHKEMENİN TAYİNİ

Milletlerarası usul hukukunda temel prensip, yargılama usulünün hakimî hukukuna (*lex fori*) göre tespit edilmesidir<sup>14</sup>. Yargılama yapılırken hangi kurum ve işlemlerin usul hukukuna hangilerinin maddî hukuka ait olduğu hususu vasıflandırma problemi olarak kabul edilir ve kural olarak vasıflandırma da hâkimî hukukuna göre yapılır<sup>15</sup>. Yabancılik unsuru içeren davalarda usul hukukuna ait bütün nitelendirmeler dolayısıyla çekişmesiz-çekişmeli yargı ayrımı da hâkimî hukukuna tabidir<sup>16</sup>. Bu sebeple mirasçılık belgesi düzenleme talebinin niteliği hâkimî hukuku (*lex fori*) esas alınarak tespit edilecektir. Türk hukuku bakımından mirasçılık belgesi asıl olarak, hasım göstermeksizin mahkemeden istenen ve çekişmesiz yargılama sonunda verilen bir belgedir<sup>17</sup>. Ancak gerek doktrinde gerekse de Yargıtay kararlarında<sup>18</sup>

<sup>11</sup> ANTALYA / SAĞLAM, s. 350.

<sup>12</sup> SEROZAN / ENGİN, s. 490.

<sup>13</sup> KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, İstanbul 2001, s. 5033-5034. Bu durumda verilen belgeye mirasçılık (veraset) ilâmı denileceği yönünde bkz.: RUHİ / RUHİ, s. 76; KOCAAĞA, s. 95.

<sup>14</sup> NOMER, s. 410; ÇELİKEL / ERDEM, s. 484; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 354; DOĞAN, Milletlerarası, s. 29.

<sup>15</sup> NOMER, s. 302; ÇELİKEL / ERDEM, s. 477; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 342; DOĞAN, Milletlerarası, s. 27

<sup>16</sup> ÇELİKEL / ERDEM, s. 484.

<sup>17</sup> KOCAAĞA, s. 95.

<sup>18</sup> “Kural olarak mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin davalar çekişmesiz yargıya tabi olduğundan hasımsız olarak açılması gerekir. Ne var ki davacının mirasçı sıfatına karşı çıkan veya miras payının az veya çok olduğunu öne sürerek uyuşmazlık yaratan kişilerin varlığı hâlinde

mirasçılık belgesinin hukuki yarar varsa hasımlı olarak da talep edilebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca mirasçılık belgesi düzenlenmesi sırasında bir itiraz olduğunda<sup>19</sup> ya da mirasçılık belgesinin değiştirilmesi veya iptali ile yeni bir mirasçılık belgesi verilmesi talebi söz konusu olduğunda açılacak davalar da çekişmeli yargıya dahil olacaktır<sup>20</sup>. Söz konusu ayırım görevli ve yetkili mahkemenin tayinini de etkileyecektir. Yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgeleri bakımından görevli ve yetkili mahkemenin tayini de söz konusu ayırım dikkate alınarak yapılmaya çalışılacaktır.

---

mirasçılarının sıfatlarında ve miras paylarının belirlenmesinde çekişme meydana gelmiş olacağından bu gibi durumlarda çekişmenin tarafı olan diğer mirasçı veya kişilerin de hasım gösterilerek hasımlı dava açılabilmesi, açılacak böyle bir davanın çekişmeli yargıya tabi olacaktır.” (Yargıtay HGK, 18.11.2009, 2009/7- 376/528). Aynı yönde “Mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin davalar çekişmesiz yargıya tabi olduğundan kural olarak hasımsız açılması gerekir. Hukuki yarar bulunması koşulu ile bu tür davaların uyuşmazlık çıkarıcı kişiler hasım gösterilerek hasımlı olarak açılması ve çekişmeli yargı yolu ile görülüp sonuçlandırılması da mümkündür.” (Yargıtay 14. HD 26.06.2015, 2225/7147). Kararlar için bkz.: İYİLİKLİ, s. 284-285, dp. 7, dp. 21.

<sup>19</sup> COŞAR, Hesna: Mirasçılık Belgesi, İstanbul 2006 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), s. 49-50. KOCAAĞA, s. 96; Mirasçılık sıfatının çekişmeli olduğu hallerde, çekişmeli yargı niteliğindeki bir dava sonunda alınan ve kesin hüküm gücüne sahip olan ilâmlar, MK m. 598 anlamında mirasçılık belgesi kavramının dışında kaldığı yönünde bkz.: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, İstanbul 1987, s. 581.

<sup>20</sup> RUHİ / RUHİ, s. 78.

## A. Mirasçılık Belgesinin Çekişmesiz Yargılama Yoluyla Verilmesinde Görevli ve Milletlerarası Yetkili Mahkemenin Tayini

### 1. Görevli Mahkeme

Medenî yargı, çekişmeli yargı ve çekişmesiz yargı olarak temel iki kola ayrılır<sup>21</sup>. Türk hukukunda çekişmesiz yargı dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. Bu bağlamda dar anlamda çekişmesiz yargı, çekişmeli yargı işleri dışında kalan ve şeklen mahkemelerce görülen, genelde karara bağlanması istenen bir talep ya da olgu veya durumun tespiti ya da bildirilmesi biçiminde işler olarak tanımlanırken; geniş anlamda çekişmesiz yargının dar anlamda çekişmesiz yargı işlerinin yanı sıra özel hukuka ilişkin işlemleri bizzat düzenlemek veya onaylamak suretiyle, onlara resmîyet kazandırma işi, terekeye ilişkin işler, nüfus sicili ve tapu sicili gibi resmi sicillerin tutulmasıyla bir takım tescil işlerini de kapsadığı ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Türk hukuku bakımından mirasçılık belgesi verilmesi istemlerinin, gerçekte dava olmaktan ziyade bir talep mahiyetinde olduğu ve içeriğinin de aksi ispatlanana kadar geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Bu sebeple Türk hukuku bakımından mirasçılık belgesinin verilmesine ilişkin kararlar kesin hüküm teşkil etmez ve miras belgelerinin eksikliği, yanlışlığı veya geçersizliği her zaman ileri sürülebilir<sup>24</sup>. Mirasçılık belgesi verilmesi talepleri kural olarak çekişmesiz yargıya tabi olduğundan hasım gösterilmesi de gerekmez. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere gerek doktrinde gerekse de Yargıtay kararlarında mirasçılık belgesinin hukuki yarar varsa hasımlı olarak da talep edilebileceği kabul edilmektedir.

Yabancılık unsuru içeren talep ve davalar bakımından görevli mahkemenin tayini mahkemelerin işleyişine ait olduğundan usul

---

<sup>21</sup> PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Oniki Levha Yayınları, 7. Bası, Ankara 2019, s. 31.

<sup>22</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: TANRIVER, Süha: Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, s. 2015-2017.

<sup>23</sup> İYİLİKLİ, s. 283.

<sup>24</sup> ANTALYA / SAĞLAM, s. 350.

hukukuna tabi olmayı gerektirir ve görevli mahkeme başvuru mahkemenin hukukuna (*lex fori*) göre tespit edilir<sup>25</sup>. Yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgesi verilmesi talepleri bakımından görevli mahkeme HMK uyarınca tespit edilecektir. Kanuna göre çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesi olduğundan çekişmesiz yargı yoluyla mirasçılık belgesi düzenlenmesi talepleri söz konusu olduğunda da görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir(m. 382). Bunun dışında istisnai olarak, 3402 sayılı Kadastro Kanunu<sup>26</sup> 25/1. maddesine göre Kadastro mahkemesi de mirasçılık belgesi verebilecektir. İlgili maddeye göre, Kadastro mahkemesi<sup>27</sup>; kadastroya veya kadastro ile ilgili verasete ait uyuşmazlıkları çözümlenebileceği gibi, istek üzerine veraset belgesi de verebilir. Hükümden anlaşılacağı üzere kadastro mahkemesinde görülmekte olan herhangi bir dava olmaksızın taraflar doğrudan mirasçılık belgesi için kadastro mahkemesine başvuramayacaktır<sup>28</sup>. Bu hüküm genel görevli sulh hukuk mahkemelerinin mirasçılık belgesi verme görevini kaldırmaz<sup>29</sup>

Türk hukukunda, 31.3.2011 tarihli ve 6217 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla<sup>30</sup> Noterlik Kanununa<sup>31</sup> yapılan ilave maddelerle yasal mirasçılar için mahkeme dışında noterler tarafından da

---

<sup>25</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 354; ÇELİKEL / ERDEM, s. 484.

<sup>26</sup> RG T. 09.07.1987, S. 19512.

<sup>27</sup> Kadastro Kanununa göre genel mahkemelere ait olup da bu Kanunun uygulanması ile ilgili dava ve işlere belirlenen usul ve esaslara göre bakmak üzere her kadastro bölgesinde tek hakimli ve Asliye Mahkemesi sıfatını haiz yeter sayıda kadastro mahkemesi kurulur (m. 24). Yine Kanuna göre Kadastro mahkemesinin yetkisi her taşınmaz mal hakkında kadastro tutanağının düzenlendiği günde başlar. Bu yetkiyi bölgenin idari sınırları belli eder. Yeni ilçe kurulup, teşkilatlanarak faaliyete geçmesi hali hariç, idari kuruluşta yapılan değişiklik sebebiyle daha sonra başka bir bölgeye bağlanan taşınmaz mallara ilişkin uyuşmazlıklar, kadastroya başlama gününde yetkili olan kadastro mahkemesi tarafından karara bağlanır (m. 26/4).

<sup>28</sup> İYİLİKLİ, s. 293.

<sup>29</sup> COŞAR, s. 48.

<sup>30</sup> RG T. 14.04.2011, S. 27905.

<sup>31</sup> RG T. 05.02.1972, S. 14090.



mirasçılık belgesi verilmeye başlanmıştır. Ancak yine Kanuna göre mirasçılık belgesinin yabancılar tarafından talep edilmesi durumunda, bu belgeler noterler tarafından verilemeyecektir (m.71/B-3). Mirasçılık belgesi verilmesi ve terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi işlemlerinin noterler tarafından yapılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek için ‘Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’<sup>32</sup> de hazırlanmıştır. Yönetmelik de noterlerin, mirasçılık belgesinin sadece yabancılar tarafından talep edilmesi halinde değil; talebin yabancılık unsuru taşıması gibi yargılamayı gerektiren durumlarda da mirasçılık belgesi veremeyeceğini (m. 5) hükme bağlamıştır<sup>33</sup>.

## 2. Milletlerarası Yetkili Mahkeme

Milletlerarası yetki kuralları, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda belirli bir devletin mahkemelerinin yetkili olup olmadığını tayin eden kurallardır<sup>34</sup>. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK’ta düzenlenmiştir. Kanun, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayini bakımından m. 40’ta yer alan ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin, iç hukukun yer yönünden yetkiyi belirleyen yetki kuralları aracılığıyla tayinini öngören genel bir kural dışında, çeşitli davalar bakımından bazı özel yetki kuralları da içermektedir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayininde iç

<sup>32</sup> RG T. 04.10.2011, S. 28074.

<sup>33</sup> Yönetmeliğin, noterlerin mirasçılık belgesi düzenlemeyeceği halleri daha geniş tutarak ‘yabancılık unsuru’ içeren miras olayları hakkında mirasçılık belgesi düzenlenemeyeceğini öngören bu düzenlemesinin Tapu Kanunu (m. 37) ve Noterlik Kanunu (m. 71/B-3) hükümlerini aşan bir niteliğe sahip olduğu ve Yönetmelik hükmünün Noterlik Kanununa aykırı olduğu eleştirisi için bkz.: ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 418; ÇELİKEL / ERDEM, s. 606, dp. 83.

<sup>34</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 383. Bununla birlikte milletlerarası yetkinin iki yönü bulunmakta ve bu kavram bir taraftan yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda bir devletin kendi mahkemelerinin yetkili olup olmadığını belirlerken diğer taraftan yabancı bir devlete ait makamların yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkla ilgili verdikleri kararın coğrafi etki alanını belirlemektedir. Bkz.: NOMER, s. 423; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 383

hukukun yer itibariyle yetki kurallarına atıf yapan ‘genel kural’ MÖHUK m. 40<sup>35</sup> ile ‘özel yetki kuralı’ olarak adlandırılan diğer yetki kuralları arasında, mahalli yetki bakımından kabul edildiği şekilde ‘genel yetki-özel yetki’ fonksiyonunu doğuracak bir ilişki olmadığından ancak MÖHUK’ta yer alan özel yetki kurallarının uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklar bakımından MÖHUK m. 40’ta yer alan genel kural gereği iç hukukun yer itibarıyla yetkiyi belirleyen kuralları uygulanabilecektir<sup>36</sup>. Kanunda yabancılık unsuru içeren mirasa ilişkin davalar bakımından da Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 43’te özel olarak düzenlenmiştir<sup>37</sup>. MÖHUK m. 43 uyarınca mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye’de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür. MÖHUK m. 43 basamaklı bir bağlama kuralıdır; bu sebeple terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi ancak ölenin Türkiye’deki son yerleşim yerinin bulunmaması halinde doğacaktır. Aksi düzenlenmediğinden yabancılık unsuru taşıyan mirasa ilişkin davalar söz konusu olduğunda, mirasbırakanın hem yabancı hem de Türk vatandaşı olduğu davalar bakımından m. 43’ün uygulanması mümkündür. MÖHUK m. 43’ün uygulanabilmesi için mirasbırakanın Türkiye’de son yerleşim yeri ya da terekesine dahil malvarlığı bulunmalıdır. Ölenin Türkiye’de yerleşim yeri ya da terekeye dâhil malvarlığının bulunmaması

---

<sup>35</sup> MÖHUK m. 40’ın uygulama alanı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: NOMER, s. 460-471; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 391-394; ÇELİKEL / ERDEM, s. 544-545.

<sup>36</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 389-390.

<sup>37</sup> Anayasa uyarınca usulüne göre yürürlüğe konmuş anlaşmalar kanun hükmündedir (m. 90/5). MÖHUK’un uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda da bu hususu vurgulamak üzere Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümleri saklı tutulmuştur (m. 1/2). Bu sebeple mirasla ilgili uyuşmazlıklarda Türkiye’nin taraf olduğu ve usulüne göre yürürlüğe konmuş anlaşmalar MÖHUK hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanmalıdır. Bu bağlamda Türkiye ile bazı devletler arasında yapılan Konsolosluk anlaşmalarında miras davaları ile ilgili yetki kurallarına yer verildiği için uyuşmazlık bu Sözleşmelerin uygulama alanına girdiğinde Sözleşmede yer alan yetki kuralı uygulanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ileride s. 465 vd..

durumunda Türkiye'deki mahkemelerin milletlerarası yetkisi doğmayacaktır<sup>38</sup>.

Mirasa ilişkin davalar bakımından Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisini belirleyen MÖHUK m. 43'ün (çekişmesiz) mirasçılık belgesi talepleri bakımından uygulanması hususunda ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Konuyla ilgili görüşlerden ilkinde göre, MÖHUK m. 43 hükmü mirasa ilişkin davalardan bahsettiği için esasen bir dava niteliği taşımayan ve miras davalarından bağımsız olarak çekişmesiz yargı işi niteliğinde olan mirasçılık belgesi verilmesi talepleri konusunda yetkili mahkeme, kural olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayininde iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına atıf yapan MÖHUK m. 40'tan hareketle çekişmesiz yargıda yer itibarıyla yetkiyi düzenleyen HMK m. 384'e göre tespit edilmelidir<sup>39</sup>. Böylece yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgesi verilmesi talepleri bakımından yetkili mahkeme, talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi olarak tespit edilecektir (m. 384). Aksi yönde görüş ileri süren yazarlara göre ise mirasçılık belgesi verilmesi talepleri bakımından da MÖHUK m. 43 uyarınca ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemeleri milletlerarası yetkiye sahip olacaktır. Bu görüşü ileri süren yazarlardan TANRIBİLİR'e göre yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgesi verilmesi talepleri bakımından HMK m. 382'den hareketle mirasçılarının bulunduğu yere göre tayini pratikte aşkın yetkiye yol açabilecek niteliktedir; zira bu mahkemeler ne mirasbırakanla ne de tereke mallarıyla ilgisi olan bir yerde bulunmamaktadır<sup>40</sup>. Mirasçılık belgesi verilmesi talepleri bakımından MÖHUK m. 43'ün uygulanması gerektiğini ileri süren

<sup>38</sup> MÖHUK'ta yer alan özel yetki kurallarının düzenleme getirdikleri konular bakımından milletlerarası yetki alanında tek başlarına belirleyici oldukları yönünde bkz.: ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 411. Bu kuralların tamamlayıcı nitelik taşıdığı yönünde bkz.: ÇELİKEL / ERDEM, s. 545.

<sup>39</sup> ÇELİKEL / ERDEM, s. 605-606; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 399; DOĞAN, Milletlerarası, s. 77.

<sup>40</sup> TANRIBİLİR, Feriha Bilge: MÖHUK ve Mirasa İlişkin Bağlama Kurallarının Uygulanmasında Ortaya Çıkan Hususlar, 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), Editörler: TANRIBİLİR, Feriha Bilge / GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL, Gülce Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 135.

yazarlardan bir diğeri olan EKŞİ’ye göre ise bunun sebebi MÖHUK m. 43’de miras davalarından söz edilmesi ve bu davalar bakımından herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiş olması; mirasa ilişkin davalar hakkında ülke içi yetki kuralı olan ve mirastan doğan davalarda yetkiyi düzenleyen HMK m. 11<sup>41</sup>’den farklı olarak mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davaların m. 43’te düzenlenen mahkemelerin yetkisinden istisna edilmemiş olmasıdır<sup>42</sup>. Mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu<sup>43</sup> döneminde de mirasçılık belgesi düzenlenmesi taleplerinin ister çekişmesiz ister çekişmeli yargı çerçevesinde ileri sürülsün, mirasçılardan mirasçılık sıfatını ve miras hakkını tespit etmesi, onların tereke üzerindeki zilyetliklerini temin ve tesisi etmesi ve terekeye dahil mallar üzerinde tescil ve intikal işlemlerini yapmalarını sağladığı için ‘miras davaları’ na dahil olduğu; dolayısıyla bu talepler bakımından da yetkili mahkemenin tayininin MÖHUK m. 30’a göre yapılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>44</sup>.

Kanaatimizce de MÖHUK m. 43’te genel olarak miras davalarından söz edilmesi ve bu davalar bakımından herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiş olması yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgelerinin düzenlenmesi bakımından da MÖHUK m. 43’ün uygulanmasına imkân sağlar<sup>45</sup>. Söz konusu madde yabancılık unsuru

---

<sup>41</sup> HMK, m. 11 “mirastan doğan davalarda yetki” başlığı taşımaktadır. Mirasçılık belgesi düzenlenmesi talepleri bu madde kapsamında düzenlenmemiş; ancak mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda yetki madde kapsamında düzenlenmiştir.

<sup>42</sup> EKŞİ, Miras, s. 28.

<sup>43</sup> RG T. 22.05.1982, S. 17701. Mülga MÖHUK m. 30 içerik bakımından 2007 tarihli MÖHUK m. 43 ile aynı olup maddedeki tek değişiklik Türk Medeni Kanunu ile uyum sağlanması amacıyla “ikametgâh” yerine “yerleşim yeri” teriminin kullanılmasıdır.

<sup>44</sup> ŞANLI, Cemal: Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde Tanınması veya Delil Olarak Kullanılması, İlhan Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul 1990, s. 300; DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Hüküm ve Sonuç Doğurması, Prof. Dr. Fikret Eren Armağanı, Ankara 2006 s. 581.

<sup>45</sup> ‘...Dava mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. Bakırköy 5. Sulh Hukuk Mahkemesi, muris H.. A.’ın Alman uyruklu olup Türk vatandaşı olmadığı Türkiye’de yerleşim yeri olmayanların mirasçılık belgelerinin Türkiye’de mallarının bulunduğu yer mahkemesi tarafından verilmesi

içeren mirasın özellikleri dikkate alınarak düzenlenmiş ve mirasbırakanın son yerleşim yeri dışında, mirasçılarının son yerleşim yerinin Türkiye’de bulunmama ihtimalini gözeterak, terekeye dâhil malların bulunduğu yeri de milletlerarası yetkinin tesisi bakımından irtibat noktası olarak kullanmıştır. Maddenin lafzından hareketle mirasbırakanın son yerleşim yeri Türkiye’de ise mallarının nerede olduğu dikkate alınmaksızın son yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Bu durumda mirasbırakanın Türkiye’de terekesi bulunmasa dahi Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesi yetkili olabilecektir. Mirasbırakanın son yerleşim yerinin Türkiye’de bulunmadığı; ancak terekeye dâhil taşınır ya da taşınmaz mal ya da mallarının Türkiye’de olması halinde ise malların her birinin bulunduğu yer mahkemesi taşınır ya da taşınmaz mal ayırımı yapılmaksızın yetkili olacaktır. Yine madde terekeye dahil malların niteliği ya da değerinden hareketle bir ayırım yapmadığı için maddenin lafzından hareketle terekeye dahil birden fazla malın bulunması halinde her birinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olabileceği için mirasçılık belgelerinin düzenlenmesi için birden fazla mahkemeye başvurmak mümkün olacaktır.

---

gerektiğini belirterek Balıkesir Nöbetçi Sulh Hukuk Mahkemesine yetkisizlik kararı vermiştir. Balıkesir 1. Sulh Hukuk Mahkemesi ise, çekişmesiz yargı işlerinde yetki kuralının kesin yetki olmadığını, resen dikkate alınamayacağını, mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davaların doğrudan tereke ile ilgisi bulunmadığını belirterek yetkisizlik kararı vermiştir. Yabancılık unsuru taşıyan miras davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK. 43. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye’de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür hükmü gereğince muris H.. A.’ ın taşınmazının bulunduğu Balıkesir 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin yetkili olduğu anlaşılmış bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir’ (Yargıtay 14.HD, T. 01.06.2015, E. 2015/1997, K. 2015/6013).

## B. Mirasçılık Belgelerinin Çekişmeli Yargı Yoluyla Verilmesi Halinde Görevli ve Milletlerarası Yetkili Mahkemenin Tayini

### 1. Görevli Mahkeme

Mirasçılık belgesi talebi değerlendirilirken mirasçılar arasında gösterilmemiş bir kişinin, mahkemeye başvurarak kendisinin de mirasçı olduğunu belirterek mirasçılık belgesine itiraz etmesi durumunda iş çekişmeli hale geldiğinden konu artık çekişmeli yargı alanına girecektir<sup>46</sup>. Mirasçılık belgesinin geçersizliği yani iptali (veya düzeltilmesi) ve yenisinin verilmesi talep edildiğinde ise birbiriyle uyumsuzluk içinde olan taraflar bulunacağından bu uyumsuzluk da ancak dava yoluyla çözüme kavuşturulabilecektir. Mirasçılık belgesinin iptali davasında<sup>47</sup> davacı ya kendisinin de mirasçı olduğunu ya da mirasçılık belgesinde gösterilen kişilerin mirasçı olmadığını ya da belgede gösterilen miras paylarının hatalı olduğunu ileri sürerek mirasçılık belgesinin değiştirilmesi veya

---

<sup>46</sup> ‘...mirasçılık belgesi, mirasçıların murisle irs ilişkisini ve miras paylarını gösteren bir belgedir. Hukukumuzda mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin davaların kural olarak hasımsız olarak açılması ve çekişmesiz yargı yolu ile görülüp sonuçlandırılması gerekmekte ise de hukuki yarar bulunması koşulu ile bu tür davaların uyumsuzluk çıkaran kişiler hasım gösterilmek suretiyle hasımlı olarak açılması ve çekişmeli yargı yolu ile görülüp sonuçlandırılması da mümkün bulunmaktadır Yargıtay 14. HD, T.30.03.2017, E. 2016/8502, K. 2017/2550) Aynı yönde “ ... mirasçılık belgesi verilmesi talebinde mirasçı olarak gösterilmemiş olan bir kişi, mahkemeye başvurarak kendisinin de mirasçı olduğunu bildirir (ve böylece mirasçılık belgesi verilmesine itiraz eder) ise, o zaman mirasçılık belgesi işi çekişmesiz yargıdan çıkar, çekişmeli yargı alanına girer. İşte o zaman, bu kişinin diğer mirasçıları hasım göstererek dava açması gerekir. Bunun gibi, mirasçılık belgesi verilmesi sırasında (yani çekişmesiz yargı işi görülürken) itiraz etmemiş (veya edememiş) olan kişi, daha sonra mirasçılık belgesinin değiştirilmesi veya iptali için dava açabilir ki, bu davanın çekişmeli yargıya dahil olduğu şüphesizdir”YHGK, T. 23.10.2002, E. 2002 /2-991, K. 2002/835.

<sup>47</sup> Gerçek durumu yansıtmayan, hatalı bir mirasçılık belgesinin bulunması, kişilerin maddi hukuk bakımından sonuç doğuran diğer miras davalarını açabilmeleri imkânını ortadan kaldırmaz. AKBIYIK, Cem: Özellikle Taşınmaz Mallara Yönelik Ketmi Verese Davası, MÜHF, Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 23 / 3, Aralık 2017, s. 490.

iptali ile gerçeğe uygun yenisinin verilmesi talebinde bulunabilecektir<sup>48</sup>. Davacı sadece mirasçılık belgesinin iptalini talep etmişse mahkeme eski mirasçılık belgesini iptal ile yetinecek kendiliğinden yeni belge düzenlemeyecektir<sup>49</sup>. Bu davalar hakkında görevli mahkeme ise yukarıda da açıklandığı üzere HMK'dan hareketle tespit edilecektir. Söz konusu davalar bakımından görevli mahkemeye dair HMK'da özel bir hüküm bulunmamakla birlikte çekişmeli yargıda asli görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olduğundan mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesi davası bakımından da görevli mahkeme asliye hukuk<sup>50</sup> mahkemesi olacaktır<sup>51</sup>.

## 2. Milletlerarası Yetkili Mahkeme

Yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgelerinin çekişmeli yargı yoluyla talep edilmesi söz konusu olduğunda 'mirasa ilişkin' bu dava bakımından Türkiye'deki milletlerarası yetkiye sahip mahkeme, MÖHUK m. 43 uyarınca tayin edilecektir<sup>52</sup>. Dolayısıyla, bu davalar bakımından ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesi, son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemeleri milletlerarası yetkiye sahip olacaktır.

---

<sup>48</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: İYİLİKLİ, s. 324-330.

<sup>49</sup> RUHİ / RUHİ, s. 76.

<sup>50</sup> Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında, hasımlı olarak açılan mirasçılık belgesi talebine ilişkin davalar bakımından da mirasçılık belgesinin verilmesi hususunda olduğu gibi sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu; davanın hasımlı açılmasının mahkemenin yasa ile belirlenen görevine etkili olmadığı ifade edilmektedir. Bkz.: 'Dava, Hazineye husumet yöneltmek suretiyle mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. Mirasçılık belgesinin verilmesi isteğine ilişkin davanın sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği, anılan davanın hasımlı veya hasımsız açılmasının mahkemenin yasa ile belirlenen görevine etkili olmadığı tartışmasızdır' (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi T. 14.05.2019 E. 2016/9815, K. 2019/4345).

<sup>51</sup> RUHİ / RUHİ, s. 76; ARAS, s. 68. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 14. HD, T. 30.05.2019, E. 2016/11372, K. 2019/4966; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi T. 06.05.2019, E. 2017/1449, K. 2019/3977.

<sup>52</sup> ŞANLI, s. 300; DEMİR GÖKYAYLA, s. 581; TANRIBİLİR, MÖHUK, s. 135; EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 28; ÇELİKEL / ERDEM, s. 606.

Kanunda basamaklı yetki kuralı kabul edildiği için yabancılık unsuru içeren mirasa ilişkin davalar öncelikle ölenin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde açılmalı; miras bırakanın son yerleşim yeri Türkiye’de değilse terekeye dâhil malların -taşınır ya da taşınmaz niteliği dikkate alınmaksızın- bulunduğu yer mahkemesinde açılmalıdır. Mirasbırakanın son yerleşim yerinin Türkiye’de bulunmaması veya Türkiye’de terekesine dahil malvarlığının bulunmaması halinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğmayacaktır<sup>53</sup>.

#### IV. YABANCILIK UNSURU İÇEREN MİRASÇILIK BELGELERİNİN DÜZENLENMESİNDE UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ

Mirasın, mirasçılara mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden geçmesini (küllî halefiyet sistemini) benimseyen Türkiye ve İsviçre gibi hukuk sistemlerinde, mirasın, mirasbırakanın ölümüyle, hiçbir formalite gerekmeden, kendiliğinden mirasçılara geçmesi kabul edilmiştir<sup>54</sup>. Türk hukukunda bu prensip Medeni Kanun madde 599/1’de, ‘mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar’ şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte mirasçıların terekede yer alan mal ve haklar üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri için mirasçılık sıfatlarının ispat edilmesi gerekeceğinden mirasçıların mirasçılık sıfatlarını ispat etmelerine ve bu sıfatla terekede yer alan mal ve haklar üzerinde tasarrufta bulunmalarına hizmet eden bir belgeye ihtiyaç vardır<sup>55</sup>. Söz konusu belge Medeni Kanunda mirasçılık belgesi adı altında “Mirasın Geçmesinin Sonuçları” bölümünde “Koruma Önlemleri” başlığı altında düzenlenmiştir<sup>56</sup>. Kanuna göre geçersizliği her zaman ileri sürülebilen bir belge olan mirasçılık belgesi, yasal mirasçı oldukları

<sup>53</sup> SÜRAL, Ceyda: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi, TBB Dergisi, S. 100, 2012, s. 186-187.

<sup>54</sup> Mirasın intikali konusunda, hukuk sistemleri tarafından kabul edilen farklı prensipler ile ilgili bkz.: BARAN ÇELİK, Neşe: Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 188-189.

<sup>55</sup> KOCAAĞA, s. 87.

<sup>56</sup> Mirasçılık belgelerinin uygulamada önemli bir yer tutmasına karşın TMK’da tek bir madde ile düzenlenmesinin uygulamada güçlük doğurduğu hususunda bkz.: KOCAAĞA, s. 86-87.



belirlenenlerin mirasçılık sıfatlarını; ölüme bağlı tasarrufla lehine tasarrufta bulunulan kimselerin ise atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge olup talep üzerine düzenlenir (m. 598)<sup>57</sup>. Dolayısıyla söz konusu belgenin düzenlenebilmesi için öncelikle mirasın açılması için gereken sebepler ve bunların gerçekleştiği; belgenin düzenlenmesi için talepte bulunan kişilerin bu belgeyi talep hakkının bulunduğu; bir başka ifadeyle yasal mirasçı/atanmış mirasçı/vasiyet alacaklısı sıfatına ve ehliyetine sahip olduklarının tespiti gerekecektir. Ayrıca, mirasçılık belgelerinde talepte bulunan yasal mirasçı ve payı ile diğer yasal mirasçı ve paylarının da yazılması gerektiğinden<sup>58</sup> hâkim yasal miras paylarını da belirlemelidir. Yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgeleri düzenlenirken hâkim söz konusu hususları MÖHUK uyarınca tayin edilecek yetkili hukuka göre belirleyecektir.

#### **A. Mirasın Açılması Sebepleri Bakımından Uygulanacak Hukukun Tayini**

Türk hukukunda mirasın açılabilmesi için gereken şartlar Medeni Kanunda düzenlenmiştir. Kanuna göre ölüm (m. 575) ya da ölüm karinesinin (m. 31) gerçekleşmesi ya da gaiplik hallerinden (m. 584) birinin varlığı mirasın açılmasını sağlayacaktır. Türk hukukunda yabancılık unsuru içeren mirasa uygulanacak hukuk MÖHUK m. 20'de düzenlenmiştir. MÖHUK m. 20/1, mirasa uygulanacak hukuka dair genel bağlama kuralını belirtmektedir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasıyla “mirasın açılma sebepleri” terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbi kılınarak ilk fıkrada yer alan genel bağlama kuralının uygulama alanı dışına çıkmıştır. Bu sebeple yabancılık unsuru içeren mirasın açılması söz konusu olduğunda; mirasın açılma sebeplerini, bir başka ifadeyle mirasın açılmasını sağlayacak durumları belirleyecek olan terekenin bulunduğu devlet hukuku olacaktır. Dolayısıyla mirasbırakanın terekesine

---

<sup>57</sup> Doktrinde, TMK uyarınca mirasçıların tereke üzerindeki idare ve tasarruf yetkisinin ortadan kalktığı durumlarda (terekenin resmen yönetilmesi, terekenin resmen tasfiye edilmesi gibi) mirasçılara mirasçılık belgesi verilmemesi yönünde olduğu gibi bu durumlarda mirasçıların tereke üzerindeki idare ve tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamalar belirtilerek mirasçılık belgesi verilmesi yönünde görüşler bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: COŞAR, s. 37.

<sup>58</sup> İYİLİKLİ, s. 289.

dâhil malların birden fazla ülkede bulunması durumunda mirasın açılma sebepleri bakımından farklı hukukların uygulanması gerekecektir.

Mirasbırakanın Türkiye’de bulunan terekesi için mirasın açılma sebepleri MÖHUK m. 20/2 gereği TMK’ya göre belirlenecektir. Bu sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından ispat yükü ve deliller hususunda yetkili hukuk ise ileride anlatılacağı üzere milletlerarası usul hukuku kuralları dikkate alınarak belirlenecektir.

TMK uyarınca miras ilk olarak ölüm sebebiyle açılır (m. 575). Kanun uyarınca ölüm dışında mirasın açılma sebebi olarak kabul edilen ölüm karinesi ve gaiplik halinin gerçekleşip gerçekleşmediği, yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgesi taleplerinde *ön mesele* sorununun ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu durumda ön meselenin çözümünde hangi hukukun uygulanacağını tespiti bakımından kanunlar ihtilâfi hukukunda benimsenen temel iki yöntem olan; ön meselenin hakim kanunlar ihtilâfi sistemine göre çözümü(*lex fori yöntemi*) ya da ön meselenin esas meselede yetkili olan hukukun kanunlar ihtilâfi sistemine göre çözümü(*lex fori yöntemi*) tercih edilebilir<sup>59</sup>. Bu noktada yabancı mirasbırakan hakkında yine yabancı mahkemeler tarafından verilmiş bir gaiplik ya da ölmüş sayılma kararı varsa bu kararın Türkiye’de MÖHUK hükümleri uyarınca tanınması sonucunda Türkiye’de bulunan mirası ile ilgili açılma sebebi gerçekleşmiş olacak ve bahsedilen yöntemlerin uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Mahkeme kararı yoksa ölüm karinesi ve gaiplik halinin gerçekleşip gerçekleşmediği ön mesele olarak ele alınacak ve çözüme kavuşturulacaktır. Ön meselenin çözümünde *lex fori* yönteminin benimsenmesi durumunda MÖHUK uyarınca, mirasbırakanla ilgili olarak ölmüş sayılma (ölüm karinesi) ya da gaiplik halinin gerçekleşip gerçekleşmediği, hakkında gaiplik ya da ölmüş sayılma kararı verilecek olan kişinin atıfla beraber millî hukukuna göre; millî hukukuna göre hakkında ölmüş sayılma ya da gaiplik kararı verilemeyen kişinin mallarının Türkiye’de bulunması ya da eş ya da mirasçılardan birinin Türk vatandaşı olması halinde Türk hukukuna

---

<sup>59</sup> Milletlerarası özel hukukta ön mesele ve çözüm yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: NOMER, s. 138-145; ÇELİKEL / ERDEM, s. 130-137; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, 94-103; DOĞAN, Milletlerarası, s. 218-222.

<sup>59</sup> TANRIBİLİR, Feriha: Kanunî Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilâfi, Ankara 2000, s. 133.

göre çözüme kavuşturulacaktır (m. 11). Yetkili hukuk belirlenirken MÖHUK m. 3 gereği dava anı esas alınacaktır.

## **B. Mirasçılık Belgesi Düzenlenmesi İçin Başvuruda Bulunan Kişilerin Mirasçılık Sıfatının ve Yasal Mirasçıların Miras Paylarının Tespiti Bakımından Uygulanacak Hukukun Tayini**

Miras hukukunun başlıca fonksiyonu, mirasbırakanın terekesinin mirasçılara intikalini sağlamak olduğundan, kimlerin mirasçı olacağı hususu miras statüsü ile yakından ilgilidir<sup>60</sup>. Bu sebeple, yasal ve atanmış mirasçıların ve yasal miras paylarının tespiti, mirasçılık sıfatını sona erdiren haller ve mirasçılık ehliyeti, ölüme bağlı tasarrufların maddî geçerliliği ve hükümleri, miras statüsünün öngördüğü hukukun uygulama alanına girmelidir<sup>61</sup>. Yabancılık unsuru içeren miras söz konusu olduğunda, kimlere mirasçılık belgesi verileceği ve yasal mirasçıların miras payları MÖHUK m. 20/1 uyarınca tespit edilecektir. Atanmış mirasçılar söz konusu olduğunda konusu mirasçı ya da mirasçıların atanması olan bir ölüme bağlı tasarruf yapıp yapılamayacağı, atanmış mirasçıların hak ve yükümlülükleri de miras statüsü dolayısıyla, MÖHUK m. 20/1'in kapsamına girmelidir<sup>62</sup>. Türk hukukunda mirasa uygulanacak hukuk (miras statüsü) objektif yöntemle tespit edilmiş ve miras hukuku alanında irade serbestisi ilkesi yani mirasbırakanın, mirasına uygulanacak hukuku (miras statüsünü) kendisinin seçebilmesi (*professio juris*) imkânı kabul edilmemiştir<sup>63</sup>. MÖHUK, ölenin Türkiye dışında bulunan taşınır ve taşınmaz terekesi ile Türkiye'de bulunan taşınır terekesini ölenin millî hukukuna tâbi tutmuştur. Ancak Türkiye'de taşınmaz terekesi bulunmakta ise 20/1'deki istisna kuralı nedeniyle terekenin bu kısmı Türk hukukuna tâbi olacaktır. Buna göre, mirasçılar

<sup>60</sup> TANRIBİLİR, Kanunî Mirasçılık, s. 133.

<sup>61</sup> TANRIBİLİR, Kanunî Mirasçılık, s. 131-148; NOMER, s. 295-296; ÇELİKEL / ERDEM, s. 338; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 227-228; DOĞAN, Milletlerarası, s. 369; TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2016, s. 234-238.

<sup>62</sup> BARAN ÇELİK, Ölüme Bağlı Tasarruf, s. 160. Aynı yönde bkz.: ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 227; ÇELİKEL / ERDEM, s. 338.

<sup>63</sup> Miras hukuku alanında irade serbestisi ilkesinin değerlendirilmesi ve bu ilkenin uygulanması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: BARAN ÇELİK, Ölüme Bağlı Tasarruf, 42-64.

ve miras payları mirasbırakanın milli hukukuna göre tespit edilecek; ancak mirasbırakanın Türkiye’de taşınmaz malı bulunması halinde sadece bu malla ilgili olarak mirasçılar ve miras payları Türk hukukuna göre belirlenecektir. Türkiye’de bulunan taşınmaz nitelikteki terekeyi Türk hukukuna tâbi kılan, bu tek taraflı bağlama kuralı ile birlik sisteminden uzaklaşmıştır ve MÖHUK m. 20, bu düzenleme şekliyle, birlik ve ayırım sistemleri arasında yer alan karma sistemin uygulanmasına örnek teşkil etmektedir<sup>64</sup>.

Mirasbırakanın vatansız ya da mülteci<sup>65</sup> olması durumunda, MÖHUK m. 4/1-a gereği bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan

<sup>64</sup> BARAN ÇELİK, Ölümüne Bağlı Tasarruf, s. 40. Aynı yönde EKŞİ, Miras, s. 33, ALTIPARMAK, Ayşe Kübra: İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 20.

<sup>65</sup> 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi Türkiye tarafından 24.08.1951’de imzalamış; 29.08.1961 tarihinde onaylamıştır (Sözleşmenin onaylanmasına dair 359 sayılı onay Kanununun kabul tarihi: RG T. 05.10.1961, S. 10898). Sözleşmenin 22. maddesi zaten uygulanacak hukuk bakımından düzenleme yapmıştır. Mülga MÖHUK’ta da yer alan 4. maddenin gerekçesinde (bkz.: <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>) amacın vatandaşlıkları olsa bile o ülkenin diplomatik himayesinden çeşitli nedenlerle yararlanamayan mültecilere Türkiye’de kaldıkları süre içinde yapacakları veya muhatap oldukları işlemlerde, millî hukuk yerine uygulanacak hukukun ne olduğunu göstermek olduğu; bununla birlikte mültecilerin durumu zaten Cenevre Sözleşmesinde düzenlendiği için(m. 22);amacın Sözleşmeye katılmamış olan ülkelerden gelen mültecilerin durumunun da düzenlenmesi olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu amaç ve uygulama açısından da kolaylık sağlama adına kanaatimizce hükmün 5718 sayılı MÖHUK’tan sonra yürürlüğe giren Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda kabul edilen mülteciler dışında uluslararası korumadan yararlanan diğer yabancılar (şartlı mülteci statüsü sahipleri, ikincil koruma statüsü sahipleri, geçici korumadan yararlananlar) bakımından da uygulanması yerinde olur. Aynı yönde bkz.: ÇELİKEL / ERDEM, s. 69; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 32, dp.60. Hükmün geçici korumadan yararlananları kapsamaması gerektiği yönünde bkz.: ALTIPARMAK, s. 110-113. MÖHUK m. 4 hükmünde değişiklik yapılarak uluslararası koruma başvurusu yapan ya da uluslararası korumadan yararlananlar ifadesinin madde metnine eklenmesi gerektiği ancak mevcut durumda mevcut

hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, yine Kanunda aksi öngörülmedikçe vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku milli hukuk yerine uygulanacaktır.

MÖHUK m. 4/1-b gereği mirasbırakanın birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olması durumunda bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku uygulanacaktır. Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında ise milli hukuk olarak daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukuku uygulanacaktır( m. 4/1-c)<sup>66</sup>.

Mirasçılık belgesi düzenlenmesi taleplerinde esas mesele olan mirasçıların belirlenmesi aşamasında da kanunlar ihtilâfı bakımından *ön sorun* teşkil eden bazı uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması gerekebilir. Bu bağlamda örneğin sağ kalan eşin mirasçılığı<sup>67</sup> bakımından evliliğin<sup>68</sup> ya da boşanmanın geçerliliği, çocukların mirasçılığı açısından

---

hükümün sadece mülteciler bakımından uygulanacağı yönünde bkz. EKŞİ, Miras, s. 37-38.

<sup>66</sup> Hükümün amacının uygulanacak hukukun tayininde olumlu vatandaşlık ihtilâflarını çözmek olması sebebiyle, hükümde kastedilenin kişinin halihazırda vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devletlerin dikkate alınarak sonuca ulaşılması gerektiği yönünde bkz.: BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4 (1) (b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S. 1, s. 131.

<sup>67</sup> Sağ kalan eşin mirasçılığı söz konusu olduğunda, konuyu miras statüsüne bağlı kabul eden hukuk sistemleri ile eşler arasındaki mal rejimi statüsüne bağlı kılan hukuk sistemlerinin varlığı vasıflandırma ihtilâfı ortaya çıkarabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ULUOCAK, s. 132-133; TANRIBİLİR, Kanuni Mirasçılık, s. 48-50.

<sup>68</sup> Türk hukukunda düzenlenmeyen tescil edilmiş hayat ortaklığı ya da eşcinsel evliliklerde sağ kalan partnerin/eşin mirasçılığı bakımından da bu tür birlikeliklerin ya da evliliklerin geçerliliği miras ile ilgili uyuşmazlıklarda ‘ön mesele’ oluşturabilir. Ön mesele ise hâkim tarafından tercih edilen çözüm yöntemine göre ya hâkimin hukukunda yer alan kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği hukuk (*lex fori* yöntemi); ya da asıl meseleye -mirasa-uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının göstermiş olduğu hukuka (*lex causae* yöntemi) göre çözüme kavuşturulacaktır. MÖHUK konuya ilişkin bağlama kuralı içermediğinden

soybağının geçerliliği ya da mirasçılar arasında evlatlık varsa evlat edinme ilişkisinin geçerliliği gibi ortaya çıkabilecek meselelerin çözümünde hangi hukukun yetkili olduğunun tespiti gerekecektir. Ön meselenin çözümünde yukarıda da anlatıldığı üzere benimsenen temel iki yöntemden biri (*lex fori yöntemi, lex causea yöntemi*) tercih edilebilir. *Lex fori* yönteminin tercih edilmesi durumunda, örneğin sağ kalan eşin mirasçılığında evliliğin evlenme engeli sebebiyle geçerliliği ön mesele ise evliliğin maddi geçerliliği, atıfla beraber MÖHUK m. 13/1 uyarınca yetkili kılınan hukuka göre belirlenecektir. *Lex causae* yöntemi tercih edildiğinde ise bu evliliğin geçerliliği, esas mesele olan sağ kalan eşin mirasçılığı bakımından MÖHUK m. 20/1 uyarınca yetkili tespit edilen hukukun kanunlar ihtilâfi sistemine göre belirlenecektir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki mirasçılık belgelerinin düzenlenmesi bakımından görevli mahkeme olan sulh hukuk mahkemesinin ya da mirasçılık belgesinin iptali ile yeni mirasçılık belgesi verilmesi talepleri bakımından yetkili olan asliye hukuk mahkemesinin ön mesele oluşturan uyuşmazlıkla ilgili görevli olmaması (örn. evliliğin geçerliliği meselesinde aile mahkemeleri görevlidir<sup>69</sup>) durumunda mahkeme ön mesele ile ilgili karar veremeyecek ve bu durumda *lex causae* yönteminin esas alınma imkânı bulunmayacaktır<sup>70</sup>. Daha önce de açıklandığı üzere yabancılık unsuru içeren davalarda mahkemelerin görevi hâkimin hukukuna göre belirlenir. Bu sebeple ön mesele bakımından görevli olmayan sulh hukuk mahkemesi ön mesele ile ilgili karar veremeyecek; ön sorunu bekletici mesele yapacak (HMK m. 165)<sup>71</sup> ve ön mesele

---

bu tür birlikteliklerin geçerliliğini tayin edecek yetkili hukukun nasıl tespit edileceği konusunda boşluk bulunmaktadır. Türkiye’de eşcinsel birlikteliklere uygulanacak hukukun tayini bakımından ortaya çıkabilecek sorunlar ve öneriler için bkz.: SİRMEN, Kâzım Sedat: Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenlenişi, AÜHFD, C.58 S. 4 (2009), s. 855-875; YASAN, Candan: Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evliliği ve Evlilik Dışı Birliktelikleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 2011/I, s. 762-763.

<sup>69</sup> 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun (RG T. 18.01.2003, S. 24997) uyarınca aile hukukundan doğan dava ve işler aile mahkemelerinin görevleri arasında sayılmıştır (m. 4/1).

<sup>70</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 99.

<sup>71</sup> HMK’nın ilgili hükmü uyarınca, bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki

oluşturan uyuşmazlık ayrı bir mahkemede çözülecektir<sup>72</sup>. Ön mesele oluşturulan uyuşmazlık ile ilgili yabancı bir mahkeme kararının bulunması durumunda asıl meselenin dava konusu yapıldığı mahkemeden söz konusu kararın kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi için MÖHUKm. 58 uyarınca tanınması istenebileceği gibi ayrı bir tanıma başvurusu da yapılabilir. Ancak bu durumda da asıl meselenin dava konusu yapıldığı mahkemenin ön mesele oluşturulan uyuşmazlıkla ilgili tanıma başvurusu bakımından MÖHUK m. 51 uyarınca görevli mahkeme olmaması sorunu ortaya çıkabileceğinden<sup>73</sup> ayrı bir tanıma talebi yapılması gerekecektir. Nitekim çekişmesiz yolla mirasçılık belgesi düzenlenmesi bakımından sulh hukuk mahkemesi görevliyen tanıma başvuruları bakımından asliye mahkemeleri (m. 51) görevlidir<sup>74</sup>.

Yasal mirasçılar arasında yabancı Devletin bulunması durumunda mirasçılık belgesi düzenlenmesi hususu MÖHUK m. 20/3'den hareketle incelenmelidir. İlgili hüküm gereği, mirasbırakanın mirasçısı yoksa, Türkiye'de bulunan mirasçısız terekesi Devlete kalacaktır. Bu hükümden hareketle mirasbırakanın mirasçısı yoksa son mirasçı sıfatıyla Hazine de mirasçılık belgesi verilmesini talep edebilir. Bununla beraber doktrinde hükmün niteliği ve etkisi bakımından farklı görüşler yer almaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre, hüküm maddi hukuka ait sınırlı etkiye sahip tek

---

ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir. (2) Bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın veya idari makamın çözümüne bağlı ise mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurması için uygun bir süre verir. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir.

<sup>72</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 99-100.

<sup>73</sup> Esas davanın görüldüğü mahkemeden tanıma talep edilmesi halinde mevzuattan kaynaklanan göreve ilişkin sorunlarla ilgili değerlendirme için bkz.: SARGIN, Fügen / ERTEN, Rifat: MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukukî Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Y. 2014, S. 2, s. 95-96.

<sup>74</sup> Aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi davalar bakımından, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun hükmü uyarınca aile mahkemeleri görevlidir (m. 4/2).

tarafı bir kanunlar ihtilâfı kuralı olup Türkiye’de bulunan mirasçısız terekenin, ister miras statüsüne göre yasal mirasçı sıfatı olsun, isterse mirasbırakanın ölümüne bağı bir tasarrufuyla mirasçı olarak atansın, yabancı bir devlete “mirasçı sıfatıyla” intikalini önlemek amacıyla kabul edilmiştir<sup>75</sup>. Hükmün, niteliğı ve amacından hareketle, vatandaş-yabancı ayrımı yapılmadan uygulanmaya yönelik olduğı ve dolayısıyla da doğrudan uygulanan bir kural niteliğini taşıdığını kabul eden görüş<sup>76</sup> dışında hükmün uygulanma şartı terekenin mirasçısız olması<sup>77</sup> olduğundan yabancı bir Devletin, mirasbırakanın milli hukukuna göre vatandaşı olduğı devletin yasal mirasçı sıfatına sahip olması; mirasbırakanın yasal mirasçıları bulunduğı halde terekesinin bir bölümü için yabancı devleti mirasçı olarak atandığı ya da söz konusu Devlet lehine belirli mal bırakıldığı ya da yasal mirasçıların bulunmadığı; ancak, sadece yabancı Devletin ölümüne bağı tasarruf yoluyla mirasçı ya da vasiyet alacaklısı olarak atandığı durumlarda, artık mirasçısız bir terekeden bahsedilemeyeceğı<sup>78</sup> için m. 20/3’ün terekenin yabancı devlete intikalini önleyemeyeceğı de haklı olarak ileri sürülmektedir<sup>79</sup>.

MÖHUK m. 20/1 uyarınca tespit edilen miras statüsü, mirasçılık ehliyetini yani mirasa ehil olma şartlarını da belirleyecektir. Bu bağlamda ceninin mirasçılığı hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Ceninin mirasçı olabilmesinin mümkün olup olmadığı ya da hangi

<sup>75</sup> NOMER, s. 296-297; TEKİNALP / UYANIK, s. 241-242.

<sup>76</sup> ÇELİKEL / ERDEM, s. 341.

<sup>77</sup> 17.08.2015 tarihinde yürürlüğe giren 650/2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğü (OJ 27.07.2012 L.201, s. 107-134) de konuyla ilgili düzenleme içermektedir. Tüzüğe göre, üye devletlerin kendi topraklarında bulunan ve mirasa uygulanacak hukuka göre (atanmış ya da yasal) mirasçısı bulunmayan terekeye kendi hukuklarına göre el koyması yine Tüzüğe göre mirasa uygulanacak hukuk tarafından engellenebilecektir (m. 33). Tüzük uyarınca mirasa uygulanacak hukukun tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: AYGÜN, Mesut/ALTIPARMAK, Ayşe Kübra: 650/2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğü’nde Mirasa Uygulanacak Hukukun Tespiti, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 143, Temmuz 2016, s. 29-52.

<sup>78</sup> ULUOCAK, Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1987, s. 140-141.

<sup>79</sup> ULUOCAK, s. 141; TANRIBİLİR, Kanunî Mirasçılık, s. 188; BARAN ÇELİK, Ölümüne Bağı Tasarruf, s. 137; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 236, dp. 308.



şartlarla mirasçı olabileceği m. 20/1 uyarınca miras statüsü uyarınca belirlenecektir<sup>80</sup>. Mirasçılar arasında gaip varsa gaip olan kişinin mirasçı olup olamayacağı da aynı maddenin uygulama alanına girecektir<sup>81</sup>. Mirasçılığa ehil olabilmek bakımından önemli bir husus da birlikte ölenlerin mirasçılığı konusu olup konuyla ilgili birlikte ölüm karinesinin, ölenlerin her birinin millî hukukuna göre belirlenmesi gerektiği görüşü<sup>82</sup> yanı sıra miras statüsünün yetkili olması gerektiği yönünde de görüş bulunmaktadır<sup>83</sup>. Ancak, konuyla ilgili miras statüsünün yetkili olması gerektiği yönündeki görüşe katılmakla beraber Türk hukukunda olduğu gibi mirasa uygulanacak hukukun, Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke hariç<sup>84</sup>, mirasbırakana bağlı olarak tayin edildiği durumlarda birlikte ölüm halinde kimin daha önce öldüğü dolayısıyla kimin “mirasbırakan” olduğu belirlenememiş olacağından, bu hususta miras statüsünü yetkili kılmakla herhangi bir sonuca varılamayacaktır<sup>85</sup>. Kanımızca, konuyla ilgili olarak MÖHUK’a da, ‘Mirasa Uygulanacak Hukuka Dair 1989 tarihli *La Haye* Sözleşmesi’nde<sup>86</sup> ya da ‘Avrupa Birliği Miras

---

<sup>80</sup> ÇELİKEL / ERDEM, s. 338; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 227.

<sup>81</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 227. Bununla birlikte kişinin gaip olup olmadığı hususunda mahkeme kararı yoksa ön mesele olarak kabul edilip çözüme kavuşturulacaktır. Bkz.: yukarıda s. 456.

<sup>82</sup> BERKİ, Osman Fazıl: Devletler Hususi Hukuku, C. 2, B. 4, Ankara 1961, s. 50.

<sup>83</sup> EKŞİ, Miras, s. 39

<sup>84</sup> Bu durumda TMK hükümleri uygulanacaktır. TMK uyarınca birden fazla kişiden hangisinin önce veya sonra öldüğü ispat edilemezse, hepsi aynı anda ölmüş sayılır (m. 29/2) Mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır (m. 580/1).

<sup>85</sup> BARAN ÇELİK, Ölüme Bağlı Tasarruf, s. 123.

<sup>86</sup> Sözleşme 2019 tarihi itibarıyla, Hollanda, İsviçre, Lüksemburg ve Arjantin tarafından imzalanmış ancak sadece Hollanda tarafından onaylanmıştır. Hollanda 1996 tarihinde yaptığı onayı ise 2015 itibarıyla feshetmiştir. Bkz.: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=62> (01.11.2019). Sözleşmeye göre aynı olayda hayatını kaybedenlerin aynı anda öldüklerini ve birbirlerinin mirasçısı olamayacaklarını öngörmektedir (m. 13). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz TANRIBİLİR, Feriha Bilge: Mirasa Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2001, Sayı 2, Yıl 14, s. 505-517.

Tüzüğü’nde<sup>87</sup> olduğu gibi birlikte ölüm halinde mirasçılığı düzenleyen bir maddi milletlerarası özel hukuk kuralı getirilebilir.

Tüzel kişilerin ya da tüzel kişiliğe sahip olmayan mal ya da kişi topluluklarının ya da hak ehliyetine sahip olmayan canlıların (hayvanların) mirasçı olup olamayacağı da mirasçılık ehliyeti ile ilgili olduğu için yukarıda da belirtildiği üzere MÖHUK m. 20/1’e göre belirlenecektir. Aynı şekilde mirasçılık ehliyetini kısıtlayan ya da ortadan kaldıran hususlar da miras statüsü bakımından belirlenecek; ancak yabancı hukukun örneğin mirasçılık hakkını tamamen bertaraf eden ya da ırk, cinsiyet, siyasi veya dinî nedenlere dayanarak mirasçılık ehliyetini ortadan kaldıran hükümleri, MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabilecektir<sup>88</sup>. Bu bağlamda, Türk hukukunda tanınmayan tescil edilmiş hayat ortaklığı ya da eşcinsel evliliklerde sağ kalan partnerin/eşin mirasçılık hakkı da miras statüsü uyarınca tayin edileceğinden bizim de katıldığımız görüş uyarınca söz konusu hukukun bu kişilerin mirasçılık sıfatını kabul etmeleri halinde mirasçılık hakları kamu düzeni müdahalesiyle bertaraf edilmemelidir<sup>89</sup>. Bununla birlikte bu kişilerin mirasçılık belgesi talebiyle Türkiye’de mahkemeye başvurmaları durumunda Türkiye’de taşınmaz mallarının bulunması durumunda bu mallar açısından mirasa Türk hukuku uygulanacağından bu mallar bakımından mirasçı olmalarının mümkün olmayacağı da ifade edilmiştir<sup>90</sup>. Ancak Türk hukukunda tescil edilmiş hayat ortaklıklarına dair bir düzenlemenin olmamasının kamu düzenine aykırılık olarak değil, sistem farkı olarak değerlendirilmesinin ve örneksme metodu ile

---

<sup>87</sup> Avrupa Birliği Miras Tüzüğü de konuyu özel bir hükümle düzenlemiştir. Buna göre mirasları farklı hukuka tabi iki ya da daha fazla kişinin ölümünün hangi sırada gerçekleştiğinin belirlenmediği durumlarda; mirasa uygulanacak bu hukukların söz konusu durum için farklı düzenlemeler içermesi veya düzenleme içermemesi durumunda ölen kişilerin hiçbiri diğerinin mirasına hak kazanamayacaktır (m. 32).

<sup>88</sup> Aynı yönde bkz.: ULUOCAK, s. 153; TANRIBİLİR, Kanuni Mirasçılık, s. 178-179; DOĞAN, Milletlerarası, s. 379.

<sup>89</sup> EKŞİ, Miras, s. 67 ve 259; İRGE ERDOĞAN, Burcu: 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, 2018, s. 411-413.

<sup>90</sup> EKŞİ, Miras, s. 67.

söz konusu kişilerin eş statüsünde mirasçı sayılmasının adaleti sağlayacağı da ileri sürülmektedir<sup>91</sup>.

Türkiye ile bazı devletler arasında yapılan konsolosluk anlaşmalarında mirasa ilişkin kurallara da yer verilmiştir. Bu kurallar çoğunlukla ölüm olayının bildirilmesi, terekenin muhafazası, mühürlenmesi, terekeye dair koruma önlemleri alınmasına ilişkindir<sup>92</sup>. Bununla birlikte, daha ziyade eski tarihli bazı konsolosluk sözleşmelerinde<sup>93</sup> mirasa uygulanacak hukuk ve yetkiye dair hükümler de yer almaktadır. Bu Sözleşmelere<sup>94</sup> örnek olarak Türkiye ile Almanya<sup>95</sup>,

---

<sup>91</sup> PÜRSELİM DOĞAN, Hatice Selin: Almanya’da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya’da Bulunan Terekenin Paylaşılması, MHB, C.31, S. 1, 2011, s. 259.

<sup>92</sup> Türkiye ile Belçika arasındaki 1975 tarihli Konsolosluk Sözleşmesi uyarınca, konsolosluk memuru yetkili mercii ile birlikte terekeye mühür koymak, kaldırmak ve envanter yapma hakkına sahip olup, gecikme terekeyi tehlikeye sokacaksa bu işlemleri tek başına da yapabilir (m. 43/2). Konsolosluk memuru, tereke ile ilgili gerekli koruma tedbirlerini alabilir ya da alırtabilir (m. 43/3). Türkiye ile Türkmenistan arasındaki Konsolosluk Sözleşmesi (RG 12.11.1997/23168) uyarınca da konsolosluk memuru mirasın muhafazasını, mühürlenmesini ve mühürün kaldırılmasını, miras yöneticisinin atanması da dahil olmak üzere mirasın korunması için tedbirlerin alınmasını ve bu işlemlere katılmasını i istemek hakkını haizdir (m. 46/3).

<sup>93</sup> Lozan Anlaşmasına bağlı olarak akdedilen ve yedi yıl yürürlükte kalan İkamet ve Adli Salahiyet Sözleşmesinin taraf devlet vatandaşlarının ahkamı şahsiye ve menkul mirasa ilişkin davalarını ancak kendi devlet mahkemelerinde açabileceğine dair 16. maddesi dikkate alındığı için 1922-1931 yılları arasında yapılan sözleşmelerinde mirasa uygulanacak hukuk ve yetkiye dair hükümlere yer verildiği yönünde bkz.: TANRİBİLİR, Kanuni Mirasçılık, s. 190.

<sup>94</sup> 1963 tarihli Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi (RG T. 27.09.1975, S. 15369) kabul eden Devlet’in kanun ve düzenlemeleri uyarınca, gönderen Devlet’in uyuğu bulunan gerçek ve tüzel kişilerin bu Devlet’te mirasla ilgili çıkarlarını korumayı Konsolosluk görevleri arasında saymıştır (m. 5/g). Bu maddenin İkili Konsolosluk Sözleşmeleri dikkate alınarak uygulanması yönünde bkz.: TANRİBİLİR, Kanuni Mirasçılık, s. 194.

<sup>95</sup> RG T. 08.06.1930, S. 1514. Sözleşmede, miras hakkının taşınır tereke bakımından ölenin ölüm anındaki milli hukukuna; taşınmaz tereke

İtalya<sup>96</sup> ve Macaristan<sup>97</sup> arasında yapılan konsolosluk sözleşmeleri sayılabilir. Sözleşmelerin uygulama alanına giren mirasa ilişkin uyumsuzluklarda Sözleşmelerde yetkili tayin edilen hukukun hükümleri uygulanacaktır<sup>98</sup>.

MÖHUK m. 20/1 uyarınca tespit edilen miras statüsü Türk hukuku ise, kimlerin mirasçılık belgesi talep edebileceği 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundan<sup>99</sup> hareketle tespit edilecektir. Aynı şekilde miras statüsü Türk hukuku olmadığında bile mirasbırakanın Türkiye’de taşınmazlarının bulunması durumunda 20/1’deki istisna kuralı nedeniyle terekenin bu kısmı da Türk hukukuna tâbi olacağından terekenin bu kısmı bakımından kimlerin mirasçılık belgesi talep edebileceği de TMK

---

bakımından ise taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi tutulmuştur (Konsolosluk Mukavelenamesinin 20. maddesinin ‘Merbut Terekeye Ait Ahkâm’ başlıklı Eki, m. 14). Mirasçılık iddiasına, mirasa istihkak davasına, mirasçı nasbına ve vasiyete ve mahfuz hisse iddiasına dair davalar taşınır terekeye ilişkinse ölenin vatandaşı olduğu Devlet mahkemeleri; taşınmaz terekeye ilişkin olduğu halde bu terekenin bulunduğu Devlet mahkemeleri yetkili olacak ve bu mahkemelerin kararları diğer Devlet tarafından tanınacaktır (m. 15).

<sup>96</sup> RG T. 07.04.1931, S. 1768. Sözleşmeye göre miras hakkı ve taşınır terekenin taksimi ölenin millî hukukuna tâbi tutulmuş ve taşınır tereke bakımından ölenin vatandaşı olduğu Devlet mahkemeleri yetkili kabul edilmiştir (Fasıl 2; m. 21/XI).

<sup>97</sup> RG T. 27.12.1939, S. 4395. Sözleşmede, miras hakkının taşınır tereke bakımından ölenin milli hukukuna tabi kılınmış ve bu hususta ölenin vatandaşı olduğu Devlet mahkemeleri yetkili kılınmıştır (m. 18/3-1). Taşınmaz terekeye ilişkin ise terekenin bulunduğu Devlet hukuku ve mahkemeleri yetkili olacaktır (m. 18/3-3).

<sup>98</sup> Türkiye, ‘1973 tarihli Terekenin Uluslararası İdaresine Dair *La Haye* Sözleşmesi’ni imzalamışsa da onaylamamıştır. 01.07.1999 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmede genel olarak, terekenin nerede bulunduğu ve niteliği dikkate alınmaksızın, mirasbırakanın millî hukukuna ya da mutad mesken hukukuna göre idaresi kabul edilmiştir (m. 3). Sözleşme mirasbırakanın millî hukuku ile ikametgâhı hukuku arasında çıkabilecek ihtilâfları çözmek üzere mirasbırakana bu iki hukuktan birisini seçme yetkisi tanımıştır (m. 4). Burada mirasbırakana tanınan hukuk seçimi yetkisi (*professio juris*) tereke idaresi hususunda yetkili hukuku göstermek şeklinde olacak ve ancak kendi millî hukukunu seçtiği zaman sonuç doğuracaktır. BARAN ÇELİK, Ölümüne Bağlı Tasarruf, s. 56-57.

<sup>99</sup> RG T. 08.12.2001, S. 24607.

uyarınca belirlenecektir. TMK uyarınca mirasçılık sıfatı ya kanundan ya da miras bırakanın iradesinden doğduğu için mirasçılık belgesi de yasal ve atanmış mirasçılar ile vasiyet alacaklıları tarafından talep edilebilir(m. 598). Türk hukukunda mirasçı ataması ölüme bağlı tasarrufla yapılır<sup>100</sup>. Vasiyet alacaklısı ise mirasbırakanın mirasçı statüsüne sokmaksızın ölümünden sonra terekesinden karşılıksız kazandırma yapmak istediği kişi ya da kişilerdir<sup>101</sup>. Mirasçılık belgesi düzenlenebilmesi için talepte bulunanların sadece mirasçı veya vasiyet alacaklısı olması yeterli değildir. Mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak, mirasa ehil olmak ve mirastan yoksun bulunmama şartlarının da gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>102</sup>. Mirastan yoksunluk, genel olarak mirasçı olabilme ehliyetine sahip olan bir kimsenin, kanunda belirtilen sebeplerden biri gerçekleştiği takdirde belirli bir mirasbırakan yönünden miras hukukuna ilişkin bir talep ileri sürememesidir<sup>103</sup>. Yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgeleri düzenlenirken mirastan yoksunluk dışında mirasçılıktan çıkarma, mirasın reddi veya mirastan feragatin sebep ve sonuçları da MÖHUK m. 20/1 uyarınca mirasa uygulanacak hukuka göre tespit edilmelidir<sup>104</sup>. Türk hukuku bakımından TMK’da mirasçılık sıfatını yitirenlerin mirasçılık belgesi talebi ile ilgili bir düzenleme olmasa da doktrinde bazı yazarlarca ve yine Yargıtay kararlarında<sup>105</sup> mirasçılıktan

<sup>100</sup> Mirasçı atanması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: ANTALYA / SAĞLAM, s. 184-186.

<sup>101</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: ANTALYA / SAĞLAM, s. 190-191.

<sup>102</sup> COŞAR, s. 33.

<sup>103</sup> COŞAR, s. 36.

<sup>104</sup> Aynı yönde bkz.: TANRIBİLİR, Kanuni Mirasçılık, s. 152; ÇELİKEL / ERDEM, s. 338; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 227-228; DOĞAN, Milletlerarası, 369; TEKİNALP / UYANIK, s. 236; ALTIPARMAK, s. 126. Mirasın reddi bakımından terekenin bulunduğu yer hukukunun yetkili kabul edilmesi yönünde bkz: ULUOCAK, s. 121; NOMER, s. 294.

<sup>105</sup> Yargıtaya göre; mirastan çıkarma ve yoksunluk sebepleri, ya da mirasın reddi veya mirastan feragat sözleşmesi hâllerinin bulunması mirasçılık belgesi istemeye engel değildir. Çıkarma, yoksunluk, ret ve feragatin “hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğine” işaret edilmek suretiyle ve bu durumlar yok sayılarak tüm mirasçılar ve miras paylarını gösterir biçimde hüküm tesis edilmesi gerekmektedir (Yargıtay 2. HD; T. 05.02.2008, E. 2007/20848, K. 2008/965). Aynı yönde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi T. 22.04.2009, E. 2008/2766, K. 2009/7790. Yargıtay 2019 tarihi bir kararında ise mirasçılık belgelerinin,

çıkarma, mirastan yoksunluk, mirasın reddi veya mirastan feragat hallerinin mirasçılık belgesi istemeye engel olmayacağı; mirasçılık belgesinde bu kişilerin hukuki durumlarının gösterilmesi şartıyla mirasçılık belgesi düzenlenmesi taleplerinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>106</sup>.

Medeni Kanun, atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklılarına ölüme bağlı tasarrufa istinaden mirasçılık belgesi verilmesi talepleri söz konusu olduğunda mirasçılık belgesi düzenlenebilmesi için yasal mirasçılardan farklı olarak bu kişilerin taleplerine karşı bir itiraz prosedürü öngörmüştür<sup>107</sup>. Kanuna göre vasiyetname, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın tesliminden başlayarak bir ay içinde mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkimi tarafından açılır ve ilgililere okunur (m. 596/1) Mirasbırakanın sonradan ortaya çıkan vasiyetnameleri için de aynı işlemler yapılır (m. 596/3).Mirasçı atamaya veya vasiyete ilişkin ölüme bağlı tasarrufa<sup>108</sup>, mirasçılar veya başka vasiyet alacaklıları tarafından kendilerine bildirilmesinden başlayarak bir ay içinde itiraz edilmedikçe, lehine tasarrufta bulunulan kimseye, sulh mahkemesince

---

aksi ispat edilinceye kadar geçerli olan, adına düzenlenmiş bulunan kişi ve kişilerin mirasçılığı lehine bir karine oluşturduğu; bu belge, mirasbırakanla mirasçuları arasındaki irs (soy) ilişkisini göstermesi yanında, mirasın (terekenin) mirasçılara intikalini de sağlayıcı bir işleve sahip olduğu vurgulanmıştır. Tüm bu nedenlerle mirastan feragat eden (TMK m. 528) mirasçı veya mirasçılar varsa, düzenlenecek mirasçılık belgesinde, mirasçılık sıfatına sahip olan kişi veya kişiler ile miras paylarının gösterilmesi ve mirastan feragat durumuna işaret edilmekle yetinilmemesi, mirastan feragat nedeniyle, mirasçılık sıfatını kaybedenlerin ve bunların payının akıbetinin de (kime kalacağıının) gösterilmesi gerekir (Yargıtay 4. HD, T. 17.09.2019, E. 2016/10688, K. 2019/5333).

<sup>106</sup> Söz konusu görüşler ve genel olarak mirasçılığı engelleyen hâllerin varlığının mirasçılık belgesindeki görünümü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: İYİLİKLİ, s. 349-369.

<sup>107</sup> COŞAR, s. 40.

<sup>108</sup> Kanunun vasiyetnamenin açılması prosedürünü sadece vasiyetnameler bakımından düzenlediği ve bu sebeple açılma prosedürü uygulanmayan bir miras sözleşmesiyle mirasçı atananlar, mirasçılık belgesi bakımından, yasal mirasçılar gibi itiraz prosedürü uygulanmadan başvuruda bulunabilecekleri yönünde bkz.: KOCAĞA, s. 90. Miras sözleşmesi ile atananlara da itiraz prosedürü uygulanması gerektiği yönünde bkz.: COŞAR, s. 41

atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verilir (m. 598/2)<sup>109</sup>. Dolayısıyla söz konusu kişiler, vasiyetname açılıp<sup>110</sup> içeriği tebligat<sup>111</sup> veya ilan yoluyla ilgililere duyurulduktan (TMK m. 597) sonra mirastaki hakları bir aylık sürede itiraza uğramama şartıyla sulh hukuk mahkemesinden mirasçılık belgesi verilmesini isteyebilirler. Hâkim, itiraz yoksa, ölüme bağlı tasarrufta bir iptal sebebi bulunsa dahi bu durumu kendiliğinden dikkate alarak mirasçılık belgesi vermekten kaçınamaz<sup>112</sup>. Kanaatimizce, söz konusu prosedür vasıflandırılırken amacını dikkate almak gerekir. İtirazın amacı, mirasçılık belgesi verilmeden ve buna bağlı intikal işlemleri, özellikle tapu sicilinde bu belgeye bağlı tesciller yapılmadan önce, mirasla ilgili uyumsuzlukları çözülmesi olup bu davalar sonuçlanıncaya kadar tereke ile ilgili koruma önlemleri alınmasını sağlamaktır<sup>113</sup>. Bu sebeple düşüncemize göre, mirasın intikalini sağlamaya yönelik tedbir mahiyetinde olan itirazla ilgili hususlar hâkimin hukukuna dolayısıyla TMK hükümlerine tabidir. Bu sebeple, atanmış mirasçılar ve vasiyet alacaklılarının mirasçılık belgesi

<sup>109</sup> Vasiyet alacaklıları söz konusu olduğunda, tapuda tescil işlemlerini yerine getirilebilmesi için ‘tenfiz’ kararı aranmaktadır. Tapu Sicil Tüzüğü (RG T. 17.08.2013, S. 28738) uyarınca tapu sicil taleplerinin vasiyet alacaklısı tarafından yapılması halinde taşınmazın tanımlandığı ve tescil hükmünü de içerir tenfiz kararı veya hâkim tarafından tescil için yazılan yazı ile birlikte tenfiz kararı ve vasiyetnamenin onaylı bir örneği; vasiyet alacaklısı, yasal ve atanmış mirasçılar tarafından birlikte yapılırsa vasiyetnamenin açılıp okunduğuna dair karar ile birlikte vasiyetnamenin onaylı bir örneği aranacağını düzenlemiştir (m. 20/1-b).

<sup>110</sup> Medeni Kanuna göre mirasbırakanın ölümünden sonra ele geçen vasiyetnamesinin, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın hemen sulh hâkimine teslim edilmesi zorunludur(m. 595/1).Ayrıca Sulh hâkimi, teslim edilen vasiyetnameyi derhâl inceler, gerekli koruma önlemlerini alır; olanak varsa ilgilileri dinleyerek terekenin yasal mirasçılara geçici olarak teslimine veya resmen yönetilmesine karar verir (m. 595/3).

<sup>111</sup> Türkiye dışına yapılacak tebligat, milletlerarası anlaşmalar, Tebligat Kanunu (RG T. 19.02.1959, S. 10139) ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (RG T. 25.01.2012, S. 28184) hükümlerine göre yapılacaktır. Konuyla ilgili uygulama ve esaslara ilişkin Adalet Bakanlığı tarafından Tebliğ ve Genelgeler yayınlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 499-507.

<sup>112</sup> COŞAR, s. 59.

<sup>113</sup> COŞAR, s. 38.

alabilmeleri için, vasiyetnamenin yerine getirilebilmesi için TMK’da öngörülen 1 aylık sürenin geçmesi gerekecektir. Öngörülen bir aylık süre hak düşürücü olarak düzenlenen bir süre olmayıp, mirasçılık belgesi verilmesi için beklenmesi gereken bir süredir; zira bu süre geçtikten sonra da mirasçılık belgesi verilinceye kadar itiraz edilebilir<sup>114</sup>. Süresi içinde atanmış mirasçının ya da vasiyet alacaklısının hakkına itiraz eden kimse, bir yıl içinde iptal veya tenkis davası açmazsa ya da açar da bu davalar reddedilirse atanmış mirasçıya /vasiyet alacaklısına mirasçılık belgesi verilir<sup>115</sup>. Mirasçılık belgesi verilebilmesi için, itirazın çözümüne kadar beklemek gerekecek; itiraz da ya açılacak bir dava ile (iptal, miras sebebiyle istihkak davası, tenkis davası) ya da itirazın kabulü veya reddi kararı aleyhine başvuru sonucunda çözüme kavuşturulacaktır<sup>116</sup>. İtiraz sebepleri, vasiyetnamenin şekle aykırılığı, mirasbırakanın vasiyetname yapma ehliyetsizliği, yapılan kazandırmanın saklı pay kurallarını ihlâl ettiği sebepleri gibi miras hukukuna ilişkin olmalıdır<sup>117</sup>. İtiraz sebeplerinin değerlendirilmesinde ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralları devreye girecektir<sup>118</sup>. Yurtdışında düzenlenen vasiyetnamenin Türkiye’de mahkemeye verilip açılması<sup>119</sup> ve buna bağlı

<sup>114</sup> KOCAAĞA, s. 92.

<sup>115</sup> KOCAAĞA, s. 92.

<sup>116</sup> COŞAR, s. 43.

<sup>117</sup> BAYGIN, Cem: Vasiyetnamelerle İlgili İhtiyat Tedbirleri ve Özellikle Vasiyetnamenin Tenfizi Meselesi, AÜ Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S. 1, 1999, s. 250; COŞAR, s. 43.

<sup>118</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BARAN ÇELİK, Ölüme bağlı Tasarruflar, s. 113-213.

<sup>119</sup> Özellikle 1990’lı yıllara kadar mahkeme kararlarında vasiyetnameyi açan sulh hâkiminin talep halinde aynı zamanda vasiyetnamenin ‘tenfizi’ne yani vasiyetnamede yer alan maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların yerine getirilmesi için gerekli edimlerin ifasına da karar verebileceği ifade edilmiş ve Medeni Kanunda vasiyetnamenin ‘tenfizi’ bir hukuki müessese olarak düzenlenmemişse de uygulamada vasiyetnamenin yerine getirilebilmesi yerine aynı anlama gelmek üzere ‘vasiyetnamenin tenfizi’ terimi kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: BAYGIN, s. 252-253. Nitekim, Tapu Sicil Tüzüğü (RG T. 17.08.2013, S. 28738) de vasiyet alacaklıları söz konusu olduğunda, tapuda tescil işlemlerini yerine getirilebilmesi için ‘tenfiz’ kararı aranacağı yönünde düzenleme içermektedir. Bu bağlamda yabancı ülkelerde açılan vasiyetnamelerin tenfizi (yerine getirilmesi) için yabancı mahkeme kararlarının tenfizine dair hükümleri uygulayan kararlar ve eleştirisi için bkz.: SAKMAR, Ata: Yabancılık Unsuru Taşıyan



mirasçılık belgesi düzenlenmesi istendiğinde ise kanaatimizce yukarıda da anlatıldığı üzere Medeni Kanuna göre vasiyetname, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın açılıp içeriği ilgililere duyurulacağı; itiraz için 1 aylık süre tanınması ve itiraz yoksa mirasçılık belgesi verileceği bir başka ifadeyle vasiyetnamenin geçerliliği incelenmeyeceği için<sup>120</sup> bu noktada aynı hükümler yurtdışında düzenlenen vasiyetnameler için de uygulanabilecek<sup>121</sup>; itiraz halinde ise uyuşmazlık ölüme bağlı tasarrufların geçerliliğine ilişkin milletlerarası anlaşmalar<sup>122</sup> ve MÖHUK m. 20'de yer alan kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınarak, örneğin mirasbırakanın vasiyetname yapma ehliyetsizliğine dayanan itiraz söz konusu olduğunda m. 20/5 uyarınca çözüme kavuşturulacaktır. Vasiyetname yurtdışında açıldığında, yabancı mahkemeden sadece bu vasiyetnamenin açılmasına ve saklanmasına ilişkin bir karar alınmışsa ve mahkemeden bu karara dayanarak mirasçılık belgesi düzenlenmesi isteniyorsa vasiyetnamenin açılmasına ve saklanmasına ilişkin kararın tedbir niteliğinde bir işlem olup ilâm niteliği taşımadığı gerekçesiyle MÖHUK hükümleri uyarınca tanınamayacağı<sup>123</sup> ifade edilmiştir<sup>124</sup>. Vasiyetname yurtdışında açıldığında ve buna bağlı (çekişmeli ya da çekişmesiz yargı çerçevesinde) mirasçılık belgesi düzenlendiğinde ise söz konusu belgenin MÖHUK uyarınca tanımaya elverişli olup olmadığı inceleme konusu yapılacaktır.

---

Vasiyetnamelerin Tenfizi ve Yargıtay Uygulaması, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 739-745.

<sup>120</sup> Aynı yönde bkz.: SAKMAR, s. 734-735.

<sup>121</sup> Aynı yönde bkz.: ERTAŞ, Şeref: Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1998, DEÜHFD, C. III. S. 1-4, s. 383.

<sup>122</sup> Ölüme bağlı tasarruflarda şekil konusunda 1961 tarihli "Vasiyet Tasarruflarının Şekline Dair Kanun Uyuşmazlıkları Hakkındaki *La Haye Sözleşmesi* (RG T. 17.01.1983, S. 17931) Türkiye'nin çekince koyduğu haller hariç Sözleşme uygulanacaktır. Sözleşme ve uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: BARAN ÇELİK, Ölüme bağlı Tasarruflar, s. 144-154.

<sup>123</sup> Yargıtay 2. HD, T. 11.10.1990, E. 1990/3102, K. 1990/9263. Karar için bkz.: ÜSTÜNDAĞ/KARSLI, s. 349-350.

<sup>124</sup> Aksi yönde görüş için bkz.: EKŞİ, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 114-115.

## V. YABANCILARIN TÜRKİYE’DE TAŞINMAZ MAL EDİNMESİ BAKIMINDAN KABUL EDİLMİŞ OLAN KANUNİ ŞART VE SINIRLAMALARIN MİRASÇILIK BELGESİ DÜZENLENMESİNE ETKİSİ

Mirasçılık belgeleri bir yandan mirasçılıkların mirasçılık sıfatlarının ispat edilmesini sağlarken bir yandan da mirasçılıkların bu sıfatla terekede yer alan mal ve haklar üzerinde tasarrufta bulunmalarına hizmet eder. MÖHUK m. 20/1 2. cümlesi uyarınca Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke ile ilgili olarak mirasçılık sıfatı, mirasçılık ehliyeti Türk hukukuna göre belirlenir. Türk hukukunda, yabancıların miras hakkını ortadan kaldıran herhangi bir hüküm mevcut değildir. Yabancılık, mirasçılık ehliyetini ortadan kaldıran hallerden biri olarak da düzenlenmemiştir<sup>125</sup>. 1982 tarihli Anayasanın<sup>126</sup> 35. maddesi, yabancı vatandaş ayrımı yapmaksızın, temel bir hak olarak herkese mülkiyet ve miras hakkını tanımıştır<sup>127</sup>. AİHM de yabancıların taşınmaz mallar üzerindeki miras

<sup>125</sup> TANRIBİLİR, Feriha Bilge: Yabancıların Mirasçılık Sıfatı, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayını No: 8, Ankara 1999, s. 707.

<sup>126</sup> RG T. 9.11.1982, S. 17863.

<sup>127</sup> Anayasa Mahkemesi 08.05.2019 tarihinde *Ioanis Maditinos* başvurusunda konuyla ilgili Türkiye aleyhine sonuçlanan bazı başvurulara ait AİHM içtihatlarına da atıfta bulunarak karar vermiştir. Karara göre, bireysel başvuru, uyumsuzluk konusu taşınmazın *Tanaş Maditinos* adına kayıtlı olan 1/12 pay yönünden kayıt malikinin ölümüyle başvurucuya verilen mirasçılık belgesinin iptal edilerek Hazine adına mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin olup başvurunun mirasbırakanın terekesine yönelik olduğu açık olduğundan mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışmasızdır. Derece mahkemelerince somut olayda ülkeler arası karşılıklılık ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle başvurucunun mirasçılık belgesi iptal edilerek Hazineye mirasçılık belgesi verilmiştir. Diğer bir deyişle ülkeler arasında karşılıklılık ilişkisinin bulunması hâlinde başvurucunun mirasbırakanın tek mirasçısı olarak kabul edilebileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla karşılıklılığın olup olmadığı ile ilgili tartışma müdahalenin haklılığı kapsamında yapılmak üzere somut olayda mirasbırakan ile başvurucu arasında mirasçı olarak kabul edilmesini gerektirir bir soy bağı ilişkisinin mevcut olduğu açık olduğuna göre başvurucunun uyumsuzluk konusu taşınmazın mülkiyetini edinme yönünde meşru bir beklentisinin olduğu kabul edilmelidir. Üstelik iptal edilinceye kadar geçerli olmak üzere başvurucuya mirasçılık belgesi verildiği gözetildiğinde başvurucunun Anayasa’nın 35. maddesi anlamında mülkiyet

hakkına ilişkin Türkiye aleyhine yapılan çeşitli başvurularda miras hakkını mülkiyet hakkı kapsamında AİHS Ek 1 No'lu Protokol<sup>128</sup> m. 1<sup>129</sup> çerçevesinde korunan bir hak olarak değerlendirmiştir<sup>130</sup>. Bununla beraber Anayasanın 16. maddesi temel hak ve hürriyetlerin yabancılar açısından milletlerarası hukuka uygun olarak ve kanunla sınırlandırılabilceğini hükme bağlamıştır. Bu bağlamda Türk hukukunda da yabancıların<sup>131</sup> Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerinde miras ya

---

hakkı kapsamında korunmaya değer bir menfaatinin olduğu sonucuna varılmıştır. Somut olay bağlamında derece mahkemelerinin olay tarihi itibarıyla yürürlükte olan kanun hükümleri çerçevesinde karşılıklılık ilkesi yönünden Yunanistan'da Türk vatandaşlarının miras yoluyla mal edinemedikleri yönünde açık bir tespit olmamasına rağmen mirasçılık belgesinin iptal edilmesinin kanuni dayanağını makul ve yeterli bir gerekçe ile ortaya koyamadıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda 2644 sayılı Kanun'un 35. maddesinin somut olayda yeterince öngörülebilir biçimde uygulanmadığı dikkate alındığında başvurunun mirasçılığının tanınmaması suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin öngörülebilir bir kanuni dayanağının bulunmadığı değerlendirilmiş; varılan sonuca göre müdahalenin meşru bir amacının veya ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesine gerek görülmemiştir. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. (Başvuru Numarası: 2015/9880; Karar: RG. T. 19/6/2019, S. 30806).

<sup>128</sup> RG T. 19.03.1954, S. 8662.

<sup>129</sup> Mülkiyetin korunması başlığını taşıyan bu maddeye göre, her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.

<sup>130</sup> Bkz.: Nacaryan ve Deryan - Türkiye Davası (Başvuru no: 19558/02 ve 27904/02, Karar tarihi:24 Şubat 2009); Apostolidi ve Diğerleri- Türkiye Davası (Başvuru no: 45628/99, Karar tarihi: 27 Mart 2007 ); Fokas/Türkiye Davası (Başvuru no: 31206/02, Karar tarihi: 29 Eylül 2009).

<sup>131</sup> Çifte vatandaşlık durumunda kişi hem Türk vatandaşı hem de yabancı bir ülke vatandaşı ise bu kişilerin Türk vatandaşlığı esas alınır.Bkz.: SARGIN, Taşınmaz Mal. Ayrıca bkz.: Tapu Sicili Uygulamaları Kitabı:

da sağlararası işlemlerle taşınmaz edinmesini ve bu mallar üzerinde sınırlı aynı hak<sup>132</sup> tesisini sınırlandıran bazı kanun hükümleri mevcuttur. Devletin ülkesindeki yabancıların hukuki durumunu düzenlerken öncelikle yabancılar hukuku alanındaki izlediği politikayı ve onun belirlenmesindeki çıkarları dikkate alarak oluşturduğu kurallar bu politikayı yansıttıklarından, doğrudan uygulanan kurallardır<sup>133</sup>. Yabancılar hukukundaki Türkiye’de taşınmaz mal edinilmesine/sınırlı aynı hak tesisine yönelik kanuni sınırlandırmalar da doğrudan uygulanan kural<sup>134</sup> niteliği taşır<sup>135</sup>.

Türkiye’de bulunan taşınmaz terekenin mirasçuları arasında yabancıların bulunması durumunda mirasçılık belgesi düzenlenirken yabancıların taşınmaz mal edinmesine yönelik Türk Yabancılar Hukukundaki sınırlandırıcı şart ve hükümlerin dikkate alınması gerektiği

---

[https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/tapu\\_sicili\\_uygulama\\_mari\\_2014\\_0\\_0.pdf](https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/tapu_sicili_uygulama_mari_2014_0_0.pdf), s. 627 (05.12.2019).

<sup>132</sup> Türk hukukunda sınırlı aynı haklar, irtifak, taşınmaz yükü ve rehindir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku III Sınırlı Aynı Haklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 29-31.

<sup>133</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001 s. 39.

<sup>134</sup> Uygulama alanları amaçlarına göre tespit edilen doğrudan uygulanan kurallar, devletin siyasal, ekonomik veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanına giren tüm uyumsuzluklarda (yabancılık unsuru olsun ya da olmasın) bu politikaların yerine getirebilmeleri için uygulanması zorunlu olan kurallardır. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 39. Bu kurallar, ait oldukları hukuk düzeninin kanunlar ihtilâfi kuralı aracılığıyla yetkili kılınmasa bile onları koyan devletin gerekli gördüğü taktirde bu devletle bağlantılı olay ve ilişkilere kanunlar ihtilâfi kuralına rağmen bu kuralın aracılığına gerek duymadan uygulanacağından somut bir uyumsuzlukla ilgili bir doğrudan uygulanan kuralın varlığı hâkimin o uyumsuzluğın çözümü için kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurmasını gereksiz hale getirir. AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi), İstanbul 2005, s. 129; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 40-42.

<sup>135</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 206-207; EKŞİ, Miras, s. 73-74; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 9

farklı gerekçelerle gerek doktrinde<sup>136</sup> gerekse de Yargıtay kararlarında<sup>137</sup> vurgulanmıştır. Mirasçılık belgesinin, çekişmesiz yargı yoluyla alınabilmesi ve aksi ispat edilebilen geçici bir belge niteliğinde olmasına karşın, terekede yer alan taşınmazların mirasçılar adına intikalinin ve açıklayıcı tescilinin sağlanmasında tapu memurları bakımından bağlayıcı bir yönü vardır<sup>138</sup>. Bu husus Tapu Kanununda da yabancı gerçek kişilerin intikal işlerinin Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinden verilen ya da kendi yetkili makamlarından verilip de Türk kanunlarının veraset usulü hakkındaki hükümlerine uygun olduğu Türk mahkemelerince tasdik edilen<sup>139</sup> mirasçılık belgelerine istinaden yapılacağı şeklinde hükme bağlanmıştır (m. 37).

Yabancılar Hukukunda yer alan şart ve sınırlandırmaların etkisi, bir başka ifadeyle bu şart ve sınırlandırmaların Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke bakımından yabancı mirasçıların mirasçılık hakkı ya da ehliyetini mi yoksa tasarruf ehliyetini mi ortadan kaldırdığı hususu ise

<sup>136</sup> EKŞİ, Miras, s. 180; TANRIBİLİR, MÖHUK, s. 140; ÇELİKEL / ERDEM, s. 336; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, 226.

<sup>137</sup> ‘... Yabancı olmak kural olarak mirasçı olmaya engel değildir. Ancak, miras ölenin milli hukukuna tabidir.(5718 s. MÖHUK m. 20/1)Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku uygulanır. Mirasın açılmasına,ihtisabına terekenin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. (5718 s.MÖHUK M. 20/2) Ulusal hukukumuzda yer alan bu hükümler uyarınca, miras bırakan Türk uyruklu ise ve ölüm tarihi itibarıyla mirasçıları arasında yabancı uyruklu olanlar varsa, yabancı uyruklu bu mirasçıların; Türkiye’de bulunan bir taşınmazı miras yoluyla kazanabilmeleri için Türk Hukuku uygulanacaktır. 5444 sayılı kanunla değişik 2644 sayılı Tapu Kanunu madde 35’e göre; yabancı uyruklu gerçek kişiler, karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla Türkiye’de taşınmaz mal edinebilirler. Yargıtay 3. HD, T. 17.05.2012, 7355/12656 Karar için bkz. EKŞİ, Yargıtay, s. 186-187). Aynı yönde, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi T. 29.04.2019, E. 2016/14580, K. 2019/3676.

<sup>138</sup> AKBIYIK, s. 494.

<sup>139</sup> Söz konusu hükümde geçen ‘tasdik edilme ‘ Türk hukukunda yabancı mahkeme kararları bakımından böyle bir usul bulunmadığı için doktrinde ‘tanıma’ olarak değerlendirilmekle birlikte hükmün uygulanma kabiliyeti ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Bu bağlamda ŞANLI; yabancı mahkemelerin Türk hukukuna (Türk Yabancılar Hukuku kuralları da dahil olmak üzere) göre mirasçılık belgesi düzenleme ihtimali zayıf olduğundan 37. madde yabancı mirasçılık belgelerinin tanınması bakımından ‘ölü’ bir hüküm olduğunu ifade etmiştir ŞANLI, s. 304.

şağıda detaylı olarak anlatılacağı üzere söz konusu hükümlerin zaman içerisinde değişikliğe de uğraması sebebiyle gerek doktrinde gerekse de uygulamada tartışmalı bir konu olmuştur. Türk hukukunda yabancıların miras ya da sağlararası işlemlerle Türkiye’de taşınmaz mal edinmelerini sınırlandıran kanun hükümlerden başlıcaları, Tapu Kanunu<sup>140</sup>, Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu<sup>141</sup> ile Mukabele Bilmisil Kanunu<sup>142</sup> ve yabancı okullar ile sınırlı olarak Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nda<sup>143</sup> yer almaktadır<sup>144</sup>. Yabancıların genel olarak Türkiye’de bulunan taşınmaz malların mülkiyetini kazanabilmesi hususunda temel ilkeleri belirleyen 1934 yılında yürürlüğe giren 2644 sayılı Tapu Kanunu’dur<sup>145</sup>. Bu Kanun aynı zamanda yabancıların Türkiye’de taşınmaz mal edinimi ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesisi ile ilgili en kapsamlı düzenlemeye de sahiptir. Konuyla ilgili düzenlemeler Kanunun 35. ve 36. maddelerinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler 03.05.2012 tarihine kadar pek çok defa değişikliğe uğramış ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararlarına konu olmuştur<sup>146</sup>. Mirasbırakanın Türkiye’de bulunan taşınmaz terekesi bakımından Türk hukuku uygulanacaktır (MÖHUK m. 20/1). TMK m. 575 uyarınca miras, mirasbırakanın ölümüyle açılır. Ayrıca 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna<sup>147</sup> göre mirasçılık ve mirasın geçişi mirasın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir (m. 17). Dolayısıyla mirasın

---

<sup>140</sup> RG T. 29.12.1934, S. 2892.

<sup>141</sup> RG T. 22.12.1981, S. 17552.

<sup>142</sup> RG T. 16.06.1927, S. 608.

<sup>143</sup> RG T. 14.02.2007, S. 26434.

<sup>144</sup> 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun 5. maddesinin (b) bendi uyarınca (RG.; T. 14.02.2007, S. 26434), yabancı okullar, Bakanlar Kurulunun izni ile yeni arazi edinebilirler ve kapasitelerini en fazla beş misline kadar arttırabilirler. Üzerinde kuruldukları araziler genişletilmemek şartı ve Bakanlığın izni ele mevcut arazi üzerindeki bina, öğrenci ve donanım kapasitelerini en çok bir mislini geçmemek üzere arttırabilir veya yenileyebilir. Bunun dışında yabancı okulların binaları genişletilemez, şubeleri açılmaz, mevcut binaların yerine kaim olmak üzere yeniden binalar inşa edilemez. Bu amaçla herhangi bir mülk edinilemez veya kiralayamaz.

<sup>145</sup> RG T. 29.12.1934, S. 2892.

<sup>146</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: EKŞİ, Nuray: Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 26-51.

<sup>147</sup> RG T. 08.12.2001, S. 246007.

açılması ve mirasçılara intikali gibi mirasla ilgili konular, mirasbırakanın ölüm anında yürürlükte bulunan hukuka göre tespit edilir<sup>148</sup>. Mirasçılık belgeleri düzenlenirken de yabancıların miras yoluyla Türkiye’de bulunan taşınmaz malları iktisabını şarta tâbi tutan ya da sınırlandıran kanun hükümleri mirasbırakanın ölüm anı itibariyle, dikkate alınacaktır. Bu sebeple söz konusu değişikliklerden özellikle miras yoluyla taşınmaz edinmeyi etkileyenlerin çalışmamız itibarıyla ayrıntılı olarak değerlendirilmesi kanaatimizce gereklidir.

Bu bağlamda Tapu Kanununda yapılan değişikliklerden ilki<sup>149</sup>, 2003 yılında yürürlüğe giren 4916 Sayılı Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun<sup>150</sup> ile Kanununun 35. maddesinde yapılan değişikliktir. Bu değişiklik yapılmadan önce yani Tapu Kanununun yürürlüğe girdiği 1934 yılı ile değişikliğin yapıldığı 2003 yılına kadar, yabancı gerçek kişilerin “karşılıklılık şartı,” dâhilinde

<sup>148</sup> EKŞİ, Miras, s. 180; ESEN, Emre: Türkiye’de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanunî Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, s. 669. Konuyla ilgili bir kararında Yargıtay da Yunanistan vatandaşı olan mirasçılardan mirasçılık belgesi verilmesi talebi üzerine mahkemece özellikle murisin ölüm tarihi de belirtilmek suretiyle, bu tarihe göre Türkiye-Yunanistan arasında taşınmazların miras yoluyla intikaline ilişkin hukuki ve fiili uygulama olup olmadığının sorularak hüküm kurulması gerektiğini bildirmiştir (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi T. 29.04.2019, E. 2016/14580, K. 2019/3676) Yargıtay aynı yönde mirasçılık belgesi isteğine ilişkin davada mahkemece mirasbırakanın ölüm tarihi olan 04.06.1982 tarihine göre Türkiye ile ABD arasında taşınmazların miras yoluyla intikaline ilişkin olarak karşılıklılık mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerekirken mirasbırakanın ölüm tarihine göre olmayan 06.09.1999 tarihine göre verilen yazı cevabı ile yetinilerek karar verilmesini doğru görmemiştir (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi T. 18.04.2019, E. 2018/3859, K. 2019/3585) Yine aynı yönde bir başka karar da Yargıtay 8. Hukuk Dairesi tarafından verilmiştir. Bkz.:T. 12.05.2014 E. 2013/12374, K. 2014/9431.

<sup>149</sup> 1934 tarihli Tapu Kanununda 1984 (RG T. 28.06.1984, S. 18445), 1986 yıllarında da değişiklikler yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: EKŞİ, Taşınmaz, s. 22-25.

<sup>150</sup> RG T. 19.7.2003, S. 25173. Bu Kanun ile Köy Kanunu’nun yabancı gerçek kişilerin köylerde taşınmaz mal edinmeleri yasaklayan 87. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

ve kanunî sınırlamalara uymak kaydıyla Türkiye’de taşınmaz mal edinebilmesi kabul edilmiş bu bakımdan miras ya da sağlararası edinimler arasında fark gözetilmemişti (m. 35). Aynı madde uyarınca, yabancı gerçek kişilerin, kanuni miras hariç olmak üzere bir köye bağlı olmayan müstakil çiftliklere ve köy sınırları dışında kalan arazinin otuz hektardan çoğuna ancak Hükümetin izniyle sahip olabileceği; yabancı gerçek kişilerin vasiyet suretiyle ya da mansub mirasçı sıfatıyla bu çiftliklere ve arazinin otuz hektardan fazlasına sahip olabilmesinin Hükümetin iznine bağlı olduğu ve izin verilmediği takdirde bu çiftlik ve fazla miktarın tasfiye suretiyle bedele çevrileceği kabul edilmişti (m. 36). 2003 yılında yapılan değişikliğe kadarki dönemle ilgili özellikle Yargıtay kararlarında<sup>151</sup> Tapu Kanununun 35. maddesinde yer alan şartların yabancıların Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke bakımından mirasçılık sıfatının/hakkının kazanabilmesinin unsurlarından biri olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır<sup>152</sup>. Doktrinde ise aksi yönde Tapu Kanunu’nun ilgili maddesinin mirasçılık sıfatına ilişkin bir hüküm olmadığını; söz konusu maddede yer alan karşılıklılık ve kanuni sınırlama uyulma şartlarının bulunmadığı durumlarda dahi mirasçı sıfatına sahip olan yabancıların

<sup>151</sup> “... dava verasetin iptaline ilişkindir. Türkiye Cumhuriyeti’nin benimsediği, kazai ve ilmi içtihatlarında teyid eylediği sisteme göre, bir Türk vatandaşına, Türk uyruklu olmayan yabancıların mirasçı olabilmesi için o kimsenin memleketinde, kendi vatandaşlarına bir Türk’ün mirasçı olabileceğinin kabul edilmiş olması gerekir (2675 sayılı Kanun 22, 2644 sayılı Tapu Kanunu 35) gayrimenkul mallara mirasçılık bakımından mirasın açıldığı anda davacı ve kardeşinin vatandaşı oldukları Bulgaristan’la Tapu Kanununun 35. maddesinde yer alan müteakabiliyet şartının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu yönler gözetilmeden davacı ile kardeşi Sevinç’in gayri menkullere de mirasçı olabileceğinin kabulü ve yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır” (YHGK, T. 16.04.1997, E. 97/2-129, K. 97/360). Aynı yönde Yargıtay 2.HD, T. 05.07.1983, E. 5957, K. 6131; Yargıtay 2.HD, T. 19.12.1985, E. 10156, K. 10923; YGHK, T. 10.02.1993, E. 1992/2-717, K. 1993/39; YGHK, T. 28.12.1994, E. 1994/2-625, K. 1994/905. Kararlar için bkz.: ÜSTÜNDAĞ Saim/KARSLI, Abdurrahim: Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996.

<sup>152</sup> Tapu Kanununun m. 35 ile ilgili değerlendirme için bkz.: TANRIBİLİR, Mirasçılık Sıfatı, s. 723; ÖZEL, Sibel: Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinme Hakkı ile İlgili Tapu K. m. 35’te Yapılan Son Değişikliğin Değerlendirilmesi, İÜHFMD C: LXII, S. 1-2, 2004, s. 445; EKŞİ, Miras, s. 34-35.



hakkının tasfiye bedeli üzerinde devam etmesi gerektiği ileri sürülmüş ve m. 36'da yer alan kanuni sınırlamalara uyulmadığında olduğu gibi ya da o dönemki Köy Kanunu<sup>153</sup> uygulamasında olduğu gibi malın tasfiye edilebileceği ifade edilmişti<sup>154</sup>.

2003 yılında 4916 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle Tapu Kanunu'nun 36. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunun 35. maddesi ise değiştirilerek, karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz edinebileceği kabul edilmiştir. Böylece bu değişiklikle ilk kez yabancı şirketlerin de kanunî şart ve sınırlamalara bağlı olarak Türkiye'de taşınmaz mal edinebileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, Türkiye ile arasında karşılıklı olmayan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmaz malların intikal işlemleri yapılarak tasfiye edileceği ve bedele çevrileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca yabancı

<sup>153</sup> RG T. 07.04.1924, S. 68.

<sup>154</sup> TANRIBİLİR, Mirasçılık Sıfatı, s. 730-731. 2003 yılında 4916 sayılı Kanun yürürlüğe girene kadar Köy Kanununun 87. maddesine göre, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin köylerde 'arazi ve emlak alması' yasaktı. Maddenin yabancıların köylerde kanuni miras yoluyla taşınmaz edinmesine izin verip vermediği ise doktrinde tartışmalı idi Kanunda yer alan "almak" ifadesini dar yorumlayan bazı yazarlar, Kanunun sadece taşınmaz mal "satın" almayı yasakladığı; bunun dışında kalan iktisapların, özellikle kanuni miras yoluyla iktisabın bu sınırlama haricinde kaldığını ileri sürerken uygulamada Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü farklı tarihlerde yayınladığı genelgelerde yabancıların köylerdeki taşınmazlar üzerinde miras haklarının bulunduğu; ancak intikal işleminden sonra yabancı mirasçı taşınmaz malı rızaen bir Türk vatandaşına devir ve temlik etmediği takdirde malın tasfiyesi yoluna gidileceğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: FİŞEK, Hicri: Türkiye'de Yabancıların Aynı Haklardan İstifadesi", AÜHFD, C.7 (3), 1950, s. 432-433; SARGIN, Fügen: Yabancı Gerçek Kişilere Ait Taşınmaz Malların Tasfiyesi, Türkiye Barosu Dergisi, S. 1, 1992, s. 52-54. Bu uygulamanın hukuki dayanağı olmadığı zira Köy Kanunu'nda böyle bir hüküm mevcut olmadığı; dolayısıyla Kanunun 87. maddesinin lafzı ve amaçsal yorumu ile, yabancıların miras yoluyla taşınmaz mal edinme haklarını kabul ettikten sonra tasfiyeden bahsetmenin mümkün olmadığı Kanundan değil uygulamadan ortaya çıkan bu sınırlamanın, Anayasanın 16. maddesinde belirlenen "kanunla sınırlama" ilkesine ters düşeceği yönünde bkz.: SARGIN, Tasfiye, s. 53-54.

uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi için gerekli olacak Bakanlar Kurulu izninin kanunî miras yoluyla intikal eden taşınmazlar için uygulanmayacağı; ancak yabancı uyruklu gerçek kişilerin ölüme bağlı tasarruflar yoluyla otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi için uygulanacağı ve izin verilmediği takdirde fazla miktarın tasfiye edilerek bedele çevrileceği hükme bağlanmıştır<sup>155</sup>. Yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ya da diğer tüzel kişiler bakımından mirasla ilgili özel bir hükme yer verilmemiş; konuyla ilgili olarak Kanunun gerekçesinde belirtildiği için yabancı ticaret şirketlerinin ya da diğer tüzel kişilerin miras ölüme bağlı tasarruf yoluyla Türkiye’de taşınmaz edinmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir<sup>156</sup>. Söz konusu değişiklikle Türkiye ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmazların intikal işlemleri yapılarak tasfiye edileceğine ve bedele çevrileceğine dair kabul edilen esas, karşılıklılık şartının gerçekleşmesinin mirasçılık sıfatına ilişkin olduğu, karşılıklılığın gerçekleşmemesinin miras hakkını ortadan kaldırdığı<sup>157</sup> yönündeki uygulama ve tartışmalara son verecek nitelikte olmuştur.

---

<sup>155</sup> Ayrıca yine aynı madde uyarınca, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine, taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilmesi halinde karşılıklılık şartı aranmayacağı; kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından, 35. maddenin uygulanmayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu da hükme bağlandı.

<sup>156</sup> Bkz.: ÖZEL, s. 444, dp. 22.

<sup>157</sup> Özellikle 2003 değişikliği öncesi dönemi kapsayan miras davaları ile ilgili verilen Yargıtay kararlarında Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke bakımından konu mirasçılık ehliyeti ya da hakkı bağlamında değerlendirilmiş ve özellikle karşılıklılık şartının yokluğu neticesinde miras hakkının da yokluğu sonucuna varılmıştır. (“.... mirasçılık ehliyeti yabancılar bakımından araştırırken kanunlarda yer alan kısıtlamaları da dikkate almak gerekir. Yabancı unsurlu veraset davalarında hak ehliyetini tespit bakımından kanuni tahditler ve mütekebbiliyet (ülkeler arasında karşılıklı işlem) esaslı unsurlardandır. Muris 1932 yılında vefat etmiş olup miras ölümle açılacağına göre, mirasın açıldığı tarih olan 01.10.1932 tarihi itibarıyla karşılıklılık ve sonuç olarak mirasçıların miras hakkına sahip olup olamayacağının araştırılması gerekir.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi T.

4916 sayılı Kanun, 2005’de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir<sup>158</sup>. 07.01.2006 tarihinde de 5444 sayılı ‘Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>159</sup>’un ise 26.07.2005 tarihinden geçerli olarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir (m. 3)<sup>160</sup>. Bu Kanun ile 35. madde yeniden düzenlenmiştir. Maddenin yeni hali de karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak temel şartlarını muhafaza etmiş ve taşınmazların edinimini amaç, yer ve miktar gibi farklı açılardan da sınırlandırmışsa da Türkiye ile arasında karşılıklılık olan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla intikal eden taşınmazları için bu sınırlamaların uygulanmayacağı kabul edilmiştir (m. 35/5). Türkiye ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmaz ve sınırlı aynî hakların da intikal işlemleri yapılarak tasfiye edileceği kabul edilmiştir (m. 35/5)<sup>161</sup>. Ölümüne bağlı tasarruflarda

---

27.12.2018, E. 2018/3312, K. 2018/8504). Aynı yönde Yargıtay HGK Kararı T. 24.10.2001, E. 1992/2-717; K. 1993/39. Yargıtay HGK Kararı T. 24.10.2001, 2001/2-922, K. 2001/746; Yargıtay HGK Kararı, T. 10.02.1993, E. 1336, K. 1993.

<sup>158</sup> RG T. 26.04.2005, S. 25797.

<sup>159</sup> RG T. 07.01.2006, S. 26046.

<sup>160</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından, iptal kararı sebebiyle yasal boşluk olmasının önlenmesi amacıyla iptal kararının yayımlandığı tarih olan 26.04.2005 tarihinden itibaren 3 ay sonra yürürlüğe girmesi ve bu süre içerisinde de yeni bir düzenleme yapılmasına karar verilmişse de 5444 sayılı Kanun ancak 07.01.2006 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmış ve gecikmeden kaynaklanan yasal boşluk sebebiyle de Kanunun 26.07.2005 tarihinden geçerli olarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir.

<sup>161</sup> ‘... mirasbırakan Yunan uyruklu olup 4.1.1988 tarihinde vefat etmiş; davacının mirasçılık belgesi verilmesi talebi mahkemece karşılıklılık şartı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Tapu Kanununun 35. maddesinin ölüm tarihinde mer’i olan hükmüne göre, yabancı uyruklu gerçek kişiler, karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla Türkiye’de taşınmaz mal edinebilirler. Karşılıklılık mirasın açıldığı tarihe göre belirlenir. 5444 sayılı yasayla Tapu Kanununun 35. maddesinde yapılan değişiklikle getirilen “Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılılık olmayan devlet vatandaşlarının kanuni miras yoluyla edindikleri taşınmaz ve sınırlı ayni hakların intikal işlemleri yapılarak tasfiye edileceğine” ilişkin hüküm, bu kanunun yürürlüğe girdiği 26.7.2005 tarihinden sonra açılan miraslar bakımından uygulama olanağına sahiptir. Şu halde, mirasbırakanın ölüm tarihi itibarıyla Türkiye ile Yunanistan arasında kanuni miras yoluyla

ise 35. maddenin ilk dört fıkrasında belirtilen kayıt ve sınırlamaların da uygulanacağı kabul edilmiş (m. 35/5); ancak ölüme bağlı tasarruflarla intikal eden ve kayıt ve sınırlamalara uygun olmayan taşınmazların akıbeti konusunda Kanun bir açıklık getirilmemiştir. Ancak Kanunun satın alma için öngörülen bütün kayıt ve sınırlamaları ölüme bağlı tasarruflarla gerçekleşen iktisaplarda da aynen uygulanmasını<sup>162</sup> öngörmesinden hareketle, bu iktisaba konu olan taşınmazlar ve sınırlı aynî hakların da intikal işlemleri yapılarak tasfiye edileceği sonucuna varılabilir (m. 35/10).

11.4.2007 tarihli kararı ile Anayasa Mahkemesi 5444 sayılı Kanun ile Tapu Kanunu’nda yapılan değişikliklerin bir kısmını yine iptal etmiştir<sup>163</sup>. Anayasa Mahkemesinin kararı doğrultusunda yapılan değişiklikler, 5782 Kanun<sup>164</sup> ile 15 Temmuz 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5782 sayılı Kanun ile Tapu Kanunu’nun 35. maddesi tamamen değiştirilmemiş; bu maddenin yedinci ve sekizinci fıkraları değiştirilmiştir<sup>165</sup>.

---

taşınmaz mal edinilebilmesi yönünden hukuki ve fiili karşılıklılığın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti zorunludur (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi T. 15.04 2009 E. 2008/1565, K. 2009/7263).

<sup>162</sup> DARDAĞAN, Esra: Yabancıların Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Taşınmaz Mallar Üzerinde Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları Alanında Yeni Gelişmeler: Anayasa Mahkemesinin 14 Mart 2005 Tarihli Kararı ve 5444 Sayılı Kanuna Bakış”, KOÜHFD, S. 6, Ocak 2006, s. 63.

<sup>163</sup> RG T. 16.01.2008, S. 26758. Anayasa Mahkemesi, hukuksal boşluk kamu yararının ihlal edici nitelikte görüldüğünden, yeni düzenleme yapılabilmesi için yasama organına süre tanımak amacıyla iptal kararının Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak üç ay sonra yani 16.04.2008 tarihinde yürürlüğe girmesini uygun bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin kararı doğrultusunda yapılan değişiklikler, Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 5782 Kanun ile ancak öngörülen şekilde 3 ay içinde değil gecikmeli olarak 15 Temmuz 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>164</sup> RG T. 15.07.2008, S. 26937.

<sup>165</sup> Bu değişikliklerle 2003 yılında yürürlükten kaldırılan Tapu kanununun 36. maddesi de yeniden düzenlenmiştir. Maddeye göre yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebilecektir. Değişikliklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: EKŞİ, Taşınmaz, s. 44-51.

Tapu Kanunu'nda günümüzde de geçerliliğini koruyan son değişiklik 2012 yılında 6302 sayılı Kanun<sup>166</sup> ile yapılmıştır. Söz konusu değişiklikle Türk hukukunda yabancıların taşınmaz mal edinebilmesi için aranan karşılıklılık şartı<sup>167</sup> kaldırılmıştır. Tapu Kanununun 35. maddesi yabancıların taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak tesisi ve taşınmaz mal edinmeleri bakımından bu edinimin miras ya da satın alma ya da örneğin bağışlama yoluyla gerçekleşmesi bakımından fark gözetmemiş miras sebebiyle taşınmaz mülkiyeti edinme konusunda özel bir hükme yer vermemiştir. Bu sebeple Tapu Kanununun 35/1. maddesine göre yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de miras yoluyla da taşınmaz edinimi ya da taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak tesisi için iki temel şart ya da ilke mevcuttur: Kanuni sınırlamalara uymak ve uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde<sup>168</sup> Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olmak<sup>169</sup>.

Tapu Kanunu yabancıların taşınmaz mal edinimi bakımından temel ilkeleri belirlemenin yanı sıra, yabancıların taşınmaz mal edinmesi ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesisi bakımından bazı sınırlamalar da kabul etmiştir. Kanundaki sınırlamalara göre öncelikle, yabancı gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz

---

<sup>166</sup> RG 18.05.2012, S. 28296.

<sup>167</sup> 2003 yılında yapılan değişiklikle Tapu Kanununun 35. maddesinin miras hakkı üzerindeki etkisinin kaldırılmış olmasına rağmen mirasa ilişkin uyumsuzluklarda mirasbırakanın ölüm anındaki yasal düzenlemeler uygulanacağı için 19.07.2003 tarihinden önce gerçekleşen ölümlere ilişkin maddenin değişiklikten önceki içeriği esas alınarak uygulandı; bu durumun AİHS'e Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesine ve bu maddeyi esas alarak miras hakkını da mülkiyet hakkı kapsamına dahil eden AİHM içtihatlarıyla bağdaşmadığı ve dolayısıyla maddenin Ek 1 No'lu Protokolü esas alarak yorumlaması suretiyle yabancıların miras hakkı üzerindeki etkisini kaldırması gerektiği yönünde bkz.: ESEN, 683-690.

<sup>168</sup> Bu yetki kullanılırken hangi kısıtların esas alınacağı Kanunda düzenlenmemiştir.

<sup>169</sup> Konuyla ilgili Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Daire Başkanlığı; 2644 sayılı Tapu Kanununun 35.maddesine göre Türkiye'de taşınmaz edinebilecek ülke listesi kamuya açık olmayıp tek tek ülke bazında edinim durumunun herhangi bir il müdürlüğünden öğrenilmesi mümkün olduğu yönünde açıklama için bkz.: <https://www.tkgm.gov.tr/tr/icerik/sik-sorulan-sorular> (01.11.2019).

ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemeyecektir (m. 35/1). Ancak Cumhurbaşkanı kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir. Kanuna göre m. 35/1 kapsamındaki sınırlamalar dışında miras yoluyla edinilen taşınmazlar ve sınırlı ayni haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek bir yılı geçmeyen süre içinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek<sup>170</sup> bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir (m. 35/6). Dolayısıyla bu durumda yabancı taşınmaz mal üzerinde mülkiyet hakkı iktisap edilebilecek ancak bu haktan doğan tasarruf yetkisi tasfiye ile sınırlı olacaktır. Kanunun bu maddesinde sadece 35. maddenin 1. fıkrasındaki sınırlamalara atıf yapılırken maddenin 3. fıkrasında yer alan ve Cumhurbaşkanıya, ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancıların taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilme, sınırlandırabilme, kısmen veya tamamen durdurabilme veya yasaklayabilme yetkisi veren sınırlamalara atıf yapılmaması eleştirilmiş ve bu konuda 3. fıkra da yer verilen kısıtlamaların, miras sebebiyle yapılacak edinimler bakımından da uygulanması gerektiği; bu kısıtlamaların mevcudiyeti halinde de m. 35/6 gereği maliki tarafından tasfiye hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>171</sup>.

Tapu Kanunu, yabancı tüzel kişilerin Türkiye’de mirasçı olarak atanma yoluyla taşınmaz edinme ve taşınmaz mallar üzerinde sınırlı aynî hak tesis edebilme bakımından özel bir hüküm içermemektedir. Kanuna göre, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri<sup>172</sup> çerçevesinde taşınmaz mal edinebilir ve taşınmaz mallar

---

<sup>170</sup> Taşınmaz mala özgü bir husus olan tasfiye işleminin sınırlı aynî haklar bakımından (özellikle eşya hukuku bakımından devredilmesi mümkün olmayan intifa ve oturma hakkı gibi aynî hakların) nasıl uygulanacağı konusunun belirsiz olması yönünde bkz.: DARDAĞAN, s. 64.

<sup>171</sup> Ekşi, Taşınmaz, s. 144,145.

<sup>172</sup> Söz konusu özel Kanunlara örnek olarak, Maden Kanunu, Turizmi Teşvik Kanunu, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, Endüstri Bölgeleri Kanunu gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: EKŞİ, Taşınmaz s. 209-230. Bu bağlamda örneğin 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanununa (RG T. 19.01.2002, S. 24645) göre kurulan üretim bölgeleri içindeki taşınmaz mallar üzerinde yasanın 4. maddesi gereğince yabancı ticaret şirketleri lehine irtifak hakkı tesis edilebilmektedir. Bkz.: Tapu Sicil uygulamaları Kitabı, s. 628.

üzerinde sınırlı aynî hak tesis edebilir (m. 35/3). Kanun, ayrıca, yabancı uyruklu gerçek kişilerle yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışındakilerin Türkiye’de taşınmaz mal edinmeyeceğini ve lehlerine sınırlı aynî hak tesis edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (m. 35/4). Görüleceği üzere 35. maddede yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışındakilerin Türkiye’de taşınmaz mal edinmeyeceğini ve lehlerine sınırlı aynî hak tesis edilemeyeceğini yönündeki içerik korunmuştur. Genel olarak Türk hukukunda yabancı tüzel kişilerin, ölüme bağlı tasarruf yoluyla mirasçı olabilmelerine engel bir hüküm yoksa da yabancı gerçek kişilerin olduğu gibi yabancı tüzel kişilerin de ölüme bağlı tasarruf yoluyla kendilerine miras bırakılan Türkiye’deki taşınmaz malı edinebilmeleri ya da taşınmaz mallar üzerinde sınırlı aynî hak tesis edebilmeleri yabancılar hukukunda bulunan kanunî şart ve sınırlandırmalar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Tapu Kanuna göre sadece tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri<sup>173</sup>; ancak özel kanunların hükümleri çerçevesinde taşınmaz mal edinebilecek/taşınmaz mal üzerinde sınırlı aynî hak tesis edebilecektir. Bu sebeple söz konusu şirketler dışındaki tüzel kişiler Türkiye’de taşınmaz mal edinmeyecek/taşınmaz mal üzerinde lehlerine sınırlı aynî hak tesis edilemeyecektir.

Tapu Kanunu m. 35/1 yabancıların kanunî sınırlamalara uymak kaydıyla Türkiye’de taşınmaz mal edinebileceğini hükme bağlamıştır(m. 35). Söz konusu sınırlamaların yer aldığı kanunlardan biri de Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu olup Kanun, miras yoluyla taşınmaz mal edinilmesi hususunu düzenlememiştir. Ancak Kanun uyarınca 1. derece askeri yasak bölgelerde<sup>174</sup> bulunan tüm taşınmaz mallar kamulaştırılacaktır (m. 7). Özel ya da askeri güvenlik

---

<sup>173</sup> Yabancı ticaret şirketleri dışında kalan yabancı dernek, vakıf, kooperatif, cemiyet, topluluk, cemaat gibi tüzel kişiliğe haiz kurum ve kuruluşların ise ülkemizden taşınmaz mal edinimleri mümkün bulunmamaktadır. Bkz:Tapu Sicil uygulamaları Kitabı, s. 628.

<sup>174</sup> Kanuna göre, Cumhurbaşkanı kararı ile kurulabilen veya kaldırılabilen askeri yasak bölgeler 1. ve 2.derece askeri yasak bölge olmak üzere ikiye ayrılır (m. 2/1).

bölgelerinde<sup>175</sup> bulunan gerçek ve tüzel kişilere ait mallar da kamulaştırılabilir (m. 22)<sup>176</sup> . Yine Kanuna göre 2. derece askeri yasak bölgelerde de yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz mal edinmeleri yasaklanmış (m.9/b) ve bölgede yabancıların ait olan taşınmaz malların tasfiyesine karar vermede, tasfiye şekil ve şartlarını belirlemede Cumhurbaşkanına yetki verilmiştir (m.9/b). Kanunda miras yoluyla edinilen taşınmazlar bakımından istisnaya yer verilmediği dikkate alındığında bu hükümlerin miras sebebiyle gerçekleşecek kazanımlar bakımından da uygulanacağı söylenebilir<sup>177</sup> .

Türk hukukunda yabancıların Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerinde miras ya da sağlararası işlemlerle taşınmaz edinmesini sınırlandıran bir diğer kanun da 1062 sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanunu’dur. Kanuna göre, idari kararlarla veya olağanüstü veya istisnai kanunlarla Türk vatandaşlarının mülkiyet hakkını kısmen veya tamamen sınırlandıran devletlerin Türkiye’deki tebaasının mülkiyet hakkı Cumhurbaşkanı kararıyla, mukabele-i bilmisil (karşı işlem)<sup>178</sup> olmak üzere kısmen veya tamamen sınırlandırılabilir ve taşınır ve taşınmaz

---

<sup>175</sup> Askeri güvenlik bölgeleri Genelkurmay Başkanlığınca, kamu ve özel kuruluşların çevresindeki özel güvenlik bölgeleri ise Cumhurbaşkanınca kurulabilir veya kaldırılabilir (m. 3).

<sup>176</sup> Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği (RG 30.04.1983/18033) uyarınca bu bölgeler içinde kalan ve kamulaştırılmayan mallar yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere satılamaz devredilemez ve kiralanamaz (m. 24).

<sup>177</sup> Nitekim Tapu Kanunu da , askeri yasak bölgeler, askeri güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ait harita ve koordinat değerlerinin; bu yerlere ait değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerlerinin Millî Savunma Bakanlığınca, özel güvenlik bölgeleri ve değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri ise İçişleri Bakanlığınca aynı sürede Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu Bakanlığa verileceği ve tapu işlemlerinin gönderilen belge ve bilgilere göre yürütüleceği hükmeye bağlanmıştır (m. 35/5).

<sup>178</sup> İdarenin ve mahkemelerin karşılıklılık anlayışı ve uygulamasında karşılıklılığın kapsamını tayin bakımından karşı işlem (mukabele-i bilmisil)’ kavramının etkisi görüldüğu ve hakkın kazanılmasında aranan ‘karşılıklılık’ olmayıp ‘karşı işlem (mukabele-i bilmisil)’ olduğu yönündeki eleştiriler için bkz.: SARGIN, Taşınmaz Mal, s. 70, vd.; TANRIBİLİR, Mirasçılık Sıfatı, s. 712-719.



mallarına el konulabilir (m. 1)<sup>179</sup>. Kanun kapsamında Arnavutluk, Lübnan, Suriye, Bulgaristan ve Yunanistan'a<sup>180</sup> karşı Bakanlar Kurulu

<sup>179</sup> Kanuna göre tedbir amaçlı el konulan taşınmaz malların gelirleri; bu mallar tasfiye edilmişse tasfiye bedeli yabancı devletin uygulaması nedeniyle zarar gördüğünü ispat eden Türk vatandaşlarına dağıtılabilir (m. 1/2).

<sup>180</sup> ‘..... 1062 Sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanunu ve bu Kanuna göre çıkarılmış olan 2.11.1964 tarihli 6/3801 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararname ile Yunan Hükümetinin her çeşit tedbir ve muamelelerine karşılık olmak üzere, düzenlenen bu kararname el koyma amaçlı olmayıp, sadece Yunan uyruklu kişilerin Türkiye’deki taşınmaz malları üzerindeki temlik tasarruflarının durdurulması amaçlanmıştır. Hemen belirtilmelidir ki, ‘temlik tasarruf’ sözcüğü, hukukta kazandırıcı işlem, başka bir ifadeyle, mülkiyet geçiren işlem, yani taşınmazlarda tescil ve taşınırlarda teslim işlemini ifade eder; ‘durdurma’ sözcüğü de Türkçede ‘şimdilik ve geçici bir süre için önlem alma’ manasında kullanılır. Şu hale göre, anılan Kanunun ve Kararnamenin amacı temlik tasarruflar dışındaki hukuksal işlemleri temelden geçersiz kılmak değildir. Öyleyse gerek satış vaadi gibi hayatta iken hüküm ifade eden borçlandırıcı işlemler gerekse mirasçı nasbı ve muayyen mal vasiyeti gibi tasarruflar birer borç doğurucu işlem olarak geçerlidirler ve hukuki sonuçlarını meydana getirirler. Ne var ki, 1964 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi gereğince temlik tasarruflar durdurulmakla, borç doğuran bu hukuksal işlemlerin ifası ve yerine getirilmesi, yani taşınmazların satışı vaad edilen yahut mirasçı nasb edilen, vasiyet edilen adına tapuya tescili, talep edilemeyeceğinden; Kararname yürürlükte bulunduğu süre içinde adli ve idari makamlar bu işlemleri yapamayacaklarından, bu kararname yürürlükte olduğu sürece anılan işlemlerin gerçekleşmesi olanaklı değildir. Dahası, bu Kararnamenin getirdiği önlemler geçici olduğu gibi; yine bu kararnameye dayanılarak verilen mahkeme kararı dahi geçici niteliktedir ve bir hakkın varlığını veya yokluğunu tesbit eden veya bir hakkı ihdas eden yahut ortadan kaldıran kesin hüküm niteliğinde değildir. Nitekim, ‘...temlik tasarrufların durdurulması ile ilgili’ 1964 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi, 3.2.1988 tarih, 88/12592 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlükten kaldırılmış; bu kararnameye ek olarak çıkarılan Bakanlar Kurulu’ nun 23.3.1988 tarih, 1998/12757 Sayılı kararnamesi ile de: ‘Yürürlükten kaldırılmış bulunan 2.11.1964 tarih 6/3801 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi zamanında, ölüme bağlı tasarruf yolu ile lehlerine hak tesisi amaçlanan kişiler veya veraset yolu ile yasal mirasçılar adına tescil edilmemiş olan gayrimenkullerin anılan kişiler adına tesciline imkan sağlanması’ kararlaştırılmış ve bu kararname 24.3.2008 gün ve 19764 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Böylece, temlik tasarrufların yapılmasına engel teşkil eden Kararname ortadan kalkmakla; bu kararname zamanında ölüme

kararnemeleriyle mukabele-i bilmisil tedbirleri uygulanmıştır<sup>181</sup>. 1 Ekim 1966 tarihli Bakanlar Kurulu Kararına<sup>182</sup> dayanılarak çıkarılan ve hâlâ yürürlükte olan Suriye Uyrukluların Mallarının Tespiti ve Bu Mallara El Konulması Hakkında 1966 tarihli Yönetmelik<sup>183</sup> ile Suriye uyruklu gerçek ve tüzel kişilerin taşınmazlarına Hazine tarafından mukabele-i bilmisil tedbiri olarak el konulmuştur<sup>184</sup>. 1967 tarihinde de Suriye Uyruklu Özel ve Tüzel Kişilerin Hazinece Elkonulan Mallarının İdaresi Hakkında Yönetmelik<sup>185</sup> ile de el konan malların idaresi Hazineye bırakılmıştır. Söz konusu tedbirler Suriye uyruklu mirasçılara intikal edecek taşınmazlar yönünden de uygulanacaktır<sup>186</sup>.

---

bağlı tasarruf yolu ile lehlerine hak tesisi amaçlanan kişiler veya veraset yolu ile yasal mirasçılar adına tescil edilmemiş olan gayrimenkullerin anılan kişiler adına tescili de olanaklı hale gelmiştir.’(YHGK, T. 01.02.2012, E. 2011/3-595, K. 2012/33).

<sup>181</sup> Türkiye’nin karşı işlem (mukabele-i bilmisil) uygulamaları hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. SARGIN, Taşınmaz Mal, s. 147-156.

<sup>182</sup> Bakanlar Kurulu tarafından Mukabele-i Bilmisil Kanununa dayanılarak 1939, 1942, 1957 ve 1966 yıllarında çıkarılan kararnemelerle Suriye vatandaşlarının Türkiye’deki taşınmaz mallarına el koyulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: SARGIN, Taşınmaz Mal, s. 147-156. ÜÇÜNCÜ, Sezen: 6302 Sayılı Kanun’un Yürürlüğe Girmesinden Sonra Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Satın Alma Yolu İle Türkiye’de Taşınmaz Mülkiyeti Edinimi, MHB, Cilt: 34, Sayı: 2, 2014, s. 123-127.

<sup>183</sup> RG T. 17.10.1966, S. 12428.

<sup>184</sup> Bu yönetmeliğe göre; Suriyelilere ait olan ve bu nedenle el konulan taşınır ve taşınmaz mallar ile her türlü hak ve menfaatlerin idaresinden meydana gelen tutar ve Maliye Bakanlığı tarafından mal sandıklarına devrine lüzum gösterilen paralar, mal sandıklarına “Suriye uyruklu özel ve tüzel kişilere ait mallar” adıyla adi emanetler defterinde açılan partiye kaydolunur (m. 35).

<sup>185</sup> RG T. 06.11.1967, S. 12743.

<sup>186</sup> ‘... Suriye uyruklu kişilerin Türkiye’de bulunan taşınmaz malları yönünden 1062 sayılı Kanun ile ve 13.11.1939 gün ve 2/10250 sayılı, 18.11.1957 gün ve 4/9697 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnemeleri ile kısıtlamalar getirilmiş, bu kararnemeler ile Suriye uyruklu kişilerin Türkiye’de bulunan taşınmazlarının her türlü tedavülü yasaklanmış, üzerlerinde aynı hak kurulması da önlenmiştir. 01.10.1966 gün ve 6/7104 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile de bu gibi mallara vaziyet edilmesi kararlaştırılmıştır. Anılan bu kısıtlayıcı hükümlerin Suriye uyruklu mirasçılara intikal edecek taşınmazlar yönünden de uygulanacağı

Yabancıların miras yoluyla taşınmaz edinmesini veya bu mallar üzerinde sınırlı ayni hak tesisini sınırlandıran güncel kurallar ile ilgili olarak doktrinde bu kuralların miras hakkı<sup>187</sup> ile değil terekenin iktisabı ile ilgili olduğu, yabancıların miras yoluyla taşınmaz iktisabının bu konuda genel ilke ve şartları düzenleyen Tapu Kanunu m. 35/1'e tabi olduğu; bu sebeple de ilgili hükme aykırılık halinde iktisabın gerçekleşmeyeceği ifade edilmiştir<sup>188</sup>. Söz konusu hükümlerin mirasın iktisabı ile ilgili olduğunu ve MÖHUK m. 20/2 gereği Türk hukukunda yer alan kuralların uygulanması gerektiği değerlendiren bir diğer yazara göre de Türkiye'de bulunan taşınmaz terekenin intikalini sağlayacak tapu işlemleri bakımından konu kanunlar ihtilâfı ile birlikte yabancılar hukukunun uygulama alanına girmektedir<sup>189</sup>. Aynı doğrultuda bir başka yazara göre de bu kurallar yabancıların Türkiye'deki taşınmaz terekeyi miras yoluyla iktisabı ile ilgili olsa da Türk hukukunda yer alan sınırlandırıcı kurallar sebebiyle iktisap mümkün değilse, yabancıların mirası iktisap ehliyeti olmayacağından mirasçılık belgesi talebiyle açılan davanın reddedilmesi gerekir; ancak mirası iktisap ehliyeti varsa miras payı TMK'ya göre tespit edilebilir<sup>190</sup>.

Kanaatimizce de yabancıların miras yoluyla taşınmaz edinmesini veya bu mallar üzerinde sınırlı ayni hak tesisini sınırlandıran kurallar

---

kuşkusuzdur' (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, T. 21.03.2019, E. 2016/8239, K. 2019/2548).

<sup>187</sup> Ancak Yargıtay Türkiye'de bulunan taşınmazlar bakımından karşılıklılık şartının kaldırılmasından sonra 6302 sayılı Kanun döneminde, verilen bir kararında da mirasçılık belgesi verilmesi talebi üzerine Letonya vatandaşı olan mirasçı bakımından değerlendirme yapılırken 6301 sayılı Kanuna göre Letonya'nın Bakanlar Kurulunun belirlediği ülkeler arasında olup olmadığının ilgili kurumdan sorulmak suretiyle tespitine, Türkiye ile Letonya arasında miras yoluyla mülk edinmeye yönelik sınırlama olup olmadığının saptanmasına ve mirasın ölüm tarihi itibarıyla miras yoluyla mülk edinmeye yönelik sınırlama olduğu takdirde gayrimenkuller yönünden mirasın eşinin mirasçı olamayacağına gözetilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay 14. HD, T. 04.12.2017, E. 2016/7363, K. 2017/9059.

<sup>188</sup> ÇELİKEL, Aysel / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 348.

<sup>189</sup> TANRIBİLİR, MÖHUK, s. 140.

<sup>190</sup> EKŞİ, Miras, s. 72.

mirasçılık sıfatına değil mirasın iktisabına yöneliktir<sup>191</sup>. Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke bakımından yabancıların mirasçılık sıfatı MÖHUK m. 20/1 uyarınca miras statüsü olan Türk hukukuna, TMK’ya göre belirlenir. Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke bakımından mirasın iktisabı da MÖHUK m. 20/2 gereği Türk hukukuna göre gerçekleştirilir. TMK uyarınca mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanacaklarından, Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasbırakanın aynî haklarını da doğrudan doğruya kazanırlar (m. 599). Nitekim Kanun, mirası taşınmaz mülkiyetinin istisnai olarak tescilsiz kazanılmasını sağlayan hallerden biri olarak düzenlenmiştir (m. 705/2). Ancak aynı madde gereği malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır. Türkiye’de bulunan taşınmaz malların yabancılar adına tescili<sup>192</sup> ise Tapu Kanunu m. 37’de açıklandığı üzere mirasçılık belgelerine istinaden yapılacaktır<sup>193</sup>. Mirasçılık belgesi bir yandan mirasın kendiliğinden intikal ettiği kişilerin mirasçı sıfatlarını ispat etmelerine yarayan<sup>194</sup> bir belgeyken bir yandan da terekeye dâhil mal ve haklar üzerinde mirasçıların tasarrufta bulunabilmelerini sağlayan bir belgedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere belge düzenlenirken yabancıların Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke bakımından mirasçılık sıfatı MÖHUK m. 20/1’e göre TMK hükümlerince belirlenir. Türkiye’de bulunan taşınmaz terekenin mirasçı tarafından iktisabı da MÖHUK m. 20/2 gereği Türk hukukuna göre gerçekleştirilir. Tapu Kanunu m. 37’de de açıklandığı üzere yabancı gerçek kişilerin tapuda intikal işleri mirasçılık belgesine istinaden yapılacağından, tescil için mirasçılık belgesine ihtiyaç duyulur. Belgenin düzenlendikten sonra (aksi her zaman

<sup>191</sup> TANRIBİLİR, *Mirasçılık Sıfatı*, s. 730-731; BARAN ÇELİK, *Ölüme Bağlı Tasarruflar*, s. 135; ÇELİKEL / ÖZTEKİN GELGEL, s. 348. Yargıtay da 18.04.2019, tarihli bir kararında Mahkemece mirasbırakanın ölüm tarihine göre Türkiye ile ABD arasında taşınmazların miras yoluyla intikaline ilişkin olarak karşılıklılık mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. dp. 148.

<sup>192</sup> Tapu memurunun, mirasçılık belgesinin içeriğinin doğruluğunu araştırma yetkisi yoktur. Bkz.: KOCAĞA, s. 100.

<sup>193</sup> Tapu Sicili Tüzüğünde de aynı hakların tescili istemi yasal veya atanmış mirasçılar tarafından yapılırsa tescil için yetkili merciler tarafından verilmiş mirasçılık belgesi aranacağını ayrıca resmi senet düzenlenmesi gerekmediği düzenlemiştir (m. 21/a).

<sup>194</sup> AKBİYİK, s. 488.

ispat edilebilse de) terekeye dâhil taşınmaz/sınırlı aynı hak üzerinde tasarruf yetkisi sağlama fonksiyonu, belge düzenlenirken Türk hukukunda yabancıların miras yoluyla taşınmaz edinmesini veya bu mallar üzerinde sınırlı aynı hak tesisini sınırlandıran kuralların da dikkate alınmasını zorunlu kılar; zira<sup>195</sup> bu sınırlamalar, yabancıların TMK hükümlerince mirasçılık sıfatı kazanmasına rağmen taşınmazın kendisini elde etmesini ya da üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini önler. Kanaatimizce mahkemeler tarafından mirasçılık belgesi düzenlenmesi talepleri değerlendirilirken, yabancı mirasçıların Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke bakımından mirasçılık sıfatı yok sayılarak talepleri reddedilmemeli; belge düzenlenirken mahkeme tarafından bu sınırlamaların varlığı zaten araştırılacağı için aykırılık halinde buna dair tespit ve ilgili Kanunlara göre aykırılığa bağlanan sonuç yani tasfiye, kamulaştırma ya da tedbir, uygulamada da netlik ve kolaylık sağlayacağı için<sup>196</sup> mirasçılık belgesinde gösterilmelidir<sup>197</sup>. Aykırılık halinde tasfiye ya da kamulaştırma öngörüldüğünde de kamulaştırma/tasfiye bedelinin hak sahibine verilmesi mirasçı bakımından miras hakkının eşya üzerinde olmasa da bedeli üzerinde

<sup>195</sup> Aynı doğrultuda bkz.: TANRIBİLİR, MÖHUK, s. 140.

<sup>196</sup> Bu şekilde tescille birlikte tasarruf yetkisini kısıtlayan ya da yasaklayan şerhler ilgili taşınmazın kayıtlı olduğu tapu kütüğünün şerhler sütununa yazılabilir. Tapu Sicil Tüzüğüne göre, kütüğün şerhler sütununa kişisel haklar, tasarruf yetkisini kısıtlayan veya yasaklayan şerhler, geçici tescil şerhleri ile kanunlarda öngörülen diğer hususlar yazılır (m. 46). Bu noktada Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Dairesi Başkanlığının 19.06.2015 tarihli Genelgesi örnek olarak gösterilebilir. Genelgeye göre, Suriye vatandaşlarının miras yoluyla intikal edecek mallarında 1062 sayılı Kanun uyarınca alınan muhtelif Bakanlar Kurulu Kararları gereğince tasfiye yoluna gidilmeyip sicillerine “1062 sayılı Kanun uyarınca Hazinece el konulmuştur” şerhinin konulması gerekmektedir. Genelge için bkz.: <https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/suriye.pdf> (01.11.2019).

<sup>197</sup> ‘...Yabancı mirasbırakan hakkında mirasçılık belgesi verilmesini engelleyen bir hüküm bulunmadığından Yunan uyruklu mirasçı bakımından mirasçılık belgesi düzenlenirken Türkiye’de bulunan taşınmazlar yönünden Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde öngörülen kısıtlamaların belirtilmesinin düşünülmesi, toplanan ve toplanacak deliller bir arada değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken Mahkemece yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir’ (Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 20.06.2014 E. 2013/21375, K. 2014/13039).

devam ettiğini göstermekte<sup>198</sup>; tedbir kararı verildiğinde de -istisnai durumlar saklı olmakla birlikte<sup>199</sup>- tedbir kararı yürürlükte olduğu sürece kazandırıcı tasarruflara izin verilmese de karar kaldırıldığında bu imkân verilebilmektedir<sup>200</sup>. Nitekim Tapu Kanunu’nda 2003 yılında yapılan değişiklik de mirasçı bakımından miras hakkının eşya üzerinde olmasa da bedeli üzerinde devam ettiği sonucunu ortaya koymaktadır. Kanunda açıkça düzenlenmese de<sup>201</sup> aksi de düzenlenmediğinden miras yoluyla edinilen taşınmaz bakımından Kanundaki sınırlamalara aykırılık halinde öngörülen tasfiyeden önce intikalin gerçekleşeceği<sup>202</sup> sonucuna varılabileceği gibi<sup>203</sup> tasfiye bedelinin hak sahibine verilmesi de miras hakkının tasfiye bedeli üzerinde devam ettiğini ortaya koymaktadır<sup>204</sup>.

---

<sup>198</sup> TANRIBİLİR, MÖHUK, s. 140.

<sup>199</sup> Ancak Mukabele-i Bilmisil Kanuna göre tedbir amaçlı el konulan taşınmaz mallar tasfiye edilmişse tasfiye bedeli yabancı devletin uygulaması nedeniyle zarar gördüğünü ispat eden Türk vatandaşlarına dağıtılabilir (m. 1/2).

<sup>200</sup> Yunanistan vatandaşlarının temlik tasarrufların yapılmasına engel teşkil eden Kararname yürürlükten kaldırıldığında ; bu kararname zamanında ölüme bağlı tasarruf yolu ile lehlerine hak tesisi amaçlanan kişiler veya veraset yolu ile yasal mirasçılar adına tescil edilmemiş olan gayrimenkullerin mirasçıları adına tescili de olanaklı hale gelmiştir. Bkz.: dp. 180.

<sup>201</sup> Kanunda açık düzenleme olmaması sebebiyle uygulamada mirasçılık belgesi düzenlenmesinde sorun yaşandığı yönünde bkz.: EKŞİ, Taşınmaz, s. 144.

<sup>202</sup> Konuyla ilgili 1734 sayılı 06.08.2012 tarihli Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün Genelgesinde de miras yoluyla intikallerde, öncelikle intikalin yapılacağı ve daha sonra tasfiye sürecinin işletileceği belirtilmiştir. Bkz.: [https://www.kanunum.com/files/2012-1734%20\(1\).pdf](https://www.kanunum.com/files/2012-1734%20(1).pdf) (05.12.2019).

<sup>203</sup> Tapu Kanununda düzenlenen tasfiye ile ilgili hükümlerde Türkiye’de bulunan taşınmaz terekenin Kanunla belirlenen sınırların dışında kalması durumunda, miras yoluyla edinilen taşınmazın tasfiyesinin verilecek süre içinde öncelikle ‘maliki’ tarafından yapılacağına dair ifadesi değerlendirildiğinde, taşınmazların tasfiyeden önce mirasçılar adına tescil edileceği yani intikalin gerçekleşeceği sonucuna varılabilir.

<sup>204</sup> Bununla birlikte yabancıнын miras sebebiyle maliki olduğu taşınmaz üzerinde, TMK tarafından malike tanınan, hukuk düzeninin sınırları içinde maliki olduğu şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi (m. 683/1) Kanun tarafından tasfiye ile sınırlandırılmıştır.

Yabancıların miras yoluyla taşınmaz edinimi hususunda mevcut ilke ve kanuni sınırlamalar değerlendirilirken dikkate alınması gereken bir diğer husus da buldukları ülkedeki hukuki durumları, milletlerarası teamül, milletlerarası anlaşmalar ya da iç hukuk kurallarınca diğer yabancılara göre özellik arz eden özel statülü yabancılar<sup>205</sup>, vatansızlar ile Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin bu sınırlamalardan etkilenip etkilenmeyeceğidir. Konumuz bağlamında öncelikle Kanun gereği Türkiye’de (miras yoluyla) taşınmaz mülkiyeti edinme bakımından Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanan özel statülü yabancıların tespiti gerekecektir. Yürürlükte olan mevzuat değerlendirildiğinde bu yabancıların; Türk vatandaşı olup çıkma izni olarak Türk vatandaşlığını kaybeden yabancılar (Mavi Kartlılar), uzun dönem ikamet izni ve süresiz çalışma izni sahibi yabancılar, Turkuaz Kart hamilleri ile KKTC vatandaşları oldukları söylenebilir<sup>206</sup>.

Türk Vatandaşlığı Kanunu hangi yabancıların Mavi Kart sahibi olabileceğini ve bu yabancıların sahip olabilecekleri hakları genel olarak 28. maddesinde düzenlemiştir. Kanuna göre, millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalma kaydıyla, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler (m. 28/1). Cumhurbaşkanı gerekli görmesi halinde üçüncü dereceden itibaren hangi dereceye kadar olan altsoyların bu maddede tanınan haklardan faydalanabileceğini belirleyebilir (m. 28/4). Bu madde kapsamında bulunan kişilere, talepleri halinde bu maddede belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren Mavi Kart düzenlenir (m. 28/6). İlgili maddede sayılan istisnalar seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithal etme haklarıdır. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik<sup>207</sup> konuyla ilgili daha ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir. Yönetmeliğe göre, bu kişilerin Türkiye’deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemler, ilgili kurum ve

---

<sup>205</sup> DOĞAN, Vahtit: Türk Yabancılar Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 16.

<sup>206</sup> BARAN ÇELİK, Neşe: Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması, TBB Dergisi 2017 (130), s. 379-380. DOĞAN, Yabancılar, s. 29.

<sup>207</sup> RG 06.04.2010, S. 27544.

kuruluşlarca Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütülür (m. 52/2). Dolayısıyla mavi kart hamili yabancılar Türkiye’de miras yoluyla taşınmaz edinimi/taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisi bakımından herhangi bir şart ya da sınırlamaya tabi tutulmadan Türk vatandaşı gibi muamele görecektir. Bununla beraber söz konusu hakkın tanınmasında ya da uygulanmasında, mavi kartlılara tanınan hakların TVK gereği millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla tanındığı da dikkate alınmalıdır<sup>208</sup>. Türk hukukunda mavi kartlı yabancılarla tanınan bu haklar benzer şekilde YUKK uyarınca uzun dönem ikamet izni bulunan yabancılarla tanınmıştır (m. 44)<sup>209</sup>. Kanuna göre, Türkiye’de kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle kalmış olan ya da Göç Politikaları Kurulunun belirlediği şartlara uyan yabancılarla, İçişleri Bakanlığının onayıyla valilikler tarafından süresiz ikamet izni verilir (m. 42/1)<sup>210</sup>. Kanuna göre seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme muafin araç ithal etme özel kanunlardaki düzenlemeler hariç bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanırlar. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik<sup>211</sup> uyarınca bu kişilerin Türkiye’de miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemleri, ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuata göre yürütülecektir (m. 41/1-ç). Kanun uyarınca bu yabancılarla tanınan haklara, Cumhurbaşkanı, kısmen veya tamamen kısıtlamalar getirebilir (m. 44/2).

---

<sup>208</sup> 403 sayılı Kanun döneminde Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan bir Genelgede doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan izin almak suretiyle çıkan ve Genelgede sayılan bazı ülkelerin vatandaşlığını kazanan kişilerin taşınmaz mülkiyeti edinme hususunda Türk vatandaşı gibi işlem görmeyeceği belirtilmiştir. Konuyla ilgili bkz.: EKŞİ, Taşınmaz, s. 235.

<sup>209</sup> Bu yabancılarla tanınan hakların kullanılmasında özel kanunlarda Türk vatandaşı olma koşulu aranmışsa, uzun dönem ikamet iznine sahip olan kişiler bu haklardan yararlanmayı talep edemeyeceklerdir (Yön. m. 41/2).

<sup>210</sup> Kanun gereği mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri ile insani ikamet izni sahiplerine ve geçici koruma sağlananlara, uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanınmaz (m. 42/2).

<sup>211</sup> RG 17.03.2016, S. 29656.



Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK)<sup>212</sup> ile statüsü belirlenen bir diğer özel statülü yabancı grubunu ise Türkiye’de süresiz çalışma izni sahibi olan yabancılar oluşturmaktadır. Kanuna göre, Türkiye’de uzun dönem ikamet izni veya en az sekiz yıl kanuni çalışma izni olan yabancılar süresiz çalışma iznine başvurabilir (m. 10/3). Süresiz çalışma izni olan yabancı, uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancı, özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacağı hükme bağlandığından (m. 10/4)<sup>213</sup> söz konusu yabancılar da Türkiye’de miras yoluyla taşınmaz edinimi bakımından Türk vatandaşı gibi muamele görecektir.

Özel statülü yabancılar arasında Turkuaz Kart hamilleri de yer almaktadır. Asıl olarak yüksek nitelikli işgücü olarak kabul edilen yabancılara<sup>214</sup> Türkiye’de ikamet ve çalışma hakkı sağlamak üzere tasarlanan Turkuaz Karta ilişkin hükümler, UİK ve Turkuaz Kart Yönetmeliğinde<sup>215</sup> yer almaktadır. UİK uyarınca, Turkuaz Kart genel olarak uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye’deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara verilir (m. 11/1)<sup>216</sup>. Yönetmeliğe göre, Turkuaz Kart sahibi süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanır (m. 19). Aynı hükme göre Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuata göre yürütülecek işlemleri arasında Türkiye’de miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı konuları da yer almaktadır.

---

<sup>212</sup> RG 28.07.2016, S. 29800.

<sup>213</sup> Süresiz çalışma izni olan yabancıların da diğer özel statülü yabancılar gibi sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutulmuş; seçme, seçilme ve kamu görevlerine girme hakkı tanınmamış ve askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü de kabul edilmemiştir (m. 10/4).

<sup>214</sup> UİK uyarınca, geçici koruma sağlanan yabancılara Turkuaz Kart verilmeyecektir (m. 11/6).

<sup>215</sup> RG T. 14.03.2017, S. 30007.

<sup>216</sup> Turkuaz Kart uygulaması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: BARAN ÇELİK, Güncel, s. 373-381.

Konumuz kapsamında son olarak değerlendirmemiz gereken özel statülü yabancılar Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlarıdır. 19 Temmuz 1999 tarihinde imzalanan “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İki Ülke Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanınmasına İlişkin Anlaşma”<sup>217</sup> KKTC vatandaşlarının Türkiye’de taşınmaz mal satın alma işlemleri kolaylaştırılması yönünde hüküm içermektedir (m. 4). Nitekim Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşleri Dairesi Başkanlığı konuyla ilgili bir genelge hazırlayarak 1999 tarihli Anlaşma ve 20.12.2000 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile KKTC vatandaşlarının Türkiye’de miras yoluyla taşınmaz edinimlerinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlandırılmaları, yabancılara uygulanan kanuni kısıtlayıcı hükümlerden muaf oldukları bildirilmiştir<sup>218</sup>.

Türk vatandaşlığının kaybının miras hakkı üzerindeki etkisine gelince; Türk Vatandaşlığı Kanunu<sup>219</sup> ve Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik<sup>220</sup> hükümleri esas alındığında Türk vatandaşlığını iradi ya da irade dışı kaybetmenin genel sonucunun kişinin, kayıp tarihinden itibaren yabancı statüsüne geçmesi olduğu sonucuna varılacaktır<sup>221</sup>. (TVK m. 27/1, m. 33/1; TVKUY m. 47). Mevzuatta bu kişilerin miras hakkını ortadan kaldıran<sup>222</sup> ya da sınırlandıran herhangi bir hüküm de yoktur. Böylece bu kişiler artık Türkiye’de sadece yabancılar hukukunun kendisine tanıdığı haklara sahip olabilecek ve yine Türkiye’de miras yoluyla taşınmaz edinimi ya da taşınmaz üzerinde aynı hak tesisi bakımından yürürlükte olan sınırlandırmalar bu kişiler bakımından da geçerli olacaktır. Bu kuralla

<sup>217</sup> RG T. 11.11.1999, S. 23873.

<sup>218</sup> 14.01.2013 tarihli Genelge için bkz.: [https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/2013-5\\_kktc\\_belge\\_resmi\\_onay\\_kalkt.pdf](https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/2013-5_kktc_belge_resmi_onay_kalkt.pdf) (01.11.2019).

<sup>219</sup> RG T. 12.06.2009, S. 27256.

<sup>220</sup> RG 06.04. 2010, S. 27544.

<sup>221</sup> Bkz.: GÜNGÖR, Gülin; *Tâbiyet Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 215.

<sup>222</sup> Yargıtayın bir dönem verdiği ve vatandaşlıktan iskat halinde miras hakkından mahrumiyet olacağı yönündeki kararları doktrinde kanuni gerekçeden mahrum olması sebebiyle haklı olarak eleştirilmiştir. Kararlar ve eleştirisi için bkz.: ARAT, T., “Türk Vatandaşlığından Iskat Edilen Kişilerin Mülkiyet ve Miras Hakları”, AÜHFD., 1974, C.XXXI, S. 1-4, s. 322 ve 357.

ilgili tek istisna yukarıda da anlatıldığı üzere doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler yani Mavi kartlılardır.

Vatansızlar, YUKK uyarınca (m. 3/1-ş) yabancı olmaları itibariyle kural olarak yabancılar bakımından mevcut düzenlemeler onlar için de geçerli olacaktır. Ancak YUKK'ta hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan kişi olarak tanımlanan (m. 3/1-ş) vatansızlar bakımından temel sorun Tapu Kanunu'da yer alan ve taşınmaz edinme/sınırlı ayni hak tesis edebilme bakımından kabul edilen 'Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olmak' şartının nasıl uygulanacağıdır. Konuyla ilgili, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından 2014 yılında yayınlanan 'Tapu Sicili Uygulamaları' kitabına göre, vatansızlar söz konusu olduğunda vatansız olduklarını gösterir belgeyi<sup>223</sup> tapu müdürlüklerine sunmaları halinde, taşınmaz edinilebilen ülke vatandaşlarına uygulanan hükümler çerçevesinde taşınmaz mal ve sınırlı ayni hak edinebilirler<sup>224</sup>.

## VI. YABANCILIK UNSURU İÇEREN MİRASÇILIK BELGESİ DÜZENLENMESİ TALEPLERİNDE İSPAT YÜKÜ VE DELİLLER

Mirasbırakanın Türkiye'de bulunan terekesi için mirasın açılma sebepleri MÖHUK m. 20/2 gereği TMK'ya göre belirlenecektir. Bu sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispatı hususunda yetkili hukuk ise milletlerarası usul hukuku kuralları dikkate alınarak belirlenecektir. Yabancılik unsuru içeren davalarda ispat yükünün kime ait olduğuna dair kurallar, kural olarak maddi hukuka ait kabul edilir ve bu hususta yetkili hukuk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilir<sup>225</sup>. Bu davalarda hangi tür delillerin kullanılacağı, delillerin ispat gücü,

<sup>223</sup> YUKK uyarınca vatansızlığın tespiti Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından yapılır (m. 50/1). Vatansız kişiler, Vatansız Kişi Kimlik Belgesi almakla yükümlü olup, belge Genel Müdürlüğün uygun görüşü alınarak valiliklerce düzenlenir (m. 50/2).

<sup>224</sup> Bkz.: Tapu Sicili Uygulamaları Kitabı s. 626.

<sup>225</sup> Bununla beraber doğrudan doğruya usul hukukuna ait sebeplere bağlanmış bulunan ispat yüküne ait kurallar söz konusu olduğunda hakim in hukuku uygulanır. NOMER, s. 402-403; ÇELİKEL / ERDEM, s. 496-497; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 480.

delillerin toplanması ve mahkemeye sunulması, delillerin toplanmasında hangi ilkenin esas alınacağı<sup>226</sup> ise (kendiliğinden araştırma ya da taraflarca hazırlama) hâkimin hukukuna tâbidir<sup>227</sup>. Dolayısıyla Türkiye’de mirasçılık belgesi düzenlenmesi talepleri bakımından mirasın açılma sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından ispat yükünün kimde olduğu ile bu hususu ispat için hangi tür delillerin kullanılacağı Türk hukukuna göre tespit edilecektir.

TMK uyarınca miras ilk olarak ölüm sebebiyle açılır (m. 575). Mirasçılık belgesi düzenlenmesi talep edildiğinde mirasbırakanın ölümünün ispatlanması gerekir. Mirasçılık belgesi düzenlenmesi çekişmesiz yargı yoluyla talep edildiğinde kendiliğinden araştırma ilkesi<sup>228</sup> geçerlidir ve hâkimin, taraflarca ileri sürülen vakiaları doğrudan doğruya araştırma yetkisi ve yükümlülüğü bulunur<sup>229</sup>. Re’sen araştırma ilkesinin bir sonucu olarak, hâkim ilgililerin gösterdikleri delillerle ve ikrarla bağlı değildir; ispat yüküne ilişkin kurallar uygulama alanı bulmaz<sup>230</sup>. Mirasçılık belgesi talepleri çekişmeli yargı yoluyla düzenlendiğinde ise çekişmeli yargıya tabi davalarda kural olarak taraflarca hazırlama ilkesi kabul edildiğinden, hâkim tarafların talepleri ile bağlı olacak; talepte bulunan tarafların iddia ettiği olaylar ve ileri sürdüğü delillerle yetinerek karar vermek zorunda kalacaktır<sup>231</sup>.

TMK, ölüm olayının gerçekleştiğinin ispatı bakımından ispat yükünün kime ait olduğu konusunda özel hüküm içermektedir. Kanun uyarınca, bir hakkın kullanılması için bir kimsenin sağ veya ölü olduğuna

---

<sup>226</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 479.

<sup>227</sup> NOMER, s. 402; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 479; DOĞAN, Milletlerarası, s. 33.

<sup>228</sup> HMK uyarınca, çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça resen araştırma ilkesi geçerlidir (m. 385/2).

<sup>229</sup> ÖZMUMCU, Seda: Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Resen Araştırma İlkesi (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı –XII, 18-19 Ekim 2014 – Isparta), SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, Y.2014, s. 166-167.

<sup>230</sup> BUDAK, Ali Cem: Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IV, Ankara 30 Eylül - 1 Ekim 2005), TBB Yayınları, No: 108, 2006, s. 170.

<sup>231</sup> BUDAK, s. 168.

veya belirli bir zamanda ya da başka bir kimsenin ölümünde sağ bulunduğunu ileri süren kimse iddiasını ispat etmek zorundadır (m. 29) Yine Kanun uyarınca ölüm öncelikle nüfus sicilindeki kayıtlarla, nüfus sicilinde bir kayıt yoksa veya bulunan kaydın doğru olmadığı anlaşılırsa gerçek durum her türlü delille ispatlanabilir (m. 30/2). Türk vatandaşı mirasbırakanın ölümü, ölmüş sayılması ya da gaipliği, Nüfus Hizmetleri Kanunu<sup>232</sup> uyarınca nüfus kayıtları yoluyla ispatlanabilecektir (m. 32, m. 34).

Ölenin yabancı olması durumunda, ölüm olayının ispatı için, konuyla ilgili Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümleri<sup>233</sup> saklı kalmak kaydıyla, yabancının yabancılar kütüğünde<sup>234</sup> kaydı bulunan yabancı olması halinde Türkiye'de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik<sup>235</sup> hükümleri uygulanır. Yönetmeliğe göre, kayıtlı yabancıların ölümü, ölüm belgesinin nüfus müdürlüğüne gönderilmesi ile yabancılar veri giriş formu ile ölüm olayı kişinin kaydına işlenir (m. 19); ilgilisi ya da kurum veya kuruluşlarca istendiğinde ilgili kişiye veya talep eden kurum veya

---

<sup>232</sup> RG T. 29.04.2006, S. 26153.

<sup>233</sup> Türkiye'de ölen yabancıların ölüm olaylarının bildirilmesi hususunda ikili Konsolosluk anlaşmaları yanı sıra Ahvali Şahsiye Konusunda Milletlerarası Malumat Teatisi Hakkında Sözleşme (RG T. 13.07.1962, S. 11153); Bazı Ölümlerin Tespitine Ait Sözleşme (RG T. 09.09.1971, S. 13959) Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (RG T. 29.05.1975, S. 15249) ile Kişi Halleri Konusunda Milletlerarası Karşılıklı Bilgi Verilmesine İlişkin Sözleşme (RG T. 17.06.2003, S. 25141) hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, Elif: Türkiye'de Ölen Yabancıların Cenaze İşlemleri, MHB, Cilt: 37, Sayı: 2, 2017, s. 263-267.

<sup>234</sup> Yabancılar kütüğü, 2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (RG T. 11.04.2013, S. 28615) hükümlerince Türkiye'de herhangi bir amaçla az altı ay süreli ikamet izni bulunan yabancıların kayıtlarının tutulduğu kütüktür (Türkiye'de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik m. 4/1-ğ).

<sup>235</sup> RG, T. 20.10/2006, S. 26325. Bu Yönetmeliğin amacı; Türkiye'de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli yabancılara mahsus ikamet tezkeresi alan yabancıların kimlik bilgilerinin ve beyan edecekleri nüfus olaylarının yabancılar kütüğünde tutulmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir (m. 1). Yabancılar kütüğü, Türkiye'de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli yabancılara ait ikamet tezkeresi verilen yabancıların kayıtlarının tutulduğu kütüktür (m. 4/1-ğ).

kuruluşa yabancılar kütüğünden çıkartılacak yabancılar kayıt örneği onaylanarak verilir (m. 23/1).

Türk vatandaşı mirasbırakanın ölmüş sayılması ya da gaipliği, Nüfus Hizmetleri Kanunu<sup>236</sup> uyarınca nüfus kayıtları yoluyla da ispatlanabilecektir (m. 32 ve 34). Ayrıca 2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu<sup>237</sup> hükümlerince Türkiye’de herhangi bir amaçla az altı ay süreli ikamet izni bulunan yabancıların gaipliği durumunda da Türkiye’de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik uyarınca gaipliğe ilişkin belgenin nüfus müdürlüğüne intikal etmesi halinde; yabancılar veri giriş formu ile gaiplik olayı kişinin kaydına işlenecek (m. 20) ve ilgilisi ya da kurum veya kuruluşlarca istendiğinde ilgili kişiye veya talep eden kurum veya kuruluşu yabancılar kütüğünden çıkartılacak yabancılar kayıt örneği onaylanarak verilecektir (m. 23/1).

Mirasçılık sıfatının ispatı bakımından da hangi delillerin kullanılabilmesi ve delillerin ispat gücü hâkimin hukukuna göre belirlenecektir. Yasal mirasçılar söz konusu olduğunda bunlar ile mirasbırakan arasındaki irs bağlantısı kanıtlanmak zorundadır<sup>238</sup>. Yasal mirasçılık, Türk hukukuna göre öncelikle nüfus kayıtlarına göre, nüfus kaydı bulunmaması hâlinde ise her türlü delille ispatlanabilir<sup>239</sup>. Yargıtay kararlarında işaret edildiği üzere, bu hususta nüfus kayıtları dışında mahkeme ilâmları, tapu ve vergi kayıtları, iskân belgeleri, muhtarlık belgeleri, askerlik kayıtları, tanık ifadelerinden de delil olarak yararlanılabilir<sup>240</sup>. Bu bağlamda, mirasbırakanın ya da mirasçılarının Türk

<sup>236</sup> RG T. 29.04.2006, S. 26153.

<sup>237</sup> RG T. 11.04.2013, S. 28615.

<sup>238</sup> Bkz.: dp. 242.

<sup>239</sup> COŞAR, s. 57; İYİLİKLİ, s. 310-314.

<sup>240</sup> ‘...davacının babası ...’nun, muris ...’in oğlu olduğu mahalli bilirkişi, tanık beyanları, 15.10.1936 tarihli Tabiiyet Beyannamesi ve nüfus kayıtları ile anlaşılmıştır. Buna karşın, mahkemece tüm mirasçılar ve miras payları gösterilmeksizin mirasçılık belgesi verilmesi doğru görülmemiş hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir (Yargıtay 14.HD, T. 19.09.2019, E. 2018/5227, K. 2019/5525 K). Ayrıca Yargıtay bir diğer kararında da mirasçılık belgesinin verilmesinde, hareketli nüfus kayıtları, mahkeme ilâmları, tapu ve vergi kayıtları, iskân belgeleri, muhtarlık belgeleri, askerlik kayıtları, tanık ifadelerinden delil olarak yararlanılacağını ifade etmiştir. (Yargıtay 14. HD, T. 25.02.2019, E. 2017/4849, K. 2019/1595).

vatandaşı olması ya da yabancı olmakla birlikte yabancılar kütüğüne kayıtlı olması durumunda Türkiye’de tutulan nüfus kayıtlarından yararlanılabilir. Mirasçıların ya da mirasbırakanın yabancılar kütüğüne kayıtlı olmaması durumunda ise öncelikle nüfus kaydı; olmadığı takdirde bu hususta her türlü delille ispat kabul edildiğinden, kanaatimizce milletlerarası istinabe<sup>241</sup> yoluyla ilgili devletlerden de yabancıların varsa nüfus kayıtları ya da benzer işlevi gören kayıt, sicil ve diğer belgelerin talep edilmesi<sup>242</sup> dışında tanık ifadelerine, bilirkişi aracılığıyla belge incelenmesi yoluna da başvurulabilir. Yabancı mahkeme ilâmlarından da MÖHUK (m. 58) uyarınca tanınmaları halinde kesin delil; tanınmamaları durumunda da takdiri delil olarak yararlanılabilir<sup>243</sup>. Atanmış mirasçı ya da vasiyet alacaklısının lehine mirasçılık belgesi düzenlenmesini talep etmesi durumunda ise ilgili ölüme bağlı tasarrufu mahkemeye ibrazı gerekmektedir<sup>244</sup>. Yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmî

<sup>241</sup> Milletlerarası istinabe, yabancı ülkelerde bulunan bilgi ve belgelerin teminine, şahısların yeminine, tanık dinlenmesine kısaca delillerin toplanmasına ve de ülkeler arası tebligat yapılmasına olanak sağlayan bir yöntemdir. Bkz.: ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 488. Milletlerarası istinabe, Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı anlaşmalara (anlaşma bulunmadığı takdirde izlenecek usul Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan Tebliğ ve Genelgelere) göre yürütülür. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 488-499; ÇELİKEL / ERDEM, s. 518-526.

<sup>242</sup> ‘Mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davada irs ilişkisi kural olarak nüfus kayıtları ile ispat olunur. Hâkim çekişmesiz yargıda re’sen araştırma ilkesi uyarınca, davanın ispatı için gerekli bütün delillere başvurabilir. O halde; murisin ve murisin mirasçısı olduğu iddia edilen ...’in Bakanlar Kurulu kararıyla vatandaşlığa alındığı anlaşıldığından, bu işlemlere ilişkin tüm dayanak belgeler İçişleri Bakanlığı’ndan talep edilmelidir. Murisin Bulgaristan’dan geldiği bildirildiğinden, İçişleri Bakanlığı’ndan gelen yazı cevabında murisin Bulgaristan’daki kimlik bilgilerinin yer alması halinde yabancı adli makamlardan murise ait nüfus kayıtları istenilmelidir’ (Yargıtay 14. HD, T. 24.09.2019, E. 2016/11815, K. 2019/5668). Aynı yönde bir başka Yargıtay kararına göre; ‘.....dosyaya sunulan belgeler dayanak gösterilerek yabancı makamlardan murise ait nüfus kayıt bilgilerinin gönderilmesi için Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü aracılığıyla talimat yazılması...’ (Yargıtay 14. HD, T. 25.06.2015, E. 2015/2259, K. 2015/7095).

<sup>243</sup> ÇELİKEL / ERDEM, s. 336.

<sup>244</sup> KOCAAĞA, s. 96; İYİLİKLİ, s. 314.

belgelerden yararlanılmak istendiğinde bu belgelerin Türkiye’de de resmi belge vasfı taşıması, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin<sup>245</sup> yabancı resmî belgelerin tasdiki ile ilgili hükümleri saklı kalmak kaydıyla, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlıdır (HMK m. 224). Yabancı dilde yazılmış belgeye dayanan taraf, tercümesini de mahkemeye sunmak zorundadır<sup>246</sup>. Mahkeme kendiliğinden veya diğer tarafın talebi üzerine de belgenin resmî tercümesini isteyebilir (HMK m. 223).

Türkiye’de çekişmeli ya da çekişmesiz yargı yoluyla mirasçılık belgesi düzenlenmesi sırasında yabancı devlet mahkemeleri<sup>247</sup> tarafından verilen mirasçılık belgelerinin kesin hüküm ya da kesin delil etkisinden

---

<sup>245</sup> 1961 tarihli ‘Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkındaki La Haye Sözleşmesi’ uyarınca taraf ülkelerden alınan karar ve belgeler bakımından konsolosluk onayı zorunluluğu yerine sadece belge veya kararı düzenleyen ülkenin yetkili makamınca verilen tasdik şerhini (*Apostille*) kabul etmiştir (RG T. 16.09.1984, S. 18517).

<sup>246</sup> ‘Muris ile mirasçılar arasındaki irs bağımlı gösterdiği iddia edilen dosyada sadece çeviri fotokopileri mevcut olan Fransız ölüm ve doğum belgelerinin yabancı evrak asıllarının veya onaylı örneklerinin ve çeviri asıllarının veya onaylı örneklerinin temin edilerek Dairemize gönderilmesi için dosyanın mahallisine iadesine...’ (Yargıtay 14. HD, T. 19.09.2019, E. 2018/5144, K. 2019/5522) Aynı yönde Yargıtay 14. HD de mirasçılık belgesinin iptali ve yenisinin verilmesi istemine ilişkin talebin kabulüne ilişkin kararın mahkemece yabancı makamlarca verilmiş belgelerin onaysız fotokopi örneklerinin esas alınarak karar verilmesi sebebiyle bozulmasına hükmetmiş; hükme esas alınan fotokopi olarak dosyaya sunulan Yunanistan makamlarınca verilmiş belgelerin, verildiği devletin yetkili makamının veya o yerdeki Türk konsolosluk makamının onayını taşımadığını; belgelerde 5 Ekim 1961 tarihli ‘‘Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi’’ hükümleri uyarınca *apostil* (tasdik şerhi) de mevcut bulunmadığını dolayısıyla bu belgenin Türkiye’de ‘‘resmi belge’’ vasfını taşıdığının kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir (T. 16.04.2018, E. 2016/16512, K. 2018/3040).

<sup>247</sup> MÖHUK uyarınca sadece mahkeme kararlarının tanınması/tenfizî istenebilir (m. 50). Bu kuralın istisnasını oluşturan milletlerarası anlaşmalar ve özel hükümler saklıdır. Mahkeme dışındaki kişi ya da noter, belediye gibi idari makamlar tarafından düzenlenen mirasçılık belgeleri ise bu sebeple tanınmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz.: EKŞİ, Miras, s. 111-122.



de yararlanmak istenebilir. Söz konusu etki; ancak bu belgelerin MÖHUK m. 58 uyarınca tanınmasının<sup>248</sup> kabulü halinde mümkündür. Ancak uygulamada genel eğilim yabancı mahkemelerden alınmış olan mirasçılık belgelerinin Türk hukuku bakımından maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi sebebiyle<sup>249</sup> ya da Türkiye’de bulunan taşınmaz terekeyi de kapsamaları durumunda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi sebebiyle<sup>250</sup> tanınması yönündedir. Bununla birlikte yabancı mirasçılık belgesinin tanınması istemi reddedilmiş olsa bile; Türkiye’de mirasçılık belgesi verilmesi talebiyle başvuru yapıldığında bu belgenin “tacdiri delil” olarak kullanılması kabul edilmektedir<sup>251</sup>.

## VII. SONUÇ

Mirasçılık belgesi, mirasçuya talebi üzerine verilen ve onun mirasçı sıfatını kanıtlamak suretiyle tereke değerleri üzerinde taşınır bakımdan fiili hakimiyeti ele geçirmek; taşınmazlarda ise sicil zilyetliğini elde ederek tasarruf etmesine, alacakları tahsil etmesine yarayan kesin nitelikte olmayan bir yetki belgesidir. Mirasçılık belgeleri asıl olarak çekişmesiz yargı yoluyla talep edilse de çekişmeli yargı yolu ile talep edilebilmesi de mümkündür. Söz konusu ayırım yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgeleri bakımından özellikle milletlerarası yetkili mahkemenin tayini hususunda önem taşımaktadır. Konuyla ilgili farklı fikirler bulunsa da kanaatimizce gerek çekişmesiz gerekse de

---

<sup>248</sup> EKŞİ, Miras, s. 92.

<sup>249</sup> ‘...Türk Hukukunda mirasçılık belgesi, aksi ispat edilinceye kadar mirasçıları gösterir. Bunun doğru olmadığı herhangi bir davada ileri sürülebileceği gibi, iptali ve düzeltilmesi de istenilebilir. Yabancı bir mahkemeden alınmış mirasçılık belgesine Türk Hukukunun tanıdığı ve kabul ettiği değerden fazla bir güçte yükletilemez. Mirasçılık belgesinin aksi her zaman ispat edilebileceğine göre de, tanınması yahut tenfizi yoluna gidilemez. (Yargıtay 14. HD, T. 12.12.2016, E. 2016/14569, K. 2016/10281) Aynı yönde bkz.: Yargıtay 2. HD, T. 10.07.2001, E. 2001/3841, K. 2001/10889; Yargıtay 2. HD, T. 12.07.2002, E. 2002/8254, K. 2002/9339.

<sup>250</sup> Yargıtay 2. HD, T. 10.02.1986, E. 1986/808, K. 1986/1284; Yargıtay HGK T. 24.10.2001, E. 2001/2-922, K. 2001/746; Yargıtay HGK, T. 24.10.2001, E. 2001/2-922, K. 2001/746; Yargıtay 8. HD, T. 17.10.2014, E. 2013/23629, K. 2014/18556.

<sup>251</sup> Yargıtay HGK, T. 27.05.2009, E. 2009/19-161, K. 2009/207.

çekişmeli yargı yoluyla talep edilecek mirasçılık belgeleri bakımından milletlerarası yetkili mahkeme MÖHUK m. 43 uyarınca tespit edilmelidir.

Türkiye’de mirasçılık belgesinin düzenlenebilmesi talebinde bulunulması ve bu belgenin düzenlenebilmesi için TMK gereği bir takım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgeleri düzenlenirken bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyecek olan hukuk kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınarak tespit edilecektir. Bu şartlardan mirasın açılması yani mirasın açılması için gereken sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından yetkili hukuk MÖHUK m. 20/2 gereği terekenin bulunduğu devlet hukuku olacaktır. Mirasçılık belgesi düzenlenmesi için başvuruda bulunan kişilerin mirasçı sıfatına ve ehliyetine sahip olup olmadıklarının tespiti ise MÖHUK m. 20/1 kapsamında değerlendirilecektir. Mirasçılık belgelerinde yasal mirasçıların miras payları da gösterilmelidir. Yasal mirasçıların miras payları da MÖHUK m. 20/1 uyarınca yetkili tayin edilen hukuka göre belirlenecektir. Böylece, mirasçılık sıfatı, ehliyeti ve miras payları mirasbırakanın milli hukukuna göre tespit edilecek; ancak mirasbırakanın Türkiye’de taşınmaz malı bulunması halinde sadece bu malla ilgili olarak söz konusu hususlar Türk hukukuna göre tespit edilecektir.

Terekede Türkiye’de bulunan taşınmaz mal ya da mallar olduğunda mirasçılık belgesi düzenlenirken Türk hukukunda yabancıların Türkiye’de taşınmaz mal edinmesine dair başta Tapu Kanunu olmak üzere çeşitli Kanunlarda yer alan şartlar ve sınırlamaların da dikkate alınması gereği ilgili Yargıtay kararlarında da sıklıkla vurgulanmıştır. Ancak bu şart ve sınırlandırmaların mirasçılık sıfatını ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususu tartışmalı olmuş ve zaman içinde konuyla ilgili düzenlemelerin sıklıkla değişmesi ve açıklık taşımaması sebebiyle uygulamada da istikrar sağlanamamıştır. Mirasçılık belgesi düzenlenmesi için başvuruda bulunan kişilerin mirasçı sıfatına ve ehliyetine sahip olup olmadıkları MÖHUK m. 20/1 kapsamında değerlendirileceğinden mirasbırakanın Türkiye’de taşınmaz malı bulunması halinde sadece bu malla ilgili olarak söz konusu hususlar Türk hukukuna göre tespit edilecektir. Türkiye’de bulunan taşınmaz terekenin iktisabı da MÖHUK m. 20/2 gereği Türk hukukuna göre gerçekleştirilecektir. TMK uyarınca yabancı mirasçılar mirasbırakanın ölümü ile Türkiye’de bulunan mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazansalar da taşınmaz mallar üzerinde malik olarak tasarruf işlemleri yapabilmeleri için tapu kütüğüne tescil

gereklidir. Türkiye’de bulunan taşınmaz malların yabancılara intikali ise Tapu Kanunu m. 37’de açıklandığı üzere mirasçılık belgelerine istinaden yapılacak ve tescil yapılırsa hukuk düzeni çerçevesinde malik olarak her türlü tasarruf işlemleri yapabilmeleri kural mümkün olacaktır. Oysa taşınmaz terekenin iktisabı bakımından Türk hukukunda kabul edilen sınırlandırıcı kurallar uygulama alanına giren yabancı ya da taşınmaz bakımından bu tür sınırsız bir yetkiye izin vermemektedir. Bu kurallar mirasçılık sıfatını ortadan kaldırmasa da örneğin Tapu Kanunu bakımından mirasçının tasarruf yetkisini tasfiye ile sınırlandırmaktadır. Kanunda sınırlandırıcı kurallara aykırılık halinde öngörülen tasfiyenin şekli ve sonucu, mirasçının miras hakkının eşya üzerinde olmasa da tasfiye bedeli üzerinde devam ettiğini göstermektedir. Bu sebeple, kanaatimizce mahkemeler tarafından mirasçılık belgesi düzenlenmesi talepleri değerlendirilirken, yabancı mirasçıların Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke bakımından mirasçılık sıfatı yok sayılarak talepleri reddedilmemeli; ancak bu belgelerin terekede yer alan taşınmazların mirasçılar adına intikalinin ve açıklayıcı tescilinin sağlanmasında tapu memurları bakımından bağlayıcı bir yönü olması da gözetilerek mahkeme tarafından belgeyi düzenlerken söz konusu kurallara aykırılığın olup olmadığı zaten araştırılıp tespit edileceği için, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunları da gidermek adına, aykırılık durumunun varlığı, dayanağı ve uygulanması gereken işlemin ne olduğunun (örneğin tasfiye) mirasçılık belgesinde gösterilmesi yerinde olacaktır.

## KAYNAKÇA

- AKBIYIK, Cem: Özellikle Taşınmaz Mallara Yönelik Ketmi Verese Davası, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 23 / 3, Aralık 2017, s. 485-506.
- ALTIPARMAK, Ayşe Kübra: İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ANTALYA, Gökhan/SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 334, İstanbul 2015.
- ARAT, Tuğrul: Türk Vatandaşlığından Iskat Edilen Kişilerin Mülkiyet ve Miras Hakları”, AÜHFD, 1974, C.XXXI, S.1-4, s. 279-360.
- AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 1. Bası, İstanbul 2005.
- AYGÜN, Mesut / ALTIPARMAK, Ayşe Kübra: 650 / 2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğü’nde Mirasa Uygulanacak Hukukun Tespiti, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 143, Temmuz 2016, s. 29-56.
- BARAN ÇELİK, Neşe: Milletlerarası Unsurlu Ölümüne Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011 (Ölümüne Bağlı Tasarruf).
- BARAN ÇELİK, Neşe: Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması, TBB Dergisi 2017 (130), s. 357-419 (Güncel).
- BAYGIN, Cem: Vasiyetnamelerle İlgili İhtiyat Tedbirleri ve Özellikle Vasiyetnamenin Tenfizi Meselesi, AÜ Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1,1999, s. 235-263.
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4 (1) (b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, s.111-151.

- BERKİ, Osman Fazıl: Devletler Hususi Hukuku, C. 2, B.4, Ankara 1961.
- BUDAK, Ali Cem: Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IV, Ankara 30 Eylül - 1 Ekim 2005), TBB Yayınları, N.108, 2006, s. 128-189.
- COŞAR, Hesna: Mirasçılık Belgesi, İstanbul 2006 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi).
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınevi 15. Bası, İstanbul 2018.
- ÇELİKEL, Aysel / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ÇELİK, Elif: Türkiye’de Ölen Yabancıların Cenaze İşlemleri, MHB, Cilt: 37, Sayı: 2, 2017, s. 257-293.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınevi 7. Bası, İstanbul 2019.
- DARDAĞAN, Esra: Yabancıların Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Taşınmaz Mallar Üzerinde Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları Alanında Yeni Gelişmeler: Anayasa Mahkemesinin 14 Mart 2005 Tarihli Kararı ve 5444 Sayılı Kanuna Bakış”, KOÜHFD, Ocak 2006, S. 6, s. 31-64.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Hüküm ve Sonuç Doğurması, Prof. Dr. Fikret Eren Armağanı, Ankara 2006, s. 559-581.
- DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019 (Milletlerarası).
- DOĞAN, Vahit: Türk Yabancılar Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019 (Yabancılar).
- EKŞİ, Nuray: Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2013 (Miras).
- EKŞİ, Nuray: Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı 6302 Sayılı ve 3.5.2012 Tarihli Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre Hazırlanmış, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012 (Taşınmaz).

- EKŞİ, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- EREN, Fikret / AKTÜRK YÜCER, İpek: Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ERTAŞ, Şeref: Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1998, DEÜHFD, C. III. S. 1-4, s. 365-439.
- ESEN, Emre: Türkiye’de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanunî Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, s. 669-698.
- GÜNGÖR, Gülin; Tâbiyet Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- İRGE ERDOĞAN, Burcu: 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, 2018, s. 397-430.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: Mirasçılık (Veraset) Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 5 Sayı 9 Haziran 2017, s. 281-382.
- KOCAAĞA, Köksal, “Mirasçılık Belgesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1–2, Haziran-Aralık 2005, s. 83-105.
- NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2017.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.
- ÖZEL, Sibel; “Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinme Hakkı İle İlgili Tapu K. M. 35’te Yapılan Son Değişikliğin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXII, Sayı: 1-2, 2004, s. 435-447.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Oniki Levha Yayınları, 7. Bası, Ankara 2019.

- RUHİ, Canan/RUHİ, Ahmet Cemal: Mirasçılık Belgesi( En Son Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları ile), Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- SAKMAR, Ata: Yabancılık Unsuru Taşıyan Vasiyetnamelerin Tenfizi ve Yargıtay Uygulaması, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s.729-745.
- SARGIN, Fügen: Yabancı Gerçek Kişilere Ait Taşınmaz Malların Tasfiyesi, s.52-53Türkiye Barosu Dergisi, S.1, 1992, s. 31-72 (Tasfiye).
- SARGIN, Fügen: Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Aynî Haklardan Yararlanmaları ,Yekin Yayınevi, Ankara 1999 (Taşınmaz Mal ).
- SARGIN, Fügen / ERTEN, Rifat: MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukukî Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Y.2014, C.3, S. 2, s. 37-136.
- SÜRAL, Ceyda: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi, TBB Dergisi, S.100, 2012, s. 167-217.
- ŞANLI, Cemal: Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde Tanınması veya Delil Olarak Kullanılması, İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990 s.291-307.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge: Kanunî Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilâfi, Ankara 2000 (Kanunî Mirasçılık).
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge: Yabancıların Mirasçılık Sıfatı. Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, TBB Yayın No: 8, Ankara 1999, s. 696-731 (Mirasçılık Sıfatı).
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge: MÖHUK ve Mirasa İlişkin Bağlama Kurallarının Uygulanmasında Ortaya Çıkan Hususlar, 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), Editörler: TANRIBİLİR, Feriha Bilge / GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL, Gülce Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 125-149 (MÖHUK).

TANRIVER, Süha: Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara 2010, s. 2013-2024.

ULUOCAK, Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1987.

ÜÇÜNCÜ, Sezen: 6302 Sayılı Kanun’un Yürürlüğe Girmesinden Sonra Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Satın Alma Yolu İle Türkiye’de Taşınmaz Mülkiyeti Edinimi, MHB, C.34, S. 2, 2014, s. 89-152.

ÜSTÜNDAĞ Saim/KARSLI, Abdurrahim: Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996.

## İnternet Kaynakları ve Kararlar

Mirasa Uygulanacak Hukuka Dair 1989 tarihli La Haye Sözleşmesi taraf devletler,

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=62>

2675 sayılı MÖHUK’un gerekçesi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (01.11.2019).

Tapu Sicili Uygulamaları Kitabı,  
[https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/tapu\\_sicili\\_uygulamari\\_2014\\_0\\_0.pdf](https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/tapu_sicili_uygulamari_2014_0_0.pdf) (05.12.2019).

06.08.2012 tarihli Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Genelgesi:  
[https://www.kanunum.com/files/2012-1734%20\(1\).pdf](https://www.kanunum.com/files/2012-1734%20(1).pdf)  
(05.12.2019).

14.01.2013 tarihli Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Genelgesi:  
[https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/2013-5\\_kktc\\_belg\\_resmi\\_onay\\_kalkt\\_.pdf](https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/2013-5_kktc_belg_resmi_onay_kalkt_.pdf)

AİHM Kararları; <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/nacaryan.pdf>  
(01.11.2019)

<https://legalbank.net/belge/aih-3-d-31206-02-t-29-09-2009-fokas-turkiye-davasi/708097>(01.11.2019)

<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22documentcollectionid%22%3A>



Neşe BARAN ÇELİK

[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22}}](#)  
(01.11.2018)

Yargıtay Kararları; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (01.11.2019);  
[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (05.12.2019).